طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة

الدكتور عبدالرزاق الشيخ نجيب
قسم القانون - كلية العلوم الإدارية
جامعة الملك سعود

يجمع الفقه الإسلامي قديمه وحديثه على أن الخطبة ليست سوى وعد غير ملزم بالزواج. والخطبة في تكييفها الفقهي هذا لم تكن في يوم من الأيام، وخلال مسيرة الفقه عبر السنين الطويلة، موضع شك أو تساؤل أو استفهام. فقد جاء في تنوير الأبصار: «أن الخطبة وعد بالعقد وليست بعقد»(١).

وفي الحاوي للفتاوى «الظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقداً فليس بلازم»(٢). أما الدكتور فتحي الدريني فيقول إن الخطبة «ليست عقداً، وحيث لا عقد فلا إلزام ولا التزام»(٣). كما ذكر الدكتور أحمد حسين فراج «أن الخطبة هي اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويصدر عن أهل له ويتعلق هذا الاتفاق بوعد بعقد الزواج، إنها ليست عقداً يلتزم فيه الطرفان بالتزامات لها قوة الإلزام.... والخطبة وعد غير ملزم بعقد الزواج»(٤). وكذلك يؤكد الدكتور مصطفى شلبي «بأن الخطبة لا تخرج عن كونها وعداً بالزواج، والوعد ليس

(١) تنوير الأبصار، ج١، ص٢٩٥.
(٢) الحاوي للفتاوى، ج١، ص٥٤٩.
(٣) محمد فتحي الدريني. الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، ط٥، جامعة دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧، ص٦٨٨.
(٤) أحمد فراج حسين. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، لم يذكر تاريخ النشر، ص٦٣.

عقداً فلا يكون ملزماً كالعقد فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها»[٥]. هكذا كيَّف الفقهاء المسلمون الخطبة ورتبوا عليها آثارها الشرعية والقانونية.

وقد عني الفقه الإسلامي بدراسة الخطبة وبيان شرائطها ومحلها وتحديد آثارها وجعل لها أحكاما خاصة بها. إلا أن المشكلة الأكثر أهمية التي واجهت الفقه المعاصر كانت بشأن إمكانية التعويض بسبب العدول عن الخطبة. حيث بدت الآراء متناقضة لمعرفة فيما إذا كان حق التعويض هو حق مطلق أو مقيد؟ وقد ارتسمت أوجه التناقض في مواقف ثلاثة:

موقف متشدد يرى أن العدول عن الخطبة هو حق شخصي مطلق ولا يترتب على ممارسته أي التزام أو مسؤولية بالتعويض. وعلل هؤلاء رأيهم بحجج شرعية وقانونية ونفسية: فجعلوا أولاً من القاعدة الشرعية التي تقول: «إن الجواز الشرعي ينافي الضمان» سبباً شرعياً لرفض التعويض في حال العدول عن الخطبة. إن من يمارس حقاً مشروعاً أو إباحة أو رخصة أجازتها الشريعة لا يمكن أن يكون مسؤولاً بالتعويض عما ينجم عن ذلك من ضرر.

وأضافوا ثانياً، أن نصوص قوانين الأحوال الشخصية تعطي هذا الحق لمن شاء من الخاطبين دون أي التزام بالتعويض. فالخطبة وعد غير ملزم بالزواج، وليست عقداً ولا يترتب على الوعد أي التزام أو تعويض. وقالوا أخيراً، إن كل طرف من طرفي الخطبة يقدم على الخطبة وهو عالم في قرارة نفسه أن المشرع أجاز له العدول. مما يجعل العدول أمراً أو ظرفاً متوقعاً في كل وقت، وليس فيه مفاجأة ولا اعتداء على حق الطرف الآخر، ومن لم يدرك أو يفهم هذه الحقيقة كان مقصراً وعليه يقع تحمل تبعة تقصيره في فهم طبيعة هذه الرابطة.

أما أصحاب الموقف المعتدل فرأوا: أن مجرد العدول هو حق مقرر شرعاً لا اعتداء فيه. فلا مسؤولية ولا تعويض إذا لم يترتب عنه ضرر مادي أو معنوي.

---

(٥) محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط٤، الدار الجامعية، ١٩٨٣، ص٨٢.

وخالف أصحاب الموقف الموسع هذا الاتجاه، حيث قالوا بوجوب التعويض عن جميع الأضرار المادية والمعنوية التي تنشأ عن الضرر البالغ والجسيم الذي يخلفه العدول عن الخطبة. إن مجرد العدول عن الخطبة يعطي الحق للطرف الآخر بالتعويض بصرف النظر عما إذا كان العادل قد ارتكب أفعالاً خاطئة أم لا. وقد استند هذا الرأي إلى نظرية التعسف في استخدام الحق، فالحقوق في الشريعة ليست مطلقة، إنما مقيدة بالغرض الذي شرعت من أجله (وإن الضرر بحد ذاته ممنوع في الفقه الإسلامي إيقاعاً ووقوعاً بقطع النظر عن منشئه إذا كان بغير حق لعموم قوله «ﷺ» لا ضرر ولا ضرار وهذا من حقائق التشريع الثابتة وهو أصل عام حاكم على التشريع كله)[٦].

وقد انعكس هذا الاختلاف الفقهي على القضاء فجاءت أحكامه صورة عكست وجهات النظر والآراء المختلفة. فبعد أن رفض القضاء السوري ترتيب أي تعويض عن استعمال حق العدول[٧]. عاد ورجع في قرارات لاحقة له وحكم بالتعويض استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية[٨]. كذلك في مصر، بعد أن ترددت المحاكم وتأرجحت مواقفها، فرفضت التعويض تارة وقيدته تارة أخرى، استقر موقف القضاء المصري كما لخصه العلامة عبدالرزاق السنهوري على إرساء المبادئ التالية:

١ – الخطبة تمهيد للزواج وليست عقداً ولا إلزام فيه.

٢ – مجرد العدول عنها لا يوجب التعويض.

٣ – وجوب توافر شرائط المسؤولية التقصيرية للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة، وذلك بأن يقترن العدول بفعل خاطئ ومستقل في ذاته عن أحد الطرفين يترتب عليه ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر[٩].

(٦) محمد فتحي الدريني: الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص٦٩٨.
(٧) نقض ٣٥٠ تاريخ ١٩٦٠/١١/٣٠ مجلة القانون ١٩٦١، ص٢٠٥.
(٨) نقض. الغرفة المدنية. ٥٦١/٩٨٧، تاريخ ١٩٨٢/٦/١٨، غير منشور.
(٩) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط، مرجع سابق، ج١، ص٨٣٠.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فاكتفى بعرض غير مفصل بيَّن فيه أهم الأحكام الأساسية للخطبة. فقد نصت المواد ٢ و٣ و٤ منه على ما يلي:

المادة (٢) الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً.

المادة (٣) لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

المادة (٤ ف١) إذا دفع الخاطب المهر نقداً واشترت به المرأة جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل المهر أو تسليم الجهاز.

(ف٢) وإذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته.

(ف٣) تجري على الهدايا أحكام الهبة.

بهذه اللغة البرقية السريعة نكون قد عرضنا صورة مصغرة عن طبيعة الخطبة بوجهها الفقهي والقضائي والقانوني.

إن الإمعان الدقيق والدراسة التحليلية لهذه الصورة ولمجمل الأسس والمفاهيم التي تقوم عليها الخطبة يقودنا إلى إبداء الملاحظات الثلاث التالية:

أولاً: إن الربط الكلي والتام بين الخطبة والوعد بالتعاقد، وتجاهل الفقه لما تتمتع به الخطبة من خصوصيات، أصبح مسألة تعوزها الدقة والوضوح وتحتاج إلى إعادة نظر وتصويب. فإذا كان من المسلم به أن الخطبة ليست عقداً ولا تكون زواجاً، إلا أنه من الجدير بالذكر أن الشارع الإسلامي أفرد للخطبة أحكاماً خاصة بها تلائم حقيقة طبيعتها، والحكمة من تشريعها، والغاية التي أعدت لأجلها، فكان لها طريقة تكوين وانعقاد متميزة ونظام فقهي خاص وآثار فقهية وقانونية مختلفة عن تلك التي تتعلق بالوعد بالتعاقد.

ومن اللافت للنظر ثانياً، ظهور أفكار جديدة شاع انتشارها وتداولها لدى الفقهاء المعاصرين تقول إن الخطبة هي تمهيد للزواج ومقدمة له. وفي وقتنا الحالي، لا تكاد تخلو المؤلفات المتعلقة بشرح قوانين الأحوال الشخصية من ذكر هذا المصطلح الفقهي الحديث. ولم يقف الفقه في استخدامه لهذا المفهوم،

عند هذه المرحلة من التلميح والإشارة السريعة، بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فقد حاول الدكتور فتحي الدريني إعطاء هذا المصطلح بعداً تجديدياً حين افتتح بحثه عن الخطبة قائلاً: (ليست الخطبة بحكم طبيعتها وتكيفها الشرعي إلا مقدمة من مقدمات الزواج ومرحلة ممهدة له وسابقة على إبرامه.... وإن خطورة عقد الزواج وعظم شأنه وجليل أثره، وكل عقد من هذا القبيل يسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات)[١٠]. وبالاعتماد على الفكرة ذاتها، رأى الدكتور عبد الرحمن الصابوني أن الاختصاص في البت بدعوى التعويض بسبب العدول عن الخطبة، يجب أن يعطى للمحاكم الشرعية وليس للقضاء المدني معللاً ذلك، (بأن القانون الذي يحكم عقد الزواج هو قانون الأحوال الشخصية والخطبة هنا مقدمة لعقد الزواج فيجب أن يحكمها قانون عقد الزواج)[١١].

ثالثاً: لو رجعنا إلى نص المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية وأمعنا النظر فيها لوجدنا أنها لم تحدد بصراحة ودقة ووضوح ماهية طبيعة الخطبة. إن كل ما قررته هذه المادة هو أن الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً. إن النص على أن الخطبة لا تكون زواجاً لا يعني مطلقاً أن المشرع قد أراد من ذلك اعتبارها وعداً بالزواج. في الحقيقة، إن نص هذه المادة يثير في الأذهان السؤال التالي: إذا لم تكن الخطبة زواجاً فما هي إذن؟ هل هي وعد بالتعاقد؟ أم أنها اتفاق من نوع خاص له سماته ومقوماته المتميزة؟ أسئلة تركها المشرع دون إجابة دقيقة محددة. إن البحث عن إجابة لهذا التساؤل، هو بيت القصيد من هذه الدراسة.

إن الخطبة وما لها من مقومات وسمات وآثار خاصة، تتطلب إعادة النظر في تكييفها الفقهي، وذلك من خلال منظار جديد، ورؤية فقهية جديدة لإكسائها ثوباً فقهياً جديداً. ولكي تكتسي الخطبة حلتها الجديدة، علينا أن نقف وقفة تحليلية ناقدة لعملية الربط القائمة حالياً بين الخطبة والوعد بالتعاقد. فالخطبة

(١٠) فتحي الدريني: الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص٦٧٦.

(١١) عبدالرحمن الصابوني: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، ط٥، المطبعة الجديدة، ١٩٧٨، ص٥٣.

تختلف شكلاً ومضموناً، قلباً وقالباً عن الوعد بالتعاقد بمفهومه الشرعي والقانوني. إنها ليست وعداً بالتعاقد، بل عقد تمهيدي. إن بلورة مفهوم التمهيد لعقد الزواج وتأصيله ووضعه في إطاره القانوني السليم والمتكامل، وبيان ما يترتب عليه من آثار فقهية وقانونية ستؤكد صحة هذه الرؤية.

وإذا كان بعض الفقه والقضاء قد تعرض بسرعة خاطفة لفكرة التمهيد لعقد الزواج وعلاقتها بمفهوم الخطبة، إلا أن ذلك لم يكن سوى مجرد آراء في طورها الجنيني، ولم يمثل مطلقاً تطوراً حقيقياً وجدياً في المفاهيم والأسس التي قامت عليها الخطبة. وعلى كل حال، تبقى لهذه الأفكار الخاطفة أهميتها الخاصة باعتبارها تشكل، من وجهة نظرنا، اللبنة الأولى التي سننشيء عليها البنيان الفقهي الجديد للخطبة. والحقيقة، إن الإسهام في تطوير هذه الآراء المعاصرة واستكمالها سيوضح لنا ما يحققه مفهوم العقد التمهيدي من توافق وانسجام وملاءمة مع الطبيعة الحقيقية للخطبة وحكمتها وغاية تشريعها.

