بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء

(دراسة مقارنة)

رسالة الماجستير

إعداد:

حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل:- 15780045

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج

أغسطس 2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء

(دراسة مقارنة)

رسالة الماجستير

تقدم إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج

لاستيفاء شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير

في الشريعة والقانون

إعداد:

حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل:- 15780045

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج

أغسطس 2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

موافقة المشرفين

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

العنوان : بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة.

وافق المشرفان على تقديمها إلى مجلس المناقشة.

مالانج : 27/أغسطس/2018م

المشرف الأول:

الدكتور توتك حميدة

رقم التوظيف: 195904231986032003

المشرف الثاني:

الدكتور سواندي

رقم التوظيف: 196104152000031001

الإعتماد

رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتور أمي سنبلة

رقم التوظيف: 197108261998032002

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الموافقة والإعتماد من لجنة المناقشة

إن رسالة الماجستير تحت العنوان: **بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة**، التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

قد دافع الطالب عن هذه الرسالة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها شرطا للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، **وذلك** في يوم الإثنين، بتاريخ 27 أغسطس 2018.

ويتكون مجلس المناقشة من السادة:

الدكتور محمد طريق الدين رئيسا مناقشا

رقم التوظيف: 197303062006041001

الدكتور أحمد جلال الدين مناقشا أساسيا

رقم التوظيف: 197307192005011003

الدكتور توتك حميدة مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 195904231986032003

الدكتور سواندي مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 196104152000031001

إعتماد

مدير الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور موليادي

رقم التوظيف: 195507171982031005

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه، وبياناتي كالآتي:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

العنوان : بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة.

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط الحصول على درجة الماجستير/ في الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، حضرتها وكتبتها بنفسي وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخر إلا مواضع منقولة عزوتها إلى مصادرها. وإذا ادعى أحد مستقبلا أنها من تأليفه وتبين أنها فعلا ليست من بحثي فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

هذا، وحررت هذا الإقرار مني بناء على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك.

مالانج، 28 أغسطس 2018

الطالب المقر:

حسن علي بهيج علي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُواْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا وَلاَ تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىَ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾

صدق الله العظيم

[سورة البقرة]235:

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إهــداء

أهدي هذه الرسالة إلى:

- المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين
- روح أبي الطاهرة غفر الله له.
- أمي نبض قلبي أطال الله في عمرها.
- زوجتي وذريتي قرة عيني.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مستخلص البحث

حسن علي بهيج علي، 2018م. بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. المشرف: 1) الدكتور توتك حميدة، الماجستير 2) الدكتور سواندي، الماجستير.

الكلمات المفتاحية: البعض، المسائل، الخِطبة، المسكوت عنه، الأحكام، القضاء، الفقهاء.

إن أهمية هذا البحث تبرز من ناحية معالجته لموضوع (مسائل الخِطبة) والبحث عن أحكام هذه المسائل المسكوت عنها والتي لم يفرد لها القانون نصوصاً خاصة به إسوة بالقوانين العربية، كما يكتسب البحث أهميته أيضاً لأنه ينادي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري. أما مشكلات الدراسة التي أحاول معالجتها تتلخص في الآتي: أولاً: عدم تفريق النصّ التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين بين ما إذا كان العدول لمقتضى أم لا. ثانياً: عدم تطرق قانون الأحوال الشخصية لمسألة المهر وحكمه عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه. ثالثاً: سكوت المشرّع عن الحكم في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج. كما يهدف البحث إلى معرفة السبب وراء عدم تفريق النص التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين، وبيان موقف المشرّع الليبي من مسألة المهر وحكمه إذا انتهت الخطبة بالعدول، وتوضيح حكم مسألة رد الهدايا إذا انتهت الخطبة بالوفاة.

منهجية البحث في هذه الدراسة تعتمد على أربعة مناهج وهي: المكتبي والوصفي التحليلي والاستقرائي والمقارن.

أما النتائج النهائية للبحث فجاءت على النحو التالي: 1-إن من أسباب عدم تفريق النص التشريعي عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين من العدول هو: قلة القضايا المرفوعة أمام القضاء والتي تختص بهذا الشأن. أما بخصوص صور الأضرار: فالقضاء قرر وجوب التعويض عن الضرر بتحميل المتسبب في العدول مسؤولية عدوله، ولم يفرق بين أن يكون نوع الضرر ماديّاً أو معنويّاً. 2-إن المحكمة العليا سدّت النقص الذي يعاني منه النص القانوني الذي أغفل حكم مسألة المهر إذا انتهت الخطبة بالعدول. 3-لا يسترد شيئاً من الهدايا إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج؛ لأن عدم إتمام الزواج بسبب الوفاة مثلاً أو بسبب الوقوع في الأسر وغير ذلك، يعتبر من الأسباب التي لا دخل لأحد الطرفين فيها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد الصادق الأمين وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد:

يسرّ الباحث انتهاء كتابة هذه الرسالة العلمية للماجستير، ولهذا يريد الباحث أن يقدم من صميم قلبه العميق أجزل الشكر وأثمن التقدير لمن قد ساهم وساعده على كتابة هذه الرسالة، وهم:

1- البروفيسور الحاج عبد الحارس، رئيس جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.

2- البروفيسور الحاج موليادي، مدير الدراسات العليا، والدكتور أمي سنبلة، رئيس قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.

3- الدكتور توتك حميدة، بصفتها المشرف الأول. والدكتور سواندي، بصفته المشرف الثاني. واللذان وجها الباحث وأرشداه وأشرفا عليه بكل اهتمام وصبر وحكمة في كتابة هذه الرسالة.

4- الدكتور محمد طريق الدين، بصفته رئيس مجلس المناقشة لهذه الرسالة. والدكتور أحمد جلال الدين، بصفته المناقش الأساسي.

5- جميع الأساتذة المحترمين في الدراسات العليا، والأصدقاء في داخل إندونيسيا وخارجها وكل من مدّ يد العون ولو بكلمة طيبة، وإلى كل من لم يستطع الباحث أن يذكرهم جميعا هنا.

6- إلى دولة إندونيسيا حكومة وشعبا لما قدموه لنا من استقبال وترحاب وطيب المعاش والمعشر، فلم نشعر بينهم ولو للحظة بأننا غرباء، بل كنا ولا زلنا نشعر بأننا في وطننا وبين أهلنا، فجزاهم الله خير الجزاء، وأدام عليهم نعمة الأمن والأمان والسكينة والاطمئنان.

7- إلى دولة ليبيا الحبيبة موطني ومسقط رأسي، التي كان لها الفضل العظيم فيما وصلت له الآن، حيث أرسلتني ممثلا لها ودارسا على حسابها لأعود وأشارك في بنائها رفقة إخواني وزملائي من أبناء الوطن. فشكرا جزيلا لوطني.

هذا، وأسأل الله أن تكون أعمالهم مقبولة ومثابة، وتكون رسالة الماجستير هذه نافعة ومفيدة للعباد والبلاد، آمين.

مالانج، أغسطس 2018م.

الباحث: حسن علي بهيج علي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

موافقة المشرفين

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بحيج علي

رقم التسجيل : 15780045

العنوان : بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة.

وافق المشرفان على تقديمها إلى مجلس المناقشة.

مالانج : 27/أغسطس/2018م

المشرف الأول:

الدكتور توتك حميدة

رقم التوظيف: 195904231986032003

المشرف الثاني:

الدكتور سواندي

رقم التوظيف: 196104152000031001

الإعتماد

رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتور أمي سنبلة

رقم التوظيف: 197108261998032002

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Scanned by CamScanner

الموافقة والإعتماد من لجنة المناقشة

إن رسالة الماجستير تحت العنوان: **بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة**، التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بحيح علي

رقم التسجيل : 15780045

قد دافع الطالب عن هذه الرسالة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها شرطا للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، وذلك في يوم الإثنين، بتاريخ 27 أغسطس 2018.

ويتكون مجلس المناقشة من السادة:

الدكتور محمد طريق الدين — رئيسا مناقشا

رقم التوظيف: 197303062006041001

الدكتور أحمد جلال الدين — مناقشا أساسيا

رقم التوظيف: 197307192005011003

الدكتور توتك حميدة — مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 195904231986032003

الدكتور سواندي — مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 196104152000031001

إعتماد

مدير الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور مولياني

رقم التوظيف: 195307071982031005

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Scanned by CamScanner

ABSTRAK

Hassan Ali Bihij Ali, 2018. **Beberapa Perkara Khitbah yang Tidak Tercantum dalam UU Perdata Libya (Studi Komparatif antara Keputusan Hakim dan Ulama Fiqih).** Tesis, Progam Studi Syariah dan Qanun, Progam Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing I: Dr. Tutik Hamidah, Pembimbing II: Dr. Suwandi.

Kata kunci: Perkara Khitbah, UU Perdata, Hakim, Ulama Fiqih.

Urgensi dari penelitian ini adalah usaha memecahkan perkara khitbah dan mencari ketentuan terkait perkara yang belum di definisikan oleh hukum melalui teks khusus yang serupa dengan undang-undang Arab, dan juga mengajak untuk menjaga sistem keluarga. Adapun rumusan masalah dari penelitian ini adalah: 1) teks undang-undang tidak membedakan ketentuan kompensasi dari kerusakan yang disebabkan oleh salah satu pihak (pelamar) ketika pembatalan khitbah itu sesuai atau sebaliknya. 2) hukum perdata tidak membahas terkait perkara mahar, dan ketentuannya ketika khitbah berakhir dengan pembatalan atau disebabkan suatu sebab yang tidak bisa dituntut oleh salah satu pelamar. 3) legislator membiarkan pengembalian hadiah ketika pembatalan khitbah itu disebabkan meninggal atau alasan lainnya sehingga tidak melanjutkan ke akad nikah. Penelitian ini bertujuan untuk 1) mengetahui sebab dibalik tidak membedakannya teks undang-undang dalam kompensasi dari kerusakan yang disebabkan oleh salah satu pihak (pelamar), 2) menjelaskan posisi legislator Libya dalam perkara mahar dan ketentuannya jika khitbah berakhir dengan pembatalan, dan 3) menjelaskan hukum perkara pengembalian hadiah jika khitbah berakhir disebabkan meninggal.

Metodelogi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini mengadopsi dari 4 metodelogi penelitian; anatara lain: studi pustaka, deskriptif analisis, induktif dan komparatif.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa; 1) penyebab dari tidak membedakannya teks undang-undang dalam kompensasi dari kerusakan yang disebabkan pembatalan salah satu pihak (pelamar) antara lain: kasus yang diajukan ke pengadilan terkait hal ini berjumlah sedikit, adapun terkait bentuk kerusakan yang ditimbulkan maka peradilan memutuskan bahwa kerusakan wajib dikompensasikan dengan menagih tanggung jawab pelaku pembatalan dan tidak membedakan jenis kerusakannya baik materi maupun moril. 2) Mahkamah Agung telah menutup kekurangan dari teks undang-undang yang tidak mengatur ketentuan perkara mahar ketika khitbah berakhir dengan pembatalan. 3) Hadiah tidak di kembalikan jika khitbah berakhir disebabkan meninggal atau alasan lainnya sehingga tidak melanjutkan ke akad nikah;seperti meninggal, mengalami kesulitan dll. Kesemua itu termasuk dalam sebab yang tidak bias di tuntut oleh salah satu pihak (pelamar).

Penerjemah,	Tanggal	Validasi Kepala PPB,
M.Mubasysyir Munir, M.Pd NIDT:19860513201802011215	5/18/10	Dr. H. M. Abdul Hamid, MA NIP. 19730201 1998031007

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Scanned by CamScanner

ABSTRACT

Hassan Ali Bihij Ali, 2018. **Some Problems on Marriage Proposal Unwritten in Civil Code (A comparative Study on Judge Decision and Fiqh Ulemas).** Thesis, Magister of Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah, Postgraduate Program of Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Advisor I: Dr. Tutik Hamidah, Pembimbing II: Dr. Suwandi.

Keywords: Problems on Marriage Proposal, Civil Code, Judge, Fiqh Ulemas.

The urgency of the study is to reveal some problems on marriage proposal and find the regulation related with the problems not yet written in the law through providing special text similar with Arabian law and asking to maintain the family system. The problems of the research are: 1) the law does not differentiate the compensation for damage caused by the marriage proposal cancelation by the party who proposes 2) civil code has no explanation on dowry whether it should be returned when the proposal is canceled due to reason which cannot be brought to court. 3) the legislators allow the return of the gifts due to the death of the party who proposes or other reasons to continue to marriage solemnization. The study aims to 1) find out the reason why the law has no regulation regarding with compensation for damage caused by proposal cancelation by the party who proposes, 2) explain the position of Libyan legislators concerning dowry and its rule when the proposal is canceled, and 3) explain the regulation dealing with the return of the given gifts when the proposal is canceled due to death.

The study adopted four research methodologies namely library research, analysis descriptive, inductive and comparative study.

The result of the study shows that; 1) the law does not differentiate the compensation for damage caused by the marriage proposal cancelation by the party who proposes due to: the trial has a few cases on the problems, the court decision states that any damages are compensated by asking the parties who cancel the proposal for their responsibility for both material and moral damages. 2) the Supreme Court has fixed the problem of law which is not regulating the given dowry when the proposal is canceled. 3) The gift does not need to be returned due to death and other reasons to continue to marriage solemnization. They are included in the causes which cannot be sued by one party (who propose).

Penerjemah,	Tanggal	Validasi Kepala PPB
Rizka Yanuarti NIPT 201209012263	9-10-2018	Dr. H.M. Abdul Hamid, MA. NIP. 19730201 1998031007

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

Scanned by CamScanner

بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء

(دراسة مقارنة)

رسالة الماجستير

إعداد:

حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل:- 15780045

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية ـ مالانج

أغسطس 2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء

(دراسة مقارنة)

رسالة الماجستير

تقدم إلى جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية – مالانج

لاستيفاء شرط من شروط الحصول على درجة الماجستير

في الشريعة والقانون

إعداد:

حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل:- 15780045

قسم الشريعة والقانون

كلية الدراسات العليا

جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية ـ مالانج

أغسطس 2018

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

موافقة المشرفين

بعد الاطلاع على رسالة الماجستير التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

العنوان : بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة.

وافق المشرفان على تقديمها إلى مجلس المناقشة.

مالانج : 27/أغسطس/2018م

المشرف الأول:

الدكتور توتك حميدة

رقم التوظيف: 195904231986032003

المشرف الثاني:

الدكتور سواندي

رقم التوظيف: 196104152000031001

الإعتماد

رئيس قسم الشريعة والقانون

الدكتور أمي سنبلة

رقم التوظيف: 197108261998032002

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الموافقة والإعتماد من لجنة المناقشة

إن رسالة الماجستير تحت العنوان: **بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة**، التي أعدها الطالب:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

قد دافع الطالب عن هذه الرسالة أمام مجلس المناقشة ويقر قبولها شرطا للحصول على درجة الماجستير في الشريعة والقانون، وذلك في يوم الإثنين، بتاريخ 27 أغسطس 2018.

ويتكون مجلس المناقشة من السادة:

الدكتور محمد طريق الدين رئيسا مناقشا

رقم التوظيف: 197303062006041001

الدكتور أحمد جلال الدين مناقشا أساسيا

رقم التوظيف: 197307192005011003

الدكتور توتك حميدة مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 195904231986032003

الدكتور سواندي مشرفا مناقشا

رقم التوظيف: 196104152000031001

إعتماد

مدير الدراسات العليا

الأستاذ الدكتور موليادي

رقم التوظيف: 195507171982031005

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إقرار الطالب

أنا الموقع أدناه، وبياناتي كالآتي:

الاسم : حسن علي بهيج علي

رقم التسجيل : 15780045

العنوان : بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة.

أقر بأن هذه الرسالة التي حضرتها لتوفير شرط الحصول على درجة الماجستير/ في الشريعة والقانون كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج، حضرتها وكتبتها بنفسي وما زورتها من إبداع غيري أو تأليف الآخر إلا مواضع منقولة عزوتها إلى مصادرها. وإذا ادعى أحد مستقبلا أنها من تأليفه وتبين أنها فعلا ليست من بحثي فأنا أتحمل المسؤولية على ذلك، ولن تكون المسؤولية على المشرف أو على كلية الدراسات العليا بجامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج.

هذا، وحررت هذا الإقرار مني بناء على رغبتي الخاصة ولم يجبرني أحد على ذلك.

مالانج، 28 أغسطس 2018

الطالب المقر:

حسن علي بهيج علي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُواْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا وَلاَ تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىَ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾

صدق الله العظيم

[سورة البقرة:235]

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

إهـداء

أهدي هذه الرسالة إلى:

المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين

روح أبي الطاهرة غفر الله له.

أمي نبض قلبي أطال الله في عمرها.

زوجتي وذريتي قرة عيني.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مستخلص البحث

حسن علي بهيج علي، 2018م. بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، قسم الشريعة والقانون، كلية الدراسات العليا جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. المشرف: 1) الدكتور توتك حميدة، الماجستير 2) الدكتور سواندي، الماجستير.

الكلمات المفتاحية: البعض، المسائل، الخِطبة، المسكوت عنه، الأحكام، القضاء، الفقهاء.

إن أهمية هذا البحث تبرز من ناحية معالجته لموضوع (مسائل الخِطبة) والبحث عن أحكام هذه المسائل المسكوت عنها والتي لم يفرد لها القانون نصوصاً خاصة به إسوة بالقوانين العربية، كما يكتسب البحث أهميته أيضاً لأنه ينادي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري. أما مشكلات الدراسة التي أحاول معالجتها تتلخص في الآتي: أولاً: عدم تفريق النصّ التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين بين ما إذا كان العدول لمقتضى أم لا. ثانياً: عدم تطرق قانون الأحوال الشخصية لمسألة المهر وحكمه عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه. ثالثاً: سكوت المشرّع عن الحكم في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج. كما يهدف البحث إلى معرفة السبب وراء عدم تفريق النص التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين، وبيان موقف المشرّع الليبي من مسألة المهر وحكمه إذا انتهت الخطبة بالعدول، وتوضيح حكم مسألة رد الهدايا إذا انتهت الخطبة بالوفاة.

منهجية البحث في هذه الدراسة تعتمد على أربعة مناهج وهي: المكتبي والوصفي التحليلي والاستقرائي والمقارن.

أما النتائج النهائية للبحث فجاءت على النحو التالي: 1-إن من أسباب عدم تفريق النص التشريعي عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين من العدول هو: قلة القضايا المرفوعة أمام القضاء والتي تختص بهذا الشأن. أما بخصوص صور الأضرار: فالقضاء قرر وجوب التعويض عن الضرر بتحميل المتسبب في العدول مسؤولية عدوله، ولم يفرق بين أن يكون نوع الضرر ماديّاً أو معنويّاً. 2-إن المحكمة العليا سدّت النقص الذي يعاني منه النص القانوني الذي أغفل حكم مسألة المهر إذا انتهت الخطبة بالعدول. 3-لا يسترد شيئاً من الهدايا إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج؛ لأن عدم إتمام الزواج بسبب الوفاة مثلاً أو بسبب الوقوع في الأسر وغير ذلك، يعتبر من الأسباب التي لا دخل لأحد الطرفين فيها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد الصادق الأمين وعلى آله وأصحابه أجمعين، وبعد:

يسرّ الباحث انتهاء كتابة هذه الرسالة العلمية للماجستير، ولهذا يريد الباحث أن يقدم من صميم قلبه العميق أجزل الشكر وأثمن التقدير لمن قد ساهم وساعده على كتابة هذه الرسالة، وهم:

1-البرفيسور الحاج عبد الحارس، رئيس جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.

2- البروفيسور الحاج موليادي، مدير الدراسات العليا، والدكتور أمي سنبلة، رئيس قسم الشريعة والقانون، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية بمالانج.

3- الدكتور توتك حميدة، بصفتها المشرف الأول. والدكتور سواندي، بصفته المشرف الثاني. واللذان وجها الباحث وأرشداه وأشرفا عليه بكل اهتمام وصبر وحكمة في كتابة هذه الرسالة.

4- الدكتور محمد طريق الدين، بصفته رئيس مجلس المناقشة لهذه الرسالة. والدكتور أحمد جلال الدين، بصفته المناقش الأساسي.

5-جميع الأساتذة المحترمين في الدراسات العليا، والأصدقاء في داخل إندونيسيا وخارجها وكل من مدّ يد العون ولو بكلمة طيبة، وإلى كل من لم يستطع الباحث أن يذكرهم جميعا هنا.

6-إلى دولة إندونيسيا حكومة وشعبا لما قدموه لنا من استقبال وترحاب وطيب المعاش والمعشر، فلم نشعر بينهم ولو للحظة بأننا غرباء، بل كنا ولا زلنا نشعر بأننا في وطننا وبين أهلنا، فجزاهم الله خير الجزاء، وأدام عليهم نعمة الأمن والأمان والسكينة والاطمئنان.

6-إلى دولة ليبيا الحبيبة موطني ومسقط رأسي، التي كان لها الفضل العظيم فيما وصلت له الآن، حيث أرسلتني ممثلا لها ودارسا على حسابها لأعود وأشارك في بنائها رفقة إخواني وزملائي من أبناء الوطن. فشكرا جزيلا لوطني.

هذا، وأسأل الله أن تكون أعمالهم مقبولة ومثابة، وتكون رسالة الماجستير هذه نافعة ومفيدة للعباد والبلاد، آمين.

مالانج، أغسطس 2018م.

الباحث: حسن علي بهيج علي

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قائمة المحتويات

صفحة الغلاف .....

صفحة الموضوع .....

موافقة المشرفين .....

الموافقة والاعتماد من لجنة المناقشة .....

إقرار الطالب .....

الآية .....

إهـــداء .....

مستخلص البحث .....

شكر وتقدير .....

