

الخطبة مرحلة تمهيدية تسبق عن العقد الذي هو العقد النهائي لاتفاق الخطيبين ولكن ذلك المبتغى قد لا تسمح ظروف أحد الطرفين ببلوغه، وعلى اعتبار أن هذه المرحلة مقدمة للزواج، و بالتالي قد أبيع لكلا الطرفين ذلك على حد سواء، وينتج عن العدول عن الخطبة آثار تتجلى في ثلاثة مسائل هامة تتمثل في الهدايا المتبادلة وبالنسبة إلى المهر المدفوع مسبقا وأخيرا في التعويض عن الضرر الذي قد ينتج عن العدول عن الخطبة، وباعتبار أن هذا العدول حق إلا أنه إذا أساء العادل في استعمال هذا الحق يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول، كأن يعدل عن الخطبة أحد الطرفين بقصد إضرار الطرف الآخر وهذا ما سنتناوله في مبحثين حيث سنتناول في المبحث الأول آثار العدول عن الخطبة والمبحث الثاني إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة.

المبحث الأول: آثار العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا، معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة أي إذا عدل الطرفان أو عدل أحدهما عنها فسخت الخطبة، وترتب على هذا الفسخ آثار بالنسبة للمهر المقدم أثناء فترة الخطبة، وكذلك الهدايا المتبادلة التي جرى العرف على تقديمها من الخطيبين فما مصير المهر والهدايا في هذه الحالة؟، فضلا عن الأضرار المادية والمعنوية التي يمكن أن تتجم على العدول عن الخطبة.

المطلب الأول: حكم استرداد المهر والهدايا في حال العدول عن الخطبة

الفرع الأول: حكم المهر عند الرجوع عن الخطبة

مهر المرأة هو المال الذي يقدمه الرجل لمن يريد التزوج بها، وهو شرط من شروط الصحة، و قد سماه الله تعالى صدقة بضم الدال، وقد كان العرب في الجاهلية يصدقون النساء ويعينون مقداره، و يعد الصداق أو المهر فريضة لازمة لصحة عقد الزواج، إذ هو علامة من علاماته ودلالة على شرعيته، وهو أيضا شرف وكون المرأة حرة محصنة لها كامل الحقوق¹. وقد تجرى عادة في بعض المجتمعات أن يقدم الخاطب جزءا من المهر أو كل المهر عند إعلان الخطبة تأكيدا للجدية أو للاستعداد للزواج²، فما مصير هذا المهر في حال العدول عن الخطبة.

أولا: في الفقه الإسلامي

لقد اتفق الفقهاء على أن الخاطب إذا قدم لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه ثم فسخت الخطبة كان له الحق في استرداد ما دفعه إن كان موجودا، فإن هلك أو استهلك رجع بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا سواء كان العدول من جانب الخاطب أو من جانب

¹ - خارف محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري،(رسالة ماجستير)،جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2014، ص71.

² - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص57.

المخطوبة¹، لذا فإنه في حال العدول عن الخطبة المخطوبة لا تستحق أي جزء من المهر إذا لم يتم عقد الزواج²، وذلك لأن دفع المهر سيجب بالزواج وما دام الزواج لم يتم فلا تستحق المرأة منه شيئاً³، لأن في حالة العدول عن الخطبة يكون للخاطب أن يرجع مما أداه من مهر قليله أو كثيره، لأن المهر وجب بالعقد فهو حكم من أحكامه و أثر من آثاره و مادام الزواج لم يوجد فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج⁴، لأنه قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد، ليكون دليلاً على تمام الرغبة، وما دام العقد لم يتم، وانصرف الطرفان عنه، فإنه لا لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع، بعد أن كان قريب الوقوع⁵، وبالتالي فإنه يأخذ ما دفعه من مهر من أحكام الزواج و المخطوبة لا تستحق مهراً واحتفاظ المخطوبة به يكون بسبب غير شرعي وعليه فيجب رد ما أخذته من مهر⁶، وهذا حكم متفق عليه في المذاهب الإسلامية⁷ ولا فرق بين أن تفسخ الخطبة بإرادتها أو بأمر خارج عن رغبة الطرفين، لأنه إذا طلقت قبل الدخول وبعد العقد، فليس لها الحق إلا في نصف المهر.

فالأولى أن لا تستحق المهر إذا لم يحدث عقد أصلاً، إذ المهر وجب بالعقد و ذهب بعض

1 - ابن حجر الهيتمي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو عباس، الفتاوى الفقهية الكبرى، المكتبة الإسلامية، (د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، الجزء الرابع، ص 111 و ما بعدها، محمد ابن شرف الدين الخليلي، فتاوى الخليلي على المذهب الشافعي، طبعة مصرية قديمة، (د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، الجزء الثاني، ص 66، ابن عابدين، محمد عابدين الدمشقي، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، دار المعرفة، (د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، الجزء الأول، ص 66، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 77.

2 - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م، الجزء الأول، ص 50.

3 - زكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 77.

4 - طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1430هـ - 2009م، ص 13.

5 - محمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة،

(د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، الجزء الأول، ص 421، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، مرجع السابق، ص 59.

6 - ابن حجر الهيتمي الأنصاري، المرجع نفسه، ص 111، عرابي محمد عباس محمد، "العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عليه"، مجلة الوعي الإسلامي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، العدد 405، 1999 ص 74.

7 - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، (د. ط)، (د. ت. ن)، ص 48.

العلماء إلى أنه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة¹، لأنها أكثر تحقيقا للعدالة².

- فإذا كان العدول من الخاطب فلا ترد المرأة المهر ولا قيمته إذا هلك، لأن مبادئ العدالة و الأوضاع الاجتماعية تقضي بهذا.
- وإن كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد المهر، إذ من العدل أن تتحمل هذه الخسارة³.

وكذلك اتفق الفقهاء على اعتبار أن المهر يبقى على ملك الخاطب ويد المخطوبة مودعة، إذا كان المهر مكون من أشياء عينية، فإنه يتوجب عليها عند العدول أن تعيد الأصل مع ما نتج عنه من ثمر. أما إذا كان المهر نقدا فاشتريت به المرأة أشياء جهازية، أو اشترى به الخاطب أشياء جهازية لها بتكليف منها أو من وليها الشرعي، فإذا كان العدول من طرف الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة الجهاز أو دفع قيمته، وإذا كان العدول من طرفها فعليها إعادة قيمته نقدا⁴.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة ولا ضمنا لمسألة تقديم المهر من الخاطب أثناء فترة الخطوبة، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، ذلك أن الصداق لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح⁵، وبالرجوع إلى ق،أ،ج فإنه لم يذكر مسألة الصداق المقدم في فترة الخطوبة لا في القانون 11/84 ولا الأمر 02/05 المعدل والمتمم له⁶، ويعتبر الصداق شرطا من شروط صحة الزواج وهذا ما أكدته المشرع نفسه في المواد 09 مكرر، 14 وما بعدها من ق،أ،ج، ومادام الزواج لم يتم فعلا، فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ به، تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع.

¹ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص23.

² - محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، ص48.

³ - محمود علي السرطاوي، المرجع نفسه، ص 48.

⁴ - لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، (د. م. ن)، الطبعة الثانية، 1310هـ، الجزء الأول، ص 328، ابن حجر الهيتمي الأنصاري، المرجع السابق، ص111، محمد فهرشقه، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود، (د. ت. ن)، (د. م. ن)، الجزء الأول، ص125-126-127.

⁵ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص69.

⁶ - بوجاني عبد الكريم، "إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل"، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد20، 2014، ص77.

وعليه، فإنه في حالة فسخ الخطبة من الطرفين أو من أحدهما، وكان الخاطب قد دفع الصداق كله أو بعضه معجلاً، وجب على المخطوبة أن ترد ما قبضته عينا إن وجد، أو قيمته إن تلف، أو استهلك، بغض النظر عن مسألة العدول وأسبابها، لأن الصداق لا علاقة له بالخطبة.

والملاحظ في هذا الصدد، بأن المخطوبة قد تستعجل التصرف في الصداق، فإن المشرع الجزائري لم يبين أحكاماً خاصة بالصداق المقدم إلى المخطوبة¹، واكتفى بأن أشار في المادة 222 منه إلى أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية²، وبالتالي فإن القضاة يلجأون إلى سلطتهم التقديرية وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب والمخطوبة مدعياً ومنكراً، فأيهما أقام بينة على دعواه، وأقنع القاضي حكم له وفقاً لتقديره قوة حجته وبينته حسب الأدلة المقدمة³.

ولعل المشرع الجزائري قد نظر إلى أن عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها في أن المهر يدفع بعد وأثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ولكن قد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع المهر أو الصداق أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج⁴.

وتعتبر الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يتحملها من تسبب في العدول عن الخطبة، فإذا كان العدول من الخاطب فللمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد مثل الصداق أو قيمته، وهذا على أساس مبدأ تحميل التبعة لمن صدر منه العدول من الطرفين وتقدير السبب أو الأسباب التي اعتمدها العادل في عدوله من اختصاص قضاة الموضوع⁵.

ثالثاً: موقف القضاء

القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1993/07/13 الذي اعتبر أن الصداق حكم من أحكام الزواج تطبيقاً للمادة 09 مكرر من ق، أ، ج و الذي جاء فيه مايلي:

¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 96-97.

² - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، (د. ط)، 2013، ص 68.

³ - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 48.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 97.

العدول عن إتمام الزواج - من طرف المخطوبة - نزاع بشأن التعويض والصدّاق و الهدايا. يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا و غيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج و بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل - المطعون ضده - بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹.

رابعاً: موقف بعض التشريعات الوضعية

بالنسبة للقانون التونسي لم يتعرض لمسألة المهر المقدم إلى المخطوبة كله أو بعضه خلال فترة قيام الخطبة لا صراحة ولا ضمناً.

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أحكام القانون الذي نص على حكم المهر المقدم أثناء فترة الخطوبة في المادة 04 التي نصت على مايلي:
أ- "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر قبض عينه.

ب- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى 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"².

وهذا ما ينسجم مع ما اتفق عليه الفقهاء من أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر إذا قرر العدول عن الخطبة وتراجع عن الزواج بالمخطوبة قبل إبرام العقد³.

أما المشرع العراقي فلم يخرج عما هو متفق عليه بين الحنفية والشافعية فيما يتعلق بالمهر إذا عدل الخاطب أو المخطوبة عن الخطوبة حيث نص في المادة 19 البند (2) على "إذا

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 92714، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 13/07/1993، المجلة القضائية، 1993، العدد 02، ص 58.

² - القانون رقم 51 لسنة 1984، المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996، المتعلق بالأحوال الشخصية، الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم 51 لسنة 1984، الجريدة الرسمية لحكومة الكويت، العدد 276، ص 01.

³ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون...، مرجع السابق، ص 87.

سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وإن استهلك فبدلاً¹.

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد نص على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 18 في الفقرة 02: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو مات يسترد المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض أن تعذر رده عينا".

ونص في الفقرة 03: "إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو ببعضه جهازاً ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من جهاز وقت الشراء".

و جاء في الفقرة 04: "يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه". يلاحظ أن هذا النص يكاد يكون متطابقاً تماماً مع ما نص عليه القانون الكويتي مع إضافة حالة الوفاة في القانون الإماراتي².

أما مدونة الأسرة المغربية فقد تضمنت حكماً جديداً في الموضوع في المادة 09 حيث جاء النص عليها كما يلي: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزء 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 جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

يبدو أن المشرع المغربي قد تأثر بما نص عليه في التشريعات العربية وجاء النص عليه في مدونة الأسرة الجديدة على خلاف السابقة³ التي لم تتعرض لمسألة المهر المقدم إلى المخطوبة كله أو بعضه خلال فترة الخطبة لا صراحة ولا ضمناً.

وبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 04 وبالتحديد في الفقرتين 02 و 03: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو انتهت بالوفاة فللخاطب أو ورثته الحق في استرداد ما دفع على حساب المهر من نقد أو عين إن كان قائماً أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه أو مثله".

¹ - إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة (الزواج و الطلاق)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1429هـ - 2009م، ص 70-71.

² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 49.

³ - المرجع نفسه، ص 50.

إذا اشترت المخطوبة بما قبضته على حساب المهر أو ببعضه جهازاً فلها الخيار بين إعادة ما قبضته أو تسليم ما اشترته من الجهاز كلا أو بعضاً إذا كان العدول من الخاطب ويسقط حقها في الخيار إذا كان العدول منها".

أما قانون الأسرة لدولة قطر فقد نص على حكم المهر في حالة العدول عن الخطبة في المادة 07 التي نصت على أنه "لكل من طرفي الخطبة العدول عنها.

وإذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه من المهر، ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات أثناءها، فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائماً، وإلا فمثله أو قيمته يوم القبض.

وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر، أو تسليم ما يساويه من الجهاز كلا أو بعضاً وقت الشراء مع الباقي من المهر¹.

