

الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بلبشير يعقوب أستاذ مساعد أ

كلية الحقوق جامعة الشلف

مقدمة:

إن كل عقد من العقود ذا شأن وخطر حتما تسبقه مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد، ولما كان عقد الزواج له هذه الصفة باعتباره عهد وميثاق، لأنه عقد يستمر مدى الحياة لينتج آثاره التي وضع من أجلها. إذ الغرض من الزواج العشرة الدائمة بين الزوجين للتوالد والتعاون على شؤون الحياة وحاجات الإنسان، كان لا بد لمن أراد الزواج أن يكون كل منهما على بينة من أمر الآخر قبل الارتباط بعقد النكاح حتى لا يكون الندم بعد الاقتران.

وهذه المقدمات هي المسماة في عرف الفقهاء بالخطبة، حيث نظّمها الشرع وبين أحكامها. والخطبة بكسر الخاء هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها، فإذا أُجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما. أما إذا لم ينسجم الخاطب مع مخطوبته، فيعدل أحدهما أو كلاهما عن الخطبة بعد مضي فترة من الزمن. الأمر الذي أثار جدلاً كبيراً بين أغلب الفقه الإسلامي والفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للخطبة.

فإذا كان الفقهاء المسلمون قد أجمعوا على عدم اعتبار الخطبة بمنزلة عقد الزواج كقاعدة، إلا أنّ هذا لم يحل دون احتدام الجدل القانوني حول طبيعتها ومدى إلزاميتها، وكذا حول النصوص والمبادئ القانونية التي يجب أن تخضع لها أحكامها، لتترتب عليها آثارها القانونية.

فذهب اتجاه معين إلى اعتبار الخطبة بمثابة عقد،¹ فيما اعتبرها اتجاه آخر مجرد وعد بالزواج، وهو وعد غير ملزم.²

وخلال فترة الخطوبة قد يتبادل الطرفان فيها الهدايا والهبات، أو ربما يقدم الخاطب لمخطوبته مبلغاً من المال على حساب المهر لتجهيز نفسها. وقد يتميز عدول أحد الخاطبين عن الخطبة إلحاق الضرر المادي أو المعنوي بالطرف الآخر.

ومفهوم الخطبة اليوم في مجتمعنا الجزائري عبارة عن اتفاق يسبقه قراءة الفاتحة، ويقع غالباً بين والدي الخطيبين أو أوليائهما.³ لأنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، و عليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قانوناً قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

وبهذا تختلف الخطبة عن الفاتحة في المفهوم الشعبي، من حيث أن الفاتحة في عرفنا عبارة عن اجتماع مجلس الرجال يحضره عادة ولي الزوج والزوجة أو وكلاهما وجمع من الناس من أقارب الخطيبين، يتم فيه تحديد الصداق تليه قراءة الفاتحة وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحياناً، والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن عقد زواج شفهي وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.⁴

¹ - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية وحدة المغرب السنة الجامعية 2009-2010 ص 06.

² - محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين - دراسة فقهية و تشريعية و قضائية، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2013، ص 69.

³ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2007، ص 36.

⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط4، 2013، ص 16.

وغالباً ما يكون ذلك غيايباً دون إحضار الخطيبين إلى مجلس المواعدة بالزواج وإتمام مراسيم الخطبة.

ولقد عرّف المشرع الجزائري الخطبة بأنها وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها، كما أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة محددة، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها من أن الخطبة وعد بالزواج... وأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة.¹ ومعنى ذلك أنه متى وقع الاتفاق بين الخطيبين كان ذلك إجراءً تمهيدياً لإتمام عقد الزواج، إلا أنه يمكن لأحدهما أو كلاهما التّحلل من هذا الالتزام.

وعليه فإذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة فسخت الخطبة ولا يترتب على ذلك أي أثر. لكن ما حكم ما يقدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذا ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا إذا ما فسخت الخطبة برجوعهما أو برجوع أحدهما. فما هي القيمة القانونية لها كإجراء مستقل عن عقد الزواج؟ ومتى يكون العدول عنها موجبا للتّعويض؟ وما مآل المهر والهدايا عند حصول العدول عن الخطبة؟.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لقد ثار التساؤل حول الطبيعة القانونية للخطبة وذلك سواء في إطار الفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، فإذا تمت الخطبة وأدى ذلك إلى إبرام عقد

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 81129 بتاريخ: 17/03/1992، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص 62.

الزواج فهنا لا يثور أي إشكال، بينما إذا لم تنته هذه العلاقة إلى إبرام عقد الزواج، فإن من هذا الجانب لنا أن نتساءل عن الطبيعة القانونية للخطبة هل تعد عقداً أم وعداً بالعقد؟.

وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي ضمن المطلب الأول، ثم إلى الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الوضعي كمطلب ثاني.

المطلب الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

يرى جانب من الفقه على أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا الوعد غير ملزم عند جمهور الفقهاء. غير أن بعض الفقهاء يرون بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به.

وبناء على هذا الاختلاف بين الفقهاء في تفسير مدلول هذا الوعد من حيث كونه ملزماً أو لا؛ سوف نعالج في الفرع الأول رأي الفريق القائل بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به، وفي الفرع الثاني رأي الفريق الثاني القائل بأن الخطبة وعد غير ملزم.

الفرع الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به

يقول ابن محمد الخطّاب الفقيه المالكي: "مدلول الالتزام لغة: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً وهو بهذا المعنى شامل للبيع، والإجارة، والنكاح، والطلاق، وسائر العقود وأما في عرف الفقهاء فهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء بمعنى العطيّة، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم".¹

¹ - أبو عبد الله محمد بن محمد الخطّاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 68.

ونقل عن الإمام مالك أنه قال: "من أُلزم نفسه بمعروف لزمه ذلك فإن البيع والإجارة والنكاح لا تدخل في دائرتها وإن الواعد بها يأخذ عوضاً عمّا يعد به فهي من المعاوضات.¹

وقد تصدى الفقهاء المعاصرون لبحث هذه المسألة، وقد تباينت آراؤهم فيها، فمنهم من يرى أنه لا فرق بين الوعد في التبرعات والوعد في المعاوضات. ومنهم من يرى أن خلاف الفقهاء في هذه المسألة محل التبرعات، أما الوعد في المعاوضات فأمر آخر لم يكن مقصوداً لديهم، وعليه لا ترد عليه آراؤهم في الوعد في التبرعات.

كما اختلف الفقهاء الأقدمون في لزوم الوفاء بالوعد قضاءً في عقود الأوقاف والمعروف، مع اتفاقهم على لزوم الوفاء به ديانة، ولهم في ذلك مذاهب:

المذهب الأول: وجوب الوفاء بالوعد مطلقاً. ذهب ابن شبرمة إلى أن الوعد يلزم الوفاء به ديانة و قضاء إلا من عذر يمنع الوفاء.² وهو قول الحسن البصري، وبه قال إسحاق بن راهويه.

وذكر ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم أن عليه طائفة من أهل الظاهر.³ وقال الإمام الغزالي: "إذا فهم الحزم في الوعد فلا بد من الوفاء إلا أن يتعذر".⁴

¹ - عبد الله بن محمد، الوعد والمواعدة في التبرعات والمعاوضات، مجلة الإسلام في آسيا، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، المجلد 7، العدد1، جويلية 2010، ص37.

² - ابن حزم، المحلى، ج8، مطبعة النهضة، مصر، ص28.

³ - ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، دار ابن كثير، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص404.

⁴ - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج3، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2005، ص139.

المذهب الثاني: أن الوعد ملزم ديانة لا قضاء. وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ والمالكية في قول عنهم⁴ وبه قال الظاهرية.⁵

المذهب الثالث: وهو مذهب المالكية، حيث فصلوا فيما يجب الوفاء به من الوعود وما لا يجب وانقسموا في ذلك إلى فريقين:

ذهب الفريق الأول إلى أن الوعد يجب الوفاء به ديانة وقضاء، إذا تمّ على سبب ودخل الموعود بسبب الوعد في شيء، أمّا إذا لم يدخل الموعود له في شيء بسبب الوعد فلا شيء على الواعد ولا يجب عليه الوفاء بالوعد، وهذا هو المشهود عن الإمام مالك.⁶

وذهب الفريق الثاني من المالكية إلى أن الوعد يجب الوفاء به ويقضي به القاضي على الواعد إذا تمّ الوعد على سبب، ولو لم يدخل الموعود له بسبب الوعد في شيء.⁷

لقد تبين من خلال مذاهب الفقهاء و أدلتهم أنّهم اختلفوا في لزوم الوفاء بالوعد قضاء إلى ثلاثة اتجاهات.

أ - جمهور الفقهاء يرون أن الوفاء بالوعد مستحب ويكره إخلافه.

¹ - محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008، ص 321.

² - يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، ج5، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1991، ص 390.

³ - منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع، ج6، عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1983، ص 275.

⁴ - محمد بن احمد الحطّال، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1984، ص 145.

⁵ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ص 28.

⁶ - احمد بن إدريس القرافي، الفروق و أنوار البروق في أنوار الفروق، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص 56.

⁷ - أحمد بن إدريس القرافي، نفس المرجع، ص 55 و56.

ب - وهناك اتجاه ثان يرى أصحابه أنّ الوفاء بالوعد واجب مطلقاً، وهذا رأي عمر بن عبد العزيز وابن شبرمة.

ج - وفريق ثالث من العلماء يفرق بين الوعد المجرد، والوعد الوارد على سبب. إذن الوعد أو العهد عبارة عمّا يلتزم به المرء للآخر، وقد ورد ذكر العهد في القرآن الكريم والسنة النبوية كثيراً ويراد به في الغالب ما يعاهد به الناس بعضهم بعضاً، وفي معنى العهود العقود.¹

ويذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخطبة وعداً لازماً بالزواج وواجب الوفاء به. وبذلك قال الحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وابن حجر العسقلاني وابن العربي وابن القيم وغيرهم؛² لأنّ مبادئ الشريعة الإسلامية تحث على الوفاء بالوعد وتنذر عن العذر بالعهد. وقد استدلل هؤلاء الفقهاء بما يأتي:

أولاً - من القرآن الكريم:

أ - قوله تعالى: { يا أيها الذين آمنوا لم تقولون ما لا تفعلون كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون }.³

هذه الآية يحتج بها على أنّ من ألزم نفسه عقداً لزمه الوفاء به، والوعد ما ألزم الشخص نفسه به.