الفصل الأول: الإطار العام والدراسات السابقة 1

أ- خلفية البحث: 1

ب- تحديد مشكلة البحث: 4

ج- أسئلة البحث: 5

د- أهداف البحث: 5

هـ- أهمية البحث وأسباب اختياره: 6

و- حدود البحث: 7

ز- الدراسات السابقة: 7

ح- مصطلحات البحث: 15

الفصل الثاني: الإطـــــار النـــظري 19

المبحث الأول: نظريات البحث وطرق تعامل المشرع مع المسائل المسكوت عنها 20

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق 20

المطلب الثاني: قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان 25

المطلب الثالث: قاعدة العادة محكّمة 27

المبحث الثاني: ماهية الخطبة في عقد الزواج 31

المطلب الأول: مفهوم الخطبة لغة واصطلاحاً وقانوناً 32

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للخطبة 35

المطلب الثالث: شروط صحة الخطبة 35

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: طبيعة الخطبة وأثرها في الفقه والقانون 37
المطلب الأول: التكييف الفقهي للخطبة 37
المطلب الثاني: التكييف القانوني للخطبة 38
المبحث الرابع: حكم العدول عن الخطبة وأثره في المهر والهدايا بين الفقه والقانون 40
المطلب الأول: حكم العدول عن الخطبة وأثره من الجانب الفقهي 41
المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة وأثره من الجانب القانوني 45
الفصل الثالث: منهجية البحث 48
أولاً: نوع البحث: 48
ثانيا: مصادر البيانات (أو جمع المادة العلمية): 49
1- المصادر الأولية: 49
2- المصادر الثانوية: وهي تنقسم إلى كتب ومطبوعات ورسائل بحثية ومجلات علمية. 50
ثالثاً: أدوات جمع البيانات: 51
رابعاً: طريقة تحليل البيانات: 53
1- المنهج الاستقرائي: 53
2- المنهج الوصفي التحليلي أو الاستنباطي: 54
3- المنهج المقارن: 55
خامسا: هيكل البحث: 57
الفصل الرابع: عرض البيانات والتحليل 61
المبحث الأول: التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين وصورها بين أحكام القضاء والفقهاء 62
المطلب الأول: أحكام القانون والقضاء في التعويض عن ضرر العدول 63
المطلب الثاني: أحكام الفقهاء قديما وحديثا في التعويض عن ضرر العدول 66
المطلب الثالث: صور الضرر المادي والأدبي في التعويض عن ضرر العدول 70
المبحث الثاني: الحكم المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول، بين أحكام القضاء والفقهاء 72
المطلب الأول: حكم القضاء المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول 73
المطلب الثاني: حكم الفقهاء المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول 74

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء..... 76

المطلب الأول: حكم القضاء في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة..... 76

المطلب الثاني: حكم الفقهاء في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة 79

الفصل الخامس: الخـــاتمة 81

أ- ملخص نتائج البحث.....85

ب - التوصيات والمقترحات.....86

قائمة المراجع 85

الملحق 96

قانون رقم (10) لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم..... 96

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الأول: الإطار العام والدراسات السابقة

أ- خلفية البحث:

إن شريعة الإسلام قائمة على العدل استطاعت أن تصمد وترسخ كرسوخ الصخر في أرضه، يزداد مع الزمن صلابة وقوة، لأن شريعة وضعها رب البشر لا يمكن أن يظهر فيها خلل، أو يعتريها نقص، فقد اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون جُل الأحكام المنظمة للأحوال الشخصية هي من عنده تعالى، حتى لا يستنكف أحد من الخضوع لها أو يتجرأ في الخروج عليها، فتكون محل طاعة وامتثال، ويحرص الناس بفطرتهم إلى الدين على احترامها وعدم مخالفتها، وعند تتبع التشريعات العربية، وبخاصة في مجال أحكام الأسرة وأحوالهـــا، نجد أنها تستقي أحكامها من الشريعة الإســـلامية.

يتضح ذلك عندما اتخذ المشرّع الليبي أحكام الشريعة الإسلامية أساساً له، واعتبرها المصدر الأول الذي يعتمد عليه في سنّ قوانينه وخاصة فيما يتعلق بالقانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما، الذي يعدّ مرجع القضاء في الدولة الليبية.

وقد جاء هذا القانون في خمس وسبعين مادة وحوى الكثير من الأحكام المستحدثة، وهو بحق أقام فارقاً لم يكن من قبل، بين أسلوب الفقه الشارح وأسلوب التشريع الآمر، فصاغ هذا القانون من الفقه مرجعاً قضائياً، صياغة القوانين الحديثة، من حيث الترتيب والترقيم وطريقة التعبير الآمر وتسهيل العبارة، واختيار قول واحد للعمل به في كل مسألة دون الأدلة أو المناقشات والاختلافات التي تزخر بها كتب الفقه، والتي ميدانها الفقه الشارح لا المرجع القضائي؛ كما أنه في غالبه حاول أن يناسب بين الموضوعات الفقهية في الترتيب، فردّ بعضها إلى مواطنها الأصلية، وأحسن تصنيف بعض المسائل والأحكام في الموضوع الواحد بحسب نوعيته.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولكن القانون نفسه به العديد من تناقضات النصوص فيما بينها في الموضوع الواحد، وتعارض في الأحكام الفقهية، ما يجعله محل نقد وتقويم، وهناك بعض النصوص التشريعية التي قد لا تجد لها تأصيلا شرعيا، كما أن هناك أشياء سكت عنها المشرّع الليبي فلم يتطرق إليها بالكلية ولم يذكر لها أحكام تستوعب كل مسائلها، أو تطرق إليها ولكن كان في نصوصه شيء من الغموض واللبس، ما أوقع القضاء في تناقض الأحكام فيما بينها.

فمن هذه الأحكام التي لم يستوعبها المشرّع بالتصريح، وحفَّ بها الغموض لتطرقه لها بالتلميح، (**مسائل الخِطبة**)، ومن المعلوم أن الخطبة تعتبر مقدمة وتمهيداً لعقد الزواج، ولها أهمية كبرى نظراً لما تؤدِّي إليه، لهذا أولاها الشارع الحكيم اهتماماً بالغاً بتبيين أحكامها.

فالخطبة التامة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقداً وإن تمت برضا الطرفين؛ لأن عقد الزواج الذي سيبنى عليها أساسه الرضا والاختيار، فإذا أجبر الخطيبان أو أحدهما على إتمام الزواج، فذلك يعني الإكراه على الزواج، وقد نصّت الفقرة "ب" المادة "1" ق84/10" على أنه : " يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة ..... "، يتبين منه أن الخطبة ليست إلا وعد متبادل بين الخاطبين بإجراء عقد الزواج في المستقبل، وهو وعد غير ملزم، فلكل منهما أن ينقض وعده وأن يرجع عن عزمه إذا أراد اعتماداً على أنه إذا لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام. وهذا من وجهة النظر القضائية والفقهية، أما من الوجهة الأخلاقية فإنه لا ينبغي للإنسان أن يخلف وعده ويرجع في عزمه، إلاّ لضرورة ملحة تبرر خلف الوعد وترجح بنقض الاتفاق، فمن فسخ الخطبة لغير ضرورة ملجئة فقد ارتكب رذيلة وأجرم خلقيّا[1].

[1] *عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم*، دار القلم- الكويت، الطبعة الثانية، (1410هـ-1990)، ص21.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ويرافق الخطبة في الغالب دفع المهر كله أو بعضه، وتقديم الهدايا، ثم قد يتم عدول أحد الطرفين عن الخطبة، مما يترتب عليه أضراراً مادية ومعنوية، أو قد تنتهي الخطبة بسببٍ عارض "كالموت أو الجنون أو الأسر"، مما استوجب بحثاً عن أحكام وحلول لهذه المسائل.

وقد تبنّى قضاؤنا النظر في قضايا واقعية ذات علاقة بموضوع البحث أذكر منها: "أن عدول المدّعي عليه عن خِطبة المدعية بعد مرور ثلاث سنوات تقريبا وبعد أن اتفقا على موعد للزواج عام 1995م وتصويره معها وخروجه وإياها على مرأى من العامة، ومنعها من التعيين بعد تخرجها، وتفويت فرصة الزواج عليها من آخرين بحجة أنها مخطوبة.....؛ كل هذه الأمور مجتمعة تشكل خطأ في تصرفات المدّعَى عليه، وألحقت الضرر المعنوي بها أي؛ المدعية"[2].

وقد نصّت الفقرة "ج" مادة "1" ق"84/10 على أنه: " إذا كان العدول من أحد الخاطبين لمقتضى – أي لسبب – فله أن يسترد ما أهداه للآخر عيناً أو قيمته يوم القبض..."، نلاحظ على النصّ التشريعي الذي أورده المشرّع الليبي في موضوع الخطبة تطرقه لمسألة استرداد الهدايا والضرر في حال العدول عن الخطبة، في حين سكت عن مسائل أخرى ولم يتحدث عنها، أو كان في حديثه غموض يحتاج إلى صراحة في النص، ومن هذه المسائل: المهر الذي يسلم قبل العقد، وحكم استرداده بعينه أو قيمته في حال العدول أو الوفاة، وأيضاً انتهاء الخطبة بسببٍ عارض لا دخل لأحد الخاطبين فيه كالموت أو الجنون أو الأسر؛ لذلك اخترت عنوان بحثي التالي وهو:

بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء (دراسة مقارنة)

[2] محكمة بنغازي الابتدائية (مدني) 1427/8/5 الدعوى رقم 96/404 (غير منشور). الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مؤسسة شروق- دار البدر، الطبعة الأولى، (1434هـ-2013م)، ج1/ص109.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- تحديد مشكلة البحث:

إن موضوع البحث هو محاولة للوقوف على مواطن القصور والنقص في قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984م، ومقارنة مسائل الخِطبة المسكوت عنها في القانون مع أحكام الفقهاء المتمثلة في مشهور مذهب الإمام مالك، ليعيد المشرّع الليبي النظر إليها، ويتنبه إلى القصور فيتلافاه، وإلى النقص فيسدّه.

ومن خلال هذا التقديم يمكن حصر الإشكالات المتعلقة بموضوع البحث فيما يلي:

- عدم تفريق المشرّع بين الضرر المادي كإنفاق المال في حفل الخطبة مثلاً، والمعنوي كجرح الشعور والإساءة إلى سمعة الشخص أو العائلة، كما لم يفرق بين الضرر الناشئ عن مجرد العدول باعتباره حق مطلق، والضرر الناشئ عن أفعال أخرى سبقت العدول أو اقترنت به، كأن يطلب منها مثلاً ترك العمل، أو تطلب منه إعداد المسكن وتجهيزه بالأثاث.
- إغفال المشرّع الليبي مسألة المهر واسترداده عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج، كموت أو جنون أو أسر أحد الخاطبين.
- عدم الحديث عن السِّن التي يجب توافرها في الخاطبين، ومدى انطباق القدر الذي حدده المشرّع في المادة السادسة المتعلقة بسن الزواج عليها.
- خلو النص التشريعي لأحكام الخطبة من ذكر النساء اللائي يحرم خطبتهنّ على عكس بعض التشريعات العربية[3].

[3] أنظر على سبيل المثال: المادة (2) من *قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان* الصادر بتاريخ 4 يونيو 1997م.
والمادة (2) من مشروع *قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد* الصادر بتاريخ 4 أبريل 1988م.
والمادة (2) من مشروع *كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية* لمحمد قدري الصادر بتاريخ 1881م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد اخترت البحث في بعض الإشكاليات للوصول لأفضل النتائج.

أولاً: عدم تفريق النصّ التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين بين ما إذا كان العدول لمقتضى أم لا.

ثانياً: عدم تطرق قانون الأحوال الشخصية لمسألة المهر وحكمه عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه.

ثالثاً: سكوت المشرّع عن الحكم في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج.

ج- أسئلة البحث:

وعلى هذا فإن إشكالية البحث تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية:

1- لماذا لم يفرق النص التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين سواء كان العدول لمقتضى أم لا، وما صورها عند القضاء والفقهاء؟

2- ما هو الحكم المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه بين أحكام القضاء والفقهاء؟

3- ما حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء؟

د- أهداف البحث:

1- معرفة السبب لعدم تفريق النص التشريعي في أحكام التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين سواء كان العدول لمقتضى أم لا، وصورها بين القانون والفقه.

2- بيان موقف المشرّع الليبي من مسألة المهر وحكمه عند انتهاء الخطبة بعارض يحول دون إتمام الزواج، كموت أحد الخاطبين أو جنونه أو أسره.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- توضيح حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء.

هـ – أهمية البحث وأسباب اختياره:

تبرز أهمية هذه البحث من ناحية معالجته لموضوع من موضوعات أحكام الأسرة، التي تعتبر من المسائل الهامة واللصيقة بشخص الإنسان، فهي ذات علاقة مباشرة به وماسّة بوضعه الشخصي والعائلي، كما يكتسب البحث أهميته أيضاً لأنه ينادي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهدداً بأنواع شتى من الآراء المنحرفة والدخيلة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية.

فإن تفشّي العدول عن الخِطبة في مجتمعنا بدون سبب معتبر، وسوء استعمال هذا الحق بصورة غير مشروعة من قبل أحد الخاطبين أو أهلهما ما هي إلا بداية التصدّع في كيان الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع المستقبلية، والممارسات الخاطئة التي تصاحب مقدمات الزواج، كالتساهل في استباحة العلاقة بين الجنسين، مثال على ذلك السماح للخاطب بأخذ مخطوبته والذهاب بها حيث شاء دون رقيب، بدعوى تعرّف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية، وما قد يحدث من مفارقة أحدهما للآخر بالعدول عن الخطبة بعد مرور سنوات طوال تبلغ في بعض الأحيان إلى ما يزيد عن خمس سنوات، وفي هذه الفترة يتم بينهما تبادل الهدايا وخصوصا من طرف الخاطب بما يسمونه "المواسم"، وقد يُطلب من الخاطب دفع المهر كله أو جزءا منه – الذي يبلغ في بعض المدن الليبية مقدار 500 غرام من الذهب يزيد أو ينقص قليلا – وهو ما يعرف في مجتمعنا الليبي ب"**البيان**"، أو "**الشبكة**" كما تعرف في المجتمع المصري، وربما تنتهي الخطبة بسبب عارض يحول دون إتمامها كوفاة أحد الخاطبين أو جنونه أو أسره؛ كل هذه الأسباب دفعتني للبحث في هذا الموضوع لمعرفة موقف المشرّع الليبي من هذه المسائل الهامة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

و- حدود البحث:

تنقسم حدود البحث إلى حدود موضوعية وقانونية وفقهية ومؤسسية:

1- **الحدود الموضوعية:** إن النطاق الموضوعي لهذه الدراسة يتناول موضوع (بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء).

2- **الحدود القانونية:** يتمثل الحد القانوني لهذه الدراسة في قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 1984/10م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، وأحكام القضاء المتمثلة في المحاكم الابتدائية والمحكمة العليا الليبية.

3- **الحدود الفقهية:** يتمثل الحد الفقهي لهذه الدراسة في أحكام الفقهاء من مشهور مذهب الإمام مالك باعتباره الفقه السائد في ليبيا وشمال إفريقيا، وذلك من خلال أهم المؤلفات فيه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي، الذخيرة. بالإضافة إلى الاستئناس بالمذاهب الإسلامية المعتبرة، كفقه السادة الأحناف، والشافعية، والحنابلة.

4- **الحدود المؤسسية:** الحد المؤسسي لهذه الدراسة (جامعة مولانا مالك بن إبراهيم الإسلامية الحكومية) مالانج، دولة إندونيسيا.

ز- الدراسات السابقة:

تعتبر الدراسات السابقة من الخطوات المهمة في مجال الكتابة الأكاديمية البحثية، وذلك لأنها توفر كل ما هو جديد ومبتكر في الحقل العلمي والبحثي، وتقوي جانب النتائج التي يتوصل إليها الباحث من خلال تحديث المنهجية والنظرية اللازمة لدراسته،

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد جاءت الدراسات التي تعين الباحث في موضوع دراسته على هيئة كتابات ومؤلفات ورسائل جامعية، سأذكرها تباعاً:

1- دراسة الأستاذ الدكتور: أسامة محمد منصور الحموي، دراسة مقارنة والتي جاءت بعنوان "آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون السوري"، جامعة دمشق-كلية الشريعة-قسم الفقه الإسلامي وأصوله، 2011م.

وكانت مشكلة الدراسة تتمثل في الآثار المالية الناتجة عن العدول عن الخطبة والتي تتعلق بها، والوصول لأفضل الآراء الفقهية التي يجب أن تطبق قانوناً بعد المقارنة بين موقف الفقهاء وموقف القانون.

وقد اعتمد الباحث في هذه الدراسة المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، ثم المنهج الاستنتاجي، وذلك باستقراء الآثار والأحكام التي تترتب على العدول عن الخطبة شرعاً وقانوناً، ثم تحليل الآراء الفقهية للوصول إلى الرأي الراجح والمناسب للتطبيق قضاءً، وكذلك تحليل مواد القانون المتعلقة بأحكام الخطبة وآثار العدول عنها، ثم المقارنة بين رأي الفقهاء وموقف القانون السوري، وبعض القوانين العربية الأخرى، ثم استنتاج أوجه الاتفاق بين موقف القانون وآراء الفقهاء، ثم الوصول إلى أفضل الآراء التي يحسن تطبيقها قانوناً، وبيان ما سكت عنه القانون ويحتاج إلى تقنين.

❖ **أهم نتائج هذه الدراسة:**

- التكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنها وعد بالزواج.
- يترتب على العدول عن الخطبة رد المهر للخاطب إن كان دفعه للمخطوبة أو وليها، ويد المخطوبة عليه يد مودعة (يد أمانة).
- تأخذ الهدايا بين الخاطبين حكم الهبة، وفي حال العدول عن الخطبة من المخطوبة أو بسببها يجب ردها للخاطب، ولا تردها المخطوبة إن كان العدول من طرفه أو بسببه.
- إذا تم العدول عن الخطبة ولم يترتب على هذا العدول ضرر فلا تعويض.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- سكوت القانون السوري عن حكم التعويض يشكّل نقصاً يجب سدّه.

2- دراسة الباحث: محفوظ بن صغير، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، والتي جاءت بعنوان "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، جامعة الحاج خضر- الجزائر، 2009/2008م.

وكانت مشكلة الدراسة تقوم على توضيح الضعف الذي يعانيه التشريع الأسري الجزائري إذا لم يعتمد في استمداده على أصول الاجتهاد القضائي الشرعي، الأمر الذي يجعله قاصراً عن إيجاد الحلول المناسبة واستيعاب جميع مشاكل الأسرة.

وقد اعتمد الباحث في هذه الدراسة عدة مناهج تتميز بالطابع النقدي منها: المنهج التحليلي، المنهج المقارن، والمنهج الوصفي، كما قام بتقصي أقوال الفقهاء والعلماء وذكر أدلتهم واختار ما ترجح له بعد الاستقراء، واستخدم المنهج المقارن من أجل الدراسة النقدية وبيّن قرارات المحكمة العليا وذلك من خلال التطبيقات الفرعية لمسائل الأسرة.

❖ **أهم نتائج هذه الدراسة فيما يتعلق بأحكام الأسرة:**

- بنيت معظم أحكامها على النصوص الشرعية، وتبقى مسائلها الفرعية مجالاً للاجتهاد في تطبيقها ومعالجة المستجد منها.
- تعتبر أحكام الأسرة من النظام الشرعي العام الذي لا مجال للأمة في مخالفته، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما هو منصوص عليه شرعاً.
- ليس من التجديد في شيء تبديل وتغيير الأحكام الشرعية الثابتة في مجال الأسرة والخروج عليها استجابة لضغط الواقع، كجعل الطلاق بيد القاضي، أو منع تعدد الزوجات، لما في ذلك من تجاوز لأحكام الشريعة الإسلامية.
- تلعب الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة دوراً فعّالاً في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه قانوناً مثل تأكيد دور الولي في عقد زواج موليته.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- دراسة الباحث: بريكي حجيلة، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، والتي جاءت بعنوان "التعسّف في العدول عن الخطبة"، جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة-كلية الحقوق والعلوم السياسية-قسم القانون الخاص، 2013م.

وكانت مشكلة هذه الدراسة تتمثل في الإشكالية التالية: إذا كان العدول عن الخطبة حق، فمتى تترتب المسؤولية عن استعمال هذا الحق؟

وقد استعمل الباحث لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي، وذلك من خلال تحليل مختلف النصوص القانونية، والمنهج المقارن بين الشريعة والقانون.

❖ **أهم نتائج هذه الدراسة:**

- أن نظرية التعسف في استعمال الحق وعن طريق تطبيقها على العدول عن الخطبة لم تأتي للحد من الحق في العدول عن الخطبة أو لتقييد صاحب هذا الحق في استعمال حقه وجبره على إتمام الزواج.
- أن هذه النظرية جاءت للموازنة بين المصالح المتضاربة، مصلحة صاحب الحق في العدول ومصلحة الطرف المعدول عنه، وذلك بأن يكون لكل طرف في الخطبة الحق في العدول عنها.
- أن الحق لم يشرع ليكون وسيلة جور أو طغيان بيد صاحبه، يستعملها كيفما شاء، ووقت ما شاء، بطريقة تؤذي الآخرين تحت غطاء استعمال الحق، بل شرع ليتمتع به صاحبه ويستعمله دون الإخلال بواجبه اتجاه أفراد المجتمع.

4- دراسة الدكتور: نبيل إبراهيم سعد، أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية، ورقة عمل في "التعويض عن الخطبة وعن الطلاق" في محور "فقه العصر في مجال الأسرة" في الندوة الرابعة عشر – تطور العلوم الفقهية – تحت عنوان: "فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهي" من 5-8 إبريل 2015م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وكانت أسباب هذه الدراسة هي تقديم محاولة للمقاربة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي بمحاولة تأصيل أفكار الفقه الإسلامي طبقا للمنهج القانوني لمعرفة مدى الالتقاء بينهما وكيفية الاستفادة من الآليات الفنية الحديثة في علم القانون.

