جامعة الشهيد حمه لخضر- الـوادي

كلية الحقـوق والعلـوم السياسيـة

قســم الحقـوق

إشكالات إقتران الخطبة بالفاتحة شرعا وقانونا

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبة:

سلطاني باهية

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. أحمد سعود	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
د. سلطانى أمنة	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
د. بن خليفة الهام	جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي	مناقشا

السنة الجامعية :2017 -2018

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

صدق الله العظيم

الروم (21).

الإهـــــــــــــــــداء

اهدي هذا العمل المتواضع

إلى من أوصاني الله بطاعتهما ، ومن العبادة والطاعة النظر

إليهما ...والدتي الحبيبة و والدي العزيز حفظهما الله.

إلى إخواني وأخواتي وأبنائهم وزوجاتهم .

إلى كل الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا .

إلى أستاذتي وأختي الغالية آمنة سلطاني .

إلى كل من ساهم في دفعي نحوا الأمام ووصولي

إلى هذا المقام .

إلى كل طالب علم رفع راية الكفاح من

أجل إعلاء كلمة إقرا بسم ربك .

* سلطاني باهية *

مـقدمـــة

لما كان عقد الزواج من أهم أنواع العقود التي يبرمها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم مما يرتبه من أثار فلهذا أعطى له الإسلام مكانة سامية ووصفه بالميثاق الغليظ وليس بمجرد عقد مصداقا لقوله تعالى :{ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا}[1]

وقد حاولت المجتمعات البشرية منذ القدم جعل الزواج في إطار محدد وذو صبغة موحدة تفرقه عن باقي العلاقات غير الشرعية الأخرى وجعلت من انعقاده مناسبة سارة يفرح لها الأهل والمقربون ومن انحلاله مأساة تلحق بطرفي العقد وأهليهما وحرصت في ذلك على إتباع إجراءات معينة تعطي لهذا العقد الهيبة والقوة الشرعية، فمثلا يشرط الإسلام لقيام عقد الزواج شروط خاصة كالرضا والولي والصداق والشهود لصحة انعقاده كما أضافت التشريعات العربية في القوانين الوضعية إلزامية التسجيل لهذا العقد وهذا من أجل المحافظة على الحقوق من الضياع ، ولقد سار قانون الأسرة الجزائري في هذا المسار واستوجب قيد عقد الزواج في سجلات الحالات المدنية ، غير انه تناقض بوضع تشريعات تبيح عدم تسجل الزواج في بداية الأمر وهذا ما نص عليه في الكتاب الأول من الباب الأول من الفصل الأول من القسم الأول من قانون الأسرة بنص المادة 6[2] من قانون الأسرة التي تبيح عقد زواج الفاتحة كونه مستوفي الأركان والشروط الشرعية.

وبهذا نكون أمام عدة حالات لعدم تسجيل وتوثيق الزواج وسعي أطرافه إلى إعطاءه وإضفاء الطابع الرسمي له إلا في حالة الضرورة أو عندما يقعوا في الآثار السلبية التي تؤدي إلى تهميش حياة أطراف العقد وكذا الأبناء أومن أجل اكتساب الحقوق الشرعية والقانونية الضائعة .

ولهذا ارتأينا إلى توضيح أهمية و أسباب الدراسة والهدف منها معرجين عليها كالأتي :

---

[1]– سورة النساء الآية 21 برواية ورش عن نافع .

[2] – القانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية ، عدد 31 الصادرة في 1984/07/31 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02/05 ، مؤرخ في :2005/02/27 ، ج . ر ، عدد 15.

أولاً- أهمية الدراسة :

إشكالات إقتران الفاتحة بالخطبة من المواضيع التي أحدثة ضجة ونقاشا كبير على مستوى الفقهي والقانوني ويظهر هذا جليا في حجم الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا بخصوص هذا الموضوع وكذا في التعديل الأخير للمشرع الجزائري لنص المادة (06) من قانون الأسرة بموجب الأمر 05/02 الذي يحاول من خلاله توضيح المراكز القانونية للخطبة والفاتحة.

ثانياً- أسباب الدراسة :

1)- الأسباب الذاتية :

رغبتي الشخصية في البحث حول هذا الموضوع كونه من أهم القضايا التي لمست عدة اجتهادات قضائية وكذا من بين النقاط التي عدلت بموجب الأمر رقم : 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005.المتعلق بقانون الأسرة الجزائري .

2)- الأسباب الموضوعية :

يعد هذا الموضوع من أهم المواضيع المتعلقة بالزواج نظرا لتداعياته الخطيرة على الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة

الحاجة إلى معرفة المراكز القانونية و الشرعية عند إقتران الخطبة بالفاتحة لكثرة النزاعات والقضايا المعروضة أمام القضاء ومن أجل ذلك .

كثرة الآثار السلبية لاقتران الخطبة بالفاتحة والإشكالات التي تتركها على الأسرة والمجتمع .

- رفع اللبس والغموض على هذا النوع من العقود.

- معرفة رأي وحكم الفقه الإسلامي في اقتران الخطبة بالفاتحة لكونها من الصور الحديثة لعقود الزواج .

- توضيح سلبيات وأثار زواج الفاتحة على الأسرة والمجتمع حيث نحاول تسليط الضوء على الحلول والإصلاحات التي تعطي الصورة الرسمية لعقود الزواج مبينا الاجتهادات القضائية وكذا التشريعات التي تسعى لحماية الزوجين والأبناء من الآثار السلبية للعقود المغفلة كعقد الفاتحة وتبيان طرق إثباته وتسجيله في التشريع الإسلامي وكذا في القانون الجزائري وتشريعات العربية.

– محاربة الأعراف الفاسدة الواقعة على الخطبة مع كل التطورات الحاصلة في المجتمعات .

ثالثاً– إشكالية الدراسة :

حسب التقاليد والأعراف الجزائرية وكذا دول المغرب العربي ، فإن كل واحد مقبل على الزواج يسعى للخطبة مع حرصه الشديد على أن تكون الخطبة متبوعة بالفاتحة وهذا ما سر عليه الآباء والأجداد فمن هنا نطرح الإشكالية التالية :

هل يعد اقتران الفاتحة بالخطبة زواجا شرعيا و كيف يمكن أن نعطي لهذا الزواج الصورة الرسمية ؟

وتدرج تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات على النحو الآتي :

–هل يمكن أن نعتبر كل خطبة مقترنة بالفاتحة زواج ؟

–ما هي الآثار القانونية عند العدول عن الخطبة التي تمت قراءة الفاتحة بها ؟

– ما هي الآليات القانونية التي وضعها المشرع من أجل حماية عقود الزواج المغفلة[1] وأطرافه ؟

– كيف يمكن أن نتوخا الإشكالات الناتجة عن زواج الفاتحة في تأثيرها على الزوجين والأبناء؟

رابعاً– صعوبات الدراسة :

لا تخلو أي دراسة أو بحث من وجود عراقيل وصعوبات تقف أمام وصول الباحث إلى الحقيقة ولقد لمسنا بعض الصعوبات أهمها :

– قلة الدراسات الأكاديمية في هذا الموضوع خاصة البحوث العلمية من رسائل دكتوراه وماجستير

–نقص المراجع التي تتعلق ببعض الجزئيات كتحديد المفهوم الشرعي والقانوني للفاتحة وكذا في حالة إقترانها بالخطبة .

–نقص الدراسة في الإجراءات القانونية أمام القضاء خاصة في مجال رفع دعاوى الأسرة.

خامساً– الدراسات السابقة :

لم نلمس من خلال جمع المراجع إلى دراسة واضحة ودقيقة لموضوعنا إلا أننا وجدنا دراسة قريبة بعض الشئ لكونها تعالج التعديلات الخاصة بقانون الأسرة دراسة للأستاذ حسين مهداوي

[1] - الزواج المغفل: إذا لم يسجل عقد الزواج أصبح مغفلا سواء كان عدم التسجيل من قبل الأطراف أو الظروف حالت دون تسجيل .

مذكرة ماجستير التي كان عنوانها تحت {دراسة نقدية لتعديلات قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره } كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان تخصص قانون الأسرة نوقشت في الموسم الجامعي 2010/2009 ، حيث توصل في ختام دراسته بخصوص التعديلات التي أجريت على قانون الأسرة وخاصة المادة (06) منه أنها ستدخل الأسرة الجزائرية في متاهات ونزعات لا حصر لها كما يشير الى ضرورة إجراء تعديل أخرى بإشراك المختصين في القانون والدين وعلم النفس والاجتماع حتى يتخطى كل النزعات والخلافات القانونية لقانون الأسرة ، ومن ختام هذه الدراسة انطلقنا لرفع الغموض وحل الإشكالات الفقهية والقانونية لموضوعنا.

سادساً- منهج الدراسة :

- طبيعة الموضوع تفرض علينا استعمال المنهج المقارن بدرجة أولى حيث تمت مقارنة الموضوع بين الشريعة والقانون اعتمدت على معيار المنطق القانوني المجرد الذي يحتم تفصيل وتحديد وإظهار الفوارق والتشابه للخطبة والفاتحة وكذا المنهج الوصفي الذي من خلاله تمت وصف ظاهرة اقتران الفاتحة بالخطبة من خلال تعريف الخطبة والفاتحة وتبيان المركز الشرعي والقانوني لكليهما.

سابعاً- خطة الدراسة :

لقد اعتمدت من أجل تحقيق النتائج التي قامت من اجلها الدراسة وحل للإشكالية ارتأينا إلى تقسيم وبلورة الدراسة إلى فصلين الأول نعالج فيه الإشكالات المفاهيمية لمقدمات الزواج والذي قسم بدوره إلى مبحثين درسنا في الأول ماهية الخطبة والفاتحة وفي الثاني: طبيعة الخطبة والفاتحة أما الفصل الثاني فقد تعرضنا إلى الإشكالات الموضوعية لاقتران الفاتحة بالخطبة وكانت الدراسة في المبحث الأول حول الآثار القانونية لاقتران الخطبة بالفاتحة و إشكالية توثيق عقد الفاتحة في المبحث الثاني وصول إلى خاتمة الدراسة التي تضمنت النتائج المتوصل لها خلال هذه الدراسة مع إدراج بعض الاقتراحات.

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمقدمات الزواج

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمقدمات الزواج

لقد تناولت في هذا الفصل الجزء المهم لبناء الأسرة وهي مقدمات الزواج التي لمسنا من خلالها مفاهيم و التعريفات للخطبة والفاتحة من جميع الجوانب سواء كانت الفقهية الشرعية أو القانونية مبينا طبيعة كليهما وكذا المراكز القانونية لهما ولقد تطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية الخطبة و الفاتحة وفي المبحث الثانية عالجنا طبيعة الخطبة والفاتحة .

المبحث الأول: ماهية الخطبة والفاتحة

لقد اعتنى ديننا الحنيف بالأسرة منذ بداية تكوينها فوضع القواعد و الأسس التي تبنى عليها وجعل الدين هو الأساس الأول في اختار شريك الحياة وعلى إعتبار الخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء أوليا، يسبق إبرام عقد الزواج وتعطي فرصة لتعارف بين العائلتين والتقارب فهي من مقدمات الزواج لكون أن أكثر العقود المهمة تسبقها مقدمات ويبين فيها كل طرف من المتعاقدين طلباته ورغباته وعليها يتم العقد .

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

هي مرحلة وسط بين الاختيار وإبرام عقد الزواج حتى لا يكون الزواج معرضا للانهيار فيما لو تم هذا العقد فجأة دون تمهل وبلا رؤية أو التعرف على أخلاق الطرف الأخر[1]، ومنه يمكن تعريف الخطبة من الناحية اللغوية وكذا الاصطلاحية.

1)- التعريف اللغوي:

الخِطبة بكسر الخاء وضمها مشتقة من المخاطبة وهي الكلام والمحادثة التي تجرى بين المتكلم والسامع, تقول العرب خَاطبهُ مُخَاطبة وخطابًا إذا كالمه وحادثه ولقد جعل العرب الخُطبة بضم الخاء لما يلقى من كلمات في المجامع والمحافل تقول خَطَبَ فلان من على منبر المسجد خُطبة, إذا ألقى عليهم كلمة منثورة بمواصفات معروفة أما الخِطبة بكسر الخاء فهي طلب المرأة للزواج يقال خَطَبَ فلان إلى فلان إبنته أي طلب الزواج بها [2]

الخطبة من الخَطَبَ وهو الشأن والأمر صغر أو عظم, وهي الدعوة إلى التزويج.[3]

قال صاحب حاشية الجمل " هي ما يفعله الخاطب من الطلب و الاستلطاف بالقول والفعل مأخوذ من الخطب أي الشأن بما أنه شأن من الشؤون وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجرى بين جانب الرجل وجانب المرأة ".

1-عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة الجزائر ، 2006، ص 10.

2-عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، الطبعة الأولى ، دار النفائس ، عمان الأردن ،1997,ص37.

3-اسماعيل ابا بكر علي البامري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الحامد ، عمان الأردن ،2009 , ص63.

وقيل " الخطبة مصدر بمعن الخطب ,والخطب هو الحاجة ثم خصت بالتماس النكاح لأنه بعض الحاجات " [1].

وقال في القاموس".....وخطب والخاطب على المنبر خطابة بالفتح وخطبة بالضم ، وذلك الكلام المنثور و المسجع ونحوه ، ورجل خطيب حسن الخطبة بالضم ."[2]

2)- التعريف الاصطلاحي :

عرفها بعضهم بأنها : الكلام المؤلف المتضمن وعظا و إبلاغا.

أ)- الاصطلاح الشرعي :

لقد عرف الفقهاء الخطبة بتعاريف متقاربة نذكر منها :

- رأي المالكية:

عرف المالكية الخطبة على أنها:

" إلتماس التزويج والمحاولة عليها ".

" والخطبة بكسر الخاء هي : عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المجاورة وقال ابن رشد[3] : هي فعل الخطب في الكلام وقصد واستلطف بفعل أو قول ."[4]

- رأي الشافعية :

عرف الشافعية الخطبة على أنها " إلتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة ".

- رأي الحنابلة:

عرف الحنابلة الخطبة بأنها " خطبة الرجل المرأة لينكحها ".

- رأي الحنفية :

عرف الأحناف الخطبة بأنها " طلب التزويج " .[1]

1- عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، شالة ، الجزائر، 2000,ص78.

2-القاموس المحيط، مادة "خطب" ص 65.

3-وهو محمد بن أحمد بن رشد الاندلسي ابو الوليد الفيلسوف من أهل قرطبة ولد سنة 520 هـ لقب بابن رشد الحفيد تميزا له عن جده ، وصنف نحو خمسين كتاب منها التحصيل في مذاهب العلماء ومنهج الادلة في الاصول ، توفي سنة 595هـ.

4- محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي بالمعروف الحطاب الرعيني ت 954هـ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه زكريا عميرات ، ج 5 (لاط لا .م ، دار علم الكتب ، د .ت) ص 25 .

