

تمهيد:

إن الزواج عبادة يستكمل به الإنسان نصف دينه، ولأنه عقد عظيم الشأن قلده ديننا الحنيف مرتبة نصف الدين، ولما كان هذا العقد من أخطر العقود، كان لابد أن تسبقه مقدمات ومفاوضات في المطالب والرغبات، لأنه متعلق بذات الإنسان ومستقبل حياته الاجتماعية، فبعد اختيار الرجل للزوجة الصالحة يقوم بخطبتها ليتعرف عليها أكثر، فالخطبة تمثل في تقاليدنا إجراء تمهيدي لمرحلة الزواج. وهذا ما نتطرق له في هذا الفصل.

المبحث الأول: الخطبة وأدلة مشروعيتها

عقد الزواج من أعظم العقود التي تبرم بين الناس شأنًا وأخطرها مكانًا، ولذلك نجد الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري قد اهتموا بما يسبقه من مقدمات تكشف عن رغبة طرفي التعاقد في إتمام العقد، وهذه المقدمات تسمى في عرف الفقهاء بالخطبة (بكسر الخاء).

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

تعددت مفاهيم الخطبة ولم يجتمع العلماء على تعريف واحد لها، وسنبين مفهوم الخطبة عند الفقهاء وفي اللغة وفي القانون كذلك.

الفرع الأول: تعريف الخطبة وطبيعتها

أولاً: تعريفها

1-1 - لغة: هي من الفعل الثلاثي خطب، وخطبَ المرأةَ يخطبها خطباً وخطبةً بكسر حرف الخاء: أي طلبها للزواج¹ قال الله عز وجل ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾².

¹ - محمد الدين الفيروز أبادي القاموس المحيط، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط4 مؤسسة الرسالة، بيروت (لبنان) 1994 ص 836.

² - الآية: 235 من سورة البقرة

والخطبُ: الذي يخطبُ المرأة، والعرب تقول فلان خطبُ المرأة إذا كان يخطبها، واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم ويقال خطب فلانة خطبا وخطبة: أي طلبها للزواج¹

1-2 - اصطلاحا: هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، وإعلام المرأة أو وليها بذلك وقد يتم هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، فإن وافقت المخطوبة أو أهلها تمت الخطبة.²

1-3 - قانونا: عرف قانون الأسرة الجزائري الخطبة من خلال المادة 5 في الفقرة 4 منه على أن وعد بالزواج.³

ثانيا: طبيعة الخطبة

1-2- الطبيعة الفقهية للخطبة: أجمعت المذاهب الإسلامية على أنه إذا تم الاتفاق بين الرجل والمرأة على الزواج، فإن ذلك لا يعتبر عقد (يبيح لهما الاختلاط ببعضهما كاختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك شيء من أحكام الزواج، فالخطبة ليست عقدا للزواج وإنما هي وعد بالزواج غير ملزم.⁴

ولو اعتبرت عقد ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا، لفقدت وظيفتها والغاية من أصل مشروعيتها⁵ ما شرعت إلا ضمانا كافيا لحرية الأزواج، لا الالتزام به، ولا بالإكراه عليه، كي لا يفاجأ أي من

¹ - جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، قدّم له الشيخ عبد الله العلابي إعداد وتصنيف، يوسف خياط، ج 2351 دار لسان العرب، بيروت (لبنان) 235 ص 855.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 77 ط 22 دار الفكر، دمشق (سوريا) 1985 ص 10.

³ - مولود ديدان، قانون الأسرة، د ط دار بلقيس دار البيضاء، (الجزائر) د ت ص 04.

⁴ - عبد الرحمان عتر، خطبة النكاح، ط 11 مكتبة المنار، الزرقاء، (الأردن) 1985 ص 358.

