**الرافدين للحقوق مجلد** (٣/السنة العاشرة) **عدد**(٢٦) **سنة** (٢٠٠٥)
[ص١٨٣-ص٢٤٦]

# الطبيعة القانونية للخطبة
## دراسة مقارنة

د. عز الدين مرزا ناصر
دكتوراه قانون خاص
المعهد التقني / الموصل

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن دعى بدعوته وسار على نهجه إلى يوم الدين...وبعد...

يعد عقد الزواج من أجل العقود وأعظمها شاناً وقد سماه الله لذلك ميثاقاً غليظاً، وجعله رابطاً مقدساً، ولذا فقد أحاطه بالرعاية التامة في مراحله المختلفة، فمنذ أن يكون خاطراً في الذهن ومروراً بمرحلة الخطبة إلى انعقاده وقيامه في الواقع، وكذلك حالة انحلاله وانتهائه. كما ميزه من غيره من العقود بأن جعل له مقدمتين ضرورتين، وهاتان المقدمتان هما: التخيير والخطبة . ففي مرحلة التخيير أباح الإسلام للخاطب أن ينظر إلى مخطوبته إذا كان إنما ينظر إليها لخطبة.أما المقدمة الثانية – مجال بحثنا – وهي الخطبة، التي تستمد أهميتها من كونها مرحلة سابقة على عقد الزواج ومقدمه من مقدماته. ففي الخطبة يمكن تجنب عاقبة التسرع في الإقدام على الارتباط بالزواج، وبذلك تكون حياة الزوجين أكثر استقراراً، كما أنها تهيئ الظروف لإطلاع طرفي الخطبة عما قد يكون هناك من تنافر في الطباع بين الطرفين من عدمه فضلاً عن إتاحة الفرصة للكشف عما قد يكون من موانع تمنع ارتباط طرفي الخطبة بالزواج مستقبلاً. ونظراً لأهمية هذا الموضوع ووجود أسباب أخر دعتنا لاختياره منها، تقييم التشريع إذ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يعالج الخطبة من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليها بما

يتناسب مع أهميتها، كمقدمة لأجل العقود شاناً. فضلاً عما ذهب إليه معظم الفقهاء، إن لم نقل كلهم إلى عد الخطبة وعداً غير ملزم للزواج. إن هذا التكييف يتطلب إعادة نظر وفق منظور جديد يتناسب مع طبيعتها الحقيقية لأن الخطبة والوعد بالتعاقد مفهومان مختلفان شكلاً ومضموناً عن بعضهما. كما سيتضح لنا من خلال هذه الدراسة.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وجوب الخطبة، فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داؤد الظاهري – شيخ ابن حزم الظاهري الأندلسي– هي واجِبة،– "ووافقهم من الشافعية أبو عوانة وترجم في صحيحه" باب وجوب الخطبة عند العقد"[1] وسبب الخلاف هل يحمل فعل النبي صلى الله عليه وسلم على الوجوب أو على الندب[2]. " فعن سهل بن سعد الساعدي رض الله عنه قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه ثم طأطأ رسول الله رأسه فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها جلست، فقام رجل من الصحابة فقال: يا رسول الله إن لم تكن لك بها حاجة فزوجنيها فقال: "فهل عندك من شيء؟" فقال: لا والله يا رسول الله ...". وقد دل الحديث على مسائل عديدة ... التاسعة: أنها لا تجب الخطبة للعقد

(1) الإمام محمد إسماعيل الصنعاني، شرح سبل السلام من جمع أدلة الأحكام، ٣، ط١، مكتبة الصفا، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٣٢.

(2) الإمام محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، ط٦ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٨٢، ص٣ .

لأنها لم تذكر في شيء من طرق الحديث وتقدم أن الظاهرية تقول بوجوبها وهذا يرد قولهم"[1].

يعد معظم الفقه الإسلامي والفقه القانوني الخطبة وعداً غير ملزم بالزواج. فقد ذكر أحد الفقهاء أن الخطبة ليست أكثر من وعد بالتزوج[2]. وقال فقيه أخر أن "الخطبة ليس عقداً، وإنما هي مجرد وعد بالزواج، وهذا الوعد ليس ملزماً– من الناحية القضائية –لأي من الطرفين بإمضاء العقد. بل أن لكل طرف منهما العدول عنها متى شاء، سواء كان ذلك بسبب أو بدونه "[3]. وذكر فقيه أخر أن " الخطبة: وعد بالزواج وفق الضوابط الشرعية والعرفية ولا تسري عليها أحكام العقد"[4]. حيث يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري "الخطبة، أو الوعد بالزواج ليست عقداً ملزماً لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج من شخص معين ، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام"[5].

---

(1) الإمام محمد إسماعيل الصنعاني، مصدر سابق، ص١٣٤-١٣٧، الحديث مع شرحه ولم نذكر الحديث بالكامل تجنباً للإسهاب.

(2) الإمام محمود شلتوت ، الفتاوى ، ط٨ ، دار الشروق ، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٢٥٥ .

(3) د. احمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١ ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٣٩ .

(4) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مقترحات لتعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، بحث منشور في مجلة
كلية صدام للحقوق، المجلد ٥ ، العدد ٧ ،آذار ٢٠٠١،جامعة صدام، بغداد، ٢٠٠١، ص٦.

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص٢٥٥ .

يتضح مما تقدم أن الفقهاء عندما كيفوا الخطبة عدوها وعداً بالزواج ومساوية له ورتبوا الآثار القانونية والشرعية على هذا التكييف.

أما فيما يتعلق باسترداد الهدايا التي يقدمها أحد الخطيبين للأخر بسبب العدول عن الخطبة، فقد عالجتها الفقرة (٣) من المادة (١٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ التي تنص على أنه "تسري على الهدايا أحكام الهبة" وبالرجوع إلى أحكام الهبة في القانون المدني العراقي نجد أنه قد نظم كيفية استرداد الهدايا التي تقدم في الخطبة بعد العدول عنها والذي ينص على أن "الهبات والهدايا التي تقدم من أحد الخطيبين للأخر، أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معاً ، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائماً وممكناً رده بالذات"[١]. وعليه فانه يحق للمهدي استرداد الهدايا إذا كانت قائمة بعينها فان هلكت أو استهلكت فليس له استرداد قيمتها ما لم يكن هناك مانع من الرجوع بالهبة[٢] وذلك لأن قانون الأحوال الشخصية قد أحال المنازعات التي قد تحصل عن المطالبة برد الهدايا بعد العدول عن الخطبة إلى أحكام القانون المدني[٣]. وبدورنا نؤيد ما ذهب إليه أحد الفقهاء إلى أنه "لا يصح قياس هدايا الخطبة على الهبة لاختلافهما من حيث اللزوم والغاية وحالات الرجوع وموانعه"[٤].

---

(١) تنظر المادة (٦١٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

(٢) تنظر المادة (٦٢٣) من القانون المدني العراقي .

(٣) تنظر المادة (٣/١٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ.

(٤) د٠ مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٧.

أما فيما يتعلق بالقواعد العامة التي يمكن اعتمادها في مسألة العدول عن الخطبة ، هي قاعدة "لا ضرر ولا ضرر"[1] وقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالا جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر"[2]، والقاعدتان مأخوذتان من الفقه الإسلامي.

فإذا أعملنا القاعدة الأولى كان القرار وجوب التعويض عن الضرر الذي يصيب أحد الطرفين أما إذا أعملنا القاعدة الثانية فإنه لا مسؤولية على أي من الخاطبين تجاه الأخر، لأن التعويض يعد شيئاً من الإكراه على إتمام عقد الزواج، وهو لا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من إيجاب من أحد العاقدين وقبول الأخر[3] ، فضلاً عن أن معظم نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية ومنها القانون العراقي والقانون الأردني لم تتعرض لأثار الخطبة ولما يترتب على العدول عنها من جزاء ، لهذا كان من الطبيعي أن يختلف الفقهاء في هذه المسالة اختلافاً كبيراً، وهي من المسائل المهمة التي واجهت الفقه والقضاء.

أما عن موقف القضاء العراقي من مسالة العدول عن الخطبة فلم نجد قرارات قضائية تعالج مسألة الضرر الذي يلحق بأحد الخطيبين من جراء العدول عن الخطبة، في حين أن القضاء المصري قد استقر على مبادئ في هذا الشأن سنتعرض لها عند بحثنا لهذه المسالة في أثناء هذا البحث.

وبالعودة إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي تنص فيه المادة (٢/٣) على أن "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة لا تعتبر عقداً"، يتضح من خلال النص أن الخطبة لا تكون

---

(١) تنظر المادة (٢١٦) من القانون المدني العراقي .

(٢) تنظر المادة (٦) من القانون المدني العراقي .

(٣) د. احمد الكبيسي ، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

زواجاً ولا تعد وعداً بالزواج كما ذهب إليه معظم الفقه والقضاء – في عدها وعداً بالزواج– لذلك يتبين لنا أن الربط التام بين الخطبة والوعد بالزواج تعوزه الدقة والوضوح وإعادة نظر، لأن الخطبة لها سمات ومقومات وآثار خاصة بها تختلف من الوعد بالتعاقد. فما هي طبيعتها إذن ؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تستلزم منا بيان الطبيعة القانونية الصحيحة للخطبة من خلال دراسة تحليلية لها وهذا ما سنعالجه في ثلاثة مباحث نتناول في الأول التعريف بالخطبة ثم في المبحث الثاني تمييز الخطبة من الوعد بالزواج ثم في المبحث الثالث الطبيعة القانونية للخطبة والأثر المترتب على تلك الطبيعة.

## المبحث الأول
## التعريف بالخطبة وبيان حقيقتها

لمعرفة الطبيعة القانونية للخطبة يقتضي الأمر التعرف قبل ذلك على ماهية الخطبة وبيان حقيقتها شرعاً وعرفا وقانوناً فضلاً عن الحكمة من تشريعها، وعليه سوف تقتصـــــر دراستنا في هذا المبحث على الأمور الآتية:

المطلب الأول: تعريف الخطبة لغة وشرعاً.

المطلب الثاني: حكم الخطبة في القانون.

### المطلب الأول

تعريف الخطبة لغة وشرعاً

**أولا: الخطبة في اللغة :**

للخطبة عدة معانٍ[1]: الخطب – بكسر الخاء– :الذي يخطب المرأة. وهي خطبه التي يخطبها، والجمع أخطاب. والعرب تقول فلان خطب فلانه إذا كان يخطبها.

ورجل خطاب: كثير التصرف في الخطبة. واختطب القوم فلاناً إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم. وقوله في الحديث : نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه[2]. قال: هو أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه ويتفقا على صداق معلوم ويتراضيا، ولم يبقَ إلا العقد. وفي الحديث : أنه لحري إن خطب أن يخطب أي يجاب إلى خطبته. ويقال: خطب فلان إلى فلان فخطبه وأخطبه أي أجابه[3].

**ثانياً: الخطبة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وحكمة تشريعها:**

---

(1) منها الخطب – بفتح الخاء – : "الشأن أو الأمر ، صغر أو عظم ؛ وقيل : هو سبب الأمر . يقال: ما خطبك ؟ أي ما أمرك ؟ وتقول : هذا خطب جليل، وخطب يسير . والخطب: الأمر الذي تقع فيه المخاطبة ... والخطاب – بكسر الخاء – والخاطبة : مراجعة الكلام ، وقد خاطبه بالكلام مخاطبة وخطاباً ، وهما يتخاطبان ... والخطبة مصدر الخطيب ، وخطب الخاطب على المنبر ، واختطب يخطب خطابة ... ورجل خطيب : حسن الخطبة ، وجمع الخطيب خطباً ". لمزيد من التفاصيل ينظر ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول ، مادة (خطب)، بيروت، دون سنة طبع ، ص ٨٥٥ .

(2) عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه إلا بإذنه". رواه البخاري ومسلم، الإمام أبي داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود المسمى السنن، ط١، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩، ص٤٨٣.

(3) ابن منظور ، مصدر سابق ، ص ٨٥٥ .

١. الخطبة في الشريعة الإسلامية:

لم يرد تعريف للخطبة لا في القرآن ولا في السنة النبوية الشريفة إنما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية تعاريف شتى اتفقت معانيها وتقاربت مبانيها ، وعلى هذا الأساس عرفها بعض فقهاء الشريعة على أنها "الذكر الذي يستدعي به إلى عقد النكاح"[١]. كما عرفت بأنها "إعلان رغبة الرجل في الزواج من امرأة بعينها"[٢]. وقد عرفها أحد الفقهاء بأنها: "المفاوضة لعقد نكاح شرعي صحيح بين رجل وامرأة خاليين من الموانع"[٣].

يتضح من التعاريف السابقة ، أن الخطبة مقدمات وتمهيد لعقد الزواج وليست عقد الزواج، لان الأخير له شروطه واحكامه الخاصة المختلفة عن الخطبة.

استناداً الى ما تقدم يمكن تعريف الخطبة – بكسر الخاء – بأنها: عقد تمهيدي مؤقت، غايتها التحضير والتهيئة بحسن نية لإبرام عقد الزواج.

