الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة

وزارة التعليـم العالـي و البحـث العلمـي

جامعــة الدكتـور مولاي الطاهر سعيـدة

كليـة الحقـوق و العلـوم السياسيـة

مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الإدارية

العدول عن الخطبة

دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي

إعـداد الطالبيـن :

دربـال الحسيـن

إليـــاس وفـاء

تحت إشراف الأستاذ :

* بن سليمان عبد النور

دفعـــة التخـرج: 2009 ⟸ 2010

المقدمـــــــــة :

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد الصادق الأمين ، و على آلـه و أصحابـه و أحبابه و أتباعه صلاتا و سلاما دائمين متلازمين إلى يوم الدين أما بعد :

إن من نعم الله عز و جل على عباده أن يسّر لهم أسباب العيش ضمن نطاق أسري يتلاءم مع تركيبتهم الاجتماعية ، و يؤثر في تكوين الفرد بأسسه و وظائفه.

و قد حظيت الأسرة في الإسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم و السنة المطهرة ، حرصا منهما على تحقيق الجانـب الإيجابـي من هذا النطاق الاجتماعي و تمتد هذه العناية منذ تفكير الإنسان في بناء أسرته – أي مرحلة الخطبة – ببيان شرائطه و خصال المرأة الصالحة .

فقد أولي الإسلام للزواج أهمية خاصة في تشريعاتـه، و أعتبـر عقد الزواج واحدا من أخطر العقود، لأنه الطريق المستقيم الموصل إلى استحلال ما كان حراما قبله.

و لمـا كان الإسلام دين الرحمة و الرأفـة ، و كانت تعاليمه مبنية في أسسها على ذلك و يصـدق عليهـا قـول الله جـل جلالـه فـي وصـف نبيـه الكريـم صلـى الله عليـه و سلم :(**و ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين**)(1) ، فـإن تشريعاتـه قائمـة على جبر الخاطر و إيناس الوحشة سواءا من الجانب الوقائي أو الجانب العلاجي ، و تبرز هذه السمة خصوصا في مجال العلاقات المتولدة بين أفراد المجتمع سواءا كانت داخل الأسرة أم خارجها.

و كذا لإنبناء هذه العلاقات غالبا على حبل الود الإنساني ، و لعل أهم هذه العلاقات المقصودة هي رابطة الزواج إحدى المؤثرات الأساسية في الأحوال الشخصية.

فقد شـرع المولى عـز و جـل الـزواج لتحقيـق مقاصـد جمـة منهـا المحافظـة علـى النسـل البشـري و إحصـان الزوجين و كذا تقوية الروابـط بين أفراد المجتمع مصداقا لقولـه تعالى : (**يا أيها الناس إن خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا ...**)(2).

---

(1) الآية 107 من سورة الأنبياء
(2) الآية 13 من سورة الحجرات.

و لا يخفى أن الأصل في عقد الزواج التأبيد و هذا رافد آخر يؤكد خطورة هذا العقد لأن على الإنسان أن يتحمل آثار هذا العقد ما أبقى عليه و الأصل أن يبقى عليه طوال حياته .

من أجل ما تقدم من بيان خطورة عقد النكاح شرعت الخطبة كمقدمة تسبق هذا العقد و لابد من مراعاة نجاحها و إختيار الشريك المناسب باعتبار أن مؤسسة الزواج غاية في الأهمية و بذلك يتأبد الزواج و يحافظ على كيان الأسرة و من تم يحافظ على كيان المجتمع كله.

ففي الخطبة قد يتراجع أحد الطرفين عن الآخر بسبب أو بدونه و هذا راجع لعدم إنسجام الخاطب مع مخطوبته ، كأن يظهر في أحد الخاطبين عيب يخل بالزواج أو قد يعرف أحد الخاطبين عن الآخر أمر مخل بدينه أو غيرها من الأمور التي تعيق دون مواصلة الخطبة و سريانها ، فيعدل أحدهما أو كلاهما عن الخطبة بعد مضي فترة من الزمن تبادلا فيها الهدايا و الهبات بل ربما قدم الخاطب لمخطوبته مبلغا من المال على حساب المهر لتجهز نفسها بشراء الملابس و غير ذلك – فما مصير المال ؟ و تلك الهدايا ؟.

و قد يثمر عدول أحد الخاطبين عن الخطبة إلحاق الضرر المادي أو المعنوي بالطرف الآخر – فهل للمتضرر تعويض ؟.

و عليه فإن إهمال هذا الضرر قد يضاعف حجم التأثر به لدى أحد الطرفين نتيجة فعل آخر،و هو ما يدفع إلى بحث هذا الموضوع و مختلف المعالجات الممكنة له في الفقه الإسلامي و القانون عموما.

كما أن توفية الحقوق لمستحقيها مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية تسنده جملة من المبادئ التشريعية كمبدأ تعويض الضرر ، إذ أن الأصل في المعاملات الإلتزام بالضمان على كل من تسبب بفعله في الإضرار بغيره.

والقواعد الفقهية التي تنص على المبدأ و فروعه كثيرة في الشريعة الإسلامية منها قاعدتي : « لا ضرر و لا ضرار » و « الضرر يزال » .

و قد نصت بعض القوانين المعاصرة على التعويض عن الضرر و منها القانون الجزائري في فروعه المختلفة ، نذكر منها مجال هذه الدراسة و هو قانون الأسرة الذي نص في مادته الخامسة على جواز تعويض الضرر عند العدول عن الخطبة.

وهذا ما تم التطرق إليه في هذه المذكرة محاولين الإجابة على هاته الأسئلة عن طريق عرض المشكلة و بيان أراء الفقهاء المختلفة ثم مناقشة الأدلة .

و تكمن أهمية هذه المذكرة في تبيين الحقوق الشرعية التي تحملها الأحكام التكليفية لكل خاطب و مخطوبة أعرض أحدهما عن صاحبه مما ينشر الوعي بينهما و يتسنى لكل واحد منهما أن يعامل صاحبه وفق ميزان الشريعة و القانون .

أما سبب إختيارنا لهذا الموضوع يعود إلى عدة أسباب من بينها :

- طبيعة البحث المقارنة التي تفتح مجالا للموازنة بين الإتجاهات التشريعية لكل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي بصفة عامة و ما ينتج عنه من نتائج تساهم في الرقي بالأسرة المسلمة.
- موضوع الخطبة يخص قضايا و شؤون الأسرة لأنه متعلق بالزواج و كل ما يمس بهذا العقد يعود عليه بالضـرر أو النفـع فـإذا تمت الخطبة بنجاح ينعكس إيجابا على الزواج و من تم على المجتمع.
- الخطبة من القضايا المعاصرة التي كثرت فيها العراقيل في عصرنا هذا إذ أنه في القديم لم تكن أمور الخطبة معقدة مما هي عليه اليوم .

و هو ما يلاحظ من أثار في العدول عن الخطبة سواءا بالنسبة للخاطب أو المخطوبة .

كما راعينا في هاته المذكرة الأخذ بعين الإعتبار حكم العدول في الفقه الإسلامي باعتباره الشريعة العامة لقانون الأسرة و موقف المشرع الجزائري من العدول عن الخطبة.

لذا رأينا أن تكون الإشكالية عن النحو التالي :

- ما هو الأثر المترتب عن العدول عن الخطبة ؟
- ما هو موقف المشرع الجزائري حول العدول عن الخطبة ؟

و لتحليل هذه المذكرة إنتهجنا المنهج الوصفي المعتمد على أراء الفقهاء في هذا الموضوع معتمدين على خطة مقسمة إلى ثلاثة فصول :

فصل تمهيدي و فصلان آخران إضافة إلى الخاتمة.

- أمـا الفصل التمهيـدي خصصنـاه لبيـان المفاهيـم الأساسية في البحث و هي الخطبة و أحكامها، كما ضمناه ثلاثة مباحث مبينين فيها مفهوم الخطبة وأحكامها والطبيعة الحقوقية لها في كل من الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.
- و في الفصل الأول تعرضنا لأثر العدول عن الخطبة مبينين في مباحثه الثلاثة تعريف العدول و أحكامه ثم أثر العدول بالنسبة للخاطبين و ختمنا هذا الفصل بمقارنة موضوعيـة بين مـدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي و مدى جوازها في القانون الوضعي.
- و بنفس المنهجية عالجنـا مبـدأ التعويـض عن الضرر المادي و المعنوي في العدول عن الخطبة في الفصل الثاني و قسمنا هـذا الفصل إلى ثلاثـة مباحـث أيضا تعرضنا في الأول منه إلى مفهوم الضرر و أنواعه و في المبحث الثاني من ذات الفصل تعرضنا إلى مبدأ التعويض في التشريع الجزائري و الشريعة ، أما المبحث الثالث فقد خصصناه للتعويض عن الضرر المادي و المعنوي في العدول عن الخطبة.
- و قد ضمنا خاتمة البحث ما وفقنا الله في الوصول إليه من نتائج و توصيات و ما رأينا أنه قد يفتح آفاقا واسعة للبحث ، و أرجو أن تأتي أكلها كل حين بإذن ربها.
- و في الأخيـر فإننـا نسلم بأننـا ما وفينـا البحث قدره أو أحطنا بجميع جنباته إحاطة كلية ، غير أننا نرجو أن نكونا قد وفقنا لبذل كل جهدينا فيه لنخرجه في أحسن صورة قلبا و قالبا ، و نسأل الله سبحانه و تعالى أن يغفر لنا ما قدمنا و ما أخرنا و أن يوفقنا لما يحبه و يرضاه و أن يسدد خطانا و يأيدنا بروح منه هو حسبنا و نعم الوكيل.

الفصل التمهيدي

الفصل التمهيدي : الخطبة و أحكامها

الخطبـة تمهيد للزواج و ليست عقدا شرعيا بل هي وعد بالزواج من جانب الخاطب و المخطوب و ما يقدم من حلي و تقديم الهدايا أو تبادلها أو قبض المخطوبة أو وليها المهر كله أو بعضه ، و لذا لا يترتب على الخطبة بالصورة المذكورة أي شيء من أحكام الزواج ما دامت أركان العقد و شروطه لم تتحقق و على هذا الأساس يجوز للخاطـب أن يعدل عمـن خطبها و للمخطوبة ذلك أيضا.

و إذا كانت الأخلاق الكاملة الفاضلة توجب على الإنسان ألا يخلف وعده إلا عند الضرورة الملحة حتى لا يكون سببا في إيلام الغير و إذائه نفسيا و أدبيا .

و قد إتفق الأئمـة علـى التأثيم الديني لخلف الوعد و أنه قبيح لا يليق بخلق المسلم و لا يتفق و كرامة المؤمن ، إلا في حالة الضرورة التي لا يجد الإنسان عنها بديلا .

أمـا مـا يقدمـه الخاطـب لمخطوبتـه مـن أمـوال و حلـي و غير ذلك فالأمر فيها لا يخرج عن حالين :

- إما أن يكون الخاطب قد قدم ما قدمه لمخطوبته باعتباره من المهر.
- و إما أن يكون قد قدمه هدية.

و لكل حالة حكمها المقرر في الشريعة و القانون حين العدول أو فسخ الخطبة (1).

---

(1) بلحاج العربي ، أبحاث المذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، الجزء 02 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر بن عكنون 1996 ، ص 16 .

المبحث الأول : مفهوم الخطبـة.

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع و قد يكون الطلب منه شخصيا أو ممن يناوب عنه ، و الحكمة من الخطبة هو السماح لكلا الطرفين التعرف على الطرف الآخر ، و في هذا الإطار أجازت الشريعة الإسلامية للرجل و كذا المرأة النظر لكل منهما للآخر و الاجتماع بينهما و لكن في حدود الشريعة الإسلامية و قد أجاز الفقه الإسلامي النظر بالنسبة للرجل إلى الوجه و الكفين فقط لمن يرغب في التزوج بها ، و المرأة أولى من الرجل في أن تطلع على أخلاقه و ميوله حتى يكون عرض الزواج مبني على أسس متينة بل أن حقها في فك الرابطة الزوجية مقيد بأسباب معينة خلافا للرجل الذي تكون بيده دائما العصمة (1).

(1) أستاذة سعاد سطحي ،المعيار دورية علمية محكمة تعني بالدراسات الإسلامية و الإجتماعية تصدرها كلية أصول الدين والشريعة و الحضارة الإسلامية ، قسنطينة الجزائر العدد التاسع 2004 .

الطلب الأول : تعريف الخطبة لغة واصطلاحا .

لغـة : هي مصدر من الفعل الثلاثي خطب المرأة يخطبها خطبا و خطبة أي طلبها للزواج بالوسيلة المعروفة بين الناس .

إستعملت العرب هذه الكلمة بضم الخاء : الخام في الكلام المنثور المسجع ، و لا يجوز استعمالها بالضم إلا على هذا الوجه.

و بكسرها في طلب الزواج يقال : خطب الخطيب ، خطبة حسنة و خطب الخاطب خطبة جميلة.(1)

و الخطبة و الخطب قد تأتيان بمعنى واحد ، و يقال (خطب فلانة خطبا و خطبة طلبها للزواج و النكاح).(2)

و خطبها إلى أهلها : طلبها منهم للزواج.

قال الإمام القرطبي رحمه الله : "الخطبة بالكسر فعل الخاطب من كلام و قصد و استلطاف بقول و فعل ، و الخطبة بضم الخاء هي الكلام الذي يقال في النكاح و غيره " .(3)

اصطلاحا : هي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية المؤقتة و المؤبدة .

- هي إلتماس الزواج و المحاولة عليه صريحا مثل أن يقول : فلان يريد أن يخطب فلانة أو غير صريح مثال : أود الإتصال بكم و الدخول بزمرتكم.

إلا أن التعريف الشامل للخطبة هو إلتماس النكاح على وجه تصح به شرعا .

فهذا التعريف يشتمل على كل خطبة لا تصح شرعا كخطبة المعتد تصريحا أو خطبة المخطوبة أو خطبة المشركة أو خطبة الخامسة و التعريف يشتمل على كل خطبة يكون الرد فيها إيجابا و يخرج منه كل خطبة سلبا.

و قد عرفها الشيخ أبو زهرة بقوله "طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها و التقدم إلى ذويها ببيان حالة و مفاوضتهم في أمر العقد.

و إعلام المرأة أو وليها بذلك فقد تمت الخطبة بينهما و ترتبت عليها أحكامها و آثارها الشرعية "

(1) دكتور نايف محمود الرجوب : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ص 52 .
(2) نصر سليمان و الأستاذة سعاد سطحي ، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ص 18 .
(3) المرجع نفسه ص 19 .

المطلب الثاني : تعريف الخطبة في القانون.

الخطبـة كمـا عرفها المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري : " الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها "

فـي المـادة السادسـة هي الأخـرى تنـص علـى أن إقتـران الفاتحـة بالخطبـة لا يعد زواجا.(1)

و مفهوم الخطبة عند عامة الناس في مجتمعنا هي الاتصال الأولي الذي يقوم به أهل الرجل قصد التعرف على المرأة وأهلها ، و طلب يدها باستعمال ألفاظ متعارف عليها كأن يقـول الرجل أو من يناوب عنه جئناكم قاصدين الحسب و النسب طالبين إبنتكم فلانة لإبننا فلان ، و منه فإن الخطبة لا تعدو حال الإتفاق أن تكون مجرد وعد بالزواج كما عرفها قانون الأسرة ، والخطبـة قد تتم مرة أو أكثر من مرة إذ غالبا ما يطلب أحد الأطراف مهـلة للتفكير و التشاور.

و حال الإتفاق بيـن الرجـل أو أهلـه و أهل المرأة فإن ذلك يعتبر بمثابـة إيجاب و قبول للمصاهرة.(2)

إذن الخطبـة حسـب نص المادة 5 من قانون الأسرة عبارة عن مقدمة للزواج تدخل في نطاق الأحوال الشخصية رغم عدم النص عليها في القانون المدني الجزائري.

و الخطبة باعتبارها وعد بالزواج وهي مقدمة و ممهدة له معمول بها في كل الطوائف الدينية الإسلامية ، ولكن هذه الأنظمة القانونية المتعددة و المجتمعات المختلفة تختلف فيما بينها في مفهوم الخطبة و شروطها الموضوعية و الشكلية و أحكام الرجوع عنها.

و مهمـا يكـن الاختلاف بين الأنظمة القانونية في مسألة الخطبة يمكن القول بأنها وعـد متبادل بالزواج في المستقبل بين الرجل و امرأة فبتمهيد لعقـد الزواج لا تقيـد الخطبـة أحـد من المتواعديـن علـى الزواج لمـا لهذا الأخير من أثر عظيم في المجتمع ، و لكن لكل منهما من جهة أخرى حق العدول في أي وقت و ذلك حتى لايكون إكراه من أحد الطرفين على الزواج.

---

(1) م 5 - 6 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05 - 02 الصادر في 20 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري ص 6 .

(2) الأستاذ يوسف دلاندة : دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة ، (الزواج و الطلاق) ص 8 .

