المحاضرة الثالثة: الخطبة

المحور الثاني: الخطبة

تعارف الناس منذ القديم على أنه قبل إبرام عقد الزواج، يسبق ذلك مرحلة تمهيدية تسمى بالخطبة، وسنتطرق من خلال هذا المحور إلى التعريف بالخطبة (أولا)، وبيان طبيعتها (ثانيا)، وأخيرا آثار العدول عنها (ثالثا).

أولا: التعريف بالخطبة

إذا كانت الخطبة معروفة عند الأمم جميعا، فإن أحكامها مختلفة من شريعة إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر، والذي يهمنا في هذا الموضوع هو التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حيث سنبين من خلالهما أنواع الخطبة، وشروطها، وهذا بعد التطرق إلى تعريفها في اللغة والاصطلاح .

1- تعريف الخطبة

الخطبة لغة مصدر خطب، يقال خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر الخاء أي طلبها للزواج ، وقيل مأخوذة من الخطب أي الشأن أي أنها شأن من الشؤون، وقيل من الخطاب لأنها نوع من مخاطبة تجري من جانب الرجل وجانب المرأة.

أما من الناحية الاصطلاحية فقد عرفت الخطبة بعدة تعريفات سواء عند الفقهاء قديما أو عند المعاصرين، نذكر منها على سبيل المثال تعريف الإمام أبو زهرة حيث يعرفها بأنها "طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إلى ذويها، ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"، ويعرفها الدكتور بلحاج العربي على أنها "التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها والى وليها، أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها أو عن طريق أجانب، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما". فهي بهذا تطلق عل أمرين الطلب أو الالتماس، وتطلق كذلك في حالة الموافقة بينهما. وقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 ق. أ بأنها وعد بالزواج، أي عرفها بتبيان طبيعتها القانونية وليس ببيان ماهيتها أو حقيقتها.

2- أنواع الخطبة

لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري ما ينص على وجود أنواع للخطبة، لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإن الفقهاء ميزوا بين نوعين من الخطبة صريحة و تعريضية.

أ- الخطبة الصريحة

هي طلب التزوج بامرأة واظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشرة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها "إني أريد أن أتزوجك، أو أرغب التزوج بك"، أو يقول لوليها "أطلب يد ابنتك للزواج"، وغيرها من الجمل الصريحة التي إذا قيلت لا يراد منها غير طلب المرأة للزواج.

ب- الخطبة التعريضية

التعريض خلاف التصريح، والتعريض بالخطبة معناه طلب الزواج بلفظ أو ألفاظ لم توضع له حقيقة ولا مجازا، ولكن هذه الألفاظ تحتمل الخطبة وتحتمل غيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة، كقوله: "وددت لو أن الله ييسر لي امرأة صالحة، أو إذا انقضت عدتك فأعلميني"، وغيرها من العبارات.

وتكمن **الفائدة من التفرقة بين التصريح بالخطبة والتعريض بها** من حيث مدى جواز خطبة المعتدة ،وتفصيل هذه المسألة كما يأتي:

-لا يجوز التصريح بخطبة المعتدة مطلقا.

-أما بالنسبة للتعريض بالخطبة فنفرق بين ثلاث حالات:

***الحالة الأولى:** حالة المعتدة من وفاة، يجوز خطبتها تعريضا باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى "**وَلَاْجنَاح علَيكم فِيماَ عَّرضتُم بِهِ من خطْبَة النّسِاءِ** "،لأن الآية التي تسبقها متعلقة بالمتوفي عنها زوجها" **والَّذين يُتَوفَّون منكمَ ويَذُرون أَزَواجا** ....".

***الحالة الثانية:** حالة المعتدة من طلاق رجعي، لا يجوز التعريض بخطبتها إلا من مطلقها لتعلق حق هذا الأخير بها، إذ يستطيع أن يعيدها إلى عصمته أثناء فترة العدة، (هنا ليست خطبة حقيقية وانما أطلقت على طلب إرجاعها تجوزا) .

