

أثر العدول عن الخطبة وموقف

القضاء منه



إعداد

د . مصطفى راتب حسن علي

أستاذ القانون المدني المساعد
كلية البريمي - سلطنة عمان

ملخص

أساس التكوين في الفقه الإسلامي أساس موضوعي يراعي السلوك في الخارج بما ينبغي ان يكون بصرف النظر عن الشخص المعتدي ومداركة. وفضلاً عن ذلك فان القواعد العامة في الفقه الإسلامي تكتفي بمجرد وجود الضرر كأساس للحكم بالتعويض بصرف النظر عن الفعل الذي أدى إلي الضرر سواء كان عمداً أو خطأ إذ بمجرد وجود الضرر تنشأ المسؤولية او الضمان مما يقتضي وجوب التعويض عنه. و تعتمد الشريعة الإسلامية الضرر في المباشرة ذلك أن المباشرة هي بمنزلة العلة التي يتبعها المعلول حتماً إذا الحكم يدور مع علته وجوداً أو عدماً بمعنى أنه دائر معها وان كان كذلك فأنها تشترط التعدي "الخطأ" في التسبب أما في المباشرة فلا تشترط هذا الشرط.

Abstract

The basic action in Islamic jurisprudence is based on an objective base that takes into account the behavior abroad as it should be regardless of the aggressor and the person stimuli. Furthermore, the general rules of Islamic jurisprudence merely are used according to the existence of the damage as a base for the award of compensation without regard to the act that leads to the damage whether intentionally or unintentionally since there is harm arising liability or guarantees that requires compensation. Therefore, to adopt Islamic law for the direct damage is the direct cause which looks like inevitable action followed by checking the reason behind that if the referee is going on with his case and the presence or absence of the sense revolving with it, though it also requires infringement "error" causing either direct action that is not in that condition.

مقدمة

يعتبر الزواج من أغلظ الموثيق وأكرمها على الله، لأنه عقد متعلق بذات الإنسان، وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين كسائر العقود الصحيحة، ولكنه يسمو عليها جميعاً بما أفرغه الله عليه من صيغة "الميثاق الغليظ"، ويكفي في الدلالة على ذلك التكريم أن كلمة "الميثاق" لم ترد في القرآن الكريم إلا تعبيراً عن المعاهدة بين الله وعباده، قال تعالى ﴿وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ﴾^(١). ولم يرد وصف الميثاق الغليظ إلا في عقد الزواج، وفيما أخذه الله على أنبيائه من موثيق، قال سبحانه: ﴿... وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾^(٢).

وبناء الأسرة هو أخطر بناء في كيان المجتمع، بل في كيان الأمم بأسرها، فإذا كان الناس يعنون عند إقامة أبنيتهم باختيار الموقع المناسب والخامات الجيدة، فإن بناء الأسر المكونة من الرجال والنساء والأولاد أولى بالدقة عند الاختيار وأجدر بالتقصي والاستفسار. فالأسرة هي المحور الأساسي للحياة الإنسانية، وبدونها لا تستقيم الحياة الاجتماعية، وإذا كانت الأسرة سواء وحدة اجتماعية صغيرة أو ممتدة أو شبكة قرابة، فإنها في آن واحد هي المنبع المتدفق والمصب الأرحب المتميز الذي يجمع ويلخص كافة النظم الاجتماعية المحورية لأي مجتمع.

وقد امتن الله عز وجل على عباده بنعمة النكاح وتكوين الأسرة وبين أنها سنة الأنبياء، وأظهر لعباده أية من آياته بما أودع في كل من الرجل والمرأة من الميل للآخر، مرشداً أن سكون هذه النفس إنما يحدث بها النكاح، وارتباط كل من الجنسين ارتباطاً مشروعاً تحقق

(١) سورة المائدة: الآية ٧.

(٢) سورة النساء: الآية ٢١.

من خلاله الغاية القصوى من المودة والرحمة، وتحقق من خلاله أيضاً المقاصد الشرعية التي من أجلها شرع الله الزواج وفطر النفوس عليه.

ولن يتحقق هذا السكون إلا ضمن نظام تشريعي وتنظيمي صحيح يحفظ كيان الأسرة ويديم ثباته، تحيطه عناية الله وتوفيقه، ولذا أحكم الإسلام شرعة النكاح ونظم أحكام البيت فبين لكل من الزوجين الحقوق والواجبات.

وأما في عصرنا فقد نابت نوائب وجدت أمور ممن تنكبوا الطريق وحادوا عن منهج الله فأخطأوا في التعامل مع الحقوق التي منحها الله لهم وأخلوا بالواجبات التي فرضها الله عليه فانتشرت المشكلات وتفككت الأسرة، ففس هؤلاء أو تناسوا أن الحقوق المختلفة التي أقرتها الشريعة لأفراد إنما منحت لهم لتحقيق مقاصد خاصة يقصدها الشارع من تقرير هذه الحقوق، فيجب أن يتفق قصد المكلف من استعماله لكل حق من حقوقه مع قصد الشارع من تقرير هذا الحق بعينه، كما أن استعمال الإنسان لحقه يجب أن يكون بحيث لا ينشأ عنه ضرر لغيره، وإلا كان صاحب الحق عند استعماله بخلاف ما تقدم متعدياً في الحاليتين وترتب عليه ما تقرره الشريعة لذلك من جزاء بحسب الأحوال.

ومن هنا نشأت فكرة هذا البحث، فعند تأملنا ما الذي يمكن أن يصلح من هذه الأخطاء ويعالجها ويتفق تماماً مع شريعتنا، فإذا بنا نجد أن خير ما يصلح لذلك هو التعويض أو التعزيز بالمال كما أطلق عليه فقهاؤنا، وما هذا إلا رغبة في رأب صدع الأسر التي ما زالت تتفكك، ولم شمل المجتمعات التي راحت تبحث عن الدليل وهو معها وحي من ربها.

وتطبيقاً لما تقدم، سوف نقوم بتقسيم هذا البحث بناء على خطة الدراسة التالية:

خطة الدراسة:

الفصل التمهيدي: ماهية التعويض في القانون والفقہ

المبحث الأول: التعويض وأساسه القانوني

المبحث الثاني: التعويض بين الفقه والقانون

الفصل الأول: أحكام العدول عن الخطبة وآثارها

المبحث الأول: أحكام العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: أحكام العدول عن الخطبة في القانون المصري

الفصل الثاني: آثار العدول عن الخطبة

الفصل الثالث: مدى مسؤولية الولي عن امتناعه تزويج مولاته دون مسوغ شرعي

الخاتمة

الفصل التمهيدي ماهية التعويض في القانون والفقه

سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: التعويض وأساسه القانوني.

المبحث الثاني: الضمان في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: التعويض بين الفقه والقانون.

المبحث الأول التعويض وأساسه القانوني المطلب الأول ماهية التعويض

أولاً: التعويض لغة

العوض وهو البديل، تقول عرضته تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتعوض منه واعتاض أخذ العوض^(١).

ثانياً: التعويض اصطلاحاً

لم تذكر كتب الفقه القديمة لفظ التعويض بعينه ولكنها استعملت بدله لفظ (الضمان) وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كالكفالة.

وفيما يلي نذكر بعض التعريفات المختلفة للضمان في كتب الفقه كي نخلص إلى تعريف بالمعنى المطلوب.

(١) تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبيدي، دار الفكر، بيروت، ولسان العرب، ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، دار صادر بيروت.

- ١- الضمان هو: شغل ذمة أخرى بالحق^(١).
 - ٢- هو حق ثابت في ذمة الغير^(٢).
 - ٣- هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة^(٣).
 - ٤- هو عبارة عن غرامة التالف^(٤).
 - ٥- هو إيجاب مثل التالف إن أمكن أو قيمته، نفيًا للضرر بقدر الإمكان^(٥).
- وقد وردت عبارات كثيرة عند ابن قيم الجوزية - رحمه الله - تحدد تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء كقوله: تغريم الجاني نظير ما أتلفه^(٦).
- بل إنه ذكر تعريفًا للتعويض صراحة في قوله: "العوض هو مقابلة المتلف من مال الآدمي".

والملاحظ على التعاريف القديمة أنها لم تذكر محل الضرر الواجب فيه التعويض، ويفهم منها أيضًا بعضهم يخصه بالضرر المالي، رغم أنهم يعبرون في سائر أمثلة الضرر الجسمي بقولهم: ضامن أو يضمن ويفهم من عبارات الفقهاء القدامى أن التعويض

(١) الشرح الكبير للدردير أحمد بن محمد العدوي ٣/٣٢٩ بهامش حاشية الدسوقي، بدون ت، ط الحلبي، القاهرة.

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٢/١٩٨، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

(٣) الوجيز، محمد الغزالي، ١/٢٠٨.

(٤) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني، ٥/٢٩٩ محمد بن علي، دار القلم، بيروت، لبنان.

(٥) تبين الحقائق، لابن نجيم ٥/٣٢٣، ومثله في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٧/١٦٨، علاء الدين أبو بكر الكاساني، ط ٢، ١٤، ٥٢، دار الكتب، بيروت.

(٦) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢/١٢٣ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٣ م.

اصطلاحاً هو : دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير^(١).
ويحسن بنا الآن أن نذكر بعض ما جاء من تعريفات للفظ التعويض عند الفقهاء
المعاصرين، لأن مصطلح التعويض مصطلح حديث، فلا بد من الإحاطة بمعناه حتى تتضح
حدوده بدقة.

من هذه التعريفات قولهم: "هو جبر الضرر الذي يلحق المصاب"^(٢)، وعرفه آخر بقوله:
"هو تغطيه الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ".

وقيل أيضاً: "التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره من
نفس أو مال أو شرف"^(٣).

ولعل هذا التعريف هو أولى بالقبول عندنا، لأنه ذكر أن التعويض مال يعطي للمتضرر
عن الضرر الذي لحق به، ولأنه ذكر أنواع الضرر الواجب فيها التعويض.

ومن الجدير بالذكر أننا لم نجد في أغلب النصوص القانونية تعريفاً للتعويض، وإنما
أشارت تلك النصوص إليه كجزاء للمسئولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية وطريق احتياطي
لتنفيذ الالتزام.

أما فقهاء القانون فقد ذكروا تعاريف عديدة للتعويض تقوم على أساس النظر إليه من
زاوية معينة، فثمة من حدده بأنه: "مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان يحصل عليها
الدائن لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، مصطلح (تعويض) وزارة الأوقاف الكويتية، مطبعة الموسوعة، ط ٣، ١٤٠٧هـ،
١٩٨٦م.

(٢) د. سيد أمين، المسئولية التقصيرية عن فعل الغير في الشريعة الإسلامية، بدون بيانات نشر، ص ١١٥.

(٣) د. محمود شلتوت، المسئولية المدنية والجنائية، دار الشروق، بيروت، ص ٣٥.

الناس"^(١).

ونلاحظ أن هذا التعريف ركز على أن التعويض هو مبلغ من النقود (تعويض نقدي) بينما نجد في طرق التعويض أنه قد يكون عينياً. وفي تصور آخر قيل أنه: وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته إذا لم يكن محوه ممكناً والغالب أن يكون مبلغاً من المال يحكم به للمضروب على من أحدث الضرر، ولكنه قد يكون شيئاً آخر، غير المال كالنشر في الصحف أو التنويه بحق المدعي في الحكم"^(٢). وعرفه بعض العلماء بقوله هو: "جبر للضرر الذي لحق المصاب"^(٣). وقيل أنه: "حق مدني يتعلق للمتضرر بدمية المحكوم عليه ولا يحكم به إلا بناء على طلب صاحب الحق"^(٤).

وجاء في تعريف التعويض أنه "الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينة بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، لو لم يحصل الإخلال بالالتزام من جانب المدين"^(٥). قوله إن التعويض حق للدائن يعني أنه التزام من جانب المدين، ولم يركز على طريقة معينة للتعويض بل ترك المجال واسعاً أمام القضاء لاختيار ما شاء من طرق التعويض التي

(١) د. حسن على الذنوب، النظرية العامة للالتزامات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٤م، أحكام الالتزام، ط١٩٧٦م، ص٣٤٨.

(٢) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط٢، القاهرة، ١٩٤٤م، ص٣١٤.

(٣) د. أحمد أبو ستيت، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٤م، ص٤٥٨.

(٤) د. علاء الدين الوسواس، الغرامة والتعويض، مجلة القضاء العراقية، ص٩.

(٥) د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضاء في نطاق المسؤولية العقدية، مكتبة دار الثقافة عمان، الأردن،

١٩٩٩م، ص٢٩.

يراها أكثر ملائمة لجبر الضرر.

وخلاصة ما سبق أن التعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية سواء أكانت عقدية أو تقصيرية، ولا جرم أن الضرر يمثل علة الحكم بالتعويض وسببه كما يقول - بحق - الفقه الإسلامي^(١).

وفي نطاق المسؤولية العقدية فإن إخلال المدين بالتزامه إذا لم يترتب عليه ضرر للدائن فإنه لا محل آنئذ للحكم بالتعويض^(٢).

ويتحدد نطاق الضرر الذي يستلزم التعويض عنه في نطاق المسؤولية التقصيرية بالخسارة التي تصيب المضرور وما فاته من كسب.

وفي نطاق المسؤولية التقصيرية أو الفعل الضار فإن نطاق الضرر الذي يوجب تعويضه يتضمن الخسارة التي لحقت بالمضرور وما فاته من كسب أيضاً هذا على مستوى نص القانون.

أما في الفقه الإسلامي فإنه يقصر نطاق التعويض على الخسارة التي لحقت الدائن في المسؤولية العقدية بالفعل أما ما فات من كسب فلا محل للتعويض عنه^(٣).

* مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي:

دلت مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية التعويض عن الأضرار، تؤكد ذلك بآيات

(١) راجع.. الشيخ/ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، ٤/٤ والشيخ/ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م، ص ٨.

(٢) ومن المسلم به أن الخطأ لا يعتبر أساساً للتعويض في الفقه الإسلامي وذلك في نطاق المسؤولية التقصيرية وفي نطاق المسؤولية العقدية لا يجوز الجمع بين التنفيذ العيني للالتزام وبين التعويض بحسبان أن القاني يقوم مقام الأول.

(٣) راجع.. د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ط ١٩٩٧، ص ٢٤٨.

وأحاديث فمن القرآن قوله عز وجل: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾^(١)، وقوله جل شأنه: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾^(٢)، وقوله سبحانه: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾^(٣).

هذه الآيات وإن كانت تدل على معان كثيرة إلا أن المفسرين ذكروا من بين ما تدل عليه مشروعية التعويض بمعنى الضمان.

قال ابن سيرين في تفسير الآيات السابقة: إن أخذ منك رجل شيئاً فخذ منه مثله، وجاء في تفسير الطبري ما يدل على وجوب الرجوع إلى الإمام في جميع المظالم وهو بالتالي يحكم بالتعويض^(٤).

وهو ما أكده القرطبي في تفسيره فقال: "يجوز أخذ العوض كما لو تمكن الأخذ بالحكم من الحاكم"^(٥)، وأوضح ما دل في القرآن الكريم على مشروعية التعويض عن الضرر تلك الحادثة التاريخية التي حكم فيها داود وسليمان عليهما السلام بالتعويض لصاحب الزرع الذي تضرر من نفس الغنم فيه، وقد حكم القرآن الكريم فقال تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَسَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾^(٦).

وفي السنة المطهرة: وجدنا أدلة كثيرة على تقرير مبدأ التعويض من ذلك ما رواه أنس

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٤.

(٢) سورة النحل، الآية ١٢٩.

(٣) سورة الشورى، الآية ٤٠.

(٤) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، ط٤، دار المعرفة، بيروت، ١١٦/٢، الدر المنثور في تفسير المأثور، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ٥١٤١١، ٤/١٣٥.

(٥) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي أبو عبدالله محمد بن أحمد، بيروت، ١٩٥٢م، ١١/٣٠٧.

(٦) سورة الأنبياء، الآية ٧٨، ونفست أي: رعت ليلاً.

رضي الله عنه قال: "أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاماً في قصعة، فضرت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم: (طعام بطعام وإناء بإناء)"^(١).

ودل على مشروعية التعويض أيضاً قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة البراء بن عازب، فقد روي أنها دخلت حائطاً فأفسدت فيه، ف قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها"^(٢)، أي مضمون عليهم، ومعنى الضمان هنا هو: إلزام أصحابها بتعويض ما أفسدته مواشيهم ليلاً. وعن النعمان بن بشير قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من وقف دابة في سبيل المسلمين أوفي سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن)^(٣).

ومما يرشد إلى إيجاب التعويض قوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)^(٤)، ففي الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض صيانة لأموال الناس من كل اعتداء، وجبر ما فات منها بالتعويض.

وقد تضافرت جهود الفقهاء المسلمين في وضع قواعد استجابة لمقتضيات هذا المبدأ الأساسي وهي تقرر مشروعية التعويض كقولهم: الضرر يزال، والضرر لا يزال بالضرر.

(١) فتح الباري شرح البخاري، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تصحيح الشيخ بن باز، دار المعرفة، بيروت، ١٢٤/٥.

