جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الخطبة بين العقد والوعد

على ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب
لخضر حمزة

إشراف الدكتور
عطا الله فشار

أعضاء لجنة المناقشة

د..... رئيسا
د..... مشرفا ومقررا
د..... مناقشا

السنة الجامعية (2016-2017).(1437-1438)

كلمات مضيئة

قال ابن عطاء الله السكندري في حِكمه:

" ما تيسَّرَ طلبٌ أنت طالبه بنفسك ،وما تعسَّرَ طلبٌ أنت طالبه بربك ".

إهـــــداء

إلى شيخي ومعلمي المبارك "مصطفى غفاري"
،الذي حفظت كتاب الله على يديه فأعطاني
بذلك أغلى ما يملك ، أهدي هذا العمل
المتواضع .وأدعوا الله أن ينزل عليه شآبيب
رحمته وعزائم مغفرته .

شكر وتقدير

بعد أن من الله علينا بإتمام هذه الدراسة، فإنه ليشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور:عطا الله فشار الذي قبل أن يكون مشرفا على هذه الرسالة ولاهتمامه الذي أولاني إياه في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق فكان خير مرشد ومعين . وإلى الأساتذة الموقرين الذي قبلوا مناقشة هذا العمل وصرفوا جزءا من وقتهم الثمين في دراسته.كما أتقدّم بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفاضل صالح بن نعجة الذي أمدنا بكثير من مراجع البحث من مكتبته العامرة ولم يبخل علينا بتوجيهاته وإرشاداته.

قائمة المختصرات

ج: جزء

ص: صفحة

ص ص:من صفحة إلى الصفحة

ط:طبعة

إذا لم توجد طبعة نكتب: د.ط

ق.م: القانون المدني

ق.أ: قانون الأسرة

م: المادة

تح: تحقيق

د.س.ن: بدون سنة النشر

د.ب.ن: بدون بلد النشر

د.د.ن: دون دار النشر

ب.ط: بدون طبعة

مقدمة

مـــقدمـــة

الحمد لله الذي يقول الحق وهو يهدي السبيل، والصلاة والسلام على نبينا محمد الصادق الوعد الأمين، خاتم النبيين وإمام المرسلين، جدد الله به رسالة السماء، وأحيا ببعثته سنن الأنبياء،ونشر بدعوته آيات الهداية، وأتم به مكارم الأخلاق وعلى آله وأصحابه والتابعين، الذين فقههم الله في دينه، فدعوا إلى سبيل ربهم بالحكمة والموعظة الحسنة، فهدى الله بهم العباد، وفتح على أيديهم البلاد، وجعلهم أمة يهدون بالحق إلى الحق، فشكروا ربهم على ما هداهم إليه من هداية خلقه والشفقة على عباده، وجعلوا مظهر شكرهم بذل النفس والنفيس في العلم والعمل و الدعوة إلى الله تعالى وبعد :

يسبق كل عقد من العقود ذات الشأن والخطر مقدمات يبين كل واحد من المتعاقدين من خلالها مطالبه ورغباته، فإذا تلاقت الرغبات أقدما فيتم العقد بتلاقي الإرادتين، وعقد الزواج هو أخطر عقد لعاقديه إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية، وهو عقد يعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة ولهذا كانت مقدماته لها خطرها وشأنها .

والشريعة الإسلامية كسائر الشرائع لم تعن بمقدمات أي عقد من العقود سواه ، ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى في لسان الشرع بالخطبة وهي طلب امرأة معينة للتزوج بها.

لكن الخطبة في ظل اختلاف النظم القانونية أصبحت تثير جملة من الإشكاليات خصوصا في الوقت الراهن الذي تختلط فيه المصطلحات القانونية بالآراء الفقهية بناء على تباين الرؤى وتعارض المواقف في توصيف واقعة معينة أو تصرف ما.

والخطبة وإن كانت تصرفا جائزا في الشريعة الإسلامية يسبق عقد الزواج ، إلا أن الفقهاء والقانونيين،اختلفوا في طبيعتها وعليه فالإشكالية التي تطرح الآن هي : هل اقتران الإيجاب والقبول بشأن الخطبة يمكن أن ينتج التزاما يرقى إلى درجة العقد ؟ وإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى وصفا للخطبة بأنها وعد بالزواج، فهل يقع عليها مايقع في الوعد بالتعاقد الذي نظمه القانون المدني بشأن العقود والالتزامات التي ترتبها؟ أم أنها وعد بالتعاقد من نوع خاص، على اعتبار أن المشرع قد أدرج في الشطر الثاني من نفس المادة إمكانية العدول عنها؟ وبالتالي هل

هذا العدول يولد مسؤولية عقدية أو تقصيرية؟ وما هي ثمرة هذا الاختلاف وهل مصطلح الفاتحة في مجتمعنا الجزائري ينطبق على الخطبة أم على عقد الزواج؟.

هذه التساؤلات وغيرها سنجيب عنها في ثنايا هذا البحث.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في القدرة على فهم المصطلحات والتمييز بينها وتحديد المفاهيم الخاصة بطبيعة الخطبة وضبطها، لنستطيع الفصل بينها وبين سائر التصرفات الأخرى التي تتفق معها في المسميات.

وقد اخترنا هذا الموضوع بالذات لأننا رأينا المنشغلين بهذا النوع من الدراسات يقع في التباس في بيان معنى الوعد في الخطبة؛ إذ قراءاته السابقة لقواعد القانون المدني تجعله يصنف الوعد في جملة العقود الملزمة ،وهو مالا يتماشى مع مفهوم الوعد في الخطبة كما أننا لم نجد في كتابات الباحثين السابقين من استوعب هذا الموضوع بشكل تام وتطرق إلى المقارنة بين مفهوم العقد والوعد بالتعاقد وإسقاطهما على الخطبة مثلما تناولناه ،ومع ذلك فإننا لا ننكر إسهامات الأساتذة السابقين في هذا الميدان وعلى سبيل المثال ماكتبه الدكتور عتر في مؤلفه "خطبة النساء "والدكتور العطار في كتابه أيضا " خطبة النساء" والطالبة بريكي حجيلة في مذكرتها الموسومة "التعسف في العدول عن الخطبة" وكذا المذكرة الموسومة ب "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق" من إعداد الطالبة مسعودة نعيمة إلياس.

وبالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري قد تناول أحكام الخطبة في مادتين فقط وهما المادة الخامسة والسادسة إلا أنني لم أتطرق في هذه الدراسة إلى كل الجزئيات المتعلقة بالخطبة كأحكامها وشروطها، ولم أتناول كذلك آثار الخطبة ولا الآثار المترتبة عن العدول عنها كحكم الهدايا والمهر لأنها قُتلت بحثا وتأليفا في نظري، وتناوُلُها لا يأت بشيء جديد،ولكنني سلطت الضوء فقط على مسألة التعويض،لأن له علاقة مباشرة بالمسؤولية المدنية الناجمة عن وقوع الضرر أثناء العدول، وهو موضوع معاصر لم يتكلم فيه الفقهاء القدامى وإنما تعرض له الفقه الإسلامي الحديث ،وتبعته في ذلك التشريعات العربية مع اختلافها في أساس هذا التعويض.

والمنهج الذي سلكناه في هذا الإطار هو المنهج المقارن حيث أننا استهللناه بداية بالمقارنة بين العقد والوعد من خلال مفهومهما في الفقه الإسلامي والقانون المدني ،ثم عرجنا بعد ذلك إلى المقارنة بين من يقول على أن الخطبة عقد وقائل بأنها وعد ومناقشة هذه الاتجاهات مع

عدم تجاهلنا لمصطلح الفاتحة الذي يثير إشكالات في التشريعات العربية بين من يصبغها بصبغة الخطبة ومن يعدها مجلس عقد فسلكنا به منهجا تحليليا خصصناه لشرح المادة نصا وروحا .

ولعل الهدف من هذه الدراسة هو بيان الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة من خلال إيراد النصوص ومناقشة الأقوال للخروج بالنتيجة النهائية في آخر هذا البحث والتي ستفرز لنا طبيعة الخطبة ومن ثم طبيعة المسؤولية الناجمة عن العدول عنها .

وككل عمل أكاديمي فإن بحثنا هذا قد اعترضته جملة من الصعوبات أهمها:

. قلة الكتابات المتخصصة وندرة المصادر والمراجع في هذا الموضوع .

. ضيق الوقت.

. قلة المراجع الفقهية التي تتناول حكم الخطبة وتضارب الأقوال بشأنها.

. الانقسام الواقع بين الفقهاء القدامى والمعاصرين في تعريف الخطبة وصعوبة تحديد معنى متفق عليه؛ ومن ثم صعوبة التوفيق بين الآراء.

وقد وضعنا لدراسة هذا الموضوع خطة رسمنا من خلالها منهجا مقارنا على النحو الآتي :

حيث افتتحناها بمقدمة ثم قسمناها إلى فصلين

الفصل الأول: حيث كان عنوانه مفهوم مصطلح العقد والوعد بالتعاقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون وتضمن مبحثين:

المبحث الأول: وخصصناه لدراسة مفهوم العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني: وخصصناه لدراسة مفهوم مصطلح الوعد بالعقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

أما الفصل الثاني والذي كان عنوانه: طبيعة الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات العربية فقد تناولنا من خلاله مبحثين.

المبحث الأول وخصصناه لتنازع مفهوم الخطبة بين العقد والوعد بالعقد عند الفقهاء و القانونيين.

المبحث الثاني: والذي تضمن التكييف القانوني لما يسمى بالفاتحة سواء في التشريعات العربية أو التشريع الجزائري الذي تعرض لها في المادة السادسة الفقرة 2 من قانون الأسرة فقمنا بشرحها وتحليلها وفق المنظور القانوني والاجتماعي.

وفي الأخير ختمنا بحثنا بأهمّ النتائج التي توصلنا إليها بعد هذه الدراسة المستفيضة، حيث قمنا بتلخيص ماذهبنا إليه وأجبنا على إشكاليات هذا الموضوع .

وقد طعّمنا هذه الخاتمة بجملة من الاقتراحات تتضمن تعديلات تخص المادة الخامسة من الخطبة.

الفصل الأول

مفهوم مصطلح العقد والوعد بالتعاقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الأول: مفهوم مصطلح العقد والوعد بالتعاقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

توطئة

إن المسؤولية العقدية ترسم حدودا تطبق على الالتزامات التعاقدية أي الناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام وهذه يبحث عنها في نظرية العقد، أما الثانية والتي هي المسؤولية التقصيرية فترسم حدودا تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقد ما ،وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار.[1]

والفقه الإسلامي يتفق في كثير من الأسس مع نظريات الالتزامات الأجنبية القانونية خصوصا في اثنين من مصادرها اللذان هما العقد ومجال دراسته نظرية العقد،والفعل الضار و مجال دراسته نظرية الضمان [2].

وسنعالج في هذه الفصل مضمون هاتين النظريتين في دراسة مقارنة بعنوان "مفهوم مصطلح العقد والوعد بالتعاقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي".

[1] مصطفى أحمد الز رقا ،المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي دمشق ،دار القلم ، ط 1999،1 ص108

[2] المرجع نفسه ص 113.

المبحث الأول: العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لما كان التعامل مع الآخرين ضرورة من ضرورات المجتمع البشري التي لا تنفك عنه منذ نشأته؛ لم يستطع الإنسان العيش وحيداً بمعزل عن الآخرين، فتوجب عليه التعاون والتبادل مع غيره ليتمكن من تأمين مستلزماته سعياً منه لإشباع حاجاته ورغباته. وتتنوع صور التعاون والتبادل فيما يعرف بالمعاملات وتبادل الأعيان والمنافع، وتتطور بحسب الزمان والمكان إلا أنها تجتمع على أساس واحد هو" التعاقد مع الآخرين"، وظهور نظرية العقد، تلك التي باتت تنظم اليوم حركة الاقتصاد العالمي، بدءاً بالأفراد الذين لا يكاد يخلو يوم من حياتهم من إبرام عقد من العقود المختلفة الأشكال والمقاصد .[1]

وسنتناول في هذا المبحث مفهوم مصطلح العقد في الفقه الإسلامي في المطلب الأول ثم نتبعه بمفهومه في القانون الوضعي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم مصطلح العقد في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً

أولاً : العقد في اللغة

يطلق العقد في اللغة على معانٍ كثيرة منها:نقيض الحل وهو الربط، والشد، والتوثيق، والإحكام،والإبرام والقوة، والجمع بين الشيئين، ونلحظ مما سبق أنه ومع تعدد معاني العقد في اللغة إلا أنها اتفقت فيما بينها على معنى واحد يدور حول ربط وتوثيق الأشياء بعضها ببعض . [2]

1. سامي عدنان العجوري ،،نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا ـ دارسة فقهية مقارنة ـرسالة ماجستير في الفقه المقارن1434ه / 2013م جامعة الأزهر . غزة، ص18.

[2] جمال الدين ابن منظور،لسان العرب، بيروت ، دار صادر، ،ج10ص222 ب. احمد الفيومي، المصباح المنير ،القاهرة ،دار الحديث ، 2008 ص . محمد الفيروز أبادي، القاموس المحيط ، القاهرة ،دار الحديث ،2008.

