

## Some marriage engagement issues under conflict of laws

Ali Hassan Oulal<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Doctorate in private law, temporary professor at Abu Bekr Belkaid –Tlemcen (Algeria).

The E-mail Author: [alihassan.oulal@univ-tlemcen.dz](mailto:alihassan.oulal@univ-tlemcen.dz)

Received: 05/2024

Published: 11/2024

### Abstract:

Unlike marriage contract and its disputes in both nationally and internationally. marriage Engagement “Khitba’a” has not received the attention internationally, which is confirmed by the lack of legal and practical “jurisprudence” provisions that determine the applicable law in marriage Engagement conflicts involving law relations with a foreign element. which can lead to Judicial incompatibility issues. This is perhaps out of lack of Clear and consistent criteria and is that globally accepted standards do not yet exist. that may inform and guide the judge for conflict adaptation, and choosing the applicable law.

**Keywords:** marriage engagement “Khitba’a”; international private law; family law; civil law.

### بعض إشكالات الخطبة في ظل تنازع القوانين

أولال علي حسن<sup>1</sup>

<sup>1</sup>دكتوراه في القانون الخاص، أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان (الجزائر).

#### ملخص:

على خلاف عقد الزواج، وما يثار من النزاعات بشأنه على المستوى الوطني من جهة. وعلى المستوى الدولي من جهة أخرى. لم يحض موضوع الخطبة بالقدر الكافي من الاهتمام دولياً، وهو ما يؤكد الانعدام التام للنصوص القانونية التي تبين القانون الواجب التطبيق على النزاعات المرتبطة بالخطبة، والتي تتضمن بطبيعة الحال عنصراً أجنبياً. الأمر الذي يؤدي إلى حالة من عدم الثبات والتوافق لدى القضاء، ولعل هذا راجع إلى عدم وجود معايير ثابتة تنير القاضي في تكيفه لطبيعة النزاع وكيفية اختياره للقانون المناسب والملائم له.

**الكلمات المفتاحية:** الخطبة؛ تنازع القوانين؛ القانون الدولي الخاص؛ قانون الأسرة؛ القانون المدني.

#### مقدمة

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود على مر التاريخ، فهو الركيزة الأساسية لأهم مؤسسة اجتماعية، ألا وهي الأسرة. وقد خصه الشارع الحكيم بالقدر الكبير من الاهتمام، ويظهر هذا بنص القرآن الكريم، حيث يقول الله ﷻ: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ»<sup>1</sup>، أو على لسان نبيه محمد ﷺ: فعن عبد الله ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ»<sup>2</sup>.

وبما أن أهمية عقد الزواج هي بقدر خطورته، كان لا بد من الراغب في الزواج التريث والحكمة وتلمس مواطن الصلاح فيمن يريد الارتباط به، وهو ما يتحقق عن طريق الخطبة<sup>1</sup>. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المواد 6 و5 من قانون الأسرة الجزائري.

ونظرا للتطور التكنولوجي والإعلامي، وسهولة التنقل من دولة لأخرى، أستخدمت ما يسمى بالزواج المختلط ومنه الخطبة المختلطة، فهي ذلك الزواج الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيا والآخر أجنبيا، فهو تلك الرابطة التي يحمل فيها كل طرف -الخاطب والمخطوبة- جنسية خاصة به تختلف عن جنسية الطرف الآخر<sup>2</sup>.

ومن هذا المنطلق، تظهر مكانة الخطبة على المستوى الدولي، خاصة مع وجود لواءين على الساحة الدولية الخاصة، يتمسك أولهم بأصالة الشريعة الإسلامية، ويتجه الثاني إلى التحرر والتجديد.

وفي هذا الصدد نعالج هذا الموضوع انطلاقا من العديد من الإشكاليات المحورية التي تحيط به، فما هو القانون الواجب التطبيق على الخطبة في القانون الجزائري؟

ونظرا للارتباط الوثيق بين الخطبة وعقد الزواج، سنحاول التفصيل في كل جوانب الموضوع باتباع المنهج التحليلي والاستدلالي، وهذا من خلال اعتماد خطة ثنائية كما يلي:

- المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على مرحلة تكوين الخطبة.
- القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة.

### المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على تكوين الخطبة

إن أهمية البحث في مسائل الخطبة وبيان أحكامها سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، هو بنفس أهمية البحث في مسائل عقد الزواج، الذي وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ لقوله ﷻ: «... وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا»<sup>3</sup>.

فبالنسبة لعقد الزواج، فإنه كثيرا ما يثير مسألة تنازع القوانين، أو كما عبر عنه بعض الكتاب الهولنديين بتسابق القوانين<sup>3</sup>، وذلك راجع لاختلاف الأنظمة القانونية واختلاف الشرائع والأديان. غير أن المشرع المدني الجزائري كرس مبدأ شخصية القوانين<sup>4</sup>، من خلال نصه صراحة على القانون الواجب التطبيق على الشروط

<sup>1</sup> سورة الروم، الآية 26

<sup>2</sup> متفق عليه

<sup>3</sup> سورة النساء، الآية 21.

الموضوعية لتكوين عقد الزواج، ألا وهو قانون الموطن المشترك للزوجين<sup>5</sup>، وقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للأثار المالية والشخصية المترتبة عليه<sup>6</sup>. وعلى وجه الخصوص فقد اعتبر القانون الجزائري هو المختص إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهليته<sup>7</sup>. بينما لم يبين القانون الواجب التطبيق على أحكام تكوين الخطبة سواء بصفة صريحة أو بصفة ضمنية، مما يترتب عليه تضارب واختلاف على مستوى القضاء في تكييف الواقعة المعروضة عليه. وحتى الوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة من حيث تكوينها، وجب علينا التطرق إلى أحكامها الموضوعية، لمعرفة أي فئة قانونية تندرج في اطارها، وهذا من خلال مطلب أول نعالج فيه ماهية الخطبة، ومطلب ثان نعالج فيه طبيعة الخطبة سواء من الناحية الشرعية أو الفقهية وحتى القانونية.

### المطلب الأول: ماهية الخطبة

إن تكوين الأسرة مرتبط بالزواج الذي عبرنا عليه سلفا بالميثاق الغليظ، والذي بدوره يتم تمهيدته بالخطبة. هذه الأخيرة، تمكن الشاب والشابة الراغبين في الزواج، التعرف على بعضهما البعض، والذي يكون على الواقع سواء في محل العمل أو الدراسة...، ويستوي كذلك أن يتم هذا التعارف عن طريق وسائل الإتصال الحديثة خاصة مع تطور التكنولوجيا، والتي بدورها تعتبر محلا لعلاقة دولية خاصة.

وفي هذا المطلب نتطرق إلى مفهوم الخطبة والحكمة من مشروعيتها، بالإضافة إلى شروطها.