قال ابن كثير في تفسيره: "بأنّ الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعداً أو يقول قولاً لا يفني به، كان هو الدافع لاستدلال من ذهب من علماء السلف إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقاً، سواء ترتب عليه عزم للموعد أم لا.¹

¹ - بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2013-2014، ص 08

² - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 66.

³ - سورة الصف، الآية: 2 و3.

ويستفاد من الآية حمل الوفاء بالوعد على اللزوم والوجوب.

قوله تعالى: { واذكر في الكتاب إسماعيل إنه كان صادق الوعد وكان رسولاً نبياً }².

قالوا بأن الله عز وجل أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد، وفي هذا دليل على أن الوعد ملزم يجب الوفاء به.³

ويرى ابن الشاطب بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا حيث يتعذر الوفاء، حيث يقول: "الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً فيتعين تأويل ما يناقض ذلك".⁴

ثانياً - من السنة النبوية:

قوله عليه الصلاة والسلام: " آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا وعد أخلف وإذا أؤتمن خان"⁵

وعن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أضمنوا لي ستاً من أنفسكم اضمن لكم الجنة اصدقوا إذا حدثتم وأوفوا إذا وعدتم... ".⁶ من خلال هذا الحديث فإن خلف الوعد هو من ضمن صفات المنافقين وهذا يدل على التحريم، وذلك لأنّ ذكر حلف الوعد في سياق الذم دليل على

¹ - إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن العظيم، م 8، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1999، ص 105.

² - سورة مريم، الآية: 54.

³ - إسماعيل بن عمر بن كثير، المرجع السابق، ص 464.

⁴ - قاسم ابن الشاطب، إدرار الشروق على أنواء الفروق، ج3، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 2003، ص 27.

⁵ - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، م1، ج1، دار طوق النجاة، لبنان، ص 16.

⁶ - خارق محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 60.

التحريم.¹ فلا يعدل الخاطب عن عزمه الذي هو الزواج، إذ هو نقض للعهد أو الوعد. لأن أدب الوعد في الإسلام يلزم المسلم الوفاء بالموعود ما أمكنه ذلك.

الفرع الثاني: الخطبة وعد غير ملزم

الخطبة شرعا ليست عقدا، وإلا كانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول عنها. ومن ثم فإنها تعتبر وعدا بالزواج، وهذا الوعد لا يزيد شيئا عن مرتبة الالتزام الأدبي المطلوب للوفاء بالعهد.

وذلك لأن الإلزام بالتصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع لأنه هو الذي يعطي القوة الإلزامية للتصرفات أو يكون التراضي كاملا على الالتزام، وما نراه هو أن الخطبة تخلو من هذا الالتزام، فقد كان التراضي بين الخاطب والمخطوبة وأهلها على أساس أنّ هذا كان تمهيدا لعقد هو عقد الحياة.

فجمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري: "لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام".²

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعدا به، ومنهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل واحد

¹ - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2002، ص 21 و22.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام-مصادر الالتزام: العقد-العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب-القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 827.

منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل حقه وليس لأحد عليه من سبيل".¹

يقول الدكتور مصطفى شلي: "لا تخرج الخطبة عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد، فيصيح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه وفي هذا من الضرر ما لا يخفى".²

ومنها ما أورده السيوطي بقوله: "والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم، بل جائز من الجانبين قطعاً".³

يقول الإمام محمد أبو زهرة: "والخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافا للإمام مالك في بعض أقواله.⁴ أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء، وفي بعض الأقوال، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد بالخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يقتضي أن يمضي عقد الزواج غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير".⁵

ويضيف قائلاً: "الخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالعقد، وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد حتى على رأي الفقهاء الذين يعتبرون الوعد ملزما لإنشاء العقد، وذلك لتوافر حرية الاختيار كاملة، فإن ذلك من مصلحة العاقدين ومن مصلحة المجتمع، لأنه عقد الحياة والتزوي فيه أمر لا بد منه، ولو ألزم الخاطب

1 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط3، 1957، ص 34 و35.

2 - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، 1983، ص 82.

3 - عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985، ص 55.

4 - عبد الرحمن عتر، نفس المرجع، ص 54 و55.

5 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط3، 1948، ص 35.

بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد قبل أن تتوافر كل أسباب الدرس والفحص، وتقليب الأمور على وجوهها".¹

كما ذهب إلى هذا الرأي العديد من الفقهاء أمثال الأستاذ بدران أبو العينين بدران إذ يقول: "إذا تمت الخطبة واستوفت شرائطها اللازمة وغيرها ووافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة على الخطبة، فلا تعتبر زواجا، ولا يترتب عليها أحكام الزواج. إنما هي مجرد عِدَّة بالزواج ومقدمة من مقدماته، وليس لها قوته، ولا يكون نقضها نقضا للعقد ولا فسخا له، إنما هو خلف وعد".²

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: "الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست زواجا، فيظل كل من الطرفين أجنبيا عن الآخر، ولا يحل له الاطلاع إلا على المقدار المباح شرعا.³ فيجوز في رأي أكثر الفقهاء للخطاب أو المخطوبة العدول عن الخطبة؛ لأنه ما لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام".⁴

قول الأستاذ محمود علي السرطاوي: "الخطبة ليست إلا وعدا بالزواج وهو وعد غير ملزم، يحق لكل واحد منهما أن يعدل عن الخطبة متى شاء، كما أن عقد الزواج لا يتم بقبض أي شيء على حساب المهر، أو بقبول الهدية أو قراءة الفاتحة، فهذا كله لا يعتبر عقدا، ولكل واحد منهما العدول متى شاء".⁵

¹ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1971، ص 64 و65 .

² - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 38 و39.

³ - وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ج3، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 2006، ص 18.

⁴ - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 23.

⁵ - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط3، 2010، ص 16.

ويرى السيد سابق: "أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وليست عقدا ملزما، والعدول عن إنجازها حق من الحقوق التي يملكها كل من المتواعدين. ولم يجعل الشارع لإخلاف الوعد عقوبة مادية يجارى بمقتضاها المخلف، وإن عدّ ذلك خلقا ذميماً".¹

خلاصة ما جاء في هذا المطلب أن جمهور الفقهاء ومنهم الحنابلة والشافعية يرون أن الوعد غير لازم مطلقا، ولا يجب الوفاء به قضاء وإنما هو ملزم ديانة. أما الحنفية فقالوا أن الأصل هو عدم لزوم المواعدة، وجعلوا لهذا الأصل استثناء بحيث تصبح المواعدة لازمة عندما تكتسي بصورة التعاليق أي بناء على وعد معلق. لأنه يظهر فيها معنى الالتزام والتعهد.

وقد اختلف فقهاء المالكية بشأن إلزامية الوعد بالتعاقد، فقال البعض يلزمه بشكل مطلق وذهب البعض الآخر إلى عدم لزوم الوعد مطلقاً. إلا أن الراجح لديهم هو أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به قضاء فالوعد من مكارم الأخلاق. ويبقى الواعد ملزم بالوفاء بوعد المعلق على أمر إذا دخل الموعد بسببه في هذا الأمر.

ومن خلال ما سبق يتبين أن الخطبة في نظر الشريعة الإسلامية وعد بالزواج، يجب الوفاء به ديانة، وإن لم يكن هناك أسباب للعدول عنها، وإن وجدت يجوز التحلل من هذا الوعد.

وهذا ما أجمع عليه الفقهاء، حيث يقول الأستاذ مصطفى السباعي: "بأن من عدل عن الخطبة من غير سبب مقبول كان آثما عند الله، وإن عدل لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا إثم عليه".²

¹ - السيد سابق، فقه السنة، ج2، دار مصر للطباعة، القاهرة، مصر، 1946، ص 20.

² - بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2012-2013، ص 10.

ورأي الجمهور هو المعبر لأنه المتفق مع الحكمة في الخطبة وهي الاختيار السليم، ولأن إلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه وهو مالا يجوز في الزواج الذي يفترض فيه أنه عقد أبدي مما يوجب أن تكون الحرية في إنشائه أوسع مجالاً مما في غيره من العقود والارتباطات.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الوضعي

اتفق النظر القانوني في جميع البلاد العربية على أنّ الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى لمرتبة العقد، وليست لها الصبغة الإلزامية ولا القيمة القانونية، حيث لا تزيد عن كونها التزاماً أدبياً لا غير. وهذه الطبيعة غير الإلزامية للخطبة سار عليها كثير من الفقهاء في فرنسا وفي مصر وبقية العالم الغربي، ونصت عليها تشريعات الأحوال الشخصية العربية، ودرجت عليها اجتهاداتهم القضائية.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة في تشريعات بعض الدول العربية

لقد نصت أغلب القوانين العربية على أنّ الخطبة وعد بالزواج، وهو ما نجد في المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت على أنّ: " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".¹ وبهذا التعريف سمّت المدونة طبيعة الخطبة بأنّها ليست زواجا ولا يترتب عليها أي حكم من أحكامه لأنّ القواعد والأحكام لا تترتب عليه ولا على مجرد وعد من الخاطب، ووعد أيضا من المخطوبة وهذا الوعد ما هو إلا مقدمة لعمل يتم أو لا يتم، ولذلك نجد البعض يعرف الخطبة بأنّها مشروع في الزواج ومقدمة له ومتعلق من متعلقاته، فهي إذن تمهيد لا يقيد أحدا من المتواعدين.²

¹ - المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية. ظهر شريف رقم: 22-04-1 صادر في 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية للملكة المغربية رقم: 5184 بتاريخ، 05 فبراير 2004.