وللوصول إلى الغاية التي يسعى إليها هذا البحث، فإننا سنعمد أولاً: إلى إثبات عدم ملاءمة الربط بين الخطبة ومفهوم الوعد بالتعاقد، لنتحرى فيما بعد، مدى الانسجام والتوافق القائمين بين الخطبة والعقد التمهيدي، وما يترتب عن ذلك من آثار فقهية وقانونية. وهكذا فإننا سنقسم البحث إلى مطلبين اثنين:

المطلب الأول: الخطبة ليست وعداً بالزواج.

المطلب الثاني: الخطبة عقد تمهيدي.

المطلب الأول
الخطبة ليست وعداً بالزواج

قد يبدو للبعض أن التأكيد على أن الخطبة ليست وعداً بالزواج أمر مبالغ فيه ومثير وداعٍ للقلق، وذلك لما يتضمنه من خروج عما اتفق عليه الفقه الإسلامي من اعتبار الخطبة وعداً بالتعاقد. إلا أن وضع العلاقة القائمة بين الخطبة والوعد بالتعاقد بمفهومه الفقهي والقانوني تحت المجهر وتسليط الضوء عليها سيبين ضعف وهشاشة الربط والتلازم الذي أقامه الفقه بين هذين المفهومين. إن التحليل الدقيق لهذين المفهومين سيؤكد عدم قدرة مفهوم الوعد بالتعاقد على الاستمرار كأساس فقهي للخطبة. فالاختلاف بينهما جوهري وكبير وحاسم. لكن من الضروري، قبل أن نشرع في إثبات عدم ملاءمة الربط بين الخطبة والوعد بالتعاقد، أن نعرج بسرعة وإيجاز، على أهم الأحكام الأساسية التي يقوم عليها الوعد بالتعاقد بمفهومه الشرعي والقانوني.

أولاً – الوعد بالتعاقد شرعاً وقانوناً

١ – الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي

الوعد هو الإخبار، بصيغة باتّة لا إرجاء فيها ولا تأخير، عن إنشاء المميز شيئاً في المستقبل. فالوعد بالتعاقد هو التزام من طرف واحد. وهو بذلك يختلف عن المواعدة التي تنشيء التزامات متقابلة بين كل من الواعد والموعود له، كما يختلف عن العقد في أمرين اثنين: فمن جهة، أن الوعد يتجه إلى إنشاء التزام بأمر غير حال، في حين أن العقد يرتب أثره في الحال ويلتزم به الطرفان، ومن جهة أخرى، لا ينشيء الوعد عند النطق به أي التزام، وإنما هو إخبار عن إنشاء الواعد شيئاً في المستقبل، بخلاف العقد الذي يفيد تطابق إرادتين على وجه يظهر أثره حالاً.

ويبقى السؤال الأكثر أهمية هو: هل يعد الوعد بالتعاقد ملزماً أو لا ؟

ذهب الفقهاء في الإجابة عن هذا السؤال في اتجاهات عدة. حيث يرى جمهور الفقهاء والحنابلة والشافعية أن الوعد غير لازم مطلقاً، ولا يجب الوفاء به قضاء، وإنما هو ملزم ديانة. إن المشرع الإسلامي لا يلزم الواعد بإنشاء العقد في المستقبل، وليس للموعود له سلطة إجبار عليه.

أما الحنفية فقالوا إن الأصل هو عدم لزوم المواعدة. وجعلوا لهذا الأصل استثناء بحيث تصبح المواعدة لازمة عندما تكتسي بصورة التعاليق. كما لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء من فلان وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيك إياه، فلم يعط المشتري الثمن. لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق. أو كما لو قال تزوج وأنا أعطيك مبلغاً محدداً من المال هبة، فمن اللازم دفع مبلغ الهبة إذا تزوج.

ومرد هذا الاستثناء إلى القاعدة التي تقول: «إن المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة لأنه يظهر فيها حينئذ معنى الالتزام والتعهد». ويرى علي حيدر أن هذه القاعدة تستمد سندها من الأشباه والنظائر لابن نجيم من كتاب الحظر والإباحة حيث يقول: «ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً، وقد وردت في البزازية أيضاً بالشكل التالي ..... المواعيد باكتساء صورة التعاليق تكون لازمة»[١٢].

أما المالكية، فقد اختلف فقهاؤها بشأن إلزامية الوعد بالتعاقد: فقال البعض بلزومه مطلقاً[١٣]، وذهب آخرون إلى موافقة جمهور الفقهاء بعدم لزوم الوعد مطلقاً[١٤].

إلا أن الراجح لديهم هو أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به قضاء. إن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق، إلا أن الواعد ملزم بالوفاء بوعده المعلق على أمر إذا دخل الموعود بسببه في هذا الأمر[١٥].

(١٢) علي حيدر: شرح المجلة العدلية، المادة ٨٤، ص٧٧.
(١٣) ابن العربي: أحكام القرآن، ج١، ط١، دار إحياء الكتب العربية في القاهرة، ١٨٠٠/٤.
(١٤) الفروق للقرافي، ٢٥/٤، وتهذيب الفروق بهامش الفروق ٤٣/٤.
(١٥) الشيخ عليش: فتح العلي المالك القدير، ٢٥٦/١.

٢ – الوعد بالتعاقد في القانون

الوعد بالتعاقد هو عقد يتفق من خلاله أحد الطرفين أو كلاهما على إبرام عقد ضمن شروط محددة حينما يبدي الموعود له رغبته في التعاقد(١٦).

ويتمثل الوعد في صورتين: إما أن يكون ملزماً لجانب واحد. كالوعد بالبيع الذي يلتزم فيه صاحب الأرض ببيع أرضه إلى الموعود له حينما يفصح هذا الأخير عن رغبته في الشراء، وإما أن يكون ملزماً لجانبين، وذلك عندما يتواعد طرفا العقد على إنشاء التزامات متقابلة في المستقبل. كمن يعد شخصاً آخر ببيع عقار ويعد الطرف الآخر بشرائه ضمن شروط ومدة محددة.

وقد حدد القانون شرائط الوعد بالعقد وبين آثاره. حيث نصت المادة «١٠٢» من القانون المدني السوري على أن: (١– الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢– وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا الوعد).

وهكذا فقد أوجب القانون لصحة انعقاد الوعد ثلاثة شروط وهي:

١ – الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه. فلا بد مثلاً من تحديد الصفات الجوهرية للمبيع كتعيين النوع الشرعي للعقار، ومساحته، وثمنه.

٢ – تحديد المدة التي يجب على الموعود له إبداء رغبته فيها.

٣ – القيام بجميع الشرائط الشكلية التي يتطلبها القانون لإتمام العقد المراد إبرامه، كالوعد بالهبة لا يصح إلا إذا تم بسند رسمي.

---

(١٦) محمد وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٨، ص٨٣، ف٩٠، وانظر أيضاً Weill (A) et Terre (F) Droit civil. Les obligations. Coll. Dalloz 1986, p. 351.

وفي حال تحقق هذه الشرائط، يعد الواعد ملزماً بإبرام العقد الموعود به، إذا ما أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها. أما إذا انقضت هذه المدة ولم يفصح الموعود له عن رغبته في التعاقد فلا إلزام للواعد، وينقضي الوعد. وإذا أخل الواعد بوعده، جاز للموعود له أن يطالب الواعد بتنفيذ الوعد جبراً عن طريق القضاء. في جميع الأحوال، وقبل أن يبدي الموعود له عن رغبته في التعاقد، يبقى الواعد مالكاً للشيء المبيع، ويجوز له أن يتصرف به. لكن يحق للموعود له المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه.

ثانياً – الخطبة والوعد بالتعاقد

بعد أن استعرضنا أهم الأسس التي يقوم عليها الوعد بالتعاقد من الناحيتين الشرعية والقانونية، يمكن لنا أن نتساءل عما إذا كانت هذه الأحكام الفقهية والقانونية الخاصة بالوعد قادرة على أن تحكم الخطبة، أم أن لهذه الأخيرة طبيعة متميزة تجعل منها أمراً مختلفاً عن الوعد بمفهومه الشرعي والقانوني.

١ – الخطبة والوعد بالتعاقد من الناحية الشرعية

الخطبة اتفاق متميز ومختلف عن الوعد بالتعاقد، ويظهر هذا الاختلاف جلياً واضحاً من حيث خصوصية التنظيم الفقهي، والصياغة، والقوة الإلزامية، والالتزامات التي تنشأ عن كل منهما.

أ – خصوصية التنظيم الفقهي للخطبة

على خلاف الوعد بالتعاقد الذي ليس له تنظيم فقهي خاص به، خص الفقه الإسلامي الخطبة بكثير من الاهتمام، فعمل على دراستها وبحثها بشكل دقيق ومفصل، وذلك منذ لحظة ما قبل ولادتها وإتمامها وحتى لحظة العدول عنها وفسخها. فكان لها بذلك تنظيم فقهي متكامل ومتميز خاص بها.

لقد خص الشارع الإسلامي المرحلة السابقة لإتمام الخطبة بأحكام تعد في جوهرها ومضمونها استثنائية، وتعد في حد ذاتها خروجاً عما شرعه إسلامنا

العظيم. فأجاز لكل من طرفي الخطبة النظر للطرف الآخر، وتكرار النظر. وأجاز الحديث مع المخطوبة وكل هذه الأحكام إنما جاءت استثناء من الأصل العام الذي يحرم النظر إلى المرأة إذا لم يكن بقصد الخطبة. إنها رخصة شرعية قدرها المشرع المسلم لتكون الخطبة خير أداة لخير زواج، حرصاً منه على ضمان حسن الاختيار وسلامته، وليتمكن الطرفان من التعرف حسياً ومعنوياً على من قد يكون شريك عمره. وذلك لضمانة إقامة العلاقة الزوجية على أسس متينة مستقرة.

كما بين الفقه الشرائط اللازمة لإتمام الخطبة وصحة انعقادها، فقد اشترط أن تكون المخطوبة ممن تحل له شرعاً، فمن لا يصح الزواج منها لا تصح خطبتها. كما اشترط في المخطوبة ألا تكون مخطوبة لشخص آخر وإلا لا تصح الخطبة. وبحث أيضاً في طرفي الخطبة، ومحلها، وأوضح حكم الخطبة المحرمة، وحدد كذلك الآثار الفقهية التي تترتب على العدول عن الخطبة، وبين حكم المهر والهدايا.

هذا التنظيم الفقهي المتكامل للخطبة منذ لحظة ما قبل إتمامها وحتى العدول عنها بما تتضمنه من أحكام تفصيلية دقيقة، إنما جاءت لضبط هذه المرحلة المهمة من مراحل ما قبل إبرام العقد النهائي، الأمر الذي يكسب هذه المرحلة خصوصية متميزة في طبيعتها وتكييفها الفقهي عن الوعد بالتعاقد.

ب – من حيث الصياغة

إن للخطبة صياغة تختلف في شكلها ومضمونها عن الوعد بالتعاقد.

فالوعد بالتعاقد لا ينعقد إلا إذا تم الوعد بصيغة جازمة باتة لا تردد فيها ولا تسويف. لقد اشترط الفقه من أجل صحة الوعد، لزوم انعقاده بصيغة التأكيد والجزم. كقولنا بعتك هذه الدار بمئة ألف، أو كقولنا اشتريت هذا الشيء بمبلغ كذا. وقد سارت مجلة الأحكام العدلية في الاتجاه ذاته عندما قضت المادة ١٧١ منها على عدم انعقاد الوعد عند اقترانه بصيغة التأخير والإرجاء حتى ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً. وهذا ما يفسر إصرار الفقه على ضرورة استخدام

الماضي والمضارع عند صياغة الوعد بالتعاقد. من هنا يمكن القول إن الوعد بالتعاقد هو تصرف شكلي، إذ لا يكفي الرضا القائم على الإيجاب والقبول لإنشاء المواعدة. كما لا تكفي الإرادة المنفردة للواعد لإنشاء الوعد، بل لا بد من استيفاء طريقة صياغة محددة، بحيث يؤدي عدم احترامها إلى عدم انعقاد الوعد بالتعاقد.

أما الخطبة فهي على النقيض من الوعد، لا تعد اتفاقاً شكلياً. فلم يشترط الفقه في صياغتها طريقة معينة، وإنما أجاز انعقادها بكل لفظ صريح، أو غير صريح، أو أي صيغة أخرى حتى ولو لم تكن قاطعة الدلالة على إبرامها. وبذلك تصح الخطبة بقولنا الصريح: (أتزوجك على مهر كذا، أو أريد أن أخطبك، أو أرغب الزواج منك، أو أرغب بخطبة ابنتك..). كما تصح بالتعريض، كقولنا: (أرغب بالزواج من طبيبة أو مهندسة وكانت هي بهذه الصفة، أو أرغب بالزواج من فتاة عرفت بدينها وتقواها، وحسن سلوكها وكانت هي بهذه الصفات). ويجوز أن تنعقد الخطبة بصيغة غير قاطعة الدلالة على إبرام عقد الزواج (كقراءة الفاتحة، ولبس الخاتم، وتقديم الهدايا).

