المحاضرة الثانية :الخطبة وآثار العدول عنها.

أولا- التعريف بالخطبة وطيبعتها القانونية.

1. **التعريف بالخطبة .**
2. **علاقة الخطبة بالفاتحة.**
3. **طبيعة القانونية و الفقهية للخطبة**

1. **التعريف بالخطبة :**

الخطبة لغة: يستعمل لفظ الخطبة بضم الخاء في الكلام المنثور المسجوع وبكسرها في معنى طلب المرأة للزواج.

والخطبة اصطلاحا: لا تخرج الخطبة في **الفقه الأسلامي** عن مدلولها اللغوي وهو: التماس الزواج .

أما في الاصطلاح القانوني.يلاحظ أن مختلف التشريعات العربية عرفت الخطبة بطبيعتها، و إن كان فيها من أشار إلى معناها، ولعل ذلك يعود إلى أن تلك التشريعات جيء بها للنظر في المنازعات وأن ما يهم قضاء في موضوع الخطبة ليس معرفة معناها، إنما يهم فيها معرفة قوة إلزامها وأثر ذلك على العلاقة بين الطرفين سواء استمرا بها إلى عقد الزواج أو عدلا عنه.

و تفصيل ذلك كما يلي:

حيث عرفها **المشرع الجزائري** في المادة 5 من قانون الأسرة ب:" الخطبة وعد بالزواج ..."

وعرفها **المشرع المغربي** بأنها : "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. "

واصطلح عليها **المشرع التونسي** ب"المراكنة" فنص عليها في مجلة الأحوال الشخصية ، الكتاب الأول الفصل الأول والثاني بقوله:"كل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يقضى به."

ونص **المشرع اللبي** في المادة الأولى –الفقرة الأولى- أن:" الخطبة طلب التزوج والوعد"

وجاء في **قانون الأحوال الشخصية للإمارات العربية** المتحدة المادة رقم 17 :"الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا."

أما **المشرع العماني** فقد نص في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية على أن": الخطبة طلب التزوج والوعد به."

ومثله فعل **المشرع القطري**:"الخطبة طلب التزويج والوعد به صراحة أو بما جرى به العرف ولا يرتب أي أثر للزواج" .

وجاء في قانون الأحوال **الشخصية الموريتاني** م3: " الخطبة طلب الزواج و الوعد به"

وفي قانون الأحوال **الشخصية اليمني** المادة 2: " الخطبة هي التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى ولي المرأة لطلب التزوج بها وتحرم خطبة المسلم على أخيه المسلم إلا أن يأذن له أو يترك كما تحرم في حال العدة إلا عدة البائن."

2. علاقة الخطبة بالفاتحة.

في مختلف هذه التشريعات نجد إدراج ما يعرف بالفاتحة ضمن أحكام الخطبة،واصطلاح الفاتحة في عقد الزواج تختلف صورته باختلاف الأعراف،فالذي عليه في عرف بعض مناطق الجزائر أن الفاتحة إذا أطلقت انصرفت إلى عقد زواج غير الموثق، فمجلس الفاتحة عادة يضم الولي والزوج أو وليه و شاهدين ويتم تبادل الصيغة المنشئة لعقد الزواج بحضور جمع من الناس،وهي بهذا المعنى تعتبر عقدا؛وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 6 منه حيث جاء نصها :"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط .الزواج المنصوص عليها ..." يلاحظ أن نص هذه المادة معدل لما ورد في القانون 84-11 حيث كان ينص في المادة السادسة منه على أنه:يمكن أن تقترن الخطبة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه وعليه فقد كان يعطيها حكم الخطبة نفسه (وعد يمكن التراجع عنه) وهو أمر تراجع عنه في التعديل لمناقضته الاعراف السائدة في كثير من مناطق الجزائر .

فالخطبة تختلف عن الفاتحة في مفهوم عامة الناس،حيث تقتصر الخطبة على مجرد إعلان رغبة الجانبين في الزواج، تأخذ الفاتحة معنى العقد الشفوي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية إذ فيه رضاء المتعاقدين و يمثلهما ولي الزوجة و الزوج أو وليه أو وكيله وشهود وصداق وتجتمع فيه العلانية والإشهار.

أما في دول **المشرق خاصة**، فهي من قبيل التواعد على الزواج،يؤيده أحكام قانون الأسرة لتلك الدول في المسألة ،فهي مرحلة من مراحل الخطبة ،وتمثل وعدا بالزواج ،يتأكد بقراءة سورة الفاتحة ،لذلك سميت باسمها. فقد جاء في نص المادة المادة **2من القانون السوري**:" الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". وكذا نص **المشرع العراقي** في المادة 3 فقرة 3 :"الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا".