² - أحمد نصر الجندي، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص

كما أنّ المادة 06 من المدونة اعتبرت الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.¹

والقول بعدم إلزامية الخطبة، وأن الإيجاب والقبول اللذان تتم بهما لا يكونان اتفاقاً قانونياً، أمر يتفق مع ما كان مقرراً في ظل مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تنص في الفصل 02 فقرة 01 على أن: "الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج". خاصة وإن الوعد غير ملزم في القانون المغربي، بصريح الفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "الوعد لا ينشئ التزاماً".²

أمّا قانون الأحوال الشخصية السوري، فقد نص في مادته 02 بأنّ: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا". وأمّا نص المادة 03 من نفس القانون، فقد جاء كما يلي: " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".³

إنّ الخطبة بهذا المفهوم ليست عقداً ولا زواجا، وإنّما هي وعد بزواج والوعد لا يأخذ حكم العقد، وعليه فلا يباح للخطيبين اختلاط الأزواج، إذ لم تتحقق أركان العقد وشروطه، ولا يترتب عليها أي حق لأحدهما تجاه الآخر، ولو

¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 32.

² - فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2009-2010، ص 07.

³ - المادة 02 و 03 من قانون الأحوال الشخصية السوري. الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07. المعدل بالقرار الوزاري رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07، النافذ بتاريخ 5 أفريل 2009.

قدّمت بعض الهدايا وقرئت الفاتحة وما إلى ذلك، فلكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة دون ترتب أية آثار على ذلك.¹

كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 01 على ما يلي: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به".²

ونصت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر سنة 2005 على أنّ: "الخطبة طلب التزوج، والوعد به، ولا يعد ذلك نكاحاً".

والفقرة الأولى من المادة 18: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة".³

والمادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي نصت على أنّ: "الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا". وفي نص

المادة 03 من نفس القانون: "لكل من طرفي الخطبة أن يعدل عنها".⁴

قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 02 نص على أنّ: "الخطبة

طلب الزواج أو الوعد به". وفي مادته 03: "لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بالوعد

¹ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط2010، ص3، ص40.

² - الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الصادرة بالأمر المؤرخ في 13/08/1956 والمنقحة بالقانون عدد 32 المؤرخ في 14 ماي 2007. الرائد الرسمي التونسي عدد 42 الصادر في 15/05/2007، ص 1851.

³ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي عدد 28 لسنة 2005، المؤرخ في 19 نوفمبر 2005، الجريدة الرسمية عدد 439، بتاريخ 30 نوفمبر 2005.

⁴ - وزارة العدل الكويتية، مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2008، فبراير 2001، ط1، ص 13. الجريدة الرسمية - الكويت اليوم، العدد 852، السنة 54.

ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية".
وأضاف في مادته 04: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".¹
كما نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في مادته 03 على أن: "الوعد
بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا".²

واضح من خلال هذه النصوص جميعا بأن الطبيعة القانونية للخطبة هي
وعد بالزواج غير ملزم، أي يجوز العدول دون قيد أو شرط. وكفالة حرية الزواج
هي التي دفعت جل التشريعات إلى الإحجام عن إضفاء طابع الإلزام على
الخطبة، بأن يكون المخطوبين بمنأى عن تأثير قواعد المسؤولية المدنية للإقدام
على هذا الزواج بصفة إلزامية.

وهذا ما ذهب إليه الفقهاء، فقد قالوا بأن الخطبة وعد بالزواج وليست
عقدا.³

وبناء على ذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ لكل من الخاطب والمخطوبة أن
يعدل عن الخطبة وينقض وعده.⁴

والخطبة ليست عقدا، بل هي وعد بالعقد وهذا تكييفها القانوني، وهذا
التكييف متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها، وهو متفق مع النظر القانوني
الحديث في القوانين العربية والغربية.

¹ - قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم: 61 لسنة 1976 المعدل بالقانون رقم: 36 لسنة 2010،
الجريدة الرسمية رقم: 5061 بتاريخ 2010/10/17.

² - قانون الأحوال الشخصية العراقي. أ شار إليه فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال
الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، عقد الزواج وآثاره، والفرقة وآثارها، وحقوق
الأقارب، جامعة السليمانية، العراق، 2004، ص 7.

³ - جلال الدين السيوطي، الحاوي للفتاوى، ج1، دار الكتب المصرية، مصر، 1982، ص 187.

⁴ - فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 26.

إذ نصت كل القوانين العربية على أنّ الوعد بالزواج لا يعد زواجا. وكان ذلك واضحا في نصوص بعض التشريعات العربية السالفة الذكر، حيث نصت صراحة على هذا المعنى مثل القانون السوري والقانون الإماراتي.

وعلى المستوى التطبيقي، فقد قررت محكمة النقض المصرية بأن الخطبة في الزواج ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل في أي وقت شاء. خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته.

كما قررت بأن لكل من الخاطبين مطلق الحرية في العدول عن الخطبة، إذ لا مرء في أنه يجب أن يتحقق كامل الحرية في إجراء عقد الزواج الذي له خطره في شؤون المجتمع.¹

وقد استقر الاجتهاد في مصر على أنّ حرية الموافقة على الزواج أو عدم الموافقة عليه من النظام العام.²

كما قرر القضاء في بلاد المغرب العربي على أن الخطبة ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء. خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته.³

¹ - نقض مدني مصري في 14/09/1939. أشار إليه بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 32.

² - محمد فهد شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة على ضوء الاجتهاد القضائي، ج1، دمشق، 1972، ص 123.

³ - قرار المجلس الأعلى المغربي في 11/01/1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31، ص 92. نقض مدني تونسي في 03/03/1959، مجلة القضاء والقانون، 1959، العدد 02، ص 30. نقض مدني مصري في 15/11/1962، رقم: 174، مجلة القضاء، ج9، ص 18. نقض مدني سوري، في 13/11/1982، رقم: 376، مجلة القضاء، ص 439. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 41.

فالخطبة إذن من الناحية القانونية لا تعدو أن تكون مجرد وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل، فهي وسيلة لتعارف الخطيبين بعضهما ببعض، وتحديد الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عقد الزواج.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة في قانون الأسرة الجزائري

لقد كَيّف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري على أنّها وعد بالزواج.¹ مستندا في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي ومتأسياً بأمثاله من المشرّعين العرب؛ وهذا الوصف - الوعد بالزواج - ليس جديدا على القانون الجزائري إذ نصت المادة 04 من الأمر رقم: 59-274 المؤرخ في 04 فبراير 1959 على أن: "الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يرتب أي التزام بإبرام الزواج".² وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 بأن: "الوعد بالنكاح في المستقبل وبمجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح وللخاطب العدول عمّن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعد بتزويجها منه".³

هذا، وإن وصفت أو كيفت الخطبة بوعد، فهذا لا يعني التطبيق عليها أحكام المادة 71 من القانون المدني التي نصت على أنّ: "الاتفاق الذي يعد له

¹ - القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 15 في 27/02/2005، ص 18.

² - الأمر 59-274 المؤرخ في 04 فبراير 1959. نقلا عن بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 81.

³ - سعد عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 1995، ص 331.

كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".¹

ويستبعد كذلك الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة 72 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".²

الملاحظ على نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري أنّ المشرع استعمل لفظ "الوعد"، وهذا المصطلح له دلالاته من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادتين 71 و72 من القانون المدني الجزائري؛ ويتضح من خلال نص هاتين المادتين أنّ الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد بشرط أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، أو أن يكون من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية في هذه الحالة يكون ملزما لصاحبه. إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل، وإلا جاز للواعد الرجوع في الوعد.³ وعموما فإن مجرد الوعد طبقا لهاتين المادتين لا ينشئ التزاما.⁴

¹ - الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20/06/2005. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44 في 26/06/2005، ص 17.

² - المادة 72 من نفس الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 38.

أما قانون الأسرة فقد اعتبر الخطبة وعدا بالزواج وهذا الوعد من نوع خاص، يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار.¹ وبناء على هذا التكييف القانوني فإنّ الخطبة ليست عقدا ملزما، وليس لها شيء من أحكامه وآثاره، ولا تعدو كونها مقدمة للزواج ووعدا به. ولا يغير من هذه الحقيقة ما جرت به أعراف وعادات الناس من قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا، أو دفع الصداق أو غيرها.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة والفاتحة شيئا واحدا يرتبان نفس الآثار، ويخضعان لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري. وهذا ما جاء في المادة 06 من القانون رقم: 84-11²، حيث نصت على أنه: "يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه".

وعمقتى التعديل الجزئي للمادة 06 من الأمر 05-02³ أكد المشرع في الفقرة الأولى من هذه المادة على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا. حيث اعتبرها المشرع وعدا بالزواج.

وقد اعتاد كثير من الناس قراءة الفاتحة بعد إعلان الخطبة، وهو مجرد تأكيد للوعد بالزواج. لكن في الواقع أنّ هذه المسألة قد جرى بشأنها نقاش حاد وكثير، حيث اعتبر المشرع الجزائري الفاتحة خطبة. هذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، وجاء في إحداها ما يلي: "...حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم

¹ - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص21.

² - القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

³ - الأمر 05-02، المعدل والمتمم للقانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه.

لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين".¹

ولكن استنادا إلى العادات الجزائرية فإن قراءة الفاتحة يعتبر عقد زواج. فهي ذلك المجلس الذي يحضره عادة أولياء الزوج والزوجة أو من يمثلهما شرعا وقانونا. كما يحضره جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين ومن أعيان المنطقة. ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية، والمعبر عنه بالزواج العرفي؛ ومن الممكن أن تقع الخطبة والفاتحة في مجلس واحد متحدثين زمانا ومكانا.²

وأمام هذا الوضع ولما تبين للقضاء الجزائري بأن هذه المادة لا تتماشى والعادات السائدة في بلادنا تراجع عن موقفه السابق وأصدرت المحكمة العليا قرارا صدر بتاريخ: 1992/04/14 جاء فيه: "...ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 81129، صادر بتاريخ: 1992/03/17، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص31.

² - سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط4، 2013، ص16.

بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".¹

في هذه الحال اعتبرت المحكمة العليا الخطبة زواجا صحيحا من الناحية الشرعية، لكنه غير مسجل من الناحية القانونية. ومن ثم، أمكن اعتبارها عقدا شرعيا يستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانونا بموجب حكم قضائي وفقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.²

إذن هذا الزواج ينقصه التوثيق أي الشكلية وفقا لأحكام المادة 18 من نفس القانون؛³ ومن ثم، لا يعد أن يكون زواجا عرفيا غير رسمي.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 04 أبريل 1995، ومما جاء في حيثيات القرار ما يلي: "...حيث أنّ المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج. أمّا في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة 06 المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة...".⁴

وفي الأخير لا يمكن إخضاع الفاتحة لأحكام الخطبة للاختلاف القائم بين الإجراءين، فإذا كانت الخطبة وعداً بالزواج فإن إجراء الفاتحة يعتبر زواجا من

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 81877 بتاريخ: 1992/04/14، عدد خاص، ص 33. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، المرجع السابق، ص 16.

² - نصت المادة 22 من الأمر 05-02، المرجع السابق على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...".

³ - نصت المادة 18 من الأمر 05-02، نفس المرجع على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من هذا القانون".

⁴ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 111876 بتاريخ: 1995/04/04، المجلة القضائية، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 36. أشار إليه بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 88.

الناحية العرفية ولا ينقصه سوى التسجيل على مستوى الحالة المدنية وهو ما يقرره القانون في المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، وهو ما كانت تقضي به الجهات القضائية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري؛ حيث جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 22 نوفمبر 1982 في القضية رقم: 28784: "يعتبر كل زواج صحيحاً إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية وتترتب عليه آثاره".¹

وفي هذا المعنى نصت المادة 06 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "... غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".²

وبالرغم من هذه المحاولة إلا أنّ المشرع الجزائري لا زال مصراً، على أنّ الفاتحة المقترنة بالخطبة لا تعدّ زواجا، وكأنه بذلك لم يراع الأعراف والعادات. لأنّ الفاتحة في المشرق العربي تقرأ للتبرّك فحسب، وتعتبر قراءة الفاتحة من الناحية القانونية خطبة؛ مثل ما جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري المادة 2 فقرة 1: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".³

¹ - سعيد بويصري، قانون الأسرة الجزائري ما له ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مؤسسة ابن خلدون للدراسات والبحوث، الجزائر، العدد 05، 2000، ص 195.

² - المادة 6 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

³ - سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط1، 2010، ص 26.

أما الفاتحة في الجزائر فهِيَ عقد عربي، وبالرغم من أنّ المشرع قد استدرك ذلك في تعديل 2005 من خلال المادة 6 فقرة 2 إلا أنّ الفقرة الأولى من المادة 6، تبقى مجرد زيادة كان ينبغي على المشرع عدم إضافتها.¹

المبحث الثاني: آثار العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إنّ موضوع العدول عن الخطبة من أعقد المظاهر الاجتماعية بين الناس وأكثرها خطراً على حسن استمرار العلاقات بينهم، لما له من آثار كثيرة خلقية واقتصادية تثير النزاع بينهم.

ولهذا سوف نعمل على بيان حكم الشريعة الإسلامية في العدول عن الخطبة من حيث جوازه وعدمه، ثمّ بيان أثر ذلك على المهر والهدايا المتبادلة بين الخطيبين، وما يمكن أن يجره العدول عليهما من أضرار مادية ومعنوية، مع تبيان موقف بعض تشريعات الدول العربية ورأي المشرع الجزائري من ذلك.

المطلب الأول: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أنّ الخطبة وعد وليست عقداً، والوعد في الفقه الإسلامي غير ملزمة قضاء، وكذلك ديانة إذا كان في نقضها مصلحة غالبية.

فإذا كانت المصلحة في الوفاء بالوعد وجب الوفاء به ديانة توفيراً للمصلحة. وعلى هذا فإنّ لكل من الخطابين أن يعدل عن الخطبة، ويمنع عن الاستمرار فيها في أي وقت شاء دون حاجة إلى بيان الأسباب، لأنّه بذلك يمارس حقاً مطلقاً له أثبتته له الشارع، ولا حق للطرف الثاني في منعه منه قضاء. أما ديانة فإنّ

¹ - المادة 6 بفقرتها تنص: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا،...". الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

عدول الخاطب عن الخطبة وامتناع المخطوبة عن الاستمرار بالخطبة مكروه ما لم يكن لذلك مبرر شرعي، وذلك لما فيه من الإضرار بالطرف الثاني.

لكن قد يأتي هذا العدول بعد فترة طويلة ويكون الخاطب قد قدم لمخطوبته أو وليها مهرا أو جزءا منه قبل عقد الزواج، أو قد يتبادل الخطيبين بعض الهدايا مما يثير التساؤل عن مصير هذا المهر والهدايا عند العدول عن الخطبة؟.

الفرع الأول: آثار العدول عن الخطبة على الهدايا المتبادلة بين الخطيبين

جرت الأعراف قبل انعقاد الزواج أن يتقدم أهل الخاطب إلى أهل المخطوبة فيقرؤون الفاتحة ثم يتفقون على المهر وتقدمه كله أو جزءا منه فقط. كما جرت عادة الناس أن يقدم الخاطب لخطيبته بعض الهدايا في فترة الخطوبة، إعرابا منه عن رغبته فيها واهتمامه بشؤونها، وربما أهدت الخطيبة لخطبها بعض الهدايا أيضا في مناسبة معينة.

فإذا تبادل الخطيبان الهدايا ثم حصل بينهما عدول عن الخطبة، فما أثر ذلك العدول على الهدايا المشار إليها؟، وإذا قدم الخاطب المهر لمخطوبته سلفاً قبل عقد النكاح، ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو توفي، فما هو الحكم الشرعي في هذا المهر المقبوض سلفاً؟.

أولاً- حكم المهر في حالة العدول:

بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر فلا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب رد ما قدمه من مهر قليلا أو كثيرا، لأنّ المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه أو أثر من آثاره، وما دام الزواج لم يوجد فلا حق للمخطوبة في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج، فإن كان قائما أخذه بعينه، وإن كان هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيمياً أيّاً كان سبب العدول،

من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، وسواء كان إراديا أو لا إراديا كالموت.¹

والخاطب إذا دفعه أثناء الخطبة فعلى سبيل إتمام الخطبة بعقد الزواج ولم يتم، فيجب رده إلى الخاطب في حال العدول عن الخطبة، لعدم تعلق حق المخطوبة به، إذ لم تصبح زوجة، ويد المخطوبة عليه يد أمانة، وحكمه حكم الوديعة.² وهذه آراء الفقهاء في حكم رد المهر للخاطب أثناء العدول عن الخطبة:

- نص الحنفية على أنّ للخاطب أن يستردّ ما دفعه على حساب المهر عيناً إن كان قائماً، أو عوضه إن كان قد هلك أو استهلك.³

- والصدّاق عند المالكية من أركان العقد،⁴ وليس بين الخاطب والمخطوبة عقد فلا يحل لها نصف الصّدّاق إلا بالعقد، ويحل كاملاً بالدخول، فبعُدول أحدهما وعدم العقد لم تستحق المخطوبة المهر فينبغي عليها أن تعيده للخاطب لأنه لم يعطها الشيء باعتباره هبة حتى تطبق عليه أحكام الهبة.

- والشافعية يعرفون الصّدّاق بقولهم: "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع شهود".⁵ فهذه هي الحالات التي يجب فيها المهر، وليست الخطبة منها، فلا يحل للمرأة أخذه بل عليها إعادته.

¹ - محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 82.

² - أسامة محمد منصور الحموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 419.

³ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - العبدري محمد بن يوسف، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص 499.

⁵ - شمس الدين محمد بن الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص 220.

- والصدّاق عند الحنابلة هو: "العوض المسمّى في النّكاح،¹ ولا نكاح بين الخاطبين يوجب المهر أو نصفه؛ فإذا أعطاهما شيئاً باعتباره مهراً لها أو جزءاً من المهر فالظاهر أنه يستحق استرداده، لأنّه لم يعطها ما أعطاهما على أنه هبة وإنما على اعتباره مهراً فأشبهه ما يقدمه المشتري مالاً عوضاً عن شيء ولم يسلم له هذا الشيء له استرداد ما تسلمه من مال.

وهكذا تلتقي آراء الفقهاء جميعاً عند نقطة واحدة وهي أنّ المهر لا يجب إلاّ بعقد النكاح، وفي حال الخطبة لا يوجد عقد نكاح، فاحتفاظ المرأة بالمهر بعد عدول أحد الطرفين حياةً للمال بغير سبب مشروع؛ فعليها إعادة المال لصاحبه.

وقد تكون المخطوبة قد أعدت بهذا المهر بعض الجهاز الذي تعدّه عادة لاستقبال الحياة الزوجية، فإذا أطلبه الخاطب، فهل لها أن تسلمه ما اشترته به، أو أن عليها أن تسلمه المهر الذي قبضته عينا، ومثله أو قيمته إن هلك أو استهلك؟. وفي هذه الحال يكون استرداد المهر فيه مضرة لها.

لم يتحدّث الفقهاء في هذا الموضوع بتفصيل، وربما كان إغفالهم له بسبب أنّ عادة القوم كانت أن لا يتصرّفوا بالمهر إلاّ بعد العقد.

وإذا عمدنا إلى تطبيق القواعد العامة هنا اتّجهنا اتّجاهين اثنين:

الأول: إلزام المخطوبة بإعادة ما قبضته من الخاطب من المهر عينا إن طلبه منها إن كان قائماً، فإن أهلكته أو استهلكته أعادت مثله إن كان مثلياً وإلاّ أعادت قيمته، ذلك أنه أمانة عندها ولا يدخل في ملكها إلاّ بالعقد، وما دام قد طلبه قبل العقد فإنّ عليها ردّه على الوجه المتقدّم، لأنّه في حكم الأمانة ما لم يتفق الخاطبين على خلاف ذلك.

