مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL

Volume 2020 | Issue 81 Article 1

Compensating for the Consequences of Refraining from Engagement in Islamic jurisprudence, Moroccan and Comparative Legislations

Dr. Idris Al-Taleb
drisstalebe@gmail.com

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law

Recommended Citation
Al-Taleb, Dr. Idris () "Compensating for the Consequences of Refraining from Engagement in Islamic jurisprudence, Moroccan and Comparative Legislations," *مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL*: Vol. 2020: Iss. 81, Article 1.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol2020/iss81/1

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

Compensating for the Consequences of Refraining from Engagement in Islamic jurisprudence, Moroccan and Comparative Legislations

Cover Page Footnote

Dr. Idris Al-Taleb PhD in Islamic Jurisprudence and its Foundations – University of Qadi Ayadh, Marrakech. Professor at the Ministry of National Education – Academy of Souss-Massa

This article is available in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol2020/iss81/1

تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن*

الدكتور

إدريس الطالب *

الملخص

يتناول موضوع البحث مرحلة الخطبة، باعتبارها مقدمة للزواج وطريقاً لتأسيسه تأسيساً سليماً، يضمن حسن اختيار الزوجين، وتحقيق التوافق والتراكن بينهما. وإذا كانت الخطبة هي مجرد تواعد بالزواج وليس بزواج، فإنه يحق لكل من الخاطبين العدول عنها، وليس للطرف الآخر إلزامه بإتمامه إقراراً لمبدأ حرية الزواج. غير أنه قد يترتب عن العدول ضرر للخاطب المعدول عنه، فيطرح إشكال تعويض الضرر، و القاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال.

لقد تجاوز التشريع المغربي في المجال الأسري بحلول مدونة الأسرة محل مدونة الأحوال الشخصية، الفراغ التشريعي الذي ما زالت تعيشه أغلب التشريعات المقارنة بخصوص هذا الموضوع، بما فيها التشريعات الأسرية العربية التي تعتبر الفقه الإسلامي مرجعاً أصيلاً في صياغتها. كما أن الفقه الإسلامي القديم لم يعالج المسألة بحكم شرعي، لأنه وضع ضوابط دقيقة للخطبة يستحيل معها حدوث الضرر لأحد الخاطبين، عكس الفقه الحديث الذي تناول المسألة باعتبارها مستجدة من اختصاص الاجتهاد الفقهي، فانقسم الفقه بشأنها إلى ثلاثة مواقف: موقف قائل بالتعويض، وموقف آخر قائل بعدمه، وموقف ثالث قائل بالتفصيل بين الحق في التعويض عن ضرر العدول وعدمه، إذ أقر بالتعويض عند اقتران الأفعال

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٧/ ٢/ ٢٠١٩.

* تخصص الفقه وأصوله- جامعة القاضي عياض -مراكش.

والسلوكات التي نتج عنها الضرر، وليس إقرار التعويض لمجرد العدول.

ويبدو أن هذا الرأي هو الرأي الصائب الذي تبناه كل من الفقه والقضاء الفرنسي والمصري في ظل غياب نصوص قانونية حاسمة في الموضوع، وأمام تعدد المواقف في تكييف الخطبة وتحديد طبيعتها. باعتبارها عقداً يستوجب التعويض في إطار المسؤولية العقدية، أم لا فيتم إقرار التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية، رفعاً لتعارض مصالح العدول عن الخطبة، ومفاسد الأضرار الناجمة عن الأفعال المصاحبة للعدول.

المقدمة

أولاً- أهمية البحث:

تتحدد أهمية البحث في موضوع :"تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن"فيما يلي:

- ارتباط موضوع البحث بتأسيس الأسرة وتحقيق مقاصدها، من خلال ضبط الخطبة وحل الإشكالات الناجمة عنها، ليتحقق التعارف بين الخاطبين وعائلتيهما، فيحصل التراكن بينهما، فينعقد الزواج.
- جدة الموضوع لمعالجته الأضرار التي يمكن أن تحدث نتيجة العدول عن الخطبة، مع العلم أن الخطبة هي تواعد بالزواج وليست بزواج، وأن مناقشة التعويض في هذه الحالة فيه مس بمبدأ حرية الزواج.
- تناول كل من الشريعة الإسلامية والتشريع المغربي والتشريعات المقارنة للموضوع، مع اختلافها حول إقرار التعويض صراحة أو ضمناً، وتباينها حول تحديد الأساس الذي يقوم عليه.
- جدوى الموضوع المتمثلة في رغبة صياغة نصوص أسرية صريحة يتم فيها الاستجابة لمتطلبات الواقع، مع العمل على الحد من إشكالاته.

ثانياً- أهداف البحث:

تهدف الدراسة التي بين أيدينا إلى تحقيق ما يلي:

- إبراز سمو أحكام الشريعة الإسلامية، من خلال الضوابط والآداب الشرعية التي تحكم الخطبة، وتسهم في تحقيق مقاصدها، المتمثلة في حصول التعارف بين الخاطبين، و ركون كل واحد منهما للآخر، ثم حدوث الزواج بإنشاء أسرة مستقرة، أو حصول العدول عن هذه الخطبة في منأى وبعد عن حدوث أضرار مادية ومعنوية.
- إبراز أهمية صياغة نصوص قانونية، من قبل التشريعات التي تعيش فراغاً في هذا الباب، سواء تعلق الأمر بالتشريعات العربية الإسلامية أم التشريعات الغربية، إقراراً للعدالة وتثبيتاً للحماية القضائية، ووقوفاً في وجه ما تعرفه الخطبة بتطبيقاتها المعاصرة من إخلالات بمبادئها وقيمها الشرعية. فالاختلاء بالمخطوبة على مرآى وعلم أقاربها ومحارمها، سبيل إلى الوقوع في فاحشة الزنا وآثارها الوخيمة. كما أن حصول العدول بعد طول فترة الخطبة، مدعاة إلى حصول الضرر للخاطب المعدول عنه، والتقليل من فرص الزواج بالنسبة للفتاة المعدول عنها.
- تقنين ما توصل إليه الاجتهاد الفقهي الحديث في رأيه القائل بالتفصيل، والقائم على قصرالتعويض على ضرر العدول في حالة مصاحبة العدول بسلوكات وأفعال أضرت بالمعدول عنه، خاصة أن هذا الرأي يتفق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا، وما التزم به التشريع والقضاء المغربي.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تطرح الدراسة التي بين أيدينا العديد من الإشكالات، تتوزع إلى إشكال علمي رئيس وإشكالات فرعية. فالإشكال الرئيس يرتبط بالتساؤل عن مدى أحقية الخاطب المتضرر من العدول عن الخطبة في المطالبة التعويض في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن، وعلى أي أساس يستند هذا التعويض؟

أما الإشكالات الفرعية، فهي إشكالات اقتضاها تحليل الإشكال العلمي الرئيس، من خلال تفريع قضيته الأساس إلى إشكالات جزئية، وعموماً فهي تنحصر فيما يلي:

- ما موقف الفقه الإسلامي من تعويض ضرر العدول؟ وإذا كان هناك تعويض، فما الأساس الذي ينبني عليه، ما دامت الخطبة مقدمة للزواج؟
- كيف تعامل كل من التشريع والقضاء المغربي مع الأضرار الناجمة عن العدول؟ وهل هناك نصوص صريحة تستوجب التعويض؟
- ما موقف التشريعين الفرنسي والمصري من الأضرار الناتجة عن العدول؟ وهل سن كل منهما نصوصاً تضبط المسألة؟ وما موقف الفقه والقضاء منها؟

رابعاً- فرضية البحث:

نجد من الفرضيات التي يمكن الاستناد إليها في معالجة الإشكالات التي يطرحها الموضوع، مايلي:

- مسألة العدول عن الخطبة لاتستوجب التعويض، لأن الخطبة ليست عقد زواج، وإنما هي مقدمة له، والأصل حرية الزواج.
- العدول عن الخطبة يستوجب التعويض إذا ترتب عنه ضرر، لأن الأصل في الإنسان أن يتحمل تبعات سلوكاته وتصرفاته.
- العدول في حد ذاته لا يستوجب التعويض إقراراً لحرية الزواج، غير أنه إذا اقترن العدول بسلوكات وتصرفات ترتب عنها ضرر وجب تعويض المتضرر طبقاً لقاعدة الضرر يزال.

خامساً- الدراسات السابقة

إن جدة البحث تنبع من زاوية دراسة الموضوع بعقد مقارنة لتعويض ضرر العدول عن الخطبة في كل من الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن والعمل القضائي،

وتظهر خصوصية الموضوع من خلال تأصيل موقف القضاء الفرنسي وفلسفته الجديدة بخصوص تعويض ضرر العدول، وتحوله من إضفاء الصفة العقدية على الخطبة إلى اعتبارها وعداً لا يستلزم العدول عنه تعويضاً، إلا إذا اقترن فعل العدول بأفعال تبين أنها كانت سبباً في إلحاق الضرر بالمعدول عنه.

ويجدر التنبيه إلى أن هناك دراسات علمية محكمة سابقة ، مرتبطة بالموضوع، نجد من أهمها ما يلي:

- **"آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون"** د. أسامة محمد منصور الحموي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٧- العدد الثالث-٢٠١١.
- **"التعسف في العدول عن الخطبة دراسة فقهية مقارنة"** إعداد الباحث محمد عادل حسين الصفدي، إشراف الدكتور مؤمن أحمد شويدح، قدم البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على رسالة الماجستير في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، يوليو٢٠١٧م- شوال ١٤٣٨هـ.
- **" التعسف في العدول عن الخطبة"** إعداد الباحثة بريكي حجيلة، إشراف بلعزوز رابح، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، ٠٢/٠٧/٢٠١٣م، جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص.
- **"بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله"**، الدريني: محمد فتحي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ٢/ ٥١٠.