القانون الذي يحكم الخطبة:

لم ينص المشرع الجزائري على قاعدة إسناد في القانون المدني الجزائري لبيان القانون الذي يحكم مقدمة الزواج أو الخطبة غير أن الفقه قد أخضع هذه الخطبة إلى القانون الشخصي أي قانون جنسية الشخص و ذلك تأسيسا على أنها من الأحوال الشخصية و كونها لها صلة وثيقة بروابط الأسرة وقد إختلفت في شأنها تشريعات الدول بين قانون جنسية الزوجين و قانون القاضي و قانون جنسية الخاطب و قانون محل وقوع العدول.

مجال تطبيق القانون الشخصي على الخطبة:

لاشك أن للخطبة شروط موضوعية و أخرى شكلية و لكن تحديد ما يعتبر من الشروط الموضوعية و الشكلية هي مسألة تكييف تخضع إلى قانون القاضي طبقا للقاعدة العامة سالفة الذكر

- أما بالنسبة إلى القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للخطبة كشرط من يحرم بينهما الزواج مثل المصاهرة أو الرضاعة فإنها تخضع إلى قانون جنسية الشخص الخاطب أو المخطوبة.
- أما الشروط الشكلية للخطبة فإنها تخضع للقاعدة العامة الواردة في المادة 19 من القانون المدني الجزائري التي تجعل شكل التصرفات تخضع إلى قانون البلد الذي أبرم فيه أو إلى القانون المشترك.
- و يترتب على ذلك أن شكل الخطبة الذي يتم فيه وفقا لقانون المحل الذي تمت فيه أو وفقا لشكل قانون جنسية الخاطب و المخطوبة تكون صحيحة.(1)

(1) الأستاذ بلعيور عبد الكريم : محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها القانون 05 - 01 ، السنة الجامعية : 2006 - 2007 ، جامعة بن عكنون الجزائر .

المبحث الثاني : أحكام الخطبة في الشريعة و القانون.

إن الخطبـة كغيرهـا من مقدمات الزواج طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر إذ أنها السبيـل إلـى دراسـة أخـلاق الطرفيـن و طبائعهمـا و ميولهمـا ، و لكن بالقدر المسموح به شرعا و هو كاف جدا ، فإذا وجد التلاقي و التجاوب أو أمكن الإقدام على الزواج الذي هـو رابطـة دائمـة فـي الحيـاة و اطمئنان الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام و أمان و سعـادة و وئـام و طمأنينـة و حـب ، و هـي غايـات يحرص عليهـا كل الشبان و الشابات و الأهل من ورائهم.(1)

(1) الدكتورة وهيبة الزحلي : كتاب الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء التاسع ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر دمشق سوريا 1418 ه - 1997 م ، ص 6493 .

المطلب الأول أحكام الخطبة في الشريعة

إن من حكمة الخالق عز وجل أن شرعت الخطبة قبل عقد الزواج و ذلك :

- لإعطاء أهل المخطوبة الفترة الكافية للسؤال عن الخاطب و معرفة أحواله والعكس بالنسبة للخاطب.
- لتكوين صورة واضحة عن أخلاق الخاطب و معرفة شمائله والعكس بالنسبة للمخطوبة.
- ليتعرف الخاطب عن كثب على شخصية المخطوبة و العكس بالنسبة للخاطب
- للتنويه على أهمية عقد النكاح لأن في الخطوبة تنويها على ذلك إذ هي المقدمة لإبرام العقد.
- للتهيؤ لإجراء الزواج.
- حتى لا يقدم آخر على خطبة هذه المرأة التي يرغب بها.

الأدلة على مشروعيتها :

من الكتاب : قال تعالى : (و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن و لكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ، و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله و أعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه و اعلموا أن الله غفور حليم).(1)

(1) الآية 107 من سورة البقرة .

من السنـة :

عـن أبـي هريـرة رضـي الله عنـه قـال قـال رسـول الله صلـى الله عليـه و سلـم :" إذا خطـب من ترضون دينه و خلقه فزوجوه ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عظيم " .

ـ عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " ثلاثة لا تؤخروهن ، الصلاة إذا أتت و الجنازة إذا حظرت و الأيم إذا وجدت كفؤا".

ـ و عـن عروة رضـي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم خطب عائشة من أبي بكر الصديـق فقـال لـه أبو بكـر إنمـا أنـا أخوك ، فقال له النبي أنت أخي في دين الله و كتابه و هي لي حلال.(1)

ـ عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل ".

قال القليوبـي في حاشيته على المحلى : إن الخطبة بكسر الخاء لها حكم النكاح وجوبا و ندبا و كراهة و تحريما و إباحة .

فتستحب الخطبـة : إن كـان الخاطب ممن يستحب له النكاح كمن يملك مؤونة النكاح لكي لا يخشى على نفسه العنت.

و تكره أن : كان ممن يكره له النكاح بأن حكم الوسيلة يأخذ حكم المقصد .

و تحرم الخطبة : المنكوحة إجماعا كما تحرم خطبة المطلقة رجعيا قبل انقضاء عدتها لأنها في حكم المنكوحة ، كما تحرم الخطبة من شخص له أربع زوجات و كذا من يحرم الجمع بينهما و بين زوجها و المطلقة ثلاثا بالنسبة لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره و تعتد منه و يحرم أيضا من تم خطبتها من شخص آخر.(2)

وتجب الخطبة: لمن خشي على نفسه العنت أن لم يخطب و يتزوج.

(1) صحيح البخاري ، كتاب النكاح باب تزويج الصغار من الكبار 9 / 23 بالفتح .
(2) الأستاذ أبو عايش عبد المنعم إبراهيم : حقوق و أحكام الخاطب و العاقد قبل الزواج ، ص 14 ـ 15 .

أنواعها: الخطبة بالتصريح / الخطبة بالتعويض

الخطبـة بالتصريـح: أن يصـرح الخاطب للمخطوبة بلفظ الخطبة كأن يقول أريد الزواج منها وذلك بإعلام وليها.

الخطبـة بالتعريض: لا يستخدم فيها الخاطب لفظا صريحا كأن يقول أنت امرأة كريمة علنيا أو أنت خير زوجة بحيث يفهم من عبارة الرجل إرادة خطبة تلك المرأة.

روى الإمام البخاري كذلك: كانت خوله بنت حكيم من اللائي وهبنا أنفسهن للنبي صلى الله عليه وسـلم ، فقالـت عائشـة: أمـا تستحـي أن تهـب المرأة نفسـها للرجـل ؟، فلـما نزلـت الآيـة : (**ترجي من تشاء منهن** ...)(1) ، قلت: يا رسول الله ، ما أرى ربك إلا يسارع في هواك.(2)

فهـذه الأدلـة تبيـن جواز عرض المرأة نفسهـا ، حيـث لم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك على المرأة التي عرضت نفسها عليه .

لكن الغالب أن الرجل هو الذي يتقدم لخطبة المرأة وذلك لها برفعة قدرها وأنه يسعى للزواج بـها.

وكذلـك حياءهـا الفطـري ، أو خشيتـها مـن أن يفسرهـا تفسيـرات خاطئـة إضافـة إلى أن الأعـراف و التقاليـد السائـدة تمنعهـا من ذلك ، وهذا ما نلاحظه في وقتنا هذا الذي قل فيه التدين وربمـا لو رضي بهـا و تزوجهـا يبقى دائما يذكرها بأنها غير مرغوب فيها حتـى لجأت إلى عرض نفسهـا عليـه و لكـن الأمر يختلف إذا كـان العرض من طرف الأب أو الأخ.(3)

(1) الآية 51 من سورة الأحزاب .
(2) صحيح البخاري : كتاب النكاح ، باب عرض المرأة نفسها للرجل الصالح 9 / 147 .
(3) الأستاذ نصر سليمان و الأستاذ ة سعاد سطحي : أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ص 21 ، 22 .

المطلب الثاني: أحكام الخطبة في القانون

اختلفت نظـرة القانونـية فـي مسألـة هـل الخطبـة عقـد ملـزم أم أنـها عبارة عن وعد ؟ ولكل من الطرفين الحرية في العدول عنه؟.

وذلك ما يتضح لنا من خلال الرأيين الآتيين:

- الرأي الأول:

الخطبـة عبارة عـن عقـد من نوع خاص، وذلك لاحتوائها على الإيجاب والقبول الذي يعتبـر من مقدمات العقد ، فهي تستوفي كل شروط العقد و متطلباته ، وهذا ما نص عليه القانون الروماني و القانون الكنسي القديم.

- الرأي الثاني:

الخطبـة وعـد غيـر ملـزم ولكـل مـن الطرفيـن العدول عنـها وذلـك أخـذا بمبـدأ حريـة الشخص في اختيار شريكه في المستقبل دون ضغط أو إكراه.

وعلى ذلك نصت قوانين الأسرة العربية كقانون الأسرة الجزائري في مادته الخامسة (5) ما يأتـي: " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها ".(1)

وكذلك القوانين الأوربية، فإنها لا تري الخطبة ملزمة ولو كانت وعدا وحتى بالنسبة للقوانيـن التـي تجعل الوعد ملزما، فهي تستثني من ذلك الخطبة وذلك ضمانا لحرية الاختيار في إبرام عقد الزواج.(2)

---

(1) المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05 - 02 الصادر في 20 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري ص 6 .

(2) الأستاذ نصر سليمان و الأستاذة سعاد سطحي : أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ص 34 .

المبحث الثالث: الطبيعة الحقوقية للخطبة.

ترتب الخطبة أثارا شرعية وقانونية هامة ، إنطلاقا من مركزها الحقوقي الذي تحتله كمرحلـة تمهيديـة سابقـة على إبرام عقد الزواج وقبل التطرق لدراسة بعض هذه الآثار لابد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخاطبين في مجال الالتزامات ،وذلك بتحديد طبيعتها التي تتردد بين كونها عقدا ملزما ومجرد وعد بالعقد في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.(1)

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر الطبعة الأولى 1428 ه - 2007 م ، ص 65 .

المطلب الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.

إن الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ليست عقدا ، وإنما هي ممهدة وسابقة له.

وتستمد الخطبة طبيعتها في الفقه الإسلامي من معناها اللغوي الذي لا يكاد يفارق المعنى الاصطلاحي ، فالخطبة في اللغة هي طلب أو إلتماس المرأة للزواج ، وبالتالي يتأكد هذا الطرح عندما نعلم أن الخطبة عند السلف لم تكن تتصف بالشكل الذي هي عليه الآن ، فلعلها في مجتمعاتنا العربية المعاصرة تستغرق سنوات و من النادر أن يعقبها إبرام عقد الزواج مباشرة .

غير أن توافق الفقهاء حول طبيعة الخطبة بكونها إتفاق أو وعد بالزواج قابلة الاختلاف في مدى لزوم هذا الوعد(1)، وهو ما سنوضحه من خلال الفرعيين الآتيين :

الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به:

الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للآخر، وهو بعمومه يشمل ما عاهد المؤمنون عليه الله بإيمانهم من السمع والطاعة والإذعان لكل ما جاء به دينه ، وقد ورد ذكر العهد في القرآن والسنة كثيرا.

ويذهب عدد من الفقهاء إلى إعتبار الخطبة وعدا لازما بالزواج وواجب الوفاء به ، استنادا لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد والحث عليه.(2)

(1) الأستاذ نصر سليمان و الأستاذة سعاد سطحي ، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، ص 37 .
(2) المرجع السابق ص 66 .

وقد إستدل هؤلاء الفقهاء بما يأتي:

- من القرآن الكريم :

قولـه عـز وجـل :(واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيئا)(1)
وجه الاستدلال : قالوا بأن الله عز وجل أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد ، وفي هذا دليل على أن الوعد ملزم ويجب الوفاء به .

- من السنة النبوية الشريفة :

تضافرت عدة نصوص حديثيه على ذم صفة الأخلاق بالوعد ،وأذكر منها :
- قوله عليه صلاة والسلام : " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان "
- وقال النبي صلى الله عليه وسلم :" أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، إذا ائتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر "

يستدل من خلال الأحاديث أعلاه على أن صفة الأخلاق بالوعود والعهود لاتجوز في حق المؤمن الصادق ، لأن ذلك من صفات المنافقين .
وقد قيل :" المراد بإطلاق النفاق الإنذار والتحذير عن ارتكاب هذه الخصال ".
ويرى أحـد الفقهاء بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا حيث يتعذر الوفاء ، حيث يقول:" الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا فيتعين تأويل ما يناقض ذلك ".(2)

(1) الآية 54 من سورة مريم .
(2) نفس المرجع السابق ص 68 ، 69 ، 70 .

الخطبة وعد غير ملزم:

تعتبر الخطبة وفقا لهذا الرأي وعدا غير ملزم ، ولكن يندب الوفاء به لأن ذلك من مكارم الأخلاق ، وعدم لزوم الوفاء بالوعد قال به جمهور العلماء ويمكن الإستدلال على أن الخطبة وعد غير ملزم بما يلي :

1- الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء ، وعليه تعتبر الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم كذلك.

وقد استدلوا بالإجماع على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء.

وقالوا : " فإنجاز الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع ، وليس بفرض لاتفاقهم على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء ".

2- وقد أورد الفقهاء بقوله :"والظاهر أن الخطبة ليس بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم ، بل جائز من الجانبين قطعا ".

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعدا به و أذكر منهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه إلتزامات لها قوة الإلزام ، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد وفقا لما لك في بعض أقواله.(1)

(1) الأستاذ أبو زهرة : محاضرات في عقد الزواج و أثاره ، دار الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة للطباعة و النشر و التوزيع بيروت ، ص 73 .

الترجيح:

بعد بيان أدلة الرأيين يتبين أن الرأي الثاني الذي يعتبر أن الخطبة وعد غير ملزم هو الأولى بالترجيح ، وهذا بإعمال دليل النظر في مآلات الأفعال .

إذا أن إعتبـار الخطبـة وعـدا ملزمـا يرتـب مفسـدة عظيمـة تتمثل في إبرام الزواج على كره ، وهو ما ينافي مقاصده التشريعية وتنعدم فيه الألفة و التراحم و بالتالي يسلك الزوجان سبيل الطلاق وما يجره من ويلات ، إذ كيف يبيح الشارع الطلاق في حالة اشتداد الحاجة له لمن ينشده ثم يحرم عليه فسخ الخطبة وهي أقل شأنا من الزواج ، فالضرر الناجم عن جبر أحد الطرفين على إبرام الزواج بغير رضاءه يعد أشد من ذلك المترتب على خلف الوعد و الضرر الأشد يزال بالأخف ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام .

كما أن المتتبع لآثار العدول عن الخطبة المتعلقة بالمهر والهدايا المقدمة و جواز إستردادهما ليصل إلى أن الخطبة ليست عقدا ولا ترقى لمرتبة الإلزام لأن العدول ليس ممنوعا في ذاته.

وأخيرا فإن اعتبار الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم ، يكون مناسبا لموقعها في بداية تكوين الزواج ومحققا لمقاصد الخطبة ذاتها ، مع التشديد على حرمة ودناءة الإخلاف بالوعد من غير مبرر شرعي.(1)

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 74 ، 75 .

المطلب الثاني : طبيعة الخطبة في القانون الوضعي.

اختلف الفقهاء القانون الوضعي في تكييفهم لطبيعة الخطبة ، من اعتبارها مجرد وعد بالتعاقد ، ثم كونها عقدا تمهيديا ، و أخيرا عقدا شرعيا يترتب التزاماته وأثاره .

وعموما يمكن تقسيم الإتجاهات الوضعية الفقهية و التشريعية والقضائية إلى طائفتين اثنتين : إحداهما تصبغ الخطبة بالصبغة العقدية و الثانية تنزلها منزلة الوعد بالزواج لا غير .

الاتجاه الأول : الخطبة عقد كامل .

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين يكون صحيحا وملزما لهما ، كأي من العقود الملزمة للجانبين التي تتيح لأطرافها التنصل أو الإلغاء بمحض الإرادة المنفردة ، مع مراعاة النأي عن التعسف حين استعمال الحق في العدول وإلا عد هذا الطرف مرتكبا لخطأ يستوجب التعويض .

الاتجاه الثاني : الخطبة وعد بالزواج .

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج و لا ترقى لمرتبة العقد ، وليست لها الصبغة الإلزامية ولا القيمة القانونية حيث لا تزيد عن كونها إلتزاما أدبيا لا غير .

ويستند هذا الإتجاه إلى ما يأتي :

ـ أن التشريع الفرنسي لم ينص عليها حيث كانت مجهولة في القانون المدني الفرنسي.

ـ مبدأ حرية الشخص : فحرية العدول يجب أن تكون مجردة من كل قيد و لتلافي ذلك قيل أنه ليس للخطبة أية قوة ملزمة و إلزامية الوعد فيها باطلة بطلان مطلقا .

(1) المرجع السابق ، ص 79 ، 80 .

ـ أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد صرح في مادته الخامسة بأن الخطبة وعد بالزواج مستندا في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي ومتأسيا بأمثاله من المشرعين العرب.(1)

ولو إقترنت الخطبة بقراءة الفاتحة فهذا لن يرفع من قيمتها الإلزامية شيئا فستضل وعدا غير ملزم ، وليست عقدا وتخضع لنفس أحكام الخطبة .

وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة ، فقد قررت المحكمة العليا بأن الأصل في الخطبة و في غالب الأحيان أنها مقدمة للزواج وليست زواجا.(2)

(1) للإشارة فإن وصف الوعد بالزواج ليس جديدا على القانون الجزائري إذ نصت المادة الرابعة من الأمر رقم 59 ـ 274 المؤرخ في 04 / 02 / 1959 على أن : " الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من جانبين لا يعتبر الصادرة زواجا و لا يترتب أي إلتزام بإبرام الزواج " وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية عام 1907 بأن : " الوعد بالنكاح في المستقبل و مجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به النكاح و للخاطب العدول عمن خطبها و للمخطوبة أيض رد الخاطب الموعود بتزويجها منه " .

(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 34046 بتاريخ 19 / 11 / 1984 المجلة القضائية العدد الأول 1990 ص67 وكذا القرار رقم 81129 بتاريخ 17 / 03 / 1992 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث 1994 ص 62 .

الفصل الأول

الفصل الأول: أثر العدول عن الخطبة.

إن الخطبة ليست مجرد وعد نظري ، بل هي وعد بالزواج أو وعد بالدخول في أهم وأخطر علاقة إجتماعية ، وهي تنشئ إرتباطات تتخذ صورة عملية ، فمتى أعلنت الخطبة أصبح كل من الخطيبين محجوزا لصاحبه ، ويتعين على الغير إحترام هذا الكيان الجديد أو العلاقة الجديدة ، وبدأ ينظـر الطرفـان أحدهما إلى الآخر بعاطفة خاصة وإلتزامات متميزة وقد يبدآن في الإعداد لعش الزوجية فإذا تم العدول بعد ذلك فلابد من النظر إليه في ضوء ماأحدثه من أثار وما ترتب على الخطبة ـ شرعا و عرفا و اتفاقا ـ من إلتزامات.(1)

(1) دكتور أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ص 44 .

المبحث الأول: تعريف العدول وأحكامه.

إن رظائية الخطبة و رظائية عقد الزواج قد تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج ، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزمـا ويجعـل الزواج يتم بالإكراه وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية.

فيجوز لكل من الخاطبين –الرجل والمرأة – العدول عن الخطبة وهو ما نصت عليه التشريعات العربية بقولها : " لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة ".

وعلى الرغم من حق كلا الطرفين في العدول فإن الشريعة الإسلامية – قرآن و سنة – تنص على ضرورة الوفاء بالوعد ، يقول تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا ﴾.(1)

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف ، وإذا إئتمن خان ".

فـإذا عـدل الخاطـب عـن خطبتـه مـن غيـر سبـب مقبـول كـان آثمـا ديانـة أي عند الله ، و لا يعتبر العدول المجرد سببا لآية مطالبة قضائية.(2)

(1) الآية 34 من سورة الإسراء .
(2) دكتور محمد كمال الدين إمام كلية الحقوق ، أحكام الزواج في الشرع الإسلامي ، جامعة الإسكندرية ص 69 .

المطلب الأول: معنى العدول بين اللغة والاصطلاح

- لغة : من عدل عن الشيء رجع عنه.

يقال :عدل عن الشيء يعدل عدلا وعدولا.(1) و يقال أيضا : عدل فلان عن طريقه رجع عنه.(2)

- اصطلاحا:

هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا منهما.(3)

(1)الدكتور محمود الرجوب : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الإولى ، الإصدار الأول ، 2008 الأردن ص 224 .
(2) العطار : خطبة النساء ص 43 .
(3) الإبراهيم : محمد عقلة ، نظام الأسرة في الإسلام ، 1 / 230 .

المطلب الثاني: حكم العدول:

تقدم أن الخطبة وعد بالزواج ، وأنه يكره خلف الوعد عند الجمهور فينبغي أن يكون الحكم في العدول عن الخطبة أنه مكروه وهذا ما ذهب إليه المالكية.
وذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز العدول ، غير أن الحنابلة قالوا بالكراهة إن كان العدول لغير غرض فإن كان العدول لغرض مشروع فالجميع على عدم الكراهة .

الأدلة والمناقشة:

إستدل المالكية على كراهة العدول عن الخطبة بالأدلة المانعة من خلف الوعد نفسها الدالة على كراهته –لان الخطبة وعد بالزواج – وهي من الكتاب العزيز والسنة المطهرة .

أولا: الدليل من الكتاب العزيز .

قول الحق سبحانه : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا ﴾.(1)

وجه الدلالة :

أن العهد يطلب الوفاء به ، وهي من الأمور التي يسأل الله تعالى عنها العبد يوم القيامة ، فأقل ما يقال : إن خلف الوعد مكروه .

ثانيا : الدليل من السنة المطهرة

قول النبي الأعظم – صلى الله عليه و سلم - : " أية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا ائتمن خان ".(2)

محل الشاهد :

قول النبي – صلى الله عليه وسلم - : "وإذا وعد أخلف " .

وجه الدلالة :

خلف الوعد خصلة من النفاق ، فإتيانها والإتصاف بها مكروه .

ومن الجدير بالذكر أن الوعد عند المالكية غير ملزم ، وهو كذلك عند الجمهور حيث نصوا على كراهة خلف الوعد ، وهذا آية عدم الإلزام و إلا لكان خلف الوعد حراما .

والوعد بالخطبة يعتبر ملزم حتى على الرأي الذي ينص على إلزامية الوعد عند بعض المالكية لأن إلزامية الوعد في هذا الرأي إنما تكون في العقود المالية لا في عقد الزواج ، لخطورة الآثار المترتبة على هذا العقد .

---

(1) الآية 34 من سورة الإسراء .
(2) البخاري : الجامع الصحيح ، 1 / 21 ، القشيري ، مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي بيروت 1 / 78 .

ولو سلمنـا لزوم الوفاء بالوعد وحرمة الخلف به فأراد الخاطب أن يعدل عن خطبته فلا يستطيع ، لئلا يقع في الإثم ، فيضطر إلى عقد نكاحه مكرها ، وهذا الإكراه ينافي حرية الاختيار و الإرادة الواجب توفرهما في العقود و لا سيما عقد الزواج.(1)

وقد استدل الحنفية و الحنابلة الذين قالوا بجواز العدول عن الخطبة بما يلي :

ـ عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أنه كان يقول : " نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيـع بعضكم على بيع بعض ، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب "

محل الشاهد :

قوله : حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب.

وجه الدلالة :

ـ نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – أن يخطب الرجل على خطبة أخيه لأن للخاطب الأول حقا في الفتاة فلا ينازع عليه ، لئلا يسرى التباغض و التشاحن بين المسلمين .

ـ جعل النبي عليه الصلاة و السلام للخاطب الأول حق الترك و أجاز له التنازل للخاطب الثاني بحيث يجوز العدول عن الخطبة ويصور هذا العدول بصورتين : الترك أو إعطاء الإذن للغير كي يتقدم لخطبة الفتاة وفيه إشعار بإسقاط الحق النابع من العدول عن الخطبة ولم يجعل النبي صلى الله عليه وسلم جواز الترك معلقا على سبب بل جعله حقا للخاطب الأول .

(1) الأشقر : عمر سليمان ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة دار النفائس ، عمان ، ط 2 ، ص 69 .

إن عليـا ـ رضـي الله عنـه ـ خطـب بنت أبي جهل ، فلما أنكر عليه النبي عليه الصلاة و السلام أعرض علي ـ رضي الله عنه ـ عن الخطبة .

وجه الدلالة :

لو كـان الإعراض عن الخطبـة مكروهـا لـما أنكـر النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ على سيدنا علي ـ رضي الله عنه ـ كي لا يضطره للوقوع في المكروه ، بل لأن العدول جائز هو حق للخاطب أدى إنكار النبي صلى الله عليه وسلم على سيدنا علي أن يقع في الجائز ممارسا حقه .

ولكـن لكراهـة النبـي عليـه الصـلاة والسـلام هـذه الخطبـة سبـب مذكـور فـي القصـة فهو إعراض لسبب

الترجيح:

الذي تركن إليه النفس هو قول الحنابلة الذين قالوا بجواز العدول عن الخطبة إن كان للعدول سبب ، ولو كان هذا السبب كراهية الفتاة للرجل أو العكس استنباطا من قصة سيدنا علي رضي الله عنه حيث رجع عن خطبته لسبب وهو كراهة النبي صلى الله عليه وسلم لتلك الخطبة .

أما العدول دون سبب فمكروه لأنه من قبيل خلف الوعد وإن كان الحديث الشريف " حتى يترك الخاطب...." يفيد الجواز مطلقا إلا أن هذا الجواز لابد أن يقيد بالسبب للأدلة القوية التي تنهى عن خلف الوعد وهذا الحكم يتناسب مع السياج الأخلاقي الذي يفرضه الإسلام على كل مسلم.(1)

والـذي ذكـره قانـون الأحـوال الشخصية الجزائري جواز العدول مطلقا فقد نصت المادة (05)

من قانون الأسرة :

ـ " الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها ".(2)

(1) الأستاذ نصر سليمان و الأستبذة سعاد سطحي : أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، ص 35 .

(2) المادة الخامسة (5) من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05 ـ 02 الصادر في 20 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري ص 06 .

المبحث الثاني: أثر العدول بالنسبة للخاطبين.

بعد تمام الخطبة قد تأخذ المخطوبة هدايا من خاطبها وقد يتلقى هو كذلك هدايا منها ، ويقدم لها المهر ، ثم بعد ذلك قد يحدث سوء تفاهم بين الطرفين ويكون نتيجة ذلك العدول عن الخطبة :

ـ فما حكم الهدايا و المهر في هذه الحالة ؟

وهذا ماسنجيب عنه خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول: حكم المهر في حالة العدول.

إذا قدم الخاطب الهر لخطوبته سلفا قبل عقد النكاح ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو توفي
ـ فما هو الحكم الشرعي في هذا المهر المقبوض سلفا ؟
نص الحنفية على أن للخطاب أن يسترد ما دفعه على حساب المهر عينا إن كان قائما، أو عوضه أن كان قد هلك أو إستهلك.
ولم نجد نصا في هذه المسألة عند سائر المذاهب ، وإنما يفهم من كلامهم بعد تأمل تعريفاتهم للصداق ، أن الحكم عندهم ينبغي أن لا يغاير الحكم عند الحنفية في هذه المسألة.
فالصداق عند المالكية من أركان عقد الزواج(1) وليس بين الخاطب و المخطوبة عقد فلا يحل لها نصف الصداق إلا بالعقد ويحل كاملا بالدخول وإلا فهو من باب أكل أموال الناس بالباطل ، فبعدول أحدهما وعدم العقد لم تستحق المخطوبة المهر فينبغي عليها أن تعيده للخاطب ونرى الشافعية يعرفون الصداق بقولهم : ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كرضاع ورجوع شهود ، فهذه هي الحالات التي يجب المهر ، وليست الخطبة منها ، فلا يحل للمرأة أخده بل عليها إعادته .

والصداق عند الحنبلية هو: العوض المسمى في النكاح ، ولا نكاح بين الخاطبين يوجب المهر أو نصفه .
وهكذا تلتقي أراء الفقهاء جميعا عند نقطة مهمة ألا وهي : أن المهر لا يجب إلا بعقد النكاح ، وفي حال الخطبة لا يوجد عقد نكاح فاحتفاظ المرأة بالمهر بعد عدول أحد الطرفين حيازة للمال بغير سبب مشروع ، فعليها إعادة المال لصاحبه.(2)

---

(1) العبدري : محمد بن يوسف ، التاج الإكليل ، دار الفكر ، بيروت ط 2 ، 1398 ه ، 3 / 499 .
(2) ابن مفلح : أبراهيم بن محمد ، المبدع ، المكتب الإسلامي بيروت 1400 ه ، 7 / 130 .

ولكـن بعـض التشريعـات المعاصـرة اختارت حـلولا جديـدة رأت أنهـا أكثر تحقيقا للعدالة ، وتوفيقا بين اعتبارات جرت بها الأعراف المعاصرة ففرقت بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة .

فإذا كان العدول من الخاطب وإشترت المخطوبة بالمهر أو ببعضه جهازا أعطاها القانون الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز .

أمـا إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته ، وهذا الحل اختارته تشريعات عربية كثيرة منها التشريع السوري ، و التشريع الكويتي و مشروع قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة .

و إختار مشروع قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الذي أقره مجمع البحوث الإسلامية حلا آخر إذ جـاء في الفقرة ـ أ ـ من المادة الثانية : " إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم القبض إن تعذر رد عينه " .

ولعـل المشرع العربـي الـذي إختار التفريـق بيـن العدول مـن جانـب الخاطـب أو المخطوبـة عنـد رد المهـر ، أراد ألا تتحمل المرأة الأضرار التي لحقتها من شراء الجهاز أو الأثاث ، وقـد جـاء العدول مـن الخاطب نفسه ، أما إذا كان العدول من جانبها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر لأنها هي التي كانت سببا فتكون راضية بالخسارة.(1)

(1) دكتور محمد كمال الدين إمام كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ص 44 ، 45 .

المطلب الثاني: حكم الهدايا في حالة العدول.

إن الهدايا في كثير من الأحيان تكون سببا لإثارة العداوة و النزاع بين الرجل و المرأة أو عائلتهما إثر العدول عن الخطبة ، لأن هذه الهدايا غالبا ما تكون نفسية وفي بعض الأحيان تفوق قيمة المهر ، لأن مجرد تمام الخطبة يكون الخاطب ملزما عرفا بتقديم هدايا في كل مناسبة ، وربما تطول هذه الخطبة لمدة سنتين أو ثلاث وكذلك قد تقدم المخطوبة هدايا لخطبيها أو أهله.(1)

لكن قبل التطرق لحكم العدول عن الهدايا علينا أولا التطرق إلى تعريف الهدية.

(1) نايف محمود الرجوب : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر و التوزيع 1429 - 2008 م ص 228 .

تعريف الهدية:

الهدية لغة : هي المنحة أو العطية أو النحلة و تنطوي على القربى أو التكريم ، يقال أهدى إليه أي قرب إليه و كرمه ، وهي صورة من صور الهبة التي هي بذل الشيء للغير أو التفضل عليه بما ينفعه مالا كان أم غيره بما لا يقصد له بدل ، ويقصد بها ثواب وثناء المهدى إليه وبذلك تتميز عن الصدقة التي تستهدف ثواب الله وثناءه ، أو بعبارة أخرى يقصد بها وجه و ثواب العبد في حين أن الصدقة يقصد بها وجه وثواب المعبود .

الهدية شرعا وقانونا: هي تمليك مال بلا عوض حال.

ويقصد بالتمليك التخلي عن ملكية العين و منفعتها أبدا وبلا عودة ، وذلك ما يميز الهدية عن الإعارة التي هي تمليك للمنفعة مؤقتا بلا عوض وعن الإجارة التي هي تمليك للمنفعة مؤقتا لقاء بدل ، كما يقصد به الإبرام و الإسقاط كحط الدين عن المدين ، ويترتب على ذلك أن كل ما لا يملك لا يكون محلا للهدية كالإلتزام بعمل أو الامتناع عن العمل ، ويكون هذا التمليك بلا عوض أي مجانا ، الهدية لا تقوم على المبادلة وإنما على البذل بلا مقابل.

ويتم التمليك حالا أي حال الحياة في الحال أو المال، وبهذا تختلف عن الوصية التي هي تمليك للمال بعد الموت.(1)

ـ والهبة و الهدية مشروعة في الكتاب و السنة:

من الكتاب :

قوله تعالى:﴿ وآتوا النساء صدوقاتهن نحلة . فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا ﴾.(2)

أما من السنة :

قد كان النبي صلى الله عليه وسلم يحض على التهادي لما يولده من محبة بين المتهادين ، فعن أب هريرة رضي الله عنه أنه قال : " تهادوا تحابوا " ، وكان عليه الصلاة والسلام يقبل الهدية ويدعوا إلى قبولها ويرغب فيها مهما كانت ضئيلة ، وفي رواية الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال : " تهادوا فإن الهدية تذهب حر الصدر ، ولا تحقرن جارة لجارتها ولو شق فرسن شاة " .

وكان صلى الله عليه وسلم يثيب على الهدية بأخرى فيقدم للمهدي هدية أقلها ما يساوي قيمة ما أهداه إليه لأن الهدية لاتقتضي الثواب فإن إقتضته كان صدقة وكان الرسول الأعظم لايقبل الصدقة .

---

(1) د ، المحامي مصباح نوري المهايني ، إسترداد هدايا الخطبة ، الطبعة الأولى ، 1421 ه ، 2001 م ، ص 8 ، 9

(2) الآية 04 من سورة النساء .

والسؤال الذي يطرح نفسه هو : ماحكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة ؟ هذا ما سنجيب عنه خلال البندين الآتيين :

ـ البند الأول: النظرة الفقهية.