الفرع الأول: مفهوم الخطبة والحكمة من مشروعيتها

تتماثل تعريفات الخطبة سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية وحتى القانونية

### أولاً- المعنى اللغوي للخطبة:

الخطبة بكسر الخاء وسكون الطاء، هي طلب المرأة للزواج، يقال خطب فلان إلى فلان ابنته، أي طلب منه الزواج بها<sup>8</sup>، وهو نفس المعنى المراد من قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْتَبْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾<sup>9</sup> وقد ورد هذا التعريف بمعنى أخص. بينما لفظ الخطبة في اللغة على عمومه هو التماس الشيء<sup>10</sup>.

### ثانياً- المعنى الاصطلاحي للخطبة:

الخطبة اصطلاحاً، هي طلب الرجل الزواج من امرأة صالحة للعقد عليها، خالية من الموانع الشرعية التي تحول دون إبرام عقد الزواج<sup>11</sup>. ويقول في هذا الصدد الامام محمد أبو زهرة (...ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة، وهي طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد، ومطالبه، ومطالبهم بشأنه)<sup>12</sup>.

وقد سلك المشرع الجزائري المقصود نفسه<sup>13</sup> المراد به من خلال التعاريف السابقة، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري<sup>14</sup> التي تنص على أن: (الخطبة وعد بالزواج)، وسأيره في ذلك المشرع المغربي في نص المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية بقوله: (الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج)

وقد اعتبر أيضاً مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، في مادته الأولى بأن الخطبة هي طلب التزوج والوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا<sup>15</sup>.

### ثالثا- الحكمة من مشروعية الخطبة

تستمد الخطبة جوازها من قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ...﴾<sup>4</sup>، ووجه الاستدلال في هذه الآية، هو عدم جواز التصريح بالخطبة للمرأة المعتدة من وفاة، مع جوازها بالتعريض، وهو على حسب قول الأصفهاني وابن العربي، القول المفهم لمقصود الشيء دون التنصيص عليه. وتبعاً لذلك، يستنتج اباحة التصريح في خطبة المرأة، شريطة ألا تتوفر على مانع شرعي<sup>16</sup>.

ومن السنة النبوية، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: «قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا خُطِبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»<sup>17</sup>. وقد ثبتَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ خُطِبَ عَائِشَةَ مِنْ أَبِي بَكْرٍ، فَقَالَ لَهُ أَبُو بَكْرٍ: إِنَّمَا أَنَا أَخُوكَ، فَقَالَ لَهُ: أَنْتَ أَخِي فِي دِينِ اللَّهِ وَكِتَابِهِ، وَهِيَ لِي حَلَالٌ<sup>18</sup>.

غير أنه ينبغي التنويه إلى مسألة مهمة، ألا وهي وجوب التفرقة بين مشروعية الخطبة التي لا غبار عليها في ديننا الحنيف. وبين وجوبها، والتي يرى فيها الجمهور من الفقهاء انها غير واجبة، ذلك أن ما صح عن خطبة النبي صلى الله عليه وسلم لأمتنا عائشة، هو فعل يحمل على الندب لا على الوجوب. غير أن أبي داود يرى فيه الوجوب<sup>19</sup>.

وعلى العموم، فإن تألف الناس على الخطبة هو على سبيل الاستئذان بفعل النبي صلى الله عليه وسلم، والذي يتم وفق شروط بينها الفقهاء، وهذا ما سنتعرض إليه في الفرع الثاني.

#### الفرع الثاني: شروط الخطبة

إن الهدف من تشريع الخطبة، يتمثل في منح كل من الخاطب والمخطوبة ظروف جيدة للتعرف على بعضهما البعض، حتى يقوم الزواج على أسس متينة تمكن الزوجين المستقبلين من تحقيق مقاصد وأهداف الزواج.

وحتى تقوم الخطبة صحيحة، لا بد من توافر مجموعة من الشروط. فمنها ما هو مستحسن اتباعها، ومن ذلك قوله ﷺ: «تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ، فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>20</sup>.

غير أن الشروط الواردة على سبيل اللزوم، فهي كالاتي:

#### أولاً- انتفاء موانع الخطبة:

نظراً للارتباط الوثيق بين الخطبة وعقد الزواج، فإن المرأة التي لا يجوز الزواج بها، من باب أولى لا يجوز خطبتها. وعليه، يجب ألا تكون محرمة على الخاطب تحريماً مؤبداً، سواء بالنسب أو المصاهرة أو الرضاع، وهذا المانع لازم للمخطوبة ولا يفارقها مدى الحياة. كما لا يجب أن تكون المخطوبة من المحرمات المؤقتة، كزوجة الغير والمرأة المشتركة بالنسبة للخاطب، والرجل الغير مسلم بالنسبة للمخطوبة، وهذا التحريم لازم للخاطب أو المخطوبة مادام المانع موجود، فإن زال المانع<sup>21</sup> تكون الخطبة صحيحة<sup>22</sup>.

#### ثانياً- ألا تكون المرأة مخطوبة للغير:

حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نهى عن خطبة الفتاة المخطوبة لقوله: «لَا يَبِيعُ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطُبُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ»<sup>23</sup>. ومفاد هذا الحديث على قول أهل العلم، أن الخطبة

ما دامت قائمة وحصل توافق بين الخاطبين وأهلهم، فإن الحكم هو عدم جواز الخطبة الثانية، وهذا النهي على سبيل التحريم<sup>24</sup>. أما في حالة عدم اكتمال الخطبة بشكل نهائي، فلا بأس في الخطبة الثانية<sup>25</sup>.

### ثالثا- موقف المشرع الجزائري:

باستقراء النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ انتفاء تام لأي نص ينظم شروط الخطبة. وعليه، فإن شرط انتفاء مواع الخطبة، يستخلص ضمنا من المواد 9 مكرر التي تضمنت في فقرتها الأخيرة شرط انتفاء المواع الشرعية لعقد الزواج، كما عدّدت المواد من 25 إلى 30 من قانون الأسرة هذه المواع، لتؤكد المادة 34 من قانون الأسرة أن الزواج بأحد المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويثبت فيه النسب، ويجب فيه الاستبراء. وما يثير الانتباه في هذه الجزئية، هو ثبات الاجتهاد القضائي الجزائري<sup>26</sup> في قراراته الصادرة حول هذه المسألة، والتي اعتبرته زواج باطل بطلانا مطلقا.

ومما سبق، فإن عدم<sup>27</sup> نص المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية الإسلامية على هذه المواع باعتبارها مواعا للخطبة، هو تقادي التكرار في النصوص القانونية. والأكثر من ذلك، هو أن الأثر المادي دون القانوني الذي يترتب على الخطبة خاصة في مرحلة تكوينها، يجعلها في حالة إعادة النظر أثناء إبرام عقد الزواج<sup>28</sup>.