سادساً- منهج البحث:

من أجل استيفاء الموضوع حقه، وتحقيق الفائدة المتوخاة منه، استدعت طبيعة الدراسة اعتماد العديد من المناهج، نجد منها:

- المنهج الوصفي، القائم على وصف الواقع التشريعي في كل من الفقه الإسلامي

والتشريع المغربي والتشريع المقارن، فيما يخص تأطير ضرر العدول عن الخطبة، واتخاذ موقف صريح من التعويض عنه.

- المنهج المقارن، تم الاستناد إليه من خلال تناول التعويض عن ضرر العدول في توجه الفقه الإسلامي، و التشريع المغربي والتشريع المقارن، مع الاقتصار في التشريع المقارن على نموذجين هما التشريع الفرنسي والتشريع المصري، إذ يغيب فيهما النص الصريح المقنن للموضوع، ففتح المجال أمام الفقه والقضاء، للحلول محل التشريع في استيعاب الواقع.

وعموماً، فقد اعتمدت في صياغة هذا الموضوع أسلوباً تحليلياً، قائماً على النقاش العميق، و التصور الدقيق، والاستفادة من المقارنات.

سابعاً- تقسيم البحث

إن معالجة الإشكال الذي يطرحه موضوع:" التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن" قد تمت بتقسيم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول، خصصته لتعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، وقد تناولته في مطلبين: المطلب الأول، تعرضت فيه لتعويض ضرر العدول في الفقه الإسلامي، والمطلب الثاني تحدث فيه عن تعويض ضرر العدول في التشريع المغربي.

أما المبحث الثاني، فقد تكلمت فيه عن تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المقارن، مع الاقتصار على التشريع الفرنسي والمصري لاختلاف مرجعيتهما، ولاهتمامهما الواضح بالموضوع، ولاقتسامهما خاصية غياب النص المؤطر له. وقد تم ذلك في مطلبين: المطلب الأول تعرضت فيه لموقف التشريع الفرنسي، والمطلب الثاني لموقف التشريع المصري.

وقد ختمت البحث بخلاصة عامة عن الموضوع، انطلاقاً من الزاوية التي درستها منه.

المقدمة

يعتبر الزواج من أعظم العقود شأناً، وأبعدها أثراً في حياة الأفراد والمجتمع، فالزواج هو الطريق الشرعي لإنشاء أسرة مستقرة محققة لمقاصدها، ومحافظة على أمن المجتمع واستقراره؛ لذلك خصه الشرع بمقدمات ممهدة له تمثلت في تشريع الخطبة(١).

(١) الخطبة لغة من خَطَبَ المرأة يَخْطُبُهَا خطباً إذا طلبها للزواج، واختطب القوم فلاناً إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم.ينظر: لسان العرب، ابن منظور، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، مادة: خطب. أما اصطلاحاً فقد عرفها الشيخ أحمد الدردير بأنها"التماس النكاح"، كما عرفها الإمام أبو زهرة بأنها" طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"، فالخطبة إذن هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة تحل له شرعاً أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها بعد تحقق رغبته في الزواج بها، فإذا أجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما. ينظر: الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه تحريرات البناني وتحصيلات الدسوقي، للشيخ أحمد الدردير، اعتنى به وراجعه كمال الدين عبد الرحمان قاري، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، المجلد الأول، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، ص:٦٠٢. وينظر أيضاً: الأحوال الشخصية، للإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ص:٢٦- أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون للأستاذ محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية، بيروت، ط/ ٢، ١ ٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص:٥٠. كما عرفت مدونة الأسرة المغربية الخطبة في المادة الخامسة بأنها" تواعد رجل وامرأة الزواج"، فالخطبة حسب هذه المادة هي وعد بالزواج وليس زواجاً، كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة أن الخطبة تعتبر قد تحققت بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا. وعموماً، فقد كيف الفقهاء الخطبة بأنها وعد بالزواج من الطرفين، لا يترتب عليها أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح، وإن وافقت المخطوبة أو من له حق الموافقة، فلا تعتبر زواجا، وإنما تعتبر وعداً بالزواج، و مقدمة ضرورية تسبق العقد الشرعي، ويتمكن من خلالها كل من الخاطبين أن يتعرف أحدهما على الآخر، وأن يختبر مشاعره ومدى إمكانية التعايش معه، ويقول الإمام أبو زهرة في هذا الباب:" الخطبة ليس عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعداً بعقد وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء خلافاً لمالك في بعض أقواله، وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل". للتوسع يرجع إلى كتاب: الأحوال الشخصية ، للإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص:٣٥. أما رجال القانون فقد انقسموا في تحديد التكييف القانوني للخطبة على رأيين، حيث رأى البعض أن الخطبة عقد ملزم، لأن المراكنة بين الخاطيبين، وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد، وهي تستوفي شروط العقد وأركانه. أما الرأي الثاني فيقوم على أن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولكل من الطرفين الحق في العدول عنه استناداً إلى مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون إكراه. ينظر:" العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري" مقال للدكتور حاج أحمد عبد الله، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ٠٤، يناير ٢٠١٢م، ص:١٧٦-١٧٧.

فإتمام الزواج بعد إجراء الخطبة أدعى إلى تثبيت التعارف الجيد بين الخاطبين، واختيار الزوج المناسب، وتحقيق الوفاق وحسن العشرة بين الزوجين.

ومادامت الخطبة مقدمة للزواج، فإنها لا تحد من حرية الخاطب في إنهائها؛ فإذا وقع العدول عنها انقضت، ولم يبق للطرف الذي لم يعدل عنها الحق في إلزام العادل بإتمامها.

غير أنه قد يترتب عن العدول آثارٌ مهمة، إذا اقترن بأعمال ألحقت أضرارا مادية أو معنوية بأحد الخاطبين، حيث يطرح إشكال مدى أحقية المتضرر في المطالبة بتعويض الضرر، وإشكال الأساس الذي يستند إليه التعويض، خاصة عند عدم وجود نصوص حاسمة تبين الحكم الواجب التطبيق في أغلب التشريعات الأسرية.

وعموماً، إذا كان التشريع المغربي قد تناول الموضوع بنص قانوني، فإن الفقه الإسلامي لم يتعرض للمسألة قديماً، وإنما عالجها حديثاً بمواقف مختلفة وفق أسس اجتهادية متباينة، وهذا شأن التشريعات الأسرية المقارنة، من قبيل التشريعين الفرنسي والمصري، حيث غاب النص التشريعي بخصوص تعويض ضرر العدول عن الخطبة ، وأسند الأمر للفقه والقضاء لحل الإشكال.

وتبعاً لذلك، سأعالج موضوع تعويض ضرر العدول عن الخطبة في مبحثين:

المبحث الأول، أتحدث فيه عن تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي. أما المبحث الثاني، فسأخصصه لتعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المقارن.

المبحث الأول:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة
في الفقة الإسلامي والتشريع المغربي

إذا كان تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة من المسائل المهمة في التشريع الأسري، فإن أهميته تزداد ببيان موقف الفقه الإسلامي منه، مادام هذا الأخير مرجعاً أصيلاً لأغلب التشريعات الأسرية العربية، بما فيها التشريع المغربي.

وتبعاً لذلك، سأخصص هذا المبحث لبيان تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي في مطلب أول، كما سأتحدث في مطلب ثان عن موقف التشريع والقضاء المغربي من التعويض عن ضرر العدول.

المطلب الأول:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقة الإسلامي

إن مسألة تعويض الضرر[٢] الذي يلحق أحد الخاطبين جراء العدول عن الخطبة لم يكن

(٢) يقول ابن رجب الحنبلي في تعريفه للضرر:"الضرر: أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضرراً بلا منفعة له به". والواقع أن هذا التعريف تناول تحديد الضرر من زاوية تأثر الغير به أو قطع النفع عنه، مع العلم أن فعل الإضرار قد يلحقه الإنسان بنفسه. وعموماً، فالضرر في علاقته بالغير قسمان: ضرر مادي، وهو كل أذى يصيب الإنسان في ماله، فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها، أو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليها تشويه فيه أو عجز عن العمل أو ضعف في كسبه. أما القسم الثاني فهو الضرر المعنوي الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له، وفيما يصيبه من ألم في جسمه، أو في عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثراً، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته، وهذا ما يسمى بالضرر الأدبي... ويؤكد الشيخ علي خفيف بأن التعويض في الفقه الإسلامي لايكون إلا عن الضرر المالي الواقع فعلاً، لأنه السبب في التعويض، ولهذا إذا لم يترتب عن الفعل ضرر لم يجب به ضمان... ينظر: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلام، لزين الدين أبي الفرج بن رجب الحنبلي البغدادي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مؤسسة الكتب الثقافية، ط/ ٧، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، ص:٣٠٣. وينظر أيضاً كتاب: الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي خفيف، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص:٣٨و٤٤. ونستنتج مما ذكر أن تعويض ضرر العدول عن الخطبة، لا يكون إلا بعد أن يستعمل أحد الخاطبين حقه في العدول بقصد الإضرار بالآخر، ويترتب عن ذلك إلحاق ضرر فعلي بالغير، حيث يعتبر العادل قد تعسف في استعمال حقه، فوجب منعه، لما فيه من مناقضة لقصد الشارع، ومناقضة قصد الشارع باطلة. ونجد من الأضرار المعنوية المترتبة عن العدول عن الخطبة: ممارسة أحد الخاطبين حق العدول بقصد الانتقام

مطروحاً عند فقهاء الإسلام، لأن فترة الخطبة لم تكن تطول في العادة، كما أنه لم يكن يحدث بين الخاطبين ما يقع الآن من كثرة الاتصالات وتعدد الزيارات، لذلك لم يتصور أن ينشأ عن العدول عن الخطبة ما يستوجب التعويض(٣)، زيادة على سيادة الأجواء الإيمانية وحضور الوازع الديني في المجتمع الإسلامي، الحامل على التطبيق الفعلي لأحكام الخطبة بمنظورها الشرعي؛ الأمر الذي يجعلها تحقق مقاصدها الشرعية، المتمثلة في التعارف الفعلي بين الخاطبين، وتحقيق ركون بعضهما للبعض، مساهمة بذلك في تثبيت وتدعيم الأسس الحاملة على إنشاء أسرة مستقرة وفق تعاليم الإسلام وقيمه.