(٢) رواه أبو داود في الإجارة (٣٥٦٩)، وابن ماجه (٢٣٣٢) ومالك في الموطأ (١٤٣٥) للإمام مالك بن أنس، ت محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٣) رواه البيهقي في السنن الكبرى أبو بكر أحمد بن الحسين، دار الفكر بيروت، ١٧٤٧١، وسنن الدارقطني ٢٨٥ لعلي بن عمر الدارقطني، ط ١٣٨٦هـ، الناشر عبد الله هاشم يماني المدني، المدينة المنورة.

(٤) رواه مالك في الموطأ ٢/٧٥٤، وأحمد في المسند، ١/٣١٣.

*** حكم التعويض:**

التعويض لا يكون إلا مقابل ضرر، ومن ثم فهو واجب الأداء على خلاف وتفصيل بين الفقهاء فيما يعرض عنه وما لا يعرض عنه، والضرر المعروض عنه عند الفقهاء يشمل الضرر الواقع على المال بما فيه المنفعة سواء كان عن طريق الغصب، أم الإلتلاف، أم الاعتداء على النفس وما دونها، أم عن طريق التفريط في الأمانة وغير ذلك.

ويكون التعويض بدفع مال مقدر أو مصالح عليه، يدفع لمن وقع عليه الضرر، أو لمن تنتقل إليه التركة بدلاً لما فقد وقطعاً للخصومة والنزاع، ثم إن التعويض أثر شرعي، لأنه موجب خطاب الوضع، فيشمل المكمل وغيره^(١).

المطلب الثاني الأساس القانوني للتعويض

لم يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا لفظ الضمان أو التضمنين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عن فقهاء القانون المدني، فمفهوم التعويض لديهم هو ما يلتزم به المسئول في المسئولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء المسئولية عن الضرر.

وقد نصت المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي على أن:

١- كل من أحدث بفعله الخاطيء ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه سواء أكان في إحداثه الضرر مباشراً أو متسبباً.

٢- يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطيء ولو كان غير مميز وهي تقابل نص المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري.

(١) البدائع ٧/١٦٨، الأشباه للسيوطي، ص ٢٢٢، القوانين الفقهية، لابن جزي محمد بن أحمد، الدار العربية

للكتاب، ليبيا، تونس، ص ٣٣٨.

وبناء على ذلك يتضح أن الضمان يقابل المسؤولية المدنية من حيث المعنى والأثر، أما من حيث المعنى فإن كلمة الضمان بمعنى التعويض تتفق مع كلمة المسؤولية المدنية، حيث يجب التعويض بموجبها على كل شخص سبب ضرراً للغير. وأما من حيث الأثر، فيتفقان في أنهما يهدفان إلى أثر واحد وهو جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالتعويض المدني.

فالمسؤولية في نظر القانون الحديث معناها تعويض الضرر الناشئ عن عمل غير مشروع^(١) أو الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ عقد، ففكرة المسؤولية تثير - كقاعدة عامة - فكرة الخطأ وفكرة الجزاء، والمسؤولية تفترض وقوع خطأ وتمائل في مجازاة مرتكبه، فمعنى المسؤولية التقصيرية مثلاً أن ثمة فعل ضار يوجب مؤاخذه فاعله^(٢) كما أن الأخلاق تقتضي أن من يحدث بغيره ضرراً يلزم بإزالة هذا الضرر عن طريق التعويض.

ويقصد بالمسؤولية بوجه عام: المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسئول.

والمسؤولية المدنية نوعان: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية:

أ- المسؤولية العقدية:

تتوافر المسؤولية العقدية إذا أخل المدين بالتزامه العقدي وأحدث بهذا الإخلال ضرراً بالطرف الآخر، وبذلك يلزم بالتعويض، والضرر المتوقع هو الذي يعرض في المسؤولية العقدية، وإذا تعدد المسئولون فإنه يكون هناك تضامن بينهم إلا إذا كان هناك اتفاق على

(١) د. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨ م، ص ٦٥.

(٢) د. عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاء، بدون دار نشر، بدون سنة نشر، ص ٣.

ذلك، ومدة التقادم في هذه المسؤولية خمسة عشر عاماً.

*** شروط المسؤولية العقدية:**

١- وجود عقد :

فلا تقوم المسؤولية العقدية بين الطرفين إلا إذا وجد عقد بينهما أي يجب أن يكون الخطأ قد تم بعد إبرام العقد وأما إذا كان الخطأ وقع قبل العقد فإن المسؤولية حينئذ تكون تقصيرية، لأن التفاوض عمل مادي يرتب أي أثر قانوني فالعدول عنه لا يرتب مسؤولية إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية^(١) فلا تتوافر المسؤولية إلا إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه ولا تقوم المسؤولية العقدية إذا كان الإخلال قد أصاب الغير وإنما تقوم بذلك المسؤولية التقصيرية.

٢- الإخلال بالالتزام العقدي :

ولقيام هذه المسؤولية لا بد أن يخل أحد الطرفين بالتزامه فلا يكفي لقيامها أن تكون هناك منازعة بين أحد الطرفين.

ب- المسؤولية التقصيرية:

المسؤولية التقصيرية هي الأصل في المسؤولية المدنية، فإذا لم تتوافر شروط المسؤولية العقدية تطبق المسؤولية التقصيرية التي تفترض وجود ضرر ألم بالغير، فإذا أحدث شخص بفعله غير المشروع إصابة بآخر تقوم المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بينهما، لأن تلك المسؤولية هي مصدر الالتزام كما أنها أثر للعمل غير المشروع.

وفي المسؤولية التقصيرية إذا تعدد المسؤولون عن الضرر تقوم المسؤولية بالتضامن والتعويض في هذه المسؤولية يشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع، وعبء الإثبات في

(١) نقض مدني ٢٧/١/١٩٩٦ مجموعة المكتب الفني، السنة ١٧ عدد ١، ص ١٨٢.

المسئوليتين العقدية والتقصيرية واحد قد يكون على محدث الضرر أو على من أصيب به. وإذا كان التعويض - بناء على ما سبق - جزاء المسؤولية المدنية وأثرها، والمسئولية المدنية - تقصيرية كانت أو عقدية - لها أركان ثلاثة تقوم عليها هي: الخطأ والضرر، ورابطة السببية، فهل لابد من توافر هذه الأركان ليتقرر الحق في التعويض؟

نقول: أنه إذا كان التعويض هو جزاء المسؤولية المدنية وأثرها، سواء كانت تقصيرية أو عقدية فإنها تقوم أحياناً دون حاجة إلى فكرة الخطأ، استناداً إلى الضرر، وحده، لذلك فإن الضرر هو أساس التعويض ومناطه، فلا بد من قيامه لقيام التعويض، ولكنه لا يكفي وحده دائماً وفي جميع الحالات لتبرير الحق في التعويض.

وقد جاءت المادة (٢٢٧) من القانون المدني الكويتي لترسي في فقرتها الأولى الأركان الثلاثة التي تقوم عليها المسؤولية:

(١) الخطأ:

يعتبر الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية حسب النظرية التقليدية، وقد قضت محكمة النقض بأن المساءلة بالتعويض قوامها خطأ المسؤولية^(١).

وقد اجتهد الفقه في تعريف الخطأ لأن المشرع لم يعرفه فتبعاً لذلك تعددت تعاريف الخطأ حتى قيل أن تعريفات الخطأ تكاد تختلف باختلاف كل فقيه^(٢).

ف قيل هو "الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراك لهذا الانحراف"^(٣). وأشهر تعريف للخطأ ما جاء عن " بلانيول " بأنه: الإخلال بالتزام سابق، بمعنى أن

(١) نقض مدني ٣٠/٩/٨٢م المجموعة ص ١٢٧٩، قاعدة ٢٣١.

(٢) د. أحمد سلامة، مصادر الالتزام، بدون بيانات نشر، ص ٢٦٥.

(٣) د. عز الدين الدناصور، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٨٨م،

هناك مصدر يرتب التزام في ذمة شخص، وهذا الالتزام واجب الاحترام، فإذا أخل به الشخص كان مخطئاً فإذا رتب ضرراً تعين عليه التعويض^(١).

وعلى هذا النحو لا تقوم المسؤولية إلا إذا وجد التزام سابق حصل الإخلال به وإنه في حالة الإخلال بالتزام قرره العقد تكون المسؤولية عقدية، وفي حالة الإخلال بالتزام قرره القانون تكون المسؤولية تقصيرية.

وقد حرص المشرع الكويتي على أن يصرح بوجود توافر الخطأ لقيام المسؤولية عن عمل النفس سواء أجاز إحداث الضرر بطريق المباشرة أو التسبب، بمفهوم الفقه الإسلامي لكل من هذين الاصطلاحين وقد اكتفى المشرع بإرساء المبدأ العام مقررراً أن كل من يخطئ فيحدث بفعله الخاطئ ضرراً بغيره يلتزم بتعويضه^(٢).

ومع التسليم بصعوبة وضع تعريف لفكرة الخطأ بعينها فإن الفقهاء يجمعون^(٣) على أن للخطأ ركنين أساسيين: الركن المادي أو الموضوعي والركن المعنوي أو الشخصي:

أولاً): الركن المادي أو الموضوعي

يعرفه الدكتور السنهوري بأنه "التعدي" وكما سبق فإن الفقهاء لا يزال تعريف الخطأ عنهم محل نقذ إذ أن ما استساغوه من تعريف للخطأ وهو تعريف الفقيه الفرنسي "بلانيول" بأنه: "الإخلال بواجب سابق" ومن ثم فهو عمل غير مشروع أي محظور قانوناً، وهذا التعريف محل نقذ لأنه لم يوضح الأعمال غير المشروعة والمحظورة قانوناً والتي لا عداد

(١) د. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني في ضوء الفقه وأحكام النقض، مؤسسة دار الكتب، بدون سنة نشر، ص ٢٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ط ١٩٩٨م، ص ٢١٦.

(٣) راجع.. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، ج ١، ص ٧٧٨، ٧٩٧.

لها في مجال العمل، كما أنه لم يحدد الالتزامات الواجبات التي يعتبر الخروج عليها أو الإخلال بها خطأً أو تقصيراً^(١).

كما ذهب بعض الفقهاء كذلك^(٢) إلى بيان الواجبات القانونية المكونة للعنصر الموضوعي للخطأ والتي يعد الإخلال بها خطأً عن النحو التالي:
أولاً: الواجبات القانونية المحددة

ويرى أنه في هذه الأحوال يكون ضبط الخطأ ميسوراً إلا أنه كثيراً ما تكون هذه الالتزامات المحددة مقررة في الأحوال العادية، أما إذا طرأت ظروف غير عادية فإنها تؤثر على مدى هذه الالتزامات زيادة أو نقصاً وحينئذ يتعين مدى الواجب بالرجوع إلى معيار الرجل العادي.

ثانياً: الواجبات القانونية المقابلة لحقوق الغير (الواجبات القانونية غير المباشرة)

ومقتضى هذا الواجب هو الامتناع عما من شأنه أن يمس بالحق المعين المقابل له - أي أنه واجب سلبى ذو محل معين أو قابل للتعين - إلا أن يكون النشاط الذي يريد الشخص مباشرته أولى بالرعاية فيتعطل الواجب المقابل لحق الغير ويسمح لمباشره بأن يمس بحق الغير إعمالاً لحقه الأقوى.

ثانياً): الركن المعنوي أو الشخصي للخطأ "الإدراك"

يضيف فقهاء النظرية الخطيئة أو الشخصية إلى الركن الأول للخطأ عبارة "... مقترن بإدراك المخل إياه"^(٣) بمعنى أن يكون الشخص المخطئ على علم بما يعمله أو ملما بعمله^(٤)،

(١) راجع.. د. عبد السلام ذهني، مرجع سابق، ص ٧٤٢.

(٢) د. سليمان مرقص، بحوث وتعليقات على أحكام المسؤولية المدنية، القاهرة، ط ١٩٨٧ م، ص ٦٢.

(٣) د. سليمان مرقص، مسؤولية الداعي المفترضة، مسؤولية متولي الرقابة، مرجع سابق، ص ٧.

(٤) راجع.. د. عبد السلام ذهني، مرجع سابق، ص ٧٣٨.

والتمييز ركن الإدراك الذي هو ركن الخطأ وبغير تمييز لا يتوافر ركن الخطأ ومن ثم فلا مسؤولية^(١).

وضرورة اشتراط توافر ركن الإدراك في الخطأ لا يعني توافر الأهلية كالأهلية في العقد مثلاً، كما أن الإدراك في نطاق المسؤولية المدنية يختلف في قواعده عنه في نطاق المسؤولية الجنائية.

والإدراك كركن من أركان الخطأ لا يعول فيه على معيار الرجل العادي المجرد الذي يتخذ مقياساً عندما يراد معرفة مدى توافر الركن المادي للخطأ أو مدى توافر ركن التعدي في مسلك الشخص^(٢).

وعلى ذلك فلا مسؤولية على الصبي غير المميز ومن في حكمه، فإذا انعدم الإدراك لأي سبب كان ولو بسبب عارض يزول فلا خطأ ومن ثم فلا مسؤولية، ما لم يكن سبب انعدام الإدراك راجعاً إلى الشخص نفسه، أو كان الخطأ مفترضاً في حقه ففي هاتين الحالتين تقوم المسؤولية ولو كان الشخص غير مميز.

وقد نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني المصري على أنه:

- ١- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز.
- ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم.

ونصت المادة ٢/٢٢٧ من المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٧٩٧،

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٧٩٧.

المدني الكويتي على أنه: يلتزم الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الخاطيء ولو كان غير مميز.

يتضح من ذلك أن المشرع المصري استلزم الإدراك أو التمييز لقيام الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية وهي فكرة مستوحاة أصلاً من القانون الروماني وهجرتها بعض القوانين العصرية الحديثة وإن كانت أغلب هذه القوانين لم تهجرها إلا جزئياً حيث تركت للقاضي شيئاً من حرية التقدير وفقاً لمقتضى العدالة فنص المشرع المصري في المادة ١٦٤ على أن غير المميز غير مسئول عن أعماله غير المشروعة وإن كان قد أجاز للمحكمة أن تلزمه بالتعويض إذا لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول عنه، وهذا النص بمثابة استثناء على ما ورد بنص المادة ١٦٣ من القانون المذكور وكذلك المادة ١/١٦٤ والتي تشترط أن يكون الشخص مميزاً كي يكون مسئولاً عن أعماله غير المشروعة.

بينما التزم المشرع الكويتي في ذلك الصدد بنص المادة ٢/٢٢٧ والذي مؤداه أن عدم الإدراك أو التمييز لا يحول دون مسؤولية صاحبه عن تعويض الضرر الذي يأتيه بفعله الخاطيء، كما جاء المشرع الفرنسي نفسه مقررراً المسؤولية التقصيرية كاملة على من يحدث الضرر بغيره حال كونه مصاباً باختلال عقلي، وذلك الحكم فضلاً عن اتساقه مع منطق القانون ومصلحة البشر ومسايرته للاتجاه الحديث في الفكر القانوني المعاصر فإنه يتجاوب مع رأي الجمهور في الفقه الإسلامي حيث لا يتطلب الإدراك أو التمييز لقيام الضمان عن الإلتلاف باعتبار أن أساس الضمان هو جبر الضرر وليس الجزاء أو العقوبة ولعموم قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار).

ونلاحظ أن كلا القانونين من ناحية التطبيق العملي ومقتضيات العدالة قريباً الشبه من بعضهما لأن القانون المصري وإن كان اشترط التمييز لقيام المسؤولية إلا أنه أجاز للمحكمة

أن تلزمه بالتعويض إذا لم يكن هناك مسئولاً عنه أو تعذر الحصول على التعويض وهذا أمر جوازي للمحكمة، أما في القانون الكويتي فقيام المسؤولية وإلزامه بالتعويض أمر وجوبي في كل الحالات حتى لو كان غير مميز.

وقد كان ركن الإدراك محلاً للنقد إذ رؤي فيه مجافاة للعدالة، ذلك أن الصبي غير المميز أو المجنون عديم الإدراك قد يكون ثريا في حين أن المضرور فقير، ومع ذلك فلا مسؤولية على عديم الإدراك في الوقت الذي يتحمل فيه المضرور عبء الضرر كله.

* معيار الخطأ (الرجل العادي أو الشخص المعتاد):

يتبنى أنصار المسؤولية الخطئية بمعيار الرجل العادي لمعرفة مدى توافر أو تحقق ذلك الإخلال بالواجب أو الانحراف عنه، وذلك بمقارنة مسلك الشخص المسئول مقترف الفعل الضار بمسلك الرجل الحريص بما يجب أن يفعله الرجل العادي لو وجد في مثل ظروفه. فبقدر ما يكون المسلكان متوافقين لا نكون أمام خطأ ومن ثم فلا مسؤولية أما إذا كان مسلك الشخص المسئول لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد في مثل ظروفه فهنا نكون أمام خطأ وقع ومن ثم مسؤولية خطئية.

