تعويض الضّرر المترتّب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

شتوح الطيب
تحت إشراف: الدّكتور محمد بن زعمية
طالب دكتوراه : تخصّص أحوال شخصية
جامعة بليدة 1

ملخص:

الخطبة مقدمة من مقدّمات الزّواج وتوطئة له أقامها الشّارع الحكيم على أحكام وضوابط تضمن لعقد الزّواج تحقيق هدفه الأسمى في تحصين النّفوس وحفظ النّسل.

لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة الخطبة بين من رآها عقدا بين طرفين ملزما لهما وبين من رآها مجرّد وعد بالزّواج لا ترقى إلى مرتبة العقد وليست لها الصّبغة الإلزامية ولا القيمة القانونية ، فهي مجرّد التزام أدبي لا غير. أمّا المشّرع الجزائري فقد اعتبر الخطبة وعدا بالزّواج بموجب المادة 05 ق أ ج " الخطبة وعد بالزّواج " على غرار أغلب القوانين العربية ، هذا وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة.

إنّ الاختلاف حول تحديد طبيعة الخطبة انعكس على حكم العدول عن الخطبة وعلى إمكانية تعويض الضّرر النّاجم عن هذا العدول سواء كان ضررا ماديا أم معنويا.

وفي هذا الإطار تمايزت الآراء الفقهية بين الرّافض للتّعويض جملة وتفصيلا على أساس أنّ الخطبة ليست عقدا بل وعدا بالزّواج غير ملزم - فمن عدل عن خطوبته إنّما يمارس حقّا من حقوقه الشّرعية - وبين من يقرّ بالتّعويض مطلقا وذاك الّذي يميّز بين الضّررين المادي والمعنوي ، واتّجاه رابع يقيم التّعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا ما صاحب العدول أفعال أو أقوال ألحقت ضررا بأحد الطّرفين .

في حين حسم المشّرع الجزائري مسألة التّعويض عن الضّرر المادي والمعنوي النّاجم عن العدول عن الخطبة وذلك بعبارة صريحة قاطعة في المادة 2/5 ق أ ج " يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة. _ إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض " ، فالمشّرع أجاز الحكم بالتّعويض وترك تقدير ذلك من صلاحية القاضي وسلطته التّقديرية .

للإشارة نصّ م 5 ق أ ج جاء مطلقا غير دقيق يحتاج إلى تعديل يضبط به أساس التّعويض .

كلّ هذه النّقاط ستكون محلّ دراسة في هذا الموضوع.

Résumé

Le sermon est présenté par les prédicateurs du mariage et établi par la rue sage sur les dispositions et les contrôles pour assurer le mariage atteindre son but ultime dans la fortification des âmes et la conservation (et de garder) de la progéniture

La jurisprudence différait quant à la définition de la nature de l'engagement entre ceux qui le considéraient comme un contrat entre deux parties et les liant et ceux qui le voyaient comme une simple promesse de mariage non conforme au contrat et sans caractère obligatoire ni valeur légale

. Le législateur algérien a considéré le sermon comme une promesse de mariage en vertu de l'article 5 du Code de famille, semblable à la plupart des lois arabes. Le système judiciaire algérien s'est constamment consacré aux dispositions du Code de la famille à travers sa jurisprudence.

La différence dans la détermination de la nature du sermon se reflétait dans la règle d'abandon du sermon et dans la possibilité d'indemniser le préjudice causé par cette réparation, qu'elle soit physique ou morale ،

Dans ce contexte, les opinions jurisprudentielles différaient entre ceux qui rejettent l'indemnisation au motif que le sermon n'est pas un contrat mais une promesse de mariage et non contraignant،Qui rompt son engagement s'il exerce réellement ses droits légitimes ، Entre ceux qui reconnaissent la compensation du tout et entre ceux qui distinguent les impératifs matériels et moraux, et une quatrième approche qui évalue l'indemnisation en fonction de la responsabilité délictuelle si la personne a commis des actes ou des déclarations ayant causé un préjudice à l'une des parties. Alors que le législateur algérien a tranché la question de la réparation du préjudice matériel et moral causé par l'abandon de l'engagement, en termes clairs et non équivoques à l'article 5/2 c f " Les parties peuvent retirer l'engagement. _ Si l'abandon de l'engagement entraîne un préjudice matériel ou moral pour l'une des parties, il peut être indemnisé " Le législateur a autorisé l'octroi d'une indemnité et a laissé la discrétion du juge et son pouvoir discrétionnaire.

Pour se référer au texte de l article 5 c f qui n'a jamais été précis, un ajustement est nécessaire pour déterminer la base de la compensation.

Tous ces points seront étudiés dans ce sujet.

مقدمة :

الزّواج من أعظم العلاقات الّتي أكّد عليها الإسلام ورغّب فيها وجعلها سنّة المرسلين ، وقد اعتنى الإسلام بتفاصيل أحكام الزّواج من آداب وحقوق لما يحقّق لهذه العلاقة الاستمرار و الاستقرار ، فقد فصّلت آيات القرآن وبيانها في السّنّة النّبوية الشّريفة الأحكام الخاصّة بالزّواج وبيّنت أصوله وقواعده باعتباره قوام الأسرة وأساس سعادتها وأصل طهارتها. كما أصبغت الشّريعة الإسلامية على عقد الزّواج صبغة الميثاق الغليظ وصوّرت امتزاج الزّوجين فيه في قوله تعالى { هنّ لباس لكم وأنتم لباس لهنّ } من الآية 187 البقرة ، كما جعلته يرتكز على عناصر المودّة والرّحمة والسّكن { ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إنّ في ذلك لآيات لقوم يتفكرون } سورة ألنور الآية 21.

الزّواج رابطة انسانية قبل أن يكون عقدا ، وبوصفه عقدا فهو عقد من نوع خاصّ ، بل من أقدس الرّوابط القائمة على الدّوام والاستمرار وهو بذلك يختلف عن سائر العقود .

ونظرا لكون الزّواج من أخطر العقود الّتي يجريها الإنسان في حياته وأعظمها فإنّ المشّرع الجزائري على غرار باقي التّشريعات العربية الأخرى أولى له أهمية كبرى فنظّم أحكامه وفق الشّريعة الإسلامية ، ووضع لهذا العقد الخاصّ ممهّدات ومقدّمات تتجلّى في ما يسمّى الخطبة الّتي تعدّ مقدمة وتوطئة للزّواج أقامها الشّارع الحكيم على أحكام وضوابط تضمن لهذا العقد الثّبات والاستمرار وتحقيق الهدف الأسمى منه وهو تحصين النّفوس وحفظ النّسل ، وكون الخطبة مقدمة من مقدّمات الزّواج ، وفترة تعارف بين الطّرفين ، ففي هذه الفترة قد يتكشّف للخاطب عن المخطوبة وأهلها ما يزهده في إتمام الزّواج ، أو يظهر للمخطوبة وأهلها ما يزهدهم في هذا الخاطب ، فيكون العدول خيرا وأحسن عاقبة من إتمام زواج على أسس واهية تنشأ عنه مشكلات ثمّ ينهدم [1] ، وإذا وقع و تمّ العدول من أحد الطّرفين ترتّبت على فسخ الخطبة آثار وضع لها الشّارع الحكيم الأحكام اللّازمة . كما أنّه قد تصاحب هذا العدول أفعال ينتج عنها ضرر وأذى يصيب المعدول عنه ممّا يستجوب التّعويض جبرا للضّرر وإزالة للأذى.

وسنحاول في هذه الورقة البحثية معالجة مسألة تعويض الضّرر النّاجم عن العدول عن الخطبة معالجة فقهية ، كما نسلّط الضّوء على الثّغرات الموجودة في المادة 5 ق أ ج بتحليل هذه المادة وتطبيقاتها القضائية ، والمساهمة ببعض الاقتراحات الّتي تتماشى وفلسفة التّعويض عن الضّرر النّاجم عن الخطبة في إطار تحقيق التّوازن بين حقوق الأطراف و كلّ ذلك من خلال الإجابة على الإشكالية الرّئيسية التّالية :

* ما حكم التّعويض عن الضّرر النّاجم عن العدول عن الخطبة ؟ وما أساسه الفقهي والقانوني ؟ تنبثق عنها إشكاليات فرعية تتمثّل في : - ما هي الطّبيعة القانونية للخطبة ؟ - ما حكم العدول ؟ وما الآثار المترتّبة عليه ؟.