ويجدر التنبيه إلى أنه مع تدني الوازع الديني في واقعنا المعاصر؛ بسبب التحولات التي يعرفها المجتمع، ونتيجة الانفتاح على الثقافات المعاصرة، أصبحت الخطبة تبتعد عن مفهومها الشرعي، إذ تم النكوص عن أحكامها باعتبارها مقدمة للزواج، مماجعلها بتطبيقاتها المعاصرة(٤)، سبيلاً للإضرار بطرفيها؛ فاحتيج إلى استحضار ذلك عند العدول عنها.

وقد اختلف الفقه الإسلامي المعاصر في موضوع التعويض عن الضرر الناتج عن العدول بين موقف مؤيِّدٍ، وموقف معارضٍ، وموقف قائلٍ بالتفصيل، ولكل من الأقوال ما يدعم وجهة نظره. فالرأي المؤيد لفكرة التعويض، يتمثل في موقف الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر السابق، وهو من بين الفقهاء المعاصرين الذين ذهبوا إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض، إذا لحق أحد الطرفين ضرر بسبب عدول الطرف الآخر، لأن الخطبة

أو التشهير وتشويه سمعة الطرف الآخر. أما فيما يخص الأضرار المادية الناتجة عن العدول، فتحقق عند تفويت مصلحة مادية من قبيل: إكمال العمل أو الدراسة، أوخسارة أموال تجهيز البيت بالنسبة للخاطب... ينظر في هذا الباب بحث: التعسف في العدول عن الخطبة دراسة فقهية مقارنة، إعداد محمد عادل حسين الصفدي، بحث لا ستكمال الحصول على درجة الماجستر في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، يوليوز ٢٠١٧م/ ١٤٣٨هـ، ص:٧٨.

(٣) د.محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م، الدار البيضاء، ص:٢٦.

(٤) تتمثل صور الخطبة في العصر الحالي في كثرة الاتصالات وتعدد الزيارات، والخلوة بالمخطوبة والسفر معها، أو القيام بعلاقات غير شرعية مع المخطوبة.

اتفاق ملزم، والمقرر شرعاً أنه لاضرر ولاضرار والضرر يزال(٥).

ويستند هذا الرأي إلى أن الحكم بالتعويض لا يمس بحرية الزواج مطلقاً، ويحق لأي طرف أن يعدل عن إتمام الزواج، غير أنه إذا حدث العدول عن مجرد الطيش والهوى، فإن الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج له ما يبرره، لما فيه من حفظ لكرامة المعدول عنه.

ويبقى هذا الرأي في عمومه يكتنفه نوع من المغالاة، إذ إنه كيَّف الخطبة على أنها اتفاق ملزم لكلا الطرفين، وفي ذلك إجبار على إبرام عقد الزواج، تحت ذريعة الإلزام بالتعويض عند العدول الخطبة، وهي ذريعة باطلة لما فيها من مفسدة إلحاق الضرر بالخاطب العادل للضرورة، كما أنه مخالف لمقاصد الزواج القائمة على المودة والتراضي.

أما الرأي المعارض للتعويض، فيرى أصحابه أن مجرد الخطبة لا يلزم أحد الطرفين بشيء، لأن من تورط في تصرف قبل أن يستوثق من أمره بإتمام العقد، يكون مقصراً في حق نفسه، فيتحمل تبعة ما جنى، ولا يكون له الحق في المطالبة بأي تعويض، ونجد ممن قال بهذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقاً، والدكتور عمر سليمان الأشقر(٦).

ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن العدول أمر جائز شرعاً، وأن الخطبة ليست عقداً، وأن العادل لم يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض، وأن الإلزام بالتعويض عن العدول قد يكون فيه إجبار على الزواج عند عدم القدرة على الأداء.

ويجدر التنبيه إلى أن العدول عن الخطبة حسب هذا الرأي هو حق ثابت ومقرر شرعاً للخاطبين دون قيد أو شرط، وأن الحكم بالتعويض عقوبة، والأمر المباح لا يترتب عن تعاطيه أية عقوبة(٧).

(٥) أورد رأي الشيخ محمد شلتوت الدكتور عمر سليمان الأشقر في كتابه: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ص: ٧٥.

(٦) أورد موقف الشيخ محمد بخيت المطيعي الدكتورعمر سليمان الأشقر في كتابه: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، مرجع سابق، ص: ٧٥.

(٧) د.محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، ص: ٥٤.

ويبدو من خلال التمعن في هذا الموقف أنه رأي مجانب للصواب، لإغفاله أن صاحب الحق قد يسيء استعماله، فيتضرر من ذلك غيره، أو قد يقرن استعمال ذلك الحق بأمور أخرى قد تلحق الضرر بالغير، ومن العدل أن يزال الضرر ويرفع.

ففي أحضان هذه الآراء المتباينة تولد رأي ثالث قائل بالتفصيل، وهو موقف الشيخ محمد أبو زهرة الذي يرى أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب على ممارسته تعويض قط، ولكن قد يكون الخاطب قام بأفعال أو سلوكات منفصلة عن العدول تسببت في أضرار لحقت بالمخطوبة، كأن يطلب نوعاً من الجهاز، أوتطلب هي إعداد سكن معين، ثم يكون العدول والضرر. فالضرر إذا كان قد حدث من قبل أحد الخاطبين مستقلاً عن العدول عن الخطبة يجب تعويضه، فإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

وبناء على ذلك، ينقسم الضرر إلى قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه، وهو غير ناتج عن مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير دخل للعادل. فالأول يعوض، والثاني لا يعوض، لأن الأول كان تغريراً، والتغرير يوجب الضمان(٨).

ويستشف من هذا الرأي أن الأفعال التي أضرت بالمخطوبة هي التي تستوجب التعويض، وليس مجرد العدول؛ وبالتالي يبدو أنه رأي صائب، لأنه يتناسب ومقاصد الشرع التي تحث على إزالة الضرر، كان الضرر مادياً أو معنوياً، تحقيقاً للعدل القائم على إلزام الخاطب العادل بالتعويض، عند التسبب في إلحاق الضرر بالمعدول عنه.

نخلص مما سبق إلى أن اختلاف موقف الفقهاء المعاصرين من التعويض الناتج عن العدول عن الخطبة، يعود إلى كون الموضوع من المستجدات؛ التي استوجبت اجتهاد الفقهاء، فنتج عن اجتهادهم تباينهم في تحديد الأساس الذي يقوم عليه التعويض، مما أدى إلى اختلاف مواقفهم.

هذا فيما يخص رأي الفقه الإسلامي في تعويض ضرر العدول عن الخطبة، فماذا عن موقف التشريع المغربي منه؟

(٨) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص:٣٦.

المطلب الثاني:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المغربي

إذا كان المشرع المغربي نص في المادة السابعة من مدونة الأسرة صراحة على أن العدول عن الخطبة هو حق، فإنه لم يطلق الحرية في ممارسته، وإنما قيدها بعدم اقترانه بسلوكات وأفعال قد تكون سبباً في الإضرار بالمعدول عنه. وبناءً على ذلك، فما الأساس القانوني الذي تم اعتماده لترتيب التعويض؟ وما عمل القضاء في التعامل معه؟

الفقرة الأولى:الأساس القانوني للتعويض عن ضرر العدول في التشريع المغربي

لم يتعرض المشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلى مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها مرجعاً موضوعياً لهذه المدونة، فرضت على الخاطبين سلوكاً معيناً، إذا ما التزماه لن يصابا بأي ضرر. غير أن تطور الحياة الاجتماعية، بسبب الانفتاح على الثقافات المتنوعة؛ أدى إلى تغير المفاهيم المؤطرة للعلاقات الأسرية، وأسهم في تأثر الخطبة بما يجري لدى الشعوب غير المسلمة، خاصة تلك المنتمية للمجتمع الغربي، حيث تم التأسيس لعلاقات جديدة، نتج عنها ظهور حوادث وقضايا مستجدة، كان لا بد من التصدي لها عن طريق الاجتهاد بإيجاد حلول قانونية تحكمها(٩).

أمام هذا الوضع عمل الفقه القانوني على البحث عن حل مناسب لسد الفراغ، ويمكن إجمال خلاصة عمله في تبني رأيين اثنين(١٠): الرأي الأول، مفاده أن القانون المدني رتب عن المسؤولية التقصيرية(١١) تعويضاً يمكن أن يطبق بالنسبة للخطبة عن طريق القياس حفظاً للحقوق، وحرصاً

(٩) د.محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول: عقد الزواج وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، ط/ ٢، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، ص ١٩٢ و١٩٣.

(١٠) محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، ٢٠٠٥، ص:٧٥.