المتواعدين بالتزويج بمن لا يطمئن إليه، ومن هنا تدرك أن تكييفها الفقهي مستمد من غايتها، ولولا هذا التكييف لما أمكن أن تفضي الوسيلة إلى غايتها والمفروض ما شرعت لذلك.¹

2-2- الطبيعة القانونية:

نصت المادة 05 من قانون الأسرة المعدل في 27/02/2005 صراحة على أن: الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها

فالخطبة من الناحية القانونية كالناحية الشرعية، إذا هي مجرد إجراء تمهيدي لعقد الزواج.

ثالثاً: الفرق بين الخطبة و عقد الزواج

يوجد فرق بين الخطبة وعقد النكاح فوردت على سبيل المثال لا على الحصر، و من بينها نذكر ما يلي:

- أن عقد الزواج له أركان وشروط لا يتم إلا بتوفرها، بينما لا نجد لها في الخطبة- و كمثل عن ذلك (يشترط لصحة النكاح الشهادة بينما لا تشترط لصحة الخطبة).²

- يعتبر عقد النكاح ملزم للطرفين، ولا ينحل إلا بطلاق أو خلع أو فسخ بينما الخطبة لا تلزم الخاطب أو المخطوبة بإتمام عقد الزواج ولكل منهما أن يتخلى عنها (العدول عنها) من غير حاجة إلى طلاق فسخ أو خلع.

¹ - فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ج 22 ط 11 دار قتيبة د 1988 ص 779.

² - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، د الدار الجامعية، بيروت، (لبنان) 1988 ص 66.

- يتم في عقد النكاح الاستمتاع بين الطرفين بينما تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها، ولا يحل له أن يستمتع¹ ولا أن يخلو² إلا بوجود محرم بينهما.

- يوجب المهر في حالة الافتراق بطلاق المعقود عليها، إن كان بعد الدخول، ويوجب نصفه إن كان قبله بينما لا يجب عليهما أي تعويض من طبيعة تلك الخطبة بل يجب إقامة حد الزنا، ويحرم أي تعويض عن هذا الوطأ¹.

- في عقد النكاح يحرم على الزوجة العقد عليها من رجل آخر، ويبطل العقد لو حصل، بينما يكره خطبة المخطوبة، ولا يبطل العقد عليها²

الفرع الثاني: أنواع الخطبة

أولاً: الخطبة بالتعريض: التعريض في اللغة من عرض الشيء أي جانبه، لأنه يظهر بعض ما يريد³. أما اصطلاحاً: هو أن يقصد من اللفظ معناه حقيقة أو مجاز أو كناية⁴: والخلاصة من التعريض: هو ما تضمنه الكلام من دلالة على شيء من غيره ذكر له، والتعريض يختلف عن الكناية من حيث الدلالة، فالكناية: هي العدول عن الصريح الشيء إلى ذكر ما يدلله ويتضح من خلال كل هذا التعريف فأن الخطبة بالتعريض هي الخطبة بطريق التلميح وهي أن يذكر الرجل للمرأة كلاماً يفهم منه ضمناً الرغبة

¹ - عبدالرحمان عتر، المرجع السابق، ص 57-58-59.

² - أحمد فراج حسين المرجع السابق، ص 67.

³ - الشريبي⁷ مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ج 33 د 7 دار الفكر، (بيروت) د 7 ص 135.

⁴ - ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 33 ط 11 دار الكتب العلمية، بيروت، (لبنان)

534 ص 71994.

في الخطبة دون أن يصرح ١ كأن يقول الرجل للمرأة التي يرغب في الزواج منها إني أريد أن أتزوج امرأة صالحة وجميلة مثلك أو يقول لها أبحث عن فتاة لكي أخطبها في مثل أخلاقك وما أشبه ذلك من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد الخطبة.¹

ثانياً: **الخطبة بالتصريح**: التصريح هو عكس التعريض وهي طلب الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية مع إظهار الرغبة فيها كأن يقول الخاطب أو من ينوب عنه: أريد الزواج منك، أو يقول ولي المتزوج أو وكيله: أريدك زوجة لابني فلان أو لموكلتي فلان²: واتفقت كلمة الفقهاء في خطبة المعتدة في مسائل، واختلفوا في أخرى، أما المسائل التي اتفقوا حولها:

1 - اتفقوا على تحريم التصريح للمعتدة من طلاق أو وفاة أو فسخ، ودليلهم على ذلك قوله تعالى: ﴿...ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء...﴾³ فالآية تفيد نفي الحرج عن التعريض بخطبة المعتدة، ومفهوم ذلك وقوع الحرج بالتصريح، فيبقى التصريح على حاله من التحريم، ولأنه لما أباح التعريض دل على أن التصريح حرام، وقد نقل الإجماع على ذلك⁴

2 - اتفقوا على جواز التعريض للمعتدة من وفاة ولم يخالف أحد في ذلك، للدليل السابق الذكر (الآية 235 من سورة البقرة) فتدخل في هذا الحكم المرأة المتوفى عنها زوجها.

¹ - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط 11 منشورات الحلبي الحقوقية، (لبنان) 2007 ص 70.

² - بلقاسم شنوان، الخطبة والزواج، د 70 دار الفجر للنشر والتوزيع، د 70 ص 16.

³ - الآية (235) من سورة البقرة.

⁴ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد بن أحمد بن محمد، ج 22 د 16 دار الكتب العلمية، بيروت، 1996 ص 217.

3 - اتفقوا على حرمة خطبة المعتدة من طلاق رجعي تعريضا أو تصريحاً، لبقاء أحكام الزوجية

قائمة كوجوب النفقة وثبوت التوارث، ووجوب عدة الوفاة عليها إن مات زوجها، ووقوع الطلاق عليها والظهار، والقدرة على إرجاعها بغير مهر ولا عقد.¹

المطلب الثاني: أدلة مشروعية الخطبة وحكمها

دلت على مشروعية الخطبة نصوص قرآنية وأحاديث نبوية صحيحة، مؤكدة على أن الخطبة من وضع الخالق - عز وجل - تمهيدا لعقد الزواج.

الفرع الأول: أدلة مشروعية الخطبة

ثبتت مشروعية الخطبة بالقرآن وبأحاديث كثيرة رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم وبالإجماع

أولاً: من القرآن: ظهرت مشروعية الخطبة في الكتاب والسنة، فظهرت دلالتها في القرآن الكريم في قوله

عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِيمَ اللَّهِ أَنْتُمْ سَتَدْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾².

تشير الآية الكريمة هنا إلى أمر هام وهو أن الإنسان، قد يسعى إلى تحقيق شيء يتحدث به نفسه كالزواج

من امرأة معينة كأن تكون امرأة في حالة عدة وفاة، ويتمنى لو تكون من نصيبه فالمشرع هنا لا يحظر

¹ - نايف محمود الرجوب، كتاب أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي ط 11 دار الثقافة، عما . (الأردن) 2008

ص 152.

² - الآية 235 من سورة البقرة

عليه ذلك، لكن في حدود اللياقة والآداب الإسلامية، والخلق الرفيع، وعليه فإن المرأة المعتدة عليها حقوق غيره، فهنا يحظر عليه الشرع خطبتها في هذه الحالة إلا أنه جاء الخطاب بأن لا حرج، ولا إثم عليكم أيها الناس، فيما عرضتم به للمعتدات من وفاة، من خطبة النساء، وذلك لحاجتكم إليهن، فلم تصرحوا لهن بالنكاح والحاجة إليهن، إذا أكنتم في أنفسكم، فأسررتم حاجتكم إليهن وخطبتكم إياهن في أنفسكم، ما دمن في عددن، علم الله أنكم ستذكرون خطبتهن وهن في عددن، فأباح لكم التعريض بذلك لهن، أي أن الله أجاز خطبة المعتدة بالتعريض لا بالتصريح؛¹ فمن هنا نرى أن خطبة غيرها من غير المحرمات جائزة من باب أولى وإذا كانت الخطبة على هذا لمن سبق لها وأن تزوجت فكيف لا تكون مشروعة لمن لم تتزوج قط؟.