منهج الدّراسة : تمّ اعتماد منهج مزدوج وصفي تحليلي لمعالجة هذا الموضوع ، فضلا على إجراء مقارنة بين ما هو مقرّر في الفقه الإسلامي وبين ما انتهجه المشّرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية ، مع مناقشة لبعض الأفكار والآراء والنّصوص القانونية أحيانا لإبراز نقاط الالتقاء والتّمايز بين ما هو مقرّر في الفقه الإسلامي وبين الموقف الّذي أخذه المشّرع الجزائري في تناوله للطبيعة القانونية للخطبة وما يترتّب عنها من إشكالات لاسيما التّعويض عن الضّرر النّاجم عن العدول عن الخطبة ، وبيان الغموض الّذي يكتنف م 05 ق أج ورصد الثّغرات الواجب سدّها .

ولتحقيق مقتضيات هذا الموضوع قسّمنا البحث إلى :

أوّلا : مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية

ثانيا: مفهوم العدول وحكمه

ثالثا : حكم التّعويض عن الضّرر المترتّب عن العدول عن الخطبة

أوّلا : مفهوم الخطبة وطبيعتها القانونية

1- تعريف الخطبة : ا- الخطبة لغة : قال ابن منظور : الخطب : الشّأن والأمر ومنه قوله تعالى { قال فما خطبكم أيّها المرسلون } من الآية31 من سورة الذّاريات ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسر[2] أي طلبها للزّواج .

ب- **الخطبة شرعا (تعريفا فقهيا)** : عرّفها فقهاء الشّريعة الإسلامية بتعاريف قريبة من معناها اللّغوي إذعرّفها المالكية على أنّها " التماس التّزويج والمحاولة عليه "[3] فالخطبة عند الفقهاء هي طلب الزّواج وإبداء الرّغبة في امرأة معيّنة وقع عليها الاختيار خالية من الموانع الشّرعية بالتّقدّم إليها أو إلى وليّها ، ببيان حاله والتّفاوض معهم في أمر العقد[4] ، كما عرّفها الدّكتور فتحي الدّريني بالقول " هي توافق أو تواعد متبادل بين رجل وامرأة تحلّ له شرعا ، أو بين من ينوب عنهما شرعا من الأولياء بإبرام العقد مستقبلا "[5] . والخطبة على هذا الأساس هي اتّفاق أولي مبدئي تنتج آثارها باقتران الإيجاب بالقبول ، وتقوم على شرطين أساسيين هما : _ أن تكون خالية من الموانع الشّرعية _ أن لا تكون مخطوبة للغير.

2- التّعريف القانوني للخطبة (الطّبيعة القانونية للخطبة) : لقد عرّف المشّرع الجزائري الخطبة في المادة 1/5 ق أ ج بأنّها وعد بالزّواج وذلك بالقول : " الخطبة وعد بالزّواج . يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة " ، وقد كان المشّرع موفّقا على غرار غيره من القوانين العربية في تجريد الخطبة من القوة الإلزامية لأنّ هذا التّوجه ينسجم والمنطق القانوني السّليم فالفشل في الخطبة وفسخها بالعدول عنها خير من الفشل في الزّواج لما يترتّب على ذلك من آثار خطيرة ، وقد جاءت قوانين الأحوال الشّخصية والتّشريعات المنظمة للأسرة في البلاد العربية متأثرة بالرؤية الفقهية للطّبيعة القانونية للخطبة لأنّ الفقه الإسلامي كان مصدرها الأساس وإن تفاوتت الآثار المترتبة على الخطبة من النّاحية القانونية في هذه التّشريعات[6] .

من خلال صياغة الفقرة الأولى من م 5 ق أ ج " الخطبة وعد بالزّواج يجوز للطرفين العدول عنها " نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري اعتبر الخطبة مجرّد وعد بالزّواج غير ملزم مخالفا بذلك القاعدة العامة في القانون المدني لا سيما ما جاء في المادة 72 منه ، فالمشّرع استعمل مصطلح " الوعد " الّذي يحمل دلالة و صفة الإلزام من النّاحية القانونية في إطار النّظرية العامة للعقد في القانون المدني ، ممّا يجعل تطبيق هذا النّص يتعارض مع أحكام القانون المدني لذا بات لزاما إعادة صياغة هذه المادة باستعمال

مصطلح بديل كأن نقول : الخطبة توطئة للزّواج أو نقول : " الخطبة تمهيد للزّواج ولكلّ طرف العدول عنها " [7].

التّعبير عن الخطبة يكون على ما جرت به الأعراف والعادات والتقاليد فالمشّرع لم يخضع الخطبة لأيّ شرط موضوعي أو شكلي ممّا يستوجب الرّجوع إلى أحكام الشّريعة الإسلامية إعمالا لنصّ المادة 222 ق أ ج ، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا بأنّ الخطبة وعد بالزّواج ولكلّ من الطّرفين العدول عنها وأنّه لا يجب الخلط بين الخطبة والزّواج (م 5 ، م 9 مكرّر ق أ ج) [8].

لقد اعتبر الكثير من رجال القانون الخطبة وعدا بالزّواج ولكنّه وعد من نوع خاصّ تمييزا له عن الوعد بالتّعاقد الوارد في القانون المدني طبقا للمادتين 71 و72 ق م [9] ، إذ أنّ المحكمة العليا قرّرت عدم تطبيق أحكام القانون المدني على مسائل الأحوال الشّخصية الّتي تخضع لأحكام الشّريعة الإسلامية [10].

بعدما تطرقنا إلى مفهوم الخطبة لغة وشرعا وقانونا وعرفنا طبيعتها القانونية بأنّها مجرّد وعد بالزّواج يجوز للطّرفين أو أحدهما العدول عنها، فما هو مفهوم العدول ؟ وما حكمه ؟

ثانيا: مفهوم العدول وحكمه

1- تعريف العدول : ا- العدول لغة : يعني الرّجوع عن الأمر ، وهي مشتقة من عدل عدلا وعدولا أي مال ويقال عدل عن الطّريق بمعنى حاد وعدل إليه أي رجع.

ب- **اصطلاحا** : يقصد به تراجع أحد الطّرفين أو كلاهما عن إبرام عقد الزّواج ، حيث تفسخ الخطبة بعد تمامها وحصول تراكن [11] ، كما يعرّف بأنّه تخلي الخاطبين عن مشروع الزّواج والتّوقّف عن تمام السّير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد كما كان مخطّطا له في أوّل الأمر بعد إتمام الخطبة [12].

ج- **العدول قانونا**: هو حقّ للطّرفين كما تقضي بذلك الفقرة 02 من المادة 5 من ق أ ج ((الخطبة وعد بالزّواج. يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة)) على اعتبار الخطبة وعدا بالزّواج وليست عقدا.

يلجأ الطّرفان أو أحدهما للعدول عن الخطبة حين يتبيّن لأحدهما عن الآخر أو عن أهله ما يجعله يزهد في إتمام الزّواج ، فيكون العدول أفضل لكليهما ، وتتعدّد أسباب العدول حسب المجتمع وعاداته وتقاليده ، وحسب المتغيّرات الّتي يعرفها ، وهي كثيرة لا يمكن حصرها ، ومن أكثر الأسباب انتشارا في المجتمع الجزائري : _ عدم الانسجام بين المخطوبين نتيجة اختلاف أفكارهما ونظرتهما للحياة بسبب اختلاف التّربية والعادات . _ انعدام التكافؤ بين المخطوبين سواء التّكافؤ الاجتماعي أو الثقافي أو العلمي.

_ النّزاع بشأن ترك الدّراسة أو الوظيفة _ مطالبة الخطيبة من خطيبها الاستقلال عن عائلته بمنزل منفرد.

_ طول فترة الخطوبة وخوف الفتاة وأهلها من تفويت فرصة الزّواج .

2- حكم العدول: لقد استقرّ الفقه والقانون والقضاء على أن الخطبة مجرّد وعد بالزّواج لا ترقى إلى درجة العقد، وتبعا لذلك يثور التّساؤل ما مدى جواز تراجع أحد طرفي الخطبة عن إبرام الزّواج، خاصّة وأنّ الخطبة كانت بتوافق إرادتهما ؟

بمعنى آخر ما حكم العدول عن الخطبة شرعا وقانونا ؟

ا- حكم العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي :

يرى جمهور الفقهاء - عدا المالكية - أن العدول جائز وهو حقّ لكلّ من الطّرفين ، حيث أنّ القول بغير ذلك من شأنه حمل أحد طرفي الخطبة على الاستمرار في علاقة على غير إرادته وهو أمر من شأنه عن يحيد بالزّواج عن غايته في تحقيق الطّمأنينة والسّكينة والمودة والرّحمة [13].