ثانياً : العقد في الاصطلاح

لم يفرد الفقهاء القدامى باباً للعقد مستقلاً بذاته ؛ إنما يذكرونه في معرض حديثهم عن أي من عقود البيع، أو النكاح، والإجارة، وغيرها من عقود المعاوضات.

وفيما يلي نظرة الفقهاء العامة للعقود والتي يظهر فيها أن للعقد في الاصطلاح الفقهي معنيان :أحدهما عام والآخر خاص.

الأول :العقد بمعناه العام

ذكر أبو بكر الجصاص أن له معنيين: " العقد هو ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو ما يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به، وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك، وكذلك العهد والأمانة لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك".[1]

ويلاحظ أن كثيراً من الفقهاء عندما يعرفون العقد يقتصرون على المعنى الذي يقترن في الإيجاب بالقبول ولا يذكرون العقد بإرادة الموجب وحده، ولكن يلاحظ أيضاً أن هذه التعريفات جاءت تخص عقوداً بإرادتين كالبيع والإجارة.. إلخ ولذلك فإنهم – في الوقت نفسه – عندما ما يذكرون التصرفات التي بإرادة منفردة كالطلاق والعتاق واليمين فإنهم لا يترددون في إضافة كلمة عقد إليها مما يؤكد أن الاقتصار على المعنى الأول لا يقصد منه إنكار المعنى الثاني، والأهم من هذا كله أن المعنى الثاني (العقد بالإرادة المنفردة) ثابت في كتاب الله عز وجل، قال تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾[2]، أي عقد اليمين الملزم.

---

[1] أحمد الجصاص ،أحكام القرآن ، بيروت لبنان ،دار إحياء التراث العربي ،1992 ، ج2 ص 294، 295.

[2] [المائدة: 89]

فالعقد في الفقه الإسلامي – إذن – يشتمل على نوعين:

- أحدهما: عقد بإرادتين على الأقل وهذا مثل عقود البيع والإجارة والشركة وسائر العقود التي يشترط فيها تلاقي الإيجاب بالقبول.
- وثانيها: عقد بإرادة واحدة وهو ما يسمى العقد بالإرادة المنفردة – في الاصطلاح الحديث – فهو ينعقد بمجرد الإيجاب من العاقد فيلزم نفسه بالعقد وهذا مثل عقود اليمين والنذر والحوالة، عند الحنابلة فهي تنعقد بإرادة المحيل وحده إذا كان المحال عليه مليئاً [1] ، والضمان عند الحنابلة فهو ينعقد بإرادة الضامن وحده [2] ، والوقف على غير معين (كالمساكين والمساجد) هو من عقود الإرادة المنفردة باتفاق الفقهاء والوقف على معين يعتبر من عقود الإرادة المنفردة عند بعض الفقهاء وهو بإرادتين عند بعضهم الآخر [3] .

إن المعنى العام للعقد والأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة كما ذكره الزحيلي يطلق على " كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالإبراء والطلاق واليمين أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن " فهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقا.[4]

الثاني : العقد بمعناه الخاص

1 : تعريف الحنفية للعقد

ذكر الكمال تعريف العقد بقوله" مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما" ومعنى قوله: كلام الواحد القائم مقامهما ؛ كبيع القاضي مال اليتيم ليتيم آخر، أو

[1] إبن قدامة ،موفق الدين ،المغني ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع،د.س.ن. ج 4 ص 468، 473

[2] ابن قدامة ، المرجع نفسه ،ج 4 ص 480، 481.

[3] ابن قدامة ، المرجع نفسه ج 5 ص 491 وما بعدها.

[4] وهبة الزحيلي ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ،دمشق،دار الفكر ،ط3 ،2013 ج10ص84.

شرائه له .وقال صاحب العناية في تعريف العقد" ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره في المحل".

فالارتباط الحكمي بين الإيجاب والقبول أمر لا يتحقق وجود العقد بدونه فإذا قال شخص لآخر :بعتك هذا العقار بألف دينار، وقال الآخر قبلت :فقد ألزم الأول نفسه بتمليك العقار للذي قبل نظير أن يدفع المشتري مبلغ ألف دينار، وبالتالي يكون المشتري قد ألزم نفسه بأن يكون للبائع من ماله ألف دينار مقابل تمليكه للعقار. وقد نتج الالتزام من الطرفين في هذا العقد والذي يترتب عليه تبادل الملك في العوضين من ارتباط كلام أحدهما بكلام الآخر حيث يملك المشتري العقار مقابل ملكية البائع للثمن .ويسمى الربط الحاصل بين الإيجاب والقبول على هذا الوجه انعقاداً. [1]

2 *:* تعريف العقد عند المالكية*:*

يقول القرافي في الفروق ":اعلم أن الأصل في العقود اللزوم لأن العقد إنما شرع لتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ودفع الحاجات، ويناسب ذلك اللزوم دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمقصود غير أن مع هذا الأصل انقسمت العقود إلى قسمين:

أحدهما : إن التصرف المقصود بالعقد يحصل عقب العقد، كالبيع، والإجارة، والنكاح، والهبة، والصدقة، وعقود الولايات.

ثانيهما : لا يستلزم مصلحته مع اللزوم، بل مع الجواز وعدم اللزوم .وهو خمسة عقود:

الجعالة ، القراض ، المضاربة، الوكالة، تحكيم الحاكم ما لم يشرع في الحكومة".[2]

ونلاحظ هنا أنه أطلق العقد على التصرف الذي يتم بإرادة واحدة حيث سمى كلاً من الصدقة، والهبة عقداً.

---

[1] سامي عدنان العجوري ، ،نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا . د ارسة فقهية مقارنة رسالة ماجستير في الفقه المقارن1434هـ 2013 / م جامعة الأزهر . غزة ،ص ص32.

[2] سامي عدنان العجوري ،المرجع نفسه،ص33.

3:تعريف العقد عند الشافعية

ذكر الشيخ زكريا الأنصاري في كتابه التحرير أن العقد نوعان :
الأول : ينفرد به عاقد واحد، وهو النذور، واليمين، والحج، والعمرة والوقف.
والآخر :يعتبر فيه عاقدان.
واعتمد الزركشي في كتابه المنثور تعريف العقد بأنه "هو ربط أجزاء التصرف ؛ أي الإيجاب والقبول شرعاً[1]"

4 : تعريف العقد عند الحنابلة

يطلق العقد عند الحنابلة بمعناه الخاص على كل اتفاق تم بين إرادتين و أكثر على إنشاء التزام أو نقله، فهو لا يتحقق إلا من طرفين أو أكثر.[2]

بعد أن أوردنا معنى العقد عند الفقهاء نرى أن المناط في وجود العقد عند جمهور الفقهاء هو التحقق من وجود إرادتي العاقدين وتوافقهما على إنشاء التزام شرعي بينهما، بما يدل على ذلك من عبارة،أو غيرها، وكثيراً ما يطلق العقد على ما يتم به الارتباط بين العاقدين من كلامين أو كتابتين، أو غير ذلك مما يدل على توافقهما على التزام شرعي.

فهذا هو العقد عند الفقهاء في أكثر إطلاقه لا يعنون به في أكثر عباراتهم إلا الالتزام الذي ينشأ بين طرفين، أو ما يتم به هذا الالتزام من عبارة أو كتابة أو فعل أو غير ذلك. وعرفه أبو زهرة بأنه" :توافق إرادتين ينشأ عنه التزام" [3] ، بينما عرفه الزحيلي على أنه" :ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"[4]

---

[1] سامي عدنان العجوري ،المرجع السابق،ص33.

[2] سامي عدنان العجوري ،المرجع نفسه،ص33.

[3] محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، 1996ص173.

[4] وهبة الزحيلي ،المرجع السابق ص84.

الفرع الثاني:علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي

مما سبق يتضح لنا أن هناك علاقة وطيدة بين العقد بمعناه اللغوي من جهة، والاصطلاحي بالمعنى العام والخاص من جهة أخرى؛ حيث جاءت التعريفات تدور حول توثيق وربط الإرادات على وجه الإلزام كما رأينا، وهذا متفق تماماً مع المعنى اللغوي الذي يدور حول الربط والشد والإحكام والتوثيق.

الفرع الثالث:علاقة المعنى العام للعقد بالمعنى الخاص

في الجملة فإن كتب الفقه تذكر كلمة العقد وتريد بها أحيانا المعنى العام وهو التصرف وتذكرها أحيانا وتريد بها المعنى الخاص وهو ما لا يتم إلا من ربط كلامين يترتب عليه أثر شرعي يقرره الشارع وهذا هو المعنى الشائع المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح لذلك فحينما يطلق العقد عند الفقهاء فإنما يقصدون به المعنى الخاص لا العام الذي يراد به التصرف. [1]

أما العقد في المصطلح القانوني فسنعرج عليه في المطلب التالي.

المطلب الثاني: العقد في الاصطلاح القانوني

الفرع الأول: العقد في الاصطلاح القانوني

يقول السنهوري : هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام او نقله أو تعديله أو إنهائه[2]

ويقول سمير تناغو: العقد اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص أو أشخاص في مواجهة شخص أو أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ويلاحظ أن اصطلاح الاتفاق أوسع من اصطلاح العقد، وأن العقد هو نوع من أنواع الاتفاق، يتميز بأنه منشئ للالتزامات ، أي يحدث أثرا قانونيا، أما الاتفاقات الأخرى فلا يصدق عليها اصطلاح العقد.

---

[1] محمد أبو زهرة ،المرجع نفسه، ص 175

[2] عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت لبنان ،دار إحياء التراث العربي،ج1 ،ص138

ثم يقول تناغو:" والعقد الذي تعنينا دراسته هو الذي يتم في نطاق العلاقات المدنية بين الأفراد وتكون له قيمة مالية أما عقود القانون الدولي العام كالمعاهدات بين الدول وعقود القانون الدستوري كالانتخابات وعقود القانون الإداري كعقود التزام المرافق العامة فهي تخرج من نطاق دراستنا وكذلك تخرج من نطاق دراستنا عقود القانون الخاص إذا لم تكن لها قيمة مالية كعقد الزواج مثلا."[1]

والمهم في العقد أن يكون اتفاقاً على إحداث أثر قانوني أي له قوة الإلزام. والعقد في القانون لا يكون إلا بين شخصين على الأقل فالقوانين لا تعرف العقد بالإرادة المنفردة إلى يومنا هذا ويستوي في هذا الأمر القوانين ذات الأصل اللاتيني والقوانين ذات الأصل الأنجلوسكسوني والقوانين ذات الأصل الجرماني.*

الفرع الثاني: الفرق بين مفهوم العقد عند القانونيين وعند الفقهاء

إن العقد في القانون يلتقي مع التعريف الاصطلاحي عند الفقهاء والعقد في القانون المدني أحد أنواع الاتفاق فليس كل اتفاق عقدا أما العقد في الفقه الإسلامي فمجاله واسع وهو لا يعرف هذا التخصيص ،فالزواج عقد، والإسلام عقد ،والذمة عقد ، كما أن العقد لا يكون إلا بين شخصين على الأقل في القانون، والقوانين لا تعرف العقد بالإرادة المنفردة إلى يومنا هذا، وإنما يعدونها مصدرا خاصا من مصادر الالتزام في الحالات التي حددتها النصوص. [2]

والقول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء الالتزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون، فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم

---

[1] سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام ، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف ، ط 1975 ص 17.

* القوانين اللاتينية ويأتي على رأسها القانون الفرنسي القديم والجديد نسبياً (سنة 1804 م) والقانون الإيطالي القديم والجديد والقانون البرتغالي والقانون الهولندي والقانون التونسي والمراكشي واللبناني والقانون المدني المصري القديم. وأما القوانين الأنجلوسكسوني فهي الإنجليزي وما يجري في فلكه من بعض قوانين الكومنولث البريطاني وهو أصلاً قانون غير مكتوب ويعتمد على السوابق القضائية في القديم ولكن الآن أخذ يدخل في عداد القوانين المكتوبة. والقوانين الجرمانية وأهمها القانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي وإلى جانب ذلك ظهرت حديثاً قوانين متخيرة تأثرت بكل من المدرستين اللاتينية والجرمانية وهذا مثل القانون البولوني والقانون البرازيلي والقانون الصيني والقانون اليابان ويعتبر القانون المدني المصري من هذا النوع وهو تأثر بالفقه الإسلامي أيضاً [يراجع في هذا مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج 1 ص 23 والوسيط للسنهوري ج 1 ص 51].

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 1282

نفسه بعرض يقدمه للجمهور أي لغير شخص معين (كالجعالة في الفقه الإسلامي) وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل ،أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه، أو فقد أهليته ففي كل هذه الفروض، وهي فروض تقع كثيراً في العمل لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . [1]

و الخلاصة أن العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكلا المتعاقدين، وأما في الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة. [2]

الفرع الثالث :مقارنة بين تكوين العقد في الفقه وتكوينه في القانون

العقد يتكون من أركان يقوم بها، والركن لغة: هو الجانب الأقوى من الشيء الذي يمسكه مثل ركن البناء. وركن العقد اصطلاحاً عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية: هو ما لابد منه لتصور العقد ووجوده سواء أكان جزءاً من ماهية العقد أم ليس كذلك فيكفي أن يكون مختصاً به بحيث لا يتصور العقد بدونه وعلى ذلك فأركان العقد عند جمهور الفقهاء هي:

1-صيغة العقد التي تنصب على الرضا.