ولا يقف الاختلاف في الصياغة بين الخطبة والوعد عند الشكل، وإنما يختلفان أيضاً من حيث المضمون والمعنى. فلا بد في الصياغة اللازمة لصحة انعقاد الوعد بالتعاقد أن تعني الحزم في إنشاء العقد والتأكيد على إبرامه والالتزام به مستقبلاً كقولنا: (بعتك هذا الشيء، أجرتك هذه العين، اشتريت منك هذه السلعة المحددة). أما الخطبة فلا يشترط فيها التأكيد على إبرام عقد الزواج والالتزام به مستقبلاً، ولو اشترط الفقهاء ذلك لما انعقدت الخطبة إلا عند إعلان الخاطب عن رغبته في الزواج بصيغة تدل دلالة قاطعة على إبرام عقد الزواج كقولنا: (أتزوجك، أو أنكحك على مهر قدره كذا).

ومن تشدد الفقه في الصياغة اللازمة لانعقاد الوعد، ومرونته عندما يتعلق الأمر بالخطبة، نلاحظ وجود اختلاف كبير بين الحالتين: ففي الحالة الأولى، يتعين في الصيغة أن تعني وتؤكد على إنشاء العقد وإبرامه، والالتزام به مستقبلاً. أما في الحالة الثانية، فلا يشترط فيها التأكيد على إبرام عقد الزواج

وإنما يكفي التأكيد على الخطبة، لبيان العزم على الزواج. وهكذا فإن للخطبة صياغة خاصة بها تتلاءم وغايتها وحكمة تشريعها كتمهيد وإعداد لعقد الزواج[١٧].

ج – من حيث القوة الإلزامية

بوجه عام ومن حيث المبدأ، تلتقي الخطبة والوعد بالعقد في نقطة أساسية هي أن كليهما لا يتمتعان بالقوة الإلزامية. فالواعد والخاطب غير ملزمين قضاء بإبرام العقد النهائي. إن لكليهما حقاً شرعياً في العدول. لكن وعلى الرغم من صحة هذا المبدأ، فإن دعوة بعض الفقهاء المعاصرين إلى إكساء الوعد بالتعاقد بالقوة الإلزامية تطرح وبجدية مشكلة فقهية حول إمكانية استمرارية الربط بين الوعد والخطبة. لقد قال بعض الفقه المعاصر بضرورة احترام الوفاء بالوعد، وأوجبوا ضرورة السير على نهج الفقه المالكي الذي ذهب في أرجح أقواله إلى أن الوعد بالتعاقد ملزم قضاء، وأنه يجب الوفاء به إذا دخل الموعود له بسببه في هذا الأمر. فقد ذكر الدكتور أحمد فراج حسين قائلا: (والحق أن هذا هو المشهور «لدى الفقه المالكي» هو الذي يتفق مع ما تأمر به الشريعة من الوفاء بالالتزام عملاً كان أو وعداً، ومع ما تنهى عنه من الكذب والإخلاف في الوعد. يقول تعالى: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً**﴾ ويقول جل شأنه: ﴿**يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾، ويقول عليه الصلاة والسلام: «لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له»، «أربع من كن فيه كان منافقاً: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»)[١٨].

كما أكد الدكتور محمد سراج على أن الحلول التي جاء بها القانون المدني الوضعي بشأن الوعد بالتعاقد تتفق كلياً مع ما ذهب إليه الراجح في الفقه المالكي[١٩].

---

(١٧) محمد فتحي الدريني: الفقه الإسلامي المقارن، مرجع سابق، ص٦٧٦.

(١٨) أحمد فراج حسين: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة القانونية، الدار الجامعية، لم يذكر تاريخ النشر، ص١٩٨.

(١٩) محمد سراج: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٣٠.

وأمام هذا التوجه المعاصر الداعي إلى إلزامية الوفاء القضائي بالوعد، تبرز مشكلة إمكانية استمرارية الربط بين الخطبة والوعد بالعقد. إذ كيف سيتمكن الفقه من التوفيق بين موقفين متعارضين ومتناقضين كلياً؟ فهل من الممكن التوفيق بين إلزامية الوعد، وعدم إلزامية الخطبة؟ وكيف سيبرر الفقه هذا التناقض؟

في الحقيقة إذا كان الوفاء بالوعود قد أصبح في وقتنا المعاصر ضرورة ولها ما يبررها على صعيد المعاملات المدنية والتجارية، فإنه من غير الممكن تصوره في مجال الخطبة.

ففي الأمور الاقتصادية، والمالية والتجارية، أصبح الوعد بالتعاقد مسلكاً قانونياً شائعاً، وهو يلبي مقتضيات التطور التي وصلت إليها العلاقات بين الأفراد والأمم. وليس من المعقول أن يقف الفقه الإسلامي مكتوف اليدين تجاه هذه التطورات، وكيف يبقى عاجزاً عن حلها وهو الشرعة التي تصلح لكل زمان ومكان.

أما في الخطبة فالإلزام أمر لا يمكن تصوره مطلقاً. والقول بغير ذلك يؤدي إلى خلل كبير في غايتها، وقصد المشرع منها. لقد شرعت الخطبة لتكون أداة لإقامة زواج يتصف بالاستقرار والطمأنينة والثبات. ولم تكن قط أداة إلزام بالزواج. ولو كانت كذلك لأصبحت وسيلة إكراه وضغط على إبرام عقد الزواج والذي يعد الرضا ركناً من أركانه الأساسية. إن تشدد بعض الفقه المعاصر، وحثه وإصراره على ضرورة الوفاء بالوعد ودون أي تمييز بين طبيعة الوعد وخصوصية الخطبة من شأنه أن يقوض العلاقة التلازمية التي أنشأها الفقه بين الوعد بالتعاقد والخطبة، إن الدعوة إلى إلزامية الوعد تستدعي بالضرورة البحث والتفكير وبجدية عن أساس فقهي وقانوني جديد يتلاءم وطبيعة الخطبة.

د – من حيث الالتزامات

إذا كان صحيحاً أن الوعد بالتعاقد هو مجرد إخبار عن إنشاء الواعد شيئاً في المستقبل دون أن يلزم نفسه بشيء عند النطق به[٢٠]. فهل من الصحيح اعتبار الخطبة كالوعد بالتعاقد مجردة من أي التزام؟

(٢٠) محمد سراج: نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٧.

لا شك في أن طبيعة الخطبة المتميزة تفرض ضرورة الاعتراف بما يترتب على هذه المرحلة من التزامات خاصة بها. فالخطبة ومنذ لحظة إتمامها يتولد عنها التزامات تتفق وطبيعتها الخاصة. وتتمثل هذه الالتزامات في صورتين:

الأولى: التزام الغير بعدم التقدم لخطبة رجل أو امرأة عقد خطبته على شخص آخر.

والثانية: هي التزام الخاطب والمخطوبة بعدم العدول عن الخطبة لمجرد قبول الخطبة من الغير.

لقد نهى رسول الله «ﷺ» أن يتقدم المسلم لخطبة امرأة بعد أن قبلت الخاطب وركنت إليه فقال «ﷺ» فيما رواه البخاري: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له»(٢١). وفي رواية عن الإمام أحمد أن رسول الله «ﷺ» نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه»(٢٢).

إن حرص الشريعة الإسلامية على عدم الاعتداء على حق الغير جعلها تقرر نهي الخطبة على الخطبة إلا إذا ترك الخاطب الأول أو أذن للغير بذلك. فالخطبة إذن وفق هذا المفهوم تولد التزاماً يقضي بعدم جواز الخطبة على الخطبة لما في ذلك من اعتداء على حقوق الغير. وهذا الالتزام هو التزام عام ويشمل الجميع. بمعنى أن أثر هذا النهي والتحريم لا يقتصر على الغير فحسب، وإنما يشمل الخاطبين أيضاً. فقد جاء في الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي الحنفي ما نصه: سئل في رجل خطب من آخر ابنته البالغة العاقلة وسمي المهر، وقبل الأب وركن قلبها إلى الخاطب وأحضر المهر وما بقي إلا العقد، فرجع الأب لقبول خاطب عالم بخطبة الأول، فما الحكم الشرعي في ذلك؟

أجاب: (المصرح به في كتب الحنفية وغيرهم حرمة الخطبة على خطبة الغير، قال في الذخيرة. كما نهى النبي «ﷺ» عن الاستيام على سوم الغير نهى عن الخطبة على خطبة الغير، وإن من ارتكب محرماً لم يرد فيه حد مقدر يعزر،

(٢١) سبل السلام، ج٣، ص١١٣.
(٢٢) سبل السلام، ج٣، ص١٣٣.

وكما تحرم الخطبة تحرم إجابتها، لأنها إعانة على المعصية فيعزر المجيب إليها القادر على المنع والله أعلم)[٢٣].

فكما يتعين على الغير الالتزام بعدم الخطبة على الخطبة، كذلك يتعين على الخاطب والمخطوبة عدم العدول والرجوع عنها لمجرد قبول الخطبة من الغير. فهل من المعقول أن يقع الغير في الإثم لمجرد تقدمه وعرضه الخطبة، ويفلت الخاطب أو المخطوبة من الإثم والتحريم على الرغم من أنهما صاحبا القول الفصل، ولهما القرار النهائي في قبول الخطبة، أو رفضها. الخطبة هي اتفاق إيجاب وقبول، ولا يمكن انعقادها إلا بتوافق إرادتين. إن التقدم لخطبة شاب أو فتاة ليست سوى عرض أو إيجاب بسيط لا قيمة ولا وزناً شرعياً له. إن قبول الخطبة هو العنصر الأهم في هذه العلاقة، وهو الإجراء الفاصل لإتمام الخطبة أو عدم إتمامها. وما دامت الشريعة قد ألزمت الغير صراحة بعدم الخطبة على الخطبة، فمن باب أولى أن يلتزم كل من طرفي الخطبة بعدم العدول عنها لمجرد قبول الخطبة من الغير. ولكن هل ينشيء اتفاق الخطبة بوجه عام، التزاماً بمتابعة الخطبة؟

علمنا سابقاً أن فريقاً من أصحاب الرأي قال: بوجوب مسؤولية العادل لمجرد العدول عن الخطبة. فإذا كان الرجوع عن الخطبة حقاً، إلا أنه كغيره من الحقوق لا يمكن أن يكون مطلقاً. فمن الواجب أن يكون العدول مبرراً وقائماً على أسباب جدية تجعل استمرار الحياة الزوجية مضطربة، وغير ممكنة وغير مستقرة. وإذا افتقد العدول عن الخطبة إلى المبررات والأعذار الجدية، أو إذا لم يتسم بما يقضي به حسن النية من صدق وأمانة وإخلاص وشرف في التعامل، كان مجرد العدول مصدر أذية وإساءة وخيبة أمل كبيرة للطرف الآخر، مما يورث العداوة والبغضاء والكراهية بين أفراد المجتمع المسلم، وهذا ما لا يرضى به شرعنا العظيم.

نخلص من ذلك إلى أن الالتزام بمواصلة الخطبة يشكل صورة من صور الالتزامات التي تنشؤها الخطبة. ولا يفتقد هذا الالتزام إلى مبررات، فالقرآن الكريم

(٢٣) خير الدين الرملي: الفتاوى الخيرية، ج١، المطبعة الأميرية، ١٣٠٠ هجرية، ص٤١.

والسنة الشريفة والفقه يمدوننا بكثير منها: إن حرص الإسلام على إقامة مجتمع نقي طاهر جعله يأمر أفراد مجتمعه ويحثهم على الانتهاء عن إيذاء المؤمنين بشتى وسائل الإيذاء، قال الله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿**والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا وإثما عظيما**﴾. وفي الحديث الشريف، نجد أن الرسول «ﷺ» قال: «من أذى مسلماً فقد أذاني ومن أذاني فقد آذى الله»(٢٤). ومن القواعد الكلية في الإسلام أن لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال.

أما الفقه الإسلامي، فقد أكد بعضه على ضرورة عدم فسخ الخطبة والعدول عنها إلا لأسباب جدية ومبررة. وظهر هذا التأكيد عندما رتب بعض الفقهاء على تحريم الخطبة على الخطبة بالإضافة إلى العقوبة الأخروية التي ينالها في الدار الآخرة جزاء وفاقاً مصداقاً لقوله تعالى: ﴿**فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره**﴾(٢٥)، عقوبة أخرى دنيوية، ينالها في الدنيا نظير ما اقترفت يداه، «والفقهاء يتفقون على أن من ارتكب محرماً ليس له حد مقدر يؤدب ويعزر»(٢٦).

٢ – الخطبة والوعد بالتعاقد من الناحية القانونية

إن دراسة العلاقة بين الخطبة والوعد بالتعاقد بمفهومه القانوني ستبين أن للخطبة مقومات وأسساً يجعلانها تختلف عن الوعد بمفهومه القانوني. إن دورها في تكوين العقد النهائي، وفي تحديد مضمونه، مختلف تماماً عن ذلك الدور الذي يؤديه الوعد بالتعاقد.