فالعدول عند المالكية مكروه ، وقد استدلّوا على كراهة العدول بالأدلّة المانعة من خلف الوعد ، وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى : { وأوفوا بالعهد إنّ العهد كان مسؤولا } الإسراء الآية 34 ، إذ يطلب الوفاء بالعهود ، فالعبد يكون مسؤولا عن ذلك يوم القيامة ؛ وكذلك قوله صلّى الله عليه وسلّم : { آيات المنافق ثلاث : إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان }[14] ، والشّاهد هنا قوله (ص) " وإذا وعد أخلف " ، فخلف الوعد خصلة وصفة من صفات النّفاق ، والاتّصاف بها أو إتيانها أمر مكروه .

تجدر الإشارة أنّ الوعد عند المالكية غير ملزم وإن أقرّوا بأنّ خلف الوعد مكروه وهو دليل على عدم الإلزام وإلاّ لجعلوا خلف الوعد محرّما [15] ، وفي هذا الجانب يتّفق الجمهور مع المالكية ، فالحنابلة قالوا بالكراهة إن كان العدول لغير غرض ،أمّا إن كان العدول لغرض مشروع فلا كراهة في ذلك. ويرى الدكتور فتحي الدريني أنّ خطورة عقد الزّواج هي الّتي اقتضت أن تكون الخطبة غير ملزمة ضمانا للحريّة الكاملة في إبرامه[16].

وجواز العدول الّذي قال به الجمهور وعلى رأسهم الحنابلة عبّر عنه ابن قدامة بالقول : " ولا يكره للولي الرّجوع إذا رأى لها مصلحة في ذلك ولا يكره لها أيضا الرّجوع إذا كرهت الخاطب لأنّه عقد عمري يدوم الضّرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها والنّظر في حظّها ، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد ولم يحرم لأنّ الحقّ بعد لم يلزمها " [17]. وفي هذا نخلص أنّ الفقه الإسلامي في عمومه أجاز لكلّ من الطّرفين حقّ العدول ، وإن كان الوفاء بالوعد مطلوبا ومستحبا إذ قيل أنّ الوفاء بعقد الزّواج وإن كان لا يلزم به قضاء ، إلاّ أنّه ملزم به ديانة فلا يخلف المسلم وعده إلاّ لضرورة اقتضت ذلك [18].

ب- العدول قانونا :

من النّاحية القانونية فإنّ أغلب التّشريعات العربية سارت على مبدأ جواز العدول عن الخطبة مستمدّة ذلك من الفقه الإسلامي مرجعها الأساس ، ومن الفقه المقارن ، حيث نجد الفقه الفرنسي قد سار في نفس الاتّجاه [19] وعلى رأسهم بلانيول و لوران . ففي هذا الإطار نجد الفقرة (ا) من م4 من قانون الأحوال الشّخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 نصّت على أنّه " لكلّ من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة " وفي قانون الأحوال الشّخصية السّوري نجد نصّ المادة الثّالثة جاء كما يلي " لكلّ من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة " ، ونفس الأمر نجده في نصّ المادة 1/18 من قانون الأحوال الشّخصية الإماراتي " لكلّ من الطّرفين العدول عن الخطبة ...." ، وبمثل ذلك نصّ المشّرّع المغربي في م 6 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه " يعتبر الطّرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزّواج ، ولكلّ من الطّرفين حقّ العدول عنها " وعلى نفس النّسق سار المشّرّع الجزائري حيث جاء في المادة 05 من قانون الأسرة المعدّل بالأمر 02/05 المؤرّخ في 2005/02/27 بالقول بأنّ " الخطبة وعد بالزّواج. يجوز لكلّ من الطّرفين العدول عن الخطبة " ، حيث يتّضح من نصّ المادة أنّه يحقّ لكلّ من الطّرفين أن يعدل عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرّجوع للطّرف الثّاني وذلك لأنّ عقد الزّواج عقد رضائي وليس عقد إذعان.

وهو ما يقضي به القضاء الجزائري تطبيقا لنصّ المادة 05 ق أ ج ؛ فقد أكّدت المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرّخ في 1992/03/17 ملف رقم 81129 من أنّ الخطبة وعد بالزّواج ولكلّ من الطّرفين العدول عنها [20] [21].

إذا وقع العدول انقصت الخطبة ولا يجوز للطّرف الّذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطّرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزّواج وإتمام مراسيم الدّخول رغم معارضته أو عدم رضاه [22]. هذا وأنّ المحكمة الّتي تحكم بإلزام الطّرف المراجع بالإبقاء على الخطبة أو الفاتحة المنعدمة ركن الرّضا ، وإجباره على متابعة إتمام إجراءات عقد الزّواج تكون قد هدمت أهمّ ركن في الزّواج وهو ركن الرّضا، كما تكون قد خرقت أحكام الشّريعة والقانون [23]

وما سار عليه القضاء الجزائري في هذا الباب نجده مكرّسا في القضاء العربي فقد نصّت محكمة النّقض المصرية في قرارها الصّادر بتاريخ 1939/12/14 على أنّ " الخطبة ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزّواج وهذا الوعد لا يقيّد أحدا من المتواعدين ، فلكلّ منهما أن يعدل عنه في أيّ وقت يشاء ، خصوصا وأنّه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزّواج من خطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطّرفين مهدّدا بالتعويض " [24]

وفي نفس الاتّجاه سار القضاء السّوري ، إذ جاء في قرار محكمة النّقض السّورية الصّادر بتاريخ 1970/11/30 " إنّ لكلّ من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للطّرف الآخر

الحقّ في المطالبة بالتّعويض ، ولا تلتزم المخطوبة بأكثر من إعادة المهر وفقا للأحكام المبيّنة في المادة الرّابعة من قانون الأحوال الشّخصية " [25].

ثالثا :أثر العدول عن الخطبة في التّعويض (حكم الضّرر المترتّب عن العدول) :

لقد رأينا في المبحث التّمهيدي أنّ التّكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنّها وعد بالزّواج وليست عقدا ، وهذا الحكم متفق عليه بين أصحاب المذاهب الفقهية الإسلامية ، ومتفق مع النّظر القانوني الحديث المعبّر عنه في التّشريعات العربية ، والوعد لا يلزم الوفاء به قضاء عند جمهور الفقهاء وإن كان ملزما ديانة ، فيجوز لأيّ من طرفي الخطبة العدول عنها متى شاء فالقاعدة المقرّرة شرعا وقانونا " أنّه لا ضمان في استعمال الحقّ " ، غير أنّ هذا العدول عن الخطبة قد تترتّب عنه في بعض الأحيان أضرار مادية أو معنوية ، إذ قد تستمر الخطبة سنوات ممّا يرهن حظوظ المخطوبة في الزّواج أو يفوّت عليها فرص زواج آخر ، كما يمكن أن تترك المخطوبة دراستها وتستقيل من وظيفتها بإيعاز من الخاطب .

أمّا الأضرار المعنوية الّتي يمكن أن تلحق بالمخطوبة فمتعدّدة منها ما تلوكه الألسنة أحيانا ويتقوّله النّاس عن أسباب العدول ممّا يؤذي سمعتها ويسئ إلى شرفها . فلو ترتّب عن هذا العدول ضرر لحق بالمعدول عنها فهل يجب التّعويض بسب ذلك في مثل هذه الحالات ؟ بمعنى آخر ما حكم الضّرر الّذي يصيب الطّرف المعدول عنه ؟

1- رأي الفقه الإسلامي في التّعويض عن الضّرر المترتّب عن العدول عن الخطبة : لم يتعرّض الفقهاء القدامى لهذه المسألة لأنّها لم تقع في عصرهم وذلك لعدة أسباب لعلّ أهمّها : قوة الوازع الديني ، و إتّباع الإجراءات الّتي حددتها الشّريعة الإسلامية [26] ، والحالات المطروحة اليوم لم تنشأ إلاّ نتيجة الأعراف والعادات الجديدة الّتي انحرف فيها النّاس عن التّعاليم الإسلامية حيث طغت المظاهر وصبغت حياة النّاس ، إذ أصبحت المرأة تطالب بجهاز خاصّ وبمراسيم للخطبة أو خروج الفتاة مع الفتى بدعوى التّعارف ، وفي هذا يقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه " تحدث للنّاس أقضية بقدر ما أحدثوا من فجور ".