(١١)يمثل هذا الاتجاه الدكتورأحمد الخمليشي في كتابه "التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق" وعبد النبي ميكو في كتابه:" الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ط/ ١، ١٩٨١، ص:٤٣. ثم عبد الكريم شهبون في مؤلفه:" الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، ط/ ١،

على جعل حد للتصرفات الطائشة التي يقوم بها البعض ممن لا أخلاق لهم، ومستند هذا الفقه مقتضيات الفصلين ٧٧ و٧٨ من قانون الالتزامات والعقود المغربي(١٢). أما الرأي الثاني، فيركز على إمكانية الحكم بالتعويض، استنادا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية وتوافر شرطين أساسيين: أولهما، أن لا يكون للعادل مبرر ظاهر لإنهاء الخطبة، وينزع عنه صفة السلوك الخاطئ الذي يحمله تبعاً للمسؤولية الموجبة للضمان. وثانيهما، أن يكون الضرر اللاحق بالطرف المعدول عنه ناشئًا من تصرف مقترن بالخطبة وصادر عن العادل، كما في حالة التغرير بالطرف الآخر، ثم العدول عنه.

وبالإضافة إلى هذين الاتجاهين، ميز بعض الفقه بين الحالة التي ينشأ فيها الضرر عن العدول، ولايكون فيه دخل للخاطب أوالمخطوبة، وبين الحالة التي يكون فيها الضرر ناتجاً عن سلوك وفعل أحد الخاطبين.

ففي الحالة الأولى، يرى جانب من الفقه ضرورة ترتيب التعويض على أساس أنه تغرير بالطرف الآخر، والتغرير يوجب الضمان؛ فيبنى التعويض على أساس إساءة استعمال الحق. أما في الحالة الثانية، فلا مجال للتعويض فيه، لأن انقطاع المخطوبة مثلاً، من تلقاء نفسها عن العمل، ودون طلب أو إجبار من الخاطب، لا يحمل هذا الأخير أية مسؤولية.

ويستخلص من هذا النقاش الفقهي أن هناك تجاوباً كبيرًا من قبل الرأي العام، وانشغالاً بهذا المعطى الجديد الناتج عن تحول المجتمع الإسلامي، بسبب احتكاكه بالمجتمعات الغربية والتفاعل مع منظوماتها المفاهيمية، الراجعة إلى تدني الوازع الديني والابتعاد عن تعاليم الإسلام، المنظمة للزواج ومقدماته. وقد كان كل ذلك عاملاً رئيساً في دفع الاجتهاد الفقهي إلى البحث

١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، ص:٣٤.

(١٢) تنص المادة ٧٧ من ق.ل.ع على مايلي:" كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، من غير أن يسمح به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، التزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر". وتنص المادة ٧٨ من ق.ل.ع على مايلي:" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

عن حلول مناسبة لمعالجة هذا النوع من الضرر، خاصة أمام غياب النص الواجب التطبيق.

وقد عملت مدونة الأسرة على وضع حد للنقاش الفقهي بتنصيصها في المادة السابعة على أن:" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

ويتبين بالتمعن في مقتضيات هذه المادة، أن الرأي الذي قننته مدونة الأسرة، هو رأي قائم على التمييز بين مجرد إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة، التي هي مسألة مشروعة لا تحتاج إلى تبرير، وهي من صميم النظام العام(١٣)، وبين ما إذا صاحب العدول أوسبقته أقوال وأفعال غير لائقة(١٤) أحدثت ضرراً للطرف الآخر، فهي بذلك ترتب مسؤولية كاملة لمن صدرت عنه، طبقاً لمقتضيات الفصلين ٧٧ و٧٨ من قانون الالتزامات والعقود.

وبما أن المشرع المغربي قد حسم الأمر بوضع نصٍ قانونيٍّ موضوعيٍّ يحدد الحالة التي يتم فيها التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، فعلى أي أساس يستند هذا التعويض؟

إنه مما لاجدال فيه أن المتضرر ملزم بعد إثبات وقوع الخطبة أن يقيم الدليل على وجود الضرر، ثم إبراز العلاقة السببية بين الفعل الضار والنتيجة المتمثلة في حصول الضرر، فهذه العناصر تعد أسساً قانونية في رفع دعوى جبر الضرر، سواء كان تعويض الضرر، قائماً على

(١٣) يقصد بالنظام العام "القواعد الآمرة أو الناهية التي لا يسمح للأفراد بالخروج عنها" ينظر كتاب: النظام العام للدولة المسلمة، للدكتور عبد الله بن سهل، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط/ ١، السعودية، ٢٠٠١م، ص:٥٠. وقد عرف القضاء المغربي النظام العام بأنه" مجموعة من القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولايجوز لهم أن يخالفوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت لهم الاتفاقات مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة". حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ ١٩/ ١٢/ ٧٩ تحت عدد ١٥٥، منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد ١٢/ ١٣ أبريل ١٩٨٤، ص:٥٩.

(١٤) يعتبر من الأقوال غير اللائقة التي تحمل العادل عن الخطبة مسؤولية التعويض اتهام الخاطب للمخطوبة أو اتهامها له بما يخدش الشعور والكرامة كالطعن في العرض وأخلاق العائلة. أما فيما يخص الأفعال غير اللائقة، فنجد مثلاً حمل الخاطب خطيبته على الانقطاع عن الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة ثم يفسخ الخطبة دون سبب، أو أن تحمل الخطيبة خطيبها على تغيير المهنة أو إنفاق مصاريف الكراء، أو تأثيث محل، ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة.

أساس المسؤولية العقدية[١٥]، أم على أساس المسؤولية التقصرية[١٦].[١٧].

ويجدر التنبيه إلى أن المشرع المغربي قد اعتبر الخطبة في المادة الخامسة من مدونة الأسرة مجرد تواعد على الزواج وليست بزواج، مع العلم أننا نجد قانون الالتزامات والعقود لا ينشئ أي التزام على الوعد حسب مقتضيات المادة ١٤ منه [١٨].

وبما أن المسؤولية العقدية تترتب بمجرد تحلل أحد الطرفين عن إيجابه أو قبوله، فإن ذلك يستحيل تطبيقه على الخطبة باعتبارها مقدمة لعقد الزواج، الذي يختلف عن المعاملات المالية لاتصافه بالاستمرارية والدوام، مع استلزامه الحيطة والحذر في اختيار كل من الزوجين للآخر، تحقيقاً لمقاصد الشرع من الزواج، فيبقى بذلك العدول عن الخطبة حقاً لا يمكن للقاضي تقييده. وبالتالي فلا يمكن تنزيل قواعد المسؤولية العقدية على العدول عن الخطبة التي تبقى مجرد وعد بالزواج، وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار صادر عنها جاء فيه " الخطبة تواعد بالزواج وليست بزواج..."[١٩].

وأمام هذا المعطى الذي يبعد تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، فهل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن عدول أحد الخاطبين يشكل خطأً تقصيرياً؟

حدد المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة السابعة من مدونة الأسرة القاعدة المتمثلة في أن العدول عن الخطبة حق لكل من الخاطب والمخطوبة، وأن مجرد العدول لا يرتب أي

(١٥) المسؤولية العقدية هي الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عن عدم تنفيذها أو عن التأخر فيها؛ مما يجعل المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يتسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء.

(١٦) المسؤولية التقصيرية هي الحالة الناشئة خارج دائرة العقد، ويكون مصدرالالتزام بها هو القانون، فإذا تسبب سلوك شخص في ضرر للغير؛ التزم بتعويض الضرر، لإخلاله بالتزام قانوني، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير. وتقوم المسؤولية التقصيرية على ثلاثة أركان، وهي: أولاً: الخطأ التقصيري(الفعل الضار). ثانياً: الضرر. ثالثاً: رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

(١٧) د. موحى سيدي اعمر، المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، ماي ويونيو، ٢٠١٥، مطبعة دار القلم، الرباط، ص:١٩٧.

(١٨) تنص المادة ١٤ من قانون الالتزامات والعقودعلى ما يلي:"مجرد الوعد لا ينشئ التزاماً".

(١٩) قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ ٣ يناير ٢٠٠٧، منشور بمجلة المقال، عدد١، ٢٠٠٩، ص: ٢٧٣.

تعويض. كما أن من يستعمل حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته، أومطالبته بالتعويض عن أي ضرر قد يلحق بالغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استناداً إلى تطبيق قاعدة:"الجواز ينافي الضمان".

ويبقى مع ذلك الإشكال مطروحاً بخصوص حق المتضرر في المطالبة بالتعويض عن آثار السلوكات والأفعال الضارة المصاحبة لفعل العدول. غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة السابعة، نجدها تنص على أنه" إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً لآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

ويتبين من منطوق هذه الفقرة أن الحق في التعويض لا يرجع لفعل العدول، وإنما هو مرتبط بالأفعال المصاحبة له، والتي ألحقت ضرراً بالمعدول عنه، لأن العدول بوصفه حقاً يوجب على صاحبه عدم التعسف في استعماله(٢٠).