وعلى ذلك تبدو الأهمية البالغة لمعيار الرجل العادي في النظرية الخطئية والقاضي هو المرجع في تحديد وقوع الخطأ وتوافره فله أن يقرر وجود خطأ بغير أن يكون مقيداً بوجود نص قانوني وذلك بما له من حرية تعيين الواجبات القانونية مستعيناً بضابط أو معيار الرجل العادي^(١).

وخلاصة ما ذكره الفقهاء في هذا الصدد أن معيار الخطأ هو الرجل العادي والأخير هو الرجل المتوسط في جميع الصفات التي يهتدي إليها بالبحث الذاتي الشخصي، ويكون تعيين

(١) د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧.

الواجب متروكاً لتقديره وضميره وفقاً لهذا المعيار ومن ثم يؤدي الأخذ بذلك المعيار إلى الربط بين القانون والأخلاق تحت رقابة القاضي.

وأن هذا المعيار مجرد فينظر فيه إلى الناحية الموضوعية دون الشخصية، وأنه يكتفي عند تحديد مسلك الرجل العادي بالوقوف عند الظروف الخارجية أو الظاهرة المنظورة دون الظروف الداخلية أو غير الظاهرة وغير المنظورة للمدعي عليه.

والقاضي حين يطبق هذا المعيار المجرد يضع في اعتباره العرف والعادات وما يجري عليه أوساط الناس في كل بيئة وكل مهنة، وبذلك يعتبر التعدي أمراً واحداً بالنسبة لجميع الناس ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً فتستقر الأوضاع وتنضبط الروابط القانونية^(١).

* الخطأ العمد :

هو الإخلال بواجب قانوني بقصد الإضرار بالغير، ويذهب رأي^(٢) إلى أن تقدير هذا الخطأ يكون شخصياً أي بمعيار ذاتي لا تقديراً موضوعياً مجرداً على حين يرى البعض ضرورة التعويل على المقياس الموضوعي والمعيار المجرد، ويذهب البعض الآخر إلى الجمع بين المعيارين في قياس ذلك الخطأ^(٣).

* الخطأ غير العمد أو خطأ الإهمال :

هو الذي لا يقترن بقصد الإضرار بالغير، وهذه هي الصورة الغالبة للخطأ، ويعتبر محدث الضرر مخطئاً إذا كان منحرفاً في مسلكه عما يجب أن يكون عليه الرجل العادي، سواء في ذلك ما إذا كان مخالفاً لواجب قانوني أو مخالفاً بالتزام معين أو بالتزام بنتيجة اتفق

(١) انظر... د. عبد الحميد البعلي، نظرية تحمل التبعية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه غير مطبوعة، ص ١١٠.

(٢) د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٣) د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٨١.

عليها الطرفان أو كان الانحراف ماساً بذلك الالتزام العام بالتبصر واليقظة^(١)، ويذهب رأي إلى أن الأخطاء غير العمدية هي دائماً إخلال بالالتزام إيجابي يوجب على الشخص أداء عمل أو اتخاذ احتياطات معين بمناسبة القيام بعمل أي أنها أخطاء امتناع^(٢).

* أقسام خطأ الإهمال:

ينقسم خطأ الإهمال إلى:

أ) الخطأ الجسيم^(٣):

وهو الخطأ الذي لا يرتكبه إلا شخص غبي، وقد ظهرت فكرة الخطأ الجسيم في أواخر عهد القانون الروماني وكانوا يعرفونه بأنه: الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية^(٤).

ب) الخطأ اليسير:

وهو الخطأ الذي لا يأتيه الشخص المعتاد في حرصه وعنايته.

ج) الخطأ السلبي (خطأ الامتناع):

هو الترك أو الامتناع الذي يترتب عليه حدوث ضرر ويقاس بمعيار الرجل العادي^(٥).

(١) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩ م، ص ١٧٨.

(٢) د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، بدون بيانات نشر، ص ٢٠.

(٣) هناك الخطأ الذي لا يغتفر ولم يرد إلا في القانون الفرنسي الخاص بإصابات العمل صدر في ١٨٩٨/٤/٩ في المادة ١/٢٠ منه والمعدل بالقانون الذي صدر في أول يوليو ١٩٣٨ ثم استبدل بالقانون الذي صدر في ١٩٣٦/١٠/٣٠ وأن هذا الخطأ يتميز عن الإهمال الجسيم بما يكتنفه من إهمال مطلق وعدم مبالاة. راجع.. د.

حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٤) د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٥) د. حسين عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص ١٨٨.

ويذهب رأي^(١) إلى تعريفه بأنه: هو الإخلال بالتزام قانوني بأداء عمل معين سواء كان إرادياً يقره القانون أو غير إرادي ينشئه صراحة أو ضمناً.

وهنا نكون بصدد خطأ امتناع مجرد أو الإخلال بالواجب القانوني العام باليقظة والتبصر في أداء العمل.

وقد قضت محكمة تمييز دبي بأن: المسؤولية عن الفعل الضار تقوم على ثلاثة عناصر بحيث إذا توافرت وجب الالتزام بالضمان عن كل إضرار نتيجة للفعل سواء بالإيجاب أو بالسلب، أي بالترك أو الامتناع الذي يعد خطأً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان التارك أو الممتنع مكلفاً بموجب أحكام القانون بأن يؤدي العمل الذي وقع عليه الترك أو الامتناع إذ أن ما يندب إليه الشخص أصلاً دون أن يفرض عليه قانوناً لا يعد تركاً أو امتناعاً موجباً للمسؤولية ولا يكفي حصول الفعل الضار في ذاته للالتزام بالضمان بل يجب أن يترتب عليه لمن وقعت المخالفة في حقه ضرر بمعناه المفهوم في نطاق هذه المسؤولية باعتباره ركناً لازماً من أركانها، وثبوته يعد شرطاً ضرورياً لقيامها والحكم بالتعويض بقدر الضرر نتيجة لذلك وتستقل محكمة الموضوع في نطاق سلطتها التقديرية باستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات عناصرها^(٢).

* الضرر:

الضرر هو الأذى الذي يلحق بالشخص فيمس حقاً من حقوقه أو مصلحة مشروعة له فيما يتعلق بجسده أو ماله، وبمعنى أوسع سلامة الجسم أو العاطفة أو الحرية أو الشرف

(١) د. حبيب إبراهيم، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٢) طعن رقم ٣٧٧ سنة ١٩٩٩ جلسة ٦/٢/٢٠٠٠م، دبي، الإمارات، حقوق، موسوعة المبادئ والسوابق القضائية للدول العربية، أحكام النقض والتمييز، مؤسسة صلاح الجاسم، ٢٠٠٧م، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، وزارة العدل.

أو الاعتبار^(١).

والضرر ركن أساسي في المسؤولية بل هو الركن الجوهرى فيها، وأهميته تفوق أهمية الخطأ.

وقد أولى الفقه الإسلامى فكرة الضرر بالغ عنايته عامداً إلى درئه عن الناس، ومبتغياً جبره لهم، إذا ألم بالفعل بهم، وقد كان من شدة اهتمام الفقه الإسلامى بالضرر والعمل على جبره، أن جعله وحده كأصل عام، مناطق الضمان، من غير ضرورة لأن يقترن بوقوع الخطأ ممن أوقعه فيكفى لتحمل الشخص بالضمان فى الفقه الإسلامى أن يؤدي فعله بذاته إلى إلحاق الأذى بغيره.

والضرر نوعان: مادي وأدبى، فالضرر المادى خسارة مالية للشخص، أما الضرر الأدبى فهو ما ليس كذلك.

وحرص المشرع الكويتى على أن ينص فى المادة ٢٣١ على أن التعويض الذى يلتزم به المسئول عن العمل غير المشروع يتناول الضرر ولو كان أدبياً فالضرر المادى والأدبى طريقان للمسئولية ويستوجبان التعويض عنهما^(٢).

وإذا كان الضرر شرطاً لا بد منه لقيام التعويض، فإن إثباته يقع على المدعى أى المضرور، إعمالاً لقاعدة البيئة على من ادعى مع مراعاة قواعد قلب عبء الإثبات، وعلى الرغم من وجود نوعين من المسئولية المدنية إلا أنه فى كليهما يجب إثبات ركن الضرر لإلزام محدث الضرر بدفع مبلغ التعويض.

(١) د. عبد الحكيم فودة، التعويض المدنى فى ضوء الفقه وأحكام النقض، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى، ص ٢٢٠.

* الغاية من التعويض:

إن الغاية من التعويض هي جبر الضرر ويقال أيضاً محو آثار الخطأ ولا يعد التعويض عقوبة ولا نوعاً من أنواعها ومن ثم فإن العبرة في تقدير التعويض تكون بمقدار الضرر وليس بدرجة الخطأ.

وبناء عليه فإن وظيفة التعويض لا علاقة لها بردع المخطئ أو زجره وتأديبه ولا شأن لها أيضاً بردع الغير وحماية المجتمع، كل ما في الأمر أننا بصدد جبر للضرر أو محو آثار الخطأ، ومن ثم فإن العقوبة وإن كانت تسقط بوفاة المتهم ولا تنفذ على ورثته، فإن التعويض لا يسقط بوفاة المحكوم قبل أدائه وإنما يبقى قائماً ويجوز التنفيذ به على تركته.

وتكون العبرة في تقدير التعويض هي الاعتداد بمقدار الضرر بحسبان أن التعويض هو الأثر المترتب على قيام المسؤولية عن الفعل الضار وليس بدرجة الخطأ لأنه ليس بعقوبة. وتكمن الغاية من التعويض في إعادة التوازن الذي اختل بسبب الضرر وإعادة المضرور إلى حالته التي كان عليها بفرض عدم تعرضه للفعل الضار، وعندئذ تتحقق العدالة بتحقيق الغاية بحيث لا يكون ثمة كسب يزيد عن قيمة الضرر ولن تظل خسارة بدون تعويض^(١).

ولكن متى ينشأ حق التعويض للمضرور في نطاق المسؤولية التقصيرية؟

يعتد بالضرر من وقت وقوعه، ولكن يقدر بحسب قيمته وقت صدور الحكم، ومن ثم يسلم الفقه والقضاء بوجود تقدير التعويض وفقاً لقيمة الضرر وقت صدور الحكم القضائي.

ويكمن معيار تقدير التعويض في تحقق الضرر في الحال أو المآل، ذلك أن الضرر

(١) د. سامي الدريعي، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة الحقوق،

جامعة الكويت، عدد ٤، السنة ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٢م، ص ٨٤.

المحقق وقوعه في المستقبل بمنزلة الضرر المحقق وقوعه في الماضي .
وعلى هذا إذا انتفي الضمان، ولا مجال عندئذ للتعويض لأن التعويض لا يتحقق إلا في
ضرر محقق أما الضرر المحتمل فلا تعويض عنه.
وقد اختلف الفقهاء في وظيفة التعويض عن الضرر اختلافاً كبيراً فبعضهم يرى أن
للتعويض وظيفة إصلاحية تتمثل في جبر الضرر، في حين يرى آخرون أن له وظيفة عقابية.
وفي هذين الرأيين محاولة لوضع نظرية عامة تطبق على المسؤولية المدنية بشكل عام،
وهذا لا يناسب التطور الهائل الذي مرت به المسؤولية، لذلك فإن بعض الفقهاء يرى أن نحدد
وظيفة التعويض في كل حالة على حدة.

أما بالنسبة لوظيفة التعويض الإصلاحية:

فإن واضعي القانون المدني الفرنسي تأثروا بهذه الفكرة في المسؤولية المدنية فعملوا
على إبرازها ورأوا أنه يجب الفصل بين الهدف من المسؤولية المدنية والهدف من المسؤولية
الجنائية، فهو في الأول هدف إصلاحي يكمن في تعويض المضرور أي إعادة الحال إلى ما
كانت عليه قبل وقوع الضرر، وفي الثانية يكون الهدف هو ردع أفراد المجتمع من جهة وزجر
الجاني أن يكرر فعله من جهة أخرى.

وتطبيقاً لذلك صيغت المادة ٢٢٧ من القانون المدني الكويتي على النحو التالي: كل
من يحدث بفعله الخاطيء ضرراً للغير يلتزم بتعويض ذلك الضرر.

وأما عن الوظيفة العقابية للتعويض:

فقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يؤصل هذه الوظيفة فقالوا: إن الواقع العملي
كشف لنا مدى قصور الوظيفة الإصلاحية للتعويض، لأنها لم تميز بين مرتكب الخطأ
العمدي ومرتكب الخطأ البسيط ففي الحالتين لا ينظر إلى جسامة الخطأ وإنما يؤخذ بعين
الاعتبار الضرر الذي وقع بالفعل، فبالجوء إلى الوظيفة العقابية للتعويض من شأنه أن يسهم

في منع الغش في القانون المدني وردع الخطأ الجسيم، وذلك عن طريق الزام المسئول عن مثل هذا الخطأ بدفع مبلغ إلى المضرور وذلك على سبيل الغرامة^(١).

وفي الواقع القول بأن وظيفة التعويض وظيفة عقابية فحسب قول لا يمكن التسليم له بشكل كامل لأن هذا القول لا ينسجم مع ظهور ما يسمى بالمسئولية الموضوعية أي تلك التي لا تقوم على ركن الخطأ كما هو الحال بالنسبة للمسئولية الناشئة عن فعل الأشياء أو المسئولية المدنية الناتجة عن حوادث السيارات في فرنسا، فقد تدخل المشرع الفرنسي سنة ١٩٨٥ و سن قانوناً خاصاً يطبق على الحوادث المرورية يهدف إلى حماية المضرور عن طريق حصوله على تعويض كامل عن الضرر الذي لحق به.

وأما بالنسبة للتعويض عن الأضرار غير المالية:

فمن المستقر عليه فقها وقضاء حتمية التعويض عن الأضرار غير المالية كالأضرار الجسمانية أو ما يسمى بالأضرار الأدبية كالأضرار الناتجة عن الآلام والأحزان أو التي تصيب سمعة الشخص أو الضرر الناتج عن الحرمان من متع الحياة^(٢).

وقد نشب خلاف حول وظيفة التعويض عن الضرر الأدبي وبعيداً عن ذلك نقول: إن الراجح في الفقه هو أن الهدف من التعويض عن الضرر المعنوي ليس هدفاً إصلاحياً أي إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر وإنما له وظيفة إرضائية، ويترتب على ذلك أن تقديم مبلغ من المال إلى المضرور على سبيل التعويض عن الضرر الأدبي يسهم بلا شك

(١) انظر:

Lidee de peine privées en droit conemporain, these Paris, 1904, p.269 et s.

(٢) انظر:

Esmein P. La commercialization du dormmage moral, CHRO, D., p. 19.

Georges R. : Le prix de la doteur, CHRO, D., 1948, p. 1.

في إرضاء المضرور من الناحية النفسية^(١).

جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي "فإذا تعذر جبر الضرر الأدبي فلا أقل من أن يمنح عنه بعض المال، ترك تقديره لقاضي الموضوع، وفقاً لظروف الحال، ليكون فيه على الأقل بعض السلوى والعزاء".

وبناءً على ذلك فإن الوظيفة الإرضائية هي وظيفة مستقلة تماماً عن الوظيفة الإصلاحية وعن الوظيفة العقابية للتعويض^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي كشف لنا عن أي أن القضاء في حالات كثيرة يلجأ إلى فكرة التعويض عن الضرر الأدبي - وتحت ستار السلطة المطلقة لتقدير التعويض - بهدف إلزام المسئول، ولا سيما في حالة وجود خطأ جسيم، كما هو الحال عند إلزام إحدى الصحف الفرنسية بدفع مبلغ ٢٥٠٠٠٠٠ فرنك لنشر بعض المعلومات الكاذبة التي تسمى إلى أحد الأفراد، وقد بررت المحكمة ذلك القول بأن إلزام الصحيفة بهذا المبلغ يجد تبريره في سوء نيتها في أثناء نشر تلك المعلومات^(٣).

صور التعويض:

١ - التعويض النقدي:

الأصل أن يكون التعويض نقدياً أي مبلغ من النقود يدفعه المسئول إلى المضرور

(١) انظر:

Lambert-Faivre Y., Droit du dommage corporel, 3 em, 1996, p.212 et s.

(٢) د. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، ١٩٧٣، د. عبد الرسول عبد الرضاء، الوجيز في قانون العمل الكويتي، ٢٠٠١م، د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ط ١٩٧٥م.

(٣) د. سامي الدرعي، مرجع سابق، ص ٩٣.

لجبر الضرر الذي سبب له.

وإذا كان التعويض نقدياً فقد يأخذ صورة مبلغ من النقود ويعطي للمضرور دفعه واحدة، وقد يأخذ صورة مبلغ يقسط على عدد معين من الأقساط، وقد يتخذ صورة إيراد مرتب مدى حياة المضرور حيث يلتزم المسئول عندئذ بأن يدفع إلى المضرور مبلغاً من النقود كل شهر أو كل سنة دون أن يتحدد عدد الأقساط مقدماً بل يستمر أداؤها طوال حياة المضرور بشرط توافر نية التبرع عندئذ، ذلك أن حياة المضرور قد تمتد سنوات وسنوات ومن ثم ينبغي توافر نية التبرع كي لا يكون ثمة غرر وظلم يتعرض له المسئول.