أما بخصوص الخطبة على الخطبة، وعلى الرغم من كراهتها لدى أغلب الآراء الفقهية، فإن عقلية المشرع الجزائري في هذه النقطة بالخصوص تميل إلى التنظيم وليس العقاب. وعليه، فإنه لا ضير من العقد على امرأة مخطوبة، لأن قبولها الزواج من الشخص الثاني يعتبر في نفس الوقت عدولا ضمنا عن الخطبة الأولى. والأكثر من ذلك، يقضي المبدأ القانوني بأن الأصل في الأمور هو الإباحة، والمنع لا يكون إلا من خلال نص صريح وخاص بمنع تصرف معين، والمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة لا بالمنع ولا بالإباحة<sup>29</sup>.

### المطلب الثاني: تكييف واسناد الخطبة في مرحلة التكوين.

إن العملية الفكرية في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، تمكننا من تحديد الوصف السليم لهذه العلاقة في فئة من الفئات القانونية، والتي تعرف بالتكييف. لتتم بعدها عملية الإسناد، التي يمكن الوصول من خلالها إلى المقصد الأساسي، المتمثل في معرفة القانون الواجب التطبيق على الخطبة في مرحلة تكوينها.

### الفرع الأول: تكييف الخطبة في مرحلة التكوين

يعتبر التكييف العملية الذهنية الأولية التي يقوم بها القاضي المختص في النزاع، لتحديد طبيعة العلاقة أو المسألة المطروحة عليه، وإدخالها في إحدى الفئات القانونية قصد معرفة قاعدة الاسناد التي تحكمها ومن تم القانون الواجب التطبيق عليها<sup>30</sup>.

غير أن البحث حول الطبيعة القانونية للخطبة، اعتراه التضارب في الآراء الشرعية والفقهية والقانونية. فمن جهة الفقه الإسلامي، لا يمكن اعتبار الخطبة بأي حال من الأحوال عقدا، على الرغم من وجود إيجاب وقبول من كلا الطرفين. ولا يمكننا اعتبارها وعد بالتعاقد في صورته المألوفة في القانون المدني<sup>31</sup>. وما يؤكد ذلك، أنه لا تترتب أية حقوق والتزامات لكلا الخاطبين. والأكثر من ذلك، حتى ولو ألبس الخاطب خاتم الزواج لمخطوبته، وقدم لها جزءا من المهر أو كله، أو قدم هدايا للمخطوبة أو إلى أهلها<sup>32</sup>.

وعلى العموم، نلاحظ أن الشريعة الإسلامية منحت بعض الخصوصية للخطبة. أي نعم، هي لا ترتقي باعتبارها عقد زواج يحل المعاشرة بين الخاطبين. لكنها ترتفع مكانة عن العموم برفعها بعض الحرج قصد تحقيق المقصد الشرعي للخطبة.

أما من ناحية الفقه القانوني فنجد انقسم إلى قسمين، قسم رأى بأن الخطبة عقد<sup>33</sup> على أساس وجود إيجاب وقبول وقسم يرى بأن الخطبة لا ترقى باعتبارها عقداً<sup>34</sup>، وهو ما يتوافق مع التوجه الشرعي. وعليه، فإن الوصول إلى تكييف دقيق للخطبة، يعترضه بعض المفردات التي أوردها المشرع الجزائري في قانون الأسرة، حيث ينص في المادة 05 منه على أن: (الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة)<sup>35</sup>. فالمشرع من خلال لفظ "وعد بالزواج"، -وبالاستناد إلى اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1994/04/14 والعديد من القرارات المتعاقبة-، يؤكد نفس ما جاءت به الشريعة الإسلامية، ألا وهو عدم اعتبار الخطبة عقداً. لكن اللبس يقع على لفظ "وعد"، الذي نعتقد أنه غير مناسب لموضعه، لأنه في كل حالة يتم الخوض فيها حول الطبيعة القانونية للخطبة، سنجد أغلب الفقهاء والباحثين يعتبرون الخطبة وعداً بالزواج، ومعللين هذا الوعد أنه وعد من نوع خاص، وهذا أمر غير منطقي. والأكثر من ذلك، فلو لاحظنا المعنى اللغوي سيوضح الأمر، فقد جاء في معجم المعاني الجامع أن الوعد من المصدر وَعَدَ وهو ما يقطع من عهد في الخير والشر، وهو التزام باحترام عهد والتقيده بأمانته<sup>36</sup>. وهذا ما يتنافى مع المقصد الذي شرعت من خلاله الخطبة.

وعلى سبيل المقارنة بين النصوص القانونية، نجد أن الأشكال نفسه مطروح لدى المشرع الأسري المغربي الذي ينص في المادة 05 من المدونة المغربية بقوله أن: ( الخطبة تواعد بين رجل وامرأة على الزواج)<sup>37</sup>، وما ينبغي الإشارة إليه في هذه الحالة، أن كلمة "تواعد" هي أقرب من "وعد" لتحقيق المفهوم الشرعي والقانوني المراد، وهي عدم اعتبار الخطبة عقداً. فالتواعد من توَاعَدَ، ويقال تواعد القوم أي وعد بعضهم بعضاً في الخير<sup>38</sup>. ومما سبق، نجد أن لفظ التواعد من الناحية اللغوية يحمل في معناه درجة من الالتزام بالوفاء به، وإن كانت أقل درجة من الالتزام الذي يحمله معنى الوعد.

وفي الأخير، فإنه من الأحسن لدى المشرع الأسري الجزائري والمغربي لكي يتفادى هذه الثغرة اللغوية، أن يعتبر الخطبة طلب للزواج، فإذا كان العقد يتم بالإيجاب والقبول، فإن الخطبة تنعقد بهذا الطلب من أحد الخاطبين والموافقة عليه من الطرف الآخر، وعليه فإن الخاطب من خلال تقديمه طلب الزواج من المرأة، فإنه لا يقصد بذلك أنه يعدها بالزواج، وإنما سيقوم بالتعرف عليها ليقرر بعد ذلك إن كان سيتزوج بها أم لا. والأمر نفسه بالنسبة للمرأة، فإن قبولها لهذا الطلب لا يُعنى به قبولها بالزواج، وإنما يعتبر ترشيح للخاطب كزوج مستقبلي مع رغبتها في التعرف عليه، ثم بعد ذلك تقرر مدى رضاها به أو رفضه. وبالتالي، لا تتضمن هذه الخطبة وعداً أو تواعداً. وحتى ولو اقترنت الخطبة بوعد أو تواعد -وهو الأمر الذي أوحى لدى الكثيرين بأن الخطبة وعد بالزواج أو التواعد عليه-، فإنه لا تترتب عليه آثار أكثر من آثار طلب الزواج<sup>39</sup>.

### الفرع الثاني: اسناد الخطبة في مرحلة التكوين

إن الإشكال الرئيسي الذي يثيره موضوع الخطبة في مرحلة التكوين هو عملية الإسناد، التي يتم من خلالها معرفة القانون الواجب التطبيق على الخطبة في هذه الحالة، وتكون من خلال البحث عن أنسب

القوانين صلاحية لحكم هذا النزاع المشتمل على العنصر الأجنبي، وعلى هذا يكون المقصود بتنازع القوانين، ومن هنا يظهر دور القاضي في المفاضلة بين هذه القوانين، واختيار قانون من بينها، يكون أنسبها وأكثرها ملاءمة لحكم العلاقة القانونية محلّ النزاع، وعملية الاختيار هذه يطلق عليها بعملية الإسناد<sup>40</sup>.