الخطبة في لسان الشرع الإسلامي هي طلب الرجل يد إمرأة معينة للتزوج منها و التقدم إليها ولذويها بنفس الطلب وذلك يقول الشيخ محمد أبو زهرة " أنه من تمام الألفة وحسن العشرة أن يعرف كل واحد من الزوجين ما عليه للآخر خُلقًا و خَلقًا ودينا وطبعاً فإن ذلك كله من شأنه أن يجعل عقد الزواج قائما على أساس قوى يصح أن يستمر إلى أن يقضي كل واحد منهما أجله في الحياة ".[2]

كما عرفها الدكتور فتحي الدرنيي بأنها "توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل و إمرأة تحل له شرعا في الحال, أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلاً ".[3]

ب)- الاصطلاح القانوني :

إن المشرع الجزائري لم يعرف الخطبة في قانون الأسرة بل اكتفى بتكييفها على أساس أنها وعد بالزواج كما جاء في نص المادة 05 من قانون الأسرة الفقرة الأولى التي تنص على أن "الخطبة وعد بالزواج ". [4]

كما جاءت اغلب التشريعات العربية على ذكر تكيف الخطبة دون الإشارة إلى التعريف فنجد أن المشرع المغربي ذكر في الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية الخطبة بأنها " وعد بالزواج وليست زواجا ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرى به العرف والعادة من تبادل الهدايا".

أما المشرع السوداني فقد قال في قانون الأحوال الشخصية بنص المادة (07) " الخطبة وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا وجاري به عرف معتبر شرعا".

1- ابن عابدين ، حاشية المحتار على الدر المختار ، الحطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل راجع سعادي لعلي,أطروحة دكتوراه الزواج وإنحلاله في القانون الاسرة الجزائري ,دراسة مقارنة كلية الحقوق-جامعة الجزائر يوسف بن خدة ,2015/2014,ص22.

2- محمد أبو زهرة ، عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ،مدينة نصر، القاهرة ، ،2011,ص55.

3-سعادي لعلي-المرجع نفسه,ص23.

4-القانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 1984/06/9، المتضمن قانون الاسرة جريدة الرسمية ، عدد 31 الصادرة في 1984/07/31 المعدل والمتمم بموجب الامر رقم: 02/05 ، مؤرخ في :2005/02/27 ، ج . ر ، عدد15.

المطلب الثاني : مشروعية وحكم الخطبة

الفرع الأول: مشروعية الخطبة .

الخطبة مشروعة بالقران الكريم والسنة النبوية والإجماع والعرف

1- من الكتاب:

قال تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ}.[1]

وجه الدلالة تدل الآية الكريمة على مشروعية الخطبة.

2- من السنة:

أ)- حديث جابر بن عبد الله رضى الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب أحدكم المرأة فإن إستطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل " قال فخطبت جارية فكنت أتخبُا لها , حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجها".[2]

ب)- حديث أبي حُمَيد رضي الله عنه قال,قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر إليها إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة ,وإن كانت لا تعلم"[3].

ج)- من السنة الفعلية: فقد خطب الرسول صلى الله عليه وسلم بعض زوجاته حفصة وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهن أجمعين.

فقد روي عن عروة رضي الله عنه قال: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر,فقال له أبو بكر:إنما أنا أخوك فقال له " أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال "[4] .

1- سورة البقرة , الآية رقم 235 برواية ورش عن نافع.

2-أخرجه أبو داود سليمان الأشعث السجلستاني ت 275هـ ,سنن أبي داود ,تحقيق (شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قرة بالي ,ج6 , ط1 ,دار الرسالة العلمية ,سوريا,2009,1430هـ , كتاب النكاح باب الرجل ينظر الى المراة وهو يريد تزويجها, رقم2082 ,ص 424.(قال المحققان حديث حسن)

3-أخرجه:أحمد بن حنبل ت 241هـ,المسند, تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد ج39(ط1,بيروت,مؤسسة الرسالة1421هـ/2001م), أحاديث أبي حُمَيد الساعدي برقم: 23602,ص16.

4-أخرجه:البخاري محمد بن إسماعيل ت 256هـ, الجامع الصحيح, تحقيق محب الدين الخطيب ج3 (ط1, القاهرة,المكتبة السلفية,1400هـ)كتاب النكاح ,باب:تزويج الصغار من الكبار برقم 5080,ص358.

د- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم" [1].

3)- من الإجماع :

إنعقد الإجماع على جواز الخطبة ، دون التأكيد على ضرورتها في كل حالة زواج كما أن الإجماع لا يعارض الزواج مباشرة دون وجود فترة خطبة لما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم .

4)- من العرف :

تواضع الناس في عرفهم على خطبة النساء.[2]

ولقد سار العرف منذ القدم على أن تكون الخطبة قبل الزواج وإعتادو عليه من أجل تحضير لزواج لكونه رابطة قوية يصعب التسرع فيه ولقد دخلت بعض الأعراف على الخطبة مما زادة في تأكيد فترة الخطبة قبل إنعقاد الزواج مباشرة .

الفرع الثاني: حكم الخطبة

يرى أكثر الفقهاء أن الخطبة ليست فرضا ولا واجبا بل هي مستحبة قبل انعقاد العقد كما أن وجودها أحرى لدوام العشرة بين الزوجين لتمكينهما من معرفة بعضهما[3].

مما لا خلاف فيه بين الفقهاء أن الخطبة ليست واجبة خلافا لداود الظاهري, الذي يرى وجوبها ومما يدل على عدم وجوب الخطبة قوله صلى الله عليه وسلم للرجل الذي لم يجد خاتما "ملكتكها بما معك من القرآن" من غير أن يأمر بالخطبة.

قال مالك" هي مستحبة وهي من الأمر القديم وليست بواجبة وعلى ذلك جميع الفقهاء".[4]

وقال إبن رشد رحمه الله تعالى" وأما خطبة النكاح المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور [1] انها ليست واجبة وقال داود واجبة" .

1- الترميذي,سنن الترميذي,كتاب النكاح, باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه, ط1,مكتبة المعارف, الرياض, ص256, رقم الحديث 4084.حسن صحيح قال الترميذي.

2-جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج في الفقه والقانون ، دار الحامد ، الطبعة الاولى ،الاردن ، 2009، ص 56 .

3- بلقاسم شتوان ، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري ، دار الفجر ، الجزائر،2007,ص14.

4- إسماعيل أبا بكر علي السامري, المرجع السابق,ص63.

فعن المغيرة بن شعبة أنه خطب إمرأة فقال النبي صلى الله عليه وسلم " أنظرت إليها, فإنه أحرى أن يؤدم بينكما " قال الترميذي " وقد ذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث", وقالوا: لاباس أن ينظر إليها مالم يرمنها محرما , وهو قول أحمد وإسحاق.[2]

المطلب الثالث: مفهوم الفاتحة وحكمها.

الفرع الأول : تعريف الفاتحة

أولا: التعريف اللغوي

فاتحة اسم, الجمع فاتحات وفواتح وفاتحة كل شيء أوله ومبتدؤه والجمع: فواتح. فواتح القران: أوائل سوره, خلاف خواتمه

قرأ فاتحته على فلانة: ربط مع أهلها نية الزواج منها

الفاتحة: اسم سورة من سور القران الكريم, وهي أول سورة في ترتيب المصحف, مكية, عدد آياتها سبع آيات[3].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

1- تعريف الفاتحة في فقه الشريعة الإسلامية :

هي سورة من سور القران الكريم وهي أم الكتاب كما تسمي أم القران وهي أول سورة في ترتيب المصحف الشريف وتصنف من السور. المكية وتقع في الجزء الأول منه وعدد آياتها سبع. وسورة الفاتحة عدة تسميات منها.

* فاتحة الكتاب

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يخرج فينادي أن « أن لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب فما زاد»[4].

وسميت بذلك: لأنه يفتح بها في المصاحف والتعليم, والقراءة في الصلاة وقيل: لأنها أول سورة كتبت في اللوح المحفوظ قيل: لان الحمد فاتحة كل كلام.

5- كلمة جمهور تطلق على أكثرية العلماء اتفاق في مسائلة ما وربما كان إطلاقها نسبيا فاذا اتفقاء ثلاثة من الائمة الاربعة. على قول في مسالة يقال عن هذا الراي قول الجمهور

1- بلقاسم شتوان, المرجع السابق,ص14

3- قاموس معجم المعاني الجامع-معجم عربي عربي، مادة فاتحة، ص 104.

4- مستند أحمد, ج9, ص237-حديث(9496) قال حمزة الزين في تخريجه للمستند إسناد حسن.

* السبع المثاني:

قال تعالي:« وَلَقَدْ آتَيْنَاكَ سَبْعًا مِنَ الْمَثَانِي وَالْقُرْآنَ الْعَظِيمَ»[1]

وعن أبي كعب رضي الله عنه أنه قرأ على النبي صلى الله عليه وسلم أم القران فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «والذي نفسي بيده ما أنزل في التوراة ولا في الإنجيل ولا في الزابور ولا في الفرقان مثلها, هي سبع المثاني والقران العظيم الذي وأتينه»[2].

2- تعريف الفاتحة في الإصلاح القانوني :

لم يعرف المشرع الجزائري زواج الفاتحة كما لم تعرفه التشريعات العربية إلا أن المشرع الجزائري اعتبر الفاتحة في نظر القانون هي عقد زواج شرعي وهذا في حالة اقتران الفاتحة بالخطبة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود و الولي وتحديد الصداق وتوفر الرضا الكامل باتجاه طرفي الخطبة فإنه في هذه الحالة تعتبر زواجا صحيحا من الناحية الشرعية. لكنه غير مسجل من الناحية القانونية[3]. ومن ثم أمكن اعتبارها عقدا شرعيا اي انه عقد عرفي يستحق بذلك إثباته وتصحيحه قانونا. بموجب حكم قضائي وفقا لا حكم المادة (22) المعدلة من الامر 02/05[4].وهذا ما عبرت عنه المادة (06) الفقرة الثانية من القانون الأسرة الجزائري «غير أن، اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر من هذا القانون»[5].

كما دأب العرف في مصر على أن الخطبة,تتم بواسطة قراءة الفاتحة وتقديم الهدايا في بعض الأحوال , وهذا لا يخرج عن كونه بيانا وإعلان عن بدء الخطبة ,دون أن يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج لأنه لم يبرم بعد كما أن هذا لا يؤثر على حق العدول عن الخطبة و

1- سورة الحجر-الاية87-رواية ورش عن نافع.

2- سنن الترمذي, كتاب فضائل القران(42) باب ما جاء في فضل فاتحة الكتاب(1)-ج5, ص5, حديث(2875) وقال عنه: حديث صحيح.

3- بالحاج العربي, أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة, المرجع السابق, ص120.

4- المادة 22 من قانون الأسرة «يثبت الزواج بمستخرج من السجل الحالة المدنية, وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي, يجب تسجيل حكم اثبت الزواج في الحلة المدنية بسعي من النيابة».

5- قانون الأسرة الجزائري ، مصدر سابق .

إسترداد ما قدم من هدايا أو مهر[1],وبهذا تكون الفاتحة في التشريع المصري بمثابة خطبة لا أكثر.

الفرع الثاني: حكم زواج الفاتحة.

أولا : حكم زواج الفاتحة شرعا .

بما أن زواج الفاتحة من العقود المغفلة فهو يسمى بالزواج العرفي وبهذا يأخذ حكم الزواج العرفي وينقسم إلى رأيين :

1)- <u>عقد الزواج العرفي متكامل الشروط والأركان</u>: يعتبر عقد زواج شرعي وصحيح بإتفاق الفقهاء يجوز أن يجرى فيه التناسل وتنطبق عليه جميع جزئيات عقد الزواج وتفاصيله فيجرى فيه التوارث وحرمة المصاهرة ويثبت فيه النسب والمهر فهو عقد زواج شرعي يوافق الشريعة الإسلامية ولا يخالفها ، وذلك لكونه يحتوي على جميع الأركان والشروط المطلوب توفرها في عقد الزواج الصحيح .[2]

إن بعض العلماء المحدثين قالوا بجوازه إذا كان مستوفي لجميع الضوابط و الأركان الشرعية من ولي وشهود وإشهار وإعلان وخلافه دون أن يؤثر في صحته وعدم توثيقه .[3]

وهذا ما أخذت به بعض الدول العربية مثل الجزائر والمغرب .

<u>2)- عقد الزواج العرفي الناقص الأركان والشروط</u> : ذا خلا عقد النكاح من أحد شروط الزواج أو أركانه المعتبرة شرعا فإن ذلك يؤدي إلى بطلان عقد الزواج باتفاق جميع الفقهاء وعدم إعتباره شرعا، مما يعني أن العلاقة التي تجري بين المتعاقدين في هذا النوع من الزواج إنما تكون زنا محرما ولا يجب أصلا تسميتها زواجا لخلوها مما يجب توفره لصحة العقد كونه لا يتم بالإشهار .

و إتجهت الأغلبية العظمى من علماء المسلمين المحدثين إلى تحريم عقد الزواج العرفي تحريما تاما كونه لا يتصف بصفات الزواج الصحيح ولا يتوفر على أركانه وشروطه من بينهم

1-محمد الشحات الجندي ، <u>حقوق الأسرة في الشريعة الإسلامية قوانين الأحوال الشخصية</u> ، مطبعة علاء الدين ، 2006، ص 43.

2- يونس عبد الرب فاضل الطلول ، حكم الزواج العرفي ، جامعة الإيمان راجع موقع www.fatawa.com, تاريخ الاطلاع 20 أفريل 2018 على الساعة : 22:00 .

3-جمال الضمراني ، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 2007, ص299.

فضيلة الشيح محمد متولي الشعراوي " الزواج العرفي المتعارف عنه في مصر زنا " لكونه في الخف فينتهي لعدم وجود عنصر الإشهار و الإعلام ، [1]وهذا ما يحدث بين طلبة الجامعات خاصة في مصر .

ثانيا: حكم زواج الفاتحة (العرفي) في التشريع الجزائري .

إن عقد الزواج العرفي المستوفي لجمع أركانه وشروطه الشرعية هو عقد من الناحية الشرعية والقانونية، وتترتب عليه كافة الآثار المادية والقانونية حيث نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة عدم تسجيل الزواج فإنه يثبت بحكم قضائي، وهذا يعد اعترافا صريحا من المشرع الجزائري بعقود الزواج العرفية وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1986/11/22 تحت رقم 28784 بقولها أن كل زواج عرفي يعتبر صحيحا متى توفرت أركانه حتى ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه كافة أثار عقد الزواج وكافة الحقوق الزوجية .[2]

1-جمال الضمراني ، المرجع السابق ص 300.

2عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 258.

المبحث الثاني: طبيعة الخطبة والفاتحة .

يستوجب لدراسة طبيعة الخطبة والفاتحة معرفة مركزها الشرعي والقانوني الذي يوضح إمكانية إعتبارها عقدا أو أنها مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى أن نصفها بالعقد المنتج لكل أثاره ، وعليه تطرقنا إلى طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي في المطلب الأول والى الطبيعة القانونية للخطبة في الثاني بينما علاجنا الطبيعة الفقهية والقانونية للفاتحة في المطلب الثالث .