هذا ويتولى القاضي تقدير الصورة المناسبة للتعويض مراعيًا ظروف المضرور ومصالحته، فقد يحكم القاضي بتعويض يأخذ صورة إيراد مرتب مدى الحياة إذا كان الضرر المعروض عنه هو عجز المضرور عن العمل عجزاً كاملاً.

وفي حالة ما إذا أخذ التعويض صورة أقساط أو إيراد مرتب يجوز للقاضي أن يلزم المسئول بأن يقدم تأميناً يضمن الوفاء للمضرور بقيمة الأقسام أو الإيراد وقد يكون هذا التأمين رهناً أو كفالة.

٢- التعويض العيني:

يجوز أن يكون التعويض عينياً بمعنى إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ويكون ذلك ممكناً إذا اتخذ الخطأ الذي ارتكبه المسئول صورة القيام بعمل يمكن إزالته، وقد يكون التعويض العيني في صورة أداء أمر معين متصل بالفعل الضار.

وإذا كان المشرع قد جعل الأصل هو التعويض النقدي فإنه وضع قيدين على سلطة القاضي في الحكم بالتعويض العيني، أولها أن يطلب المضرور أن يكون التعويض غير نقدي فإن لم يطلب المضرور ذلك كان القاضي ملزماً بالحكم بالتعويض النقدي.

أما القيد الثاني فهو أن تبرر الظروف اللجوء إلى التعويض العيني ومعنى ذلك أن

القاضي لا يستجيب إلى طلب المضرور إلا إذا كانت الظروف تبرر ذلك مع الأخذ في الحسبان أن تقدير مدى ملاءمة الظروف يدخل في نطاق السلطة التقديرية للقاضي.

***التصرفات المتعلقة بالتعويض:**

بادئ ذي بدء إذا تحققت شروط المسؤولية التقصيرية، ومن ثم ينشأ للمضرور حق في التعويض فإن هذا الحق كسائر الحقوق المالية يجوز للمضرور النزول عنه كله أو بعضه كما يمكن التصالح عليه بين المضرور والمسئول، كما لو كان المضرور يطالب بمبلغ معين وكان المدعي عليه ينازع في هذا المبلغ ففي هذه الحالة يمكن الاتفاق بين الطرفين على مبلغ وسط. وليس ثمة ما يمنع قانوناً بعد تحقق شروط المسؤولية التقصيرية أن يلزم المسئول نفسه بدفع تعويض أكبر إذ ليس في هذه الاتفاقات ما يخالف النظام العام طالما تمت بعد تحقق المسؤولية ومن ثم ثبوت الحق في التعويض فعلاً.

ومن المستقر عليه قانوناً أنه يجوز أن يجعل الشخص نفسه مسئولاً عن تعويض الضرر الذي قد يترتب على فعله ولو لم يكن مكوناً للتعدي، أو أن يتفق على أن يتحمل المسئول تبعه القوة القاهرة.

أما الاتفاق الذي يخفف من الضمان أو بعض منه فيعد غير مشروع أياً كان نوع الضمان الذي يتفق على تخفيفه أو الإعفاء منه ومن مبررات ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام حيث يوجب القانون أنه يقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار.

المبحث الثاني التعويض بين الفقه والقانون

نشأت المسؤولية المدنية بهدف تعويض الضرر الناجم عن فعل، ومن ثم فإن التعويض بحسبانه هدف فهو أيضاً وسيلة إلى محو الضرر أو إصلاحه هذا من جانب، ومن جانب آخر يعتنق الفقه الإسلامي فكرة الضمان تلك الفكرة التي تعني إلزام الشخص بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق بفعله.

ومن ثم فإن المسؤولية في القانون يقابلها الضمان في الفقه الإسلامي، فالمسؤولية تعني أن فعلاً ضاراً قد لحق بشخص بسبب فعل شخص آخر مما يوجب التزامه بالتعويض، والضمان ليس إلا الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير.

وبناء عليه فإن فكرة الضمان صنو لفكرة المسؤولية مما يستتبع إمكان الأخذ بلفظه مسؤولية رغم أنها غير معروفة في الفقه الإسلامي، على سند من تماثل مضمونها مع مضمون فكرة الضمان في الفقه الإسلامي.

ومن المستحسن التذكير بان المشرع الفرنسي قد أخذ منذ البدء بالنظرية الشخصية كأساس لتعويض غير أن اعتبارات العدالة دفعت جانباً هاماً من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بالنظرية الموضوعية ولاسيما في مسألة مساءلة عديم التمييز عن أفعاله التي تلحق الضرر بالغير.

والمقرر شرعاً أن الضمان في الفقه الإسلامي يكون في المال بصرف النظر عن البلوغ أو الأهلية تتحقق المسؤولية في مال الصبي والسفيه والمجنون وهذا من قبيل خطاب الوضع لا من قبيل خطاب التكليف وينبغي على ذلك أن العمد أو الخطأ ففي أموال الناس سواء في نطاق المسؤولية المدنية.

وقد اهتم الفقه الإسلامي بالضرر الناجم عن الفعل أو التصرف وأوجب تعويضه ولم

يرد في الفقه الإسلامي تقسيم لماهية المسؤولية وموضعها كما هو في القوانين الحديثة^(١) التي حددت للمسئولية نوعين: المسؤولية العقدية والمسئولية التقصيرية غير أن عدم استعمال هذه التسمية والتوصيف في الفقه الإسلامي لم يمنع الفقهاء من تصور التمييز والتفرقة بين هاتين المسئوليتين^(٢)، حيث إن كتابات الفقه الإسلامي تتضمن تفرقة واضحة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من خلال التطبيق وذلك في التمييز بين ضمان الإلتلاف وضمن العقد^(٣).

ومن الجدير بالبيان في هذا الصدد، أن الفقه الإسلامي قد عبر عن أركان المسؤولية بالتعدي كركن أول ثم التلف وما إليه كركن ثاني ثم الركن الأخير وهو أن يكون التلف الضرر نتيجة لاعتداء مباشر أو تسبب بمعنى أن يكون السبب أو العلة مرتبطة بالضرر، وهو ما يقال عنه في القانون رابطة السببية.

والتعبير في لغة الفقهاء عن الركن الأول بالتعدي بدلا من الخطأ كما هو الوضع في القوانين الوضعية يدل دلالة قاطعة على نظرهم المادية، إذ التعدي وصف للفعل بينما الخطأ وصف للفاعل بحسبان أن التعدي لفظ يراد به النظر إلى الموضوع بصرف النظر عن الفاعل، والتعدي إذ هو مجاوزة الحد فهو يعني ضمان الأضرار والمتلفات.

والتعدي عند فقهاء المسلمين قد يكون عملاً إيجابياً، كأن يقوم الزوج بضرب زوجته ضرباً مبرحاً أو يقوم بحرق ثيابها، كما قد يكون عملاً سلبياً، كمن قاد سيارته بسرعة فائقة في طريق غير معبد أو طريق جبلي وبجواره زوجته الحامل التي أصيبت بسبب ارتطامها بجنباة السيارة وتحركها صعوداً وهبوطاً مما أفقدها جنينها، فعندئذ يعتبر الزوج متعدياً لأن النتيجة

(١) د. عبد السلام التونجي، المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، ط ٢، ١٩٩٤م، ص ٧٨.

(٢) د. شفيق شحاتة، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٣) د. عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص ٧٨.

كانت بالتسبب إذ أن إجهاض الحمل كان بتقصير منه لأنه أهمل ففي مثل هذه الحالة يلتزم الزوج بالتعويض بسبب تقصيره وإهماله.

وهكذا الأمر بالنسبة للأم التي تترك صبيها البالغ ثلاث سنين وتخرج من المنزل فيقع الصبي في النار الموقدة في الدار، ففي هذه الحالة أيضاً تلتزم الأم بالتعويض لتقصيرها وإهمالها.

وأساس التعويض في الفقه الإسلامي أساس موضوعي، يراعي السلوك في الخارج بما ينبغي أن يكون بصرف النظر عن شخص المتعدي ومداركه.

وفضلاً عن ذلك فإن القواعد العامة في الفقه الإسلامي تكتفي بمجرد وجود الضرر كأساس للحكم بالتعويض بصرف النظر عن الفعل الذي أدى إلى الضرر سواء كان عمداً أو خطأ إذ بمجرد وجود الضرر تنشأ المسؤولية أو الضمان مما يقتضي وجوب التعويض عنه.

وتعتمد الشريعة الإسلامية الضرر في المباشرة، ذلك أن المباشرة هي بمنزلة العلة التي يتبعها المعلول حتماً إذ الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا بمعنى أنه دائر معها وإن كان ذلك كذلك فإنها تشترط التعدي "الخطأ" في التسبب أما في المباشرة فلا تشترط هذا الشرط.

وبناء عليه فإن موجبات التعويض في الفقه الإسلامي يمكننا تحديدها كما يلي:

أولاً: في حالة الإتلاف بالمباشرة: ويعني إتلاف الشيء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشرة والتلف فعل آخر^(١) وهذا يستقيم في رأينا مع منطلق النظرية الموضوعية كأساس للمسئولية، بحيث إن مجرد وقوع الضرر يوجب الحكم بالتعويض.

ثانياً: في حالة الإتلاف بالتسبب: وقد عرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: الإتلاف

(١) راجع: المادة رقم ٨٨٧ من مجلة الأحكام العدلية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٠.

تسبباً يكون بعمل يقع على شيء يفضي إلى تلف آخر^(١)، فالمتسبب لا يكون مسئولاً لأن الهلاك لم يحصل بفعله وإنما حصل بعله أخرى إلا إذا كان متعدياً.

وعلى هذا فالأصل أن المتسبب مسئولاً إذا كان متعدياً وعندئذ يلتزم بالتعويض وإلا فلا مسئولية ولا ضمان، ولا تعويض أما المباشر فيسأل على وجه الإطلاق.

* التعويض عن الضرر الأدبي:

يراد بالضرر الأدبي، إنزال مفسدة أو إصاق صفة سيئة في شخصية الآخرين تنال من كرامتهم وشخصيتهم بين الناس، وفي عبارة واحدة، هو كل ما يمس سمعة الآخرين، ويمس شعورهم ويسوؤهم في دينهم وعرضهم وشرفهم ومكانتهم في المجتمع كالقذف والشتم والسب أو الضرب بما لا يترك أثراً مادياً ولكنه يمس الكرامة الإنسانية.

ومثال ذلك أن تتهم الزوجة زوجها في أمانته على مرآى ومسمع من أقاربهم كأن تقول له يا سارق، أو اتهامه في عقيدته كأن تقول له يا كافر أو أن ينال الزوج من سمعة زوجته - وهي في الأصل سمعته - أي اعتداء يقع بين الزوجين على النفس أو المال.

وهذه الأضرار معنوية تمس الكرامة ولا تصدر إلا من أشخاص لم يصقلهم الخلق ولم يردعهم الوازع الديني وتعاقب الشريعة الإسلامية مثل هؤلاء في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾^(٣).

(١) راجع: المادة ٨٨٨.

(٢) سورة النور، الآية ٤.

(٣) سورة النور، الآية ٢٣.

ويرى البعض أن التعويض عن الضرر الأدبي حق للمضرور ومن ثم فإن هذا الحق من طبيعته يكون قابلاً بناءً على طلب الوارث فإذا لم يطلب لا يحكم له بالتعويض لأنه حق متصل بالإرادة والمشية الخالصة لهذا كان العفو عنه وارداً.

الفصل الأول أحكام العدول عن الخطبة وآثارها

سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: أحكام العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أحكام العدول عن الخطبة في القانون المصري.

المبحث الأول أحكام العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

الخطبة ليست عقداً قد التزم فيه طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام عند جمهور الفقهاء^(١)، وذلك خلافاً للإمام مالك في بعض أقواله فالوعد عند مالك - رحمه الله - فيه أقوال منها: الأول: أن الوعد فيه لا يقضي بمقتضاه بشئ، سواء أكان الوعد سبباً للدخول في شئ أو ترك شئ ترتبت عليه التزامات مغارم أو لم يكن.

الثاني: أن الوعد ملزم ويقضي به في كل الأحوال، وهذا مقابل القول الأول ونكتفي بهذين القولين في هذا المقام^(٢).

وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين، فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل.

والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي عقد الزواج له الحرية التامة قبل إبرامه، لأنه عقد حياة، ومن المصلحة التروي فيه، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة.

ولو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد، فمن مقدمات الزواج التي

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ١/ ٥١٥، فتح العلي المالك، ٣/ ١٠٧، الأم ٥/ ٩٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد، ١/ ٧٥٤.

اعتاد الناس تقديمها عليه - وهي ليست من السنة - قراءة الفاتحة للدلالة على التراضي به، وحصول الوعد به من الطرفين، وقبول كل منهما هدايا الآخر، وقبول المرأة أو وليها المهر كله أو بعضه.

وهذه المقدمات لا تعتبر زواجاً شرعياً، فالخطبة ليست أكثر من وعد بالزواج من الطرفين، ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية، بل لكل منهما أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده، وهذا مبني على أنه مادام لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام، وهذا هو حكم الفقه والقضاء^(١).

وإذا كانت الخطبة شرعاً هي طلب المرأة للزواج، وهي مقدمة لعقد الزواج ووسيلة إليه، فهي مشروطة بحل الزوج، أي لا يجوز إلا خطبة المرأة التي يجوز العقد عليها. فمجرد إظهار الرغبة في الزواج يترتب عليه حل نظر الخاطب لمن يريد أن يخطبها ونظرها إليه كذلك.

وللخاطب العدول عن خطبتها وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول وليها إن كانت قاصرة، وذلك ترداد للحكم الشرعي الذي اتفقت عليه جميع المذاهب، وهو أن العدول عن الخطبة جائز ما دام أن عقد النكاح الشرعي لم ينعقد. إلا أن حق العدول هذا وإن كان مقرراً فهو ليس بمطلق، بل هو مقيد بغرض خاص وأول ما يوصف به أنه مكروه.

ورد في "مواهب الجليل" للخطاب ما نصه (هل لمن ركنت إليه المرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه أن يتركها أو يكره والظاهر أنه يكره)^(٢)، إلا أن الكراهية لا تلحق

(١) د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط ٣، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٣، ص ٥٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للخطاب، ط ٢، ١٣٩٨هـ، دار الفكر، بيروت، ٤١٢/٣.

استعمال هذا الحق إلا إذا كان هذا العدول لغرض غير مشروع، فقد ذكر صاحب كشف القناع (ولا يكره للولي المجبر الرجوع عن الإجابة لغرض ولا يكره للمرأة غير المجبرة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها والولي قائم مقامها في ذلك، وبلا غرض صحيح يكره الرجوع منه ومنها، لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزم)^(١).

وهذا القول صريح في أن جواز الرجوع مقيد بأن يكون الرجوع لغرض صحيح، فيه دفع ضرر عنها لأن عقد الزواج مؤبد، فإن انتقت حكمة الرجوع هذه كان مكروها، وقالوا بالكراهة دون التحريم لأن عقد الزواج لم يتم بعد.

ويفهم من قول صاحب "كشف القناع" أن الحق بعد لم يلزم، أمران:

الأول: أن هناك حقاً.

الثاني: أن هذا الحق غير لازم.

فأما وجود هذا الحق فهو من قيام تعهد بين الطرفين نشأ عنه هذا الحق، وإلا فمن أين نشأ إذا قيل بعد وجود رابطة شرعية؟ وأما كونه غير لازم فلسبيين:

السبب الأول: أن عقد النكاح لم يتم، ولا يمكن الإلزام به قبل حصوله.

السبب الثاني: ويمكن اعتباره علة للسبب الأول، أن عقد الزواج عقد عمر فيجب أن

يترك الحرية التامة لكل من الطرفين قبل أن يتقيدا به من غير أن تكون هناك

سلطة إلزام بإجرائه إذا لم تتوافر الإرادة قبلهما.

والنتيجة لكل ما تقدم أن الخطبة تعهد يربط بين طرفين لكل منهما الحق في أن يعدل

عنه، إذا كل العدول مبرر.

(١) كشف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ٢٠/٥.

ومما يحسن الإشارة إليه في هذا المقام عناية أصحاب المذاهب الفقهية بحل المشكلات المتعلقة والنزاعات الناشئة بشأن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إذا كان العدول كما فصله الأستاذ الإمام/ محمد أبو زهرة^(١)، محرراً المسألة فيما يلي " أما ما قدم على سبيل الهدية من أي واحد من الطرفين فهو في المذهب الحنفي يأخذ حكم الهبات، ويجري في حكم الرجوع فيها، ومذهب الحنفية أنه يجوز الرجوع في الهبة إلا لمانع من موانع الرجوع ومنها الاستهلاك والهلاك، وعلى ذلك إذا كانت الهدية قائمة في ملك المهدي إليه بعينها ولم يتصرف فيها بما يخرجها من ملكه فله الرجوع فيها واستردادها وإن كانت هالكة أو تغيرت حالها بأن كانت ثياباً فخيطة أو تصرف فيها فليست له استردادها، ولا طلب مثلها أو قيمتها وجمهور الفقهاء على أن الرجوع في الهبة لا يجوز بعد قبضها لكن خالف بعضهم في هدايا الزواج فإن المالكية على أرجح الأقوال عندهم خالفوا في إعطاء هدايا الزواج حكم الهبات العامة التي لا يجوز الرجوع فيها أو يجوز وقرروا بالنسبة للهدايا في الخطبة أن العدول إن كان من جانب المهدي فليس له أن يسترد الهدايا ولو كانت قائمة بحالها، وإن كان العدول من جانب المهدي إليه فعليه أن يرد الهدية إن كانت قائمة وقيمتها إن هلكت أو استهلكت وذلك عدل بلا ريب، فلا يجمع على المهدي إليه بين ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم الماس به إن كان العدول من الجانب الآخر ومذهب الشافعية استرداد الهدايا أيا كان المهدي وإن كانت قائمة ردت بذاتها وإن لم يمكن ردها بذاتها بقيمتها وكذلك الهالكة.

