



التكييف القانوني للخطبة والآثار الناشئة في العدول عنها دراسة في ضوء أحكام قانون الأحوال الشخصية الليبي

أ. محمد جعفر الخفاجي*

مقدمة

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها المرء في حياته، فهو أعظمها شأنًا وأجلها أثرًا، ولما كان لكل عقد من العقود مقدمة وتمهيد له، فإن الخطبة تعد المقدمة والتمهيد لعقد الزواج، ونظرًا لأهميتها في التحضير لبناء الأسرة، فقد اهتم المشرع بتنظيم أحكامها بنصوص خاصة، فالخطبة ليست مقصودة لذاتها وإنما هي مقدمة للزواج ووسيلة إليه غير لازمة وإن كانت مستحبة.

وقد اختلف الفقه والقضاء في تكييف الخطبة، فمنهم من أسبغ عليها صفة العقد، ومن ثم فإن فسخها تترتب عليه مسؤولية عقدية، ومنهم من وصفها بالوعد الملزم، ومنهم من اعتبرها وعدًا غير ملزم قانونًا إنما إلزامه أخلاقي وأدبي فقط، ومن ثم فإن العدول عنها مباح ولا تترتب عليه أية مسؤولية. وبناء على اختلاف التكييف القانوني للخطبة ينشأ اختلاف في تحديد الأساس القانوني للآثار الناشئة من العدول عنها، خاصة إذا كان هناك ضرر قد نشأ عن تلك الواقعة، فمن ذهب إلى وصف الخطبة بالعقد، تكون المسؤولية العقدية هي الأساس للمطالبة بالرد لما سلمه إلى الآخر من هدايا ومهر، والمطالبة بالتعويض إذا كان له مقتضى. أما من ذهب إلى أن الخطبة وعد أخلاقي ليس لها من الإلزام القانوني شيء، فقد ذهب إلى اعتماد المسؤولية التقصيرية أساسًا للمطالبة

* جامعة المرقب.

بالتعويض ونحوه، ومنهم من فضل اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمطالبة بالتعويض، طالما اعترفنا أن العدول حق، لذلك فإن التعسف في استعماله يوجب جبر الضرر الناشئ عن هذا التعسف.

كل هذه الإشكاليات، ابتداء بتحديد الطبيعة القانونية للخطبة، ومروراً بتحديد الآثار الناشئة عنها، وانتهاء بتحديد أساس التعويض للضرر الناشئ عنها، سوف نسلط الضوء عليها، محاولين تلمس الآراء المناسبة لتلك الإشكاليات، وفق الخطة الآتية:

الهيكل التنظيمي

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

الفرع الأول: التعريف بالخطبة

الفرع الثاني: طبيعتها القانونية

أولاً: الخطبة عقد

ثانياً: الخطبة وعد ملزم

ثالثاً: الرأي المختار

المبحث الثاني: الآثار المترتبة من العدول عن الخطبة

الفرع الأول: العدول من طرف واحد

أولاً: حكم المهر

ثانياً: حكم الهدايا

الفرع الثاني: العدول المشترك (إقالة الخطبة بالتراضي)

الفرع الثالث: انتهاء الخطبة بسبب أجنبي

المبحث الثالث: التعويض عن العدول في الخطبة

الفرع الأول: تعريف الضرر وأنواعه

أولاً: التعريف بالضرر

ثانياً: أنواع الضرر

الفرع الثاني: أسس التعويض عن العدول في الخطبة

أولاً: التعسف في استعمال الحق

ثانياً: المسؤولية التقصيرية

ثالثاً: الرأي المختار

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

:

الخطبة بكسر الخاء هي طلب التزوج بامرأة، ويقال خطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج ومنه اختطب المرأة أي خطبها⁽¹⁾. وتعرف اصطلاحاً بأنها «تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو بين من يمثلها بعقد الزواج في المستقبل»⁽²⁾. وتعرف أيضاً بأنها «ارتباط أدبي أحاطه الشارع الإسلامي بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولاً نهائياً»⁽³⁾. وعرف المشرع الليبي الخطبة في المادة (م 1 ف أ) بأنها «أ. الخطبة طلب التزوج والوعد به»، وأقترح تعريفها بالآتي بأنها مقدمة للزواج غير داخلة فيه مندوبة شرعاً ومؤكدة عرفاً ليس لها من حيث هي أي أثر قانوني سوى الأثر الأخلاقي سواء باتمامها بالزواج أو بالعدول عنها.

والحقيقة أن التعريفات مهما اختلفت فإنها غير مطلوبة لذاتها إنما المهم ما يستدل منها. وعموماً فإن الخطبة لا تتضمن أي أثر أو إلزام قانوني، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة الأولى موضوع البحث، والتي أعطت الحق لكل من الخاطبين بالعدول عن الخطبة بقولها «ب- يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة»، بغض النظر عن الأسباب ومهما كانت الآثار. نعم نظمت تلك الآثار في الفقرات الأخرى، لكن هذه الآثار لم تجعل المشرع يتورع في التصريح بأحقية العدول عنها مهما كانت النتائج وهذا خير دليل نسوقه لعدم لزوم الخطبة وما ينشأ منها من حق في العدول، هذا العدول الذي هو أيضاً بالنتيجة لكونه حقاً لا يترتب عليه أي أثر من حيث هو؛ لأن القول بأنه حق يستتبع عدم ضمان ما ينشأ عنه لا عن غيره من وقائع وأفعال (معاصرة له، سابقة، لاحقة) كما سيتضح.

1- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ج 1، ص 65 طبعة الحلبي الثانية ومختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، ص 180.

2- د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة دراسة مقارنة فقها وقضاء، القاهرة، 1994، ص 17

3- د. عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، الجامعة المفتوحة، طرابلس، د.ت، ص 25.

:

النصوص القانونية

تنص م 1/ على أن: «أ- الخطبة طلب التزوج والوعد به. ب- يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة». قيلت في تحديد طبيعة الخطبة أو في تكييفها من الناحية القانونية، عدة آراء نجلها في الآتي:

أولاً: أن الخطبة عقد

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد ملزم لطرفيه كغيره من العقود الملزمة للجانبين، ويعطي كلاً من طرفيه الحق في إلغائه بإرادته المنفردة لكن عند استعماله لحقه في العدول يجب ألا يكون متعسفاً وإلا استلزم التعويض.

ظهرت هذه الفكرة في القانون الفرنسي في القرن التاسع عشر حيث اعتبر الفقه أن الخطبة عقد يولد التزاماً هو القيام بعمل يتحول الإخلال به إلى التعويض. ثم استقر قضاء محكمة النقض في مطلع القرن العشرين على أن الخطبة ليست عقداً ملزماً وذلك تحقيقاً لحرية الزواج وأن المسؤولية عن العدول هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية⁽⁴⁾، هذا الرأي ظاهر أنه لا ينسجم مع نص القانون الليبي الذي صرح بأن الخطبة هي (طلب التزوج والوعد به) وهنا يثار التساؤل عن قوة أو إلزامية هذا الوعد أو الآثار التي تنتج عنه. وهذا ما نبينه في الفقرة التالية.

ثانياً: أن الخطبة وعد ملزم

وذهب إلى ذلك المالكية بالقول بأنه «إذا كان الوعد مقروناً بسبب إذا دخل الموعد في السبب كما لو قال الواعد للموعد: تزوج وأنا أعطيك المهر ففي هذه الحالة يجب الوفاء بالوعد إذا شرع الموعد بالزواج»⁽⁵⁾. واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: من الآية 1]، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ [النحل: من الآية 91].

هذه الأدلة وإن كانت تدل على وجوب الوفاء بالوعد بصفة عامة إلا أن ذلك العموم يمكن أن يعتريه التخصيص الوارد على الإلزام بأنه أخلاقي يؤخذ من أخلف

4- د. توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، د.ت. ص 18.

5- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ودار الغرب الإسلامي، ط 1، 1984، ص 154.