***الحالة الثالثة:** حالة المعتدة من طلاق بائن، اختلف الحنفية مع الجمهور في هذه المسألة، حيث ذهب الحنفية إلى تحريم التعريض بخطبة المعتدة البائن سواء كانت البينونة صغرى أو كبرى، أما الآية التي تجيز التعريض فذهبوا إلى أن ما ورد فيها خاص بالمعتدة من وفاة لقوله تعالى: "**والَّذيَ يُتَوفَّون منكم ويَذُرون أَزَواجا ...**" ، أما الجمهور فيرى جواز التعريض بخطبة المعتدة من

طلاق بائن بينونة كبرى قياسا على المعتدة من الوفاة، بينما اختلفوا في البينونة الصغرى، والمالكية أجازوا ذلك.

ويرى الدكتور محمد محدة –رحمة الله عليه– عدم جواز ذلك احتياطا للدين وابتعادا عن الشبهات، كما أن هذا التلميح قد يؤذي الزوج المطلق إذ يشق عليه أن يرى مثل هذا، مما قد يؤدي إلى إيجاد عداوة بينه وبين الخاطب لها، وشريعتنا تقدم دفع المضار على جلب المصالح ،وهذا الرأي هو الراجح والأفضل.

3- شروط الخطبة

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على هذه الشروط ولكن فقهاء الشريعة الإسلامية تطرقوا إليها، وقسموها إلى شروط لازمة بمعنى أنها واجبة، وشروط مستحسنة.

أ- الشروط اللازم توفرها فيمن يراد خطبتها

وهي التي لا بد من تحققها ولا تصح الخطبة من دونها وهي أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية وأن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير.

- **أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية (أن تكون صالحة للزواج):** فيشترط في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة وعد ومقدمة وتمهيد للزواج، ومن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه يشترط لجواز الخطبة أن لا تكون من المحرمات عن الرجل حرمة مؤبدة كالبنت وبنت الابن والعمة والخالة (المادة 24 ق. أ) أو مؤقتة كمن هي في عصمة رجل آخر أو معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن (المادة 30 ق. أ)، أما المعتدة من وفاة فيجوز التعريض بخطبتها دون التصريح كما سبق ذكره، والحكمة من ذلك أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال، والزواج بالمحرمات حرام، والوسيلة على الحرام حرام أيضا . وينبغي على المشرع الجزائري في التعديلات المقبلة أن يراعي هذه المسألة حيث يدرج فقرة في المادة 5 المعدلة أو يضيف مادة مستقلة توضح شروط صحة الخطبة، تكون صيغتها كالآتي: "يمنع خطبة المحرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة".
- **أن لا تكون الفتاة مخطوبة للغير:** من شروط صحة الخطبة أن لا يخطب رجل على خطبة أخيه، وذلك إذا تم الركون والموافقة، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"، كقوله أيضا " ...ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك ". والعلة من هذا النهي هو أن في خطبة الثاني اعتداء على الأول وايذاء له، ووقوع العداوة والبغضاء بين الخاطبين، والنهي يتحقق في حالة الموافقة.

أما إذا كانت المخطوبة في حالة تردد ونظر فقد وجد خلاف بين الفقهاء من حيث الجواز وعدمه، والراجح هو عدم جواز ذلك، لأن تقدم الخاطب الثاني قد يؤدي إلى رفض الخاطب الأول مما يولد الأحقاد والضغائن المنهي عنها شرعا، وهو علة تحريم الخطبة على الخطبة .

ملاحظة :إذا كان الخاطب الأول فاسقا، فإنه تجوز الخطبة على خطبته، وذلك مراعاة لمصلحة المرأة، وبذلك قال الكثير من العلماء .

*والسؤال المطروح هنا هو ما الحكم في حالة حصول الخطبة على الخطبة المنهي عنها، وتم عقد الزواج؟ القول الأول: العقد غير صحيح ويفسخ، القول الثاني: العقد صحيح ولا يفسخ لأن النهي وقع على الخطبة وهي خارجة عن العقد، القول الثالث: يفسخ العقد قبل البناء ويثبت بعده، والرأي الراجح هو الثاني مع الإثم.