- **الفقه الإسلامي الحديث:** حاول الفقه الحديث إيجاد أساس للتّعويض عن العدول عن الخطبة وإرساء بعض التّدابير الشّرعية للحدّ من هذا العدول [27].

– وإقرار التّعويض كان بناء على أسس عملا بقواعد الشّريعة الإسلامية من ذلك قاعدة (تحريم التّغرير وإيجابه الضّمان) وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار). وقد انقسم الفقه في ذلك إلى عدّة آراء، نقسمها إلى اتّجاهين.

ا- الاتّجاه الرّافض للتّعويض

- يرى أصحاب هذا الرّأي وعلى رأسهم محمد بخيت المطيعي مفتي الدّيار المصرية سابقا أنّه لا تعويض عن العدول عن الخطبة مطلقا لأنّ الخطبة ليست بعقد بل وعد بالتّعاقد ولا إلزام في هذا الوعد ، فمن عدل عن خطوبته إنّما يمارس حقّا من حقوقه الشّرعية [28]، فالخاطب مارس حقّا وباشر تصرّفا مأذونا له فيه فلا يجب التّعويض وذلك لأنّ الإذن الشّرعي ينافي الضّمان .

ب- **الاتّجاه القائل بالتّعويض** : وهو بدوره انقسم أراء مختلفة .

ب-1-**الرّأي الأوّل :** ذهب أصحاب هذا الرّأي وعلى رأسهم الشّيخ محمود شلتوت رحمه الله (شيخ الأزهر السّابق) أنّ العدول عن الخطبة يستوجب التّعويض للطّرف الآخر ، و من غير تفصيل في ماهية الضّرر[29]، فالعدول عن الخطبة يكون موجبا للتّعويض مهما كان السّبب لما في مجرّد العدول من ضرر يلحق الطّرف المعدول عنه .

وهذا الرّأي أخذ به أيضا الدّكتور فتحي الدّريني حيث قال : " إنّ العدول إذا أدّى إلى إلحاق الضّرر بالطّرف الآخر ولو مجرّدا عمّا يلابسه من أفعال ضارة ، يوجب المسؤولية أو التّعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية النّاجمة عنه لأنّه ضرب من التّعسّف في استعمال الحقّ[30] واستدلّ أصحاب هذا الاتّجاه بما يلي :

* ليس في الإسلام حقّ مطلق يبيح لصاحبه التّصرّف كما يشاء دون مراعاة لحقّ الغير، فلا تحمي الشّريعة حقّا إلاّ بقدر ما يحقّق لصاحبه من الغرض الّذي شرّع له ، فالحقّ مقيّد بالغرض الّذي شرّع من أجله وليس مطلقا. فالعدول عن خطبة طال أمدها يضرّ بالمخطوبة إذ يفوّت عليها فرصة الزّواج لكبر سنّها ، أو ربما يمسّ سمعتها نتيجة الأقاويل حول أسباب العدول.

فالعدول إذا كان معيبا في باعثه ونتيجته ومآله يوجب المسؤولية إذا لحق بالطّرف الآخر ضرر محقّق مادي أو معنوي[31].

*عملا بقواعد العدالة في الشّريعة الإسلامية : إذ عدالة الشّريعة الإسلامية منحت حرية الزّواج وحرية العدول فمن العدالة إلزام من ألحق بغيره ضررا – تعسفا – بالتّعويض ، إذ العدالة لا تتجزأ.

* أخذا بقاعدة عدم جواز التّعسف في استعمال الحقّ.

*الضّرر ممنوع في الفقه الإسلامي: فالفقهاء منعوا جميع التّصرفات الّتي تلحق ضررا بالآخرين لقوله صلّى الله عليه وسلّم : " لا ضرر ولا ضرار " [32]

ب-2- **الرّأي الثّاني:** هذا الرّأي ذهب إليه الشّيخ محمد أبو زهرة رحمه الله وهو أنّ العدول إذا ترتّب عليه ضرر مادي، استوجب التّعويض، أمّا إذا لم يترتّب عن العدول ضرر مادي أو ترتّب عنه ضرر معنوي فلا تعويض [33]. غير أنّ الشّيخ أبو زهرة يرى أنّ الضّرر الّذي ينشأ عن مجرّد الخطبة أو عن مجرّد العدول لا يستوجب التّعويض ، أمّا الضّرر الّذي ينشأ وللخاطب دخل فيه بعيدا عن مجرّد

الخطبة أو مجرّد العدول وجب التّعويض . فالشّيخ يقسّم الضّرر إلى قسمين : ضرر ينشأ وللعادل دخل فيه استوجب التّعويض لأنّ في ذلك تغريرا والتّغرير يوجب الضّمان ، كما لو طلب الخاطب نوعا من الجهاز أو طلبت المخطوبة إعداد بيت ثمّ وقع العدول وحدث الضّرر ؛ أمّا إذا كان الضّرر قد نشأ عن مجرّد العدول ولا دخل للعادل فيه ، كأن يقوم أحدهما بتجهيزات دون أن تطلب منه ثمّ وقع العدول فلا ضمان على الطّرف الأخر لأنّه اغترار والاغترار لا يوجب الضّمان [34].

وهذا الرّأي نجده أيضا عند الدكتور محمد مصطفى شلبي [35]

ب-3- الرّأي الثّالث : وهو للدّكتور يوسف السّباعي ، الّذي يرى بوجوب التّعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول ، ويستند في إقراره مبدأ التّعويض عن الضّرر المترتّب عن العدول عن الخطبة إلى أصلين شرعيين هما :

- الأصل الأوّل: مبدأ عدم إساءة استعمال الحقّ المقرّر في الفقه المالكي والحنفي والّذي جسدته التّشريعات العربية.
- الأصل الثّاني : مبدأ الالتزام في الفقه المالكي المبني في هذه الحالة على الوعد بالوفاء[36] (الوعد عند المالكية واجب الوفاء) ، حيث يرى الدّكتور السّباعي أنّ حقّ تقرير التّعويض عن العدول سلطة تقديرية للقاضي الّذي يجب عليه أن يراعي الشّروط التّالية:

- أن يثبت أنّ العدول لم يكن من المخطوبة.
- أن يكون العدول قد أضرّ بها ماديا أو معنويا غير الاستهواء الجنسي .
- أن يكون الخاطب قد أكّد رغبته في الزّواج من المخطوبة بما يستدلّ عليه عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزّواج [37].

كما أخذ بهذا الرّأي الدّكتور وهبة الزّحيلي حيث قال : " وأمّا الضّرر النّاشئ عن فسخ الخطبة دون مسوغ فإنّ بعض المحاكم في البلاد العربية تحكم بالتّعويض عنه ، عملا بنظرية التّعسّف في استعمال الحقّ ، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، أو بناء على مبدأ المسؤولية التّقصيرية ، أي الخطأ الّذي سبب ضررا للغير " [38].

ب-4- الرّأي الرّابع : وهو للدّكتور عبد الرّزاق السّنهوري ، حيث ذهب فيه إلى القول أنّ فسخ الخطبة يترتّب عليه التّعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية لا العقدية لأنّ الخطبة وعد بالزّواج وليست عقدا ، فالخطأ الّذي يرتكبه العادل هو الانحراف على السّلوك المعروف للشّخص العادي بالنّظر إلى الظّروف الّتي رافقت هذا العدول [39].

وقد لخّص السّنهوري ما استقرّ عليه الفقه والقضاء في مصر بالقول : إنّ القضاء في مصر قد استقرّ على ما يلي :

- الخطبة ليست بعقد ملزم .
- مجرّد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتّعويض.
- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد طرفي الخطبة جاز الحكم له بالتّعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية [40].