2-العاقدان.

3-المعقود عليه أو محل العقد.

وأما الحنفية فركن العقد هو ما كان جزاً من ماهية العقد ولا يوجد إلا به فركن العقد عندهم هو صيغة العقد أي الرضا المتمثل في الإيجاب والقبول إذا كان بإرادتين أو الإيجاب فقط إذا كان بإرادة واحدة والخلاف هنا لفظي لأن الأشياء الأخرى عند الجمهور لا بد من وجودها عند الحنفية حتى يتم العقد وإن كانت لا تعتبر من أركانه.

وأركان العقد في القانون لا تختلف في جوهرها عن أركانه في الفقه الإسلامي وإن كان بعض شراح القانون[3] يذهبون إلى أن العقد يتكون من ركنين: التراضي والسبب، والتراضي عندهم

[1] عباس حسني محمد ،العقد في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة بالقانون الوضعي ـ د.ب.ن، د.د.ن، ط 1 ،1993،ص24.
[2] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ص82.
[3] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ص170.

يشتمل على الإيجاب والقبول والعاقدين لأنهما هما الذين يصدران الإيجاب والقبول، فالسبب عند شراح القانون ركن في العقد إلى جانب الإرادة ولكنه ركن متلازم معها لا ينفك أحدهما عن الآخر[1].

وأما المعقود عليه عند القانونيين فهو المحل ولكنه ليس ركناً في العقد عندهم وإنما هو ركن في الالتزام المتولد عن العقد[2]، وهذا التصوير القانوني لا يؤثر في حقيقة المحل وإن كان التصوير الفقهي أدق وهو الصحيح سواء أعتبر المعقود عليه ركناً على رأى جمهور الفقهاء أم لم تعتبره ركناً– على رأى الحنفية – ولكن العقد لا يتصور بدونه، وذلك لأننا إذا اعتبرنا المحل ركناً في الالتزام المتولد عن العقد طبقاً لاصطلاح القانونيين فمعنى ذلك أن العقد يمكن أن ينشأ بدون معقود عليه ثم بعد ذلك يتولد عنه هذا المعقود عليه وهذا فرض مستحيل قانوناً وفقهاً. ومن أجل ذلك نرى أن قول القانونيين أن المحل ركن في الالتزام وليس ركناً في العقد غير صحيح ويتناقض مع حقيقة العقد الذي لا يتصور نشوؤه بدون معقود عليه أو محل. فالتراضي ينصب من العاقدين على محل معين ثم هما يلتزمان به طبقاً للقوة الملزمة للعقد.[3]

المبحث الثاني: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الأول: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد عند الفقهاء

الفرع الأول : تعريفه لغة

الوعد و الموعدة، والميعاد، والمواعدة، وقت الوعد وموضعه، والاتعاد قبول الوعد.
والوعد يستعمل في الخير والشر :يقال وعدته خيرا، ويقال وعدته شرا، فإن أريد استعمال اللفظ في الخير فقط قالوا :الوعد والعدة، وإن أرادوا قصره على الشر قالوا :الإيعاد والوعيد.[4]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ،ج 1 ص 414 وما بعدها.

[2] عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه،ج 1 ص 170.

[3] عباس حسني محمد ،المرجع السابق ص 26.

[4] محمد الفيروز أبادي ،مرجع سابق ص 1764/ ابن منظور،مرجع سابق 241/15

الفرع الثاني : تعريفه اصطلاحا

قال ابن عرفة هي: " إخبار عن إنشاء المخبر معروفا في المستقبل ".[1]

ومعناه الإعلام من طرف الواعد بالالتزام بأمر حسن وهو المعبر عنه هنا بالمعروف وهو في مقابل المنكر يقع في المستقبل ، فإذا كان الإخبار بالإنشاء قد تم في الماضي أو الحاضر فإنه لا يسمى وعدا.

والفقه الإسلامي لا يفرق بين وعد بالتعاقد ووعد بغيره كما عرفنا، وكلمة "معروفا" في التعريف تصدق على التعاقد؛ إذ هو أمر أجازه الشارع الحكيم لحاجة الناس وغير ذلك، ولذلك يشترط في محل العقد أن يكون مشروعا وأن يكون ممكن الاستيفاء ومعلوما .

وهذا يبين أن الوعد بالتعاقد وعد بمعروف وإن كان معروفًا خاصا لا مطلق معروف؛ ولذا فإن التعريف المذكور يصلح لتعريف الوعد بالتعاقد.ويظهر من هذا أيضا أن الوعد بالتعاقد تصرف يتم من جانب واحد فهو من أعمال الإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي، كذلك لا يلزم أن يكون الوعد بالتعاقد بحضرة الموعود له.[2]

الفرع الثالث: أنواع الوعد

ويمكن النظر إلى الوعد من نواحٍ متعددة، فمن ناحية أطرافه قد يكون الوعد من جهة واحدة، وقد يكون من جهتين، فإذا وعد شخص آخر بأن يبيعه قطعة أرض فهنا وعد من جانب واحد، وفي هذا المثال إذا وعده الطرف الآخر بالشراء فهنا وعد من جانبين.

ويمكن النظر إلى الوعد من ناحية محله، فقد يكون تصرفًا فعليا أوقوليا، فمن وعد آخر بأن يساعده في البناء أو في حفر بئر أو تجهيز أرض للزراعة أو طبع مؤلفه.. إلخ، فهذه وعود بتصرفات فعلية.

ومن يعد آخر بأن يبيعه قطعة أرض أو يؤجره منزلاً أو يهبه مالاً فهذه وعود بتصرفات قولية، وقد ينظر إلى محل الوعد من ناحية ماليته، فقد يكون مالاً وقد يكون غير ذلك ففي الخطبة– كما

---

[1] محمد الحطاب الرعيني، تحرير الكلام في مسائل الالتزام،تحقيق عبد السلام محمد الشريف،بيروت لبنان ،دار الغرب الإسلامي،ط1، 1984.

[2] سيف رجب قزامل ،الوعد بالتعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، العدد 2 ،1978 ،ص23.

سنرى وهي وعد بالزواج –محل الوعد غير مال إذا المقصود عقد الزواج، وهو وإن كانت له آثار مالية إلا أنه لا ينظر إليه في الأصل على أنه مال بل يقصد به الحياة الزوجية والسكن والمودة... الخ، وفي الوعد بالبيع والهبة يكون محل الوعد مالاً .[1]

الفرع الرابع:أحكام الوعد

قال النووي من الشافعية في الأذكار" :قد أجمع العلماء على أن من وعد إنساناً شيئاً ليس بمنهي عنه، فينبغي أن يفي بوعده، وهل ذلك واجب أم مستحب؟ فيه خلاف بينهم، ذهب الشافعي وأبو حنيفة والجمهور إلى أنه مستحب، فلو تركه فاته الفضل، وارتكب المكروه كراهة شديدة، ولكن لا يأثم "[2]

بينما افترق فقهاء المالكية في القضاء بالوعد إلى أربع أقوال :

الأول : أنه يقضي على الواعد بتنفيذه مطلقا.

الثاني: أنه لا يقضي عليه بتنفيذه مطلقا.

الثالث: أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب سواء دخل الموعود بالسبب أو لم يدخل كأن يقول له تزوج وأنا أدفع لك نفقة الزفاف فإنه يقضي عليه بدفع نفقات الزفاف ولو لم يتزوج.

الرابع : أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب ودخل الموعود بالسبب ففي المثال السابق لا يقضي على الواعد بتنفيذه وعده إلا إذا تزوج الموعود .

وهذا القول الرابع هو المشهور عند المالكية قال محمد بن رشد: إذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الأقوال.[3]

قال القرافي في الفروق (الفرق 214) مانصه" : وجه الجمع بين الأدلة المتقدمة التي يقتضي بعضها الوفاء به، وبعضها عدم الوفاء به، أنه إن أدخله في سبب يلزم بوعده لزم، كما

[1] سيف رجب قزامل،المرجع السابق، ص5.

[2] محمد بن علان الصديقي ،الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية،بيروت لبنان،دار إحياء التراث العربي ،ج6 ص285

[3] محمد الحطاب الرعيني،مرجع سابق،ص153.

قال مالك وابن القاسم وسحنون أو وعده مقروناً بذكر سبب."وقال في موضع آخر" : أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق" [1]

ومما تقدم يتضح أن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل ومثله ما إذا ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد ونشأ عن تخلف الواعد– الملتزم _ بتنفيذ وعده ضرر ما، حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك، هذا هو المشهور المعتمد عليه في مذهب المالكية ولاشك أن القول بذلك ناشئ عن مبدأين في الشريعة :

الأول: قوله تعالى أوفوا بالعقود ومثله كل وعد صدر من الإنسان .

الثاني: قوله لا ضرر ولا ضرار.[2]

المطلب الثاني: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد عند القانونيين

الفرع الأول:تعريفه

الوعد بالتعاقد عقد كامل لا مجرد إيجاب، و لو كان إيجابا يستطيع الموجب–طالما لم يصدر قبول– أن يرجع فيه، و هذا غير ممكن في الوعد بالتعاقد. إذ يلتزم الواعد بالبقاء على وعده إلى أن يبدي المستفيد من الوعد رغبته في ذلك أو لا يعلن عنها فيتحلل الواعد من وعده فهو لذلك أكثر من إيجاب لكن هو في ذات الوقت ليس العقد النهائي المراد إبرامه و عليه فالوعد بالعقد يعد عقدا و لكنه ملزم لجانب واحد– أو لجانبين أحيانا– يتمثل محله في إبرام عقد نهائي في المستقبل. [3]

والوعد بالتعاقد في القانون المدني هو :التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين صادر عنه موجه إلى الطرف الآخر ، بقصد إبرام عقد بينهما و يجب أن يكون الوعد بالتعاقد كاملا، أي مشتملا على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه"[4]

---

[1] أحمد بن إدريس القرافي ،الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق ،بيروت لبنان ،دار الكتب العلمية ط1 ، 1998ج4ص51.

[2] مصطفى السباعي ،شرح قانون الأحوال الشخصية،دمشق،مطبعة جامعة دمشق،ط6، 1965ج1ص 70

[3] الدكتور علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الخامسة 2003 ، ص 46

[4] جافري ارزقي ، محاضرات في القانون المدني (الالتزامات) جامعة البليدة.

قال السنهوري:"إن الوعد بالتعاقد هو عقد يتم بإيجاب وقبول ،ولكنه ملزم لجانب واحد فقط هو الواعد أما الموعود له فلا يلتزم بشيء"[1].

وقد نصت عليه المواد 101،102 من القانون المدني المصري على"الوعد بالتقاعد " وكان متفقا مع القانون المدني الجزائري الذي تكلم عنه في المادتين 71 والمادة 72 حيث تنص المادة 71 أن : "الاتفاق الذي يعد له المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ،لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ،و المدة التي يجب إبرامه فيها" . –كما تنص المادة 72 أن " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتقاعد الأخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد" .[2]

والوعد بالتعاقد هو المرحلة الوسطى بين الإيجاب وبين إتمام العقد فهو إذن مرحلة تمهيدية لإبرام العقد النهائي في المستقبل .

إن الإيجاب هو التعبير عن إرادة منفردة في التعاقد ،أما الوعد بالتعاقد فهو عقد يشتمل على إيجاب وقبول، إلا أن هذا الإيجاب والقبول لا يقومان إلا على مجرد وعد، فهو عقد تمهيدي لأنه يمهد لإبرام عقد نهائي. [3]

"والوعد بالتعاقد إما أن يكون ملزما لجنب واحد (الواعد) أو للجانبين و علة اللجوء إلى الوعد بدل التعاقد بصفة نهائية من أول الأمر تختلف بحسي الحالات : فقد يرغب مستأجر في شراء العين لاحقا، و بالتالي يحصل من المؤجر على وعد ببيعها له إن هو رغب في ذلك و قد يريد شخص فتح محلات تجارية في مكان معين غير أنه لا يستطيع منذ الوهلة الأولى رواج تجارته في المكان و لا يريد بالتالي شراء العقارات التي يستخدمها في تجارته فيلجأ إلى استئجارها أولا، لكن في نفس الوقت يحصل من المؤجر على وعد ببيعها له ؛و هذا متى رغب في ذلك و هو لاشك سيرغب في ذلك متى ازدهرت تجارته في ذلك المكان"[4]

---

[1] سمير عبد السيد تناغو،مرجع سابق ص 49.

[2] سيف رجب قزامل : مرجع سابق ص 23 ة.

[3] غنية قري،نظرية الالتزام ،الجزائر،دار قرطبة ،ط1 ،2007 ،ص53 .

[4] عبد الرزاق دربال ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر 2004، ص44

ومن مضامين هذا العقد التمهيدي الاتفاق على تعيين جميع المسائل الجوهرية في العقد، فإذا كان هذا العقد بيعا وجب تعيين الشيء المبيع والثمن ،ويجب كذلك تعيين المدة التي يجوز للموعود له أن يعبر فيها عن إرادته، بحيث إذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر منه تعبير عن الرغبة في تنفيذ الوعد فإن الوعد يعتبر كأن لم يكن . [1]

إذن فهذاالاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل هو وعد رسمي بالتعاقد نص عليه القانون .