المطلب الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقداً, و إن تمت بإتفاق الطرفين وهي لا تتيح لهما أن يختلطا إختلاط الأزواج , ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة أو قرأ الفاتحة أو قدم جزءاً من الصداق أو كله أو قدم شيئا من الهدايا إلى المخطوبة أو إلى أهلها وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شئ من الإلزام بإتمام العقد إنطلاقا من مبدأ الرضائية في الزواج ولكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة , لأن الأمر لا يعدو أن يكون وعدا بالزواج والوعد في العقود ليست له قوة العقد ذاته و لا يترتب عليه أثر ما وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها لا نعلم في ذلك خلافا[1] .

على إعتبار أن الخطبة هي وعد وليست عقد عند فقهاء الشريعة الإسلامية فهي تعد تمهيداً للتعاقد غير أن الإختلاف الذي يقع بين الفقهاء هو في مدى لزوم هذا الوعد .

الفرع الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به

يذهب عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج وواجب الوفاء به , وذلك إستناد لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد والحث عليه, ومن هولاء الفقهاء نجد(إبن حجر العسقلاني, إبن الشاط , إبن العربي,إبن القيم)[2].

1- ابن رشد, بداية المجتهد2/2 السرخسي ,المبسوط, دار الكتب العلمية, بيروت , 1993 راجع سعادي العلي , المرجع السابق. بلحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ,الجزء الأول أحكام الزواج , طبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزأئر ،2010 , ص84.

2- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007,ص67.

وقد إستدل هؤلاء الفقهاء بما يلي: قوله تعالى (وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ ۚ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَّبِيًّا)[1]

ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى أثنى على سيدنا إسماعيل لكونه صادق الوعد.

وقوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ * كَبُرَ مَقْتًا عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ* "[2]

وجاء في تفسير إبن كثير لهذه الآية لأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعداً أو يقول قولاً لا يفي به[3].

ومن السنة النبوية قوله عليه الصلاة والسلام " أية المنافق ثلاث,إذا حدث كذب,وإذا وعد أخلف وإذا أُوتمن خان".[4]

ومن خلال هذا الحديث فإن خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين وهذا يدل على التحريم ولأن ذكر خلف الوعد في سياق الذم وذلك دليل على التحريم.

ويرى إبن الشاط بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع,إلا حيث يتعذر الوفاء.

حيث يقول" الصحيح عند القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا فيتعين تأويل ما ينقض ذلك" [5]

الفرع الثاني: الخطبة وعد غير ملزم

تعتبر الخطبة وفقا لأنصار هذا الرأي وعد غير ملزم فإذا تم الإتفاق بين رجل و إمرأة على الزواج,فإن هذا الإتفاق لا يعتبر عقد زواج يتيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كإختلاط الأزواج .

1-سورة مريم الآية 54 برواية ورش عن نافع .

2-سورة الصف الآية(2-3) برواية ورش عن نافع

3-بن زيطة عبد الهادي,المرجع السابق,ص68.

4-محمد بن إسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح, تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر,المجلد الأول,الجزء الأول,دار طوق النجاة ,لبنان,1422,ص16.

5-بن زيطة عبد الهادي,المرجع السابق,ص70.

وقد إستدلوا بما يلي:

– الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء,وعليه تعتبر الخطبة وعداً بالزواج غير ملزم كذلك, ولقد تعددت آراء الفقهاء في هذا الشأن ومنها ما أورده السيوطي بقوله" والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي و إن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز في الجانبين قطعا"[1]

ويظهر من خلال تتبع أراء فقهاء الفقه الإسلامي أن الخطبة ليست سوى وعد غير ملزم بالزواج, والخطبة تحت هذا التكييف لم تكن محل شك أو تساؤل فقد قال عنها البعض بأنها (وعد بالعقد وليست بعقد).

وجاء في الحاوي للفتاوي الظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي إن تخيل ,أنها عقداً, فليس بلازم.[2]

ويذهب الدكتور محمد فتحي الدريني أن (الخطبة إتفاق ليست عقداً وحيث لا عقد فلا إلزام ولا إلتزام).

وذكر الدكتور أحمد فراج حسين بأن الخطبة إتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويصدر عن أهل له ويتعلق هذا الإتفاق بوعد بعقد الزواج, إنها ليست عقداً يلتزم فيه الطرفان بإلتزامات لها قوة الإلزام , والخطبة وعد غير ملزم بعقد الزواج.

وذهب البعض الآخر إلى أن الخطبة لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج, و الوعد بالزواج ليس عقداً, فلا يكون ملزماً كالعقد فيصبح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها .[3]

و لانجد حكما من الشارع بالإلزام فالمذهب الحنفي لا يعتبر الخطبة عقداً ملزما ,وهو الذي يجيز للخاطب أن يسترد هداياه إن كانت قائمة, فلا يمكن بمقتضى منطقة الذي يجب إحترامه أن تكون الخطبة ملزمة بذاتها , لأنه لا يجمع بين الحكم برد الهدايا, والحكم بالتعويض إلا إذا كان التعويض له بسبب آخر غير مجرد العدول[4].

1–بن زيطة عبد الهادي,المرجع السابق,ص72.

2– زبير مصطفى حسين ، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني ، مصر – الإمارات دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات ، 2012,ص24.

3–زبير مصطفى حسين , المرجع السابق,ص24.

4–محمد أبو زهرة , عقد الزواج وأثاره المرجع السابق,ص68.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد كيفت المادة الخامسة الفقرة الأولى من قانون الأسرة الخطبة على أنها وعد بالزواج وجاءت المادة بالصياغة الآتية:

المادة 5(أمر رقم 05-02المؤرخ في 27 فبراير 2005).

– الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة وواضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة,ومن جهة آخرى أعتبر هذا الوعد غير ملزم , أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.[1]

وإن إستعمال المشرع الجزائري في نص المادة (05) الفقرة الاولى مصطلح "الوعد" من حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة من نص المادة (72) من القانون المدني الجزائري ونصها كمايلي:

" 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"[2]

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري في نطاق القانون المدني إعتبر الوعد بالتعاقد الذي تتوافر فيه كافة شروط العقد من رضا ,محل,سبب , الشكل إذا كان ركن في العقد المراد إبرامه في المستقبل,ملزم لصاحبه خلال الأجل المحدد فإذا إنتهى الأجل ولم يعلن الموعود له رغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد, أما قبل إنتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له.

وعليه يظهر جليا أن قانون الأسرة الجزائري أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني فمن جهة إعتبر الخطبة وعد بالزواج ومن جهة آخرى إعتبرها غير ملزمة, أي جاز لكلا الطرفين العدول عنها.[3]

1– بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، القبة القديمة الجزائر ،2008,ص30.

2 – قانون رقم 10/05 المؤرخ في 09 /06/ 2005 المعدل للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.

3–بن شويخ رشيد, المرجع السابق,ص31.

وبناء على هذا التكييف القانوني , فإن الخطبة ليست عقداً ملزماً وليس لها شئ من أحكامه و أثاره , ولا تعدو كونها مقدمة للزواج ووعداً به ,و لا يغيير من هذه الحقيقة ما جرت به أعراف وعادات الناس من قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا أو لبس الخاتم أو دفع المهر أو غيرها . ومن ثم فانه يكون لكل من الطرفين حق التراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج, وهو ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة (05) من قانون الأسرة من أنه " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " ولقد قرر القضاء في بلاد المغرب العربي على أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد لا يقيد أحداً من المتواعدين, فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء ,خصوصا و أنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته , وأما سكوت المشرع الفرنسي وعدم تعرضه لمسالة الخطبة ,فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أساس الزواج هي الرضا و الإختيار والحرية وأن الخطبة هي مقدمة من مقدماته وليست لها قوة العقد , وتخضع لمبدأ الرضائية والحرية التامة.[1]

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية بقولها " الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به وقبول وتبادل الهدايا "

أم بحكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة[2] ضرورة وقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج وقد جاء في المدونة المغربية الصادرة سنة 2004 في المادة (05) منها " الخطبة تواعد رجل و إمرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج , ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا ".[3]

وجاء في المادة (06) من المدونة أن الطرفان يعتبر مخطوبين إلى حين الاشهاد على عقد الزواج كما يمكن لهما الرجوع و العدول عنها.[4]

1-- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق اخر التعديلات ومدعم باحدث اجتهادات المحكمة العليا)، الطبعة الأولى ، عمان الأردن ، 2012,ص117.

2-بلحاج العربي , أحكام الزواج في ضوء قاون الأسرة , المرجع السابق, ص 117.

3-المدونة المغربية للأحوال الشخصية المادة 5 منها.

4- المدونة المغربية للأحوال الشخصية , المادة 6 منها .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نص في مادته الثانية بأن الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر و الهدية لا تكون زوجا.[1]

ونصت المادة (17) من القانون الإمارتي لعام 2005 في الفقرة الأولى على مايلي " الخطبة طلب التزوج والوعد به و لا يعد ذلك نكاحا".

كما عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة (7) منه أن الخطبة " وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا والجاري به عرفا معتبر شرعا ".

كما عرفها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة (11) منه على أن الخطبة " طلب التزويج والوعد به ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا".

المطلب الثالث : الطبيعة الفقهية والقانونية للفاتحة

الفرع الأول: : طبيعة الفاتحة في الفقه الإسلامي .

الأصل في العقود الشرعية أن تكون رضائية ويتم بالإيجاب والقبول في مجلس العقد, إلا أن العرف قد جرى بقراءة فاتحة الكتاب ودفع للأذى والحسد والعين وغيرها, مما يجعل الاعتقاد أن عقد نكاح تلزمه الفاتحة ولقد تعرض: "الونشريسي" إلي هذه المسالة وعرض أراء الفقهاء فقال:

إن العادة المذكورة إذا كانت جارية عندهم مجرى العقد, المصطلح عليه حيث يرتبون أثار العقد, وجرت الإحكام بذلك وتطورت فهذا الإشكال فيه عند القائل أن تلك العادة يحكم بها وتلزم المتعاقدان بها, وأما العادة المذكورة، إنما هي توطئه للعقد الشرعي عندهم, يتواعدون لها ليلة البناء وأنه لا إلزام بينهم بما يقع من الأحوال المذكورة, وأن جميع ذلك أمارات على ميل كل من الجهتين إلى الأخر, وأن تنجر ذلك لا يقع بينهم إلا عند الإشهاد الذي يقع ليلة الدخول وعلى هذه الحالة تقررت عادتهم بعرفهم العام والخاص, فهذا أيضا لا إشكال فيه في عدم اللزوم بذلك, وأن تلك القرائن والأوصاف إنما هي أمارات على العقد المبرم, والإمارات على الشيء قطعا وأن كانت هكذا فلا يمكن أن يختلف في عدم اللزوم بتلك العوائق وعدم ترتيب الآثار عليها[2].

1-المرسوم التشريعي رقم :59 الصادر 1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري ، موسوعة التشريعات العربية.

[2]- محمد باوني, محاضرات الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا, دراسة مقارنة, جامعة الاخوة متنوري-قسمطينة- ص68.

أما فقهاء المالكية فيفرقون بين أمرين:

1) أن يتم اقتران الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد:

وبه تذكر أركان العقد من شروط الانعقاد والصحة, حيث يذكر العاقدان أن فلان يتزوج فلانة وأن العقد يبرم وأن أوليا المرأة يقبلون بتزويج ابنتهم من فلان وأن يقبل الزواج وأنه يريد النكاح, وغير هذا من طبع صريحة في إنشاء العقد, ويحضر الشهود ويقبل الزوجان فهنا نكون أمام عقد شرعي وتنطبق عليه القاعدة الفقهية"العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني"وأن الهدف وقصد المتعاقدين منصرف إلي إنشاء العقد, يكون العقد ملزما ومنتجا لأثاره فننشأ العقد صحيحا وهذا سبب تسمية العقد الشرعي بالفاتحة في عرف المغاربة وهو اختصار للعقد المقترن بقراءة الفاتحة.

2) أن يقتصر في مجلس الخطبة على ذكر مسألة الخطبة والفاتحة:

وتكون دون صيغة العقد, فيقولون أن فلان يخطب فلانة وأن أهلها يقبلون الخطبة وهو التعارف والتأليف, وميل كل طرف للأخر والقبول به كزوج في المستقبل, وهنا نكون أمام مجلس خطبة وما يتم فهو تعارف, فلا يجعل شيء ولا ينشأ أي التزام, ولا يلزم أي طرف بأي حكم ويجوز العدل دون أي مسؤولية عقيدية[1].

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للفاتحة .

نص المشرع الجزائري في المادة (6) المعدلة من قانون الأسرة " إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً، غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة(9) مكرر من هذا القانون"[2].

ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع راعا التقاليد الجزائرية و العادات و الأعراف التي تجعل الفاتحة عقداً شرعيا غير موثق متى توافر على جميع الأركان وتدارك المشرع ما كان سائداً قبل التعديل بأن الخطبة والفاتحة في مركز قانوني واحد.

كون الفاتحة قبل تعديل القانون 11/84 كانت في مركز الخطبة ولا يستوجب اعتبارها عقد بل هي وعدا بالزواج إلا أن ما سارت عليه الأعراف الاجتماعية في الزواج ودخول ظاهرة الفاتحة المقترنة بالخطبة بقوة فما كان على المشرع إلا السير على خطى الاجتهادات القضائية التي

1- محمد باوني, المرجع نفسه , ص69.

2-المادة 6 من قانون الأسرة 05/02.

أعطت للفاتحة مركزين باختلاف تواجدها وبهذا أخذ المشرع الجزائري في تعديل المادة (06) من قانون الأسرة ، كون القضاء عندما ترفع أمامه هذه الحالات في إثبات الزواج أو إثبات النسب الناتج عن الزواج فانه يأخذ بالاجتهادات القضائية وبهذا يمكن له تطبيق الاجتهادات القضائية التي أصبحت تشريعات يلزم الأخذ بها.

والفاتحة في العرف الجزائري ما هي إلا عقد زواج شرعي وهذا ما استوحته الإجتهادات القضائية . بتقرير المحكمة العليا مايلي" من المقرر فقها و قضاءاً بأن الزواج بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود, هو زواج صحيح" .[1]

تعد الفاتحة زواجا شرعيا أي زواج عرفي كامل الأركان والشروط بالنسبة للمنظور الشرعية أما من الناحية القانونية فانه ينقصه التوثيق والتسجيل حتى ينتج كل أثاره .

وفي قرار أخر في 1990/03/27"من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضور زفاف الطرفين".

وجاء كذلك عن المحكمة العليا قرار لاحق للأول ينص على " من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد, أو على الأقل الفاتحة , إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع , ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض.

والزواج عن طريق الفاتحة هو عقد شفهي , خلافا للخطبة التي تسمو إلى ذلك الوصف

وقد أجاد المشرع عندما فرق بين أسلوبين إثنين وذلك من معطيات العادات الجزائرية على حسب المناطق فالبعض يقرأن الفاتحة قراءة عن الخطبة شرعا, فهذا لا يعد زوجا, ولكن أغلبية المناطق وخاصة الغربية منها تقرأ الفاتحة فيها عند مجلس العقد ويتولى إبرام هذا العقد الإمام.[2]

وبالتالي الزواج صحيح ولكن كل مافي الأمر أنه في حالة الخلاف أو موت الزوج فإن الأثار المترتبة على هذا العقد لا يعتد بها قانونا و بالتالي يمكن القول أن المانع في هذه الحالة هو مانع تشريعي ,فقط حماية لطرفي العقد لتستقر الأوضاع الإجتماعية الأسرية.[3]

1-المحكمة العليا,غ ا ش .م 1984/06/24.