¹ - ابن المفلح إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص130.

الثاني: إلزام المخطوبة بردّ ما اشترته بالمهر من الأثاث والجهاز لأنّه مدفوع لها مع التوكيل الضمني بالشراء به بحكم العرف،. فإن اشترت به ما جرت عادة الناس على شرائه كالجهاز، فالأرجح أن يكون ما اشترته للخاطب تدفّعه عند طلب المهر، ولا تجبر على دفع المهر عينا، وذلك إقامة للعرف مقام الإذن، للقاعدة الفقهية: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا".¹

وذهب بعض العلماء إلى أنّه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإن كان العدول من الخاطب فلا تردّ المرأة المهر ولا قيمته إذا هلك، لأنّ مبادئ العدالة والأوضاع الاجتماعية تقضي هذا.

وإن كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد المهر، إذ من العدل أن تتحمّل هذه الخسارة لأنّها هي التي كانت سببا، فتكون راضية بالخسارة.² والراجح ما ذهب إليه أغلب الفقهاء من أنّ المهر لا يجب إلّا بالعقد، والخطبة ليست إلّا مجرد وعد بالزواج حتى لو صاحبها الاتفاق على مشروع عقد الزواج، فمشروع العقد غير العقد ذاته. وعليه يتوجّب على المخطوبة رد المهر عينا أو مثلا أو قيمة، سواء كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة.

ثانيا- حكم الهدايا:

إذا قدّم أحد الخاطبين للآخر هدايا، فما هو الحكم الشرعي لهذه الهدايا إذا عدل أحدهما عن الخطبة؟

¹ - أحمد الحجي الكردي، ((التكييف الفقهي للخطبة وحكم العدول عنها وأثرها في المهر والهدايا والتعويض عن الأضرار)):

<http://www.islamic-fatwa.com> 26/07/2016. 19h 42:

² - محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين (دراسة فقهية وتشريعية وقضائية-الزواج-الطلاق-الخلع-الحضانة)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2013، ص 81.

تباينت أقوال المذاهب في هذه المسألة، وقد نص بعضهم على ذلك صراحة. ولما كانت الهدايا تأخذ حكم الهبة، فإن الفقهاء اختلفوا في رد الهدايا إلى أربعة أقوال:

الأول - قال الحنفية: "هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه. فإن كان ما أهداه الخاطب موجودا فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام، وصنع القماش ثوبا، فلا يحق للخاطب استرداد بدله. لأنّ الهبة يمتنع عندهم الرجوع فيها بموانع سبعة.¹ وسواء كان العادل عن الخطبة الخاطب أو المخطوبة.² ومن ذلك يتبين أنّه ليس للخاطب أن يسترد من المخطوبة إلا الهدايا التي بقيت موجودة بأعيانها إلى حين العدول كالخاتم والسوار والأقمشة.

الثاني - وذهب الشافعية: إلى أنّ للخاطب الرجوع في كل ما قدمه إلى المخطوبة، فما كان قائما أخذه، وما كان هالكا أخذ قيمته، وسواء أكان الترك

¹ - موانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة:

- الزيادة: المقصود بها زيادة الموهوب، وهي الزيادة المتصلة به كالغرس والبناء والسمن والخياطة والصبغ. وغير ذلك ممّا يتصل بذات الموهوب.
- الموت: ويستوي في ذلك موت الواهب أو الموهوب له.
- العوض: فإن قدم الموهوب له للواهب عوض أو بدل أو مقابل فقبضه الواهب سقط الرجوع.
- خروج الهبة عن ملك الموهوب له: كما لو باعها الموهوب له، امتنع الرجوع بها.
- الزوجية: الهدايا بين الزوجين لا ترد إطلاقا، فإن كانت الزوجية قائمة امتنع الرجوع.
- القرابة: وهي قرابة الرحم المحرم، فلو وهب لذي رحم محرم منه، لا يجوز له استرداد هبته منه.
- الهلاك: والمقصود به هلاك العين الموهوبة، ويتعذر استردادها بعد هلاكها. عبد الرحمن عتر، خطبة النساء، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985، ص 372 وما يليها.

² - محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 83.

من جهة الخاطب أو المخطوبة.¹ وذلك لأن الإهداء كان على أساس تمام الزواج وقد أبعده، فزال السبب الذي حمل على الإهداء، وإذا زال السبب كان له الاسترداد.² حيث يعتبرون الهدايا في حكم المهر وما دام الزواج لم يتم وجب ردّها.

الثالث - أما قول الحنابلة: فإنهم يرون أنه لا يجوز استرداد الهدايا في حال العدول عن الخطبة، لأنهم يرون عدم جواز الرجوع بالهبة بعد تمامها بالقبض.³ وبالتالي ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها، إلا الوالد فيما أعطى ولده.⁴ ويستوي ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة لأنّ هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع.⁵

الرابع - وللمالكية: في أمر هدايا الخطبة تفصيل:

- المتقدمون منهم يقولون بعدم رجوع الخاطب على مخطوبته في الهدايا وإن كان العدول منها. وهذا هو أصل المذهب.

- أما الفقهاء المتأخرون منهم فقد فصلوا بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإن عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا، فليس له أن يسترد شيئا مما أهدى ولو كانت قائمة حتى لا يجمع على الطرف المتضرر ألمان، ألم العدول وألم الاسترداد.

¹ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 22.

² - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 1971، ص 66.

³ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 424.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر، دمشق، ط2، 1985، ص 28.

⁵ - بلحاج العربي، الطبيعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد واجتهادات المحكمة العليا الحديثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، العدد 3، 2007، ص 240.

وإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا، سواء كانت قائمة أم هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها.¹

فالقائم بعينه والهالك بمثله إلا إذا كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه فيجب العمل به.²

الفرع الثاني: أثر العدول في التعويض عن الضرر

مرّ معنا أن التكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنها وعد بالعقد وليست عقداً. وهذا الحكم متفق عليه بين أصحاب المذاهب الإسلامية، ومتفق مع النظر القانوني الحديث. ومؤدى ذلك أن الخطبة لا يترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد، وأن حق العدول عنها جائز لكل من طرفي الخطبة، وإذا تم العدول عن الخطبة من الخاطب فإنه يكون قد باشر تصرفاً مأذوناً له فيه.

ولكن قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين مادياً أو معنوياً، وخاصة إذا طالت الخطبة لفترة طويلة ويفوت على المخطوبة خطاباً آخرين، وفرص زواج أخرى.

وربما كان العدول من المخطوبة فيلحق الخاطب من ذلك ضرر مادي أو معنوي أيضاً، كأن يكون أعد بيت الزوجية على طريقة خاصة طلبتها الخطيبة وبعد العدول منها لم تعد مناسبة لغيرها أو فات عليه بسبب خطبتها فتيات أخريات من قريباته مثلاً تزوجن من غيره.

فهل يمكن في كل تلك الأحوال تحميل من يعدل عن الخطبة تعويضاً للطرف الثاني عما لحقه من الضرر إن وجد؟.

¹ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 26.

² - بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961، ص 29.

وهذا ما لم يوجد في كتب الفقه الإسلامي القديم، ولم يتعرضوا لهذا الموضوع فيمكن القول أنهم لم يروا جواز التعويض، لأن التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار، والخطبة ليست عقدا وإنما وعد بالزواج ولم يترتب على الإخلال بهذا الوعد ضرر مادي أو معنوي. وأن الناس قديما ما كانوا يتورطون فيما قد يضرهم في هذه المسألة، لأنهم يعلمون أن مجرد الخطبة لا يلزم أحد الطرفين بشيء، ومن تورط في تصرف قبل أن يستوثق من أمره بإتمام العقد يكون مقصرا في حق نفسه، فيتحمل ما جنا، ولا يكون له حق المطالبة بأي تعويض.¹

وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليدا لغير المسلمين فيما يفعلون.²

وكثير من الفقهاء المعاصرين ذهب مذهب القدامى، ومنهم الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا،³ ذهب إلى عدم التعويض لأن العدول عن الخطبة حق مأذون له فيه، وإذا مارس الخاطب حقا مأذونا له فيه فلا يجب التعويض، ولأن الإذن الشرعي يناهض الضمان.⁴ حيث قال: "لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء."⁵

بينما ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر، ومّن قال به الشيخ محمود شلتوت شيخ

¹ - عمر سليمان الشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997، ص 75.

² - محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 86.

³ - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 429.

⁵ - عبد الرحمن عتر، المرجع السابق، ص 396.

الأزهر سابقاً، ذهب إلى وجوب التعويض مطلقاً من غير تفصيل في ماهية الضرر.¹ حيث قال: "إنّ العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر".²

ويرى الإمام محمد أبو زهرة أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما في حالة عدم وقوع ضرر مادي، أو كان الضرر معنوياً فلا تعويض³: "وقد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد العاقدين، وإن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك لا محل له في الفقه الإسلامي. لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبي، ولنتجه إلى الضرر المادي، كأن تكون الزوجة قد أعدت متاعاً، كلفت نفسها فيه الكثير وتكلفت أهلها فيه الكثير من الأموال، ثم جاء العدول بعد ذلك، فكان الضرر المادي لا محالة، هذا هو موضع النظر".⁴

في حين ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى القول بأن: "الخطبة ليست بعقد ملزم ولذا فإن مجرد العدول عنها لا يكون موجبا للتعويض، إلا إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، والحكم بالتعويض للضرر نابع عنده من المسؤولية التقصيرية، فالخطأ الذي يرتكبه من يقدم على فسخ الخطبة هو من الانحراف عن السلوك المعروف المألوف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف إلي رافقت هذا العدول...ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج، إذا لم يكن خطأ عقدياً، قد يكون خطأً تقصيرياً

¹ - بلحاج العربي، الطبعة القانونية للخطبة على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 69.

² - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الزواج وآثاره، ج1، جامعة دمشق، ط2، 2006، ص 50.

³ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - محمد أبو زهرة، نفس المرجع والموضع.

يوجب التعويض... والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي. ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي".¹

ورأي الدكتور عبد الرزاق السنهوري يتفق مع رأي الدكتور مصطفى السباعي في التعويض عن الضرر المادي والأدبي إذا وقع بسبب من الطرف العادل. حيث ذهب السباعي إلى وجوب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي أو معنوي لحق بالمخطوبة بسبب العدول، وهو يوجب التعويض بشروط ثلاثة:

1- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة،

2- أن يقع ضرر مادي أو معنوي بسبب العدول غير الاستهواء الجنسي،

3 - أن يؤكد الخاطب رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج.²

لكن ذهب الشيخ عبد الرحمن الصابوني أبعد من هذا عندما جعل التعويض حقا للخاطب كما هو حق للمخطوبة، لأنّ مناط الحكم هو الضرر، والضرر قد يقع على الخاطب كما قد يقع على المخطوبة، ولم يفرق بين الضرر المادي والضرر المعنوي، إلاّ أنه قرر أن العدول إن كان لسبب يقرره القضاء فلا تعويض.

ولخص رأيه بقوله: "العدول حق لكل من الخاطبين إلا إذا رافق ذلك أفعال ضارة كان للطرف الذي أصابه الضرر أن يطالب بالتعويض إذا لم يكن سبب مشروع لهذا العدول".³

¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام: العقد- العمل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- القانون)، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، 1953، ص 827.

² - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق للنشر والتوزيع، ط9، 2001، ص 68.

³ - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 85.

وللأستاذ محمد كمال الدين إمام رأي في هذه المسألة، إذ يقول: "ويرى أغلب الفقهاء الشرعي المعاصر أنه وإن كان لا ضمان على من استعمل حقه الشرعي إلا أن مبدأ "لا ضرر 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... وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر. الحالة الثانية: ألا يكون لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الآخر بسبب العدول، وفي هذه الحالة لا وجه للحكم بالتعويض. ونحن نرى أن التعويض متى وجب وتحقق سببه فإنه يستوعب الضرر المادي والمعنوي".¹

الترجيح:

بعد التعرض لآراء الفقهاء مع اختلاف الرؤى، يمكن اختيار القول الراجح، وهذا بعد عرض أقوال بعض المعاصرين وترجيحهم لهذه المسألة:

يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: "والذي يترجح لدي ما درج عليه أهل العلم قديما من غير خلاف بينهم في المسألة، وهو عدم التعويض بكل حال. لأن القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية، فهو يعمق المشكلة ويؤصلها ولا يخلصها، لأنه يخالف طبيعة الخطبة على أنها اتفاق أولي ممهّد للزواج، وليست عقدا".²

ويقول الأستاذ عبد الكريم زيدان: "... ثمّ إن فتح باب المطالبة بالتعويض بسبب الرجوع عن الخطبة يفتح باب المنازعات، وربما الاتهامات والفضائح التي يكون ضررها أفحش من الضرر المادي المدعى به، والقاعدة تقضي بدفع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف".³

¹ - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 87.

² - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 87.

³ - عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 78.

واضح من خلال قوله هذا أنه يتفق مع من يقول بعدم التعويض عن ضرر العدول، والذي يؤكد ذلك هو قوله: "...فالذي أراه في هذه الحالة عدم تحمل الراجع أي تعويض للطرف الآخر؛ لأنه-أي الراجع- استعمل أمراً جائزاً له وهو حق الرجوع عن الخطبة، والجواز الشرعي ينافي الضمان، ولا نرى دخول رجوعه عن الخطبة في نطاق قاعدة: "لا ضرر ولا ضرار"، ولا في قاعدة: "الضرر يزال"؛ لأنه كان على الطرف المضرور أن يعلم أن لكل واحد من طرفي الخطبة أن يرجع عن الخطبة بمحض اختياره، وبمحض إرادته المنفردة، ودون إلزامه ببيان الأسباب لرجوعه عن الخطبة..."¹

والشيخ محمد أبو زهرة يقول: "والذي ننتهي نحن إليه بعد استعراض هذه الأحكام هو ما قررناه من قبل، وهو أنه لا تعويض إن لم يكن فعل أو قول أوجب الضرر، لا مجرد الخطبة ثم العدول عنها بعد مدة طالت أو قصرت، ويجب أن يعلم أن القانون الذي يطبق في هذا المقام هو الشريعة الإسلامية... وإلا لا يكن ثمة تناسق في الأحكام فيحكم بالتعويض من الخاطب في الوقت الذي تقرر الشريعة وجود رد المهر ووجوب رد الهدايا، وإذا كان تعويض فلا بد أن يكون له مبرر من قواعدها، وذلك المبرر يتحقق إذا كان هناك تعزير أوجب الضرر المادي".²

وذهب الأستاذ بدران أبو العينين بدران إلى القول: "والذي أراه أن العدول إن كان من قبل المرأة فلا تعويض، لأن الرجال لا يتضررون من فسخ الخطبة، ولا تلحقهم تهمة من جرائها، أما إن كان من قبل الرجل فيطالب بالتعويض عن الضرر، لأن الغالب أن عدوله يثير الظنون حول المخطوبة،

¹ عبد الكريم زيدان، نفس المرجع والموضع.

² - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج، المرجع السابق، ص 76.

ويجعلها مضنة في أفواه الناس، إذ يتساءلون عن سبب ذلك، مما يكون سببا في إساءة سمعتها، وتشويه مستقبلها".¹

وبعد عرض كل هذه الاتجاهات الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، يتضح أنه إذا كان الضرر ناشئا عن مجرد العدول غير المصحوب بأي فعل سبب الضرر فإنه لا تعويض هنا. لأن العدول عن الخطبة حق شرعي، والجواز الشرعي ينافي الضمان (التعويض).

أما إذا كان العدول قد أصاب الطرف الآخر من الضرر كأن يكون طلب إعداد الجهاز فأعد أو يكون طلب منها ترك العمل أو الدراسة فتركت، أو تكون هي طلبت منه إعداد منزل الزوجية ففعل، ففي كل هذه الحالات حصل ضرر بسبب فعل من عدل وأساس التعويض هنا ليس المسؤولية العقدية، لكن المسؤولية التقصيرية.

المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في القانون الوضعي

بعد توضيح رأي الفقه في حكم المهر والهدايا المقدمة أثناء فترة الخطبة. وإذا ما وقع العدول من الخطيبين أو أحدهما كان اتفاق الفقهاء على رد المهر، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد؛ أما الهدايا فتباينت آراء الفقهاء حول هذه المسألة. وسوف نبين في جانب من هذا المطلب موقف بعض التشريعات العربية وكذا رأي المشرع الجزائري من هذه المسألة.

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 40.

الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في بعض التشريعات العربية
أولا - حكم الهدايا:

نص المشرع المغربي في المادة 8 من مدونة الأسرة المغربية على أن: " لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".¹

الملاحظ على هذا النص أن المشرع المغربي لم يعالج الهدايا بشكل كامل، فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين، كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

وإن كان المشرع المغربي في إطار معالجته لإشكالية استرجاع هدايا الخطبة عند عدم إتمام الزواج أخذ بالرأي الراجح في الفقه المالكي الذي أعطى إمكانية استرجاع الهدايا للخطاب إن لم يكن العدول عن الخطبة من جانبه، أما إذا كان العدول بإرادته المنفردة فلا حق له في استرجاع الهدايا.

وبهذا يكون المشرع قد عدل عن رأيه في مدونة الأحوال الشخصية المعدلة، إذ لم يتعرض للهدايا التي تكون المخطوبة قد قدمتها للخطاب. حيث كان ينص في الفصل الثالث من المدونة: "...للخطاب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله".² لكن بعد التعديل نص في المادة 8 من المدونة: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا...".

فإذا كان العدول من جانب المخطوبة، فللخطاب أن يسترد هداياه متى شاء.

¹ - مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004، المرجع السابق.

² - ظهير شريف رقم: 190-57-1 المؤرخ في 19 أوت 1957 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية المغربية. الجريدة الرسمية للملكة المغربية، عدد 2341 بتاريخ 1957/09/06.

وفيما يخص موقف القضاء المغربي في الهدايا:

جاء في حكم المحكمة ابتدائية بفاس ومحكمة الاستئناف بمكناس ما يلي: "...حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق صحبته أن المدعي المستأنف عليه.. وهب أرضا فلاحية هدية للمدعى عليها في خطبتها.. وطبقا لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة وتزوجت برجل آخر غير الخاطب الواهب،... وأنه طبقا للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة فيحق للخاطب استرداد هداياه، وإن عدول المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة يتم عن سوء نية، إذ خدعت المدعي بكونها إلى الخطبة حتى تستحوذ على الهبة بل الهدية فقط ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدايا عملا بالفصل الثالث المذكور...".¹

أما قانون الأحوال الشخصية السوري قد نص في المادة 4 فقرة 3 على أنه: "تجري على الهدايا أحكام الهبة".²

الملاحظ على نص هذه الفقرة أنه جاء مطلقا ولم يبين حكم الرجوع بالهدايا، وكل ما نص عليه المشرع أنها تأخذ حكم الهبة، وبالتالي على القاضي الرجوع إلى أحكام الهبة التي قننها المشرع السوري في القانون المدني، لأن المشرع قد أخرجها من قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين؛ حيث حصر القانون المدني موانع الرجوع في الهبة بشكل يتفق مع المذهب الحنفي تماما،³ وقد مر معنا هذا الحكم في الصفحة 32.

¹ - قرار محكمة الاستئناف بمكناس في القضية رقم: 79/7/303 في: 1980/01/07 المنشور بمجلة رابطة القضاء، العددان 8 و9، ص 155. أشار إليه بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 46 و47.

² - قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

³ - أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص 426.