وقد أسلفنا في الذكر أن قواعد الإسناد الواردة في القانون المدني لجائري، لم تتضمن ولا ضابط اسناد يحيلنا إلى معرفة القانون المختص في حكم علاقة الخطبة التي تتضمن عنصرا اجنبيا، ومن هنا يجد القاضي نفسه أمام عدة اتجاهات:

فمنهم من نادى بضرورة إخضاع الخطبة لقانون جنسية الخاطب قياسا على قواعد التنازع التي تحكم الزواج طبقا لنص الماد 11 ق م. وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في نص المادة 35 من القانون الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي من القانون رقم 5 الصادر بـ 14 فبراير 1961 بقولها: "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ"<sup>41</sup>.

ومنهم من رأى بضرورة تطبيق قانون محل ابرام الخطبة، ومثال ذلك رجل جزائري خطب امرأة مغربية بتونس، ففي هذه الفرضية وطبقا لأصحاب هذا الرأي، فإن القانون التونسي هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة.

وباستقراء كلا التوجهين، فقد أعيب على المشرع الكويتي الذي أسند الخطبة سواء من حيث ابرامها أو من حيث آثارها إلى قانون جنسية الخاطب، ذلك أنه جعل الخطبة بصفة غير مباشرة في نفس مركز الزواج، والراجح أننا استخلصنا أنفاً أن الخطبة وإن كانت تتمتع ببعض الخصوصية فإنها لا ترقى باعتبارها زواجا، وإنما تعتبر عملا ماديا.

أما بخصوص الرأي الثاني، فإن الأخذ به يكون بصفة نسبية، بمعنى أن تطبيقه يكون يسيرا على القاضي فقط بالنسبة للدول الإسلامية، ذلك أن الصبغة الدينية التي تتميز بها الخطبة تجعل من الأمر صعبا على القاضي تطبيق القانون الفرنسي- مثلا إذا انعقدت الخطبة بفرنسا- على شخصين مسلمين حتى ولو اختلفت جنسيتهم، على اعتبار أن القانون الفرنسي هو قانون محل انعقاد الخطبة.

وعليه فإنه من المستحسن أن تخضع الخطبة من حيث ابرامها إلى قانون جنسية الخاطب، وهذا بالقياس على القواعد الخاصة التي تحكم الزواج بموجب المادة 11 من القانون المدني، والتي تشمل فقط انعقاد الخطبة. غير أن الأثر المادي المترتب على الخطبة في مرحلة تكوينها، لا يجعلها محلا للنزاع في مرحلة التكوين أو الانعقاد، على أساس أن النزاع سيثار في حالة ما إذا تغير مسار الخطبة بوفاة أو عدول أحد الخاطبين. وعليه، فالنزاع المتضمن على عنصر أجنبي، الذي يعرض على القاضي في حالة العدول. لا يغنيه عن البحث عن القانون الواجب التطبيق على الخطبة في مرحلة تكوينها، ليتبين مدى توافق الشروط الموضوعية وحتى الشكلية لانعقادها، ويكون في هذه الحالة أمام فرضيتين:

الفرضية الأولى تتمثل في أن الخطبة تم ابرامها وفق الشروط الذي ينص عليها قانون جنسية الخاطب.

أما الفرضية الثانية، فتتمثل في مخالفة الخاطبين للشروط العامة للخطبة التي ينص عليها قانون جنسية الخاطب، مما يترتب بطلانها. ونكون في هذه الحالة أمام خطبة باطلة. وهذا من شأنه أن يؤثر على تكييف القاضي للواقعة المعروضة عليه.

### المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة

إذا تمت الخطبة مستوفية شروطها اللازمة التي تطرقنا إليها آنفاً، تعتبر الخطبة تامة وصحيحة. ونكون في هذه الحالة أمام حالتين، تتمثل أولاهما في أن تستمر الخطبة محققة الهدف والغاية منها بإبرام عقد الزواج. أما الحالة الثانية، فمن الممكن أن يحدث عارض من شأنه أن يحيد بالخطبة عن مسارها الطبيعي. فوفاة أحد الخاطبين يعد من بين العوارض التي تنقضي الخطبة من خلالها، ونفس الشيء في حالة عدول أحد الخاطبين أو كلاهما، وهذا هو ما يثير العديد من المشكلات، منها: ما يتعلق بمدى أحقية أي من طرفي الخطبة في العدول عنها ومدى جواز التعويض عن هذا العدول، إذا ما سبب ضرر للطرف الآخر<sup>42</sup>. ولمعرفة القانون الواجب التطبيق على آثار الخطبة، ينبغي علينا التطرق إلى الأحكام القانونية الموضوعية التي توطر الحق في العدول عن الخطبة.

#### المطلب الأول: العدول عن الخطبة

عرفنا فيما سبق أن الخطبة هي مجرد طلب من الخاطب للمخطوبة، وليس له أي صفة الزامية. وعليه، فمن المنطوق أن يكون لكل من الخاطبين الحق في عدم إبرام عقد الزواج، وهو ما يعرف بالعدول عن الخطبة، وهو ما يلاحظ في الوقت الحالي، نظراً لكثرة حالات العدول، والتي ترتبط بأسباب لم يكن لها وجود في الأزمنة السابقة. وهذا في الحقيقة راجع إلى التسرع في إتمام الخطبة دون البحث والتحري عن الطرف الآخر، ناهيك عن كثرة الغش والخداع، وغيرها من الأسباب.

وعلى العموم، فإن الحكمة من تشريع العدول عن الخطبة، تظهر من خلال أنها من الممكن أن تدفع ضرراً أكبر بضرر أقل، كأن تمنع إتمام زواج فاشل، والذي قد ينتج عنه أولاد يدفعون ثمن هذا الزواج. غير أنه، من الممكن أن يلحق هذا العدول خسائر لكلا الطرفين، فمنها ما قد يلحق بسمعة أحد الخاطبين وخصوصاً المخطوبة من أقاويل. وقد يصيب أحدهما من مغارم مالية أنفقتها في الاستعداد لزواج لن يتم، وما قد يضيع عليه من منافع، كفرصة لزواج آخر موفق، أو فرصة لاستكمال دراسة أو الالتحاق بعمل<sup>43</sup>.

#### الفرع الأول: حق العدول عن الخطبة

فالعُدُولُ في اللغة من عَدَلَ، يَعْدِلُ، عَدْلًا وَعُدُولًا أي: مَالًا، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعدل إليه، أي رجع<sup>44</sup>.

أما من الناحية الاصطلاحية، فالعدول عن الخطبة، هو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما، وهو النتيجة الطبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها وإتمام الزواج، لأن كل من الخطبة والزواج رضائيين، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقداً ملزماً، ويجعل الزواج يتم بالإكراه. وهذا لا يصح باتفاق كل المذاهب الإسلامية<sup>45</sup>.