❖ **أهم نتائج هذه الدراسة:**

- أن الخطبة وعد متبادل غير ملزم بإتمام مشروع عقد الزواج.
- أن الحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة لا بد أن تتوفر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول لازمته أفعال خاطئة في ذاتها مستقلة عنه استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنها ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر.
- إن معظم الفقهاء المعاصرين يعتبرون المتعة هي الصورة الحقيقية للتعويض، فمتعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق.

5- دراسة الباحثة: مسعودة نعيمة إلياس، دراسة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، والتي جاءت بعنوان "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق" دراسة مقارنة، جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان – كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009- 2010م.

وكانت مشكلة هذه الدراسة تتمثل في النظر للكم الهائل من قضايا التعويض التي تطرح يوميا أمام المحاكم، وعدم مبالاة بعض الأزواج إطلاقا بأن تصرفاتهم قد ألحقت ضررا بالطرف الآخر؛ وذلك لأنها تمّت تحت ستار الحق المشروع.

وقد استعمل الباحث لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي الاستقرائي، من خلال التعرض إلى الآراء الفقهية والمواقف القضائية، والوصول من خلالها إلى إبراز صور التعسف في استعمال الحق والآثار المترتبة عن ذلك، وسلطة القاضي للتصدي لهذا التعسف، وتقديره للتعويض عن هذه الأفعال والقيود الواردة عليه في ذلك. ومحاولة مقارنة المسائل عند التطرق لها، بالتشريع السوري والمصري وموقف القضاء منها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

❖ **أهم نتائج هذه الدراسة:**

- إن التعسف في استعمال الحق، أو مجاوزة حدوده، يعتبر من بين الأسس القديمة التي اعتمدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، وذلك لأجل تقرير حماية الفرد عند استعماله لحق من حقوقه.
- إن التصور للتعسف والتعويض عن الضرر المترتب عليه في العلاقات ذات الطابع المالي قد أصبح يمس في وقتنا الحالي حتى العلاقات داخل الأسرة.
- إن المفاهيم اختلطت عند بعض الأزواج، فأصبحوا يرون الطلاق حلا سهلا لكل المشاكل، ولكن مشروعيته لم تكن إلا إذا استحالت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع.
- إن على المشرع وضع المعايير الموضوعية بين يدي القاضي؛ لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح باب رقابة المحكمة العليا عليه من جهة أخرى.

❖ **مكانة هذه الدراسة من الدراسات السابقة:**

أولاً: أوجه الاتفاق: لقد اتفقت هذه الدراسة مع الدراسات السابقة من حيث الموضوع محل البحث فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية بشكل عام، وفيما يتعلق بمقدمات الزواج والعدول عن الخطبة والتعويض عن الضرر بشكل خاص.

ثانياً: أوجه الاختلاف: وقد اختلفت هذه الدراسة عن الدراسات السابقة من حيث اختصاص نظرها للمسائل المسكوت عنها في موضوع الخطبة، واعتمادها على مشهور مذهب الإمام مالك من الأحكام الفقهية في منهج المقارنة مع أحكام ونصوص قانون الأحوال الشخصية الليبي لتحقيق هدف الدراسة من حيث الخروج بأفضل نتائج.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

جدول المقارنة بين الدراسة الحالية والدراسات السابقة

الرقم	بطاقة تعريف المصدر	فحوى المصدر	الدراسة الحالية
1	دراسة بعنوان: "آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون السوري"، للباحث الدكتور: أسامة محمد منصور الحموي، جامعة دمشق 2011م.	اعتمدت هذه الدراسة على دراسة الأثر المالي فقط للعدول عن الخطبة، كما أن هذه الدراسة جاءت مختصة بالقانون السوري.	توسع الباحث في هذه الدراسة بحيث شملت الآثار المالية والمعنوية للعدول، كما أنها تميزت بدراسة الموضوع من ناحية القانون الليبي.
2	دراسة بعنوان: "الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، للباحث محفوظ بن صغير، جامعة الحاج خضر، عام 2009/2008م.	اهتمت هذه الدراسة بالجانب الاجتهادي القضائي وتطبيقه في قانون الأسرة الجزائري، وهي دراسة عامة وموسعة لمسائل الأحوال الشخصية تناولت موضوع العدول عن الخطبة والتعويض عنها بشكل جزئي.	أما هذه الدراسة فقد قام الباحث بمزيد من التفصيل والتعمق في دراسة موضوع الخطبة وما يتعلق بها من مسائل كالعدول والتعويض والتعسف في استعمال الحق بالمقارنة بين القانون والفقه.
3	دراسة بعنوان "التعسّف في العدول عن الخطبة"، للباحث: بريكي حجيلة، عام 2013م.	جاءت هذه الدراسة لبيان موقف القانون الجزائري في قضية التعسف الذي يصاحب العدول عن الخطبة من حيث إساءة استعمال الحق.	أما هذه الدراسة اهتمت ببيان موقف المشرّع الليبي من موضوع التعسف كمسألة من المسائل المسكوت عنها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

4	دراسة بعنوان: "فقه العصر: مناهج التجديد الديني والفقهي"، للباحث الدكتور : نبيل إبراهيم سعد، 5-8 إبريل 2015م.	قامت هذه الدراسة بالمقاربة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي من خلال تأصيل أفكار الفقه الإسلامي طبقا للمنهج القانوني لمعرفة مدى الالتقاء بينهما.	أما الباحث في هذه الدراسة فقد قام ببيان السند الفقهي لبعض أحكام القانون الليبي من خلال مشهور مذهب الإمام مالك.
5	دراسة بعنوان: "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق"، للباحثة: مسعودة نعيمة إلياس. 2009-2010م.	اعتمدت هذه الدراسة على تقديم خلاصة لوظيفة التعويض من خلال النظر في التقنينات المختلفة والاعتماد على القانون الجزائري.	بينما قام الباحث في هذه الدراسة بالتركيز على مسألة التعويض المترتب على العدول عن الخطبة اعتمادا على القانون الليبي.

وبعد هذا البيان يتضح انفراد وتميز هذه الدراسة الحالية واستفادتها من الدراسات السابقة لسد النقص واستيعاب موضوع البحث باستقصاء مسائله واستعمال مجمل مناهج البحث المعتمدة في الدراسات السابقة للوصول إلى أفضل النتائج وأنسب الحلول، من خلال تحليل النصوص القانونية والاستعانة بأحكام المحاكم الإبتدائية والعليا لإزالة الغموض والالتباس الدائر حول بعض مسائل موضوع الدراسة، مع مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ح- مصطلحات البحث:

1- البعض

بعض كل شيء: طائفة منه، سواء قلّت أو كثرت، وقيل: هو جزء منه، يقال: بعض الشر أهون من بعض وجمعه أبعاض[4]. وبعّضت الشيء تبعيضاً إذا فرقته أجزاء فتبعّض[5].

والمعنى المراد من كلمة بعض في عنوان البحث، هو الحديث عن جزء من مسائل الخِطبة المسكوت عنها، والتي ذكرت عددا منها في مشكلات البحث، حيث اقتصرت على أجزاء محددة منها.

2- المسائل

أ- المسائل لغة: جمع مسألة، وهي: مصدر سأل يسأل مسألة، وسؤالًا، فهو من إطلاق المصدر على المفعول، كخلق بمعنى: مخلوق، فقولنا: مسألة، أي: مسؤولة، بمعنى: يسأل عنها[6].

ب- المسائل اصطلاحا: هي المطالب التي يبرهن عليها في العلم، ويكون الغرض من ذلك العلم معرفتها[7].

---

[4] محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى:1205هـ)، *تاج العروس*، مجموعة من المحققين، دار الهداية، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج18/ص244.

[5] سَلَمة بن مُسْلِم العَوْتبي الصُحاري، *الإبانة في اللغة العربية*، تحقيق: عبد الكريم خليفة وآخرون، وزارة التراث القومي والثقافة – مسقط – سلطنة عمان، الطبعة الأولى، (1420هـ-1999م)، ج2/ص256. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى:393هـ)، *منتخب من صحاح الجوهري*، باب (بعض)، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج1/ص 349.

[6] محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي، أبو عبد الله، شمس الدين (المتوفى:709هـ)، *المطلع على ألفاظ المقنع*، تحقيق: محمود الأرناؤوط وآخر، مكتبة السوادي للتوزيع، الطبعة الأولى، (1423هـ-2003م)، ص368.

[7] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى:816هـ)، *التعريفات*، دار الكتب العلمية بيروت – لبنان، الطبعة الأولى، (1403هـ-1983م)، ص211.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

3- الخِـطبة

أ- **الخِطبة لغة**: مأخوذة الخَطْب: سَبَبُ الأمر. وفلانٌ يخطُبُ امرأة ويختطبها خِطْبةً، وخِطبة النساء بالكسر وكذلك هُو في التنزيل: ﴿وَلَا جنَاح عَلَيْكُم فِيمَا عرضتم بِهِ من خِطْبَة النِّسَاء﴾[8]. وخَطَبَ الرجل خَطَابة فَهُوَ خطيب. واسم الكَلَام: الْخُطْبَة. وخَطب الفتاة إلى أهلها ومن أهلها خِطبة: طلبها للزواج[9].

ب- **الخِطبة اصطلاحا**: للخطبة تعريفات عدة للفقهاء قديما وحديثا كالآتي:

فقد عرفها الأحناف بأنها: "طلب التزوج"[10].

وعرفها المالكية بقولهم: "الخِطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف، بفعل أو قول"[11].

أما الشافعية فقد عرفوها بأنها: "التماس الخاطب من المخطوبة النكاح"[12].

وقال الحنابلة فيها: "الخِطبة، بالكسر: خطبة الرجل المرأة لينكحها"[13].

---

[8] البقرة: الآية 235.

[9] أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (المتوفى: 321هـ)، *جمهرة اللغة*، تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الأولى، (1987م)، ج1/ص291. محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (المتوفى: 370هـ)، *تهذيب اللغة*، دار إحياء التراث العربي- بيروت، الطبعة الأولى، (2001م)، ج7/ص112.

[10] محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: 1252هـ)، *رد المحتار على الدر المختار*، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، (1412هـ-1992م)، ج3/ص8.

[11] محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي (المتوفى: 954هـ)، *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*، دار الفكر، الطبعة الثالثة، (1412هـ-1992م)، ج3/ص407.

[12] محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي، ويعرف بابن قاسم وبابن الغرابيلي (المتوفى: 918هـ)، *فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار*، بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع- بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، (1425هـ-2005م)، ص299.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد عرفها من المعاصرين الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: "هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[14].

ج- الخِطبة في القانون الليبي:

عرّف المشرع الليبي الخِطبة في المادة الأولى بأنها: "طلب التزوج والوعد به"[15].

من خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف الخِطبة بتعريف يجمع بين معناها في القانون الليبي والشريعة بأنها: التماس الزواج من امرأة معينة، من خلال توجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها، والتزام الطرفين بالوعد عند تمام القبول.

4- المسكوت عنه:

أ- المسكوت عنه في اللغة: سكت فلان عنه وله وعليه، يسكت سكوتا وسكاتا، فهو ساكت، والمفعول مسكوت عنه[16].

---

[13] أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى:620هـ)، *المغني لابن قدامة*، مكتبة القاهرة، بدون طبعة، (1388هـ-1968م)، ج7/ص143.

[14] محمد أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، (1957م)، ص26.

[15] قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، الباب الأول، الزواج، الفصل الأول، الخِطبة، المادة الأولى، الفقرة " أ ".

[16] عمر، *معجم اللغة العربية المعاصرة*، مرجع سابق، ج2/ص1082.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ب- المسكوت عنه في الاصطلاح: هو ما يحتمل أن يلابسه الحكم وأن لا يلابسه، كحكم المتبوع نحو: جاءني زيد بل عمرو يحتمل مجيء زيد وعدم مجيئه[17].

5- القضاء:

القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال الله تعالى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾[18] أي أحكم خلقهن، والقضاء: الحكم. قال الله سبحانه في ذكر من قال: ﴿فَاقْضِ مَا أَنتَ قَاضٍ إِنَّمَا تَقْضِي هَذِهِ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا﴾[19] أي اصنع واحكم. ولذلك سمي القاضي قاضيا، لأنه يحكم الأحكام وينفذها. وسميت المنية قضاء لأنه أمر ينفذ في ابن آدم وغيره من الخلق.

---

[17] القاضي عبدالنبي بن عبد الرسول الأحمد نكري (المتوفى: ق 12هـ)، *دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون*، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية-لبنان-بيروت، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، ج1/ص93.

[18] فصلت: الآية 12.

[19] طـه: الآية 72.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني: الإطـــار النـظري

يشتمل هذا الإطار على أهم النظريات والقواعد الشرعية العامة التي استعان بها الباحث في دراسته لمعرفة موقف المشرّع الليبي من بعض النصوص، ومعرفة المصادر الاحتياطية التي اعتمدها المشرع عند غياب النص لمعالجة موضوع البحث، ومن ثم لا بد من التطرق إلى التعريف بالخطبة كمقدمة تمهيدية لعقد الزواج، ثم الحديث عن حكم العدول عن الخطبة، وبيان أثر العدول عنها في المهر والهدايا، والتعويض عن الأضرار وصوره التي تلحق أحد الخاطبين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الليبي، وذلك من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: نظريات البحث وطرق تعامل المشرع مع المسائل المسكوت عنها

المبحث الثاني: ماهية الخطبة في عقد الزواج

المبحث الثالث: طبيعة الخطبة وأثرها في الفقه والقانون

المبحث الرابع: حكم العدول عن الخطبة وأثره في المهر والهدايا بين الفقه والقانون

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الأول: نظريات البحث وطرق تعامل المشرع مع المسائل المسكوت عنها

يتضمن هذا العنوان الحديث عن أهم النظريات والقواعد الشرعية المتعلقة بتطبيق أحكام الفقه وقانون الأحوال الشخصية لبعض مسائل الخطبة: كنظرية التعسف في استعمال الحق، وقاعدتي العادة محكمة، والجواز الشرعي ينافي الضمان؛ بقصد معرفة مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الليبي مع ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية أو ما تناوله فقهاء المالكية في مشهور المذهب وغيرهم، للوصول إلى النتائج المطلوب اثباتها في هذه الدراسة.

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول: ماهية التعسف لغةً وفقهاً وقانوناً

ليس حق الملكية حقاً مطلقاً، وإنما هو مقيد بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإذا ترتب على استعمال الحق إحداث ضرر بالغير نتيجة إساءة استعمال هذا الحق، كان محدث الضرر مسؤولاً[20].

أولاً: المعنى اللغوي للتعسف

عسف: العسف: الأخذ على غير الطريق والسير بغير هداية، والعسف ركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد، ومنه التعسف[21].

---

[20] وَهْبَة بن مصطفى الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، دار الفكر- دمشق- سوريا، الطبعة الرابعة، بدون تاريخ، ج4/ص3229.

[21] الفارابي، *منتخب من صحاح الجوهري*، باب (عسف)، مرجع سابق، ج1/ص 3389. الفراهيدي، *العين*، باب (عسف)، مرجع سابق، ج1/ص339.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانيا: المعنى الفقهي للتعسف في استعمال الحق

لم يعمد الفقهاء القدامى إلى تعريف التعسف، كما أنه لم يرد على لسانهم كلمة (اساءة) أو (تعسف) في استعمال الحق، وإنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون في الغرب[22].

إلا أن الدين الإسلامي متمثلا بما ورد في الكتاب والسنّة؛ فإنه يعتبر سبّاق لكل فضيلة، وهو أساس لكل تشريع يفيد الإنسان، ومن ذلك تعرضه لذكر التعسف من خلال النهي عن استعمال الحق بقصد الإضرار، وأيضا ما أثر من فقه الصحابة، بمنع كل ذي حق من أن يتسبب باستعمال حقه في إيقاع الضرر بغيره.

لذا نجد أن بعض الفقهاء القدامى قد عبّر عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق بالمعنى الذي نقصده اليوم من خلال ذكرهم له بمصطلحات مختلفة منها: (الاستعمال المذموم)[23].

كما أوردها ابن القيم الجوزية[24] في كتابه بمعنى: (المضارَّة). عند ذكر قصة صاحب الشجرة الذي تضرر منه صاحب البستان إلى أن اشتكاه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم "فَأَمَرَهُ أَنْ يَقْبَلَ بَدَلَهَا، أَوْ يَتَبَرَّعَ لَهُ بِهَا، فَلَمْ يَفْعَلْ، فَأَذِنَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ

---

[22] أنظر: فتحي الدريني، *النظريات الفقهية*، جامعة دمشق- الطبعة الرابعة، (1997م)، ص128.

[23] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى:790هـ)، *الموافقات*، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، (1417هـ-1997م)، ج3/ص507.

[24] أبي عبدالله بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية (المتوفى:751هـ)، *الطرق الحكمية في السياسة الشرعية*، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد- مجمع الفقه الاسلامي- جدة، الطبعة الأولى، (1428هـ)، مج1/ص682.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

يَقْلَعَهَا، وَقَالَ لِصَاحِبِ الشَّجَرَةِ: إِنَّمَا أَنْتَ مُضَارٌّ"[25]. وفي رواية أخرى يذكر فيها تعليل ذلك بقوله: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" وفي هذه الرواية الأخيرة يعتبر الحديث مسوقاً للنهي عن الضرر الناشئ عن استعمال حق الملكية[26]؛ فثبت أن الحديث أصل قديم لنظرية التعسف في الفقه الاسلامي.

في حين عرّفه فقهاء الشريعة المعاصرون تعريفات عديدة، لعلّ أدقّها وأقربها إلى البحث الشرعي تعريف فتحي الدريني له بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"[27].

فالتعسف ممارسة الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له – بعوض أو بغير عوض– أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية[28].

وعرفه أحمد أبو سنّة بقوله: "هو استعمال الحق على وجه غير مشروع"[29].

ويعرفه الدكتور وهبة بأنه: "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"[30].

---

[25] أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى:275هـ)، *سنن أبي داود*، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية، الطبعة الأولى، (1430هـ-2009م)، باب (من القضاء)، رقم الحديث:3636، ج3/ص315. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: 458هـ)، *السنن الكبرى*، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة، (1424هـ-2003م)، باب (من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم)، رقم الحديث: 11883، ج6/ص260.

[26] فتحي الدريني، *نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي*، ، مؤسسة الرسالة- بيروت- شارع سوريا، الطبعة الرابعة، (1408هـ-1988م)، ص124.

[27] الدريني، *نظرية التعسف في استعمال الحق*، مرجع سابق، ص87.

[28] علي عبدالله العون، *التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه*، بدون طبعة، (2016م)، ص645.

[29] أحمد فهمي أبو سنة، *نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي*، بدون طبعة، بدون تاريخ، ص3.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثالثا: المعنى القانوني للتعسف في استعمال الحق

إن نظرية التعسف في استعمال الحق هي نظرية قديمة عرفها الرومان، وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، ووضع فقهاء القانون الفرنسي قيدين لاعتبار الشخص متعسفاً في استعمال حقه.

القيد الأول: أن يكون قاصداً الإضرار بالغير، **والقيد الثاني**: هو أن لا تكون له مصلحة في استعماله[31].

المعنى القانوني للتعسف في استعمال الحق ليس هو إلا المسؤولية التقصيرية؛ لأن التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، وهو كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً[32].

وبهذا المعنى السابق للتعسف نجد أن المشرع الليبي قد نص عليه في المادة الرابعة من القانون المدني، واعتبره كمبدأ عام حيث جاء نص المادة كالآتي: "من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"[33].

---

[30] الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، مرجع سابق، ج9/ص7064.

[31] عبد الرزاق أحمد السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام*، دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان، بدون طبعة، (1952م)، ج1/ص835-836.

[32] السنهوري، *الوسيط*، مرجع سابق، ج1/ص842.

[33] المادة (4) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير 1954م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وجاءت المادة الخامسة توضح المادة التي قبلها وتجيب عن السـؤال الذي يتبادر إلى الذهن عند معرفة أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يرتب أي مسؤولية على من قـام به، وهو متى يعتبر استعمال الحق غير مشروع؟

يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها."[34].

والواضح من هذه المادة أن المشرع الليبي لم يحذو حذو التشريعات العربية الحديثة حيث وضعت معياراً عاماً للتعسف ونظمت أحكامه في نصوص قانونية، بل اكتفى باستعمال التعبير غير المألوف وهو (الاستعمال غير المشروع للحق) للدلالة على التعسف في استعمال الحق، في حين نصّ القانون المصري على التعسف في المادتين (4-5)، وأورد القانون المدني الجزائري التعسف في المادة (41)، وذكره القانون المدني العراقي في المادتين (6-7).

واتفقت هذه القوانين من خلال النصوص على أن من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يحدثه صاحبه من ضرر بالغير.

كما نصّت على الأحوال التي تبيّن متى يكون استعمال الحق غير مشروع مطابقة بذلك ما ورد في المادة الخامسة من القانون المدني الليبي.

---

[34] المادة (5) من القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير 1954م. انظر: الدريني، *نظرية التعسف في استعمال الحق*، مرجع سابق، ص38.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان[35].

الفرع الأول: ماهية الجواز والضمان لغةً واصطلاحاً

إذا كان الفعل الضار جائزاً مطلقاً غير ممنوع شرعاً بأي وجه من وجوه المنع، فلا ضمان على الفاعل أي لا يسأل مسؤولية مدنية، مثال ذلك: إذا ترتب على فتح محل تجاري كساد تجارة المحل الآخر، لا ضمان[36].

أولاً: المعنى اللغوي للجواز.