وعلى ذلك وبخصوص الهدايا فتطبق أحكام الهبة، فإذا رجع الخاطب عن الخطبة بعذر مقبول جاز له استرداد الهدايا، وإن كان متعسفا في الرجوع عنها بمعنى انعدام العذر المقبول الذي يبرر الرجوع في الهبة امتنع ردّها. وإذا رفضت المخطوبة إتمام الزواج، وبالتالي كان الرجوع منها عن الخطبة فإن ذلك من الأعدار التي تجيز الرجوع عن الهبة، وبالتالي استرداد الخاطب لما دفعه. ولا يستطيع الخاطب حتى ولو كانت المخطوبة هي التي عدلت عن الخطبة استرداد الهدايا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، كأن تتصرف المخطوبة في كل الهدايا تصرفاً نهائياً، أو تملك الهدايا في يدها، سواء أكان الهلاك بفعلها أو بحادث أجنبي لا يد لها فيه أو بسبب الاستعمال كاللباس أو الاستهلاك كالمأكولات.¹

وعلى ذلك قضت الغرفة المدنية لمحكمة النقض السورية على ما يلي:
"حيث أن القصد من الهدايا هو لتمتين أو اصر المحبة والرابطة بين الخطيبين بغرض إتمام الزواج، وأن فسخ الخطبة يفوّت على الخاطب أو والده في هذه الدعوى هذا الهدف، مما يجيز لمحكمة الموضوع اعتبار ذلك عذراً يجيز الرجوع عن الهبة واسترداد الهدايا، طالما أنه لم يثبت أمام محكمة الموضوع خطأ أو تعسف الخاطب في فسخ الخطبة، ويتعين رفض هذا السبب..."²

وأما عن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فقد جاء في الفصل 2 من المجلة كما يلي: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".³

¹ - حسين بن الشيخ آملوياً، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011، ص 42.

² - نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار رقم: 286 بتاريخ: 1968/06/12. أشار إليه حسين بن الشيخ آملوياً، المرجع نفسه، ص 41.

³ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

ذكرت المحلة في فصلها الأول على أن الخطبة وعد بالزواج أو تواعد به، وليس بزواج وبالتالي لا يقضى به كزواج أبدا. وبخصوص الهدايا في حالة العدول عن الزواج فقد أخذ المشرع التونسي بالمذهب المالكي وفرق بين حالتين:

الأولى: وتتمثل في حالة وجود شرط خاص من قبل الخطيبين بشأن مصير الهدايا عند عدول الخطيبين عن الخطوبة أو أحدهما، فيطبق الشرط.

الثانية: لكل واحد من الخطيبين استرجاع الهدايا التي يقدمها للآخر سواء استهلكت الهدايا أم لا، وأنداك يقدم مثلها أو قيمتها.¹

ونص المشرع الكويتي في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية على أنه:

"إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:

أ - فإن كان عدوله بغير مقتض لم يسترد مما أهده للآخر.

ب - وإن كان العدول بمقتض استرد ما أهده إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا".²

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي هو الآخر أخذ برأي

المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية.³

أما المادة 6 من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين وكذا حالة الوفاة حيث نصت على ما يلي:

أ - إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين، فإن كان بسبب من أحدهما، اعتبر عدول الآخر بمقتض وطبقت الفقرة ب من المادة السابقة وإلا استرد كل منهما ما أهده إن كان قائما.

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 40.

² - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 47.

ب - وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج، لم يسترد شيء من الهدايا".

أما المادة 7 من نفس القانون نصت على أنه: "في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها".

وهذا الحكم الأخير كما هو واضح هو رأي الأحناف، حيث أن هذا الأمر يعد من موانع الرجوع في الهبة عندهم، وهي حالة هلاك العين الموهوبة.

ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهباً واحداً في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية.

ثانياً - حكم الصداق:

لقد تعرض المشرع المغربي لحكم الصداق عند العدول عن الخطبة أو موت أحد الخاطبين أثناءها، خلافاً لمدونة الأحوال الشخصية التي لم تتعرض لحكم الصداق نهائياً.

حيث نصت المادة 9 من المدونة على ما يلي: "إذا قَدّم الخاطب الصداق أو جزءاً منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى الجهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين ثمن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

الملاحظ على هذا النص ضمن التعديل الأخير للمدونة أن المشرع المغربي نص على حكم الصداق مع بعض التعديل حيث تضمن حكماً جديداً في الموضوع، إذ حمل من تسبب في العدول فرق الثمن بين قيمة الجهاز والمبلغ المدفوع، وهذا الأمر غير منصوص عليه في التشريعات العربية.

واعتبر المشرع المغربي في نص الفقرة 1 من المادة 9 المهر الذي قدم للمخطوبة حقا لمن قدمه ولو كان العدول من قبل الخاطب، أو لورثته من بعده، فيجوز لهم استرداده باعتباره تركة، ويسترد إما عينا إن كان قائما وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.

والفقرة 2 من نفس المادة جاءت بحكم مؤداه أن المخطوبة إذا اشترت بالمهر أو بجزء منه جهازا، فإن المتسبب في العدول يتحمل ما ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ الذي دفع في شرائه.

أما موقف المشرع السوري من المهر المدفوع أثناء الخطبة وتم العدول

عنها، فنص في المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

" أ - إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز.

ب - إذا عدلت المرأة فعليها إعادة مثل المهر أو قيمته".

والظاهر أن المشرع السوري في هذه المسألة لم يأخذ بأي مذهب فقهي، وإن ما ذهب إليه معتمدا على قواعد العدالة والإنصاف عندما فرق بين العدول من الخاطب والعدول من المخطوبة في حالة شراء الجهاز من المهر؛ وذلك لرفع الضرر عن المخطوبة.

في حالة عدول الخاطب فيخبرها بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، حتى لا تتحمل الأضرار التي لحقتها من شراء الأثاث أو الجهاز.

وإما إن كان العدول من جهة المخطوبة فيجب عليها إعادة المهر أو قيمته، فمن العدل أن تتحمل المخطوبة هذه الأضرار لأنها كانت سببا فيها.

كما أن نص القانون السوري في المادة 4 منه لم يتعرض لحالتي موت أحد الخاطبين أو العدول برغبة الطرفين.

هذا وقد نص المشرع الكويتي على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 4 من قانون الأحوال الشخصية كما يلي:

" أ - إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

ب - يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه.

ج - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، أو بعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء".¹

ويكاد يتفق هذا النص مع نص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ويكون متطابقاً تماماً معه مع إضافة حالة الوفاة في القانون الإماراتي؛ حيث جاء النص كما يلي:

2- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات، يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إذا تعذر رده عينا.

3 - إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها، وبيعته جهازاً، ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء.

4 - يعتبر من المهر الهدايا التي يجري العرف باعتبارها منه".²

كما كان رأي المشرع التونسي موافقاً لآراء الفقهاء على رد المهر، لأن المهر لا يجب إلا بالعقد؛ ويستوي في ذلك العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة، ودون تفصيل خلافاً لما ذهب إليه بعض المشرعين العرب، حيث نص في الفصل 2 من مجلة الأحوال الشخصية كما يلي:

¹ - قانون الأحوال الشخصية الكويتي، المرجع السابق.

² - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

"...وإذا دفع الصداق أثناء الخطوبة وتم العدول عنها من احد الخاطبين فإن الخاطب يسترد الصداق، لكون هذا الأخير من أركان الزواج، وان الزواج لم يتم فلا تستحق المخطوبة الصداق"¹.

ثالثا - حكم الضرر المترتب عن العدول:

مدونة الأسرة المغربية الجديدة تضمنت حكما جديدا في مجال التعويض عن الضرر، حيث نصت المادة 7 من المدونة على ما يلي: "بمجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"².

وبالتالي فإن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنا وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي، والفعل الذي يسبب ضرا أمر مطلق ترك القانون تقديره لقاضي الموضوع.

فالعدول الذي يلازمه أفعال خاطئة في ذاتها، ومستقلة عنه استقلالا تاما، ومنسوب لأحد الطرفين ونتج عنها ضرر مادي أو معنوي للطرف الآخر فإنه يكون مسببا ضرا يوجب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية باعتبار أن المشرع المغربي اعتبر الخطبة وعد أو تواعد وأعطى الحق لكل من الخاطبين في العدول عن الخطبة بمقتضى نص المادة 6 من مدونة الأسرة.

وعلى مستوى العمل القضائي المغربي، وجد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة جاء في حيثياته: "... وحيث أن التراجع عن الخطبة لا يترتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن

¹ - مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المرجع السابق.

² - مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة، كحملها على الانقطاع عن الدراسة، أو الاستقالة من الوظيفة، أو تحملها نفقات معينة...

وحيث أنه لم يتبين للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفا.

وحيث يكون طلب المدعية تبعا لذلك منعدم الأساس القانوني ويتعين رفضه".¹ كما نصت المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: "لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل".²

من خلال نص هذه المادة فإن المشرع الإماراتي كرس الحق في المطالبة بالتعويض في حالة حدوث الخطأ الذي يؤدي إلى حصول الضرر، وهذا التعويض مبني على قواعد المسؤولية التقصيرية.

والملاحظ أيضا على القانون الإماراتي أنه أضاف شيئا جديدا وهو استعماله لعبارة "ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل". وهو في اعتقادي حكم وجيه يحقق الغرض المقصود في باب المسؤولية وتقرير التعويضات ويمنع التحايل بأن يتعمد الخصام مع الطرف الآخر فيدفعه للعدول، وبالتالي يتملص من المسؤولية والتعويضات.³

¹ - حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالحسيمة، المغرب، حكم رقم: 503 بتاريخ: 2008/07/07 في الملف رقم: 07/651. أشار إليه فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص 81.

² - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، المرجع السابق.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 39.

أما فيما يخص المشرع الكويتي، الأردني، السوري والتونسي لم ينصوا على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، وبالتالي يكون الحكم هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني أي إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

حيث استقر القضاء السوري على ذلك، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض السورية في 30 نوفمبر 1970 ما يلي: "إن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض، ولا تلتزم المخطوبة بأكثر من إعادة المهر وفقا للأحكام المبينة في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية".¹

وفيما يخص المجال التطبيقي، هناك رأي للقضاء المصري في موضوع التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة. حيث قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها بتاريخ 14 ديسمبر 1939 ما نصه: "إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد من المتواعدين، فلكل واحد منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء...، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتد بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين أي التعويض على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها أفعال ضارة موجبة للتضمين".