وقد أكد هذا المنحى الدليل العملي لوزارة العدل عند شرحة لمقتضيات المادة ٧ من م.أ، فقد جاء فيه أن" التراجع عن الخطبة حق لكل واحد من الخاطبين، فلا يترتب عن ممارسته تعويض ولا تتحقق صفة التعسف فيه وإن لم يكن له مبرر ظاهر، لأن الرضى بالزواج أمر شخصي يرجع ما يرغب فيه أو عنه إلى المقدم عليه وحده، ولا يخضع للقواعد العامة المتعلقة باستعمال الحق. نعم إذا صدر من أحد الطرفين فعل أو تصرف ألحق ضرراً بالطرف الآخر ثم اختار التراجع عن الخطبة، أمكن للمتضرر مطالبته بالتعويض طبقاً للقواعد العامة، مثل أن يحمل الخاطب خطيبته على الانقطاع عن الدراسة أو الاستقالة من الوظيفة ثم يفسخ الخطبة دون سبب، أو أن تحمل الخطيبة خطيبها على تغيير المهنة أو إنفاق مصاريف الكراء، أو تأثيث

(٢٠) أقر المشرع المغربي بنظرية التعسف في استعمال الحق في المادة ٩٤ من قانون الالتزامات والعقود التي نصت على أنه" لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار بالغير، ما كان له الحق في فعله". وبمفهوم المخالفة يستنتج أن كل شخص استعمل حقه قصد الإضرار بالغير يؤاخذه القانون على ذلك، لأنه تعسف في استعمال حقه، وتبعاً لذلك يبقى للمتضرر من العدول إثبات نية العادل في الإضرار به، والمطالبة بالتعويض، وإن كان سيواجه بإشكال إثبات الضرر، وقبله إثبات خطأ الطرف العادل عن الخطبة، وبيان العلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه.مع العلم أن لجوء المتضرر إلى القواعد العامة للإثبات، قد يزيد الأمر تعقيداً عند إنكار الطرف العادل.

محل، ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة"[٢١].

وتبعاً لذلك؛ يتعين على القاضي وهو يكيف طلب التعويض عن العدول عن الخطبة، أن يبحث عن حصول الخطأ المسبب، وعن ثبوت هذا الخطأ بفعل أوسلوك خارج عن واقعة العدول عن الخطبة، إذ إنه سيتم التعويض بناء عن ثبوت المسؤولية التقصيرية، وليس بناء على المسؤولية العقدية؛ فالعدول عن الخطبة وفقاً لهذا الفهم هو حق مشروع لكل من الخاطبين، غير أنه إذا اقترن العدول بأفعال ألحقت ضرراً بأحدهما، فإنه يكون قد تعسف في استعمال هذا الحق، مما يستوجب تعويض الضرر، ويكون بذلك المشرع اعتبر في مدونة الأسرة أن أساس التعويض عن العدول عن الخطبة هو المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية.

خلاصة القول، إذا كان المشرع المغربي قد قرر أن الخطبة هي مجرد تواعد الخاطبين بالزواج وليست بزواج، وأن للمعدول عنه حق المطالبة في التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأفعال والسلوكات الضارة المقرونة بفعل العدول والصادرة عن العادل في إطار المسؤولية التقصيرية؛ فإنه يجدر بنا التساؤل عن توجه العمل القضائي في التعامل مع طلبات التعويض المقدمة في إطار جبر ضرر العدول عن الخطبة؟

الفقرة الثانية:التطبيق القضائي للتعويض عن ضرر العدول بين الإثبات والنفي

إن المتتبع للعمل القضائي المغربي، سيجد أحكامه متسمة بالحزم والدقة في تنزيل مقتضيات المادة السابعة من مدونة الأسرة؛ فالقاضي وهو ينظر في طلبات التعويض عن العدول عن الخطبة يعمل جاداً على تمحيص أسباب العدول، مع تقدير مدى أثر الأفعال المصاحبة له أو اللاحقة به في الإضرار بأحد الطرفين، وهذا ما نلمسه في قضاء المحكمة الابتدائية بمدينة الحسيمة[٢٢]، عند رفضها لطلب التعويض عن الضرر المرتكز على التغرير

(٢١) وزارة العدل، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد١، ٢٠٠٤، ص:٢٠ .

(٢٢) مدينة من المدن المتواجدة بمنطقة الريف المغربية.

بوصفه سبباً مستقلاً مصاحباً للحق في العدول عن الخطبة(٢٣).

وينطلق هذا الحكم من أن المشرع المغربي قد أقر في المادة السابعة من مدونة الأسرة مبدأ الحق في التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، في حالة ما إذا صدرت عن أحد الطرفين أفعال أو تصرفات مصاحبة تسببت في ذلك.

وبتحليلنا للحكم، نجد أن المدعية طالبت بالتعويض عن الضرر، بسبب تغرير الخاطب لها قصد ممارسة الجنس معها، إذ تبين للقاضي بعد التدقيق والبحث في أحوال وظروف المدعية، أنها ليست قاصرة ليتم التغرير بها، وإنما هي متعلمة وتعمل مربية، وهي تدرك أن الخطبة وعد بالزواج لا يترتب عنها أي تعويض، وتعلم أن ما أقدمت عليه من انصياعها لممارسة الجنس مع خطيبها هو فعل مخالف للشرع؛ وبناء عليه جاء قضاء المحكمة بعدم تمكين المدعية من التعويض لغياب مبرراته، محققاً للعدل ومراعياً لمصالح الطرفين.

ويساير هذا التوجه القضائي ما أكده الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله:" إن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعويض إلا عن الضرر المادي. ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي. على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم"(٢٤).

(٢٣) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ ٢٢ مارس٢٠٠٧م، أورده الدكتور محمد الشافعي في مؤلفه: مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي- حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي(٢٠٠٤-٢٠١٠)، سلسلة البحوت القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، ط/ ١، ص:١٦. وقد جاءت حيثيات الحكم كالتالي: "بمقتضى المادة ٧ من مدونة الأسرة، فإنه في حالة ما إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض. إن القول بتغرير المدعى عليه للمدعية قصد ممارسة الجنس معها لا يمكن الاستكانة إليه على اعتبار أن المدعية تبلغ من السن ما يسمح معه بتدبير أمورها جيداً وتقدر أفعالها بكل دقة، خصوصا أنها متعلمة ومربية أطفال تعي جيداً أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج، وبالتالي يكون الخطيبان قد استسلما معاً للرغبة الجنسية ورضيت المدعية بذلك بدون إكراه ، فإنه لا موجب لأي تعويض لا لضرر مادي أو معنوي".

(٢٤) د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان.مرجع سابق، الجزء الأول، ص:٩٤٠.

ويستخلص من موقف المحكمة أن الخاطبين قد استسلما للضعف الجنسي الذي لا يرقى لأن يكون سبباً للتعويض عن العدول عن الخطبة، لأنه في الأصل سلوك محرم وغير مشروع، ولا يجوز ترتيب التعويض عن السلوك المحرم شرعاً، لأن ما بني على باطل فهو باطل. فحكم القاضي في النازلة بعدم التعويض هو تطبيق لمقتضيات نص المادة السابعة من مدونة الأسرة، وهو يبرز المهمة الملقاة على عاتق القضاة في التثبت من مشروعية الأسباب التي تستند إليها دعوى التعويض.

وسيراً على هذا النهج، صدرت أحكام أخرى قرر فيها القضاء المغربي الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بأن "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، فيمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض وفقاً للمادة ٧ من مدونة الأسرة. حيث يكون بذلك تضرر المدعية من عدول المدعى عليه عن خطبتها ثابتاً وهو التضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي(التوقف عن العمل)، وعلى المستوى المعنوي فإن تضررها من عدول المدعى عليه عن خطبتها دون سبب ولمجرد أنه متزوج، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علناً مما يشكل لها إحباطاً ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها"(٢٥).

ويتبين من هذا الحكم أن المحكمة قضت بالتعويض للمدعية، لأن ممارسة الخاطب لحق العدول حسب حيثيات القضية، ترتب عنه ضرر مادي واضح، تمثل في فقد الخطيبة لمورد رزقها بسبب توقفها عن العمل، كما ألحق العدول بالخطيبة أضراراً معنوية، ناتجة عن مرافقته لها بصفة مستمرة، مما أثر عليها نفسياً وولد لديها تخوفاً من قلة فرص تقدم الخطاب لها.

وبناءً عليه، جاء قضاء المحكمة مراعياً لمقاصد الشرع، ومنسجماً مع إرادة المشرع ومقصده القائم على رفع الضرر ومراعاة مصلحة الخاطبين.

(٢٥) حكم المحكمة الابتدائية بمراكش، صادر بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٩ ، أورده الدكتور محمد الشافعي في كتابه، مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي(٢٠٠٤-٢٠١٠)، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، ط/ ١ ، ٢٠١١، ص:١٦.

وبذلك، يتضح أن الأساس الذي بني عليها الحكم بالتعويض ارتبط بأفعال مادية مستقلة عن الحق في العدول، تمثلت في مطالبة الخاطب لها بالتخلي عن العمل، وقطع مورد رزقها إلى جانب أفعال معنوية تمظهرت في الخروج المتواصل للخاطب معها، وشهرة ذلك بين الناس؛ مما قد يقلل فرص تقدم الخطاب لها. والواقع أنه إذا كانت الأفعال المعنوية لا ترقى لأن تكون سبباً موجباً لطلب التعويض(٢٦)، فإن ما يعرفه المجتمع من تحولات، وما أصبح يسود فيه من عادات فاسدة تختلط بأحكام الخطبة من قبيل كثرة الاتصالات واللقاءات بين الخطيبين على مرأى من عائلتيهما ودون اعتراض منهما، زيادة على التطور التكنولوجي وتنوع وسائل الاتصال، وما ترتب عنها من تسهيل الاتصالات والمحادثات بين الخطيبين، وإن لم تحصل لقاءات مباشرة بينهما، وذلك كله من شأنه أن يؤثر نفسياً على الطرف المعدول عنه.