* لكن الرّأي الذي عليه أغلب الفقهاء المعاصرين هو أنّ التّعويض يترتّب عن العدول عن الخطبة إذا نجم عن ذلك ضرر مادي أو معنوي إن كان للطّرف العادل دخل في الضّرر الّذي أصاب الطّرف الآخر ، ففي هذه الحالة يجوز الحكم بالتّعويض عن الضّرر الحاصل ، لأنّه لا ضرر ولا ضرار وأنّ الضّرر يزال[41]، أمّا إذا لم يكن للعادل عن الخطبة دخل في الأضرار النّاجمة عن العدول عن الخطبة فلا مجال للتّعويض ولا يلزم به إذ لم يكن متسبّبا في وقوعه .

2- حكم التّعويض عن الضّرر قانونا وقضاء

ا- حكم التّعويض عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري وبعض التّشريعات العربية :

لقد ذهب المشّرع الجزائري إلى الأخذ بالرّأي الفقهي القائل بالتّعويض عن الضّرر بشقيه المادي والمعنوي النّاجم عن العدول عن الخطبة ، حيث أرسى من خلال الفقرة الثّالثة من المادة 5 من ق أ ج المعدّل بموجب الأمر 2/05 المؤرّخ في 2005/02/27 مبدأ الحقّ في المطالبة بالتّعويض شريطة حصول الضّرر ، ومنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث شروط استحقاقه وتقديره[42] وذلك بالقول : " إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض " . خلال قراءة هذه الفقرة يتّضح أنّ المشّرع رتّب الحقّ في طلب التّعويض عن الضّرر المترتّب عن مجرّد العدول الّذي جعلته الفقرة الثّانية من نفس المادة حقّا قانونيا بالقول 2/5 " يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة " ، فمن جهة أعطى لطرفي الخطبة حقّ العدول عنها ، ومن جهة ثانية يطالب العادل بالتّعويض عن الضّرر المترتّب والنّاجم عن العدول[43] ، رغم أنّ أساس هذا العدول هو الطّبيعة القانونية للخطبة الّتي هي وعد بالزّواج بنصّ الفقرة الأولى من م 5 ق أ ج " الخطبة وعد بالزّواج " . فما هو الأساس القانوني الّذي ارتكز عليه المشّرع في تقرير الحكم بالتّعويض ؟

*** الأساس القانوني الّذي يقوم عليه الحكم باستحقاق التّعويض في ق أ ج :**

لم يبيّن المشّرع الجزائري الأساس القانوني الّذي استند إليه في تقرير الحكم بالتّعويض حيث جاءت المادة غامضة إذ المشّرع اكتفى فيها بالقول إذا ترتّب عن العدول ضرر لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض ، هذا الغموض كان سببا في اختلاف شرّاح القانون حول الأساس القانوني الّذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التّعويض[44]، في هذا الإطار نجد أنّ الدّكتور العربي بلحاج يرى أنّ الحكم بالتّعويض عن الضّرر المترتّب عن العدول يقوم على المسؤولية التّقصيرية الّتي أساسها القانون

المدني مستندا في ذلك إلى القرار الصادر بتاريخ 1966/11/03 عن مجلس قضاء مستغانم الّذي كيّف الحصول على التّعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية ؛ لكنه ربط هذا الحكم بالإطار الزّمني لصدور هذا القرار والّذي جاء أثناء صدور قرار يقضي بمواصلة العمل بالقانون الفرنسي [45]، بخلاف هذا الرّأي نجد الأستاذ عبد العزيز سعد الّذي يرى أنّ الأساس القانوني الّذي يستند إليه الحكم بالتّعويض في مسألة العدول عن الخطبة هو التّعسف في استعمال الحقّ وليست المسؤولية التّقصيرية ، فالعدول عن الخطبة هو حقّ مقرّر شرعا وقانونا يجوز لصاحبه استعماله متى شاء ولا يجوز إلزامه ومطالبته بالتّعويض عن استعماله فالقاعدة الفقهية " الجواز ينافي الضّمان " ثمّ يضيف الأستاذ عبد العزيز سعد قائلا لكن " استثناء من هذه القاعدة ، فإنّ طلب الحكم بالتّعويض عن الضّرر سيصبح مشروعا إذا رافق العدول أو الرّجوع عن الخطبة ظروف مستقلّة من شأنها إحداث الضّرر ... وهذه الأفعال موجبة للضّمان باعتبار أنّ كلّ وعد كان سببا في تصرّف الموعود بما ألحق به ضررا فيه معنى التّغرير بالموعود له يوجب الضّمان ، وهو المبدأ الّذي أخذ به المشّرع الجزائري " [46] ، في حين يرى البعض إقامة المسؤولية التّقصيرية فقط في مجال التّعسف في استعمال الحقّ أو سوء استعماله حيث يثبت الضّرر وذلك بالقول " إذا تبيّن للقاضي تعسف الطّرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتّعديل " [47]، وهو قول وجيه ،غير أنّنا نميل إلى رأي عبد العزيز سعد ونراه الأقرب للصّواب ذلك أنّ المشّرع الجزائري في الفقرة 2 من م 5 ق أ ج قال أنّ العدول حقّ " يجوز للطّرفين العدول عن الخطبة " ثمّ قال في الفقرة 3 " إذا ترتّب عن العدول ضرر..." بالرّبط بين الفقرتين يتبيّن أنّ صاحب الحقّ إذا أساء استعمال حقّه فإنّه سيلحق بالطّرف الآخر ضررا يكون موجبا للتّعويض ، في حين أنّ مواد القانون المدني ترتّب المسؤولية بتوافر أركانها الخطأ والضّرر والعلاقة السّببية ، بينما إساءة استعمال الحقّ تقوم على القاعدة الشّرعية " لا ضرر ولا ضرار " و " الضّرر يزال ".

إضافة إلى كلّ هذا وبالرّجوع إلى رأي المحكمة العليا القاضي بعدم تطبيق أحكام القانون المدني على مسائل الأحوال الشّخصية الّتي تخضع لأحكام الشّريعة الإسلامية كما مرّ بنا ، وإعمالا لنصّ المادة 222 من ق أ ج والّتي تجعل من أحكام الشّريعة الإسلامية المصدر الأساس والوحيد لقانون الأسرة ممّا يقتضي تأسيس القاضي للتّعويض عن العدول عن الخطبة على أحكام المادة 3/5 ق أ ج وأحكام الشّريعة الإسلامية ، وعلى ذلك يكون أساس التّعويض عن الضّرر هو التّعسف في استعمال الحقّ استنادا لأحكام قانون الأسرة وأحكام الشّريعة الإسلامية[48]

فالمشّرع الجزائري ومن خلال هذه الفقرة هو أقرب إلى رأي القائلين بوجوب التّعويض لمجرّد العدول إذا ما ترتّب عنه ضرر لحق بالطّرف الآخر ، الرأي الّذي قال به الشّيخ محمود شلتوت ، وفتحي الدّريني الّذي رأى العدول دون مسوّغ ضرب من التّعسف ، يستوجب التّعويض إذا ما ترتّب عنه ضرر.

كما يمكن إعادة صياغة هذا النّصّ حتّى يكون منسجما مع ما هو عليه إجماع الفقه الحديث والكثير من التّشريعات العربية بإخراج العدول المجرّد - و لو ترتّب عنه ضرر - من مجال المسؤولية ، وذلك بالقول " إذا ترتّب ضرر من عدول أحد الطّرفين عن الخطبة بغير مسوغ كان للطّرف الآخر المطالبة بالتّعويض عمّا أصابه من ضرر " .

أمّا التّشريعات العربية الأخرى فإنّ الكثير منها لم تنصّ على وجوب التّعويض وتركت ذلك للاجتهادات القضائية مثلما هو عليه الحال في مصر[49] ، في حين نجد بعضها ضمّن مبدأ التّعويض في نصوصه منها مدونة الأسرة المغربية الجديدة الّتي تضمّنت حكما جديدا ينظمّ التّعويض حيث جاء في المادة السّابعة من المدونة ما يلي :

" مجرّد العدول عن الخطبة لا يترتّب عنه تعويض.