2-حسين مهداوي,دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج و اثاره, مذكرة ماجيستر في قانون الاسرة, اشراف أ.د.تشور جيلالي , أبو بكر بلقايد,تلمسان,سنة 2010/2009,ص49,50.

3-حسين مهداوي , المرجع نفسه , ص50.

الفرع الثالث : طبيعة إقتران الخطبة بالفاتحة.

نصت المادة (06) من قانون الأسرة على مايلي" إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجاً , غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توفرت ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) من هذا القانون " وهو تكريس للإجتهاد القضائي المحكمة العليا التي أشارت إلى أن الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق والرضا بين الطرفين, فبهذا يعتبر زواجاً صحيح من الناحية الشرعية لكنه غير مسجل من الناحية القانونية , والحقيقة أن الخطبة ليست زواجاً بل هي من مقدماته , ومثلها إلتماس الزواج والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض الصداق وقبول الهدايا.

فبنص المشرع على إدخال الفاتحة في حكم الخطبة (م1/6 ق أ ج) فإن تلاوتها لا تغير الطبيعة القانونية للخطبة بإعتبارها وعدا غير ملزم كما أنها لا تضفى على الزواج طبعة دينية و لا يتطلب القانون لقيامها شكلا معينا .[1]

1-بلحاج العربي , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ،ص 146.

خلاصة الفصل الأول

بعد عرضنا للإطار المفاهمي لمقدمات الزواج التي تتمثل في رفع الغموض عن المعاني اللغوية والاصطلاحية لمفهوم الخطبة و الفاتحة وتوضيح المعنى القانوني لاقتران الخطبة بالفاتحة إتضح لي أن المعنى اللغوي والاصطلاحي للخطبة يختلف عن المعني اللغوي والاصطلاحي للفاتحة كما أن الطبيعة الفقهية للخطبة تختلف عن الطبيعة الفقهية للفاتحة إلا إننا لحظنا أن المشرع الجزائري قد وضع تقارب في الطبيعة القانونية عندما تقترن الفاتحة بالخطبة وهذا ما جاء في نص المادة (06) الفقرة الأولى أن الفاتحة تخضع لنفس أحكام الخطبة وبهذا في الفقرة الأولى تكون الفاتحة بمثابة وعد بالزواج أما في نص المادة (06) الفقرة الثانية اختلفت الطبيعة القانونية للفاتحة عن الخطبة لكونه قد أعطاها هنا مرتبة ومكانة العقد الصحيح.

الفصل الثاني :الإشكالات الموضوعية لاقتران الخطبة بالفاتحة .

الفصل الثاني :الإشكالات الموضوعية لاقتران الخطبة بالفاتحة .

حاولنا في الفصل السابق رفع اللبس والغموض للإطار المفاهيمي للخطبة والفاتحة واقترانهما التي تبين لنا من خلال نص المادة (06) الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري أنها زواجا شرعيا ومن هنا نحاول في هذا الفصل تحديد الإشكالات الموضوعية التي نتجت عن إقتران الفاتحة بالخطبة مسلطين الضوء على أهم الإشكالات والعراقيل التي تنبثق عن زواج الفاتحة الذي يعد زواجا عرفيا بمنظور القضاء و الآثار التي تتركها على أطرافه و الأبناء معرجين على طرق إثبات وتوثيق عقود الزواج المغفلة ، وعليه قمنا بتقسيم الفصل إلى مبحثين الأول تناولنا في الآثار القانونية لاقتران الفاتحة بالخطبة والثاني تطرقنا إلى إشكالية توثيق عقد الزواج .

المبحث الأول: الآثار القانونية لاقتران الفاتحة بالخطبة:

ينتج عن كل عقد زواج مجموعة من الآثار التي يمكن أن تكون إيجابية كما يمكن أن تكون سلبية وتخرج العقد عن مقصده الذي إنشاء من أجله، وعلى اعتبار أن الفاتحة زواج شرعي إلا أنه لم يصب في القالب الرسمي الذي يعطى للعقد قوة الإلزام وينتج أثاره فإنه ينبثق عن عدم الرسمية لهذا العقد أثار سلبية تكون عائق أمام طرفي العقد تمتد إلي أن تلمس الأبناء.

المطلب الأول: الآثار القانونية على طرفي العقد

الفرع الأول: الآثار القانونية على طرفي العقد على اعتبار اقتران الخطبة بالفاتحة وعقد الزواج.

تطبيق لنص المادة (06) من قانون الأسرة الفقرة الأولى إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعتبر زواجا, سواء في مجلس العقد أو أي مجلس أخر, فإذا تقدم الرجل لخطبة امرأة ثم قرأت الفاتحة دون توافر أركان الزواج وشروطه, فإن الزواج لم يتم وتكون في حدود الخطبة والفاتحة تقرأ في الحالتين للتبرك[1] لا غير[2] .

وعليه في هذه الحالة يمكن أن نلمس الآثار القانونية للخطبة كون الخطبة المقترنة بالفاتحة هي في المركز القانوني للخطبة لا غير.

وعلى اعتبار أن الخطبة المقترنة بالفاتحة هي خطبة وعليه فما هي إلا وعد بالزواج ومن ثم فإنه يمكن العدل عنها تطبيق لنص المادة (05) الفقرة الثانية من قانون الأسرة وعليه تنتج عنه كل الآثار القانونية المترتبة على الخطبة واهم الآثار للخطبة هو الأثر الوحيد وهو العدول .

- أثار العدول عن الخطبة .

باعتبار أن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة لطرفيها ولو طالت فترة الخطبة, وبهذا يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة, فالخاطب و المخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج, فقد كفل لهما الشرع والقانون حق العدول, وهو ما نصت

1- تعريف التبرك : تبرك(فعل)تبرك يتبرك تبرك تبرك به تيمن به ، تبرك بالقران وغيره التمس بركته ،تيمن به كانوا ياتون الى شيوخهم الصالحين يتبركون بهم . البركة : النماء والزيادة والتبريك : الدعاء للانسان أو غيره بالبركة . قاموس معجم المعاني الجامع-معجم عربي عربي,ص،30.

2- لحسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014) ، دار هومة ، بوزريعة الجزائر ، 2014 ، ص30.

عليه المادة (05) الفقرة 2 من قانون الأسرة المعدلة بقولها "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/03/17 ملف رقم81129 من أن: الخطبة هي عقد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها. فإذا وقع العدول أنقضت الخطبة ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الأخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج[1].

لأن الذي عدل عن الخطبة إنما استعمل حقه المشروع ومن استعمل حقه استعمالا مشروعا فلا مسؤولية عليه مطلقا ولا مجال للقول بالتعويض[2]غير أن الخطبة التي تنتهي دون إتمام الزواج تطرح بعض المشاكل القانونية تتعلق أساسا بمصير الصداق (كله أو جزء منه). والهدايا المتبادلة بين المخطوبين, فضلا عن الأضرار المادية أو المعنوية جزاء العدول. وعليه نتعرض فهذه المسائل كالأتي:

أولًا: بحكم الصداق في حالة العدول:

الصداق شرط من شروط صحة الزواج هذا ما أكده المشرع الجزائري في (المواد 9 مكرر, 14وما بعدها) ولقد أشارت إلي ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها.

وبما أن الزواج لم يتم فعلا فلاحق للمخطوبة في الاحتفاظ به تطبيقا لمبدأ عدم الاثراء بلا سبب مشروع, وعليه فإنه في حال انقضاء الخطبة أو فسخها من الطرفين أو من أحدهما, وكان الحاطب قد دفع الصداق, كله أو بعض معجلا وجب على المخطوبة أن ترد ما قبضته عينا إن وجد أو قيمته إن تلف أو إستهلك, بغض النظر عن مسألة العدول وأسبابها لان الصداق لا علاقة له بالخطبة فالمخطوبة ملزمة برده للخاطب[3]. وعليه فإنه بالنسبة إلي المهر أو الصداق المقدم إلي المخطوبة خلال فترة قيام الخطبة ، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض له صراحة ولا ضمنا مثله مثل القانونين التونسي والمغربي علي عكس القانون السوري الذي نص في الفقرة الأولي من المادة(04) علي أنه إذا دفع الخاطب المهر نقدا ، واشترت المراة به جهاز ثم عدل الخاطب فالمرأة الخيار بين أن ترد الجهاز نفسه أو مثله نقدا ونص في الفقرة الثانية

1- العربي بالحاج, أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق , ص127.

2- عسى حداد, المرجع السابق، ص20.

3- بالحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة ، المرجع السابق ص96.

على أنه إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته, وهو أيضا نفس ما نصت عليه المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

وهذا ما ينسجم مع ما أتفق عليه الفقهاء المسلمون من أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة, وذلك لان المهر أو الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح عند الحنفية وبالدخول عند الشافعية, وعندما لا يتم عقد الزواج لا يستحق المرأة المهر, بل يجب عليها رد ما قدمه الحاطب عينا أو رد مثله أو قيمته نقدا يوم قبضه[1].

ثانيًا: حكم الهدايا عند العدول.

بالنسبة للهدايا المتبادلة في فترة الخطبة. فإن الفقهاء متفقون في الجملة على ردها وأن اختلفوا في التفاصيل:

– ذهب الحنفية إلى القول بأن حكمها حكم الهبة, يرد منها ما كان قائما ولم يستهلك دون النظر إلي المتسبب في العدول

– وقال الشافعية بوجوب ردها مطلقا, سواء كانت باقية أم هالكة, لأنها في حكم المهر, ومادام الزواج لم يتم وجب ردها بعينها أو بقيمتها أو بمثلها, سواء كان العدول من جانب الخاطب أو المخطوبة.

– وقال الحنابلة بعدم استرداد شيء من هذه الهدايا لا نها هبة عندهم, والقبض يمنع الرجوع بالهبة ويستوي إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة, لان هذه الهدايا قدمت علي سبيل التبرع.

وأما المالكية فيذهبون إلي أن إذا كان العدول من جانب الخاطب, فلا يحق له أن يسترد شيئا من الهدية, سواء كانت مثلية أو قيمية, سواء كانت قائمة أم مستهلكة, وأما إذا كان العدول من جانب المخطوبة, فللخاطب أن يسترد جميع ما قدمه من هدايا, فإن كانت قائمة استردها وإن كانت مستهلكة إسترداد قيمتها, وهذه الأحكام تسري في حال عدم وجود شرط أو عرف ينافي ذلك[2].

1– عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة ، الطبعة الرابعة، الجزائر ، 2010، ص20.

2– بالحاج العربي, الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري, مرجع سابق.ص98.

وقد سار المشرع الجزائري في هذه المسألة على مذهب الإمام مالك فجاء في الفقرتين 4.و5. من المادة (05) المعدلة من الأمر 02/05 على أنه "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".

فالهدايا وفقا للتعديل الجزئي للمادة(05) من قانون الأسرة, ترد بعينها أن كانت قائمة, وبقيمتها إذا استهلك أو تلفت, ومن ناحية أخرى فإن التعديل أقر مبدأ المساواة بين الخاطبين في إسترداد الهدايا, بنصه في المادة5 فقرة4 على أنه على الخاطب أن يرد هو الأخر للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له, وهي إضافة صائبة لإلغاء أشكال التميز تجاه المرأة وتحريرها قانونيا تبعا لعملها واستقلال ذمتها المالية(م19, 37ف1 و67 من قانون الأسرة المضافة بالامر 02/05.)[1].

وبخلاف ما ذهب إليه قانون الأسرة, أخذت بعض القوانين العربية بمذهب الأحناف, معتبرة هذه الهدايا من قبيل الهبات, ويسري عليها ما يسرى على الهبة من أحكتم في القانون المدني التي تنص على رجوع الواهب في هيبته, كالمادة (19) من القانون العراقي والمادة(65) من قانون الأحوال الشخصية الأردني والمادة (04) من قانون الأحوال الشخصية السوري. وبخصوص هذه المسألة حكمت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه, إذا كان العدول منه, وأنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا أو غيرها,قبل ولا يستحق الزوجة نصف صداقها إلا عند الطلاق قبل الدخول(المادة5, و16 قانون الأسرة)[2].

كما أن القضاء التونسي ذهب إلي أن الهدايا المقدمة للخطيبة لا يستردها الخطيب منها شيئا إذا ما عدل عن خطبتها, أما إذا مات واستحال الزوج بها فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا وبذلك فإن الحكم لهم باسترجاعها أو قيمتها في طريقة لا مطعن فيه[3]وقرر القضاء الفرنسي انطلاقا من المادة1088 من القانون المعدل الفرنسي غلي أن الهدايا المقدمة بمناسبة الخطبة ولأجل الزواج هي من قبيل الهبات, وهبي تسترد في حالة عدم إتمام الزواج فعلا, فيعيد

1- بلحاج العربي, أحكام الزواج المرجع السابق, ص132.

2- المحكمة العليا, غ أ ش, 1993/07/13, ملف رقم92714. المجلة القضائية, العدد الاول 1995. الصفحة128.

3- نقص مدني تونسي1982/03/11, ملف رقم4146, ق.م.ح.1982. ج2. ص209.

خاتم الخطبة في حكم الهدايا الهامة أو المهمة, غير أنه طبقا لقواعد العدالة, فإنه يحرم منها من أرتكب خطأ أو كان هو المسئول عن العدول, أو كان عدوله بدون مبرر مقبول قانونيا, وعلى الشخص الذي يطالب باسترداد الهدايا إقامة الدليل بجميع الوسائل[1].

ثالثًا : حكم التعويض عن العدول عن الخطبة

أشارت المادة (05) في الفقرة الثالثة منها من قانون الأسرة إلي جواز التعويض عن الضرر المرتب عن العدول.

قيل أن الخطبة ليست عقدا ملزما وأنه يمكن لأي طرف العدول فيها في أي وقت وإن هذا ليس إلا استعمالا لحق مشروع لمن يعدل فلا يمكن مع ذلك أن يسأل تعويضا.

وقيل لان العدول وأن كان حقا مخاطب به إلا أنه قد يكون سببا في التعويض إذا أسئ استعماله لان الضرر يزال شرعا أو المقدر في الحديث(لا ضرر ولا ضرار).

ولا وفق أن يقال بالتعويض إذا كان عدل عن الخطبة غير مجرد العدول دخل فيها أصاب الطرف الأخر من الضرر، كأن يكون طلب إعداد الجهاز نافذ أو يكون طلب منها ترك العمل فتركت أو يكون ممن طلبت فيه إعداد منزل الزوجة ففعل ففي كل هاته الحالات وأمثالها حصل ضرر بسبب فعل فف كل هاته الحالات وأمثالها حصل ضرر بسبب فعل من عدل وأساس التعويض هنا ليس المسؤولية العقدية وإنما المسؤولية التقصرية[2].

وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد من المتواعدين فلكل منها أن يعمل عنه في أي وقت شاء, وخصوصا أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته بالزواج من الخطر في شؤون المجتمع, وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض, ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه, باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول– قد لازمتها أنعال أخرى مستقلة عنها استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد حققت ضروا ماديا, أو أدبيا بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت فيه وذلك على أساس أنها في حد ذاتها بعض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتضمين.

1– بالحاج العربي, أحكام الزواج في ضو, قانون الأسرة المرجع السابق ص134.

2– طاهري حسين, الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ط1. دار الخلدونية للنشر والتوزيع, الجزائر ، 2009, ص15.

وقد قال الدكتور السنهوري أن قضاء في مصر انتهى إلى المبادئ الآتية:

1- الخطبة ليست بعقد ملزم

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة

الزواج. أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطبين جاز الحكم بالتعويض.[1]

الفرع الثاني: الآثار القانونية عند اعتبار اقتران الخطبة بالفاتحة عقد

تماشيا مع نص المادة (06) الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري يعتبر اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد مع توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (09) مكرر زواجا شرعيا, وعليه فان الآثار التي يمكن أن سننتجها من خلال هذا الزواج الشرعي او الزواج بالفاتحة أو ما يسمى بالزواج العرفي هي نفسها التي يمكن أن نستنتجها من أن زواج صحيح وشرعي لان هذا الزواج ينقصه سوء الصورة الرسمية إضفاء الكتابة على هذا الزواج. غير أن عدم وضع الزواج في قالبه الرسمي يمكن أن يترك عدة أثار سلبية تعقد وتعرقل مسار الحياة الزوجية والأسرية على غرار الآثار الايجابية لكل عقد زواج.ومن أهم الاثار سلبية لزواج الفاتحة أنها تقتضب بعض أو جل الحقوق المتبادلة بين الزوجين وهذا خاصة في حالة النزاع.

إن حق الزوجة في النفقة التي أوجبها لها الشرع والقانون.

قال تعالى « الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا »[2].

[1]- محمد مصطفى شلبي, أحكام الأسرة دراسة مقارنة بين فقه المذاهب البينة والمذهب الجعفري والقانون, الدار الجامعية,1982, ص88-89.

2- سورة النساء, الاية34 , رواية ورش عن نافع.

وقال تعالى « وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ »[1].

حيث أوجب الشارع الحكيم نفقة الزوجة على زوجها كما تناولها المشرع الجزائري في المادة (74) من قانون الأسرة « تجب النفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة أحكام المواد (78)و(79)و(80) من هذا القانون»[2].

إلا أنه في حالة إمتناع الزوج عن أداء النفقة لزوجته وتقدمت الزوجة للمحكمة من أجل المطالبة بحقها فإن عليها أولا أن تثبت العلاقة الزوجية القائمة بينها وبين المدعى عليه ، وإلا فان دعواها لا تقبل لانعدام صفتها ، والصفة من النظام العام ولو اعترف وأقر الزوج بعقد العرفي و اعتراض على النفقة فان المحكمة لا تحكم لها بالنفقة حتى ولو انها لم تتحصل عليها فعلا.

وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1987/02/27 أنه" طالما لم تثبت الزوجة علاقة الزوجية فإنها تبقى بدون صفة ومطالبتها بحقوقها المالية تكون غير مؤسسة إذا طالبت بإثبات علاقة الزوجية والنفقة وفشلت في إثبات عقد زواجها"[3]

كما أن الدخول بالزوجة يعطي حق للزوجة على زوجها في النفقة وهي الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء تم الاتصال الجنسي بها أم لم يتم متى كان السبب راجع إلى الزوج, أما إذا كان عدم الاتصال راجع إلى الزوجة بمنعها للزوج من استعمال الحق الشرعي–الاتصال الجنسي–

1– سورة البقرة،الآية 233،رواية ورش عن نافع.

2– قانون الاسرة الجزائري

3–المحكمة العليا,غ ا ش1987/02/07.م ق,1990,العدد03ص65.

يعتبر نشوزا منها وبالتالي يسقط حقها في النفقة وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري النفقة الشرعية واجبة على الزوج حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها .[1]

وهذا ماذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها " أن الزوجة زفت للزوج واختلى بها في بيته ولم ينكر إصابتها وان الدخول مسلم به فان قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال فان قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة (16) من قانون الأسرة و متماشيا مع المادتين (58)و(74) من نفس القانون زمن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله يستوجب رفضه"[2]

كما أن الإدارات العمومية التي خول لها القانون أداء المنح والتعويضات العائلية تطلب عقد الزواج الرسمي من اجل إثبات حق الزوجة في المنح , وفي حالة عدم تقديم الوثائق الرسمية لعقد الزواج أو في حالة عدم إمكانية إثباته فإنها لا تستطيع الحصول على هذه الحقوق كما هو الأمر بالنسبة لصناديق الضمان الاجتماعي وكذا شركات التأمين.

فمثلا لو توفي الزوج الذي تزوج بالفاتحة عن زوجته في حادث مرور أو حادث عمل فإنها لا تستطيع المطالبة بتعويضات المالية طالما أنها لم تثبت علاقة زوجية إذ لا يمكن أن تكون لها الصفة في رفع دعوى للحصول على التعويض.

وهو الأمر نفسه بالنسبة لقضايا الميراث فان عقد الزواج يعطي للزوجة الحق في التوارث ومن أسباب الإرث القرابة و الزوجية وهذا ما نصت عليه المادة (126) من قانون الأسرة وبهذا يكون النكاح يوجب التوارث بين الزوجين حتى ولو لم يقع بناء و إذا اثبت الطلاق فلا توارث بين الزوجين.

ولهذا نصت المادة (130) من قانون الأسرة على أن عقد الزواج إذا تم إبرامه صحيحا فانه يوجب التوارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما قبل الأخر, لو حصلت الوفاة قبل البناء أو الدخول بالزوجة.[3]

1-عسى حداد, المرجع السابق,ص269.

2-قرار المحكمة العليا رقم61155بتاريخ1989/10/02,مجلة قضائية عدد 1.1991,ص34.

3-عبد العزيز سعد, قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد, المرجع السابق,ص112.

إلا أن المشكل المطروح في الزواج بالفاتحة الذي يعد زواجاً شرعيا انه في حالة التنازع على الإرث فان على الزوجة السعي جاهد من أجل إثبات الزواج العرفي حتى تتمكن من المطالبة بحقها في الإرث وعند عدم إمكانية إثبات الزواج فإنها تحرم من حقوقها المخول لها شرعا , كما أن مركز الزوجة المتزوجة بالفاتحة يبقى عرضة للتجريح من طرف باقي الورثة محاولين حرمانها من الميراث.

المطلب الثاني: الآثار القانونية على الأبناء.

يعد زواج الفاتحة زواجاً شرعيا يرتب أثار يمكن أن تتعدى أطرافه لتلمس الأبناء فترتب لهم حقوق منها ما هي فطرية كتربية الأبناء والاهتمام بتكوينهم ونشائتهم من الناحية النفسية والعاطفية ، التي أعطي لها القانون مكانة وقيود وهذا ما نصت عليه المادة (36)الفقرة الثالثة حق الأولاد في الرعاية وحسن التربية وهي من الحقوق المشتركة للزوجية مع أن هذه الحقوق يؤديها الوالدين تلقائيا إلا أن هناك حقوق يمكن أن تكون ذات إشكال عندما يكون الزواج غير موثق وعرفي وأهمها حق الولد في النفقة التي كرسها القانون في نص المادة (75) من قانون الأسرة على وجوب نفقة الوالد على أبنائه وتكون النفقة على الذكر حتى بلوغه سن الرشد أما الأنثى فأنها تحدد إلى غاية زواجها قد حدد القانون بأن لنفقة مشتملات تتمثل في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة وهذا ما نصت عليه المادة (78) من قانون الأسرة إلا أنه يمكن الاستغناء عن كل الحقوق المادية في حالات النزاع والتي لا يؤثر غيابه كما لو لمست الحقوق المعنوية كحق النسب ويعتبر النسب من أهم الحقوق وان يلحق الولد لأبيه وقد يتعرض إلى عدة عوائق وإشكالات في حالة الإنكار وعليه سنعالج في هذا المطلب أهم الآثار السلبية لزواج الفاتحة التي تعود على الأبناء وهي :

إشكالية إثبات النسب

إن أهم ما يترتب على الزواج من أثار هو نسب المولود إلى والده وعليه إذا كان نسب الولد إلى أمه ثابت بسبب الحمل المرئي والولادة. فإن إسناد نسب الولد إلى أبيه ليس دائما سهلاً.[1]

وعليه اهتم الشارع الحكيم بالنسب فنظمه وضبط قواعده حفاظا له من الفساد والاضطراب.

1-عبد العزيز سعد , قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق,ص101.

قال تعالى" وَهُوَالَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " [1]

وجعل للنسب سببا واضحا كريما يتفق وكرامة الإنسان وهو الاتصال بالمرأة عن طريق الزواج ولم يترك للأهواء ورغبات الناس كما هو الحال في الجاهلية من تبني وإلحاق الأولاد عن طريق الفاحشة.[2]

قال تعالى" وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذَلِكُمْ قَوْلُكُم بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ" [3]

ولقد نهى الدين الحنيف عن إنكار النسب ولقد شدد على الآباء الذين يجحدون نسب أولادهم.

قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة " أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه إحتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين" ومعنى بنظر إليه أي انه يعلم أنه ولده.[4]

والشريعة الإسلامية حصرت طرق إثبات النسب في :

-الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة أو الإقرار بالنسب أو البينة[5]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة (40) من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02/05 " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32)و(33)و(34) من هذا القانون يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب" .

وقد أضاف المشرع الطرق العلمية تماشيا ومجريات العصر وكذا حجم القضايا المرفوعة أمام القضاء من أجل إثبات النسب ولقيت إنكارا فإن الملجاء الوحيد والصائب هو الرجوع إلى الطرق العلمية للكشف عن حقيقة النسب بين الإنكار والاعتراف.

أولا: الطرق التقليدية لإثبات النسب

1-سورة الفرقان.الآية 54.رواية ورش عن نافع.

2-طاهري حسين,المرجع السابق,ص67.

3-سورة الأحزاب الآية 4.رواية ورش عن نافع.

4-طاهري حسين , المرجع السابق,ص68.

5-وهبة الزحيلي, المرجع السابق,ص 652.

وهي الطرق التي وردت في المادة (40) الفقرة 1 من قانون الأسرة التي نصت على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة , أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد(32)و(33)و(34) من هذا القانون.

1) الزواج الصحيح:

إن العقد الصحيح هو سبب شرعي لثبوت نسب الولد في أثناء قيام الزوجية أو العدة أو الوفاة إذا كان الدخول ممكنا, فإذا اثبت انه غير ممكن , أو أنهما لم يلتقيا قط ولم يكن في الإمكان تلاقيهما فان النسب لا يثبت وهذا لقوله عليه الصلاة والسلام " الولد للفراش و للعاهر الحجر "[1] ورآه الجماعة إلا داود.

والمراد بالفراش هنا الزوجية, ومعنى للعاهر الحجر أي أن الزاني ليس له إستلحاق ولد من الزنا, وإنما له الخيبة والحرمان ومن ثم اجمع الفقهاء على أن النكاح يثبت به الفراش[2], إذا توافرت شروط النسب ببلوغ الزوجين و إمكان المعاشرة الجنسية (الوطء) بعد العقد , وان تلد الزوجة خلال اقل مدة حمل (6) أشهر[3]

وقد أشارت المحكمة العليا إلى هذه القاعدة الشرعية في أكثر من قرار اجتهادي ,باعتبارها أصلا في ثبوت النسب الشرعي بواسطة الفراش[4]

غير أن قاعدة الولد للفراش لا تطبق إلا في حالة إثبات دعوى أو نفي النسب.

كما جاء في نص المادة(41) من قانون الأسرة أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً, وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وعليه فانه يشترط لثبوت النسب بالزواج الصحيح مايلي:

أ) إبرام عقد زواج صحيح:

وهو الزواج الشرعي الصحيح الذي استوفى جميع أركانه وكل شروط صحته المواد من (07) إلى (31) من قانون الأسرة وهو زواج مرتب لكافة أثاره الشرعية والقانونية في الحال ومن أهم

1-أبي عبد الله محمد إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الحدود دار ابن كثير دمشق بيروت ، الطبعة الأولى ، 2002 . ص86.

2-ابن رشد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 352، إبن قدامة ، المغني ، ج9 ، ص 116 ، السرخسي ، المبسوط ، ج 6 ، ص 45 نقلا عن بلحاج العربي ، أحكام الزواج على ضوء قانون الاسرة الجديد ، المرجع السابق ، ص 470

3-بلحاج العربي,حكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد, المرجع نفسه ,ص470.

4-المحكمة العليا.غ ا ش 1998/05/19,ملف رقم 193825.

هذه الآثار ثبوت نسب الأولاد الذين يولدون على فراش الزوجية ,دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسبا لولد منه (م 40 و 41 من قانون الأسرة).[1]

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في إجتهادها أن الولد للفراش مادامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين.[2]

ب)- إمكان المعاشرة(الوطء) بعد العقد:

وهو أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حين العقد ,ذلك أن العقد وحده لا يكفي إذ لابد من الدخول ,فان تأكد عدم اللقاء بينهما لا يثبت نسب الولد إلى الزوج, كما لو كان أحد الزوجين سجينا أو غائبا, في بلد بعيد غيبة إمتدت إلى أكثر من أقصى مدة الحمل. ولقد قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة من أن عقد النكاح وان كان سببا لثبوت النسب , غير انه لابد فيه من الدخول وعلى هذا يجب أن يكون بالغا , وفقا لنص المادة (07) من قانون الأسرة فانه لا يثبت النسب من الصغير الذي لا يتصور منه الحمل لقيام قرينة القاطعة على أن الولد ليس منه.[3]

ج) أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانونا:

لا يكفي لكي يلحق النسب بالزواج, أن يكون هناك عقد زواج صحيح يربط بينه وبين زوجته(م 40و 41 ق.أ) و إنما لابد أن تتحقق مدة الحمل المفروضة شرعا وقانونا وهذا طبقا لأحكام المادة (42) من قانون الأسرة, والتي تقضي بأن اقل مدة حمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومن هنا فإن الولد للفراش , مادامت العلاقة الزوجية قائمة متى ولد الولد لستة أشهر من عقد الزواج (سواء أكان العقد صحيحا أم فاسداً), وهي أدنى مدة حمل , وأقصى مدة حمل هي عشرة أشهر وفي كل الأحوال تعتمد أقل مدة الحمل إبتداء من إبرام عقد الزواج (م 42 ق أ) وتعتمد أقصى مدة حمل (أي عشرة أشهر) من تاريخ إنتهاء عقد الزواج,كيفما كان السبب ذلك الانتهاء طلاق أو فسخ أو وفاة (م 43 ق أ).

1-بلحاج العربي ,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد, المرجع السابق,ص470.

2-المحكمة العليا ,غ ا ش :1998/10/20, ملف رقم 204821.

3-بلحاج العربي,الوجيز في شرح قانون الأسرة, المرجع السابق,ص372.