يتبين مما ذكر أن موقف المحاكم المغربية من مسألة تعويض الضرر الناتج عن العدول هو موقف انصب على تنزيل الصياغة الحرفية للمادة السابعة من مدونة الأسرة، وبذلك يظهر أن هذه المادة قد حددت موقف المشرع المغربي من مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، متجاوزة الفراغ التشريعي الذي كان يعيشه التنظيم الأسري في ظل العمل بمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وأخيراً إذا كان موقف المشرع المغربي من موضوع التعويض الناتج عن العدول أصبح واضحاً بحلول مدونة الأسرة يوم ١٠ أكتوبر٢٠٠٣، فإنه يجدر بنا التساؤل عن موقف التشريعات المقارنة منه؟

(٢٦) بمقتضى المرجعية الفقهية لمدونة الأسرة يمنع على الخاطب الاختلاء بالمخطوبة دون وجود ذوي محرم معها، لأن في ذلك مدعاة للوقوع في الفاحشة.

المبحث الثاني:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المقارن

إن التشريعات الأسرية المقارنة تتسم بالكثرة، كما أن المرجعية المعتمدة في بناء النصوص المنظمة للأسرة تتميز بالتنوع، لذلك سأقتصر في تناول مسألة تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة من زاوية التشريع المقارن، لكونهما نموذجين لنظامين مختلفين. فالتشريع الفرنسي يعتبر الزواج عقداً مدنياً، والتشريع المصري يستند إلى المرجعية الدينية في بناء أحكام الأسرة، غير أنهما يشتركان في غياب نص قانوني صريح يقنن المسألة.

لذلك، سأخصص المطلب الأول من هذا المبحث لتعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع الفرنسي، كما سأتعرض في المطلب الثاني منه لتعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المصري.

المطلب الأول:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع الفرنسي

نجد من النظريات الفقهية التي سادت في القانون الفرنسي القديم- أي خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين- نظرية اعتبار الخطبة عقداً، تستوجب التعويض عند العدول عنها، وعدم الوفاء والالتزام بها(٢٧).

وقد ظهرت هذه النظرية غداة صدور القانون المدني الفرنسي سنة ١٨٠٤، إذ حاول شراح القانون المدني إخضاع الخطبة لأحكام هذا القانون، فقرر بعض المنظرين لها أنه لما كان الالتزام بعمل يتحول عند عدم تنفيذه إلى تعويض؛ فإن الوعد بالزواج ليس إلا التزام بعمل، وعدم الوفاء به يترتب عنه تعويض. وتبعاً لذلك، اعتبر الدكتور جون لوفيبفر في أطروحته الجامعية

(27)"Dans l'ancien droit, les fiançailles étaient un véritable contrat qui ne pouvait pas etre rompu Unilatéralement au gé de l'un des français. Le fiancé qui rompait, engageaeait sa responsabilité".
H.LE BOULANGER,Mariage et consentement, DEA en droit privé, sous la direction de M.F.kernaleguen, Universsté de Rennes 1,2001-2002, p.13/

أن"الخاطبين قد أسسا عقداً لمشروع الزواج"[٢٨]، و دعم هذا التوجه الفقيه جوسراند، عندما اعتبر الخطبة عقداً[٢٩].

ويجدر التنبيه إلى أنه في ظل غياب نص صريح يُكيِّف طبيعة الخطبة، هل هي عقد تترتب عنه المسؤولية العقدية أم لا، طبق التشريع الفرنسي على الوعد بالزواج قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[٣٠]، وقد تم التنصيص عليها في المادة ١١٣٤ من القانون المدني القديم[٣١] وبمقتضاها تم ترتيب مسؤولية عقدية عن فسخ الخطبة من جانب واحد، لأن تنفيذ العقد حسب هذه المادة يجب أن يتم بحسن النية، وفسخ العقد يجب أن يكون برضى الطرفين. فحسن النية مسألة لازمة، منذ التفاوض على العقد إلى حين تنفيذه؛ وهذا ما يجعل الخاطبين ملزمين في فترة الخطبة باستحضار حسن النية، وعدم تبييت نية الإخلال بها، وإلا ألزم المخل بالتعويض عن ذلك، لأن تصرفه هذا يدل على سوء نيته.

وقد سار القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه، إذ قضت محكمة تولوز في حكم صادر عنها بأن"الخطبة عقد ملزم يرتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول كلاً منهما دعوى لإجبار الآخر على الوفاء به، لكن طبيعة هذا الارتباط تقضي بأن يتحول بالضرورة إلى التزام بالتعويض يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقاً للمبادئ العامة

(28) J. LEFBVRE, Le probléme de la rupture des fiançailles ou promesse de mariage en jurisprudence, thése, jouve, 1935, p.17.

(29) "les fiançailles sont un contrat"
.P.COURBE, Droit de famille, Sery, 2008, 5éme édition, p.34.

(٣٠) محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص:١٩٠.

(٣١) تنص المادة ١١٣٤من القانون المدني الفرنسي قبل تعديلها، على أن الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني تعتبر بمثابة القانون بالنسبة للأطراف المتعاقدة، ولا يمكن التراجع عن التعاقد إلا باتفاق الأطراف أو لأسباب يسمح بها القانون، ويجب أن تنفذ الالتزامات بحسن نية.

"les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
Elle ne peuvent etre rèvoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent etre exécutées de bonne foi".

وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي بمقتضى مرسوم ١٠ فبراير ٢٠١٦، تم تغيير رقمها الذي أصبح هو ١١٠٤، كما تم تعديل مضمونها الذي أصبح ينص على ما يلي:

"les contrats doivent etre négociés, formès et exécutés de bonne foi"

التي أخذ بها القانون الفرنسي"(٣٢).

وتبعاً لهذا التوجه، فإنه يُلْزَمُ الخاطب المعدول عنه لاستحقاق التعويض في إطار المسؤولية المدنية أن يثبت وجود وعد بالزواج، وتوفر أسباب المسؤولية المدنية، المتمثلة في الخطأ وحدوث الضرر المادي أو المعنوي، ثم إثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر(٣٣).

وعموماً، فإن الفقه الفرنسي في ظل غياب نص صريح يحدد طبيعة الخطبة هل هي عقد أم لا، نجده أخضعها لقاعدتين رئيستين، هما: قاعدة " تحول الالتزام بعمل إلى تعويض عند عدم تنفيذه"، وقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين". وتبعا لذلك، فإن العادل عن الخطبة يُجْبَر على تعويض الضرر الناتج عن العدول لفائدة المعدول عنه.

والواقع أن هذا التوجه لا يستقيم، ومنتقد للأسباب التالية:

- إن القواعد العامة التي يتم تطبيقها على العقود المالية تختلف جذرياً عن القواعد الحاكمة لعقد الزواج، لأن طلب الزواج لا يصدر من مدين إلى دائن، كما هو الأمر بالنسبة للعقود العادية وإنما هو رباط بين نفسين وروحين.
- إن الوعد بالزواج ليس من شأنه أن يولد رابطة قانونية، لأنه غير ملزم من الناحية المدنية.
- إن ترتيب التعويض عن العدول غير وارد، لأن الخطبة مرحلة تعارف وتفاهم بين الخطيبين، ويحق للعادل العدول عن الخطبة متى شاء، ولا يجوز إجباره على تنفيذ الوعد.

إن هذه النظرية عموماً، لم تكن محل إجماع لدى الفقه والقضاء الفرنسي، إذ صدرت أحكام مبنية على التفصيل في النتائج التي تترتب عن العدول عن الخطبة، وفي مدى أحقية الخاطب

(32) toulous 16 fevrier 1813Rep .Dalloz-v.mariage .n°:83.

(33) "Le fiancé qui a été abandonné, donc doit prouver d'abord l'existance d'une promesse de mariage, puis l,existance des conditions de l'engagement de la ressponssabilité civil :une faute, un préjudice(matérial ou moral) et un lien de causalité".
Dania Dhainni, Mariage et Liberté :Etude comparative en droit français et Libanais; Thése, Droit, Universsité Paris-Saclay, 2016, p.40.

المتروك في التعويض بسبب عدول الطرف الآخر، وكانت تلك الأحكام تميز بين الحالة التي يكون فيها الضرر ناتجاً عن مجرد العدول عن الخطبة، وبين ما إذا كان الضرر ناتجاً عن خطأ تقصيري، فيتقرر التعويض في هذه الحالة الأخيرة فقط(٣٤).

وتستند دعوى التعويض في هذه الحالة إلى الضرر الواقع، نتيجة الالتزام الذي يفرضه القانون على كل من تسبب في ضرر بإصلاحه، فإذا تبين من أسباب الحكم المطعون فيه أنه لم يكن هناك ضرر حقيقي، فلا مجال للتعويض.

وقد استقر القضاء الفرنسي مؤيداً بجانب هام من الفقة، على عدم التعويض لمجرد العدول، وإنما يترتب التعويض إذا صاحبته ظروف مستقلة، طبقاً للمبادئ العامة للمسؤولية التقصرية(٣٥)، وقد مثل القضاء الفرنسي لهذه الظروف بمجموعة من التطبيقات، من قبيل تَغَيُّبُ الخاطب بدون عذر عن حضور عقد قرانه مع خطيبته، التي تنتظره مع المدعوين في عمادة المدينة(٣٦)، أو إلغائه للخطوبة بدون سبب أربعة أيام قبل التاريخ المتفق علية لإبرام عقد الزواج(٣٧)، أو حصول العدول بعد طول فترة الخطوبة(٣٨).