¹ - محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30. أشار إليه مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 69.

وبذلك أيضا حكمت محكمة استئناف القاهرة في 30 جوان 1931 والذي جرى تسببيه هو الآخر على أساس استعمال حق العدول، حين قضى بأنه: "من أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة يجب عليه التعويض، حيث كان ذلك سببا للأضرار التي لحقت المخطوبة، حين طالت مدة الخطبة مما صرف الراغبين في زواجها وأصبحت فرصتها فيه معرضة للضياع والخطر، فضلا عن إيلاام عواطفها، والمساس بكرامتها وتعرضها للظنون والأقويل"¹ كما قررت محكمة النقض المصرية أيضا بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة، أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً.²

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة وما يترتب عليها من آثار في قانون الأسرة الجزائري
أولاً - حكم الهدايا:

لقد عالج المشرع الجزائري في المادة 5 من قانون الأسرة، مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة منهما أو من أحدهما؛ حيث نصت المادة على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً ممّا أهداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".³

¹ - محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30. أشار إليه مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 68.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

³ - المادة 5 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية حينما فرق بين حالة العدول من جهة الخاطب وحالة العدول من جهة المخطوبة، وفي نظر المالكية حتى لا يجمع على الطرف المتضرر المئين، ألم رفضه وألم ضياع ماله مما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين. إلا أنه عدل إلى رأي الأحناف في عدم أحقية الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها إن كان العدول من طرف المخطوبة، كمانع من موانع الهبة عند المذهب.

والهدايا وفقا للتعديل الجزئي للمادة 5 من قانون الأسرة، تردّ بعينها إن كانت قائمة، وبقيمتها إذا استهلكت أو أتلفت. في هذه الحالة ساوى المشرع بين الخطيبين في استرداد الهدايا، غير أن ما يمكن ملاحظته في هذه المادة أيضا، هو كون المشرع قد تحدث عن حكم الهدايا التي يقدمها الخاطب لخطيبته في حالة العدول، وأغفل الحديث عن حكم الهدايا التي تقدمها المخطوبة لخطيبها في حالة عدول أحد الطرفين.

في حالة العدول منها وكانت قد أهدت إلى خطيبها بعض الهدايا فما مصير هذه الهدايا؟.

وبالرجوع إلى نص المادة 5 فقرة 4 نجد أنها تنص على أنه: "وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". فسكوت المشرع عن حكم استرداد المخطوبة للهدايا المقدمة للخاطب في حالة عدولها عنه، جعل النص يشوبه الغموض. والأصل أن تقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي أن الإهداء كان لغاية وهي الزواج، فيكون الحكم بأن لا تسترد شيئا مما أهدته له إن كان العدول منها.¹

¹ - كاملي مراد، مذكرة بعنوان الوجيز في قانون الأسرة، لطلبة السنة الرابعة علوم قانونية وإدارية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 12.

وبخصوص هذه المسألة حكمت المحكمة العليا بأنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه.¹ وأنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.²

ثانيا - حكم الصداق:

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم الصداق من الخاطب إلى مخطوبته أو أوليائها أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحدهما. ذلك أنّ الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح، ومعلوم أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها أنّ المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة.³ وعلى أنه يثبت كما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة بالدخول أو بوفاة الزوج بعد إتمام عقد الزوج.⁴

وتنفيذا للمادة 222 من نفس القانون والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، فقد أجمع الفقه الإسلامي على أنه يجب على المخطوبة رد المهر

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 219313، بتاريخ 16/03/1999، المجلة القضائية للمحكمة العليا، الجزائر، 2001، عدد خاص، ص 39. أشار إليه العربي شحط عبد القادر، وقدر إبراهيم عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، ب.ط، ب.د.ن، ب.ب.ن، 2006، ص 11.

² - قرار المحكمة العليا، ملف 38341، بتاريخ 02/12/1985، النشرة القضائية، عدد 04، ص 190. أشار إليه بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص 65.

³ - حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا-دراسة مقارنة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، العدد 04، جانفي 2012، ص 180.

⁴ - نصت المادة 16 من قانون الأسرة المذكور سلفا على أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

بأكمله سواء أكان العدول منه أو منها، ومهما كان المتسبب فيه، لأن المهر حكم من أحكام عقد الزواج أو أثر من آثاره، ولا دخل للخطبة فيه. وعليه ما دام أنّ الزواج لم يتم فعلا، فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ بالصداق، تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع.

وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول...".¹

ثالثا - حكم الضرر المترتب عن العدول:

نصت المادة 5 فقرة 2 قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري رتب الحق في طلب التعويض عن الضرر بمجرد العدول، الذي هو حق قانوني منصوص عليه في الفقرة 1 من هذا النص. بخلاف بعض التشريعات العربية التي تم التطرق إليها سلفا، حيث بينت وبوضوح أنّ المطالبة بالتعويض عن الأضرار حال العدول عن الخطبة يكون نتيجة خطأ وقع مّن عدل في حق الآخر، بأفعال وأقوال مستقلة تماما عن العدول عن الخطبة؛ لأن الجواز ينافي الضمان أي التعويض.

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 92714 بتاريخ 13/07/1993، المجلة القضائية، عدد 01، 1995، ص 128. أشار إليه محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2008-2009، ص 309.

وسواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي، وهو ما انتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني بالنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"¹. وبالتالي فالقانون جعل التعويض مقابل الضرر المادي والمعنوي معا، وترك تقدير الضرر وما يترتب عليه للقاضي. حيث أصدرت المحكمة العليا قرارا جاء فيه: "...ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت في - قضية الحال - أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون"².

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.³

ومن المعروف أن القضاء الجزائري حكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل الضار الذي يصاحب العدول عن الخطبة، وهذا بتاريخ

¹ - المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري 75-58 والمضافة بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر. رقم: 44، ص 24.

² - قرار المحكمة العليا، ملف رقم: 56097، بتاريخ: 1989/12/25، المجلة القضائية، 1991، ص 102. أشار إليه عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 47.

³ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 109.

03 نوفمبر 1966، أي قبل صدور القانون المدني وقانون الأسرة. وهذا الحكم صادر عن مجلس قضاء مستغانم.¹

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا، وإنما جعله جائزا، لأنه من غير المعقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر. حيث نص في المادة 5 فقرة 2 قانون الأسرة على أنه: "...جاز الحكم له بالتعويض". وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة أو تصرف أجازته القانون والشرع، وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من أضرار مادية أو معنوية.

الخاتمة:

توصلنا في ختام هذا البحث إلى أن:

- الراجح في الفقه الإسلامي أنّ الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولأنّ عقد الزواج يقوم على الرضا، فلا يمكن إجبار الخاطب أو المخطوبة عليه. وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أن الخطبة وعد بالزواج وبإمكان كل طرف العدول عنها.

- اتفاق الفقهاء على أنّ المهر لا يجب إلاّ بالعقد، وبالتالي من حق الخاطب استرداده دون التّظر عمّن كان العدول عن الخطبة من جهته.

في حين أنّ المشرع الجزائري لم يتعرّض لمسألة المهر بخلاف بعض التشريعات العربية كالمشرع السوري والكويتي والإماراتي والقانون المغربي وغيرهم. وكان من المستحسن أن يتعرض المشرع الجزائري لهذا الموضوع، لأنه أصبح محل نزاع ومطروح بكثرة أمام الجهات القضائية. لأنّ دفع المهر كله أو بعضه لم يعد محصورا على مجلس العقد وإنما حتى أثناء الخطبة. ويجب تنظيمه بنص قانوني يضع حلا للنزاعات القائمة بين أفراد المجتمع.

¹ - بن زيطة عبد الهادي، نفس المرجع، ص 107 و108.

- تباين أقوال الفقهاء بالنسبة لمسألة أثر العدول عن الخطبة على الهدايا، ولعلّ قول المذهب المالكي هو الراجح في نظر الكثير من الفقهاء المعاصرين، باعتباره فَرَّقَ بين حالة العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، وهذا ما يحقق العدالة في اقتسام الأضرار الناشئة عن العدول بين الطرفين.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري حينما تعرض لحكم الهدايا المقدمة من الخاطبين وحال العدول عن الخطبة. لكن ما يعاب على المشرع أنه لم يوضح أمر الهدايا المقدمة للخاطب من قبل المخطوبة وحكم استردادها إن هي عدلت، وكان عليه أن يسوي بين الطرفين. كما أن المشرع لم يتحدث عن المتسبب في العدول، وقد يدفع أحد الخاطبين الطرف الآخر على العدول عن الخطبة فيحرمه من استرداد هداياه.

تأسيا بالقانون الإماراتي الذي أشار إلى هذا باستعماله لعبارة "ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل".

- وأما مسألة التعويض عن الأضرار، وإن كان الفقه القديم لم يتعرض لها، إلا أن الفقه المعاصر تباينت آراؤه بين مجيز للتعويض ورافض له. لكن استنادا لمبادئ العدالة والإنصاف والقواعد الفقهية بأنه "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال"، تم ترجيح الرأي القائل بالتعويض.

وهو ما جعل المشرع الجزائري يأخذ به ويكرس مبدأ الحق في طلب التعويض وترك المسألة تقديرية للقاضي. وكان على المشرع أن يخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر ليقوم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق.

وفي الأخير على المشرع إعادة صياغة النصوص القانونية المنظمة لموضوع الخطبة بنصوص واضحة ومفصلة والاهتداء بأراء الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية، حتى يسهل على الأفراد معرفة الأحكام، وإيجاد حلول موحدة

لإشكالات الخطبة وأثر العدول عنها، وهذا من أجل استقرار العمل القضائي
وعدم التضارب في أحكامه القضائية.