فالمبدأ العام في الشريعة الإسلامية، هو أنه حق خالص لكلا الطرفين على أساس أنها غير ملزمة، وإن كان الوفاء بالعهد مطلوباً ومستحباً<sup>46</sup> لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ

وَأَوْفُوا الْكَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ لَا نُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ<sup>47</sup>. وعليه فإن الرغبة في إبرام عقد الزواج من عدمه، يرتبط باقتناع الخاطب بمخطوبته، وإلا كان له العدول دون أدنى حرج أو تردد<sup>48</sup>، ونفس الأمر بالنسبة للمخطوبة أو وليها، وفي هذا يقول ابن قدامة: (ولا يكره للولي الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك...ولا يكره لها الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حضها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول، لأن الحق لم يلزمها بعد)<sup>49</sup>.

أما من الناحية القانونية، فقد نص المشرع الجزائري<sup>50</sup> صراحة في نص المادة 2/5 من قانون الأسرة بقولها: (يجوز للطرفين العدول عن الخطبة)، وهو نفس التوجه الذي سلكه المشرع المغربي<sup>51</sup> في نص المادة 5 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية<sup>52</sup>، المادة 3/1 من مشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي<sup>53</sup>.

أما بالنسبة للقضاء، فقد أكدت المحكمة العليا بأن حق العدول هو حق خالص لكلا الخاطبين، وهذا من خلال قرارها الصادر في 1992/03/17 والذي اعتبر الخطبة وعد بالزواج ولكل الطرفين الحق في العدول عنها<sup>54</sup>.

وعلى العموم، فإن العدول عن الخطبة كما أوضحنا آنفاً، يعني تراجع أحد الخاطبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف تماماً عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططاً في أول الأمر بعد إتمام الخطبة<sup>55</sup>. غير أن استعمال هذا الحق من أحد الطرفين، سيترتب عليه لا محالة مجموعة من الآثار، التي سنتطرق إليها في الفرع الثاني.

### الفرع الثاني: أثر استعمال حق العدول عن الخطبة

إن الشائع لدى المجتمع الجزائري أن الخاطب في مرحلة الخطبة، يتودد إلى مخطوبته من خلال تقديمه لها مجموعة من الهدايا سواء كانت قيمة أو مثالية، أو حتى مبالغ مالية، ونفس الأمر بالنسبة للمخطوبة. إضافة إلى أنه يمكن أن يقدم الخاطب المهر معجلاً، كله أو جزء منه.

غير أن العدول عن الخطبة، من شأنه إثارة العديد من المشاكل، سواء تلك المتعلقة بالمهر أو بالهدايا. إضافة إلى أن العدول عن الخطبة من شأنه أن يسبب ضرراً لأحد الخاطبين أو كلاهما.

### أولاً- مآل المهر في حالة العدول عن الخطبة

يعتبر المهر شرط من شروط عقد الزواج، وبالتالي، لا تستحق المخطوبة شيئاً منه، لأن المهر يثبت كحق من حقوق الزوجة بعد إبرام عقد الزواج. وعليه، تستحق كل المهر إذا تم الدخول بها، وتستحق نصفه إذا وقعت الفرقة الزوجية قبل الدخول. فإذا لم يتم الزواج استرد الخاطب المهر، لأن احتفاظ المخطوبة به يكون بغير سبب شرعي<sup>56</sup>.

ونجد إجماع الفقهاء على هذه المسألة ظاهراً للعيان بصفة قاطعة، وهو استرداد الخاطب ما دفعة من المهر، بعينه أن كان قائماً، أما أن هلك أو استهلك فيأخذ مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان قيميّاً، سواء كان العدول من جانبه أو من جانب المخطوبة، لأن المهر يجب بالعقد، وحيث لم يوجد العقد، فإنه يبقى حقا للخاطب<sup>57</sup>.

غير أنه جرى في العرف على أن تشتري المخطوبة بعض الجهاز من المهر، لذا ذهب رأي أنه في حالة العدول عن الخطبة لا يجوز للمخطوبة أن ترد للخاطب ما اشترت، سواء كان العدول من جهة الخاطب أو من جهتها، لأن المخطوبة لم تعلم يقينا أنها ستنتقل إلى بيت الزوجية، لأن هذا لا يقال إلا بعد العقد لا قبله، بل عليها أن ترد المهر بعينه. أما إذا أمرها أن تشتري بهذا المال صراحة، فإنها في هذه الحالة تكون قد تصرفت بماله بإذنه كالوكيل، فترد ما اشترت من جهاز إليه<sup>58</sup>. بينما يفرق رأي آخر بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، فيجوز للمخطوبة أن ترد له ما اشترت من متاع باحتساب قيمته يوم الشراء، لكيلا يكون ضرر ولا ضرار، ففي استرداد المهر في هذه الحالة مضرة لها وقد يرهقها ذلك لعدم توفر مال لديها، أما إذا كان العدول من جهتها فترد المهر أو قيمته. ولا شك أن ما ذهب إليه الرأي الثاني حكم مصلحي ليس في الفقه ما ينافيه، خاصة وأن قيام الخاطب بدفع بعض المهر إلى المخطوبة ينطوي ضمنا على الأذن لها بتجهيز نفسها من هذا المهر، وهو يعلم عند دفع المهر<sup>59</sup>.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الأسري الجزائري، فقد تغاضى عن التطرق لمصير المهر المقدم إلى المخطوبة في حالة العدول. غير أن المادة 09 مكرر من قانون الأسرة تعتبر الصداق من شروط عقد الزواج ولا يصح للمخطوبة إلا بالعقد، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، وإعمالا للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تطرقنا إليها فيما سبق.

وقد جاء القضاء الجزائري لتأكيد هذا التوجه في القرار المؤرخ في 1993/07/13 أنه: من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول<sup>60</sup>.

وعليه، يجب على المشرع الجزائري أن ينتهج ما جاء في قانون العائلة العثماني، حيث جاء في المادة 08 منه على أنه إذا عدل أحد الخاطبين أو توفي بعد الرضا بالزواج، فإن كان ما أعطاه الخاطب من أصل المهر موجودا يجوز استرداده عينا، وإن كان قد تلف يجوز استرداده بدلا<sup>61</sup>.

### ثانيا- مآل الهدايا في حالة العدول عن الخطبة

من ناحية الفقه الإسلامي، نجد بعض الاختلافات حول مدى أحقية الخاطب أو المخطوبة في استرداد الهدية المقدمة منه للطرف الآخر في حالة العدول:

فالحنفية يُنزلون الهدية منزلة الهبة، ويجوز استردادها ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع أو الاسترداد<sup>62</sup>.