الوعد منه يوم القيامة وليس له إلزام في الدنيا ولا يوجد ما يدل على وجوب الوفاء به قضاء⁽⁶⁾. ومع وجود الاختلاف الفقهي في مدى إلزام الوعد، إلا أن اختلافهم لا يعدو نطاق العقود المالية، ولا يرد بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته، فلا يثار الكلام في الوعد أو الإلزام به في باب النكاح، لأن الإلزام به يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راض به (تنفيذاً عيناً) وليس للقضاء سلطة الإكراه في هذا العقد الخطير⁽⁷⁾ (التنفيذ بمقابل) من خلال التعويض وهذه النتيجة لا تقل عن سابقتها غرامة حيث توصلنا إلى متاهات لا طائل منها لأن المساكنة الناشئة عن الزواج وما تثبتت في قلب كل طرف من المشاعر الخاصة لا يمكن تقديرها بالمال⁽⁸⁾، والأمـر ظاهر عيـبه ولذلك يقال فشل خطبة خير من فشل أسرة.

وهذا الرأي كما هو واضح لا يتسق مع ما قضت به مجمل القوانين العربية ومنها القانون الليبي في اعتبار الوعد وعداً أخلاقياً غير ملزم من خلال التصريح بأن حق كل طرف من أطراف الخطبة العدول دون أن يرتب أثراً قانونياً على هذا العدول في حد ذاته كما نصت على ذلك (م 1 / ف ب) أحوال شخصية ليبي. والحقيقة إن القول بأن الخطبة وعداً ملزماً ينسجم أكثر مع إحكام الشريعة المسيحية حيث تعتبر الخطبة وعداً مستقلاً قائماً بذاته ومنفصلاً عن الزواج له شروطه وأحكامه الخاصة ولا تنتهي العلاقة الناشئة عن الخطبة إلا بالأسباب التي تتيح التحلل عن الزواج بالتطليق⁽⁹⁾. وهو ما انتهت إليه غالبية الكنائس الأرثوذكسية الشرقية.

ثالثاً: الرأي المختار

نخلص مما تقدم بأنه ليس للخطبة قوة إلزام على طرفيها حسب صريح م 1 / ف ب فلكل منهما أن يرجع عنها، وإن رجع فهو مستعمل لخالص حقه، والمصلحة تقتضي أن يكون لكل من الخاطبين، قبل إبرام العقد في صورته الشرعية الحرية التامة في أن يراجع نفسه ويفكر وينظر في الموضوع من جميع وجوهه حتى إذا عزم أمره وتوج الإيجاب بالقبول الشرعيين كان خالصاً صحيحاً لا تشوبه شائبة. ولذلك فإن

6- القرافي، كتاب الفروق ج 4، ص 28

7- د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، 1950، ص 32.

8- د. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، ط 1، دار النهضة للعربية، القاهرة، 2002، ص 36.

9- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص 77.

النص الليبي قد اعتبر الخطبة وعداً ولكن ليس على نحو الوعد الملزم وإنما وعداً أخلاقياً لا يترتب عليه من حيث هو أي أثر. وهو ما ينسجم مع فقرة / ب من م / 1 التي أعطت الحق لكل من الخاطبين بالعدول دون أن يترتب عليه أي أثر طالما كان استعمالاً لحق.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن العدول في الخطبة

نصت م 1 / ج على أنه « فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهده للآخر عينا. أو قيمته يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك ». يقصد بالعدول لغة⁽¹⁰⁾ الرجوع، عدل عنه، يعدل عدلاً وعدولاً: حاد وعدل إليه عدلاً: رجع لذلك نستطيع أن نعرف العدول هنا بأنه الرجوع عن واقعة الخطبة أو إنهاء واقعة الخطبة بالرجوع عنها من أحد الخاطبين أو من كليهما.

ومن ثم فإن العدول متصور من قبل الخاطب ومن قبل المخطوبة كلاً على انفراد وكذلك متصور من قبلهما سوياً طالما كان ذلك بإرادتهما ولا يخدش ذلك في معنى العدول وإن كان الغالب ألا يكون عدولاً مشتركاً وإنما يكون من أحد الطرفين. والذي يخرج من العدول على ضوء الفهم السابق هو إنهاء أو انتهاء الخطبة بسبب خارج عن إرادة الطرفين كالموت والفقد. عليه سنفصل الكلام في الحالتين الأولى والثانية، وهما العدول الأحادي والعدول المشترك انسجماً مع المعنى اللغوي والاصطلاحي مع الإشارة إلى أحكام الحالة الثالثة (العدول الإجباري) على وجه الإجمال إتماماً للفائدة وإن خرجت عن معنى العدول.

:

وهي الحالة الغالبة وتنشأ عندما يستثني أحد الخاطبين إتمام الخطبة بإرادته المنفردة ولأي سبب من غير الأسباب الخارجة عن إرادته. وتتنوع الآثار المترتبة عن هذا العدول بحسب حالتين هما العدول من الخاطب والعدول من المخطوبة وكذلك تتنوع تلك الآثار بحسب ما إذا كانت تتعلق بـ (المهر) أو (الهديا) أو (التعويض). وسنقوم

10- الطاهر الزاوي، مختار القاموس، طرابلس، الدار الجماهيرية، ليبيا، ص 410 (2) انظر في ذلك د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، 1987 - ص 79، الشيخ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 5، 2003، ص 59.

بدراسة الآثار بالنسبة للمهر والهدايا للتعرف على أحكام الاسترداد ونرجئ الكلام عن التعويض لبحثه في فرع مستقل عند الكلام عن أساس التعويض تجنباً للتكرار ومراعاة الموازنة في الخطة.

أولاً: المهر

اتفق الفقه الإسلامي في هذه المسألة على أنه يجب استرداد المهر عند فسخ الخطبة إذا كان قد قدمه كاملاً أو جزءاً منه، فإن كان قائماً في يد المرأة يجب أن ترده إليه بعينه وإن كان قد هلك أو استهلكته فيجب عليها أن ترد إليه مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً. وسواء أكان العدول من قبلها أو من قبله⁽¹¹⁾. وقيل في تبرير ذلك الحكم إن المهر لا يجب للمرأة إلا بالعقد عليها، وما دام العقد لم يوجد فلا تستحق المرأة منه شيئاً ذلك أن دفع المهر يكون على أساس أنه أثر من آثار العقد الذي كان سيتم مستقبلاً، أما وإن العقد لم يتم حيث حصل العدول عن الخطبة وتم فسخها فلا شك في وجوب رد المهر لأنه حق الخاطبين بإجماع الفقهاء.

والحقيقة أن إرجاع المهر وإن كان محل إجماع الفقهاء، إلا أن قيمة ما يتم إرجاعه يمكن أن يكون محل نظر لاختلاف تلك القيمة في الوقتين (القبض والإرجاع)، والذي نراه هو أن تلك القيمة قد تتغير، وعلى وجه الخصوص عندما يكون المهر مثلياً ونقدًا بالتحديد، نظراً لتقلبات قيمة العملة.

إن العدالة تقتضي في موضوع إرجاع المهر أن نميز بين أمرين هما أن يكون الناكل هو الخاطب أو المخطوبة. فإذا كان الناكل هو الخاطب ولم يسلم المهر فلا مشكلة. أما إذا سلم واشترت المخطوبة به جهازاً، فعلى المخطوبة أن ترجع الجهاز عيناً أو قيمة الجهاز في الوقتين (الشراء، والنكول) أيهما أقل لأن شراءها للجهاز تم بتسليط منه، فإذا عدل عن الخطبة كان عليه أن يتحمل الضرر الذي ينشأ عن عدوله. وهنا الفرق بين قيمة الأشياء المشتراة بحالتها الحاضرة لو أراد بيعها، وبين السعر الذي اشترت به فعلاً، لأن الغالب أن قيمة تلك المشتريات تقل حتى مع عدم الاستعمال. أما إذا كان النكول من المخطوبة وكانت قد اشترت جهازاً قبل النكول فللخاطب المطالبة بالجهاز

11- انظر في ذلك، د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، 1987، ص 79، الشيخ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 5، 2003، ص 59

أو قيمته في الوقتين (الشراء، النكول) أيهما أكثر، والسبب هو أن المخطوبة هي الناكلة ويجب أن تتحمل نتيجة عملها فهي من سعت إلى نقض ما تم من جهتها، ومن ثم فإن سعيها مردود عليها حسب القاعدة العامة. وأيضاً حتى لا نجمع على الخاطب المين: ألم فسخ الخطبة وألم الخسارة في قيمة المهر.