ب- الشروط المستحسن توفرها فيمن يراد خطبتها

يندب لمن يريد الزواج مراعاتها، وهي عبارة عن صفات للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد معها الإنسان الراحة والاطمئنان والسكينة والأنس والسعادة، ويتحقق معها نجاح الزواج، ولكن إن أهملها لا يؤثر على صحة الخطبة، ومن هذه الشروط :

- **أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب:** وهذا حتى لا ينتج عن ذلك نسلا ضعيفا، لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا"، وقد أثبتت التجارب قديما أن الزواج بالأقارب غالبا ما ينتج عنه نسلا ضعيفا، وهذا ما أكده الطب الحديث.

- **أن تكون المخطوبة بكرا ولودا:** لقوله عليه الصلاة والسلام لجابر بن عبد الله "...هلا جارية تلاعبها وتلاعبك..."، وقوله أيضا "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

-**أن تكون المخطوبة ذات دين وخلق:** لقوله عليه الصلاة والسلام "تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك "،كما يستحسن أن تكون من عائلة ذات أخلاق وشرف، وذلك لما للأسرة من تأثير على المرأة وعلى أبنائها.

ثانيا: الطبيعة القانونية والشرعية للخطبة

اختلف الفقهاء حول طبيعة الخطبة بين كونها وعد أم عقد، وما يترتب عن ذلك من مدى حق كل طرف في العدول عن مشروع الزواج، لذلك سنتناول الطبيعة القانونية للخطبة، وكذلك رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، لنخلص إلى مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة هل يغير من طبيعتها أم لا؟.

1- الطبيعة القانونية للخطبة

تعتبر الخطبة من الناحية القانونية سواء في قانون الأسرة الجزائري أو في قوانين الأسرة

العربية وعد بالزواج، وليست عقدا وان تمت باتفاق ورضا الطرفين، ولا يترتب عنها ما يترتب على عقد الزواج من حقوق وواجبات، ولا تتمتع بأية قوة إلزامية مهما طال أمدها، ولكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها (المادة 5 ف 2 ق. أ)، وذلك أخذا بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه، ثم إن الوعد في العقود عامة ليست له قوة العقد ذاته، ولا يترتب عليه أثر ما، فإذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بإتمام إجراءات الزواج دون رغبته ودون رضاه، لأن الزواج في حقيقته عقد رضائي، وليس عقد إذعان .

وهناك من يرى أن الخطبة عبارة عن عقد من نوع خاص، وذلك لاحتوائها على الإيجاب والقبول الذي يعد من أساس العقد، وهذا ما نص عليه القانون الروماني والقانون الكنسي القديم، واليه ذهب بعض القانونيين العرب.

2- الطبيعة الشرعية للخطبة

الحكم الشرعي للخطبة هو أنها مستحبة قبل انعقاد الزواج وليست واجبة، ويمكن القول بأنها مشروعة، لقوله تعالى في محكم تنزيله" **وَلَاْ جنَاحَ علَيكم فِيَ ماَ عَّرضتُم بِهِ من خطْبَة النِّساءِ** "، لأنها سبيل التعارف بين الخاطبين والعائلتين ومن ثم يكون الإقدام على الزواج على هدى وبصيرة، وهذا يزيد من حظوظ النجاح في الزواج.

أما عن طبيعتها الشرعية فهي كذلك وعد بالزواج وليس لها صبغة عقدية ، وهذا لأن المشرع لم يرتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج، فلا يثبت بها حق من الحقوق الزوجية، كما لا يثبت بها النسب ولا التوارث بين الزوجين، لأن ذلك لا يكون إلا بالعقد، وأن إباحة النظر في مرحلة الخطبة ورد على سبيل الاستثناء من الأصل العام المحرم للنظر، وهذا لتحقيق مقصد شرعي والمتمثل في تمام الألفة والمودة بالعقد.