الجواز: الماء الذي يسقى به الزرع أو الماشية وما يعطى للمسافر من الماء ليجوز به الطريق، وجواز السفر وثيقة تمنحها الدولة لأحد رعاياها لإثبات شخصيته عند رغبته السفر إلى الخارج[37].

والجائز: يطلق على ما استوى طرفاه شرعا أو عقلا عند المخبر بجوازه[38].

وجاز العقد: نفذ ومضى على الصحة، وأجازه أنفذه، وهو ما لا منع فيه عن الفعل والترك شرعاً[39].

---

[35] محمد مصطفى الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*، دار الفكر – دمشق، الطبعة الأولى، (1427هـ-2006م)، ج1/ص539.

[36] وهبة بن مصطفى الزحيلي، *نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي*، دار الفكر-دمشق، الطبعة التاسعة، (1433هـ-2012م)، ص183.

[37] إبراهيم مصطفى وآخرون، *المعجم الوسيط*، دار الدعوة، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج1/ص147.

[38] محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي، *موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم*، مكتبة لبنان – بيروت، الطبعة الأولى، (1996م)، ج1/ص600.

[39] محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، *التعريفات الفقهية*، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، ص73.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للجواز الشرعي

أصل هذه القاعدة: كل موضوع بحق إذا عطب به إنسان فلا ضمان على واضعه[40].

معنى هذه القاعدة: إباحة الشرع وإذنه بالفعل، "فالجواز الشرعي" هو كون الأمر مباحا، فعلاً كان أو تركاً " ينافي الضمان " لما حصل بذلك الأمر الجائز من التلف[41].

فالإنسان لا يؤاخذ بفعل ما يملك أن يفعله شرعاً، فإذن الشارع يمنع المؤاخذة ويدفع الضمان إذا وقع بسبب الفعل المأذون فيه ضرر للآخرين.

وقد بيّن الفقهاء[42] أن الجواز الذي ينفي التعويض والمسؤولية عن الفعل الضار هو أن يكون فيه الجواز مطلقاً، أما إن كان مقيداً[43] فإن المسؤولية لا تنتفي بل تبقى قائمة.

---

[40] محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، *الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية*، مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان، الطبعة الرابعة، (1416هـ-1996م)، ج1/ص362.

[41] انظر: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، *شرح القواعد الفقهية*، دار القلم- دمشق- سوريا، الطبعة الثانية، (1409هـ- 1989م)، ص449. محمد صدقي بن أحمد أبو الحارث الغزي، *موسوعة القواعد الفقهية*، مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، (1424هـ-2003م)، ج3/ص58.

[42] انظر: محمد الزحيلي، *القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة*، مرجع سابق، ج2/ص1019. القاضي محمد تقي العثماني بن الشيخ المفتي محمد شفيع، *بحوث في قضايا معاصرة*، دار القلم- دمشق، الطبعة الثانية، (1424هـ-2003م)، ص297.

[43] يقصد به أن يكون مقيداً بشرطين لتطبيق هذه القاعدة هما: 1 - أن لا يكون المباح مقيدا بشرط السلامة. 2 - أن لا يكون في المباح إتلاف الآخرين وإلا كان مضمونا. أو بعبارة أخرى: الأمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط. انظر: يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، *المفصل في القواعد الفقهية*، دار التدمرية- الرياض- السعودية، الطبعة الثانية، (1432هـ-2011م)، ص560. عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، *القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير*، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية- المدينة المنورة- السعودية، الطبعة الأولى، (1423هـ-2003م)، ج1/ص419.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومن أمثلة هذه القاعدة: من حفر في ملكه من – أرض أو دار– حفرة، فوقع بها إنسان أو حيوان، فالحافر هنا غير ضامن؛ لأنه غير متعد، ولكن لو حفر في الطريق حفرة فوقع فيها إنسان، أو حيوان فهو ضامن؛ لأن الحفر في الطريق غير مأذون فيه[44].

المطلب الثالث: قاعدة العادة محكّمة

الفرع الأول: ماهية العادة محكّمة لغة واصطلاحاً

ويقصد بالعادة محكّمة أي: معمول بها شرعا، والعادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد ولكن كان عاماً، فإن العادة تعتبر على ما سيأتي.

أولاً: المعنى اللغوي للعادة محكّمة

العادة في اللغة: هي الدَّيدن، وهو: الدأب والاستمرار على الشيء. مأخوذة من العود أو المعاودة بمعنى التكرار وهي تفيد الرجوع إلى الشيء المرة بعد الأخرى[45].

وأما كلمة (محكَّمة) فهي اسم مفعول من التحكيم، ومعنى التحكيم: القضاء والفصل بين الناس[46].

---

[44] الغزي، *الوجيز*، مرجع سابق، ج1/ص362.

[45] أبو الفيض، *تاج العروس*، مرجع سابق، ج8/ص434-438-443.

[46] قلعجي وآخر، *معجم لغة الفقهاء*، مرجع سابق، ج1/ص123. عمر، *معجم اللغة العربية المعاصرة*، مرجع سابق، ج1/ص538.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وأما معنى العرف: فهو المعروف من الإحسان، والمعروف اسم لكل فعل يعرف حُسْنه بالعقل أو الشرع، والمنكر ما ينكر بهما، ولهذا قيل للاقتصاد في الجود معروف لما كان ذلك مستحسناً في العقول والشرع[47].

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للعادة محكّمة

عرَّف الأصوليون العادة بأنها: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية[48].

أما الفقهاء فقد عرّفوا العادة بأنها: عبارة عما يستقر في النفوس ويغلب على جميع البلاد أو بعضها من الأمور المتكررة المعقولة تكرارًا كثيرًا يَخرج عن كونه واقعًا بطريق الاتفاق عند الطباع السليمة[49].

فكون العادة الأمر المتكرر متفق عليه بين الأصوليين والفقهاء، والأمر المتكرر يشمل كل حادث يتكرر لأن لفظ الأمر من أوسع ألفاظ اللغة عموماً وشمولاً.

ويفترق تعريف الفقهاء عن تعريف الأصوليين بأنه لم يشترط نفي العلاقة العقلية، فتعريف الأصوليين أخص وتعريف الفقهاء أعم من هذا الوجه[50].

---

[47] علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى:816هـ)، *التعريفات*، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، (1403هـ-1983م)، ج1/ص149.

[48] محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي (المتوفى:972هـ)، *تيسير التحرير*، مصطفى البابي الحَلَبِي – مصر، بدون طبعة، (1351هـ-1932م)، ج1/ص317.

[49] أنظر: أبو عبد الله، أحمد بن عمر بن مساعد الحازمي، *شرح القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة*، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشيخ الحازمي http://alhazme.net ، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج5/ص23.

[50] الغزي، *الوجيز*، مرجع سابق، ج1/ص274-275.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فالعادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المرادة بالعرف العملي؛ وهي قاعدة اعتبار العرف وتحكيمه فيما لا نص فيه وأدلتها من الكتاب والسنة والإجماع كثيرة، منها قوله تعالى:﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾[51].

قيل أن المراد من العرف الوارد في الآية هو: ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم. وقيل أن معناه: كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة.

وذكر أن العرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن وأقرّهم الشارع عليه "[52].

وقد عرَّف بعضهم العادة بقولهم: العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، فعلى هذا فالعرف هو العادة المعروفة، فالعرف والعادة لفظان بمعنى واحد من حيث ما يدل عليه لفظاهما اصطلاحاً ويصدقان عليه، وهو العادة المعروفة – وإن كانا مختلفين من حيث المفهوم – اللغوي – حيث أن مفهوم كل واحد منهما مختلف عن الآخر. فالعادة هي العود والتكرار، والعرف هو المتعارف[53].

---

[51] من الآية 199 من سورة الأعراف.

[52] انظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى:970هـ)، *الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان*، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، (1419هـ-1999م)، ص79. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي (المتوفى:885هـ)، *التحبير شرح التحرير في أصول الفقه*، تحقيق: عبدالرحمن جبرين وآخرين، مكتبة الرشد- الرياض- السعودية، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، ج8/ص3852.

[53] عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن إبراهيم البسام التميمي (المتوفى:1423هـ)، *توضيح الأحكام من بلوغ المرام*، مكتبة الأسدي- مكة المكرمة، الطبعة الخامسة، (1423هـ-2003م)، ج1/ص56.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد فرق بعض العلماء المحدَثين بين مدلولي العرف والعادة، فأطلق العادة على ما يشتمل عادة الفرد والجماعة، وخص العرف بعادة الجماعة حيث عَرَّفه بأنه: عادة جمهور قوم في قول أو عمل. فبينهما عموم وخصوص مطلق[54].

والمراد بالمحكّمة: أي يرجع إليها في كل حكمٍ، وهي اسم مفعول حُكِّمَ، ومعنى التحكيم: القضاء والفصل بين الناس، أي: أن العادة هي المرجع للفصل عند النزاع[55].

والمعنى العام للعادة: أنها المرجع للفصل في التنازع، ولكن هذا ليس على الإطلاق، فلا بد له من تقييد، وهو أن تكون العادة مرجعاً للفصل في التنازع إن لم نجد لها من الشرع الأدلة التي تفصل في النزاعات[56].

[54] الغزي، *الوجيز*، مرجع سابق، ج1/ص276.

[55] الحازمي، *شرح القواعد والأصول الجامعة*، مرجع سابق، ج5/ص24.

[56] محمد حسن عبد الغفار، *القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه*، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج7/ص3.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني: ماهية الخطبة في عقد الزواج

عقد الزواج من أجلّ العقود وأخطرها، وقد سماه الله لذلك ميثاقا غليظا، ولهذا جعل الإسلام له مقدمات تكشف عن رغبة كل من العاقدين في إبرام هذا العقد الذي يستمر مدى الحياة لينتج آثاره التي وضع من أجلها، وهذه المقدمات هي المسماة في عرف الفقهاء بالخِطبة.

فالخطبة لم يستحدثها الإسلام ولا القانون الوضعي، بل هي تقليد قديم عام، على اختلاف في الآثار كانت موجودة في المجتمعات البدائية، فبعد أن يتم التعارف بين الشاب والفتاة، فلابد أن يتقدم الشاب لخطبتها والارتباط بها لكي يصبح زواجه منها شرعياً حسب أعرافهم، وتعد الخطبة عقداً تمهيدياً لعقد الزواج ويحدد فيها المهر، ويُتفق على الشروط الأخرى، وكان بها يباح للخاطب معاشرة مخطوبته معاشرة تصل إلى صور الحياة الزوجية الكاملة[57]، فقد عرفها العرب قبل الإسلام حيث كانوا في الجاهلية يخطبون المرأة إلى أبيها أو أخيها أو عمها وكان الخاطب يقول إذا آتاهم :

"أنعموا صباحاً أو مساءً – بحسب الوقت الذي حضروا فيه "نحن أكفاؤكم ونظراؤكم، فإن زوجتمونا فقد أصبنا رغبة وأصبتمونا، وكنا لصهركم حامدين، وإن رددتمونا لعلة نعرفها رجعنا عاذرين"[58].

---

[57] انظر: مسعودة نعيمة إلياس، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بعنوان: *"التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق"*: جامعة أبي بكر بلقايد– تلمسان– الجزائر– (2009م =2010م)، ص21.

[58] المجلة الاردنية للتاريخ والآثار، هايل مضفي البري وآخر، *الزواج عند العرب قبل الإسلام " دراسة تاريخية في القواعد والمراسيم والطقوس"*، المجلد 9، العدد 1، (2015م)، ص9-17.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الأول: مفهوم الخطبة لغة واصطلاحاً وقانوناً

الخِطبة بكسر الخاء هي ارتباط أدبي حاطه الشارع الاسلامي بسياج يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولا نهائيا، وهذا الارتباط يبدأ عندما يطلب الرجل يد أنثى معينة من أهلها، ويفاوضهم في شأن الاقتران بها، وذلك بإظهار الرغبة في الزواج، وإعلام المرأة أو وليها بذلك؛ وقد يتم هذا الإعلان مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله وأقاربه، فإن وافقت المخطوبة وأهلها واقترن الإيجاب بالقبول فقد تمت الخطبة بينهما وترتبت عليهما أحكامها وآثارها الشرعية[59].

أ- **الخِطبة لغة**: يقال: خطب الناس وفيهم وعليهم خطابة وخطبة؛ ألقى عليهم خُطبة، وخطب الفتاة إلى أهلها ومن أهلها خِطبة: طلبها للزواج؛ فالخطبة طلب للموافقة على اتخاذ الفتاة أو المرأة زوجة، وهو لفت بتلطف، لبناء هذا الأمر على الرضا والانجذاب، فهو ليس شراء ولا غصبا؛ فهي بهذا المعنى التماس الزواج من امرأة معينة خلال توجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها[60].

ب- **الخِطبة اصطلاحا**: تعددت تعريفات الخِطبة عند الفقهاء على النحو الآتي:

فقد عرفها الأحناف بأنها: "طلب التزوج"[61].

---

[59] عبد السلام محمد الشريف العالم، *الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية*، دار الكتب الوطنية- جامعة قاريونس- بنغازي – ليبيا، الطبعة الثالثة، (1998م)، ص26.

[60] أنظر: ابن دريد، *جمهرة اللغة*، مرجع سابق، ج1/ص291. الهروي، *تهذيب اللغة*، مرجع سابق، ج7/ص112.

[61] ابن عابدين، *رد المحتار*، مرجع سابق، ج3/ص8.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وعرفها المالكية بقولهم: "الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل، أو قول" [62].

أما الشافعية فقد عرفوها بأنها: "وهي التماس الخاطب من المخطوبة النكاح"[63].

وقال الحنابلة فيها: "الخطبة، بالكسر: خطبة الرجل المرأة لينكحها"[64].

وقد عرفها من المعاصرين الشيخ أبو زهرة بقوله: "هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"[65].

فالخطبة بهذا المفهوم وسيلة للتعارف حتى يطمئن كل طرف على سلوك الآخر، وحتى تكون الخطبة محققة لغايتها أباح الشارع الحكيم النظر إلى المخطوبة[66]، من ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه لما خطب امرأة، أنظرت إليها؟ فقال: لا، فقال صلى الله عليه وسلم له: "أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"[67].

---

[62] الحطّاب، *مواهب الجليل*، مرجع سابق، ج3/ص407.

[63] ابن قاسم، *فتح القريب المجيب*، مرجع سابق، ص299.

[64] ابن قدامة، *المغني*، مرجع سابق، ج7/ص143.

[65] أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، مرجع سابق، ص26.

[66] إلياس، *التعويض عن الضرر*، مرجع سابق، ص23.

[67] رواه الخمسة ((أحمد وأصحاب السنن الأربع) إلا أبا داود، مسند الأمام أحمد، ج30/ص88. وابن ماجه ج3/ص68، والترمذي ج3/ص389، النسائي ج6/ص69). انظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني (المتوفى:1250هـ)، *نيل الأوطار*، دار الحديث- مصر، الطبعة الأولى، (1413هـ-1993م)، ج6/ص131.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ج- الخِطبة في القانون الليبي:

جاء في المادة الأولى من قانون الزواج والطلاق أن الخِطبة: "طلب التزوج والوعد به"[68].

ويتضح من هذا النص أن المشرع الليبي لم يعط تعريفا دقيقا للخطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية؛ وسبب ذلك أنه يجوز لكل من الخاطبين أن يعدل عن وعده في أي وقت شاء.

غير أن هذه الفقرة سكت المشرع فيها عن بيان عدم جواز الخطبة على خطبة الغير لورود النهي عن ذلك في السنة النبوية، فاكتفى بذلك ولم ينص عليها[69].

رأي الباحث: وأرى أن التعريف المناسب للخطبة أنها: "وعد بالزواج، ليس لها من أثر إلا أنها تمنع الغير إتيانها"[70].

---

[68] قانون رقم 10 لسنة 1984م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارها، الباب الأول، الزواج، الفصل الأول، الخِطبة، المادة الأولى، الفقرة " أ ".

[69] لحديث: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه". أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي (المتوفى: 303هـ)، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الأولى، (1421هـ-2001م)، كتاب النكاح، باب النهي أن يخطب على خطبة أخيه، حديث رقم5339، ج5/ص167. البيهقي، *السنن الكبرى*، كتاب النكاح، باب لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، حديث رقم 14029، مرجع سابق، ج7/ص291. أبو داود، *سنن أبي داود*، كتاب النكاح، باب في كراهية أن يخطب الرجل على أخيه، حديث رقم 2081، مرجع سابق، ج3/ص424.

[70] محفوظ بن صغير، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية *"الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"*، جامعة الحاج خضر- الجزائر، (2009/2008م)، ص 303.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: الحكم الشرعي للخطبة

والخطبة سنة من سنن النبي صلى الله عليه وسلم فقد خطب لنفسه وخطب لصحابته- رضي الله عنهم - ونظرا لأهمية الخطبة في عقد الزواج فقد تعددت آراء الفقه الإسلامي في حكمها، **فالجمهور** يقولون: إنها ليست واجبة، **والظاهرية** يقولون بوجوبها، ومرجع الخلاف يكمن في فعـــل النبي صلى الله عليه وسلم للخطبة، هل يحمل على الوجـــوب، أم على الندب، فمن حمـــله على الندب،

قال بعدم الوجوب، ومن حمله على الوجوب، قال: إن الخطبة واجبة[71].

المطلب الثالث: شروط صحة الخطبة

يقول الشيخ أبو زهرة: "الخطبة... مقدمة لعقد الزواج، ولذلك لا تباح خطبة امرأة إلا إذا كانت صالحة لأن تكون زوجة في الحال، حتى يمكن أن يتم العقد؛ لأنها وسيلة لغاية هي الزواج، فإن كانت الغاية ممنوعة فالوسيلة غير جائزة"[72].

لم يشترط المشرع الليبي أية شروط خاصة بالخطبة، سواء في موضوعها أو في الأشخاص المعنيين بها؛ لأن السن التي اشترطها القانون بالنسبة للزوجين من خصوصيتهما

---

[71] انظر: محمد بن عبد الله بن أبي بكر الخثيثي الصردفي الريمي، جمال الدين (المتوفى:792هـ)، *المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة*، تحقيق: سيد محمد مهنى، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى، (1419هـ- 1999م)، ج2/ص205. أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى:595هـ)، *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*، دار الحديث- القاهرة، بدون طبعة، (1425هـ-2004م)، ج3/ص30.

[72] أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، مرجع سابق، ص29.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وليست مطلوبة في الخاطب أو المخطوبة، ذلك أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد بل هي مجرد وعد بالزواج فقط، أما الفقه الإسلامي فنجد أنه قد نص على أنه يشترط في المخطوبة أن تكون ممن تجوز خطبتهن، فلا تجوز خطبة الأصناف التالية[73]:

1- زوجة الغير، فلا تجوز خطبة امرأة متزوجة من آخر.

2- كل امرأة محرمة عليه حرمة مؤبدة أو مؤقتة ما زال مانع التحريم قائما.

3- كل امرأة معتدة من طلاق رجعي أو بائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى.

4- كل امرأة معتدة من وفاة.

5- مخطوبة الغير وهي من تقدم رجل لخطبتها فرضيت به.

وعلى هذا يمكن اختصار هذه الشروط في نقطتين[74] وهما:

أولا: ألا يكون هناك تحريم دائم أو مؤقت بين الخاطبين.

ثانيا: ألا تكون المرأة مخطوبة للغير.

---

[73] شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى:977هـ)، *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، (1415هـ-1994م)، ج4/ص219. أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي (المتوفى:1397)، *أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك"*، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية، بدون تاريخ، ج2/ص78. موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (المتوفى:620هـ)، *المقنع في فقه الإمام أحمد*، تحقيق: محمود الأرناؤوط، مكتبة السوادي للتوزيع، جدة - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، (1421هـ-2000م)، ص302.

[74] السيد سابق، *فقه السنة*، دار الفتح للإعلام العربي- القاهرة، الطبعة الحادية عشر، (1414هـ-1994م)، مج2/ص117. زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص97-101.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: طبيعة الخطبة وأثرها في الفقه والقانون

تترتب عن الخطبة آثار شرعية وقانونية انطلاقا من مركزها الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة عن إبرام عقد الزواج، ولذلك لابد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخطيبين، من خلال تحديد طبيعتها أولا في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي.

المطلب الأول: التكييف الفقهي للخطبة

الخطبة في الشريعة الإسلامية عقد مبدئي رضائي على الزواج[75]، يتم بإيجاب من المتقدم أو الملتمس للزواج وقبول من المتقدم إليه أو الملتمس منه الزواج، فإذا تم الإيجاب والقبول تكون الخطبة تامة، وإذا لم يلاقِ الإيجاب قبولا كانت الخطبة ناقصة، أو غير تامة، وعليه فإذا تم التفاهم بين الطرفين على الزواج، لا يعتبر ذلك عقدا يلتزم فيه الرجل والمرأة بالتزامات لها قوة الإلزام، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو قرئت الفاتحة[76]، أو قدم الخاطب شيئا من الهدايا، أو قدم جزءا من المهر، فذلك كله لا يعتبر عقدا[77].

---

[75] توفيق حسن فرج، *الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها*، مطبعة جامعة الاسكندرية-مصر، بدون طبعة، (1963م)، ص12.

[76] يقصد بقراءة الفاتحة هنا مجرد التبرك عند إتمام الخطبة بالركون كما جرت العادة تأكيدا لها، وكذلك تقديم الهدايا وغيرها للدلالة على قوة الرغبة والمودة بين الخطيبين. بن صغير، *الاجتهاد القضائي*، مرجع سابق، ص304.

[77] بن صغير، *الاجتهاد القضائي*، مرجع سابق، ص304.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وأقصى ما يمكن أن يقال في الخطبة إذا تمت أنها وعد بعقد، ولكل من الطرفين العدول عنها، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[78].