أ – من حيث تكوين العقد

إن الدور الرئيس الذي يؤديه الوعد بالتعاقد والذي يسعى إلى تحقيقه هو المحافظة على إيجاب الواعد خلال الفترة الزمنية المتفق عليها. بمعنى آخر أنه

(٢٤) حاشية السندي على سنن ابن ماجة، ج١، ص٢٣٧.
(٢٥) آية (٨) الزلزلة.
(٢٦) أحمد فراج حسين: أحكام الزواج. مرجع سابق، ص٥٩.

يعمل على تثبيت إيجاب أحد الطرفين وتأمين حسميته وقطعيته كي لا يتمكن الواعد أو المتواعدان من الرجوع أو النكول عن العملية التعاقدية والعدول عنها.

ففي الوعد بالتعاقد لم يعد المتعاقدان في مرحلة التحضير والتمهيد والإعداد لإبرام العقد النهائي، بل تجاوزا هذه المرحلة، ودخلا مرحلة أكثر حسمية وأكبر جدية.

في الواقع، إن لعبة التعاقد بالنسبة إلى الواعد، انتهت أو كادت أن تنتهي. فالواعد، بعد أن أنجزت الأمور التعاقدية وتم الاتفاق عليها بشكل نهائي ولم يبق شيء للتحضير والتمهيد والمناقشة، لا يمكنه الرجوع عن وعده. إنه ملزم بالحفاظ على وعده والتمسك به خصوصاً خلال المدة المحددة لإبداء الرغبة. لقد فقد الحق في المساومة والنقاش، ولم يبق له سوى الانتظار محتفظاً بوعده حتى يمضي الأجل المحدد المتفق عليه لإعلان الموعود له عن رغبته. فإذا عدل الواعد عن وعده كان مسؤولاً عن رجوعه، وكان للموعود له حق اللجوء إلى القضاء لإلزام الواعد باحترام وعده وتنفيذ العقد المتفق عليه.

هذا المسار القانوني الخاص بالوعد، لا يتفق ولا يمكن أن ينطبق مطلقاً مع طبيعة الخطبة. فعلى الرغم من ضرورة قيام طرفي الخطبة بكل ما هو ضروري ولازم من أجل التهيئة والإعداد لإبرام الزواج، فإنها تبقى في جميع الأحوال اتفاقاً غير ملزم بعقد الزواج. حيث يحتفظ كلا الخاطبين بكامل الحرية والاستقلال إزاء الطرف الآخر. وكل منهما يملك حق العدول عن الخطبة. ولا سلطان لأحد عليه، فالخطبة لا تعد وعداً ملزماً.

ب – من حيث المضمون

الوعد بالتعاقد هو عقد كامل العناصر[٢٧]، يتفق بمقتضاه الطرفان على جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد النهائي، ويحددان المدة الزمنية التي يجب على الموعود له أن يقوم خلالها بتوقيع العقد. كما يفرغان اتفاقهما بالشكل الذي يحدده القانون. باختصار، إن كل ما ينقص العقد النهائي هو أمر

(٢٧) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، ١٩٦٤، ص٢٦٧.

وحيد يتمثل في إعلان الموعود له عن رغبته في إبرام العقد. وفي اللحظة التي يفصح فيها عن ذلك يصح العقد، ويتحول الاتفاق من مجرد وعد إلى عقد نهائي بات.

أما الخطبة فهي أمر مختلف تماماً. فهي وإن كانت اتفاقاً رضائياً إلا أنها اتفاق غير كامل. إنها اتفاق تمهيدي غايته الأساسية التمهيد والتقديم لعقد الزواج الذي قد يبرم مستقبلاً، أو لا يبرم.

وإذا كان الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية يشكل شرطاً أساسياً ولازماً لانعقاد الوعد بالتعاقد، فإن الاتفاق على هذه العناصر (المهر، وتأمين المسكن، والملبس، والهدايا والحلي) لا يعد شرطاً من شروط صحة إتمام الخطبة. فيمكن للخطبة أن تنعقد من دون أي اتفاق حولها. وإذا حدث واتفق الخاطبان على تحديد هذه المسائل، كان اتفاقهما غير ملزم. حيث يبقى كل طرف من طرفي الخطبة محتفظاً لنفسه بحق المفاوضة والمساومة، وتظل إمكانية الأخذ والرد قائمة إلى حين إبرام عقد الزواج.

الخلاصة

إذا كان من الصحيح أن الخطبة والوعد بالتعاقد يتفقان من حيث إن كليهما سابق لمرحلة التعاقد النهائي، إلا أن اختلافاً كبيراً بينهما يمكن ملاحظته سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القانونية.

فمن الناحية القانونية نجد أن الوعد يشكل عقدا أكثر كمالاً من الخطبة. وكل ما ينقصه هو إفصاح الموعود له عن رغبته بالتعاقد. أما الخطبة فهي وسيلة أو أداة تمهيد لعقد الزواج.

ومن جهة أخرى، الوعد ملزم بإبرام العقد النهائي، في حين أن ليس من شأن الخطبة الإلزام بإنجاز عقد الزواج.

أما من الناحية الشرعية: فإن للخطبة نظاماً فقهياً مستقلاً ومتميزاً ومختلفاً عن الوعد بالتعاقد. وتتجسد هذه الاستقلالية في الصياغة اللازمة لصحتها، وفي أحكام تكوينها وانعقادها، وآثارها الفقهية والدينية. وهذا ما يكفي لأن نجعل منها اتفاقاً من نوع خاص ومن طبيعة خاصة. فما تلك الطبيعة الخاصة؟

المطلب الثاني
الخطبة عقد تمهيدي

ليست الخطبة، بحكم طبيعتها وحكمة تشريعها وغايتها، سوى عقد تمهيدي، يتم بهدف الإعداد والتهيئة والتحضير لعقد الزواج الذي قد يبرم مستقبلاً أو لا يبرم. هذه العبارات الصغيرة في جرمها، الكبيرة في مضمونها وآثارها، ستؤدي عند الإقرار بصحتها وتبنيها إلى تقويض البنيان الفقهي الذي قامت عليه الخطبة خلال السنين الطويلة الماضية، وإقامتها على أسس ومفاهيم جديدة، كما وسيترتب على ذلك وبالتأكيد نتائج قانونية مهمة تتناسب وطبيعة هذه المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي.

لكن لم اعتبرنا الخطبة عقداً تمهيدياً؟ هذا هو السؤال الذي نود الوقوف عنده قبل البحث عما تحدثه رؤيتنا الفقهية الجديدة من نتائج وآثار قانونية.

أولاً – لم تُعد الخطبة عقداً تمهيدياً؟

إن الخطبة بطبيعتها تتواءم ومفهوم العقد التمهيدي، وآية ذلك أن ثمة علاقة وطيدة الصلة تقوم بينها وبين العقد التمهيدي، وهي تبدو واضحة جلية على صعيد الطبيعة الفقهية والآثار القانونية المترتبة على كل منهما. ولا تفتقر هذه العلاقة إلى الحجة والبرهان. فالدليل على ذلك يكمن في بيان مفهوم العقد التمهيدي ونظامه القانوني وإيضاحهما. لذلك وقبل أن ندرس علاقة الخطبة بالعقد التمهيدي لندرك ما بينهما من انسجام وتوافق، لا بد أن نتعرف مسبقاً على العقد التمهيدي.

١ – العقد التمهيدي

ما العقد التمهيدي؟ وما نظامه القانوني؟

أ – تعريف العقد التمهيدي وأهميته

١ – تعريف العقد التمهيدي

على الرغم من أن القانون المدني السوري وأصله المصري قد تضمنا تقنيناً دقيقاً لبعض المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي، فإنهما لم يأتيا لا من قريب ولا من بعيد على ذكر العقد التمهيدي. لقد بينت المواد ٩٤ و٩٥ و٩٧ ق. م. س. أحكام الإيجاب، ونظمت المادة ١٠٢ الوعد بالتعاقد. لكن هل يمكن أن نتخذ من نص المادة ٩٦ أساساً قانونياً للعقد التمهيدي؟

تقول المادة ٩٦: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية، يتفق عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة).

فالمادة ٩٦ عدَّت أن الاتفاق الناقص غير الكامل، الذي اكتفى أطرافه بتحديد عناصره الجوهرية دون التفصيلية، يتمتع بالقوة الإلزامية كالعقد الكامل. هذا الحل طبعاً وبالتأكيد لا ينطبق مع مفهوم العقد التمهيدي. إن المادة ٩٦ تتحدث عن اتفاق تضمن كل العناصر الجوهرية الكافية لإبرام العقد، في حين أن العقد التمهيدي لا يمكنه، بل ليس بإمكانه التأكيد أو التدخل في تحديد المسائل الجوهرية اللازمة للعقد النهائي. حيث يستحيل عليه أن يؤدي دورين متناقضين في آن واحد معاً. لأن من المتعذر على العقد التمهيدي أن يكون من جهة، عقداً متجهاً نحو الإعداد والتهيئة للعقد النهائي، ومن جهة أخرى، محدداً ومعيناً لمضمون العقد النهائي. فالمادة ٩٦ إذن، لا تصلح أساساً قانونياً للعقد التمهيدي.

هذا الصمت التشريعي رافقه تجاهل فقهي لمفهوم العقد التمهيدي. فلو عدنا إلى المؤلفات القانونية السورية، لما وجدنا فيها أي دراسة، أو حتى أي إشارة لهذا المفهوم القانوني. وفي مصر أيضاً، لم يفرق العلامة الكبير عبدالرزاق السنهوري بين مفهوم العقد الابتدائي والوعد بالتعاقد، حيث قال: (إن المتعاقدان قد قر قرارهما على إبرام العقد ويريدان التقيد به منذ الآن فيمضيان اتفاقا ابتدائيا يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضي العقد النهائي في مدة تعين في الاتفاق، وهذا هو الاتفاق الابتدائي وهو وعد بالتعاقد ولكنه وعد ملزم للجانبين)، وأضاف (إن الوعد بالتعاقد وكذلك الاتفاق الابتدائي عقد كامل لا مجرد إيجاب ولكنه تمهيدي لا عقد نهائي)، ويقول أيضا: إذا لم يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية المنصوص عليها في المادة ١٠١ من القانون المدني المصري (فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي لا ينعقدان)[٢٨].

(٢٨) عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٣، ١٩٦٤، ص٢٦٧.

وهكذا نرى كيف أن السنهوري خلط، بين مفهوم الوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي أو التمهيدي على الرغم من الفارق الكبير بينهما، فالأول هو عقد كامل العناصر إلا أن انعقاده بصورة تامة ونهائية معلق على إعلان الموعود له عن رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها في العقد، أما الثاني، فينعقد بهدف التمهيد للاتفاق على مضمون العقد النهائي.

في لبنان اكتفى معظم الفقهاء بدراسة المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي بصورة خاطفة، ودون تحديد دقيق لطبيعتها ولنظامها الحقوقي، وكانت الدراسة التي أجراها الدكتور مصطفى العوجي في الجزء الأول من مؤلفه الجديد والقيم من أهم ما كتب في هذا المجال. لكن وعلى الرغم من معالجته الدقيقة لتعريف المفاوضات، وبيان نظامها القانوني، وتمييزه بين مختلف الصيغ والتسميات المتداولة لمرحلة ما قبل التعاقد (الاتفاق المبدئي على التفاوض، والعقد التمهيدي، ومشروع العقد، والوعد بالتعاقد...) فإنه لم يضع تعريفاً عاماً وموحداً للعقد التمهيدي.

الفقهاء المسلمون بدورهم أولوا اهتماماً كبيراً بدراسة العقد بعد ولادته، أما مفهوم العقد التمهيدي فقد كان مجهولاً تماماً إلى أن بدأ الفقه المعاصر، وتحديداً عند دراسته لمسألة الخطبة، بالحديث وبشكل ضبابي سريع عما أطلق عليه من اعتبار الخطبة تمهيداً لعقد الزواج، ومقدمة من مقدماته.

في المقابل كان الفقه الفرنسي أكثر عمقاً وأكثر وضوحاً ودقة من قرينه العربي، فعلى الرغم من اختلاف الفقهاء بشأن وضع تعريف للعقد التمهيدي، فإنهم لم يخلطوا بين مفهوم العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد.

وقد عرَّف «**غاستان**» العقد التمهيدي بأنه اتفاق ينشيء التزاماً بتقديم عرض أو التفاوض وفقاً لمبادئ حسن النية بغية التوصل إلى إبرام عقد لم يحدد موضوعه إلا بصورة جزئية، وفي كل الأحوال غير كافية لإنجاز العقد النهائي[٢٩].