الفرع الثاني: حكم الهدايا عند الرجوع عن الخطبة

أولاً: في الفقه الإسلامي

اختلفت نظرة الفقهاء في هذه المسألة والتي سنحاول تفصيلها فيما يلي:

بالنسبة للحنفية يعتبرون هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه أو وجود الزوجية²، أي من قبيل الهبة المقيدة بشرط وهو إتمام الزواج بين الطرفين فإذا لم يتم الزواج بينهما بسبب العدول عن الخطبة لم يتحقق الشرط الذي أعطيت الهدية لأجله³. فإذا كان ما أهداه الخاطب موجوداً فله استرداد، وإن كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، فلا يحق للخاطب استرداد بدله⁴. ومن هنا تأخذ حكم الهبة⁵، لأن هذه الهدايا قدمت على سبيل التبرع⁶.

¹ - القانون رقم 22 لسنة 2006، الصادر في 2006/06/29.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 6510.

³ - أبو محمد غانم البغدادي، مجمع الضمانات، دار الكتاب الإسلامي، (د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، ص 342، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 78.

⁴ - عثمان بن معجن البارعي، فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق في شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، الطبعة الأولى، 1313 هـ، الجزء الثاني، ص 159، وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص 6510.

⁵ - محمد بملا خسرو، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية، (د. م. ن)، (د. ط)، (د. ت. ن)، الجزء الأول، ص 348، عبيد ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، الطبعة الأولى، 1428 هـ - 2007 م، ص 72.

⁶ - يوسف محمد أبو قرين، المرجع السابق، ص 49.

أما الشافعية يرون أن للخطاب الرجوع بما أهداه، لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها، فيرجع إن بقي، وببدله إن تلف¹، سواء كان الترك من جهة الخطاب أو المخطوبة².
وفصل الحنابلة بين أن يكون العدول من جهة الخطاب أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخطاب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجودا. وإن عدلت المخطوبة فللخطاب أن يسترد الهدايا، سواء كانت قائمة أو هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها، وهذا حق وعدل، لأنه وجب بشرط بقاء العقد³.

وقال كذلك المالكية في أوجه القولين عندهم: إذا كان العدول عن الخطبة من جهة الخطاب لا يكون له الحق في استرداد شيء مما أهداه لخطيبته، وإن كان العدول من جهة المخطوبة كان للخطاب الحق في استرداد ما قدمه من الهدايا، فإن كان قائما استرده بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع بمثله إن كان مثليا وبقيته إن كان قيميا⁴.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إذا كان العدول مقررا لكل من الخطاب والمخطوبة، وقد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما، فإن فترة الخطوبة قد تتخللها جملة من التصرفات التي قد تصدر من الخطاب أو المخطوبة أو من كليهما تمهيدا لإبرام العقد و تأكيدا للعلاقات الجدية، وهذا ما جرى به العمل بين الناس⁵.

ولقد نظمت الفقرة 04 من المادة 05 من ق،أ،ج المعدلة حكم الهدايا المقدمة بعد العدول والتي جاء فيها: "لا يسترد الخطاب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه و عليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخطاب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"، وما يلاحظ أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي، والغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية أما نهاية الفقرة فقد

¹ - أحمد ابن حجر الهيثمي، المرجع السابق، ص 422، شهاب الدين الرملي، فتاوى الرملي، المكتبة الإسلامية، (د.م.ن)، (د.ط)، (د.ت.ن)، الجزء الثالث، ص 175، ابن حجر الهيثمي الأنصاري، المرجع السابق، ص 111-112، وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 6510.

² - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 22.

³ - ابن عابدين، محمد عابدين الدمشقي، المرجع السابق، ص 24، وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع نفسه، ص 6510.

⁴ - أبو العباس الخلوئي الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، (د.م.ن)، (د.ط)، (د.ت.ن)، الجزء الثاني، ص 348، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 78.

⁵ - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 74.

خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في الاستهلاك، وهذا الرأي هو للحنفية حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة¹.

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يراعي مسألة المتسبب في العدول عن الخطبة التي لها أثر بالغ في العدول عن الخطبة، وعدم الأخذ به يطرح عدة نقائص، فكان الأجدر اعتماد هذا الشرط لتحقيق العدل والإنصاف.

وهذه العبارة "ما لم يستهلك" تثير الغموض، إذ أنها توحى بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، فإنه لا يرد لها لأنه لم يعد لها وجود، بالإضافة إلى أن لفظ "الاستهلاك" ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، لذلك فقد أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية².

زيادة على أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية أو بحسن نية ثم تعدل عن الخطبة. فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا قد استهلكت، والنص يقول "فعلينا أن ترد للخاطب ما لم يستهلك"³.

ومن الواضح إذن أن ق، أ، ج المعدل قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب وبناء على إرادته ورغبته وبين الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة وبناء على رغبته وإرادتها وحدها، كما فرق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك⁴.

أ- الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب:

إذا كان العدول من جانب الخاطب، فإنه لا يسترد شيئا مما أهداه لمخطوبته⁵، أي سقط سقط حقه في استرداد ما أهداه إياها⁶، وعليه أن يرد للمخطوبة ما أهدته من أشياء لم تستهلك أو قيمة هذه الأشياء التي استهلكت.

¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 42.

² - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 75-76.

³ - المرجع نفسه، ص 76.

⁴ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 22.

⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في...، مرجع السابق، ص 19.

⁶ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 67.

ب- الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة:

إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة. فعليها أن ترد للخاطب الأشياء التي أهداها إياها إذا كانت لم تستهلك أو ترد قيمته¹، والملاحظ أن التعديل الجديد لقانون الأسرة ألزم المخطوبة بردها للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل إذ كان يلزم المخطوبة رد فقط ما لم يستهلك².

كما أن المشرع الجزائري أقر هذا المبدأ من غير أن يفرق بين الهدايا المقدمة من أهل وأقارب الخطيب إلى المخطوبة. ولا بين ما إذا كانت مقدمة من أهل وأقارب المخطوبة إلى الخاطب³، ومما يؤخذ على المشرع أيضا أنه لم يفرق بين ما إذا كان عدول الخاطب بسبب من أحد الطرفين يمكن أن يكون عدولا اضطراريا، كأن يدفع أحدهما بالآخر إلى العدول، فيكون المعدول عنه هو المتسبب في ذلك⁴.

ثالثا: موقف القضاء

جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/24:

"من المقرر شرعا و قانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه. و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج و الدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁵.

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص22.

² - يوسف دلاندة، دليل التقاضي في قضايا شؤون الأسرة (الزواج و الطلاق)، دارهومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2011، ص13.

³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في...، مرجع السابق، ص19.

⁴ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص68.

⁵ - قرار المحكمة العليا رقم 73919، غرفة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 1991/04/24، المجلة القضائية، 1993، العدد02، ص58.

رابعاً: موقف بعض التشريعات الوضعية

نص المشرع التونسي على حكم الهدايا في الفصل الثاني من الكتاب الأول على مايلي:
" لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو بشرط خاص".

أما في مدونة الأسرة المغربية فقد نصت في المادة 08 على أنه: "لكل من الخاطب و المخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال". و بهذا اختار المشرع المغربي الرأي الراجح في مذهب الإمام مالك¹.

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني الذي نص في المادة 04 الفقرة 04 التي جاء فيها: "يرد على من عدل عن الخطبة الهدايا إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة".

وكذلك بالنسبة للمشرع الكويتي فقد نص في المادة 05 التي تنص على مايلي: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، وليس ثمة شروط أو عرف:

أ- فإن كان عدوله بغير مقتض، لم يسترد شيئاً مما أهداه إلى الآخر.

ب- وإن كان العدول بمقتض، استرد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكاً".

أما بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة فنص على حكم الهدايا في المادة 18 في الفقرة 05 حيث نصت "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة و ليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتضى فلا حق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر، وللآخر استرداد ما أهداه.

وجاء في الفقرة 06 "إن كان العدول بمقتضى فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكاً و ليس للآخر أن يسترد".

خامساً: الاختلاف في صفة الأشياء المقدمة

لم يتضمن المشرع الجزائري هذه المسألة في ق،أ،ج وتطبيقاً للمادة 222 يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بأنه إذا اختلف الخاطبان بعد فسخ الخطبة فيما قدمه الخاطب إليها

¹ - أحمد خرطة، آثار العدول عن الخطبة وفق مدونة الأسرة المغربية (إشكالات تطبيقية)، أشغال الندوة الدولية: مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق: الحويلة والمعوقات - مجموعة البحث في القانون والأسرة، كلية الحقوق بوجدة - المغرب، 2008، ص99.

أثناء فترة الخطبة، فادعى الخاطب أنه مهر ليثبت له حق استرداده في جميع الأحوال، وادعت المخطوبة أنه هدية حتى لا يحق له استرداده إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، اعتبر كل منهما مدعيا و منكرا، لذا يحكم لمن يقيم البينة على دعواه. فإذا عجز كل منهما عن إقامة البينة¹، فالقول لمن يشهد له العرف بيمينه، وإن كان العرف جاريا بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول للرجل بيمينه، وإن لم يكن عرف فالقول للرجل بيمينه كونه هو المعطي وإليه المرجع في بيان على أي وجه كان الإعطاء، لكن إذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهرا²، فلا يكون قوله ، بل قولها بيمينها، لأن الظاهر في هذه الحالة أن ما قدمه إليها هدية لا مهر³.

¹ -عثمان التكروري، المرجع السابق، ص30.

² - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتب المصرية، مصر، الطبعة الثانية، 1357هـ-1938م، ص102.

³ - عثمان التكروري، المرجع نفسه، ص30

المطلب الثالث: الضرر المترتب على العدول عن الخطبة

قد يترتب على الخطبة ضرر يلحق بأحد الطرفين مما يترتب عليه تعويض لجبر الضرر ولهذا لابد من التطرق إلى تعريف الضرر وهذا في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني سنتناول التعويض عن الضرر المترتب على العدول عن الخطبة، ثم سنتطرق إلى طرق هذا التعويض في الفرع الثالث، وأخيرا تقدير التعويض في الفرع الرابع.

الفرع الأول: مفهوم الضرر

أولاً: تعريف الضرر

أ - التعريف اللغوي:

الضَّرَر، وَهُوَ ضِدُّ النَّفْعِ. وَالْمَضَرَّةُ: خِلَافُ الْمَنْفَعَةِ. وَضَرَّهُ يَضُرُّهُ ضَرًّا وَضَرَّ بِهِ وَأَضَرَ بِهِ وَضَارَهُ مُضَارَةً وَضِرَارًا ؛ وَالْإِسْمُ الضَّرَرُ. وَالضَّرَرُ فِعْلُ الْوَاحِدِ، وَالضَّرَارُ فِعْلُ الْإِثْنَيْنِ، وَالضَّرَرُ ابْتِدَاءُ الْفِعْلِ، وَالضَّرَارُ الْجَزَاءُ عَلَيْهِ؛ وَقِيلَ: الضَّرَرُ مَا تَضُرُّ بِهِ صَاحِبُكَ وَتَنْتَفِعُ أَنْتَ بِهِ، وَالضَّرَارُ أَنْ تَضُرَّهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْتَفِعَ¹.

ب - التعريف الإصطلاحي:

الضرر عبارة عن الأذى الذي يلحق الغير أو الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية وكان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره وغير ذلك². وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف الضرر إلا أن الفقه يتفق على اعتباره كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص هذا سواء كان حقا بمعناه الضيق (عينيا أو شخصيا أو يرد على شيء غير مادي)، أو حقا عاما يكفل للإنسان حماية عناصر شخصيته في مظاهرها المختلفة (كحقه في حماية سلامة جسمه وشرفه وسمعته ...). أما إذا كانت المصلحة التي حصل المساس بها غير مشروعة، فإن القانون لا يحميها ولا يوجب التعويض عن المساس بها³.

¹ - محمد ابن المنظور، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 482.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2001، الجزء الثاني، ص 143-144.

³ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005، ص 162.

وجدير بالملاحظة أن الشريعة الإسلامية توجب أن الفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر استوجب ضمان ما يترتب عليه من تلف، لأنه حينئذ يكون فعلاً محظوراً بالنظر إلى نتائجه فتقع تبعته على فاعله، فإن كان فاعله عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في أنه فعل ترتب عليه ضرر بالغير¹.

ثانياً: أنواع الضرر

ينقسم الضرر إلى ضرر مادي وضرر أدبي أو معنوي، فالأول يصيب الإنسان في ماله، والثاني يصيبه في عاطفته أو شرفه²، وبالتالي فالضرر المادي ينصب على حق من الحقوق المالية، والضرر الأدبي هو الذي يصيب حقاً من الحقوق غير المالية التي لا تعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية³.