وهو ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية, والتي جعلت أقصى مدة الحمل سنة, وتحتسب هذه المدة من تاريخ الطلاق أو الوفاة.[1]

د)- ألا ينفي الزوج الولد بالطرق المشروعة :

والطرق المشروعة لنفي الولد عن أبيه هو اللعان وهو نظام قانوني يهدف إلى نفي النسب و إن كان المشرع الجزائري لم يظهر ذلك صراحة في الفصل الخامس الخاص بالنسب ولا في الفصل الثاني الخاص بموانع الزواج , إلا أنه أشار إليه في المادة (138) من قانون الأسرة كما أنه يستشف من نص المادة (222)[2] من قانون الأسرة[3] .

2) الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح, لان النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد و محافظة عليه, ويشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد ثلاثة شروط:

أ)- أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل.

ب)- تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية.

جـ)- أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة.[4]

و تنص المادة (40) من قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد (32)و(33)و(34) من قانون الأسرة.

كما جاء في المادة (34) بان كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء [5]

وعليه لا فرق بين الزواج الصحيح والزواج الفاسد من حيث ثبوت النسب ومن آثارهما إلحاق الولد لأبيه وفق الشروط الشرعية والقانونية.

1-بلحاج العربي ,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,المرجع السابق,ص476.

2-المادة222 من قانون الأسرة "كل ما لم ينص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية ."

3-بلحاج العربي,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد,المرجع السابق,ص476.

4-وهبة زحيلي,المرجع السابق,ص649.

5-بلحاج العربي,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة , المرجع السابق , ص481.

وفي قرار المحكمة العليا مؤرخ في 1999/06/15 حكمت بأنه يثبت النسب بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول , ومتى تبين أن قضاة الموضوع لما قضوا بتعين خبرة طبية , قصد تحليل الدم للوصول إلى معرفة النسب, خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً وقانونا طبقا لنص المادة (40) من قانون الأسرة , فأنهم بقضائهم كما فعلوا تجازوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.[1]

يعد هذا الاجتهاد صائب لكونه يتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية التي تسعى دائما لحماية الحقوق و تؤكد على ثبوت النسب بالزواج الفاسد إذا تم الدخول فعلا ، احتياطا لإحياء الولد وعدم ضياعه.

3)- الدخول بشبهة:

هو الاتصال الجنسي غير الزنا, وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد ,مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة, وقيل أنها زوجته, فيدخل بها , ومثل وطء إمرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته ومثل وطء, المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة , على اعتقاد أنها تحل له .

فإن أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطئ تأكد أن الحمل منه.[2]

والحقيقة أن الشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية لان الزاني قد يحاول التمويه أو التستر بالشبهة وله في ذلك جميع الوسائل الشرعية في الإثبات.[3]

وقد سايرت المحكمة العليا موقف جمهور الفقهاء , عندما قررت بأنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية , بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد, وكل ما نتج عنها لا يفيد البنوة المشروعة.

وعليه فان الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل توثيق عقد الزواج يعد زنا, وأن إبن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعاً وقانوناً و أن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة المواقعة.[4]

1-بلحاج العربي ,المرجع نفسه,ص482.

2-وهبة الزحيلي, المرجع السابق,ص650.

3-بلحاج العربي, أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة , المرجع السابق , ص 484.

4-المحكمة العليا, غ.ج:1985/05/13 ملف رقم 271 أخذنا عن بلحاج العربي .

كما أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها, والتي تزوجت مع شخص أخر بالفاتحة رغم صدور الحكم بالطلاق ووجودها في العدة الشرعية.[1]

وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/10/08حيث جاء فيه مايلي<< من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.[2]

و إذا كان الثابت من قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا, فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على إعتراف بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية.[3]

أما مدونة قانون الأسرة المغربية فعلى ما يبدو فإنها تخالف ما ذهب إليه القضاء الجزائري , حيث نصت المادة (156) على مايلي: " إذا تمت الخطبة وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل المخطوبة , ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

* إذا إشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء .
* إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة .
* إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن .

غير أنه إذا أنكر الخاطب أن يكون الحمل منه, أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

1-المحكمة العليا غ ج: 1989/06/06 ملف رقم 570.أخذنا عن بلحاج العربي.

2-بن شويخ رشيد, المرجع السابق,ص228.

3-بن شويخ الرشيد, المرجع السابق,ص 228.

ولقد جاء هذا النص مخالف إلى ما أخذت به القوانين العربية حيث أراد تطبيق قانوني لأي خطأ وقع فيه المخطوبين وهذا على حساب الأحكام الشرعية , التي لا تعترف إلا بالزواج في حالة التلاقي الجنسي بين الرجل و المرأة .

أما القضاء التونسي فوافق القضاء الجزائري في الموضوع حيث قضت محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 1992/06/02" الفصل الأول من مدونة الأحوال الشخصية لم يرتب عن الخطبة زواجا و لا يقضي بإحكام الزواج فيما بين الخطبين ... فلا يحل ولا يحق للخطبين تجاوز حدود الخطبة إلى الاتصال الذي يعتبر بالنسبة لهما اتصال غير مشروع ولا يشكل إلا علاقة خنائية[1] لا ترتب نسباً".

ونفس الحكم في القضاء الجزائري حيث جاء كما يلي:" من المقرر شرعا أن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا, و أن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه".[2]

4) الإقرار:

الإقرار بالنسب هو ادعاء المدعي أنه أب لغيره, فيصدق في إلحاق الولد بفراشه ,ويثبت النسب بإقرار الأب المادة (40) و (44) من قانون الأسرة , و لو كذبته إلام أو كذبه الابن المستلحق أو كان الإقرار بعد موت الابن فهو الاعتراف بواقعة قانونية أمام القضاء .

وقد أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها المختلفة على أنه الاعتراف بالبنوة, بمعنى الانتساب أو الإستلحاق وأصل أحكام الإستلحاق . و الإقرار حجة قاصرة على المقر, فإنه حجة ملزمة له, ومن شروط صحته أن يكون المقر بالغاً عاقلاً طائعاً وان يكون نسب الولد المستلحق مجهولاً.[3] وفقا للمادة (44) من قانون الأسرة

كما يصح أن يكون الإقرار بالبنوة يصح أيضا الإقرار بالأبوة و الأمومة وذلك مثل أن يقول المقر هذا أبي وهذه أمي , ومثل أن يقول المقر:هذا إبني من فلانة أو تقول المقرة: هذا إبني من فلان .

1-علاقة خنائية: تعني علاقة خيانة نتج عنها ابن غير شرعي وبهذا لا يمكن إثبات نسبه كونه نتج عن علاقة زنا.

2-بن شويخ رشيد , المرجع السابق,ص230.

3-بلحاج العربي , أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد , المرجع السابق,ص486.

ويختلف الإقرار عن الفراش في أن الفراش يعتبر سببا منشأ للنسب أما الإقرار فهو أمر كاشف له .ويثبت به النسب بشروطه.[1]

5) البينة:

البينة حجة متعدية لا يقتصر أثرها على المدعي عليه , بل يثبت في حقه وحق غيره وثبوت النسب بالبينة أقوى من الإقرار , ونوع البينة التي يثبت بها النسب هي شهادة رجلين أو رجل و إمرأتين عن أبي حنيفة ومحمد , وشهادة رجلين فقط عند المالكية وجميع الورثة عند الشافعية والحنابلة و أبي يوسف.

والشهادة تكون بمعاينة المشهود به أو سماعه.[2]

يثبت النسب بالبينة كما يثبت بالفراش و الإقرار وفقا لنص المادة (40) من قانون الأسرة, سواء أكان النسب المدعى به أصليا مباشرا كالبنوة و الأبوة والأمومة , أو غير ذلك من أنواع القرابة الفرعية.

والمراد بالبينة هي شهادة رجلين عدلين أو رجل وإمراتين بتقديم الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية , وجوداً حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما.[3]

وهي من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المواد 150 إلى 163).

تعد البينة في شهادة الشهود في إثبات النسب أمر كاشف له وهي أقوى من الإقرار به , سواء تعلق الأمر بثبوت الزوجية الصحيحة أو بإثبات النسب بعد الوطء بشبهة, وتجوز الشهادة بالتسامح عند بعض الفقهاء في مواضع منها النسب من طرف جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب , كما أن الشهادة بالشهود جائزة في إثبات النسب.

وقد تواتر قضاء المحكمة العليا , على أن إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الإجراءات المدنية [4]. أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل تخضع لإحكام الشريعة لا غير (المادة 222 من قانون الأسرة) التي تسمح بسماع الشهود , إذا إقتضى الحال,

---

1-جمال الضمراني , المرجع السابق ، ص309.

2-وهبة الوحيلي, المرجع السابق,ص657.

3-بلحاج العربي, أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد, المرجع السابق,ص490.

4-المحكمة العليا ,غ أ ش,1986/12/24, ملف رقم 40117.

في كل مواضيع النزاعات وذلك مهما بلغ التصرف القانون من قيمته , فانه يجوز شهادة الأقارب في قضايا الأحوال الشخصية, وتعتبر شهادة الشهود حجة كافية في إثبات النسب وهي في هذا المجال أقوى من الإقرار من حيث الإثبات.[1]

ثانيًا: الطرق العلمية لإثبات النسب

تعد البصمة الوراثية [2]هي ما يتوارثه الأبناء عن أبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم في الجينات الوراثية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه , و التي تتحكم في صفات الشخص والتي يختص بها دون سواه وهي الوسيلة التي تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي والتحقق من الشخصية .

ولا يمكن للبصمة الوراثية للشخص أن يتشابه فيها مع غيره ويمكن الاستفادة من البصمة الوراثية في مجال النسب لإثباته أو نفيه كما لوكان في حالة اتهام المرأة بالحمل من وطء بشبهة وقد نص المشرع في المادة(40) من قانون الأسرة الفقرة الثانية "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب "

ومن ثم فانه لا يجوز للبصمة الوراثية أن تتقدم على الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة (40) الفقرة 1 من قانون الأسرة.[3]

وعليه يلجأ كل من تعرضت حياته لتهديد والانعدام نتيجة زواج غير موثق ورسمي إلى رفع دعوى إثبات النسب أو إلحاق نسب شخص إلى أخر هي في الأساس دعوى مثل غيرها من الدعاوى المدنية العادية التي ترفع أمام المحاكم للفصل فيها.

1-بلحاج العربي,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد, المرجع السابق,ص490.

2-البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين المقصود بالبصمة لغة هو أثرالختم بالإصبع أما الوراثية فهي مجموعة من الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أما الاصطلاح فهي ما يتوارثه الأبناء عن آبائهم من صفات تحدد هويتهم بدقة وتميزهم عن غيرهم فهي الجينات الوراثية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه .

3-بلحاج العربي,أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد, المرجع السابق,ص496.

المبحث الثاني: إشكالية توثيق زواج الفاتحة

يعد إثبات زواج الفاتحة من أكبر المشاكل التي يواجهها الزوجين حيث يصعب في بعض الحالات إثبات الزواج وإضفاء الصورة الرسمية على عقد الفاتحة وهذا راجع إلى الآثار السلبية لهذا الزواج أكثر من الآثار الايجابية مع أنه زواج شرعي صحيح كونه يمكن أن يتعرض الزوجان خلال فترة الزواج إلى الشقاق والمشاكل الزوجية التي يمكن أن يلتجأ الزوجين إلى القضاء من أجل فضها كالمطالبة بالإنفاق من قبل الزوجة وأبنائها مع أنها لا تحمل الصورة الرسمية أو المطالبة بالتطليق أو الخلع لعدم تحمله المسؤولية وعليه يجب على طرفي العقد إثبات الزواج بالفاتحة أو ما يسمى بالزواج العرفي و إضفاء عليه الرسمية حتى يتمكن الزوجين من حقوقهم وعليه يلجأ الزوجين أو أحدهم أو أحد الورثة إلى رفع دعوى إثبات الزواج العرفي , ومن اجل إثبات هذا الزواج يمكن للزوجين إثباته بكافة طرق الإثبات المقرر في الشرع والقانون وهي البينة,الإقرار, اليمين وعليه بعد إثبات الزواج بإحدى الطرق وقضي إثباته عليه يمكن له أن يسجل على مستوى البلدية التي تابع لنفس الجهة القضائية التي رفعت بها الدعوى وسنعالج إشكاليةُ إثبات عقد الفاتحة في المطلب الأول و إشكالية تسجيل عقد الفاتحة في الثاني .

المطلب الأول : إشكالية إثبات عقد الفاتحة

نظراً لأهمية وخطورة التنازع حول واقعة الزواج فلقد أجاز الشرع والقانون طرق لإثباتها حتى يتسنى لإطرافها ممارسة كل الحقوق والواجبات التي تنجر على هذا العقد وبما أن عقد الفاتحة هو زواج شرعي فإنه يمكن إثباته بالطرق الشرعية والقانونية التالية:

أولاً: الإقـــرار

يعد الإقرار من أقوى الأدلة وهذا لكونه شهادة المقر على نفسه

وهو واقعة مادية تنطوي على اعتراف شخص أو إعلان صداق بحق عليه لأخر سواء عن قصد أو لم يقصد به

كما عرف أحمد عبد الرزاق السنهوري بأنه:

"إعتراف شخص بحق عليه للأخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد"[1]

1-عبد الرزاق السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني ,ج2,دار النهضة العربية, القاهرة ,مصر,1988,ص471.

كما تنص المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أنه

" إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

مدى حجة الإقرار ومدى قوته الثبوتية في إثبات الزواج العرفي وما إذا كان الإقرار طريق لإثبات الزواج في الفقه و القانون وعليه نتعرض للجانبين الفقهي والقانوني.

من الجانب فقه الشريعة الإسلامية :

إن الفقهاء يعتبرون الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده ولا تتعداه إلى غيره إلا أنهم اعتبروه وسيلة كافية في حد ذاته لإثبات الزواج إذا ما أقر به أحد الطرفين .

وقد أختلف الفقهاء حول إقرار ولي القاصر فمنهم من أجازوا إقرار الولي عن النفس بالزواج إن كان هو الذي تولاه, وذهب طائفة أخرى منهم وجعلت إقرار الولي بزواج القاصر مرفوض إلى غاية بلوغ القاصر إن صدقه ينفذ إقراره وأن أنكره أبطل إقراره[1].

من الجانب القانوني:

من الناحية القانونية يعد الإقرار حجة على المقر والخلف العام ولا تتعداه إلى غيرهما, فإذا كان الإقرار تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر ولا يتعدى إلى ورثته بصفتهم خلفا عاما له فإن بواقعة الزواج يكون صحيحا وملزما لكل من الزوج والزوجة وورثتها العليا في قرارها الصادر بتاريخ1989/12/11 "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه في الشخص هي التي يؤدي أمام القاضي ويتخذ في شأنها إجراءات " نص القانون كتحليفهم ومعرفة ما إذا كانوا أهلا للشهادة والتحقق من توفر شروط الأداء فتهم, وهناك شهادة أخرى يشهد أصحابها أمام موظف مختص لتلقى شهادات معمول بها قضاءا, ويحكم بناءا عليها ومن القضاة من يحضر أمامه أشخاص هذه البينة التي تلقاها الموثق ويحلفهم قبل أن يحكم بما شهدوا وعليه إذا لم يكن في القضية سوى الإثبات بالنيابة, فالقاضي هو الذي يستمع للشهود فإذا إليهم غيره وبنى حكمه على شهادتهم كما هو الحال هنا فان حكمه يكون قائما على أساس غير قانوني, فالخبير ليس من مهمته سماع الشهود أو إعطاء رأيه في شهادتهم وإلا فأنه يكون قد سلب سلطة القاضي وحل محله, وهذا غير جائز قانونا, فالأمر يتعلق بالإقناع الذي يكون

1- محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1971، ص 18 .