(٢٩) Ghestin (J). Traite de Droit civil. Le contrat. Formation. LGDJ. 1988. p. 249.

أما «لارومه» فقد عرَّفه بأنه (عقد مؤقت وسابق غايته التهيئة لإبرام عقد نهائي)[٣٠].

إذن فالعقد التمهيدي هو ذلك الاتفاق الذي يتضمن المسائل والموضوعات والعناصر التي اتفق الأطراف على أنها تشكل موضوعه ومضمونه، والذي لا يمكنه في أي حال من الأحوال أن يتضمن بنود العقد النهائي الذي وضع العقد التمهيدي للتهيئة والإعداد لإبرامه. وإذا تضمن العقد التمهيدي تلك العناصر الجوهرية فإنه يفقد طبيعته الخاصة، وتنتفي عنه هذه الصفة، ويتحول إلى عقد نهائي. إن الدور الرئيس الذي يؤديه هذا العقد ينحصر في الإعداد والتحضير والتهيئة لإبرام العقد النهائي الذي لم تحدد ولم تتبلور بعد بنوده وعناصره.

انطلاقاً من ذلك يمكن أن نعرف العقد التمهيدي بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه الأطراف بالإعداد والتحضير والتهيئة لإبرام عقد مستقبلي غير ملزم، لم تحدد عناصره وبنوده بشكل نهائي وبات.

٢ – أهمية العقد التمهيدي

ظل مفهوم العقد التمهيدي ولفترة طويلة من الزمن، غائباً عن الساحة القانونية وغريباً عن أذهان الكثيرين من رجال الفقه والقانون، وذلك لأسباب عدة هي: سيادة مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على حرية المرء في التعاقد أو عدم التعاقد، فلا سلطان لأحد عليه قبل إبرام العقد النهائي، وسكوت التشريعات الوضعية عن تنظيمه وبيان أحكامه، وعدم أهمية المشكلات والصعوبات القانونية التي تثيرها المرحلة السابقة على التعاقد.

في وقتنا الحاضر، أخذ العقد التمهيدي يحتل مكانة وأهمية تزداد يوماً بعد يوم. ولم يعد هذا المفهوم مجرد خدعة بسيطة أو حيلة قانونية لا حول لها ولا قوة. لقد أصبح العقد التمهيدي مفهوماً حقوقياً له كيانه ومقوماته وآثاره القانونية الخاصة به. ولعل التطورات الاقتصادية، والمالية، والتجارية، والصناعية، التي نشأت في العلاقات بين الأمم والأفراد قد أدت دوراً أساسياً في إعطاء

(٣٠) Larroumet (Ch). Droit civil. Tome III. Economica. 1990. p. 264.

المرحلة السابقة على التعاقد النهائي أهمية ومكانة متميزة. فالعقود الكبرى كبناء المرافق الحيوية من موانئ وأنفاق وتنقيب عن النفط وغيرها، يسبقها غالباً مرحلة من المفاوضات قد تطول أو تقصر، وغالباً ما ينجم عن قطعها، من طرف واحد ودون سبب مبرر أو مشروع، أضرار مادية ومعنوية بالغة ولا يمكن الاستهانة والتهاون بها. ولكن هل يُعد عقد الزواج من بين تلك العقود المهمة التي يمكن للعقد التمهيدي أن يؤدي دوراً ما في التمهيد والإعداد له؟

لم لا، نعم إن عقد الزواج أهم وأخطر من أي عقد آخر يجريه المرء خلال حياته. إنه عقد العمر. إن ما يترتب على عقد الزواج من آثار شرعية وقانونية تجعل منه عقداً بالغ الخطورة والجسامة. بل إنه يفوق في أهميته وخطورته جميع العقود المدنية والتجارية المتعلقة بإدارة كبرى المشروعات الصناعية والتجارية. فهو العقد الذي يتعلق بالإنسان نفسه، ومستقبله وكيانه الاجتماعي والمادي والقانوني والشرعي. ويمتد تأثيره ليطول المجتمع بكامله، فسلامة الفرد من سلامة المجتمع، وبمقدار ما يقوم الفرد والأسرة على أسس وروابط سليمة ومتينة بمقدار ما ينعكس ذلك على خير المجتمع ومستقبل الأمة والوطن. وعلى عقد الزواج يرتب الفقه والقانون جملة من الحقوق والالتزامات التي تتجاوز في أهميتها وتنوعها جميع الالتزامات التي تقررها تلك العقود الكبرى. فعليه يقوم النسب، وتأسيس القرابات والمصاهرة، والالتزام بالولاية والوصاية، وبالإنفاق، والميراث. وأمام أهمية هذا العقد وخطورته وعظم شأن آثاره الشرعية والقانونية، كان لا بد من الاعتراف بأهمية المرحلة التي تمهد لانعقاده، تلك المرحلة التي تقوم على المفاوضات والأخذ والرد في المطالب والرغبات، وذلك كي يبنى عقد العمر على أسس صلبة متينة لتحقيق الاستقرار والطمأنينة والاستمرار.

ب – طبيعة العقد التمهيدي

من أجل معرفة الطبيعة الحقيقية للعقد التمهيدي وفهم نظامه القانوني، لا بد من وضعه في إطاره القانوني السليم، وموازنته بغيره من الاتفاقات السابقة واللاحقة له، وبيان مدى العلاقة بينها. لذلك من الضروري أن نميز بينه وبين المفاوضات، والإيجاب، والوعد بالتعاقد، والعقد النهائي.

١ – العقد التمهيدي والمفاوضات

(المفاوضات عبارة عن تبادل في وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، ومناقشته لها، وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المقابلة يتخذها المفاوضون تمهيداً للوصول إلى اتفاق نهائي)[٣١].

والعقد أي عقد يبدأ عموماً، بخطوة أولية تتمثل في الدعوة أو العرض الذي يقدمه أحد الأشخاص لشخص آخر محدد أو للعموم، يدعو فيها للتفاوض معه حول عقد معين. وهذه الدعوة لا تكون إيجاباً بالمعنى القانوني للكلمة. إن للإيجاب شرائط قانونية لا تتحقق في الدعوة للتعاقد. فهي إذن لا تتضمن التزاماً من قبل الداعي للتفاوض، إنما هي عبارة عن مجرد إعلان عن الرغبة في إبرام عقد ما، ومن ثم يجوز لمن تقدم بعرض للتعاقد أن يرجع عنه من غير أن يتحمل مسؤولية ذلك العدول. فالمفاوض من حيث المبدأ، يحتفظ بكامل حريته في إبرام العقد المعلن، أو عدم إبرامه. ولا سلطان لأحد عليه. إنه غير ملزم بإبرام العقد. لكن من الجدير ذكره هو أن هذه الحرية هي في الحقيقة ليست مطلقة، فإذا اتسمت المفاوضات بعدم الجدية، أو قطعت من دون سبب مشروع، أصبح هناك مجال للحديث عن إمكانية إلزامه بالتعويض عن الضرر الناجم عن انقطاع المفاوضات، وذلك استناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، باعتبار أن العلاقة القائمة بين المفاوضين ما زالت خارج الإطار التعاقدي.

أما في العقد التمهيدي فإن المتعاقدين تجاوزا مرحلة التفاوض البسيطة، أي مرحلة الأخذ والرد وتوصلا إلى اتفاق مبدئي يلتزمان بمقتضاه بمتابعة التفاوض، بغية الإعداد والتهيئة لإبرام العقد النهائي. إن العقد التمهيدي «ينشيء على عاتق أطرافه التزاماً بمواصلة التفاوض»[٣٢] دون أي التزام بإبرام العقد النهائي، فإذا رفض أحد طرفي العقد مواصلة التفاوض من غير سبب مشروع، كان مسؤولاً بالتعويض، وذلك استناد إلى أحكام المسؤولية العقدية.

---

(٣١) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج١، مؤسسة بحسون للنشر، ١٩٩٥، ص١٦٠.
(٣٢) عاطف النقيب. نظرية العقد، منشورات عويدات، ١٩٨٨، ص١٤٦.

٢ – العقد التمهيدي والإيجاب

قلنا بأن عملية تشكيل العقد تبدأ بعرض (إيجاب) بسيط يتجسد في الإعلان البسيط عن الرغبة في التعاقد، ثم يعقب هذه الخطوة مرحلة من المفاوضات والمساومات التي قد تطول أو تقصر حسب أهمية العقد وعظم شأنه. وإذا انتهت هذه المفاوضات إلى إعطاء إيجاب نهائي وحاسم وبات، بحيث حددت فيه جميع العناصر الجوهرية اللازمة للعملية التعاقدية، يصبح عندها لهذا الإيجاب قيمة قانونية مهمة. وعند صدور إيجاب بات يكون الأطراف قد خرجوا من إطار العقد التمهيدي، وتجاوزوا هذه المرحلة، ووصلوا إلى نهاية المسار التعاقدي. فلو صدر قبول وكان مطابقاً للإيجاب انقلب الإيجاب إلى عقد نهائي ملزم.

إلى جانب هذا الاختلاف التقني، هناك فروقات أخرى يمكن حصرها في النقاط التالية:

١ – يتطلب العقد التمهيدي لانعقاده اتفاق إرادتين، الأولى تعرض للعقد التمهيدي، والثانية تقبل وتوافق. يقول كاربونيه: (إن العقد التمهيدي لا يتصور وجوده مطلقاً إلا عندما تثبت وجود إرادتين)[٣٣]. في حين أنه لا يشترط لصدور الإيجاب وجود اتفاق إرادتين. إذ من الممكن وجوده دون أن يكون هناك حاجة إلى إرادة المستفيد الذي وجه إليه الإيجاب[٣٤]. بل قد يصدر الإيجاب دون تحديد شخص معين عندما يوجه إلى العموم، وهذا بالتأكيد غير ممكن مطلقاً بالنسبة للعقد التمهيدي.

٢ – وإذا ما اقترن الإيجاب بمدة محددة للقبول أصبح ملزماً خلال هذه المدة، ولا يمكن العدول عنه دون تحمل تبعة الآثار القانونية الناجمة عن ذلك. فالعدول يستوجب التعويض عما أصاب الموجب له من الضرر الناجم عنه. المادة ٩٤ ق. م. س. ولا شيء من هذا القبيل في العقود التمهيدية. (إن العقد التمهيدي

(٣٣) Carbonnier. Droit civil. les obligations. Tome IV Coll. Themis. P.U.F. 1985. p.268.

(٣٤) Aubert (J.L). notion et rôl de lacceptation dans la formation des contrats. th. paris. LGDG. 1970. p.24

لا يولد من الآثار القانونية إلا تلك التي ترمي إلى إنشاء شروط ملائمة لتحضير وإعداد العقد، وتسهيل تشكيل العقد المستقبلي)[٣٥].

٣ – العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد

على الرغم من وجود نقطة التقاء مشتركة بين الوعد والعقد التمهيدي وهي أن كليهما يشكل إحدى المراحل السابقة على إبرام العقد النهائي، فإن هناك اختلافاً واضحاً بينهما. فالوعد بالتعاقد هو قبل كل شيء، عقد تام وكامل ولا ينقصه سوى موافقة المستفيد. إنه عقد حددت فيه جميع العناصر اللازمة لانعقاده، واستوفى الشرائط الشكلية المطلوبة. وحسب الموعود له إبداء رغبته ليصبح المتعاقدان أمام اتفاق نهائي ملزم. أما العقد التمهيدي فليس من شروطه الاتفاق على المسائل الجوهرية. حتى وإن اتفق الأطراف على هذه المسائل فإن اتفاقهم ليس نهائياً، ويحتفظ كل منهما بإمكانية المساومة والأخذ والرد إلى أن يتم إبرام العقد النهائي. ومن هنا فإن جوهر الخلاف بينهما يتركز في نقطة أساسية وهي أن الوعد هو عقد كامل وملزم، في حين أن العقد التمهيدي هو عقد غير كامل وغير ملزم بإبرام العقد النهائي. فإذا تخلف الواعد عن تنفيذ وعده، جاز للموعود له أن يطلب من القضاء تنفيذ عقده الموعود به. أما لو تخلف المتعاقد في العقد التمهيدي عن احترام ما أبدى رغبته واستعداده لإبرامه أو التفاوض حوله، فإن المتعاقد لا يستطيع إلزام الطرف الآخر بتنفيذ عقده.

٤ – العقد التمهيدي والعقد النهائي

إن للعقد التمهيدي استقلاليته وسماته الخاصة المميزة عن العقد النهائي. فالعقد التمهيدي هو الاتفاق الكتابي أو الشفهي الذي يجري بين المرشحين للتعاقد بغية التحضير والإعداد للوصول إلى تحديد العناصر الجوهرية. والتحضير لا يعني في أي حال من الأحوال إعطاء الحياة للعقد، ولا تعني مطلقاً ولادة العقد النهائي. وإنما كل ما يعنيه هو وضع تصور تدريجي للعناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد النهائي. فالعقد التمهيدي لا يشكل في حد ذاته

(٣٥) Mousseron. (J.M). La dure dans la formation du contrat. Mélangs Jauffret. 1974. p.514.