ويؤخذ مما تقدم عدم تطابق نصوص المواد المتعلقة بأحكام الهبة في القانون المدني المصري وقواعد المذهب الحنفي على ما تقدم واختلاف النتائج المترتبة على ذلك فيما لو

(١) الشيخ/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر، القاهرة، ١٩٥٧، ص٣٨.

طبق القانون المدني كما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في غياب النصوص المنظمة لأحكام الخطبة والعدول عنها والفصل فيما ينشأ من منازعات بشأن الهدايا والشبكة، وهذا القضاء نسخ بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذي جعل موضوع الهدايا والشبكة مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يطبق بشأنها الراجح في المذهب الحنفي.

المبحث الثاني أحكام العدول عن الخطبة في القانون المصري

تعددت آراء الفقه وأحكام القضاء بشأن هذه المسألة، ولهذا حرصت محكمة النقض على توضيح المبادئ القانونية التي يجب مراعاتها، فقد رفضت المحكمة اعتبار مسئولية العادل عن الخطبة مسئولية عقدية وأقامت مسئوليته على أساس المسئولية التقصيرية. فتقرر محكمة النقض المصرية أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع^(١).

وبذلك تكون المحكمة حرصت على أن تضمن الحرية الكاملة للخطيبين في إتمام الزواج من عدمه، فالعدول ما هو إلا ممارسة لحق يتفق تماماً مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة وكل من الأطراف يتمتع بحرية كاملة فلا ارتباط إلا بالزواج، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة للعدول المستقلة عنه.

واستخلص الدكتور السنهوري من ذلك أن القضاء المصري انتهى إلى المبادئ الثلاثة

الآتية:

- ١- أن الخطبة ليست بعقد ملزم.
- ٢- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
- ٣- أنه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز

(١) انظر.. أنور العمروسي، التعويض عن الفسخ، المحاماة سبتمبر ١٩٧٠م، ص ٦٨، توفيق فرج، الطبيعة القانونية

للخطبة، مجلة الحقوق السنة ١١، ١٩٦١، العددان ٣، ٤، ص ١، ١٤٣.

الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية^(١).

وعلق الدكتور حسام الأهواني على قضاء محكمة النقض بقوله: "يبدو لنا أن محكمة النقض وضعت عبارات واسعة تؤدي إلى أكثر مما تريد المحكمة نفسها، ونعتقد أن كل ما تريده المحكمة هو التأكيد على نقطتين أساسيتين:

أولاً: ضرورة التفرقة بين العدول بدون مقتضى أو بدون مبرر وبين العدول الخاطيء، فلا يمكن المسائلة عن مجرد العدول في ذاته حتى ولو لم يكن مبرراً لأن منطق استلزام مبرر العدول يجعل من الخطبة ارتباط ملزماً وهذا ما لا تريده المحكمة، فيجب إثبات العدول الخاطيء ولا يجوز افتراضه بأي حال.

ثانياً: متى كان العدول خاطئاً فإن ذلك وحده لا يكفي لانعقاد المسؤولية بل يجب أن يتوفر عنصر الضرر، ويبدو أن محكمة النقض تريد أن تقول لا بد من التشدد في توافر عنصر الضرر، فلا يتوافر الضرر إلا إذا أدى العدول الخاطيء إلى تحمل الطرف المهجور بأضرار معنوية جسيمة تفوق المضايقات النفسية العادية التي تترتب على العدول، وذلك مثل إساءة الخطيب إلى سمعة خطيبته، وجسامة الضرر هنا ترجع إلى الصلة التي سمحت له بمعرفة أسرار الخطيبة، ونعترف أن ذلك التفسير الذي قدمناه إن هو إلا نوع من الاجتهاد لمعرفة حقيقة ما تقصده محكمة النقض، ولكن ذلك لا ينسبنا وضوح عبارات المحكمة في أن المسؤولية تقصيرية وأن العدول الطائش لا يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية.

وننتهي من ذلك إلى أنه لا مسؤولية عن العدول في حد ذاته، فخلاصة قضاء محكمة النقض أن العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض إلا إذا اقترن العدول بأفعال

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام منشأة المعارف، طبعة ٢٠٠٣م، بند ٥٥٠، ص ٦٨٧.

أخرى مستقلة ألحقت ضرراً بأحد الطرفين^(١).

واستقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار مسؤولية العادل عن الخطبة مسئولية تقصيرية وبناء على ذلك رفضت المحكمة دعوى التعويض من خطيبة هجرها خطيبها لأنه أخفق في الحصول من والد خطيبته على حصتها في الميراث، وأوضحت المحكمة أنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر، فلو كان فسخ الخطبة قد تم بسبب طمع الخطيب في مال والد خطيبته ورفض الأخير أن يخص ابنته بنصيبها في ماله حال حياته، وسواء وصف ذلك العدول بأنه طائش أو غير طائش فهو سبب لاحق بالعدول ذاته وليس مستقلاً عنه ومن ثم فلا يؤدي إلى مسؤولية الخطيب العادل^(٢).

والذي يبدو أن المحكمة حرصت بهذا القضاء على أن تضمن الحرية الكاملة للخاطبين في إتمام الزواج من عدمه فلا يمكن أن يوسف العدول بأنه خاطئ أو لا، لأن في ذلك قيداً على حرية الطرفين فالعدول ما هو إلا ممارسة لحق يتفق تماماً مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة للعدول والمستقلة عنه.

(١) د. حسام الدين الأهواني، شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين، مرجع سابق، ص ٣٧٠ وما بعدها.

(٢) نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض المدني سنة ١١ عدد ٢ رقم ٥٥، ص ٣٥٩.

الفصل الثاني آثار العدول عن الخطبة أولاً: في الهدايا والمهر والشبكة

قد يقترن بالخطبة أو يلحقها تقديم بعض الهدايا من أحد الطرفين للآخر، وقد يدفع الخاطب شيئاً من المهر استعجالاً لإعداد الجهاز بناء على ما ترجح عنده من قرب إتمام العقد وهو أمر متعارف بين الناس.

وقد يعقب الخطبة بعض التصرفات كما إذا كانت المخطوبة موظفة فتركت وظيفتها، أو أعد الخاطب بيت الزوجية على وجه خاص أشارت به المخطوبة، كأن تطلب منه أن يشتري أرضاً ليقم عليها مسكن الزوجية بالقرب من بيت أهلها. فماذا يكون الحكم إذا رجع الخاطب عن الخطبة؟

إن ما يقدم على أنه مهر، يكون للخاطب استرداده، لأن المهر حكم من أحكام الزواج، فإذا لم يتم الزواج فلا يستحق، ويرد بذاته إن كان قائماً وبمثله أو قيمته إن أهلك أو استهلك لأن المرأة لا حق لها في المهر إلا بعقد الزواج وهو لم يوجد وعلى هذا اتفق الفقهاء. ويجري حكم المهر على الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه، فهي اليوم من أهم ما تشمله مفاوضات الزواج وقد تكون بالنسبة لقيمتها هي المهر الحقيقي.

لكن المخطوبة قد تشتري الجهاز أو بعضه بالمهر المقدم وبعد عدول الخاطب لا تضمن كل ما كان ينتظر من الانتفاع به وردها جميع ما قبضته يصيبها بالخسران، بينما تقديم المهر يفيد الإذن المتضمن من الخاطب بشراء الجهاز، فليس من العدل إلزامها بمثل ما قبضته بل الأقرب إلى العدل أن يكون لها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلا أو بعضاً من أعيان الجهاز التي اشترتها.

وسند ذلك ما جاء في الفقه المالكي، لو خطب شخص امرأة ودفع لها الصداق قبل

العقد فتجهزت به ثم لم يحصل عقد لمانازعتهما، فهل يرجع بما اشترته أو بالنقد؟ والظاهر الأول إن أذن لها أو علم أو جرى به عرف، والثاني عند انتفاء ذلك^(١).

وما تقرر في الفقه الحنفي من قاعدة التسليط، أخذاً بأن الخاطب سلط المخطوبة على شراء الجهاز بدفع المهر، لأن الشراء هو المقصود بتعجيل الدفع حسب العادة، وما تمليه الرغبة الظاهرة من قبل الدافع في إتمام الزواج بالإعداد له^(٢).

فالذي يظهر من كلام الفقهاء أن ما قدمه الخاطب من مهر يجب رده، وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً.

وأما ما قدمه من هدايا، فأكثر الفقهاء على ردها وإن اختلفوا في التفاصيل^(٣).

فالشافعية يذهبون إلى وجوب الرد مطلقاً باقية أو غير باقية، فإن كانت موجودة ردت بعينها، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها، سواء كان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة أو منهما معاً.

جاء في حاشية قليوبي: دفع الخاطب بنفسه أو وكيله أو وليه شيئاً من مأكول أو مشروب أو نقد أو ملبوس لمخطوبته أو وليها ثم حصل إعراض من الجانبين أو من أحدهما أو موت لهما أو لأحدهما، رجع الدافع أو وارثه بجميع ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقاً وكذا بعده إن طلق قبل الدخول أو مات إلا إن ماتت هي، ولا رجوع بعد الدخول مطلقاً^(٤).

والحنفية يذهبون إلى وجوب رد الهدايا إن كانت موجودة في يدها من غير زيادة متصلة

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٤/ ١٨٧.

(٢) أشرف للمساوي، مركز الإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠٠٧ م.

(٣) انظر.. البحر الرائق ٨/ ٣٨٩، الدر المختار، ٥/ ٧٠٧، فتح القدير، لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، ٧/ ٢٣٩.

(٤) حاشية قليوبي وعميرة، ٣/ ٢١٧.

بها لا يمكن فصلها، فإن هلك كعقد فقد أو ساعة تكسرت أو استهلكت كطعام أكل أو ثوب بلي، أو زادت زيادة متصلة لا يمكن فصلها كقماش خيط ثوباً، أو خرجت عن ملكها بأن تصرف فيها ببيع أو هبة، لا يجب ردها في جميع تلك الصور، لأنهم أعطوا الهدية حكم الهبة، وفي الهبة يمتنع الرجوع بموانع، الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها.

قال في " درر الأحكام " خطب بنتا رجل وبعث إليها شيئاً ولم يزوجها أبوها، فما بعث للمهر يسترد إن عينه قائماً وإن تغير بالاستعمال، لأنه مسلط عليه من قبل المالك فلا يلزم في مقابلة ما انتقض باستعماله شيء أو قيمته إن هالكاً؛ لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد كذا كل ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك لأن فيه معنى الهبة^(١).

أما المالكية، ففي أصل المذهب عندهم لا رجوع بشيء مما أهده الخاطب لمخطوبته، ولو كان الرجوع من جهتها.

ولكن الفتوى في المذهب برأي آخر عندهم، وهو الأوفق كما يقولون على الوجه

الآتي^(٢):

١- أن كان هناك عرف أو شرط بالرد وعدمه يعمل به.

٢- إن لم يكن شرط ولا عرف، فإن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هداياه، لأنه ألمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيام إيلاماً آخر،

(١) درر الأحكام شرح غرر الأحكام، لملا خسرو محمد بن فرموزوا، ١، ٣٤٨.

(٢) انظر.. المنتقى شرح الموطأ ٢٦٦/٣ والتاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق محمد بن يوسف العبدري، مطبوع بهامش مواهب الجليل، ط ٢، ١٣٩٨هـ، دار الفكر، بيروت، ٥/ ٢١١، وشرح مختصر خليل للخرشي، ١٧٢/٣.

وإن كان العدول من المخطوبة وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائماً أو مثله أو قيمته إن كان هالكاً، لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن آلمته بنفسه خطبته، ولأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة، بل هو هبة مقيدة فإنه لولا الخطبة الموصلة للزواج ما قدم لها شيئاً، فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قدم الهدايا، والعدل يقضي بأن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل نتيجة عمله^(١).

يتضح مما سبق أن القانون المصري لم يعالج مسألة الهدايا في حالة العدول عن الخطبة ولهذا اعتبرته محكمة النقض هبة، هذا على خلاف القانون الكويتي الذي نظم أحكام العدول في المادة الخامسة من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٣ بشأن الأحوال الشخصية كما بينا سابقاً فاشترط أن يكون العدول بمقتضى حتى يسترد ما أهده، وهذا يرفضه القضاء المصري حيث اعتبرت محكمة النقض الهدايا من قبيل الهبات فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني.

وحسناً فعل المشرع الكويتي عندما بين أحكام العدول عن الخطبة فجعلها واضحة وهذا أقرب ما يكون إلى العدل لأن في العدول بغير مقتضى واسترداد الهدايا جمع بين ألين.

ولكن ما حكم استرداد "الشبكة"؟

إذا تمت الخطبة وقدم الخاطب لمخطوبته بعض الحلي من الذهب أو الماس أو الأحجار الكريمة، على سبيل الشبكة كدليل على ارتباط الخطيبين مثل: الخاتم أو الدبلة أو الأساور والعقد والقرط، ثم فسخت تلك الخطبة، فما هو موضع تلك الشبكة أهى من الهدايا فتأخذ حكمها كما قدمنا، أم هي من المهر فتأخذ حكمه؟

(١) مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ٦٦.

للإجابة عن هذا السؤال يجدر الإشارة إلى أن حكم الشبكة يختلف باختلاف العرف^(١)، فإن كان العرف يعتبرها من المهر أخذت حكم المهر، وإن كان العرف لا يعتبرها من المهر، أخذت حكم الهدايا.

فالمالكية الذين أخذ عنهم القانون الكويتي أحكامه بشأن الهدايا، لم يجروا على الهدايا حكم الهبة، إذ أن الأصل في مذهب المالكية أن الخاطب لا يرجع فيما أهدى لمخطوبته أو أنفقه عليها ولو كان الرجوع منها واختار الشيخ الدردير جواز الرجوع عليها إذا كان العدول من جهتها إلا بعرف أو شرط، لأنه أعطها على أمل الزواج وقد فوتت عليه غرضه^(٢).

قال ابن رشد: اختلف قول مالك فيما جرى العرف به في الهدايا التي يتهداها الأزواج عند الأعراس فمرة رأي القضاء بها لأن العرف كالشرط إلا أنه أبطلها في الموت، ومرة لم ير القضاء بها^(٣).

وأما عدا ذلك: فلم تتعرض له كتب الفقه فيما قرأنا، ولعل هذا لأن الناس في زمنهم ما كانوا يتورطون فيما قد يضرهم في هذه المسألة لأنهم يعلمون أن مجرد الخطبة لا يلزم أحد الطرفين بشئ ومن تورط في تصرف قبل أن يستوثق من أمره بإتمام العقد يكون مقصرا في حق نفسه فيتحمل تبعه ما جنى، ولا يكون له الحق في المطالبة بأي تعويض، وهي وجهة نظر سارت عليها محكمة الاستئناف الوطنية في مصر فيما عرض عليها من خصومات في هذا الموضوع.

وهناك وجهة نظر أخرى سارت عليها بعض المحاكم الابتدائية المصرية، وهي الحكم

(١) سامح سيد محمد، هيئة قضايا الدولة بمصر، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار المجد للطباعة بالهرم،

القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ٨٤ وما بعدها.

(٢) انظر.. حاشية الدسوقي على شرح الدردير، ٢/٢١٩.

(٣) التاج والإكليل، ٥/٢١٢.

بالتعويض بناء على أن الخاطب قد أساء في استعمال حقه.

*** الآثار القانونية المترتبة على فسخ الخطبة بالنسبة للهدايا والشبكة:**

إذ كان القانون المصري قد خلا من نص بشأن حكم الهدايا في حالة عدول أحد الخاطبين عن الخطبة ولهذا أخذت حكم الهبة، فإن تطبيقات محكمة النقض استقرت على أن: الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر، إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لأنها ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه إذ يتم الزواج صحيحاً بدونها ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك من نطاق الأحوال الشخصية، وتعتبر الهدايا من قبيل الهبات، فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقداً مالياً كسائر العقود واستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإن المعول عليه في حق الخاطب في استرداد تلك الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني المادة ٥٠٠ وما بعدها^(١).