٢. حكمة تشريع الخطبة:

إن الخطبة بوصفها من مقدمات الزواج وتمهيداً له لا تخلو عن حكمة بالغة، وهي تحقيق أهداف الزواج المرجوة من استمراره ، وتوافر المحبة والمودة فيه، وهذا ما أكده حديث النبي صلى الله عليه وسلم من قوله للمغيرة بن شعبة – رضى الله عنه – عندما أخبره عن خطبته لامرأة من الأنصار. قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له

---

(١) الإمام أبو بكر الرازي الجصاص ، أحكام القران ، ج١ ، ط١، دار الكتاب العربي ، بيروت ، دون سنة طبع ، ص ٤٢٢ .

(٢) د. احمد علي الخطيب، د. حمد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، مطابع جامعة بغداد، بغداد ، ١٩٨٠، ص٢٤.

(٣) عباس الجميلي ، المرشد إلى الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ، ج١ ، ط١ ، دار الإحياء للكتب الإسلامية ، مطبعة النعمان ، النجف ، ١٩٥٨ ، ص ١١ .

امرأة أخطبها، فقال: "اذهب فانظر إليها فإنه أجدر أن يؤدم بينكما"[1] أي تدوم المودة بينكما. ويجمع الله بينكما في خير. وهذا في النظر عن بعد، فكيف به إذا حدث عن قرب المجالسة والمحادثة، عند ذلك تكون فترة الخطبة مجالاً مناسباً للتعارف والاستئناس، مما يوفر الاستقرار النفسي لدى كل من الخاطبين، فيقدم على إتمام العقد عن بصيرة من الطرفين وأهلهما. مما يؤدي إلى دوام العشرة الزوجية بينهما والانسجام التام[2]. كما قد تكون الحكمة من الخطبة الإشهار حتى يعلم أكبر عدد ممكن من الناس بما نواه الخاطبان فقد يكون هناك مانع قد يكشف عنه من يعلم بهذه الخطبة.

## المطلب الثاني
## حكم الخطبة في القانون

إن معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يحددوا طبيعة الخطبة بشكل دقيق إذ تنص الفقرة (٣) من المادة (٣) منه على أن "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً" كما تنص المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية"[3].

---

(١) رواه الترمذي ، كتاب النكاح، باب(٥)، حديث(١٠٨٧)، ج٣، دار الكتب العربية، بيروت، ١٩٨٠، ص٣٩٧.

(٢) د. محمد عبد العزيز عمرو، العدول عن الخطبة وآثاره عند الفقهاء القدامى والمحدثين، بحث منشور في مجلة دراسات (الشريعة والقانون)، تصدر عن عمادة البحث العلمي الجامعة الأردنية، مجلد ١٦، عدد ١٠، عمان، ١٩٨٩، ص ٣٠-٣١.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ المعدل بموجب القانون المعدل رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١.

وبالعودة إلى الفقرة (٢) من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص على أنه " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون". نلاحظ أن هذا القانون قد أحال القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، عند خلوه من نص ملائم.

يتضح من خلال استعراضنا للخطبة من النواحي القانونية والقضائية والفقهية والأسس التي تقوم عليها أن هناك اختلافاً واضحاً بين الخطبة والوعد بالتعاقد، وان الفقه قد تجاهل ما تتمتع به الخطبة من خصوصيات، وأن الربط التام بين الخطبة والوعد بالتعاقد تعوزه الدقة والوضوح ويحتاج إلى تصويب وإعادة نظر. فضلاً عن ظهور أفكار جديدة شاع انتشارها وتداولها لدى الفقهاء المعاصرين تعد الخطبة تمهيداً لعقد الزواج ومقدمة له[1]، كما ذهب البعض إلى وصف الخطبة " بحكم طبيعتها وتكيفها الشرعي... مقدمة من مقدمات الزواج ومرحلة ممهدة له وسابقة على إبرامه... وأن خطورة عقد الزواج وعظم شأنه وجليل آثره، وكل عقد من هذا القبيل يسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات"[2]، وموقف الشريعة الإسلامية من أن الخطبة لا تكون زواجاً، ولا تعد عقداً فما هي إذن طبيعتها؟ هل هي وعد بالتعاقد، كما كيفها غالبية الفقهاء؟ أم أنها اتفاق له سمات ومقومات خاصة به. هذا ما سنعالجه في المبحثين الآتيين.

---

(١) د. عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون، الكويت، ،آذار ٢٠٠١، ص٣٤٢.

(٢) د. فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، ط٥، جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧، ص٦٧٦.

## المبحث الثاني
## تمييز الخطبة من الوعد بالزواج

يعد التمييز بين الخطبة والوعد بالزواج لدى البعض أمرا فيه خروج عما اتفق عليه الفقه الإسلامي والقانوني الذي اعتبر الخطبة وعداً بالتعاقد. إلا أنه عند دراسة الخطبة والوعد بالتعاقد بمفهومهما الفقهي والقانوني سيتضح لنا أن هناك فرقاً واضحاً بين هذين المفهومين لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين كما يأتي:

المطلب الأول : الوعد بالتعاقد

المطلب الثاني : تمييز الخطبة من الوعد بالتعاقد

### المطلب الأول
### الوعد بالتعاقد

لتوضيح الوعد بالتعاقد يقتضي الأمر، التعريف به وبيان أنواعه ، وشروطه، وأثاره. في الشريعة الإسلامية أولاً ثم سنعالج أحكامه في القانون ثانيا.

**أولاً: الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي:**

الوعد بالتعاقد هو"الإخبار عن إنشاء المميز شيئاً في المستقبل، كما لو قال شخص لآخر: سأدفع لك المهر لو تزوجت"[1]، كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه" ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في

---

([1]) د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦، ص١٣٢.

الحال"[١]. فالوعد يختلف في معناه عن العقد، لأن العقد هو إنشاء التزام في الحال نتيجة ارتباط الإيجاب بالقبول.

"الأصل في الوعد أنه لا يلزم صاحبه قضاء وإن كان الوفاء به مطلوباً ديانة"[٢]، لأن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق ومن الصدق والأيمان. واختلفوا في وجوب الوفاء به قضاء فذهب جمهور الفقهاء على أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء، فإذا وعد شخص ثم رجع في وعده ولم يفِ به، لم يجبر قضاء، والواعد بالخيار بين الوفاء بوعده من عدمه[٣].

وللمالكية في الوفاء بالوعد أربعة أقوال: أولها أنه ملزم في جميع الأحوال ما لم يفلس الواعد أو يمت. والثاني أن الوعد غير ملزم ولا يقضى به في أية حال. والثالث أنه إن كان على سبب، دخل الموعود في السبب أو لم يدخل. أما القول الرابع فالوعد يعد ملزماً إن كان على سبب ودخل الموعود من أجل السبب أو لم يدخل. ونورد مثالاً يوضح القولين الأخيرين: يعد شخص آخر بمبلغ من المال ليعينه على الزواج، فهذا الوعد ملزم للواعد، تزوج الموعود أو لم يتزوج على القول الثالث، وهو ملزم للواعد بشرط أن يكون الموعود قد تزوج على القول الأخير[٤].

**ثانياً: الوعد بالتعاقد في القانون:**

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٧، ص ٤٥.

(٢) مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج٢، ط ١٠،مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨،ص١٠٢٩.

(٣) د. أحمد فراج حسين، مصدر سابق،ص١٣٢-١٣٣.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٤٥.

الوعد بالتعاقد "عقد يلتزم فيه أحد الطرفين (أو كلاهما) بإبرام عقد في المستقبل إذ أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يتفق عليها"[1].

يتضح من خلال التعريف أن الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي. فالوعد بالتعاقد – بالبيع مثلاً– يلتزم بان يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الأخر رغبته في الشراء . يعد هذا أكثر من إيجاب ، لانه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالبيع لذلك يعد الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائي[2].

١- أنواع الوعد بالتعاقد:

يكون الوعد بالتعاقد على نوعين: إما أن يكون ملزماً لجانب واحد. كالوعد ببيع منزل يرغب شخص يسكنه في شرائه ولا يملك ثمنه فيتفق مع مالكه على أن يبيعه له بثمن معين إذا أبدى رغبته في شرائه خلال مدة معينه يتفق عليها. إن هذه الحالة تعد وعداً بالبيع يلتزم بمقتضاه المالك قبل الطرف الأخر فإذا أبدى الأخير رغبته في الشراء، تم بينهما العقد النهائي. ويعد هذا وعداً بالبيع. وقد يكون وعداً بالشراء يلتزم بمقتضاه المشتري بالشراء إذا أبدى البائع رغبته في إتمام العقد النهائي. وأما أن يكون الوعد ملزماً لجانبين، وذلك عندما يتواعد طرفا العقد على إنشاء التزامات متقابلة في المستقبل كأن يلتزم البائع بأن يبيع ويلتزم المشتري بالشراء منه. وقد قيل أن هذا يعد عقداً. إذ الوعد المتبادل بإبرام العقد إنما هو العقد ذاته. لكن هناك فرقاً بين الوعد الملزم للجانبين والعقد

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر الالتزام ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦، ص ٤٩.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٥١.

ذاته، إذ أنه في حالة التزام الطرفين كل منهما قبل الأخر فإن هذا لا يعني أن العقد الموعود به قد صار نهائياً لأنه إذا لم يبد كل من الطرفين رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المعينة، سقط الوعد. ولابد من أن يبدي كل منهما رغبته، خلافاً لحالة الوعد الملزم لجانب واحد، إذ يكفي أن يبدي الموعد له فقط رغبته فيتم العقد. ويتضح أن اتفاق الطرفين على إمكان إظهار رغبتهما أنهما لم يرغبا بأن يجعلا من العقد عقداً نهائياً[1].

٢- شروط الوعد بالتعاقد:

لقد حدد القانون شرائط الوعد بالتعاقد إذ تنص المادة (١/٩١) من القانون المدني العراقي النافذ على أن "الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها"، كما تنص الفقرة الثانية من المادة نفسها على أنه "...إذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد"[2].

الملاحظ أن الوعد بالتعاقد هو عقد من العقود غير المسماة ينبغي أن تتوافر فيه شروط عامة وشروط خاصة لازمة لانعقاده ، فالشروط العامة اللازمة لانعقاده وصحته ، تتمثل في التراضي والمحل والسبب. ولما كان الواعد في حالة الوعد الملزم لجانب واحد هو الوضع الغالب ، فإنه يلتزم منذ البداية، إي منذ الوعد، فإنه ينبغي أن ينظر إلى هذا الوقت فيما يتعلق بتحديد عيوب الرضا ونقص الأهلية، أما فيما يتعلق بالموعود له فانه

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير، مصدر سابق ، ص ٤٩-٥٠ .

(٢) تقابلها المادة (٢/١٠٥) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

ينظر إلى وقت إبداء رغبته وهو الوقت الذي يصير فيه العقد نهائياً سواء فيما يتعلق بعيوب إرادته أم ما يتعلق بأهليته في إبرام العقد الموعود به[1].

أما ما يتعلق بالشروط القانونية الخاصة بصحة انعقاد الوعد فتتمثل في الشروط الثلاثة الآتية:

١. أن يتم الاتفاق بين طرفي الوعد على المسائل الجوهرية للعقد الموعود ( كالمبيع والثمن في عقد البيع).

٢. تحديد المدة التي يجب على الموعود له أن يبدي رغبته خلالها وأنه بإمكان الموعود له الإعلان عن رغبته في عدم إبرام العقد النهائي في أي وقت كان حتى قبل انقضاء المدة المحددة لذلك.

٣. توافر الشكل الذي يستلزمه القانون فيما يتعلق بالعقد الموعود بإبرامه. والحكمة من ذلك هي عدم التهرب من الشكل الذي يستلزمه القانون فيما يتعلق العقد الأصلي. كالوعد بالهبة إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة في هذه الحالة أن تسجل في الدائرة المختصة[2].

٣- الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد:

إذا انعقد الوعد صحيحاً ، فإنه يتعين علينا أن نميز فيه بين مرحلتين:

**المرحلة الأولى:** قبل ظهور الرغبة أو حلول الميعاد:

في هذه المرحلة لا يكتسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات، حتى لو كان التعاقد النهائي ينقل حقاً عينياً كما في البيع.

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص٥٠.

(2) تنظر المادة (١/٦٠٣) من القانون المدني العراقي.

يتضح ذلك في الوعد الملزم للجانبين، فإن كلاً من الطرفين يكون ملزماً، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد، وهذا التزام بعمل. ويتضح ذلك أيضاً في الوعد الملزم لجانب واحد، فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له، وهو التزام بعمل، في حين أن الموعود له لا يلتزم بشيء[١].

مثال ذلك : إذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد البيع ، وتم وعد ملزم لجانب واحد على عقده أو تم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين، فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه. ويترتب على ذلك أمران أولهما: يبقى الواعد مالكاً للشيء. فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي. وثانيهما أنه إذا هلك الشيء قضاء وقدراً تحمل الواعد تبعية هلاكه، لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الأخر، فضلاً عن أنه لا يزال المالك[٢].