ثانياً: من السنة: دلت السنة النبوية القولية والفعلية والتقريبية على مشروعية الخطبة في عدة أحاديث منها:

عن أبي هريرة : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يخطب الرجل على خطبة أخيه))²

ومن السنة الفعلية فها هي السيدة حفصة بنت عمر بن الخطاب تزوجها الرسول صلى الله عليه وسلم، وهي أرملة حيث خطبها من أبيها فزوجه إياها. قال عمر: خطب النبي صلى الله عليه وسلم حفصة فأنكحته.¹

¹ التواتي بن التواتي: الدر الثمين في تفسير الكتاب المبين، ج 44 ط 11 مطبعة رويغي، الأغواط، 2011 ص 184.

² مالك بن انس، الموطأ، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب ما جاء في الخطبة، ج 22 د دار إحياء التراث العربي، بيروت ص 523

ومن السنة التقريرية، فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم مارسوا الخطبة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقرهم ولم ينكر عليهم، مثال ذلك: حديث جابر بن عبد الله قال: ((فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها))² فدللت كل هذه الأحاديث على مشروعية الخطبة.

ثالثاً: من الإجماع: قد أجمع علماء المسلمين ماضياً وحاضراً على جواز الخطبة ومشروعيتها، كما جرى عرف المسلمين على الخطبة قبل الزواج، وهو عرف صحيح، لا يعارض نصاً في الكتاب أو السنة.³

الفرع الثاني: حكم الخطبة

اتفق الفقهاء على مشروعية الخطبة، لكنهم اختلفوا على حكمها هل هي مستحبة أم حلال؟.

فجاء في الذخيرة: الخطبة مستحبة⁴.

وقال الخطيب الشرييني: تعبيره بالحل يفهم ما غير مستحبة وقال الغزالي: هي مستحبة وقيل

هي كالنكاح إذ الوسائل كالمقاصد.⁵

¹ - عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام، ج 77 : المطبعة الكبرى الأميرية، (مصر) 1312هـ، ص 17

² - رواه أبو (كتاب النكاح، باب: في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، حديث رقم 2082 : 320 نقلاً عن نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص 55.

³ - عبد الناصر العطار خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، د مطبعة السعادة، 320 ص 14.

⁴ - شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، ج 44 ط 11 دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان) 14994 ص 191.

⁵ - الخطيب محمد الشرييني، المرجع السابق، ص 135.

الفرع الثالث: الحكمة منها

إن الحكمة من تشريع الخطبة كمقدمات لعقد الزواج هي إظهار وإعلان هذا العقد، كما أنها وسيلة لتحقيق مقاصد الزواج لتوفير أسباب الوفاق ودوام الألفة والمودة¹.

ومن حكمة الخالق -عز وجل- أن شرعت الخطبة قبل عقد الزواج وذلك:

1 - لإعطاء أهل المخطوبة الفترة الكافية للسؤال عن الخاطب ومعرفة أحواله، كتدينه وأخلاقه وسيرته، كما يعطي الفرصة للخاطب للتعرف على مواطن الصلاح في المخطوبة ودينها وأخلاقها مما يكون سببا في المضي في إجراء عقد النكاح وإتمامه، لكن بالقدر المسموح به شرعا.

2 - لتكوين صورة واضحة عن أخلاق الخاطب ومعرفة شمائله، والعكس.

3 - ليتعرف الخاطب عن كذب على شخصية المخطوبة، وكذلك الحال بالنسبة للمخطوبة.²

¹ - عبد الكريم زيدان الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 66 10 مؤسسة الرسالة، بيروت، (لبنان) 1993 ص 58.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 10.