ثانياً الهدايا

اختلف الفقهاء حول حكم تلك المسألة، حيث ذهب الأحناف إلى اعتبار الهدايا من قبيل الهبات وطبقوا عليها قواعد الهبة⁽¹²⁾، ومن تلك القواعد جواز الرجوع عن الهبة إلا إذا كان هنالك مانع، ومن هذه الموانع خروج العين الموهوبة من ملك الموهوب له وهلاك العين أو استهلاكها، وأخذ العوض عن الهبة... إلخ⁽¹³⁾. وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس للخاطب أن يرجع في شيء مما أهداه إلا ما وهبه الوالد لولده⁽¹⁴⁾. أما مذهب مالك فهو التمييز بين الهدايا لمن يعدل عن الخطبة وهدايا الآخر، فإن كان الذي أهدى هو الذي عدل عن الخطبة فليس له أن يسترد شيئاً من الهدية لأن إبطال العمل تم من جهته. وإن كان المهدي هو الطرف الذي لم يعدل فله أن يسترد كل ما أهدى قائماً كان أم هالكا، القائم بعينه، والهالك بعوضه⁽¹⁵⁾. وبعد هذا المجمل عن حكم الهدية نرى أن المشرع الليبي قد اقتبس الحكم الوارد في م / 1 / ف ج من الفقه المالكي. ووضح من النص أن المشرع الليبي يفرق بين حالتين: الأولى هي أن يكون العدول لمقتضى وهو صريح النص « إن كان العدول لمقتضى ... » وفي هذه الحالة يكون من عدل معذوراً في عدوله وله أن يسترد ما أهداه عيناً أو قيمة، والثانية هي ألا يكون العدول لمقتضى. وهذا يستفاد ضمناً من النص عن طريق مفهوم المخالفة وهنا لا حق للمهدي باسترداد الهدية. لذلك علينا أن نفهم المقصود بالمقتضى الذي على أساس وجوده أو عدم وجوده يتحدد الاسترداد.

فالمقتضى من وجهة نظرنا هو المبرر أو المسوغ المشروع للعدول سواء أكان أساسه الشرع أو الاتفاق، فإذا كان هذا المسوغ موجوداً كان العدول مشروعاً واستتبع الاسترداد، وبعبارة أخرى يكون العكس. ولكن ما هي مصاديق هذا المقتضى، أعتقد أنها

12- محمد علي محبوب، الأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين التي تحكمها في مصر، مرجع سابق، ص 65، 1987.

13- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص 21، وسامح سيد محمد، مرجع سابق، ص 77.

14- أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 66.

15- الإمام أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج 2، ص 219.

تتخصر في ثلاثة هي، المقتضى الشرعي، ويقصد به وجود مسوغ شرعي للعدول، والحقيقة هذا المسوغ الشرعي متعدد بحسب التيارات الفقهية التي ذكرناها سابقاً، وبما أن المشرع الليبي قد انتخب من تلك التيارات ما جاء في الفقه المالكي وضمنه في النص عندئذ يكون المقتضى الشرعي محصوراً بهذه الجهة فقط. لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى التعارض بين ما اختاره المشرع كمحدد شرعي وهو رأي المالكية وبين ما ذهبت إليه المذاهب الأخرى والتي تبيح الاسترداد بغض النظر عن جهة العدول (الخاطب أو المخطوبة) إلا إذا كان هناك مانع، وهو ما رفضه المشرع الليبي.

أما المقتضيان الآخران فهما العرفي والاتفاقي. أي حالة وجود عرف يقضي بحكم مسألة الاسترداد للهدية، فالحكم هو تطبيق العرف عند وجوده وإلا فإن الحكم للنص. ونفس الشيء يقال عن المقتضى الاتفاقي وهو حالة وجود شرط بين الخاطبين ينظم مسألة الهدايا عند عدم تنويع الخطبة بالزواج في حالة فسخها، والحكم هنا أن الشرط هو الذي يحكم. أما عن أساس المقتضيين السابقين العرفي والاتفاقي، فهو ذيل المادة (م/1 ف ج) التي قضت بتطبيق الشرط أو العرف، عند وجود أحدهما في مسألة استرداد الهدية. ويعتبر المقتضى الاتفاقي تطبيقاً للقواعد العامة ليس إلا، لأن الأخيرة تقضي بحق كل طرف باشتراط كل ما يراه مناسباً لتحقيق مصالحه، شريطة ألا تكون تلك الشروط مخالفة للشرع استناداً إلى الحديث الشريف قوله ﷺ: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرام حلالاً». وهذا الحديث الشريف يعتبر من القواعد العامة المعتمدة في القانون. ولذلك فإن النص عليه من قبيل التزويد الذي يستفاد حكمه ضمناً من القواعد العامة.

أما عن المقتضى العرفي، فتكمن أهميته في أن العرف كمصدر للقاعدة القانونية لا يعمل به إلا عند غياب النص، ومن ثم فلو لم ينص المشرع عليه في ذيل المادة م1 / ف ج لا نستطيع الركون إليه أو إعماله في مقابلة النص، ومن هنا تأتي الأهمية، فلو لم يرد في النص بصورة صريحة، وكان هناك عرف يقضي بغير ما جاء في النص عندئذ لا نستطيع إعمال العرف أو تطبيق حكمه، بل الأكثر من ذلك لا نستطيع أن نسبغ عليه صفة العرف أصلاً، طالما جاء مخالفاً في حكمه لحكم النص. أما وقد سمح لنا النص فنكون أمام إعمال للنص واقعاً وليس للعرف، طالما أن النص قد أحالنا إليه، ولذلك يكون المشرع الليبي قد جعل للنص مرونة كبيرة جداً، تسمح بنسخ حكمه بالعرف، كلما تغيرت نظرة الناس إلى المسألة.

رأينا في الموضوع

نقترح أن يتم تنظيم استرداد الهدية على الشكل التالي بالنص على أنه لكل من طرفي الخطبة استرداد ما أهده للآخر عند فسخها عيناً إذا كان قائماً وقيمه إذا كان هالكاً يوم القبض. ووفق الشروط الآتية:

أ- ألا يكون هناك مانع من الاسترداد وفق ما تقضي به قواعد الهبة.

ب - ألا يكون المطالب بالاسترداد هو من قام بالعدول.

ج - ألا يكون الشيء المهدى تافهاً.

النص المقترح يوفق بين مدرستين مهمتين في الفقه الإسلامي هما الحنفية والمالكية، من خلال الجمع بين رأييهما الذي يشري الموضوع ويجعله أقرب إلى العدالة، حيث يظهر من الفقرة الأولى للنص أن الهدية تأخذ حكم الهبة ولذلك لا بد من أن نأخذ بالإضافة إلى التوصيف الأحكام. فوفق الرأي المالكي والنص الليبي الذي اقتبسه قد أخذاً جانباً مهماً، وهو حرمان الذي عدل من الاسترداد، ولكنهما أغفلا الجانب الآخر، وهو مراعاة كون من لم يعدل ويريد الاسترداد يجب ألا يكون ذلك على إطلاقه، لأن الهدية كما ذكرنا تأخذ حكم الهبة، وطالما هي كذلك فقد يكون هناك مانع يحول دون ردها، وهو ما التفت إليه الأحناف وأغفله المالكية. ولذلك فنحن نجمع بين مزايي الرأيين، ونوفق بينهما فنرتب حكم الهبة على الهدية، ونقول بجواز استردادها مع مراعاة وجود مانع يحول دون الاسترداد، وبنفس الوقت لا ننسى حرمان من عدل عن إتمام الخطبة من المطالبة بالاسترداد، لأنه قد نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه وفق القاعدة العامة.