ضمانة كافية، بل لا يستطيع بالتأكيد الوصول بالمتعاقدين إلى إبرام عقد نهائي منجز. إنه لا يولد التزاماً بإبرام العقد، حيث ما زال كثير من المسائل الجوهرية التي لم تحدد معالمها ومضمونها بشكل دقيق وكاف، وما زال على عاتق الأطراف عمل وجهد كبير، وطريق قد تطول أو تقصر لإنجاز العقد النهائي. إن العقد التمهيدي يتجه حصراً لمنح المفاوضات الشفهية والمكتوبة صفة تعاقدية، دون أي التزام بإبرام العقد النهائي. كما ولا يمكنه أن يؤدي إلى إلزام الطرف الذي عدل عن المفاوضة، بمتابعة التفاوض، لأن هذا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد. لذلك فإن الإخلال بالتزام في التفاوض يتحول إلى التزام بالتعويض البدلي عن التخلف.

على الرغم من هذا الاختلاف وهذه الاستقلالية التي يكتسبها العقد التمهيدي إزاء العقد النهائي، فإن ثمة روابط وصلات تظل قائمة بينهما وخصوصاً عندما يؤدي العقد التمهيدي إلى إبرام عقد نهائي، حيث يصبح ما تم الاتفاق عليه في إطار العقد التمهيدي جزءاً مكملاً ومفسراً لمضمون العقد النهائي.

الخلاصة

لو رسمنا خط سير للعملية التعاقدية بكاملها، لوجدنا أن العقد التمهيدي يأخذ موقعاً لاحقاً للدعوة البسيطة للتفاوض، وسابقاً للإيجاب النهائي البات. إنه اتفاق مبدئي لا يولد التزاماً بإبرام العقد النهائي، وإنما يقتصر أثره على وضع تصور تدريجي للعناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد النهائي، وذلك من خلال الالتزام بمتابعة التفاوض بحسن نية، وأمانة وصدق واستقامة. وباعتبار أن الالتزام بالتفاوض يخالف مبدأ حرية التعاقد، فإن التخلف عن متابعة التفاوض من دون سبب مشروع يعرض المتخلف للحكم بالتعويض، الذي يحل محل الالتزام بالمفاوضة، وذلك استناد إلى أحكام المسؤولية العقدية(٣٦).

بعد أن أوضحنا مفهوم العقد التمهيدي وطبيعته، بقي أن نعلم مدى ملاءمته مع الخطبة. هل هناك من تطابق بين المفهومين؟ وهل يوجد انسجام بينهما؟

(٣٦) مصطفى العوجي. القانون المدني. العقد. ج١. مؤسسة بحسون للنشر. ١٩٩٥. ص١٧٠.

٢ – الخطبة والعقد التمهيدي

إن الطبيعة الحقيقية للخطبة وما يترتب عليها من أحكام وآثار يجعلها تتفق وتنسجم مع ما يقوم عليه العقد التمهيدي من أسس ومفاهيم. ويظهر هذا التلاؤم والانسجام جلياً واضحاً من خلال أمرين اثنين هما: وحدة الطبيعة القانونية، ووحدة الآثار القانونية التي تترتب عليهما.

أ – وحدة الطبيعة القانونية

الخطبة كالعقد التمهيدي هي اتفاق رضائي، ومستقل، وغير كامل. نستنتج من ذلك أن النظام القانوني للعقد التمهيدي والخطبة يتسم بالخصائص المشتركة التالية:

١ – اتفاق رضائي ينشأ عن تلاقي إرادتين.

٢ – اتفاق غير كامل لا يشترط فيه تحديد العناصر الرئيسة اللازمة لإبرام العقد النهائي.

٣ – اتفاق مستقل عن العقد النهائي.

١ – اتفاق رضائي:

تعد الخطبة والعقد التمهيدي اتفاقاً مبنياً على تلاقي إرادتين. إذ لا يكفي لانعقادهما مجرد العرض أو الإيجاب، بل يجب أن يلاقي هذا العرض قبولاً ورضا من الطرف الآخر. فالتقدم لخطبة فتاة أو شاب ما هو في حقيقته إلا عبارة عن إيجاب بسيط قد يلقى قبولاً واستجابة، وربما لا يحظى بالقبول والموافقة. فإذا انتهى إلى الرفض، سقط الإيجاب، ونصبح حينئذ في حاجة إلى إيجاب جديد وقبول جديد لصحة إتمام العقد. أما إذا تكلل الإيجاب بالرضا والموافقة الصريحة، هنا وفي هذه الحالة، تتم الخطبة وتنعقد. وهذا ما أطلق عليه الدكتور فتحي الدريني الخطبة التامة(٣٧).

إن صحة الخطبة تستوجب الركون. أي الموافقة على الخطبة صراحة ودون تردد أو إرجاء. فالخطبة لا يمكن وجودها، أو تصور وجودها دون اتفاق إرادتين.

(٣٧) محمد فتحي الدريني، مرجع سابق. ص٦٨٥.

٢ – اتفاق غير كامل

من الخصائص الأساسية والمشتركة بين الخطبة والعقد التمهيدي هي أنهما اتفاق غير كامل. هذا يعني أنه ليس من اللازم لإتمامهما تحديد جميع العناصر الجوهرية التي من شأن الاتفاق عليها أن تنقلب الخطبة أو العقد التمهيدي إلى عقد نهائي منجز تام. إن الاتفاق على المهر والمسكن والحلي والجهاز لا يعد شرطاً لازماً لصحة الخطبة. وإذا كان الطرفان قد اتفقا على تحديدها، فإن اتفاقهما هذا غير ملزم لهما، ويمكنهما الرجوع عنه. إن كل طرف من طرفي الخطبة يحتفظ بكامل حريته في الأخذ والرد والمساومة لجميع عناصر عقدهم المستقبلي. فلا شيء حاسم، ولا شيء نهائي، وكل اتفاق قبل إبرام عقد الزواج لا يشكل قيداً على حريتهم هذه.

٣ – اتفاق مستقل

تشكل الخطبة والعقد التمهيدي اتفاقاً مستقلاً عن العقد النهائي ومنفصلاً عنه. فالزواج كغيره من العقود لا يشترط أن تسبقه اتفاقات ممهدة. فالخطبة ليست شرطاً لانعقاد الزواج ولزومه، ولا يمكنها أن تشكل ركناً من أركانه، ولا يمكنها أيضاً أن تكون جزءاً من ماهيته.

فهي من جهة، ليست جزءاً من عقد الزواج: إن عقد الزواج قادر على أن ينشيء بمفرده كامل آثاره القانونية والشرعية حتى وإن لم يسبقه أي خطبة، ومن جهة أخرى، إنها لا تشكل ركناً من أركان عقد الزواج، فلو كانت الخطبة كذلك لما انعقد الزواج من دونها. فمن يخالف شروط الخطبة ويعقد الخطبة على امرأة معتدة، فإن هذا لا يؤثر في صحة الزواج ما دام الزواج قد تم انعقاده بعد مضي العدة، وذلك لتوافر شروطه وأركانه الخاصة به، والمتميزة عن أحكام الخطبة. وأخيراً، إنها لا تعد شرطاً من شروط صحة الزواج، لأن في حال تخلف أحد شروط الصحة فإن ذلك يستوجب فسخ العقد. ولو كان الشرط فاسداً كما لو تمت الخطبة على محرم، لما صح العقد أيضاً.

فالخطبة إذن ليست ملازمة لعقد الزواج، ولا عنصراً من عناصره، ولا ركناً من أركانه، إنما هي اتفاق مستقل وله مقوماته الخاصة به.

ب – وحدة الآثار القانونية

تلتقي الخطبة مع العقد التمهيدي من حيث الآثار القانونية التي تترتب عليهما: فهما لا ينشآن التزاماً بإبرام العقد النهائي، وإنما يقتصر أثرهما على الالتزام بالإعداد والتهيئة للعقد النهائي.

١ – عدم الالتزام بإبرام العقد النهائي

الخطبة والعقد التمهيدي لا يشكلان اتفاقاً ملزماً بإبرام العقد النهائي، لا إلزام في الخطبة، كما لا إلزام في العقد التمهيدي. إن العدول عن الخطبة والرجوع عنها هو حق طبيعي وتعترف به الشريعة الإسلامية لكلا الخاطبين، ولا أحد يستطيع إنكاره أو انتزاعه منهما. فالخطبة ليست أداة إلزام بالزواج. إن إلزامية الخطبة تعني الإخلال بركن أساسي وجوهري من أركان عقد الزواج وهو الرضا والتراضي. فلو كانت الخطبة ملزمة لفقد عقد الزواج نفسه مشروعيته، وأساس انعقاده، ويصبح العقد النهائي باطلاً ولما أنتج آثاره الشرعية والقانونية.

٢ – الالتزام بالتهيئة للعقد النهائي

إن المهمة الأساسية للعقد التمهيدي والخطبة تتجسد في الالتزام بالتحضير والإعداد والتهيئة للعقد النهائي. إن أهمية عقد الزواج، وعظم شأنه، وخطورة الآثار التي يرتبها الشرع والقانون عليه تستدعي ضرورة وجود مفاوضات في المطالب والرغبات، وأخذ وعطاء وأسئلة واستفسارات، فكانت الخطبة تلك الأداة والوسيلة الممهدة لعقد الزواج[٣٨]، والتي يمكنها بحكم طبيعتها وتكييفها الشرعي أن تؤدي هذا الدور الحيوي والمهم.

فمنذ لحظة إتمام الخطبة، وركون كل من طرفي الخطبة للطرف الآخر، يترتب على كل من الخاطب والمخطوبة الالتزام بعدم العدول أو الرجوع عنها دون عذر مقبول. حيث ينبغي عليهما السعي بجدية وصدق وأمانة وشرف وإخلاص لكي تحقق هذه المرحلة غاياتها الشرعية وحكمة تشريعها وجوهره

(٣٨) محمد فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٦٦٧.

كي تكون الخطبة حقاً خير وسيلة لخير زواج. فالخطبة هي الأداة الشرعية التي تسهم في تأمين قيام الحياة الزوجية لا على المصادفة العمياء والاختيار السريع الأرعن، بل على أسس ثابتة متينة قوية، وذلك حتى يرقى هذا الزواج إلى تحقيق آثاره الجليلة.

ولعل من أهم صور الالتزام بالإعداد والتهيئة لعقد الزواج، الالتزام بتنفيذ جميع الإجراءات الشكلية الممهدة لعقد الزواج. إن حرص المشرع السوري على عدم قيام الأفراد بالتلاعب في أهم وأقدس عقد يجريه المرء خلال حياته، وحرصه الشديد على ضمان الزواج وسلامته وترتيب آثاره، دفعه إلى إلزام الخاطبين بالقيام، خلال فترة الخطبة، بسلسلة من الإجراءات القانونية الممهدة لعقد الزواج، والتي من دونها لا يمكن لهذا العقد أن يستكمل أسباب انعقاده. ومن هذه الإجراءات نذكر ما يلي:

- صورة مصدقة عن قيد نفوس الطرفين وأحوالهما الشخصية.
- شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية، وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره.
- رخصة بالزواج للعسكريين لمن في سن الجندية الإجبارية.
- موافقة مديرية الأمن العام إذا كان أحد الزوجين أجنبياً.

كما أوجبت المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية على الخاطب أن يتقدم بطلب الزواج لقاضي المنطقة مع شهادة من مختار المحلة وعرفائها باسم كل من الخاطب والمخطوبة وسنه ومحل إقامته واسم وليه، وإنه لا يمنع من هذا الزواج مانع شرعي.

إن استيفاء هذه الإجراءات وتقديم هذه الوثائق والبيانات تمثل في حقيقتها التزاماً يرتبه القانون على عاتق كل من الخاطب والمخطوبة للقيام بها واستيفائها أثناء الخطبة وقبل إبرام عقد الزواج. فلا يكفي لإبرام عقد الزواج أن يأتي كلا الخاطبين أمام القاضي الشرعي للإعلان عن رغبتهما المشتركة في الزواج. حيث يمتنع على القاضي إبرام الزواج قبل التأكد من قيام الخاطبين باستكمال جميع

الوثائق والأوراق الرسمية المطلوبة وتقديمها. وهذا ما تؤكده المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية. حين قالت: يأذن القاضي بإجراء العقد فوراً **بعد استكمال هذه الوثائق**.. وله عند الاشتباه تأخيره لإعلانه مدة عشرة أيام والقاضي يختار طريقة الإعلان.