المبحث الثاني: العدول عن الخطبة

بعد أن عرفنا أن الخطبة هي طلب يد المرأة للنكاح وهي مجرد وعد بالزواج، فهل يحق لكلا الطرفين العدول عنها؟.

المطلب الأول: مفهوم العدول وحكمه

إن الشريعة الإسلامية قد أجازة الخطبة ووضعت لها ضوابط وأحكام خاصة¹، والخطبة هي وعد بالزواج، فهل يحق لأحد الطرفين أن يعدل عن الخطبة؟.

الفرع الأول: تعريف العدول

أولاً: لغة: العدول من عدل أي عدل عن الشيء يَعدِلُ عدلاً وعدولاً: أي حاد، وعدل الطريق أي مال¹

ثانياً: اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء القدامى ولا المعاصرين العدول عن الخطبة، لذلك يمكن أن نعرف العدول بأنه: رجوع أحد الطرفين، أو كليهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها، وحصول الرضا والقبول منها²

¹ - مجد الدين الفيروز أبادي المرجع السابق، ص 1332.

² - محمد عقلة نظام الأسرة في الإسلام، ج 11 ط 11 مكتبة الرسالة الحديثة، عمان (الأردن) 1983 م ص 173.

الفرع الثاني: حكم العدول

أولاً: حكمه في الشريعة الإسلامية: اتفقت كلمة الفقهاء على أن الخطبة ليست عقداً ولا تحمل صفة الإلزام التي يحملها العقد، لأن تعريف الخطبة عند الفقهاء، كما مر معنا في الفصل الأول لا تعدو أن تكون طلب النكاح، وليس في هذا التعريف ما يحمل صفة العقد أو إلزام، ومع ذلك فقد اختلفوا في حكم العدول عن الخطبة على قولين:

القول الأول: يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة لسبب مشروع، وهذا حق له، كما يجوز ذلك للمخطوبة ووليها، أما إن لم يكن هناك سبب مشروع فيكره، بسبب الوعد فهو قول الشافعية والحنابلة وعللوا ذلك بـ:

➤ أن عقد الزواج عقد عمري يدوم الضرر فيه، لذا فكل واحد من الخاطبين النظر في أمره وفترة الخطوبة هي فترة نظر وتردد فلكل واحد منهما أن يحتاط لنفسه، وأن ينظر في حظه قبل أن يعزم على الزواج.

➤ لأن الحق لم يلزم الخاطبين بعد كمن ساوم على سلعة ثم بدا له أن لا يبيعهها.¹

القول الثاني: يكره العدول عن الخطبة بعد الركون من الخاطب أو المخطوبة أو وليها لأجل خاطب آخر، فيحرم عن ذلك العدول وهو قول المالكية.²

¹ - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، ج 55 ط 11 دار الكتب العلمية، بيروت، 1997 ص 91.

² - أبو عبدالله الخطاب مواهب خليل لشرح مختصر خليل، ج 55 ط 11 دار الكتب العلمية، بيروت، (لبنان) 1995 ص 31.

وسبب الكراهة هو إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولقد أمر الشارع بالوفاء بالوعود عن الإخلاف به قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾¹.

وقد رجح الكثير من الفقهاء القول الأول القائل بجواز عدول الخاطب أو المخطوبة عن الخطبة² وذلك لأسباب التالية:

1 - أن الخطبة لا تحمل صفة الإلزام، بل هي فرصة للتحري والبحث والتروي.

2 - إذا جاز للزوج أن يطلق بعد العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار فمن باب أولى أن يجوز العدول عن الخطبة قبل العقد.

3 - القول بعدم جواز العدول، يقضي أن يلزم الخاطب بإجراء عقد الزواج وهو كاره، وهذا يتنافى مع طبيعة عقد الزواج القائم على الرضا.³

ثانيا: حكمه في القانون الجزائري: بعد أن عرفنا أن العدول عن الخطبة جائز في الشريعة الإسلامية رغم الاختلاف الفقهي في ذلك، من كون هذا الحق مطلقا أم مقيدا، فإن التشريعات الوضعية تميز العدول عن الخطبة سواء كان بمبرر أو بغير مبرر.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أنه يجيز العدول عن الخطبة، حيث نصت المادة 05 من الأمر 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على أن الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها .

¹ الآية 1 من سورة المائدة

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 25.

³ - نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص 224.

فكلا الطرفين أي الخاطب والمخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة، وبذلك فالمشرع أخذ بالرأي الفقهي الأول؛ وهذا ما يطابق ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في مادته الثانية، وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية في فصلها الثالث؛ وهذا الجواز المقرر في التشريعات الوضعية يمكن إرجاعه لاعتبارات منها ما يعود إلى أهداف الخطبة، التي شرعت تمهيدا للزواج، وتمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما البعض، فإذا ما تبين لأحدهما أن الطرف الآخر غير صالح لأن يكون زوجا للثاني، أمكن لكل منهما العدول قبل الارتباط بالزواج، ومنها ما يعود إلى التقليل من الفشل في الزواج ومنها ما يرجع إلى حرية الزواج.¹

¹ - سعيد خيذر التكيف القانوني للخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (دراسة مقارنة) كلية الحقوق، بن عكنون (الجزائر) 1993 ص 74.

المطلب الثاني: التعسف في العدول عن الخطبة

قد عرفنا أن العدول عن الخطبة جائز شرعا وقانونا لان الخطبة لا تحمل صفة الإلزام على أحد الطرفين بل هي وعد بالزواج، فهل يوجد تعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة؟.

الفرع الأول: تعريف التعسف

أولاً: لغة: التعسف مأخوذ من عسف عسفا والعسف: السير بغير هدى. وعسف فلان: أخذه بالقوة والعنف وظلمه، وعسف السلطان: أي ظلم. وتعسف فلان فلاناً: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذا كان ظلوماً. والعسيف: الأجير المستهان به.¹

ثانياً: اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء القدامى التعسف تعريفاً دقيقاً، وإنما تعرضوا له من خلا الضمانات وتحت مسميات مختلفة مثل: الاستعمال المذموم: عند الإمام الشاطبي وهو: تناول المباح على غير الجهة المشروعة، واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها²

أما الفقهاء المعاصرون فقد نظروا إلى التعسف على أنه صورة من صور التعديوا ماوزه في استعمال الحق، ونظر بعضهم الآخر إلى أنه موضوع مستقل عن ماوزه، له أركان وأسس وتطبيقاته الخاصة به ومن هنا فقد أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة، وأطلق آخرون لفظ إساءة، وأطلق غيرهم لفظ ماوزه أو التعدي.

¹ - ابن منظور: المرجع السابق ص 776.

² - أبو إسحاق الشاطبي الموافقات في أصول الشريعة الإسلامية، ج 3 د ط دار المعرفة، بيروت، 776 ص 218-219.

وقد اختلفوا في تعريفهم للتعسف إلى قولين:

القول الأول: التعسف صورة من صور المجاوزة للحق

اعتبر أصحاب هذا القول أن التعسف هو صورة من صور مجاوزة حدود الحق، وجاءت

تعريفها م متفقة مغلظ م هذه ونذكر منها:

عرفه مصطفى السباعي بأنه: إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير¹.

القول الثاني: التعسف نظرية مستقلة عن المجاوزة

عرفه الدريني بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل².

ثالثا : قانونا: اختلف علماء القانون في تعريفهم للتعسف، حيث نظر بعضهم إلى التعسف على أنه

صورة من صور الخطأ، والخروج عن الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، بينما نظر البعض الآخر

إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن مجاوزة الحق، حيث اتجهت أنظارهم إلى غاية الحق.