ثم نظيف في الفقرة الأخيرة من النص المقترح أمراً آخر، هو عدم جواز الاسترداد عند تفاهة قيمة الهدية وذلك لوجود عرف عام يمنع ذلك باعتبار أن المطالبة بالهدية ذات القيمة المتدنية لا ينسجم مع أخلاق المجتمع التي تجعل مثل هذه المطالبة عيباً يلام عليه من يفعله، كالمطالبة بالحلويات والمأكولات المقدمة من أحد الخاطبين للآخر، ولا يمنع هنا من استخدام النسبية في تحديد التافه من عدمه بالاستناد إلى ذات الشيء أولاً والمستوى المعاشي والاجتماعي لمقدم الهدية ثانياً، فالذي يعد تافهاً لخطاب موسر كالتاجر، قد يكون غير تافه لشخص محدود الدخل، وهنا يكون أساس عدم الاسترداد للشيء التافه هو العرف. وهو أمر معتبر شرعاً وقانوناً.

() :

إن إقالة الخطبة بالتراضي من قبل الخاطبين يستتبع بالضرورة الاتفاق على كل ما يتعلق بواقعة الخطبة من استرداد المهر إذا كان قد سلم إلى المخطوبة وكذلك استرداد الهدايا المتبادلة أو التسامح بشأنها حسب اتفاق الطرفين. أما إذا اتفقا على إنهاء الخطبة دون الاتفاق على الآثار المتعلقة بالمهر والهدايا فإن الحكم نعتقد هو إعادة المهر إذا كان قائماً بعينه وإذا كان هالكاً بعوضه أو قيمته دون الالتفاف إلى التغير في قيمة المهر في الوقتين (وقت القبض ووقت تسليمه) باعتبار أنه لا يوجد هناك خطأ أو تعسف من قبل أحد الخاطبين في إنهاء الخطبة.

:

ويكون بانتهاء الخطبة بسبب عارض كالموت والفقد ونحوهما، فإن الرد للمهر يكون بالعين أو بالقيمة دون النظر في تفاوت القيمة في الوقتين القبض والانفساخ لعدم وجود تقصير ممن وقعت عليه القوة القاهرة وحالت دون تنويع الخطبة بالزواج.

المبحث الثالث: التعويض عن العدول في الخطبة

تنص (م 1 ف د) على أنه «إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمّل المتسبب فيه التعويض عنه». تنظم هذه المادة مسألة التعويض عن الضرر الذي يمكن أن يسببه العدول عن الخطبة، فبعد أن تبين لنا من خلال التعليق على النصوص السابقة أن العدول حق، تثار بشدة مسألة البحث عن الأساس للتعويض المنصوص عليه في هذه المادة. فطالما أن العدول بحد ذاته لا يصلح أساساً للتعويض باعتبار أنه حق، إذن لا بد من تلمس أساس صالح للتعويض، وقبل ذلك نشير بشيء من الإيجاز إلى تعريف أنواع الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة وأنواع التعويض عن هذا الضرر.

:

أولاً: التعريف بالضرر

يعرف الضرر بأنه كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه

المشروعة سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية⁽¹⁶⁾. وإجماع الفقه والقضاء منعقد على تقسيم الضرر -بصفة عامة- إلى نوعين. ضرر مادي وضرر أدبي، ينطوي الأول على المساس بمصلحة ذات قيمة مالية⁽¹⁷⁾، كالاعتداء على حق شخص في سلامة جسمه. أما الضرر الأدبي فإنه الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية إذا صح التعبير كخدش الشرف أو ما يمس الشعور والعواطف كالألام الناشئة من وفاة شخص حبيب أو تشويه الوجه⁽¹⁸⁾.

ومن أمثلة الضرر المادي للخطبة ما إذا كلف الخاطب نفسه بإعداد مسكن الزوجية ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مسوغ مشروع، أو تكون المخطوبة قد أعدت جهازاً أو استقالت من وظيفتها بناء على شرط الخاطب استعداداً للزواج، ثم عدل الأخير عن الخطبة. ومن أمثلة الضرر الأدبي جرح الشعور والإحساس وتعرض الطرف الآخر للأقوال كإبراز عيوبه وما أشبه.

ثانياً: أنواع التعويض

إن التعويض بمعناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العيني، وإما أن يكون تعويضاً بمقابل، (نقدي أو غير نقدي).

أ- التعويض العيني

وهو الذي يتخذ التعويض فيه شكل التنفيذ العيني، وفي مجال العُدول عن الخطبة. فإن من عدل وكان قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر فإن التعويض في مثل هذه الحالة يكون في رد الحال إلى ما كان عليه بإرجاع المال المستولى عليه. وقد يكون الخطأ متمثلاً في إشاعة كاذبة اتخذت طريق النشر من المدعى عليه ويمكن هنا للقاضي وبناء على طلب المضرور أن يلزم الكاذب بنشر تكذيب لما قاله أو اعتذاره عنه.

ب- التعويض بمقابل (نقدي أو غير نقدي)

أولاً: غير نقدي: وقد يحكم القاضي في التعويض بمقابل غير نقدي، عندما يتعذر التنفيذ

16- جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1986، ص 94.

17- عبد الرزاق فرج، المصادر غير الإرادية للالتزام، 1995، ص 26.

18- عبد الله مبروك النجار. مرجع سابق، ص 95.

العيني عندها ليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً وإنما يمكن أن يكون التعويض بمقابل غير نقدي، ففي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف⁽¹⁹⁾.

ثانياً: **التعويض بمقابل نقدي:** ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي يحكم بتعويض نقدي والأصل أن يكون التعويض مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة.

:

قيلت عدة آراء لوضع أساس صالح لتعويض الضرر الناشئ عن العدول ومن هذه الآراء ما ذهب إلى أن الأساس هو الخطبة انطلاقاً من تكييفه لها بأنها عقد ملزم وآخر ذهب إلى أن الأساس هو الخطبة أيضاً ولكن ليس باعتبار كونها عقداً وإنما باعتبارها وعداً ملزماً وحيث تمت مناقشة تلك الآراء عند كلامنا عن التكييف القانوني للخطبة، وتبين عدم انسجامها مع صريح النصوص القانونية الحاكمة لموضوع الخطبة والتي تعبر عن الخطبة بأنها وعد، وتجرد هذا الوعد من صفة الإلزام من خلال التصريح بأحقية كل طرف من طرفي الخطبة بالعدول عنها واعتبارها لهذا العدول حقاً. لذلك لا نشير إلى تلك الآراء تجنباً للتكرار، أما الآراء الأخرى فهي إجمالاً ما يلي:

أولاً: نظرية إساءة استعمال الحق

مضمون هذا الاتجاه أن الخطبة عقد يولد حقاً في العدول، وهذا الحق يمكن أن يعتريه ما يعتري الحقوق بصفة عامة من إساءة استعمالها، ومن ثم تكون تلك الإساءة خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض. هذا الاتجاه وإن كان يتفق مع اتجاه النظرية العقدية للخطبة، إلا أن الأحكام الناشئة عن العدول عن هذا العقد مختلفة، فهي هنا تقوم على أساس الخطأ التقصيري بعكس النظرية العقدية للخطبة.

والخلاصة أن العدول مشروع، وأن لكل من طرفي الخطبة أن ينهيها بإرادته المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة، أما إذا أنهاها دون الأسباب المشروعة كان

19- السنهوري، الوسيط، ج1، ص 967

متعسفاً في استعمال حقه، ويكون ذلك خطأ من شأنه أن يعرض فاعله للتعويض⁽²⁰⁾. وفي القضاء المصري نجد بعض الأحكام أسست على فكرة التعسف من ذلك حكم محكمة استئناف الإسكندرية لعام 1930 « على أنه إذا كان للخاطب الحق في العدول، فإنه يسأل إذا أساء استعمال هذا الحق وأضر بمخطوبته »⁽²¹⁾.