اختلفت نظرة الفقهاء في هذه المسألة ، حتى في المذهب الواحد وسنحاول معرفة أرائهم خلال مايأتي :

المذهب الحنفي:

لقد طبق فقهاء الحنفية على هدايا الخطبة أحكام الهبة فاشترطوا لنفاذها قبضها ، ومعلوم أن الحنفية يجوز عندهم رجوع الواهب في هبته ما لم يقع مانع من موانع الرجوع في الهبة أخذ بقاعدة "جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع "(1) وهذه الموانع السبعة هي :

1 ـ زيادة الموهوب.

2 ـ موت الواهب أو الموهوب له.

3 ـ العوض عن الهبة .

4 ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له .

5 ـ الزوجية القائمة بين الواهب و الموهوب له وقت الهبة .

6 ـ القرابة المحرمية بين الواهب و الموهوب له.(2)

7 ـ هلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له .

وا ستدل الأحناف على جواز الرجوع في الهدية إذا كانت قائمة على حالها بما يلي :

قول النبي صلى الله عليه وسلم : " الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها "

وجه الاستدلال بالحديث هو أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الواهب أحق بالهبة مالم يصل إليه العوض ، فإن وصل إلى المهدي عوض فليس من حقه أن يعود في الهدية .

(1) الدكتور نصر سليمان و الأستاذة سعاد سطحي ، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ص 37 .

(2) نايف محمود الرجوب : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر و التوزيع 1429 - 2008 م ص 230 .

المذهب المالكي:

الأصل في هذا المذهب أن من أهدى إلى المخطوبة ثم تزوجت غيره فإنه لا يرجع عليها بشيء مطلقا ، و لكن الرأي الأوجه عند المالكية هو الذي نقل عن المتأخرين وفحواه أن العدول عن الخطبة إذا كان من جهة الخاطب فلا يحق له استرداد ما أهداه ، أما إذا كان العدول من جهة المخطوبة فله أن يسترد ما قدمه ، فإن كان قائما استرده بعينه ، وإن كان هالكا أو استهلك رجع بمثله إن كان مثليا و بقيمته إن كان قيميا .

وقد استحسنت التشريعات العربية هذا التفضيل ، و أخذت به ورأت فيها تحقيقا للعدالة ، فلم تجمع بين ألم العدول ورد ما قدم من الهدايا .

وقد نص مشروع الأحوال الشخصية للمسلمين والذي أقره مجمع البحوث الإسلامية في مادته الثالثة على ما يأتي :

أ ـ إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر إذا لم يعتبر مهرا طبقا للفقرة (ب) من المادة السابقة.

ب ـ إذا كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته وقت القبض إن كان هالكا أو مستهلكا.

ج ـ وذلك كله مالم يكن هناك شرط أو عرف.(1)

وعيب هذا الاتجاه – في نظرنا – أنه يسوي بين الهدايا الباقية والهدايا التي لابقاء لها ، والأولى الأخذ بمذهب الأحناف الذي يقضي بأن الهدايا التي لابقاء لها لاترد في جميع الأحوال ، لأنها في العادة قليلة الثمن ولم يجر العرف بردها ، وفي الإلزام بردها ما يجافي المروءة والعدالة.

(1) دكتور محمد كمال الدين إمام كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ص 47 ، 48 .

مذهب الشا فعية :

هنـاك قولان فـي هـذه المسألـة رجـح أحدهمـا الرملـي ورجـح الآخـر ابن حجر الهيثم ، وهما في الترجيح سواء .

القول الأول :

" له الرجـوع بمـا أنفقـه علـى مـن دفعـه له سواء كان مأكولا أو مشروبا أم حلوى أم حليا ، وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما ، لأنه إنما أنفقه لأجل تزويجه بها ، فيرجع به إن بقي و ببدله إن تلف ".(1)

القول الثاني:

"إن كان الرد منهم ـ أهل المخطوبة ـ رجـع عليهم لأنه لم يهد لهم إلا بناءا على أن يزوجوه ولم يحصل غرضه فإن كان الرد منه فلا رجوع له لانتفاء العلة المذكورة " وهذا القول يلتقي مع مقاله المالكية.(2)

مذهب الحنابلة:

الهديـة تأخـذ حكـم الهبـة ، والهبـة عندهـم لا يجوز الرجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض ، ولا يخفـى أن الخاطب فـي مسألتنا هذه قد أهدى المخطوبة و قبضت الهدايا ، فينبغي أن يكون الحكم عندهم أن لا رجوع للخاطب بهديته على مخطوبته ، وهذا ما نسبه إليهم أحد المعاصرين ، ولكن إذا سرحنا النظر في كتب المذهب نجد أن المسألة عندهم تخرج عن أصلهم المقرر سابقا والقاضي بعدم رجوع الواهب بهبته بعد القبض.(3)

(1) الرملي : شمس الدين محمد ، فتاوى الرملي ، دار الكتب العلمية ، بيروت على هامش الفتاوى الكبرى للهيتمي 1403 ه ، 3 / 175 .
(2) الهيتمي : إبن حجر ، الفتاوى الكبرى ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1403 ه ، 4 / 94 .
(3) الصابوني : شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، 1 / 46 .

البند الثاني :

لقد تكلم قانون الأسرة الجزائري في مادته الخامسة (05) عن مصير الهدايا في حالة العدول فنص على مايلي :

ـ لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه .

ـ إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك.(1)

نلاحظ أن المادية متماشية مع المذهب المالكي إلا في عبارة : "ما لم يستهلك " فلقد خالفته ونحت نحو مذهب الحنفي ، لأن المالكية ينصون على أنه إذا كان العدول من المخطوبة فإنه ترد جميع الهدايا ولو المستهلكة ، وذلك برد مثلها أو قيمتها ، أما الحنفية فلا يفرقون بينما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة ، فترد هدايا الخطبة عنده دون المستهلكة .

ولكن نلاحظ بأن بعض الأشخاص يلجأون إلى وضع شروط غير منطقية أحيانا لجعل الطرف الآخر يعدل عن الخطبة ، و يحتفظون بالهدايا ، ولدا يرى الدكتور " محده " بأن الفقرة الثالثة و الرابعة من المادة الخامسة في حاجة إلى تعديل حيث قال :" فإننا نرى بأن ما قررته المادة الخامسة (05) في فقرتيها الثالثة و الرابعة في مسيس الحاجة إلى التعديل وذلك بربط الحق في إسترجاع الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته ، مع منح القضاء حق تحديد ذلك السبب وعليه فإن نص المادة يصير :

ـ لا يسترد الخاطب شيء مما أهداه إن كان سبب العدول منه .

ـ و إن كان سبب العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك .

هذا الكلام بالنسبة للخطبة فقد ، أما إذا وقع العقد فتصبح المخطوبة زوجة ولا مجال للكلام عن الهدايا ، ويقول في ذلك الدكتور محده : "فلو طلقت الممنوحة هدايا و صداقا قبل الدخول لا كلام معها عن الهدايا ولو عظمت قيمتها ، بل ولها زيادة على ذلك نصف الصداق إن كان مقدرا ، وسميت بذلك مطلقة لا معدول عنها " .

(1)المادة الخامسة (5) من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05 ـ 02 الصادر في 20 فيفري 2005 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري ص 06 .

المبحث الثالث : مدى جواز العدول عن الخطبة .

عندما تتم الخطبة بين الرجل و امرأة ، ويصلان إلى درجة من التفاهم والتجاوب الذي يؤهلهما لإبرام عقد الزواج ، فإن الأمور تأخذ مسارها الطبيعي وتكون الخطبة قد حققت اغراضها .

أمـا إذا لم يتفق الطرفان أو بدت لأحدهما فكرة العدول عن الإرتباط مع الآخر لسبب ما و بالنظـر للإستقـرار الواقـع حول طبيعة الخطبة من كونها وعدا بالتعاقد ، فإن السؤال الذي يثار هو :

ـ ما مدى جوازعدول أحد الطرفين عن الخطبة بعد أن تحقق الركون و التقارب بينهما ؟

وهو ماسنجيب عليه في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ضمن المطلبين الآتيين.(1)

(1) الأستاذ : بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 1428 ه ـ 2007 م ، ص 83 .

المطلب الأول : مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي .

يعتبـر العدول عن الخطبة نتيجة طبيعية لرفض أحد طرفيها الاستمرار فيها وإتمام الزواج ، لأن كلا من الخطبة و الزواج رضائيان ، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما ويجعل الزواج يتم بإكراه ، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية.(1)

وقد وصلنـا فيما سبق إلى أن الخطبة وعد بالزواج لاترقى لمرتبة العقد ، والوعد بالعقد هو مرحلة وسطى بين الإيجاب وبين إبرام العقد الموعود به ، فهو يتميز عن الإيجاب من حيث أن هذا الأخير هو مجرد عرض موجه من شخص لآخر ، والقاعدة العامة أنه لا يلزم صاحبه إلا إذا اتصل به القبول أو كان إيجابا ملزما.(2)

وقد بين مذهب جمهور الفقهاء من أن الوعد بالعقد لا يقضي به مطلقا على أية حال وإن أمر الوفاء به ديانة ، أما فقهاء المالكية فقد اختلفوا في القضاء بالوعد إلى أربعة أقوال :

الأول: أنه يقضي على الواعد بتنفيذه مطلقا.(3)

الثاني: أنه لا يقضي عليه بتنفيذه مطلقا.(4)

الثالث: أنه يقتضي بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب، سواء أدخل الموعد بالسبب أم لم يدخل، كأن يقول له ثوبا أو دابة و أنا أعنيك على ذلك بدينار أو بدرهم.(5)

الرابع: أنـه يقضـي بتنفيـذه إن كـان مبنيـا علـى سبـب و دخل الموعود بالسبب(6) ، ففي المثال السابق أعلاه ، لا يقضي على الواعد بتنفيذ وعده إلا إذا تزوج الموعود.(7)

(1) إمام محمد كمال الدين : الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، ص 47 .
(2) تقيه محمد : الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، ص 205 .
(3) حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 359 ، الذخيرة ، ج 5 ، ص 418 .
(4) الفروق ، ج 4 ، ص 53 .
(5) المنتقى ، ج 3 ، ص 227 .
(6) فتح العلي المالك ، ج 1 ، ص 254 ، 255 .
(7) السباعي ، مصطفى شرح قانون الأحوال الشخصية : بيروت المكتب الإسلامي ط 7 ، ص 62 ، 63 .

وقـد ورد مـن أقوال الفقهـاء المسلميـن ما يدل صراحة على جواز العدول والرجوع عن خطبة المرأة ولم بعد التراكن ، فقد جاء في المغني أنه :"لا يكره للولي الرجوع إذا رأى المصلحة لها ، كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها.(1)

ويـرى الخرشي : أنـه لا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك إلى غير الخاطب ، مع أن حرمة الرجوع بعد الركون لا تنافي الكراهة لأن ذلك من إخلاف الوعد ويستدل كذلك على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي أنها ليست لازمة بل جائزة من الجانبين قطعا ، كما استدل الدسوقي على عدم لزوم الخطبة في حق الطرفين بجواز العدول عنها.(2)

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية أسهبوا في بيان أثار العدول عن الخطبة من أحكام المهر المقبوض والهدايا ، ما يدل على أن العدول متوقع وجائز ، وأن حق الخاطب في ذلك غير مقيد ، "نظرا لثبوت حقه في استرداد ما قدم من مهر أو هدايا ".(3)

ولما كانت المصلحة توجب أن يكون لكل أحد من طرفي عقد الزواج الحرية التامة قبل إبرامه، فأنه لا يمكن تضمين الخطبة قوة الإلزام ولكل من الخاطبين الرجوع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل.(4)

(1) المغني ، ج 7 ، ص 365 ، 366 .
(2) الحاوي للفتاوى ، ج 1 ، ص 289 .
(3) حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 288 .
(4) أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 35 .

غير أن هذا العدول المباح يجب تقييده حتى لايكون سببا للضرر بالطرف الآخر ، لأن إخلاف الوعد نقيصة وذميمة في خلق المسلم ، ولذا فإن حق العدول لا يمكن استعماله إلا في حالة وجود المبرر الشرعي الذي يسوغ ذلك بحيث يكون العدول تراضيا بين طرفين .

وإذا كانـت الخطبـة وفـق رأي الأستـاذ الدكتور محمد بالتاجي : " لا تزيد عن كونها وعـدا يتضمـن بالضرورة تعليـق تنفيـذه على شرط هو ألا يبدو لأحد الوادعين ما يصرفه عن الأخر "(1) ، فإن هذا التكييف لا يؤخذ على إطلاقه أو بالأحرى يحصر في مرحلة تبادل الإيجاب والقبـول حول الخطبـة ذاتـها ، أما إذا حدث التراكن بينهما فإن الإثم يترتب ديانة على الطرف العادل.(2)

(1) بلتاجي محمد : دراسات في أحكام الأسرة ، القاهرة ، مكتبة الشباب 1981 ، ص 61 .
(2) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 86 .

المطلب الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.

لقد بينـا أن طبيعـة الخطبـة عند القانونيين ترددت بين كونها عقدا ملزما ووعدا بالعقد ، ثـم استقر الرأي عموما على اعتبار الخطبة وعدا بالعقد ، وهذا في أغلب التشريعات ما عدا تلك المصطبغـة بالصبغة الدينية كقوانين الطوائف المسيحية في بعض البلاد العربية التي تعتبر الخطبة عقدا ملزما ولا يجوز الرجوع عنه.(1)

إن هذه الطبيعة غير الملزمة للخطبة هي التي سار عليها أغلب رجال الفقه الفرنسي كبلانيول ولوران وغيرهما ، متبعين رأي محكمة النقض الفرنسية القائل بوجوب أن تكون رضاءية الزواج ناتجة عن الحرية الكاملة ، وقد قضت ذات المحكمة بأن الخطية لاتلزم بالزواج ومنها الوعد به.

أمـا بالنسبـة للقضـاء الجزائـري فقد قرر أنه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة بإعتبارها وعدا بالزواج ، وليست زواجا شرعيا ولا عقدا ملزما ، وهو ما قضت به المحكمـة العليـا في الجزائر(2) تطبيقا لنص المادة الخامسة (05) من قانون الأسرة التي تنص على أن الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها .

وتجدر الإشارة إلى أن الوفاء بالعهد والوعد مطلوب ومندوب إليه شرعا لقوله جلا جلاله: :(**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا**)(3) فمن باب مكارم الأخلاق لاينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه ، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملحة تبرر نقض وعده.(4)

(1) توفيق حسن فرج : الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 163 .
(2) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 39065 بتاريخ 20 / 12 / 1985 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ج 2 ، ص 23 .
(3) الآية 34 من سورة الإسراء .
(4) سامح سيد محمد ، الخطبة كمقدمة و تمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية و القانون ، ص 66 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني : مبدا التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية.

إن القاعـدة العامـة في المعامـلات تقتضـي إن كـل من سبب ضرار للغير يلتزم بالتعويض، ولا تثير هذه القاعدة أية إشكاليات إذا كانت تتعلق بالضرر المادي أما كان الضرر المعني هو الضرر المعنوي فإن ثمة عوائق كثيرة ، إذ يثار التساؤل بداية حول استيعاب مبدأ المسؤولية عن العمل الشخصي للضرر المعنوي ، كما أن المجتمعات البشرية الأولى لم تعهد بقبول الترضية في جانب الشرف و الاعتبار الشخصي ، وبفرض الاتفاق على التعويض ، فإن تقديره يشكل عقبة كبرى لعدم إمكانية معاينة الضـرر المعنـوي ناهيـك عن الاختلاف الفقهي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي حول طبيعة التعويض ونطاقه التشريعي.(1)

وسنعالج فيما سيأتي تطور هذا المبدأ في التشريع الجزائري كما سنبين موقف الشريعة الإسلامية من هذا المبدأ ، وقبل الشروع في ذلك نخصص مبحثين لبيان المفهوم لمصطلحين هامين تقوم عليهما الدراسة وهما : الضرر والتعويض ، وذلك في اللغة ، وفي الاصطلاحين الشرعي والقانوني :

---

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص15 .

المبحث الأول : مفهوم الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية في القانون ويعد عند الفقهاء المسلمين من موجبات الضمان كذلك ، ويتخذ أشكالا متعددة وتتطور صوره مع تطور الحياة ، وفيما يأتي نحـاول تحديـد مفهـوم الضـرر في مطلبين ، نبين في الأول منهما تعريفه وفي المطلب الثاني أنواعه .

المطلب الأول :تعريف الضرر .

إن استعمال مصطلح الضرر شائع ، وهذا الاستعمال يظهر في مختلف التقسيمات ، فتصبح أبواب الفقه الإسلامي مثلا ينبئ عن استخدام موسع للفظ الضرر ، في العبادات كالتيمم لخوف الضرر ، وفي المعاملات كالضرر في البيوع وغيرهما ، مما يوحي بأن لفظ الضرر يكون ثريا بدلا لاته.

التعريف اللغوي للضرر :

تستعمل مادة ضرر ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة ، إذ جاء في لسان العرب أن الضر وضر لغتان : فالضر هو الهزال وسوء الحال ، والضرر ضد النفع.(1)

وجاء في المصباح المنير أن الضر بمعنى الفاقة و الفقر ، والإسم الضرر و يطلق على نقص يدخل الأعيان ،كالأموال والأنفس ،كما ورد بمعنى الضيق والشدة .