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى جواز العدول عنها، فهناك من يرى بحرمة العدول عنها كونها وعد، والوعد ملزم ومن خالفه يعتبر قد اتصف بصفات المنافقين.

أما الرأي الثاني فيجيز العدول عن الخطبة إذا وجدت المبررات، كون الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ومقدمة لعقد الزواج، ومن حق الطرفين العدول، أما إذا لم تكن هناك مبررات قوية وجدية لهذا العدول كره ذلك، لأن في ذلك إخلاف للوعد الذي يعتبر من الأخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبين بأنها من خصال المنافقين، وفي ذلك يقول فضيلة الدكتور فتحي الدريني "لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي

هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي وديني، لا قضائي، حفظا للكرامة أن تهدر وللمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثار، وللسمعة أن تنال منها الأقاويل".

3- مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة

هناك مسألة في غاية الأهمية وتطرح إشكالا وهي اقتران الخطبة بالفاتحة، هل يغير من الطبيعة القانونية للخطبة أم لا؟، وقد أجاب المشرع في المادة 6 ف 1 من ق. أ على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر في مجلس العقد (المادة 6 ف 2) وهو تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

فإذا كان المقصود بالفاتحة هو قراءة سورة الفاتحة بعد الموافقة على الخطبة من باب التبرك بها، وعلى سبيل الدعاء، فإن الفاتحة هنا ليست بعقد شرعي ولا يترتب عنها أي أثر ما، فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد.

وان كان المقصود بالفاتحة هو المجلس الذي يعلن فيه الخطبة وتقرأ فيها الفاتحة ويصاحب ذلك إيجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي في كثير من مناطق الجزائر، فهو عقد نافذ شرعا، ويرتب آثاره الشرعية، وان كان ينقصه التوثيق من الناحية القانونية (المادة 18 من ق. أ،) مع ما قد يترتب عنه من ضياع حقوق المرأة والأولاد، كما أنه يخالف النظام العام الذي وضعته الدولة بضرورة تسجيل هذا العقد (المادة 18من ق. أ) وأن إثبات الزواج يكون بمستخرج من سجل الحالة المدنية (المادة 22 من ق. أ والمادة 39 من قانون الحالة المدنية)، ومن ثم لا يمكن الاحتجاج به أمام السلطات الإدارية والقضائية إلا إذا تم تسجيله في سجلات الحالة المدنية وفقا للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في القانون.

ثالثا: آثار العدول عن الخطبة

في حالة حصول العدول عن الخطبة الذي هو حق لكل طرف، يترتب على ذلك آثار سواء بالنسبة للصداق الذي يكون الخاطب قد قدمه، أو الهدايا المقدمة من الطرفين، وكذلك الأمر بالنسبة للأضرار الناشئة عن العدول.

1- حكم الصداق في حالة العدول

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة وحتى القانون المغربي والتونسي لم يتطرقا إليه بخلاف القانون السوري الذم نص عليه، وبالعودة إلى الفقه الإسلامي فإن الفقهاء اتفقوا على أن

للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر، سواء تم العدول منه أو من المخطوبة، لأن المرأة لا تستحق المهر إلا بالعقد عليها، وبما أن العقد لم يتم بعد، فالخطبة هي مقدمة للزواج لا غير، فلا حق للمرأة في الصداق، وتطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع، وجب على المرأة رده .

وما يمكن التنبيه إليه في هذه المسألة هي حالة ما إذا تصرفت المرأة في المهر بأن حولته إلى جهاز مثلا، ففي مثل هذه الحالة الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يتحملها من عدل عن الخطبة، فيرى الدكتور محمد محدة –رحمه الله– أن للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، حيث يتحمل الخاطب تبعات المهر، وذلك بتسلم الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق، فإذا كان أحد الدائنين لم يستوف حقه كالخياط، أدى له حقه، ولا تجبر المخطوبة على تملك الأشياء التي اشترتها بسبب العزم على الزواج، وكان الخاطب هو السبب في هذه التصرفات .

أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها أف تعيد الصداق كما هو ولا يرغم الخاطب على قبول اللباس أو الفراش عوض المهر، لأنه إذا لم يجد من يشتريه قد يبيعه بأبخس الأثمان فنجمع عليه ضررين، ضرر العدول وضرر إنقاص قيمة المهر.

2- حكم الهدايا في حالة العدول

نتناول المسألة في الفقه الإسلامي، ثم في قانون الأسرة الجزائري.

أ- حكم الهدايا في حالة العدول في الفقه الإسلامي

يرى أغلب الفقهاء بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردها بعينها، وان كانت هالكة أو مستهلكة يجب رد مثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات.

فيرى الحنفية أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أن الواهب لو حق الرجوع فيها مالم يوجد مانع من موانع الرجوع فيها، فبالتالي يرد من الهدايا ما كان قائما، والشافعية والحنابلة يرون أنها ترد مطلقا مثل المهر سواء أكانت هالكة أو قائمة وسواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأن الباعث على تقديمها هي إتمام عقد الزواج، وما دام الباعث لم يتحقق وجب ردها .

أما المالكية فعندهم تفصيل في المسألة، فإذا كان العدول من الخاطب فإنه لا يسترد شيئا، واذا كان من المخطوبة ترد له ما كان قائما، وقيمة ما لم يستهلك إلا إذا كان هناك عرف أو شرط ينافي ذلك.

ب- حكم الهدايا في قانون الأسرة الجزائري

بينت حكم الهدايا المادة 5 ف 4 و 5 من قانون الأسرة حيث جاء فيها "لا يسترد الخاطب

من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وان كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته." فالمشرع قد فرق بين حالتين، حالة ما إذا كان العدول من الخاطب وحالة ما إذا كان العدول من المخطوبة.

– فإذا كان العدول من الخاطب، وكان قبل ذلك قد أهدى مخطوبته بعض الهدايا، فإنه لا حق له في إرجاع ما قدم لها من هدايا، واذا كانت المخطوبة قد أهدته أثناء الخطبة بعض الهدايا فعليه أن يردها لها، إذا كانت من الأشياء غير المستهلكة، أما إذا استهلكت فعليه أن يرد إليها قيمتها (يعني يرد ولا يسترد).

– أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها فقط أن ترد إلى الخاطب ما لم يستهلك مما كان قد أهداها، وان استهلك فعليها أن ترد له قيمته، فالمشرع قرر رد الهدايا التي لا تستهلك بطبيعتها، أما التي تستهلك كالطعام فلا يرد.

***ملاحظات:**

–المشرع لم ينص على حالة ما إذا كان العدول من المخطوبة وقد أهدت إلى الخاطب هدايا فما الحكم في هذه الحالة؟ هل نطبق ونقيس على الحالة الأولى للتشابه بين الحالتين؟

–المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من الأهالي والأقارب أو من الخاطب والمخطوبة، هل نطبق الحكم السابق الوارد في المادة السابقة والمتعلق بالخاطبين، باعتبار أن المقصد منها واحد وهو إتمام عقد الزواج، أو أنها تأخذ حكم الهبة.

–أقر المشرع المبدأ السابق بناء على من وقع عليه العدول، وكان الأحرى به أن يؤسس لهذا المبدأ على من كان السبب في العدول، ذلك لأن هذا الأخير قد يكون اضطراريا، فقد يرغب طرف في العدول ثم يقوم بتصرفات تستفز الطرف الآخر فتدفعه إلى العدول، كأن تشترط المرأة على خطيبها شروطا ليست في مقدوره تلبيتها مما يدفعه إلى صرف النظر عن إتمام إجراءات الزواج، أو أن يؤجل الخاطب زواجه لفترة طويلة دون سبب مقبول مع رفض مخطوبته لهذا الأخير، فتضطر إلى العدول عن الزواج.

–ما يلاحظ كذلك على هذه الفقرة هو أنها أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل، إذ أن فقهاء المالكية يقرون بالرد في حالة الاستهلاك (المثل أو القيمة)، بينما بدا النص القانوني مطابقا لهذا الرأي في البداية ثم خالفه حين لم يقر بالرد في حالة الاستهلاك.