**المرحلة الثانية** : بعد ظهور الرغبة أو حلول الميعاد:

في هذه المرحلة يحل في الوعد الملزم للجانبين، بحلول المدة المعينة لإبرام العقد، وعند حلول الميعاد يلتزم الطرفان بإجراء العقد النهائي، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً. أما إذا تعلق الأمر بالوعد الملزم لجانب واحد، فإنه يترتب للموعود له حقوق في مقدمتها حق إعلان رغبته في إبرام العقد النهائي. إذ أن مجرد الإعلان عن الرغبة ينعقد العقد النهائي دون حاجة إلى تعبير جديد عن إرادة الواعد أو قبوله، إنما ينعقد العقد النهائي هذا اعتباراً من وقت إعلان الموعود له في رغبته في إبرامه وتترتب أثاره فيما يتعلق

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر نفسه ، ص ٢٥٧.

بالطرفين منذ اللحظة المذكورة، وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب يتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي[1]. فوقت إبداء الرغبة هو الوقت الذي يتم فيه العقد النهائي، وهو الوقت الذي تترتب فيه أثار هذا العقد[2].

أما إذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد، في حالتي العقد الملزم لجانب واحد والوعد الملزم للجانبين، كما هو الحال في بيع العقار الذي يستوجب التسجيل، وامتنع البائع عن الإمضاء تمهيداً للتسجيل، جاز استصدار حكم ضده، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام عقد البيع، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري[3]. هذا الحكم ينطبق على القانون العراقي.

## المطلب الثاني
### تمييز الوعد بالتعاقد من الخطبة

بعد أن أوضحنا الأسس التي يقوم عليها الوعد بالتعاقد حري بنا أن نوضح ما إذا كانت هذه الأحكام هي نفسها التي تحكم الخطبة. أم أن هناك اختلافاً فيما بينها ؟ هذا ما سنعالجه الان.

**أولاً: تمييز الخطبة من الوعد بالتعاقد في الشريعة الإسلامية:**

تتميز الخطبة من الوعد بالتعاقد في الشريعة الإسلامية من حيث التنظيم والالتزامات المترتبة على كل منهما.

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، مصدر سابق، ص ٥٢.
(2) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري ، محمد طه البشير ، المصدر نفسه ، ص ٥٢.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨.

١. من حيث التنظيم الشرعي:

يعد الزواج من أجل العقود وأعظمها وأخطرها شأناً وقد سماه الله لذلك ميثاقا غليظاً، لذلك اهتم الفقه الإسلامي اهتماما كبيراً في مقدمات هذا العقد التي تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد الذي يسمى بالخطبة. فأولى الفقهاء هذا الآمر ما يستحقه من بحث ودراسة بشكل مفصل ودقيق، من قبل ولادته وقيامه التي تبدأ به رحلة الاختيار ومرحلة اتخاذ القرار. ولم تترك نصوص الشريعة الاسلامية الإنسان يتخبط في وضع الاختيار، بل أعانته وبصرته على ذلك[١].

قال الله تعالى: " ولا جناح عليكم فيما عرضتم من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم"[٢].وقوله تعالى: " ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولا معروفا"[٣]. وقوله: " ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله"[٤]. إن هذه الآيات توضح باب التعريض[٥] بالخطبة في العدة.

---

(١) د. أحمد علي الخطيب، د. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، مصدر سابق، ص٢٥.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٣٥).

(٣) سورة البقرة الآية (٢٣٥).

(٤) سورة البقرة الآية (٢٣٥).

(٥) "قال ابن عباس التعرض بالخطبة أن يقول لها أني أريد أن أتزوج امرأة من أمرها وأمرها يعرض لها بالقول وقال الحسن أن يقول لها أني بك لمعجب وأني فيك لراغب ولا تفوتينا نفسك وقال صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس وهي في العدة لا تفوتينا بنفسك ثم خطبها بعد انقضاء العدة على أسامة بن زيد" لمزيد من التفاصيل ينظر الإمام الجصاص، مصدر سابق، ص٤٢٢.

فعن أبي هريرة– رضى الله عنه — قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "تنكح المرأة لأربع؛ لمالها ، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك"[1]. كما تدخلت الشريعة الإسلامية في المرحلة السابقة لإتمام الخطبة بإحكام تعد في مضمونها استثناءاً على أحكامها العامة– أو ما يعرف بالتخصيص في علم أصول الفقه–، إذ الأصل في حكم الشرع هو تحريم النظر إلى غير المحارم، لقوله تعالى" قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما يصنعون، وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن..."[2]، أما نظر الخاطب إلى المخطوبة وبالعكس فهو جائز، بل مندوب، لكن بشرط أن يكون بنية الخطبة، إذ وضع الشرع إجراءات تكفل لطرفي الخطبة تحقيق رغبات الطبع ومتطلبات المزاج من خلال الحث على أن ينظر الخاطب إلى مخطوبته وتكرار النظر، استثناءاً من الأصل العام الذي يحرم النظر إلى المرأة إذا لم يكن يقصد الخطبة، ليتأكد كل منهما من توافر ما يتوخاه كل منهما في شريك الحياة ، وفي حديث جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل". قال: فخطبت جارية، فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها وتزوجها، فتزوجتها"[3].

---

([1]) ينظر صحيح مسلم (ج/٢رقم ١٤٦٦)،ط١،دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق– بيروت، ٢٠٠٣،ص٦٢٠.

([2]) سورة النور الآيتان (٣٠–٣١).

([3]) أخرجه أحمد (٣/٣٣٤ و ٣٦٠) وأبو داود(٢٠٨٢) والحاكم، والطماوي، والبيهقي، وسنده حسن ، لمزيد من التفاصيل ينظر : عمرو عبد المنعم سليم، آداب الخطبة والزفاف من الكتاب وصحيح ألسنه،ط١، مكتبة الإيمان بالمنصورة، القاهرة،٢٠٠٠.،ص ٩.

كما اشترط الشرع الإسلامي لجواز الخطبة وصحة انعقادها أمرين:

أولا: أن تكون المرأة خالية من موانع الزواج الشرعية، وصالحة للعقد عليها في الحال، فإذا كانت، متزوجه لم تجز خطبتها، أو كانت المرأة في العدة أي معتدة سواء أكانت العدة لطلاق أو لوفاة، فكما يحرم الزواج ببعض النساء حرمة مؤبدة، تحرم الخطبة أيضاً لأنها مقدمة الزواج.

ثانيا: ألا تكون المرأة قد تمت خطبتها لغيره بالقبول، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب الرجل على خطبة أخيه"[١]. وزاد في رواية: " حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب"[٢]. والسبب في ذلك هو أنه قد تؤدي خطبة المخطوبة إلى العداوة والبغضاء بين الخاطبين.

كما تناول الفقه الإسلامي مسألة العدول عن الخطبة وآثاره وأوضح حكم الهدايا والمهور. أما الوعد بالتعاقد فليس له تنظيم فقهي خاص به وقد لاحظنا أن الخطبة ذات خصوصية متميزة في طبيعتها وتكييفها الفقهي عنه. إذ اهتم الفقه بتنظيمها من قبل لحظة بدايتها واكتمالها حتى مرحلة ما قبل إبرام العقد.

٢. من حيث الصياغة والشكلية:

إن الوعد بالتعاقد هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره في المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال فحسب[٣]. فهو يختلف عن الخطبة من حيث الصياغة شكلاً ومضموناً. وان الوعد بالتعاقد لا ينعقد إلا إذا تم الوعد بصيغة جازمة باتة لا تردد فيها.

---

(١) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٩، (٣/٣٧٣).

(٢) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المصدر نفسه (٣/٣٧٣).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص٤٥.

لقد اشترط الفقه من أجل صحة الوعد لزوم انعقاده بصيغة التأكيد والجزم. كقولنا اشتريت هذا الشيء بمبلغ كذا، أو كقولنا بعتك هذا الدار بمبلغ كذا. هذا وقد نصت المادة(١٧١)[١] من مجلة الأحكام العدلية على عدم انعقاد الوعد عند اقترانه بصيغة التأخير والإرجاء حتى لو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً. وعليه فالوعد بالتعاقد تصرف شكلي يتعين وجود صيغة محددة يؤدي الالتزام بها إلى انعقاده. في حين أن الخطبة لا تعد اتفاقا شكلياً. فلم يشترط الفقه في صياغتها طريقة محددة، ولم يشترط في صياغتها شكلاً معيناً فقد أجاز انعقادها تصريحاُ وتعريضاً، كقوله لها: أنا راغب فيك أو أنا معجب بك أو أنت جميلة[١]. وقد أجيزت خطبة المعتدة من وفاة تعريضاً، وذلك لقوله تعالى "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء، أو أكننتم في أنفسكم، علم الله أنكم ستذكرونهن، ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً"[٢].

كما يجوز أن تنعقد الخطبة بصورة غير جازمة على عقد الزواج كقراءة الفاتحة، كأن يأتي رجل فيطلب يد امرأة فيوافق أهلها فيقرأون الفاتحة ويعد هذا الاتفاق خالياً من شرائط عقد النكاح، ويجوز أن يرسل الخاطب وكيلاً عنه فتوافق المرأة أو يوافق وكيلها أو أهلها على النكاح. هذا كله لا يعد عقداً لأنه لم يستجمع شرائط عقد الزواج[٣].

---

(١) د. محمود السر طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وآثاره، ط١، دار العدوي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨١،ص٢٢.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٣٥).

(٣) علاء الدين خروفه، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩،ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢، ص٩٩.

٣. من حيث الإلزام والتزامات طرفي العقد:

الخطبة ليست عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام[١].من هنا نلاحظ أن الخطبة والوعد بالتعاقد لا يتمتعان بالقوة الإلزامية فالواعد والخاطب غير ملزمين قضاء بإبرام العقد النهائي. وإن لكليهما حقاً شرعيا في العدول. وعلى الرغم من صحة هذا المبدأ إلا أنه " للمالكية في الوفاء بالوعد أربعة أقوال أشهرها أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء...والحق أن هذا المشهور هو الذي يتفق مع ما تأمر به الشريعة من الوفاء بالالتزام عملاً كان أو عقداً أو وعداً، ومع ما تنهى عنه من الكذب والإخلاف في الوعد"[٢]، يقول تعالى: "وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً"[٣]، ويقول جل شأنه: "يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود"[٤]، ويقول عليه الصلاة والسلام "اضمنوا لي ستاً أضمن لكم الجنة: اصدقوا إذا حدثتم، وأوفوا إذا وعدتم، وأدوا إذا ائتمنتم، واحفظوا فروجكم، وغضوا أبصاركم، وكفوا أيديكم"[٥]، وقال صلى الله عليه وسلم: " أية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أوتمن خان"[٦].

وتجدر الإشارة إلى أن الوعد بالتعاقد من العقود المهمة من الناحية التجارية لأنه يلبي متطلبات التطور الاقتصادي، إذ يعد من الطبيعي إذا كان الوعد صادراً بالتقابل

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق، ص ٨٢٧.

(٢) د. أحمد فراج حسين، مصدر سابق، ص١٣٣-١٣٤.

(٣) سورة الإسراء الآية (٣٤).

(٤) سورة المائدة الآية (١).

(٥) أخرجه الإمام أحمد عن عبادة بن الصامت، في مسنده، ج٥، ص٣٢٣.

(٦) أخرجه البخاري، كتاب الإيمان، ج١، باب ( ٢٤ ) دار الجليل، بيروت، ص١٥.

ومتضمناً العناصر الجوهرية للعقد الموعود (كالمبيع والثمن في عقد البيع ) فإنه يخرج عن كونه مجرد (وعد بالتعاقد)، ولكونه صادراً من الجانبين وملزماً لهما فإنه يعد العقد النهائي الموعود، بكل ما يترتب على ذلك من نتائج[1]. في حين أن هذا الآمر غير متصور في الخطبة.

أما فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الخطبة في الشريعة الإسلامية فإنها تتمثل:

١. التزام الغير بعدم التقدم لخطبة المخطوبة، وذلك لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"[2].

٢. التزام الخاطب والمخطوبة بعدم فسخ الخطبة لمجرد ظهور خاطب مالي أو صاحب مركز عظيم، فهو حرام عند الله، إذ أنه مخل بالشرف والكرامة،وينزل بالفتاة إلى مستوى السلع، تعرض في الأسواق لتباع بأعلى الأثمان[3] لان هذا الآمر يعد نقضاً للعهد الذي حرمه الله، لقوله تعالى" وافوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا"[4].

يتضح مما تقدم، أنه يتعين على الطرفين الالتزام بمواصلة الخطبة بحسن نية، ويعد هذا الالتزام صورة من صور الالتزامات الناشئة عن الخطبة. ولا يسمح لأي من الطرفين العدول عنها دون وجود مسوغ يدعو إلى ذلك.

---

(1) د. أكرم ياملكي، د. فائق الشماع، القانون التجاري ، مطابع جامعة الموصل، موصل، ١٩٨٠، ص٣٤.

(2) أخرجه البخاري، الباري في صحيح البخاري، مصدر سابق، ( فتح ٣/٣٧٣).

(3) الإمام محمود شلتوت، مصدر سابق،ص٢٦٠.

(4) سورة الإسراء الآية (٣٤).

كما تبين لنا أن للخطبة نظاماً شرعياً مستقلاً ومتميزا من الوعد بالتعاقد، فضلاً عن أنها ذات آثار دينية وطبيعية مختلفة عنه. فهي اتفاق من نوع خاص وذات طبيعة خاصة[1].