ومـن خـلال عرض هـذه المعاني يتبين أن الضرر إجمالا يشتمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه وماله ، من مرض وفاقة وغير ذلك ، ويلاحظ أن أحوال الشدة هذه منها المادي المحسوس ومنهـا المعنوي غير المحسوس ما يفهـم منـه أن معنى الضرر لغة ينبىء عن وجود نوعين منه الأول حسي والأخر معنوي .

وقد إستعملت النصوص الشرعية لفظ الضرر في عدة مواضع نذكر منها :

قول الله سبحانه وتعالى : (وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما)(2) ، والضرر في هذه الأية يراد به الشدة أو المرض، وكذا في قوله جلا جلاله : :(لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم و أنفسهم)(3) ومعنى الضرر هاهنا العاهة من عمى أو عرج .

---

(1) الفيومي ، أحمد بن علي : المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، القاهرة دار الفكر للطباعة و النشر ج 2 ، مادة (ضرر) ص 360 .
(2) الآية 12 من سورة يونس .
(3) الآية 95 من سورة النساء .

كما يستفاد من قول الله جلا جلاله: ﴿ لن يضروكم إلا أذى ﴾(1) إن الضرر قد يقصد به مجرد الأذى كالكذب و التحريف وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي .

وعلى وجـه العمـوم تضمنـت المواضيع المذكورة وغيرها من القرآن الكريم الضرر على ثمانية أوجه وهي:البلاء والشدة، الفقر، القحط، خوف الغرق نقص القدر، الإيذاء و أخيرا الجوع و العرى.

ولعل الضرر في الاستعمالات القرآنية السابقة يتوافق معنى بما ورد في بعض الأحاديث الشريفـة، ومـن ذلـك قول النبـي صلى الله عليه وسلم :"لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لابد متمنيا فليقل اللهم أحيني ما كانت الحياة خيرا لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيرا لي ".

و الحديث فيه التصريح بكراهية تمني الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا، فالضرر ينصرف إلى أحد أوجه المعنى اللغوي لكلمة الضر وهو ما كان من سوء حال وفقر في بدن.(2)

(1) الآية 111 من سورة آل عمران .
(2) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص18 .

التعريف الاصطلاحي للضرر :

إن شيوع استعمال لفظ الضرر في لغة الفقهاء المسلمين والغربيين يدفعنا إلى استقصاء هذا اللفظ واستخداماته، من أجل الوصول إلى التعريف الاصطلاحي المختار له، وذلك يتم باستعراض ما جاء في الاصطلاحين الشرعي و القانوني في البندين الآتيين .

البند الأول: الضرر في الاصطلاح الشرعي:

تعرض بعض الفقهاء للضرر تعريفا و تمثيلا ،وعلى الرغم من كثرة مسائله في النوازل والقضايا فإنه لا يكاد يعثر على تعريف محدد له كما أن هناك تطابقا أو تقاربا كبيرا بين المباني التي يراد بها الضرر وبين المعنى اللغوي للفظ ونستعرض بعضا من هذه التعريفات على النحو الأتي.

ـ استعمال الفقهاء للضرر في مقابل النفع :

عرف ابن العربي الضرر بأنه : الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع.(1)

وجاء في المنتقى : الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة .

ـ استعمال الفقهاء للضرر بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير :

ومن ذلك ما جاء في فيض القدير: الضرر إلحاق مفسدة بالغير.

وقال ابن المقيم في قصد الشارع من تحريم الربا : وكذلك يعلم قطعا أنه إنما حرم الربا لما فيه من الضرر ، وأن مقصوده إزالة هذه المفسدة .

فالربا والمفسدة هنا عنصران مثلا زمان ، والضرر يدور بينهما إذ يمثل المفسدة الناجمة عن الربا.

(1) موافي أحمد ، الضرر في الفقه الإسلامي الجزائري ، ص 78 .

البند الثاني : الضرر في الفقه القانوني :

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأن الركن الثاني من أركانها ، وتتجلى أهميتـه في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض .

وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع والفقه القانوني،إلا إنه يبدو من الصعب استنتـاج تعريـف منضبـط للضـرر ، وهو ما جعل بعض الفقهـاء الغربيين يتوسعـون في تعريف الضرر ومن محاولاتهـم مـا استقـر عليه القضاء في فرنسا ومصر وتبناها الفقه إثر ذلك .

ووفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحـة مشروعـة له ، أو بمعنى أخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد ماديـة كانـت أم أدبية.(1)

وفـي القانـون المدني الجزائري(2) لا يوجد كذلك تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وردت في مواده (من المادة 124 إلى المادة 140)، وكذا في المادة (176) وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام ،ويستنتج من دراسة هذه المواد ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه.(3)

(1) المصلحة المشروعة في القانون المدني الجزائري هي التي لا تتعارض مع النظام العام أو الأداب العامة (المادتان 96 ، 97) أو التي تستعمل بقصد الإضرار بالغير (المادة 41) بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 2 ، ص 147 .

(2) الصادر بالأمر رقم (75 - 58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بعدة قوانين آخرها القانون رقم (05 - 10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية رقم (44) لسنة 2005

(3) سعيد مقدم ، نضرية التعويض عن الضرر المعنوي ص 35 .

البند الثالث :المناقشة و الترجيح .

إن إستعمـالات الفقهـاء للفـظ الضرر تعبر عن تداخلات في المعنى لأن إلحاق المفسدة بالغيـر هو ضد نفعهم ، كما أن الإنتقاص من الحقوق و المساس بها أذية كذلك ، ويمكن القول أن التعريفـات السابقـة المرتبطة بقصور يتمثل في عدم قدرة المعنى على تحمل كافة إستعمالات اللفظ .

فاستعمـال الضرر في مقابل النفع غير كاف إذ ليس كل ما كان ضد المنفعة يعد ضررا لأن فعـل الضرر قـد يكـون نافعـا ، كما إذا كانت المصلحة الموجودة من وراءه مشروعة وفي هذا يقال : يحتمل أن لاتسمى الحدود من القتل و الضرب و نحوه ضررا من فاعلها لغيره لأنه إنما إمتثل أمر الله له بإقامته الحد على العاصي ، ونفس المعنى ينطبق على إستعمال الضرر بمعنى إلحاق المفسدة بالغير أو بالنفس .

أمـا بالنسبـة لفقهـاء القانـون فهـم يربطـون معنى الضرر بالحقوق و المصالح المشروعة ، وهو ما يعني إتجاه هذا المعنى وفق ما تقتضيه أيديولوجيات المذاهب القانونية الوضعية .

والخلاصة أن وجود الضرر يرتبط بمشروعية المصلحة محل التعدي و أن حقيقة هذه المشروعيـة ترجـع ثبوتـا إلـى المقاصـد الشرعيـة ، وهـذا الإرتبـاط بيـن المصلحـة و المقاصـد وثيـق الصلـة ، فقـد أجمـع العلمـاء علـى أن الشريعـة تضمنـت حفـظ الضروريـات والحاجيـات التحسينيـات ، و أن أمهـات المصالح محفوظة هي : الدين و النفس و العقل و النسل والمال .

فكل مايتضمن حفظها مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة ، وبهذا تكون المصلحة في منأى من الإستناد إلى المفاهيم القاصرة و نضمن بذلك مشروعيتها.(1)

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 24 .

و بناءا على ماسبق فإن التعريف المختار للضرر هو :المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة .

ويترجح هذا التعريف للأسباب التالية :

- **نوع الإعتداء :** المساس الذي لا يشترط فيه ظاهر التعدي ، لأن مجرد ذلك يشكل ضررا .

- **محل الضرر :** ويتضمن الحق و المصلحة المشروعة ، بغية التوفيق بين ممارسة الحق بحرية وعدم التعسف في إستعماله .

- **المضرور :** وهو الغير كما النفس ، إذ أن الإعتداء على النفس غير جائز بحال .

- **أثر هذا الضرر :** وهو مفسدة المعتبرة ، وتظهر أهمية هذا الأثر في التمييز بين ما يجب التعويض عنه و ما لا يجب ، وهذا ضمان لعدم تعويض الأضرار الناشئة عن مخالفة الشرع.(1)

(1) المرجع السابق ص 25 .

المطلب الثاني : أنواع الضرر .

يصنـف الضرر حسـب طبيعـة المصلحة التي اعتدي عليها التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية و بالتالي فينقسم إلى قسمين : ضررمادي و آخر معنوي ويظهر أن غالب الفقه الوضعي قد اعتمد هذا التقسيم .

و بالنسبـة للفقـه الإسلامـي فإن التقسيم الثنائي للضرر يتجلى بإستقراء موجبات الضمان فيه ، وهو ما يؤكد إرتباط تقسيم الضرر بطبيعة المصلحة المحمية.(1)

وفي الوقت الحالي فإن الفقه الغربي يميل للتقسيم الثلاثي للضرر :

مادي ـ ويقصد به الضرر المالي ـ ، المعنوي والبدني حيث يتعلق هذا الأخير بالمساس بجسم الإنسان من جروح طفيفة أو جسمية وبشكل أخطر الموت .

غيـر أن التقسيـم الراجـح للضرر هو التقسيم الثنائي لأن الضرر البدني يعتبر ضررا جامعـا ، إذ يحتـوي علـى شقين : شق مادي يتمثل في الجروح و ما شابهها مما يترك آثارا في الجسـم ، وشـق الغيـر مادي يتمثل فيما يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي وهو ضرر معنـوي ، وهكـذا يظهـر أن تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام لا يفصح عن نوع جديد من الضرر ، ولا يمكن أن يفيد إلا في حالة التعويض الإجمالي عن الضرر المادي وذلك بالتمييز بين الضررين المالي و الجسمي في االمبلغ الممنوح .

الضرر المادي :

يكـاد يتفـق فقهـاء القانـون علـى أن المقصـود بالضـرر المـادي كـل أذى يمـس الإنسـان في جسمه ، أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب .

ويشتـرط فـي التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل أو أن يكون ذلك حتميا ، و بالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق.(2)

(1) شرارة ، عبد الجبار : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي ، ص 44

(2) خليل حسن : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ج 1 ص 248 .

الضرر المعنوي :

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير المالي لذمة الإنسان وهو المتعلق بالمشاعر ، وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الضرر الأدبي .

تعريف الضرر المعنوي :

إجتهد بعض الفقهاء المسلمين و الغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي ويذكر من ذلك :

أ ـ الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية

ب ـ الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي .

وهذا التعريف نستنتجه من السياق الذي أورده الفقيهان الفرنسيان ripert و planiol حول قابلية الضرر للتعويض إذ يقولان : كل نوع من الضرر يمس بمصلحة محمية من طرف القانون يبرر دعوى قضائية بشأنه ، وهذا سواء تعلق بالأشخاص أو الأموال ماديا كان أم معنويا قابلا للتقدير الدقيق بالمال أم لا .

كما نذكر تعريف للشيخ علي الخفيف : "الإذى فيما يصيب الإنسان في شرفه و عرضه ... وفيما يصيبه من ألم في جسمه ، أو في عاطفته ".(1)

كما إعتبر البعض بأن الأثار التي يخلفها الضرر المادي في الجسم من قبيل الضرر المعنوي .

بناء على ماسبق ذكره يمكن القول بأن الضرر المعنوي هو : مايصيب الشخص من الأذى في جسمه و الآلام التي لاتصل إلى حد التأثر أو مايصيبه في عرضه أو في عاطفته ، أو من جراء الإعتداء على الحقوق ومصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها.(2)

(1) علي الخفيف الضمان في الفقه الإسلامي ، فرق بين الضرر الأدبي و الضرر المعنوي ، ص44 .
(2) إبراهيم ، طه عبد المولى مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء المنصورة ، دار الفكر والقانون ط 1 ، 2000 /ص 129 .

المبحث الثاني : مفهوم التعويض .

إذا كـــان الضـــرر هـــو الركـــن الثانـــي مـــن أركـــان المسؤوليـــة المدنيـــة ، فـــإن التعويـــض جزاؤه .

ولـم تعرف المجتمعات البشرية الأولى هذا النظام إلا بظهور القانون الروماني الذي قلل من فكرة الثأر بجعل الحرية للأفراد في إختيار طريقة التعويض ، وبمجيء الإسلام هذبت شريعته السمحة النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة التي سبقتها بتشريع القصاص في قوله جل جلاله : (**يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى**).(1)

والدية في قوله عز وجل : (**ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله**)(2)

كما شرع الضمان في الإتلاف و التعدي ، بالرجوع إلى الضرر المعنوي فلعل بعض من الخلاف الوارد حول تعويضه يستند إلى نظرية التعويض وعلى هذا فإن تحديد مفهوم التعويض عموما يساهم في توضيح فكرة إصلاح الضرر المعنوي .

وفي المطالب الآتية سنحاول توضيح بعض من معالم هذا المفهوم ببيان تعريفـاته اللغويـة و الإصطلاحية ، ثم أدلة مشروعيته والحكمة منه والأساس المستند إليه .

(1) الآية 178 من سورة البقرة .
(2) الآية 92 من سورة النساء .

المطلب الأول : تعريف التعويض .

إن المصطلح التعويض له إستعمالات ومرادفات لغوية و إصطلاحية متعددة ، وهذا ما يقتضي إستقصاء تلـك المبانـي مـن أجـل الخروج بالتعريـف الملائـم لـه ومتوافق مع موضوع هذا المطلب ، وذلك من الجانب اللغوي والإصطلاحي والقانوني والفقهي على حد سواء.(1)

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 34 .

التعريف اللغوي للتعويض :

عوض يعوض تعويضا ، وتعوض أخذ العوض والإسم العوض والمستعمل التعويض .(1) والعوض هو البدل ، وعوضت فلان إذا أعطيته بدل ما ذهب منه ،وقيل بين العوض والبدل فرقا والعوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل للشيء والأخرى على زمان .

وبهذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلف ، وأما التعويض فهو إستقبالهما أو مايعطى لطالبه منهما.(2)

التعريف الإصطلاحي للتعويض :

تتدخل محددات عدة في بيان التعريف الإصطلاحي للتعويض منها كيفياته و أشكاله ، إلى جانب شروط إيجابه و معايير تقديره ، والأهم من ذلك المذهب الذي يستند إليه ونقصد بذلك الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي .

وهو ما سنحاول توضيحه في البندين اللآتيين :

البند الأول : تعريف التعويض في الإصطلاح الشرعي .

إستعمل الفقهاء المسلمون معنى التعويض في موانع عدة ، ونذكر منها على سبيل مثال البدل الذي تتدفعه المرأة لزوجها نضير طلاقه إياها، وبدل الشيء الواجب ، والعوض في العبادة وغيرها من الصور التي لم يخرج فيها لفظ التعويض عن معناها اللغوي مما يجعلنا نؤيد آراء الباحثين في نضرية الضمان بأن معنى التعويض (فيها يبذل نضير الضرر) هو مصطلح الضمان الذي يشيع إستعماله عند الفقهاء وبمعان متعددة ، كما نبين ذلك وفق الآتي ، وقبل ذلك لابد من التعرض للمعنى اللغوي لضمان.(3)

---

(1) لسان العرب ، ج 7 ، مادة (عوض) ، ص 192 ، القاموس المحيط د 2 مادة العوض ص 350 .
(2) تا ج العروس . ج 5 مادة (العوض) ص 59 .
(3) ابن فارس .أبو الحسين أحمد . معجم مقايس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون بيروت ، دار الجيل ط 1 ، 1997 ، م 4 . مادة (العوض) ، ص 188 .

تعريـف الضمـان :

لغـة : هو الكفالة والإلتزام ، فضمان الشيء هو الكفالة به وضمان المال إلتزامـه.(1)

الضمان في الإصطلاح الفقهي :

يستعمـل بعـض الفقهـاء لفظي الضمان والكفالة كمرادفين لما يعم ضمان المال وضمان النفس

ومن بين التعريفات التي أوردها الفقهاء للضمان :

ـ تعريف المالكية لأنه : شغل ذمة أخرى بالحق ، وهذا التعريف ينصرف إلى معنى الكفالة التي يراد بها ضمان النفس والمقصود به ترتيب إلتزام في ذمة شخص آخر .

ـ تعريف الشافعية بأن الضمان : هو عقد يحصل به إلتزام حق ثابت في ذمت الغير.(2)

البند الثاني : تعريف التعويض (الضمان) في الإصطلاح القانوني :

لم يهتم فقهاء قانون كثيرا بوضع تعريف دقيق للتعويض ، وهذا نتيجة لوضوح فكرته وعناصره في التشريعات الوضعية والمدنية ، كما يظهر من قانون المدني الجزائري الذي جاء في المـادة (132) منه : " يعين القاضي طريقة التعويضي تبعا للظروف ... ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع " ، كما رتبت المادة (124) الإلتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله .

مـن خلال المـواد إستخلصنـا تعريـف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه : " الإلتزام الناشـيء في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية " .

وسبب إختيار هذا التعريف يعود للعناصر الآتية :

1 ـ الإلتزام : إذ أن التعويض يظل واجبا في ذمة مرتكب الضرر .

2 ـ إصلاح الضرر : وهـو وظيفـة التعويض ، وكـذا التمييـز بـه بيـن الجـزاء المدنـي و العقوبة .

3 ـ نوع الضرر : إذ يحـدد طبيعة الضرر و يضم الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض .

4 ـ الأداءات : ونقصد بها طريقة التعويض المالي أو العيني الذي قد يتضمن القيام بعمل من أجل توسيع كيفياته .

---

(1) الصحاح ، ج 6 ، مادة (ضمان) ص 2155 ، المصباح المنير ، ج 1 ، مادة (الضمان) ، ص 364 .

(2) علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 8 .

أدلة مشروعية التعويض :

تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار ، وتؤكد ذلك الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن .

و أول مايذكر منها مبدأ الضمان المقرر في القرآن الكريم :

قوله تعالى : (**يأيها الذين آمنوا لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم** ﴾(1)، و فيما يتعلق بحق العبد في قوله عز وجل :

(**ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله** ﴾ ، و المسؤولية الشخصية في قوله تعالى : (**كل نفس بما كسبت رهينة** ﴾.(2)

وترسي آيات أخرى مبدأ التناسب بين المجازاة و الضرر كقوله جل جلاله : (**وجزاء سيئة سيئة مثلها** ﴾،(3) وقوله سبحانه وتعالى : (**إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به** ﴾(4) ، ويستفاد من هذه الآيات مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء ، وكذا من مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة و الإنصاف.(5)

أما في السنة النبوية فأدلة التعويض كثيرة ومنها :

ما روي أن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم :أهدت إليه طعاما في قصعة ، فضربت الزوجة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم عندها القصعة بيديها فألقت مافيها ، فقال النبي عليه الصلاة والسلام : "طعام بطعام و إناء بإناء "(6) ، يظهر من هذا النص أن النبي صلى الله عليه وسلم قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام و الإناء التالف بمثليهما ، وهذا دليل صريح في مشروعية التعويض عن الضرر.

(1) الآية 95 من سورة المائدة .
(2) الآية 92 من سورة النساء .
(3) الآية 38 من سورة المدثر .
(4) الآية 40 من سورة الشورى .
(5) شلتوت محمود : الإسلام عقيدة و شريعة ، دار الشروق ، ط 1 ، 1983 ، القاهرة ، ص 394 .
(6) الآية 126 من سورة النحل .

قـال رسـول الله صـلـى الله عليـه وسلـم : "مـن وقـف دابـة فـي سبيـل المسلميـن أو فـي سـوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن " ، ومن خلال الحديث تظهر مشروعية الضمان بالتسبب أو الإتلاف على كل من يهمل رعاية المواشي .

ويستدل على مشروعية التعويض من قاعدة إزالة الضرر المستفادة من قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " الذي يمنع وقوع الضرر أصلا ومعالجته إذا وقع بتعويضه ـ فالحديـث أريـد بـه التنبيه إلى إتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير أم إيجاب الضمان على من أوقعه ـ .

وقـد إستنبـط الفقهـاء المسلمين من الحديث قواعد كلية استعانوا بها على نفـي الضرر و مشروعية التعويض ومن بينها " الضرر يزال " ، " الضرر لا يزال بمثله " ، " يتحمل الضرر الخاص لدفـع الضرر العـام " ، وقـد كـان لهذه القواعد أثر كبير في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر وفي دفعها.(1)

(1) سعيد مقدم ، نضرية التعويض عن الضرر المعنوي ص 40 .

أساس التعويض :

إن التعويض من حيث كونه إلزام بدفع مال أو القيام بعمل وجب أن يراعي فيه خضوعه للمبادئ الشرعية في الإلزامات لئلا يكون تكليفا لما لا يطاق وهو ما يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها في تشريع الضمان .

وإستنـد التعويض في الشريعة الإسلامية إلى مبدأ تحريم أكل أموال الناس بالباطل حيث أن إيجاب التعويض من غير مبرر شرعي له ، يعد من ذلك القبيل والأصل أن الأموال محظورة إلا بنص.(1)

وهـذا المبـدأ يستفاد من قوله عز وجل : (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل).(2)

والباطل هو مالم يكن في مقابلة شيء حقيقي وهو من البطلان أي الضياع والخسارة ، ومما جاء في تفسير الآية أن المقصود منها عدم التعدي على أموال الناس بغير حق .

فكما يظهر أن أكل أموال الناس بغير مستند شرعي يبدره ، يعد كبيرة من الكبائر المنهي عنها والمحرمة بنصوص صريحة قطعية.(3)

(1) إبن حزم ، أبو محمد : المحلى بالأثار التحقيق ، عبد الغفار سليمان ، دار الكتب العلمية بيروت ، 1988 ، ج 6 ص 315 .
(2) الآية 29 من سورة النساء .
(3) رضا محمد رشيد ، تفسير المنار ، دار المعرفة بيروت ، ط 2 ، 1934 ، ج 5 ص 40 .

المطلب الثاني : مبدأ تعويض الضرر في التشريع الجزائري والشريعة .
مبدأ تعويض الضرر في التشريع الجزائري :

تنص المادة (124) من قانون المدني الجزائري على أن **: "** كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض **"**.(1)

وإنطلاقا من هذا النص العام ، ذهب بعض الشراح إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يتبنى فكرة التعويض عن الضرر المعنوي .

ومما إستندوا إليه من المبررات ما يأتي :

1- إن المشرع الجزائري كرس الإشتراكية في دستور 1976، م 10 . وهذا المذهب لا يعوض عن الضرر المعنوي.(2)

2 - إن التقاليد الإسلامية لاتصب في صالح تعويض الضرر المعنوي ووجه الربط بين هذا الرأي والقانون المدني ممثل في المادة (1) منه التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في غياب النص.(3)

وقد جاء الرد على هذا الحجج وتفيدها كما يلي :

1 - إن القول بأن المذهب الإشتراكي لا يعوض عن الضرر المعنوي غير صحيح ، ويظهر خلافه في القانون المدني السوفياتي.(4)

2 - وأما الجزم بأن التشريعة الإسلامية ترفض التعويض عن الضرر المعنوي فليس في محله ،لأن المسألة جزئية فيها خلاف وليست قطعية ، وسنفصله فيما يأتي لاحقا .

أما بالنسبة للمادة 124 ووفقا للمبدأ العام في التفسير القاضي بعدم التمييز طالما أن القانون لم يميز ، فإنه من المقرر أنه النص العام لايخصص بدون نص لاسيما إذا كان هذا التخصيص من شأنه أن يفلت الجاني من المسؤلية .

---

(1)المعدلة بالمادة 35 من قانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 / 6 /2005 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية رقم (44) سنة 2005 .
(2) تنص المادة 1 ف 2 من هذا الدستور على أن الجزائر دولة إشتراكية .
(3) مقدم سعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 130 .
(4) يستنتج من مادة 7 منه وجوب تعويض ضرر معنوي .

وعلى صعيد النصوص القانونية ، فإن التشريع الجزائري فيه ما يدل كفاية على تبنيه لمبدأ تعويض الضرر المعنوي .

1 ـ نصت المادة (3فقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه : تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية .....

2 ـ نصت المادة (8) من القانون الأساسي للعامل على حماية العامل من كل أشكال الإهانة.

3 ـ كما نصت المادة (5) من القانون الأسرة الجزائري على جواز الحكم بالتعويض إذا رتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لطرف ما .

أما بالنسبة للقضاء فلم يتوان عن التقرير في أحكامه بتعويض الأضرار المعنوية ، فقضى بدفع التعويض عن الجروح غير المتعمدة ، والمساس بالشرف والسمعة والضرر المعنوي الناتج عن القتل الخطأ .

مبدأ تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية :

أثارت مسألة تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية كثير من الجدل ومنهم من رأى :

1 ـ عدم تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية :

يرى ثلة من الفقهاء عدم تعويض الأضرار المعنوية ومنهم أبو حنيفة وأحمد بن حنبل والشافعي وابن حزم(1) ومن المعاصرين الشيخ علي الخفيف والأستاذ علي عبد الله حسين .

لأن الضرر المعنوي ليس فيه تعويض وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، وهي لا تعترف به لأنه ينشأ غالبا عن مخالفة أحكام المولى عز و جل .

استدل الشيخ الخفيف بأن الضمان يجب بالمثل أو بالمساواة المالية ولا مماثلة بين المساس بالعرض والتعويض بالمال ، وإذا أعطى مال بغير مقابلة بالمال كان هذا من أكل أموال الناس بالباطل المحضور بقوله تعالى : : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾.(2)

ويرد على هذا الدليل بأن اشتراط المماثلة في الضمان والعقوبة محله التعويض المالي أو القصاص مما يمكن معه تحقيق المماثلة ، أما حين التعذر فيلجأ إلى الأرش أو حكومة العدل ، ولهذا قالوا بأن الإنسان يجبر بالإبل في الدية وهي ليست من جنسه .

(1) المغني ، ج 9 ، ص 665 ، الشافعي محمد : الأم ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، 1993 ، ج 6 ، ص 109 ، العيني ، بدر الدين ، البناية شرح الهداية ، ج 13 ، ص 211 ، المحلى ج 11 ، ص 97 .

(2) الآية 29 من سورة النساء .

- **ضرورة تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية:**

يذهب القائلون بهذا الرأي إلى جواز التعويض عن الضرر المعنوي استنادا إلى التعزير بالمال واعتباره كضمان ، وأورد فيما يلي الأدلة التي استندوا إليها ومنها ما ورد من : " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عزر رجلا قال لغيره يا مخنث " .

كما وجدت بعض النصوص التي يستظهر منها مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وهي.

- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحللـه منـه اليوم قبـل أن لا يكـون دينـار ولا درهم "(1) وهذا يستفاد منه مشروعية التحلل من المظلمة سواء تعلقت بالعرض أو غيره و الإشارة هنا إلى الدينار و الدرهم يمكن أن يفهم منها أن التحلل ممكن بهما وهو التعويض أو مشروعية أخذ العوض عن الحق .

وجوب الديـة فـي الشريعـة الإسلاميـة وهـي تحمـل معنـى التعويض عن الضرر المعنـوي ، ومنـه حديـث علـي رضـي الله عنه أن رسول الله الكريم بعثه ليدي قوما قتلهم خالد بن الوليد فأعطاهم ميلغة الكلب ، وقال هل بقي لكم شيء ثم أعطاهم بروعة الخيل يريد أن الخيل راعت نساءهم وصبيانهم .

ولعل القول بتعويض الضرر المعنوي بناء على التعزير بالمال يتفق مع الروح العامة للنصوص الشرعيـة ، التـي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره وتساير المصالح حسب كل مكان وزمان .

أي أن الشريعة الإسلامية إهتمت بمسائل الضرر المعنوي إجمالا وتفصيلا ، وأن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مبدأ أصيل في الفقه ومرتبط بقاعدة " إزالة الضرر " التي تبنى عليها كثير من مسائل المعاملات.(2)

(1) أجرجه البخاري في المظالم باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحللها له ، ج 2 ، ص 67 .
(2) عبد الجبار شرارة ، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 26 .

المبحث الثالث : التعويض عن الضرر المادي ةالمعنوي في العدول عن الخطبة .

إن موضوع التعويض عن الضرر بسبب العدول عن الخطبة هو من أكثر موضوعات الخطبة حاجة إلى إعادة النظر بعد أن أصبحت الحياة أكثر تعقيدا من الماضي ، ففي الماضي كانت قلة من النساء تعمل أو ترتبط بعمل وظيفي أما اليوم فقد إزداد عمل المرأة بشكل ملحوظ ، وإزداد إقبال المرأة على الدراسة في الجامعة و المعاهدة ودور العلم و كثيرا ما تترك المرأة عملها بسبب الخطبة وقد تترك دراستها فتحرم من هذا وذاك ، وقد تعالت الأصوات في هذا الزمان التي تطالب بحق تعويض المتضرر بسبب العدول عن الخطبة.(1)

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 40 .

المطلب الأول : التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة .

الخطوبة في الإسلام هي مجرد تعارف بين طرفيها ، وهي مقدمة لعقد الزواج وتمهيدا لحصوله فلا يعد فسخها أساسا للمطالبة بالتعويض ، وطبيعة الخطبة عند المسلمين وما تتيحه لطرفيها لا تجعل من مجرد العدول هجرا يقتدي المطالبة بالتعويض.

ففكرة الهجر غريبة عن فقه الخطبة بالإسلام وهي مألوفة في الشرائع الغربية لأن الإختلاط والمعاشرة من الأمور المباحة بين الخاطبين ، بل إن القانون الفرنسي ينص على أنه إذا مات الخطيب وأنجبت الخطيبة طفلا منه فإن الخطبة يمكن أن تتحول إلى زواج أما الفقه الإسلامي لايعرف هذا بين الخطيبين بل يحرمه ، فكل ملامسة بينهما ممنوعة وكل مجالسة بغير حضور المحارم غير مشروعة ، والفتاة التي تخالط خطيبها إلى حد الوقوع في المحظور لا تستطيع المطالبة بالتعويض ، فالخطأ المشترك بينهما ، وهما معا يخضعان للعقاب في الشرع الجنائي الإسلامي .

والخطبة في التشريع الإسلامي وعد بالزواج ، لايلزم به الوفاء قضاء عند أغلب الفقهاء فلكل من طرفي الخطبة الحق في العدول متى شاء ، وفي أي وقت يشاء .

والقاعدة المقررة في الشرع : " إن إستعمال حق شرعي لا يكون ضامنا ولا مطالب بالتعويض عن الضرر الناشيء عن هذا الإستعمال ".(1)

ويرى أغلب الفقه الشرعي المعاصر أنه إن كان لا ضمان على من إستعمل حقه الشرعي إلا أن مبدأ " لاضرر ولا ضرار " وقاعدة " الضرر يزال " يوجب التفريق بين حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة ، وذلك كأن يطلب الخاطب جهازا خاصا ويحمل المخطوبة على ترك و ظيفتها فتتركها بناءا على رغبته ثم بعدل عن الخطبة .

ـ في هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب العدول عن الخطبة ، للتسبب في ضرر يوجه التعويض .

(1) محمد كمال دين إمام : الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، ص 52 .

الحالة الثانية :

قد لايكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الآخر بسبب العدول وفي هذه الحالة لا وجه للحكم في التعويض فلا يوجد سبب للضمان ، ولا ضرر يوجب التعويض .

ولا بد إلى التطرق إلى نقطة في هاته المذكرة وهي حكم النفقة على المخطوبة : وهنا يجب التفريق بين المهر و الهدية والهبة اللواتي يقدمن إلى المخطوبة و بين النفقة المفروضة ك :

ـ أن يشترط ولي المخطوبة على الخاطب أن ينفق عليها كما يجري في هذا الزمان في إتمام دراستها في الجامعة أوفي المدرسة و غير ذلك .

فهل للخاطب في هذه الحالة أن يرجع عليها أو على وليها بالنفقة إذا حصل العدول عن الخطبة من جهتها ، أو من جهته ؟.

ـ القول الأول : فقد ذكر الأحناف في النفقة على المخطوبة صورتين :

الصورة الأولى :

النفقـة علـى معتـدة الغيـر و التي خطبت تعريضا و أنفق عليها لأجل الزواج بعد إنتهاء العدة فإن عدلت و تزوجت غيره فلهم في ذلك أقوال :

1 ـ يرجع بالنفقة إذا اشترط ذلك و إلا فلا .

2 ـ يرجع مطلقا بالنفقة .

3 ـ يرجع بالنفقة إذا دفعها إليها و إلا لا . (دفعها لغيرها) .

الصورة الثانية :

النفقة على المخطوبة الغير المعتدة :

قال إبن العابدين وافي في الخيرية : فمن خطب إمرأة وافقت عليه ، وعلمت أنه أنفق عليها ليتزوجـها ، فتزوجـت غيـره فأجـاب : بأنـه يرجـع فـي ذلـك ، ثـم قـال ابـن عابديـن : هذا في النفقة و الكسوة ، دون الهدية .

أما ابن تيمية من الحنابلة : فقد سئل عن رجل أملك على بنت وله مدة سنتين ينفق عليها فلما عزم على الدخول وجد والدها قد زوجها إلى غيره ؟ .

فأجاب : يرد إلى الأول جميع ما أخذ منه كعقوبة لهم .

(1) المرجع السابق ص 35 .

ـ القول الثاني : عدم الرجوع بالنفقة إلا لعرف أو شرط سواء كان العدول من جهتها أو من جهته ، وهو أحد أقوال المالكية .

الرأي الراجح :

الذي يظهر النفقة على المخطوبة على نوعين :

ـ النوع الأول :

أن يكون ولي المخطوبة قد إشترط هذه النفقة على الخاطب ، وفي هذه الحالة تأخذ حكم المهر فيستطيع الخاطب أن يرجع في كل نفقة من هذا القبيل في كل الأحوال سواء كان العدول من جهته أو من جهتها إذ لايعرف فرق بينهما وبين المهر في حالة العدول .