–وعبارة الاستهلاك تثير غموضا إذ أنها تكوي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية، أو تصرفت

فيها فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود مادي، وبالتالي فهي مستهلكة، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلة قيمتها، بالإضافة إلى أن لفظ الاستهلاك هو مصطلح اقتصادي ولا يشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة، كالحلي مثلا .

-أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية، في حالة ما إذا كانت قيمة الهدية وقت العدول قد نقصت عن قيمتها وقت الشراء، كالذهب الذي تنقص قيمته بمجرد شرائه بل حتى قبل استعماله.

-كما أن هذا النص قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة أن تقدم لها هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري، أو أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية، كأن تكون بحاجة إلى المال فتبيع الهدايا للحصول على الثمن، لشراء أغراض أخرى أو للعلاج أو للدراسة أو غيرها ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي بأنها استهلكت، وحكم النص أن ترد للخاطب ما لم يستهلك، أي ما كان قائما تحت يدها فقط.

ولهذه الأسباب لا بد من تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه وهذا لسد باب التحايل من الجانبين، ويكون كل طرف على علم مسبق بأنه يقع على عاتقه رد الهدايا في جميع الأحكام سواء كانت قائمة أو مستهلكة في حالة العدول.

وينبغي الإشارة في هذا المقام إلى أن الهدايا محل النصوص التشريعية هي التي تقدم قبل العقد أي في فترة الخطوبة، أما إذا تم العقد فلا مجال للحديث عنها.

3- حكم التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في حال العدول

تنص المادة 5 فقرة 2 على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، فالمشرع من جيه يعطي للخاطبين الحق في العدول وبعد ذلك يطالبه بالتعويض عما ترتب من نتائج عن هذا العدول، فما دام أن هذا الأخير في حد ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة شرعا وقانونا -كما سبق ذكره- يجوز لكل منهما استعماله متى شاء، فإن من يستعمل حقه من غير تعسف لا تجوز مقاضاته ولا مطالبته بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق، كذلك استنادا إلى قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، والعدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، فعدم

إتمام إجراءات عقد الزواج الموعود به لا يرتب في حد ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أن الضمان يؤثر في حرية التعاقد، ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج .

غير أنه إذا كان العدول قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر فإن طلب الحكم بالتعويض سيكون مشروعا، وهذا يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وانما يمكن أن يكون ظروفا طارئة لاحقة لزمن العدول، نتج عنها ضرر، ويمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الآخر، ومن الأضرار المادية المصاحبة للعدول، كما لو طالب الخاطب المخطوبة بالاستقالة من وظيفتها أو إعداد جهاز مهم أو شراء أثاث معين، أو تطالبه بإعداد مسكن في مكان معين أو بصورة معينة، فهذه تكاليف صاحبت الخطبة، وهي لا تمنع الحق في العدول عنها، غير أن العدول التعسفي يوجب إلزام العادل بالتعويض عنها، وكأمثلة عن الأضرار المعنوية؛ خيبة الأمل لدى الطرف الآخر، أو تأخير زواج المخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة معه، وتفويت فرصة خاطب أفضل، دون نسيان ما يمس كرامة الطرف الآخر من إثارة الألسنة بالتشهير والتجريح .

ومسألة التعويض عن الضرر المترتب عن العدول لم يتم التعرض لها في الفقه الإسلامي القديم، بسبب اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات، وكذا لاعتبارهم أن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بالعقد مثلا والخطبة ليست عقدا، بالإضافة إلى أن هذه المسألة مستحدثة، إذ الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر، وباعتبار المسألة حديثة فقد ناقشها الفقهاء المعاصرين واختلفوا بشأنها، والذي عليه أغلبهم هو التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بشرط أن يكون لمن عدل دخل في وقوع الضرر تطبيقا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" و" أن الضرر يزال".