**ثانياً: تمييز الخطبة من الوعد بالتعاقد قانوناً:**

لا تعد الخطبة وعداً بالتعاقد. فالخطبة ليست وعداً بالزواج فيمكن تمييز الخطبة من الوعد بالزواج من حيث تكوين العقد والإلزام.

١. من حيث تكوين العقد:

يتفق كل من الخطبة والوعد بالتعاقد بأنهما سابقين على مرحلة التعاقد إلا أن هناك اختلافا واضحاً بينهما.

إذ أن الهدف من الوعد بالتعاقد هو العمل على تثبيت إيجاب أحد الطرفين حتى لا يتمكن الواعد أو المتواعدان من النكول أو العدول عن التعاقد. إذ أن المسؤولية العقدية ستنهض في حالة ما إذا أخل أحد الطرفين بوعد قطعه على نفسه للطرف الآخر حتى لو كان هذا الوعد ملزماً للواعد وحده دون الطرف الآخر، إذ أن الوعد بالتعاقد لم يعد فيه المتعاقدان في مرحلة التمهيد والإعداد لإبرام العقد النهائي ولكنهما دخلا في مرحلة جدية من التعاقد، فمثلاً: إذا تعهد المؤجر وقت إبرام عقد الإجارة، ببيع العين المؤجرة للمستأجر بثمن معين إذا أعلن المستأجر عن رغبته في شرائها خلال مدة محددة، فيعد هذا الوعد وعداً ملزماً لجانب واحد هو المؤجر، ونكون أمام عقدين بين المؤجر والمستأجر، عقد إجارة وعقد وعد بالبيع، ويترتب على هذا إذا أخل الواعد بوعده فإن

---

(١) د. عبد الرزاق الشيخ نجيب، مصدر سابق، ص٣٥٧.

مسؤوليته هنا مسؤولية عقدية نشأت عن الإخلال بالعقد الأخير[1] الذي يعد عقداً تم الاتفاق عليه بشكل نهائي لم يبقِ شيء للتحضير والتمهيد، ولا يمكن للواعد الرجوع عن وعده خلال المدة المحددة لإبداء الرغبة في التعاقد النهائي وإذا عدل الواعد عن وعده كان مسؤولاً عن رجوعه، وللموعود له حق اللجوء إلى القضاء والطلب من الواعد تنفيذ العقد المتفق عليه بين الطرفين، إذا كانت الشروط اللازمة للعقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة فان قرار المحكمة البات يقوم مقام العقد[2].

أما فيما يتعلق بالخطبة فإن هذا الأمر غير متصور في طبيعتها. فعلى الرغم من ضرورة التزام طرفي الخطبة بحسن النية المبنية على الصدق والثقة والأمانة والأخلاق والتعاون في التهيئة والأعداد لإبرام عقد الزواج وما يقتضيه من الاستمرار في الخطبة وعدم العدول عنها بشكل غير مشروع، فإنه يجوز لكل من طرفي العقد أن يعدل عن الخطبة ، ولو كانت قد تأكدت بقراءة الفاتحة أو قبول الهدية أو قبض المهر[3]. فالخطبة تعد اتفاقا غير ملزم بعقد الزواج.

٢. من حيث مضمون العقد:

يعد الوعد بالتعاقد عقداً، وهو يتم بإيجاب وقبول، ويتم فيه اتفاق المتعاقدين أو أحدهما على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

---

(1) د. حسن علي ألذ نون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، ج١، شركة ألتا يمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص٨٩-٩٠.

(2) تنظر المادة (١٠٦) من القانون المدني الأردني.

(3) مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما،ط١، دار القلم، دمشق ، دار الشامية، بيروت، ١٩٩٦،ص٤٦.

وأن يتم مراعاة الشكل الذي اشترطه القانون لتمام العقد[١]، فإذا افصح الموعود له عن رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة لإبرامه بذلك يصبح العقد صحيحاً ويتحول هذا الاتفاق من وعد إلى عقد نهائي ملزم للطرفين.

في حين أن الخطبة مشروع في الزواج ومقدمة له، وهي اتفاق رضائي غير كامل بين الخطيبين، إلا أنه اتفاق تمهيدي هدفه التقديم والتمهيد لعقد الزواج الذي قد يبرم مستقبلاً أو لا يبرم. ولكل من الطرفين أن يعدل عن هذا الاتفاق في أي وقت شاء.

وعليه فإذا كان القانون قد أوجب في الوعد بالتعاقد بأن لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها[٢]، فإن الاتفاق على هذه المسائل ( كالمهر المعجل والمؤخر، الملابس ، السكن، مدة الخطبة ) لا تعد شرطاً من شروط صحة إتمام الخطبة. فالخطبة قد تتم من دون الاتفاق على هذه المسائل.

وعليه يتضح مما تقدم أن الوعد بالتعاقد يعد خطوة نحو العقد النهائي، لا يحول دون الوصول إليه إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين. في حين أن الخطبة تعد شروعاً وتمهيداً لعقد الزواج وهي مقدمة له. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن الوعد بالتعاقد ملزم بإبرام العقد النهائي، في حين أن هذا الإلزام غير متصور في الخطبة.

---

(١) تنظر المادة ( ٩١) مدني عراقي، والمادة (١٠٥) مدني أردني.

(٢) تنظر المادة (١/٩١) من القانون المدني العراقي، والمادة (١/١٠٥) من القانون المدني الأردني.

## المبحث الثالث
## التكييف القانوني للخطبة والآثار المترتبة عليه

بعد أن ميزنا في المبحث السابق الخطبة من الوعد بالتعاقد حان الوقت لبحث الطبيعة القانونية للخطبة أي إعطاء الوصف القانوني المناسب للخطبة وما يترتب على هذا الوصف من أثار، وبناء على ذلك يضم هذا المبحث مطلبين نخصص أولهما للتكييف القانوني للخطبة وثانيهما للآثار المترتبة على هذا التكييف.

### المطلب الأول
### التكييف القانوني للخطبة

احتدم الخلاف بشأن التكييف القانوني للخطبة. ولكن من الممكن أن نجمع الآراء في هذا الشأن في اتجاهين رئيسين: الاتجاه الأول الذي يعطي للخطبة أكثر من وصف قانوني ويمكن أن نسميه الاتجاه التقليدي، أما الاتجاه الثاني الذي نعد فيه الخطبة عقداً تمهيدياً فنسميه الاتجاه الحديث. وفيما يأتي نعرض لمضمون كل اتجاه مبتدئين بالتكييف التقليدي في الفرع الأول، ثم نتبعه بالتكييف الحديث في فرع ثانٍ.

#### الفرع الأول
#### التكييف التقليدي للخطبة

يذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عد الخطبة عقداً ملزماً للجانبين، وأن لكل من الطرفين الحق في إنهائه بإرادته المنفردة كما هو الآمر في عقد الوكالة مثلاً.

يرى الفقيه الفرنسي ( جو سران ) أنه إذا كان لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة ضماناً لحرية الزواج فإن هذا لا يعني أن العدول حق مطلق فإذا أدى العدول إلى إساءة وكان عدولاً تعسفياً لا مبرر له فإنه يكون صورة واضحة من صور إساءة استعمال

الحق، وهنا تكون المسؤولية على الذي عدل عن الخطبة دون مبرر، وتكون مسؤوليته هذه مسؤولية عقدية كما هو الآمر في المسؤولية الناجمة عن عقد العمل غير محدد المدة الذي ينهيه رب العمل في وقت غير مناسب، وعقد الوكالة المأجورة الذي ينهيه أحد أطرافه دون عذر مقبول وفي وقت غير مناسب[١]. كما أيد الفقيه الفرنسي ( سافاتييه) جو سران فيما ذهب إليه إذ أنه أوضح "أن الخطبة لا تلزم من الناحية القانونية أياً من طرفيها بإتمام عقد الزواج... ولكن ينبغي أن لا يفهم من هذا أن فسخ الخطبة لا تترتب عليه أية مسؤولية وأنه حق مطلق، فقد أجمع الفقه والقضاء على قيام هذه المسؤولية في جميع الحالات التي يكون فيها فسخ الخطبة نتيجة طيش أو تهور أو نزوة عابرة دون أن تكون له دوافع جدية مقبولة،... مثل ذلك أن يقع الفسخ قبل فترة قصيرة من الوقت الذي حدد لإتمام عقد الزواج، أو أن يقع بعد أن تكون الخطبة قد استمرت فترة طويلة من الزمن دون أن يعكر صفوها نزاع أو أن لا يقدم الخطيب أي مبرر مقبول لفسخ الخطبة وعلى هذا جرى القضاء الفرنسي، ثم يتولى الأستاذ ( سأفتيه) نقد ما تذهب إليه المحاكم الفرنسية من تأسيس المسؤولية في هذه الحالة وامثالها على قواعد المسؤولية التقصيرية ويرى أن هذا الاتجاه غير سليم وأن المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ذلك أن الصفة غير الملزمة للخطبة لا تنفي أن تقوم مسؤولية إنهائها إنهاء متعسفاً على أساس العقد وليس على أساس الفعل الضار، شأنها في هذا شأن الوكالة أو شأن عقد العمل غير محدد المدة، إذ لا يشك أحد في أن إنهاء هذا العقد أو ذاك في وقت غير ملائم تنشأ عنه مسؤولية عقدية"[٢].

---

(١) جو سران، شرح القانون المدني، ح ف ٧٤٠ ، وينظر أحكام عديدة للإنهاء المتعسف للخطبة في (ثورنو) ف ١٠٠٤ ، نقلاً عن حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٧٩-٨٠.

(٢) سافاتييه، المسؤولية، ف١٢٢، نقلاً عن د. حسن علي الذنون، المصدر نفسه، ص٨٠.

في حين أوضح اتجاه آخر في الفقه أن الخطبة ليست عقداً ملزماً، وذلك لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام، وأن فسخ الخطبة يعد خطأً تقصيرياً يوجب التعويض، ومعيار الخطأ فيه هو انحراف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية[1] وليس المسؤولية العقدية.

وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري في أحد قراراته فقد قضى بأنه " يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤلية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاما ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادي وأدبي للطرف الآخر"[2].

في حين عد قرار أخر الخطبة عقداً بين طرفين وأن العدول عنها يولد مسؤولية عقدية وهذا ما قضت به محكمة الإسكندرية المصرية في قرار لها أن "الخطبة تنشيْ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني

---

([1]) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق،ص٨٢٧.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية ، ١٩٦٠/٤/٢٨، م نقض –١١–٣٥٩، وبنفس المعنى في ١٩٦٢/١١/١٢–م نقض م–٣–١٠٣٨، ١٩٣٩/١٢/٢٤–م ق م –١٠–١١٨، محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، دون سنة طبع،ص ١٥٥.

وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم"[١].

يتضح مما تقدم أن القضاء المصري قد استقر على مبادئ في هذا الشأن يمكن تلخيصها بما يأتي[٢]:

١. أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ، وليست بعقد ملزم. إذ جاء في قرار لمحكمة الاستئناف المصرية أن: "الخطبة وهي من مقدمات الزواج ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت تكون وعداً بعقد..."[٣]. وفي قرار أخر أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ومقدمة من مقدماته..."[٤].

٢. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجبا للتعويض. إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن: "... مجرد العدول عن الخطبة – على ما جرى به قضاء محكمة النقض — لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة..."[٥].

---

(١) قرار محكمة الإسكندرية الكلية في ١٩٤٨/١١/٢٩ الجدول العشري الثالث لمجلة المحاماة،ص٩٧، نقلا عن د. حسن علي الذنون، مصدر سابق،ص٨٣.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٨٣٠.

(٣) قرار محكمة استئناف بني سويف –دائرة آلمينا– جلسة٦٥/٣/٢. استئناف ٢/١٨٥ق، صالح حنفي، قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، دون سنة طبع، ص١١٨.

(٤) قرار محكمة استئناف طنطا في ١٩٧٥/٣/١٩،استئناف رقم ٦/٢٩ق أحوال شخصية، صالح حنفي، المصدر نفسه، ص١١٨.

(٥) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٦٢/١١/١٥، الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٧ القضائية، صالح حنفي،المصدر نفسه، ص ١١٨.

٣. إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية. إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالا تاماً ومنسوباً لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر..."[١].

## الفرع الثاني
## التكييف الحديث للخطبة

بين جانب من الفقه الحديث – ونحن نؤيده – أن "الخطبة في ثوبها الجديد ليست وعداً بالتعاقد، وإنما عقد تمهيدي. فالخطبة والوعد بالتعاقد لا يشكلان وجهين لعملة واحدة، بل إنهما مفهومان مختلفان في الشكل والمضمون"[٢].

فالخطبة بحكم طبيعتها ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، فهي اتفاق مبدئي على الرضا بالتزويج، فهي بذلك تعد عقداً تمهيدياً، الغرض منه التحضير والإعداد لعقد الزواج الذي يحق لكل من طرفيه أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً أنه يجب أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع. لذا سنوضح في هذا الفرع العقد التمهيدي من خلال تعريفه وبيان أهميته وطبيعته القانونية من خلال تمييزه مما يشتبه به من الاتفاقات السابقة واللاحقه له، وذلك عن طريق

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٥/٤٣٨ق، نقض في ١٩٦٠/٤/٢٨، صالح حنفي، المصدر نفسه،ص١١٧.