بينما الراجح لدى المالكية والحنابلة والشافعية في قول، أن اعتبار استرداد الهدايا بمثابة الرجوع في الهبة، هو أمر متوقف على الشخص الذي وقع منه العدول، فإن عدل الخاطب فلا مجال أن يسترد الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة، أما إذا عدلت المخطوبة، وجب عليها رد الهدايا القائمة عينا، وقيمتها إن استهلك<sup>63</sup>. وعلى العموم، فإن الرأي الثاني أولى بإعماله، لتحقيقه نوع من العدالة للطرف المعدول عنه، على اعتبار أن هذا الأخير قد تضرر من فعل العدول فلا حاجة لمضاعفة ألمه من خلال مطالبته برد الهدايا. بينما الطرف العادل فنقض القاعدة بأنه من سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردودا عليه<sup>64</sup>.

أما من الناحية التشريعية، فقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الثاني، وذلك من خلال النظر إلى المتسبب في العدول، وهو ما يظهر جليا من خلال نص المادة 3/5 و4 من ق.أس بقولها: (لا يسترد الخاطب 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 قيمتها.)

### ثالثا- التعويض في حالة العدول عن الخطبة

يمكن القول في هذه المسألة أن الأثر الأساسي للعدول عن الخطبة، هو انقضاء مشروع الزواج الذي كان يهدف إليه الخاطبين، على اعتبار أن الشخص العادل قد مارس حقه. وبالتالي، فمن غير المعقول أن تترتب أية مسؤولية في حالة العدول.

فالمقرر فقها وقانونا أن من استعمل حقه الشرعي غير ضامن، وغير مطالب بالتعويض عما نشأ عن هذا الاستعمال من ضرر.

وكما هو واضح، فإن أغلب الفقهاء الأصوليون لم يطنبوا في هذا الموضوع، على أساس أن الخطبة في زمنهم لم ترقى إلى مكانتها في الوقت الحالي خاصة من حيث المصاريف والنفقات. والأمر الأهم في هذه الحالة هو تردد موضوع التعويض في حالة العدول عن الخطبة بين قاعدتين أساسيتين: - الجواز الشرعي ينافي الضمان، - لا ضرر ولا ضرار<sup>65</sup>.

غير أن الراجح في هذا الأمر، هو عدم إخلاء ذمة الطرف العادل بحجة أنه يمارس حقه الشرعي من ناحية، وعدم تكليفه بالتعويض عن الضرر لمجرد العدول من ناحية أخرى، وإنما يكون الطرف العادل مسؤولا من خلال ما إذا اقترن العدول بأفعال شخصية ألحقت ضررا ماديا أو معنويا بالطرف الآخر<sup>66</sup>.

وبخصوص موقف المشرع الجزائري، نجد أنه لم يأت بنص واضح وحاسم، فالتفسير الحرفي للمادة 02/05 -بقولها: (إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض)- يوحي لنا أن القاضي ملزم بترتيب التعويض للطرف المعدول عنه إذا ما أصابه ضرر مادي أو معنوي، حتى ولو انتفت صلة الطرف العادل بالضرر، فالتعويض هنا مقرر على إطلاقه، أي بمجرد وقوع الضرر في حالة العدول، وهو أمر غير منطقي، لأن العدول في حد ذاته، وإن لم يسبب ضرر ماديا، فإنه لا محالة يسبب ضرر معنويا حتى ولو لم يكن للطرف العادل يدا فيه، لذلك وجب على المشرع الجزائري أن يقوم بإعادة صياغة الفقرة الثانية بصفة دقيقة على منوال نظيره المغربي حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية: (... غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض).

### المطلب الثاني: تكييف واسناد الخطبة بعد مرحلة العدول

لقد تطرق المشرع الجزائري للأحكام الموضوعية التي تنظم العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عليه، ويقتصر دور القاضي بعد ذلك، القيام بعملية التكييف التي تمكنه من معرفة الأساس القانوني الذي يدخل في إطاره فعل العدول وما يترتب عليه، ليقوم بعد ذلك بإسناده إلى أحد الفئات القانونية التي تتضمن القانون المختص بحكم النزاع.

### الفرع الأول: تكييف الخطبة بعد مرحلة العدول

تطرقنا آنفاً للتكييف القانوني للخطبة في مرحلة الانعقاد، وخلصنا إلى أن الخطبة هي مجرد طلب للزواج ولا ترقى إلى منزلة العقد، وكذا القانون الواجب التطبيق عليها، وهو قانون جنسية الخاطب. غير أن الأثر المادي المترتب على الخطبة، لا يمكننا من تطبيق قانون الجنسية بصفة تبعية في حالة العدول، لأن المشرع الجزائري نظم مسألة العدول عن الخطبة في المادة الخامسة، والتي رتب فيها التعويض على الطرف العادل في حالة ما إذا أصاب الطرف المعدول عنه ضرر مادي أو معنوي- دون تبيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية الطرف العادل، مما يؤثر بالسلب على توجه القاضي في تكيفه للنزاع المعروض عليه، والذي يتضمن عنصراً أجنبياً.

وفي هذا الصدد، فإن القاضي يجد نفسه أمام أمرين، يتمثل أولهما في مدى إمكانية اعتبار الفعل الذي قام به الطرف العادل مستحق التعويض. وبالتالي، يخضع لأحكام المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة 124<sup>5</sup> مكرر التي تعالج مسألة التعسف في استعمال الحق. أما الأمر الثاني، فيكون تطبيقاً للمادة 222<sup>67</sup> من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تقر أيضاً بإساءة استعمال الحق أو التعسف. غير أنه ينبغي الإشارة إلى نقطة مهمة في هذه الحالة، أن قوام التعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون المدني هو القيام بعمل مشروع بنية غير مشروعة<sup>68</sup>، سواء كان بقصد الإضرار بالغير، أو الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الناشئ للغير، أو كان الهدف منه الحصول على فائدة غير مشروعة. هو نفسه قوام التعسف في استعمال الحق في أحكام الفقه الإسلامي، ويزيد عليه هذا الأخير، هو وجوب أن يكون الضرر فاحشاً.

وسواء بالاستناد لأحكام الفقه الإسلامي أو لنصوص القانون المدني، سنقع لا محالة في تناقض بين مفهوم العدول عن الخطبة وبين التعسف في استعمال الحق. فإذا قلنا بأن الضرر الموجب للتعويض هو الأفعال المصاحبة للعدول عن الخطبة وليس في فعل العدول. فإن المنطق يقتضي عدم مشروعية هذه الأفعال مع مشروعية العدول، والتعسف في استعمال الحق يقتضي مشروعية الفعل المسبب للضرر. وعلى العموم، فإن التكيف الأقرب للمنطق هو أن قوام التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة هو المسؤولية التقصيرية طبقاً للمادة 124، وليست المسؤولية التعسفية م 124 مكرر.