وكان قبل صدور قانون محاكم الأسرة المحكمة المختصة نوعياً بنظر دعوى استرداد هدايا الخطبة هي المحكمة المدنية، وتكون هي المختصة محلياً بنظر الدعوى عملاً بنص المادة ٤٩ من قانون المرافعات وهي المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعي عليه، وتكون المحكمة الجزئية هي المختصة قيمياً بنظر الدعوى إذا ما كانت قيمة المطالب باسترداده من هدايا يقل عن مبلغ عشرة آلاف جنيه، وتختص المحكمة الابتدائية إذا ما كان المطالب به

(١) نقض مدني في ٢٤/١٠/١٩٦٣م، الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ق، السنة ١٤، ص ٩٨٦، مشار إليه بمبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، أحمد نصر الجندي، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٩٢م، المبدأ رقم ٤، ص ٥٠٦.

يزيد على ذلك المبلغ عملاً بنص المادة ٤٢ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩م، هذا كان قبل صدور قانون محاكم الأسرة كما سنرى.

هذا ما ارتأته محكمة النقض بشأن المنازعة المتعلقة برد الهدايا والشبكة، فقد أخرجتهما عن نطاق الأحوال الشخصية وطبقت في شأنهما قواعد القانون المدني باعتبار أنهما يأخذان حكم الهبة.

ثم صدر قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ فنص في المادة الثالثة منه على اختصاص محاكم الأسرة دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص المادة التاسعة في البند رقم ٤ من الفقرة أولاً منه على أن تختص المحكمة الجزئية بنظر المسائل الواردة بهذه المادة (٤) دعاوي المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها^(١).

هكذا يبدو الاختلاف واضحاً بين ما قضت به محكمة النقض من كون الشبكة وهدايا الخطبة لا يعدا من مسائل الأحوال الشخصية ويسري عليهما ما يسري على الهبات من أحكام، وبين ما نص عليه في القانون الأخير من اختصاص محاكم الأسرة بنظر الدعاوي المتعلقة بالشبكة وهدايا الخطبة، والتي يمكن أن تدخل في مفهوم عبارة "ما في حكمها" الواردة بعجز الفقرة.

فهل النص على اختصاص محاكم الأسرة بنظر هذه الدعاوي يستوجب تطبيق حكم الفقرة الأولى من المادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والتي تنص على أن "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه

(١) الجريدة الرسمية، العدد ٤ مكرر، السنة ٤٣، الصادرة في ٢٢ شوال ١٤٢٠، ٢٩ يناير ٢٠٠٠م.

نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة".
وهل النص على اختصاص محاكم الأسرة نوعياً بالفصل فيها يخرجها من طبيعتها من حيث كونها من المسائل المالية التي تنطبق بشأنها أحكام الهبة^(١).
للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن الأحكام الأساسية للزواج ومقدماته مأخوذة من الفقه الإسلامي، هذا هو الأصل، وبالتالي فإن ما يتبع هذه الأحكام من خطبة ومهر وما يقدمه أحد الخاطبين للآخر من هدايا أو ما يسمى بالشبكة ما هو إلا ثمرة من ثمرات هذا الاتفاق يتبع الأصل ويأخذ حكمه، هذا الحكم الذي تولت الشريعة الإسلامية بيانه للناس فنظمت العلاقة بين الخاطبين وحدودها وما يتعلق بها من أحكام.

إذن فمسألة الهدايا هذه مسألة تبعية عارضة ليست مقصودة بذاتها، وإنما المقصود الخطبة أو الارتباط ورغم أن هذا الارتباط ليس عقداً إلا أنه قائم على أساس من القرآن والسنة، وبالتالي فإن ما يترتب على الخطبة من مسائل يأخذ حكم الأصل حتى لا يترتب عليه انفصال يجعل الفرع يتبع غير أصله.

ولقد صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وعقد في الباب الثاني اختصاص المحاكم مسائل الأحوال الشخصية ففي المادة التاسعة منه، إن المحكمة الجزئية تختص بدعوى المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها: ويستفاد من ذلك مسألتان:

الأولى: تحديد المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي كما جاءت في الفقرات ١، ٢، ٣ الدعوى المتعلقة بحضانة الصغير وحفظه ورؤيته وضمه والانتقال به والدعوى المتعلقة بالنفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات بجميع أنواعها،

(١) راجع.. نقض أحوال الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ قضائية، جلسة ٢٤/١٠/١٩٦٣م، س ١٤، ص ٩٦٨.

والدعاوي المتعلقة بالإذن للزوجة بمباشرة حقوقها متى كان القانون الواجب التطبيق يقضي بضرورة الحصول على إذن الزوج لمباشرة تلك الحقوق ثم تضمن - وهو ما يعيننا في موضوع البحث - دعاوي المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها وهذا يدل دلالة قاطعة على إدراج الدعاوي الأخيرة ضمن مسائل الأحوال الشخصية شأنها شأن ما ورد في البند الخامس والسادس والسابع والثامن في بيان مسائل الأحوال الشخصية الأخرى والمتعلقة بتصحيح القيود الخاصة بوثائق الزواج والطلاق وتوثيق ما يتفق عليه ذوو الشأن أمام المحكمة فيما يجوز شرعاً، والإذن بزواج من لا ولي له وتحقيق الوفاة والوراثة والوصية الواجبة... إلخ.

الثانية: الاستفادة فهي متعلقة بتحديد المحكمة المختصة بنظر كافة المسائل المشار إليها آنفاً تحت البند أولاً المسائل المتعلقة بالولاية على النفس.

ولازم ما تقدم القول على وجه قطعي وجازم بأن إرادة المشرع بإصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد اعتبر النزاع المتعلق بدعاوي المهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها من هدايا، مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يناط بنظرها والفصل فيها الدوائر المختصة بنظرها دوائر الأحوال الشخصية، ولا ريب أن المهر وأحكام الخطبة والعدول عنها والفصل في الهدايا وما تعارف عليه بمسمى الشبكة، مباحث أصيلة متعلقة بالأحوال الشخصية تناول فقهاء المذاهب الأربعة من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وغيرهم بما فاضت به كتبهم من متون وحواشي لذا رأى الشارع وبحق اختصاص دوائر الأحوال الشخصية بالفصل فيها دون سواه.

ومن ثم يكون الشارع بما انتهى إليه بالتعديل التشريعي الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ قد خالف ما انتهت إليه محكمة النقض في حكمها الصادر في غضون سنة ١٩٦٣

المشار عليه والتي اعتبرت النزاع المتعلق بالهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر أمراً متعلقاً بأحكام الهبة وأخرجته من مسائل الأحوال الشخصية وجعلت الاختصاص بنظرها للمحكمة الجزئية، أصبح هذا القضاء لا محل له بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الذي جعلها من مسائل الأحوال الشخصية الخالصة على ما تقدم بيانه.

ولا مجال لمسايرة البعض^(١) إذ يقرر أن اختصاص محاكم الأسرة بنظر الدعاوي المتعلقة بالشبكة وما في حكمها كهدايا الخطبة لا يعني ولا يستوجب بل ولا يترتب عليه بطريق اللزوم وإعمال نصوص أحكام القول الراجح من المذهب الحنفي تطبيقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٣ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ زعماً منه أنه مخالف لما استقر عليه الفقه والقضاء من أن الشبكة وهدايا الخطبة لا تعد من مسائل الأحوال الشخصية وأياً ما كان توجه هذا الرأي فإنه لا مجال للأخذ به لأمرين:

الأول: أنه ما دام صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والذي أدرج الدعاوي المتعلقة بالمهر والجهاز والدوطة والشبكة وما في حكمها ضمن مسائل الأحوال الشخصية - كما أسلفنا - فلا اجتهاد في مقابل النص.

الثاني: وهو رغبة هذا الاتجاه في استبعاد تطبيق المذهب الحنفي على الدعاوي المتعلقة بالهدايا والشبكة وهو ما ينافي نص المادة الثالثة من القانون سالف الذكر التي نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة". وإذا خلا قانون الأحوال الشخصية المصري من تنظيم قانوني لأحكام الخطبة والعدول عنها وكذا الحلول المتعلقة بشأن ما يقدمه أحد الخاطبين للآخر من هدايا وشبكة فيكون

(١) أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، ط٧، ٢٠٠٧م، ص٧٧٦.

لزماً على القاضي نزولاً على حكم المادة الثالثة سالفه الذكر الرجوع إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة وهو أمر استقر العمل به بموجب نص المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية إذ نصت على أنه "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة".

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع في دولة الكويت قد سبق قرينه في مصر إذ عرض بنصوص صريحة لأحكام الخطبة والعدول عنها وما هو متعلق بما يقدم من مهر وهدايا إذ تضمن القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية. وإذ نصت المادة ٢ منه على أن الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به وقبض المهر وقبول وتبادل الهدايا.

ونهيب بالمشرع المصري بإصدار تعديل تشريعي متعلق بأحكام الخطبة تيسيراً على المتقاضين والقاضي أسوة بالمشرع الكويتي.

وعود على ما بدأناه بشأن ما يعد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية فتخصص بنظرها دوائر الأحوال الشخصية في المحكمة دون سواها، فإن ذلك مرجعه إلى إرادة المشرع وما يصدر عنه من قوانين في هذا الشأن ينحسم به موضوع النزاع ومن ثم يطرح الاجتهاد في مقابلة ما ينص عليه.

ومثال ذلك ما استقر عليه قانون من اختصاص القضاء الجنائي على اختلاف درجاته بالنظر في قضايا الاعتداء على الأشخاص والأموال، وتطبيق قانون العقوبات والإجراءات الجنائية في هذا الصدد فإذا ما ارتأى الشارع في مصر والكويت أن يجعل دوائر الأحوال الشخصية مختصة بنظر قضايا الواقع من الزواج على زوجته من اختصاصها نظراً لما تثيره من استعمال الزوج حق التأديب مما يجعل الفعل مباحاً غير معاقب عليه إعمالاً لما ورد في كتاب الله العزيز من تخويل الزوج حق تأديب زوجته لقوله تعالى: ﴿.. وَاللَّاتِي تَخَافُونَ

نُشُورُهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا
إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾.

فإنه لا مشاحة في تحقيق دفاع الزوج في هذا المقام لبيان مدى توافر سبب الإباحة أم لا وكذا الأمر فيما لو اتهم الزوج زوجته بسرقة ماله، وهي تمسكت أن أخذها ماله حق رخص به النبي صلى الله عليه وسلم عندما قال لهند (خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف)^(١).

فتحقيق دفاعها في هذا المقام تعد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية.

وخلاصة القول : أنه صدر قانون يجعل المثالين سالفى الذكر من مسائل الأحوال الشخصية فامتنع الاجتهاد أيا كان وجه الحق فيه في مقابلة النص، ذلك ما أردنا أن نؤكد به بشأن استقلال المشرع بتنظيم المسائل التي يراها متعلقة بالأحوال الشخصية دون سواها وله أن يخرج منها ما يراه ويجعل الاختصاص بنظرها لما يراه من محاكم.

وفائدة ما أثبتناه آنفا مع توحيد القضاء وإلغاء المحاكم الشرعية والملية في مصر وعدم وجودها في الكويت حيث أنيط بالقضاة جميعا الفصل فيما يسند إليهم من دعاوي يتم توزيع العمل فيها على دوائر متخصصة بمعرفة الجمعية العمومية لكل محكمة، فائدة ذلك في بيان ومعرفة تطبيق القاعدة القانونية التي تحكم النزاع وعمّا إذا كان سيطبق القانون الوضعي أم قوانين الأحوال الشخصية والمذاهب الفقهية التي لم تقنن أحكامها بعد مثل المذهب الحنبلي في المملكة العربية السعودية.

(١) سورة النساء، الآية ٣٤.

(٢) رواه البيهقي، ١٦١٠٨، والطبراني في الكبير، ٢٤٨.

ثانياً: مدى الحق في المطالبة بالتعويض عن العدول عن الخطبة.

أجمع الفقهاء على أن الخطبة لا تعدو أن تكون وعداً بالزواج، والوعد وإن كان غير ملزم قضاء عند غالبية الفقهاء، إلا أن في مذهب الإمام مالك الوفاء بالوعد مطلوب، على خلاف في القضاء به^(١).

والعدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين، إلا أنه قاصر على الحالات التي يستعمل فيها صاحب الحق حقه فيما أعد له بغير بغي ولا عدوان.

وللعدول عن الخطبة جوانب نفسية واجتماعية سيئة، ولكن له بجانب ذلك آثار طيبة على المستوى الفردي والاجتماعي أهمها أنه يحول دون إتمام زواج غير مرغوب فيه وفي هذا ما فيه من الخير والنفع.

والمسئولية عن الإخلال بوعد مرجعها نصوص القانون^(٢)، فقد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة فيصيب الطرف الآخر ضرر مادي أو أدبي، فهل يجب التعويض عن العدول؟ لم تثر هذه المسألة أمام القضاء إلا بعد أن استقدمت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية، وتمكنت العادات المستوردة في نفوس العرب الذين يدينون غالباً بالإسلام، وقد أثرت المسألة في دوائر القضاء الذي يحكم في الأضرار المادية والأدبية والتعويض عنها، وانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين^(٣).

(١) انظر... شرح مختصر خليل للخرشي، ٣/ ١٥٢.

(٢) الشيخ/ أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون، ط نادي القضاء، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٣م، ص ٦٤ وما بعدها.

(٣) السعيد مصطفى، مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، رسالة دكتوراه، ١٩٣٦، مطبعة الاعتماد، القاهرة، الجامعة المصرية، كلية الحقوق، ص ٧٦.

فريق يرى وجوب التعويض، محاولاً جعل الخطبة اتفاقاً ملزماً باعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، ومن ثم يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجباً للتعويض عن الضرر المادي والأدبي، إلا إذا أثبت العادل سبباً معقولاً لعدوله.

وفريق آخر، يرى أن العدول لا يوجب التعويض على من عدل عن الخطبة، لأن العدول حق ثابت لهما غير مقيد بشرط، والعادل إنما يستعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق^(١). ولأن الذي وقع في الضرر من الطرفين يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة ثم حصل عدول فالضرر نتيجة لاغتراره ولم يغرر به أحد، والضمان عند التغيير لا عند الاغترار، ولأنه لو حمل العادل عن الخطبة مغارم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج.

لكن مسلك الفريقين فيه نوع من المغالاة، ذلك أن الفريق الأول أخرج الخطبة عن طبيعتها من أنها مجرد وعد لا التزام فيه إلى أنها اتفاق ملزم بإجراء عقد الزواج، وفيه تسليط نوع من الإكراه على إتمام عقد الزواج؛ لأن كلا من الطرفين قد يقدم على العقد وهو غير راغب فيه خوفاً من التعويض الذي يلزم به لو فسخ الخطبة، وفي الإكراه على الزواج إجبار شخص على الزواج بامرأة لا يرغب فيها، أو إجبار امرأة على الزواج برجل رغبت عنه، وهذا يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج، والسكن والمودة والرحمة وتكوين الأسرة السعيدة.

أما الفريق الثاني: فقد نظر إلى طبيعة الخطبة وأنها مجرد وعد لا التزام فيه، وأن العدول عنه حق مقرر لكل من طرفيه، ولم يلتفت إلى أن هذا الحق قد يساء استعماله فيترتب عليه الضرر أو ينضم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر^(٢).

(١) أحكام الأسرة في الإسلام، محمد شلبي، ص ٧٠.

(٢) نفس المرجع السابق، ذات السياق، ص ٧١.

الفصل الثالث

مدى مسؤولية الولي عن امتناعه تزويج مولاته دون مسوغ شرعي العذل والتعويض عنه

الولاية مصدر ولي الشئ وولي عليه ولاية وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته وولي المرأة الذي يملي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد به دونه^(١).

وفي عرف الفقهاء: سلطة تقتضي تنفيذ الإنسان قوله رضي غيره أم أبي^(٢).

ويشترط لعقد النكاح ولي المرأة سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، قال تعالى: "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"، معنى: لا تعضلوهن أي: لا تمنعهن - قال الحافظ: هي أصح دليل على اعتبار الولي وإلا لما كان لعضله معنى^(٣).

والولاية في الزواج قسمان: ولاية إجبار وولاية اختيار أو ولاية الشركة، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب وهي الولاية على البالغة العاقلة فيقدر جمهور الفقهاء أن عليها ولاية.

والولاية الأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولي عليها لا يشاركه فيه أحد.

وأما الولاية الثانية، وهي تثبت على البالغة العاقلة، وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أن ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها، بل يشاركها وليها في اختيار الزوج وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاهه معها على الزواج، ولذلك تسمى ولاية اختيار، كما تسمى ولاية الشركة

(١) لسان العرب، مرجع سابق، ص ٤٩٢١.

(٢) عيون المسائل الشرعية لشيخ علي حسب الله، القاهرة، ص ٦٦.

(٣) فتح الباري، ٩/ ١٨٧.

لأنه ليس له أن يجبرها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادته^(١).

* موقف القانون الكويتي:

وقد نص في المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو من يقوم مقامها. ونصت المادة ٢٩ منه على أن:

أ- الولي في زواج البكر^(٢) التي بين البلوغ وتتمام الخامسة والعشرين هو العصبه بالنفس حسب ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبه فالولاية للقاضي، ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكراً كان أم أنثى.