غير أنّه إذا صدر عن أحد الطّرفين فعل سبّب ضررا للآخر يمكن للمتضرّر المطالبة بالتّعويض " ، وهو نصّ على ما يبدو مستوحى من قانون الأسرة الجزائري لا سيما الفقرة الثّالثة من م 5 الّتي أرست مبدأ التّعويض ، ممّا يدلّ على تأثر القوانين المغاربية بعضها ببعض[50] . والمشّرع المغربي كان موفّقا حين بنى مسألة التّعويض بشكل واضح على الطّرف المتسبب بخطئه الشّخصي ، وحبذا لو حذا المشّرع الجزائري حذو المشّرع المغربي في هذا المجال في إطار التّأثير والتّأثر المتبادل ، أمّا القانون الإماراتي فجاء بحكم وجيه حيث جعل المتسبب في العدول يأخذ حكم العادل إذ جاء في المادة 1/18 منه " ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل " ، لقد كان المشّرع يهدف من وراء ذلك إلى منع التّحايل الّذي يلجأ إليه أحد طرفي الخطبه من أجل التّهرّب من المسؤولية ومن التّعويض ، وذلك بأن يفتعل مشاكل تدفع بالطّرف الآخر للعدول ، ومثاله مطالبة الخاطب خطيبته فجأة ودون سابق اتّفاق على ترك دراستها أو وظيفتها وهو يعلم مسبقا رفضها لهذا الأمر ممّا يدفعها للعدول عن الخطبة ، فيتملّص هو من المسؤولية ومن التّعويض .

* وبالعودة لنصّ المادة 5 ق أ ج و في فقرتها الثّالثة نجد أنّ التّعويض الّذي أقرّه المشّرع يشمل الضّرر المادي والمعنوي.

فما هو الضّرر ؟ وما هي صوره ؟

يعدّ الضّرر في القانون أساس قيام المسؤولية المدنية[51] أمّا في الفقه الإسلامي فيعدّ من موجبات الضّمان[52].

الضّرر : هو ذلك الأذى الّذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، أو يمسّ بسمعته أو ينال من شرفه ، وقد ورد هذا اللّفظ في القرآن والسّنة النّبوية الشّريفة في مواضع عدّة منها قوله تعالى { ولا تمسكوهنّ

ضرارا لتعتدوا } البقرة 231. وفي السّنّة قوله صلّى الله عليه وسلّم { لا ضرر ولا ضرار}[53] وهو نوعان ضرر مادي وضرر معنوي .

الضّرر المادي: ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو يفوّت عليه مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية .

الضّرر المعنوي: الأذى الّذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مالية كالمساس باعتباره وشرفه وسمعته.

* المشّرع الجزائري وغم أنّه لم يعرّف الضّرر بشكل عام إلّا أنّه عرّف الضّرر المعنوي في المادة 182 مكرّر المستحدثة في القانون المدني حيث قال بأنّه " يشمل التّعويض عن الضّرر المعنوي كلّ مساس بالحرية أو الشّرف أو السّمعة "[54]

وحتّى يصحّ تعويض الضّرر وجب أن تتوفّر فيه جملة من الشّروط:

* الإخلال بحقّ المضرور أو بمصلحته المشروعة المحمية قانونا.

* أن يكون الضّرر شخصيا محقّق الوقوع و مباشرا.

للإشارة فإنّ المشّرع الجزائري ورغم اعترافه الصّريح للطّرف المتضرّر بالحقّ في التّعويض إلّا أنّه لم يضع ضوابط ولا معايير لذلك .

بعدما تطرقنا إلى حكم التّعويض عن الضّرر النّاجم عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري وبعض التّشريعات العربية نحاول عن أن نلقي الضّوء على اتّجاهات أحكام القضاء المقرّرة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة.

ب - حكم التّعويض عن العدول عن الخطبة على ضوء العمل القضائي :

أمّا من حيث العمل القضائي فلم يكن القضاء مستقرّا في أوّل الأمر في أحكامه بشأن تحديد المسؤولية النّاشئة عن العدول عن الخطبة والمستوجبة للتّعويض ، ففي مصر أوّل ما عرض طلب التّعويض على المحاكم اتّجهت بادئ الأمر إلى إقرار عدم التّعويض تأسيسا على أنّ العدول حقّ مقرّر ولا مسؤولية على من يستعمل حقّا قرّره القانون ثمّ عدلت المحاكم عن هذا التّوجّه لتقرّر التّعويض إذا تبيّن حصول الضّرر[55] ومن أمثلة هذا التّمايز في الأحكام نورد بعض القرارات الّتي تمثّل في حقيقة الأمر اتّجاهات نوجزها في ما يلي :

* اتّجاه يرى أنّه لا يترتّب على فسخ الخطبة أيّ حقّ في التّعويض، فالعدول وفق هذا الرّأي إباحة صرفة، وهو ما جاء في قرار لمحكمة النّقض المصرية بتاريخ 62/11/15 [56]، و قد جاء الحكم مستندا إلى القاعدة الفقهية " الجواز الشّرعي ينافي الضّمان " .

* قرار صادر عن محكمة سوهاج الكلية في 48/05/30 ،جاء فيه " الوعد بالزّواج ارتباط قانوني وعقد قائم يوجب التزامات على كلّ من الطّرفين بإجراء التّعاقد النّهائي في الوقت الملائم " [57] وهذا

الحكم أباح التّعويض على الضّرر بشقيه المادي والمعنوي المترتّب على مجرّد فسخ الخطبة مكرّسا مبدأ الطّبيعة العقدية للخطبة ، وهو توجّه ظهر في أحكام قليلة ثمّ اختفى .

* أمّا محكمة الفيوم الجزائية الأهلية فقد أصدرت حكما بتاريخ 1929/11/30 جاء فيه " من المسلّم به قانونا اعتبار الزّواج والوعد به من النّظام العام ، ومن المسلّم به أيضا أنّ العدول عن الوعد لا تترتّب عليه أيّة مسؤولية إلاّ إذا كان في هذا العدول ما حمل أحد الطّرفين ضررا ماديا أو أدبيّا بسبب خطأ وقع ممن عدل في حقّ الآخر " [58]، فهذا الاتّجاه لا يرتّب المسؤولية على فسخ الخطبة والعدول عنها ، وإنّما المسؤولية تترتّب على ما يرتكبه أحد الطّرفين من خطأ في حقّ الآخر يسبب له ضررا فيلزم بالتّعويض عى أساس المسؤولية التّقصيرية طبقا للمادة 151 ق مدني مصري تقابلها م 124 ق م ج.

* وفي قرار صادر عن محكمة الاسكندرية بتاريخ 1930/11/14 جاء فيه أنّ العدول عن الخطبة ليس حقّا مطلقا بل مقيّدا بالمسوّغ المشروع ، فإساءة استعمال هذا الحقّ توجب التّعويض وممّا جاء فيه ما يلي : " عدم التّقيّد بالخطبة لا يبرّر حقّ العدول لغير الغرض الّذي شرّع من أجله ويكون في ذلك إضرار بالغير وتعدّ على الأعراض ، فلم تقرّر الشّرائع الحقوق للأفراد يلهون ويعبثون بها ، وإنّما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية ، وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حماية تلك الحقوق " [59] ، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر في قرار لها صادر بتاريخ 91/04/23 والذي قضى على العادل عن الخطبة بتعويض المخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية الّتي لحقتها من جراء فسخ الخطبة الّتي دامت أربع سنوات[60].

غير أنّ القضاء في البلدان العربية ومنها الجزائر وبعد هذه التّجربة القضائية استقرّ على إقرار مبدأ الضّرر المترتّب على العدول عن الخطبة إذا ما صاحب هذا العدول أقوال أو أفعال ألحقت ضرارا بالطّرف المعدول عنه ، وهو ما قال به الدّكتور عبد الرّزاق السّنهوري مثل ما رأينا ، وسار عليه القضاء الجزائري ، حيث استقرّ اجتهاد المحكمة العليا على مبدأ التّعويض حيث يجوز للمخطوبة طلب التّعويض لوجود الضّرر المعتبر شرعا ،لا سيما عند طول مدّة الخطبة ، لأنّ ذلك يحدث دون أدنى شكّ ضررا معنويا بالأخصّ[61] باعتبار " تأخير مشروع الزّواج وإثارة الألسن بالتّشهير والتّجريح "[62].