أ-الضرر المادي:

"هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية تصيبه في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في سلامة جسمه أو في ماله، أو تصيبه في مصلحة مادية مشروعة"⁴، ومن هنا فالضرر المادي يمس بالذمة المالية للشخص المضرور⁵، بمعنى ينصب الضرر المالي على المال فيؤدي إلى تلفه كلاً أو جزءاً فيؤدي إلى نقص في قيمته أو إلى تفويت منفعته وبالتالي يخل بالمصلحة المالية للمتضرر⁶، كالأشياء التي يملكها الشخص وفي حالة خسارة الشيء يمكن التعويض بالمال، أو التعويض العيني شرط أن تكون العين المعطاة مماثلة للمفقودة، وإن كانت قديمة لا يمكن أن ينشأ منها إثراء للمتضرر من فقدها أي تقديم عين جديدة، وإن تفاقم الضرر اللاحق يشكل ضرراً مستقلاً عن الضرر المعوض عنه⁷.

ويقع الضرر، كما ذكرنا سابقاً، بالإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور، ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة، فإذا كانت غير مشروعة لا يعتبر الإخلال ضرراً يستوجب الحكم

¹ - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، (د.ط)، 2000، ص 37.

² - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (د.ط)، 2009، ص 211.

³ - حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 279.

⁴ - فاضلي إدريس، المرجع نفسه، ص 212.

⁵ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط)، (د.ت.ن)، ص 81.

⁶ - منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ناراس للطباعة والنشر، العراق، الطبعة الأولى، 2006، ص 313.

⁷ - موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د.ط)، 2007، الجزء الثاني، ص 75-76.

بالتعويض والمصلحة المشروعة في القانون الجزائري هي التي تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة¹.

وتوجب الشريعة الإسلامية أن لا يكون الضرر المالي الموجب للتعويض إلا في مال متقوم، أي مملوك للمضرور، لأن التعويض المقصود به الجبر، وإذا كان الإضرار بهذا النوع من الضرر جريمة وإثما وأمرًا محظورًا، ومن مصلحة المجتمع وقاية الناس منه، كان الواجب فيه التعزيز عليه بما يراه الحاكم وقاية وزجرا، وقواعد الفقه الإسلامي لا تأبى ذلك بل تأمر به إذا ما اقتضته المصلحة العامة²، هذا تطبيقا لقوله تبارك وتعالى: "مَنْ عَمِلَ سَيِّئَةً فَلَا يُجْزَى إِلَّا مِثْلَهَا"³.

ب-الضرر المعنوي:

"هو الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب، أو تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته"⁴، وهو بصفة عامة كل ما يمس شعور الشخص واعتباره وسمعته⁵، أو الذي يصيب العاطفة والشرف والعرض⁶، ومثاله خدش الشرف، والاعتداء على السمعة، والخط من الكرامة، أو هو أيضا كل ما يؤدي شعور الشخص أو عاطفته فيسبب له ألما أو حزنا⁷، أي المساس بالجانب العاطفي للشخص، وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو في عاطفته⁸، وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات، والاعتداء على الكرامة، وكذا الطعن في الشرف⁹، كل هذه الأعمال تحدث ضررا أدبيا إذ أنها تضر بسمعة الإنسان وتؤدي شرفه واعتباره ومنزلته بين الناس ومثل هذه الأضرار لا تقوم بالمال إذ

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 147.

² - علي الخفيف، المرجع السابق، ص 39، 45.

³ - سورة غافر، الآية 40.

⁴ - علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 44.

⁵ - دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 81.

⁶ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 280.

⁷ - أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الرابعة 1428هـ - 2007م، ص 332.

⁸ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 149.

⁹ - حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص 280.

هي أضرار غير مالية أي يقوم الضرر المعنوي على كل ألم إنساني غير ناتج عن الخسارة المالية¹.

وفيما يخص موقف القانون الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي إذ تنص المادة 182 مكرر من ق،م،ج على أن "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". وهذا يعني بأن المشرع لم يستبعد التعويض عن الضرر المعنوي²، ولكن ق،م،ج لم يورد نصا مماثلا للنصوص العربية الأخرى الخاصة بالتعويض عن الضرر المعنوي بالرغم من هذا التعويض بعدم النص عليه صراحة في القانون المدني، ولو كان المشرع الجزائري يريد رفض هذا التعويض لكان متناقضا مع نفسه حين أورد النص عليه بالمادة 03 الفقرة 04 من قانون الإجراءات الجزائية³، التي أجازت للقاضي الجزائري أن يحكم به في الدعوى المدنية التي ترفع إليه تبعا للدعوى العمومية و ورد النص عليه أيضا بالمادة 08 من قانون العمل الصادر في سنة 1975 التي تنص على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالعامل. ثم جاء ق،أ،ج وبالتحديد في المادة 05 التي تنص على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطوبة⁴.

هذا وجاءت صياغة نص المادة 124 من ق،م،ج جاءت مطلقة، لا تميز بين الضرر المادي والضرر الأدبي⁵.

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

وقد قضى فيه المجلس الأعلى بتخفيض التعويض الناتج عن الضرر المعنوي معللا ذلك بأنه يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض وذلك بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها فعلا، فإن الوضع يخالف ذلك إذا كان التعويض يتعلق بالضرر

¹ - مورييس نخلة، المرجع السابق، ص 76.

² - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 214.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 166، 167.

⁴ - عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والتي جاء فيها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

⁵ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 215.

المعنوي، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل، وبذلك يكون القرار غير محتاج لتعليل خاص¹.

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

أما بالنسبة إلى القوانين العربية التي جاءت أحكام موادها واضحة كالقانون المصري في (المادة 222) من القانون المدني المصري وحذا حذوه القانون المدني السوري (المادة 225) ومدونة الأسرة المغربية (المادة 78 الفقرة 01). والقانون المدني التونسي (المادة 82، 83) الفقرة 01، وبهذا تكون قد ميزت هذه القوانين بين التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، فضيقت من نطاق الثاني دون الأول واعتبرت السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي والمعنوي، فضيقت من نطاق الثاني دون الأول واعتبرت السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي تنازلاً عنه ثم أنه لا معنى للفرقة بين الضررين ، إلا إذا كانت هذه القوانين نظرت إلى التعويض عن الضرر المعنوي بأنه ضعيف وأقل أهمية من الضرر المادي، مع أنه قد يكون أفدح وأكثر جساماً منه².

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإنه كان هناك جدل حول ما إذا كان من الجائز التعويض عن الضرر الأدبي، ولكن انعقد الإجماع فقها وقضاء على أن الضرر الأدبي يستوجب التعويض كالضرر المادي³.

ثالثاً: شروط الضرر الموجب للتعويض

إذا كان من المسلم به كما سلف القول أن لكل من لحقه ضرر غير مشروع حق المطالبة بالتعويض عنه فإن الأمور لا تعرض بمثل هذه البساطة في الحياة العملية إذ كثيراً ما يثور الشك حول وجود الضرر أو عدمه وحول ما إذا كان الضرر محققاً أو مجرد وهم وإدعاء وحول ما إذا كان سبق التعويض عن هذا الضرر أم لا وإذا كان قد أصاب المدعي نفسه أو أنه أصاب شخصاً لا يعتبر هذا المدعي نائباً عنه وأيضاً كون هذا الضرر انصب على مصلحة مشروعة أو غير مشروعة⁴، ومن أهم هذه الشروط ما يلي :

¹ - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 215.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 165 - 166.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 150.

⁴ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 205.

أ- أن يكون الضرر محققا:

الضرر المحقق هو الضرر الذي يكون قد وقع فعلا¹، بمعنى أن يكون ثابتا على وجه اليقين والتأكيد واقعا ولو في المستقبل وبهذا يكون محقق الوقوع في المستقبل أي أن لا يكون افتراضيا ولا أن يكون احتماليا بأن يكون قد وقع فعلا²، لأن الضرر المحتمل الوقوع وهو ما لم يقع ولا يعرف ما إذا كان سيقع في المستقبل أم لا، فلا تعويض عنه³، عكس الضرر الناتج عن تفويت فرصة باعتبار أن التعويض لا يكون عن موضوع الفرصة لأنه أمر احتمالي إنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها⁴، فقضت المحاكم الفرنسية بأن قتل الخطيب يعتبر ضررا محققا بالمخطوبة وإن كان زواجه بها أمرا احتماليا لأن القتل أضاع عليها فرصة الزواج من خطيبها القاتل⁵، ويمكن اعتبار أيضا ضياع الفرصة على الفتاة من الزواج بخطيبها الذي توفي في حادث مرور⁶.

ب- أن يكون الضرر شخصا :

ويشترط في الضرر أيضا أن يكون شخصا أي أصاب طالب التعويض بصورة شخصية فيكون الأذى قد لحق جسد المتضرر أو ماله⁷، أو جانبه المعنوي. إلا أن الأذى قد لا يصيب المتضرر شخصا فقط أو أن ينحصر الضرر به وإنما يمتد ليشمل أشخاص آخرين ويتعدى إليهم وهو ما يسمى بالضرر المرتد وهو ضرر شخصي بالتبعية⁸، وعليه في هذه الحالة فإن ورثة المتوفي يحق لهم مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي لحق مورثهم، لا من الجروح التي أحدثها فحسب وإنما أيضا من الموت الذي أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها، فمتى ثبت للمضرور الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق من الفعل الضار قبل وفاته، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته ويحق لهم مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي سببه لمورثهم⁹.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 158.

² - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 292.

³ - أمجد محمد منصور، المرجع السابق، ص 331.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 164.

⁵ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 213.

⁶ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 163.

⁷ - المرجع نفسه، ص 166.

⁸ - منذر الفضل، المرجع نفسه، ص 303.

⁹ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 167.

ونلاحظ بأن المادة 222 الفقرة 01 من القانون المدني المصري نصت على أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلا في حالتين، الأولى أن يكون التعويض قد تحدد باتفاق بين المضرور والمسؤول، والثانية أن يكون المضرور قد رفع دعوى للمطالبة بالتعويض و لم يرد نص في هذا الشأن في ق،م،ج ، ومع ذلك يمكن القول أنه يأخذ بالحل الذي نص عليه القانون المصري¹.

وبالنسبة للعدول عن الخطبة فلا مانع من جواز مطالبة ورثة المعدول عنه بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا، أثناء حياته، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله على التعويض الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة وبعد مطالبته به، ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة².

ج- المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضرور:

يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق للمضرور أو بمصلحة مالية له. فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس اعتدائه حقا ثابتا يحميه القانون، ومن هنا قد يكون الضرر إخلالا بمصلحة مالية للمضرور، وفي هذا أيضا يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عن الأضرار بها. فإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عما يقع مساسا بها³.

وبالنسبة للعدول عن الخطبة للخطيب أو الخطيبة مصلحة مشروعة ولأي منهما مصلحة مشروعة في استمرار العلاقة ما دامت الخطبة (وعد بالتعاقد) ولها مركز قانوني واضح وبالتالي فإن الاعتداء على حياة أو بدن أيهما يسمح للآخر بالمطالبة بالتعويض عن الضرر المالي والمعنوي⁴.

د- أن يكون الضرر مباشرا:

ورد النص عليه بالمادة 182 من ق،م،ج التي تقضي باعتبار الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 167-168.

² - بريكي حجيبة، التعسف في العدول عن الخطبة، (مذكرة ماستر)، فرع القانون الخاص، جامعة البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 53.

³ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 157-158.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 301-302.

يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وبعبارة أخرى لكي يكون الضرر مباشرا يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية كافية¹.

والضرر المباشر في العدول عن الخطبة هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق العدول، وذلك بأن يعدل الخاطب عن المخطوبة بعد مدة من الوعد بالزواج وبدون أي مبرر أو سابق إنذار، فيسبب لها ضررا ماديا أو معنويا من جراء العدول، فهذا يعد ضررا مباشرا².

هـ - أن لا يكون قد سبق التعويض عنه:

ويشترط في الضرر أن لا يكون قد سبق تعويضه، إذ أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه³، ومن هنا لا يحصل المتضرر على تعويضين لفعل ضار واحد⁴، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد، ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر.

رابعاً: إثبات الضرر

وفقا لما تقضي به القاعدة العامة هو أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه "البينة على من ادعى"، ويقع عبء الإثبات على من يدعيه، ومن ثم فيجوز إثبات وقوع الضرر بكافة الطرق. وإثبات حصوله أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، ولا رقابة فيها للمحكمة العليا⁵.

ومن هنا يقع على المتضرر في العدول عن الخطبة عبء إثبات الضرر الناجم عن هذا العدول بنوعيه المادي أو المعنوي بكافة طرق الإثبات، كشهادة الشهود، أو تقديم شهادة طبية لإثبات صحة الإدعاء، أو بوصل يثبت دفع مبالغ مخصصة لتجهيز حفل الزفاف ولوازمه، إلى غير ذلك من وسائل الإثبات.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 170.

² - بريكي حبيلة، المرجع السابق، ص 52.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 166.

⁴ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 306.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 166، 169.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المترتب على العدول عن الخطبة

أولاً: حكم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه

أ- في الفقه الإسلامي القديم:

ليس في كتب الفقه الإسلامي القديمة ولا عند فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول¹، ولم يبحث الفقهاء القدامى القضية، ولم ينصوا عليها في كتبهم²، إما لعدم حدوث ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها، وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر³، متى التزم الطرفان هذا السلوك، وإنما جاء نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون⁴.