ب- يشترط اجتماع رأي الولي والمولي عليها.

وقد نص في المادة ٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية على أن "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها، مفاده أن المشرع جعل للثيب أو البالغة الخامسة والعشرين من عمرها الرأي وحدها دون غيرها في زواجها، وقصر دور الولي على مباشرة العقد فقط، فإذا باشرت العقد بنفسها كان زواجها صحيحاً ولكن موقوفاً على إجازة الولي وحده دون غيره فله أن يعترض على عقد الزواج إن لم يكن قد رضي به من قبل وإن شاء أجازته أو طلب فسخه، ولا يكون هذا الحق للزوج الذي أبرم عقد الزواج عملاً بالقاعدة الشرعية أن من سعى

(١) انظر.. الاختيار لتعليل المختار ٣/ ١٠٤، البحر الرائق ٨/ ٨٠، أشرف المسالك ١/ ١٣١.

(٢) البكر هي التي لم توطأ سواء أتزوجت وفارقت الزوج قبل الوطء أم لم تتزوج وسواء أبقيت عذرتها أم زالت بغير الوطء، كوثية أو مرض أو تعنيس أم لم تكن لها عذرة بأصل الخلقة وهذا نادر، والثيب من زالت بكارتها بوطء في نكاح صحيح أو فاسد أو بشبهة.

في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه^(١).

وقد رؤى - كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي - أن الفترة ما بين البلوغ الطبيعي وبلوغ سن الخامسة والعشرين مرحلة حرجة للفتيات، لم تنهياً فيها نفوسهن للتبصر ومقاومة المخاطر، ولا تمتد فيها أنظارهن إلى المستقبل البعيد، وإطلاق الحرية في هذه الفترة، بتطبيق الراجح في الفقه الحنفي، أو إجبارهن على الزواج بمن يختاره الولي كما جاء في مذهب الإمام مالك، كان من جرائه الكثير من المآسي، فدرءاً لذلك كله، وإقامة للأسرة على أساس حكيم اختار المشروع أن زواج الفتاة ما بين بلوغها الطبيعي وتام الخامسة والعشرين يشترط فيه اجتماع رأيها ورأي الولي وقصر هذه الولاية على الفتاة في هذه المدة.

ثم قرر للولي أن يباشر عقد زواج بنته التي أتمت الخامسة والعشرين بعد أخذ رأيها، وكذا الثيب، وذلك مراعاة للتقاليد وحفاظاً على مكانة الولي وقد وكل الأمر في حالة العضل إلى القاضي، ليأمر أو لا يأمر بالتزويج أخذاً بما نص عليه المالكية والشافعية.

أما المادة ٣١ من القانون السابق فقد نصت على أنه:

إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا.

وقضت محكمة التمييز بأنه إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر للقاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا، وعضل المرأة هو منعها من التزويج ظلماً كما في قوله تعالى: "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن"، وقد أفصحت المذكرة الإيضاحية عن أنه في حال عضل الولي، فإن الأمر يسند

(١) طعن رقم ١٥٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٣/١٢/١٤ م.

إلى القاضي أخذاً بما نص عليه المالكية والشافعية من انتقال الولاية إلى القاضي لا إلى الولي الأبعد، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة، وعضل الولي للفتاة من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بلا معقب طالما أقامت قضائها على أسباب سائغة لها سندها، ولا عليها من بعد أن تتبع الخصوم في كافة مناحي دفاعهم وترد عليها استقلالاً ما دام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمني المسقط لما يخالفها^(١).

وكان يجري العمل على أن الأب الرشيد له ولاية التزويج جبراً على بنته البكر البالغة، ولو كانت عانساً بلغت ستين سنة أو أكثر، حسب المشهور في فقه مالك، ويسري حقه في هذا الإجبار على بنته الصغيرة بكرةً أو ثيباً، في الوقت الذي ذهب فيه الحنفية إلى أنه لا بد من اعتبار رضا البكر البالغة ولا يملك أحد إجبارها على الزواج.

والجمهور على أن البالغة العاقلة لا يصح أن تتزوج إلى بولي، ولا تملك تزويج نفسها. وقد جاءت الأدلة فلم تخص الثيب من البكر، بل هي عامة ولذا ترجم الإمام البخاري قال: باب من قال: لا نكاح إلا بولي لقوله تعالى: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن"، فدخل فيه الثيب وكذلك البكر^(٢).

وقال صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل (ثلاث) ولها المهر بما أصاب منها، فإن اشتجروا فإن السلطان ولي من لا ولي له)^(٣).

قال النفراوي - من المالكية : وجه اشتراط الولي لدفع المعرفة التي تلحق الولي إن

(١) طعن ١١٣ لسنة ٢٠٠٤، أحوال جلسة ٦ يونيه ٢٠٠٤ م.

(٢) صحيح البخاري، ١٩/٧.

(٣) رواه أبو داود، ٢٠٨٣، والترمذي، ١١٠١، وابن ماجه، ١٨٧٩.

زوجت المرأة نفسها^(١).

وقال الشافعي: إذا كان الولي حاضراً فامتنع من التزويج، فلا يزوجه الولي الذي يليه في القرابة، ولا يزوجه إلا السلطان الذي يجوز حكمه^(٢).

ولا إشكال فيما إذا اجتمع رأي الولي والمولي عليها البكر التي بين البلوغ وتام الخامسة والعشرين، على من تقدم للزواج بها إعمالاً للمادة ٢٩ من القانون ولا إشكال في موافقة الولي على مباشرة عقد زواج الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين، إعمالاً للمادة ٣٠ من القانون.

ولا مشاحة في حق المولي عليها في الحالة الأولى والحالة الأخرى أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج، إذا عضل الولي الفتاة وامتنع عن تزويجها. ولا إشكال إذا كان عضله بحق، أي أن امتناعه عن تزويجها قائم على أسباب سائغة ومبررة، كأن يكون يريد الزواج منها كفاء.

لكن تثور المشكلة فيما لو كان عضل الولي المولي عليها بغير حق ولا سبب سائغ أو مشروع، فهل استعمال الولي لحقه بهذا الشكل يعتبر تعسفا يترتب عليه المطالبة بالتعويض؟ الأصل أن استعمال الحق من جانب صاحبه يعتبر فعلاً مشروعاً، مادام يلتزم فيه مضمون الحق وحدوده، كما رسمها القانون، ومن هنا كان السائد زمنياً طويلاً أن صاحب الحق يتمتع بحرية مطلقة في استعمال حقه ولا يكون مسئولاً عما يصيب الغير من جراء استعماله، ولكن غالبية التشريعات الحديثة تقيد من هذه الحرية وتضع على استعمال الحقوق رقابة تكفل مشروعيته فتضفي حماية القانون على الاستعمال المشروع وحده وتمنعها عن

(١) الفواكه الدواني، للنفاوي، لأحمد بن سالم، دار المعرفة، بيروت، ٧/٢.

(٢) الأم، ١٥/٥.

الاستعمال الذي ينحرف به صاحب الحق عن طريقه الطبيعي، بل وتساؤله عما يسبب للغير من ضرر، أو تمنعه أصلاً من المضي في هذا الاستعمال^(١).

وللإساءة في استعمال الحقوق طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الجزاء الذي يقره القانون لها وذلك بنوعيه المالي والعيني:

الجزاء المالي: وهذا الجزاء - كمنظيره في القانون - يكون بالزام المسيء بتعويض الغير عما تسبب له الإساءة في استعمال حق من الحقوق من الضرر، وهذا الضرر قد يكون مادياً أو معنوياً.

وأما عن الضرر المادي فلا شبهة في تعويضه، كمن يؤجج في أرضه ناراً في يوم عاصف فيحرق ما يليه فإنه يعتبر متعدياً وعليه الضمان.

قاب ابن تيمية: "وليس للإنسان أن يتصرف في ملكه بما يؤدي به جاره".

وفي معين الحكام: رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يخرب السكة، المختار أنه يمنع"^(٢).

الجزاء العيني: وهذا الجزاء كمنظيره في القانون أيضاً على أنواع مختلفة، فمنه ما يكون بإزالة وجه الإساءة بحيث يوقف الضرر الناتج عنها، ومنه: ما يكون بتقييد استعمال الحق بقيود مخصوصة يقصد بها منع الضرر، ومنه ما يكون بإكراه صاحب الحق على استعماله حتى يمتنع الضرر الذي يحدثه إذا أحجم صاحبه عن استعماله، ومنه: ما يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعاً للضرر الذي يترتب عليه.

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الفصل الثالث في استعمال الحق، ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) معين الحكام في ما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي، المطبعة الأميرية، القاهرة،

٥١٣٠٠هـ، ص ٢١٣.

وقد يكون الجزاء العيني للإساءة في استعمال الحق بإبطال العمل الذي حصل، ومن ذلك إبطال نكاح التحليل والتفريق بين الزوجين لعدم كفاءة الزوج.

ونعود إلى الإجابة عن تساؤلنا فيما إذا أساء الولي استعمال الحق المخول إليه بحكم ولايته فامتنع دون مبرر عن تزويج المولي عليها وهو ما يسمى العضل، فنقول: قال الدكتور محمد السعيد رشدي: شرعت الولاية على النفس مثل الولاية على المال، لرعاية مصلحة المولي عليه وتحقيق الخير له وصلاح أمره في نفسه وماله^(١).

ولذلك تثبت في الشريعة الإسلامية لمن كان شأنه الحرص على منفعة المولي عليه بسبب ما بينهما من قرابة ونحوها مما يستوجب الشفقة والعطف وحسن الرعاية، فإذا استعمل الولي هذا الحق في غير ما شرع من أجله كان متعسفًا في هذا الاستعمال، فلا ينفذ تصرفه ولا يترتب عليه أي أثر.

وعلى هذا ليس للولي أن يمتنع عن تزويج من له الولاية عليها، إذا كان في هذا الامتناع مضرة بها، أو لم يكن بقصد تحقيق مصلحة لها^(٢).

فإن كان الولي القريب حاضراً وامتنع عن التزويج بغير حق كان عاضلاً والعضل ظلم فلا تنتقل الولاية إلى من يليه بل إلى القاضي ليزوج نائباً عنه، لأن رفع الظلم إليه.

وإذا زوج القاضي لرفع ظلم الولي العاضل كان لتزويجه حكم تزويج ذلك الولي فيكون نافذاً لازماً إذا كان العاضل أصلاً أو فرعاً، ونافذاً غير لازم إذا كان العاضل غيرهما^(٣).

والجزاء في الإجبار على الزواج الخالي من مصلحة محققة للصغير هو بطلان العقد

(١) محمد السعيد رشيد، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١م، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٢) الشيخ / أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها.

(٣) الزواج في الشريعة الإسلامية للشيخ علي حسب الله، القاهرة، ص ١٣٩.

وللصغيرة المجبرة الخيار إن كانت بالغة كما لها الخيار عند البلوغ، فعن ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١)، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم.

ويعني الفقهاء بعضل المرأة منعها عن رضاه وتختار، ويعنون بجبر المرأة على النكاح إنكاحها دون رضاها واختيارها، وقد رأينا أن العضل يكون من الولي المجبر، طبقاً لما تقدم، وأنه لا يتصور في مذهب أبي حنيفة، لأن وجود الولي ليس بشرط عند، فيما عدا حالة الإجماع للصغيرة، وأن للمرأة في غير هذه الحالة أن تزوج نفسها، وذلك مخالف للملكية الذي أخذ عنهم قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

ومدار العضل هو أن يمتنع الولي من تزويج من في ولايته بقصد الإضرار بها، أو بغير أن يكون في ذلك مصلحة لها، وبشرط أن يخطبها كفاء وبمهر المثل، فإن كان الأمر كذلك وامتنع الأب عن تزويجها عد عاضلاً، وإلا فلا عضل، ولا يؤمر بتزويجها ولو تكرر رد الولي للخطاب مادام أنه ليس مضاراً لها^(٢)، وظاهر هذا القول يتفق مع بعض مظاهر إساءة استعمال الحق.

فإذا كان الأمر كذلك فهل يمكن القول بأن العضل هو إساءة استعمال الحق أو أنه تقصير في القيام بواجب؟

يمكن أن يقال أنه وإن كان من حق الولي أن يزوج فليس من حقه أن يمنع من الزواج، وعلى هذا الاعتبار يكون من واجب الولي أن يزوج، ويكون العضل تقصيراً في واجب، وليس

(١) رواه أبو داود، ١/٦٣٨، ٢٠٩٦ وابن ماجه ١/٦٠٣، ١٨٧٥، وأحمد في المسند، ١/٢٣٧، ٢٤٦٩ قال

الأرناؤوطي: إسناده صحيح على شرط البخاري، وأبو يعلى في مسنده، ١/٣٦٤.

(٢) السعيد مصطفى، مرجع سابق، ص ١٧٣.

إساءة في استعمال حق، وقد يستند في هذا المعني إلى قول الإمام الشافعي عند كلامه على اشتراط الولي في النكاح فقد قال " إن على السلطان إذا اشتجروا أن ينظر، فإن كان الولي عاضلاً أمره بالتزويج فإن زوج فحقه أداه، وإن لم يزوج فحقه منعه وعلى السلطان أن يزوج أو يوكل وليا غيره فيزوج والولي عاص بالعضل^(١).

على أن حق الولي ككل الحقوق يتقيد بوجود استعماله للغرض الذي من أجله وجد، فإذا استعمل هذا الحق بغير هذه الحكمة، كأن يكون استعماله بقصد الإضرار بالمولي عليها، أو لفائدة يروجها لنفسه، أو طمعاً في الحصول على منفعة له مقابل رضائه بالزواج عد عاضلاً وكان عمله هذا إساءة في استعمال حقه^(٢).

وفي مذهب الإمام مالك - وهو المذهب الذي تطبق أحكامه في حال عدم وجود نص في قانون الأحوال الشخصية الكويتي طبقاً للمادة ٣٤٣ أن يكون لها فيمنعها إعضالاً لها فإذا منعها فقد أخرج نفسه من الولاية بالعضل^(٣).

* ترتيب الأولياء:

الأولياء على أصناف شتى حسبما عدتهم المادة ٣٠٥ من القانون سالف الذكر، وهم البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن نزل، والأبوة وتشمل الأب والجد العاصب وإن علا والأخوة وتشمل الأخوة لأبوين والإخوة لأب وأبناءهما وإن نزلوا - والعمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العاصب وإن علا وأبناء من ذكروا وإن نزلوا.

(١) انظر.. الأم للإمام الشافعي، ٢١/٥.

(٢) السعيد مصطفى السعيد، مرجع سابق، ص ١٧٤.

(٣) المدونة ١٩/٢.

وقد اختلف العلماء في تحديد الأولياء قال الحافظ: قال الجمهور: ومنهم مالك والثوري والليث والشافعي وغيرهم: الأولياء في النكاح هم العصبة وليس للخال ولا والد الأم ولا الإخوة من الأم ونحو هؤلاء ولا لاية، وعند الحنفية هم من الأولياء^(١). وعلى هذا نقول: ينبغي أن يقدم من الأولياء ما ذهب إليه الجمهور من العصباء، فإن لم يكن منهم أحد انتقلت الولاية إلى غيرهم من ذوي الأرحام، ولا غضاضة في ذلك. فإن لم يوجد أولياء فالسلطان ولي من لا ولي له، وعلى هذا فيكون وليها "مأذون الأنكحة" لأنه وكيل عن السلطان في هذا الأمر والله أعلم^(٢).

وترى اللجنة الدائمة للإفتاء: أن وليها في هذه الحالة القاضي الشرعي. هؤلاء جميعاً مسلطون على الفتاة المولي عليها، فإن صلحوا في ولايتهم عليها فنعماً هي وإن فسدت تلك الولاية، فلا أقل من تقدير حقها في الرجوع عليهم عند عضلها ومنعها من التزويج بغير مسوغ مشروع لحاجة في نفوسهم، لترجع عليهم حينذاك بالتضمين والتعويض.

قال ابن تيمية: إذا رضيت رجلاً وكان كفواً لها، وجب على وليها كالأخ أو العم أن يزوجه بها فإن عضلها أو امتنع عن تزويجها، زوجها الولي الأبعد منه أو الحاكم بغير إذنه باتفاق العلماء، فليس للولي أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه إذا كان كفواً باتفاق الأئمة^(٣).

* موقف القانون المصري من مسألة العضل: إذا كان المشرع الكويتي قد جعل

(١) فتح الباري، ٩/ ١٨٧.

(٢) انظر.. الشرح الممتع ٥/ ١٥٤.

(٣) مجموع الفتاوى، ٣٢/ ٥٢.

الولاية في زواج البكر التي بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين للعصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث.. لما رؤي أن الفترة ما بين البلوغ الطبيعي وبلوغ سن الخامسة والعشرين مرحلة حرجة للفتيات، فدرءاً لذلك كله وإقامة للأسرة على أساس حكيم اختار المشروع أن زواج الفتاة ما بين بلوغها الطبيعي وتمام الخامسة والعشرين يشترط فيه اجتماع رأيها ورأي الولي، فإن قوانين الأحوال الشخصية في مصر خلت من ذلك.