من الحجج الشرعية أو البينة الشرعية والقرار المطعون فيه جاء صادر على الحكم الذي اعتمد على أقوال أشخاص لم يتخذ في شأنها ما هو مطلوب قانونا وقبلت بعيدا عن المحكمة فانه خالف النصوص القانونية وانتهك القواعد الشرعية وعرضوا إقرارهم لعدم التأسيس القانوني ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1]. وعليه يتوجب على القاضي أثناء سماع الشهود أن يحكم خبرته وعليه التدقيق في كل ما قاله الشهود ويقارن بين تصريحاتهم التي يمكن أن تكون متعارضة وعليه أن يربط بينها حتى يستطيع أن يستنبط وجود أركان الزواج المذكرة في المادة(9) وكذا شروطه التي حددتها المادة(9) مكرر من قانون الأسرة ليقرر إثبات الزواج العرفي من عدمه.

ثانيًا: إثبات عقد الفاتحة عن طريق اليمين

ونقول عنها يجوز للخصوم في الدعوى المدنية إثبات أو نفي إدعاءاتهم المتبادلة عن طريق أداء اليمين, طبقا لطرق الإثبات المقررة في القانون المدني في المواد (343) وما بعد منه, وتتخذ هذه الإجراءات وفق ما قرره قانون الإجراءات المدنية طبقا لنصوص المواد من (189) إلى(193) منه[2].

اليمين حجية في القواعد العامة للإثبات كالإقرار قاصر على الحالف و ورثته بصفتهم خلفا عاما له سواء كان ذلك عند الحلف أو عند النكول عليه ولا يتعدى الغير.

فعند الفقهاء تعد اليمين وتوجد في الزواج لان النكول عند هما حتى يقيموا الدليل على عدم صحته ولا يتعداهم إلى الغير.

غير أن القضاء عندنا لا يتعد بالإقرار كوسيلة كافية لإثبات واقعة الزواج العرفي وهذا راجع لطبيعة عقد الزواج وخصوصيته خاصة فيما يتعلق بآثاره. التي لا تتوقف على طرفي العقد بل تتعداهما إلى أبناءهم كما أن لإقرار لا يؤدي إلى إشهاره وإعلانه كون الزواج يتطلب الإعلان والإشهار لا بعاد الظن السيئ والشك والغوض في الإعراض من طرف الذين لم يسمعوا بهذا الزواج.

1- قرار المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية1990/04/30. مجلة قضائية1992.ع2.ص64.

2- شويخة زينب, الإجراءات المدنية في ظل القانون08-09- الدعوى الاجتماعي الخصومة- طرق الطعن, الجزء الأول, الطبعة الأولى, دار أسامة.2009.ص184.

ثالثًا: إثبات عقد الفاتحة عن طريق البينة(الشهادة)

لم يعرف القانون البينة إلا أنه من خلال النصوص القانونية يستشف أن الشهادة في القانون هي إخبار في مجلس القضاء عما وقع تحت سمع شخص مما يترتب عليه أثر في الشرع و القانون[1].أو أنها أقوال شهود عدل معروفين بالصدق والأمانة يقرون ما عاينوه أو سمعوه من الواقع.

يكون سماع الشهود أمام المحكمة, طبقا للأوضاع المقررة قانونا ذلك فلا يعتد بالشهادة التي أدليا بها خارج القضاء ولو كانت أمام موظف عام لكونه ليست لديه ولاية القضاء وهذا ما أكدت عليه المحكمة إقرار لا بذل ذلك فإن ادعى شخصان واقعة الزواج فادعى الزوج وصح الزواج وكانا صادقين ولكن إذا ما نكلت ووجبت على الزوج البنية وذلك حسب المبدأ القائل:"البنية على من ادعي واليمين على من أنكر"[2].

وخلاصة القول أن القضاء لا يأخذ باليمين دليلا كافيا لإثبات الزواج, فهو عمل مبنى على صحة ما شاهد أو سمع في أي واقعة من الواقع والزواج يقوم على أركان وشروط وهو مما لا يثبت إلا بالشهود الذين يؤكدون توافرها.

والمعمول به قضاء أن الاعتداد باليمين يكون في حالة وفاة أحد الزوجين أو وفاتهما معا, ويتعين على القاضي توجيههما إلى المدعي بالإضافة إلى سماع الشهود الذين يؤكدون صحة انعقاد الزواج وفقا للشريعة الإسلامية مع توفر أركان وشروطه المذكورة في المادة(09)و(09) مكرر من قانون الأسرة.

1- نبيل إبراهيم سعد, الإثبات في المواد المدنية والتجارية, دار النهضة العربية, بيروت لبنان, 1995,ص181.

2- محمد أبو زهرة, الأحوال الشخصية- المرجع السابق,ص316.

المطلب الثاني: إشكالية تسجيل عقد الفاتحة

إن قيام إشكالية في زواج الفاتحة تمكن في تسجيله ولهذا حاول المشرع سن مجموعة من النصوص القانونية التي تلزم الزوجين أن يتقدموا إلى مرفق القضاء, من أجل تثبت وتسجيل الزواج إلا أن طريقة التسجيل تختلف فيما إذا كان الزواج العرفي متنازع فيه أو غير متنازع فيه. وهذا ما سيتم شرحه.

أولاً: تسجيل عقد الفاتحة المتنازع فيه :

إذا ما وقع نزاع حول واقعة زواج الفاتحة بين الزوجين أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك وكان أحدهم يدعى قيام الزواج شرعا و قانونا والأخر يزعم نفيه ويطعن في صحته فان الطريق الوحيد لإثبات أو نفي ما يدعيه المدعى هو إقامة دعوى إثبات أمام المحكمة المختصة. وإجراءات رفع دعوى إثبات الزواج العرفي لا تختلف عن غيرها ما الدعاوى المدنية الأخرى.

إذا حدث وأن كان الزواج غير الموثق متنازع فيه بأن تعرض للإنكار من قبل أحد طرفيه أو من الورثة عند وفاة أحدهما فإن على من له المصلحة في إثباته أن يتقدم إلى المحكمة من أجل إثباته ، ويتم إثبات الزوجية في هذه الحالة بعد رفع الدعوى ممن له مصلحة في الإثبات ويتوفر على الصفة والأهلية المباشرة إجراءات التقاضي بواسطة عريضة افتتاحية موقعة من قبله أو من قبل من ينوب عنه وكيلا كان أم محامي, على أن تقدم العريضة لتقيد لدي أمانة ضبط المحكمة المختصة نوعيا و محليا بأن توجه إلى قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية التي وقع في دائرة اختصامها الإقليمي إبرام عقد الزواج.

بعد قيد العريضة يحدد أمين الضبط جلسة للقضية بعد أن يعطيها رقم تسلسلها, ويقع على رافع الدعوى عبء تبليغ التكليف بالحضور للمدعي عليه بواسطة المحضر القضائي وفي الجلسة المحددة تبدأ إجراءات النظر في دعوى إثبات الزوجية بالحضور الإطراف أو من ينوب عنهم, وكذا الأشخاص الذين يمكن أن يقدموا دليل إثبات لواقعة الزواج وعلى راسم الشهود الذين حضروا مجلس العقد أو حفل الزفاف، بالإضافة إلى حضور ولي الزوجة لنفس السبب.[1]

1 صارة بن شويخ ، (نظام توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي) ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، جامعة الحقوق كلية سعد دحلب البليدة ، ص236.

يستمع قاضي الأسرة للأطراف والشهود والولي كما يتحقق من باقي وسائل الإثبات إن وجدت من إقرار أو بينة كما يمكنه توجيه اليمين لأحدهما أو كلاهما وبهذا يستكمل التحقيق في القضية، ثم يحدد في الجلسة نفسها تاريخ لاحقا للنظر في الدعوى[1].

بعد تقرير الأدلة والتحقق منها من قبل القاضي المختص في شؤون الأسرة يُكون قناعته حول القضية ومدى صحة الإدعاءات والإثباتات من عدمها ويكون عليه النطق بالحكم في الجلسة التي حددها لهذا الغرض وفيها يمكن أن يصدر الحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم كفاية الأدلة، وإما أن يصدر حكم بإثبات الزوجية ويأمر في الحكم بالإشهاد بالزواج وتسجيله لدى مصالح الحالة المدنية[2]. وبعد استصدار هذا الحكم القضائي يرسل أمين الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج، ليقوم هذا بتسجيل وقيد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية وبعد إتباع هذه الإجراءات يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية، ويثبت قانونا قيام عقد الزواج.[3]

وهذا ما نصت عليه المادة (22) من قانون الأسرة على أنه في حالة عدم تسجيل الزواج يثبت بحكم قضائي[4] أي إشارة لزواج غير موثق وهو الزواج الذي يتم بالفاتحة كما يقال في الجزائر وفي الغالب يكون بواسطة الإمام أو شخص من ذوي الثقة[5]. كما نصت المادة (7) من الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 1971/09/22 على أن يسجل منطوق الحكم الصادر في سجلات الحالة المدنية بمكان الولادة أو في سجلات القنصليات، وهذا بسعي من النيابة، كما أن المادة (08) من نفس الأمر نصت بأن الزواج الذي ثبت وسجل في سجلات الحالة المدنية يرتب أثره من اليوم الذي تقرر بالحكم. وهو التاريخ الذي تم فيه إنشاء الزواج.[6]

1- مقابلة مع المحامية،ساسية رويحة، محامية لدى المحكمة العليا،مكتب حي 300 سكن بتاريخ 04 /2018/04 على الساعة 10:00

2- قرار المحكمة العليا، غ أ ش 1998/03/17 ملف رقم 188707، الاجتهاد القضائي عدد خاص، ص51.

3- بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص360.

4- المحكمة العليا، غ أ ش 1989/12/11. ملف رقم 55706. مجلة قضائية ، عدد الأول. 1992. ص48.

5- بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص122.

6- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ص360.

ثانيًا: تسجيل عقد الفاتحة غير المتنازع فيه:

إن عقد الفاتحة إذا كان مستوفي الأركان والشروط ومعترف به كلا الزوجين ولا ينكره احد منهما فإن إختصاص وإجراءات تسجيله في سجلات الحالة المدنية مختلفة تماما على إجراءات العقد المتنازع فيه.

في هذه الحالة يتطلب اللجوء إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية وذلك تطبيق لنص المادة(39) من قانون الحالة المدنية.

حيث يقدم الزوجان طلب لوكيل الجمهورية يطلبان فيه أن يتدخل لدى رئيس المحكمة من أجل إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي, وطلب قيد الزواج لا يكون به مدعي ومدعي عليه بما أن تسجيله يكون بدون مصاريف قضائية ويكون تسجيله على مستوي مصلحة الحالة المدنية المتواجدة بالمحكمة ويصدر بشأنه حكم ويسمى أمر قضائي ولا يقبل الطعن فيه بأي طريقة من طرف الطعن العادية أو غير العادية[1], وتكون إجراءات تثبيته وتسجيله كالتالي:

يقدم الزوجان طلب قيد الزواج إلى رئيس المحكمة عن طريق وكيل الجمهورية مرفقا بملف يتكون من (شهادة ميلاد الزوجان, شهادة عدم تسجيل زواج, نسخة من بطاقة التعريف الوطنية لكلا الزوجين, تصريح شرفي من طرف الشهود).

وبعد دراسة الملف من طرف وكيل الجمهورية ويتم إرساله إلى رئيس المحكمة مرفقا بالتماساته, وبعد دراسة رئيس المحكمة للملف ورأى أنه وفق الشريعة الإسلامية وكذا وفقا القانون فإنه يصدر أمر يثبت الزواج سوء عنه أو عن طريق القاضي المكلف بالحالة المدنية وبعد صدور الأوامر يقوم وكيل الجمهورية باعتباره المكلف بتسجيل الأحكام والأوامر الخاصة بالحالة المدنية بإرسال جدول إرسال إلى ضابط الحالة المدنية على مستوى المحكمة المختصة بأمره بتسجيل منطوق الأمر القاضي بتثبيت الزواج سجلات الحالة المدنية[2] .

1- عبد العزيز سعد, إجراءات ممارسة دعاوي شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية.دار هومة ، الجزائر ، 2008، ص136.

2- ساسية رويحة محامية، الإستشارة السابقة .

خلاصة الفصل الثاني

بعد عرضنا للإشكالات الموضوعية لاقتران الخطبة بالفاتحة التي تظهر عند إقترانهما.
إتضح لي أن اقتران الفاتحة بالخطبة له أثرين:

الأثر الأول: في حالة اقتران الخطبة بالفاتحة دون مجلس عقد وهذا من أجل المباركة فهنا نكون أمام خطبة لا أمام عقد بل أن العقد هنا معدوم أو منعدم ولا يوجد أساسا لكونه لا يوجد أصلا أطرافا ولا موضوعا كأن يكون هناك عقد لشخص ثبت وفاته قبل تاريخ العقد. وبهذا نكون أمام ما جسده نص المادة (06) الفقرة الاولى من قانون الأسرة الذي يتساوى وما جاءت به المادة (05) الفقرة الأولى من قانون الأسرة التي إعتبرته وعد بالزواج ولا ينتج مسؤولية عقدية إلا انه عند العدول يوجب التعويض للضر المعنوي أو المادي الذي لحق بأحد الخطيبين.

أما **الأثر الثاني** : في حالة اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد فإننا نكون أمام عقد زواج شرعي إلا أنه يستوجب إثباته وتسجيله من أجل إحقاق آثاره الشرعية والقانونية كون عدم توثيقه يعود بالسلب على أطراف العقد وكذا على الأبناء لأن العقد الصحيح والرسمي يحمي أطرافه وكذا يحمي حقوقهم، إلا انه في حالة الإنكار عند إثبات عقد الزواج أو إثبات النسب نكون أمام أكبر إشكالات هذا العقد الذي يمكن بهذا الطرح أن ينهي حياة أطرافه وأبنائهم ويجعلهم مهمشين فاقدين لأبسط الحقوق رغم انه عقد شرعي صحيح ، كون المشرع في هذه الحالة لا يستطيع فرض الاثبات على من أنكره ولم يضع حل لهذا المشكل .