وهكذا تلتقي طبيعة الخطبة مع طبيعة العقد التمهيدي، فالخطبة في ثوبها الجديد تشكل عقداً تمهيدياً. ولا شك في أنه يترتب على هذه الرؤية الجديدة آثار قانونية مهمة سنحاول عرضها في الفقرة التالية:

ثانياً – الآثار القانونية الناجمة عن اعتبار الخطبة عقداً تمهيدياً

إن اعتبار الخطبة عقداً تمهيدياً يعني انقلاباً في قوام البنية الأساسية التي قامت عليها الخطبة خلال السنين الطويلة الماضية. ولا شك في أن هذا التغير الجذري في طبيعة الخطبة سيرافقه تغيرات مهمة على صعيد الآثار القانونية التي تحكم الخطبة بمفهومها الجديد. بعض هذه التغيرات يتعلق بالقواعد الموضوعية، وبعضها الآخر بقواعد الأصول والإجراءات.

١ – الآثار الموضوعية

قولنا بأن الخطبة عقد يعني أن من شأنها توليد وإنشاء التزامات ذات صفة تعاقدية يؤدي الإخلال بها إلى إعمال أحكام المسؤولية العقدية. لكن يجب ألا يذهب التصور بعيداً عن الأذهان والاعتقاد بضرورة إخضاع الخطبة لجميع القواعد والأحكام التي تسري على العقود بوجه عام. لقد ذكرنا مراراً وتكراراً أن الخطبة هي عقد ولكن ليست عقداً عادياً، وإنما هي عقد تمهيدي غايته الأساسية الإعداد والتحضير لعقد الزواج. وبوصفها كذلك، لا بد من الاعتراف بجملة من الأحكام الاستثنائية الخاصة بهذا المفهوم القانوني، والتي تعد خروجاً ضرورياً عن القواعد العامة للمسؤولية العقدية. وتبدو هذه الخصوصية في الأحكام واضحة من خلال طبيعة المسؤولية التي تترتب على الخطبة، ومن خلال الشرائط الواجب توافرها عند الإخلال بهذه المسؤولية. فما تلك الطبيعة؟ وما هذه الشروط؟

أ – طبيعة المسؤولية

لقد أصبح واضحاً لدينا الآن أن الخطبة تمثل مرحلة متطورة بين الخاطبين، فهي مرحلة تتجاوز مرحلة التفاوض العادي والتفكير المجرد، وتدخل في مجال البدء في الجدية والحسم. إنها اتفاق الطرفين على التفاوض بحسن نية وجدية واستقامة لتهيئة إبرام الزواج وإعداده. فالخطبة إذن تمثل آلية شرعية وقانونية ينجم عن إتمامها وانعقادها التزامات تتناسب وطبيعة هذه المرحلة وغايتها.

والالتزام الرئيس والجوهري الذي يترتب على الخاطب والمخطوبة يتمثل في أن يسعى كل منهما على العمل بحسن نية وجدية واستقامة وأمانة للإعداد والتحضير والتهيئة لإبرام عقد الزواج. فلا الحفاظ على وثائق الخطبة، ولا الالتزام بإبرام عقد الزواج يشكلان غاية في ذاتهما. إن كل ما هو مطلوب من الخاطبين هو ألا يكون فسخ الخطبة بإرادة منفردة ناجما عن سوء نية أو عدم جدية وإخلاص في التعامل، أو عدم وجود أسباب مقبولة تبرر العدول المنفرد عن الخطبة. فإذا كان النكول عن الخطبة راجعاً إلى أحد هذه الأسباب، أصبح العادل عن الخطبة مسؤولاً بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالطرف الآخر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية.

ب – شروط المسؤولية

تتطلب مسؤولية الناكل عن الخطبة تحقق شرائط ثلاثة وهي: الخطأ العقدي، والضرر، والعلاقة السببية بينهما.

(١) الخطأ العقدي

يتمثل الخطأ العقدي في صورة عدم احترام طرفي الخطبة لما يترتب على الخطبة من التزام بالإعداد والتهيئة والتحضير لعقد الزواج.

وعلى ذلك نكون بصدد خطأ عقدي، عندما لا يبدي الخاطب تعاوناً جدياً وأميناً وشريفاً وصادقاً من أجل التهيئة والإعداد لإبرام عقد الزواج، أو كما لو أبدى الناكل رعونة وطيشاً واستخفافاً، أو كما لو لم يكن لدى الناكل أعذار

مبررة ومقبولة وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في التعامل. في هذه الحالة، يخضع العادل عن الخطبة إلى أحكام المسؤولية العقدية.

وتنبغي الإشارة إلى أن مسؤولية العدول عن الخطبة لا تقوم بسبب عدم إبرام عقد الزواج. لأن الخطبة لا تلزم بالزواج. إنما منشأها هو عدم احترام الالتزامات التي تتولد عن اتفاق الخطبة. لكن كيف يمكن لنا أن نعرف متى تعد تصرفات العادل منسجمة مع ما تفرضه طبيعة الخطبة من التزامات؟ هل هناك من معيار فاصل يمكن الرجوع إليه أو الاستهداء به لتقدير ومعرفة مدى الخطأ الذي ارتكبه الناكل ودرجته؟

في الحقيقة يوجد نوعان من الضوابط التي تساعد القاضي في تحديد درجة الخطأ وجسامته وهما، المقياس الموضوعي، والمقياس الشرعي.

أما المعيار الموضوعي: وهو يمثل سلوك الرجل العادي. أي الرجل المعتني المجتهد، الوسط الشاعر بمسؤوليته. إن خطأ العادل عن الخطبة ليس مفترضاً ولا يمكن أن يكون كذلك، لأن الخطبة لا تولد سوى التزام بوسيلة، فهي وكما نعلم لا تلزم بإبرام عقد الزواج، ومن ثم فإنه لا يمكن استخلاص خطئه من عدم إبرام الزواج، بل لا بد من الرجوع إلى تصرفاته ومقارنتها وسلوك الرجل المعتاد وإجراء موازنة بين ما فعله وما كان يجب عليه أن يفعله، وذلك لإصدار حكم حول سلوكه وتصرفاته[٣٩].

ويجب على هذا الحكم أيضاً، أن يأخذ بعين الاعتبار ما جاءت به شريعتنا الإسلامية من أوامر ونواهي. فالمعيار الشرعي في تحديد خطأ الخاطب وتقديره ضروري وواجب تقتضيه طبيعة الخطبة باعتبارها عقداً ممهداً للزواج الذي تحكمه الشريعة الإسلامية. وهذه الشرعة كغيرها من الأنظمة التشريعية تأبى أن تحمي من يخالف أحكامها، وترفض أن تتخذ ذريعة لحماية من يخرق ويخرج على أحكامها. فلو رضيت المخطوبة لنفسها التساهل والاستخفاف بهذه

(٣٩) سليمان أيوب. مفهوم الخطأ في المسؤولية التعاقدية في الشريعة الإسلامية والقانونين اللبناني والفرنسي. الجامعة اللبنانية، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٢١.

الشريعة الغراء، وقبلت هي وأهلها إنشاء علاقة وصلات لا يقبلها هذا التشريع العظيم، فرضيت لنفسها اللهو والسمر والاختلاء مع خطيبها، لا يمكنها أن تأتي بعد كل هذه المخالفات والأخطاء وتطالب بالتعويض عن الأضرار التي أسهمت هي في ارتكابها عن طريق مخالفة أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية.

٢ – الضرر

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية ارتكاب الناكل عن الخطبة خطأً عقدياً، بل لا بد إضافة إلى ذلك، أن ينجم عن قطع الخطبة من طرف واحد ضرر بالغ جسيم. فالخطأ وحده لا يعد في ذاته ركناً كافياً لإعمال أحكام المسؤولية العقدية، وإنما يجب أن يلحق بالطرف الآخر ضرر جسيم بالغ. ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً. فالمادة ٢٢٣ ق. م. س. تجيز امتداد التعويض ليشمل الضرر الأدبي إضافة إلى التعويض عن الضرر المادي. في الواقع، إن من الآلام والمتاعب النفسية التي تصيب الطرف المتضرر بسبب العدول عن الخطبة، ما يفوق ضرراً وأذية وإزعاجاً أي ضرر مادي جسيم. فقد يؤدي الفسخ الأرعن والطائش، وغير القائم على مبررات جدية، إلى إصابة الفتاة أو الشاب بأزمات إن لم نقل بأمراض وعلل نفسية يصعب شفاؤها بسبب خيبة الأمل والإحباط واليأس الذي خلفه العدول عن الخطبة.

على كل حال، إن طبيعة الخطبة غير الملزمة تقتضي تقييد التعويض عن الأضرار المادية والأدبية عن طريق إخضاعه إلى ضوابط موضوعية. هذا يعني أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي إلا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث لا يمكن للشخص العادي الذي مر بالظروف والمواقف ذاتها، ويتمتع بالإمكانات والقدرات النفسية والخلقية ذاتها، أن يتحمل مثل ذلك الضرر الذي نجم عن فسخ الخطبة. إن العدول عن الخطبة هو حق طبيعي، وهو أمر ينبغي أن يكون في الحسبان ومتوقعاً من الخاطبين عند إبرامها، ومن الطبيعي إذن أن ينجم عن قطع الخطبة شيء من الآلام والمتاعب والمعاناة وشيء من القيل والقال. ومن الطبيعي كذلك أن يترتب على الخطبة بعض النفقات المادية المألوفة التي درج الناس واعتادوا على إنفاقها، كالنفقات التي تقتضيها قواعد

اللياقة وآداب التعامل الاجتماعي. كتقديم الأزهار، والدعوة إلى وجبات الطعام. إن الخطبة بحكم طبيعتها تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والأدبية المألوفة.

وغالباً ما يؤدي العدول عن الخطبة إلى تفويت فرص كثيرة، كتفويت فرصة التقدم للامتحان، أو تفويت فرصة السفر، أو تفويت فرصة العمل، أو تفويت فرصة الزواج من شاب أو فتاة أخرى. إن فوات الفرصة يشكل نوعاً من أنواع الضرر الذي يجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم بالتعويض. ولا شيء في القانون يمنع من التعويض عما فات المتضرر من كسب. لكن يتعين على القاضي التأكد من أن الفرصة محققة الوقوع وليست مجرد احتمال أو أمنية بعيدة المنال.

في جميع الأحوال، لا يمكن قصر نطاق طلب التعويض على المرأة دون الرجل. فالتفريق الذي أجراه بعض الفقه[٤٠] بين الرجل والمرأة في مجال إمكانية طلب التعويض، يفتقد إلى المبررات الشرعية والعملية: فعندما قررت الشريعة الإسلامية أن لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يجب أن يزال، لم تقم وزناً، ولم تأخذ بعين الاعتبار جنس المضرور، ولم تميز بين الرجل والمرأة. ومن ناحية أخرى، تثبت الحياة العملية والقضائية أن كلاً من الرجل والمرأة يمكن أن يكون ضحية للآخر، وعرضة لظلمه وطيشه ورعونة تصرفاته.

السؤال الأخير الذي يخطر في البال، هو هل للقاضي السلطة المطلقة في تحديد مقدار التعويض أم أن سلطته مقيدة؟

تقضي القواعد العامة أن يتناسب مقدار التعويض والضرر الذي لحق بالمضرور. إلا أن إطلاق إعمال هذه القاعدة على الخطبة يؤدي إلى خرق لطبيعتها وتكييفها الفقهي. فالخطبة باعتبارها عقداً تمهيدياً ومهيئاً لعقد الزواج، تقضي بوجوب تطبيق ما يسري على هذا الأخير من قوانين على العقد الذي يمهد لإبرامه. إن قانون الأحوال الشخصية هو القانون الذي يحكم عقد الزواج،

(٤٠) أبو العينين الدنون. أحكام الزواج والطلاق في الإسلام. بحث تحليلي، دراسة مقارنة، دار المعارف، ط٣، ص٥٥.

وهو الذي يجب أن يحكم العقد الممهد لعقد الزواج. ومن هنا يمكن القول بضرورة المساواة في المعاملة القانونية بين الناكل عن الخطبة والمطلق، أي (لا يجوز الحكم بالتعويض عن فسخ الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها يترتب عليه دفع نصف المهر لزوجته)[٤١]. فلا العدل ولا المنطق القانوني السليم يقبلان بأن يدفع الناكل عن الخطبة أكثر مما يرتبه القانون على من يطلق زوجته قبل الخلوة والدخول. إن ترك مسألة تقدير التعويض للقاضي ودون أي ضابط أو معيار يمكنه الاستهداء به، قد يؤدي إلى المغالاة والتعسف سواء من قبل القاضي، أو من قبل المتقاضين، مما يفسد في المحصلة طبيعة الخطبة وغايتها والحكمة من تشريعها.