وطبيعة الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء لم تكن تسمح بإثارة هذه المسألة حتى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل وإصدار الحكم فيها، والإلتزام بتعاليم الإسلام الذي لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث إلى مخطوبته والخروج معها بحضور محرم لها، ولا يتصور في مجتمع يقوم على آداب الإسلام الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ عن ذلك من إضرار بالمخطوبة عند العدول فذلك لا وجود له في تلك العصور⁵، ومن هنا فالأوضاع الاجتماعية السائدة آنذاك دورها في عدم اكتراث الفقهاء في تقرير تعويض على من يتراجع عن الخطبة⁶.

وهناك أيضاً عدة اعتبارات من أهمها:

- عدم تعرض الفقهاء لهذا الموضوع بناء على أن التعويض لا يكون إلا نتيجة الإخلال بعقد أو عمل ضار، والخطبة ليست عقداً وإنما وعد بالزواج، ولو ألزمتنا العادل عن الخطبة التعويض لكان في ذلك إلزاماً ضمناً له باستكمال إجراءات عقد الزواج⁷.

¹ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 74.

² - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 255.

³ - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 86.

⁴ - المرجع نفسه، ص 76.

⁵ - زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص 79 - 80.

⁶ - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الجامعة السليمانية، العراق، (د.ط)، 2004، ص 31.

⁷ - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 23.

- كما أن عصرهم يتسم بالوضوح في المعاملة، وعدم المراوغة والخداع وعليه خشية الله تعالى¹.

- أن مثل هذه الأمور كانت تجري في عهود الفقهاء القدامى على نحو من البساطة واليسر، لعدم استمرار الخطبة فترة طويلة.

- ثم إن كلا من طرفي الخطبة يعلم مسبقاً أن حق العدول مقرر له شرعاً فكان لزاماً عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الآخر وبالتالي ليس اعتداء على حق أحد، وإذا كان كذلك فينبغي أن يترتب حتى تتبين له حقيقة الأمر ولا يتسرع في شراء جهاز البيت أو الاستقالة بالنسبة للمرأة للتفرغ لشؤون الأسرة قبل أن يبت في أمر العقد.

لهذا كله لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافاً لذلك فقد نالت هذه القضية اهتمام بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين².

ب- في الفقه الإسلامي الحديث:

لقد تعرض الفقهاء المعاصرين لهذه القضية، وذلك نتيجة تغير ظروف الحياة³، وتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، وفساد الأخلاق، وضعف الوازع الديني، كل ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالمخطوبة عند العدول، مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض⁴، تطبيقاً لقول النبي، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حَدَّثَنَا عَبْدُ رَبِّهِ بْنُ خَالِدٍ النَّمِيرِيُّ أَبُو الْمُغَلِّسِ قَالَ: حَدَّثَنَا فُضَيْلُ بْنُ سُلَيْمَانَ قَالَ: حَدَّثَنَا مُوسَى بْنُ عُقْبَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا إِسْحَاقُ بْنُ يَحْيَى بْنِ الْوَلِيدِ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»⁵، ومن هنا فالضرر ممنوع في الفقه الإسلامي.

لذلك فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التعويض عن ضرر العدول بنوعيه المادي والمعنوي إلى ثلاثة مذاهب⁶.

¹ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 255.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 74.

³ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 255.

⁴ - محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 75-76.

⁵ - ابن ماجه أبو عبد الله، سنن أبي ماجه، تحقيق فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي

الحلبي، (د.ط)، الجزء الثاني، ص 464.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 255.

- الاتجاه الأول: عدم التعويض مطلقاً

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، سواء كان مادياً أم معنوياً، فيرى كثير من المعاصرين ما ذهب إليه القدامى، منهم الشيخ محمد بخيت المطيعي.

وقد استدلووا على ذلك بما يلي:

- 1- إن القول بالتعويض يعمق المشكلة ويؤصلها ولا يحلها لأن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة ناتج عن إعطاء الخطبة فوق ما تستحقه، فهي وعد، ولا يجوز أن تبني عليها تصرفات تعود عليهم بالضرر.
- 2- إن التصرفات الناتجة عن استجابة كل واحد من الخطيبين للآخر قبل أن يبرم عقد الزواج هي من الاستعجال في أمر كان للناس فيه سعة، وبإقرار التعويض للضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة هي دعوة إلى التماذي في الخطأ¹.
- 3- إن الشارع جعل العدول حقاً شخصياً تقديرياً خاضعاً لاعتبارات خاصة بكل طرف، وهي أمور نفسية، فنقديساً للزواج ينبغي ترك الحرية الكاملة في الإقدام والإحجام عنه.
- 4- إن الضمان عند التغرير لا عند الاغترار، لأن الذي وقع فيه الضرر من الطرفين، يعلم أن الطرف الآخر له حق العدول، فإن أقدم على العمل بناءً على الخطبة، ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره هو ولم يغرر به أحد وبالتالي القيام بأي عمل يترتب عليه حصول ضرر عند العدول يتحمل هو وحده نتيجة عمله وعدم احتياطه وليس منشؤه محض العدول²، وكذلك تفريط المخطوبة في حق نفسها بالاختلاء مع الخاطب، يرتب مسؤوليتها الديانية ولا تستحق تعويضاً عن الضرر المعنوي في حالة العدول، وهما يخضعان للعقاب في الشرع الجنائي الإسلامي. وفي نفس هذا المعنى يرى الشيخ أبو زهرة في أحد أرائه أن الشريعة لا تقيم وزناً للضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة لأنه من قبيل الاستهواء الجنسي والإسلام لا يشجع الآثمين بالتعويض على ذلك³.

¹ - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج (في ضوء الكتاب والسنة)، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1418هـ-1997م، ص 77، 75.

² - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 256.

³ - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 91-92.

5- إنَّ القول بالتعويض في حالة العدول فيه إكراه ضمنى على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج، وهذا يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه هذا العقد من الحرية التامة والرضا. وهذا النوع من الإكراه فيه إلحاق ضرر بالطرف الآخر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه، وذلك بإنشاء أسرة على أسس غير سليمة.

5- إنَّ الجواز الشرعي ينافي الضمان، وهذا يعني أن من يمارس حقاً مشروعاً له، أو مباحاً لا يكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية، فالمسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر متعدياً إذا استعمل حقه في العدول¹.

6- التعويض يخالف طبيعة الخطبة على اعتبار أن الخطبة ليست عقداً، وإنما هي اتفاق أولي ممهّد للزواج، ولا تعدوا كونها وعداً، فالقول بالتعويض ينافي حقيقة الخطبة.

7- إن القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية، وحكم على أن الأمة الإسلامية ضلت عن الحق عبر تاريخها الطويل في هذه المسألة².

8- ثم إن القول بالتعويض يوجب إبراز المبررات والأسباب التي دعت إلى العدول وتقدير حجم الضرر لتحديد التعويض الملائم وفي ذلك كشف لأسرار العائلات، بعض أدق التفاصيل في المحاكم، وأن الموازنة بين الضررين تقتضي ستر هذه الأسباب بعدم الدعوة إلى التعويض³.

9- إن الحكم بالتعويض يجعل القضاة في مواقف صعبة، وتراكم للقضايا، وخاصة ما يقع من مرارة وألم من كل واحد من الخاطبين تجاه الآخر، بحيث يحاول كثير من الخاطبين الإيقاع بالطرف الآخر بكل ما أوتوا من قوة وذكاء⁴.

- مناقشة أدلة المذهب الأول بعدم التعويض:

نوقشت أدلة هذا المذهب بما يأتي:

- إن الاستدلال بأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، وإن العادل قد استعمل حقه الشرعي وهذا الحق ليس مطلقاً بل هو مقيد إذ لا يبرر استعماله قصد إلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، فكل من ناقض قصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة، أو ألحق الضرر بالآخر بقصد أو دون قصد فيجب عليه التعويض⁵.

¹ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 256-257.

² - عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 78.

³ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - عمر سليمان الأشقر، المرجع نفسه، ص 78.

⁵ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 262.

- إن الاستدلال بأن الضمان عند التغرير، لا عند الاغترار، فيرد عليه: بأن هذه الفترة هي فترة للتعارف، وأن كلا منهما يتصرف ناظرا على المرحلة القادمة وهي الزواج، والقول بأن الضرر الذي أصابه نتيجة اغتراره وتهوره في القيام بعمل ما، فإن ذلك تحتّمه طبيعة المرحلة¹، والقول بأن الأضرار المعنوية لا تقيم له الشريعة وزنا، فليس من العدل أن نجتمع على المخطوبة ضررين، فسخ الخطوبة وضرر تلويث سمعتها بما ليس فيها دون حصولها على التعويض².

- أما استدلالهم بأن التعويض فيه إكراه ضمني على الطرف العادل لإتمام الزواج فيرد عليه: بأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس إكراها على إتمام العقد وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر في هذه الحالة³، والغرض منه إزالة الضرر اللاحق بالطرف الآخر، دون حق، ولا علاقة له بحرية الزواج⁴.

- إن القول بأن التعويض يستلزم بحث الأسباب والدوافع التي أدت إلى العدول، وتقدير الضرر وما يصطحب ذلك من كشف الأسرار، يرد عليه: بأن دقة النزاع ما كانت لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرّمات لمساسها بذات الإنسان⁵.

- الاتجاه الثاني: التعويض مطلقا

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر.

وقد استدلوأ برأيهم بما يلي:

1- عن أبي سعيد الخدري عن النبيّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أَنَّهُ قَالَ: " لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ " واستنادا إلى الحديث الشريف فقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن إيقاع الضرر، وأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة، تطبيق للحديث الشريف⁶.

¹ - جميل فخري محمد جانم المرجع السابق، ص 262.

² - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 96-97.

³ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 83.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 262.

⁵ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص 83.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 257-258.

- 2- الاستدلال بقاعدة "الضرر يزال"¹، كما ورد في الحديث الصحيح، والضرر يزال وطريق إزالته هو التعويض، فلا تعارض بين كون العدول حقا، وبين تعويض الضرر لأن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول².
- 3- إن الخطبة وعد بالزواج، والعدول عنها حق مشروع لكلا الطرفين، لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر عند عدم الوفاء بما يتناسب مع الضرر الذي وتسبب به.
- 4- الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث أن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد بإتمام الزواج، ويعطي لطرفيه الحق في العدول وإساءة استعمال هذا الحق يستوجب التعويض³.

- مناقشة أدلة المذهب الثاني القائل بالتعويض مطلقا:

نوقشت أدلة المذهب الثاني بما يلي:

- إن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر، تعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض يرد عليهم بالقول بأن العدول عن الخطبة حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، وكذلك اعتبار الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل جهد بإتمام الزواج هي مناقضة للفقهاء الإسلامي.
- إن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة حق مشروع، لكنه مشروط بعدم الضرر، فإذا ألحق ضررا بالطرف الآخر وجب عليه التعويض يرد عليهم: بأن ذلك يتعارض مع الحكمة من مشروعية الخطبة⁴.
- أما الاستدلال بالحديث الشريف والقاعدة الفقهية فحقيقة أن الضرر ممنوع في الفقه الإسلامي، ولكن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع قد يترتب عليه ضرر أكبر، وهو إجبار العادل على الزواج بتهديده بدفع تعويض⁵، وفقا للقاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"⁶.

¹ - جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1999م، ص 07.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 37.

³ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 258.

⁴ - المرجع نفسه، ص 263.

⁵ - المرجع نفسه، ص 263-264.

⁶ - محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، سوريا، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الأول،

الاتجاه الثالث: التفصيل في التعويض

ذهب فريق ثالث إلى أن مجرد العدول في الخطبة، لا يوجب التعويض، أما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول، فيجب فيه التعويض.

وقد استدلوا على ذلك بما استدل به أصحاب المذهب الثاني، وأضافوا:

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

2- إنَّ العدول بغير مبرر عدول طائش، لأنَّ العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل، وطالما تمت الخطبة برضاه التام، ثم عدل عنها بغير مبرر، فإنَّ هذا العدول الطائش لا يخلو من خطأ¹.

3- إنَّ مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر يقره الشرع، وتؤكد مبادئ الشريعة في أصليين شرعيين:

الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق، وهو ثابت ومقرر بالشريعة الإسلامية.

الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، فإذا لزم عن الوعد ارتباط الموعد بعمل، و تخلف الواعد في تنفيذ وعده ضرر ما، حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد.

وقد اختلف أصحاب هذا المذهب في وجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناشئة عن تدخل العادل عن الخطبة، أم اقتصر التعويض على الأضرار المادية فقط، وذهب بعضهم إلى أن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي استوجب التعويض².

ويمثل هذا الرأي الشيخ أبو زهرة الذي يرى أن الحق لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض من الضرر. كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني، بل نقول قولاً وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق. والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة، لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعاً من الجهاز، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض.