ويعاب على هذا الرأي جملة أمور هي:

- 1- صحيح أن الخطبة فيها من خصائص الاتفاقات الأخرى إلا أنها اتفاق ذو طبيعة خاصة بالنظر إلى محله والغاية منه ومن ثم لا يجوز الإرغام فيه ولا التنفيذ الجبري، احتراماً للخصوصية وصوناً لحرية الزواج من الامتهان، ومن هنا فإن المشرع عندما رتب بعض الآثار على الخطبة كان ذلك باعتبارها واقعة مادية وليس باعتبارها عقداً أو وعداً ملزماً.
- 2- إن الرأي السابق يكيّف الخطبة بأنها عقد ولا يستفيد من هذا التكليف في ترتيب الآثار على أساس المسؤولية العقدية وإنما يخرج في ترتيب الأثر من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، ولا نعلم ما فائدة تكليف الخطبة بأنها عقد إذا كانت الآثار تستند في مستنداتها القانوني للتعويض إلى الفعل الضار.
- 3- يرى البعض⁽²²⁾ أن الحق هو ما يخلص لصاحبه من غير منازع والحق الناشئ عن الخطبة ليس حقاً خالصاً يستبد به طرف بعينه، وإنما هو حق شائع بين طرفيه وهو ما يخلق تضاداً وعدم وجود، وإذا لم يكن العدول حقاً كاملاً فهل نكون بصدد حرية من الحريات العامة أو حق من الحقوق العامة؟ وهو ما سوف نناقشه عند بيان الرأي المقترح لوجود بعض الثغرات فيه.

ثانياً: المسؤولية التقصيرية

يرى الغالبية⁽²³⁾ أن أساس التعويض عن فسخ الخطبة يستند إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، فطبقاً لهذا الرأي لا يعتبر الإخلال بوعد الزواج المتبادل مستوجباً في ذاته للتعويض، أي أنه لا مسؤولية بسبب الإخلال بالعقد لانعدام وجود هذا العقد وإنما المسؤولية هنا مترتبة على ما يرتكبه أحد الطرفين من خطأ في حق الطرف الآخر بسبب

20- السعيد مصطفى السعيد، مدلى استعمال حقوق الزوجية، جامعة القاهرة، د.ن، ص 117.

21- مشار إليه في السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص 80.

22- عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص 47.

23- د. محمد أبو زهرة، عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص 60، جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص

08، عبد الله النجار، مرجع سابق، ص 55.

له ضرراً ما فيلزم بتعويض هذا الضرر، فأساس المسؤولية هنا هو الفعل الضار. وذلك يقتضي أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلاً بالخطبة وينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطئ غير طرفي الخطبة، كما أنه لا يتحتم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج بل من الجائز أن يكون من الطرف الآخر.

ثالثاً: الرأي المختار

إن أساس التعويض في العدول عن الخطبة بنظرنا متعدد، ليس واحداً، وسبب التعدد متأث تارة من اختلاف الموضوع، وتارة من اختلاف النصوص الحاكمة للموضوع، فيكون متعدد باختلاف الموضوع على اعتبار أن طبيعة الفعل الذي ينشأ عنه الضرر تارة يكون موصوفاً بالخطأ، فتطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية، وتارة يكون غير موصوف بالخطأ، فيكون الأساس للتعويض قواعد التعسف في استعمال الحق.

ويكون الأساس متعدد باختلاف النصوص، باعتبار أننا في علم القانون نطلق من النصوص الموجودة لحل المشكلة، ولا نبني الحلول على افتراضات غير واقعية أي غير مدعومة بالنصوص التشريعية فعلاً أو الحاكمة للموضوع، نعم عندما تكون النصوص غير ملائمة بصورة كافية لحل المشكلة أو غير قادرة أصلاً على استيعاب المشكلة وحلها، عند ذلك نقترح الحل المناسب وفق نص جديد، من هنا نجد أن الأساس قد يكون متعدد بتعدد النصوص التي يمكن أن تكون محلاً لمعالجة هذه المشكلة، وسوف تتضح كل هذه التفصيلات من خلال التقسيم الآتي:

أ- أساس التعويض في الفعل الموصوف (بالخطأ).

اتفقنا على أن العدول حق ولا أثر يترتب عليه من حيث هو، واتفقنا على أن الخطبة قبل ذلك هي ليست وعداً ملزماً، وإنما هي حسب ما عرفناها «مقدمة للزواج غير داخلية فيه مندوبة شرعاً ومؤكدة عرفاً ليس لها من حيث هي أي أثر قانوني سوى الأثر الأخلاقي سواء تمت بالزواج أو عدل عنها» ومن ثم فهي حسب المصطلح القانوني نستطيع أن نصفها بالواقعة المادية، هذه الواقعة يمكن أن تسبقها أو تعاصرهما أو تلحق بهما أعمال أو أفعال تكون موصوفة قانوناً بالخطأ أو قد تكون تلك الأفعال غير موصوفة أي لا تشكل انحرافاً في السلوك يؤاخذ عليه القانون.

فبخصوص الأفعال الموصوفة بالخطأ، موضوع هذه الفقرة، نقول إنه إذا كانت هناك أفعال توصف بالخطأ قانوناً سواء، كانت في وقت وقوعها سابقة للخطبة العرفية

(قراءة الفاتحة) أو معاصرة لها أي حال قيامها (وقبل العدول) أو لاحقة عليها (بعد العدول)، فنعتقد أن أساس التعويض عن هذه الأفعال هو قواعد الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)، إذا توفرت الأركان الثلاثة لتلك المسؤولية، نعم قد لا تتم المطالبة بالتعويض عن تلك الأخطاء، خاصة الواقعة قبل الخطبة انتظاراً لها، وبعد الخطبة وقبل العدول انتظاراً، وتضحية للوصول إلى الزواج بدعوى التسامح من قبل الخطيبين، طالما أن هناك هدفاً أسمى يراد الوصول إليه وهو الزواج، لأن الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما متحققة، حتى مع إتمام العقد بالزواج، غاية ما هنالك أن الضرر مسكوت عنه في حالة تمام الزواج كتعويض يرتضيه أحد الطرفين من الضرر الذي وقع عليه من الطرف الآخر، أما عند عدم تحقق الزواج وفسخ الخطبة، فيكون من وقع عليه الضرر قد خسر أمرين معاً، الزواج والتعويض عن الفسخ، إلا إذا كان هو من عدل، فهل يعتبر هذا السكوت إسقاطاً للحق في المطالبة بالتعويض؟

الحقيقة أن مثل هذا السكوت لا يترتب عليه أثر، لأنه عدم، والعدم لا يتولد عنه أثر، والقاعدة تقضي بأنه لا ينسب إلى ساكت قول، نعم السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً، وهو غير متحقق في هذا الفرض لعدم وجود معرض الحاجة إلى البيان، حيث لا يوجد طلب للبيان بسؤال أو نحوه. وطبيعي لا يثار الإشكال المتقدم بالنسبة للخطأ اللاحق للعدول عن الخطبة. نعم تسقط المطالبة بالتعويض هنا وفقاً للقواعد العامة في التقادم ومضي المدة إذا مرت الفترة الزمنية المحددة لذلك من وقت وقوع الخطأ المسبب للضرر لحين المطالبة بالتعويض.

وتظهر فائدة تقسيم الأخطاء التقسيم السابق (خطأ سابق، معاصر، لاحق) في أن الأخطاء السابقة والمعاصرة تتوفر معها قرينة قابلة لإثبات العكس، هي تقدير جانب حسن النية، أما الأخطاء اللاحقة للعدول عن الخطبة فإنها توفر عنصر سوء النية. ومعلوم أثر ذلك في تقدير التعويض في الحالتين، وكل ذلك إذا كان العدول اختيارياً. أما إذا كان العدول إجبارياً، إن صح التعبير، كأن يقع الخطيب في الأسر أو يتوفى، عندئذ لا يستطيع من وقع عليه الضرر المطالبة به لانتهاؤ الخطبة بغير إرادة الطرف الآخر. صحيح أن السكوت عن المطالبة بالضرر كان بدافع إتمام لعقد الزواج، ولكن الفسخ لم يكن بتقصير أو خطأ من الطرف الآخر للقوة القاهرة ويشابه هذه الحالة في الحكم حالة المتضرر بسبب العدول، إذا كان هو من عدل حيث لا يجمع على الآخر مصيبتين أو ألمين: ألم الفسخ وألم التعويض.