وهذا التكييف يدل دلالة واضحة أن الشارع الحكيم يرى الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، أفضل من الفشل في الزواج وذلك لخطورة آثاره؛ لذا تم اعتبارها مجرد وعد غير ملزم من قبل الشارع.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للخطبة

إن المشرع الليبي في القانون رقم 84/10 سار على الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يرى بأن الخطبة هي وعد وليست بعقد، حيث نص في مادته الأولى على ذلك بقوله: "الخطبة طلب التزوج والوعد به"، وبالتالي لا تكون أمام صورة قانونية إلا إذا توفرت الثنائية (الطلب-الوعد) فإذا فُقِدَ أحدهما أو هما معا فلا نكون أمام صورة خطبة ترتب مسؤولية في بعض الأحيان.

ولذلك فإن الخطبة "من الناحية القانونية لا تَعْدُ أن تكون وسيلة لتعرف الخطيبين على بعضهما البعض، ولتحديد الشروط الموضوعية والكلية لإبرام عقد الزواج[79].

---

[78] عبد العزيز عامر، *الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء*، دار الفكر العربي- القاهرة، الطبعة الأولى، (1404هـ-1984م)، ص24.

[79] زبيدة، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص102-103.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ونتيجة لذلك لا تتمتع الخطبة بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا ولو طال تراكنهما، أو كان الإيجاب والقبول فيها مكتوبا، فما دام عقد الزواج لم يكتب بشكله القانوني، اعتبر كل ما دون ذلك خطبة غير ملزمة قانونا[80].

وقد قضت المحكمة العليا في ذات الشأن بقولها: "إن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست زواجا تترتب عليه آثار الزواج الذي لا يتم إلا بانعقاد العقد المعتد به شرعا، بل يظل كل من الخاطب والمخطوبة أجنبيا على الآخر، ومن ثم فإن ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من إلغاء الحكم المستأنف فيما يخص اعتبار عقد الزواج من تاريخ الخطبة لا يكون مخالفا للقانون"[81].

[80] وقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها: "إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع". طعن رقم 13 لسنة 9 ق جلسة 1939/12/14م.

[81] المحكمة العليا، طعن شرعي 202/1/31، الطعن رقم 48/49ق (غير منشور). زبيدة، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص104.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الرابع: حكم العدول عن الخطبة وأثره في المهر والهدايا بين الفقه والقانون

إذا تمت الخطبة بين الرجل والمرأة سواء صاحبها قراءة الفاتحة كما يفعله كثير من الناس أو لم يصاحبها ذلك، لا تخرج عن كونها وعدا متبادل بالزواج، والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد، فيصح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها، وقد نصت الفقرة (ب) من المادة الأولى على أنه: "يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"، فلكل منهما أن ينقض وعده وأن يرجع عن عزمه إذا أراد اعتمادا على أنه إذا لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام[82]، لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه، وفي هذا من الضرر ما لا يخفى[83]، وحق الفسخ جائز شرعا للطرفين في رأي أكثر الفقهاء[84]، إلا أنه حق غير مطلق، وتلحقه الكراهة ما لم يترتب على الوفاء به ضرر بيّن يجعل الحياة الزوجية مضطربة غير مستقرة[85].

فإذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما فما الأثر المترتب على ذلك بالنسبة لما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا، ولما لحق أحد الطرفين من أضرار سواء كانت مادية أو معنوية؟

---

[82] سعيد محمد الجليدي، *أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما* "دراسة فقهية مقارنة مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984م، مطابع عصر الجماهير – الخمس – ليبيا، الطبعة الثانية، (1998ف)، ج1/ص46-47.

[83] محمد مصطفى شلبي، *أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون*، دار النهضة العربية – بيروت، الطبعة الثانية، (1397هـ-1977م)، ص82.

[84] الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9/ص6509.

[85] خارف محمد، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بعنوان *"التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري"*، جامعة وهران، (1434هـ-2013م)، ص64.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الأول: حكم العدول عن الخطبة وأثره من الجانب الفقهي

إن العدول عن الخطبة يعني جواز رجوع أحد الخاطبين والتخلي بصورة نهائية عن مشروع الزواج، وعدم إتمام الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، ولا يجوز حينئذ للمعدول عنه في حال عدم قبوله بالعدول أن يطلب الحكم له بأن يلزم الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة؛ ذلك لأن عقد الزواج هو عقد رضائي وليس من عقود الإذعان[86].

وعليه فالخطبة ليست عقدا قد التزم طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام، خصوصا العقود الاجتماعية، خلافا **للمالكية** فبعضهم يرى أن الوعد يجب الوفاء به قضاء، لكن هذا لا يجري على الخطبة؛ لأن الوفاء بهذا العقد يقتضي أن يبرم الزواج لشخص لا يرضى عنه، ولأن إلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن الإكراه؛ فلهذا يكون رأي الجمهور هو المعتبر[87].

وإذا لم تكن في الخطبة قوة الإلزام لأحد من الطرفين فلكل منهما أن يرجع عن قوله، وإن فعل هذا فهو يستعمل خالص حقه، وليس لأحد عليه من سبيل[88].

---

[86] انظر: زبيدة، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص106. سابق، *فقه السنة*، مرجع سابق، ج2/ص122.

[87] انظر: محمد بن محمد الحطاب الرعيني أبو عبد الله، *تحرير الكلام في مسائل الالتزام*، تحقيق: عبدالسلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، (1404هـ-1984م)، ص154-155.

[88] انظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى:1230هـ)، *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*، *دار الفكر*، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2/ص228. أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، مرجع سابق، ص35.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ولكن من الوجهة الأخلاقية فإنه لا ينبغي للإنسان أن يخلف وعده ويعدل عن الخطبة إلا لضرورة ملحة تبرر خلف الوعد، فمن يفعل هذا يعتبر في نظر الأخلاق مرتكبا لفعل لا يتفق وما تقتضيه المروءة الإنسانية[89].

وقد يحدث أن يعدل الخاطب، أو المخطوبة، أو هما معا عن إتمام الخطبة، فما حكم ما قدمه الخاطب من مهر أو هدايا للمخطوبة، وكذلك ما تقدمه المخطوبة للخاطب من هدايا؟.

أ- بالنسبة للمهر:

فلا خلاف بين الفقهاء[90] على أنه إذا عدل الطرفان أو أحدهما عن الخطبة فعلى المخطوبة أن تردّ ما أخذته من الصداق، لأنه نظير عقد لم يتم، سواء أكان العدول من جانبه أو من جانب المخطوبة أو من كليهما فترد إليه عينه إن كان قائما، فإن أهلك أو استهلك فعليها رد مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا، وفق ما تقتضيه عدالة الإسلام، وعليه جرى عرف الناس؛ لأن المهر لا يجب إلا بالعقد، وما دام العقد لم يتم فإن المهر يبقى ملكا له[91].

---

[89] انظر: الجليدي، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص47. بن صغير، *الاجتهاد القضائي*، مرجع سابق، ص305.

[90] انظر: سابق، *فقه السنة*، مرجع سابق، ج2/ص32. الزحيلي، *الفقه الإسلامي وأدلته*، مرجع سابق، ج9/ص6509.

[91] انظر: أسامة محمد منصور الحموي، *آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون السوري*، جامعة دمشق- سوريا، (2011م)، ص5. بن صغير، *الاجتهاد القضائي*، مرجع سابق، ص306. الشريف، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص36.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والمهر هنا لا يقصد به المهر المسمّى فقط، بل يقصد به أيضا ما جرى العرف باعتباره من المهر وإن أخذ صورة الهدية. **ومثال ذلك**: الهدية المعروفة في مصر باسم "الشـبكة" أو بما يعرف في ليبيا باسم "البـيان"؛ لأن هذه الهدية كثيراً ما يقع الاتفـاق والتفاوض بشـأنها، أو تترك للعرف يضع لها قانون، وهي تمثل الجانب الأكبر من المهر لهذا تأخذ حكمه وإن لم تسم باسمه.

ب- بالنسبة للهدايا:

أما أحكام هدايا الخطبة عند الفقهاء، فقد اختلفت بشأنها الآراء على أربعة مذاهب:

فمذهب الحنفية: يرى أن الهدايا تأخذ حكم الهبة، والهبة يجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، ومنها الاستهلاك والهلاك، وخروج الموهوب من ملك الواهب، وأخذ عوض عن الهبة، والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولا فرق في هذا في أن يكون الرجوع عن الخطبة من الرجل أو المرأة[92].

مذهب المالكية: أن العدول عن الخطبة إن كان من جهة الخاطب، فليس له الحق أن يسترد شيئا مما أهداه، على اعتبار أن السبب كان منه؛ ولأنه آلمها بعدوله عن خطبتها فلا يجمع عليها مع هذا الإيلام إيلاما آخر، وإن كان العدول من جهتها، وامتنعت عن استكمال العقد، كان للخاطب الحق في استرداد ما قدم من هدايـا، فيأخذ عينها إن كانت قائمة، وإن أهلكت أو استهلكت أخذ مثلـها إن كانت مثلية

[92] انظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى:483هـ)، *المبسوط*، دار المعرفة- بيروت، بدون طبعة، (1414هـ-1993م)، ج12/ص60-61. أبو زهرة، *الأحوال الشخصية*، مرجع سابق، ص38. عامر، *الأحوال الشخصية*، مرجع سابق، ص25. سابق، *فقه السنة*، مرجع سابق، ج2/ص33.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقيمتها إن كانت قيمية؛ لأنه لا وجه لها في أخذه بعد أن آلمته بفسخ خطبته، إلا إذا كان هناك شرط أو عرف يقتضي غير ذلك فيؤخذ به[93].

مذهب الشافعية: أن الهدايا في الخطبة من قبيل الهبة المقيدة بشرط، وهو إتمام الزواج بين الطرفين، فللخاطب حق الرجوع بما أنفقه على من دفع له، سواء كان مأكولاً، أو مشروبا، أم ملبسا، أم حليا؛ فإن كانت موجودة ردت بعينها، وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها، وسواء رجع هو، أم مجيبه، أم مات أحدهما؛ لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها، فيكون لكل من الطرفين الرجوع في هبته إذا تم العدول لأي سبب، فيجب إرجاع الهدية مطلقاً[94].

مذهب الحنابلة: أن الهدايا تعتبر من قبيل الهبات التي لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض إلا للأب وحده، وبالتالي ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه، إذا طرأ العدول عن الخطبة من أحد الطرفين أو من كليهما بسبب أو بدون سبب، سواء كانت الهدايا قائمة أو هالكة[95].

---

[93] انظر: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي (المتوفى:1241هـ)، *بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير*، دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج2/ص455. شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، الطبعة الأولى، (1994م)، ج4/ص365.

[94] انظر: أبو بكر (المشهور بالبكري) بن محمد شطا الدمياطي (المتوفى: بعد 1302هـ)، *إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين*، دار الفكر، الطبعة الأولى، (1418هـ-1997م)، ج3/ص185.

[95] انظر: عبد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن جبرين، *شرح أخصر المختصرات*، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net ، الدرس 88، ج46/ص11.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة وأثره من الجانب القانوني

أ- بالنسبة للهدايا

نصّت الفقرة (ج) من المادة الأولى على أنه: "إذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهداه للأخر عينا أو قيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك"[96].

حيث نجد أن المشرع الليبي قال بالتفريق بين أن يكون العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة وفق ما هو منصوص عليه في المذهب المالكي[97].

ومنه يتضح أن قانون الأحوال الشخصية الليبي قد فرق بين الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب، وبين الحالة التي يكون العدول فيها من طرف المخطوبة، كما أنه أخذ بعين الاعتبار الفرق بين ما استهلك من الهدايا وما لم يستهلك منها.

فإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما أهداها إياه الخاطب في فترة الخطوبة إذا لم تستهلك، وإلا ردت قيمتها إذا استهلكت.

---

[96] المادة (1) الفقرة (ج) من القانون الليبي رقم (10) المتعلق بأحكام الزواج والطلاق وآثارهما، الصادر في سنة 1984/4/19م.

[97] انظر: الصاوي المالكي، بلغة السالك، مرجع سابق، ج2/ص455. الحطّاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج3/ص417-418. القرافي، الذخيرة، مرجع سابق، ج4/ص365

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وإن كان العدول من الخاطب فإنه يرد كل ما أهدته المخطوبة أثناء فترة الخطوبة إذا لم تستهلك، وإلا رد قيمتها إذا استهلكت، ويسقط حقه في استرداد ما أهداه إياها.

يلاحظ في هذا الأمر أن المشرع الليبي لم ينصّ صراحة على الحق في استرداد المخطوبة لما أهدته للخاطب من هدايا إذا كان العدول من طرفها.

كما أن المشرع الليبي قد أغفل مسألة (العدول اللاإرادي) ولم يتعرض لحكم انتهاء الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه كالمرض أو الوقوع في الأسر أو السجن، وكان من الأنسب التعرض لهذا الحكم لوقوعه في الحياة العملية، وأثر ذلك فيما يخص الحق في استرداد الهدايا[98].

ب- بالنسبة للمهر

إن النص التشريعي الذي أورده المشرع الليبي في موضوع الخطبة تحدث عن أثرين من آثار العدول وهما الهدية والضرر، أما موضوع المهر الذي يسلم قبل العقد من طرف الخاطب أثناء فترة الخطوبة، فلم يتطرق إليه النص لا صراحة ولا ضمنا، ولم يبين حكمه بعد عدول أحد الطرفين، سواء أعطى في صورة المهر، أو أن يكون مقدما في شكل الهدية، وإن كان في الحقيقة مهراً، وهو لا يجب للمرأة إلا بالعقد الصحيح.

[98] انظر: الشريف، *الزواج والطلاق*، مرجع سابق، ص37. زبيدة، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص123.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وهو ما يحدث في الواقع كثيراً، فالهدايا الثمينة التي تهدى للمرأة المخطوبة في مدينة "طرابلس" عاصمة دولة ليبيا على سبيل المثال، كانت لا تستعملها المرأة وإنما تجمع إلى قيام العرس ثم ترجع إلى بيت الزوج ليأتي بها مع بقية الأشياء المقررة في الصداق[99].

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا قدم الخاطب عند الخطبة كل المهر أو بعضه ثم عدل عن الخطبة كان له أن يسترد ما دفعه ما لم يستهلك، فإن هلك استرد مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا. ولم يفرق الفقهاء بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب، أو من جهة المخطوبة[100].

[99] محمد أبو زهرة، *محاضرات في عقد الزواج وآثاره*، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، (1391هـ-1971م)، ص65. زبيدة، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ج1/ص121.

[100] شلبي، *أحكام الأسرة*، مرجع سابق، ص82.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثالث: منهجية البحث

أولاً: نوع البحث:

سيقوم الباحث باستخدام عدة مناهج من أهمها **المنهج المكتبي**، وذلك لأن استخدام المكتبة أمر ضروري ومهم لكل باحث في مثل هذه الدراسات، فتحديد الاطار النظري للبحث وجمع المصادر من كتب ورسائل علمية وسجلات ووثائق لا يتمكن الباحث من القيام بها إلا من خلال استخدام المكتبة للحصول على معلومات صحيحة يستخلص منها الأدلة والبراهين التي تجيب عن أسئلة البحث، ثم اتبع الباحث **المنهج الوصفي التحليلي** لواقع الظاهرة كالعدول عن الخطبة التي يراد لها الدراسة الوصفية والتحليلية، معتمدا على ما يجمعه من معلومات دقيقة عن الظاهرة كأساس لمعرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه الحكم الشرعي وقانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 84م، وبيان الأسباب التي دعت القانون لاتخاذ أحكام معينة أو إغفاله لها، كما استخدم **المنهج الاستقرائي** لتتبع وتقصي الفتاوى الفقهية والنصوص القانونية والقضائية المتعلقة بموضوع الدراسة، بغرض الإحاطة واستيعاب عناصر الموضوع بالجملة، أضاف لذلك أيضا **المنهج المقارن**[101] كأساس للدراسة النقدية المقارنة بين الأحكام الفقهية للمالكية ممثلة في مشهور المذهب وبين فقهاء المذاهب المعتبرة من جهة، وبين مواد قانون الأحوال الشخصية وأحكام المحاكم الابتدائية والمحكمة العليا من جهة أخرى بحسب ما يخدم البحث.

[101] عبدالرحمن سيد سليمان، *مناهج البحث*، عالم الكتب، بدون طبعة، (1435هـ-2014م)، ص 130-195.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانيا: مصادر البيانات (أو جمع المادة العلمية):

تمثل عملية جمع البيانات والحصول على المعلومات محور البحث العلمي وأساسه، فلا يمكن أن يتم البحث العلمي وخطواته الأخرى إلا عن طريق جمع البيانات والمعلومات ذات الصلة، وهي الوثائق سواء المنشورة أو غير المنشورة، والأصول المطبوعة، والدوريات العلمية التي تصدرها الهيئات العلمية التي تضم أحدث نتائج البحث العلمي وغيرها من مختلف المصادر المتخصصة[102]، والتي لا بد لها من أدوات محددة تختلف باختلاف مناهج البحث التي اعتمدها الباحث.

ومما تجدر الإشارة إليه أنني قسمت مصادر بحثي إلى مصادر أولية ومصادر ثانوية، وهي كالآتي:

1- المصادر الأولية:

- قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (10) لسنة 1984م، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، الصادر بتاريخ 19- أبريل - 1984م، والمعمول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.
- أحكام القضاء المتمثلة في المحاكم الابتدائية والمحكمة العليا الليبية.
- المشهور من مذهب الإمام مالك في مسائل الأحوال الشخصية من خلال كتب المذهب المالكي التالية:

[102] سليمان، *مناهج البحث*، مرجع سابق، ص36.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني.
- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي.
- أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك".
- الذخيرة.

2- **المصادر الثانوية**: وهي تنقسم إلى كتب ومطبوعات ورسائل بحثية ومجلات علمية.

أولاً: الكتب والمطبوعات:

- عبد السلام محمد الشريف العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية، (دار الكتب الوطنية-بنغازي-ليبيا- الطبعة الثالثة 1998م).
- سعيد محمد الجليدي، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، مجلدين ، مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984م، (مطابع عصر الجماهير-الخمس-ليبيا- الطبعة الثانية 1999م).
- محمد عبيد الهوني، قانون الزواج والطلاق، معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، (دار الفضيل للنشر والتوزيع –بنغازي-ليبيا- الطبعة الثانية 2007م).
- الهادي علي زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، (دار البدر-المنصورة-ليبيا- الطبعة الأولى 1434هـ=2013م).

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ثانياً: الرسائل البحثية والمجلات العلمية:

- أسامة محمد منصور الحموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، (جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-2011م).
- بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، (جامعة أكلي محند اولحاج-البويرة-2013م).
- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، (جامعة الحاج لخضر-باتنة-الجزائر-2009/2008م).
- مجلة الجامعة الأسمرية دوريّة علميّة جامعة محكّمة، (الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية- زليتن- ليبيا- العدد الرابع عشر- السنة السابعة-2010م).

ثالثاً: أدوات جمع البيانات:

سأستخدم في هذه المرحلة أدوات الملاحظة[103] والبحث والتسجيل والرجوع إلى المصادر المكتوبة اعتمادًا على الدراسة الوصفية التحليلية للمواد الفقهية والقانونية أو بيانات البحث، سواء عن طريق تعيين البيانات أو تحقيق الموضوعات المتعلقة بالبحث.

[103] الملاحظة: هو ذلك الانتباه المسّير باتجاه سلوكٍ فردي أو جماعي ما سعياً لمتابعة التّغيرات ورصدها حتى يصل الباحث لإمكانيةِ وَصف السلوك وتحليله، وتُصنّف الملاحظات وفقاً للتنظيم فتكون إما بسيطةً أو منظمة، ووفقاً لدور الباحث والهدف وغيرها من التصنيفات. https://mawdoo3.com

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وهذه مرحلة مستقلة، وفيها سيتم التجميع العملي لكل البيانات والمعلومات التي يعتمد عليها البحث وذلك عن طريق أدوات جمع البيانات، والمتمثلة في الوثائق والتقارير والدراسات السابقة، التي قام بجمعها الباحث سابقاً من أجل تحديد مشكلة الدراسة.

فالملاحظة المباشرة أو العلمية لظاهرة ما في كتابة البحث أو الدراسة، بهدف تسجيل كافة المعلومات عنها، وتفسيرها، ومعرفة قوانينها التي تتحكم بها، وتعتبر الملاحظة من أفضل طرق جمع البيانات ودراستها.

ولكن لكل شيء جانبان، جانب إيجابي وجانب سلبي، فتتسم الملاحظة بمزايا كثيرة، منها: أنها لا تحتاج إلى جهد كثير، وتعتمد على الاستنتاج، وتجعل الباحث يحصل على بيانات السلوك في الوقت الحاصل فيه السلوك المطلوب، وتسمح للباحث جمع البيانات المرجوة من سلوك الأفراد المألوفة لديهم، وتمكن الباحث بالوصول إلى معلومات لا تخطر بباله. أما الجانب الآخر فهو عيوب الملاحظة التي تتلخص في: صعوبة توقع السلوك العفوي من الأفراد في الوقت نفسه، وقصد الأفراد بإبراز سلوك ما لوضع انطباع جيد بالدراسة الخاصة بالباحث مما يفقدها مصداقيتها، وإعاقة عملية الملاحظة، بسبب بعض العوامل مثال تقلبات الطقس، وتحكم البيئة وطبيعتها في عمل الباحث وإعاقته بالوصول إلى المعلومات بشكل سريع.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ومن تلك الأدوات التي قمت باستخدامها في هذه الدراسة هو الرجوع إلى المصادر المكتوبة: والتي تشتمل على: الكتب المطبوعة، والدوريات، والمجلات، والبحوث الجامعية أو أي من البحوث الموثقة أو المنشورة، كما تضم أيضاً التقارير، والدراسات، والوثائق، والسجلات، والاستعارات، أي من المطبوعات أو المنشورات الموثقة؛ إما بالطرق الكلاسيكية، أو بالطرق الحديثة كالأقراص المدمجة، أو المسطحة، أو الليزرية، والمعلومات المنشورة في المواقع العلمية والبحثية والأدبية على شبكة الإنترنت. وتتمثل باللجوء إلى الكتب والمخطوطات والأطروحات والدوريات والمواقع الإلكترونية التي تقدم معلومات ذات علاقة بمادة البحث.