لكن إذا امتنع الواعد عن تنفيذ التزامه ووعده فيحق للموعود له رفع دعوى أمام المحكمة، تلزم الواعد بالتنفيذ وإبرام العقد النهائي، ويقوم هنا حكم المحكمة مقام العقد النهائي. [2]

وواضح من التعريف أن الوعد بالتعاقد وإن لم يكن هو العقد المقصود إنما هو في الحقيقة وسيلة إليه، وإلا لجأ المتواعدان إلى التعاقد المراد مباشرة.

الفرع الثاني: شروط الوعد بالتعاقد

الشرط الأول : تعيين كافة المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه .فالوعد بالنسبة للواعد هو إلتزام نهائي بالعقد الموعود به ، ولهذا يجب أن ينصب وعده على تصور كاف لهذا العقد ..ففي الوعد بالبيع يجب تعيين الشيء المبيع والثمن ، وفي الإيجار يجب تحديد العين المؤجرة والأجرة ومدة الإيجار.

الشرط الثاني : تحديد مدة للوعد يلتزم فيها الواعد بوعده ويلتزم المستفيد بممارسة خياره بين إجراء العقد أو رفضه . ويترتب على تخلف هذا الشرط بطلان الوعد . هذا الأجل قد يكون صريحاً وقد يستفاد ضمنياً من الظروف ، كأن ينصب الوعد على منح منشأة صناعية جناحاً في معرض يفتتح بعد شهرين . أجل الوعد هنا هو المدة الباقية على افتتاح المعرض . أو إذا حصلت على وعد من الخطوط الجوية بأن تحجز لك مكاناً للسفر إلى الحج . مدة الوعد تستفاد من المدة المتبقية على بدء موسم الحج.

[1] سمير عبد السيد تناغو،مرجع سابق ص 49.

[2] غنية قري،المرجع السابق ص 55.

الشرط الثالث : أن يتم الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لإجراء العقد النهائي . فإذا كان العقد الموعود بإبرامه شكلياً كالهبة أو الرهن الرسمي فيجب أن يتم الوعد في نفس الشكل وإلا وقع باطلاً . فإذا أبرم وعد برهن رسمي في ورقة عرفية كان الوعد باطلاً لأنه لم يتم في ورقة رسمية فلا يجبر الواعد على إجرائه في الشكل المطلوب ولا يقوم حكم القاضي مقام الشكلية . إذ لو جاز ذلك لتمكن المتعاقدان من التحايل على الشكل الذي يفرضه القانون.

الشرط الرابع : يجب في الوعد الملزم لجانب واحد أن يتوافر في الواعد وقت الوعد الأهلية اللازمة لإبرام العقد النهائي . وتقدر عيوب الإرادة بالنسبة له في هذا الوقت . أما المستفيد فتكفي أهلية التمييز وقت الوعد.

أما في الوعد الملزم لجانبين يجب توافر أهلية إبرام العقد النهائي عند المتعاقدين وقت إبرام الوعد.[1]

الفرع الثالث : صور الوعد بالتعاقد في القانون

قد يكون العقد التمهيدي الابتدائي ملزما لجانب واحد وقد يكون ملزما لجانبين وله ثلاث صور ومن أجل تقريب العبارة نعطي مثالا لعقد البيع :

أولا : الوعد بالبيع: يكون الواعد وهو البائع ملتزما ببيع سلعة معينة عند إظهار الموعود له رغبته في الشراء.

ثانيا :الوعد بالشراء: يكون الواعد هنا وهو المشتري ملتزما بشراء سلعة معينة من الموعود له وهو هنا البائع الراغب في إبرام العقد.

ثالثا: الوعد بالبيع من جانبين : أي من طرف البائع والوعد بالشراء من طرف المشتري فالوعد بالتعاقد يكون هنا ملزما للطرفين [2]

[1] www.4algeria.com 2017/05/17، 10:30

[2] غنية قري ، مرجع سابق ص 53.

الفرع الرابع: وجه الخلاف في مفهوم الوعد بالعقد عند القانونيين وعند الفقهاء

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن الوعد بالتعاقد ليس هو المراد إبرامه ؛ وإنما هو وسيلة تمهيدية إلى ذلك العقد، وليست هذه النظرة متمخضة في الفقه الإسلامي كما في القانون ؛ بل إن الوعد عمل من أعمال المعروف في الفقه الإسلامي يدل الوفاء به على حسن الخلق وجميل الصفات.

ولكن وجه الخلاف أن القانون اعتبر الوعد بالتعاقد عقدا بينما العكس في الفقه الإسلامي إذ أن هناك فرقا بين العقد والوعد كما رأينا.

إضافة إلى ذلك فالوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي أوسع منه في القانون؛ إذ أن للعقد إطلاقين في الفقه الإسلامي، فهو يصدق على ما يتم بإرادتين وما يتم بإرادة واحدة كما رأينا، بينما القانون يقصر العقد على ما يتم بتبادل تعبيرين، ومن ثم فإن دائرة الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي على القول بأن ما يتم بإرادة واحدة عقد أوسع من دائرة الوعد بالتعاقد في القانون. [1]

وخلاصة القول في هذا الفصل أن دائرة العقد والوعد في الفقه الإسلامي أوسع منها في القانون .

[1] محمد رجب قزامل، مرجع سابق ،ص6.

الفصل الثاني

طبيعة الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

الفصل الثاني: طبيعة الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

توطئة

بعدما تناولنا في الفصل الأول مفهوم العقد والوعد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نحاول في هذا الفصل أن نسقط هذه المفاهيم على الخطبة لنستخرج منها التعريف الصحيح الذي يناسبها ونتبع ذلك بمدى تأثر مصطلح الفاتحة بهذه المفاهيم ومن أجل ذلك فقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تنازع مفهوم الخطبة بين العقد والوعد بالعقد عند الفقهاء والقانونيـين

المبحث الثاني: التكييف القانوني لما يسمى بالفاتحة.

المبحث الأول: تنازع مفهوم الخطبة بين العقد والوعد بالعقد عند الفقهاء والقانونيين

استنادا إلى قواعد الوعد بالتعاقد من الناحيتين الشرعية والقانونية التي مرت بنا ،عد بعض العلماء الخطبة تطبيقا عمليا للوعد بالتعاقد يشترط في المخطوبة والتي هي محل الوعد ألا يكون هناك مانع يمنع من التزوج بها في الحال ، فهل هذه الأحكام الخاصة بالوعد قادرة على أن تحسم الموقف من الوعد الخطبة .أم أن لهذه الاخيرة طبيعة متميزة تجعل منها أمرا مختلفا عن الوعد بمفهومه السابق من الناحيتين الشرعية والقانونية [1].

سنحاول في هذا المبحث تناول مفهوم الخطبة أولا ثم حكمها في المطلب الأول لأن الحكم عن الشيء هو فرع عن تصوره ثم نعرج على ذكر الاختلاف في طبيعتها بين الفقهاء والقانونيين في المطلب الثاني.

المطلب الأول:مفهوم الخطبة

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر، واختطب القوم فلانا إذا دعوه لتزويج صاحبتهم ، فهي خطبة ولا يصح استعمال المصدر الشائع وهو الخطوبة والخطب بالكسر تطلق على الخاطب والمخطوبة، والخطيب الخاطب،وجمع الخاطب خطاب،والخطب المرأة المخطوبة وجمعها أخطاب .[2]

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

لقد تعددت عبارات العلماء في تعريفها, إلا أنها متقاربة, ومن بين هذه التعاريف أن الخطبة التماس الزواج من امرأة معينة ،بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها ، أو هي طلب

[1] سيف رجب قزامل ،مرجع سابق ،ص28.

[2] ابن منظور،مرجع سابق ج5 ، ص98.

الرجل التزوج بامرأة معينة،خالية من الموانع الشرعية ،وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها أو عن طريق أجانب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما.

وقد تكون الخطبة بالتصريح مباشرة كأن يقول الخاطب لمن يخطبها إني أريد أن أتزوجك أو أرغب التزوج بك وغيرها من الجمل الصريحة، أو يقول الآن أتزوج ونحو ذلك . [1]

والخلاصة أن الخطبة بمعناها الاصطلاحي هي "طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية" ،[2].

وقد نص المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن:"الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك إلى الفقه.[3]

الفرع الثالث : حكمها

الخطبة عند المالكية مستحبة وعند جمهور العلماء جائزة ' قال ابن جزي المالكي وهو يتكلم عن حكم الخطبة "هي مستحبة " [4]وجاء في المنهاج للإمام النووي " لا تحل خطبة خلية عن نكاح وعدة لاتصريح لمعتدة " قال في المغني ـ شرح المنهاج ـ تعبيره بالحل يفهم أنها غير مستحبة وقال الغزالي : هي مستحبة وقيل هي كالنكاح إذ الوسائل كالمقاصد.[5]

[1] بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،وفق آخر التعديلات،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية ط 6، 2010 ج1ص70.

[2] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09يونيو 1984يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005

[3] بلحاج العربي،المرجع نفسه،ص71.

[4] محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، القاهرة،دار الحديث ،2005 ، ص 159 .

[5] شمس الدين الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ،بيروت لبنان،دار الكتب العلمية ،2000،ج4ص219.

المطلب الثاني :الاختلاف في طبيعة الخطبة بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية

الفرع الأول : التمييز بين الخطبة والوعد بالتعاقد

الخطبة اتفاق متميز ومختلف عن الوعد بالتعاقد ،ويظهر هذا الاختلاف واضحا من عدة نواحي.سواء من حيث التنظيم الفقهي، والصياغة، والقوة الإلزامية، والالتزامات التي تنشأ عن كل ذلك .

أولا : خصوصية التنظيم الفقهي للخطبة

على خلاف الوعد بالتعاقد الذي ليس له تنظيم فقهي خاص به خص الفقه الإسلامي الخطبة باهتمام بالغ , فعمل على دراستها وبحثها بشكل دقيق ومفصل وذلك منذ بدايتها وإتمامها حتى لحظة العدول عنها وفسخها فكان لها بذلك تنظيم فقهي متكامل وخاص بها.

لقد خص الشارع الإسلامي الخطبة في مراحلها المبكرة بأحكام تعتبر استثنائية وخروجا على بعض القواعد العامة ومن ذلك أنه أجاز لكل من الخاطب و المخطوبة النظر للطرف الآخر وتكرار النظر . كما أجاز الحديث مع المخطوبة استثناء من الأصل العام الذي تحرم النظر الى المرأة الأجنبية ومجالستها . وكل ذلك حرصا منه على ضمان حسن الاختيار وسلامته.

كما بين الفقه الشرائط الشرعية اللازمة لإتمام الخطبة وصحة انعقادها . كل ذلك ضمن قواعد دقيقة , وضعت لضبط هذه المرحلة الأساسية من مراحل الزواج . وهي مرحلة ما قبل العقد النهائي.

من حيث الصياغة:

تختلف في شكلها ومضمونها عن الوعد بالتعاقد. فهذا الأخير لا ينعقد إلا إذا تم الوعد بصيغة جازمة لا تردد فيها ولا تسويف. فقد اشترط الفقه من أجل صحة الوعد لزوم انعقاده بصيغة التأكيد والجزم .ولا ينعقد عند اقترانه بصيغة التأخير والإرجاء حتى ولو قبل الطرق الآخر قبولا باتا . وهذا ما يفسر إصرار الفقه على ضرورة استخدام صيغة الماضي والمضارع في صياغة الوعد بالتعاقد . كما لا تكفي الإرادة المنفردة للواعد لإنشاء الوعد. بل لابد من استيفاء طريقة صياغة معينة يؤدي عدم احترامها إلى عدم انعقاد الوعد.

أما الخطبة فهي على النقيض من الوعد لاتعد اتفاقا شكليا فلم يشترط الفقه في صياغتها طريقة معينة , وانما أجاز انعقادها بكل لفظ صريح أو حتى غير صريح . فيجوز أن تنعقد الخطبة بصيغة غير قاطعة الدلالة عل ابرام عقد الزواج كقراءة الفاتحة وتقديم الهدايا.

ولا يقف الاختلاف بين الخطبة والوعد عند الشكل . وإنما يختلفان أيضا من حيث المضمون والمعنى . فلا بد في الصياغة اللازمة لصحة انعقاد الوعد بالتعاقد أن تعني الحزم في إنشاء العقد والتأكيد على إبرامه والالتزام به مستقبلا . كقولنا – بعتك هذا الشئ . او اشتريت منك هذه السلعة , اما الخطبة فلا يشترط فيها التأكيد على إبرام عقد الزواج والالتزام به مستقبلا .ولو اشترط الفقهاء ذلك لما انعقدت الخطبة إلا عند إعلان الخاطب عن رغبته في الزواج بصيغة تدل دلالة واضحة وقاطعة على ابرام عقد الزواج.

ثانيا: من حيث القوة الإلزامية

تلتقي الخطبة مع الوعد بالتعاقد في ناحية أساسية هي أن كليهما لا يتمتعان بالقوة الإلزامية لإبرام العقد فلكليهما حق العدول . وذلك على الرغم من دعوة بعض الفقهاء المعاصرين الى ضرورة احترام الوعد بالعقد وأوجبوا ضرورة السير على نهج الفقه المالكي الذهب في أرجح أقواله الى أن الوعد بالتعاقد ملزم قضاء ,وأنه يجب الوفاء به إذا دخل الموعود له بسببه في هذا الأمر ولاشك أن ذلك يتفق مع ما تأمر به الشريعة من الوفاء بالالتزام . وذهب الدكتور محمد سراج على أن الحلول التي جاء بها القانون المدني بشأن الوعد بالتعاقد تتفق كليا مع ما ذهب اليه الراجح في الفقه المالكي.