#### الفرع الثاني: اسناد الخطبة بعد مرحلة العدول

إن تكيف الخطبة بعد العدول هو الفعل الضار المستحق التعويض أي المسؤولية التقصيرية، وبالتالي تطبيق أحكام المدة 20 ق.م التي توجب على القاضي تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار. غير أن الأمر ليس بهذه البساطة، فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة المهر المعجل، وفي حالة الهدايا المقدمة من قبل الطرفين؟ كذلك ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا تبين للقاضي عدم وقوع ضرر؟ أو انتفتت العلاقة السببية بين الطرف العادل والضرر؟

كل هذه التساؤلات تحتم علينا إعادة النظر إليها من عدة زوايا، خاصة إذا رفع النزاع أمام قضاء لدولة علمانية، حيث لا جدال بخصوص التعويض عن الضرر استناداً لأحكام المسؤولية التقصيرية، التي تتماثل

<sup>5</sup> نص المادة 124 مكرر

أحكامها في كل الدول تقريبا. غير أن الآثار الأخرى، سواء من المهر المعجل أو من الهدايا المقدمة، تخضع للمعيار الديني.

غير أن النزاعات الدولية الخاصة في مسألة الخطبة، إذا تم رفعها أمام قضاء الدول الإسلامية، تتسم بنوع من الثبات، على أساس أن الاختلاف الفقهي والقانوني لدى هذه الدول، غير مؤثر بنفس درجة تأثير التوجه العلماني.

فالمعلوم أن مصدر الإسناد يستمد من خلال عناصر العلاقة القانونية ذاتيا، أي من خلال عنصر الأطراف أو الموضوع أو المحل أو السبب كل حسب أهميته ومتى شكل أي منهم مركز الثقل في العلاقة القانونية<sup>69</sup>، ولما كان كذلك، فإننا نعتقد أن الأطراف – أي الخاطب والمخطوبة- يعتبران مركز الثقل في هذه الحالة، على أساس أن الخطبة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، والاعتبار الشخصي يلعب دورا هاما في تأطير هذه العلاقة. وذلك بغض النظر عن المواضيع المثارة في هذا الشأن. ولما كان كذلك فإن القول بتطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار على كل آثار الخطبة يعتبر إقصاء تام للآثار الأخرى التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالأطراف أكثر من الموضوع والسبب والمحل، ومن هذا المنطلق فإنه من الأجدر تطبيق قانون جنسية الخاطب والمخطوبة وقت العدول عن الخطبة، وهذا الطرح لم يأت بصفة اعتباطية أو رغبة منّا في إسقاط قوعد الإسناد الخاصة بالزواج على الخطبة. وإنما جاء نتيجة لارتباط هذه الأخيرة بشخصية الأطراف – ونقصد بها ديانتهم- أكثر من ارتباطها بالمحل.

والأكثر من ذلك، فإن تطبيق قانون المحل على آثار الخطبة، سيتناسب فقط في حالة التعويض عن الضرر، دون أن يتناسب مع الآثار الأخرى. لأن الضرر حتمي للطرف المعدول عنه لا محالة، حتى ولو لم يتم التعويض عنه، لذلك كان من الأصح له تطبيق قانونه الشخصي الذي يقرر له حماية أكثر من قانون المحل.

كذلك لا يمكن إخضاع النزاع المثار مثلا بشأن الهدايا للقانون الذي يحكم التصرفات العقدية باعتبار تقديم الهدية يتم على سبيل الهبة لعدم إمكانية تطبيق أحكامها لأنها لا تسمح بالرجوع عنها إلا في حالات معينة ولا يعد العدول عن الخطبة من ضمن موجبات الرجوع عنها، بل تخضع لأحكام خاصة لها صلة بعقد الزواج المراد إبرامه مستقبلا، لذلك فهي تخضع لقانون جنسية الخاطب وقت العدول، تطبيقا للقواعد العامة الواردة بشأن عقد الزواج. وهذا على خلاف بعض التشريعات التي تجعل استرجاع الهدايا يخضع لأحكام الهبة، كما أن القانون الأردني في المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية فصل في مسألة الهدايا إذا كان سبب انتهاء الخطوبة بسبب عارض حال دون عقد الزواج لا يد لأحد الطرفين فيه أو بسبب الوفاة، حيث لا يمكن استرداد شيء من الهدايا، وهو ما لم يفصل فيه القانون الجزائري على الرغم من أن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية نظم تلك الحالة بنفس المحتوى في مادته الثالثة<sup>70</sup>.

#### خاتمة:

في الختام، يمكن القول إن أغلب الأنظمة القانونية سواء بالنسبة للدول الإسلامية، وحتى الدول الغربية، قد غضت النظر عن وضع قاعدة اسناد خاصة بالنزاعات التي تنشأ في مرحلة الخطبة. وهذا ما يظهر بجلاء

من خلال النصوص التي تضمنت قواعد الإسناد التي نصت فقط على القانون الواجب التطبيق على الزواج، سواء من حيث التكوين، أو من حيث الآثار.

وعلى العموم، نتطلع من المشرع الجزائري مستقبلا إعطاء موضوع الخطبة على المستوى الدولي القدر الكافي من الاهتمام. إذ وعلى الرغم من ندرة النزاعات الواردة في هذا الموضوع، غير أن النص التشريعي يستوجب أن يتضمن أحكام تفترض ما يمكن حصوله في المستقبل، وليس معالجة ما هو كائن فقط. ونظرا لهذا الفراغ القانوني الذي تركه المشرع الجزائري في هذه المسألة، ندرج فيما يلي بعض التوصيات التي تم استخلاصها من خلال البحث في هذا الموضوع:

- وجوب اعمال قاعدة اسناد تتعلق بمرحلة تكوين الخطبة، والتي يكون فيها القانون الشخصي هو الواجب التطبيق كمبدأ عام، أو إحالته إلى أحكام المادة 11 من ق.م التي تتضمن قاعدة الاسناد المرتبطة بإبرام عقد الزواج.

- إن تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار على آثار العدول عن الخطبة، هو توجه غير عادل بالنسبة للخطابين، لذلك يستوجب على المشرع أن يسند هذا الأمر إلى قانون شامل وأكثر ملاءمة وعدالة خاصة للطرف المعدول عنه، ألا وهو قانون الجنسية كمبدأ عام.

<sup>1</sup> عبير رجي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص 63.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة: الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي، جامعة الملك سعود سنة 1418 هـ، ص 526.

<sup>3</sup> حسن الهداوي، تنازع القوانين، ص 14.

<sup>4</sup> فالعلاقات التي تنطوي في ظل الأحوال الشخصية تخضع لقانون الجنسية، وهذا لأسباب كثيرة منها: أن قانون الجنسية هو قانون الوسط الاجتماعي للشخص الذي يعكس أخلاقه وعاداته وثقافته وقيمه، وهو الأقرب له من أي قانون آخر، فضلا عن ذلك فحالة الشخص لا تتغير باختلاف مكان إقامته وموطنه، لأن قانون الجنسية يحكم أحواله الشخصية في داخل الدولة وخارجها، وهذا راجع لصفة الاستمرار التي يتصف بها قانون الجنسية، أنظر: عامر محمد الكسواني، تنازع القوانين، موسوعة القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 148.

<sup>5</sup> م 11 ق.م.

<sup>6</sup> م 1/12 ق م

موري سفيان، "إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية مكانية والتحقيق التوفيق، " أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 24 و 23 أبريل 2014، ص 16.