* نشير أخيرا أنّه يجب أن تتوفّر في المطالبة القضائية بالتّعويض عن الضّرر المترتّب عن العدول عن الخطبة جملة من الشّروط أساسها ما يلي:

* **الاختصاص القضائي** : لقد تدارك المشّرّع الجزائري النّقص والقصور التّشريعي الّذي ميّز قانون الإجراءات المدنية السّابق 71 /80 المؤرّخ في 1971/12/29 الّذي لم يحدّد المحكمة المختصّة للبتّ في المنازعات المتعلّقة بالخطبة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرّخ في

2008/02/25 ففي المادة 1/426 منه جعل المحكمة المختصّة إقليميا بالنّظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدّعى عليه وهو تكريس للمبدأ العام الّذي جاء في المادة 37 من نفس القانون وهو محكمة موطن المدّعى عليه كأساس للاختصاص الإقليمي للمحكمة ، وقد أحسن المشّرع بذلك صنعا ،حيث هذا الأمر تفتقر إليه الكثير من التّشريعات العربية .

*إثبات الخطبة : أي التّأكّد من قيام الخطبة ؛ والتّأكّد من شروط صحتها شرعا وقانونا ،الأمر الّذي يخضع لقضاة الموضوع .

* إثبات الضّرر الّذي أقرّه المشّرع دون أن يضع له ضوابط ومعايير.

الخاتمة:

الخطبة مقدمة للزّواج وتوطئة له أقامها الشّارع الحكيم على أسس و ضوابط الّتي من شأنها أن تضمن للزّواج الثّبات والدّوام وتحقيق أهدافه ، وقد تناولها الفقه الإسلامي بالدّراسة والتّحليل محدّدا طبيعتها ، و مبيّنا أحكام العدول عن الخطبة وإمكانية تعويض الضّرر النّاجم عن العدول عن الخطبة. والمشّرع الجزائري على غرار التّشريعات العربية أولى أهمية لمسألة الخطبة ونظّمها في مادتين (5 و 6) من قانون الأسرة المعدّل بموجب الأمر 02/05 المؤرّخ في 2005/02/27 ، تاركا تنظيم أحكامها الأخرى للفقه الإسلامي ، ومن خلال هذه الدّراسة نخلص إلى النتائج التّالية :

- التّكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنّها وعد بالزّواج ، وهو حكم متّفق عليه بين أصحاب المذاهب الفقهية الإسلامية ، ومتفق مع النّظر القانوني الحديث المعبّر عنه في التّشريعات العربية ومنها قانون الأسرة الجزائري.
- إذا تمّ العدول عن الخطبة ولم يترتّب عن هذا العدول ضرر فلا تعويض .
- إذا تمّ العدول عن الخطبه من أحد طرفيها ولحق بالطّرف الآخر ضرر وجب الحكم له بالتّعويض على هذا الضّرر شرعا وقانونا.
- تعريف المشّرع الجزائري للخطبة بأنّها وعد بالزّواج غير ملزم بموجب المادة 1/5 ق أ ج جاء مخالفا للقاعدة العامة في القانون المدني الشّريعة العامة من خلال نصّ م 72 ق م .
- مصطلح " وعد " يحمل دلالة وصفة إلزامية في إطار النّظرية العامة ، ويؤدي تطبيقه على هذا النّحو إلى تعارض مع القانون المدني.
- أرسى المشّرع مبدأ الحقّ في التعويض عن الضّرر بشقيه المادي والمعنوي بموجب الفقرة الثّالثة من م 5 ق أ ج، لكن النّص جاء غامضا غير دقيق في تحديد الأساس الّذي يقوم عليه التّعويض بخلاف الفقه الإسلامي المعاصر والكثير من التشريعات العربية.
- المشّرع لم يعرّف الضّرر وأحال ذلك إلى القواعد العامة .

- القضاء الجزائري جاء مكرّسا لما ذهب إليه المشّرع الجزائري في المادة 05 ق أ ج سواء في تحديد الطّبيعة القانونية للخطبة، أو من حيث العدول والتّعويض.
- المشّرع الجزائري ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤّرخ في 2008/02/25 وفي المادة 1/426 منه جعل المحكمة المختصّة إقليميا بالنّظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدّعى عليه وهو تكريس للمبدأ العام الّذي جاء في المادة 37 من نفس القانون وهو محكمة موطن المدّعى عليه كأساس للاختصاص الإقليمي للمحكمة ، وقد أحسن المشّرع بذلك صنعا ،حيث هذا الأمر تفتقر إليه الكثير من التّشريعات العربية .
- إنّ المشّرع الجزائري ورغم اعترافه الصّريح للطّرف المتضرّر بالحقّ في التّعويض إلّا أنّه لم يضع ضوابط ولا معايير لذلك .

* وككلّ عمل بشري لم يخل هذا العمل من النّقص فقد اكتنف المادة 5 ق أ ج الكثير من الغموض وشابها نقص كما رأينا وتبعا لذلك نقدّم بعض الملاحظات في هذا الإطار:

* ضرورة إعادة صياغة الفقرة الأولى من المادة 05 باستعمال مصطلح بديل عن مصطلح " وعد " كأن نقول : " تمهيد " توطئة " أو" تواعد " مثلما هو في المدونة المغربية ، وذلك لأنّ هذا التّعديل من شأنه إزالة التّعارض بين القانونين المدني وقانون الأسرة وهو أمر له أهمية من النّاحية القضائية التّطبيقية .

* إعادة صياغة المادة 5 في فقرتها الثّالثة لإخراج مجرّد العدول من مجال قيام المسؤولية .

* على المشّرع أن يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية الّتي يعتمدها في تقدير التّعويض في مسألة العدول عن الخطبة ضمانا لحقوق المتخاصمين من جهة ، وتسهيلا لرقابة المحكمة العليا على العمل القضائي من جهة أخرى.

هوامش

[1] رمضان علي السّيد الشّرنباصي ،محمد كمال الدّين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشّافعي ،أحكام الأسرة الخاصّة بالزّواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية –مصر ،طبعة 2015 ،ص89.

[2] ابن منظور ، لسان العرب ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، ج2، ص1194. نقلا عن أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التّعديلات ، دار الجامعة الجديدة ،طبعة2010، ص28 .

[3] محاضرات في ق أ ج ،ا.د، دليلة فركوس ، د.جمال عياشي،دار الخلدونية ،الجزائر ، طبعة 2016،ص50. انظر محمد الخرشي المالكي ، شرح مختصر الخليل،ج3، دار الفكر للطّباعة ،بيروت ،لبنان ،بدون سنة ،ص167.

[4] الشيخ محمد ابو زهرة ، الأحوال الشّخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ط2 ، 2005،ص28.

[5] د، فتحي الدريني ،دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت ،ج2 ،ص726.

[6] مشروع القانون العربي الموحّد للأحوال الشّخصية في المادة السّابعة منه كان يعتبر الخطبة " طلب التّزوج أو الوعد به ، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا " وقد أكّد المشروع على الطّابع غير الملزم للخطبة عندما اعتبر في الفقرة الأولى من م3 منه " لكلّ من الخطيبين العدول عن الخطبة ".

[7] بن شويخ رشيد ، شرح ق أ ج المعدّل دراسة مقارنة ببعض التّشريعات العربية ،الطبعة الأولى 2008 ،دار الخلدونية ،ص31.

[8] المحكمة العليا ، غ أ ش ، 92/03/17 ،ملف 81129 ، م ق 1994 ،العدد 3 ،ص62. انظر بلحاج العربي ، أحكام الزّوجية وآثارها في ق أ ج ،دار هومة للنّشر والطّباعة والتّوزيع ،طبعة 2015 ،ص115.

[9] فقد ظهر اتّجاه النّظرية العقدية للخطبة في فرنسا في القرن ال19 مع صدور القانون المدني نظرا لسكوت المقنن الفرنسي عن تنظيم الخطبة في هذا القانون. انظر بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضّرر المعنوي في ق أ ج ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1،2007، ص 76 وما بعدها .

[10] المحكمة ع ، غ م ، 1981/07/12، ملف رقم 28412، غير منشور ، انظ بلحاج العربي، أحكام الزّوجية وآثارها في ق أ ج ، المرجع السّابق ،ص115.

[11] محمد خضر قادر ، دور الإرادة المنفردة في أحكام الزّواج والطّلاق والوصية ، ط1 ،الأردن ،2010 ، ص 110،نايف محمود الرجوب ، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ، ط1،دار الثقافة 2008، ص224. نقلا عن اسمهان عفيف ، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الصّرر، رسالة ماجستير، تخصّص قانون الأسرة ، جامعة أم البواقي ، 2011،ص88.

[12] ابراهيم مصطفى معجم الوسيط ، ج2 ،مطابع أوغست ، 1995، ص528 .