ثالثا: من حيث الالتزامات

إذا كان صحيحا ان الوعد بالتعاقد هو مجرد اخبار عن انشاء الواعد شيئا في المستقبل دون أن يلزم نفسه بشئ عند النطق به . فهل من الصحيح اعتبار الخطبة كالوعد بالتعاقد مجردة من أي التزام ؟[1]

هذا ما سنتناوله في الفرع الثاني.

[1] http://www.qanounfaq.com يوم 2017/05/17 الساعة10:45

الفرع الثاني :طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

لم يثر الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة الخطبة كونها عقدا أوعدا بل إن هناك إجماعا على أنها التماس أو وعد وليست عقدا غير أن الاختلاف الذي وقع بين الفقهاء هو في مدى لزوم هذا الوعد من عدمه وهو ما أفرز اتجاهين في هذا الموضوع .

أولا : الفريق الأول : الخطبة وعد ملزم

يذهب عدد من الفقهاء استنادا إلى القول بوجوب الوفاء بالوعد إلى اعتبار الخطبة وعدا لازما يجب الوفاء به ، ومن الذين قالوا بوجوب الوفاء بالوعد وأن عدم الوفاء به محرم يعاقب عليه الواعد. من التابعين وغيرهم عمر بن عبد العزيز والحسن البصري وعبد الله بن شبرمة .

ومن فقهاء المالكية الإمام القرطبي في تفسيره و الشيخ عليش في فتاواه المسماة فتح العلي المالك ،والتي ضمنها كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام كاملا للإمام الحطاب[1]،وكذلك الإمام القرافي في كتابه الفروق في الفرق الرابع عشر بعد المائتين وقد تعقبه أبو القاسم ابن الشاط المالكي[2] في بعض آرائه في ذلك في حاشيته على الفروق ومن جملة ما قاله ابن الشاط:" الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا، فيتعين تأويل ما يناقض ذلك، ويجمع بين الأدلة".

وممن قال بلزوم الوفاء بالوعد من غير المالكية الإمام الغزالي .والسبكي و ابن رجب و شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وغيرهم.[3]

وأما دليلهم: من الكتاب فقوله تعالى { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (2) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ}[4].

---

[1] محمد أحمد عليش:فتح العي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ،بيروت لبنان،دار المعرفة للطباعة والنشر،ج1ص254

[2] القرافي :المرجع السابق ص 55.

[3] يوسف القرضاوي : الوفاء بالوعد، طبعة الكترونية Word، ص ص5 ،10.

[4] سورة الصف: 2 ، 3

ومارواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان)). [1]

ثانيا : الفريق الثاني :الخطبة وعد غير ملزم

والذين تبنوا هذا الاتجاه هم الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكيّة (فيما إذا كان الوعد مجرداً) هؤلاء يرون الوفاء بها مستحباً، قال النووي من الشافعية في الأذكار" :قد أجمع العلماء على أن من وعد إنساناً شيئاً ليس بمنهي عنه، فينبغي أن يفي بوعده، وهل ذلك واجب أم مستحب؟ فيه خلاف بينهم، ذهب الشافعي وأبو حنيفة والجمهور إلى أنه مستحب، فلو تركه فاته الفضل، وارتكب المكروه كراهة شديدة، ولكن لا يأثم " [2] . واستندوا في ذلك إلى أن الوفاء بالوعد مستحبّ وليس بواجب ديانةً .

دليلهم : كل ما استدل به هذا الفريق من أدلة فهي لا تخلوا من مقال ولا تصلح للاحتجاج أمام الأدلة الكثيرة المؤيدة للقول بوجوب الوفاء بالوعد، كما أن الأحاديث التي أوردوها لا تقوى على معارضة هذه النصوص، لا من ناحية ثبوتها، ولا من ناحية دلالتها.غاية ما في الأمر أن ما صلح للاحتجاج لهم هو أنهم:

أ ـ حملوا المحظور الذي نهى الله عنه ومقت فاعله عليه في قوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (2) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ } على من وعد وفي ضميره ألا يفي بما وعد. أو على الإنسان الذي يقول عن نفسه من الخير ما لا يفعله .

ب– وأجابوا على استدلال الموجبين للوفاء بالوعد المجرد بحديث " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان": بأن ذم الإخلاف إنما هو من حيث تضمنه الكذب

[1] محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري ،كتاب الإيمان، باب علامة المنافق، رقم 33 ومسلم بن الحجاج القشيري :صحيح مسلم بشرح النووي، كتاب الإيمان.،باب خصال المنافق رقم 58 .

[2] محمد بن علان الصديقي :مرجع سابق،ص286.

المذموم إن عزم على الإخلاف حال الوعد، لا إن طرأ له،وأن أكثر الفقهاء نصوا على أنه ينبغي للواعد أن يستثني في وعده بقوله: " إن شاء الله ".

غير أنهم اختلفوا في حكم هذا الاستثناء:فقال الإمام الغزالي : هو الأولى وقال العلامة الجصاص : إن لم يقرنه بالاستثناء فهو مكروه وقال الحنابلة والظاهرية: يحرم الوعد بغير استثناء ودليل الاستثناء قوله تعالى { وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا (23) إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ } [1].

و لأن الواعد لا يدري هل يقع منه الوفاء أم لا؟ فإذا استثنى وعلق بالمشيئة الإلهية خرج. عن صورة الكذب في حال التعذر.[2]

قال الزحيلي :"بما أن الخطبة ليست زواجا وإنما هي وعد بالزواج ،فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة،لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام ولكن يطلب أدبيا الا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة، مراعاة لحرمة البيوت وكرامة الفتاة،وينبغي الحكم على المخطوبة بالموضوعية المجردة لا بالهوى أو بدون مسوغ معقول فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي أنشأه لأن عدوله هو نقض للعهد والوعد "[3].

الرأي الراجح :إن الخلاف المنقول في وجوب الوفاء بالوعد واستحبابه عند الفقهاء قد يقبل فيما كان من باب البر والمعروف والإرفاق، على معنى أن من وعد إنسانًا بصلة أو خدمة يقدمها له قد يجري فيه الخلاف السابق ؛ لأن أصله تبرع محض، ويستقبح منه على كل حال إخلافه، وهذا ما تعارف الناس عليه ؛هذا ما لم يدخل الوعد في التزام مادي ، فإنه يشبه أن يكون تعاقدا ضمنيا كعقد (الجعالة) فإنما هو وعد من (الجاعل) كأن يقول: من رد علي مالي المفقود، فله كذا.. فرده عليه، فيلزمه إعطاؤه ما وعد به.

---

[1] سورة الكهف: 23، 24.

[2] نزيه كمال حماد: الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي،تحرير النقول ومراعاة الاصطلاح ،طبعة الكترونية Word، ص10.

. عبد الله بن سليمان بن منيع : الوعد وحكم الإلزام به ديانة وقضاء،مجلة البحوث الإسلامية،الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء ،الرياض ،العدد36، 1413هـ ص129.

[3] وهبة الزحيلي :مرجع سابق،ص39 ج8 .

ومن ذلك ما تعد به المؤسسات الثقافية من جوائز تمنحها لمن يستوفي شروط السبق في مسابقات علمية تعلن عنها، ومثلها المسابقات الرياضية ونحوها.

فهذا الوعد في شؤون المعاوضات والمعاملات،التي يترتب عليها التزامات وتصرفات مالية واقتصادية،ويترتب على جواز الإخلاف فيها إضرار بمصالح الناس وتغرير به لاخلاف في أنه واجب.[1]

ونظرا لكون الخطبة هي وعد في نظر الفقهاء،وما دام حكم الخطبة يدور بين الجواز والاستحباب ،فنرى أن حكم العدول عنها يدور بين الجواز وبين استحباب المضي في إتمام آثارها ولم نسمع من قال بوجوب الوفاء بها إلا في رأي شاذ قديم منسوب لابن شبرمة ومقتضاه أن الواعد يلزمه الوفاء بالوعد مطلقا بل ويجبر على ذلك بواسطة القضاء وعلى إتمام إجراءات الزواج [2]وعلى فرضية صحة هذا الرأي فإنه لاينطبق عن الخطبة.

قال السباعي: "إن الإجماع منعقد على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم بل له الرجوع في وعده" واستدل بقول الخرشي المالكي في الهامش بقوله: قال الخرشي: "..ويكره للرجل ترك من ركنت إليه بعد خطبته أي وافقت على خطبته لأنه من إخلاف الوعد. وقال بعض ولا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك الخاطب إلى غيره". [3]

لذلك فالرأي الراجح في شأن الخطبة هو قول الجمهور؛ وهو أن الخطبة وعد غير لازم وينتج على القول بخلافه أنه قد ينعقد في أحيان ما بدون رضا الطرفين أو أحدهما وليس هذا

[1] يوسف القرضاوي:مرجع سابق ص 9 .

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزائر ،دار هومة ، ط2 ،2006.ص 33 .

[3] مصطفى السباعي،مرجع سابق ص 71، انظر محمد الخرشي المالكي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ،بيروت ، دار الفكر ، د،س،ن ، ج2ص168.

بشأن عقد الزواج لما له من خطر، والمصلحة توجب إعطاء كل من الطرفين التحلل من الخطبة إذا حدث ما يدعوا لذلك[1].

قال ابن قدامة: "ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك ، لأن الحق لها وهو نائب عنها ولا يكره لها الرجوع أيضا إذا كرهت الخاطب، لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها،وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره ؛ لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم ؛ لأن الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها".[2]

وقد سئل الإمام السيوطي هذا السؤال:رجل خطب امرأة ،ثم رغبت عنه هي أو وليها ، فهل يرتفع التحريم عمن يريد خطبتها؟ وهل الخطبة عقد شرعي وهل هو عقد جائز من الجانبين أولا؟

فأجاب: " ...الظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم، بل جائز في الجانبين قطعا"[3].

الفرع الثالث : طبيعة الخطبة في التشريعات العربية

لاشك أن للتكييف القانوني دور أساسي في مسألة الخطبة فإذا تمت وأدى ذلك إلى إبرام عقد الزواج فهنا لايثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج فإنه من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقدا أم وعدا بالعقد؟ وإذا كيفناه وعدا بالعقد مثلا هل تأخذ ذات الحكم المتعلق بالوعد بالعقد المنصوص عليه في القانون المدني؟ هذا ما سنجيب عليه في هذا المطلب.

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص33 .

[2] موفق الدين بن قدامة:المغني ، بيروت، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ص 523ج7.

[3] جلال الدين السيوطي:الحاوي للفتاوي،بيروت لبنان،دار الكتب العلمية،ط1982،ج1ص187.

الفرع الأول:الاتجاه الأول:اعتبار الخطبة عقد ملزما والعدول عنها يوجب التعويض على أساس المسؤولية العقدية

اعتبر هذا الاتجاه الخطبة بمثابة عقد ملزم, ولا يمكن للأطراف العدول عنها,إلا بالإرادة المشتركة أو الإقالة الاختيارية. وإذا عدل أحد الأطراف عنها يسأل على أساس المسؤولية العقدية وعلى هذا الرأي فإن العدول عن الخطبة هو في الحقيقة إساءة واقعة في دائرة العقد تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية .[1]

يقول السنهوري وهو يتكلم عن آثار فسخ الخطبة:" ..ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض." ثم استطرد السنهوري في الهامش مشيرا إلى الحكم الذي حكمت به محكمة سوهاج ومضمونه "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أي تقدير قانوني ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وإنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الالتزام عينا؛ أي إجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا إلى أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض."[2]

وذهب بشير البيلاني إلى أن الخطبة عقد علني ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزواج الآجل وعليه فوفقا لهذا الاتجاه فإن الإيجاب والقبول بين الخاطبين يعتبر بمثابة عقد. [3]

---

[1] www.marocdroit.com 2015/05/15، 22:30

[2] عبد الرزاق السنهوري:مرجع سابق ، ج1 ،ص 829 .

[3] مسعودة نعيمة إلياس :التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق . دراسة مقارنة . ،رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان ، 2010 ص26.

وقال آخرون بأنها عقد تمهيدي يهدف للتمهيد لعقد الزواج المرجو الذي قد يبرم أو ربما لايبرم .[1]

وذهب الدكتور عبد الرحمن عتر إلى أنها اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول يصدر من أهل له ويتعلق هذا الاتفاق بوعد الزواج .[2]

نقـد: الحقيقة أن هذه التخريجات غير صائبة لأن الخطبة شرعا وقانونا لا تعتبر عقدا ولا زواجا، وهي لا تنشئ التزاما بالزواج ..وتفاوت الرأي هنا مرده إلى الصياغة القانونية الواردة في قانون الأسرة بما يدل على أنه تأثر بأفكار القانون المدني.[3]

الفرع الثاني:الاتجاه الثاني: اعتبار الخطبة وعدا غير ملزم والعدول عنها يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

إن القواعد العامة التي تطبق في العقود المالية تختلف بشكل كبير عن تلك التي تتعلق بالزواج، ولذا فالخطبة التي هي وعد بالزواج لا تصدر من مدين إلى دائن كما هو الأمر بالنسبة للعقود العادية؛ فالزواج عقد من نوع خاص لانطبق عليه شروط الوعد بالتعاقد المنصوص عليه في القانون المدني وهو رباط بين نفسين أو روحين،والوعد بالزواج لا يمكن أن يولد رابطة قانونية لأنه غير ملزم من الناحية المدنية، ولن يكون هذا الوعد ملزما إلا من حيث الضمير فقط، وكل ما هنالك أن هذا الأمر يكون حكمه ديانة بين العبد و ربه إذ على من أخل بوعده دون سبب شرعي أن يتوب إلى الله[4].