إن المتمعن في الحالات المشار إليها أعلاه، سيلاحظ أن الحكم بالتعويض مؤسس على وجود الخطأ، الذي لا دخل لفعل العدول فيه، وإنما مرجعه الأفعال الملازمة له والظروف المحيطة به. ويبدو أن هذا الاتجاه المؤسس على المسؤولية التقصيرية الذي تبناه القضاء الفرنسي وساير فيه معظم الفقه الفرنسي، هو اتجاه صائب ومتناسب مع ما توصل إليه الاجتهاد الفقهي الحديث في أحد آرائه، القائمة على الفصل بين الحق في العدول عن الخطبة والعدول،

(٣٤) جاء في قرار صادر عن محكمة النقض بأن "الحكم المطعون فيه قرر أن عدم تنفيذ الوعد بالزواج يمكن أن يخول في بعض الظروف حقاً في التعويض، إذا كان قد نتج عن عدم التنفيذ ضرر حقيقي" نقض مدني فرنسي، بتاريخ ٢٦ ماي ١٩٦٦، أورده بلحاج العربي في مؤلفه ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ١٩٩٤، ص: ٥٨.

(٣٥) محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص:١٩٠.

(36) Paris, 3 decembre 1976, D.1978, p.36.

(37) CA.Aix en Provence, 3 mars 2005, juris.Data, n°2005, p.271242.

(38) CA.Paris1ere chambre, 6 janvier 1998, RTDciv1999, p.817.

وبين واجب التعويض عن الأفعال المضرة المصاحبة للعدول، وبالتالي فلا يحتاج المشرع الفرنسي إلا لجرأة تشريعية، منطقها تقنين ما توصل إليه الفقه والقضاء، بشكل لا يمس بحرية الزواج، ولا يخرج بالخطبة عن طبيعتها بوصفها تواعداً بين الخاطبين على الزواج.

هذا فيما يخص موقف التشريع الفرنسي من تعويض ضرر العدول عن الخطبة، فماذا عن توجه التشريع المصري؟

المطلب الثاني:
تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المصري

تطرق أغلب الفقه المصري إلى مسألة التعويض الناتج عن العدول عن الخطبة، كما أن توجهات المحاكم انقسمت بشأنه إلى موقفين: الموقف الأول، هو الموقف القائم على وجوب التعويض عن ضرر العدول، لأن الخطبة في نظر هذه المحاكم هي اتفاق ملزم للخاطبين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم؛ ومن ثم يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي، إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لعدوله. فالعدول عن الخطبة حسب هذا الرأي هو عدول عن عقد يستوجب المسؤولية العقدية والتعويض.

غير أن هذا التوجه لم يلق انتشاراً واسعاً على مستوى التطبيقات القضائية، وذلك ما توضحه قلة وندرة الأحكام القضائية التي أجازت التعويض على أساس المسؤولية العقدية على الطرف العادل(٣٩). ويبدو أن هذا الاتجاه القضائي قد كرس موقف الاتجاه الفقهي الذي اعتبر الخطبة عقداً ملزماً.

أما الموقف الثاني، فهو موقف جانب من المحاكم التي ترى أن مجرد العدول عن الخطبة لايوجب التعويض مطلقاً، لأن العدول حق ثابت لكل من الخاطبين وغير مقيد بشرط، لأن

(٣٩) يبقى من أهم الأحكام الصادرة في هذا الباب ما قررته محكمة سوهاج الكلية في قرار صادر عنها اعتبرت بمقتضاه أن الوعد بالزواج ارتباط قانوني، وعقد قائم يوجب التزامات على كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، حكم محكمة سوهاج الكلية في سنة٣٠/ ٥/ ١٩٤٨، رقم: ٤٣٤، مجلة المحاماة، السنة ٢٨، ص:١٠٥٦.

العادل استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق(٤٠). كما أن الخطبة في حد ذاتها غير ملزمة، وأن مجرد العدول عنها لا يرتب أي حق في التعويض، لأن في عدم إقرار التعويض إبقاء على حرية الزواج. غير أنه إذا اقترن هذا العدول بأفعال وسلوكات نتج عنها ضرر للمعدول عنه، تحمل العادل التعويض عن الضرر.

وقد تَأَيَّدَ هذا التوجه بصدور قرار لمحكمة النقض بتاريخ ١٤ديسمبر ١٩٣٩ قضت فيه بأنه"وإن كان لكلا المتواعدين على الزواج مطلق الحرية في العدول عنه من غير أن يترتب على هذا إلزام بتعويض ما، إلا أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالاً بيناً بحكم أنها مجرد وعد بالزواج فعدول عنه، وتكون هذه الأفعال ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، كانت هذه الأفعال موجبة للتضمين على من صدرت منه باعتبارها أفعالاً ضارة في ذاتها لا نتيجة العدول"(٤١).

وطبقاً لهذا الحكم، لايعتبر الإخلال بالوعد بالزواج المتبادل بين الخاطبين مستوجباً للتعويض في ذاته، ولا تترتب عنه أية مسؤولية، حتى لو اعتبرت الخطبة عقداً. وإنما المسؤولية ناتجة هنا عن الخطأ المرتب للضرر، والصادر من أحد الخاطبين تجاه الآخر. ويدعم هذا التوجه الدكتور سليمان مرقس معلقاً على القرار بقوله:"وعندي أن المحكمة أصابت في اعتماد هذا الرأي، لأنه حل وسط يوفق بين مبدأ حرية الزواج ومبدأ المسؤولية عن الأضرار، وهو فوق ذلك لا يلقي المسؤولية حتماً على عاتق الخاطب الذي سلك مسلكاً خاطئاً أضر بالطرف الآخر ولو لم يكن هو الذي عدل"(٤٢).

ويجدر التنبيه إلى أن اتجاه القضاء المصري بفريقيه يتسم بنوع من المغالاة، لأن الفريق الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى كونها اتفاقاً ملزماً لإجراء عقد

(٤٠) د.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهظة العربية، بيروت، ط/ ٢، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م، ص:٧١.

(٤١) مجلة المحاماة، س٢٠ ع ٦ ص:٧٦٠.

(٤٢)"العدول عن الخطبة وما يترتب عنها" مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد، ع ٣-٤-٥، س ١٣، ص:٣٥٤.

الزواج، وفي ذلك إكراه على إتمام عقد الزواج ومخالفة لمبدأ الحرية القائم عليها.

أما الفريق الثاني فقد نظر إلى طبيعة الخطبة بأنها مجرد وعد لا التزام فيه، وأن العدول عنها حق مقرر لكل من طرفيه. وبالتالي، فهذا الموقف أغفل أن حق العدول قد يساء استعماله فيترتب عنه ضرر، كما أن في هذا الإغفال حيفاً ومجانبة لمقصد العدل، القائم على تحمل المتسبب للضرر الناتج عن أفعاله الضارة.

وقد بقي الاجتهاد القضائي المصري متأرجحاً بين التعويض عن الضرر انسجاماً مع الرأي الثاني، تطبيقاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"(٤٣) وقاعدة "الضرر يزال"(٤٤)، وبين عدم التعويض مسايرة للرأي الأول وتنفيذاً لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"(٤٥)، إلى أن تم ظهور توجه فقهيٍّ ثالث يمثله الدكتور عبد الرزاق السنهوري، يقوم أساسه على أن الخطبة والوعد بالزواج ليس عقداً ملزماً، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج إذا لم يكن خطأ عقدياً، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض. فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخاطب؛ كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية. والأصل أن فسخ الخطبة لا

(٤٣) أصل القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"، وهو حديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ من، رواية يحي بن يحي الليتي، كتاب الأقضية، باب القضاء في الرفق، رقم الحديث:[٣٢]. وأخرجه أيضاً، الإمام ابن ماجة في السنن في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث:[٢٣٨٤]. ويقول الشيخ مصطفى الزرقا في بيان القاعدة:" لا فعل ضرر ولا ضرار في ديننا، أي لا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرر ولا ضراراً". ينظركتاب:شرح القواعد الفقهية، تأليف أحمد مصطفى الزرقا، نسَّقه وراجعه وصححه الدكتور عبد الستار أبوغدة، دار الغرب الإسلامي، ط/ ١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ص:١٦٥.

(٤٤) يقول مصطفى الزرقا في شرح قاعدة الضرر يزال:" أي تجب إزالته[الضرر]، لأن الأخبار في كلام الفقراء للوجوب". ينظر كتاب: شرح القواعد الفقهية، تأليف أحمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص:١٧٩.

(٤٥) يقول مصطفى الزرقا في شرح هذه القاعدة:" كون الأمر مباحا، فعلاً كان أو تركا(ينافي الضمان) لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف. ولكن بشرط:- أن لايكون ذلك الأمر الجائز مقيداً بشرط السلامة. – وأن لا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه" ينظر كتاب: شرح القواعد الفقهية، تأليف أحمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص:٤٤٩.

يجعل حقاً في التعويض إلا عن الضرر المادي، ولكن إذا سبقه استغواء، فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي، على أنه إذا تم استسلام الخاطبين للضعف الجنسي، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر معنوي، حتى لوكان هناك مشروع للزواج لم يتم. وإذا كان فسخ الخطبة من قبل خاطب قاصر فوالد الخطيبة هو المسؤول إذا كان هو السبب في الفسخ(٤٦).

إن التمعن في الأسس التي بنى عليها الدكتور عبد الرزاق السنهوري رأيه، توضح أنه رأي سليم يستجيب لمتطلبات الواقع، وفيه جلب للمصلحة ودرء للمفسدة، كما أنه رأي يجعل الخاطب حرا في إتمام الزواج بعد الخطبة أوإلغائه. غير أن هذه الحرية تبقى مقيدة بعدم الإضرار بالطرف المعدول عنه، بأن لايقترن العدول بأفعال وسلوكات صادرة عن العادل، وتسببت فعلاً في حصول ضرر مادي أو معنوي للمعدول عنه.