٣ – العلاقة السببية

ويجب أخيراً أن نشير إلى أن تطبيق أحكام المسؤولية العقدية يستلزم، إضافة إلى توافر عنصري الخطأ والضرر، تحقق الركن الثالث وهو العلاقة السببية بين الخطأ والضرر. أي أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الناكل. أما إذا كان الضرر ناجماً عن فعل المتضرر نفسه، هنا في هذه الحالة، إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن الناكل، أو أن توزع المسؤولية بين طرفي الخطبة. ومن الجدير بالذكر أيضاً أنه إذا كان فسخ الخطبة راجعاً لآفة سماوية (قوة قاهرة)، أو أمر السلطان (ظرف طارئ) فلا مسؤولية عندها.

٢ – الآثار الإجرائية

يترتب على اعتبار الخطبة عقداً تمهيدياً، آثار قانونية مهمة على صعيد قواعد أصول المحاكمات المدنية، وبخاصة فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم، وقواعد الإثبات.

(٤١) عبدالرحمن الصابوني. شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٥٣.

أ – بالنسبة إلى قواعد الاختصاص

تثير الخطبة بمفهومها الحالي، أي باعتبارها وعداً وليست عقداً مشكلة قانونية تتعلق بتحديد المحكمة المختصة للبت في المنازعات التي تنشأ عنها، حيث لا يوجد مرجع قضائي موحد للبت في المنازعات الناجمة عنها، وإنما يتوزع الاختصاص بشأنها بين القضاء المدني والقضاء الشرعي، وذلك حسب نوع النزاع الناجم عن الخطبة. فقد يكون النزاع متعلقاً بالمهر والجهاز، أو بالهدايا، أو بالتعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة.

فإذا كان النزاع متعلقاً بالمهر والجهاز، كان البت فيها من اختصاص القضاء الشرعي، وذلك وفقاً لنص الفقرة ج من المادة ٥٣٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تقضي بما يلي: «تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين وتشمل..... المهر والجهاز». لكن وعلى الرغم من وضوح هذا النص فإن موقف الاجتهاد القضائي لم يكن موحداً. فقد ذهب في بعض قراراته إلى التأكيد بأن المنازعات المتعلقة بقضايا المهر والجهاز هي من اختصاص القضاء الشرعي. حيث ذهبت الغرفة الشرعية في محكمة النقض في أحد قراراتها إلى اعتبار «أن ما يدفع من الخاطب باسم المهر يسمى مهراً ولو لم يتم عقد النكاح وينعقد الاختصاص للمحاكم الشرعية»[٤٢].

وفي أحكام أخرى، ذهبت محكمة النقض في الاتجاه المعاكس، حيث قررت «إذا لم يجر عقد بين الطرفين لا يسمى ما قدمه الخاطب من مال جهازاً ولا تكون المحكمة الشرعية مرجعاً لمقاضاة الطرفين عليه»[٤٣].

وجاء في قرار آخر «إن الخلاف حول الجهاز يعتبر خلافاً مدنياً إذا تم بين الزوجة وأهل الزوج، وشرعياً إذا تم بينهما وبين الزوج نفسه»[٤٤].

---

(٤٢) نقض. الغرفة الشرعية. ٣٦٠، تاريخ ١٩٦٩/٩/٣٠، مجلة القانون، ١٩٧٠، ص١٠٥.

(٤٣) نقض. الغرفة المدنية. ١٢٧٢/١٧٦. تاريخ ١٩٦٥/٢/٧، مجموعة القواعد القانونية، ص٣٣٤، قاعدة ٦٤٦. ونقض. الغرفة الشرعية. ٣٨٢/٣٨٤. تاريخ ١٩٧٠/١٠/٥. مجموعة القواعد القانونية. ص٥٠٨، قاعدة ١٠١٥.

(٤٤) نقض شرعي، ٥٦٢ تاريخ ١٩٧٥/١١/٥. المحامون، ١٩٧٦، عدد ٤، ص١٤٠.

في جميع الأحوال تبقى مشكلة تحديد المحكمة المختصة للبت في قضايا المهر والجهاز قائمة، ويمكن للأطراف إثارتها عندما تقتضي مصالحهم ذلك. إذ يكفي لصاحب المصلحة الادعاء بأن المبالغ المدفوعة، أو الأشياء المسلمة إلى المخطوبة قبل عقد الزواج لم تكن على سبيل المهر أو الجهاز ليتمكن، من ثم من نزع الاختصاص من المحاكم الشرعية وجعل القضاء المدني مختصاً للبت في موضوع الدعوى. وهذا ما أكده قضاء النقض في أحد قراراته حين قال: «لئن كانت قضايا المهر والجهاز من اختصاص المحكمة الشرعية فإنه يجب قبل الحكم بقيمة الحلي المقدمة معرفة ما إذا كانت قدمت على سبيل الهدية أم لحساب المهر لعلاقة هذا البحث في الاختصاص»(٤٥).

أما إذا كان النزاع متعلقاً بالهدايا التي يقدمها الخاطب أثناء فترة الخطبة، فلا خلاف على أن القضاء المدني هو صاحب الولاية والاختصاص للفصل في هذه النزاعات. وكذلك الحال بالنسبة للخلافات المتعلقة بالتعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة. إن اعتبار القضاء المدني مختصاً في قضايا التعويض عن الضرر الناشئ بسبب الرجوع عن الخطبة لم يرض حتى أولئك الذين اعتبروا الخطبة وعداً بالتعاقد. فقد حاول بعض الفقهاء البحث عن مخرج قانوني لجعل القضاء الشرعي صاحب الاختصاص للبت في قضايا التعويض بسبب النكول عن الخطبة. حيث رأى الدكتور عبدالرحمن الصابوني: أن الاختصاص في دعوى التعويض للعدول عن الخطبة، يجب أن يعطى للمحاكم الشرعية بنص خاص لأن القانون الذي يحكم العقد هو قانون الأحوال الشخصية، والخطبة هنا مقدمة لعقد الزواج فيجب أن يحكمها قانون عقد الزواج(٤٦).

ولتجنب جميع هذه المشكلات التي تثيرها الخطبة بمفهومها السائد حالياً، كان لا بد من إيجاد حل قانوني وفقهي مناسب، وذلك لتوحيد المرجع القضائي المختص للبت في المنازعات الناشئة عن فسخ الخطبة. ولعل هذا الحل يكمن في

(٤٥) نقض شرعي، ٢٢٠ تاريخ ٢٣/٥/١٩٥٤. مجلة القانون، ١٩٥٤، ص٢١٠.
(٤٦) عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٥٣.

ضرورة اعتبار الخطبة عقداً تمهيدياً. إن تبني مفهوم العقد التمهيدي في مجال الخطبة يعطي لمحاكم الأحوال الشخصية الأساس والمسوغ الفقهي والقانون الكافي لبسط سلطتها على عقد الخطبة، وعلى كل ما ينشأ عنه من نزاعات وخلافات. فالخطبة هي عقد ممهد ومهيئ لعقد الزواج، وباعتبارها كذلك، فالمنطق القانوني السليم يقضي بأن ما يسري على عقد الزواج من أحكام وأصول وإجراءات يجب أن يحكم أيضاً العقد الذي يمهد له، ويعد له الطريق للانعقاد. أي أن اختصاص القضاء الشرعي يجب أن يمتد ويتسع ليحكم عقد الزواج في جميع مراحله، منذ لحظة إعداده والتحضير لانعقاده، وحتى ساعة انحلاله. فالقاضي الشرعي هو قاضي الأسرة وأحوالها الشخصية، وهو على صلة واحتكاك يومي ومباشر مع الأسرة بكل ما لديها من طموحات ورغبات ومشكلات، وكل ما يحكمها من عادات وتقاليد وأعراف، فهو، من ثم القاضي الأكثر خبرة والأكثر كفاءة في التعامل، وفي فهم النزاعات وحلها التي تنشأ بين أفراد الأسرة.

ب – إثبات عقد الخطبة

يعد إثبات الخطبة مسألة في غاية الضرورة والأهمية، وخصوصاً عندما تستند المطالبة بالتعويض إلى مجرد العدول، أو بمعنى أدق إلى مجرد الإخلال بالالتزامات العقدية المترتبة على اتفاق الخطبة. في هذه الحالة لا خيار أمام المضرور سوى أن يثبت أولاً وقبل أي شيء آخر اتفاق الخطبة. فإذا تمكن من إثبات ذلك أصبح النقاش حول التعويض بسبب العدول عن الخطبة ممكناً. أما إذا لم يتمكن من إثبات عقد الخطبة، أو إذا استطاع المدعى عليه نفي وجود اتفاق الخطبة، لم يعد باستطاعة المدعي الحصول على تعويض عن مجرد فسخ الخطبة. والقول بعدم ضرورة إثبات الخطبة يعني في حالة العدول المجرد، فقدان المسوغ القانوني الذي تستند إليه المطالبة القضائية. حيث لا يمكن للقاضي الحكم بالتعويض عن مجرد العدول إذا لم يتمكن المضرور من أن يثبت أولاً اتفاق الخطبة.

ولكن كيف يتم إثبات عقد الخطبة؟

إن طبيعة العلاقة القائمة بين الخاطب والمخطوبة، وما تتسم به من شفافية وحساسية مفرطة، تقضي بعدم إمكانية إخضاع اتفاق الخطبة إلى القواعد العامة التي تأمر بإنشاء عقد مكتوب. ولنتصور معاً الحالة النفسية للخاطب والمخطوبة في مرحلة ما قبل إبرام عقد الزواج، إن جل هم كل طرف من هذه العلاقة هو جذب الطرف الآخر واستحبابه، وإقامة علاقة بيضاء ناصعة خالية من أي تعكير. من هنا فالعلاقة خلال هذه المرحلة من الحياة التعاقدية تقوم على الثقة المتبادلة والأمانة وليس على الكتابة. كما أن إجراء اتفاق مكتوب للخطبة يعد أمراً غير متعارف عليه، وغير شائع بين الناس. ومن ثم فإن اشتراط إبرام اتفاق خطي في هذه المرحلة الدقيقة سيؤدي إلى مخالفة ما هو سائد بين أفراد المجتمع، وخرق القاعدة الفقهية التي تقول بأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. إن الخطبة تشكل مانعاً أدبياً يمنع الالتزام بإنشاء عقد كتابي.

الخاتمة

وفي نهاية المطاف لا بد من وقفة الختام لنقول فيها: إن معادلة (الخطبة = الوعد بالتعاقد) التي جعل منها الفقه الإسلامي قاعدة أساسية عامة بنى عليها طبيعة الخطبة ورتب عليها آثارها الفقهية والقانونية، يشوبها اليوم كثير من الغموض وعدم الدقة والوضوح، وأصبحت تحتاج إلى إعادة نظر وتصويب، ودراسة على أسس جديدة تتفق ودورها الحقيقي، وحكمتها وغايتها التشريعية.

الخطبة في ثوبها الفقهي الجديد ليست وعداً بالتعاقد، وإنما عقد تمهيدي. فالخطبة والوعد بالتعاقد لا يشكلان وجهين لعملة واحدة، بل إنهما مفهومان مختلفان في الشكل والمضمون. إن الخطبة وما لها من أحكام خاصة، وطريقة انعقاد خاصة وقوة إلزامية خاصة، وما ينشأ عنها من التزامات خاصة، يجعل منها مفهوماً متميزاً وله دوره الخاص، وحكمته وغايته التشريعية الخاصة، وطبيعته الفقهية الخاصة والمختلفة عن الوعد بالتعاقد.

إن تبني مفهوم العقد التمهيدي كأساس تقوم عليه الخطبة سينشيء نمطاً جديداً في العلاقات والروابط القانونية بين الخاطب والمخطوبة. فالخطبة في حلتها الجديدة هي اتفاق رضائي لا ينعقد إلا بتلاقي إرادتين بهدف الإعداد والتمهيد والتهيئة لعقد الزواج المستقبلي، الذي قد يبرم أو ربما لا يبرم. وإذا كانت الخطبة لا تنشيء التزاماً بالزواج وأن العدول عنها حق شرعي لا يمكن لأحد إنكاره، إلا أنها وبحكم غايتها ودورها الشرعي، ترتب التزاماً بمواصلة التفاوض من أجل الإعداد والتهيئة لعقد الزواج. ومن ثم فإن مجرد عدم الوفاء بهذا الالتزام أو الإخلال به يستوجب مسؤولية الناكل عن الخطبة بالتعويض. وذلك استناد إلى أحكام المسؤولية العقدية. حيث ينقلب هذا الالتزام من حالة التنفيذ العيني لاستحالته (الخطبة لا تلزم بالزواج) إلى حالة التنفيذ البدلي بالتعويض.

لقد كان حرصنا شديداً للوصول بهذه الدراسة إلى الكمال في الصنعة، ودقة الإتقان في الحجة والبيان. لكن هل بلغنا ما ننشده؟؟؟ أملنا كبير في أن تكون هذه الرؤية الفقهية الجديدة الدعامة الأولى في بناء طور فقهي جديد يحكم الخطبة وما يترتب عليها من آثار فقهية وقانونية.