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته الشريعة الإسلامية ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية.فالخطبة لا تقيد أحدا من المتواعدين بالزواج ،إذ لكل منهما أن يعدل عن هذا العقد متى شاء.

---

[1] بلحاج العربي:مرجع سابق ،ص85.

[2] عبد الرحمن عتر : خطبة النكاح، الزرقاء الأردن ،مكتبة المنار ، دس ن ،ص 55.

[3] بلحاج العربي: المرجع نفسه ،ص85.

[4] توفيق حسن فرج :الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها,.مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، مطبعة جامعة الاسكندرية 1962,1961 العدد 3 و 4, ص ص: 22 و 23 و 24 بتصرف..

والقول بغير هذا يتعارض مع المقصد الأساسي من تشريع الخطبة التي هي مجرد مرحلة وسطى للتفكير في الزواج، كما أن القول بغير ذلك يعدم مبدأ الحرية في الزواج،وعليه فالعدول عن الخطبة أمر مباح لا يترتب عنه أي تعويض لأنها ليست بعقد بل هي وعد بالزواج غير ملزم.[1]

وفي هذا يقول الأستاذ أبو زهرة رحمه الله " :الخطبة ليست إلاّ وعدا بالعقد, والوعد لا يرقى إلى مرتبة العقد, ولا له قوة العقد وإلزامه, حّتى على رأي الفقهاء القائلين أّ ن الوعد ملزم لإنشاء العقد, وذلك لتتوافر حرية الاختيار كاملة, وأّ ن ذلك من مصلحة المجتمع, ومن مصلحة المتعاقدين, لأّ ن الّزواج عقد حياة, والترّوي فيه أمر ضروري, ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد, قبل أن تتوفّر كلّ أسباب الّدرس والّتمحيص[2].

ولكن مع ذلك فهذا الاتجاه اختلف مؤيدوه في حكم الضرر الذي يترتب عن العدول، هل تترتب عنه المسؤولية التقصيرية التي مصدرها الإساءة والتعسف في استعمال الحق عند العدول، أم تنتفي المسائلة هنا بناء على القاعدة الفقهية التي تقول: "الجواز الشرعي ينافي الضمان".

وهذه القاعدة يستشف منها أن لكلا الطرفين الحرية في العدول عن الخطبة،وبالتالي فهذا العدول هو ممارسة لحرية الشخص في عدم إتمام الزواج ،الشئ الذي يعني أن الخاطب يمارس حريته في عدم التعاقد ولاضمان في استعمال هذا الحق. [3]

والحقيقة أن التعويض ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين، وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته، فتدخل المسألة في التغرير الموجب للضمان[4]،لأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد مثلا والخطبة ليست عقدا[5] ،والالتزام بالتعويض مصدره الفعل الضار،لا العقد ويتمّ تحديد التعويض

[1] محمد أبو زهرة:مرجع سابق، ص34

[2] www.marocdroit.com ،مرجع سابق.

[3] محمد أبو زهرة:المرجع نفسه ص 36.

[4] محمد ابوزهرة: المرجع نفسه، ص37.

[5] عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد،الجزائر،دار هومة ،ط4 ،2010 ص34.

طبقا لقانون البلد الذي تمّ فيه الفعل الضار، وبالتالي تخضع لقاعدة الإسناد الّتي تحكم الالتزامات غير التعاقدية، أي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية. [1]

والعدول عن الخطبة قد يرتب بعض الأضرار المادية أو المعنوية في بعض الأحيان، فقد تستمر الخطبة لسنوات، ويفوت على المخطوبة خطاباً آخرين، وفرص زواج أخرى .كما قد يطلب الخاطب من المخطوبة الاستقالة من وظيفتها أو ترك دراستها مثلاً .ومن الأضرار المعنوية ما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول مما يؤذي سمعتها .فلو ترتب على هذا العدول ضرر لحق بالمخطوبة فهل يجب التعويض بسبب ذلك؟.

لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذه المسألة لأسباب عديدة ، ولكن للعلماء المعاصرين عدة آراء.

الرأي الأول :للشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية، وقد ذهب فيه إلى عدم التعويض ؛لأن العدول عن الخطبة حق مأذون له فيه، وإذا مارس الخاطب حقاً مأذوناً له فيه فلا يجب التعويض، ولأن الإذن الشرعي ينافي الضمان.

الرأي الثاني :للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر، وقد ذهب فيه إلى وجوب التعويض للطرف الآخر مطلقاً .

الرأي الثالث :للأستاذ محمد أبو زهرة، وقد ذهب فيه إلى أن العدول يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما في حالة عدم وقوع ضرر، أو كان الضرر معنوياً فلا تعويض ،وحقيقة رأي الشيخ محمد أبو زهرة أن الضرر الذي ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل فلا يستوجب التعويض، أما إذا نشأ الضرر وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول فيجب التعويض ؛ لأن في ذلك تغريراً، والتغرير يستوجب التعويض، كما لو طلب الخاطب نوعاً من الجهاز، أو تطلب هي إعداد البيت ثم يقع العدول والضرر؛ فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة فيعوض .

يقول الأستاذ محمد أبو زهرة" :وعلى هذا يكون الضرر قسمين، ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غيرمجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من

[1] دربة أمين ،قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله،دراسة مقارنة . رسالة ماجستير جامعة تلمسان 2008. ص 14.

جانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول كان تغريراً، والتغرير يوجب الضمان، كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره، وفي قضايا العقل والمنطق، وقد أخذت بهذا النظر محكمة النقض."

الرأي الرابع :وهو للدكتور مصطفى السباعي، حيث ذهب إلى وجوب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي لحق بالمخطوبة بسبب العدول، وهو يوجب التعويض بشروط ثلاثة:

1) أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.
2) أن يقع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول غير الاستهواء الجنسي.
3) أن يؤكد الخاطب رغبته في الزواج من المخطوبة

ويستثنى من ذلك الضرر الأدبي أو المعنوي المتمثل في الاستهواء الجنسي؛ لأن الضرر الأدبي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة والوقوع في المحرم لا يستحق تعويضاً؛ لأن الشريعة لا تحترم الأفعال المخالفة لأحكامها، بل توجب العقوبة عليها، فلا يتفق مع قواعد الشريعة وأحكامها أن نحكم للفتاة بالتعويض عن وقوعها في الحرام نتيجة نزوات طائشة مخالفة لحدود و ومبادئ الشريعة .

الرأي الخامس :للدكتور عبد الرزاق السنهوري :وقد ذهب فيه إلى أن فسخ الخطبة يترتب عليه تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لا على أساس المسؤولية العقدية ؛ لأن الخطبة وعد وليست عقداً، فالخطأ الذي يرتكبه العادل هو الانحراف عن السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول. يقول الدكتور السنهوري " :والذي يمكن تقريره في هذا الشأن باعتبار أن القضاء قد استقر عليه هوما يأتي:

1. الخطبة ليست بعقد ملزم.
2. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
3. إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية" وهذا ما استقر عليه القضاء المصري وقررته محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 14 ديسمبر عام 1939 م .

ورأي الدكتور السنهوري يتفق مع رأي الدكتور السباعي في التعويض عن الضرر المادي والأدبي إذا وقع بسبب من الطرف العادل.[1]

والذي نراه راجحاً هو قول من ذهب إلى وجوب التعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر تسبب فيه الطرف العادل، وهذا التعويض توجبه قواعد الشريعة وأحكامها في أصلين اثنين:

الأصل الأول :مبدأ منع أو تحريم التعسف أو الإساءة في استعمال الحق، ومن المعروف أن الفقهاء قالوا بهذا المبدأ و أقروه.

الأصل الثاني :الإلزام بالوعد قضاء عَند المالكية، حيث ذهب المالكية إلى أن القضاء بالوعد قضاء
فيه أربعة أقوال ، والمشهور المعتمد منها عندهم أن الوعد إذا لزم منه ارتباط الموعود بعمل، ومثله إذا ما ارتبط بعقد أو قول كان سببه ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف الواعد بتنفيذ وعده ضرر ما،حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك ، وهذا القول ناشئ عن مبدأين في الشريعة:

الأول :قوله تعالى : { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ }[2]،ومثله كل وعد صدر من الإنسان.

الثاني :قوله صلى الله عليه وسلم :"لا ضرر ولا ضرار".

ولذلك كله كان لابد من عد الضرر الناشئ عن النكول عن الخطبة والتي هي وعد بالعقد، فلا بد من القول بوجوب التعويض عنه .ثم إن القول بالتعويض ليس سببه حق العدول، فممارسة الحق لا يترتب عليه تعويض، وإنما سببه الإساءة والتعسف في استعمال هذا الحق بحيث أدى إلى ضرر بالغير.

ولهذا كله نرجح أن يعطى القاضي الحكم بالتعويض عند العدول إذا ترتب عنه ضرر، وبالشروط التي ذكرها الدكتور مصطفى السباعي[3].

وبناء على هذا سنتناول طبيعة الخطبة في التشريعات العربية أولا ثم في التشريع الجزائري ثانيا.

---

[1] أسامة الحموي : ،آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون المقارن دراسة مقارنة ، د ، مجلة جامعة دمشق ،للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 العدد 3 2011 ص 422.

[2] سورة المائدة: 1

[3] أسامة الحموي، المرجع السابق، ص 431.

أولا :طبيعة الخطبة في التشريعات العربية

لقد قرر القضاء في البلاد العربية على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد لايقيد أحدا من المتواعدين وهو ماجاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل الأول من كتاب الزواج في الفصل الأول الذي يتناول المراكنة والتي يقصد بها الخطبة": كل من الموعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجاً و لا يقضى به "[1]. ونصت المادة الخامسة من مدونة الأسرة المغربية أيضا على أن :" الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".[2] وكذا المادة الثانية من القانون السوري والتي نصت على أن :"الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً، بل هي وعد بالزواج في المستقبل"[3]

أما في مصر فقد قال السنهوري آنفا ،وهو يتكلم عن المسؤولية في استعمال الحق أن القضاء في مصر انتهى إلى المبادئ الثلاثة الآتية :

1. الخطبة ليست بعقد ملزم.
2. مجرد العدول عن الخطبة لايكون سببا موجبا للتعويض .
3. إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.[4]

ثانيا :طبيعة الخطبة في التشريع الجزائري

لقد استعمل المشرع الجزائري في نص م 05 ق.أ.ج مصطلح" الوعد "وهذا المصطلح له دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وهذا ما يتضح من نص المادة 72 ق.م.ج .فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري في نطاق

---

[1] أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. منشور بالرّائد الرّسمي التونسي عدد 66 الصّادر في 17 أوت 1956.

[2] ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

[3] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص61.

[4] عبد الرزاق السنهوري: مرجع سابق، ص 830.

القانون المدني اعتبر الوعد بالتعاقد الذي تتوافر فيه كافة شروط العقد من رضا، محل، وسبب والشكل إذا كان ركنا في العقد المراد إبرامه في المستقبل، ملزم لصاحبه خلال الأجل المحدد، فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له، أما قانون الأسرة الجزائري فيبدو أّنه خالف هذه القاعدة فمن جهة اعتبر أن الخطبة بأنها وعد ، ومن جهة أخرى أجاز للطرفين العدول عنها، فهي إذن وعد غير ملزم لأطرافه.[1]

لذلك فالخطبة طبقا للنظام القانوني الجزائري هي وعد، ولا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج ....وهذا يعني أن المشرع سار مع اغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية باعتبار الخطبة وعدا غير ملزم لا عقدا. [2]

المطلب الثالث: الرأي الراجح

إن من المعلوم فقها وقضاء أن الخطبة ليست عقدا ملزما بل هي مجرد وعد شفهي بإبرام عقد الزواج في المستقبل ونتيجة لذلك يجوز العدول الذي هو حق لكلا الطرفين ومن يستعمل حقه بدون تعسف لاتجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض عن أي ضرر استنادا إلى قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " غير أنه استثناء من هذه القاعدة يمكن القول أنه إذا كان العدول عن الخطبة لايعتبر مصدرا للمسؤولية العقدية أوالتقصيرية وأن عدم القيام بإبرام عقد الزواج لا يرتب في حد ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد وينقض ركن الرضا في عقد الزواج ، فإن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر سيصبح مشروعا إذا كان العدول عن الخطبة قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر وهذا يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وإنما يمكن أن يكون ظروفا طارئة لاحقة لزمن العدول نتج عنها ضرر ويمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الأخر.[3]

---

[1] جميلة بريكي :التعسف في العدول عن الخطبة،مذكرة ماستر ،تخصص عقود ومسؤولية،كلية الحقوق ،جامعة أكلي أولحاج، البويرة،2013،ص ص13،12.