- <sup>7</sup> م 13 ق.م
- <sup>8</sup> القاموس المحيط، ص 103.
- <sup>9</sup> سورة البقرة، الآية 235.
- <sup>10</sup> الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب. القاموس المحيط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1403هـ، 1983م، ج1 ص63
- <sup>11</sup> عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ص63
- <sup>12</sup> محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص27
- <sup>13</sup> فمقصود المشرع الجزائري باعتبار الخطبة وعد بالزواج، هو اعتبار هذا الوعد بمثابة الطلب والالتماس الصادر من الرجل للمرأة قاصدا ان يتزوج بها، وما يقابله من قبول من المرأة، فينشأ لكل من الرجل والمرأة مركزا ماديا دون أن يكون له أثر قانوني، والفرق بينهما أن الحالة الأولى يكون فيها الرجل خاطبا والمرأة مخطوبة، وكلاهما واعد وموعود له، بينما الحالة الثانية يكون فيها الرجل واعدا والمرأة موعود لها. وهذا الأخير، يتعدى الأثر المادي ليترب عليه أثرا قانونيا.
- <sup>14</sup> المادة 05 من قانون الاسرة الجزائري
- <sup>15</sup> جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، ص 21
- <sup>16</sup> عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، ص65. سنن أبي داود
- <sup>17</sup> عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص12.
- <sup>18</sup> عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية، ص66 أخرج البخاري
- <sup>19</sup> ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص2
- <sup>20</sup> حديث
- <sup>21</sup> مثال ذلك المرأة المطلقة طلاقا رجعيا، لا يجوز خطبتها لا بالتعريض ولا بالتصريح، فإن انقضت عدتها دون أن يراجعها زوجها، ففي هذه الحالة يكون المانع قد زال، ويجوز خطبتها. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 51.
- <sup>22</sup> محمد الشافعي، الزواج والحلاله في مدونة الأسرة، ص 23
- <sup>23</sup> سبيل السلام، ج3، ص113، رواه البخاري.
- <sup>24</sup> اتفق الفقهاء على حرمة الخطبة الثانية، وفي حالة ما اذا انتهت بإبرام عقد الزواج، فيرى الجمهور من الفقهاء أن الزواج صحيح ومرتب لكل آثاره، وإن كان صاحبه آثما، على أساس ان النهي الوارد في الحديث الشريف منصب على الخطبة لا الزواج. بينما يرى داوود الظاهري أن التحريم والنهي ينصب على الزواج لا الخطبة، وتبعاً لذلك يستوجب فسخه. نيل الأوطار، الجزء 6، ص108.
- <sup>25</sup> محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ص36
- <sup>26</sup> م.ع. غ.أ.ش، 1983/01/03، م.ج، 1984، ج.3، ص781، 1996/06/18 ملف رقم: 137571، م.ق، ع.2، 1999، ص93.

- 27 عدم وضع المشرع الجزائري لنص صريح، لا يعني انعدام النص، وإنما تتيح المادة 222 من ق.أس الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقر بطلان خطبة المرأة التي تتوافر على مانع شرعي سواء كان مؤبداً أو مؤقتاً. وبالإضافة إلى عقوبات تعزيرية، على اعتبار أن هذا التصرف يعتبر تعدياً على حدود الله سبحانه وتعالى يستوجب العقاب. -جميل فخري محمد جاسم، مقدمات عقد الزواج الخطبة، ص56- غير أنه لا يدخل في نطاق صلاحيات القاضي توقيع العقوبة لصريح النص التشريعي في المادة الأولى من قانون العقوبات التي تص على أنه لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أممي إلا بنص قانوني.
- 28 فالخطبة التامة دون احترام شروطها يجعلها في حكم المعدم، غير أنه ينبغي
- 29
- 30 جميلة أوحيدة، نظام الأحوال الشخصية للجالية المغربية بولندا واقع وآفاق، ص36
- 31 على أساس أن المادة 72 من القانون المدني تلزم الواعد بالبقاء على وعده وتنفيذه. وتنفيذ الوعد في حالة الخطبة هو إبرام عقد الزواج، وهو ما يتناقض مع المقصد الشرعي والقانوني للخطبة.
- 32 العربي بلحاج، ص224
- 33 وهو ما تأخذ به الدول الأنجلوسكسونية خاصة التشريع الألماني و الإنجليزي، الذي يرى بان الخطبة عقد والعدول عنها يعتبر اخلاصاً بالتزام تعاقدي يستلزم التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية، زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنا بالقوانين العربية، ج.1: تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص. 149.
- 34 كاملي مراد محاضرات في قانون الأسرة ص7
- 35 المادة 06 ق.أس
- 36 معجم المعاني الجامع
- 37 المدونة
- 38 معجم المعاني الجامع
- 39 عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء، ص-7و6
- 40 صلاح الدين جمال الدين : القانون الدولي الخاص ، الجنسية وتنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، سنة 2008 ، ص 229
- 41 درية أمين، بن حمو عبد الله، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والخلاله -دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص14
- 42 محمد خضر قادر، دور الإرادة، ص111
- 43 عبد الناصر توفيق العطار ، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، 1987 ، ص 99
- 44 - ابن منظور، المرجع السابق، المجلد التاسع، ص 62 و63.
- 45 محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق (الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي)، ص 5

- 46 حاشية الدسوقي، ج6، ص 74.
- 47 سورة الاسراء، 24
- 48 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 34.
- 49 محمد خضر قادر، دور الإرادة، ص113.
- 50 قانون الأسرة الجزائري
- 51 مدونة الأسرة المغربية
- 52 مجلة الأحوال الشخصية التونسية
- 53 جميل فخري محمد جانم، ص225
- 54 المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17/03/1992 ملفرقم 81129.ق، 1994، العدد3، ص 2.
- 55 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص85
- 56 أنظر، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص102
- 57 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص25
- 58 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص 29
- 59 مصطفى السباعي، الأحوال الشخصية، ص64
- 60 ملف رقم 92714 : إقالة القضاة، العدد الأول، 1995، ص 12
- 61 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 26
- 62 وموانع الرجوع عن الهبة تتمثل في : موت الواهب أو الموهوب له، هلاك الهبة أو استهلاكها، خروج الهبة من ملك الموهوب له، أخذ عوض عن الهبة، القرابة المحرمة بين الواهب والموهوب له، زيادة العين الموهوبة. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 27
- 63 جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج: الخطبة في الفقه والقانون، ص249
- 64 بدران أبو العينين، الزواج والطلاق، ص33.
- 65 محمد خضر قادر، دور الإرادة...، ص114 و115
- 66 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص30
- 67 نص المادة 222
- 68 جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج: الخطبة في الفقه والقانون، ص264
- 69 - د. أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 58
- 70 (2) كريم كريمة، "القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإب ارم عقد الزواج"، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية يومي 23 و 24 أفريل 2014، ص 61 -