ومثله القانون **الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين** لسنة 1991م المادة 7:"الخطبة هي وعد بالزواج في المستقبل ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا وما جرى به عرف معتبر شرعاً."

وعليه فالملاحظ أن التشريعات العربية في بيان حكم الفاتحة قد سلكت منهج اعطائها حكم الخطبة فترتب الاثار التي ترتبها الخطبة ومن ثم فليس فيها ما يلزم الطرفين بالعقد و من باب الأولى لا تنشء عقد الزواج ولا تلزم الطرفين بآثاره .

وشد المشرع الجزائري عندما أعطى للفاتحة حكم الخطبة –حتى و إن حاول استدراكه بالتعديل (الامر 05-02) إلا أن الأمر في البداية لا يستدعي ربط الفاتحة بالخطبة ولا تخصيصها بمجلس ،فحكم الفاتحة عرفا وقضاء لا يخرج من حيث نشأتها وآثارها عن عقد الزواج،لكنه عقد يفتقر إلى التسجيل، و الأحرى بالمشرع الجزائري لو سكت عن النص على حكم الفاتحة وتركه للاجتهاد القضائي،يحدد إذا كان التصرف محل النزاع -ويقصد به الفاتحة-تام الأركان والشروط فيرتب آثار الزواج، أو أن به خللا فتتأخر آثاره عنه بالنظر إلى الخلل الذي لحقه.

3. طبيعة القانونية والفقهية للخطبة:

في قوانين أحوال الشخصية العربية كما في الفقه الاسلامي الخطبة وعد بالزواج وعليه نصت موادها المنظمة للخطبة،حيث جاء في قانون الأسرة الجزائري المادة 5 منه:" الخطبة وعد بالزواج لكل من الطرفين العدول عنها".

وفي تبيان أثر العدول عنها دلالة على أن طبيعة الخطبة في القانون لا تعد أن تكون مجرد وعد وذلك يتناسب مع الحرية التي يجب أن تكون لهما في التفكير في إبرام عقد الزواج من عدمه.وهي كذلك لتناسب الغرض منها.

أما في الدول العربية التي فيها طوائف كمصر وسوريا ولبنان فقد نصت في قوانينها المنظمة للأحوال الشخصية لتلك الطوائف على أن الخطبة عقد، حيث نصت المادة 160 من **لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين بمصر** عل أن:"الخطبة عقد يتفق به رجل وامرأة على الزواج يبعضهما فى أجل محدد."

ومثلها المادة الأولى من **قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثودكس بسوريا** جاء فيها:"الخطبة عقد كنائسي يرتبط به ذكر و أنثى متوافقين على زواج مستقبل. .."

كذلك نصت المادة 27 من **قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية بلبنان** على أن:"الخطبة عقد بين رجل و امرأة يتضمن وعدا بالزواج الآجل."

وعلى اعتبار أن الخطبة عقد فقد أضفت هذه التشريعات صفة الالزام عليها بحيث أعطت للمعدول عنه الحق في التعويض،يلزم به العادل مع تقرير الحق في الرجوع عن الخطبة لكلا الطرفين أو لأحدهما ،فقد جاء في **اللائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكسيين بمصر** في مادة12 :" يجوز الرجوع فى الخطبة باتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما فقط ، ويصير إثبات ذلك فى محضر يحرره الكاهن ويضم إلى عقد الخطبة...و أعطت للمعدول عنه الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العدول.

وفي التشريع السوري (**قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثودكس**) أوقف صحة الخطبة على رضا الطرفين وأهليتهما وحصر الحالات التي يكون فيها للخطيبين أو أحدهما حل الخطبة(المادة 13) و هي قيام مانع لإتمام عقد الزواج أو لاستحالة إتمامه، مع إلزام الخاطب تقديم عربون في الخطبة (المادة 7) وهو عبارة عن خاتم مصحوب بأشياء أخرى ،هذا العربون في حال انحلال الخطبة بغير الأسباب المذكورة يلزم متى انحلت لسبب نشأ عن أحدهما أن يقدم المسبب ضعف العربون الذي أخذه أو يخسر العربون الذي قدمه .أما إّذا انحلت الخطبة بلا سبب من أحد الخطيبين أو بسبب إيثار أحدهما المعيشة الرهبانية يعاد العربون على بسيط الحال لمن قدمه أو لورثته. (المادة 14)

هذا والإلزام بالخطبة بإضفاء صفة العقد عليها يجد أساسه في تقسيم القانون الكنسي لعقد الزواج لمرحلتين الأولى يقع تبادل الرضا بشأن الزواج وما فيه من شروط و في الثانية تزف فيه المرأة إلى زوجها

فتعتبر بذلك تنفيذا للأولى.