[2] عبد العزيز سعد: مرجع سابق ،ص18.

[3] عبد العزيز سعد :المرجع نفسه ،ص20.

قال أبو زهرة : "وعلى هذا يكون الضرر قسمين ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه ، غير مجرد الخطبة والعدول ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل فالأول يعوض والثاني لايعوض إذ الأول كان تغريرا والتغرير يوجب الضمان كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره". [1]

وهذا لا يمنع أن العدول عن الخطبة دون مبرر مكروه شرعا، لما فيه من إخلاف للوعد والرجوع عن القول ، لكنه غير محرم، والمكروه هو الفعل الذي لا يثاب فاعله ولا يأثم بفعله وبالتالي لا يعاقب عليه بشيء.[2]

إن الحكمة القائمة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة والتي تدور بين الوعد والعقد تظهر في تطبيق إحدى قواعد المسؤولية المدنية وقد خلصنا إلى أن المسؤولية في العدول هي هنا تقصيرية لا عقدية.

فالخطبة إذن هي وعد وهي وعد من نوع خاص ، ويخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط والآثار مما يستوجب إبعاد الأحكام الواردة في المادتين 71و72من القانون المدني ـ المتعلقة بالوعد بالتعاقد ـ وضرورة تحقيق الانسجام بين المواد 5و 6 و9 مكرر و 18 من ق.أ فإن المشرع الجزائري نص في المادة1/5ق .أ بأن "الخطبة وعد بالزواج غير أنه استدرك في الفقرة 2 من نفس المادة بأن هذا الوعد غير ملزم للطرفين ومن ثم كان الأولى الاكتفاء بأن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ، فلا تكون قراءة الفاتحة عند الخطبة زواجا ، ولا تكون موافقة الفتاة أو وليها على الخطبة مبيحة شيئا من أغراض الزواج . [3]

أما مسألة تقدير التعويض فهي مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع غير أنه يجب إخضاعه إلى قواعد موضوعية، وذكر في أي إطار يدخل ، بعيدا عن كل مغالاة وتعسف.[4]

---

[1] محمد أبو زهرة: مرجع سابق، ص37

[2] محمد عزمي البكري: ،موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ،مصر،دار محمود ط5 1996.ص35

[3] ا بلحاج العربي: مرجع سابق ،ص 71.

[4] بلحاج العربي: المرجع نفسه ،ص 111.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لما يسمى بالفاتحة

إن قراءة الفاتحة في عقد النكاح ليست ركنا ولا شرطا ولا واجبا ولا سنة عند المالكية ولاعند غيرهم من الفقهاء ويقصد بالفاتحة هنا قراءة سورة الفاتحة التي هي أم الكتاب لكنها عند القانونيين قد تطلق على معنى الخطبة أو قد تطلق على معنى العقد وقد اختلفت التشريعات العربية في مدلول هذه الكلمة وفي طبيعتها وسنتناول مواقف التشريعات العربية منها.

المطلب الأول: موقف التشريعات العربية والتشريع الجزائري من الفاتحة

الفرع الأول:موقف التشريعات العربية من الفاتحة

من مقدمات الزواج التي اعتاد الناس تقديمها عليه، قراءة الفاتحة،للدلالة على التراضي به، وحصول الوعد به بين الطرفين،وقبول كل منهما هدايا الآخر ،وقبول الزوجة أو وليها المهر كله أو بعضه،وهذه المقدمات لاتعتبر زواجا شرعيا فالخطبة ليست اكثر من وعد بالزواج من الطرفين، ولاتربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية.[1]

تعرضت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى الفاتحة وتناولتها في باب الخطبة وعلى سبيل المثال فقد نص قانون الأحوال الشخصية في سوريا في م2على أن :"الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً، بل هي وعد بالزواج في المستقبل"[2] كما نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في م3 على أن " الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لاتعتبر عقدا".

[1] أحمد الغندور :الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، الكويت ،مكتبة الفلاح ،ط3، 1985 ص56 .

[2] مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص61.

ونصت مدونة الأسرة المغربية في م5 على أن. " تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا " [1]

فهذه النصوص كلها تشير إلى أن الفاتحة إذا قرئت في مجلس الخطبة فهي خطبة وهي وعد بالزواج لاعقد نكاح.

الفرع الثاني:موقف التشريع الجزائري من الفاتحة

إن قراءة الفاتحة التي هي السورة المعروفة إنما هو للتبرك بخيرها وتلاوتها، وهي لا تغير الطبيعة القانونية للخطبة باعتبارها وعدا غير ملزم باتفاق فقهاء الشريعة والقانون ، وقد اعتاد كثير من الناس قراءة الفاتحة بعد إعلان الخطبة لما شاع بينهم من أن تلاوة هذه السورة تبيح كل شيء وهو تصور خاطئ وجهل بأحكام الشريعة والقانون ، والصحيح أن ذلك مجرد تأكيد للوعد بالزواج فقط وهذا مانص عليه المشرع الجزائري في م 06 بقوله في الفقرة الأولى "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لايعد زواجا".[2]

وعليه فالمشرع الجزائري تماشى مع بعض التشريعات العربية في كون الفاتحة هنا هي وعد وهي صورة من صور الخطبة. لكن الإشكال يثور حينما تكون هذه الفاتحة في مجلس خطبة ثم فجأة يتحول إلى مجلس عقد قران فهل تبقى الفاتحة هي الفاتحة مصطبغة بصبغة الخطبة ام يكون لا معنى آخر؟

المطلب الثاني: التكييف القانوني لاجتماع الوعد بالعقد في مجلس الخطبة

الفرع الأول: نص المادة السادسة المعدلة الفقرة 2:

" غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار :خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ،مصر،مطبعة السعادة، 1976 ،ص80.

[2] بلحاج العربي: مرجع سابق ،ص88.

الفرع الثاني: قراءة تحليلة في نص المادة السادسة

إن المشرع قد كيف الفاتحة في المادة السادسة من قانون الأسرة 1984 على أساس أنها خطبة وليست زواجا فنص على أنه " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة .

غير أن الحكم الذي كان يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية إذ قد اقتبسه من دول الشرق الأوسط ومنها خاصة سوريا، أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فإن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج.

وتفاديا لهذا المشكل القانوني جاءت عدة قرارات صادرة من المحكمة العليا قاضية بأنه ":من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا قرار 1992/04/14 (وفي قرار آخر صرحت المحكمة العليا على أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 قا.أ قرار 1995/04/04 إلا أن المادة 06 ق.أ عدلت بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27 وأصبحت تنص على أنه "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في م 09مكرر من هذا القانون." [1]

نعم إن الفاتحة كسورة قرآنية لا تنشئ زواجا أو خطبة، لكنها بالمفهوم الشعبي الجزائري ومن خلال العرف العملي في بلادنا إنما يقصد بها مجلس العقد وهو اجتماع يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلهما شرعا وقانونا كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي بعد ذكر اسم الخطيبين ويحدد فيه الصداق أو يذكر فيه صداق المثل ويختم هذا المجلس بقراءة سورة الفاتحة ودعاء للعروسين[2].

[1] تشوار الجيلالي :محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة تلمسان ،ص10.

[2] عبد العزيز سعد : مرجع سابق ،ص16.

وقد لا تقرأ سورة الفاتحة أصلا في المجلس، ومع ذلك يطلقون على القرار الذي يخرج منه " الفاتحة" ؛ والتي هي عقد شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية وهذا أمر تعودنا عليه نحن كأئمة وتعارف عليه الناس في مجالسهم والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ومن الممكن أن تقع الخطبة والفاتحة "العقد" في مجلس واحد متحدين زمانا ومكانا و يكون القصد من ذلك التخفيف والتيسير على أهل الخطيبين وتقليل تكاليف العرس واجتناب الإسراف أو لمشقة الاجتماع مرة أخرى أو لأن الظروف غير ملائمة في المستقبل فيعمد أهل الخطيبين إلى هذا الاقتران والجمع .

فهل هذا الإجراء حينئذ يصدق أن يقال عنه مجلس خطبة أم مجلس عقد "فاتحة "؟

في الحقيقة أن مجلس الخطبة إذا اقترنت به سورة الفاتحة وقرئت للتبرك فنكون حينئذ أمام خطبة ووعد بالزواج.

لكن مجلس الخطبة إذا تم فيه الاتفاق على إنشاء الزواج وتوافر فيه ركن الرضا بين الخاطبين وهو المعبر عنه بالصيغة وتوافرت فيه جميع شروط الزواج المنصوص عليها في المادة9 مكرر من أهلية وصداق وولي وشاهدين وانعدام للموانع الشرعية فنكون حينئذ أمام عقد زواج الذي هو الفاتحة في عرف الجزائريين وعليه فالأمور بمقاصدها.

ولعل هذا الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري قد تتبناه كذلك التشريعات العربية فقد قال عبد الرحمن عتر:"إن قراءة الفاتحة من العادات عند إعلان الخطبة هي وعد لكن إذا صاحب هذا الإعلان إيجاب وقبول في حضرة شاهدين واقترنا بالإعلان فهو عقد نافذ شرعا ".[1]

لكن تبقى هذه الفاتحة بمثابة عقد زواج شفهي لايحتج بها به أمام السلطات الإدارية والقضائية إلا إذا تبعها تسجيل في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع و الإجراءات المنصوص عليه في قانون الحالة المدنية .[2]

وأخير وكخاتمة لهذه الدراسة المتعلقة بالمواد 05 – 06 من قانون الأسرة، نرى أن المشرع الجزائري عند قيامه بتعديله يكون قد خطى خطوة كبيرة لأنه فك اللبس والغموض اللذين كانا يشوبان الخطبة فيما سبق، وخاصة المادة السادسة حيث أنه فصل في طبيعة الخطبة المقترنة

[1] عبد الرحمن عتر:مرجع سابق ،ص61.

[2] عبد العزيز سعد: المرجع سابق ،ص17 .

بالفاتحة بمجلس العقد والذي أعتبرها بمثابة عقد زواج صحيح ومنتج لكل آثاره القانونية وإن كان غير مسجل بمصالح الحالة المدنية على عكس ما كانت عليه قبل التعديل حيث كانت الخطبة المقترنة بالفاتحة مجرد وعد بالزواج.

الخاتمة

الخاتـــــــــمة

إن المسؤولية العقدية تنتج عن التزامات ناشئة عن عقد بين طرفي الالتزام ، وهذه يبحث عنها في نظرية العقد، وأما الثانية والتي هي المسؤولية التقصيرية فهي تطبق على الالتزامات الناشئة عن كل فعل ضار ولو لم يكن بين صاحب الحق والملتزم عقد ما ،وهذه المسؤولية يبحث عنها في نظرية الفعل الضار.

ورغم اختلاف الفقهاء في مدى إلزام الوعد، إلا أن كلامهم لا يعدو نطاق العقود المالية، ولا يرد بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته،لأن الإلزام به يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير.

فالصحيح أن الخطبة ليست عقدا قطعا لا عند الفقهاء ولا عند القانونين وهي وعد عند الفريقين قد يصطبغ بصبغة الاتفاق غير الملزم ،وهو مختلف تماما عن الوعد بالتعاقد في القانون المدني ،ويظهر هذا الاختلاف جليا في التنظيم الفقهي للخطبة حيث خصص لها نظاما خاصا متكاملا من بدايتها مرورا بإتمامها وانتهاء بالزواج أو العدول عنها وفسخها.

والخطبة من حيث الصياغة على النقيض من الوعد لا تعد اتفاقا شكليا فلم يشترط الفقه ولا القانون في صياغتها طريقة معينة , وانما أجاز انعقادها بكل لفظ صريح أو حتى غير صريح .

ولا يقف الاختلاف بين الخطبة والوعد بالتعاقد عند الشكل . وإنما يختلفان أيضا من حيث المضمون والمعنى . فلابد في الصياغة اللازمة لصحة انعقاد الوعد بالتعاقد من أن تتضمن الجزم في إنشاء العقد والتأكيد على إبرامه والالتزام به مستقبلا ، أما الخطبة فلا يشترط فيها التأكيد على إبرام عقد الزواج والالتزام به مستقبلا .

إن الخطبة تلتقي مع الوعد بالتعاقد في ناحية أساسية وهي أن كليهما لا يتمتعان بالقوة الإلزامية لإبرام العقد فلكليهما حق العدول ، وذلك على الرغم من دعوة بعض الفقهاء المعاصرين الى ضرورة احترام الوعد بالعقد حيث أوجبوا ضرورة السير على نهج الفقه المالكي الذي ذهب في أرجح أقواله الى أن الوعد بالتعاقد ملزم قضاء ,وأنه يجب الوفاء به إذا دخل الموعود له بسببه في هذا الأمر ،ولاشك أن ذلك يتفق مع ما تأمر به الشريعة من الوفاء بالالتزام .

إن الخطبة تصرف جائز في الشريعة الإسلامية يسبق عقد الزواج تنتفي عنها صفة العقد وتثبت لها صفة الوعد غير الملزم ؛هذا الأخير الأصل أنه لايرتب تعويضا عند الإخلال به بناء على قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان" ولكنه استثناء قد يطالب العادل بالتعويض لا عن فعل العدول وإنما نتيجة للظروف الطارئة التي صاحبت زمن العدول وسببت ضررا ماديا أو معنويا للطرف الآخر ففي هذه الحالة يمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الآخر والقاعدة الفقهية تنص على أن "التغرير يوجب الضمان" والتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي يكون أساسه هنا المادة 124 مكرر من ق.م والمسؤولية المدنية المترتبة عن هذا العدول هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية.