رابعاً: طريقة تحليل البيانات:

سوف يتم بيان الأسلوب والمناهج التي سيستخدمها الباحث في تحليل بيانات هذه الدراسة، وسيعتمد الباحث في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

1- المنهج الاستقرائي:

يهتم هذا المنهج باستقراء الأجزاء ليستدل منها على حقائق تعم على الكل، باعتبار أن ما يسري على الجزء يسري على الكل، فجوهر المنهج الاستقرائي هو الانتقال من الجزئيات إلى الكليات، ومن الخاص إلى العام.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

والاستقراء هو الطريق نحو تكوين المفاهيم والوصول إلى التعميمات عن طريقة الملاحظة ودراسة الفروض والبراهين وإيجاد الحلول والأدلة[104].

2- المنهج الوصفي التحليلي أو الاستنباطي:

المنهج الوصفي التحليلي أو الاستنباطي عكس المنهج الاستقرائي، فالباحث وفقاً لهذا المنهج يبدأ من الحقائق الكلية إلى الحقائق الجزئية، والتحليل هو الطريق لتفسير القواعد العامة والكلية وينتهي منها إلى استخلاص النتائج التي يمكن تطبيقها على ما يناظرها من الحالات، كما يمكن تعريفه بأنه: " أحد أشكال التحليل والتفسير العلمي المنظم لوصف ظاهرة أو مشكلة وتصويرها كميّاً عن طريق جمع المعلومات والبيانات المقننة عن الظاهرة، وتصنيفها وتحليلها وإخضاعها للدراسة الدقيقة"[105].

ويستفاد من هذا المنهج في إعداد مشروعات الأحكام القضائية قبل النطق بها، حيث يوجب المنهج التحليلي أو الاستنباطي ذكر النصوص القرآنية والسوابق القضائية التي يستدل بها منطوق الحكم في مقدمة أو صدر الأسباب، ويليها ذكر العناصر الواقعية، وأخيراً منطوق الحكم الذي يبنى على كل ما سبق، ويعد تطبيقاً له[106].

---

[104] إبراهيم حسن علي، *استخدام المصادر وطرق البحث*، مكتبة النهضة الإسلامية-القاهرة، الطبعة الثانية، (1963م)، ص54.

[105] سامي محمد ملحم، *مناهج البحث في التربية وعلم النفس*، عمان- الأردن- دار المسيرة، الطبعة الأولى، (2000م)، ص324.

[106] حمودة محمد عفيفي، *البحث العلمي*، مطابع سجل العرب، الطبعة الثانية،(1983م)، ص63.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وفي هذا المنهج يلتزم الباحث بإجراء دراسة تحليلية متعمقة لكل جزئية من جزئيات البحث، وفيه تكون مناقشة بطريقة منطقية رابطاً بين الأدلة المرتبطة بمحور الدراسة وبين مضمون الموضوع الذي اختاره الباحث وهو: بعض مسائل الخِطبة المسكوت عنها في قانون الأحوال الشخصية الليبي بين أحكام القضاء والفقهاء (دراسة مقارنة).

وعليه فإنني سأنظم البيانات التي تحصلت عليها من المصادر الأساسية والثانوية بشكل مرتب، وتصنيفها بعد ذلك من مواضيع كلية إلى مواضيع جزئية، متتبعاً التسلسل المنطقي، مقارناً ذلك بين قانون الأحوال الشخصية والفقه من جهة، وتوضيح الغموض وسد النقص وتلافي مواطن القصور والضعف إن وجدت من جهة أخرى، وسأقوم بتسجيل وتدوين تلك البيانات التي تحصّلت عليها، نافياً أي تعارض أو غموض في فهم المسألة القانونية والشرعية، وتحديد الرأي الصريح تحت مسائل البحث التي تستلزم ذلك، وهذه الخطوة تتبعها خطوة التحقق من النتائج التي توصلت إليها، ومناقشتها وترتيبها في إطار متسلسل حتى أصل إلى تدوين النتائج، ويمكن تلخيصها في نقاط، وهي:

تنظيم البيانات، تصنيف البيانات، مناقشة البيانات، التحقق من النتائج، وصياغة النتائج.

3- المنهج المقارن:

يمثل المنهج المقارن في دراسات البحث العلمي أهمية علمية، بحيث يقوم الباحث من خلاله بإجراء المقارنة بين نصوص الشريعة والقوانين، حيث اعتمد الباحث على منهج

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المقارنة لبيان أوجه الاتفاق والاختلاف، الذي بدوره سوف يساعد في إظهار النتائج المنشودة لهذه الدراسة.

وقد سلك الباحث – لمعالجة الموضوع – المنهجية الآتية:

- إعطاء مفهوم عام عن الموضوع من خلال خلفية البحث أو المقدمة، لتسهل على القارئ الإلمام بموضوع الدراسة من جميع جوانبه.
- عزو الآيات القرآنية إلى المصحف برواية قالون عن نافع المدني عن طريق ذكر السورة ورقم الآية في الهامش.
- الإلتزام عند تخريج الأحاديث النبوية في البحث من مصادرها الأصلية، وذلك بتخريجه من الكتب الستة إن وجدته فيها أو من كتب السنن، وتفردت بذكر المرجع الحديثي في الهامش بداية بإيراد اسم المؤلف كاملا مع سنة الوفاة، ثم اسم المحقق إن وجد، ثم اسم دار النشر والمدينة ورقم الطبعة وتاريخها، ثم بيان الكتاب والباب، ثم رقم الحديث والجزء والصفحة.
- شرح بعض المصطلحات اللغوية الغريبة الواردة في البحث، وذلك بالرجوع إلى معاجم اللغة العربية.
- إلتزمت عند ذكر المرجع والمصدر في الهامش البدء باسم المؤلف كاملاً مع تاريخ الوفاة إن وجد، ثم ذكرت اسم الكتاب مع ذكر دار النشر ورقم الطبعة وتاريخها بين قوسين، وأخيراً ذكر رقم الصفحة والجزء، وذلك عند وروده لأول مرة، أما إذا تكرر اسمه مرة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أخرى في هوامش البحث فأكتفي بالإشارة لاسم الشهرة للمؤلف والكتاب باختصار، مع بيان أنه مكرر بعبارة (مرجع سابق)، ثم أذكر رقم الصفحة والجزء.

- إخترت الترتيب الأبجدي المعروف ب(أبجد هوز) في تسلسل نقاط البحث، ووضعت علامات الترقيم والتشكيل كما تقتضي منهجية البحث العلمي.

خامسا: هيكل البحث:

فبعد البحث المتأنيّ وإمعان النظر، قد توصّل الباحث إلى أن من متطلبات الدراسة العلمية وموضوع الدراسة الحالية تقتضي تقسيم الموضوع على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار العام والدراسات السابقة

قام الباحث في هذا الفصل بإعطاء لمحة تفصيلية لموضوع البحث، وترتيبه ترتيبا أبجدياً كما يلي:

أ- خلفية البحث

ب- تحديد مشكلة البحث

ج- أسئلة البحث

د- أهداف البحث

هـ- أهمية البحث

و- حدود البحث

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ز– الدراسات السابقة

ح– مصطلحات البحث

الفصل الثاني: الإطار النظري

لقد تطرق الباحث في الجانب النظري إلى جمع النظريات والقواعد والأحكام الشرعية والقانونية التي تتعلق بموضوع الدراسة (بعض مسائل الخطبة) أو ما يعرف بمقدمات الزواج، على شكل بحث مستقل يسهل على القارئ الاطلاع والفهم والاحاطة بالموضوع، لهذا قمت بتقسيمه إلى خمسة مباحث:

المبحث الأول تطرق الباحث فيه إلى بيان أهم النظريات والقواعد الشرعية التي تتعلق بتطبيق الأحكام الفقهية وقانون أحكام الأسرة، حيث قام بالتعريف بنظرية التعسف في استعمال الحق لغةً وفقهاً وقانوناً، وقاعدتي الجواز الشرعي ينافي الضمان والعادة محكمة لغة واصطلاحاً، لمعرفة مدى توافق ما نص عليه المشرع الليبي مع ما هو ثابت في أحكام الشريعة الاسلامية أو ما ذهب إليه فقهاء المالكية في مشهور المذهب.

أما المبحث الثاني فقد عرّفت فيه الخطبة لغة واصطلاحاً وقانوناً والتعريف المناسب لها، وبينت حكمها الشرعي، وقمت بتوضيح شروط صحتها من الناحية الشرعية، أما من الناحية القانونية فقد بينت عدم اشتراط المشرع الليبي لأي شروط خاصة بالخطبة.

وأما في المبحث الثالث فقد تناولت فيه طبيعة الخطبة كتصرف إرادي بين الخطيبين، وتكييفها الفقهي والقانوني وبيان آثارها الشرعية والقانونية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أما المبحث الرابع فقد تحدثت فيه عن حكم العدول عن الخطبة وأثره بالنسبة للمهر والهدايا من الجانب الفقهي، وأوردت الأحكام الفقهية عند المذاهب الأربعة المعتبرة، أما فيما يخص القانون فقد جعلت مطلباً خاصا لمعرفة حكم العدول عن الخطبة وأثره بالنسبة للهدايا والمهر من الجانب القانوني لمعرفة رأي المشرع الليبي في هذه المسألة.

الفصل الثالث: منهجية البحث

يشتمل الإطار المنهجي على نوع منهج البحث المستخدم في هذه الدراسة وهي أربعة مناهج المكتبي والوصفي التحليلي والاستقرائي والمقارن، ويشتمل أيضاً على مصادر جمع البيانات والتي قسمها الباحث إلى مصادر أولية وثانوية، كما اشتمل هذا الفصل على أدوات جمع البيانات ثم طريقة تحليل البيانات، وأخيراً هيكل البحث.

الفصل الرابع: عرض البيانات وتحليلها

المبحث الأول: التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين وصورها بين أحكام القضاء والفقهاء

المبحث الثاني: الحكم المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول، أو بسبب لا دخل لأحد الخاطبين فيه بين أحكام القضاء والفقهاء

المبحث الثالث: حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات

وهي تتضمن أهم النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال دراسته لموضوع البحث والتوصيات، وكتب في كل منها ثلاث نقاط.

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصّالحات.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع: عرض البيانات والتحليل

المبحث الأول: التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين وصورها بين أحكام القضاء والفقهاء .....

المبحث الثاني: الحكم المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول، بين أحكام القضاء والفقهاء .....

المبحث الثالث: حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء .....

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الأول: التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين وصورها بين أحكام القضاء والفقهاء

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي ينال الطرف المقابل، ويقصد بالضرر المادي هنا: الضرر الذي يصيب الإنسان من جهة المال. أما الضرر الأدبي فهو كل ما يصيب الإنسان معنويا من جهة الشرف أو السمعة.

وقد اتفق الفقهاء على أن الخطبة والوعد بالزواج وتقديم المهر كله أو جزءا منه لا يعتبر عقداً، ويحق لكل منهما العدول عن الخطبة، والحق أن مسألة التعويض عن الضرر الذي يحدث بسبب العدول عن الخطبة مسألة مستحدثة، وعند استقراء كتب الفقه لم أجد نصاً صريحاً في كتب الفقهاء القدامى يتعرض لمسألة التعويض عما قد ينشأ بسبب العدول عن الخطبة من أضرار مادية أو أدبية،[107] ويمكن تخريج حكم هذه المسألة عملاً بالقواعد الشرعية العامة كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، وما يترتب عن ذلك في نظرية التعسف باستعمال الحق.

---

[107] انظر: أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (المتوفى:1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بدون طبعة، (1415هـ-1995م)، ج2/ص11. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني (المتوفى: 1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، (1422هـ-2002م)، ج3/ص288. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، الطبعة الثالثة، (1412هـ-1991م)، ج5/ص436. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7/ص47. محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى:786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ، ج3/ص318. شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص86.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وكذلك مبدأ الالتزام في مشهور مذهب الإمام مالك، حيث يقضي بتنفيذ الوعد إذا كان على سبب، ودخل الموعود بسبب الوعد في شيء، أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به قضاء، ويعتبر الوفاء به من قبيل مكارم الاخلاق .

المطلب الأول: أحكام القانون والقضاء في التعويض عن ضرر العدول

الفرع الأول: الجانب القانوني في التعويض عن ضرر العدول

والظاهر أن المشرع الليبي في المادة (1) الفقرة (د) من القانون رقم 1984/10م قد أخذ بالرأي الثاني، حين قرر وجوب التعويض عن الضرر بتحميل المتسبب في العدول مسؤولية عدوله، ولم يفرق بين أن يكون نوع الضرر مادياً كإعداد جهاز الزفاف والمال الذي أنفق في حفل الخطبة، أو معنوياً كجرح الشعور والإساءة إلى سمعة الشخص أو العـــائلة، فكلا النوعين يكون محلاً للتعويض إذا أثبته المتضرر من فسخ الخطبة أو العدول[108].

وقد أخذ المشرع الليبي بالرأي الذي يُعطي لكلا الخاطبين الحق في الرجوع، وأن مجرد العدول لا يرتب ضرراً في ذاته يستوجب المسؤولية.

[108] انظر: محمد عبيد الهوني، قانون الزواج والطلاق، معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، دار الفضيل للنشر والتوزيع –بنغازي-ليبيا، الطبعة الثانية، (2007م)، ص6-7. زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص117. الجليدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص52. الشريف، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص38.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

رأي الباحث: يرى الباحث أنه من الأنسب تقييد إطلاق المادة الأولى فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة وإضافة قسمي الضرر المادي والمعنوي. وذلك بتعديل الفقرة الرابعة من المادة الأولى لتكون على النحو التالي:

"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي –غير مخالف لأحكام الشريعة وآدابها– لحق بأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

الفرع الثاني: الجانب القضائي في التعويض عن ضرر العدول

لم يتبنى القضاء الليبي أي اجتهاد يخص التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة من أحد الطرفين، فقد اتجه القضاء إلى تطبيق النص القانوني المتضمن في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية، دون تقييد صور الضرر المعنوي الذي يوجب التعويض، ولعل الأسباب التي تقف وراء ذلك ترجع إلى قلة القضايا المرفوعة أمام القضاء والتي تختص بهذا الشأن.

ومن أمثلة ما ورد في ذلك: الاتجاه الذي أقره المشرع الليبي في المادة (1/225) من القانون المدني، واستقرت عليه المحكمة العليا في قضائها والمؤرخ في 1990/12/9م، حيث قضت بقولها: "متى كان الثابت من مدونات الحكم المطعون أنه أيّد الحكم الابتدائي فيما ذهب إليه من إلزام الطاعنة بدفع خمسة آلاف دينار كتعويض للمطعون ضده عن الضرر

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادي والأدبي الذي لحقه دون أن يبين لأي منهما الأساس القانوني لمسؤولية الطاعنة عن التعويض مما يكون معه الحكم قاصراً في التسبيب"[109].

وعليه فإن المستقر وما جرى عليه العمل في هذا الشأن في القضاء الليبي هو ما تم النص عليه في الفقرة (د) من المادة الأولى[110]، بقوله أن:

أ- الخطبة طلب التزوج والوعد به.

ب- يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.

ج- فإذا كان العدول لمقتضى له أن يسترد ما أهداه للآخر عيناً أو قيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.

د- إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمّل المتسبّب فيه التعويض عنه.

[109] المحكمة العليا، طعن مدني 1990/12/9م. انظر: زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص119.

[110] المادة رقم (1) من قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (10) لسنة 1984م: بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، الصادر بتاريخ 19- أبريل – 1984م، والمعمول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: أحكام الفقهاء قديما وحديثا في التعويض عن ضرر العدول

الفرع الأول: الجانب الفقهي القديم في التعويض عن ضرر العدول

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعويض عن الضرر عند العدول، إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي شرعها الإسلام ورسم سلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، فقد كانت مثل هذه الأمور تجري على نحوٍ من البساطة واليسر، وأيضاً بسبب اعتبارات اجتماعية حالت دون المطالبة بالتعويض حتى وإن وقع ضرر[111].

وكذلك فإن العادة جرت على أنه لن تكون هناك مدة زمنية طويلة ما بين العقد والخطبة، وبالتالي ففرصة حدوث الضرر بسبب العدول لن تكون كبيرة[112].

كما أن الحياة الاجتماعية في زمن المسلمين الأُوَلْ كانت تتسم بالمحافظة على تعاليم الدين الإسلامي وعدم التهاون في شأنها، فلم يكونوا يتركون الخاطب يأخذ مخطوبته ويذهب بها حيث يشاء دون رقيب بدعوى تعرّف كل منهما على الآخر قبل الدخول في الحياة الزوجية، ولكن لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وتأثروا بتقليد الطوائف غير المسلمة

---

[111] انظر: النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2/ص11. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج3/ص288. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5/ص436. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7/ص47. البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج3/ص318. شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق، ص86.

[112] انظر: زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص116. بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص311.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقوانينهم وسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدهما. ترتب على ذلك إلحاق الضرر بالمخطوبة عند عدول الخاطب[113].

بسبب كل ما سبق ذكره لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع، وخلافا لذلك فقد اهتم بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين بهذه القضية، نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحضارة الغربية، فهذه أمور أحدثها الناس، ومن غير المعقول أن تقف الشريعة عاجزة عن أن تعطي كل محدث من الأمور حكمه المناسب، وقد قال الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز: "تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"[114].

الفرع الثاني: الجانب الفقهي المعاصر في التعويض عن ضرر العدول

اهتم فقهاء الإسلام المعاصرين بهذه المسألة وبحثوا فيها وتصدوا لها مع بدايات هذا القرن، حيث ثار النقاش في جواز التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة من عدمه بين الفقهاء، وزخرت به سجلات المحاكم.

ولكنهم لم يتفقوا بشأنها، وتباينت آراءهم بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقاً، ورأي ثالث ذهب إلى التفصيل، ولكل فريق منهم وجهة نظر فيما ذهب إليه، وهذا بيان ذلك:

---

[113] الجليدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص51. (بتصرف).

[114] انظر: خارف، التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق، ص79. شلبي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص87.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الرأي الأول: يرى عدم جواز التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة أخذاً بالقاعدة الشرعية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"[115]؛ أي أن من يمارس حقاً مشروعاً له، أو مباحاً، لا يكون مسؤولاً عما يترتب على ذلك من ضرر؛ لأن الجواز ينافي المسؤولية، وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول[116].

وأيضاً فإن الذي وقع عليه الضرر من الطرفين يعلم أنه قد أعطى لغيره حق التراجع عن الخطبة في أي وقت شاء، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول. فالضرر نتيجة لاغتراره. ولم يغرر به أحد، والضمان عند التغرير، لا عند الاغترار[117].

وممن قال بهذا الرأي الشيخ محمد بخيت المطيعي – مفتي الديار المصرية سابقا – من كبار علماء الأزهر[118].

الرأي الثاني: يقول بوجوب التعويض مطلقاً، ومسؤولية العادل في التعويض بدون تحديد أنواع الضرر الذي يجب جبره، إذا نال أحد الخاطبين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر؛

---

[115] الزحيلي، القواعد الفقهية، مرجع سابق، ج1/ص539.

[116] فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة- دمشق- سوريا، الطبعة الثانية، (1429هـ-2008م)، ج2/ص469.

[117] وقد أخذت بهذا الرأي محكمة الاستئناف الوطنية المصرية في كثير مما عرض لها من خصومات في هذا الموضوع. الجليدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص51.

[118] انظر: إلياس، "التعويض عن الضرر، مرجع سابق، ص59. الجليدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص51. زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص117. بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص312.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

لأنه من المقرر في الشـريعة أنه: "لا ضـرر ولا ضـرار" كما ورد في الحديث الصحيح[119] ، وقاعدة "الضرر يزال" [120] وطريقة إزالته هو التعويض، فليس التعويض لأن العادل استعمل حقاً مشروعاً، ولكن لأنه استعمل حقه في وقت ينزل فيه الضرر بغيره، وممن قال بهذا الرأي الشيخ محمود شلتوت، والشيخ مصطفى السباعي[121].

الرأي الثالث: يفرق ما بين التعويض الواقع لمجرد العدول وإنما كان بسبب آخر غير مجرد العدول، فلا يكون من عدل في هذه الحالة مسؤولاً عن التعويض، كما لو طلب الخاطب من مخطوبته ترك الوظيفة، أو الدراسة، ففعلت ذلك لتكسب ودّ خاطبها ثم يتراجع فجأة عن الخطبة ويعدل عنها، فالضرر في هذه الحالة لم يكن نتيجة العدول، بل بسبب أفعال أخرى خارجة عنه، وفي هذه الحالة يجب التعويض.

وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل، وضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية، فالأول لا يعوض والثاني يعوض كما هو مقرر في قواعد الفقه الحنفي وغيره. ويمثل هذا الرأي الوسط الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ عبدالرحمن الصابوني[122].

---

[119] البيهقي، باب لا ضرر ولا ضرار، حديث رقم 11384، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج6/ص114.

[120] السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص83.

[121] انظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص36. زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص117. الجليدي، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص52. بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص313.

[122] انظر: أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص37. الشريف، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص39. بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص314.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثالث: صور الضرر المادي والأدبي في التعويض عن ضرر العدول

تتعدد صور الضرر الناتج عن مجرد العدول عن الخطبة، وقد يترتب عن هذا العدول ضرر ينال الطرف المقابل من جهة المال أو الشرف، مع ملاحظة أن هذه الصور ليس من الضروري أن يتفق عليها القائلون بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية[123].