¹ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 258-259.

² - المرجع نفسه، ص 259-260.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، فالأول يعرض والثاني لا يعرض، إذ الأول تغرير والتغرير يوجب الضمان¹.

وقد عدل أبو زهرة هذا الرأي وقصر التعويض على الضرر المادي فقط دون الأدبي حين العدول عن الخطبة، حيث يقول²: "قد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي، وإن التمسك بالآداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النظر في الأضرار المادية، لأن الأضرار الأدبية التي تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء لا محل له في الفقه الإسلامي"³.

وهناك قول آخر يوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذ ترتب عليه ضرر مادي أو معنوي⁴، لأن الأضرار المعنوية قد تكون من الجسامة بحيث لا يعقل أن يغفل القضاء عن تعويضها ورفع المعاناة عن أصحابها، ثم إن الأحاديث النبوية والقواعد الداعية إلى رفع الضرر وعدم إيقاعه أصلاً لم تفرق بين الأضرار المادية والمعنوية، لذا فإن القول بالتعويض ينبغي أن يشمل الأضرار بنوعها لعموم الأدلة الشرعية وعدم وجود المخصص⁵.

وقد اشترط السباعي في التعويض على العدول عن الخطبة ثلاثة شروط لوجوب التعويض عند العدول عن الخطبة هي:

- أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.
- أن العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي.
- إن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة، وتصميمه على إجراء عقد الزواج⁶.
- مناقشة أدلة المذهب الثالث القائل بالتفصيل في التعويض:

نوقشت أدلة هذا المذهب بما يأتي:

- إن القول بأن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول، والناجمة عن تدخل الطرف العادل، هي منشأ المسؤولية يرد عليهم بأنه يجب التفرقة بين التعسف الذي هو منشأ المسؤولية عن الضرر

¹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع السابق، ص 37.

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 80.

³ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد...، مرجع السابق، ص 60-61.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 261.

⁵ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 80.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 261.

الناجم عن هذا التصرف، أما ما يترتب عن استعمال الحق من أفعال ضارة مستقلة مصاحبة أو تغرير، فإن منشؤها المسؤولية التقصيرية لا التعسفية، وهناك فرق بينهما.

- إن الاستدلال بأن العدول بغير مبرر عدول طائش، يرد عليه: بأن مسائل الخطبة والزواج، مسائل يصح أن يكون للهوى موضع فيها، ومن هنا فالعدول الطائش عن الخطبة لا يصح أن يعتبر خطأ¹.

- أما الاستدلال بالأصلين الشرعيين لمبادئ الشريعة فالنسبة للأصل الأول، وهو مبدأ إساءة استعمال الحق، فيرد عليه: بأن العدول حق ولا إساءة فيه، وإنما في الأفعال الضارة الناتجة عن تدخل الطرف العادل، وهذه الإساءة ليست تعسفا، وإنما هي خطأ تقصري.

أما الأصل الثاني، وهو مبدأ الالتزام بالفقه المالكي، فيرد عليه: بأنه لا يجوز الإكراه على إتمام الزواج بالتعويض المترتب عن الضرر الناشئ عن هذا الوعد².

- يرى البعض أن تعويض الضرر المعنوي ليس بالأصيل في فقهنا الإسلامي، وأنه من قبيل الإفرازات الخارجية على مجتمعاتنا المسلمة، وهي فكرة دخيلة من صميم الفقه الغربي³.

الرأي الراجح:

بعد التعرض لكل مذهب والاعتراضات التي وجهت إليه، فإن القول بالتعويض في حالة ثبوت دخل للطرف العادل في إيقاع الضرر قد احتاط في قوله بالتعويض واشترط شروطا تثبت وتؤكد وقوع الضرر من الطرف العادل، وبناء عليه يحكم بالتعويض⁴.

ثانيا: حكم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة في القانون

أ- موقف المشرع الجزائري:

لا تعتبر الخطبة عقدا للزواج بل وعدا فقط، ولهذا أجاز المشرع لأي من الطرفين العدول عنها، وقد ينشئ عن ذلك العدول ضرر مادي أو معنوي لأحدهما، فإنه يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض للطرف المتضرر على اعتبار أن الخطبة التزام بإتمام الزواج، فإن تخلي أحد الطرفين عن ذلك الالتزام دون سبب وجيه، فإن ذلك يعتبر خطأ منه لكونه أخل بالتزامه، وبالتالي يجوز الحكم عليه بالتعويض في حالة ثبوت الضرر المادي أو المعنوي⁵.

¹ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 264-265.

² - المرجع نفسه، ص 265.

³ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 98.

⁴ - عبير رجي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 84.

⁵ - لحسن بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د.ط.)، 2014، ص 27.

ونظرا لأن الإيجاب لا يتوافق مع طبيعة الخطبة، فإنه ليس أمام الطرف المتضرر من العدول سوى اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض.

ويبدو أن المشرع قد وفق إلى أبعد حد لما جمع في التعويض بين الضرر المادي والمعنوي من خلال المادة 05 الفقرة 02 من ق،أ،ج والتي تنص: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"¹.

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

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

كل هذه النقاط التي أغفلها المشرع، قد تؤدي إلى إشكالية تضارب مواقف القضاء في الاستناد إلى الأسباب الجدية التي يتم بموجبها الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من العدول².

الأصل أن العدول لا يترتب أي مسؤولية لأنه حق شرعي، وإذا اقترن هذا العدول بضرر يحدثه أحد الطرفين للآخر فيلزم بتعويض هذا الضرر الناجم عن العدول³، على أساس المسؤولية التقصيرية، لا العقدية لأن الخطبة ليست بعقد.

ومن الأضرار المعتبرة قانونا عدول الخاطب بعد مضي زمن طويل على الخطبة، ومطالبة الطرف الآخر بمطالب معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة⁴.

ولكن الأمر يختلف بالنسبة للضرر المعنوي في حالة الاستهواء الجنسي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام الشريعة، فلا يستحق تعويضا، وكان الأجدر بالمشرع الجزائري تقييد إطلاق المادة 05 فيما يخص الضرر المعنوي⁵.

¹ - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 71.

² - المرجع نفسه ص 71-72.

³ - محمد باوني، عقد الزواج وآثاره (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون)، منشورات مكتبة اقرأ، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 31.

⁴ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون...، مرجع السابق، ص 103-104.

⁵ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 84.

ب- موقف القضاء

لم يستقر القضاء الجزائري على أي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة، فقد عمد إلى تطبيق النص المتضمن في المادة 05 من ق،أ،ج.

ومن أمثلة ما ورد في ذلك: القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 1989/12/25: "من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً 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 الخطبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.

ج- موقف بعض التشريعات الوضعية

لم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني، وقانون الأحوال الشخصية على حكم التعويض عن العدول عن الخطبة، سواء كان لمجرد العدول أم أن الأفعال المصاحبة للعدول، والنتيجة عن الطرف العادل².

ولم ينص أيضاً قانون الأحوال الشخصية السوري، ولا قانون الأحوال الشخصية التونسي على موضوع التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، وبالتالي يكون الحكم هو الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني³.

أما بالنسبة إلى مدونة الأسرة المغربية فقد أشارت إلى هذا التعويض في المادة 07 حيث نصت على أنه: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.

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

² - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص265.

³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص38.

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض¹.

الفرع الثالث: طرق التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

أشارت المادتان 131 و 132 من ق،م،ج إلى طريقة التعويض، والتي يستفاد منها أن التعويض إما أن يكون عينياً إما أن يكون نقدياً².

فإذا أن يصدر القاضي قراره برد الحال إلى ما كانت عليه، أي أن يقرر من الإجراءات التي من شأنها رد المدعي المضروب إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقترب المدعي ما اقتربه من خطأ أو الحالة التي كان عليها لو لم يقع هذا الخطأ، فيقضي بإبدال العين التالفة بأخرى صحيحة، ويرد العين إلى صاحبها.

وإذا أن يعتمد القاضي إلى جبر الضرر وتعويض المضروب عنه بمقابل نقدي غالباً وغير نقدي أحياناً، ومعنى هذا أن القاضي يوفر للمدعي المضروب عنه منفعة تساوي مقدار ما لحقه من ضرر وبذلك تعود حالة المضروب (حكما) لا حقيقة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر³.

أ - التعويض العيني: (la réparation en nature)

وهو الذي يقوم على إزالة عين الضرر بأن يقضي على سببه أو مصدره⁴، أي بمعنى آخر هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه⁵، أي بإلزام المدعي عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو تأخر في تنفيذه أو أخل به⁶.

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن. كما لا يتقيد المضروب بتقديم أي من نوعي التعويض قبل الآخر، فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما حسبما يشاء وعلى ما يراه أنفع له. وكذلك يجوز للمسؤول أن يعرض

¹ - أحمد خرطة، المرجع السابق، ص 102.

² - المادتان معدلتان بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 365.

⁴ - إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، (د.م.ن)، (د.ط)، (د.ت.ن)، الجزء الثاني، ص 193.

⁵ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 265.

⁶ - حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص 366.

التعويض العيني، فيقضي به عليه، غير أنه في أكثر الأحوال ولا سيما في أحوال الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني، فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي¹.

ويمثل فقهاء الشريعة لهذا النوع من التعويض العيني بالزام الغاصب برد العين المغصوبة ما دامت باقية لم تهلك ولم تتغير.

ومن صور التعويض العيني في مجال العدول عن الخطبة إذا كان العدول من المخطوبة و كانت قد استلمت المهر أثناء فترة الخطبة، فالتعويض العيني يكون بإرجاع المهر إلى الخاطب.

ب- التعويض بمقابل: (la réparation pécuniaire)

الأصل في المقابل الذي يراد به إزالة الضرر أو إصلاحه أن يكون مبلغا من النقود ومع هذا قد يكون التعويض أحيانا غير نقدي².

وهو الصورة الغالبة في التعويض في المسؤولية التقصيرية. ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور. فكل ضرر بما فيه الضرر الأدبي الذي يمكن تقويمه بالنقد. والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة أو أقساطا. وإما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو بمدة معينة، وهو ما نصت عليه المادة 132 التي نصت على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون مرتبا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا".

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع.

يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدعي أن يقدم تأمينا³، والقاضي بطبيعة الحال هو الذي يحدد التعويض في مقداره وطبيعته وفي كيفية الوفاء به⁴.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 266.

² - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 366.

³ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 266-267.

⁴ - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 193.

إنّ التعويض النقدي هو الطريق الأصلي والوجوبي عند فرض التعويض من المحكمة أما التعويض العيني والتعويض غير النقدي فلا يمكن للمحكمة أن تفرضهما إلا بناءً على طلب من الدائن وتوافرت إمكانية الاستجابة للطلب.

ومن صور التعويض غير النقدي الاعتراف بالشرف والاعتذار الجدي أمام المحكمة لتخفيف الآلام عن المضرور.

أن هذه الصور للتعويض غير النقدي لا تنحصر فقط بالضرر الجسدي وإنما يمكن أن تشمل الضرر المالي والضرر المعنوي حسب ظروف القضية وتبعاً لطلبات المدعي¹.

الفرع الرابع: تقدير التعويض

يتحدد نطاق الضرر على أساس الضرر الذي لحق المضرور. والضرر هو بحسب المادة 182 مكرر الفقرة 01 من ق،م،ج التي تنص على مايلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"، ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية كل الضرر المباشر، مادي أو أدبي، متوقعا كان أو غير متوقع، في حين أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا من الضرر المباشر المتوقع فقط².

ويراعي القاضي في تقدير التعويض، كما تقتضي المادة 131 من ق،م،ج³، الظروف الملازمة لوقوع الضرر، أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية والمالية والعائلية، والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه⁴.

كما يراعي القاضي في هذا الشأن الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية والمالية والعائلية، والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه. كما يراعي القاضي في هذا الشأن الظروف الشخصية للمسؤول، ولاسيما ظروفه المالية.

¹ - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 329، 331.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 268-269.

³ - جاء في نص المادة 131 مايلي: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

⁴ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 269.

فالضرر يقدر تقديرا ذاتيا أو شخصيا، بالنظر إلى الضرر بالذات لا على أساس مجرد، غير أنه يجب أن لا يتجاوز التعويض مقدار الضرر، أي بمعنى أنه يجب أن يكون هناك تناسب بين التعويض والضرر.

ويتبين من مضمون المادة 131 من ق،م،ج أنه من الجائز قبل الحكم بالتعويض النهائي أن يحكم القاضي للضرر بنفقة وقتية، إذا كان ثابتا لديه أن الضرر يستحق التعويض¹. والأصل أن القاضي هو الذي يقدر التعويض في طبيعته وفي مداه، ولا يخالف، هذا الأصل إلا إذا تحدد التعويض بنص في القانون أو بمقتضى اتفاق صحيح².