القائلين بأن التعسف صورة من صور الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية، نذكر منهم سالي

حيث قال: إن تعبير التعسف في استعمال الحق تعبير خاطئ، وإنه يقصد به في غالبية الأحيان، انتفاء

الحق وليس إساءة استعماله، ...³.

¹- مصطفى السباعي شرح قانون الأحوال الشخصية،، : مكتبة الثقافة، عمان، (الأردن)) : ص265.

²- فتحي الدريني: نظرية التعسف، ط11 مؤسسة الرسالة، بيروت، 1968م ص54-87.

³- فتحي الدريني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر مرجع سابق، ص314.

أما القائلين بأن التعسف كصورة مستقلة عن الخطأ فقد عرفه حسن كبيرة بأنه تخلف غاية الحق أو مناقضتها¹.

الفرع الثاني: إمكانية التعسف في العدول عن الخطبة

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وهل هناك تعسف في العدول عن الخطبة أم لا؟ ولعل سبب ذلك أن الحياة الاجتماعية الإسلامية في تلك العصور، لم تكن تسمح بوجود ضرر العدول عن الخطبة، حيث كانت تتبع قواعد اختيار الخطبة من منظور إسلامي خالص يبني عليه عدم الاختلاط، فلا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان قواعد الشرع أثناء الخطبة، لهذا لم تكن هناك حاجة لبحث مسألة التعسف في العدول عن الخطبة عند الفقهاء القدامى.

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

المذهب الأول: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، إلى أن هناك تعسفا في العدول عن الخطبة إذا كان من غير مبرر⁸ من المسلم به في الفقه الإسلامي هو أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لمصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق يثبت له الصفة الفردية والجماعية في وقت واحد، أما الأول فالأول فلأن تلك ميزة تخول لصاحبها الاستمتاع بشمات حقه منفردا، وأما الثانية فمناطقها تقيد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للضرر بالغير فردا أو جماعة ولذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف

¹ - حسن كبيرة المدخل إلى القانون 51، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر) ص763.

باستعمال الحق موافقا لقصد الشارع في التشريع، كما أن النظر في مآلات الأفعال ونتائجها يعتبر من

مقاصد الشرع، والخروج على هذا القول تعسف في استعمال الحق وإساءة ما ينبغي أن يكون.¹

وبناء على هذا، فإن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق، وذلك أن الخطبة وعد يلزم

طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج، والوفاء بالعهود المأمور² شرعا، إلا أن هذا الحق يعطي كلا من

الطرفين الحق في العدول عن الخطبة، لكن هذا الحق يجب أن لا يساء استعماله، بأن يكون العدول عن

الخطبة لمبرر شرعي، أما إذا كان العدول بغير مبرر، فإنه يعتبر تعسفا في استعمال الحق وعلى هذا فإن

العدول إذا كان معيبا من باعته، أو نتيجة مال يوجب المسؤولية، إذا ألحق بالطرف الآخر ضرر محقق

مادي أو معنوي هذا وكل من الباعث غير المشروع، أو النتيجة الضرورية اللازمة واللاحقة بالغير من

جراء العدول، ليس هي الغاية التي شرع من أجلها حق العدول، فهو إذن تعسف وانحراف عنها.²

المذهب الثاني: ذهب البعض الآخر من الفقهاء المعاصرين، إلى أن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا

يعد تعسفا في استعمال الحق.

وقالوا: بأن العدول عن الخطبة ليس حقا وإنما هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة؛ لأن

الحق: هو سلطة يثبتها القانون لشخص تكون له ميزة لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة

مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، ولا يعتبر أحدهما مدينا أو دائنا

للآخر لذا العدول، فكان العدول رخصة لكل منهما وليس حقا؛ والتعسف في استعمال الحق لا يكون

إلا عند وجود حق؛ وقال بعضهم: بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر خطأ تقصيري؛ لأنه غير ناشئ

¹ - الشاطبي: المرجع السابق، ص 8-9.