ونصت المادة ٣٠ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية الكويتي على أن: الشيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تبشر العقد بنفسها، بل ذلك لوليها، واستثناء من الفقرة السابقة - يجوز للشيب أن تطلب من قاضي التوثيق الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إحضار وليها لسماع رأيه.

وتوضيحاً لذلك أن المشرع قرر للولي أن يباشر عقد زواج بنته التي أتمت الخامسة والعشرين بعد أخذ رأيها مراعاة للتقاليد وحفاظاً على مكانة الولي، ولكن قد ظهر أن الشيب قد ترغب هي وزوجها السابق في كثير من الأحيان في العودة إلى الحياة الزوجية السابقة بينهما وذلك بعد انقضاء عدتها مما يستلزم إبرام عقد زواج جديد وفي هذه الحالة وتيسيراً لها في العودة إلى زوجها السابق ولكي يلتئم شمل الأسرة ورعاية لما قد يكون لها من أولاد من هذا الزوج فقد رؤى أن تعطي الشيب حق اللجوء إلى قاضي التوثيق الشرعية ليباشر عقد زواجها بمن كان زوجها من قبل وذلك بعد أن يخطر القاضي الولي للاستماع إلى رأيه فإذا لم يحضر الأخير أبرم القاضي عقد زواجها باعتبار أن زواجها الأول من ذلك الزوج كان مستوفياً جميع شرائطه بما فيه شرط الكفاءة (المذكورة الإيضاحية تعليقا على نص المادة المذكورة قبل وبعد التعديل الحاصل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ٢٠٠٤).

ولم يتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري نصاً مماثلاً ثم انتهى الشارع الكويتي في

المادة ٣١ من القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية إلى أنه: إذا عضل الولي الفتاة فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً أو اختلفوا.

وعلى ما جاء بالمذكرة الإيضاحية أنه قد وكل الأمر في حالة العضل إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج أخذاً بما نص عليه المالكية والشافعية من انتقال الولاية حينئذ إلى القاضي لا إلى الولي الأبعد.

وقد كان من الطبيعي خلو قانون الأحوال الشخصية المصري من أحكام متعلقة بموضوع العضل لكون القانون المذكور اعتنق المذهب الحنفي الذي أعطى للمرأة البالغة الحق في تزويج نفسها دون ولاية أحد ومن ثم لا يتصور في جانبه العضل إذ لم يعط حق التزويج.

ولكن يثور التساؤل هل يمكن تطبيق أحكام العضل حال امتناع الولي الذي له ولاية الإيجار على الصغيرة التي أدركت سن البلوغ الطبيعي ولم تبلغ سن الزواج - وهذه الولاية محل اتفاق بين فقهاء المذاهب الأربعة.

يمكن القول بإمكان تصور المسألة وحلها في مصر على ضوء ما انتظمه الشارع الكويتي من أحكام، فلو أن الولي على من لم تبلغ سن التزويج امتنع عن تزويجها ممن هو كفؤ لها دون مسوغ فإن لها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليرى زواجها أو لا يرى، ولا يغير من هذا خلو القانون المصري من تنظيم لأحكام العضل فإنه في الوقت ذاته لم يمنع ذلك كوناً إلى ما ذهب إليه الجمهور.

الخاتمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد.

وبعد دراستنا لموضوع هذا البحث "القضاء بالتعويض عن العدول عن الخطبة"،

توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات التالية:

أولاً : النتائج

١. إن الشريعة الإسلامية قد حرمت إلحاق الضرر بالناس في أي صورة من الصور أو شكل من الأشكال، كما حذرت من الإهمال وترك الاحتياط المفضي إلى إلحاق الأضرار بالأنفس والأموال، وكما منعت الشريعة وحذرت من إلحاق الضرر بالناس ابتداءً، فقد أوجبت إزالتها بعد وقوعها بمنع استمرارها بأعيانها، ومحو وترميم آثارها وجبر النقص الذي أحدثته، ورد الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر بقدر الإمكان، ويكون ذلك بالتعويض المالي الذي يغطي الضرر الواقع فعلاً، فضلاً عما قد يلحق المعتدي من مسئولية جنائية وعقوبات تعزيرية.
٢. وقد أولت كتب الفقه قديماً وحديثاً مسألة الضرر والتعويض عنه اهتماماً بالغاً فكثرت التفرع فيه وتتبعوا جزئياته ونوازلها.
٣. وإن موضوع الفعل الضار وقواعده في مسئولية الفاعل ونتائجه في إيجاب الضمان المالي والتعويض على المضرور منه، هو من أهم الركائز الأساسية في كل عرف وتشريع من أقدم العصور.
٤. والفعل الضار يعني كل تجاوز من أحد على آخر يلحق به ضرراً في نفسه أو ماله أو كرامته وفي حريته المشروعة ونشاطاته التي له حق ممارستها بمحض اختياره، فأي عمل أو نشاط ممنوع وأي إهمال لواجب مما يعتبر به الشخص مخطئاً أو مقصراً، فإنه إذا ترتب عليه ضرر لغيره من جراء فعله أو إهماله يكون مسئولاً به تجاه

- المضرور، وتجب إزالة ضرره على حساب الفاعل المباشر أو المتسبب المخطئ أو المقصر ولو عن غير قصد منه إلى الإضرار.
٥. إن الحقوق المختلفة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للأفراد منحت لهم لتحقيق مقاصد خاصة يقصدها الشارع فيجب أن يتفق قصد المكلف من استعماله لحقه مع قصد الشارع من تقرير هذا الحق، كما أن استعمال الإنسان لحقه يجب أن يكون بحيث لا ينشأ عنه ضرر لغيره، وإلا كان صاحب الحق متعدياً وترتب عليه ما تقرره الشريعة لذلك من جزاء، وحقوق الزوجية والأسرة عموماً تخضع لهذه القاعدة المزدوجة فهي تنطبق على كل حق مما يرتبط بعلاقة الزوجية أو يترتب عليها.
٦. إن الضرر الأدبي بالمقياس الشرعي والاجتماعي له اعتباره المتميز في نظر الشريعة الإسلامية، وأنه قد يكون بحسب نوعيته أشد وأعظم في الميزان الشرعي من الأضرار المادية الكبرى، فإذا ارتكبه إنسان عدواناً وافتراء استحق الجزاء في الدنيا والآخرة.
٧. إن بعض قواعد التعويض له من الأصل الشرعي ما يؤيده، وهذا ما توصلنا إليه من خلال الربط بين قواعد التعويض وبين ما ورد في الفقه الإسلامي، وبعض هذه القواعد كان ما يؤيدها من الشرع محض اجتهاد، وإعمال فكر يحتمل الخطأ والصواب.

ثانياً : التوصيات

١. من شأن العقوبة أن تمنع من ارتكاب التعدي أو الخطأ قبل وقوعه فإذا وقع كانت العقوبة بحيث تؤدب الجاني وتزجر غيره عن التشبه به وسلوك طريقه، أو كما يعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى فيقول: إن العقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده، أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع العود إليه.
٢. إن حماية الحقوق من العبث بها والإساءة في استعمالها لا يكفي لتحقيقها على الوجه الأكمل مجرد أحكام قواعدها المدنية - بمعناها الأعم فتشمل ما يتعلق بقوانين

الأحوال الشخصية - بل هي في حاجة إلى تدخل قانون العقوبات لحمايتها فمن الناس من لا تزجره إلا العقوبة وقد أثبت الواقع في هذا العصر المضطرب أن هذا الصنف كثير وهذا أمر يجدر بمن بيده الأمر تداركه.

٣. إن تعدد جهات التقاضي يترتب عليه عظيم الضرر بمصالح الناس لذا يجب العمل على توحيد أحكام القانون المدني حتى لا تتعارض أحكامه باختلاف مصادرها مع توحيد جهات التقاضي حتى لا تضيع مصالح الناس في تدافع المحاكم في تحديد اختصاص كل منها.

قائمة المراجع

(أ) مراجع باللغة العربية

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الأحاديث النبوية الشريفة

ثالثاً: المراجع اللغوية

١. القاموس المحيط، للفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، دار الجيل، بدون تاريخ.

٢. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي، للفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المكتبة العلمية بيروت، بدون تاريخ.

٣. تاج العروس من جواهر القاموس، مرتضى الزبدي، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ.

٤. لسان العرب، لابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن علي، دار صادر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ.

رابعاً: مراجع شروح الحديث والفقهاء.

١. التاج والإكليل لمختصر خليل، للمواق محمد بن يوسف العبدري، مطبوع بهامش مواهب الجليل، ط ٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.

٢. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي أبو عبدالله محمد بن أحمد، بيروت، ١٩٥٢م

٣. الحسبة في الإسلام، لابن تيمية، أحمد أبي العباس دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م

٤. الدر المنثور في تفسير المأثور، جلال الدين السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ.

٥. السنن الكبرى، للبيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون تاريخ نشر.

٦. الشرح الكبير للدردير أحمد بن محمد العدوي ، بهامش حاشية الدسوقي، ط الحلبي، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
٧. الفواكه الدواني، للنفاوي، أحمد بن سالم، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ نشر.
٨. القوانين الفقهية، لابن جزي محمد بن أحمد، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، بدون تاريخ نشر.
٩. المبسوط ، للسرخسي، شمس الدين محمد بن أحمد، ط ٣، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٨هـ
١٠. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي، للفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المكتبة العلمية، بيروت، بدون تاريخ.
١١. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية، مطبعة الموسوعة، ط ٣، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٦م.
١٢. إعلام الموقعين عن رب العالمين ٢/ ١٢٣ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٣م.
١٣. بداية المجتهد ونهاية المقصد، لابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد ط ٤، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ١٣٩٨هـ.
١٤. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، للزيلعي عثمان بن علي، ط ٢، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ نشر.
١٥. تبين الحقائق، لابن نجيم، ومثله في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبو بكر الكاساني، ط ٢، دار الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
١٦. جامع البيان في تفسير القرآن للطبري، أبي جعفر محمد بن جرير، ط ٤، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ نشر.

١٧. درر الأحكام في غرر الأحكام، محمد بن ملا خسرو، استانبول، بدون تاريخ نشر.
١٨. رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين محمد بن أمين، دار إحياء التراث، ١٩٨٧ م
١٩. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر الدارقطني، الناشر عبدالله هاشم يماني المدني، المدينة المنورة، ط ١٣٨٦ هـ.
٢٠. شرح مختصر خليل، أبو عبد الله محمد بن أحمد عlish، مكتبة النجاح، طرابلس.
٢١. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم، أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥ م.
٢٢. فتح الباري شرح البخاري، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، تصحيح الشيخ بن باز، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ نشر.
٢٣. فتح القدير، لابن الهمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ نشر.
٢٤. قواعد الأحكام في مصالح الأنام، عز الدين بن عبدالسلام، مؤسسة الريان، بيروت، ١٩٩٠ م
٢٥. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ نشر.
٢٦. مرشد الحيران لمحمود قدري، مجمع الضمانات في مذهب أبي حنيفة، للبغدادي، أبي محمد بن غانم، عالم الكتب، بيروت، بدون تاريخ.
٢٧. معين الحكام في ما يتردد بين الخصمين من الأحكام، لعلاء الدين الطرابلسي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ١٣٠٠ هـ.
٢٨. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٢٩. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، للحطاب، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.
٣٠. نهاية المحتاج، للشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، المكتب الإسلامية، ط دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ
٣١. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، للشوكاني، محمد بن علي، دار القلم، بيروت، لبنان.
- خامساً: المراجع الفقهية المعاصرة.

١. الشيخ/ أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة والقانون، ط نادي القضاء، المكتبة الأزهرية للتراث، ٢٠٠٣م
٢. الشيخ/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر، القاهرة، ١٩٥٧
٣. الشيخ/ محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، ٤/٤ والشيخ/ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م
- سادساً: المراجع القانونية:

١. د. السعيد مصطفى، مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، رسالة دكتوراه، ١٩٣٦، مطبعة الاعتماد، القاهرة، الجامعة المصرية، كلية الحقوق
٢. د. أحمد أبو ستيت، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٥٤م
٣. د. أحمد سلامة، مصادر الالتزام، بدون بيانات نشر
٤. د. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة الحديثة للطباعة، ١٩٩٢م
٥. د. أشرف اللساوي، مركز الإصدارات القانونية، ط١، ٢٠٠٧م.
٦. د. أشرف مصطفى كمال، قوانين الأحوال الشخصية معلقاً على نصوصها، ط٧، ٢٠٠٧م

٧. د. أنور العمروسي، التعويض عن الفسخ، المحاماة سبتمبر ١٩٧٠م.
٨. د. توفيق فرج، الطبيعة القانونية للخطبة، مجلة الحقوق السنة ١١، ١٩٦١، العددان ٣،٤
٩. د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسئولية الممتنع المدنية والجنائية، بدون بيانات نشر
١٠. د. حسن حنتوش الحسناوي، التعويض القضاء في نطاق المسئولية العقدية، مكتبة دار الثقافة عمان، الأردن، ١٩٩٩م
١١. د. حسن على الذنوب، النظرية العامة للالتزامات، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٤م، أحكام الالتزام، ط ١٩٧٦م
١٢. د. حسين عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، ط ٢، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٩م
١٣. د. سامح سيد محمد، هيئة قضايا الدولة بمصر، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، بدون تاريخ نشر
١٤. د. سامي الدريعي، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد ٤، السنة ٢٦ ديسمبر ٢٠٠٢م
١٥. د. سليمان مرقص، بحوث وتعليقات على أحكام المسئولية المدنية، القاهرة، ط ١٩٨٧م
١٦. د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الإسلامية، بدون بيانات نشر
١٧. د. عبد الرسول عبد الرضاء، الوجيز في قانون العمل الكويتي، ٢٠٠١م
١٨. د. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني في ضوء الفقه وأحكام النقص، مؤسسة دار الكتب، بدون سنة نشر
١٩. د. عبدالحميد البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه غير

مطبوعة، بدون تاريخ.

٢٠. د. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة

للطباعة، ١٩٨٨م

٢١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات

المصرية، ج ١، بدون تاريخ نشر.

٢٢. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام منشأة المعارف، طبعة

٢٠٠٣م

٢٣. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٥٤م

٢٤. د. عبدالسلام التونجي، المسؤولية في الشريعة الإسلامية، منشورات جمعية الدعوة

الإسلامية العالمية، ط ٢، ١٩٩٤م

٢٥. د. عبد الفتاح مراد، المسؤولية التأديبية للقضاء، بدون دار نشر، بدون سنة نشر.

٢٦. د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، بدون ناشر، ط ١٩٩٧.

٢٧. د. عز الدين الدناصوري، عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية، القاهرة الحديثة

للطباعة، ١٩٨٨م

٢٨. د. علاء الدين الوسواس، الغرامة والتعويض، مجلة القضاء العراقية، بدون تاريخ.

٢٩. د. محمد السعيد رشيد، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩١م

٣٠. د. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه،

الإسكندرية، ١٩٧٣

٣١. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ط ١٩٧٥م.

٣٢. د. محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، دار الشروق، بيروت، بدون تاريخ

نشر.

٣٣. د. مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، بدون

تاريخ نشر.

٣٤. د. مصطفى مرعي، المسؤولية المدنية في القانون المصري، ط ٢، القاهرة، ١٩٤٤م

ثانياً: مراجع باللغة الأجنبية.

1. Esmein P. : La commercialization du dommage moral, CHRO, D
2. Georges R. : Le prix de la doter, CHRO, D., 1948
3. Lidee de Peine: Prives en droit conemporain, these Paris, 1904
4. Lambert-Faivre Y.: Droit du dommage corporel, 3 em, 1996

الفهرس

١٨٤٨.....	ملخص
١٨٥٠.....	مقدمة
١٨٥١.....	خطة الدراسة
١٨٥٣.....	الفصل التمهيدي ماهية التعويض في القانون والفقہ
١٨٥٣.....	المبحث الأول التعويض وأساسه القانوني
١٨٥٣.....	المطلب الأول ماهية التعويض
١٨٦٠.....	المطلب الثاني الأساس القانوني للتعويض
١٨٧٩.....	المبحث الثاني التعويض بين الفقہ والقانون
١٨٨٤.....	الفصل الأول أحكام العدول عن الخطبة وآثارها
١٨٨٤.....	المبحث الأول أحكام العدول عن الخطبة في الفقہ الإسلامي
١٨٨٩.....	المبحث الثاني أحكام العدول عن الخطبة في القانون المصري
١٨٩٢.....	الفصل الثاني آثار العدول عن الخطبة
١٨٩٢.....	أولاً: في الهدايا والمهر والشبكة

ثانياً: مدى الحق في المطالبة بالتعويض عن العدول عن الخطبة..... ١٩٠٤

الفصل الثالث مدى مسؤولية الولي عن امتناعه تزويج مولاته دون مسوغ شرعي العذل

والتعويض عنه ١٩٠٦

الخاتمة ١٩١٨

قائمة المراجع ١٩٢١

الفهرس ١٩٢٨