[13] اسمهان عفيف ، المرجع السّابق ، ص88.

[14] متّفق عليه، عن أبي هريرة رضي الله عنه ،انظر فتح الباري، ج1 ،ص90، والمشهور لدى المالكية ضرورة الوفاء بالإلتزام عملا كان أو وعدا. نقلا عن بلحاج العربي، أحكام الزّوجية وآثارها في ق أ ج ، المرجع السّابق، ص156 .

[15] رباب عبد العاطي ، الزّواج بين الشّريعة والقانون ، 22007/10/02 http www.arabs.net/pic/bsm/2://

[16] د.فتحي الدريني ، المرجع السّابق ،دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر ،ج2 ،ص730.

[17] ابن قدامة ، المغني ويليه الشّرح الكبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الجزء السّابع ،ص524. نقلا عن أحمد شامي ، ق أ ج طبقا لأحدث التّعديلات ، المرجع السّابق، ص37.

[18] بلحاج العربي ،مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة " د.ط " د.م . ج ،2000 ، ص612 .

[19] Parquet Muriel,Op.cit ,p 38 .

[20] المحكمة العليا ، غ أ ش،1992/03/17، ملف81129 ، المرجع السّابق ،ص62.

[22] المحكمة العليا ،غ أ ش، 2008/03/12،ملف رقم 415123 ، م م ع 2008، العدد1 ، ص275.

[23] عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة 2005،ص17.

[24] محكمة النّقص المصرية ، نقض مدني في 1939/12/14 ، طعن رقم 13،مجلة المحاماة ،العدد20 ،ص293. نقلا عن نعيمة مسعودة الياس، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان ،2010، ص52

[25] محكمة النّقض السّورية ،1970/11/30،مجلة القانون لعام71 ،ص521 ، انظر نعيمة مسعودة الياس ، المرجع السّابق ، ض69.

[26] أحمد شامي، ق أ ج طبقا أحدث التّعديلات ، المرجع السّابق ، ص46.

[27] جميل فخري محمد جانم ، التّدابير الشّرعية للحدّ من العدول عن الخطبة ، دار الحامد للنّشر والتّوزيع ، عمان الأردن ،ط1 ،سنة 2009،ص 323. نقلا عن دليلة فركوس، جمال عياشي ، محاضرات في ق أ ج، المرجع السّابق ،ص9.

[28] مجلة المحاناة الشّرعية ، السنة2 ، العدد1، ص44،45، وقالبه د.عمر الأشقر ، شرح ق أ ش الأردني ،ص39 ، نقلا عن بلحاج العربي ،المرجع السّابق ، ص167.

[29] بلحاج العربي ،أحكام الزّوجية وآثارها في ق أ ج ،المرجع السّابق ،ص167،انظر محمود شلتوت ،الفتاوى ،ص260. وقد قال بهذا الرّأي أيضا عبد الرحمان الصّابوني،أحكام الزّواج في الفقه الإسلامي ،ص81 ؛ ود. مصطفى السّباعي ،شرح قانون الأحوال الشّخصية ، ج1،ص67 و68.

[30] فتحي الدّريني ، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ،المرجع السّابق ، ص736. نقلا عن د/ سعاد سطحي ، التّعويض عن الأضرار المادية والمعنوية النّاجمة عن العدول عن الخطبة ، مجلة المعيار ، العدد2004،9،ص 2-4.

[31] د/ سعاد سطحي ، التّعويض عن الأضرار المادية والمعنوية النّاجمة عن العدول عن الخطبة ،ص 3.انظر فتحي الدّريني ، المرجع السّابق ، ص 737-743.

[32] رواه الإمام ملك في الموطأ ، وابن ماجة ، وصحّحه الشّيخ الألباني في الأرواء ، 896/3 ، المكتب الإسلامي بيروت .

[33] محمد أبو زهرة، الأحوال الشّخصية ، المرجع السّابق ، ص 37.

[34] محمد أبو زهرة المرجع السّابق ، ص37 .

[35] د. محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ،ط4، الدّار الجامعية بيروت ،1983،ص89-90.

[36] رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل ،المرجع السّابق ، ص36.انظر مصطفى السّباعى ،شرح قانون الأحوال الشّخصية ، ج1، ط3، مطبعة دمشق ، سنة 1970، ص26.

[37] د .مصطفى السّباعي ، شرح قانون الأحوال الشّخصية ، ج1 ، ط3، مطبعة دمشق ،1970،ص59،

[38] الدكتور وهبة الزّحيلي ، الزّواج والطّلاق ، ج2 ، منشورات كلية الدّعوى الإسلامية ، طرابلس لبنان، 1991 ، ص25.

[39] أسامة محمد منصور الحموي ، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون ،دراسة مقارنة ، جامعة دمشق ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 27، العدد الثّالث 2011، ص430.

[40] عبد الرّزاق السّنهوري ، الوسيط ،ج1،ص 689-690. نقلا عن أسامة محمد منصور الحموي ، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون ،دراسة مقارنة ، المرجع السّابق ، ص 429 -430.

[41] بلحاج العربي ،أحكام الزّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السّابق ، ص 168. انظر د/ وهبة الزّحيلي الفقه الإسلامي وأدلته ،ج7،ص27.

[42] اسمهان عفيف ، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضّرر ، المرجع السّابق ،ص89.

[43] رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل ، المرجع السّابق ، ص33.

[44] اسمهان عفيف ، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضّرر ، المرجع السّابق ،ص147.

[45] قرار مجلس قضاء مستغانم صدرسنة 1966 ، أي قبل صدور القانون المدني الجزائري، أين كان العمل حينها استنادا إلى القوانين الفرنسية لا سيما القانون المدني ومنها المادة1834 ، الّتي كانت كانت أساس التّكييف القضائي للحقّ في التّعويض عن العدول عن الخطبة .

[46] عبد العزيز سعد ، ق أ ج في ثوبه الجديد ، المرجع السّابق ،ص21.

[47] رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل ، المرجع السّابق ، ص38.

[48] اسمهان عفيف ،، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضّرر ، المرجع السّابق ،ص 147.

[49] محمد عزمي البكري ،موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشّخصية ،ط9 ،مصر،دار محمود 1999،ص34. نقلا عن اسمهان عفيف ، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضّرر ، المرجع السّابق ،ص90.

[50] رشيد بن شويخ ، شرح ق أ ج المعدّل ، المرجع السّابق ، ص 39.

[51] محمد صبري السّعدي ، مصادر الالتزام النّظرية العامة ، د ط ،الجزائر دار الكتاب الحديث ،2003،ج2،ص81 .

[52] ع الهادي بن زيطة ، تعويض الضّرر المعنوي في ق أ ج ، المرجع السّابق ،ص16. نقلا عن اسمهان عفيف ، السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضّرر ، المرجع السّابق ،ص67.

[53] رواه الإمام ملك في الموطأ ، سبق تخريجه .

[54] أضيفت بالقانون 10/05 المؤرّخ في 05/06/20 المعدّل للقانون المدني ، ج ر 44 ، سنة 2005،ص 24.

[55] بن شويخ رشيد ، شرح ق أ ج المعدّل ، المرجع السّابق ، ص 36-37.

[56] محكمة النّقض المصرية ، نقض مدني 11/15/ 62 ، طعن رقم 174، السنّة 28. انظر مسعودة نعيمة الياس ، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق ، المرجع السّابق ، ص .

[57] محكمة سوهاج 48/05/30 ، رقم 434 ، السّنة 48 ، ص 1056 .

[58] محكمة الفيوم الجزائية الأهلية ،1929/11/30، رقم110،مجلة المحاماة ، السنة11، ص181.

[59] محكمة الإسكندرية الكلية، 1930/11/14،رقم30،المجموعة الرّسمية ، السّنة32. نقلا عن مسعودة نعيمة الياس ، التّعويض عن الضّرر في بعض مسائل الزّواج والطّلاق ، المرجع السّابق ، ص .

[60] المحكمة العليا ، غ أ ش،91/04/23،ملف 73919، م ق 1993، عدد1، ص54.

[61] دليلة فركوس ، جمال عياشي ، محاضرات في قانون الأسرة ، المرجع السّابق، ص69.

[62] م،ع ،قرار رقم 135435، مؤرّخ في 96/04/23 ، م،ق، سنة 1998 ، عدد1 ،ص130.