والأصل في ق،م،ج أن يكون التعويض نقديا، والاستثناء أن يكون عينيا، ويتبين من نص المادة 132 بأن الحكم بالتعويض العيني جوازي للقاضي، وكذلك يمكن الاستعانة بخبير لحساب التعويض، وهذا أمر جوازي، غير أن تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة في حالة وجودها. وعليه، فإن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون دون معقب لهم من المحكمة العليا³، وعلى القاضي أن يبذل كل ما في وسعه، ويستخدم كل ما يتمتع به من علم ومعرفة ونزاهة وحياد، لكي يجعل مقدار التعويض الذي يقضي به للمدعي مساويا لما لحق به من ضرر لا يزيد عنه ولا ينقص منه حتى تحقق النتيجة التي رمي إليها المشرع من التعويض⁴.

أما عن الوقت الذي يقدر فيه الضرر الواجب التعويض عنه فلقد استقر الفقه والقضاء بأن تقدير الضرر يكون يوم صدور الحكم، ليتحقق التعادل على قدر الإمكان بين التعويض و الضرر، ومن هنا يجب على القاضي أن يراعي عند تقدير التعويض ما وصلت إليه حالة المضرور من التحسن والإساءة وقت رفع الدعوى، وبالتالي العبرة في تقدير قيمة الضرر بقيمته وقت الحكم، وليس بقيمته وقت وقوعه⁵.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 269-270.

² - إدريس العلوي العبدلاوي، المرجع السابق، ص 119.

³ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 270-271-272.

⁴ - حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص 356.

⁵ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 273-274.

ويراعي القاضي في تقدير التعويض النقدي، قيمة الضرر يوم إصدار حكمه، و مدى تغير قيمة النقد وقوته الشرائية، حتى يكون جابرا للضرر بصفة حقيقية، وقد يكون الضرر قابلا للتغير، زيادة أو نقصان، ويجب على القاضي أن يراعيه في حكمه¹.

وكذلك ما دام للقاضي السلطة التقديرية وله دور مهم في تقدير حصول الضرر وسببه وكذلك تقدير التعويض في العدول عن الخطبة، كان لزاما على المشرع أن يضيف في الفقرة 03 من المادة 05 القول "وللقاضي تقدير حصول الضرر وسببه والحكم بالتعويض"، كما أن المشرع لم يبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة للقاضي أم أن هناك ضوابط تحكم هذا التعويض، فهو لم ينص على الأسباب التي يتم بموجبها التعويض، ولا على المعيار الذي يعتمده القاضي في تقديره لحكم التعويض، وبهذا تتضارب مواقف القضاء بالاستناد إلى الأسباب الجدية التي يحكم بها إلى الطرف المتضرر من العدول. وسواء قل مقدار التعويض أو زاد فإن القاضي رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا وهذا ما كرسته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 24 ماي 1994 والذي جاء فيه "حيث أنه من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف وحيث أنه تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم و المعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"².

ويرى عبد الرحمن الصابوني بأن تقدير التعويض يكون مقيدا بنصف المهر، لأنه لا يجوز الحكم بالتعويض على فسخ الخطوبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيمل لو تم العقد بينهما، وطلق زوجته قبل الدخول، على اعتبار أنه يترتب عليه دفع نصف المهر لزوجته.

كما أن ترك تقدير التعويض للقاضي من غير تحديده بنصف المهر كحد أقصى، فيه إكراه للخاطب على عدم العدول، وإتمام الخطبة بالزواج مع الإكراه مما ينتافي مع رضائية هذا العقد بالإضافة إلى ذلك فقد يضطر إلى إجراء عقد الزواج، ثم يلجأ إلى الطلاق قبل الدخول، فيدفع لها نصف المهر، وبهذا يكون ضرر فسخ الخطبة أقل بكثير من ضرر الطلاق، ولو كان قبل الدخول³.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، 274-275.

² - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 72-73.

³ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 267.

ويرى أيضا "بأن ضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر، هو خشية التعسف في تقدير هذا التعويض"، "ولأن تقدير السبب، والذي على أساسه يحكم بدعوى التعويض يجب أن يقدره القاضي على ضوء الشريعة الإسلامية، فقد يكون من الأسباب الشرعية التي تقدرها الشريعة، وتتنظر إليها بعين الاعتبار ما يجعل الخاطب يعدل عن خطوبته"¹.

إلا أن هذا الرأي مردود عليه إذ قد يكون المهر مبالغ فيه، وأن نصف المهر يجاوز بكثير حجم الضرر اللاحق بأحد الطرفين عن العدول².

¹ - جميل فخري محمد جائم، المرجع السابق، ص 268.

² - بوجاني عبد الكريم، المرجع السابق، ص 73.

المبحث الثاني: إساءة استعمال الحق في العدول عن الخطبة

ليست نظرية التعسف في استعمال الحق بالنظرية الحديثة، بل هي فكرة قديمة تمتد أصولها إلى النظم القانونية القديمة، ولقد عرفت الشريعة الإسلامية كمنظرة عامة تتصرف إلى كافة الحقوق على اعتبار أن القرآن الكريم قد نهى في أكثر من موضع عنه ومن أحكام القرآن الكريم استمد فقهاء الشرع الإسلامي الأسس التي بنو عليها نظرية التعسف، وبالقيااس عليها توسعوا في تطبيقاتها.

ومن المؤكد أن حق العدول عن الخطبة لأي طرف من طرفيها، إلى أن استعمال هذا الحق ليس قرينا بالتعسف في استعماله على اعتبار أن لهذا الحق ضوابط. وعليه سنتناول في هذا المبحث أولاً كيفية استعمال حق العدول عن الخطبة من خلال بيان تعريف التعسف ومعاييره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وبعض التشريعات الوضعية ثم تطبيق هذه المعايير في العدول عن الخطبة وأخيراً مظاهر التعسف في العدول من الخطبة. أما في المطلب الثاني سنتعرض فيه إلى آثار التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة من خلال قيام المسؤولية التقصيرية بأساسها والدعوى التي ترفع فيها.

المطلب الأول: مفهوم التعسف في العدول عن الخطبة

سنتناول في هذا المطلب تعريف التعسف في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني معايير في الفقه والقانون، ثم تطبيق هذه المعايير في العدول عن الخطبة و هذا في الفرع الثالث، وأخيرا مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة في الفرع الرابع.

الفرع الأول: تعريف التعسف

أولاً: التعريف اللغوي

التَّعَسُّفُ مأخوذ من عَسَفَ يَعْسِفُ عَسْفًا. والعَسْفُ: السَّيْرُ بِغَيْرِ هِدَايَةٍ وَالْأَخْذُ عَلَى غَيْرِ الطَّرِيقِ، وَكَذَلِكَ التَّعَسُّفُ وَالْإِعْتِسَافُ، والعَسْفُ: رُكُوبُ الْمَفَازَةِ وَقَطْعُهَا بِغَيْرِ قَصْدٍ وَلَا هِدَايَةٍ وَلَا تَوَخِّي صَوْبٍ وَلَا طَرِيقٍ مَسْلُوكٍ. يُقَالُ: اعْتَسَفَ الطَّرِيقَ اعْتِسَافًا إِذَا قَطَعَهُ دُونَ صَوْبٍ تَوَخَّاهُ فَأَصَابَهُ. والتَّعَسُّفُ: السَّيْرُ عَلَى غَيْرِ عِلْمٍ وَلَا أَثَرٍ. وَمِنْهُ قِيلَ: رَجُلٌ عَسُوفٌ إِذَا لَمْ يَقْصِدْ قَصْدَ الْحَقِّ¹.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل، وأن المطلوب شرعا عند وقوع الفعل التعسفي هو السعي إلى رفعه بعد العمل على منع وقوعه ابتداء².

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه والقانون

أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وتقيد استعمال صاحب الحق عند استعماله لحقه حتى يكون ذلك الاستعمال منطبقاً مع القصد الشرعي، الذي أقام عليه الشارع قاعدة المصالح.

والمعايير هي الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، وكذلك لها أهمية في ضبط وتحديد ماهية التصرف، وتساعد في ترتيب الجزء المناسب، وصاحب الحق في تصرفه قد تتنابه أكثر من غاية، منها ماهو مشروع، ومنها ماهو غير مشروع، ومن العسير الكشف عن قصده ونيته، إلا أن القرائن، والملابسات

¹ - محمد ابن المنظور، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 245.

² - عبيد ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 85.

وظروف الحال، وتحديد معايير تضبط الفعل، كل ذلك يخدم القاضي، أو ولي الأمر، عند الحكم في مسائل النزاع¹.

لذلك يمكن تقسيم معايير التعسف إلى قسمين رئيسيين هما:

أ-المعايير الذاتية أو الشخصية:

ويقصد بها: "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة". ولهذا تقسم هذه المعايير إلى قسمين هما: معيار قصد الإضرار ومعيار المصلحة غير المشروعة².

المعيار الأول: قصد الإضرار

هذا المعيار هو من أقدم معايير التعسف وأصلها، بدليل وجوده في الشرائع القديمة، ومجافاته لمبادئ الأخلاق ظاهرة، غير أن الكشف عنه من الأمور العسيرة، لذا يستعان بالأمور الظاهرة المادية، كالقرائن في تبينه³، ولأنه بذلك يكون قد ناقض قصد الشارع في استعمال الحق، الذي شرع من أجل تحقيق المصالح الفردية، أو الجماعية، والمناقضة تعسف، لذلك يمنع التصرف الذي اتخذ وسيلة للإضرار بالغير، لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه، فاستعمال الحق بقصد الضرر أمر حرمه الشرع وقبح فعله⁴.

ويقصد به "توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياساً بنية نفع النفس التافهة، والتي لا تصلح لان تقارن بالأولى، مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف، أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها".

ويعتبر القصد إلى الإضرار ممنوع في الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه، لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق⁵، والأصل في هذا المعيار

¹ -جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة(في الفقه والقانون)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009م، ص31.

² - المرجع نفسه، ص32-33.

³ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1408هـ - 1988م، ص243.

⁴ -جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص34.

⁵ - فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 243.

ما جاء في القرآن من الآيات التي تنهى عن الإضرار بالغير، وتدل على ثبوت نظرية التعسف¹، والتي منها قول الله تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا"²، ووجه دلالة الآية صريحة في إباحة استعمال حق الرجعة بقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة، وتحريمه إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة، أو دفعها الافتداء من الزوج تخلصاً من ضرره³.

وقد نص بعض العلماء على هذا المعيار صراحة، فابن رجب الحنبلي يجعل حكمه شاملاً لاستعمال الحق بقصد الإضرار، ولإلحاق الضرر بالغير دون وجه حق، ويرى أنه يقسم إلى نوعين: أحدهما أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، وهذا لا ريب في قبحه وتحريمه.

ويقول الإمام الشاطبي مؤيداً تحريم هذا النوع ومنع التسبب فيه: "لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضراراً، لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"⁴.

وتطبيقاً لهذا النوع في مختلف المذاهب الفقهية، فقد أورد أئمة المذاهب الفقهية فروعا تطبيقية لهذا المعيار، ولا خلاف بين العلماء في الجزاء الأخروي، وإنما الخلاف في الجزاء القضائي من المنع والضمان، فبعضهم كالإمام الغزالي يذهب إلى أن القصد إلى الإضرار محرم ديانة، حيث يقول: "إنما العدل أن لا يضر بأخيه المسلم، والضابط الكلي فيه، أن لا يحب لأخيه إلا ما يحب لنفسه، فكل ما عومل به شق عليه، وثقل على قلبه، فينبغي أن لا يعامل به غيره"⁵.

ويشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان أساسيان:

الأول: أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمداً.

الثاني: أن يتمحض قصده لذلك، حيث لا يصحبه قصد لشيء آخر كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو كانت ضئيلة⁶.

¹ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية...، مرجع السابق، ص34.

² - سورة البقرة، الآية 231.

³ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص35.

⁴ - فتحي الدريني، نظرية التعسف...، مرجع السابق، ص243.

⁵ - المرجع نفسه، ص243-244.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص36.

- **انتفاء المصلحة المشروعة:** ويقصد بها "خلو الفعل من المصلحة الشرعية التي قصد الشارع إلى تحقيقها من تشريعه للفعل، والأصل في أفعال العقلاء ألا تخلو من المصلحة". ويتعلق انتفاء المصلحة المشروعة بإحدى صورتين هما:

الصورة الأولى: إيجابية

وهي أن يستعمل صاحب الحق حقه دون مصلحة ظاهرة تعود عليه، مع ما يترتب عليه من ضرر بالغير، فإصرار صاحب الحق على تصرفه مع عمله بعدم ترتب منفعة شرعية ظاهرة هي قرينة على تمحض قصد الإضرار.

الصورة الثانية: سلبية

وهي أن يمنع صاحب الحق الآخرين من الانتفاع بحقه دون منفعة ظاهرة به، ودون أن تلحق ضرراً ما، فإنه في هذه الحالة يجبر على تمكين الغير من الانتفاع به¹.

- **تفاهة المصلحة وجسامة الضرر:** هي أن يستعمل صاحب الحق لتحقيق مصلحة تافهة، لا تتناسب مع ما يترتب عنها من أضرار للغير، فإن تفاهة المصلحة تعد قرينة لقصد الإضرار بالغير، لذلك يعتبر متعسفا في هذا التصرف.

- **تخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعماله لحقه:** ويقصد بذلك أن صاحب الحق يمكنه التصرف في حقه واستعماله بطريقتين يترتب على إحداها ضرر بالغير، بينما الأخرى لا ضرر فيها، ويصر صاحب الحق على استعمال حقه بالصورة التي يلحق بها الضرر².

المعيار الثاني: المصلحة غير المشروعة

وهي استعمال الحق على الوجه غير المشروع، بأن يكون الباعث من استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق³، ويتحقق ذلك في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع، لأن قصد ذي الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومعاودة قصد الشارع عينا باطلا بالضرورة ما أدى إلى ذلك، ولا خلاف بين العلماء في هذا، لأنه تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة، وهما لقواعدها، وإنما الخلاف بينهم في الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو

¹ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية...، مرجع السابق، ص 36-37.

² - المرجع نفسه، ص 37.

³ - المرجع نفسه، ص 38.

الباعث¹. ومثال ذلك: للزوج ولاية تأديبية على زوجته²، وهذا الحق ثابت بقوله سبحانه وتعالى: "وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا"³، وقد حدد الشارع موضع استعمال حق التأديب في النشوز، كما حدد الوسيلة والغاية⁴.

ب- المعايير الموضوعية والمادية:

وهي مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عند ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها، منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية، والحق الفردي من باب أولى⁵.

وتنقسم هذه المعايير إلى معيارين فرعيين هما:

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

ويقصد بذلك مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة على أساس التوفيق بين مصلحة الفرد والجماعة، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بين المصلحتين⁶، كقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"⁷.

وينطوي هذا المعيار على ضابطين هما:

الضابط الأول: انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بغيره من الأفراد

وهي اختلال التوازن بين مصلحة فرديتين، وصورته أن يستعمل صاحب الحق حقه من أجل تحقيق المصلحة المشروعة، لكنه يتعارض مع مصلحة شخص آخر أو أشخاص، بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو الأشخاص، لا الجماعة، وهذا الضرر قد يكون أعظم من المصلحة المقصودة من التصرف، أو يساويها أو أقل منها.

¹ - فتحي الدين، نظرية التعسف...، مرجع السابق، ص 245.

² - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية...، مرجع السابق، ص 39.

³ - سورة النساء، الآية 34.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 39.

⁵ - فتحي الدين، المرجع نفسه، ص 242.

⁶ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 42.

⁷ - أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، الطبعة الثانية، 1989م، ص 197.

أما إذا كان التعارض شاسعا بحيث يستحيل معه التوفيق، فإنه لابد من تغليب المصلحة على المفسدة، فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة يكون علة في تحقيق التعسف أو مناقضة الشارع، لذلك يمنع منه سدا للذرائع¹.

الضابط الثاني: تعارض المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة

ويقصد به "أن يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة خاصة، لكنه ينشأ عن هذا التصرف الفردي المشروع بالأصل ضرر عام يلحق المسلمين عامة، وبذلك يمنع الفرد من هذا التصرف لما فيه إخلال بمبدأ التعاون أو المصلحة العامة، وتحقيقا لمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي، وهذا ما تميز به التشريع الإسلامي عن غيره من التشريعات².

المعيار الثاني: معيار الضرر الفاحش

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي، لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لاسيما في العلاقات الجوارية ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها، رعاية للمصالح العام. ويرى المذهب المالكي والحنبلي، ورأي فقهاء الحنفية المتأخرين الذي استقر في المذهب الحنفي، أن حق المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار غير المألوفة³.

أما الضرر المألوف، فلا بد من تحمله والتسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه، لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة، وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك، كما أنه مخالف للإجماع والمعقول، لعدم استقامة إمكانية استعمال حق الملكية بإطلاق، وحق الملكية مقيد ديانة بما يمنع الإضرار عن الغير بالإجماع، وللنصوص الواردة في تحريم إيقاع الضرر أو القصد إليه، ولا شك أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضرارا فاحشة يخل بالتوازن بين المصالح الفردية، ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة على حساب المصالح الفردية، وذلك انحراف بالحق عن غايته، والانحراف تعسف⁴.

ولقد حددت مجلة الأحكام الدولية الضرر الفاحش بأنه: "كل ما يمنع الحوائج الأصلية، يعني المنفعة المقصودة من العقار، أو يجلب له: "وهنا يكون سبب انهدامه"⁵.

¹ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية...، مرجع السابق، ص44.

² - المرجع نفسه، ص46-47.

³ - فتحي الدريني، نظرية التعسف...، مرجع السابق، ص269.

⁴ - المرجع نفسه، ص269.

⁵ - المرجع نفسه، ص278.

وعليه يمكن القول أن نظرية التعسف ترتبط أساسا بالنتائج المترتبة على استعمال الحق لا بمضمونه، أي بالسلطات الممنوحة لصاحب الحق، لأن المفروض أن المالك يتصرف ضمن حدود هذه السلطات لم يجاوزها أو بعبارة أخرى، أن نظرية التعسف تتعلق بغاية الحق، فالحق لم يشرع ليكون وسيلة تفرض على الناس أضرارا فاحشة، أو تلحق بالجماعة ضررا عاما، لأن ذلك لا يتفق وروح الشريعة وغاياتها الأساسية من حفظ حق الفرد وحق الغير معا¹.

ثانيا: معايير التعسف في القانون

أ- موقف المشرع الجزائري

اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، وأدرجها في ق،م وبالتحديد في المادة 124 مكرر التي نصت على أنه يكون يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة².
- وسوف نتعرض لهذه المعايير الثلاثة فيما يلي:

أ- قصد الإضرار بالغير:

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية، أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق من استعماله، وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، ولذلك يستخلصها القاضي من انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من استعماله له. ومثاله كأن يبني شخص حائطا عاليا في ملكه لكي يحجب النور والهواء عن جاره، ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار بكافة الطرق، وانعدام المصلحة انعداما تاما يعد قرينة على قصد إحداث الضرر لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس، فإذا أقام المضرور الدليل على نية الإضرار اعتبر مستعمل الحق متعسفا في استعماله³.

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسف...، مرجع السابق، 269-270.

² - عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية 44، ص 25، كان المشرع ينص على نظرية التعسف في المادة 41 منه (ملغاة).

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 126-127.

ب- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير أو كما يسمى ترجيح الضرر على المصلحة:

قد يتعذر أو يصعب التعرف على نية الشخص من خلال تصرفه، وفي هذه الحالة يلجأ إلى معيار اختلال التوازن الذي يقوم على الموازنة بين ما يصيب الغير من ضرر بالغ وبين ما يتحقق من نفع ضئيل أو قليل الأهمية لصاحب الحق، وهذا المعيار منبثق من أصل مقرر في أصول الفقه وهو النظر إلى مآلات الأفعال ونتائجها¹.

ويعتبر صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه إذا انحراف على السلوك المألوف للرجل العادي. وهذا المعيار موضوعي بحث لأنه يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير².

ويعتمد هذا المعيار على التفاوت بدرجة كبيرة بين الفائدة المقصودة من استعمال الحق والضرر الذي يلحق بالغير بسبب استعمال نفس الحق، ويتبين هذا التفاوت للقاضي بعد إجراء الموازنة بين المصالح المتضاربة، فإذا كان هناك اختلال ظاهر في التوازن بين الفائدة القليلة والضرر الكبير اعتبر مستعمل الحق متعسفا³.

ج- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

يعتبر الشخص متعسفا في استعمال الحق إذا كان يرمي إلى من خلال تحقيق مصلحة غير مشروعة، وتتحقق هذه المصلحة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون، وتتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة⁴.

والمعيار في هذه الحالة هو معيار موضوعي وإن كان يستدل عليه بعوامل شخصية وهي القصد أو النية من استعمال الحق، وبهذا مزج هذا المعيار بين العنصر الذاتي والعنصر المادي، إذ يجب معرفة وجه المصلحة فيه كما يجب تقدير مشروعية هذه المصلحة⁵. و في الحقيقة من الصعب معرفة القصد أو النية.

¹ - عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، (رسالة ماجستير)، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006، ص39.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص127.

³ - عبد الرحمن مجوبي، المرجع نفسه، ص39.

⁴ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص128.

⁵ - عبد الرحمن مجوبي، المرجع نفسه، ص40.

بـ موقف بعض التشريعات الوضعية:

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

- 1_ يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.
- 2_ ويكون استعمال الحق غير مشروع في أي من الأحوال الآتية:
 - إذا توفر قصد التعدي.
 - إذا كانت المصلحة الموجودة من الفعل غير مشروعة.
 - إذا كانت المصلحة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.
 - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة¹.

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة

سبق وأن بينا بأن التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، والعدول عن الخطبة وإن كان مشروعاً للطرفين، إلا أنه قد يساء في استعماله أحياناً، كأن يتم بدون مبرر معقول، أو لإلحاق الضرر بالطرف الآخر عمداً وما إلى ذلك². والمعايير التي تحكم واقعة العدول وتكشف التعسف فيها:

أولاً: تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة

كما رأينا سابقاً فإن هذا المعيار يبحث في قصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير والدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

أ- معيار قصد الإضرار:

قصد الضرر من العادل يظهر إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها مع رغبته أو رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة أو العدول عنها³.

¹ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية...، مرجع السابق، ص 56.

² - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 85.

³ - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد...، مرجع السابق، ص 241.

بـ معيار المصلحة غير المشروعة:

إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجاً، جاز له أن يعدل عن الخطبة، فإذا كان العدول لغير هذه الغاية، كان مناقضاً لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة¹.

ثانياً: تطبيق المعيار الموضوعي على العدول عن الخطبة

يعتمد هذا المعيار كما ذكرنا سابقاً على مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة أي الموازنة، ومن هذه المعايير:

أـ معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

إن قيام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة لأسباب يعتقد بأنها دوافع ومبررات لهذا العدول، ولتحقيق مصالح يترتب عنها مفسدات وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر، أشد ضرراً وأعظم خطراً من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة²، عملاً بالقاعدة الشرعية: "درء المفسدات أولى من جلب المصالح"³، لذلك فإن العادل عن الخطبة يعتبر متعسفاً في استعمال حق العدول من الخطبة، إذا ترتب عن العدول أضرار ومفسدات أكثر ضرراً وأشد خطراً من المصالح المراد تحقيقها بهذا العدول، كأن يعدل الخاطب عن الخطبة من أجل السفر للعمل، أو تعدل المخطوبة من أجل الحصول على وظيفة ما، وهذا ما يؤثر على الطرف المعدول عنه⁴.

بـ معيار الضرر الفاحش:

وهذا المعيار يحكم صورة ما إذا كان العدول من طرف الخاطب بعد إيهام الطرف الآخر، المخطوبة، برغبته الاستمرار مع غيابها للدراسة أو العمل فترة قد تطول، ويتقدم العمر بالخطوبة وتقل الرغبة فيها ثم يحدث العدول فإنه يكون بذلك أضر بها ضرراً فاحشاً، وعطل عليها منفعة الحياة الزوجية مع شخص آخر⁵.

¹ - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد...، مرجع السابق، ص242.

² - المرجع نفسه، ص 242.

³ - تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1991م، الجزء الأول، ص105.

⁴ - جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص242.

⁵ - عبيد ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، 85-86.

الفرع الرابع: مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، والسبب في ذلك أن الحياة الاجتماعية الإسلامية في تلك العصور لم تكن تسمح بوجود ضرر في العدول عن الخطبة، فسلوك الخاطبين أثناء الخطبة، مبني على أساس الشريعة الإسلامية، ولا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، ومن هنا لم تكن هناك حاجة لبحث مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وإن كنا نلاحظ من خلال دعوتهم إلى الوفاء بالخطبة، وكراهية العدول عنها من غير مبرر، إشارة إلى أن هناك تعسف في العدول عن الخطبة إذا ترتب عنها ضرر يلحق بالطرف الآخر¹.

أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا فيما إذا كان هناك تعسف في العدول عن الخطبة أم لا في مذهبين:

أولاً: المذهب القائل بأن العدول بغير مبرر يعد تعسفاً

إن من المسلم به في الفقه الإسلامي أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لتحقيق مصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق يثبت له صفة الفردية والجماعية في وقت واحد².

تكون ميزة فردية لأنها تخول لصاحبها الاستمتاع بثمرات حقه منفرداً، أما الميزة الاجتماعية فمناطقها تقييد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للضرر بالغير فرداً أو جماعة ولذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف باستعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج، والوفاء بالعهود مأمور به شرعاً، إلا أن هذا الحق يعطي كلا من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة، لكن هذا الحق يجب أن لا يساء استعماله، بأن يكون العدول عن الخطبة لمبرر شرعي، أما إذا كان بغير مبرر شرعي، فإنه يعتبر تعسفاً في استعمال الحق³.