والخلاصة أن الفعل الذي يكون سابقاً أو معاصراً أو لاحقاً للخطبة وتتوفر فيه شروط الخطأ التقصيري وينشأ عنه ضرر، تنطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية، ومن ثم يعرض من وقع عليه الضرر نتيجة الخطأ (السابق، والمعاصر، واللاحق) للعدول لأن الأخير لا يشكل سبباً بحد ذاته للضرر، ولا خطأ موجباً له باعتباره حقاً وليس انحرافاً في السلوك. ومن ثم لا يكون الكلام عن العدول ذا معنى، طالما هو غير مؤثر في وجود المسؤولية، إنما المهم وقوع تلك الأفعال المرافقة له. نعم تكون أو تظهر فائدة أو مناسبة الكلام عن العدول من ناحيتين، الأولى هي الربط الموضوعي بين الأحداث باعتباره (العدول) سبباً غير مباشر في الضرر، لأن الأفعال أو الأخطاء المسببة للضرر تقع مرافقة له (سابقة، ومعاصرة، ولاحقة) هذا أولاً، وثانياً يستفاد منه في تحديد حجم المسؤولية، لا وجودها بالنسبة للأخطاء السابقة والمعاصرة للعدول، وجانب سوء النية بالنسبة للأخطاء اللاحقة للعدول.

ب: أساس المسؤولية في الفعل غير الموصوف

وتقصد بالفعل غير الموصوف مجموعة من الأفعال التي تسبب ضرراً، وترتبط بعلاقة سببية مع الضرر الناشئ عنها، دون أن تعتبر انحرافاً في السلوك وفق المفهوم الفني للخطأ. وهنا نجد أنفسنا أمام ضرورة التمييز بين نوعين من النصوص التي تحكم موضوع المسؤولية:

1- المسؤولية غير الخطئية⁽²⁴⁾

وهي المسؤولية التي تقوم على أساس الأركان الثلاثة الآتية: (الفعل، الضرر، العلاقة السببية) وأساس هذه المسؤولية هو الشريعة الإسلامية التي لا تنظر أو لا تهتم كثيراً بكون سبب وقوع الضرر انحرافاً في السلوك أو خطأ، وإنما تهتم أكثر بموضوع الضرر وضرورة إزالته أو جبره، حتى لو نشأ عن فعل لا يعد خطأ وفق المفهوم الفني للخطأ في المسؤولية الخطئية، أي التي تقوم على الأركان الثلاثة: (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية). ومن ثم الذي نبحت عنه في هذا النوع من المسؤولية هو أن يكون هناك فعل سبب ضرراً أو اتصل مباشرة بضرر نشأ عنه، وتوافرت بين الفعل والضرر العلاقة السببية.

24- د. عدنان إبراهيم السرحان، نوري حمد، مصادر الحقوق الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر، ط 1، 2002 ص 379.

نعم في هذا النوع من المسؤولية تقسم الأفعال من حيث من يقوم بها، ومن حيث مدى اتصالها المباشر أو غير المباشر بالضرر إلى نوعين: أفعال تؤدي مباشرة إلى حدوث الضرر، وهي ما يسمى بالمسؤولية بالمباشرة، ولا يشترط في هذه الأفعال أن تكون بوصف معين سوى أنها اتصلت مباشرة بأحداث ضرر للغير، وتوافرت علاقة السببية بينها وبين الضرر الناشئ عنها، أي لا يشترط في فاعلها أي نوع من أنواع الإدراك أو التمييز⁽²⁵⁾، ومن ثم يضمن حتى الجنين الذي يسقط على مال، فيؤدي إلى إتلافه.

خلاصة القول في المباشرة أن الفعل إذا كان مؤدياً إلى الضرر في ذاته، استوجب ضمان ما ترتب عليه من تلف لأنه حينئذ يكون فعلاً محذوراً بالنظر إلى نتائجه، فتقع تبعته على فاعله، وإن كان المباشر عديم الأهلية لم يؤثر ذلك في مسؤوليته أن ترتب عليه ضرر للغير، حيث أوجب الشارع رفعه لحديث « لا ضرر ولا ضرار ».

أما النوع الآخر من أسباب التضمن هو التسبب، ويقصد به الحالة التي يرتكب فيها شخص فعلاً تؤدي نتائجه إلى الضرر دون الفعل ذاته⁽²⁶⁾ ويشترط للتضمن بالتسبب أن يكون المتسبب إما متعمداً أو متعدياً⁽²⁷⁾، فالتعمد يتميز بتوافر نية الإضرار، وهي تعتمد على الرغبة والاختيار، أي توافر العنصر المعنوي المتمثل في إدراك وتمييز المتسبب في الضرر تعمداً، ومن ثم لا يمكن القول بتعمد عديم الإدراك أو المجنون وتضمنه. أما التعدي فيقصد به تجاوز الحد ومعياره موضوعي هو السلوك المعتاد بين الناس، بحيث يعد تعدياً، أي انحراف عن السلوك المعتاد أو أي خروج عليه يوجب الضمان⁽²⁸⁾، وعليه فإن التعدي يقترب من مفهوم الخطأ في الفقه الغربي في أنه يحتاج إلى انحراف في السلوك، يخالف الجواز الشرعي أو القانوني، ولكن هل يحتاج التعدي إلى إرادة واعية بأن يكون مدركاً لأفعاله مريداً لنتائجها؟. الجواب يكون بالنفي، لأن الفعل الذي يفضي إلى الضرر يكون مخالفاً وغير منسجم مع ما يقتضيه عمل الإنسان الحريص، لأن التعدي عمل غير مشروع، وعدم المشروعية تقاس بمعيار موضوعي، لا

25- نص م 257 مدني أردني على أنه « 1- يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب 2- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له ».

26- وهبه الزحيلي، نظرية الضمان، في الفقه الإسلامي، دار الفكر، (دمشق) 1982. ص 26

27- « المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد أو التعدي »، علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، دار الجبل، ط 1، 1991، مجلد 2، ص 94، القاعدة رقم 93.

28- وهبه الزحيلي، مرجع سابق، ص 18

علاقة لها بإرادة الإنسان وداخله⁽²⁹⁾، لذلك يصح اعتبار الصغير والمجنون متعديا، إذا ارتكب ما يخالف المألوف.

لكل ما تقدم، الذي نريد أن نقوله إنه في القوانين التي تقيم المسؤولية عن الفعل الضار على أساس فكرة الإضرار، وليس على الأساس التقليدي (خطأ، ضرر، علاقة سببية) نستطيع تضمين الضرر لمن يقوم بالعدول عن الخطبة، حتى وإن لم تكن الأفعال التي سببت الضرر موصوفة بالخطأ، إنما كما ذكرنا لا يشترط فيها سوى أن تكون متصلة اتصالاً مباشراً بالضرر في المباشرة، ولا شرط آخر، أي لا نحتاج إلى وصف الفعل بالتعمد أو التعدي. أما التسبب، فإذا كان بالتعدي فهو أيضاً يتم التضمين فيه بمجرد مجاوزة الحد لعناية الرجل المعتاد، بغض النظر عن الإدراك والتمييز أو الإرادة الواعية. ولا يخرج من ذلك إلا تسبب الضرر بالتعمد الذي يشترط فيه الإدراك، ومن ثم لا نستطيع تضمين من سبب ضرراً بالعدول عن الخطبة إلا إذا كان فعله بالتسبب متعمداً، أي موصوفاً من خلال توافر نية الإضرار. أما مع عدم توفر تلك النية فلا ضمان.

ومن ثم ففي القانون المدني الأردني⁽³⁰⁾ أن للمتضرر بفعل مرافق للعدول عن الخطبة سواء بالمباشرة أو بالتسبب أن يطالب بالتعويض، سواء أكان الفعل موصوفاً بالخطأ وفق المفهوم الفني للخطأ قانوناً، أو غير موصوف بالخطأ، بأن كان الفعل مشروعاً في ذاته ولكن بالنظر إلى نتائجه الضارة يضمن فاعله، ولذلك لا تثار مشكلة البحث عن أساس للمسؤولية عن الفعل المرافق للعدول المسبب للضرر، لأن المسؤولية تستوعب الفعل الموصوف بالخطأ، وغير الموصوف بالخطأ على حد سواء.

