مقياس الأحوال الشخصية في القانون المقارن

المحور الأول: الخطبة.

تستمد الخطبة أهميتها من أهمية عقد الزواج الذي وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ قال تعالى: **"وأخذن منكم ميثاقا غليظا".** سورة النساء، الآية: 21.

المطلب الأول: الخطبة شرعا وقانونا ومشروعيتها.

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أما بضمها – أي الخطبة– فهي الكلام الذي يلقى.

أما الخطبة شرعا فقد عرفها الفقهاء على أنها: "إلتماس التزويج". ذلك أن خطبة الرجل للمرأة هي إلتماس منه إلى أهلها لتزويجها إياه.

وعرفها وهبة الزحيلي بقوله: "هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك".

أما قانونا:

أولا: قانون الأسرة الجزائري:

فقد عرفت **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري الخطبة كما يلي: **"الخطبة وعد بالزواج".** وهو ما اعتمده بعض الشارحين لقانون الأسرة الجزائري حيث عرفها بأنها "وعد بالتزويج"، وهذا في الحقيقة ليس من قبيل التعريف، ولكنه بيان للصفة الشرعية والقانونية للخطبة.

فالخطبة في الحقيقة تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والالتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن، وهي ما يمكن تعريفه بالوعد.

المشروعية: تستمد الخطبة مشروعيتها في الشريعة من نصوص كثيرة أهمها قوله تعالى: **"ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء".** سورة البقرة، الآية: 235. فإن رفع التأثيم يدل على المشروعية عموما.

وقوله –ﷺ- "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عظيم". (رواه الترمذي).

ولهذا فقد اعتبرها الفقهاء مستحبة قبل انعقاد الزواج، لأنها أحرى لدوام العشرة، وحتى تكون مهلة ليتأكد كل منهما من صدق رغبته وصدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الإرتباط.

المطلب الثاني: طبيعة الخطبة شرعا وقانونا.

أولا: الطبيعة الشرعية للخطبة:

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الخطبة ليس لها صفة عقدية وهذا بناء على أن الشارع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، بل فصل بينهما فصلا تاما من حيث الحقيقة الشرعية.

ومن أدلة ذلك:

- أن الخطبة لا يثبت بها أي حق من الحقوق الزوجية، ولا يثبت بها نسب لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد.
- أن ما أبيح النظر إليه من المخطوبة ورد استثناء من أصل تحريم النظر للأجنبية فيجوز النظر إلى الوجه والكفين.

ثانيا: الطبيعة القانونية للخطبة.

لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية للطرفين ولو طال أمدها، لأن القانون أقر لها صفتها الشرعية: وهي كونها مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر له، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية، إذ تنص **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري على أن: **"الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".**

وعلى هذا فإن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنهما، أو صبت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأن القانون لم يرق بها إلى مرتبة العقد.

بل أقر لها صفتها الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع أحقية العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج.

وقد أكد المشرع ذلك في **المادة 06** من قانون الأسرة **"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا".**

لأن الفاتحة عادة ما تقترن بالخطبة ويكون الغرض من قراءتها التبرك.

الفقرة الثانية من **المادة 06** من قانون الأسرة. **"غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".**

المطلب الثالث: آثار العدول عن الخطبة.

الخطبة مجرد وعد بالزواج مع أحقية كل طرف في العدول دون حاجة إلى بيان مبرر العدول، بحيث لا يتحمل لمجرد عدوله أية تبعة قانونية بناء على القاعدة **"الجواز ينافي الضمان".**

وتظهر **آثار العدول** عن الخطبة في: الأضرار **المادية والمعنوية.**

شرعا: إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر لأحد الخطيبين فإنه يتنازع مسألة إمكانية الحكم بالتعويض وجهان:

الوجه الأول: جواز العدول عن الخطبة ينافي الحكم بالتعويض.

الوجه الثاني: أن الضرر اللاحق بسبب العدول في حال سوء استعمال الحق فيه داخل في القاعدة الشرعية **"لا ضرر ولا ضرار".** لأنه تجاوز لحدود الجواز.

ويرى الشيخ **محمد أبو زهرة** أن: "العدول يستوجب تعويضا إذا ترتب عنه ضرر مادي فقط، أما الضرر المعنوي فلا يعوض".

قانونا: نصت **المادة 05** من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثالثة منه على أنه: **"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".**

إلا أنه يشترط إعمالا لقواعد الشريعة الإسلامية ولقواعد المسؤولية التقصيرية أن يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله.

الفقرة الرابعة من **المادة 05** من (ق.أ) : **"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".**

"وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ثانيا: قانون الأحوال الشخصية التونسي فنص على:

الكتاب الأول:

في المراكنة.

الفصل الأول 1:

كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به.

الفصل الثاني 2:

لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص.

أما في مدونة الأسرة المغربية فنصت على:

الباب الباب: الخطبة.

المادة 5: الخطبة تواعد رجل وامرأة 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 الهدايا.

المادة 6: يعتبر الطرفان في حالة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها.

المادة 7: مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض.

المادة 8: لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال.

المادة 9: إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه.

المادة 156: إذا تمت الخطوبة، **وحصل الإيجاب والقبول**، وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توافرت الشروط التالية:

أ) إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها **عند الإقتضاء.**
ب) إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

ج) إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما.

تتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل، أمكن اللجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب.

- نلاحظ هنا هذه البدعة التي جاء بها المشرع المغربي والتي لم يسبقه إليها أي تشريع في الدول العربية وهي أنه يعترف بإثبات النسب للخاطب في مرحلة الخطبة، وهذا يخالف الشريعة الإسلامية لأن النسب لا يثبت إلا بعقد زواج صحيح أو بنكاح الشبهة.

ثالثا: القانون الإماراتي فنص على الآتي:

الباب الأول: الخطبة.

المادة 17: مفهوم الخطبة.

1 - الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا.
2 - تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتا، ويجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة.

المادة 18: العدول عن الخطبة وآثاره.

1 - لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل.
2 - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا.
3 - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازا ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء.
4 - يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.
5 - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتض فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه الآخر، وللآخر استرداد ما أهداه.
6 - إن كان العدول بمقتض فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا وليس للآخر أن يسترد.
7 - إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين استرد كل منهما ما أهداه للآخر إن كان قائما.
8 - إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا.