جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الاسلامي و تطبيقاته

مذكرة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماستر حقوق

تخصص:أحوال شخصية

إعداد الطالب :
نذير عبد الكريم

اشراف الأستاذ:
د/لعروسي بوعلام

لجنة المناقشة:

1–د/بشار رشيد	رئيسا
2–د/لعروسي بوعلام.	مشرفا ومقررا
3–د/ دحية قويدر	مناقشا

الموسم الجامعي:

1438هـ –1439هـ /2017م –2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى :

"يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آَمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ "

(المجادلة :11)

إهداء

الى فلسطين الحبيبة والى القدس الأبية

الى الوالدين الكريمين

أمي الحبيبة ووالدي العزيز

الى إخواني و أخواتي الأعزاء:

مصطفى ،منيرة، شفيقة ، نذير، اليمين، حسان ،عبد الصمد، هندة عبد العظيم .

والى "زكرياء".

الى كل من أعانني على إخراج هذا البحث.

أهديه .

وأسأل الله أن يجعله عملا متقبلا.

شكر و التقدير

الحمد لله على فضله و إحسانه ،أسبغ علينا نعمه ظاهرة وباطنة فله الحمد في الأولى و الآخرة ،وله الشكر والثناء الحسن والصلاة والسلام على حبيبنا ونبينا محمد وعلى آله و صحبه وسلم .

أقدم خالص شكري وعرفاني بالجميل الى الأستاذ المشرف لعروسي بوعلام لما قدمه من نصائح ثاقبة وتوجيهات سديدة ،كان له الدور البارز في ظهور هذا البحث الى حيز الوجود.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان الى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة.

كما أتوجه بالشكر الى كل أساتذتي الأفاضل الذين تلقيت العلم على أيديهم في كل مراحل التعليم .

والى كل الطاقم الإداري.

قائمة المختصرات:

(ص)	الصفحة
(ج)	جزء
(د.م)	دون مكان
(د،ت)	دون تاريخ
(د،ط)	دون طبعة
(د،ت،ن)	دون تاريخ النشر
(د،م،ن)	دون مكان النشر
(د،ب،ن)	دون بلد النشر
(غ،أ،ش)	غرفة الأحوال الشخصية
(ق،أ،ج)	قانون الأسرة الجزائري
(ق،م،ج)	القانون المدني الجزائري
(ق،إ،م،إ)	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

مقـــدمة

مقدمة :

لقد أعطت الشريعة الإسلامية الأسرة جل اهتمامها و اولتها عناية و رعاية خاصة، كما حرصت أشد الحرص على أن تكون العلاقة بين الزوجين علاقة وطيدة ،قائمة على أسس متينة من المحبة ومودة والألفة والسكينة و الاستقرار ،نجد هذا فيما يصوره لنا القرآن الكريم حين يرسم بصورة واضحة التي ينبغي أن تكون عليها الأسرة .

قال الله تعالى :" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (الروم :21).

ومن أجل الحفاظ على الأسرة ودوامها فقد جعلت الشريعة الإسلامية مقدمات لعقد الزواج ألا وهي الخطبة أو الوعد بالزواج ،حتى يتمكن الخاطبين من معرفة بعضهما البعض ضمن قيود و حدود معينة حتى يتم الزواج على أسس متينة من التوافق والمحبة والتراحم والتعاون .

وقد شرع الاسلام لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة إذا كانت لديه أسباب مشروعة تمنع من إتمام الخطبة ،فالخاطب والمخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج ،فهو حق أقره الشرع والقانون لكليهما في العدول مادامت الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا.

فالخطبة شرعت لإعطاء الفرصة للطرفين للوقوف على مدى استعدادها لبناء حياة زوجية مستقرة و تحقيق التوافق ،و انه تبعا لذلك يكون لكل منهما الحق في العدول عن الخطبة ،إذا لم يجد أحدهما في الاخر مقومات تلك الحياة المستقبلية .

فالعدول عن الخطبة إذن أمر طبيعي ،مادامت الخطبة تمهيد لعقد الزواج فقط ،ووعد لا يقيد أحد المتواعدين فكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء ،غير أن هذا العدول عن الخطبة و إن كان حقا لكل من الطرفين ،إلا أنه قد ينتج آثارا للعدول كقبض المهر و تبادل الطرفان الهدايا ،ومع مشروعية العدول عن الخطبة و إباحته إلا أنه يبقى مقيدا بالأسباب المشروعة حيث يتعذر معها إتمام الخطبة و استمرار الحياة الزوجية بينهما.

إلا أن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له ،يلحق الضرر والأذى بالآخرين سواء أكان العدول من الخاطب أم المخطوبة ،وهذا الضرر ممنوع في الفقه الاسلامي ،لما قرره الإسلام لا ضرر ولا ضرار .

فإن العدول عن الخطبة لأسباب غير مشروعة ،يعتبر تعسفا في استعمال حق العدول.

الإشكالية:

أمام هذا الإشكال الرئيسي الذي يطرح :

ماهوا أثر الفقهي والقانوني للعدول عن الخطبة بالنسبة للخاطبين؟

وهذا الإشكال يجرنا الى الإشكالات الجزئية التالية:

فما المقصود بالخطبة ؟و احكامها في الشريعة الإسلامية؟

وما المقصود بالعدول عن الخطبة ؟وهل هو جائز من الناحية الشرعية والقانونية ؟وماهي النتائج المترتبة عليه في الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري؟

اسباب اختيار الموضوع:

اختيارنا لموضوع الدراسة له أسباب ذاتية و اخرى موضوعية تتمثل في الآتي:

الأسباب الذاتية:

-الدفاع عن المرجعية الدينية لقانون الأسرة الجزائري .

-قلة المراجع و الكتب في هذا الموضوع ،إن وجدت فهي قليلة .

الأسباب الموضوعية :

-كيفية معالجة موضوع العدول عن الخطبة شرعا و قانونا والاكتفاء بما هو متعارف عليه في حياة الناس العامة .

-تزايد ظاهرة العدول عن الخطبة في المجتمع بسبب أو بدون سبب.

-نقص التوعية لدى المقبلين على الزواج ووقوعهم في فترة الخطبة في محظورات قبل ابرام العقد .

اهمية الموضوع:

تظهر اهمية الموضوع في جوهره الذي يتناوله و هو العدول عن الخطبة حيث تتجلى هذه الأهمية فيمايلي:

-إن موضوع العدول عن الخطبة هو ظاهرة من الظواهر الاجتماعية بين الناس.

-ضرورة معرفة رأي المشرع الجزائري لهذا الموضوع والتوسع فيه.

-معرفة آثار العدول عن الخطبة والضرر الذي يترتب على فسخ الخطبة سواء كان الضرر مادي أو معنويا .

أهداف البحث :

-بيان مشروعية الخطبة و انها وعد بالزواج وليست عقدا.

-جواز حق العدول عن الخطبة وهو مقرر شرعا و قانونا.

-محاولة إبراز آراء الفقهاء في موضوع العدول عن الخطبة وما يترتب عليه من ضرر وكيفية التعويض عنه .

-بيان مفهوم التعسف في حق العدول عن الخطبة و حكمه.

-توضيح آثار و أضرار التعسف في العدول عن الخطبة ،ومن الذي يتحمل هذه الأضرار و تعويضها.

الدراسات السابقة:

-دراسة بريكي حجيلة (مذكرة ماستر) التي كانت تحت عنوان "التعسف في العدول عن الخطبة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي محند أولحاج ،البويرة ،تخصص عقود ومسؤولية نوقشت سنة 2013 ،تطرقت فيها الباحثة الى تطبيق نظرية التعسف في مجال العدول عن الخطبة ،واكتفت بالحديث عن تعريفها لغة و إصطلاحا ثم طبيعة الخطبة وحكمها.

-دراسة خرصي صورية (مذكرة ماستر) ،التي كانت تحت عنوان "الخطبة و آثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري"، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر ،بسكرة -تخصص احوال الشخصية ،نوقشت سنة 2015 ،تطرقت فيها الباحثة الى ابراز ماهية الخطبة و الإحاطة بكافة عناصرها ،و أثار العدول عنها ،بداية بفصل تمهيدي عن الزواج.

صعوبات الدراسة :

واجهتنا في إنجاز موضوع البحث الصعوبات الآتية:

-قلة الدراسات السابقة في هذا الموضوع .

-نقص المراجع المتعلقة بالموضوع في بعض الجزئيات إن لم نقل أكثرها.

مناهج الدراسة:

إن طبيعة الموضوع تقتضي على المناهج التالية:

المنهج الوصفي :وذلك لأن طبيعة الموضوع تتطلب دراسة الظاهرة، أما في الواقع بوصفها و تصنيفها و تحليلها .

المنهج المقارن: كما اعتمدت أيضا على المنهج المقارن لطبيعة الموضوع و إلزامية المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجزائري.

المنهج التحليلي :وهذا لمعرفة حيثيات الموضوع ،وكذلك لتحليل المواد والنصوص القانونية التي تخدم هذا الموضوع.

خطة الدراسة :

لمعالجة اشكالية البحث اخترنا تقسيم الموضوع حسب الخطة التالية:

مقدمة :

الفصل الأول: ماهية الخطبة.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة.

المبحث الثاني: العدول عن الخطبة.

الفصل الثاني: التعويض عن الضرر على العدول عن الخطبة والعدول التعسفي.

المبحث الأول: مفهوم الضرر.

المبحث الثاني: إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة.

الخاتمة

المراجع.

الفصل الأول:

ماهية الخطبة

توطئة:

ومن اجل الحفاظ على الأسرة و دوامها ،فقد جعلت الشريعة الإسلامية مقدمات لعقد الزواج الا وهي الخطبة ،حيث كلا من الخاطبين و الأهل إلى أن يتعرفوا على بعضهم ،ضمن قيود و شروط معينة ،وقد يوافق الخطبة في الغالب دفع المهر أو تقديم الهدايا ،ثم يتم عدول أحد الطرفين عن الخطبة فإذا وقع ذلك ترتب على العدول عن الخطبة آثار مالية وضع لها الشارع الأحكام اللازمة لمعالجتها و إقامة العدالة بين أطراف الخطبة .

ولهذا سوف نتعرض في هذا الفصل الى مفهوم الخطبة وهذا في المبحث الأول ،أما في المبحث الثاني العدول عن الخطبة.

المبحث الأول: مفهوم الخطبة.

الشارع الحكيم أبقى على الخطبة وجعلها من مقدمات عقد الزواج بكونه أخطر العقود ،لأنه ينعقد على الحياة الإنسانية وهو من العقود الدائمة الباقية ما بقي الزوجان على قيد الحياة ،فوضع له مقدمات وهي الخِطبة .

المطلب الأول :تعريف الخطبة ومشروعيتها وحكمها .

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف الخطبة وهذا في الفرع الأول ،اما في الفرع الثاني مشروعية الخطبة ، وفي الفرع الثالث حكم الخطبة والحكمة من مشروعيتها .

الفرع الأول :تعريف الخطبة.

أولا-التعريف اللغوي:

الخِطبة :مصدر خطب المرأة يخطبها خطبا و خطبة بالكسر الخاء ،أي طلبها للنكاح [1].

قال الله تعالى :" وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ"(البقرة :235)

وخطب المرأة الى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم [2]،ويقال خطب فلانة و أختطبها خِطبة وخِطب وخطبها الى أهلها طلبها منهم للزواج [3].

ثانيا-التعريف الإصطلاحي:

عرف الفقهاء الخطبة بتعاريف متقاربة ،نذكر من هذه التعاريف .

---

[1] محمد ابن منظور :لسان العرب، دار الصادر ،لبنان ،الطبعة الثالثة ،1414 هـ ،ص360.

[2] الفيومي :المصباح المنير ،المكتبة العلمية ،بيروت ،لبنان ،(د،ط)،ج1،ص173.

[3] الفيز آبادي :القاموس المحيط ،ص81،غبراهيم مصطفى و آخرون :المعجم الوسيط دار الدعوة ،(د،م)،(د،ط)،(د،ت)،ج1،ص243.

اولا-عند الفقهاء الحنفية:

عرفها زين العابدين فقال :"الخطبة بكسر الخاء طلب التزوج"[1]

ثانيا -عند فقهاء المالكية:

عرفها المالكية بأنها :"إلتماس النكاح"[2]

ثالثا-عند فقهاء الشافعية :

جاء في تعريف الشافعية بأنها :" التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"[3]

رابعا -عند فقهاء الحنابلة :

عرفها ابن قدامة بانها :"خطبة الرجل للمرأة لينكحها"[4]

وهذه التعاريف تطابق المعنى اللغوي للخطبة ،ويمكننا أن نعرف الخطبة بانها :"طلب النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية "[5].

ثالثا-التعريف القانوني:

نص المشرع الجزائري في المادة 05 من ق،أ،ج على أن :"الخطبة وعد بالزواج ،يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "[6].

---

[1] ابن العابدين ،رد المختار على الدار المختار ،دار الفكر ،لبنان ،الطبعة الثانية ،1992 م ،ج3،ص08.

[2]محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،دار الفكر (د،م،ط)،(د،ط)،(د،ت،ن)،ج2،ص216.

[3] سليمان العجيلي ،حاشية الجمل على شرح المنهج ،فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب ،دار الفكر ،(د،م،ن)،(د،ت،ن)،ج4،ص120.

[4] ابن قدامة المقدسي ،المغني ،مكتبة القاهرة ،مصر ،(د،ط)،1388 هـ،1968 م،ج7،ص143.

[5]جميل فخري محمد جانم ،مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون ،دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى 2009،ص20.

[6] الأمر رقم (05-02)المعدل والمتمم للقانون (84—11)المتضمن قانون الأسرة الموافق لـ27فبراير 2005، الجريدة الرسمية ،العدد15.

وبالتالي فإنه قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة بانها وعد بالزواج ،ولم يتطرق إلى تعريفها تاركا ذلك الى الفقه ،اما مفهوم الخطبة في مجتمعنا الجزائري اليوم فهي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة ،ويقع غالبا بين والدي الخطيبين أو اولياءهم ،وينتهي بإيجاب و قبول المصاهرة بين العائلتين ،دون ابرام أي عقد ،وقد تكون الخطبة بطلب الرجل التزوج بالمرأة ،وتختلف الخطبة عن "الفاتحة" في مفهوم عامة المجتمع من حيث أن الفاتحة عندنا عن مجلس أو اجتماع يحضرة عادة ولي الزوجة و الزوج أو كلاهما ،وجمع من الناس من اقارب الخطيبين و يتم فيه تحديد الصداق ،تليه قراءة الفاتحة ،وبهذا تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية .[1]

الفرع الثاني :مشروعية الخطبة.

أولا–أدلة مشروعية الخطبة:

الخطبة أمر مشروع بالكتاب والسنة و الإجماع .

من الكتاب: ظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله عزوجل :" وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ" (البقرة :235).

من السنة النبوية:

أما السنة فقد دلت على مشروعية الخطبة منها:

عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى ابي بكر فقال له أبو بكر :"إنما أنا أخوك فقال له أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال".

عن ابي عباس رضي الله عنه :"فيما عرضتم به ،من خطبة النساء"

[1] عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث ،الجزائر ،الطبعة الثانية،1989،ص84.

يقول :إني اريد التزويج ولو وددت أنه ييسر لي امرأة صالحة"[1].

الإجماع :

قد اجمع علماء المسلمين ماضيا وحاضرا على جواز الخطبة و مشروعيتها ،كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج ،وهو عرف صحيح لا يعارض نصا في الكتاب أو السنة .[2]

ثانيا –حدود النظر المباح الى المخطوبة :

اتفق العلماء على أنه ينبغي للخاطب أن ينظر الى مخطوبته ،لكي يقدم على العقد عن بصيرة و إدراك و ليعرف كل منهما الآخر في حدود الشرع و الحشمة و الآداب العامة روي البخاري ومسلم وغيرهما عن المغيرة بن شعبة أنه قال:خطبة إمراة فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم هل نظرت إليها ؟ فقلت لا ،قال :فأنظر غليها فإنه احرى أن يؤدم بينكما"[3].

وكما شرع للخاطب أن ينظر الى مخطوبته ،يجوز لها كذلك أن تنظر الى خاطبها [4]،لتطلع على أخلاقه وميوله و يحصل الانسجام والتوافق بين الطرفين ،وبهذا أجازت الشريعة الاسلامية أن ينظر كل واحد الى الاخر وفق حدود معينة و قواعد منظمة حتى و إن حصل عدول أحدهما او عدولهما معا لا يلحقهما الأذى.

ولقد اختلف الفقهاء فيما يجوز النظر إليه:

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،تحقيق محمد زهير ،دار طوق النجاة ،السعودية ،الطبعة التاسعة ،1422 ه ،ج7،ص5

[2]نايف محمود الرجوب ،أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ،دار الثقافة ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2008 م،ص53.

[3] أحمد بن حنبل، المسند، دار الحديث، مصر ،الطبعة الأولى ،1416 ه،1995 م،ج2،ص166 ،أبو داود، سنن ابي داود ،المكتب العصرية ،لبنان ،(د،ط)،(د،ت،ن)،ج2،ص146،محمد الترمذي ،سنن الترمذي ،مطبعة مصطفى البابي ،مصر ،الطبعة الثانية ،1395 ه-1975 م،ج5،ص101.

[4] عثمان التكروي ،شرح قانون الحوال الشخصية (وفقا لأحدث التعديلات) ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الخامسة ،1432ه -2011م،ص18.

ذهب المالكية الى انه يجوز النظر الى المرأة عند الخطبة ،فأجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط دون غيرهما تمسكا بقوله تعالى : "وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا"(النور:31).

أي الوجه والكفان ،قياسا على كشفهما في الحج.

ويرى الشافعية أنه يجوز النظر الى الوجه والكفين ظهرا وبطنا لانهما مواضع ما يظهر من الزينة منها ،ولا يجوز ان ينظر الى غير ذلك[1].

وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين زيادة على الوجه والكفين [2].

ويرى الحنابلة أيضا الى أنه يجوز النظر الى الوجه والكفين ،وللرجل من الرجل وللمرأة من المرأة[3].

ثالثا–وقت النظر الى المخطوبة:

ذهب المالكية الى أن وقت النظر الى المخطوبة يكون قبل التزويج [4].

وذهب الشافعية الى أن وقت النظر يكون قبل الخطبة و بعد العزم على النكاح ،لأنه قبل العزم لا حاجة إليه و بعد الخطبة قد يقضي الحال الترك فيشق عليها ولا يتوقف النظر على إذنها ولا إذن وليها اكتفاء بإذن الشارع ولئلا تتزين فيفوت غرضه وله تكرير نظره إن إحتاج إليه ليتبين هيئتها فلا يندم بعد النكاح [5].

---

[1] سليمان البجيرمي،تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)،دار الفكر،(د،م،ن)،(د،ط)،1415هـ-1995م،ج3،ص377.

[2] أبو الوليد بن رشد القرطبي ،ابن رشد الحفيد ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،دار الحديث ،القاهرة (د،ط) ،2004 م،ج3،ص31.

[3] تقي الدين البغدادي ،المنور في راجع المحرر ،تحقيق وليد عبد الله المنيس ،دار البشائر الاسلامية للطباعة والنشر والتوزيع ،لبنان ،الطبعة الأولى ،2003م،ص350.

[4] أبو الوليد ابن رشد القرطبي ،المرجع نفسه ،ص30.

[5] سليمان البجيرمي ،المرجع نفسه ،ص377.

أمـا الحنفيـة والحنابلـة إلـى وقـت النظـر الـى المـرأة المخطوبـة يكـون قبـل الخطبـة و بعـد العزم على النكاح [1]،وقيده الحنابلة بما غلب على ظنه إجابته الى نكاحها[2].

الفرع الثالث: حكم الخطبة و نوعاها والحكمة منها

أولا–حكم الخِطبة :

عقد الزواج من العقود التي تحمل أهمية كبيرة ،و لخطورته أوجبت له الشريعة مقدمات ،حتى يتروى الخاطبان قبل الإقدام عليه ،إلا أن هذه المقدمات ليست ركنا من أركان العقد أو شرط صحته ورغم هذا فإن الفقهاء اختلفوا في حكمها على النحو التالي:

الرأي الأول: وذهب أصحابه الى القول أن الخطبة مباحة في الأصل وهو قول الشافعية ،وقول الحنابلة ،غير أنها قد تحرم في بعض الحالات كالتصريح بها للمعتدة من وفاة ،أو التصريح أو التعريض بها لمعتدة من طلاق رجعي وقد تكره في حالات كالخطبة أثناء الإحرام لحج أو عمرة [3].

الرأي الثاني :وذهب أصحابه الى القول باستحباب الخطبة ،وهو قول المالكية إلا في الحالات التي تحرم فيها أو تكره ،وقال المالكية بأن الخطبة مستحبة[4].

الرأي الثالث: وذهب أصحابه الى ان الخطبة تأخذ حكم الزواج ،فإن كان الزواج واجبا كان الخطبة واجبة ،و إن كان الزواج مباحا كانت مباحة و إن كان الزواج مستحبا كانت الخطبة كذلك و إن كان الزواج محرما كانت الخطبة محرمة [5].

الترجيح :والراجح في هذه المسألة هو ان الخطبة مستحبة ،وهو ذهب اليه أصحاب القول الثاني ،وقد تصل الى درجة الوجوب والإلزام ،وذلك لفعل النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده ،وما تركوها إلا

---

[1] زين الدين بن محمد ابن نجيم ،البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ،المطبعة العلمية ،لبنان ،الطبعة الأولى ،ج3،ص87.

[2] ابراهيم ابن مفلح ،أبو اسحاق ،برهان الدين ،المبدع في شرح المقنع ، دار الكتب العلمية، لبنان ،الطبعة الأولى ،1997 م،ج7،ص85

[3] عبد الناصر العطار :خطبة النساء ،مطبعة السعادة ،(د،م،ن)(د،ت،ن).

[4] أبو القاسم ،محمد ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية ،(د،ط)،(د،ت،ن)(د،م،ن)،ص130.

[5] البجيرمي: حاشية البجيرمي علي الخطيب ،دار الفكر ،(د،م)،(د،ت)،1995 م،ج3،ص407.

نادرا ،وهو ما جرى عليه عرف الناس حتى يعرف كل خطيب الآخر ،و إختبار سلوكه ،لتجنب المشاكل الزوجية وعدم الانسجام بعد الزواج [1].

ثانيا-نوعا الخطبة :

الخطبة من حيث الأسلوبين المستعملين فيها الخطبة باللفظ الصريح والخطبة بالتعريض.

1-الخطبة بلفظ صريح:

وتكون بلفظ صريح الدلالة ،لا يحتمل تأويلا آخرا ،على طلب الزواج بالمرأة ،كان يقول الخاطب للمرأة أو أهلها :أريد الزواج من فلانة .

2-الخطبة بالتعريض :وتكون بطريق التعريض ،ليس في الألفاظ فيها ما يدل على المقصد مباشرة ،لكن في قرائن الحال واختيار الزمان والمكان ،ما يوحي أن الكلام موجه نحو الخطبة ،كالتعريض للمعتدة من وفاة أو طلاق بائن بينونة كبرى ،والفقهاء يذكرون ألفاظا للتمثيل له :كأنت جميلة ومن يجد مثلك ؟وان الله ساق لك خيرا ،رب راغب فيك ،ونحو ذلك [2].

ثالثا-الحكمة من الخطبة:

إن لأهمية عقد الزواج فإنتاجه رابطة قوية بين رجل و امرأة ،وعلاقة تنتج نسبا ومصاهرة بين عائلتين الزوجين ،وذرية وتربية ومسؤولية ،فكان من الأحرى إعطاء فرصة كافية للخطيبين ،للتعرف على بعضهما البعض ،مما يتيح فرصة التوافق و ينتج عنه استمرار العلاقة الى ما بعد الزواج ،أو التنافر الذي ينتج عنه الانفصال قبل الدخول الى الحياة الزوجية ،مما يجنب كلا الخاطبين المشاكل الزوجية في المستقبل .

---

[1] عبد الرحمان عتر: خطبة النكاح ،مكتبة المنار ،الأردن ،الطبعة الأولى ،1985م،ص60.

[2] محمد ابو زهرة :محاضرات في عقد الزواج وآثاره ،دار الفكر العربي،(د،م)،(د،ط)،(د،ت)،ص57.

وعليه يمكن استخلاص جملة من الحكم أهمها :

1-إعطاء فرصة للخاطبين للتعرف على طباع بعضهما البعض ودراسة أخلاقهما وميولهما ،لكن بالقدر المسموح به شرعا [1].

2-حرص الشريعة على إقامة علاقة متينة ،أساسها الدوام و السعادة ،فإدراكها لأهمية هذا العقد جعلها تشرع للزواج ،مقدمات ،تميزا له عن باقي العقود الأخرى .

3- إشاعة روح المودة بين الخاطبين ،مما يهيئ النفوس و الأجواء لاستمرار هذا الشعور بعد الزواج .

4-شرعت الخطبة ،لصعوبة انتقال المرأة مباشرة من بيت أهلها الى بيت زوجها ،دون وجود مقدمات تمهد لهذا الانتقال .

5-تساعد الخطبة في بيان التوافق والتكافؤ ،في المبادئ والأفكار والاتجاهات والأمزجة بين الخاطبين[2] .

---

[1] وهبة الزحيلي :موسوعة الفقه الاسلامي ،دار الفكر، دمشق، سورية ،الطبعة الثالثة ،2012م،ج8،ص24.

[2]حسين حسين شحاتة :آداب الخطبة في في الإسلام ،دار المنار ،القاهرة ،مصر ،الطبعة الأولى ،2002 م،ص14.

المطلب الثاني :التكييف الفقهي والقانوني للخطبة

الفرع الأول :طبيعة الخطبة في الفقه الاسلامي .

إن الخطبة عند فقهاء الشريعة الاسلامية ليست عقد ،و إنما تمهيدا للتعاقد ،غير أن الاختلاف الذي يقع بين الفقهاء هو في مدى لزوم هذا الوعد [1].

أولا–الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به:

الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للآخر ،وهو بعمومه يشمل ما عاهد المؤمنون عليه الله بأيمانهم من السمع والطاعة لكل ما جاء به دينه ،و يراد به في الغالب ما يعاهد به الناس بعضهم بعضا ،وفي معنى العهود العقود[2] .

ويذهب عدد من فقهاء الشريعة الاسلامية الى اعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج ،وواجب الوفاء به ،وذلك استناد لما ورد في الشريعة الاسلامية من الالزام بالوفاء بالوعد والحث عليه ومن هؤلاء الفقهاء نجد :ابن حجر العسقلاني ،وابن الشاط ،ابن العربي، ابن القيم [3].

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بمايلي:

قوله تعالى :" وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا" (مريم :54).

---

[1] بن زيطة عبد الهادي ،تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،دار الخلدونية للنشر و التوزيع ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،2007م ،ص66،65.

[2] محمد رشيد رضا ،تفسير المنار ،الهيئة المصرية العامة للكتاب ،مصر ،(د،ط)،1990 ،ج2،ص120.

[3] بن زيطة عبد الهادي ،المرجع نفسه،ص66.

ووجه الاستدلال هذا هو أن الله أثنى على سيدنا إسماعيل لكونه صادق الوعد [1]،ومن هنا يتضح ان الوعد ملزم و يجب الوفاء به .والعرب تمتدح بالوفاء وتذم بالخلف والغدر[2].

وقوله تعالى :"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (2) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ (3)" (الصف :2-3).

وقد جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية بأن الانكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولا لا يفي به[3] .

ومن السنة النبوية قوله عليه الصلاة والسلام :"أربع من كن فيه كان منافقا ،ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها :إذا أوتمن خان ،و إذا حدث كذب ،و إذا عاهد غدر، و إذا خاصم فجر"[4].

ويستدل من خلال هذا الحديث أن صفة الإخلاف بالوعود لا تجوز في حق المؤمن الصادق ،لأن ذلك من صفات المنافقين .

ثانيا –الخطبة وعد غير ملزم :

تعتبر الخطبة وفقا لانصار هذا الرأي وعدا غير ملزم ،فإذا تم الاتفاق بين رجل وإمرأه على الزواج ،فإن هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كاختلاط الأزواج[5] .

---

[1] ايــن كثير ،عماد الدين اسماعيل ،تفسير القرآن الكريم، تصحيح لجنة من العلماء ،دار الأندلس ،بيروت ،(د،ط)،(د،ت،ن)،ج4،ص464.

[2] القرطبي ،الجامع لأحكام القرآن ،دار الكتب المصرية ،مصر ،الطبعة الثانية ،1964،ج11،ص115.

[3] بن زيطة عبد الهادي ،المرجع السابق ،ص68.

[4] محمد البخاري الجعفي ،تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ،صحيح البخاري ،دار طوق النجاة ،(د،م،ن)/الطبعة الأولى ،1422هـ،ج1،ص16.

[5] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص244.

وقد استدلوا بمايلي :

الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء ،وعليه تعتبر الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم كذلك ،ولقد تعددت آراء الفقهاء في هذا الشأن ،ومنها ما أورده السيوطي بقوله :"والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي ،و إن تخيل كونها عقد فليس بلازم ،بل جائز من الجانبين قطعا "[1].

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعد به منهم الشيخ أبو زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه إلتزامات لها قوة الالزام ،ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا قمت وعدا بالعقد ،وليس للوعد بالعقد قوة الالزام عند جمهور الفقهاء[2].

ثالثا-الرأي الراجح:

إن الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية وعد بالزواج ،يجب الوفاء به ديانة ،إن لم يكن هناك أسباب للعدول عنها ،فإن وجدت اسباب ومبررات لترك الخطبة والعدول عنها ،فيجوز التحلل من هذا الوعد ،وهذا ما أجمع عليه الفقهاء ،حيث يقول السباعي بعد أن بين أن من عدل عن الخطبة من غير سبب مقبول كان آثما عند الله و إن عدل لسبب مشروع يقبله العقلاء ،فلا إثم عليه[3] .

[1] عبد الرحمان جلال الدين السيوطي، الحاوي الفتاوي ،تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ،المكتبة العصرية ،بيروت (د.ط)،1990م،ج1،ص289.

[2] محمد ابو زهرة ،الأحوال الشخصية، المرجع السابق ،ص34-35.

[3] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص228.

الفرع الثاني :طبيعة الخطبة في القانون الوضعي.

لقد انقسم فقهاء القوانين الوضعية حول الطبيعة القانونية للخطبة من اعتبارها مجرد وعد بالتعاقد ،ثم كونها عقدا تمهيديا ،ولذا يمكن تقسيم الاتجاهات الوضعية الفقهية و التشريعية الى طائفتين إثنتين :الأولى تصبغ بالصبغة العقدية و الثانية تنزلها منزلة الوعد بالزواج .

أولا-الخطبة عقد كامل:

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين يكون صحيحا وملزم لهما ،كأي من العقود الملزمة للجانبين التي تسمح لأطرافها التنصل أو الإلغاء بمحض الإرادة المنفردة ،مع مراعات التعسف حين استعمال الحق في العدول و إلا عد هذا الطرف مرتكبا لخطأ يستوجب التعويض[1].

وقد ظهر إتجاه النظرية العقدية للخطبة في فرنسا غداة صدور القانون المدني فيها مطلع القرن التاسع عشر ،ونظرا لسكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة في القانون المدني اتجهت إرادة الشراح الى تطبيق القواعد العامة عليها فقرروا انه لما كان الالتزام بعمل يتحول عند عدم تنفيذه الى تعويض ،متى لم يكن من المستطاع تنفيذه عينا ،و أن الوعد بالزواج ليس إلا التزاما بعمل فإنه لهذا يخضع لما تقضي به القاعدة في هذا الصدد والواردة بالمادة 1142 من القانون المدني الفرنسي "كل التزام بعمل أو الامتناع عن عمل يتحول تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"

ثانيا-الخطبة وعد بالزواج:

الخطبة وعد بالزواج غير ملزم ولكل الطرفين العدول عنها و ذلك اخذ بمبدأ حرية الشخص دون ضغط أو إكراه ،و يرى أصحاب هذه الاتجاه أن الخطبة هي مجرد وعد

---

[1] بن زيطة عبد الهادي ،المرجع السابق ،ص76.

بالزواج و لا ترقى لمرتبا لعقد ،وليست الإلزامية ولا القيمة القانونية ،حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا ويستند هذا الاتجاه الى ما يأتي :

-حرية العدول يجب أن تكون مجردة من كل قيد، وليس للخطبة أية قوة ملزمة و إلزامية الوعد فيها باطلة بطلانا مطلقا ،لمنافاتها حرية الزواج التي هي من النظام العام فقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج [1].

وجاء كذلك في المادة 01 من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وكذلك لدول مجلس التعاون الخليجي على أن :"الخطبة هي طلب التزوج أو الوعد به".

وفي الفقرة 01 من المادة 03 من مشروع القانون العربي الموحد ،ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية دول الخليج العربي: "لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"[2]

ثالثا-في قانون الاسرة الجزائري:

لقد كيف المشرع الجزائري في المادة 05 الفقرة 01 من ق.أ.ج المعدلة الخطبة على أنها وعد بالزواج ونصها كمايلي :"الخطبة وعد بالزواج ،ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة" وواضح من خلال هذا النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ،ومن جهة اخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم ،أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

وقد استعمل المشرع الجزائري في المادة 05 مصطلح "الوعد" من حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني ،باعتباره الشريعة العامة للعقد ،ومن خلال نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها :"إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الاخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد "[3]

---

[1] بن زيطة عبد الهادي ،المرجع السابق ،ص79.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص225.

[3] الأمر رقم (75-58) المعدل والمتمم بالقانون (05-10) المتضمن القانون المدني ،المؤرخ في 2005/06/20،الجريدة الرسمية ،العدد78.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري في نطاق القانون المدني اعتبر الوعد ملزما للواعد ، وهو على صورتين الأولى أن يكون من العقود الشكلية ،و إلا لم يعقد به القانون بمعنى لا يكون له أثر ،و الصورة الثانية ان يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية ، وهنا لا يتطلب الرسمية ،في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه ،إذ يتوجب عليه البقاء على وعده الى حين انتهاء الأجل ،فإذا انتهى الآجل و لم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد ،أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له .

أما ق.أ.ج فبيد و أنه خالف هذه القواعد في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ،ومن جهة أخرى غير ملزمة ،أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها .

وهذا الوعد قد تصحبه أو تسبقه قراءة الفاتحة كما جاء في المادة 06 من ق،أ،ج التي نصت على أنه :" إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا ،غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون ".

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد على العرف الجاري في المجتمع الجزائري ،وذلك بينة التفريق بين الخطبة وعقد الزواج عند اقتران الفاتحة بهما [1].

[1] محفوظ بن صغير ،احكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ،دار الوعي و التوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،1434ه-2013م،ص86.

ومـــن هنـــا إدخـــال الفاتحـــة فـــي حكـــم الخطبـــة و تلاوتهـــا لا تغيـــر الطبيعـــة القانونيـــة للخطبـــة باعتبارهـــا وعـــدا غيـــر ملـــزم باتفـــاق فقهـــاء الشـــريعة والقـــانون[1] .لان المقصود من الفاتحة التبرك في مرحلة الخطبة[2] .

وهـــذا مـــا اســـتقر عليـــه القضـــاء ففـــي القـــرار الصـــادر بتـــاريخ :1992/03/17 الـــذي جـــاء فيـــه :"مـــن المقـــرر شـــرعا و قانونـــا أن الخطبـــة هـــي مجـــرد وعـــد بـــالزواج ولكـــل مـــن الطـــرفين العـــدول عنهـــا ،و ان الصـــحة عقـــد الـــزواج لابـــد مـــن تـــوفر علـــى جميـــع أركانـــه المتمثلـــة فـــي رضـــا الـــزوجين ،ولـــي الزوجـــة ،حضـــور الشـــاهدين و صداق.

ولمـــا كـــان مـــن الثابـــت مـــن اوراق الملـــف الحـــالي ،ان شـــهود القضـــية أكـــدوا و صـــرحوا حضـــورهم للوليمـــة او فاتحـــة الخطبـــة ،واكتفـــى قضـــاة الموضـــوع فـــي تأســـيس قـــرارهم القاضـــي بصـــحة عقـــد الـــزواج –علـــى ذلـــك ،ان الفاتحـــة ليســـت مـــن أركـــان الـــزواج ،و إنمـــا هـــي علـــى ســـبيل التبـــرك و الـــدعاء و أن مجلـــس الخطبـــة يختلـــف عـــن مجلـــس العقـــد لـــذا فـــإن القـــرار المنتقـــد جـــاء خاليـــا مـــن الأســـاس القـــانوني الســـليم و يتعـــين رفضـــه عـــن الوجـــه الوحيـــد :المـــأخوذ مـــن مخالفـــة المـــادة 09 ق.أ.ج بـــدعوى أن القـــرار المنتقـــد قـــد قضـــي بصـــحة الـــزواج بنـــاء علـــى الـــزواج الـــوارد فـــي مذكرتـــه المؤرخـــة فـــي 1988/10/10 دون التحقـــق مـــن تـــوافر أركـــان الـــزواج المنصـــوص عليهـــا بالمـــادة المشار إليها رغم أن الطاعن قد اعترف بالخطبة فقط والخطبة لا تعني الزواج.

حيـــث أنـــه بالفعـــل فـــإن الشـــهود الـــذين وقـــع الاســـتماع الـــيهم ســـواء أمـــام القاضـــي الأول أو أمـــام العضـــو المقـــرر يـــذكرون حضـــورهم لوليمـــة الخطبـــة أو فاتحـــة الخطبـــة ممـــا يعنـــي أن المحققـــين لـــم يضـــبطوا الأســـئلة التـــي تســـاعد علـــى التفريـــق بـــين مـــا حضره الشهود هل هو مجرد حضور الخطبة على معنى المادة 05 من ق.أ.ج

[1] بلحـاج العربـي ،الـوجيز فـي شـرح قـانون الأسـرة الجزائـري (أحكـام الزواج)،ديـوان المطبوعـات الجامعيـة ،الجزائـري ،الطبعـة السادسـة ،2010،ص89.

[2] أحمـد نصـر الجنـدي ،شـرح قـانون الأسـرة الجزائـري ،دار الكتـب القانونيـة ،دار شـتات للنشـر و التوزيـع ،مصـر ،الإمـارات (د.ط)،2014م،ص23.

أم حضــــروا مجلــــس العقــــد علــــى معنــــى المــــادة 09 مــــن نفــــس القــــانون بينمــــا الفاتحــــة فهــــي ليســــت ركنــــا مــــن أركــــان الــــزواج وليســــت شــــرطا لوقــــوع الخطبــــة و إنمــــا هــــي مــــن بــــاب التبــــرك والــــدعاء وعلــــى ذلــــك يجــــب التفريــــق بــــين الفــــاتحتين حيــــث جــــاء فــــي القــــرار المنتقــــد أنــــه تأكــــد مــــن شــــهادة الشــــهود الــــذين تــــم ســــماعهم يــــوم :1989/01/16 بــــأنهم حضــــروا الوليمــــة الخطبــــة ولــــدى مطــــالبتهم بقــــراءة الفاتحــــة علمــــوا بــــان هــــذا الحفــــل يخــــص الطــــرفين الأمــــر الــــذي جعــــل قضــــاة الموضــــوع لــــم يعطــــوا لقــــرارهم الأســــاس القــــانوني ممــــا يتعــــين رفضــــه[1]،وجــــاء فــــي قــــرار آخــــر ففــــي القــــرار الصــــادر بتــــاريخ 1992/02/14 حيــــث جــــاء فيــــه :"مــــن المقــــرر قانونــــا أن يمكــــن أن تقتــــرن الخطبــــة مــــع الفاتحــــة أو تســــبقها بمــــدة غيــــر محــــددة ومــــن المقــــرر أيضــــا أنــــه يثبــــت الــــزواج بتــــوافر أركانــــه المقــــررة شــــرعا ،ومتــــى تبــــين فــــي قضــــية الحــــال –أن أركــــان الــــزواج قــــد تــــوفرت وتمــــت بمجلــــس العقــــد و أنــــه تــــم اقتــــران الخطبــــة بالفاتحــــة وبعــــد ذلــــك عــــدل الطــــاعن عــــن الــــزواج بالامتنــــاع عــــن الــــدخول لأنــــه اعتبــــر الفاتحــــة كالخطبــــة تســــمح لكــــل مــــن الطــــرفين بالعــــدول عنهــــا ،و إن قضــــاة المجلــــس بقضــــائهم بإلغــــاء حكــــم المحكمــــة القاضــــي بــــرفض الــــدعوى والقضــــاء مــــن جديــــد بصــــحة الــــزواج الواقــــع بــــين الطــــرفين لتــــوافر أركانــــه والســــماع الــــى الشــــهود و الأمــــر بتســــجيله فــــإنهم كمــــا قضــــوا قــــد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[2] .

[1] قرار المحكمة العليا رقم 81129،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر في 1992/03/17،المجلة القضائية ،1994،العدد03.

[2] قرار المحكمة العليا رقم :81877 ،غرفة الأحوال الشخصية الصادر في :1992/04/14 ،نقلا عن لوعيل محمد أمين الأحكام القضائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي ،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ،الطبعة الثانية ،2012 ،ص62.

المبحث الثاني: العدول عن الخطبة

لقد كثرت في وقتنا الحاضر حالات العدول في الخطبة لأسباب لم تكن موجودة في العصور السابقة ،كالشرع في اتمام الخطبة قبل استكمال البحث والتحري الدقيق عن الطرف الاخر و اهله ،وكثرة الخداع والغش ،كأن يخفي أحد الخاطبين بعض العيوب أو الأمراض ثم يعلم بها الطرق الآخر بعد إتمام الخطبة .

المطلب الأول: مفهوم العدول وحكمه

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف العدول و هذا في الفرع الأول ،أما في الفرع الثاني حكم العدول عن الخطبة .

الفرع الأول: تعريف العدول.

أولا–التعريف اللغوي.

العدول في اللغة :عدل عن الشئ ،عدلا و عدولا ،أي حاد عن الطريق جار ،وعد اليه عدلا ،رجع ومنه العدول معناه الرجوع[1].

ثانيا–التعريف الاصطلاحي:

لم يعرف الفقهاء القدامي العدول عن الخطبة و قد عرف المعاصرين العدول عن الخطبة بأنها :"رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة و فسخها بعد إتمامها و حصول الرضا منهما"[2].

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة.

فالعدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الأخر ،والتوقف تماما في متابعة الأعمال و الاجراءات المؤدية الى تحقيق ابرام عقد الزواج كما كان مخططا في أول الأمر بعد إتمام الخطبة .

---

[1] محمد ابن منظور :المرجع السابق ،ج11،ص434.

[2] جميل فخري محمد جانم :المرجع السابق ،ص236.

أولا-حكم العدول عن الخطبة في الفقه الاسلامي:

العدول عن الخطبة جائز إذا كانت هناك مبررات لهذا العدول فهي وعد يجب الوفاء به فهي وعد بالزواج غير ملزم ومقدمة لعقد الزواج ،ومن حق الطرفين العدول مادام لم يتم العقد بعد، وهذا بلا شك أحسن من الطلاق بعد الزواج [1].

بمعنى أن الشريعة الاسلامية لا تلزم الخاطبين على اتمام العقد لأن إلزامها إكراها لهما على الزواج ،والزواج عقد أبدي يتنزه عن الإكراه [2].

فالخطبة ليست إلا وعد بالزواج يتمكن فيها الطرفان من التعرف على بعضهما والنظر في أمرهما ،وقد يكتشف أحد الطرفين عدم التلائم بينه وبين الطرف الآخر فيحق له الانسحاب من الخطبة وعدم إتمام الزواج لأن الاسلام و إن أوجب على الناس الوفاء بالوعد إلا أن الخطبة فهي وعد مشروط بحصول التوافق والملائمة فإن تخلف هذا الشرط فلا حرج من عدم إنجاز الوعد والعدول عن الخطبة و يبقى الأصل هو عدم حصول ضرر في العدول [3].

والقول المشهور عند فقهاء المالكية ،في القضاء بالوعد "أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب و دخل الموعود بالسبب[4].

وذهب الشافعية و الحنابلة الى أن الخطبة ليست بعقد شرعي بل هي وعد ،وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز من الجانبين ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأي المصلحة للمخطوبة في ذلك ،لان الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها ،فلا يكره له الرجوع الذي راي المصلحة فيه ،كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها ولا يكره لها ايضا الرجوع إذا كرهت الخاطب ،لان النكاح عقد عمري يدوم الضرر

---

[1] نصر سلمان ،سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)،دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،2002م،ص35.

[2] محمود علي السرطاوي :شرح قانون الأحوال الشخصية ،دار الفكر ،الأردن ،الطبعة الثالثة 2010م،.ص20 سالم عبد الغني الرافعي :أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ،دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان ،الطبعة الأولى ،2002م،ص223،224.

[3] سالم عبد الغني الرفاعي:احكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ،دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان ،الطبعة الأولى ،2000 ،ص223 -224 .

[4] بن زيطة عبد الهادي :المرجع السابق ،ص26.

فيه ،فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر الى حظها ،و إن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ،ولم يحرم لان الحق بعدها لم يلزمها كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها[1] .

وفي راي أكثر الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة ،لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام ويستدل كذلك على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي انها ليست لا زمة بل جائزة من الجانبين قطعا[2] ،كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية فصلوا في بيان آثار العدول عن الخطبة مما يدل على أن العدول متوقع و جائز ،و لو كان العدول عن الخطبة غير جائز لما ذكر هذا الموضوع .

ثانيا-حكم العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.

الخطبة تعتبر وعدا بالزواج في اغلب التشريعيات الحديثة ،و ان هذه الطبيعة غير ملزمة للخطبة هي التي سار عليها اغلب رجال الفقه الفرنسي كيلانيول ،و لوران وغيرهم متبعين بذلك رأي محكمة النقض الفرنسية القائلة بوجوب أن تكون الرضائية في عقد الزواج ،وقد قضت نفس المحكمة بأن الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به[3] .

وبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 02 اعتبرت الخطبة وعد بالزواج ،يجوز للطرفين العدول عنها.

ثالثا-في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 5 فقرة 2 من ق.أ.ج" الخطبة وعد بالزواج ،ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة "،وبالتالي فالعدول عن الخطبة حق قرره القانون فيبقى لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عنها بإرادته المنفردة ،دون رجوع الى الطرف الثاني، وهي حقيقة كون العدول عن الخطبة مباح شرعا ومقرر قانونا[4] ،وعليه فمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عليه أي التزام ،أو تعويض لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج[5] ، و لو طالت مدة

---

[1] وزارة الأوقاف و الشؤون الاسلامية الكويتية ،الموسوعة الفقهية الكويتية ،دار السلاسل ،الطبعة الثانية،2009م،ج19،ص203

[2] أحمد ابن حجر الهيثمي ،تحفة المحتاج في شرح المنهاج ،المكتبة التجارية الكبرى ،مصر ،(د،ط) ،1983م ،ج7،ص212.

[3] بن زيطة عبد الهادي :المرجع السابق ،ص87

[4] محمد محدة :الخطبة والزواج :مطابع عمار قرفي ،باتنة ،الجزائر ،الطبعة الثانية،1994م،ص57

[5] الرشيد بن شويخ: شرح قانون الأسرة الجزائري ،المعدل ،دار الخلدونية ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،2008م،ص30.

الخطبة فإن ترتب عن العدول أفعال مستقلة عنه نتج عنها ضرر مادي أو أدبي فإنها تستوجب التعويض عن ذلك الضرر ،لاعن العدول لأنه مباح[1] .

و اما قضاءا فقد أكدت المحكمة العليا في قرار مشهور لها :"من المقرر شرعا و قانونا ان الخطبة هي مجرد وعد بالزواج و لكل الطرفين العدول عنها [2].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة في العدول عن الخطبة.

جرى عرف الناس على ان يتبادل الخاطبان الهدايا بهدف التعبير عن الرضى و تحقيق جو من التآلف والمحبة بين الخاطب والمخطوبة ،لكن قد يطرأ مشكل بينهما ،فيعدل أحدهما أو كلاهما ،فيترتب عن ذلك بعض الاشكالات فيما يخص الهدايا والمهر المقدمين خلال الخطبة ،فما حكمهما بعد العدول .

الفرع الأول :حكم استرداد الهدايا .

جرت عادة الناس على تبادل الهدايا بين الخاطبين و أسرتيهما ،وللعرف دور كبير في تحديد هذه الهدايا[3] .

ففي العرف المتواتر عندهم تقديم هدايا للمخطوبة خلال المناسبات و الأعياد وتقديم البسة وخاتم خلال حفل الخطوبة و بعض المستهلكات من الحلويات ،فإذا حصل عدول عن الخطبة فما مصير الهدايا حينئذ ؟ذلك ما سأتعرض له من خلال حكم استرداد الهدايا ،في الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري وكذلك قضاءا.

---

[1] محمد محدة :الخطبة والزواج،ص58،بلحاج العربي: أحكام الزوجية و آثارها ،ص157.

[2] قرار عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 39065،بتاريخ 1985/12/20،نقلا عن بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،ج2،2001م،ص23.

[3] جميل فخري محمد جانم :احكام الخطبة في ضوء العرف ،ص197.

أولا–في الفقه الاسلامي:

فقد اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة وهم :

–**الحنفيــة:** ذهبوا الـى أن حكـم الهـدايا يأخـذ حكـم الهبـة ،وعلـى الواهـب أن يرجـع فـي هبتـه ،إلا إذا أوجـد مانعـا مـن موانـع الرجـوع فـي الهبـة[1]،فـإذا كـان مـا أهـداه الخاطـب موجـودا ،ولـم يتصـل بزيـادة لا يمكـن فصـلها عنـه ،ومـالم يسـتهلك جـاز لـه الرجـوع فـي هبتـه. ومـن الهـدايا المسـتهلكة المــأكولات ،والألبســة فكـل هـذه الهـدايا لا تسـترجع لفـوات عينهـا أصــلا [2]،و تسـاوي كـل مـن الخطب والمخطوبة في استرداد كل واحد ما اهداه بنفس الكيفية .

الحنابلــة : ذهـب الحنابلـة الـى أن الرجـوع عـن الخطبـة سـواء مـن الخاطـب أو المخطوبـة ،هـو انتفـاء حقـه فـي اسـترداد مـا قدمـه مـن هديـة سـواء كانـت قائمـة أو هالكـة ،لأنهـا تأخـذ حكـم الهبـة ،والهبة لا يجوز الرجوع فيها لغير الأب[3].

الشــافعية: ذهـب الشـافعية الـى أنـه للـذي عـدل منهمـا حـق اسـترداد الهـدايا ،فـإن كانـت قائمـة بعينهــا أخــذها و إن اســتهلكت فبقيمتهــا ،و ذلــك بشــرط أن تكــون الهــدايا مــن أجــل الــزواج و تمامـه ،أمـا إذا كـان القصـد مجـرد هديـة فـلا بحـق لـه الرجـوع فيهـا [4]،ويـرى بعـض الشـافعية أن الرجوع مقيد ما إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة أما إذا عدل هو فلا رجوع[5] .

المالكيــة :وقـال كـذلك المالكيـة فـي أوجـه القـولين عنـدهم :إذا كـان العـدول فـي الخطبـة مـن جهـة الخاطـب لا يكـون لـه الحـق فـي اسـترداد شـئ ممـا أهـداه لخطيبتـه ،و عـن كـان العـدول مـن جهـة المخطوبـة كـان للخاطـب الحـق فـي اسـترداد مـا قدمـه مـن الهـدايا ،فـإن كـان قائمـا استرده بعينه و إن كان هالكا أو مستهلكا رجع بمثله إن كان مثليا و بقيمته إن كان قيميا[6]

[1] عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الربعة ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الثانية ،2003م،ج3،ص268.

[2] محمد محدة :الخطبة والزواج ،ص61.

[3] ابـن قدامــة :المغنــي ،ج6،ص65.عبـد الكـريم زيـدان :المفصـل فـي أحكـام المـرأة والبيـت المسـلم ،مؤسسـة الرسـالة ،بيـروت ،لبنـان ،الطبعة الأولى ،1993م،ج6،ص48.

[4] البجيرمي :حاشية البجيرمي على شرح المنهاج ،ج3،ص330.

[5] ابن حجر الهيثمي :الفتاوى الفقهية الكبرى جمعها عبد القادر الفاكهي ،المكتبة الاسلامية ،(د،م)،(د،ط)،(د،ت)،ج4،ص94.

[6] أبــو العبــاس الخلــوتي الصــاوي :بلغــة الســالك لأقــرب المســالك ،حاشــية الصــاوي علــى الشــرح الصــغير ،دار المعــارف (د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن)،ج2،ص348.

ثانيا-في قانون الأسرة الجزائري :

ضمن المشرع الجزائري في المادة 5 الفقرة 3من ق.أ.ج المعدل كيفية استرداد الخاطب أو المخطوبة للهدايا بعد العدول فنصت المادة على انه :"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه ،وعليه ان يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما اهدته له أو قيمته ،وإن كان العدول من المخطوبة ،فعليها ان ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا او قيمته".

وقد أعطى المشرع تفصيلا في الهدايا ،وذلك لان الخطبة في العادة مكلفة لما يهدي فيها ،وبذلك راي اعتبارها والنص عليها لأنها من شانها أن تثير الكثير من النزاعات لإحساس الخطاب بأهمية ما دفعوه ونلاحظ في هذه الفقرة اخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي والغريب أن النص القانوني بداية كانت متطابقة مع رأي المالية أما نهاية الفقرة فقد خالفت راي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في الاستهلاك وهذا الرأي هو الحنفية حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة [1]

الملاحظ ان المشرع الجزائري لم يراعي مسالة المتسبب في العدول عن الخطبة التي لها اثر بالغ في العدول عن الخطبة ،وعدم الأخذ به يطرح عدة نقائص فكان الجدر اعتماد هذا الشرط لتحقيق العدل و الإنصاف.

ثالثا-موقف القضاء:

أما في الاجتهاد القضائي الجزائري فقد جاء في قرار المحكمة العليا :"من المستقر شرعا و قانونا انه لا يسترد الخاطب شيئا مما اهداه إن كان العدول منه"[2]هذا في حالة عدول الخاطب أما في عدول المخطوبة جاء في قرار آخر للمحكمة العليا:"من المقرر قانونا أنه يتوجب عن المرأة المخطوبة عند عدولها عن اتمام الزواج ،ان ترد مالم يستهلك من هدايا وغيرها "[3]

---

[1] بن شويخ الريثي :المرجع السابق ،ص42.

[2] المحكمة العليا(غ،أ،ش)،1991/04/23م ،ملف رقم 73919،المجلة القضائية ،1993م،العدد2،ص58.

[3]المحكمة العليا(غ،أ،ش)،1993/07/13 ،ملف رقم 92714،المجلة القضائية ،1995م،العدد1،ص128 .

الفرع الثاني: حكم استرداد المهر.

قد تستمر الخطبة لفترة طويلة دون زواج ،وخلال هذه المدة قد يقدم الخاطب الى المخطوبة مهر أو جزءا منه كما جرى العرف ،تأكيدا على نيته الصادقة في الإقدام على الزواج ،وكذلك كإشارة لبدء شراء الجهاز تحضيرا للزواج وقد تطرا على هذه الخطبة بعض الخلافات فيعدل احدهما عن الخطبة فيما حكم المهر حينها ؟

اولا–في الفقه الاسلامي:

للفقهاء في حكم رد قيمة المهر او ما اشتري به من جهاز قولان[1] .

القول الأول :وهو ما ذهب اليه جمهور الفقهاء [2].من انه يجب على المخطوبة رد المهر كاملا بعينه إذا كان قائما و إذا هلك او استهلك رد قيمته إذا كان قيميا و بمثله إذا كان مثليا ،ولا يهم إن كانت اشترت به جهازا أو لا فترجع بقيمة الجهاز و لا يختلف الأمر إن كان العدول من الخاطب او المخطوبة لان في نظرهم المهر لا يجب إلا بالعقد أو الزواج الصحيح ،وهو معاوضة في مقابل التمتع ،ومادام لم يتم فيجب رده[3].

القول الثاني: وهو ما ذهب عليه المالكية[4] ،حيث ترجع له ما دفعه من مهر ،إن كان العدول منها ،و إن كان منه لا يرجع عليها مما اشترت به من جهاز إن كان إذن لها بالشراء او تحت حكمه أو جرى به عرف [5].

ثانيا–في قانون الأسرة الجزائري:

في قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لمسالة المهر المقدم خلال فترة الخطبة لا في القانون 11/84 الصادر في 1984/06/09،ولا في التعديل بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 لا صراحة ولا ضمنا [6]، مما يستوجب الرجوع الى أحكام المادة 222 [7] التي تحيلنا الى الشريعة الإسلامية وبالتالي فإن القضاة يلجأون الى سلطتهم التقديرية وفي

---

[1] أبو مالك كمال :صحيح فقه السنة و أدلته،المكتبة التوفيقية ،القاهرة ،مصر ،(د،ط)،2003 م،ج3،ص126.

[2] ابن عابدين :رد المختار ،ج3،ص153.

[3] محمد أبو زهرة :المرجع السابق ،ص37.

[4]الزرقاني:شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الأولى ،2002م ،ج4،ص55.

[5] ابو مالك كمال :المرجع السابق ،ص126.

[6] عبد العزيز سعد:المرجع السابق ،ص20.

[7] بلحاج العربي :المرجع السابق ،ص159.

هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعيا ومنكرا ،فأيهما أقام بينة على دعواه ،و أقنع القاضي حكم له وفقا لتقديره قوة حجته حسب الدلة المقدمة[1] .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فنص في المادة 04 الفقرة 01:"إذا دفع الخاطب المهر نقدا و اشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز" ونص في الفقرة 2 "إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته" وقد اتبع قانون الأحوال الشخصية السوري رأي المالكية في ما إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة في رد قيمة المهر .

ثالثا-موقف القضاء:

القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ :1993/07/13 الذي اعتبر أن الصادق حكم من أحكام الزواج تطبيقا للمادة 09 مكرر من ق.أ.ج والذي جاء فيه مايلي :

العدول عن اتمام الزواج -من طرف المخطوبة-نزاع بشان التعويض والصداق والهدايا يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج ،أن ترد مالم يستهلك من هدايا وغيرها .

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول ولمكان ثابتا -في قضية الحال-أن الطاعة هي التي عدلت عن اتمام الزواج و بدون مبرر شرعي أو قانوني ،فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل -المطعون ضده-بالخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك ،وان دفع الطاعنة بأحقيتها في الصداق ،إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج ،مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم و يتوجب رفض الطعن ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن .[2]

[1] بوجاني عبد الكريم :إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي و ضرورة التعديل ،مجلة الفقه والقانون،المغرب ،العدد20،2014 ،ص77.

[2] قرار المحكمة العليا: (غ،أ،ش)،1993/07/13 ،ملف رقم 92714،المجلة القضائية ،1995م،العدد1،ص128.

الفرع الثالث: الاختلاف بين المخطوبين في كون المرسل للمخطوبة هدية ام مهرا.

قد يرسل الخاطب الى مخطوبة خلال الخطبة هدايا مختلفة من اموال او ذهب ،ولم يبين إن كانت هذه الأشياء من المهر أو من الهدايا ،ووقع خلاف بينهما عند عدول أحدهما ،فإذا ادعى الخاطب أن المرسل إليها مهر يثبت له حق استرداده في كل الأحوال ،وإذا ادعت المخطوبة أنه هدية حتى لا يثبت للخاطب حق الاسترداد فيما هلك او استهلك ففي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعيا ومنكرا ،فأي الطرفين اقام على ادعائه ،كان الحكم القضائي الى جانبه ،لأنه أثبت دعواه بالحجة والبينة[1] ، وعند تقديم الطرفين المتنازعين البينة تقدم ببينة من لم يشهد له الظاهر ،معناه تقدم بينة المخطوبة لأن البيانات شرعت لإثبات خلاف الظاهر والظاهر في هذا النزاع يشهد للخاطب ،لأنه يعطي ليبرئ ذمته من المهر الواجب عليه ،ثم بعد ذلك يتبرع [2]،و إن عجز عن إقامة البينة ،فإن دور العرف يظهر في هذه الحالة ونحكمه ،فإن كان التعارف بين الناس أن ما يهدي في هذه الحالة من المهر ،كان القول قول الخاطب مع اليمين.

وإن كان عكس ذلك فالقول قول المخطوبة مع اليمين و إذا نكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر ،لأن النكول عن اليمين إقرار لصحة دعوى الخصم ،و إذا لم يكن هناك عرف أو كان العرف مشتركا ،بان يسوغ أن يكون ما قدمه اليها مهرا ،أو أن يكون هدية ،فالقول قول الخاطب مع اليمين ،لأنه هو المعطي ،وهو الأدرى بما أعطى إن كان مهرا أو هدية ،إلا إذا كان الذي أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهرا ،كالأطعمة المهيأة للأكل ،فلا يكون القول له فيه ،وتصدق فيه بيمينها لأن الظاهر أن مثل هذه الأشياء هدايا[3] .

---

[1] أحمد فراج حسين :احكام الزواج ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،مصر ،1997م ،ص75-76.

[2] عبد الوهاب خلاف :أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،دار الكتب المصرية ،مصر ،الطبعة الثالثة ،1357 هـ-1938م،ص100
مصطفى شلبي :احكام الأسرة في الاسلام (دراسة مقارنة)الدار الجامعية للطباعة و النشر ،لبنان ،الطبعة الرابعة ،1403 هـ-1983 م ،ص86.

[3] جميل فخري محمد جانم :أحكام الخطبة في ضوء العرف ،ص200.
العربي بلحاج :أحكام الزوجية و آثار ،ص165.

الفصل الثانـي:

التعويض عن الضرر على العدول عن الخطبة والعدول التعسفي

توطئة :

اهتمام الإسلام بالنفس البشرية و الحفاظ عليها من ان يصيبها أذى أو يلحقها ضرر و أن العدول عن الخطبة دون سبب مشروع يصيب الطرف الاخر بالضرر ،و التعويض من هذا الضر الذي قد ينتج عن العدول عن الخطبة ،وباعتبار أن هذا العدول حق إلا أنه إذا أساء العادل في استعمال هذا الحق يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول، كأن يعدل عن الخطبة أحد الطرفين بقصد إضرار الطرف الاخر و هذا ما سنتناوله في مبحثين حيث سنتناول في المبحث الأول مفهوم الضرر والمبحث الثاني إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة .

المبحث الأول: مفهوم الضرر.

يطلق لفظ الضرر على معاني متعددة ، ويراد به ما هو ضد النفع ،ولا شك أن التشريع الاسلامي يجعل مبدأ الضرر أساسا من أسسه ،سواء على مستوى الفرد أو المجتمع ،فكل ما يعود بالضرر على النفس البشرية وما يحيط بها في العاجل أو الآجل ،مدفوع في التشريع الاسلامي بل أبعد من ذلك فالضمان على مسبب الضرر عقوبة له ،وجبرا لخاطر المتضرر وكل ذلك لحفظ التوازن بين الناس و تحقيق المثل العليا في المجتمع.

المطلب الأول :مفهوم الضرر و أنواعه.

أجمع الفقه و القضاء على تنوع الضرر بصفة عامة الى نوعين ،ضرر مادي و ضرر معنوي ،حيث عرف البعض الفقهاء الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ،او هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في جسمه أو عرضه أو عاطفته ،فيسبب له خسارة مالية ،سواء بالنقص أو التلف المادي ،أو بنقص المانع ،أو زوال بعض الأوصاف[1] .

الفرع الأول :تعريف الضرر

أولا–التعريف اللغوي:

الضرر وهو ضد النَفع ،والمَضَرَةُ :خِلاَفُ المنفعة ،و ضَرَهُ يضره ضرا و ضر به و أضر به وضاره ومُضارة وضرارا ،والاسم الضرر ،والضرر فعل الواحد و الضِرار فعل الاثنين ،و الضرر ابتداء الفعل و الضِرار الجزاء عليه ،وقيل :الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به و الضِرار أن تضره من غير أن تنتفع[2].

[1] ابن حجر الهيثمي ،فتح المبين لشرح الأربعين ،دار إحياء الكتب العربية، (د.ب.ن)،1352 هـ،ص237.

[2] محمد ابن منظور ،المرجع السابق ،ج4،ص482.

ثانيا-التعريف الاصطلاحي:

في الفقه الاسلامي:

وردت عديدة تعريفات للضرر في الفقه الاسلامي جاءت في كتب بعض العلماء منها :

تعريف للإمام الطوفي :"إلحاق المفسدة بالغير مطلقا"[1]

الامام البوطي:"هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره"[2]

كذلك اختلف الفقهاء في التفريق بين الضرر و الضرار على أقوال هي:

الضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ،و الضرار إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة ،دون ملاحظة الجزاء.

الضرر أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به ، و الضرار أن يدخل على غيره ضررا بما لا منفعة له به[3].

والتعريف الجامع لما سبق هو :

"الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم ،او جسم معصوم ،أو عرض مصون"[4].

[1] الإمام الطوفي ،رسالة في رعاية المصلحة ،تحقيق :أحمد عبد الرحيم السايح، دار المصرية اللبنانية ،1433هـ /2012م،ص23.

[2] محمد سعيد رمضان البوطي ،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر ،بيروت ،الطبعة الرابعة ،2007م،ص91.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي ،المرجع نفسه،ص23.

[4] محمد بن المدني بوساق ،التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ،دار اشبيليا ،الرياض ،1419 هـ-1998 م،ص28.

الفرع الثاني :أنواع الضرر.

ينقسم الضرر الى ضرر مادي و ضرر معنوي أو أدبي ،فالأول يصيب الإنسان في ماله و الثاني يصيبه في عاطفته أشرفه[1] و بالتالي فالضرر المادي ينصب على حق من الحقوق المالية، و الضرر المعنوي هو الذي يصيب حقا من الحقوق غير المالية التي لا تعتبر عنصرا من عناصر الذمة المالية[2] .

أولا-الضرر المادي:

هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه، انتقاص حقوقه المالية ،أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية ،بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي الذمة المالية وهذا النوع متفق على التعويض عنه بالإجماع

وعرفه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي ،الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو في ماله ،فيتمثل في الخسارة المالية التي يترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي[3].

ومثال الضرر المادي المساس بالحقوق الشخصية كالتعدي على الملك.

فالضرر المادي لتعويضه يجب توافر شرطين:

1-أن يكون ناشئا عن الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية فللمصلحة شرط للحصول على التعويض أما غير المشروعة فلا يحميها القانون كالظاهرة المعاشرة الحرة.

---

[1] فاضيلي إدريس ،الوجيز في النظرية العامة للغلتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،(د،ط)،2009م،ص211.

[2] حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر) ،دار النشر ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2006م،ص279.

[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص145.

2-أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا لا احتماليا التحقق من الإخلال بالمصلحة ،يعني أن يكون الضرر قد وقع فعلا أو سيقع حتما كموت المضرور أو إصابته في جسمه أو ماله.

وتوجب الشريعة الإسلامية أن يكون الضرر المالي الموجب للتعويض إلا في مال متقوم ،أي مملوك للمضرور ،لأن التعويض المقصود به الجبر ،و إذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة و إثما و أمرا محظورا، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه ،كان الواجب فيه التعزيز عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجرا ،وقواعد الفقه الاسلامي لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة [1]،هذا تطبيقا لقوله تبارك وتعالى :" مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا"(غافر :40).

ثانيا-الضرر المعنوي:

"هو الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه و عرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب ،او تحقير في مخاطبته ،أو امتهان في معاملته"[2].

وهو بصفة عامة كل ما يمس شعور الشخص و اعتباره وسمعته[3]،كما ان الضرر المعنوي غالبا ما يكون نتيجة تصرفات غير مشروعة كخروج المخطوبة مع خطيبها الى أماكن اللهو و التنزه معرضة بذلك سمعتها للأقاويل وهذا ما يسمى بالضرر الأدبي .

وهو أيضا يعرف بتلك الآلام والجروح التي تصيب عاطفة أحد الخطبين بالمساس في سمعته أو شرفه مما يشكل شعور بالحزن و ضيق الصدر ومثال ذلك أن يعدل الخاطب ثم يسئ الى سمعة المخطوبة و أسرتها بالكلام عنها بأنها عديمة الخلاق.

[1] علي الخفيف /الضمان في الفقه الإسلامي ،دار الفكر العربي ،القتاهرة ،(د،ط)،2000 م،ص 39 ، 45 .

[2] علي الخفيف ،المرجع نفسه ،ص44.

[3] دربال عبد الرزاق ،الوجيز في النظيرية العامة للالتزام العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،(د،ت،ن)،ص81.

وفيما يخص موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي إذ تنص المادة 182 مكرر من ق.م.ج على أن "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة" وهذا يعني بأن المشرع الجزائري لم يستبعد التعويض عن الضرر المعنوي[1] .

وكذلك في المادة 05 من ق.أ.ج التي تنص على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطوبة .هذا وجاءت صياغة نص المادة 124 من ق.م.ج جاءت مطلقة ،لا تميز بين الضرر المادي و الضرر الأدبي[2]

أما القضاء الجزائري فلم يهمل بتاتا التعويض عن الضرر المعنوي متى توفرت شروطه و طالب به مستحقوه ،وفي قرار رقم 469-1339 المؤرخ في 1975/05/29 ،إذ قضى عن تعويض الضررين المادي والمعنوي.

وقد قضى فيه المجلس الأعلى بتخفيض التعويض الناتج عن الضرر المعنوي معللا ذلك بأنه يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وذلك بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها فعلا ،فإن الوضع يخالف ذلك إذا كان التعويض يتعلق بالضرر المعنوي ،لأنه يرتكز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج الى تعليل ،وبذلك يكون القرار غير محتاج تعليل خاص[3] .

نلاحظ بأن الأحكام التي تقضي بالضرر المعنوي تقوم على أساس السلطة التقديرية للقاضي وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا.

ولم يتطرق الفقهاء قديما لمسالة التعويض عن الضرر المعنوي لأن العلاقات التي تقوم بين الخاطبين كانت جلها علاقات شرعية لا تترك آثار سلبية ،ولكن ضعف التقوى و ابتعاد الناس عن الالتزام الشرعي اليوم جعل وقوع الأضرار المعنوية الى جانب الأضرار

[1] فاضيلي إدريس ،المرجع السابق ،ص214.

[2] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص215.

[3] فاضيلي إدريس ،المرجع نفسه ،ص215

المادية فقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بعدم امكانية التعويض عن الضرر المعنوي وذلك باعتباره ان أساسها هو مخالفة الشرع و تجاوز حدوده ذلك ان الضرر المعنوي الذي يلحق المخطوبة يكون نتيجة تصرفات غير مشروعة و بذلك لا يتصور أن تنهي الشريعة الإسلامية عن شئ و تحرمه ثم تعطي من يفعله تعويضا للمتضرر منه إذا ما لحقه ضرر نتيجة تلك المخالفة .

الفرع الثالث: شروط ضبط الضرر.

يعتبر الضرر أهم ما ترتكز اليه المسؤولية من أركان ،حيث لا مسؤولية بلا ضرر ذلك إن الفعل الضار لا يوجب مسؤولية فاعله من الناحية المدنية إذا لم تترتب عليه تلك النتيجة .

والقول بمشروعية التعويض عن الأضرار ليس على إطلاقه بل له ضوابط تضبطه وتوجهه وفق ما جاء به التشريع الاسلامي والقانون .

أولا-أن يكون الضرر محققا:

الضرر الذي يترتب على الفعل الضار يجب أولا و قبل كل شئ أن يكون محققا[1] أي أنه ضرر وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما في المستقبل ،ولكن الأمر ليس بهذا الوضوح في جميع حالات الفعل الضار ،فمن الأفعال الضارة ما لا يمكن معرفة الأضرار الناشئة عنها بشكل دقيق حال و قوعها و إنما قد يترتب عليه آثار بسيطة ما تلبث أن تتفاقم مع مرور الزمن ،فالقضاء لا يستطيع أن يحدد جسامة تلك الأضرار في الحال وهذه هي الأضرار المستقبلية ،وهي إن تحققت أسبابها إلا أن نتائجها تراخت الى المستقبل .

[1] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،الطبعة الثالثة ،1998م،ص969.

ثانيا-أن يكون الضرر شخصيا:

كما يشترط أن يكون الضرر شخصيا[1] ، ومعنى ذلك ان يكون الضرر قد أصاب الشخص المدعي فأنشاء له الحق في طلب التعويض بسبب الفعل الضار ،وهذا لا ينفي التوكيل للمطالبة بهذا الحق ،و إنما المقصود هو ان لا يتبرع شخص ما بالمطالبة بتعويض شخص آخر لم يفوضه تفويضا معتبرا بالمطالبة .

ويلاحظ أن الإجماع كان دائما ومازال منعقدا دون أي شبهة او تردد ،على أن الحق في التعويض عن الضرر المادي ينتقل الى الورثة دون قيد أو شرط سواء كان المضرور قد حصل على حكم نهائي به قبل وفاته أو لم يكن ، وسواء طالب به أو لم يطالب ،طالما أنه لم يتنازل عن حقه حال حياته ولم يبرئ منه المسؤول عنه[2] .

جاء المادة 222 من القانون المدني المصري مقرر لحق التعويض على انه لا يتم إلا بإحدى طريقتين :

1-أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور و المسؤول ،فتحد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين .

2-ان يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور الى القضاء و طالب المسؤول بالتعويض أي انه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم[3] .

وبالنسبة للعدول عن الخطبة فلا مانع من جواز مطالبة ورثة المعدول عنه بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا ،أثناء حياته ،بحيث إذا توفي هذا الأخير

[1] سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ،مطبعة السلام ،القاهرة ،الطبعة الخامسة ،(د،ت،ن)،ص133.

[2] مقدم سعيد ،نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،1992 م،ص38-39.

[3] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،المرجع السابق ،ص988.

قبل حصوله على التعويض الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة و بعد مطالبته ،ينتقل حق المطالبة بالتعويض الى الورثة[1] .

ثالثا-أن يصيب حقا او مصلحة مشروعة للمتضرر :

و لإمكانية المطالبة يجبر الضرر الناشئ عن الفعل الضار يجب ان يصيب الضرر حقا أو مصلحة مشروعة للمتضرر ،وبناء على ذلك سنتكلم عن الحق أولا ،وعن المصلحة المالية ثانيا .

1-إخلال بالحق:

لكل شخص الحق في السلامة :

سلامة حيالته و سلامة جسمه ،فالتعدي على الحياة ضرر ،والتعدي على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرر ،بل هو ابلغ الضرر، و اتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم او العقل باي أذى آخر من شانه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يتكبد نفقة في العلاج هو أيضا ضرر مادي[2] .

وهذا الحق سواء كان استئثار بشئ او بقيمة استئثار يحميه القانون ،او كان مصلحة يحميها القانون ،وسواء كان هذا الحق حقا ماليا او غير مالي فإن انتهاكه يرتب عنه مسؤولية جبر ما يمكن ان ينشأ عنه من ضرر[3] .

---

[1] بريكي حجيلة ،التعسف في العدول عن الخطبة ،(مذكرة ماستر)،فرع القانون الخاص ،جامعة البويرة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2013م،ص53.

[2] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط ،المرجع السابق ،ص971.

[3] عزيز كاظم جبر ،الضرر المرتد و تعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،(د،م) ،1998 م،ص41.

2-إخلال بمصلحة مشروعة :

قد يكون الضرر إخلالا بمصلحة مشروعة سواء كانت مالية أو غير ذلك ،اما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ،و لا يعتبر الإخلال بها ضررا يستوجب التعويض[1] فالمصلحة إذن شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور[2] .

وقد عرفت المصلحة على انها :"المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده ،من حفظ دينهم، ونفوسهم وعقولهم،،ونسلهم و اموالهم طبق ترتيب معين فيما بينهما "[3].

رابعا-أن يكون الضرر مباشرا:

أي يكون الضرر قد نجم مباشرة عن فعل فاعل (الضرر مباشر) سواء كان ضررا ماديا او ضرر أدبيا ،وبعبارة أخرى يجب أن يكون الفاعل قد أتى عملا ماديا ترتب عنه الضرر، أي ان يقع عن طريق اتصال جسم الجاني بالمال الذي أتلفه مباشرة .[4]

والمباشر هو ما كان نتيجة طبيعة للفعل الضار او العمل غير مشروع ،ومن المهم هاهنا تقييد حالة المباشرة هذه بكون الفعل الضار مما لا يستطيع ان يتوفاه ببذل جهد معقول داخل في نطاق الممكنات[5].

والضرر المباشر في العدول عن الخطبة هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق العدول ،وذلك بان يعدل الخاطب عن المخطوبة بعد مدة من الوعد بالزواج و بدون

---

[1] عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،المرجع نفسه ،ص974.

[2] مقدم سعيد :نظرية التعويض ،المرجع السابق ،ص38.محمد سعيد رمضان البوطي ،ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ،المرجع السابق ،ص37.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي ،ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ،المرجع السابق ،ص37.

[4] اسامة السيد عبد السميع ،التعويض عن الضرر الأدبي ،دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون ،دار الجامعة الجديد ،الاسكندرية ،2007م،ص140.

[5] عبد المجيد محمود الصلاحين ،التعويض عن الأضرار المعنوية في الفقه الاسلامي و القانون المدني ،بحث مقدم بمجلة الدراسات ،الجامعة الأردنية ،الطبعة الثانية ،1425 هـ -2004 م ،ص400 ، 401 .

أي مبـرر أو سـابق إنـذار ،فيسـبب لهـا ضـررا ماديـا او معنويـا مـن جـراء العـدول فهـذا يعد ضررا مباشرا [1].

المطلب الثاني: التعويض على العدول عن الخطبة .

قـد يترتـب عـن العـدول عـن الخطبـة بعـض الأضـرار الماديـة أو المعنويـة فـي بعـض الأحيـان ،فقـد تسـتمر الخطبـة لسـنوات و يفـوت علـى المخطوبـة خطابـا آخـرين ،وفـرص زواج اخـرى كمـا قـد يطلـب الخاطـب مـن المخطوبـة الاسـتقالة مـن وظيفتهـا أو تـرك دراسـتها مـثلا ،ومـن الاضـرار المعنويـة مـا تُقَوِلُـهُ الأَلْسِـنَة عـن أسـباب العـدول ممـا يـؤدي سـمعتها فلـو ترتـب على هذا العدول ضرر لحق بالمخطوبة فهل يجب التعويض بسبب ذلك .

الفرع الأول :حكم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول في الخطبة .

اولا–في الفقه الإسلامي:

لـيس فـي كتـب الفقـه الاسـلامي القديمـة و لا عنـد فقهـاء المـذاهب الاجتهاديـة المتعـددة تعـرض لمبـدأ التعـويض عـن الضـرر عنـد العـدول[2] .ولـم يبحـث الفقهـاء القـدامى القضـية ،ولـم ينصوا عليها في كتبهم[3] .

لان طبيعـة الحيـاة الاجتماعيـة فـي زمـن أولئـك الفقهـاء لـم تكـن تسـمح بإثـارة هـذه المسـالة حتـى يتناولهـا الفقهـاء بالبحـث والتحليـل و إصـدار الحكـم فيهـا ،و الإلتـزام بتعـاليم الإسـلام الـذي لا يبـيح للخاطـب إلا النظـر والحـديث الـى مخطوبتـه والخـروج معهـا بحضـور محرم لها .

[1] بريكي حجيلة ،المرجع السابق ،ص52 .

[2] محفوظ بن صغير ،المرجع السابق ،ص255.

[3] مصطفى شلبي ،المرجع السابق ،ص86.

وكذلك هناك عدة اعتبارات من اهمها:

عدم تعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع بناء على ان التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار ،و الخطبة ليست عقد أو إنما وعد بالزواج، ولو ألزمنا العادل عن الخطبة التعويض لكان في ذلك إلزاما ضمنيا له باستكمال اجراءات عقد الزواج[1] .

كما أن عصرهم يتسم بالوضوح في المعاملة ،وعدم المراوغة و الخداع وعليه خشية الله تعالى [2].

أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحو من البساطة واليسر ،لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع ،وخلافا لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين[3]

في الفقه الاسلامي المعاصر :

لقد تعرض الفقهاء المعاصرين لهذه القضية ،وذلك نتيجة تغير ظروف الحياة و فساد الأخلاق و ضعف الوازع الديني[4] .

كل ذلك من شانه ان يؤدي الى الاضرار بالمخطوبة عند العدول مما اوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض[5] .تطبيقا لقول النبي صل الله عليه وسلم "لا ضرر و لا ضرار"[6]

---

[1] محفوظ علي السرطاوي ،المرجع السابق ،ص23.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ، ص255.

[3] محفوظ بن صغير: المرجع نفسه ، ص74.

[4] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ، ص255.

[5] محفوظ بن صغير: المرجع نفسه ، ص75-76.

[6] ابن ماجة أبو عبد الله ،سنن ابن ماجة ،تحقيق فؤاد عبد الباقس دار إحياء الكتب العربية ،فيصل عيسى الباجي الحلبي ،(د،ط)،ج2،ص464.

ومن هنا فالضرر ممنوع في الفقه الإسلامي لذلك فقد اختلف الفقهاء المعاصرين في حكم التعويض عن ضرر العدول بنوعيه المادي و المعنوي الى ثلاثة مذاهب[1] .

الاتجاه الأول: عدم التعويض مطلقا.

ذهب أصحاب الاتجاه الى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء كان ماديا او معنويا منهم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية ،وقد ذهب فيه الى عدم التعويض لان العدول عن الخطبة حق مأذون له فيه ،و إذا مارس الخاطب حقا مأذونا له فيه فلا يجب التعويض[2] ، و لأن الإذن الشرعي ينافي الضمان .

وقد استدلوا على ذلك بمايلي :

1-إن القول بالتعويض يعمق المشكلة و يؤصلها ولا يحلها لأن الضرر الناشئ عن العدول في الخطبة ناتج عن إعطاء الخطبة فوق ما تستحقه ،فهي وعد ولا يجوز أن تبنى عليها تصرفات تعود عليهم بالضرر .

2-إن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة بكل منهما ،وهي أمور نفسية يرتد اليه تقديرها ،ولا سلطان للقضاء عليه وذلك ،لان الزواج من اخص شؤونه، فينبغي ان يترك له الحرية الكاملة في ٱلإقدام و الإحجام .

3-إن الضمان عند التغرير لا عند الاغترار لان الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم ان الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء ،فإن أقدم على العمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول ،فالضرر نتيجة لاغتراره هو ،ولم يغرر به أحد ،فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه وليس منشؤه محض العدول[3].

[1] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ، ص255.

[2] اسامة محمد منصور الحموي،أثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون ،مجلة جامعة دمشق ،سوريا ،الطبعة الثالثة ،ص429.

[3] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص256.

4-إن الحكم بالتعويض يفقد الخطبة مزاياها ،والحكمة من مشروعيتها ،لأنها ستصبح شبه ملزمة بالزواج ،وليست مرحلة للتعرف ،كما أن فيه نوعا من الإكراه ،وحمل لمن أراد العدول عن إتمام عقد زواج لا يرضاه ،خشية الحكم عليه بالتعويض ،وفي هذا إلحاق ضرر به وبالطرف الآخر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه ،وذلك لما يترتب عليه من إنشاء أسرة على أسس غير سليمة سرعان ما تنهار ،فيحلق بالأولاد و بكل من الزوج و الزوجة ما هو أكبر من الضرر عن العدول[1] .

وهذا يتنافى مع ما يجب ان يكون عليه عقد الزواج من القناعة الكاملة والحرية التامة والرضا المطلق.

5-إن الجواز الشرعي ينافي الضمان ،وهذا يعني أن ما يمارس حقا مشروعا له ،او مباحا لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر ،لأن الجواز ينافي المسؤولية ،فالمسؤولية تنشأ عن المجاوزة و الاعتداء ،والخاطب لا يعتبر معتديا إذا استعمل حقه في العدول[2] .

6-إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الاسباب والدوافع التي دفعت الى العدول ،كما يتطلب بيان الضرر الناشئ عن العدول ،وتقدير حجمه لتحديد التعويض المناسب ،وفي ذلك كشف لعيوب الخاطب والمخطوبة ،وهتك لأسرار العائلات ،في هذا بلاء عظيم لذلك كان منع التعويض دفعا لضرر أعظم ،وهو كشف الأسرار ،و إظهار عيوب الناس امام المحاكم.

7-إن مشكلات الأسرة ينبغي أن تسود حلولها روح التسامح ،اما التفكير في مجاراة من يعدل عن الخطبة بغير مبرر ،فهو نوع من الانتقام منه لا محل له ،لان رفع دعوى التعويض قد يجعل الخصومة عداوة ،فقد يكلف الكثير من النفقات المادية و الآلام النفسية[3]

[1] عبد الناصر العطار ،المرجع السابق ،ص172.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص256-257.

[3] عبد الناصر العطار ،المرجع نفسه ،ص172

الاتجاه الثاني: التعويض مطلقا.

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين الى ان العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر.

وقد استدلوا على ذلك بمايلي:

1-عن ابي سعيد الخدري عن النبي ،صل الله عليه وسلم قال :"لا ضرر و لا ضرار"[1]

واستنادا الى الحديث الشريف فقد نهي الرسول صل الله عليه وسلم عن ايقاع الضرر ولابد من معاقبة من لا يلتزم بالنهي باي صورة كانت ،و ان التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع ،تطبيق الحديث الشريف [2].

2-الاستدلال بقاعدة "الضرر يزال"[3] المأخوذة من الحديث السابق ،فإنها تعد دليلا على إزالة الضرر بالتعويض عنه ،وفي ذلك يقول محمد ابو زهرة :"و الضرر يزال"، وطريق إزالته هو التعويض"[4].

3-إن الخطبة وعد بالزواج ،والعدول عنه حق مشروع لكلا الطرفين ،لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر عند عدم الوفاء بما يتناسب مع الضرر الذي ألحقه و تسبب به .

4-الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث قالوا: بان العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق ،وذلك على أساس ان الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد بإتمام الزواج، إلا انه يعطي كلا من طرفيه الحق في العدول عن

[1] رواه ابن ماجة.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص257-258.

[3] جلال الدين السيوطي ،الأشياء والنظائر ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1999 م،ص7.

[4] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص37.

الخطبة و هذا الحق يساء استعماله إذا تم العدول بغير مبرر ،و إساءة استعمال الحق ،او التعسف فيه يستوجب التعويض[1] .

الاتجاه الثالث :التفصيل في التعويض.

ذهب فريق ثالث الى مجرد العدول عن الخطبة ،لا يوجب التعويض ،اما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول فيجب فيه التعويض.

وقد استدلوا على ذلك بما استدل به اصحاب المذهب الثاني ،و اضافوا :

1-إن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية ،والتعويض لا مجرد العدول ومن هنا فالتعويض هو اثر من آثار الخداع ،وليس أثر من آثار الرجوع في الخطبة.

2-عن العدول بغير مبرر عدول طائش ،لان العادل كان يجب عليه قبل الخطبة ان يتحرى و يسال ،وطالما تمت الخطبة برضاه التام ،ثم عدل عنها بغير مبرر ،فإن هذا العدول الطائش لا يخلو من خطأ[2] .

3-إن مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في ايقاع الضرر يقره الشرع ،وتؤكده مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين :

-**الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق** ،وهو ثابت ،ومقرر بالشريعة الإسلامية في عدد من الفروع و التفصيلات الفقهية .

-**الأصل الثاني: مبدا الالتزام في الفقه المالكي** ،فإذا لزم عن الوعد ارتباط الموعد بعمل ومثله إذا ارتبط بعقد أو قول ،كان سببه ذلك الوعد ونشأ عن تخلف الواعد في تنفيذ و عده ضرر ما حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد.

[1] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص258.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص258-259.

ولما كان الإجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج ،حتى عند فقهاء المالكية انفسهم ،بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج، وللإجماع على انه لا يجوز الإكراه فيه بشكل ما ،كان لابد من اعتبار الضرر الناشئ عن هذا الوعد ،فلابد من القول بوجوب التعويض عنه[1] .

وقد اختلف اصحاب هذا المذهب في وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناشئة عن تدخل العادل عن الخطبة ،ام اقتصار التعويض على الأضرار المادية فقط قولين:

القول الأول: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة ،إذا ترتب عليه ضرر مادي فقط.

ذهب بعضهم الى ان العدول عن الخطبة ،إذا ترتب عليه ضرر مادي ،استوجب التعويض اما إذا لم يترتب على العدول ضرر مادي ،او ترتب ضرر معنوي ،فلا تعويض[2].

يقول أبو زهرة :"وفي الحق إذا لا نستطيع ان لا نقر الراي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق ،كما لا نستطيع ان نقر الراي الثاني ،بل نقول قولا وسطا ،فنقرر ان العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق ،والحق لا يترتب عليه تعويض قط ،ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة والعدول ،كان يطلب نوعا من الجهاز ،او تطلب هي إعداد المسكن ،ثم يكون العدول و الضرر ،فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة ،فيعوض ،و عن لم يكن كذلك ،فلا تعويض[3] .

[1] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص258-259.

[2] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،المرجع السابق ،ص40.

[3] محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية ،المرجع نفسه ،ص40.

القول الثاني: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة ،إذا ترتب عليه ضرر مادي او معنوي.

ذهب البعض الاخر الى ان التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر ،سواء أكان الضرر ماديا أم معنويا[1] .

وقد اشترط السباعي في التعويض على العدول عن الخطبة ثلاثة شروط حيث يقول:" إن التعويض يجب عند العدول عن الخطبة إذا تحققت الثلاثة مجتمعة".

1-أن يثبت ان العدول لم يكن بسبب من المخطوبة .

2- أن العدول قد اضر بها ماديا او معنويا غير الاستهواء الجنسي .

3-إن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما استدل به عادة وعقلا ،على تأكيد خطبته ،وتصميمه على إجراء عقد الزواج [2].

ثانيا-في قانون الأسرة الجزائري:

الخطبة وعد بالزواج فقط، ولهذا اجاز المشرع الجزائري لأي الطرفين العدول عنها ،وقد ينشئ عن ذلك العدول الضرر المادي او معنوي لأحدهما ،فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للطرف المتضرر على اعتبار أن الخطبة التزام بإتمام الزواج ،فإن تخلى أحد الطرفين عن ذلك الالتزام دون سبب وجيه ،فإن ذلك يعتبر خطأ منه لكونه اخل بالتزامه وبالتالي يجوز الحكم عليه بالتعويض في حالة ثبوت الضرر المادي او المعنوي[3] .

واما الطرف المتضرر من العدول سوى اللجوء الى القاضي بطلب التعويض ويبدو أن المشرع قد وفق الى أبعد حد لما جمع في التعويض بين الضرر المادي و المعنوي من

[1] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص261.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص261.

[3] لحسن بن شيخ آث ملويا ،المرشد في قانون الأسرة ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،2014م،ص27.

خلال المادة 05 الفقرة 02 من ق.أ.ج والتي تنص :"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"[1].

ويلاحظ أن المشرع لم يجعل التعويض واجبا ،و إنما جعله جائزا ،لأنه من غير المعقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضررا إلا أن المشرع لم يبين بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض ،أهو ضرر ناجم عن مجرد العدول أو هو ضرر ناجم عن تدليس أحد الطرفين .

كما أن المشرع لم يتبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة للقاضي ام ان هناك ضوابط تحكم هذا التعويض ،فهو لم ينص أصلا على الأسباب التي يتم بموجبها التعويض.

كل هذه النقاط التي اغفلها المشرع ،قد تؤدي الى اشكالية تضارب مواقف القضاء في الاسناد الى الأسباب الجدية التي يتم بموجبها الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من العدول .[2]

الأصل أن العدول لا يرتب أي مسؤولية لأنه حق شرعي ،و إذا اقتران هذا العدول بضرر يحدثه أحد الطرفين لآخر فيلزم بتعويض هذا الضرر الناجم عن العدول على اساس المسؤولية التقصيرية ،لا العقدية لأن الخطبة ليست بعقد[3] .

ثالثا-موقف القضاء:

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة ،فقد عمد الى تطبيق النص المتضمن في المادة 05 من ق.ا.ج ومن امثلة ما ورد في ذلك :القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1989/12/25 :"من المقرر قانونا ان الإقرار

[1] بوجاني عبد الكريم ،المرجع السابق ،ص71.

[2] بوجاني عبد الكريم ،المرجع نفسه ،ص71 ،72.

[3] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص103، 104.

القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى عليه امام القضاء ،وهو حجة قاطعة على المقر ،ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال ،ان المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف و رفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي اصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة امام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ،ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .[1]

الفرع الثاني :طرق التعويض عن الضرر المترتب عن العدول في الخطبة

أشارت المادتان 131 و132 من ق.م.ج الى طريقة التعويض ،والتي يستفاد منها ان التعويض إما أن يكون عينا إما أن يكون نقديا [2] .

أولا-التعويض العيني:

وهو الذي يقوم على إزالة عين الضرر بان يقضي على سببه او مصدره [3]،أي بمعنى آخر هو إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل و قوع الفعل الضار ،فهو يزيل الضرر الناشئ عنه[4] ،أي بإلزام المدعى عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو تأخر في تنفيذه أو أخل به .

والقاضي ليس ملزما ان يحكم بالتنفيذ العيني ،ولكن يتعين عليه ان يقضي به إذا كان ممكنا ،وطالب به الدائن كما لا يتقيد المضرور بتقديم أي من نوعي التعويض قبل الاخر ،فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما حسبما يشاء وعلى ما يراه انفع له ،وكذلك يجوز

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم 56097،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1989/12/25 ،المجلة القضائية ،1991 ،العدد 04،ص102.

[2] المادتان معدلتان بالمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3] إدريس العلوي العبد لاوي ،شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)(د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن)،ج2،ص193.

[4] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص265.

للمسؤول أن يعوض التعويض العيني ،فيقضي به عليه ،غير انه في أكثر الأحوال ولاسيما في أحوال الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني ،فيتعين الالتجاء الى التعويض النقدي"[1]

ويمثل فقهاء الشريعة لهذا النوع من التعويض العيني بإلزام الغاضب برد العين المغصوبة مادامت باقية لم تهلك ولم تتغير، ومن صور التعويض العيني في مجال العدول عن الخطبة إذا كان العدول من المخطوبة و كانت قد استلمت المهر اثناء فترة الخطبة ،فالتعويض العيني يكون بإرجاع المهر الى الخاطب.

ثانيا-التعويض بمقابل:

الأصل في المقابل الذي يراد به إزالة الضرر أو إصلاحه أن يكون مبلغا من النقود ومع هذا قد يكون التعويض أحيانا غير نقدي[2] .

وهو صورة الغالبة في التعويض في المسؤولية التقصيرية و يتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور ،فكل ضرر بما فيه الضرر الأدبي الذي يمكن تقويمه بالنقد والأصل ان يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة او أقساطا ،وإما ان يكون إيراد مرتبا له مدى الحياة او بمدة معينة ،وهو ما نصت عليه المادة 132 من ق.م.ج التي نصت على أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ،و يصح ان يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون مرتبا ،كما يصح ان يكون ايراد مرتبا ،و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدر تأمينا".

ويقدر التعويض بالنقد ،على انه يجوز للقاضي وبناء على طلب المضرور ان يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ،او يحكم و ذلك على سبيل التعويض ،بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع .

---

[1] بلحاج العربي ،النظرية العامة ،المرجع نفسه، ،ص266.

[2] حسن علي الذنون ،المرجع السابق ،ص366.

ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدعي ان يقدم تامينا[1]،والقاضي بطبيعة الحال هو الذي يحدد التعويض في مقداره وطبيعته وفي كيفية الوفاء به[2] .

إن التعويض النقدي هو الطريق الأصلي والوجوبي عند فرض التعويض من المحكمة ام التعويض العيني غير النقدي فلا يمكن للمحكمة ان تفرضها إلا بناءا على طلب من الدائن وتوافرت إمكانية الاستجابة للطلب .

ومن صور التعويض غير النقدي الاعتراف بالشرف و الاعتذار الجدي امام المحكمة لتخفيف الآلام عن المضرور ان هذه الصور للتعويض غير النقدي لا تنحصر فقط بالضرر الجسدي و إنما يمكن ان تشمل الضرر المالي والضرر المعنوي حسب الظروف وتبعا لطلبات المدعي[3] .

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص266-267.

[2] إدريس العلوي العبدلاوي ،المرجع السابق ،ص193.

[3] منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني ،دار ناراس للطباعة والنشر ،العراق ،الطبعة الأولى ،2006 م ،ص 321-320.

المبحث الثاني: إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة.

لم نجد عند الفقهاء القدامى تعريف للتعسف ،حيث إنهم لم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة و إنما تعرضوا للتعسف ضمن حديثهم عن جزئياته اثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات المصلحة بالتعسف في ثنايا كتبهم ،اما الفقهاء المعاصرون فقد نظر بعضهم الى التعسف ،على انه صورة من صور المجاوزة و التعدي في استعمال الحق، ونظر بعضهم الآخر الى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة ،له اركانه و اسسه و تطبيقاته الخاصة به ،ومن هنا فقد اطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة ،و اطلق آخرون لفظ إساءة ، واطلق غيرهم لفظ المجاوزة أو التعدي.

المطلب الأول: مفهوم التعسف في العدول عن الخطبة.

سنتطرق في هذا المطلب الى تعريف التعسف في الفرع الأول أما في الفرع الثاني معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه والقانون.

الفرع الأول: تعريف التعسف.

أولا–التعريف اللغوي.

التعسف مأخوذ من عَسَفَ يَعسِف عسفًا ،والعسف :السير يغير هدى ،و الأخذ على غير الطريق ،يقال عسف للطريق :أي سار فيه على غير هدى ولا جادة ،وعسف عنه :مال وعدل يقال عسف عن الطريق :أي عدل وجاد وعسف في الأمر: فعله بلا روية ولا تدبر ،وعسف على فلان ولفلانا :عمل له .وعسف فلانا :أخذه بالقوة و العنف و ظلمه ،وعسف السلطان :أي ظلم. وتعسف فلانا فلانا :إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ،ورجل عسوف :إذا كان ظلوما ،والعسيف :الأخير و الجمع عسفاء على القياس و عسفة على غير القياس[1].

[1] جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة (في الفقه والقانون)،دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2009 م،ص25.

ثانيا-التعريف الاصطلاحي:

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل [1]،أي مضادة قصد الشارع ،وهذه المضادة إما أن تكون مقصودة ،بان يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا بان يستعمل الحق قصد الأضرار[2] .

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه والقانون.

أولا-معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي:

وضعت الشريعة الاسلامية ضوابط و قواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق ،وتقيد استعمال صاحب الحق عند استعماله لحقه حتى يكون ذلك الاستعمال منطبقا مع القصد الشرعي ،الذي أقام عليه الشارع قاعدة المصالح ويمكن تقسيم معايير التعسف الى قسمين رئيسيين هما :

ا-المعايير الذاتية أو الشخصية:

ويقصد بها "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة" ،ولهذا تقسم هذه المعايير الى قسمين هما :معيار قصد الإضرار ،معيار المصلحة غير المشروعة.[3]

المعيار الأول: قصد الإضرار.

هذا المعيار هو من أقدم معايير التعسف و أصلها ،بدليل وجوده في الشرائع القديمة ،غير أن الكشف عنه من الأمور العسيرة ،لذا يستعان بالأمور الظاهرة المادية كالقرائن في تبيينه[4]،ولأنه بذلك يكون قد ناقض قصد الشارع في استعمال الحق، الذي شرع

[1] فتحي الدريني ،نظرية التعسف في استعمال الحق ،مؤسسة الرسالة ،لبنان ،الطبعة الثانية ،1977م،ص87.

[2] فتحي الدريني ،المرجع نفسه ،ص87-88.

[3] جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة (في الفقه والقانون)،المرجع السابق ،ص32-33.

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ،ص243.

مـن أجـل تحقيـق المصـالح الفرديـة ،أو الجماعيـة ،والمناقضـة تعسـف ،لـذلك يمنـع التصـرف الـذي اتخـذ وسـيلة للإضـرار بـالغير ،لأنـه يتنـافى و أغـراض الشـارع مـن تشـريعه فاستعمال الحق بقصد الضرر أمر حرمه الشرع و قبح فعله[1] .

ويعتبـر القصـد الـى الإضـرار ممنـوع فـي الشـريعة ،فيمنـع الفعـل الـذي اتخـذ وسـيلة للتعبيـر عنـه او لتحقيقـه ،لأنـه يتنـافى و أغـراض الشـارع مـن تشـريعه للحقـوق [2]،و الأصـل فـي هـذا المعيـار مـا جـاء فـي القـرآن الكـريم مـن الآيـات التـي تنهـى عـن الاضـرار بـالغير ،وتـدل علـى ثبـوت نظريـة التعسـف[3] ،والتـي منهـا قولـه تعـالى :" وَإِذَا طَلَّقْـتُمُ النِّسَـاءَ فَـبَلَغْنَ أَجَلَهُـنَّ فَأَمْسِـكُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ أَوْ سَـرِّحُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ وَلَا تُمْسِـكُوهُنَّ ضِـرَارًا لِتَعْتَـدُوا وَمَـنْ يَفْعَـلْ ذَلِـكَ فَقَـدْ ظَلَـمَ نَفْسَـهُ وَلَا تَتَّخِـذُوا آيَـاتِ اللَّـهِ هُـزُوًا وَاذْكُـرُوا نِعْمَـةَ اللَّـهِ عَلَـيْكُمْ وَمَـا أَنْـزَلَ عَلَـيْكُمْ مِـنَ الْكِتَـابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" (البقرة : 231).

ووجـه دلالـة الآيـة صـريحة فـي إباحـة اسـتعمال حـق الرجعـة بقصـد بنـاء الحيـاة الزوجيـة الكريمـة، و تحريمـه إذا كـان اسـتعمال حـق الرجعـة بقصـد الإضـرار بالزوجـة ،أو دفعهـا الافتداء من الزوج تخلصا من ضرره[4].

ويقـول الإمـام الشـاطبي مؤيـدا تحـريم هـذا النـوع ومنـع التسـبب فيـه "لا إشـكال فـي منـع القصـد الـى الإضـرار مـن حيـث هـو إضـرار ،لثبـوت الـدليل علـى ان لا ضـرر ولا ضـرار في الاسلام".[5]

ويشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان أساسيان:

- ان يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمدا .

---

[1]جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص34.

[2]فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ،ص243

[3]جميل فخري محمد جانم :التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة (في الفقه والقانون)،،المرجع السابق ،ص34.

[4]جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص35.

[5]فتحي الدريني، المرجع نفسه ،ص243

– أن يتمحض قصده لذلك ،بحيث لا يصحبه قصد لشئ آخر كالقصد الى تحقيق منفعة و لو كانت ضئيلة ،لا ينطبق عليه هذا المعيار و إنما يندرج تحت المعيار المادي.

المعيار الثاني: المصلحة غير المشروعة .

ويقصد به : " استعمال الحق على الوجه غير المشروع ،بان يكون الباعث [1] من استعمال الحق ومناقضا لقصد الشارع من التشريع الحق ،و يتحقق ذلك في استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها ،فإن الشارع جعل للحقوق مصالح تترتب عليها ،وجعل الحقوق ووسائل تؤدي الى غاياتها إلا أن هذه الوسائل مقيدة في استعمالها بعدم الإضرار بالغير ،فإذا ما تم استعمال الحق في غير الغرض الذي رتبه الشارع عليه ،فهو مخالفة لمراد الشارع من أصل مشروعيته ،لذلك فإن استعمال الحق في مثل هذه الصورة يعتبر باطلا ومحرما ،لأنه تتصرف ناقص قصد الشارع ،ولا بد ان يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد لِشارع ،حتى لا يقع التناقض بين القصدين،في ذلك يقول الإمام الشاطبي :"قصد الشارع ان يكون قصده في العمل موافقا في التشريع ،والدليل على ذللك أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ،و المطلوب من المكلف ان يجري على ذلك في افعاله، وان لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"[2].

ومثال ذلك : لزوج ولاية تأديبية على زوجته وهذا الحق ثابت بقوله سبحانه وتعالى :" وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا"('النساء:34)،وقد حدد الشارع موضع استعمال حق التأديب ففي النشوز ،كما حدد الوسيلة والغاية.

ب–المعايير الموضوعية:

وهي مدى التناسب بين ما يجلبه صاحب الحق من نفع ،وما يلزم عند ذلك من مفسدة ،ووسيلته في ذلك الموازنة ،فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها

[1] جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ،ص38.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص39.

منـع الفعـل وهـذا الضـابط يحكـم التعـارض بـين الحقـوق الفرديـة ،والحـق الفـردي مـن بـاب اولى[1].

وتنقسم هذه المعايير الى معيارين فرعين هما:

المعيار الأول: معيار إنعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير .

ويقصـد بـذلك مراعـاة التـوازن والتناسـب بـين المصـالح المختلفـة علـى أسـاس التوفيـق بـين مصـلحة الفـرد والجماعـة ،وتقـديم المصـلحة العامـة علـى المصـلحة الخاصـة عنـد اسـتحالة التوفيق بين المصلحتين[2] ،كقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام [3].

وينطوي هذا المعيار على ضابطين هما:

1-انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد.

2-تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة .

الضـابط الأول :إنعـدام التناسـب بـين مصـلحة صـاحب الحـق والضـرر اللاحـق بغيـره مـن الأفراد.

ويقصـد بـه اخـتلال التـوازن بـين مصـلحتين فـرديتين ،وصـورته أن يسـتعمل صـاحب الحـق حقـه مـن أجـل تحقيـق المصـلحة المشـروعة ،لكنـه يتعـارض مـع مصـلحة شـخص آخـر أو أشـخاص ،بحيـث يترتـب علـى تصـرفه ضـرر يلحـق بالشـخص أو بالأشـخاص ،لا الجماعـة وهـذا الضـرر قـد يكـون اعظـم مـن المصـلحة المقصـودة مـن التصـرف ،او يسـاويها او أقـل منها.

---

[1] فتحي الدريني ،المرجع السابق ،ص242.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع السابق ،ص42.

[3] أحمد الزرقا ،شرح القواعد الفقهية ،دار القلم ،سوريا ،الطبعة الثانية ،1989 م،ص197.

اما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعا بحيث يستحيل معه التوفيق ،فإنه لابد من تغليب المصلحة على المفسدة ،فالاحتلال البين الذي ترجح فيه المفسدة يكون علة في تحقيق التعسف أو مناقضة الشارع لذلك يمنع منه سدا للذرائع[1] .

الضابط الثاني :تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة .

ويقصد به ان يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة خاصة ،لكنه ينشأ عن هذا التصرف الفردي المشروع بالأصل الضرر عام يلحق المسلمين عامة ،وعندئذ يمنع الفرد من هذا التصرف ،وإن لحق به ضرر ،وذلك لما يؤول إليه من إخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة ،وقد تميز التشريع الإسلامي عن غير من التشريعات[2] ،بمراعاة حقوق الجماعة في التصرفات الفردية ،من خلال المناداة بمبدأ التضامن و التكافل الاجتماعي .

المعيار الثاني :معيار الضرر الفاحش.

قرر الفقهاء المسلمون هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما العلاقات الجوارية[3] .

ويقصد بالضرر الفاحش :"ما يكون سببا للهدم او يخرج عن الانتفاع بالكلية ،وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية".

يتضح لنا مما سبق ان الضرر الفاحش ينقسم الى قسمين :

القسم الأول: الضرر الفاحش المألوف الذي يصيب الجار ، دون ان يخرج عن حدود استعمال الحق العادي ،مثل إقامة المباني بعضها الى بعض على ارتفاعات متساوية وكذلك الأضرار التي تحدثها اعمال البناء من أصوات الحفر ،فلابد من تحمله و التسامح

[1] جميل فخري محمد جانم) ،المرجع السابق ،ص44.

[2] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص46-47.

[3] فتحي الدريني ،المرجع السابق ،ص269.

فيه حيث إن استعمال الحق يتوقف على حدوثها عادة ،ولو قبل بمنعه ،لأدى الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة ،وفي ذلك مخالفة للنصوص الشرعية .

القسم الثاني: الضرر الفاحش الذي فيه تجاوز على حقوق الاخرين كالدخان و الضوء المتواصل وهذا كله إضرار بالغير من دون حق إلا ان الفقهاء اختلفوا في منع الشخص من التصرف بملكه إن أضر بغيره[1].

ثانيا :معايير التعسف في القانون .

أ-موقف المشرع الجزائري.

إهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق ،وادرجها في ق.م.ج و بالتحديد في المادة 124 مكرر التي نصت على أن يكون بشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الأضرار بالغير .

-إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[2].

وسوف نتعرض لهذا المعايير الثلاثة فيمايلي:

1-قصد الإضرار بالغير :

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعمال حقه[3].

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، المرجع السابق ،ص269.

[2] عدلت المادة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 م

[3] بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزامات في القانون الجزائري ،المرجع السابق ،ص126.

وهي مسالة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها ،ولذلك يتجه القضاء للبحث عن انعدام لفائدة الكلية لصاحب الحق ومثال ذلك كأن يبني شخص حائطا عاليا في ملكه لكي يحجب الشمس و الهواء عن جاره، ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار بكافة الطرق ،و انعدام المصلحة انعداما تاما يعد قرينة على قصد إحداث الضرر ،لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ،فإذا أقام المضرور الدليل على نية الإضرار اعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله[1] .

2-إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الضرر الناشئ للغير او كما يسمى ترجيح الضرر على المصلحة:

قد يتعذر او يصعب التعرف على نية الشخص من خلال تصرفه ،وفي هذه الحالة يلجأ الى معيار اختلال التوازن الذي يقوم على الموازنة بين ما يصيب الغير من ضرر بالغ وبين ما يتحقق من نفع ضئيل أو قليل الأهمية لصاحب الحق وهذا المعيار منبثق من أصل مقرر في أصول الفقه وهو النظر الى مآلات الأفعال ونتائجها[2] .

ويعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا انحراف على السلوك المألوف للرجل العادي ،وهذا المعيار موضوعي بحت لأنه يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير[3] .

3-عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها:

يتضح من هذا المعيار أنه لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة ولو كبيرة من استعماله لحقه بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة فيعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي الى تحقيقها غير

---

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق ،ص125-127.

[2] عبد الرحمان محجوبي ،التعسف في استعمل الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية ،(رسالة الماجستير)،فرع العقود والمسؤولية ،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ،2005-2006م،ص39.

[3] بلحاج العربي ، المرجع نفسه ،ص127.

مشروعة والمصلحة الغير مشروعة هي المصلحة التي تخالف القانون وتتعارض مع النظام العام و الآداب العامة .

ومثال ذلك مالك الأرض الذي يضع أسلاكا شائكة على اعمدة مرتفعة في حدود ملكه حتى يفرض على شركة الطيران ان تشتري منه الأرض بثمن مرتفع متعسفا في ذلك في استعمال حقه لأنه يرمي الى تحقيق مصلحة غير مشروعة[1] .

والمعيار هنا معيار موضوعي و إن كان طريق الوصول اليه عاملا ذاتيا هو نية صاحب الحق ،مثل صاحب العمل الذي يفصل العامل لأنه انتمى الى نقابة العمال، فهنا لصاحب العمل الحق في فصل العامل لكن يجب أن يكون فصل العامل لأسباب مشروعة اما هنا فالسبب الذي فصل من اجله العامل غير مشروع وبالتالي صاحب العمل متعسف في استعمال حقه[2] .

ب-موقف بعض التشريعيات الوضعية:

تناول القانون الأردني ،الإماراتي ،السوداني نظرية التعسف في استعمال الحق تحت عنوان إساءة استعمال الحق ،واستمدت هذه القوانين المعايير من الفقه الاسلامي، فقد نصت المادة 66 من القانون المدني الأردني ،المادة 106 قانون المعاملات الإماراتي ،والمادة 29 من قانون المعاملات المدنية السوداني على مايلي :

1-يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع .

2-ويكون استعمال الحق غير مشروع في أي من الأحوال الآتية:

- إذا توفر قصد التعدي.
- إذا كانت المصلحة الموجودة من الفعل غير مشروعة.
- إذا كانت المصلحة منه لا تتناسب الغير من ضرر.

[1] بلحاج العربي ، المرجع السابق ،ص128.

[2] عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص846.

- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة[1] .

المطلب الثاني: معايير ومظاهر التعسف على العدول عن الخطبة .

العدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين ،إلا انه قد يساء استعماله ،كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول ولذا نتطرق في هذا المطلب تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة في الفرع الأول ،اما في الفرع الثاني سنتناول مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة .

الفرع الأول: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة .

أولا-تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة.

فإن هذا المعيار يبحث في قصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير و الدافع الى تحقيق مصلحة غير مشروعة .

ا-معيار قصد الإضرار:

قصد الضرر من العادل يظهر إذا عدل احد الخاطبين بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر ،كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور ،كان يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته الى محل إقامتها ،ولديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة و العدول عنها[2] .

ب-معيار المصلحة غير المشروعة :

إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة ان يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا و طمأنينة ،فإذا شعر أحد الخاطبين ان الطرف الآخر لا يصلح ان يكون زوجا، جاز له

[1] جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة (في الفقه والقانون)، المرجع السابق ،ص56.

[2] جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) ،في الفقه والقانون،المرجع السابق ،ص242 .

أن يعدل عن الخطبة ،فإن كان العدول لغير هذه الغاية ،كان مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة[1] .

ثانيا-تطبيق المعيار الموضوعي على العدول في الخطبة .

يعتمد هذا المعيار على مدى تناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ،وما يلزم عن ذلك من مفسدة أي الموازنة .

أ-معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

إن قيام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة لأسباب يعتقد بانها دوافع ومبررات لهذا العدول ،ولتحقيق مصالح يترتب عنها مفاسد و أضرار تلحق بسمعة وشرف و كرامة الطرف الاخر، اشد ضررا و أعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة ،ودفع الضرر اولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية :"درء المفاسد اولى من جلب المصالح"[2].

لذلك فإن العادل عن الخطبة يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة إذا ترتب عن العدول اضرار ومفاسد اكثر ضررا او أشد خطرا من المصالح المراد تحقيقها بهذا العدول ،كان يعدل الخاطب عن الخطبة من اجل السفر للعمل ،او تعدل المخطوبة من اجل الحصول على وظيفة ما ،وهذا ما يؤثر على الطرف المعدول عنه[3].

ب-معيار الفاحش:

وهذا المعيار يحكم صورة ما إذا كان العدول من طرف الخاطب بعد إيهام الطرف الاخر ،المخطوبة برغبته الاستمرار مع غيابه للدراسة او العمل فترة قد تطول ،ويتقدم

[1] جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) ،في الفقه والقانون ،المرجع السابق ،ص242.

[2] تاج الدين السبكي ،الأشباه والنظائر ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1991م،ج1،ص105.

[3] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص242.

العمر بالمخطوبة و تقل الرغبة فيها ثم يحدث العدول فإنه يكون بذلك اضر بها ضررا فاحشا ،وعطل عليها منفعة الحياة الزوجية مع شخص آخر [1].

الفرع الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة.

أولا-المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر يعد تعسفا:

إن من المُسَلَمْ به في الفقه الاسلامي ان صاحب الحق له ان يمارس حقه لتحقيق مصلحته الذاتية ،لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير ،فالحق يثبت له صفة الفردية و الجماعية في وقت واحد[2] .

تكون ميزة فردية لأنها تخول لصاحبها الاستمتاع بثمرات حقه منفردا ،وانا الميزة الثانية فمناطها تقييد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للضرر بالغير فردا ،او جماعة ولذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف باستعمال الحق موافقا لقصد الشارع في التشريع ،كما ان النظر في مآلات الافعال و نتائجها يعتبر من مقاصد الشرع والخروج على هذا القول تعسف في استعمال الحق ،و إساءة ما ينبغي ان تكون[3] .

وبناء على هذا ،فإن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق ،وذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج ،والوفاء بالعهود مأمور به شرعا ،إلا أن هذا الحق يعطي كلا من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة لكن هذا الحق يجب ان لا يساء استعماله ،بان يكون العدول عن الخطبة لمبرر شرعي، اما إذا كان العدول عن الخطبة بغير مبرر ،فإنه يعتبر تعسفا في استعمال الحق[4] .

---

[1] عبير ربحي شاكر القدومي ،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ،دار الفكر ،الأردن ،الطبعة الأولى ،1428 هـ-2007م،ص85-86.

[2] جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) ،في الفقه والقانون ،المرجع السابق ،ص237.

[3] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص238.

[4] جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ،ص238.

ثانيا –المذهب القائل بان العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا:

بان العدول عن الخطبة ليس حقا ،و إنما هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة لان الحق: هو سلطة يثبتها القانون لشخص تكون ميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة ،ولا ميزة فيه لاحدهما عن الاخر ولا يعتبر احدهما مدينا أو دائنا للأخر بهذا العدول ،فكان العدول رخصة لكل منهما وليس حقا ،والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا عند وجود حق[1] .

وقال بعضهم :"بان العدول عن الخطبة بغير مبرر خطأ تقصيري لأنه غير ناشئ عن اخلال بالتزام عقدي نظرا لان الشريعة الاسلامية لا تعتبر الخطبة عقدا ،ووجه الخطأ في العدول بغير مبرر انه عدول طائش [2].

ثالثا–الرأي الراجح:

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن هناك تعسف في العدول عن الخطبة ،إذا لم يكن هناك مسوغ لهذا العدول .

ذلك لما يترتب عن هذا العدول من اضرار قد تلحق بالطرف الاخر ،كأن يكون العدول من قبل الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة ،فيفوت عليها فرصة الزواج من رجل آخر ،او يفوت عليها فرصة لاستكمال الدراسة أو العمل ،استجابة لطلبه ،علاوة على ما قد يصيبها من أضرار معنوية شيء لسمعتها و تعرضها لكثير من الشائعات .

وقد يكون العدول من قبل المخطوبة ،فتضيع عليه اموالا باهضة انفقها في تجهيز المنزل ،وقد يصيبه ضرر معنوي ،فتتأثر سمعته وتتعرض للأذى والسوء ،فيصبح عرضة لكلام الناس فيبتعدون عن تزويجه[3].

---

[1]جميل فخري محمد جانم ، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) ،في الفقه والقانون ،المرجع السابق ، ،ص239.

[2]جميل فخري محمد جانم ، المرجع نفسه ، ،ص240.

[3]جميل فخري محمد جانم ،المرجع نفسه ، ،ص241.

الخاتمة

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ،وبفضله تعم بركاته والصلاة والسلام على خاتم النبيين والرسالات :

فقد تم بحمد لله وتوفيقه من هذا البحث ،وقد توصلت من خلاله الى عدد من النتائج والتوصيات :

-إن الخطبة مقدمة للزواج وهي مجرد وعد بالزواج وليست زواجا ،وقد نص الفقهاء على ان الخطبة ليست إلا وعدا بالزواج ،وهذا الوعد غير ملزم لكل واحد منهما العدول عن الخطبة متى يشاء .

-مشروعية الخطبة ثابتة في القرآن الكريم والسنة و الإجماع لعموم الأدلة التي ترغب في الخطبة و تبيح النظر الى المخطوبة بأساليب محددة وفق ما تقتضيه طبيعة الخطبة ،ويحرم كل ما فيه خلوة لأنها إيذاء لهم ،و انتهاك للحرمات.

-ان الخطبة هي مرحلة سابقة على عقد الزواج لمعرفة كل واحد منهما الآخر ،وفي حالة استحالة الاستمرار في الخطبة ،فالعدول عن الخطبة حق أقره الشرع والقانون لكلا الخاطبين ،عند عدم وجود الرضا و التوافق بينهما ،وليس لأحد منعهما من هذا الحق لان في منعهما إمضاء لعقد الزواج على شخص غير راض به.

-ان الخطبة من حيث التعبير عنها بنوعين خطبة بالتصريح في الدلالة على طلب الزواج و خطبة بالتعريض وهو التلميح و الايحاء و يفهم منه قصد الزواج.

-وبخصوص طبيعة الخطبة في الفقه الاسلامي فقد اختلف الفقهاء في مدى إلزامية الوعد في العدول عن الخطبة فمنهم من اعتبر الخطبة وعد ملزما يجب الوفاء به ،وإذا كان بدون سبب شرعي و معتبر فمكروه هذا العدول ومنهم من اعتبر الخطبة وعد غير ملزم ،ولهذا تبقى الحرية الممنوحة للطرفين في الزواج ،وفي القوانين الوضعية كرست ان الخطبة وعد بالزواج ،ولاسيما المشرع الجزائري الذي بدأ واضحا في المادة 05 من قانون الأسرة الذي حدد الطبيعة القانونية للخطبة بانها وعد.

-أن العدول عن الخطبة مختلف في الحكم فيه بين الفقهاء ،فإذا كان لهذا العدول مبررات ومسوغات شرعية تبيحه ،والشريعة الاسلامية لا تلزم على الزواج بالإكراه ،والمشرع الجزائري سار بالراي القائل بجواز العدول عن الخطبة وهو ما جاء ت به المادة 05 من قانون الأسرة .

-ونجد أن هناك أثر للعدول في كل من الهدايا والمهر أثناء فترة الخطبة فقد اختلف الفقهاء في الهدايا ،فالحنفية يعتبرونها في حكم الهبة ،أما الشافعية فيرون ان ترجع الهدايا إن بقيت و يبدلها غن تلفت ،وفصل الحنابلة بين ان يكون العدول من جهة الخاطب او المخطوبة ،وقد نص المشرع الجزائري على حكم الهدايا في المادة 05 في الفقرة 04 من قانون الأسرة التي سار في البداية وفق المذهب المالكي ،غير انه خالفه حينما لا يقع الرد في الاستهلاك ،وهذا راي الحنفية وهو من موانع الرجوع في الهبة .

-اما في المهر لا خلاف بين الفقهاء في أن المهر يجب رده في حالة العدول عن الخطبة سواء كان العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة ،اما في قانون الأسرة لم يتعرض له بتاتا الى مصير المهر المعجل بعد العدول عن الخطبة .

-قد ينجم عن العدول عن الخطبة ضرر يستوجب التعويض ،وهذه المسألة لم يتعرض لها الفقهاء القدامى ببساطة الخطبة والالتزام بتعاليم الإسلام ،غير ان الفقهاء المعاصرين بالاجتهاد في مسالة التعويض عن الضرر اختلفوا الى ثلاث مذاهب ،مذهب قائل بعدم التعويض مطلقا أي رفض التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة ،ومذهب قائل بالتعويض في العدول عن الخطبة، ومذهب فصل في مسالة التعويض لا يوجب التعويض ،اما الضرر الناشئ عن تدخل العادل فيوجب التعويض ،والمشرع الجزائري يأخذ بهذا الرأي فإذا اقترن بالعدول عن الخطبة افعال ألحقت ضررا ماديا، أو معنويا جاز الحكم بالتعويض ،لأنه إذا كان العدول عن الخطبة حق ،إلا ان استعمال حقه ،كان يعدل عن الخطبة بدون مبرر معقول او بقصد الضرر ،ولم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعسف في العدول عن الخطبة ،لعدم الحاجة اليها أما الفقه المعاصر فقد انقسم الى اتجاهين فريق يرى بان العدول عن الخطبة بغير مبرر يعتبر تعسفا ،لان منح حق العدول لا يبرر

استعماله على وجه ضار ،واتجاه يرى بان العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا لأنه وسيلة مثبتة بالقانون .

-وبعد دراسة هذا الموضوع تمكنت من الخروج بجملة من المقترحات والتوصيات .

المقترحات والتوصيات :

- ضرورة تعديل قانون الأسرة فيما يخص مسالة العدول عن الخطبة على اعتبار انها لم تشمل معظم المسائل وسكوت المشرع الجزائري يطرح الكثير من النزاعات امام القضاء.

-دعوة الفقهاء القانون و الباحثين فيه خاصة المتخصصين منهم في قانون الأسرة الى المزيد من العناية به وشرح أحكامه ،وليس مجرد ربط الأحكام القضائية مع مواد القانون .

-على المشرع الجزائري أن يتعرض لمسألة المهر المقدم أثناء فترة الخطبة ،و النص أيضا على مسالة مهمة تطرح العديد من الإشكالات العملية ،وهي اختلاف كل من الخاطب والمخطوبة في كون المرسل اهو هدية أو هو مهرا؟

-على المشرع الجزائري أن يستفيد من الأحكام المقررة في الشريعة الاسلامية في مجال العدول عن الخطبة .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا-القرآن الكريم.

ثانيا-التفسير :

1-ابن كثير ،عماد الدين إسماعيل ،تفسير القرآن العظيم ،تصحيح لجنة من العلماء ،دار الأندلس ،بيروت ،(د،ط)،(د،ت،ن).

2-القرطبي ،الجامع لآحكام القرآن ،دار الكتب المصرية ،مصر ،الطبعة الثانية،1964.

ثالثا-السنة النبوية الشريفة:

3-ابن ماجة أبو عبد الله سنن ابن ماجه ،تحقيق فؤاد عبد الباقي ،دار إحياء الكتب العربية ،فيصل عيسى البابي الحلبي ،،(د،ط).

4-ابو داود ،سنن ابي داود ،المكتبة العصرية ،لبنان ،(د،ط)،(د،ت،ن).

5-أحمد بن حنبل ،المسند، دار الحديث ،مصر ،الطبعة الأولى ،1416هـ-1995م.

6-محمد البخاري الجعفي ،تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر ،صحيح البخاري ،دار طوق النجاة ،(د،م،ن)،الطبعة الأولى ،1422هـ.

7-محمد الترمذي ،سنن الترمذي ،مطبعة مصطفى البابي ،مصر ،الطبعة الثانية ،1395هـ-1975م

8-محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ،تحقيق محمد زهير ،دار طوق النجاة ،السعودية ،الطبعة التاسعة ،1422 هـ.

رابعا-المعاجم والقواميس:

9-الفيومي :المصباح المنير ،المكتبة العلمية ،بيروت ،لبنان ،(د،ط).

10-ابراهيم مصطفى و " آخرون ":المعجم الوسيط ،دار الدعوة ،(د،م)،(د،ط)،(د،ت).

11-محمد ابن المنظور :لسان العرب ،دار الصادر ،لبنان ،الطبعة الثالثة ،1414هـ-1993م.

خامسا-كتب الفقه الإسلامي:

12-ابراهيم ابن مفلح أبو اسحاق ،برهان الدين ،المبدع في شرح المقنع ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1418هـ-1997م

13-ابن حجر الهيثمي النصار ،شهاب الدين شيخ الاسلام ،ابو عباس الفتاوي الفقهية الكبرى المكتبة الاسلامية ،(د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن) .

14-ابن عابدين ،رد المختار على الدار المختار ،دار الفكر ،لبنان ،الطبعة الثانية،1412هـ،1992م.

15-أبو العباس الخلوقي الصاوي، بلغة المسالك لأقرب المسالك ،حاشية الصاوي على الشرح الصغير ،دار المعارف ،(د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن) .

16-أبو القاسم ،محمد ابن حزي الكلبي الغرناطي ،القوانين الفقهية ،(د،م،ن)،(د،ت،ن) .

17-أبو الوليد القرطبي ،ابن رشد الحفيذ ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،دار الحديث القاهرة ،(د، ط)،1425 هـ-2004 م.

18-ابو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة و أدلته و توضيح المذاهب الأربعة ،المكتبة التوفيقية ،مصر ،2003.

19-أبو محمد ابن قدامة المقدسي ،المغني ،مكتبة القاهرة ،مصر ،(د،ط)،1388 هـ-1968م.

20-أحمد ابن حجر الهيثمي ،تحفة المحتاج في شرح المنهاج ،المكتبة التجارية الكبرى ،مصر (د،ط)،1357هـ-1983م .

21-أحمد الزرقا ،شرح القواعد الفقهية ،دار القلم ،سوريا ،الطبعة الثانية ،1989.

22-أحمد فراج حسين ،احكام الزواج ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،مصر ،1997.

23-الزرقاني :شرح الارقاني على مختصر سيدي خليل ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الأولى ،2002.

24-الإمام الطوفي ،رسالة في رعاية المصلحة ،تحقيق أحمد عبد الرحيم السايح ،دار المصرية اللبنانية ،1433هـ-2012م.

25-تاج الدين السبكي ،الأشياء والنظائر ،دار الكتب العلمية ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1991.

26-تقي الدين أحمد البغدادي ،المنور في راجح المحرر ،تحقيق وليد عبد الله المينس، دار البشائر الإسلامية للطباعة و النشر والتوزيع ،لبنان ،الطبعة الولى ،1424هـ-2003 م

27-جلال الدين السيوطي ،الأشياء والنظائر ،دار الكتب العلمية لبنان ،الطبعة الأولى ،1999.

28-زين الدين بن محمد ابن نجيم ،البحر الرائق في شرح كنز الدقائق المطبعة العلمية ،لبنان ،الطبعة الاولى ،1311 هـ.

29-سليمان البجيرمي ،تحفة الحبيب على شرح الخطيب ،حاشية البجيرمي ، علي الخطيب ،دار الفكر ،(د،م،ن)،(د،ط)= ،1415هـ-1995 م.

30-سالم عبد الغني الرافعي ،احكام الحوال الشخصية للمسلمين في الغرب دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1423هـ-2002م

31-سليمان العجيلي الجمل ،حاشية الجمل ،على شرح المنهج، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب ،دار الفكر ،(د،م،ن)،(د،ت،ن).

32-عبد الرحمان جلال الدين السيوطي ،الحاوي الفتاوي ،تحقيق محمد محي الدين عبد السيد، المكتبة العصرية ،بيروت ،(د،ط)،1990 م.

33-عبد الرحمان الجزيري :الفقه على المذاهب الأربعة ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الثانية ،2003.

34-عبد الكريم زيدان :المفصل في أحكام المرأة و اليت المسلم ،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،لبنان ،الطبعة الأولى ،1993.

35-عبد الوهاب خلاف :احكام الحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ،دار الكتب المصرية ،مصر ،الطبعة الثانية،1357هـ-1938م.

36-عبد الرحمان عتر :خطبة النكاح ،مكتبة المنار ،الأردن ،الطبعة الأولى ،1985.

37-عبد الناصر العطار :خطبة النساء ،مطبعة السعادة ،(د،ت،ن)،(د،م،ن).

38-علي الخفيف ،الضمان في الفقه الإسلامي ،دار الفكر العربي، القاهرة ،(د،ط)،2000.

39-فتحي الدريني ،نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية ،مؤسسة الرسالة ،الطبعة الثانية،1977 م

40-محمد أبو زهرة ، لأحوال الشخصية ،دار الفكر العربي، بيروت ،الطبعة الثالثة ،1957.

41-محمد أبو زهرة ،محاضرات في عقد الزواج ،دار الفكر العربي ،(د،م،ن)،(د،ط)،1981.

42-محمد رشيد رضا ،تفسير المنار، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر ،(د،ط)،1990 .

43-محمد مصطفى شلبي ،احكام الأسرة في الإسلام)،دراسة مقارنة)،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،لبنان ،الطبعة الرابعة ،1403هـ-1983م-

44-محمد سعيد رمضان البوطي ،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ،دار الفكر ،بيروت ،الطبعة الرابعة ،2007.

45- محمد محدة ،الخطبة والزواج، مطالح عمار قرطي، باتنة ،الجزائر ،الطبعة الثانية ،1994.

46-محمد بن المدني بوساق ،التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ،دار اشبيليا ،الرياض ،1419هـ-1999م.

47-محمود علي السرطاوي ،شرح قانون الحوال الشخصية ، دار الفكر ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2008.

48-محمد الدسوقي المالكي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،دار الفكر ،،(د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن) .

49-وزارة الأوقـــاف و الشـــؤون الإســـلامية الكويتيـــة ،الموســـوعة الفقهيـــة الكويتيـــة ،دار السلاسل ،الكويت ،الطبعة الثانية ،1430هـ-2009م.

50-وهبـــة بـــن مصـــطفى الزحيلـــي ،الفقـــه الإســـلامي و ادلتـــه ،دار الفكـــر ،ســـوريا ،الطبعة الرابعة ،(د،ت،ن).

51-حســـين حســـين شـــحاتة ،آداب الخطبـــة فـــي الإســـلام ،دار المنـــار ،القـــاهرة ،مصـــر ،الطبعة الأولى ،2002.

سادسا-الكتب القانونية:

52-أحمـــد نصـــر الجنـــدي ،شـــرح قـــانون الأســـرة الجزائـــري ،دار الكتـــب القانونيـــة ،دار شتات للنشر و التوزيع ،مصر ،افمارات /(د،ط)،2014.

53-أســـامة الســـيد عبـــد الســـميع ،التعـــويض عـــن الضـــرر الأدبـــي دراســـة تطبيقيـــة فـــي الفقه الإسلامي والقانون ،دار الجامعة ،الجديد الاسكندرية ،2007.

54-إدريـــس العلـــوي العبـــدلاوي، شـــرح القـــانون المـــدني (النظريـــة العامـــة للالتـــزام ،(د،م،ن)،(د،ط)،(د،ت،ن).

55-بلحـــاج العربـــي :النظريـــة العامـــة للالتـــزام فـــي القـــانون المـــدني الجزائـــري ،ديـــوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،(د،ط)،2001 .

56-بـــن زيطـــة عبـــد الهـــادي ،تعـــويض الضـــرر المعنـــوي فـــي قـــانون الأســـرة الجزائـــري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،الطبعة الأولى ،1428هـ-2007م.

57-جميـــل فخـــري محمـــد جـــانم ،مقـــدمات عقـــد الـــزواج (الخطبـــة) ،فـــي الفقـــه والقانون،،دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2009.

58-جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة (في الفقه والقانون) ،دار الحامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2009.

59-حسن علي الذنون ،المبسوط في شرح القانون المدني ،(الضرر)،دار وائل للنشر ،الأردن ،الطبعة الأولى ،2006.

60-دربال عبد الرزاق ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،(د،ت،ن).

61-الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ،دار الخلدونية ،الجزائر ،الطبعة الأولى ،2008.

62-سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات ،مطبعة السلام ،القاهرة ،الطبعة الخامسة ،(د،ت،ن).

63-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،دار البعث ،الجزائر ،الطبعة الثانية،1989.

64-عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،الطبعة الثالثة ،1998.

65-عبير ربحي شاكر القدومي ،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ،دار الفكر ،الأردن ،الطبعة الخامسة ،1432هـ-2011م .

66-عثمان التكروي ،شرح قانون الحوال الشخصية (وفقا لأحدث التعديلات)دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الردن ،الطبعة الخامسة ،1432هـ-2011م.

67-عزيز كاظم جبر ،الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية (دراسة مقارنة) ،مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ،(د،م)،1998.

68-فاضيلي إدريس ،الوجيز في النظرية العامة للالتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،(د،ط)،2009.

69-لحسن بن شيخ آث ملويا ،المرشد في القانون الأسرة ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،(د،ط)،2014.

70-محفوظ بن صغير ،احكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ،دار الوعي للنشر والتوزيع ،الجزائر،(د،ط)،1434هـ-2013م.

71-مقدم سعيد ،نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،1992.

72-منذر الفضل ،الوسيط في شرح القانون المدني ،دار ناراس للطباعة والنشر ،العراق ،الطبعة الأولى ،2006.

73-نصر سلمان ،سعاد سطحي ،احكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة مع قانون الأسرة)،دار الهدى لطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ،(د،ط)،2002.

سابعا-المقالات والدراسات البحثية:

74- أسامة محمد منصور الحموي :"آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون"،مجلة جامعة دمشق ،سوريا ،الطبعة الثالثة ،2011.

75- بوجاني عبد الكريم :"إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي و ضرورة التعديل "،مجلة الفقه والقانون ،المغرب ،العدد 20 ،2014 .

76- عبد المجيد محمود الصلاحين :"التعويض عن الضرار المعنوية في الفقه اللإسلامي والقانون المدني"،بحث مقدم بمجلة الدراسات الجامعية الإردنية ،الطبعة الثانية ،1425هـ-2004م

ثامنا –المذكرات والرسائل الجامعية:

77–بريكي حجيلة ،التعسف في العدول عن الخطبة (مذكرة ماستر)،فرع القانون الخاص ،جامعة البويرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،2013.

78–بلجودي فاطمة ،العدول عن الخطبة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون ،(مذكرة ماستر) ،فرع أحوال شخصية ،جامعة المسيلة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2015–2016.

79–عماد شريفي ،اعتبار العرف في مسائل الزواج و آثاره في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة الأسرة ،جامعة المسيلة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014–2015.

80–مسعودة نعيمة الياس ،التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ،دراسة مقارنة (أطروحة دكتوراه)،فرع القانون الخاص، جامعة تلمسان ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2009–2010.

تاسعا–النصوص القانونية:

81–الأمر رقم (05–02)المعدل بالقانون (84–11) المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل27 فبراير 2005،الجريدة الرسمية ،الصادر بتاريخ 18 محرم 1426 هـ، الموافق ل27 فبراير 2005 ،العدد 15.

82–الأمر رقم (75–58) المعدل بالقانون (05–10)المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 2005/06/20،الجريدة الرسمية ،العدد 78.

عاشرا-القرارات القضائية:

83-قرار المحكمة العليا رقم :30965 ،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1985/12/20،نقلا عن بلحاج الغربي :النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،/ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،ج2 ،2001.

84- قرار المحكمة العليا رقم :56097 ،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1989/12/25،المجلة القضائية ،1991،العدد04.

85- قرار المحكمة العليا رقم :73919،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1991/04/23،المجلة القضائية ،1993،العدد02.

86- قرار المحكمة العليا رقم :81129 ،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1992/03/17،المجلة القضائية ،1994،العدد03.

87- قرار المحكمة العليا رقم :81877 ،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1992/04/14،نقلا عن لوعيل محمد أمين الحكام القضائية والموضوعية لشؤون وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي ،دار هومة للطباعة والنشر التوزيع الجزائر ،الطبعة الثانية ،2012.ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر، ج2 ،2001.

88- قرار المحكمة العليا رقم :92714،غرفة الأحوال الشخصية ،الصادر بتاريخ:1993/07/13 ،المجلة القضائية ،1995،العدد01.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
شكر و تقدير	
مقدمة	6-1
الفصل الاول : ماهية الخطبة	7
توطئة	8
المبحث الأول : مفهوم الخطبة.	9
المطلب الأول:تعريف الخطبة ومشروعيتها وحكمها	9
الفرع الأول: تعريف الخطبة	9
أولا-التعريف اللغوي	9
ثانيا- التعريف الإصطلاحي	9
ثالثا :التعريف القانوني	10
الفرع الثاني:مشروعية الخطبة	11
اولا-أدلة مشروعية الخطبة	11
ثانيا-حدود النظر المباح الى المخطوبة	12
ثالثا-وقت النظر للمخطوبة	13
الفرع الثالث:حكم الخطبة ونوعاها و الحكمة منها	14
اولا-حكم الخطبة	14
ثانيا-نوعا الخطبة	15
ثالثا-الحكمة من الخطبة	15
المطلب الثاني : التكييف الفقهي والقانوني للخطبة	17
الفرع الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	17

أولا–الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به	17
ثانيا–الخطبة وعد غير ملزم	18
ثالثا–الرأي الراجح	19
الفرع الثاني : طبيعة الخطبة في القانون الوضعي	20
أولا–الخطبة عقد كامل	20
ثانيا–الخطبة وعد بالزواج..	20
ثالثا–في القانون الأسرة الجزائري	21
المبحث الثاني: العدول عن الخطبة	25
المطلب الأول: مفهوم العدول وحكمه	25
الفرع الأول:تعريف العدول	25
اولا –التعريف اللغوي	25
ثانيا –التعريف الإصطلاحي	25
الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة	25
أولا–حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي	26
ثانيا–حكم العدول عن الخطبة في القانون الوضعي	27
ثالثا–في القانون الأسرة في الجزائري	27
المطلب الثاني:الآثار المترتبة في العدول عن الخطبة	28
الفرع الأول: حكم استرداد الهدايا	28
أولا– في الفقه الإسلامي	29
ثانيا–في القانون الأسرة الجزائري	30
ثالثا–موقف القضاء	30
الفرع الثاني:حكم استرداد المهر	31

أولا– في الفقه الإسلامي	31
ثانيا –في قانون الأسرة الجزائري	31
ثالثا–موقف القضاء	32
الفرع الثالث:الإختلاف بين المخطوبين في كون المرسل للمخطوبة هدية أم مهرا	33
الفصل الثاني:التعويض عن الضرر على العدول عن الخطبة والعدول التعسفي	34
توطئة	35
المبحث الأول: مفهوم الضرر	36
المطلب الأول: مفهوم الضرر و أنواعه	36
الفرع الأول: تعريف الضرر	36
اولا–التعريف اللغوي	36
ثانيا–التعريف الإصطلاحي	37
الفرع الثاني: أنواع الضرر	38
اولا–الضرر المادي	38
ثانيا–الضرر المعنوي	39
الفرع الثالث: شروط ضبط الضرر	41
اولا–أن يكون الضرر محققا	41
ثانيا–أن يكون الضرر شخصيا.	42
ثالثا–أن يصيب حقا او مصلحة مشروعة للمتضرر	43
رابعا–أن يكون الضرر مباشرا	44
المطلب الثاني: التعويض على العدول عن الخطبة	45
الفرع الأول: حكم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول في الخطبة	45
أولا–في الفقه الإسلامي.	45

ثانيا–في القانون الأسرة الجزائري.	52
ثالثا–موقف القضاء.	53
الفرع الثاني: طرق التعويض عن الضرر المترتب عن العدول في الخطبة	54
أولا–التعويض العيني.	54
ثانيا–التعويض بمقابل.	55
المبحث الثاني :إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة	57
المطلب الأول: مفهوم التعسف في العدول عن الخطبة	57
الفرع الأول: تعريف التعسف .	57
اولا–التعريف اللغوي	57
ثانيا–التعريف الإصطلاحي	58
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه و القانون.	58
اولا–معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	58
ثانيا–معايير التعسف في القانون	63
المطلب الثاني: معايير ومظاهر التعسف على العدول عن الخطبة	66
الفرع الأول: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة	66
اولا–تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة	66
ثانيا–تطبيق المعيار الموضوعي على العدول في الخطبة	67
الفرع الثاني :مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة	68
اولا–المذهب القائل بان العدول عن الخطبة بغير مبرر يعد تعسفا.	68
ثانيا–المذهب القائل بان العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفا	69
ثالثا :الراي الراجح .	69
خاتمة	70

قائمة المراجع والمصادر	74
فهرس الموضوعات	85
ملخص	91

ملخص:

الخطبة هي مقدمة لعقد الزواج ،ولا ترقى لدرجة العقد الرسمي ،ولهذا يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ،وهو مقرر شرعا و قانونا ،وهذا ما سار المشرع الجزائري بتكييفه للخطبة بانها "وعد بالزواج" ويجوز للطرفين العدول عنها طبقا لنص المادة 05 من قانون الأسرة ،ولكن من الأخلاق أن يكون هذا العدول مبررا حتى يكون سببا موجبا للتعويض إذا أدى الى الأضرار بالطرف الاخر سواء كان ضررا ماديا او معنويا ،إضافة الى ان هذا العدول يرتب آثار اخرى تتمثل في المهر والهدايا التي تقدم أثناء فترة الخطبة والتي يثور النزاع حولها ،والعدول عن الخطبة و إن كان مشروعا لكلا الطرفين إلا انه قد يساء استعماله كأن يعدل أحد الطرفين أو كلاهما بدون سبب معقول أو لإلحاق الضرر بالغير ،ومن هنا يعتبر تعسفا في العدول عن الخطبة مما يستوجب التعويض لجبر الضرر و للتخفيف عن الطرف المعدول عنه .

Résumé:

Les fiançailles sont le premier pas vers la conclusion du mariage ,sans être un acte authentique ,c'est pourquoi l'une des parties peut à tout moment y renoncer ,En effet ,cette renonciation est établir ,par la Chari à et la loi positive ,et cela a été le point de départ pour le législateur Algérien lorsqu'il a qualifié les fiançailles de « promesse de mariage » à laquelle on peut renoncer conformément à l'article 05 du code de la famille ,Mais du point de vue éthique ,il faut que cette renonciation soit motivée pour qu'elle ne produise pas de réparation en raison du dommage moral ou matériel qu'elle pourra engendrer cette renonciation a également d'autres conséquences consistant en la Dat et présents qui auraient été offerts pendant la période des fiançailles ,et qui pourraient être objet de différent entre eusse.

Quoique établie par la loi ,le droit à la renonciation aux fiançailles peut être mal utilisé par les parties ,lorsqu'il n'Ya pas de raison valable ,ou utilise juste pour faire subir aux autres un préjudice, dans lequel cas la renonciation aux fiançailles est consiterée comme un abrus, ce qui emporte réparation du préjudice subi par la partie délaissée en vue de la consoler .