2- المسؤولية القائمة على الخطأ

في هذا النوع التقليدي للمسؤولية والذي تأخذ به جل القوانين العربية كالعراقي والمصري والليبي، وتبنى المسؤولية هنا على الأركان الثلاثة المعروفة (الخطأ، الضرر، العلاقة السببية)، فإن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الأفعال التي لا توصف بالخطأ، وإن نشأ عنها ضرر يكون أمراً صعباً ومستعصياً قانوناً، وعندئذ لا نجد بداً أو مناصاً من البحث عن أساس آخر للتعويض، وهو لا يكون بنظرنا إلا من خلال قواعد التعسف في استعمال الحق، طالما أن تلك القواعد لا تستوجب أن يكون الفعل الذي

29- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 1959، ص 161

30- انظر نص م 256 مدني أردني.

نشأ عنه الضرر يشكل خطأً، وإنما هي تلحظ الضرر باعتبار أن قواعد التعسف تعتبر من أهم تطبيقات أو مصاديق قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، أو المسؤولية عن الفعل الضار، ثم إنها تعد مبدأ عاماً ينطبق على التصرفات والأعمال القانونية، لذلك نجد الكثير من التشريعات عالجتها ضمن المبادئ العامة للقانون المدني، أي في الباب التمهيدي⁽³¹⁾.

وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إن «مبدأ إساءة استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن الالتزامات، بل يمتد إلى الحقوق العينية، وإلى روابط الأحوال الشخصية، بل يشمل القانون العام أيضاً، إذ يمكن القول بأن هناك إساءة استعمال حق الحريات أو حق الاجتماعات وهلم جر»⁽³²⁾.

لذلك نحن نتفق مع الاتجاه الذي يرى أن الحريات العامة أو الرخص مما لا يخرج من نطاق التعسف، ويمكن خضوعها له⁽³³⁾، لأن هذه الحريات هي أولاً حقوق، وهو صريح نص القانون بالنسبة للعدول، صحيح أنها تقترب من مفهوم الحرية أكثر باعتبار أنها (أي الحريات) ليس لها مقابل مالي أولاً، وموزعة على طرفين ولا يختص بها طرف واحد، فبخصوص المقابل نقول إنه ليس كل الحقوق بالضرورة يكون لها مقابل، فتشكل حقاً لطرف وواجباً على آخر، إنما هناك الكثير من الحقوق التي ليس لها مقابل، كالقرض بدون فائدة والهبة بدون عوض هذا من جهة، يضاف إلى ذلك أننا نتكلم في إطار العلاقات الأسرية وليس المالية.

وهذه العلاقات لها طبيعة خاصة فهي ليس من طبيعتها المقابل المالي كما هو معلوم، نعم هناك التزامات مالية على الزوج كالمهر والنفقة، ولكن لا ينظر إليه باعتبارها مقابلاً لسمو العلاقة عن هذه الطبيعة، فالمهر مثلاً يعبر عنه القرآن الكريم بالفريضة والصداق والنحلة⁽³⁴⁾، فكل هذه التعبيرات ترتفع بهذا العطاء عن مفهوم المقابل المالي، إلى الواجب والهدية.

31- راجع مثلاً نص م 7 مدني، عراقي م 5 مدني، مصري م 59 من مشروع المعاملات المالية العربي.

32- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص 81.

33- د. إسماعيل غانم، تجدد عقد العمل المحدد المدة، تطبيق نظرية التعسف على رفض التعاقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع 2 ر س، 1962، فقرة 34.

34- كذلك يسمى المهر بالأجر في الآية الكريمة قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: من الآية 24]، ويرى الكثير من المفسرين أن تسمية المهر بالأجر هنا مختصة بزواج المتعة أو الزواج المؤقت الذي شرع في ظروف معينة في العهد الأول للإسلام.

وكذا القول بأن الحق اختصاص لشخص معين، أما الحرية فإنها لا تعرف مفهوم الاختصاص، وإنما لها طبيعة موزعة أو مشاعة على الأطراف كافة، وهذا التوزيع يجعلها تتضاد وتتهافت، نقول إن كون الحق أو الحرية لطرف أو لأكثر مسألة نسبية تعتمد على طبيعة الحق ونوع تلك الحرية هذا من جهة، ثم إنه توجد الكثير من الحقوق التي لا يختص بها طرف في العلاقة وإنما يمكن أن تكون موزعة على أطراف العلاقة جميعاً، وهذا التوزيع لا يجعلها متهاجرة أو ساقطة أو متضادة فعندما يكون هناك عقد شركة مساهمة فيه خيار الفسخ لأي طرف من أطرافه، لا يخل ذلك بصحة العقد. لذلك يصعب أحياناً التفريق بين الحق والحرية للتداخل في الشكل والمضمون، وعلى كل حال فإن التعويض عن العدول قد يكون لأثره المباشر في أحداث الضرر دون توسط سبب آخر، وقد يكون تسبباً عن طريق التعمد أو التعدي، إذا كان الفعل لا يوصف بالخطأ كما ذكرنا.

أما كيف نصير إلى تطبيق مضمون قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) لتعويض الضرر سواء وقع بالمباشرة أو بالتسبب، فإن قاعدة التعسف هي مصداق أو تطبيق لقاعدة لا ضرر، وتطبيق تلك القاعدة (التعسف) على العدول لا يخرج الأخير عن إطار المشروعية، وحيث يبقى العدول حقاً ويبقى استعماله استعمالاً لحق، إنما المشرع يوازن بين المصالح عند تراحمها تحقيقاً للوظيفة الاجتماعية (قانوناً، أو الشرعية شرعاً). ومن أجل صور هذه الوظيفة أننا إذا كنا لا نريد من صاحب الحق أن يضحي به أو بجزء منه للغير، نريد منه ألا يضر عند ممارسته للحق بالغير، ومن ثم ينشأ مفهوم التزاحم كما يسميه فقهاء الشريعة، فلو تعارضت مصلحتان إحداها تقتضي النفع لشخص يقابلها تحقيق خسارة أو مفسدة للآخر، تقدم مسألة دفع المفسدة كما تقتضي القاعدة الكلية الشهيرة (دفع المفاسد أولى من جلب المنافع)، لذلك نحن لا نتفق مع التسمية للاستعمال بأنه غير مشروع، لأن هذه التسمية تؤدي إلى التناقض في الأفكار، فكيف يكون حقاً ويكون استعماله غير مشروع؟ ومن ثم تكون هذه التسمية من باب التجوز الذي لا يصح القول به قانوناً، فيجب أن تكون التسميات موافقة للحقائق الواقعية لا المجازية.

التعويض هنا للمتضرر لن يأتي إلا من باب تقديم مصلحته على مصلحة المستفيد كحماية، وليس من باب أن الغير يملك في حقك أكثر مما تملك أنت. من هنا نجد أن المعايير المعتمدة لبيان وجود التعسف من عدمه تأخذ هذا التوجه، فهي

تعتبر الشخص متعسفاً عندما تكون مصلحته قليلة جداً بالنسبة للضرر الواقع للغير، وهذا يعني أن المصلحة التي يكتسبها صاحب الحق إذا كانت كبيرة فلا نعتد بالضرر الذي وقع للغير، وكذلك بالنسبة للمعيار الآخر، وهو عندما يمارس الشخص حقه بنية الإضرار رداً لتلك النية، إنما إذا تحقق الضرر مع عدم وجود النية فلا تعويض، وهذا يعني أن صاحب الحق هو مستعمل لحقه في كلتا الحالتين، إنما الاستعمال يكون مردوداً (وليس غير مشروع) عندما يصيب الغير بضرر، وهذا الرد هو بتعويض هذا الضرر، ومن ثم فإننا لسنا بحاجة إلى الالتفاف على الموضوع والوصول إلى التناقض، والقول إن الاستعمال هو لحق، ولكنه استعمال غير مشروع، إنما الصحيح أن نقول إن الاستعمال مشروع ولكنه عندما يسبب ضرراً بحجم كبير يفوق مقدار المصلحة المتأتية لصاحبه، عندها يجبر الضرر من باب الموازنة بين المصالح المتعارضة، وليس بإخراج الحق من دائرته.

