

January 2020

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

Dr. Idris Al-Taleb  
drisstalebe@gmail.com

Follow this and additional works at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law)



Part of the [Family Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

Al-Taleb, Dr. Idris (2020) "Compensating for the Consequences of Refraining from Engagement in Islamic jurisprudence, Moroccan and Comparative Legislations," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2020 : No. 81 , Article 1.

Available at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law/vol2020/iss81/1](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2020/iss81/1)

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact [sljournal@uaeu.ac.ae](mailto:sljournal@uaeu.ac.ae).

---

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

### Cover Page Footnote

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

[تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن]

التي أخذ بها القانون الفرنسي" (٣٢).

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

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

والواقع أن هذا التوجه لا يستقيم، ومنتقد للأسباب التالية:

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

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

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

(33) "Le fiancé qui a été abandonné, donc doit prouver d'abord l'existence d'une promesse de mariage, puis l'existence des conditions de l'engagement de la responsabilité civile :une faute, un préjudice(matériel ou moral) et un lien de causalité".

Dania Dhainni, Mariage et Liberté :Etude comparative en droit français et Libanais; Thèse, Droit, Universsité Paris-Saclay, 2016, p.40.

[د. إدريس الطالب]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن]

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

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

## المطلب الثاني:

### تعويض ضرر العدول عن الخطبة في التشريع المصري

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

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

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

(٣٩) يبقى من أهم الأحكام الصادرة في هذا الباب ما قرره محكمة سوهاج الكلية في قرار صادر عنها اعتبرت بمقتضاه أن الوعد بالزواج ارتباط قانوني، وعقد قائم يوجب التزامات على كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، حكم محكمة سوهاج الكلية في سنة ١٩٤٨/٥/٣٠، رقم: ٤٣٤، مجلة المحاماة، السنة ٢٨، ص: ١٠٥٦.

[د. إدريس الطالب]

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

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

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

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

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

(٤١) مجلة المحاماة، س ٢٠ ع ٦ ص: ٧٦٠.

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

[تعويض ضرر العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي والتشريع المقارن]

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

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

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

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

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

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

[د. إدريس الطالب]

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

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

وتبعاً لذلك؛ استقر القضاء المصري، فيما يخص تكيف الخطبة والتعويض عن العدول عنها، على المبادئ الآتية<sup>(٤٧)</sup>:

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

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

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

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