وتبعاً لذلك؛ استقر القضاء المصري، فيما يخص تكييف الخطبة والتعويض عن العدول عنها، على المبادئ الآتية(٤٧):

- الخطبة ليست بعقد ملزم .
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
- إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقد أكدت ذلك محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ ١٤-١٢-١٩٣٩، والذي جاء فيه بأن" الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض. ولكن إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال

(٤٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص: ٨٢٧-٨٢٨.

(٤٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع نفسه، ج/ ١، ص:٨٢٨.

أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها في حد ذاتها- بغض النظر عن العدول المجرد- أفعال ضارة موجبة للتعويض"(٤٨).

ويبدو أن ما انتهى إليه القضاء في مصر، يتفق مع مقاصد الشرع المتمثلة في جعل الخطبة بضوابطها، طريقاً إلى تحقيق تعارف فعلي بين الخاطبين وعائلتهما، كما يتفق مع القواعد الشرعية التالية: قاعدة:" لا ضرر ولا ضرار"، وقاعدة:"الضرر يزال"، ثم قاعدة:" التسبب في الضرر يوجب الضمان إذا كان عمداً"، ويساير مبدأ إساءة استعمال الحق، فيكون حق العدول عن الخطبة حقاً مقرراً لكلا الطرفين، ويبقى التعويض متعلقاً بالأفعال المصاحبة للعدول أو السابقة عليه، فتدخل المسألة في باب التغرير الموجب للضمان.

حاصل القول، إذا كان كل من التشريعين الفرنسي والمصري لم يتخذا موقفاً حاسماً بخصوص إصدار نص قانونيٍّ يقرر أن الأصل هو عدم التعويض عن الأضرار الناتجة عن مجرد العدول عن الخطبة، والاستثناء هو التعويض عند اقتران العدول بسلوكات وأفعال تسببت في الإضرار بالمعدول عنه، فإنه على عكس ذلك نجد أن الفقه والقضاء قد أوليا عناية كبرى للموضوع، فعمل بالأصل والاستثناء في انتظار تقنينه.

(٤٨) نقض مدني في ١٤ ديسمبر مجموعة عمر٣ ع الصفحة رقم:٣٠، المصدر: منتدى قانوني لمحكمة الأسرة ببور السعيد في مصر، عنوان الموضوع: أحكام النقض في الخطبة، صاحب الموضوع استشاري أسامة غزي محام، العنوان الإلكتروني https://portsaidcourt.rigala.net/t6-topic تاريخ الولوج: ١٨-١٠-٢٠١٨، الساعة: ١٨:٠٠، وأورد القرار أيضاً الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مؤلفه، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ص: ٨٣١.
ونجد من قرارات النقض أيضاً التي تصب في نفس المنحى ، قراراً صادراً عن محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٥-١١-١٩٦٢، جاء فيه: "استطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لاتفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول ومجرد العدول عن عن الخطبة – على ما جرى به قضاء النقض- لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخاطبين". نقض مدني، رقم١٧٤ لسنة ٢٧ مكتب فني ١٣ صفحة رقم ١٠٣٨ بتاريخ ١٥-١١-١٩٦٢.

خاتـمـة

نخلص من دراستنا لمسألة تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة إلى مجموعة من النتائج، كما نختم بتوصيات هادفة:

أ- النتائج:

- إن الشريعة الإسلامية أحاطت الخطبة، باعتبارها طريقاً ممهداً لولوج مؤسسة الزواج وتكوين الأسرة تكويناً سليماً، بأحكام وضوابط تضمن التعارف الحقيقي بين الخاطبين وبين عائلتيهما، وتسهم في تثبيت رابطة الزواج على أسس الصدق والأمانة والمودة والمحبة والاحترام والتقدير.
- إنه في ظل التطبيق الفعلي لأحكام الشريعة الإسلامية على الخطبة، لم يحدث ما يخرجها عن الدور المنوط بها، مما جعل الفقهاء المجتهدين القدامى لم يتحملوا عبء الاجتهاد في قضاياها، نظرا لبساطة إجراءاتها ويسر أحكامها ووضوحها.
- إنه في ظل تطور المجتمع وتغير أحواله ثقافياً ومفاهيمياً، وموازاة مع ضعف الوازع الديني وهجر أحكام الشرع في الخطبة ؛ تولدت قضايا عميقة استدعت من الفقهاء المحدثين إعادة النظر في تكييفها بمفهومها الجديد، مع العمل على حل نزاعاتها وتقدير المصالح الناتجة عنها، بمعيار الشرع لا العقل.
- إن من أهم القضايا المستجدة بخصوص الخطبة قضية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول، والذي يعد من المستجدات الفقهية التي تناولها الفقهاء المعاصرون بالاجتهاد، فاختلفوا في الحكم ما بين موجب للتعويض، وبين معارضٍ له، وبين قائلٍ بالتفصيل في الحكم، ويظهر من خلال تتبع هذه المواقف أن القول بالتفصيل قول صائب، مبني على التحديد الدقيق للضرر، وفيه مراعاة لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة الضرر يزال.

ب- التوصيات:

- ضرورة اعتبار الخطبة وعداً بالزواج وليست زواجاً، ولا يترتب عليها أي أثر من آثاره.
- لكل من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة، ارتباطاً بمبدأ الحرية في الزواج.

- إذا حدث ضرر عن العدول عن الخطبة من أحد الخاطبين يجب التمييز بين الضرر بحسب أقسامه: فإذا نشأ الضرر بسبب فعل مستقل عن الخاطب، غير ناتج عن مجرد الخطبة والعدول، وجب تعويضه، وإذا كان الضرر ناشئاً عن مجرد العدول من غير دخل للعادل، فلا يعوض، وهذا التوجه هو الذي تم اعتماده في صياغة المادة السابعة من مدونة الأسرة المغربية، وهو نفسه الذي توصل إليه الفقه وطبقه القضاء في كل من مصر وفرنسا. وتبعاً لذلك، وجب تعميم هذا النص بتقنينه في جل التشريعات الإسلامية والعربية التي تفتقد إلى نص في هذا الباب.

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية:

- ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة.
- **أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل ومعه تحريرات البناني وتحصيلات الدسوقي**، للشيخ أحمد الدردير، اعتنى به وراجعه كمال الدين عبد الرحمان قاري، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، المجلد الأول، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- زين الدين أبي الفرج بن رجب الحنبلي البغدادي، **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلام**، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مؤسسة الكتب الثقافية، ط/ ٧، ١٤١٧هـ-١٩٩٧م.
- شهاب الدين ابن العباس المشهور بالقرافي: **الفروق**، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الجزء الثالث، دون ذكر السنة.
- عبد الرزاق السنهوري: **الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام**، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان.
- عبد الكريم شهبون في مؤلفه:" الشافي في شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، ط/ ١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- عبد الله بن سهل، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، ط/ ١، السعودية، ٢٠٠١م.
- العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق**، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ١٩٩٤.
- علي خفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- عمر سليمان الأشقر، **أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**، دار النفائس للنشر

والتوزيع، الأردن.

- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي.
- محمد الشافعي، **الزواج في مدونة الأسرة**، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة الوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، مراكش، ٢٠٠٥ .
- محمد الشافعي، **مدونة الأسرة في الاجتهاد القضائي حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي(٢٠٠٤-٢٠١٠)**، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، ط/ ١ ، ٢٠١١.
- محمد الكشبور، **الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول: عقد الزواج وآثاره، مطبعة النجاح الجديدة، ط/ ٢، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م.**
- محمد بن معجوز، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية**، مطبعة النجاح الجديدة، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م، الدار البيضاء.
- محمد رأفت عثمان، **فقه السنة في الخطبة والزواج**، دار الاعتصام، القاهرة.
- محمد عادل حسين الصفدي، **التعسف في العدول عن الخطبة دراسة فقهية مقارنة**، بحث لا ستكمال الحصول على درجة الماجستر في الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، يوليوز ٢٠١٧م/ ١٤٣٨هـ.
- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهظة العربية، بيروت، ط/ ٢، ١٣٩٧هـ-١٩٧٧م.**
- موحى اسيدي اعمر، **المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه**، مقال منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، ماي ويونيو، ٢٠١٥، مطبعة دار القلم، الرباط.
- وزارة العدل، **دليل عملي لمدونة الأسرة**، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد١، ٢٠٠٤ .

ثانياً: المصادر والمراجع باللغة الفرنسية:

- .P.COURBE, Droit de famille, Sery, 2008, 5éme édition.
- Dania Dhainni**, Mariage et Liberté: Etude comparative en droit français et Libanais; Thése, Droit**, Universsité Paris-Saclay, 2016**.**
- H.LE BOULANGER, **Mariage et consentement**, DEA en droit privé, sous la direction de M.F.kernaleguen, Universsté de Rennes 1, 2001-2002.
- J. LEFBVRE, **Le probléme de la rupture des fiançailles ou promesse dr mariage en jurisprudence**, thése, jouve, 1935**.**

ثالثاً: المقالات والمنشورات العلمية:

- **" العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر و الهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"** مقال للدكتور حاج أحمد عبد الله، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد ٠٤، يناير ٢٠١٢م.
- **"العدول عن الخطبة وما يترتب عنها"** مقال للأستاذ سليمان مرقس منشور بمجلة القانون والاقتصاد، **ع ٣-٤-٥، س ١٣**.
- **"المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه"**، مقال للأستاذ موحى سيدي اعمر منشور بمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، ماي ويونيو، ٢٠١٥، مطبعة دار القلم، الرباط.