وأما عن اقتران الفاتحة بمجلس الخطبة الذي يتحول إلى مجلس عقد باستيفاء ركن الزواج وشروطه، فإن هذا الإجراء يكيف فقها وقانونا على أنه عقد زواج وهو ماسار عليه المشرع الجزائري وفهم ضمنا من قواعد التشريعات العربية .

ولعل ما ثار من خلاف في هذا الموضوع في نظرنا هو بسبب تضارب مفاهيم الخطبة بين من ينظر إليها على أنها عقد،ومن ينظر إليها على أنها وعد،إضافة إلى سوء استخدام مصطلح الوعد في قانون الأسرة والذي يبدوا أنه تأثر بمصطلح الوعد بالتعاقد في القانون المدني، لذلك فالتصور الذي نراه وسطا بين هذه الآراء هو أن يسحب التعريف المعاصر للخطبة والذي ينص على أنها وعد ويستعاض عنه بالتعريف الأصلي الذي نص عليه الفقهاء الأوائل ومضمونه أن الخطبة هي التماس وطلب، والفرق واضح بين الالتماس والطلب وبين الوعد الذي يثير في معانيه الكثير من المسائل الفقهية والقانونية المتشابكة التي نحن في غنى عنها.

كما أن التعويض يمكن أن يصاحب هذا التعريف ولا إشكال في تطبيقه لأنه مؤسس على قواعد المسؤولية التقصيرية والتي تبنى على الفعل الضار.

ولعل مما يؤكد تصورنا هذا هو أن حكم الخطبة كتصرف يدور بين الجواز والاستحباب ؛ فهي جائزة عند جمهور الفقهاء مستحبة عند المالكية ولو كانت الخطبة تكتسي مفهوم الوعد لاتفق جميع الفقهاء أو أغلبهم على القول باستحبابها أو سنيتها وهذا مالم يحدث وبالتالي فتصورهم لطبيعة الخطبة كان أوسع من تصور الفقهاء المعاصرين .

لذلك نحن نقترح تعديل المادة الخامسة المعدلة والتي تنص على :"الخطبة وعد بالزواج" وإعادة صياغتها على النحو الآتي: "الخطبة طلب الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"،أو على الأقل استبدال مصطلح الوعد والذي يكون من طرف واحد بالمواعدة والتي يقصد بها: إعلان شخصين عن رغبتيهما في إنشاء عقد في المستقبل ، كما هو الحال في مدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

القرآن الكريم

1. إبن منظور ،جمال الدين ،لسان العرب ، بيروت، دار صادر، ،د.ط.
2. البخاري ، محمد بن إسماعيل ،صحيح البخاري ، القاهرة، دار الحديث، ،ط2011.
3. الفيروز أبادي، محمد، القاموس المحيط ،القاهرة ،دار الحديث ،2008.
4. الفيومي ،أحمد، المصباح المنير ، القاهرة ،دار الحديث ، 2008.
5. القشيري ، مسلم بن الحجاج:صحيح مسلم بشرح النووي ،القاهرة ، مكتبة الصفا،ط2003،1.

المراجع:

الكتب العامة:

1. **إبن** جزي ،محمد ، القوانين الفقهية، القاهرة ،دار الحديث ،ط 2005.
2. **إبن قدامة** ،موفق الدين ،المغني ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع،د.س.ن.
3. **الجصاص** ،أحمد ،أحكام القرآن ، بيروت لبنان ،دار إحياء التراث العربي 1992.
4. **الحطاب** ،محمد الرعيني ،مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،نواكشوط ،دار الرضوان للنشر ط1 ، 2010.
5. **الزحيلي** ،وهبة ، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ،دار الفكر ،ط3 ،2013.
6. **السيوطي** ،جلال الدين محمد،الحاوي للفتاوي، بيرون لبنان ،دار الكتب العلمية ، 1982.
7. **الشربيني** ،شمس الدين بن محمد ، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت لبنان ،دار الكتب العلمية ، 2000.
8. **الصديقي** ،محمد بن علان،كتاب الفتوحات الربانية على الأذكار النواوية ، بيروت لبنان ،دار إحياء التراث العربي ،
9. **عليش** ،محمد ،فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، بيروت لبنان.دار المعرفة ،د.س.ن.
10. **القرافي** ،أحمد بن إدريس الصنهاجي ،الفروق ، بيروت لبنان ،دار الكتب العلمية ط1998،1.

11. **النووي** ،يحي بن شرف ،الأذكار ، دمشق،بيروت ،دار بن كثير، ،ط2، 1990.

الكتب المتخصصة:

1. **أبو زهرة ،محمد** ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ،1996.
2. **أبو زهرة ،محمد** ،الأحوال الشخصية ، القاهرة، دار الفكر العربي
3. **آث ملويا** ،لحسين بن الشيخ ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة الجزائر، ط2 ،2006.
4. **البكري**:محمد عزمي ،موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ،مصر،دار محمود ط5 1996.
5. **بلحاج** ،العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،ط 6، 2010.
6. **تناغو** ،سمير عبد السيد ، نظرية الالتزام ،منشاة المعرف بالإسكنرية، مصر ، ط 1975.
7. **حسني محمد** ،عباس ،العقد في الفقه الإسلامي . دراسة مقارنة بالقانون الوضعي . د.ب.ن، د.د.ن، ط 1 ،1993.
8. **الحطاب** ،محمد الرعيني، تحرير الكلام في مسائل الالتزام،تحقيق عبد السلام محمد الشريف،بيروت لبنان ،دار الغرب الإسلامي،ط1، 1984.
9. **حماد، نزيه كمال** ،الوفاء بالوعد في الفقه الإسلامي ، تحرير النقول ومراعاة الاصطلاح.
10. **دربال**، عبد الرزاق،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر 2004، ص44.
11. **دلاندة** ،يوسف ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الجزائر ،دار هومة ،ط2 ،2007.
12. **السباعي** ،مصطفى ، شرح قانون الأحوال الشخصية ،مطبعة جامعة دمشق، ط 7 1965.
13. **سعد** ،عبد العزيز ،قانون الأسرة في ثوبه الجديد ،دار هومة الجزائر ،ط4 ،2010
14. **سليمان** ،علي علي ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الخامسة 2003 ،

15. **السنهوري** ،عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت لبنان ،دار إحياء التراث العربي،
16. **شتوان** ،بلقاسم، الخطبة والزواج في الفقه المالكي ، الجزائر ،دار الفجر بدون.
17. **عتر** ،عبد الرحمن ،خطبة النكاح، الزرقا،الاردن ،مكتبة المنار ، د.س.ن.
18. **العطار** ،عبد الناصر توفيق ،خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ، مصر،مطبع السعادة 1976.
19. **الغندور** ،أحمد ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، الكويت ،مكتبة الفلاح ،ط3 1985.
20. **القرضاوي** ،يوسف ،الوفاء بالوعد.
21. **قري** ،غنية ، نظرية الالتزام ، الجزائر ،دار قرطبة ،ط1 ،2007.

المذكرات:

1. **بريكي جميلة**:التعسف في العدول عن الخطبة،مذكرة ماستر ،تخصص عقود ومسؤولية،كلية الحقوق ،جامعة أكلي أولحاج، البويرة،2013،ص ص13،12.
2. **دربة أمين** ،قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله . دراسة مقارنة . رسالة ماجستير ،جامعة تلمسان 2008.
3. **العجوري** ،سامي عدنان ،نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا . د ارسة فقهية مقارنة رسالة ماجستير في الفقه المقارن1434هـ 2013 /م جامعة الأزهر . غزة
4. **مسعودة نعيمة** ،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، إلياس 2010جامعة تلمسان .

المجلات الأكاديمية والدورية:

1. **بن منيع** ،عبد الله بن سليمان: الوعد وحكم الإلزام به ديانة وقضاء،مجلة البحوث الإسلامية،الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء،الرياض ،العدد36، 1413هـ
2. **حسن فرج** ، توفيق:الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها,.مجلة

الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة الاسكندرية 1962,1961 العدد 3 و4.
3. **الحموي** ،أسامة ،آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون المقارن دراسة مقارنة ، د ، مجلة جامعة دمشق ،للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27 العدد 3 2011.
4. **قزامل**، سيف رجب ،الوعد بالتعاقد دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، العدد 2 ،1978 .

النصوص القانونية والتشريعات:

1. الأمر رقم 75. 58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005،جريدة رسمية رقم 44.
2. قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09يونيو 1984يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27فبراير 2005.
3. أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية. منشور بالرّائد الرّسمي التونسي عدد 66 الصّادر في 17 أوت1956 .
4. ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004.

المحاضرات:

1. **أرزقي** جافري ، محاضرات في القانون المدني (الالتزامات) جامعة البليدة ص .
2. تشوار الجيلالي :محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، جامعة تلمسان.

المواقع الإلكترونية:

1. www.marocdroit.com
2. www.qanounfaq.com
3. www.4algeria.com

الفهـــــــــرس

مـــقدمـــة	2
الفصل الأول: مفهوم مصطلح العقد والوعد بالتعاقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	7
توطئة	7
المبحث الأول: العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	8
المطلب الأول: مفهوم مصطلح العقد في الفقه الإسلامي	8
الفرع الأول : تعريف العقد لغة واصطلاحاً	8
أولاً : العقد في اللغة	8
ثانياً : العقد في الاصطلاح	9
الأول: العقد بمعناه العام	9
الثاني : العقد بمعناه الخاص	10
1 : تعريف الحنفية للعقد	10
2 : تعريف العقد عند المالكية	11
3:تعريف العقد عند الشافعية	12
4 : تعريف العقد عند الحنابلة	12
الفرع الثاني:علاقة المعنى اللغوي بالمعنى الاصطلاحي	13
الفرع الثالث:علاقة المعنى العام للعقد بالمعنى الخاص	13
المطلب الثاني: العقد في الاصطلاح القانوني	13
الفرع الأول: العقد في الاصطلاح القانوني	13
الفرع الثاني: الفرق بين مفهوم العقد عند القانونيين وعند الفقهاء	14
الفرع الثالث :مقارنة بين تكوين العقد في الفقه وتكوينه في القانون	15
المبحث الثاني: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد على ضوء الفقه الإسلامي والقانون	16

الوضعي	
المطلب الأول: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد عند الفقهاء	16
الفرع الأول : تعريفه لغة	16
الفرع الثاني : تعريفه اصطلاحا	17
الفرع الثالث: أنواع الوعد	17
الفرع الرابع:أحكام الوعد	18
المطلب الثاني: مفهوم مصطلح الوعد بالعقد عند القانونيين	19
الفرع الأول:تعريفه	19
الفرع الثاني: شروط الوعد بالتعاقد	21
الفرع الثالث : صور الوعد بالتعاقد في القانون	22
الفرع الرابع: وجه الخلاف في مفهوم الوعد بالعقد عند القانونيين وعند الفقهاء	23
الفصل الثاني: طبيعة الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	26
توطئة	26
المبحث الأول: تنازع مفهوم الخطبة بين العقد والوعد بالعقد عند الفقهاء والقانونيـين	27
المطلب الأول:مفهوم الخطبة	27
الفرع الأول: التعريف اللغوي:	27
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي	27
الفرع الثالث : حكمها	28
المطلب الثاني :الاختلاف في طبيعة الخطبة بين الفقه الإسلامي والتشريعات العربية	29
الفرع الأول : التمييز بين الخطبة والوعد بالتعاقد	29
أولا : خصوصية التنظيم الفقهي للخطبة	29
ثانيا: من حيث القوة الإلزامية	30
ثالثا: من حيث الالتزامات	30
الفرع الثاني :طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	31
أولا : الفريق الأول : الخطبة وعد ملزم	31

ثانيا : الفريق الثاني :الخطبة وعد غير ملزم	32
الفرع الثالث : طبيعة الخطبة في التشريعات العربية	35
الفرع الأول:الاتجاه الأول:اعتبار الخطبة عقد ملزما والعدول عنها يوجب التعويض على أساس المسؤولية العقدية	36
الفرع الثاني:الاتجاه الثاني: اعتبار الخطبة وعدا غير ملزم والعدول عنها يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية	37
أولا :طبيعة الخطبة في التشريعات العربية	42
ثانيا :طبيعة الخطبة في التشريع الجزائري	42
المطلب الثالث: الرأي الراجح	43
المبحث الثاني: التكييف القانوني لما يسمى بالفاتحة	45
المطلب الأول: موقف التشريعات العربية والتشريع الجزائري من الفاتحة	45
الفرع الأول:موقف التشريعات العربية من الفاتحة	45
الفرع الثاني:موقف التشريع الجزائري من الفاتحة	46
المطلب الثاني: التكييف القانوني لاجتماع الوعد بالعقد في مجلس الخطبة	46
الفرع الأول: نص المادة السادسة المعدلة الفقرة 2:	46
الفرع الثاني: قراءة تحليلة في نص المادة السادسة	47
الخاتـــــــمة	51
قائمة المصادر والمراجع	54
المصادر:	55
المراجع:	55
الفهـــــرس	59