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بإشكالات إقتران الخطبة بالفاتحة فقها وقانونا والتي حاولنا من خلالها تسليط الضوء عن العديد من الإشكالات القانونية التي آثارها اقتران الخطبة بالفاتحة والتي تمس بكيان المجتمع و الأسرة التي تعد لبنة إنشائه وتكوينه وتم التوصل إلى النتائج التالية :

أولا : النتائج

1)-يعد اقتران الفاتحة بالخطبة دون مجلس عقد خطبة ولها المركز القانوني للخطبة وان قراءة الفاتحة أثناء الخطبة تبرك بها لا أكثر ومنه تعتبر وعدا بالزواج ،اعتبر المشرع الخطبة وعد بالزواج وأباح العدول عنها وجعلها حقا للخطبين ولان العدول عن الحق لا يرتب حقا ،فان التعويض عن الضرر لا يكون لسبب العدول وإنما بمقتضى عوامل مستقلة التي تكون قد صاحبته وقد أصاب حين اخذ برأي المالكية في ما يخص الهدايا .

2)- في حين أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا لتوفر ركن الرضى وشروط الزواج كما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة غير انه أصبحت تعتريه الأحكام التكليفية الأخرى كالكراهة عند بعض الفقهاء لما فيه من ضياع الحقوق للزوجين والأولاد نتيجة عدم تسجيله وتوثيقه في سجلات الحالة المدنية .

3)- رغم تعديل المشرع للمادتين (05)و(06) من قانون الأسرة من أجل حل مشكلة الفاتحة وآثارها إلا انه أخطأ عندما أخضع الفاتحة لنفس الإحكام التي تخض لها الخطبة لاختلافهم كون الخطبة وعد بالزواج والفاتحة تعد زواجا شرعيا و فتح بذلك باب يصعب غلقه كونها بهذه الصياغة لهاتين المادتين لم ينجح في الحد من ظاهرة الزواج العرفي والسبب انه لم يعالج الأسباب المؤدية إلى زواج الفاتحة كعدم تحديد مدة قانونية لتسجيل عقد الزواج .

4)- لأهمية توثيق عقد زواج الفاتحة وتسجيله مما جعل المشرع يسهل تثبيت الزواج بسن مواد مكملة كالمادة (22) من قانون الأسرة والمادة (222) من قانون الأسرة .

5)- لم يحدد المشرع طرقا لإثبات زواج الفاتحة في حالة الإنكار مما يتوجب الرجوع للإحكام العامة للإثبات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

في حالة الزواج بالفاتحة تظهر عدة إشكالات تقف عائق أمام استمرارية الحياة الاجتماعية السليمة للأسرة و خاصة تعرض الزوجة للإنكار الزوجية كما تصل إلى الأبناء عند إنكار النسب وبهذا تهمش حياتهم ويكونوا عرضة لتجريح والكلام السيئ مع أن العلاقة التي كانت قائمة هي علاقة زواج صحيح شرعا وقانونا.

6)- نظام توثيق عقد الزواج في الدول العربية بدا واضحا أن التشريعات الأسرية في هذه الدول حاولت توفير حماية فعالة لعقد الزواج من خلال تقرير الكتابة الرسمية في عقود الزواج كالمشرع التونسي ، كما توصل المشرع المغربي إلى ضرورة وضع عقد الزواج بيد القضاء من البداية إلى النهاية ، في حين أن المشرع الجزائري لا يزال يتخبط بين رسمية العقد وشرعيته من دون التوصل إلى حل للمسألة التي تولى بنفسه مهمة تعقيدها .

7)-إضافة إلى سوء اختيار الجهة التي خصها بمهمة توثيق العقد وتشجيعه لحالات الزواج الغير الموثق بصفة فعلية كونه يعترف صراحة باعتداد القانون بالزواج بالفاتحة الذي أضحى يهدد مصلحة المجتمع في كل مرة يتعرض فيها هذا الأخير للإنكار بسبب عدم توثيقه لدى المصالح المختصة ، كما انه أثقل كاهل القضاء لكثرة طرح قضايا إثبات الزوجية كان يمكن إسناد تسجيل عقود الزواج لدى جهة صارمة كالقضاء كما هو معمول به في التشريع العراقي والسوري لحساسية الموضوع وأهميته البالغة .

8)- وضع المشرع لمجموعة من النصوص القانونية والأوامر القضائية تهدف إلى تسجيل وتوثيق عقود الزواج المغفلة إلا انه لم يحقق النتيجة المنتظرة لما للزواج العرفي من آثار سلبية وخطيرة تعود على أطرافه وكذا على المجتمع وما هو موجود على مستوى المحاكم من قضايا إثبات زوجية واثبات نسب خير دليل على ذلك ، على غرار ما وضعته بعض القوانين العربية من تسليط عقوبات على عدم تسجيل الزواج كالمشرع التونسي وهذا من أجل حماية الأسرة والمجتمع.

ثانيا: الاقتراحات

1- إعادة النظر في نص المادة (06) من قانون الأسرة كونها بهذه الصورة تفتح باب التفكك الأسري على مصراعيه لما لها من أثار سلبية على أطراف العقد وكذا الأبناء .

2- تحديد مدة لتصريح بالعقود العرفية لزواج وفرض عقوبات على الأزواج الذين لم يوثقوا زواجهم كما سار عليه المشرع التونسي والعراقي .

3- على الأئمة العمل بمذكرة العمل التي تمنع عقد زواج دون وجود دفتر عائلي صادر عن الحالة المدنية .

4- إصدار من الجهة المختصة نصوص قانونية تجمع بين التصريح الشرعي والقانوني .

5- توحيد العقد الشرعي والعقد الإداري الرسمي في آن واحد وتتم بمنح الاختصاص إلى جهة واحدة تتولى إبرام وتوثيق عقود الزواج وبهذا نكون قد اعطينا الصفة الرسمية والدينية لعقد الزواج وغلق كل أبواب اللارسمية.

قائمة المصادر والمراجع

– القران الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: المصادر .

1)– كتب السنة وشروح الحديث.

– أحمد إبن حنبل ت 241 هـ، المسند ، تحقيق شعيب الارنؤوط وعادل مرشد ،الجزء 39، الطبعة الأولى ، بيروت، مؤسسة الرسالة 1421هـ/2001م

– محمد بن إسماعيل البخاري ت 256هـ, الجامع الصحيح, تحقيق محب الدين الخطيب ج3 (ط1, القاهرة,المكتبة السلفية,1400هـ) كتاب النكاح ,باب:تزويج الصغار من الكبار .

– محمد بن إسماعيل البخاري الجامع الصحيح, تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر,المجلد الأول,الجزء الأول,دار طوق النجاة ,لبنان,1422هـ.

–أبو داود سليمان الأشعث السجلستاني ت 275هـ ,سنن أبي داود ,تحقيق (شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قرة بالي ,ج6 , ط1 ,دار الرسالة العلمية ,سوريا,2009,1430هـ , كتاب النكاح باب الرجل ينظر الى المراة وهو يريد تزويجها.

–الترميذي,سنن الترميذي,كتاب النكاح, باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه, طبعة الاولى , مكتبة المعارف, الرياض .

– الترميذي ،سنن الترمذي, كتاب فضائل القران(42) باب ما جاء في فضل فاتحة الكتاب الأول ، ج5, ص5 ، بدون سنة نشر.

– محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي بالمعروف الحطاب الرعيني ت 954هـ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، ضبطه زكريا عميرات ،ج 5 دار علم الكتب .

2)– كتب الفقه :

– التواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة كتاب الأحوال الشخصية ،المجلد 4، رويبة الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2009.

– محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون ، بيروت لبنان ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، الطبعة الرابعة ، 1983.

– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء السابع ، دمشق– بيروت ، دار الفكر – دار الفكر المعاصر ، الطبعة الثالثة والثلاثون ، .2012

3)– القانون :

أ)– القوانين الوطنية :

– قانون رقم 10/05 المؤرخ في 09 /06/ 2005 المعدل للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني .

– القانون رقم 09/08 المؤرخ في2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءت المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد21 ، بتاريخ 23أفريل 2008.

– القانون رقم 84–11 ، مؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة جريدة الرسمية ، عدد 31 الصادرة في 1984/07/31 المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02/05 ، مؤرخ في :2005/02/27 ، ج . ر ، عدد 15.

– قانون رقم 08/14 المؤرخ في 09أوت 2014 يعدل ويتمم الأمر رقم 20/70 ، المؤرخ في 19 فبراير 1970المتعلق بالحالة المدنية ن الجريدة الرسمية ، العدد49 ، بتاريخ 20أوت 2014.

ب)– القوانين العربية :

– المرسوم التشريعي رقم :59 الصادر 1953/09/17 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري ، موسوعة التشريعات العربية.

– القانون رقم 07/03 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق لـ 2004/02/03 ،المنشور بالجريدة الرسمية ،العدد 5184 بتاريخ 2004/02/05 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية.

– الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 الموافق لـ 06 محرم 1376 هـ المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

- قانون رقم 51لسنة 1984في شأن الأحوال الشخصية الكويتي .
- قانون رقم 188 الصادر سنة 1959 المتعلق بالأحوال الشخصية العراقي .

4)- القرارات القضائية :

- المجلة القضائية 1990،العدد الثاني.
- المجلة القضائية 1990،العدد الثالث.
- المجلة القضائية 1991،العدد الأول.
- المجلة القضائية 1992،العدد الأول .
- المجلة القضائية 1995،العدد الأول
- المجلة القضائية 1998، عدد خاص.

ثانيا : الكتب .

1- اسماعيل ابا بكر علي البامري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة ، عمان الأردن ، دار الحامد ، الطبعة الأولى ،2009.

2- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، القبة القديمة الجزائر ، دار الخلدونية الطبعة الأولى،.2008

3- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا أحكام الزواج ، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة ، 2010 .

4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد (وفق اخر التعديلات ومدعم باحدث اجتهادات المحكمة العليا)، عمان الأردن ، الطبعة الأولى 2012 .

5- بلقاسم شتوان ، الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري ، دار الفجر ،2007 .

6- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2007 .

7- جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج في الفقه والقانون ، دار الحامد ، الاردن ، الطبعة الاولى ، .2009

8- جمال الضمراني ، الولاية والشهادة في النكاح وحكم الزواج العرفي ، القاهرة مصر ، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، .2007

9- زبير مصطفى حسين ، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني ، مصر – الإمارات دار الكتب القانونية – دار شتات للنشر والبرمجيات ، 2012 .

10- شويخة زينب, الإجراءات المدنية في ظل القانون08-09- الدعوى الاجتماعي الخصومة- طرق الطعن, الجزء الأول, الطبعة الأولى, دار أسامة..2009

11- طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، القبة القديمة الجزائر، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى،.2009

12-عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، عمان الأردن ، دار النفائس ، الطبعة الأولى ، 1997 .

13- عبد الرزاق السنهوري,الوسيط في شرح القانون المدني ,ج2,دار النهضة العربية, القاهرة ,مصر,.1988

14- عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي ، شالة ،1999-2000.

15- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، قسنطينة الجزائر ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، 1989 .

16- عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة أمام المحاكم الابتدائية ، الجزائر ، دار هومة ، 2008 .

17- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، الجزائر ، دار هومة ، الطبعة الرابعة ، .2010

18- عمار عوابدي ، مناهج البحث العلمي وتطبيقاتها في ميدان العلوم القانونية والإدارية ، بن عكنون الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة ، 2002 .

19- عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، عنابة ، الجزائر ، منشورات جامعة باجي مختار ، .2006

20- لحسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد في قانون الأسرة (مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014) ، بوزريعة الجزائر ، دار هومة، 2014 .
21- محمد أبو زهرة ، عقد الزواج وآثاره ، مدينة نصر – القاهرة ، دار الفكر العربي ،.2011
22- محمّد أبو زهرة، الأحوال الشّخصيّة، دار الفكر العربي، القاهرة، دار الفكر 1971.
23- محمد الشحات الجندي ، حقوق الأسرة في الشريعة الإسلامية قوانين الأحوال الشخصية ، مطبعة علاء الدين ، 2006.
24- نبيل إبراهيم سعد, الإثبات في المواد المدنية والتجارية, دار النهضة العربية, بيروت لبنان, 1995

ثالثا: الرسائل الجامعية .

1- سعادي لعلي,أطروحة دكتوراه الزواج وإنحلاله في القانون الاسرة الجزائري ,دراسة مقارنة كلية الحقوق-جامعة الجزائر يوسف بن خدة ,2015/2014.
2- حسين مهداوي, دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الاسرة في مسائل الزواج و اثاره, مذكرة ماجيستر في قانون الأسرة, إشراف أ.د.تشور جيلالي , أبو بكر بلقايد, تلمسان,سنة 2010/2009.

رابعا: المقالات والمحاضرات .

أ)- المقالات .

- صارة بن شويخ ،(نظام توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي) ،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، جامعة الحقوق كلية سعد دحلب البليدة .بدون سنة نشر.

ب)- المحاضرات.

- محمد باوني, محاضرات الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا, دراسة مقارنة, جامعة الإخوة متتوري.دون سنة النشر .

خامسا : المواقع الالكترونية .

يونس عبد الرب فاضل الطلول ، حكم الزواج العرفي ، جامعة الإيمان راجع موقع www.fatawa.com, تاريخ الاطلاع 20 أفريل 2018.

سادسا: الزيارات والمقابلات.

- مقابلة مع المحامية ، ساسية رويحة، محامية لدى المحكمة العليا،مكتب حي 300 سكن بالوادي بتاريخ 04 /2018/04 .

الفهــرس

الموضوعات	رقم الصفحة
الإهداء	
المقدمة	4-1
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمقدمات الزواج	24-5
المبحث الأول: ماهية الخطبة والفاتحة	6
المطلب الأول: مفهوم الخطبة	6
المطلب الثاني : مشروعية وحكم الخطبة	9
الفرع الأول: مشروعية الخطبة .	9
الفرع الثاني: حكم الخطبة	10
المطلب الثالث: مفهوم الفاتحة وحكمها	11
الفرع الأول : تعريف الفاتحة	11
الفرع الثاني: حكم زواج الفاتحة	13
المبحث الثاني: طبيعة الخطبة والفاتحة	15
المطلب الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	15
الفرع الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به	15
الفرع الثاني: الخطبة وعد غير ملزم	16
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة	17
المطلب الثالث : الطبيعة الفقهية والقانونية للفاتحة	20
الفرع الأول: : طبيعة الفاتحة في الفقه الإسلامي	20
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للفاتحة	21
الفرع الثالث : طبيعة إقتران الخطبة بالفاتحة	23

الفصل الثاني :الإشكالات الموضوعية لاقتران الخطبة بالفاتحة	51-25
المبحث الأول: الآثار القانونية لاقتران الفاتحة بالخطبة	26
المطلب الأول: الآثار القانونية على طرفي العقد	26
الفرع الأول: الآثار القانونية على طرفي العقد على اعتبار اقتران الخطبة بالفاتحة وعقد الزواج	26
الفرع الثاني: الآثار القانونية عند اعتبار اقتران الخطبة بالفاتحة عقد	31
المطلب الثاني: الآثار القانونية على الأبناء	34
المبحث الثاني: إشكالية توثيق زواج الفاتحة	44
المطلب الأول : إشكالية إثبات عقد الفاتحة	44
المطلب الثاني: إشكالية تسجيل عقد الفاتحة	47
الخاتمة	54-52
قائمة المصادر والمراجع	60-55
الفهرس	62-61