(٢) د. عبد الرزاق الشيخ نجيب، مصدر سابق، ص٣٨١.

تمييزه من الإيجاب والمفاوضات والوعد بالتعاقد والعقد النهائي، ومن ثم نعالج العلاقة بينه وبين الخطبة.

**أولاً: تعريف العقد التمهيدي وبيان أهميته:**

أ- تعريف العقد التمهيدي:

لقد عالج القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني المراحل السابقة على إبرام العقد إلا أنهما لم يتطرقا إلى ذكر العقد التمهيدي فقد عالج القانون العراقي الإيجاب في المواد (٧٧-٨٧) كما عالج القانون الأردني الإيجاب في المواد (٩٠-١٠٠) كما نظمت المادة (٩١) مدني عراقي والمادة (١٠٥) مدني أردني الوعد بالتعاقد، ولكن يثار تساءل في هذا المجال عن مدى إمكانية عد المادة(٢/٨٦) مدني عراقي والمادة (٢/١٠٠) مدني أردني أساساً قانونياً لمعالجة العقد التمهيدي ؟

تنص المادة (٢/٨٦) مدني عراقي على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة"[1].

يتضح من نص المادة أعلاه أن العقد قد تم مادام الطرفان قد اتفقا على المسائل الجوهرية في العقد وفي حالة قيام خلاف بين الطرفين على المسائل التفصيلية التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي بها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف

(1) تقابلها المادة ١/١٠٠) مدني أردني، والمادة (٩٥) مدني مصري.

والعدالة؛ إن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين[1]. وعليه فإن هذا الاتفاق الناقص يعد عقداً كاملاً وملزماً لأطرافه. وهذا الأمر لا يتناسب مع مفهوم العقد التمهيدي، لان الهدف من العقد التمهيدي هو التهيئة والأعداد للعقد النهائي وليس تعيين وتحديد مضمون العقد النهائي. وبذلك فإن المادة (٢/٨٦) من القانون المدني العراقي لا يمكن عدها أساساً قانونياً للعقد التمهيدي.

أما فيما يتعلق برأي الفقه في بيان مفهوم العقد التمهيدي ، فإن البعض منهم لم يفرق بين هذا المفهوم والوعد بالتعاقد، إذ ذكر بهذا الصدد: "أن الوعد بالتعاقد عقد، وهو يتم بإيجاب وقبول، ولكنه عقد تمهيدي، يراد من ورائه إبرام العقد الأصلي الموعود به في المستقبل"[2]. كما ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن "الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي، عقد كامل لا مجرد إيجاب. ولكنه عقد تمهيدي لا عقد نهائي"[3].يتضح مما تقدم أن هناك خلطاً لدى بعض الفقه بين مفهوم العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد على الرغم من الاختلاف الواضح بين المفهومين، فالأول ينعقد بهدف الإعداد والتمهيد للاتفاق على مضمون العقد النهائي في حين أن الثاني يعد عقداً كاملاً ، مهيأً لإبرامه بصورة نهائية بمجرد ظهور رغبة الموعود له عن رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها في العقد.

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، هامش ص٤٩.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٤٩.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٢٥١.

أما فيما يتعلق بمفهوم العقد التمهيدي لدى الفقهاء المسلمين فقد كان مجهولاً إلى أن بدأ الفقه المعاصر، وخاصة عند دراسته لمسألة الخطبة، بالحديث بشكل سريع عما أطلق عليه من وصف الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج وتمهيداً له[١].

في حين نرى أن الفقهاء الفرنسيين لم يخلطوا بين مفهوم العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد.

فقد عرف أحد الفقهاء الفرنسيين العقد التمهيدي بأنه "عقد مؤقت وسابق غايته التهيئة لإبرام عقد نهائي"[٢]. كما عرف بأنه ذلك العقد الذي يسعى إلى تهيئة أو تحضير عقد مستقبلي (Futur Contract) وهو اتفاق ملزم على الرغم من كونه ذا صفة وقتية ويسمى أيضاً بالعقد التحضيري (Contrat Preparatoire) أو التمهيدي ( Contrat Preliminaire) أو العقد الأولي ( Contrat Prealable) وهذه العقود لها عنصر مشترك يميزها وهي كونها عقود تحضيرية للعقد النهائي المزمع إبرامه، وهي تعالج وتحكم وتنظم بنصوصها الصعوبات المتعلقة بإبرام العقد النهائي[٣].

كما عرف العقد التمهيدي بأنه " 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

---

(١) د. عبد الرزاق شيخ نجيب، مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(٢) larroumel (Ch) Droit Civil. Tome 111. Hconomica. 1990. P.264. نقلا عن د. عبد الرزاق شيخ نجيب، المصدر نفسه،ص ٣٦١.

(٣) Philippe Malaurie – Laureent Aynes- Pierre-yves Gautier, les Contrats Speciaux,Defrenois, Paris,2003, P. 72.

والإعداد لإبرامه. وإذا تضمن العقد التمهيدي تلك العناصر الجوهرية فإنه يفقد طبيعته الخاصة، وتنتفي عنه هذه الصفة، ويتحول إلى عقد نهائي"[1].

وعليه فالعقد التمهيدي يعد اتفاقاً مرحلياً يلتزم بمقتضاه الأطراف بالتهيئة والإعداد لإبرام عقد مستقبلي غير ملزم، يحدد فيه المسائل التي تم الاتفاق عليها. فهو مجرد مشروع للعقد النهائي.

ب- أهمية العقد التمهيدي:

إن كل العقود يمكن أن تسبقها عقود تمهيدية [2]، لذا احتلت مكانة متميزة في الوقت الحاضر لما لها من آثار قانونية خاصة بها. واكتسب العقد التمهيدي أهميته بوضوح في العقود المالية والاقتصادية والتجارية والصناعية، إذ تقترن هذه العقود ببعض المخاطر حيث إن العقود الكبرى كعقود التنقيب عن النفط والمرافق العامة وإنشاء السدود والموانئ يسبقها غالباً المفاوضات التي لا تقل أهمية عن فترة ما بعد التعاقد إذ أنها فترة إعداد للعقد فكلما كان الإعداد جيداً كان العقد محققاً لمصلحة المتعاقدين ومتضمناً الشروط التي تمنع إثارة المنازعات بينها مستقبلاً من أجل التمهيد والإعداد للعلاقة التعاقدية المستقبلية، مع احتفاظ كل طرف بحريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة إبرام العقد النهائي[3].

والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن في هذا المجال هل يمكن اعتبار عقد الزواج من العقود المهمة التي يؤدي فيها العقد التمهيدي دوراً من اجل الإعداد والتهيئة له؟

---

(1) د. عبد الرزاق شيخ نجيب، مصدر سابق، ص ٣٦١.

(2) Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Cours de droit Civil,Tome v1, Les Obliqations, Editions Cuja Paris,1994,P. 196-200.

(3) د. عبد الرزاق الشيخ نجيب، مصدر سابق، ص٣٦٢.

يعد عقد الزواج من أعظم العقود واجلها وأخطرها لذلك سماه الله ميثاقاً غليظاً، وأن هذا العقد يراد منه أن يستمر مدى الحياة لينتج آثاره التي وضع من اجلها، ولهذا جعل الإسلام له مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد، لذلك لابد من الاعتراف بالأهمية العظيمة للمرحلة التي تسبق هذا العقد من مفاوضات وإعداد وتهيئة له. لأنه عماد الأسرة التي يتكون منها المجتمع وضرورة تقتضيها دواعي الشريعة، والعقل ، والطبع[١].

ج- طبيعة العقد التمهيدي:

العقد التمهيدي عقد مرحلي يلتزم بمقتضاه الأطراف بالتهيئة لإبرام العقد النهائي، وهو عقد مؤقت. ولمعرفة طبيعته القانونية يتعين علينا تمييزه من الإيجاب والمفاوضات والوعد بالتعاقد والعقد النهائي وكما يأتي:

١- تمييز العقد التمهيدي من الإيجاب:

الإيجاب "هو أول بيان يصدر من أحد المتعاقدين ، معبراً عن جزم إرادته في إنشاء العقد، أياً كان البادئ منهما"[٢]. فالبادئ بعبارته في تكوين العقد دائماً الموجب؛ والآخر هو القابل. وأن تكوين العقد يبدأ بمجرد اقتراح يصدر من أحد العاقدين يريد به أن يستطلع رأي الآخر ويقف على مدى استعداده، فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر. وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التفاوض أو التعاقد[٣]. وإذا حددت في الإيجاب جميع المسائل الجوهرية اللازمة

---

(١) د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص٣٦.

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،ج١، المدخل الفقهي العام، ط٩ منقحة ومزيدة، مطابع الف باء، الأديب، دمشق، ١٩٦٧-١٩٦٨، ص٢٩٢.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق،ص ٣٨.

للتعاقد، بذلك يصبح له قيمة قانونية، فلو صدر قبول مطابق لهذا الإيجاب انقلب الإيجاب إلى عقد نهائي ملزم وفي هذه الحالة يكون الأطراف قد تجاوزا العقد التمهيدي لان العقد التمهيدي يتطلب وجود إرادتين الأولى تعرض العقد والثانية تقبل ، في حين أنه لا يشترط لصدور الإيجاب وجود اتفاق ارادتين. وقد يعرض شخص إيجاب على الجمهور وهذا الأمر غير متصور في العقد التمهيدي.

كما تنص المادة (٨٤) مدني عراقي على أنه "إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجاب إلى أن ينقضي هذا الميعاد"[١]. وبذلك يكون الإيجاب المقترن بمدة زمنية معينة ملزماً بالإرادة المنفردة بنص القانون. وأن العدول عن هذا الإيجاب خلال المدة يستوجب التعويض وهذا الآمر غير متصور في العقود التمهيدية.

فالإيجاب هو إرادة من طرف واحد، يتميز من العقد التمهيدي بوجود إرادتين، يتفاوض طرف مع الأخر للتحضير والإعداد للعقد النهائي، كما في عقد المفاضلة[٢].

٢- تمييز العقد التمهيدي من المفاوضات:

يمكن تعريف المفاوضات بأنها قيام طرفي العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير ومناقشتها أو أن ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينه مما يقدمان عليه من أجل الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات

---

(١) تقابلها المادة (٩٨) مدني أردني والتي تنص على أنه "إذا عين ميعاد للقبول التزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد".

(٢) Alain Benabemt, Droit civil, Montchestien, Paris, 1991, P, 32.

عليهما[١]. إن أهم ما يميز المفاوضات أنها تقوم على عنصر الاحتمال وبعبارة أخرى أن أياً من المتفاوضين غير متأكد من أن المفاوضات ستسفر عن عقد،فقد تسفر المفاوضات عن إبرام عقد، وبذلك تنتهي مرحلة ما قبل التعاقد، وقد لا تثمر المفاوضات عن شيء، وتصل إلى طريق مسدود، فيعدل الطرفان عنها دون التوصل إلى اتفاق فيما يتعلق بالعقد محل التفاوض[٢].

كما أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه. ولكن هنا المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ. والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الأخر الذي أصابه ضرر من العدول فإذا أثبت أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب، وأدى ذلك إلى فوات صفقة رابحة، يحق له حين ذلك المطالبة بتعويض[٣].

في حين أن المتعاقدين في العقد التمهيدي قد توصلا إلى اتفاق مبدئي وقد تجاوزا مرحلة التفاوض وتوصلا إلى مرحلة التهيئة والإعداد لإبرام العقد النهائي دون الالتزام بإبرامه. والمفاوض الذي يساهم في خلق ظروف توحي أن العقد النهائي سيبرم حتماً

---

(١) د. يأسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني،ج١، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد، ط١، دار وائل، عمان،٢٠٠٢،ص١٩٤.

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العلمية، ط١، موسوعة القوانين العراقية ،الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٤،ص٩٠

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق، ص٢٠٧.

كتحديد ميعاد للتوقيع على مشروع الاتفاق الذي تم التوصل إليه خلال المفاوضات ، ثم تبين أنه كان سيئ النية لأن دخوله المفاوضات كان بقصد الإضرار بالمفاوض الأخر[1].أو القيام بإطالة المفاوضات دون وجود نية حقيقية في التعاقد، فإن هذا الخطأ يوجب المسؤولية[2].

٣- تمييز العقد التمهيدي من الوعد بالتعاقد:

يعد كل من العقد التمهيدي والوعد بالتعاقد مرحلة سابقة على إبرام العقد النهائي فهما وسط ما بين الإيجاب والتعاقد النهائي[3]. إلا أن العقد التمهيدي يختلف عن الوعد بالتعاقد، لأنه ليس من شروط إبرام العقد التمهيدي الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية إذ قد يرد الاتفاق على بعض عناصر العقد النهائي المراد إبرامه، إلا أن اتفاقهم هذا ليس نهائياً، لأنه يحتفظ كل منهما بإمكانية المساومة إلى أن يتم إبرام العقد النهائي. في حين أن الوعد بالتعاقد ، يعد عقداً كاملاً وملزماً يتم بإيجاب وقبول، فإذا أظهر الموعود له رغبته في التعاقد قبل فوات المدة المعينة لذلك فإن العقد النهائي يتم . وذلك لأن إبداء الرغبة في التعاقد يكون بمثابة قبول الإيجاب. المتمثل في الوعد الذي يلتزم به الواعد والذي يشتمل على جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي[4].