ـ النوع الثاني :

أن يكون الخاطب قد أنفق على المخطوبة دون شرط و إنما بمحض إختياره ، ففي هذه الحالة تأخذ حكم الهدية من حيث جواز الرجوع أو عدمه .

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 40 .

المطلب الثاني : التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة .

لاشك أن كلا من الخاطب أو المخطوبة اللذان تم العدول عن خطبتهما يعانيان الأمرين من جراء الشائعات التي تلحقهما أو تعيرهما بالعيب أو غيرها من الأقوال و الآثار المخلفة للضرر المعنوي.(1)

ـ فما هو النظر الفقهي في التعويض عن مثل هذه الأضرار ؟ .

لـم يتعـرض الفقـه الإسلامـي القديـم لمبـدأ تعويض ضـرر العـدول المعنـوي ، ولعل ذلك ناشىء عن أسباب متعددة منها ، أن مثل هذه الأمور كانت بسيطة و يسيرة ولم تكن الخطبة تستغرق فترة طويلة ، كما أن طبيعة الحياة الإجتماعية لم تكن لتسمح بمثل هذه الدعاوى نظرا لتمسكها بتعاليم الإسلام.(2)

غير أنه نتيجة لتطور الأمور ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقا ، ومن بينها موضوعنا هذا الذي نال اهتمام العديد من الفقهاء المعاصرين وذلك وفق إتجاهين سنعرضهما مع التفصيل .

(1) مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 60 .
(2) الأشقر ، أسامة عمر سليمان ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق ، عمان ، ط 1 ، 2000 ص 55 .

الإتـجـاه الأول : عدم التعويض .

ذهـب أصحـاب هذا الإتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة ، سواء كان ماديا أو معنوبا وقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بخيت المطيعي و الأستاذ عمر سليمان الأشقر.(1)

فيقول الشيخ محمد في إحدى فتاواه : " ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لايفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض ، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن يشاء " .

ـ يمكن إجمال أدلة الفريق في النقاط الآتية :

1 ـ إن التعويض لايتفق وطبيعة الخطبة ، فالمفروض فيه أنه لايكون إلا لسبب من أسباب الإلتزام كالإخلال بعقد أو فعل ضار ، و الخطبة ليست بعقد ولا يترتب عليها أثر ما ، (مجرد وعد) ومن ذهب إلى إيجاب التعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد وقع في التناقض.

2 ـ من المقـرر شرعـا أن العـدول حق مكفول للطرفين في وقت لزومه و مشروعيته ، ومن المقرر أيضا أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان "(2) أي أن من يمارس حقا مشروعا أو إباحة ، لايكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية(3) ، و بالتالي فلا وجه للمطالبة بتعوض الضرر.

3 ـ إن المطالبة بالتعويض عند العدول كثيرا ما تكون بسبب الإغترار و ليس بسبب التغرير(4) ، كما أن تفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب و الإختلاء به ، يرتب مسؤوليتها الديانية و لا تستحق تعويضا إذا عدل عنها هذا الخاطب ، لأن الإسلام لا يعوض الآثمين .

---

(1) أسامة الأشقر ، المرجع السابق ص 57 .
(2)المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية ، شرح مجلة الأحكام ، ج 1 ، ص 81 .
(3) فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه و أصوله ، ج 2 ، ص 521 .
(4) إغتر : خدع : له حالتين إما حالة فتاة نفسية أو أقوال شاب خاطب قول أو فعل .

الإتجاه الثاني : التعويض مع التفصيل .

يتضمن هذا الإتجاه مذهبين يقولان بالتعويض ، يوجب الأول منهما التعويض مطلقا دون التفصيل ، أما التاني فيقول بالتعويض لكن مع شيء من التفصيل أي تمييز الحالات القابلة للتعويض دون غيرها .

ويستدل مؤيدو التعويض بالأدلة التالية :

1 ـ الإتجاه الأول : إن العدول عن الخطبة ـ وإن كان مباحا ـ فإنما أبيح لهدف معين هو إقامة الفرصة لكل من الخاطبين لتفادي الإرتباط بزواج لا يرتضياه ، أما إذا رافق هذا الفسخ خطأ أو ضرر لم يكن جديرا بحماية القانون ، فإنه يحق للآخر المطالبة بالتعويض فلا تحمي الشريعة عدولا طائشا لا يبرره مسوغ .

الإتجاه الثاني :

2 ـ الإتجاه الثاني : ففي المسألة اعتبر الشيخ أبو زهرة مسألة التدخل في حال إنشاء الضرر عن مجرد العدول هو الذي يعوض ، ولم يفرق بين نوعي الضرر المادي أو الأدبي ، وخلاصة رأي أبي زهرة في المسألة هو الوسطية حيث لا يقر الرأي الأول القاضي بمنع التعويض ، كما لا يقر الرأي الثاني بل يذهب مذهبا وسطا مفاده أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون قد تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضها حينئذ.(1)

3 ـ يقرر الأستاذ السباعي أن مبدأ التعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر ، مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين : **64**

الأصل الأول : مبـدأ " إساءة استعمـال الحـق " الذي يقول فيه أن الإمام أبا حنيفة قد أقره في كثيـر مـن فروع الفقـه في مساءل الولاية على القاصر و حقوق العلو و الجوار ، وقد قال به مالك في مساءل كثيرة منثورة في فقهه ، كما أصبح هذا المبدأ مـن المسلمـات و المبـادئ في التشريعات المعاصرة .

الأصل الثاني : مبدأ الالتزام في الفقه المالكي ، من المعروف المطلق أو المعلق على الشيء والذي يفترق فيه القضاء بالوعد إلى أربعة أفوال ، أشهرها تنفيذ الوعد المبني على سبب وكان السبب قد دخل .

ولما كان الإجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم ، كان لابـد من اعتبار الضرر الناشئ عن النكول بهذا الوعد ، والقول بوجوب التعويض عنه.(1)

4 ـ يعتبـر الأستـاذ فتحـي الدر يني العدول المعيـب عـن الخطبـة مـن باب التعسـف في استعمال الحق ، لأن الفعل مشروع بخلاف ما إذا تم اعتباره من باب المسؤولية التقصيرية فيكون العدول ممنوعا وفي كلا الحالتين يتقرر التعويض للطرف المتضرر.(2)

(1) فتح العلي المالك ، ج 1 ، ص 255 ، مصطفى السباعي شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 64 .
(2) فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه و أصوله ، ص 523 .

موازنة وترجيح :

لا شك أن كل الاتجاهات السابقة تتفق على أن الخطبة وعد بالعقد ، و أن الوعد غير ملزم الوفاء به قضاء ، فلكل من الطرفين حق العدول

ونناقش أدلة الاتجاهين كما يأتي :

إن قول نفاة التعويض بأن العدول حق والحق لا يترتب عليه تعويض لأن الجواز الشرعي ينافـي الضمان وهذا ثابت ولكن التعويض هنا ليس عن الحق بل نتيجة لإساءة استعماله المضر بالغير .

وأما القول بأن التعويض و الوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما فيرد عليه بأن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة إطلاقا ، وأن لا وجه للاقتران بينهما من أجل القول بالتناقض المفترض .

ثـم أنه ليس من العدل أن نجمع على المخطوبة ضررين ، الأول هـو ضرر فسـخ خطوبتها و الثاني هو ضرر تلويث سمعتها بما ليس فيها دون أن نعطيها الحق في التعويض.(1)

(1) أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية ، ص 70 .

حكم تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري :

لقد حسم المشرع الجزائري في قانون الأسرة مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، وذلك بعبارة صريحة واضحة وقاطعة حيث نصت المادة الخامسة منه على ما يأتي:

- الخطبة وعد بالزواج
- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة
- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض

وهذا يعني أن الحكم بالتعويض جائز ومتروك لصلاحية القاضي ، و أساس هذا التعويض هو المسؤولية التقصيرية عن العمل الضر الذي يصاحب العدول عن الخطبة .

موقف القضاء الجزائري من العدول عن الخطبة :

من المعروف أن القضاء في الجزائر وفي بقية البلاد العربية عموما قد استقر على مبدأ تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة تطبيقا ، لم يكن ليخالف ما استقر عليه الفقه والتشريع في هذا الميدان.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بتعويض الضرر في قرار جاء فيه : " حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعلها ، وحيث يتبين من الملف أن الآنسة اعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادة (341) مدني(1) لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة " .

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها ، وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني .

ويستشف مفهوم بالمخالفة من هذا القرار أنه لو توفرت المبررات الشرعية أو القانونية للعدول لقضت المحكمة بالتعويض وهذا استدلال جيد للمحكمة مبناه نص المادة (5 فقرة 3) من قانون الأسرة .

---

(1) تنص المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أن : " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " ، كما تنص المادة 342 من نفس القانون على أن : " الإقرار حجة قاطعة على المقر " .

المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري :

بعد أن بينا مابقا حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة لنحاول عقد مقارنة وموازنة في ظل النظامين .

وليس الغرض منها في مسألة معينة هي إبراز مزايا أحدهما وعيوب الآخر ، بقدر ما هو محاولة الخروج بنتائج ومقاربات في إثراء النظاميين .

أ ـ أوجه التشابه :

إن مبدأ التعويض عن الضرر المعنتوي أصيل في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، إذ أنه مرتبط بمسؤولية الإنسان عن عمله الشخصي وهذا هو أساس التعويض عن الضرر المعنوي .

إذا كانت الخطبة وعدا بالزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ، فإن العدول عنها حق وجائز ، والأصل في كلا النظامين أنه إذا انجاز استعمال حق العدول عن المطلوب شرعا وجب على صاحبه التعويض ، وهذا مقرر وهو من باب العدول والإحسان وبالنظر للضرر المعنوي وما يرتبه من آثار وخيمة على الطرف المتضرر منه فإن إيجاب التعويض يعد مهما وبالغ الأثر في جبر الضرر ومحوه .

أما بخصوص تقدير التعويض فالمتفق عليه وجوب احتساب مدى جسامة الضرر و أثره والسعي لترضية المتضرر قدر الإمكان ، وإيجاد علاقة تناسب بين الفعل و الضرر .

هذا ويتفق الفقه والقانون على عدم تقييد حرية الزواج بهذا التعويض فالأصل أن الزواج رضائي ولا يعد أيجاب التعويض من قبيل الإكراه على إتمام الزواج بعد العدول عن الخطبة ، كما يتميز نظام التعويض في الفقه والقانون بمرونتهما وفعاليتهما وإن كانت هاتين الخاصتين نسبيتين في القانون ، ونقصد بالمرونة قدرة استيعابهما لجميع الحالات المماثلة .

والمرونة تتجلى في صور أهمها تكليف القاضي بمهمة تقدير التعويض تعزيزا أو ترضية للمضرور وكذا تكييف الحالات الملائمة .

---

(1) الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، ص 85 .

ب ـ أوجه الاختلاف :

علـى الرغـم مـن التشابـه الموضوعي الكبير الواقع بين نظامي التعويض عن ضرر العدول عـن الخطبـة المعنـوي ، إلا أن ثمة نقاطا محورية يفترق فيهما النظامان إلى الحد الذي قد يفصل بينهما ويقطع كل أوصر التقارب الموضوعي بينهما .

ـ من بين أهم النقاط التي استطعنا الوقوف عليها نذكر :

1 ـ بالنسبة للعدول عن الخطبة الذي اتفق الفقهاء على جوازه ،فإنـه وإن كان جائـزا قضاء في القانون وفي الشريعة ، مالم تصاحبه وقائع ضارة ، إلا أنه قضاء يترتب على العادل ديانة إخلاف الوعـد واقتـراف النهـي عـن ذلك ، وقد قال على وجلى : ﴿ و أوفو بعهد الله إذا عاهدتم)(1) وذلك مالم تستجد ضرورة أو مبرر للرجوع عن الخطبة .

2 ـ بخصوص مبرر التعويض عن الضرر والمرتبط بالعدول فقد كيف في الفقه الإسلامي على أنه إساءة استعمال الحق ، أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد رجحه بعض فقهاء القانون الوضعي على أنه من قبيل المسؤولية التقصيرية .

ويترتـب علـى هـذا نتائـج خطـيرة ومنهـا إمكانيـة إعتبـار مجـرد العـــدول مرتبـا للمسؤولية التقصيريـة و بالتالـي انعـدام رضائيـة الزواج ، وهـذا ممكـن جـدا لأن المعـروف أن المبادىء القانونيـة تتطـور و تتمحـور بمقتضـى التطـور الحاصـــل في المجتمع ، وهذه القاعدة تجد تطبيقيا لها في الشريعة الإسلامية ، إذ لا ينكر تغير الأحكام الشرعية بتغير الزمان و المكان.(2)

3 ـ إن أساس التعويض في الفقه الإسلامي هو مبدأ التعزيز بالمال بخلاف الأساس القانونـي الذي هو التعويض المالي بغرض ترضية المتضرر .

إن تعويض الترضية قد لايفي بالغرض الذي شرع من أجله ويكون محلا فعليا لإنتقادات أنصار نظرية العقوبة الخاصة ، وهذا لأنه استبعد الجانب العقابي الردعي من التعويض وصوره على أنه ترضية فقط للمضرور ، وهذا يصطدم بالمحددات القانونية الواردة قي مجال إيجاب التعويض و رقابة المحكمة العليا فمن المعروف أن التعويض لا يكون وسيلة لإثراء المتضرر على حساب المتسبب بالضرر ، وبهذا يبدو التعويض القانوني قابعا بين محددين متعاكسين .

---

(1) الآية 91 من سورة النحل .

(2) المادة 39 من مجلة الأحكام العدلية ، دار الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج 1 ، ص 43 .

ـ و بشـأن المرونة التي تحدثنا عنها سابقا فإن القانون قد يعوض عن أي ضرر مهما كان مصدره وسببه ولو كان مبنيا على مخالفة الأحكام الشرعية ، لأن القاضي سيحكم بالتعويض بناءا علـى ما سيلحظه من تأثير وانحصار في نفس المتضرر ، بخلاف الفقه الإسلامي الذي تتبين معه أشكال الضرر حتى لا تكون أحكام الشريعة مطية لضعفاء النفوس الذين يلحقون بأنفسهم في متاهات لا أول لها ولا آخر ثم يدعون التأثر ويطالبون بالتعويض فالشريعة الإسلامية بأحكامها ووسائلها ومقاصدها تقطع الطريق أمام مثل هؤلاء المتسللين على الأحكام الشريعة .

وهنا يتجلى منهج الشريعة في الوقاية من اللجوء أصلا إلى المحاكم لمثل هذه المطالبات فالأحكام الفقهية المقررة في مرحلة الخطبة هي كفيلة فيما لو أتبعت برد وتقويم كل محاولة اعوجاج وانحراف بالخطبة إلى غير موجباتها الشرعية .

(1) سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 87 .

الخاتمـــة

الخاتمة :

الحمد لله حمد عبد مقر بنعمة مولاه، شاكر لفضله وعطاياه، والصلاة والسلام على من أكرمه الله برسالته وخصه بعظيم مزاياه، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله شهادة تنفع صاحبها يوم لقاء الله ، أما بعد :

فبتوفيق من الله أشرفنا على نهاية هاته المذكرة وقد وصلنا إلى النتائج الآتية :

1 ـ الخطبة وعد بالزواج ويجب أن يكون العدول فيها لسبب شرعي وأن لا يتعسف الشخص في إستعمال حق العدول ويعدل عن الطرف الآخر دون مراعاة للضرر الذي يتركه هذا العدول خاصة إذا كان معنويا ، كما أنه في المقابل فإن العدول قد يكون حلا إجابيا دون الوصول إلى عقد الزواج وفسخ الخطبة أهون من فسخ العقد أو الطلاق بإعتباره أبغض الحلال عند الله .

2 ـ الضرر ما كان ماسا بالحق أو المصلحة المشروعة للنفس أو الغير و تترتب عنه مفسدة معتبرة ، ويندرج ضمنه الضرر المعنوي ، وكلا من الشريعة والقانون يعتمدان هذا الطابع الموضوعي للمفهوم .

3 ـ إرتباط الضرر وجودا بمشروعية الحق أو المصلحة محل التعدي ، ويرجع تبات المشروعية لمقاصد الشريعة الإسلامية ، إن هذا الارتباط المقاصدي البعد يكسب تعويض الضرر عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي مرونة عملية تميزه عن القانون الوضعي .

4 ـ إن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ثابت في القانون الجزائري فقها وتشريعا وقضاء ، حيث يعتبر من أسسه الموضوعية ، كما يظهر ذلك من آخر تعديل للقانون المدني ، وهذا التعديل توج مسيرة قانونية وقضائية لترسيخ مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري .

5 ـ لا يمكن الجزم بأن الشريعة الإسلامية لاتقر التعويض عن الضرر الناجم عن العدول ، لأن دعائم هذا المبدأ قوية و أصيلة في التشريع الإسلامي كما يظهر ذلك من إرتباطه بالمؤيدات الشرعية و انضمامه إلى منظومة الوسائل المقصدية ، ولعل هذا الإنتماء الأخير كفيل بتقرير أهمية هذا المبدأ الذي بات يشكل نظرية فقهية كاملة متكاملة قد لا تسعها النظرية الأم " نظرية نفي الضرر ".