² - الدريني: دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر المرجع السابق، ص 737-739.

عن إخلال بالتزام عقدي نظراً لأن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقداً، ووجه الخطأ في العدول بغير مبرر أنه عدول طائش؛ لأن العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل وطالما تمت الخطبة برضا تام، ثم عدل عنها بغير مبرر، فإن هذا العدول الطائش لا يخلو كذلك من تغير وضرر؛ لأن العادل سبق أن أكد رغبته في الزواج، ولو ضمنا بتبادل الهدايا مثلاً، ثم عدل بعد اخذ الهبة في الزواج، والسير في الأسباب المؤدية إلى إتمامه، وتفتح أبواب النفقات، فعدوله بغير مبرر لا يخلو من التغير وضرر.¹

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة²

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأدون فيه شرعاً بحسب الأصل والعدول كما أسلفنا حق مشروع للطرفين، إلا أنه قد لا يستعمل بالوجه الصحيح، ولكي يظهر لنا أن هناك تعسفاً في العدول عن الخطبة، إذا كان لغير مسوغ وجيه، نطبق معايير التعسف على أمر العدول عن الخطبة وهذه المعايير هي:

أولاً: المعايير الذاتية أو الشخصية

تنقسم إلى معيارين فرعيين هما: معيار قصد الإضرار، ومعيار المصلحة غير المشروعة.

¹ - عبدالناصر العطار: المرجع السابق، ص 168-169.

² - جميل فخري جاتم: التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، ط 11 دار حامد، عمان، (الأردن) 2009 ص 94-95.

1-1- معيار قصد الإضرار: قصد الضرر من العادل يظهر إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة قصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقربنة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديه الرغبة الكامنة في إفاء الخطبة والعدول عنها.

1-2- معيار المصلحة غير المشروعة: إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الطرفين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجا له، جاز له أن يعدل عن الخطبة، فإذا كان العدول لغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج بأخر غني أو ذو جاه أو غيرها، فإنه مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة.

ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية

1-2- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: إن قيام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة لأسباب يعتقبا ما دوافع ومبررات لهذا العدول ولتحقيق مصالح خاصة به، لكن هذه المصالح يترتب عنها مفساد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر، أشد خطرا وأعظم ضرارا من المصلحة المراد تحقيقها إذا العدول عن الخطبة، ودفع الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية: درء المفاسد أولى من جلب المصالح لذلك فإن العادل عن الخطبة يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة، كأن يعدل الخاطب عن الخطبة من أجل السفر للعمل، أو تعدل المخطوبة من أجل الحصول على وظيفة ما، فيؤثر ذلك على سمعة الطرف الآخر وشرفه، ويتعد الناس عن تزويجه.

2-2- معيار الضرر الفاحش: وذلك بأن يوهم الخاطب المخطوبة وأهلها برغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويكون الإيهام بأن يدفع لها جزءا من المهر، ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين الحين والآخر، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي أربع سنوات مثلا عدل عن الخطبة، فإنه بذلك يكون قد أضر ما ضررا فاحشا، وعطل عليها فرص الزواج من شخص آخر، خاصة بعدما تقدم العمر .a.

كحوصلة لما سبق ذكره في هذا الفصل، فالخطبة في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الجزائري هي وعد بالزواج وهي طلب يد المرأة لنكاحها، وهي مشروعة من الكتاب والسنة، والحكمة من تشريعها، إعطاء كل من الطرفين فترة لتعرف على شخصية الطرف الآخر والتعرف على مواطن الصلاح والدين والأخلاق مما يكون سببا في المضي قدما في إتمام عقد الزواج، وبما أن الخطبة وعد به، فإنه يجوز لكلا الطرفين العدول عنها لوجود مسوغ مشروع وهذا قول الشافعية والحنابلة و لذا القول أخذ المشرع الجزائري، أما المالكية فكرهوا العدول عن الخطبة.