---

(1) سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، ١٩٩٨،ص٤٣-٤٤.

(2) Alain Benabemt. Op. Cit. P. 32.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٢٥١.

(4) د. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق،ص٥٢.

يتضح مما تقدم أن العقد التمهيدي عقد غير كامل وغير ملزم بإبرام العقد النهائي، في حين أن الوعد بالتعاقد، عقد كامل وملزم، فإذا حل الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً[١].

٤- تمييز العقد التمهيدي من العقد النهائي:

يعد العقد التمهيدي مرحلة تمهيدية تسبق إتمام العقد النهائي، فهو مرحلة سابقة عليه، إذ أن هذه المرحلة تعد مرحلة تحضير وإعداد للعقد، وكلما كان الإعداد جيداً كان العقد النهائي محققاً لمصلحة العاقدين، ومتضمناً الشروط التي تمنع إثارة المنازعات بينهما. إن الهدف من العقد التمهيدي هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي قد تكون متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة إبرام العقد النهائي.

وقد يكون العقد التمهيدي عقداً وقتياً إذا ما ارتبط بمسألة وقتية. وقد يستغرق الالتزام الناشئ عن العقد الوقتي زمناً يقل عن مدة المفاوضات وعندئذ ينقضي بحلول الآجل الذي يحدده الأطراف، وقد يطول عن مدة المفاوضات وفي هذه الحالة تكون مدته هي مدة المفاوضات[٢]. وهذا الآمر غير متصور في العقد النهائي.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه قد يرد العقد التمهيدي على بعض عناصر العقد النهائي المراد إبرامه، وإن هذه العناصر تعد جزءاً مكملاً لمضمون العقد النهائي إذا ما أدى العقد التمهيدي الى إبرامه.

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص٢٥٨.

(٢) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٤٢-٤٣.

يتضح مما تقدم أن العقود، ولاسيما في المعاملات المهمة ، لا تتم بسهولة بل يسبق الإيجاب البات مراحل تمهيدية تتفاوت درجاتها ولا تصل جميعاً إلى مستوى الإيجاب، فقد تبدأ المسالة بمجرد اقتراح يصدر من أحد الطرفين يرغب في أن يستطلع رأي الطرف الآخر، فإذا تبين أن لديه رغبة في التعاقد دخل معه في مفاوضات قد تطول أو تقصر. وكل ما يدخل في نطاق المفاوضات يكون دعوة إلى التعاقد، وإذا خرج الطرفان من دور المفاوضة، بدون تحفظ، أصبحنا بصدد إيجاب بات[1]. في حين أن العقد التمهيدي يعد اتفاقاً مبدئياً سابقاً لهذا الإيجاب البات ولاحقاً للدعوى للتفاوض، فهو المرحلة التي تسبق العقد النهائي التي يتعين خلالها التزام بالتفاوض بحسن نية، التي لا يقتصر دورها على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل إنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنه مرحلة إبرام العقد التمهيدي [2].

وعليه فإن العقد التمهيدي ليس عقداً نهائياً ولا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي، إلا أنه يرتب التزاماً بالسير في المفاوضات بحسن نية تمهيداً للوصول إلى إبرام العقد النهائي.

**ثانياً: علاقة الخطبة بالعقد التمهيدي:**

"إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج ومقدمة من مقدماته..."[3] وهي تتفق مع العقد التمهيدي من حيث الطبيعة القانونية والآثار المترتبة عليهما وكما يأتي:

١- من حيث الطبيعة القانونية:

---

(1) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٣٨-٣٩.

(2) د. سعد حسين عبد ملحم، مصدر سابق، ص ٢٨-٢٩.

(3) قرار محكمة استئناف طنطا في ١٩٥٧/٣/١٩، استئناف رقم ٦/٢٩، إعداد صالح حنفي، مصدر سابق، ص١١٨.

تعد الخطبة اتفاقاً رضائياً غير كامل ومستقل عن العقد النهائي وهي بـذلك تتـسم بخصائص العقد التمهيدي نفسها. لأن كلاً من الخطبـة والعقـد التمهيـدي لا يتمـان إلا باتفاق الطرفين. ولا ينعقدان بمجرد الإيجاب، فلابد من تلاقي الإيجـاب الـصادر مـن أحد الطرفين بقبول الآخر. فالتماس الزواج من طرف واحد تعد خطبة ناقصة ، فلا تـتم إلا باتفاق الطرفين فإذا وجد الإيجاب قبولاً فهي خطبة تامة تنتج آثرها، وتترتب عليها أحكامها، فالخطبة لا تتم إلا بإيجـاب وقبـول يعـبر عـن الرضـا الكامـل باتجـاه طـرفي الخطبة لعقد الزواج في المستقبل، وكل عيب في الرضا يترك آثره على سلامة الخطبة.

والخطبة في الإسلام أساسها الرضا ولا يتطلب التشريع لقيامها شكلاً معيناً كما هو الآمر عند اليهود والمسيحيين[١].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلـزم لإتمـام الخطبـة والعقـد التمهيـدي تحديـد جميـع المسائل الجوهرية، لان الاتفاق على هذه المسائل مـن قبـل الطـرفين تنقلـب الخطبـة أو العقد التمهيدي إلى عقد نهائي. ولذلك تعد الخطبة والعقد التمهيدي اتفاقـاً غـير كامـل ومستقلاً عن العقد النهائي. فالخطبة ليست شرطاً لـصحة الـزواج، فلـو تم عقـد الـزواج بدونها كان صحيحاً، لأن حكمها الإباحة عنـد جمهـور الفقهـاء، والـرأي المعتمـد عنـد الشافعية أن الخطبة حكمها الندب لا الإباحة لفعلـه صـلى الله عليـه وسـلم إذ خطـب عائشة بنت أبي بكر، وخطب حفصه بنت عمر رضي الله عنهم[٢].

٢- من حيث الآثار القانونية:

---

(١) د. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص٤٠.

(٢) د. محمد كمال الدين إمام، المصدر نفسه، ص٤١.

إن مهمة الخطبة والعقد التمهيدي هي الالتزام بحسن النية في التحضير والتهيئة للعقد النهائي، فضلاً عن أنهما لا يعدان اتفاقاً ملزماً بإبرام العقد النهائي. إذ أن "حق أحد الطرفين في العدول عن الخطبة أمر يتفق ونيتهما إذ تتجه تلك النية إلى أن الآمر متعلق بمرحلة تمهيدية سابقة على عقد الزواج وإلى أن إتمام العقد من الأمور التي قد لا تتحقق فاحتمال العدول أمر يجب أن يتوقعه كل منهما في أي وقت قبل إتمام الزواج..."[1]، فضلاً عن أن إلزام الخاطب بالاستمرار في الخطبة قيد على حريته لا يتفق والنظام العام، والقول بغير ذلك يلغي رضائية عقد الزواج، ولا يتفق مع مقاصد الخطبة باعتبارها فترة اختبار.

فالخطبة غير ملزمة باتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون. ويبقى الالتزام الأخلاقي والديني يطالب كلا طرفي الخطبة بالالتزام بالتحضير والإعداد والتهيئة لإبرام عقد الزواج بحسن نية. وتعد الإجراءات اللازمة لتسجيل عقد الزواج وإثباته أحد طرق التحضير والإعداد لعقد الزواج، وهذا ما اشترطه قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ تنص المادة (١٠) منه على أن يتم "١- تقديم بيان... يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج، على أن يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختار المحلة أو القرية أو شخصين معتبرين من سكانها. ٢- يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون..."

تعد هذه الشروط التزاماً يفرضه القانون على كلا طرفي الخطبة للقيام بها أثناء الخطبة وقبل إبرام عقد الزواج.

---

(1) قرار محكمة استئناف بني سويف، جلسة ٦٥/٣/٢ استئناف٢/١٨٥ق، صالح حنفي، مصدر سابق، ص١١٩.

وبذلك " تلتقي طبيعة الخطبة مع طبيعة العقد التمهيدي، فالخطبة في ثوبها الجديد تشكل عقداً تمهيدياً"[1].

يتضح مما تقدم أن هناك اتفاقاً وانسجاماً بين كل من طبيعة الخطبة وطبيعة العقد التمهيدي، فهي بذلك تعد عقداً تمهيدياً. الأمر الذي سيرتب عليها آثاراً قانونية خاصة سنعالجها في المطلب الأتي:

## المطلب الثاني

### الآثار القانونية المترتبة على عد الخطبة عقداً تمهيدياً

إذا تم العدول عن الخطبة من قبل الخاطب أو المخطوبة أو من كليهما تفسخ الخطبة، ويترتب على هذا الفسخ آثار عديدة.

وسنعالج في هذا المطلب الآثار القانونية المترتبة على عد الخطبة عقداً تمهيدياً وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الآثار الموضوعية.

الفرع الثاني: الآثار الإجرائية.

### الفرع الأول

### الآثار الموضوعية

لقد توصلنا إلى أن الخطبة عقد تمهيدي، وهو لا يعد عقداً عادياً، إذ أن هدفه الرئيس التحضير والإعداد والتهيئة لإبرام عقد الزواج. وعلى الرغم من الصفة التعاقدية للخطبة إلا أن آثارها تتحدد بمجرد انعقادها، وهي لا تترتب على رضاء المتعاقدين فقط، وإنما هي محددة بأحكام إلهية، لا تستبعدها رغبة كلا الطرفين. وهي بذلك تخرج عن القواعد العامة للمسؤولية العقدية، لأنها ذات طبيعة استثنائية خاصة. وعليه سنوضح طبيعة هذه المسؤولية وأركانها في النقطتين الآتيتين:

---

([1]) د. عبد الرزاق الشيخ نجيب، مصدر سابق، ص٣٧١.

**أولا: طبيعة مسؤولية الخطبة:**

"الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني... فهو ارتباط قانوني وعقد قائم..."[1]، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بالعمل بحسن نية، والسعي بنزاهة وشرف وصدق وأمانة من أجل التحضير والإعداد والتهيئة لإبرام العقد النهائي في الوقت الملائم. وأن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض. وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً، إذ إن لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن الخطبة. ولكن إذا تم ذلك في تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى، فإن ذلك يوجب التعويض[2] عما لحق الطرف الآخر من ضرر وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بعقد قائم بين الطرفين .

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لا يعرف المسؤولية العقدية على غرار ما هو مقرر في الفقه الوضعي فضمان العقد في الفقه الإسلامي لا يعدو أن يكون بحثاً لتحديد تبعية الهلاك ) ولا علاقة له بالمسؤولية العقدية[3].

**ثانياً: أركان المسؤولية العقدية للخطبة:**

---

(1) قرار محكمة سوهاج الكلية الوطنية في ١٩٤٨/٥/٣٠ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦، نقلاً عن د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق، ص٨٢٩ هامش٢.

(2) قرار محكمة سوهاج الكلية الوطنية، تكملة القرار نفسه أعلاه.

(3) د. حسن علي ألذ نون، مصدر سابق، ص٤٨.

المسؤولية العقدية هي المسؤولية التي" تنشأ عن إخلال بالتزام ناشئ عن عقد صحيح"[١]. وأركان المسؤولية العقدية للخطبة- كأركان المسؤولية العقدية بصورة عامة- ثلاثة وهي: الخطأ العقدي، الضرر، علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر. وهذا ما سنعالجه تباعاً.

١- الخطأ العقدي:

يقصد بالخطأ العقدي: عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد، أياً كان السبب في ذلك. والالتزام المطلوب تنفيذه من كلا طرفي الخطبة، هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى عقد الزواج، سواء تحقق عقد الزواج أم لم يتحقق. فهو التزام بعمل ولكنه عمل لا تضمن نتيجته. - فهو التزام بوسيلة — والمهم فيه أن يبذل طرفاً عقد الخطبة لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية، وهي التحضير والإعداد والتهيئة لعقد الزواج بحسن نية. والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي. لأن "فسخ الخطبة...، رخصة لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي..."[٢]. ويجوز التعويض عن فسخ الخطبة ، إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات. لأن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادي الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، وأن الشرائع لا تحمي عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٢) قرار محكمة الاستئناف المختلطة المصرية في ١٩٤٨/٤/٢٤،م٥٩ ص١٨٩، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق، ص٨٢٧ هامش٣.

بعدوله عنها بصورة ضارة، لأنه ليس هناك شيء أحق برعاية وإشراف القضاء اكثر من الحرمات والأعراض لمساسها بالإنسان ذاته[1].

٢- الضرر:

يعد الضرر الركن الثاني في المسؤولية العقدية، فلابد من وجود ضرر يصيب أحد طرفي الخطبة نتيجة ارتكاب الطرف الآخر خطأً عقدياً، لكي تترتب هذه المسؤولية.

ويعرف الضرر بأنه "عبارة عن الأذى الذي يلحق الغير وهو إما أن يكون مادياً أو أدبياً ويراد بالضرر المادي ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمضرور... ويراد بالضرر الأدبي الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني العراقي يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر ركن الضرر إذ تنص المادة(٢/١٦٩) منه على أن " ويكون التعويض عن كل التزام ينشا عن العقد...".

أما عن موقف المشرع العراقي من التعويض عن الضرر الأدبي في نطاق المسؤولية العقدية فإنه يقصر التعويض عن هذا الضرر على المسؤولية التقصيرية دون العقدية، وذلك لأن نصوص القانون المدني في موضوع المسؤولية العقدية (ضمان العقد) المواد (١٦٨-١٧٦) لا تتضمن أية إشارة إلى الضرر الأدبي. على العكس من ذلك نلاحظ وجوب التعويض عن هذا الضرر في المسؤولية التقصيرية إذ تنص المادة (١/٢٠٥) على أن" يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك...". وهذا هو اتجاه المشرع الأردني كذلك إذ تنص المادة (٢٦٧) مدني أردني على أن "يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك...".

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، المصدر نفسه، ص٨٢٨-٨٢٩.

(2) د. حسن علي ألذ نون، مصدر سابق، ص٢٣٣.

أما عن موقف الفقه الإسلامي فإنه لا يعرف المسؤولية العقدية، وهو يقضي بالتعويض عن الضرر المادي الواقع فعلاً، أما في نطاق الفعل الضار فإنه لا يقر التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة[1].

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر للطرف الذي لم يعدل، فقد ينال المخطوبة ضرر بسبب عدول الرجل لأنها أعدت الجهاز أو قصد من خطبته تشويه سمعة المخطوبة، أو منعها من الزواج في فترة من الفترات، أو إلحاق ضرر مادي أو معنوي بها. فهل يغرم العادل من ماله عوضاً للأضرار المالية وغير المالية ؟

إذا رجعنا إلى كل من قانون الأحوال الشخصية العراقي والأردني نلاحظ أنهما لم يتعرضا للتعويض بالضرر؛ ولم يأخذ به بسبب فسخ الخطبة؛ ولذلك فإن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة طبقاً لقانون الأحوال الشخصية لا تقبل.

وبما أن الخطبة عقد غير ملزم فإن العدول لا يرتب حقاً في التعويض إلا إذا ترتب عليه ضرر مالي أو أدبي لأحد الطرفين، فإن الطرف العادل يعد مسؤولاً عن تعويض الضرر[2]. ومثال ذلك: إذا نجم عن قطع الخطبة شيء من المتاعب والمعاناة، وأدى إلى تفويت فرص كثيرة، كتفويت فرصة العمل أو تفويت فرصة الزواج من شاب أو فتاة أخرى، أو "إذا جرى ذلك في تهور، أو عنف، أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع، أو لمجرد الهوى، فإن ذلك يوجب التعويض. والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيء الذي تخلف عن فعل المخطئ. وتستحق

---

(1) د. حسن علي ألذ نون، المصدر نفسه، ص٢٣٣.

(2) محمد أحمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مع أحكام النقض وأراء الفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص٢٨.

الخطيبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج في مجموعها مادامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح"[1].

أما عن موقف الشريعة الإسلامية، فإن أغلب الفقه الشرعي المعاصر[2] يرى أنه وإن كان لاضمان على من استعمل حقه الشرعي في فسخ الخطبة في أي وقت يشاء ،حسب القاعدة الشرعية " الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر"[3]. وبالرجوع إلى القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار. والضرر لا يزال بمثله..."[4] إذ تحرم قصد الإضرار بالغير، لذلك يتعين التفريق بين حالتين:

**الحالة الأولى:** أن يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة وذلك كأن يحمل المخطوبة على ترك وظيفتها فتتركها بناءً على

---

(1) قرار محكمة سوهاج الكلية في ١٩٤٨/٥/٣٠، نقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج١، مصدر سابق،ص٨٢٩هامش٢.

(2) لقد اختلفت أراء الفقهاء المعاصرين في حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة: فمنهم من المانعون مطلقاً "لا تعويض على من يعدل عن خطبته"، محمد نجيب المطيعي، مجلة المحاماة الشرعية المصرية، السنة الثانية، العدد الأول، ص٤٥. ومنهم من يرى وجوب التعويض مطلقاً من غير تفصيل، عبدالرحمن الصابوني، الزواج والطلاق وآثارهما، ج١، مطبعة حلب، حلب، ١٩٦٥، ص٥٠، مصطفى حسني السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره، ج١، ط٥، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص٣٢. والقائلين بالوجوب عند وجود الضرر المادي، د. محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧١، ص٦٧. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ينظر د.محمد عبدالعزيز عمرو، مصدر سابق، ص٤٢ وما بعدها.

(3) تنظر المادة (٦) مدني عراقي والمأخوذة من الفقه الإسلامي.

(4) تنظر المادة(١/٢١٦) مدني عراقي والمأخوذة من الفقه الإسلامي.

رغبته ثم يعدل عن الخطبة. وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الأخر نتيجة العدول عن الخطبة، للتسبب في ضرر يوجب التعويض.

**الحالة الثانية:** ألا يكون لأحد طرفي الخطبة دخل في الضرر الذي أصاب الأخر بسبب العدول، وفي هذه الحالة لا مبرر للحكم بالتعويض، لعدم وجود الضرر[١]. وأن التعويض متى تحقق فإنه يتعين أن يشمل الضرر المادي والأدبي.

٣- علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

لا يعد كافياً أن يكون هناك خطأ وضرر، بل لابد أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر فالعلاقة السببية تعني أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين – أحد طرفي عقد الخطبة – بتنفيذ التزامه، بالتحضير والإعداد والتهيئة لإبرام عقد الزواج بحسن نية. فعلاقة السببية تعد ركناً مستقلاً عن ركني الخطأ والضرر. ويعدم ركن السببية إذا لم يكن الضرر على صلة مباشرة وحالة مع الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الناكل.

والعلاقة السببية قائمة ما بين الخطأ والضرر، وعبء إثبات علاقة السببية يقع على مدعي التعويض لأن عليه إثبات أركان المسؤولية[٢]، والناكل عن الخطبة لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو يرجع إلى خطأ الطرف الآخر. وقد نصت المادة(٢١١) من القانون المدني العراقي إلى أثر السبب الأجنبي وعددت صوره إذ تنص على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة

---

(١) د. محمد كمال الدين إمام، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢٤٠.

سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"[1].

ومما تجدر الإشارة إليه أن القرار الذي تصدره المحكمة بالتعويض يجب أن يتضمن تقدير علاقة السببية بين الخطأ والضرر والتثبت من تحققها، وإلا كان قرارها معرضاً للنقض من قبل محكمة التمييز[2].

## الفرع الثاني
## الآثار الإجرائية

إن عد الخطبة عقدا تمهيدياً يترتب عليه أثار قانونية إجرائية مهمة فيما يتعلق بقواعد الإثبات، وقواعد الاختصاص القضائي للمحاكم.

**أولا: الآثار المترتبة على قواعد الإثبات الإجرائية:**

يقصد بقواعد الإثبات الإجرائية: "هي القواعد التي تتبع في سلوك طريق الإثبات وتوضح هذه القواعد طريقة تقديم الدليل أمام القضاء، للاستدلال به بوصفه دليلاً في الإثبات، وهذه القواعد وثيقة الصلة بنظام التقاضي وتتعلق بالنظام العام ، لذلك فهي إجراءات شكلية واجبة الاتباع"[3].

ويثار التساؤل هنا حول الجهة المختصة بتوثيق الخطبة، فلقد ترك المشرع العراقي مسألة توثيق الخطبة دون تنظيم على الرغم من أنه قد أعطى الاختصاص لمحكمة

---

(1) تقابلها المادة (٢١٦) مدني أردني.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢٤٢.

(3) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، جامعة المصل، ١٩٩٧،ص٧٠.

الأحوال الشخصية لتسجيل الزواج وما يتعلق به، وسائر الأمور الزوجية وهذا ما أكده قانون المرافعات المدنية العراقي[١]. و كان على المشرع العراقي أن يهتم بالخطبة لأنها عقد ممهد لإبرام عقد الزواج، وذلك عن طريق توثيقها لأنها مسألة في غاية الأهمية، إلا أن المشرع العراقي لم ينظر إلى هذه العملية على أنها مثل الزواج، في حاجة إلى تنظيم، ولذلك لم ينص عليها. وتقضي المحاكم بعدم اختصاصها بالنظر في العدول عن الخطبة على أساس أن إثبات العدول عمل يتم بالإرادة المنفردة للناكل ولا شأن للقضاء به[٢]. فإذا لم يتمكن المضرور من إثبات عقد الخطبة، أو إذا استطاع المدعى عليه نفي وجود اتفاق الخطبة، فإن المدعي لا يستطيع الحصول على تعويض عن فسخ الخطبة. والسؤال الذي يمكن إثارته في هذا المجال هو كيف يمكن إثبات عقد الخطبة إذن في حالة عدم توثيقه ؟

إن سبب عدم توثيق عقد الخطبة يعود إلى الظروف النفسية الخاصة بالعلاقة بين الطرفين وقت إبرام عقد الخطبة، وأن المطالبة بتوثيق الخطبة يثير معنى عدم الثقة، ويتنافى مع العرف السائد في الوقت الحاضر. إذ جرى العرف في بعض صور التعامل على عدم أخذ دليل كتابي فيها، كما هو الأمر فيما يتعلق بتوثيق الخطبة لوجود مانع أدبي. وقد أورد المشرع العراقي نصا عاماً يشمل هذه الحالات ولاسيما إذا كانت القرابة قريبة جداً إذ تنص المادة (١٨/ثانياً) من قانون المرافعات العراقي على أنه" يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين: ثانياً– إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي". وفي هذه الحالة يمكن اعتماد

---

(١) تنظر المادة (١/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار الجامعة للطباعة والنشر ،بيروت، ١٩٨٢،ص١٧٧.

هذا النص من أجل إثبات عقد الخطبة في حالة عدم التوثيق، لوجود المانع الأدبي، وبذلك يمكن إثبات عقد الخطبة بجميع طرق الإثبات ، لأنه قد جرى العرف على عدم إبرام اتفاق مكتوب للخطبة، وهذا يتفق مع القاعدة الفقهية الإسلامية التي نص عليها القانون المدني العراقي "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص"[1].

**ثانياً: الآثار المترتبة على قواعد الاختصاص :**

ويقصد بقواعد الاختصاص "هي تلك القواعد الإجرائية القانونية التي تحدد المنازعات التي تدخل في ولاية كل محكمة، وفكرة الاختصاص تفترض أساساً تعدد المحاكم داخل الدولة الواحدة"[2].

يثار التساؤل هنا عن الجهة المختصة في النظر بالآثار المترتبة على العدول عن الخطبة من حيث التعويض ؟

إن المشرع العراقي قد ترك هذا الموضوع دون تنظيم على الرغم من أن القانون العراقي قد أعطى الاختصاص لمحكمة الأحوال الشخصية بالنظر في الأمور التي تتعلق بالزواج والمهر، وسائر أمور الزوجية[3]. كما أعطى الاختصاص لمحكمة البداءة إذا تعلق الأمر بمواد الأحوال الشخصية لغير المسلمين وللأجانب الذين يطبق عليهم في أحوالهم الشخصية قانون مدني[4].

---

([1]) تنظر المادة (١/١٦٣) مدني عراقي، والمادة (٢٢٤) مدني أردني.

([2]) د. عباس العبودي، شرح أحكام المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل، ٢٠٠٠،ص٩٠.

([3]) تنظر المادة (١/٣٠٠) قانون المرافعات المدنية العراقي.

([4]) تنظر المادة (٣٣) قانون المرافعات المدنية العراقي.

لذا فإن عد الخطبة وعداً – بمفهومها الحالي – تثير مشكلة من حيث قواعد الاختصاص القضائي، إذ أن الاختصاص بشأنها يتوزع بين محكمتي الأحوال الشخصية والبداءة، وذلك حسب نوع النزاع الناجم عن الخطبة، فإذا كان متعلقاً بالهدايا، تسري عليها أحكام الهبة[١]. وبالرجوع إلى أحكام الهبة في القانون المدني العراقي نجد أنه قد نظم كيفية استرداد الهدايا التي تقدم من أحد الخطيبين للآخر[٢]، على الرغم من عدم صحة قياس هدايا الخطبة على الهبة لاختلافهما من حيث اللزوم والغاية وحالات الرجوع وموانعه[٣]. فالاختصاص في هذه الحالة يكون لمحكمة البداءة. إذ جاء في قرار لإحدى المحاكم المصرية بأن : "هدايا الخطبة ليست من مسائل الأحوال الشخصية. هي من قبيل الهبات ويسري ما يسري على الهبات من أحكام. تطبق في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا أحكام الرجوع في المادة (٥٠٠) من القانون المدني وما بعدها"[٤]. أما إذا تعلق الأمر بالمهر والجهاز فإن محكمة الأحوال الشخصية هي المختصة في نظر الدعوى[٥].

إن اجتهادات محاكم الأحوال الشخصية أو البداءة العراقية تكاد تكون معدومة فيما يتعلق بالتعويض عن العدول عن الخطبة، وقرارات محاكم الدول الأخرى –كما بينا

---

(١) تنظر المادة (٣/١٩) قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) تنظر المادة (٦١٢) قانون مدني عراقي.

(٣) د. مصطفى الزلمي، مقترحات لتعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، بحث منشور في كلية صدام للحقوق المجلد ٥، العدد ٧، آذار ٢٠٠١، ص٧.