6 ـ إن تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة مقرر في الفقه الإسلامي إمتدادا للأصل وهو التعويض عن الضرر المعنوي عموما .

71

7 ـ إذا كان حكم التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري هو الجواز ، فإنه مرتبط بمذهب بعض الفقهاء المسلمين في هذا الشأن من إيجاب التعويض مع التفصيل في شروطه .

8 ـ يستند مبدأ التعويض ضرر العدول عن الخطبة في القانون الجزائري إلى الأسس الآتية :

- النص القانوني الصريح .

- الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا المستند للأسس الموضوعية في نظرية نفي الضرر (المسؤولية عن العدول المعيب وليس العدول لذاته) .

 # حسب رأينا : أنه لا يجب التعويض عن العدول في الخطبة وذلك لعدة أسباب منها :

ـ أن الخطبة وعد بالزواج والعدول حق ، فلا يمكن لشخص أن نلزمه بالتعويض في ممارسته لحق من الحقوق ، كما أنه يصعب إثبات الضرر والمتسبب في حدوثه ، ولأنه لو علم أي فرد منا أنه ملزم بالتعويض في حال العدول عن الخطبة فإن هذا الحق المشرع شرعا وقانونا يجعل هذا الأخير يصعب عليه العدول حتى ولو كان فيه سبب جدي يجعل العدول أفضل من مواصلة الخطبة .

 # كما لا يفوتنا أن ندرج بعض التوصيات التي نراها ضرورية وهي :

ـ تعديل قانون الأسرة بالنص صراحة على تعويض الضرر المعنوي في كل الآثار المترتبة عن الروابط التي تنظمها أحكام هذا القانون وليس فقط في الخطبة ، دون التفرقة بين الرجل والمرأة في هذا الشأن لأن الرجل عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر.

ـ دعوة الباحثين إلى دراسة معمقة ومقارنة بالنسبة لأحكام العدول في الخطبة ونظرية الضرر عموما في الفقه المالكي وهذا لتميزه عن بقية المذاهب في عمق اعتباره للضرر وتفرد تراثه الفقهي بمباحثه .

وأخيرا أسأل الله العظيم أن نكونا قد وقفنا لما يحبه ويرضاه و نستغفره عما أبدينا من تجاوز أو نقصان ، إنه ولي ذلك والقادر عليه ، والحمد لله الواحد القهار ، العزيز الغفار ، مكور الليل على النهار ، تذكرة لأولي القلوب والأبصار ، وتبصرة لذوي الألباب و الاعتبار ، الذي أيقظ من خلقه من اصطفاه فرهدهم في هذه الداره وشغلهم بمراقبته وإدامة الأفكار ، وملازمة الاتعاظ والإدكار ، ووفقهم للدأب في طاعته ، والتأهب لدار القرار ، والحذر مما يسخطه ويوجب دار البوار ، والمحافظة على ذلك مع تغاير الأحوال والأطوار .

أحمده أبلغ حمد وأزكاه ، و اشمله و أنماه .

وأشهد أن لا إله إلا الله البر الكريم ، الرؤوف الرحيم ، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، وحبيبه وخليله ، الهادي إلى صراط مستقيم ، والداعي إلى دين قويم ، صلوات الله وسلام عليه ، وعلى سائر النبيين ، وأل كل سائر الصالحين .

قائمة المراجع
و المصادر

قـائمـة المـراجـع :

1 ـ الأشقـر ، أسامــة عمــر سليمــان : مستجــدات فقهيـة فـي قضايـا الـزواج و الطلاق ، عمان : دار النفائس ، ط 1 ، 2000 .

2 ـ إمـام ، محمـد كمال الديـن : الـزواج و الطـلاق في الفقه الإسلامي ، دراسة تشريعية و فقهية ، كلية الحقوق الجامعة الجديدة للنشر ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1998 .

3 ـ أبو عايش عبد المنعم إبراهيم ، حقوق و أحكام الخاطب و العاقد قبل الزواج .

4 ـ الأستـاذ أبـو زهـرة : محاظرات في عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيتة للطباعة و النشر و التوزيع بيروت .

5 ـ الأستـاذ أبـو فتحي الدريني ، دراســات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيتـة للطباعة و النشر و التوزيع بيروت .

6 ـ الأستاذ أحمد فرج حسين : أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق الإسكندرية .

7 ـ الأستاذ إبراهيم محمد عقلة : نظام الأسرة في الإسلام .

8 ـ إبراهيم ، طه عبد المولى : مشكلات تعويض الأضرار في القانون المدني في ضوء الفقه و القضاء ، المنصورة ، دار الفكر و القانون ، ط 1 ، 2000 .

9 ـ بلحاج العربي : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994 .

12 ـ الأستاذ بلعيور عبد الكريم : محاضرات في القانون الدولي الخاص على ضوء تعديلات قانون 05 ـ 01 سنة الجامعية 2006 ـ 2007 ، جامعة بن عكنون الجزائر .

11 ـ بلحاج العربي : أبحاث المذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ، الجزء 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر 1996 .

12 ـ الأستاذ بن زيطة عبد الهادي : تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائري ، ط 1 ، 2007 .

13 ـ توفيـق حسـن فـراج : الطبيعـة القانونيـة للخطبـة ، القاهرة ، مكتبة القاهرة الحديثة 1963 .

14 ـ تقية ، محمد : الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1984 .
15 ـ السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، المجلد الثاني ، الطبعة السابعة ،1985 بيروت .
16 ـ الأستاذة سعاد سطحي : التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 .
17 ـ صحيح البخاري : كتاب النكاح ، باب تزويج الصغار من الكبار .
18 ـ الأستاذ علي الخفيف : الضمان في الفقه الإسلامي ، فرق بين الضرر الأدبي و الضرر المعنوي .
19 ـ الأستاذ عبد الجبار شرارة : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي .
20 ـ العياري محمد الصالح : مذكرات و بحوث قانونية ، تونس ، ط 1 ، 1987
21 ـ العطار : خطبة النساء .
22 ـ الأستاذ مقدم سعيد : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، المؤسسة الوطنية للكتاب 3 شارع زيغود يوسف ، الجزائر 1992 .
23 ـ الأستاذ محمد مصطفى شلبي : أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت ، لبنان.
24 ـ الدكتور نايف محمود الرجوب : أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، الإصدار الأول 2008 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن .
25 ـ الأستاذ نصر سليمان ، سعاد سطحي : أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين ميلة ، الجزائر

الفهـــارس

أولا : فهـرس الآيــات القرآنيــة

الآيـــة	رقمها	الصفحة
سـورة البقـرة		
(و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء.....)	235	7
(يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ....)	178	48
سـورة آل عمـران		
(لن يضروكم إلا أذى ....)	111	41
سـورة النسـاء		
(و آتوا النساء صدقاتهن نحلة ....)	04	28
(و من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة ....)	92	52 - 48
(يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ....)	29	56 - 54
سـورة المائـدة		
(يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ....)	01	
(يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد و أنتم حرم ....)	95	52
سـورة يونـــس		
(و إذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما ....)	12	40
سـورة النحـل		
(و أوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ....)	91	69
(و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ....)	126	52
سـورة الإسـراء		
(و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا ....)	34	37 - 19
سـورة مريـم		
(و أذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد ....)	54	13
سـورة الأنبيـاء		
(و ما أرسلناك إلا رحمة للعالمين ....)	107	أ
سـورة الأحـزاب		
(ترجي من تشاء منهن ....)	51	9
سـورة الشـورى		
(و جزاء سيئة سيئة مثلها ....)	40	52
سـورة الحجـرات		
(و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا ....)	13	أ

سـورة المدثـر		
(كل نفس بما كسبت رهينة....)	38	52

ثانيـا : فهـرس الأحاديـث و الآثـار

طرف الحديث أو الأثـر	الصفحـة
« إذا خطب من ترضون دينه و خلقه فزوجوه »	13
« أنت أخي في دين الله و كتابه و هي لي حلال »	13
« إذا خطب أحدكم المرأة فإن إستطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل »	13
« آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب .... »	18
« أربع من كن فيه كان منافقا خالصا .... »	18
« إذا وعد أخلف »	26
« لا يسم المسلم على سوم أخيه و لا يخطب على خطبته »	27
« عدول علي عن خطبة بنت أبي جهل »	27
« تهادوا تحابوا »	33
« الواهب أحق بهبته ما لم يثبت منها »	34
« طعام بطعام و إناء بإناء »	56
« تعزير النبي لمن قال لغيره يا مخنث »	60
« من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله »	60

ثالثـا : فهـرس الأعـلام الـواردة فـي المتـن

إســم العلــم	الصفحـة
- البخاري	13
- علي رضي الله عنه	28
- مالك بن أنس	30
- أحمد بن حنبل	30
- الشافعي	30
- بلحاج العربي	31
- أبي هريرة رضي الله عنه	33
- الإمام الحنفي	34
- محمد بلتاجي	41
- سعيد مقدم	48
- علي الخفيف	52
- إبن فارس	54
- شلتوت محمود	56
- إبن حزم	57
- عبد الجبار شرارة	60
- محمد كمال الدين إمام	62
- محمد أبو زهرة	66
- فتحي الدريني	67

رابعـا : فهـرس الأحكـام و القـرارات القضائيـة

الإختصارات المستعملة في هذا الفهرس

78

غ : الغرفـة　　**م** : محكمة　　**م . ن** : محكمة النقد

م . أ : المجلس الأعلى　　**م . د** : مجلس الدولة

م . ع : المحكمة العليا　　**م . ق** : مجلس قضاء

غ . ق . خ : غرفة القانون الخاص　　**غ . أ . ش** : غرفة الأحوال الشخصية

الجهة القضائية	بيانات الحكم أو القرار	المضمون
م . الإسكندرية الإبتدائية	حكم بتاريخ 1948/11/29	الخطبة عقد ملزم و عدم الوفاء به يوجب التعويض
م . الإسكندرية الكلية	حكمين بتاريخ 1929/12/10 و 1930/11/14	الخطبة تنشأ إرتباطات قانونيا بين الطرفين
م . ن . الفرنسية	قرار بتاريخ 1838/05/02	الخطبة لا تلزم بالزواج
م . ن . المصرية	طعن رقم 13 بتاريخ 1939/12/14	الخطبة تمهيد لعقد الزواج غير ملزم
م . الإستئناف المصرية	بتاريخ 1906/05/29	الخطبة مجردة من كل إرتباط قانوني
م . ع ، غ . أ . ش	ملف رقم (34046) بتاريخ 1984/11/19	الخطبة مقدمة للزواج
م . ع ، غ . أ . ش	ملف رقم (39065) بتاريخ 1985/12/01	لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة
م . ن . الفرنسية	قرار بتاريخ 1949/07/03	العدول غير المبرر يعد كافيا للمسؤولية
م . ق . مستغانم	قرار بتاريخ 1966/11/03	التعويض عن الأفعال المصاحبة للعدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية
م . ع ، غ . أ . ش	ملف رقم (56097) بتاريخ 1989/12/05	تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة واجب على من عدل
م . ع ، غ . أ . ش	ملف رقم (92719) بتاريخ 1993/07/03	رفض طلب التعويض المقدم ممن عدلت عن الخطبة بإرادتها

خامسا : فهرس الموضوعات

المقدمة ..... أ
الفصل التمهيدي : الخطبة و أحكامها 1
المبحث الأول : مفهوم الخطبة 2
المطلب الأول : تعريف الخطبة لغة و اصطلاحا 3
الفرع الأول : التعريف اللغوي للخطبة 3
الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي للخطبة 3
المطلب الثاني : تعريف الخطبة في القانون 4
الفرع الأول : القانون الذي يحكم الخطبة 5
الفرع الثاني : مجال تطبيق القانون الشخصي على الخطبة 5
المبحث الثاني : أحكام الخطبة في الشريعة والقانون..... 6
المطلب الأول : أحكام الخطبة في الشريعة 7
الفرع الأول : الأدلة على مشروعيتها 7
الفرع الثاني : أنواع الخطبة 9
المطلب الثاني : أحكام الخطبة في القانون 10
الفرع الأول : الخطبة عبارة عن عقد 10
الفرع الثاني : الخطبة وعد غير ملزم 10
المبحث الثالث : الطبيعة الحقوقية للخطبة 11
المطلب الأول : طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي 12
الفرع الأول الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به 12
الفرع الثاني : الخطبة وعد غير ملزم 14
الفرع الثالث : الترجيح 15
المطلب الثاني : طبيعة الخطبة في القانون الوضعي 16
الفرع الأول : الخطبة عقد كامل 16
الفرع الثاني : الخطبة وعد بالزواج 16
الفصل الأول : أثر العدول عن الخطبة 18
المبحث الأول : تعريف العدول و أحكامه 19
المطلب الأول : معنى العدول بين اللغة والاصطلاح..... 20
الفرع الأول : التعريف اللغوي للعدول 20
الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للعدول..... 20
المطلب الثاني : حكم العدول 21
الفرع الأول : الأدلة والمناقشة 21
الفرع الثاني : الترجيح 23
المبحث الثاني : أثر العدول بالنسبة للخاطبين 24
المطلب الأول : حكم المهر في حالة العدول 25
المطلب الثاني : حكم الهديا في حالة العدول 27
الفرع الأول : تعريف الهدية 28

الفرع الثاني : النظرة الفقهية 29
الفرع الثالث : النظرة القانونية 32
المبحث الثالث : مدى جواز العدول عن الخطبة 33
المطلب الأول : مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي 34
المطلب الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي 37
الفصل الثاني : مبدأ التعويض عن الضرر المادي و المعنوي في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية 38
المبحث الأول : مفهوم الضرر 39
المطلب الأول : تعريف الضرر 40
الفرع الأول : التعريف اللغوي للضرر 40
الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي للضرر 42
المطلب الثاني : أنواع الضرر..... 46
الفرع الأول : الضرر المادي 46
الفرع الثاني : الضرر المعنوي 47
المبحث الثاني : مفهوم التعويض 48
المطلب الأول : تعريف التعويض 49
الفرع الأول : التعريف اللغوي للتعويض 50
الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي للتعويض 50
المطلب الثاني : مبدأ تعويض الضرر في التشريع الجزائري و الشريعة 55
الفرع الأول : مبدأ تعويض الضرر في التشريع الجزائري 55
الفرع الثاني : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية 56
المبحث الثالث : التعويض عن الضرر المادي و المعنوي في العدول عن الخطبة 58
المطلب الأول : التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة 59
المطلب الثاني : التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة..... 62
الفرع الأول : عدم التعويض 63
الفرع الثاني : التعويض مع التفصيل 64
الفرع الثالث : حكم تعويض الضرر في قانون الأسرة 67
الفرع الرابع : المقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة..... 68
أولا: أوجه التشابه 68
ثانيا : أوجه الإختلاف 69
الخاتمة..... 71
قائمة المراجع و المصادر..... 74
فهرس الآيات القرآنية..... 76
فهرس الآحاديث و الآثار..... 78
فهرس الأعلام الواردة في المتن..... 79
فهرس الأحكام و القرارات القضائية..... 80
فهرس الموضوعات..... 81

دعـــوة مستجابـــة

أخي الحبيب .... أختي الفاضلة :

أضع بين أيديكم هذه المذكرة المتواضعة سائلين الله عز و جل أن ينفع بها الطلاب في كل زمان و مكان ، و أن يجعلها في ميزان الحسنات أمي و أبي فما كان في هذه المذكرة من صواب فمن الله وحده ، و ما كان فيها من سهو أو خطأ أو نسيان فمنا و من الشيطان ... و الله و رسوله صلى الله عليه و سلم منها براء و أعوذ بالله أن نذكركم به و ننساه .

فمن إستفاد فائدة من هذه المذكرة فلا يبخل علينا بدعوة لعل الله أن يتجاوز عنا و عنكم و أن يجمعنا جميعا في جنته إخوانا على سرر متقابلين .

روى مسلم أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : « من دعا لأخيه بظهر الغيب قال الملك الموكل به : آمين و لك بمثله ».

- فهيا لنسعد في ظل هذا الدين العظيم ... هيا لنرسم البسمة على وجوهنا و على وجوه كل من حولنا .

- هيا لندخل سويا جنة الإيمان فنحيا في ظل منهج الرحمان و سنة سيد الأنام صلى الله عليه و سلم ... هيا لننشر البسمة و الفرحة لنسعد في الدنيا في ظل الإيمان و لنسعد في الآخرة في جنة الرحمان التي فيها ما لا عين رأت و لا أذن سمعت و لا خطر على قلب بشر.

سبحانك اللهم و بحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت ، أستغفرك و أتوب إليك و صلى الله على سيدنا محمد و على آل سيدنا محمد كما صليت على سيدنا إبراهيم و على آل سيدنا إبراهيم و بارك على سيدنا محمد و على آل سيدنا محمد كما باركت على سيدنا إبراهيم و على آل سيدنا إبراهيم في العالمين إنك حميد مجيد