وعليه فإن قاعدة التعسف تقوم على أساس قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفقاً للغاية الاجتماعية وليس بناء على فكرة الحيطة والحذر وعدم التبصر أو الإهمال التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية، وربما يقال إن تطبيق قواعد التعسف في استعمال الحق هو الأفضل، طالما أن تلك النظرية لا تلحظ إلا الضرر بغض النظر عن كون سبب وقوع الضرر خطأ كان أم فعلاً لم يصل إلى تلك الدرجة، فيكون شمول حالة كون الفعل قد شكل خطأ داخلياً في التعويض من باب أولى. ومن ثم بدلاً من أن يكون أساس المسؤولية متعدد حسب التفصيل السابق نكتفي بفكرة التعسف، طالما هي مستوعبة ضمنياً لفكرة المسؤولية التقصيرية لجبر الضرر وزيادة على الأقل من حيث النتيجة، وليس من حيث التوصيف، كما أن قواعد التعسف أسهل من حيث الإثبات، حيث لا يستوجب على المضرور أن يثبت مسألة الانحراف في السلوك وعدم اتخاذ الحيطة أو الإهمال، وإنما إثبات الضرر عن الفعل المسبب له والعلاقة السببية الرابطة لهما.

والحقيقة أن هذا الكلام صحيح بحد ذاته، ولكنه من الناحية القانونية محل نظر، والسبب هو أننا لا نستطيع الركون إلى قواعد التعسف في مسألة جبر الضرر، وهي قواعد استثنائية ولا تعتبر الأصل في موضوع جبر الضرر، ولذلك يجب أن يصار أولاً إلى القواعد المختصة بهذا المجال، وهي قواعد المسؤولية بصورة عامة وعند عدم إمكانية إيجاد حل بموجب نصوص قواعد تلك المسؤولية عندئذ يمكن البحث عن أساس آخر، وهو كما بينا قواعد التعسف.

الخاتمة

وفي نهاية البحث يمكن أن نتلمس بعض نتائجه في الآتي:

أولاً: نقترح تعريف الخطبة بالآتي « مقدمة للزواج غير داخلية فيه مندوبة شرعاً ومؤكدة عرفاً ليس لها من حيث هي أي أثر قانوني سوى الأثر الأخلاقي سواء بإتمامها بالزواج أو بالعدول عنها ».

ثانياً: ليس للخطبة قوة إلزام على طرفيها، فلكل من طرفيها أن يرجع عنها، وإن رجع فهو مستعمل لخالص حقه، نعم المشرع الليبي اعتبر الخطبة وعداً ولكن ليس على نحو الوعد الملزم، وإنما وعد أخلاقي، لا يترتب عليه من حيث هو أي أثر. وهو ما ينسجم مع فقرة / ب من م 1/ التي أعطت الحق لكل من الخاطبين بالعدول دون أن يترتب عليه أي أثر طالما كان استعملاً لحق.

ثالثاً: فيما يتعلق بآثار الخطبة، وجدنا أن تلك الآثار تختلف تبعاً لاختلاف طبيعة المردود مهراً أم هدية، وبحسب جهة النكول، خاطباً كان أم مخطوبة، ففيما يتعلق بالمهر، يرد بإجماع الفقهاء، ولكن قيمة ما يرد يمكن أن يكون محل خلاف، واقترحنا أن يكون الرد للمهر بقيمته الدنيا في الوقتين (الدفع، الإرجاع) إذا كان النكول من الخاطب، لأنه هو من سعى في نقض ما تم من جهته وسعيه مردود عليه، أما إذا كان النكول من جهة المخطوبة، فإنه يجب أن ترد قيمته العليا في الوقتين (الدفع، الإرجاع) لأنها هي التي سعت في نقض ما تم من جهتها، وحتى لا يجمع على الخاطب ألين في نفس الوقت: ألم الفسخ، وألم تحمل الخسارة في قيمة ما أعطى من مهر، حسب التفصيل الذي ذكر في محله.

أما فيما يتعلق بالهدايا فأيضاً اختلف الفقه الإسلامي فيها، على تفصيل ذكر في محله، والمهم أن المشرع الليبي قد أخذ برأي المالكية، الذين يميزون في استرداد الهدية، بين هدايا من يعدل وهدايا الآخر، واقترحنا هنا أن يكون تنظيم استرداد الهدية وفق صيغة تجمع بين رأيين في نفس الوقت هما رأي المالكية في التمييز، ورأي الأحناف بعدم الرد، عندما يكون هناك مانع، باعتبار أن الهدية تأخذ حكم الهبة، ومن ثم يجب ترتيب أحكام الهبة عليها جميعاً، والنص المقترح هو « لكل من طرفي الخطبة استرداد ما أهده للآخر عند فسخها عيناً إذا كان قائماً بقيمته إذا كان هالكاً يوم القبض. ووفق الشروط الآتية:

أ- ألا يكون هناك مانع من الاسترداد وفق ما تقضي به قواعد الهبة.

- ب - ألا يكون المطالب بالاسترداد هو من قام بالعدول.
ج - ألا يكون الشيء المهدى تافهاً».

رابعاً: اختلف الفقه في الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض، فمنهم من ذهب إلى أن الأساس هو العقد انطلاقةً من تكييفه للخطبة بأنها عقد في رأي أول، ووعده ملزم في رأي ثان، ومن ثم فإن المسؤولية وفق هذا الاتجاه عقدية، ومنهم من قال بأن الأساس هو المسؤولية التقصيرية، انطلاقةً من تكييفه للخطبة بأنها واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً، ومن ثم فإن أي ضرر ينشأ عن هذه الواقعة يستلزم التعويض تقصيرياً، ومنهم من ذهب إلى الأخذ بقواعد التعسف في استعمال الحق أساساً للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة، انطلاقةً من تكييفه للعدول عن الخطبة بأنه حق ومن ثم فإنه مقيد بعدم التعسف فيه. من جهتنا وجدنا أن أساس التعويض في العدول عن الخطبة متعدد، وسبب التعدد متأت من اختلاف الموضوع، على اعتبار أن طبيعة الفعل الذي ينشأ عنه الضرر تارة يكون موصوفاً بالخطأ، فتتطبق عليه قواعد المسؤولية التقصيرية، وتارة يكون غير موصوف بالخطأ، فيكون الأساس للتعويض قواعد التعسف في استعمال الحق، حسب التفصيل الذي ذكر في محله.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب

1. الشيخ أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط 5، 2003.
2. الإمام أحمد الدردير، الشرح الكبير، ج2.
3. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني المصري، 1964.
4. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 1959.
5. د. إسماعيل غانم، تجدد عقد العمل المحدد المدة، تطبيق نظرية التعسف على رفض التعاقد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد 2، 1962.
6. د. توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، د.ت..
7. جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 1986.
8. الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ودار الغرب الإسلامي، ط 1، 1984.
9. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية، جامعة القاهرة، د.ن.
10. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، طبعة الحلبي الثانية
11. القرافي، كتاب الفروق ج 4، مصر.
12. الطاهر الزاوي، مختار القاموس، طرابلس، الدار الجماهيرية، ليبيا.
13. عدنان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية، الدار العلمية الدولية للنشر، ط 1، 2002.
14. علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، دار الجبل، مجلد 2، ط 1، 1991.
15. عبد الرزاق فرج، المصادر غير الإرادية للالتزام، 1995.
16. د. عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشريعة، الجامعة المفتوحة، طرابلس، د.ت.
17. د. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة دراسة مقارنة فقهاً

- وقضاء، القاهرة، 1994.
18. د. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
19. د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، 1950.
20. محمد علي محبوب، الأسرة في التشريع الإسلامي والقوانين التي تحكمها في مصر، القاهرة، 1987.
21. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، د.ت.
22. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1982.
23. د. يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، 1987.

ثالثاً: القوانين

1. قانون الأحوال الشخصية الليبي
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. القانون المدني الأردني.