(٤) القرار المرقم ٢٨/٣٠٢في ١٩٦٣/١٠/٢٤، س١٩٦٨/١٤، أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً، المجلد الأول، ط٢، دار الفكر العربي، ودار غريب للطباعة، القاهرة، ١٩٧٨، ص٤٦٠.

(٥) تنظر المادة (١/٣٠٠) من قانون المرافعات المدنية العراقية.

سابقاً– مضطربة ومتناقضة لتفاوت الاجتهادات الفردية في هذا المجال، فأكثر المحاكم تعد الخطبة وعدا غير ملزم ولكل طرفي الخطبة حق العدول عنه. في حين أن محاكم أخرى تعد الخطبة عقداً قائماً وملزماً، والعدول عنه يوجب التعويض[1]. وهذا الأمر يعد تناقضاً واضحاً في القرارات القضائية. وأن مثل هذه القضايا لا تعرض على محاكم الأحوال الشخصية بحجة أنها لا تدخل ضمن اختصاصها بل تحول إلى المحاكم المدنية ، لأنها صاحبة الاختصاص، لأن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية في نظرهم.

ويرى البعض الأخر أن المسؤولية هنا مسؤولية تعسفية، وأن نظرية التعسف في استعمال الحق هي إسلامية [2]، ولذلك لا يجوز الدفع بعدم الاختصاص بحجة أن التعويض أمر مالي، والنظر في هذه الموضوعات هو من اختصاص المحاكم المدنية[3].

ونعتقد أن المسؤولية في هذه المسألة هي مسؤولية عقدية كما توصلنا إلى أن الخطبة عقد تمهيدي مؤقت. لذا فانه من الضروري عرض مثل هذه القضايا أمام محاكم الأحوال الشخصية، ذات الاختصاص في قضايا الزواج والطلاق وسائر أمور الزوجية، لوجود صلة مباشرة لمثل هذه القضية بالزواج. كما أن هناك فائدة من نظر هذه القضايا أمام محاكم الأحوال الشخصية إذ أن قاضي هذه المحكمة الذي نظر في قضية الخطبة وفسخها قد ألم بجميع جوانب الموضوع. ولهذا فهو أقدر على إصدار القرار المناسب من القاضي

---

(1) مصطفى حسني السباعي، مصدر سابق، ص٧٤.

(2) أن القوانين المدنية قد تبنت نظرية التعسف في استعمال الحق، ومنها القانون المدني العراقي، إذ تنص المادة (١/٧) منه على أن ((من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان)).

(3) عبد الرحمن الصابوني، مصدر سابق، ص٥٦.

المدني الذي لم يتضح له إلا الجانب المالي فقط، ومن هنا فقد تغيب عنه كثير من التفصيلات المهمة التي لها علاقة في موضوع الدعوى، فهو بذلك لا يكون ملماً بجوانب هذه القضية كافة[1].

## الخاتمة :

### أولاً: النتائج :

حاولنا في هذا البحث أن نوضح الطبيعة القانونية للخطبة وتفسيرها وبيان الآثار المترتبة على ذلك الوصف وتمييزها مما يشتبه بها من أوضاع.

إن عد الخطبة وعداً بالتعاقد يبدو أمراً مألوفا لدى غالبية الفقهاء وكأنه أمر ثابت ومستقر، بيد أن المتأمل لهذا الموضوع يجد أنه يثير مشاكل قانونية مهمة سواء ما يتعلق بالمواءمة بينهما من حيث الشكل أو المضمون أو ما يتعلق بطبيعتهما القانونية.

فلو طبقنا القواعد العامة فان التنافر بينهما يظهر بوضوح لأن الخطبة تعد اتفاقاً يمهد لعقد الزواج في حين أن الوعد بالتعاقد هو التزام لا بد من تنفيذه في نهاية المطاف سواء أكان ملزماً لجانب واحد أم ملزماً للجانبين، على النحو الذي فصلناه في البحث.

لقد أقر البحث بأن الخطبة هي عقد تمهيدي مؤقت، خاضعة لأحكامه، إذ أنها اتفاق رضائي ينعقد بتلاقي إرادتين الهدف منه التحضير والتمهيد لعقد الزواج الذي قد يبرم مستقبلاً أو لا يبرم. وعلى كلا طرفي عقد الخطبة مواصلة التفاوض بحسن نية من أجل الوصول إلى عقد الزواج، وأن الإخلال بهذا الالتزام من قبل أحد الطرفين يستوجب

---

(1) د. محمد عبد العزيز عمرو، مصدر سابق، ص٥٣.

التعويض. والتعويض هنا يستند إلى أحكام المسؤولية العقدية لا المسؤولية التقصيرية، كما هو سائد في معظم القرارات القضائية.

كما أوضح البحث إمكانية إثبات عقد الخطبة طرق الإثبات كافة استناداً إلى نص المادة (١٨/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي. أما فيما يتعلق بالاختصاص القضائي فقد توصلنا إلى أنه يتعين نظر القضايا الخاصة بالتعويض عن فسخ الخطبة من قبل قاضي محكمة الأحوال الشخصية كونه قد ألم بجميع جوانب الموضوع.

**ثانياً: التوصيات :**

لم ينظم المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية الخطبة من حيث طبيعتها والآثار المترتبة عليها وإنما اقتصر على ما تنص عليه المادة(٣/٣) من هذا القانون على أن "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً"، فضلاً عن الفقرتين ٢و٣ من المادة/١٩ واللتان تنصان على إنه"٢- إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عيناً وإن استهلك فبدلاً.٣- تسري على الهدايا أحكام الهبة".

ويعد هذا نقصاً تشريعياً يتعين سده من خلال النص عليه، لذلك نوصي بإلغاء هذه الفقرات من المادتين (٣و١٩) من قانون الأحوال الشخصية واستحداث مواد مستقلة وكما يأتي:

أولاً: إلغاء الفقرة الثالثة من المادة الثالثة على أن يحل محلها:

المادة/ ١

أ ) الخطبة: عقد تمهيدي مؤقت، غايته التحضير والتهيئة بحسن نية لإبرام عقد الزواج.

ب) لكل من طرفي عقد الخطوبة العدول عن الخطبة.

V) إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي يتحمل المتسبب منهما التعويض للأخر على أساس المسؤولية العقدية الخاصة بالخطبة.

ثانياً: تلغى الفقرة (٢) من المادة(١٩) ويحل محلها ما يأتي:

المادة/ ٢

أ- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات أحدهما فللخاطب أن يسترد المهر إن كان قد أداه أو قيمته يوم استحقاق الرد أن تعذر رد عينه.

" ب- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء"[١].

ثالثاً: إلغاء الفقرة (٣) من المادة (١٩) ويحل محلها ما يأتي:

المادة/ ٣

" أ- إذا عدل الخاطب عن خطبته لا يسترد شيئاً مما أهداه لمخطوبته.

ب- وإذا عدلت المخطوبة جاز للخاطب أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً، أو قيمته وقت الشراء إن كان هالكاً أو مستهلكاً"[٢].

---

(١) مأخذ هذا الحكم من فقه الحنفيه، قاعدة التسليط، لمزيد من التفاصيل ينظر الدر المختار ورد المحتار الطبعة الأولى الأميرية، كتاب الحجر ٩٢/٥ وآخر كتاب المأذون ص/١١٢، والأحوال الشخصية لقدري باشا المادة، ( ٤٨٧-٤٨٨)، ومأخذه أيضاً من فقه مالك في (بداية المجتهد ٢١/٢) لابن رشد، ينظر الفقرة (ب ) من المادة ( ٣ ) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مصدر سابق، ص٤٦.هامش١.

(٢) مأخذ هذا الحكم من الفقه المالكي، فقه مالك، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١٩٥/٢ و ١٩٦ الطبعة الأولى مطبعة التقدم العلمية/ ١٣٢٨هـ، تنظر المادة ( ٤ ) من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، المصدر نفسه، ص ٤٨.

## مراجع البحث :

المصادر العربية بعد القران الكريم:

**أولاً: مصادر اللغة العربية ومعاجمها:**

١. أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب،المجلد الأول، دار صادر، بيروت، دون سنة طبع.

**ثانياً: كتب الفقه الإسلامي:**

١. احمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٦.

٢. احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري في صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٩، (٣٧٣/٣).

٣. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً، المجلد الأول، ط٢، دار الفكر العربي، ودار غريب للطباعة، القاهرة، ١٩٧٨.

٤. الإمام أبو بكر الرازي الجصاص، أحكام القران، ج١، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٣٥هـ.

٥. الإمام أبي داؤد سليمان السجستاني، سنن أبي داؤد المسمى السنن، ط١، شركة دار الأرقم بن الأرقم للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٩.

٦. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار المعارف، مصر، ١٩٦٧.

٧. عباس الجميلي، المرشد إلى الأحكام الجعفرية في الأحول الشخصية،ج١،ط١، دار الإحياء لكتب الإسلامية، مطبعة النعمان، النجف،١٩٥٨.

٨. فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب،طه، جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٦-١٩٩٧.

٩. الإمام محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ج٢،ط٦، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٢.

١٠. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،ج١، المدخل الفقه العام،ط٩ منقحة ومزيدة، مطابع ألف باء، دمشق، ١٩٦٧-١٩٧٨.

١١. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد،ج٢، المدخل الفقهي العام، ط١٠، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨.

١٢. الإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج٣، مكتبة الصفا، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٣. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي،ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،١٩٩٦.

١٤. محمود شلتوت، الفتاوى، ط٨، دار الشروق، القاهرة ، ١٩٧٥.

**ثالثاً: الكتب القانونية:**

١٥. د. احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،ج١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٩.

١٦. أحمد علي الخطيب، حمد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط١، جامعة بغداد، ١٩٨٠.

١٧. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاماً، المجلد الأول، ط٢، دار الفكر العربي، ودار غريب للطباعة، القاهرة، ١٩٧٨.

١٨. د. أكرم ياملكي، د. فائق الشماع، القانون التجاري، مطابع جامعة الموصل، موصل، ١٩٨٠.

١٩. د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت،١٩٨٢.

٢٠. د. حسن علي ألذ نون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التأيمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١.

٢١. د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنيت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام والضرورات العلمية،ط١، موسوعة القوانين العراقية، الناشر صباح صادق جعفر، بغداد، ٢٠٠٤.

٢٢. صالح حنفي، قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً، دار الكاتب العربية للطباعة والنشر ، القاهرة، دون سنة طبع.

٢٣. د. عباس العبودي، شرح قانون الإثبات العراقي، ط٢ منقحة ومزيدة، دار الكتب، موصل، ١٩٩٧.

٢٤. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية، دار الكتب للطباعة والنشر، موصل/٢٠٠٠.

٢٥. عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية الزواج والطلاق وآثارهما،ج١، مطبعة جامعة حلب، حلب، ١٩٦٥.

٢٦. علاء الدين خروفه، شح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩،ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٢.

٢٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢.

٢٨. د. عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، مطبعة جامعة بغداد، بغداد، ١٩٨٦.

٢٩. عمرو عبد المنعم سليم، آداب الخطبة والزفاف في الكتاب وصحيح السنة، ط١، مكتبة الإيمان بالمنصورة، القاهرة، ٢٠٠٠.

٣٠. محمد أحمد عابدين، قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين مع أحكام النقض وأراء الفقه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤.

٣١. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، دون سنة طبع.

٣٢. مصطفى حسني السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره،ج١،طه، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ١٩٦٢.

٣٣. د. محمود السر طاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، عقد الزواج وآثاره،ط١، دار العدوي للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٨١.

٣٤. د. يأسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني،ج١، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، نظرية العقد، القسم الأول، انعقاد العقد،ط١، دار وائل، عمان، ٢٠٠٢.

**رابعاً: الرسائل الجامعية والبحوث:**

٣٥. سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة صدام، بغداد، ١٩٩٨.

٣٦. د. عبد الرزاق شيخ نجيب، الخطبة في رؤية فقهية جديدة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الخامسة والعشرون آذار٢٠٠١، الكويت، ٢٠٠١.

٣٧. د. مصطفى إبراهيم الزلي، مقترحات لتعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٨، بحث منشور في مجلة كلية صدام للحقوق، المجلده، العدد٧، آذار ٢٠٠١، جامعة صدام، بغداد، ٢٠٠١.

٣٨. د. محمد عبد العزيز عمر، العدول عن الخطبة وآثاره عند الفقهاء القدامى والمحدثين، بحث منشور في مجلة دراسات، الشريعة والقانون، المجلد١٦، العدد١٠، تشرين الأول١٩٨٩، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٨.

**خامساً: القوانين:**

٣٩. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ.

٤٠. القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ.

٤١. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ النافذ.

٤٢. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ المعدل بموجب القانون المعدل رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١.

٤٣. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، ط١، دار القلم دمشق، دار الشامية، بيروت، ١٩٩٦.

**سادساً: المصادر باللغة الفرنسية:**

44.Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Cours de droit Civil,Tome v1, Les Obliqations, Editions Cuja.Paris,1994.

45. Philippe Malaurie – Laureent Aynes- Pierre-yves autier,les. Contrats Speciaux,Defrenois, Paris,2003.

46. Alain Benabemt, Droit civil, Montchestien, Paris, 1991.