وتأسيساً على هذا، فإن الشارع، إذ منح حق العدول، فلا يبرر استعماله على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء، لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، إذ أن الحق لم يشرع أصلاً ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرع لمصلحة جدية مشروعة، تحقق

¹ - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد...، مرجع السابق، ص 237.

² - المرجع نفسه، ص 237.

³ - المرجع نفسه، ص 237-238.

غرضاً اجتماعياً إنسانياً مقصوداً للشارع، هذا¹، وكل من الباعث غير المشروع، أو النتيجة الضرورية اللازمة واللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجله حق العدول، فهو إذن تعسف في استعمال حق العدول.

ثانياً: المذهب القائل بأن العدول بغير مبرر لا يعد تعسفاً

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن العدول عن الخطبة ليس حقاً، وإنما هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، لأن الحق هو وسيلة يثبتها القانون لشخص تكون له ميزة لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، ولا يعتبر أحدهما مدنياً أو دائناً للآخر بهذا العدول، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا عند وجود الحق².

ويرى بعضهم بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر خطأ تقصيري، لأنه غير ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي نظراً لأن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقداً، ووجه الخطأ فيه أن العدول بغير مبرر عدول طائش³.

ثالثاً: الرأي الراجح

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن هناك تعسف في العدول عن الخطبة، إذا لم يكن هناك مسوغ لهذا العدول، وذلك لما يترتب عن هذا العدول من أضرار قد تلحق بالطرف الآخر، كأن يكون العدول من قبل الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة، فيفوت عليها فرصة الزواج من رجل آخر، إضافة إلى الأضرار المعنوية التي تسببها، كما قد يكون العدول من المخطوبة، فتضيع عليه أموالاً باهضة أنفقها في تجهيز المنزل، وكذلك قد يصيبه ضرر معنوي، فتتأثر سمعته وتتعرض للأذى⁴.

¹ - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد...، مرجع السابق، ص 238-239.

² - المرجع نفسه، ص 239.

³ - المرجع نفسه، ص 239-240.

⁴ - المرجع نفسه، ص 241.

المطلب الثاني: قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة

من المعلوم أن الاستعانة بنظرية التعسف في استعمال الحق لازمة، إذ من حق كل من الخاطبين أن يعدل ولا يمكن مجازاته على ذلك، إلا إذا كان تعسف في استعمال حقه، ولأن الخطأ العقدي يقوم في كل مرة لا ينفذ فيها أحد العاقلين التزاما عقديا، وأن الخطأ التقصيري هو الإخلال بالالتزام القانوني العام، الذي يفرض عدم الإضرار بالغير، ويكون إخلالا لا يأتيه الشخص المعتاد¹.

وإن المسؤولية التقصيرية تقتضي وجود مضرور، ومتسبب في الضرر، والمعدول عنه في العدول عن الخطبة يعتبر مضرورا، والمتسبب في الضرر هو الطرف العادل، و بالتالي تقوم المسؤولية التقصيرية إذا كانت هناك علاقة سببية بين المتسبب في الضرر والضرر الناتج.

الفرع الأول: أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة

أخذت نظرية المسؤولية التقصيرية تتطور منذ وضع القانون المدني الفرنسي سنة 1804، غير أنه ابتداء من سنة 1804 أخذ فريق الفقهاء في مهاجمة فكرة الخطأ التي تستند إليها هذه النظرية، فنادوا بوجوب تأسيس هذه المسؤولية على فكرة الضرر لا الخطأ².

أولا: الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول عن الخطبة

إنّ التعسف ماهو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري، وأن المعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ، وبالتالي الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بنية الإضرار بالغير، كما أن الشخص العادي لا يستعمل حقه بقصد تحقيق غرض غير مشروع، فإذا انحرف الشخص في استعماله لحقه عن هذا السلوك كان متعسفا في هذا الاستعمال، إذ لا يسمح القانون لشخص بأن يستعمل حقه للإضرار بغيره، انطلاقا من اعتبارات المصلحة الاجتماعية، والأغراض التي من أجلها منح هذا الحق³.

¹ - محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص160.

² - أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثامنة، 1436هـ-2015م، ص293.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص134-135.

إن الأحكام المستندة إلى المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي والمادة 151 من القانون المدني المصري لا تختلف عن أحكام المسؤولية العقدية من حيث التضمينات في كليهما مترتب على الإخلال بالواجبات القانونية، والحد الفارق بينهما، أن الواجبات في الحالة الأولى مقررّة بمقتضى القوانين الجنائية أو غيرها من القوانين الوضعية بينما هي مقررّة في الحالة الثانية بمقتضى المشاركات أو الاتفاقات المعتبرة قانوناً.

وبهذا القيد الذي لم يختلف فيه أحد في صحته يصبح إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لأية مسؤولية قضائية إذ أنه واقع على واجبات مبناها القوانين الأخلاقية والأدبية فقط¹، وقد توالى أحكام محكمة النقض المصرية المؤيدة لهذا الاتجاه. فقد قضت بأنه: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة شريطة أن تتوافر المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها²."

إلا أن فكرة الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول الخطبة قد لقيت انتقادات كثيرة من بينها أن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً، أما الفعل في المسؤولية الناتجة عن التعسف مشروع في الأصل، لأنه استعمال حق، والعدول عن الخطبة مشروع في الأصل، لكنه يمنع إذا تعسف صاحبه الحق في استعماله، وانحرف عن الغاية التي شرع من أجله حق العدول³.

ثانياً: تراجع فكرة الخطأ التقصيري كأساس للمسؤولية التقصيرية

نظراً لصعوبة إثبات عنصر الخطأ في حق المسؤول، هذا ما جعل الفقه والقضاء يبحثان عن أسس جديدة للمسؤولية تحقق أكبر قدر من الحماية للضحية، وقد فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات، تارة تحت ستار الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس، وتارة أخرى تحت ستار الخطأ المفترض الغير قابل لإثبات العكس. إلا أن هذه المحاولات لم تجد نفعا إذ أن فكرة الخطأ بقيت دائماً تلوح في الأفق وهذا ما جعل الضحية أو المضرور وفي كثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات هذا الخطأ⁴.

¹ - محمود عبد الحكم الخن، المرجع السابق، ص 184.

² - المرجع نفسه، ص 191.

³ - جميل فخري محمد جاني، مقدمات عقد...، مرجع السابق، ص 240.

⁴ - عبد الرحمن مجوبي، المرجع السابق، ص 26.

وعليه نادى الفقه إلى ضرورة تبني أساس آخر للمسؤولية التقصيرية لا يقوم على فكرة الخطأ بل يقوم على فكرة الضرر، فلقد تبنى كل من جوسران وسالي هذه النظرية على تفسير جديد للمادتين 1382، 1384 من القانون المدني الفرنسي، فذهبوا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة 1382 إذ يقول "كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير..."

فالواجب في نظر هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية، أي هجر المسؤولية القائمة على الخطأ ولو كان مفترضا، إلى المسؤولية المجردة عن أي خطأ¹.

الفرع الثاني: آثار قيام المسؤولية التقصيرية في التعسف عن العدول على الخطبة

أولاً: دعوى المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول عن الخطبة

إنّ الضرر هو سبب الدعوى في المسؤولية التقصيرية، والمصلحة هي أساسها وحيث لا يوجد ضرر لا توجد مصلحة، وحيث لا توجد مصلحة فلا مسوغ لرفع الدعوى قانوناً، لأن المسؤولية التقصيرية تتكون من ثلاثة أركان، خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بينهما².

أ- أطراف الدعوى:

دعوى المسؤولية التقصيرية تجمع المدعي من جهة والمدعى عليه من جهة ثانية، فالمدعي هو المضرور إما ضرراً أصلياً أو ضرراً ارتدادياً (كأقارب المضرور الأصلي) ولا مانع أن يكون المدعي هو وارث المضرور.

أما المدعى عليه فهو المسؤول عن الضرر، سواء كان واحداً أو متعدداً وسواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير أو عن فعل الشيء³، وفي التعسف في العدول عن الخطبة أطراف الدعوى هما المدعي (المعدول عنه)، والمدعى عليه (الطرف العادل عن الخطبة) الذي تسبب في الضرر.

ب- محل الدعوى:

يتحقق محل الدعوى بالهدف الذي من أجله رفعت الدعوى، وذلك من خلال الطلبات التي يتم تحديدها في عريضة افتتاح الدعوى والتي من خلالها يطلب المدعى عليه بحق من الحقوق

¹ - عبد الرحمن مجوبي، المرجع السابق، ص 27.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة...، مرجع السابق، ص 218-219.

³ - دريال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 105 - 106.

التي يقرها القانون¹، ومحل الدعوى في التعسف في العدول عن الخطبة هو التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها العادل عن الخطبة وتلحق بالمعدول عنه.

ج- سبب الدعوى:

يتحدد سبب الدعوى من خلال الوقائع الوارد عرضها في عريضة افتتاح الدعوى، وكذا النصوص القانونية التي تنطبق على تلك الوقائع²، والسبب في دعوى العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال حق العدول.

ثانيا: الاختصاص في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة

أ-الاختصاص النوعي:

طبقا للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن المحكمة تنظر في جميع القضايا لاسيما قضايا شؤون الأسرة، ويستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة، إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات الشق الإجرائي، ويعد قسم شؤون الأسرة هو المختص في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة حسب نص المادة 423 من ق،إ،م،إ في الفقرة 01 التي نصت: "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- "الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج...".³

ب-الاختصاص الإقليمي:

يتحدد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، وفي مسألة العدول عن الخطبة طبقا لنص المادة 426 الفقرة 01 من ق،إ،م،إ: " تكون المحكمة مختصة إقليميا: في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود المدعى عليه، ومن هنا إذا كان العدول من المخطوبة يرفع الخاطب دعواه لدى قسم شؤون الأسرة بمحكمة موطن المخطوبة، أما إذا كان العدول من الخاطب فترفع المخطوبة الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة موطن الخاطب.

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (الدعوى القضائية)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د. ط)، 2008، ص 11.

² - المرجع نفسه، ص 10.

³ - القانون رقم (08-09) المعدل والمتمم للأمر (66 - 154) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25/02/2005، الجريدة الرسمية، العدد 21.

ثالثاً: شروط رفع الدعوى

إن الشروط اللازمة لقبول دعاوى الأحوال الشخصية بصفة خاصة والدعاوى المدنية بصفة عامة والتي تتعلق بشخص المدعي هي الصفة. والمصلحة. والأهلية¹.
أ-الصفة:

لم تعرف الصفة في قانون الإجراءات المدنية القديم ولا الجديد على الرغم من النص صراحة أنها شرط من شروط رفع الدعوى القضائية بل جعل شرط الصفة من النظام العام حين أجاز للقاضي إثارة الدفع بانعدام الصفة من تلقاء نفسه، والصفة تعرف هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، وتحدد بمكان النزاع².
ب-المصلحة:

هي المنفعة التي تعود على المدعي في الالتجاء إلى القضاء ويجب أن تكون المصلحة مستتدة إلى حق أو مركز قانوني وأن تكون شخصية وأن تكون قائمة وحالة أو محتملة ويقرها القانون، إذا فالمصلحة هي الغاية والهدف الذي من أجله رفعت الدعوى³، وفي العدول عن الخطبة للمعدول عنه مصلحة واضحة من جراء رفعه الدعوى للمطالبة بالتعويض، إضافة لاسترجاع المهر بالنسبة للخاطب إذا كان قد قدمه أثناء فترة الخطبة، وكذلك الهدايا المقدمة سواء من طرف الخاطب أو المخطوبة.
ج-الأهلية:

إن من البديهي القول أن أي شخص لا يمكنه أن يكون طرفاً في أية دعوى إلا إذا كان مؤهلاً للتقاضي، ولا يكون أهلاً للتقاضي كمدعي أو مدعى عليه ما لم يكن متمتعاً بأهلية التقاضي. ويرجع في إثبات أهلية التقاضي إلى نص المادة 40 من ق،م،ج التي جاء فيها "أن كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد هو 19 سنة كاملة"، ومنه فإن هناك من يعتبر شرط الأهلية ليس شرطاً لقبول الدعوى بل شرطاً لصحة المطالبة القضائية⁴.

¹ - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى...، مرجع السابق، ص52.

² - يوسف دلاندة، الوجيز في شرح...، مرجع السابق، ص22.

³ - المرجع نفسه، ص22.

⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص53.

وخلاصة القول أنه يترتب على فسخ الخطبة آثار كنتيجة لهذا العدول سواء في المهر المقدم مسبقاً أو الهدايا التي جرى العرف على تبادلها بين الطرفين، وإذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال تلحق ضرراً بالطرف الآخر تترتب عليه المسؤولية، معناه أن العدول المجرد لا يكون سبباً للتعويض وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري، ولهذا يمكن للشخص المتضرر من جراء هذا العدول المطالبة بالتعويض، لأن الحق لم يشرع ليكون وسيلة للإضرار بالغير مما يجعل صاحب هذا الحق متعسفاً في استعمال حق العدول عن الخطبة.