وقد ذكر العلماء المعاصرين صورا متعددة للضرر الناتج عن مجرد العدول عن الخطبة، منها[124]:

الصورة الأولى: ضرر ينشأ وللخاطب فيه دخل غير الخطبة والعدول عنها، فالضرر المادي كأن يطلب الخاطب من المخطوبة أن تترك وظيفتها أو دراستها، أو تطلب منه إعداد البيت على نمط خاص، وشراء أثاث باهض الثمن يثقل كاهل الخاطب ويحمله أعباء مالية، وأما الأضرار الأدبية أو المعنوية فهي كإثارة ألسنة الناس بالتجريح والتشويه والتشهير، خصوصا إذا استمرت الخطبة لسنوات طوال يفوت بسببها على المخطوبة خطّاباً آخرين،

---

[123] إن مصطلح التعويض لم يستعمله فقهاء الشريعة الإسلامية عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا مصطلح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به في اصطلاح التعويض في القانون المدني، وقد ذكر الشيخ علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عن تحقق شرط أدائه". علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي– القاهرة، بدون طبعة، (2000م)، ص8. أو هو: "الالتزام بتعويض الغير عما ألحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية". الزحيلي، نظرية الضمان، مرجع سابق، ص22.

[124] انظر: الشريف، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص38-39. بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص310. الحموي، آثار العدول عن الخطبة، مرجع سابق، ص14-15.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وفرص زواج أخرى، الأمر الذي يعرضها لكثير من الشائعات التي تمسّ سمعتها بسبب العدول[125].

الصورة الثانية: ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من العادل، لأن الذي وقع عليه الضرر من الطرفين يعلم أن الآخر له العدول في أي وقت يشاء، فلا وجه للمطالبة بالتعويض في هذه الحالة، لأن العادل استعمل حقه الشرعي في العدول عن الخطبة، ومن لحقه الضرر يكون هو الذي لم يستعمل الحيطة والحذر، فإقدامه على ارتكاب ما يسبب له الضرر عند العدول – كالمخطوبة التي تتخلّى تلقائيا دون طلب من الخاطب عن وظيفتها أو دراستها – فهذا لا تغرير فيه، وإنما هو اغترار منه لا دخل للغير فيه[126].

رأي الباحث: يتفق الباحث مع الرأي الذي توصّل إليه الدكتور محفوظ بن صغير في هذا الشأن بقوله: "إن العدول في حق كل واحد من الطرفين قد يتسبب في العديد من الأضرار التي يكون لأحد الخاطبين دخل فيها، فمنها المادي مثل تفويت المنافع، ومنها الأدبي الذي يمسّ جوانب السمعة والخلق والإحساس بكلا الطرفين"[127]. **فأقول:** إن هذا الرأي المتوازن والذي يقسم الأضرار إلى قسمين مادي وأدبي أو معنوي، من الأنسب أن يتبعه المشرّع ويعيد صياغتهما في المادة الأولى من القانون رقم84/10م بشكل واضح وصريح.

---

[125] محكمة سوق الجمعة الجزئية قضية رقم: (89/272). مصطفى عبدالغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، دار الكتب الوطنية – بنغازي – ليبيا، الطبعة الثانية، (2012م)، ص110-111.

[126] شيبة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص111.

[127] بن صغير، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص310.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثاني: الحكم المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول، بين أحكام القضاء والفقهاء

قد جرت العادة بين الناس أن يقدم الخاطب إلى مخطوبته بعض الهدايا خلال الخطبة مثل الحُلي والثياب وغير ذلك، كذلك جرت العادة عن البعض أن يقدم إلى خطيبته أو إلى وليها كل المهر أو جزء منه بعد الخطبة وقبل العقد، وقد يحدث أن يطلب الخاطب من مخطوبته أن تتجهز للزواج ببعض الاستعدادات كشراء لوازم حفل الزواج، وتجهيز بعض الأثاث، وغير ذلك من الأمور التي يتفقان عليها. فإذا حصل شيء من ذلك بعد الخطبة وقبل العقد ثم فسخت بالعدول من الطرفين أو من أحدهما إستنادًا على أن الخطبة وعد غير ملزم ويحق لكلا الطرفين العدول عنها من غير سبب معقول، فإن ذلك العدول عن الخطبة يعتبر اخلاف بالوعد، وهو حرام ديانة، لأن الله سبحانه أمر بالوفاء بالعهود قال تعالى: ﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[128]، وقال صلى الله عليه وسلم : "آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان"[129]، مع أن العدول عن الخطبة من غير سبب معقول حرام لأنه اخلاف بالوعد إلا أن الشريعة الإسلامية لم تلزم الخاطبين بإتمام العقد لأن في إلزامهما اكراها لهما على الزواج. والـزواج عقد أبدي ينبغي أن يتنزه عن الإكـــراه،

---

[128] الإسراء: الآية 34.

[129] أخرجه: محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة – الطبعة الأولى، (1422هـ)، ج8/ ص25. مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت- بدون طبعة ودون تاريخ، ج1/ ص78.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

فالضرر الناتج عن الزواج بالإكراه أكبر من الضرر الناتج عن العدول، إلا أن ذلك الفسخ ستكون له آثار بالنسبة لما تم تقديمه من المهر والهدايا، وهو من الأمور التي لا يمكن التغاضي عنها، بل كان من الضروري البحث ومعرفة الحكم المناسب لهذه المسائل للإجابة عن السؤال الثاني للبحث وذلك من خلال تتبع النص القانوني والحكم الفقهي ومعرفة مدى إحاطتهما بهذه المسألة[130].

المطلب الأول: حكم القضاء المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول

إن من الملاحظ على النص التشريعي الذي أورده المشرع الليبي في موضوع الخطبة قد تحدث عن أثرين من آثار العدول وهما الهدية والضرر، أما موضوع المهر الذي يسلم قبل العقد فلم يتطرق إليه النص، سواء أعطي في صورة المهر، أو أن يكون مقدما في شكل الهدية، وهو ما يقع كثيراً في بلادي ليبيا، فكيف يقضى في مثل هذه الواقعة؟.

فمن خلال متابعة النص القانوني يتضح القصور وعدم الاحاطة بجوانب المسألة؛ الأمر الذي دفع بالمحكمة العليا لتسد النقص في هذا الموضوع وتقضي فيه بقولها: "إنه من المقرر فقهاً أن ما يهدى إلى المرأة قبل العقد أو حال العقد يعتبر من المهر وكذلك ما أهدي إلى وليها"[131].

---

[130] انظر: محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، بدون طبعة ودون تاريخ، ص22.

[131] المحكمة العليا، طعن شرعي 1996/5/9م، الطعن رقم 42/18. انظر: زبيدة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ج1/ص122.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: حكم الفقهاء المتعلق بمسألة المهر عند انتهاء الخطبة بالعدول

من خلال استقراء كتب الفقه تبين لي اتفاق الفقهاء على أن الخاطب له أن يسترد المهر كله أو بعضه إذا قدمه لمخطوبته أو إلى وليها ثم فسخت الخطبة نتيجة لعدوليهما أو عدول أحدهما، وسواء أكان العدول من قبله أم من قبلها كان له الحق في استرداد ما دفعه؛ لأنه دفعه على أساس تمام العقد وتنفيذ لحكم من أحكام العقد ليكون دليلاً على تمام الرغبة في الزواج، وما دام العقد لم يتم فيسترد المهر إن كان مثليا، استرد مثله، وإن كان قيّما استرده بعينه إلا إذا هلك، فإنه يسترد قيمته، ولا حق لها في أخذ المهر، بل هو حق خالص للخاطب[132].

خلاصة: مقارنة بما سبق من حكم الفقهاء، وبالنظر إلى النص القانوني، نلاحظ عدم الدقة عند القانون الليبي في ترتيب الأحكام المتعلقة بمسائل الخطبة وعدم الوضوح، حيث قام هذا الأخير في الفقرة (ج) من المادة الأولى بإغفال ذكر حكم المهر عند العدول، في حين أتى بتطبيق جزئي يختص بالهدية فقط، وهو ما يتضح من صراحة النص الذي يقول:

---

[132] انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، مرجع سابق، ج3/ص298. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مرجع سابق، ج5/ص448. ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7/ص52. البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق، ج3/ص327. الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان- بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، (1423هـ=2002م)، ج2/ص504-505.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

"فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهداه لآخر عيناً أو قيمة يوم القبض ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك"[133].

وذلك خلافا لما نصّ عليه قانون الأحوال الشخصية المصري من مادته الثانية في الفقرة (ب) التي ورد فيها النصّ التالي: "ويعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه، أي التي جرى العرف باعتبارها مهراً"[134].

[133] الهوني، قانون الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص9. الشريف، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص36. مجلة الجامعة الأسمرية، مرجع سابق، ع14/ص86-87.

[134] عبد العظيم شرف الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية- مصر الجديدة- القاهرة، الطبعة الأولى، (2004م)، ص48-49.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المبحث الثالث: حكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إتمام عقد الزواج بين أحكام القضاء والفقهاء

يتبين لنا من دراسة قانون الاحوال الشخصية رقم 84/10م، أن المشرع الليبي قد ذكر في مادته الأولى أحكام بعض مسائل الخطبة وسكت عن بعضها، وجاء النص عليها بأسلوبين الأول واضح وصريح، والآخر قاصر وغير دقيق، فمن النوع الأول جاء بيان تعريف الخطبة وحكم العدول وأثره في الهدية والضرر، في حين جاء النوع الثاني متمثلا في عدم التفريق بين نوعي الضرر المادي والمعنوي أو الأدبي، كذلك إغفال الحديث عن حكم مسألة المهر الذي يسلم قبل العقد، ومسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج، وهو ما أود بحثه والجواب عليه في هذا المبحث من خلال معرفة الموقف القانوني والفقهي ومقارنته ببعض التشريعات والقوانين العربية.

المطلب الأول: حكم القضاء في مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة

إن الواقع العملي يثبت أن العدول عن الخطبة لا يتم بدون سبب إلاّ نادراً، فالغالب اقترانه بسبب يدعو إليه، كأن تدفع أحوال أحد الطرفين الآخر إلى إنهاء الخطبة، وقد يأتي ذلك نتيجة لطلب بعض الشروط التي يراه الخاطب مجحفة في حقه؛ كأن يطلب الولي مهراً مرتفعاً، أو يشترط على الخاطب أن يسكن زوجته بعيداً عن أهله وعائلته، وقد يكون

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الخاطب هو الذي طلب تعجيل أو تأخير حفل الزفاف بدون سبب مقنع أو بشكل يجعل المرأة تتعذر عن قبول طلبه فيضطرها إلى إنهاء الخطبة[135].

فبسبب هذه الحالات وغيرها ينبغي على القاضي من خلال البحث أن يصل إلى تقدير السبب المعتمد الذي تم به إنهاء الخطبة، لأن في أغلب الحالات يقوم الطرف الراغب في إنهاء الخطبة بعرض شروط مجحفة وغير مقبولة تضطر الطرف الآخر إلى الانسحاب من الخطبة وعدم إتمام الزواج.

ولقد أحسن القانون صنعاً في الفقرة (ج) عندما نصّ أن يتوقف استرداد الهدايا من عدمه على سبب العدول، غير أنه من خلال تفحص وتتبع قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 84/10م نلاحظ على النص التشريعي المتعلق بالخطبة عدم التعرض لحكم مسألة انتهاء الخطبة بالوفاة أو بعارض آخر يقطع الخطبة، كموت أحد الطرفين أو جنونه أو أسره، في حين كان من الواجب ورود هذا الحكم لوقوعه كثيرا في الحياة العملية. وهو ما وجدناه في قانون الأحوال الشخصية للتشريعات العربية؛ حيث ذكرت حكم هذه المسألة ونصّت عليها في صحيح المواد بقولها: "وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا "[136].

---

[135] شيبة، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص108.

[136] قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان المادة 3 الفقرة (ج). قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت رقم 51 لسنة 1984م المادة 6 الفقرة (ب)، ص14.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

رأي الباحث: يرى الباحث إعادة صياغة المادة الأولى من قانون رقم 84/10م حتى تتلاءم مع التشريعات العربية من حيث مواكبتها للواقع وإحاطتها بمسائل الخطبة، ومعالجة هذه النقطة وغيرها من النقاط التي لا يوجد لها نص تشريعي في هذا القانون، وفق نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، بأن تكون على النحو التالي: وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المطلب الثاني: حكم الفقهاء في مسألة ردّ الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة

باستقراء كتب المذهب المالكي للبحث عن الرأي المشهور أو الراجح في مذهب الإمام مالك[137] تبين لي أنه لم يتعرض الفقهاء فيه لحكم مسألة رد الهدايا إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج؛ لهذا كان من الواجب البحث عن حكم هذه المسألة في نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها، عملاً بفلسفة المشرع القاضية بالأخذ من جميع المذاهب الفقهية في بناء أحكام القانون رقم 84/10م.

وقد تمكنت من العثور على حكم لهذه المسألة في المذهب الفقهي للسادة الحنابلة، حيث قال الشيخ ابن تيمية: "إذا اتفقوا -أي الخاطب مع المرأة ووليها- على النكاح من غير عقد فأعطى -الخاطب- إياها لأجل ذلك شيئا -من غير الصداق- فماتت قبل العقد ليس له استرجاع ما أعطاهم". وقد ذكر مؤلف (كشاف القناع) علّة هذا الحكم بقوله: لأن عدم التمام ليس من جهتهم، وعلى قياس ذلك: لو مات الخاطب لا رجوع لورثته على المخطوبة أو أوليائها بشيء.[138]

---

[137] أقصد بذلك الإشارة إلى نصّ المشرع الليبي في المادة 72 الفقرة (ب) على تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون فيما لم يرد بشأنه نص، حيث كان يهدف إلى وضع نص احتياطي يمكن اللجوء إليه عندما نجد نقصاً أو قصوراً من خلال الانفتاح على جميع المذاهب الفقهية المعتبرة.

[138] منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، بدون تاريخ، ج5/ص153.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

خلاصة: إستناداً على ما سبق يمكن القول بأنه: إذا كانت نهاية الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج، فلا يسترد شيئاً من الهدايا؛ لأن عدم إتمام الزواج بسبب الوفاة مثلاً أو بسبب الوقوع في الأسر وغير ذلك، يعتبر من الأسباب التي لا دخل لأحد الطرفين فيها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس: الخـاتمة

تضمنت خاتمة هذا البحث أهم النتائج التي تمّ التوصل إليها متبوعة بتوصيات؛ كالتالي:

أولاً: النتائج:

1- إن من أسباب عدم تفريق النص التشريعي عن الأضرار التي تلحق أحد الطرفين من العدول هو: قلة القضايا المرفوعة أمام القضاء والتي تختص بهذا الشأن. أما بخصوص صور الأضرار: فالقضاء قرر وجوب التعويض عن الضرر بتحميل المتسبب في العدول مسؤولية عدوله، ولم يفرق بين أن يكون نوع الضرر ماديّاً أو معنويّاً. أما الفقهاء فقد انقسموا إلى فريقين: فالفقهاء القدامى لم يتعرضوا إلى فكرة التعويض عن العدول في كتبهم أساساً، فكان من البديهي عدم وجود صور للضرر. أما الفقهاء المعاصرين فقد قاموا بتقسيم أضرار العدول إلى صورتين وهما:

أ- ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل.

ب- ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية، فالأول لا يعوّض والثاني يعوّض.

ويمثل هذا الرأي الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ عبدالرحمن الصابوني.

2- إن المحكمة العليا سدّت النقص الذي يعاني منه النص القانوني الذي أغفل حكم مسألة المهر إذا انتهت الخطبة بالعدول، بقرارها: إنه من المقرر فقهاً أن ما يهدى إلى المرأة قبل العقد أو حال العقد يعتبر من المهر وكذلك ما أهدي إلى وليها.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وقد اتفق الفقهاء على وجوب استرداد الخاطب للمهر إذا انتهت الخطبة بالعدول مهما كانت الأسباب أو من تسبب بالعدول.

3- لا يسترد شيئاً من الهدايا إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بعارض حال دون إبرام عقد الزواج؛ لأن عدم إتمام الزواج بسبب الوفاة مثلاً أو بسبب الوقوع في الأسر وغير ذلك، يعتبر من الأسباب التي لا دخل لأحد الطرفين فيها.

ثانياً: التوصيات:

يوصي الباحث بما يلي:

1- أن تتم الإستفادة من القضايا القليلة المرفوعة أمام المحاكم واعتمادها كأساس قانوني وقاعدة بيانات لسد النقص الموجود، كما أوصي ببذل المزيد من الجهد في دراسة هذه الجزئية وغيرها من المسائل التي تفتقر إلى المعلومات المستفيضة؛ وأوصي أيضاً بتقييد إطلاق المادة الأولى فيما يخص التعويض عن الضرر المعنوي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والآداب والأخلاق العامة، مع إضافة قسمي الضرر المادي والمعنوي. وذلك بتعديل الفقرة الرابعة من المادة الأولى لقانون رقم 84/10م لتكون على النحو التالي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي -غير مخالف لأحكام الشريعة وآدابها- لحق بأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

2- ضرورة إعادة المشرّع الليبي صياغة الفصل الأول المتعلق بالخطبة بإضافة مواد تسد النقص وتوضح الغموض وتبين حكم المسكوت عنه، عن طريق الإستفادة من قضاء المحكمة العليا الليبية، حيث قررت: "أن كل ما يهدى إلى المرأة قبل العقد أو حال العقد يعتبر من المهر وكذلك ما أهدي إلى وليها". فيمكن صياغة حكم المهر عند العدول بمادة خاصة به على النحو التالي:

أ- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه إذا عدل لسبب معتبر.

ب- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.

ج- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازاً، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر، أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء.

3- إعادة النظر في صياغة المادة الأولى من قانون رقم 84/10م بإضافة فقرة تبين حكم انتهاء الخطبة بالوفاة أو بعارض حال دون إتمام الزواج، من خلال الإستعانة بالتشريعات العربية الرائدة كالقانون العُماني والكويتي من حيث مواكبتها للواقع وإحاطتها بمسائل الخطبة، وأقترح أن تكون على النحو التالي: وإذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ختاماً أقول: إن هذه النتائج والتوصيات والمقترحات التي رأيت أنها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير ونظر حسب تعدد وجهات النظر واختلاف الأفهام. وعلى هذا يبقى هذا القانون – في رأيي – يشوبه القصور شكلاً وموضوعاً، الأمر الذي يتطلب إعادة النظر في بعض مواده بالتعديل أو الإضافة أو الإلغاء، على أن ذلك لا يعتبر عيباً أو انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرّعين، وإنما هو من عمل البشر الذي يتّسم بالنقص والقصور، وليس الكمال إلا لله عز وجل وحده.

هذا وإن أصبت فمن الله وحده صاحب الفضل والإنعام، وإن أخطأت فمن نفسي والهوى والشيطان.

وصلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد سيد ولد عدنان وعلى آله وصحبه أجمعين.

والحمد لله رب العالمين.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

قائمة المراجع

القرآن الكريم

كتب السنة وفقهها

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه = صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة – الطبعة الأولى- 1422هـ.

أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني (المتوفى: 275هـ)، سنن أبي داود: تحقيق: شعَيب الأرنؤوط، دار الرسالة العالمية- الطبعة الأولى- 1430 هـ= 2009 م.

البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني أبو بكر (المتوفى: 458هـ)، السنن الكبرى: تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الثالثة- 1424 هـ= 2003م.

سابق، السيد، فقه السنة: دار الفتح للإعلام العربي-القاهرة-مصر-الطبعة الحادية عشر- 1414هـ=1994م.

الشيباني، أبو عبد الله أحمد بن حنبل(المتوفى: 241هـ)، مسند الإمام أحمد مخرجاً: تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة- الطبعة الأولى- 1421هـ=2001م.

مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت- بدون طبعة – بدون تاريخ.

النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني (المتوفى: 303هـ)، السنن الكبرى: تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة- بيروت- الطبعة الأولى- 1421 هـ= 2001م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن (المتوفى: 261هـ)، المسند الصحيح: إحياء التراث العربي- بيروت- بدون طبعة.

كتب اللغة والمعاجم:

البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، التعريفات الفقهية: دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى- 1424هـ=2003م.

البعلي، محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل، المطلع على ألفاظ المقنع: تحقيق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي للتوزيع- الطبعة الأولى- 1423هـ=2003 م.

ابن دريد، أبو بكر محمد بن الحسن الأزدي (المتوفى: 321هـ)، جمهرة اللغة: تحقيق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين- بيروت- الطبعة الأولى- 1987م.

أبو الفيض، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، (المتوفى: 1205هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس: مجموعة من المحققين، دار الهداية- بدون طبعة- بدون تاريخ.

التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمّد صابر الفاروقي الحنفي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم: مكتبة لبنان- بيروت- الطبعة الأولى- 1996م.

الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (المتوفى: 816هـ)، التعريفات: دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى- 1403هـ=1983م.

العوتبي، سَلَمة بن مُسْلِم الصُحاري، الإبانة في اللغة العربية: تحقيق: عبد الكريم خليفة وآخرون، وزارة التراث القومي والثقافة - مسقط - سلطنة عمان- الطبعة الأولى- 1420هـ= 1999م.

الفارابي، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (المتوفى: 393هـ)، منتخب من صحاح الجوهري: بدون طبعة- بدون تاريخ.

مصطفى، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط: دار الدعوة- بدون طبعة- بدون تاريخ.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري (المتوفى: 370هـ)، تهذيب اللغة: دار إحياء التراث العربي- بيروت- الطبعة الأولى- 2001م.

كتب الفقه والقانون:

الأحمد نكري، القاضي عبدالنبي بن عبد الرسول (المتوفى: ق 12هـ)، دستور العلماء = جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية- لبنان- بيروت- الطبعة الأولى- 1421هـ= 2000م.

أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري، (المتوفى: 972 هـ)، تيسير التحرير: مصطفى البابي الحَلَبِي- مصر- بدون طبعة- 1351هـ=1932م.

البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (المتوفى:786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون طبعة وبدون تاريخ

الباحسين، يعقوب بن عبدالوهاب، المفصل في القواعد الفقهية: دار التدمرية- الرياض- السعودية- الطبعة الثانية- 1432هـ=2011م.

البسّام التميمي، أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن حمد بن إبراهيم (المتوفى: 1423هـ)، توضيح الأحكام من بلوغ المرام: مكتبة الأسدي- مكة المكرمة- الطبعة الخامسة- 1423هـ=2003م.

البكري، أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي (المتوفى: بعد 1302هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: دار الفكر- الطبعة الأولى- 1418هـ= 1997م.

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: دار الحديث- القاهرة- بدون طبعة- 1425هـ= 2004.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي (المتوفى: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار: دار الفكر-بيروت- الطبعة الثانية- 1412هـ= 1992م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ابن الغرابيلي، محمد بن قاسم بن محمد بن محمد، أبو عبد الله، شمس الدين الغزي (المتوفى: 918هـ)، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب = القول المختار في شرح غاية الاختصار: بعناية: بسام عبد الوهاب الجابي، الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى- 1425هـ= 2005م.

ابن قدامة المقدسي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (المتوفى: 620هـ)، المغني: مكتبة القاهرة- بدون طبعة- 1388هـ=1968م.

- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: مؤسسة الريّان- الطبعة الثانية- 1423هـ=2002م.

- المقنع في فقه الإمام أحمد: تحقيق: محمود الأرناؤوط، مكتبة السوادي للتوزيع- جدة- السعودية الطبعة الأولى- 1421 هـ= 2000م.

ابن قيم الجوزية، أبي عبدالله بن أبي بكر بن أيوب (المتوفى: 751هـ)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد- مجمع الفقه الاسلامي- جدة- الطبعة الأولى- 1428هـ.

ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-الطبعة الأولى-1419هـ=1999م.

أبو الحارث الغزي، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان- الطبعة الرابعة- 1416هـ=1996م.

- موسوعة القواعد الفقهية: مؤسسة الرسالة- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى- 1424هـ=2003م.

أبو زهرة، محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره: دار الفكر العربي- الطبعة الثانية- 1391هـ=1971م.

- الأحوال الشخصية: دار الفكر العربي-الطبعة الثالثة-1377هـ=1957م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي: بدون طبعة- بدون تاريخ.

البهوتى الحنبلى، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (المتوفى: 1051هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، بدون تاريخ

الجليدي، سعيد محمد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما: مجلدين ، مع شرح وتعليقات على القانون رقم 10 لسنة 1984م، مطابع عصر الجماهير-الخمس- ليبيا- الطبعة الثانية 1999م.

الحطّاب، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي (المتوفى: 954هـ)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: دار الفكر- الطبعة الثالثة- 1412هـ= 1992م.

- تحرير الكلام في مسائل الالتزام: تحقيق: عبدالسلام محمد الشريف، دار الغرب الإسلامي- الطبعة الأولى- 1404هـ= 1984م.

الخفيف، علي، الضمان في الفقه الإسلامي: دار الفكر العربي- القاهرة- بدون طبعة- 2000م.

خلاف، عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم: دار القلم-الكويت-الطبعة الثانية-1410هـ=1990.

الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي: مؤسسة الرسالة- بيروت- شارع سوريا- الطبعة الرابعة- 1408هـ=1988م.

- النظريات الفقهية: جامعة دمشق- الطبعة الرابعة- 1417هـ=1997م.

- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله: مؤسسة الرسالة- دمشق- سوريا- الطبعة الثانية- 1429هـ= 2008م.

زبيدة، الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي "الزواج وأحكامه": دار البدر-المنصورة-ليبيا- الطبعة الأولى- 1434هـ=2013م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: دار الفكر- دمشق- الطبعة الأولى- 1427 هـ= 2006م.

الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، شرح القواعد الفقهية: دار القلم- دمشق- سوريا- الطبعة الثانية- 1409هـ= 1989م.

الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد (المتوفى: 1099هـ)، شرح الزرقاني على مختصر خليل: دار الكتب العلمية- بيروت- لبنان- الطبعة الأولى- 1422هـ= 2002م.

السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل (المتوفى: 483هـ)، المبسوط: دار المعرفة- بيروت- بدون طبعة- 1414هـ= 1993م.

السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية: دار الفكر- بدون طبعة- بدون تاريخ.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام: دار إحياء التراث العربي- بيروت- لبنان- بدون طبعة- 1952م.

السيوطي، جلال الدين بن أبي بكر (المتوفى: 911هـ)، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية: دار الكتب العلمية-الطبعة الأولى-1411هـ=1990.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي (المتوفى: 790هـ)، الموافقات: تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان- دار ابن عفان- الطبعة الأولى- 1417هـ= 1997م.

شهاب الدين النفراوي، أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، الأزهري المالكي (المتوفى:1126هـ)، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: دار الفكر- بدون طبعة- 1415هـ= 1995م.

الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي (المتوفى: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى- 1415هـ= 1994م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

شرف الدين عبد العظيم ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: الدار الدولية- مصر الجديدة- القاهرة- الطبعة الأولى- 2004م.

الشريف، عبد السلام محمد العالم، الزواج والطلاق في القانون الليبي وأسانيده الشرعية: دار الكتب الوطنية-جامعة قاريونس-بنغازي-ليبيا- الطبعة الثالثة- 1998م.

شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون: بيروت-دار النهضة العربية-الطبعة الثانية-1397هـ= 1977م.

الشوكاني محمد بن علي بن محمد بن عبد الله اليمني (المتوفى:1250هـ)، نيل الأوطار: دار الحديث- مصر- الطبعة الأولى- 1413هـ= 1993م.

شيبة، مصطفى عبدالغني، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية: دار الكتب الوطنية– بنغازي – ليبيا- الطبعة الثانية- 2012م.

الصاوي المالكي، أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (المتوفى:1241هـ)، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير: دار المعارف- بدون طبعة- بدون تاريخ.

الصردفي، محمد بن عبد الله بن أبي بكر الحثيثي الريمي، جمال الدين (المتوفى:792هـ)، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة: تحقيق: سيد محمد مهنّى، دار الكتب العلمية– بيروت- الطبعة الأولى- 1419هـ= 1999م.

عامر، عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء: دار الفكر العربي- القاهرة- الطبعة الأولى- 1404هـ=1984م.

العبد اللطيف، عبد الرحمن بن صالح، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية- المدينة المنورة- السعودية- الطبعة الأولى- 1423هـ=2003م.

عفيفي، حمودة محمد، البحث العلمي: مطابع سجل العرب-الطبعة الثانية-1983م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

علي، إبراهيم حسن، استخدام المصادر وطرق البحث: مكتبة النهضة الإسلامية–القاهرة–الطبعة الثانية–1963م.

العون، علي عبدالله، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه: 2016م.

الغرياني، الصادق بن عبدالرحمن، مدونة الفقه المالكي: مؤسسة الريان– بيروت– لبنان– الطبعة الأولى–1423هـ= 2002م.

فرج، توفيق حسن، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها: مطبعة جامعة الاسكندرية– مصر– بدون طبعة– 1963م.

القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (المتوفى: 684هـ)، الذخيرة: دار الغرب الإسلامي– بيروت– الطبعة الأولى– 1994م.

الكشناوي، أبو بكر بن حسن بن عبد الله (المتوفى: 1397هـ)، أسهل المدارك "شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك": دار الفكر– بيروت– لبنان– الطبعة الثانية– بدون تاريخ.

محمد شفيع ، القاضي محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا معاصرة: دار القلم– دمشق– الطبعة الثانية– 1424هـ=2003م.

المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان (المتوفى: 885هـ)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: تحقيق: عبدالرحمن جبرين وآخرين، مكتبة الرشد– الرياض– السعودية– الطبعة الأولى–1421هـ=2000م.

النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (المتوفى: 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين: تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي– بيروت– دمشق– عمان– الطبعة الثالثة–1412هـ=1991م.

الهوني، محمد عبيد، قانون الزواج والطلاق: معلقاً عليه بأحكام القضاء وشروح الفقهاء، دار الفضيل للنشر والتوزيع –بنغازي–ليبيا– الطبعة الثانية 2007م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

وَهْبَة الزحيلي، مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلّة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها): دار الفكر- دمشق- سوريا- الطبعة الرابعة- بدون تاريخ.

- نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي: دار الفكر- دمشق- الطبعة التاسعة- 1433هـ= 2012م.

مناهج وطرق البحث العلمي:

سليمان، عبدالرحمن سيد، مناهج البحث: عالم الكتب- بدون طبعة- 1435هـ= 2014م.

علي، إبراهيم حسن، استخدام المصادر وطرق البحث: مكتبة النهضة الإسلامية-القاهرة- الطبعة الثانية- 1963م.

ملحم، سامي محمد، مناهج البحث في التربية وعلم النفس: عمان- الأردن- دار المسيرة- الطبعة الأولى- 2000م.

الرسائل والدروس العلمية والقوانين والموسوعات والمجلات والمواقع الإلكترونية:

إلياس، مسعودة نعيمة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص بعنوان: "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق": جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان- الجزائر- 2009م =2010م.

بن صغير، محفوظ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-الجزائر- 2009/2008م.

حجيلة، بريكي، التعسف في العدول عن الخطبة: دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أكلي محند اولحاج-البويرة-2013م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الحموي، أسامة محمد منصور، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون: جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية-2011م.

محمد، خارف، دراسة مقدمة لنيل شهادة الماجستير بعنوان "التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري": جامعة وهران- 1434هـ= 2013م.

الحازمي، أحمد بن عمر بن مساعد، شرح القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة: دروس صوتية فرغها موقع الشيخ الحازمي http://alhazme.net - بدون طبعة- بدون تاريخ.

عبد الغفار، محمد حسن، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه: دروس صوتية فرغها موقع الشبكة الإسلامية http://www.islamweb.net - بدون طبعة- بدون تاريخ.

قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم (10) لسنة 1984م: بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، الصادر بتاريخ 19- أبريل – 1984م، والمعمول به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

القانون المدني الليبي، نشر في الجريدة الرسمية، 20 فبراير 1954م.

قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان الصادر بتاريخ 4 يونيو 1997م.

قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت رقم 51 الصادر بتاريخ 23 يوليو 1984م وتعديلاته.

مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد الصادر بتاريخ 4 أبريل 1988م.

مشروع كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري الصادر بتاريخ 1881م.

كريم، فاروق عبدالله، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي 1959/188 وتعديلاته، جامعة السليمانية- كردستان العراق-2004م.

صقر، عطية، موسوعة الأسرة تحت رعاية الإسلام: مراحل تكوين الأسرة، مكتبة وهبة-القاهرة-بدون طبعة-1427هـ=2006م.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

مجلة الجامعة الأسمرية دوريّة علميّة جامعة محكّمة: الجامعة الأسمرية للعلوم الإسلامية– زليتن– ليبيا– العدد الرابع عشر– السنة السابعة–2010م.

المجلة الاردنية للتاريخ والآثار، هايل مضفي البري وآخر، الزواج عند العرب قبل الإسلام " دراسة تاريخية في القواعد والمراسيم والطقوس": المجلد التاسع، العدد الأول، 2015م.

المكتبة الشاملة، المكتب التعاوني للدعوة بالروضة، أوقاف الشيخ محمد بن عبدالعزيز الراجحي www.arrawdah.com- /www.shamela.ws .

موضوع أكبر موقع عربي بالعالم، بواسطة مراد الشوابكة. https://mawdoo3.com

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الملحق

قانون رقم (10) لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم

الباب الأول

الزواج

الفصل الأول

الخطبـــــة

المادة الأولى

أ) الخطبة طلب التزوج والوعد به.

ب) يحق لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.

ج) فإذا كان العدول لمقتضى فله أن يسترد ما أهداه للآخر عيناً أو قيمة يوم القبض مالم يكن هناك شرط أو عرف يقضى بغير ذلك.

د) إذا سبب العدول عن الخطبة ضرراً تحمل المتسبب فيه التعويض عنه.

الفصل الثاني

الأحكـــام العامـة

تعريـف الـزواج

المادة الثانية

الزواج ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر.

المادة الثالثة

أ) يحق لكل من الزوجين أن يشترط في عقد النكاح ما يراه من الشروط التي لا تتنافي مع غايات الزواج ومقاصده.

ب) لا يعتد بأي شرط إلا إذا نص عليه صراحة في عقد الزواج.

إجراءات إبرام العقد وإثباته

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الرابعة

تسرى في الأمور التنظيمية الخاصة بإبرام عقد الزواج القوانين واللوائح المتعلقة بذلك.

المادة الخامسة

يثبت الزواج بحجة رسمية أو بحكم من المحكمة الأهلية.

المادة السادسة

أ) يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ.

ب) تكمل أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين.

ج) للمحكمة أن تأذن بالزواج قبل بلوغ هذه السن لمصلحة أو ضرورة تقدرها بعد موافقة الولي.

د) يكتسب من تزوج وفق الفقرتين السابقتين أهلية التقاضي في كل ماله علاقة.

بالزواج وآثاره.

المادة السابعة

الولاية في الـــزواج

أ) الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على ترتيب الإرث.

ب) يشترط أن يكون الولي عاقلا بالغاً.

ج) إذا استوي وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز.

د) إذا غاب الولي الأقرب ورأت المحكمة أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه.

هـ) المحكمة ولي من لا ولي له.

المادة الثامنة

أ) لا يجوز للولي أن يجبر الفتى أو الفتاة على الزواج رغم إرادتهما.

ب) كما لا يجوز للولي أن يعضل المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجاً لها.

ج) إذا تنازع أولياء أمور الخاطبين على الزواج فلا يتم العقد إلا بعد صدور قرار من المحكمة المختصة.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة التاسعة

يشترط لصحة الزواج اجتماع رأى الولي والمولى عليه، فإذا منع الولي صاحب الحق المولى عليه من الزواج بمن يرضاه لنفسه زوجاً، كان للمولى عليه أن يرفع الأمر للمحكمة لتأذن بالزواج إذا تبين لها مناسبة ذلك.

المادة العاشرة

أ) لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة، ولا تأذن المحكمة بالزواج إلا بعد توفر الشروط التالية:

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد اطلاعه على حالة.

2. كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

3. كون زواجه فيه مصلحة له.

ويتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص.

ب) لا يعقد زواج المحجور عليه لسفه إلا من وليه وبعد صدور إذن من المحكمة المختصة.

الفصل الثالث

أركان الــزواج وشروطــه

المادة الحادية عشرة

أ) ينعقد الزواج بإيجاب وقبول ممن هما أهل لذلك.

ب) يكون الإيجاب والقبول في الزواج مشافهة بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً بأية لغة.

ج) وفي حالة العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة، فإن تعذرت فبالإشارة المفهمة.

د) يشترط في الإيجاب والقبول :

1. أن يكونا منجزين غير دالين على التأقيت ، فلا ينعقد زواج المتعة ولا الزواج المؤقت .

2. موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمناً .

3. اتحاد مجلس العقد بين الحاضرين بالمشافهة وحصول القبول فور الإيجاب .

4. سماع كل من العاقدين الحاضرين كلام الآخر ومعرفته أن المقصود به الزواج وان لم تفهم معاني الألفاظ.

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الثانية عشرة

أ) يشترط لانعقاد الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً .

ب) ألا تكون المرأة مشركة .

ج) ألا يكون الزوج غير مسلم بالنسبة للمرأة المسلمة .

المادة الثالثة عشرة .

يجوز للرجل أن يتزوج بزوجة أخرى بإذن تصدره المحكمة المختصة بعد التأكد من ظروفه الاجتماعية وقدرته المادية والصحية .

كما يجوز للرجل المطلق الزواج بعد إثبات طلاقه من زوجته الأولى وفقاً لأحكام هذا القانون.

المادة الرابعة عشرة

يشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين أو رجل وامرأتين فاهمين أن كلام المتعاقدين مقصود به الزواج .

المادة الخامسة عشرة

أ) الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي .

ب) الولي في الكفاءة : الابن ثم الجد الصحيح تم الأخ الشقيق دون سواهم .

ج) تراعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف .

د) إذا ادعى الرجل الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ما لم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يسبق الرضا صراحة أو ضمناً ممن يطلب الفسخ .

هـ) ليس للولي طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل .

الفصل الرابع

أنواع الزواج وآثاره

المادة السادسة عشرة

الزواج صحيح أو فاسد .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ) الزواج الصحيح ما توفرت شروطه وأركانه ، وتترتب عليه جميع أحكامه وآثاره منذ انعقاده.

ب) الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه ، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي :

1. الأقل من المهر المسمى ومهر المثل .

2. النسب وحرمة المصاهرة .

3. العدة .

4. نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد .

الفصل الخامس

آثار الزواج

المادة السابعة عشرة

حقوق الزوجة على زوجها :

يحق للزوجة على زوجها :

أ) النفقة وتوابعها في حدود يسر الزوج واستطاعته طبقاً لأحكام هذا القانون .

ب) عدم التعرض لأموالها الخاصة بها ، فلها أن تتصرف فيها كما تشاء .

ج) عدم إلحاق ضرر بها ، مادياً كان أو معنوياً .

المادة الثامنة عشرة

حقوق الزوج على زوجته : يحق للزوج على زوجته :

أ) النفقة وتوابعها في حالة عسر الزوج ويسر الزوجة طبقاً لأحكام هذا القانون .

ب) الاهتمام براحة الزوج واستقراره حسياً ومعنوياً .

ج) الإشراف على بيت الزوجية وتنظيم شؤونه والمحافظة عليه .

د) حضانة أولادها منه والمحافظة عليهم وإرضاعهم إلا إذا كان هناك مانع صحي .

هـ) عدم إلحاق ضرر به مادياً كان أو معنوياً .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة التاسعة عشرة

المهـــــر

أ) المهر كل ما يبذله الزوج لزوجته من مال أو منفعة مشعر بالرغبة في الزواج .

ب) كل ما صح التزامه شرعاً ، صلح أن يكون مهراً .

ج) المهر حق خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء .

د) يجوز تعجيل المهر أو تأجيل بعضه حين العقد .

هـ) يجب المهر بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الوفاة .

و) تستحق المطلقة قبل الدخول نصف مهرها فإن لم يسم لها مهر استحقت متعة لا تزيد على نصف مهر مثلها .

ز) التأجيل في المهر ينصرف إلى حين البينونة أو الوفاة مالم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.

المادة العشـــرون

إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر أصلاً أو قيمة ، كان المعول عليه ما دون بوثيقة النكاح فإذا لم يدون بها شيء تحاكما إلي عرف البلاد.

المادة الحادية والعشرون

الاختلاف على أثاث البيت

إذا اختلف الزوجان على أثاث البيت وأدواته .

ولا بينة لكل واحد منهما ، فما كان صالحاً للرجل أخذه الزوج بعد حلفه وما كان صالحاً للنساء أخذته الزوجة بعد حلفها .

وما كان صالحاً لكل من الزوجين اقتسماه عيناً ، أو قيمة بعد حلفهما مالم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك .

الفصل السادس

النفقـــــة

أحكام عامـة

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الثانية والعشرون

تشمل النفقة المسكن والطعام والكسوة والعلاج وكل ما به مقومات الحياة .

المادة الثالثة والعشرون

تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح ، كما تلزم الزوجة الموسرة بالنفاق على زوجها وأولادها منه مدة إعسار الزوج ، وتقدر النفقة بحسب حال الملزم بها وقت فرضها عسراً أو يسراً .

المادة الرابعة والعشرون

يجوز طلب زيادة النفقة أو نقصانها لتغير حال المنفق أو أسعار البلد أو ظهور مالم يكن ظاهراً من حال الملزم بها .

المادة الخامسة والعشرون

يحق لكل من الزوجين أن يسكن معه في بيت الزوجية من تجب عليه نفقته شرعاً ، مالم يثبت الايذاء من المشاركة في السكن بحكم من المحكمة المختصة .

المادة السادسة والعشرون

إذا تنازع الزوجان في النفقة ولا بينة لأحدهما ، وكان الزوج حاضراً والزوجة تسكن معه فالقول قوله بيمينه ، أما إذا كانت لا تسكن معه فالقول قولها بيمينها .

فإن كان الزوج غائباً فالقول قوله بيمينه ما لم تكن قد رفعت دعواها بعدم الإنفاق أثناء غيبته فالقول قولها بيمينها.

المادة السابعة والعشرون

أ) يجوز للمحكمة أن تفرض نفقة مؤقتة لمن يستحقها شرعاً بناء على طلبه وذلك متى بان لها من مظاهر الحال أو من التحريات رجحان توافر شروط استحقاق النفقة وتقصير من تجب عليه في القيام بالإنفاق ، ويصدر الأمر من المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن مستحق النفقة أو من تجب عليه ويكون الأمر الصادر بفرض النفقة مشمولاً بالنفاذ المعجل .

ب) يجرى تنفيذ الأمر بالطرق المقررة لتنفيذ أحكام النفقة .

ج) لكل من ذوي الشأن أن يعترض على الأمر وذلك برفع دعوى بالطرق العادية أمام المحكمة الصادر منها الأمر وفي هذه الحالة ينتهي أثر الأمر بصدور الحكم .

د) لا يستحق أي رسم على الطلب بفرض النفقة أو الأمر الصادر بفرضها أو إعلان هذا الأمر أو تنفيذه .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الباب الثاني

الفرقة بين الزوجين

الفصل الأول

الطــلاق

المادة الثامنة والعشرون

الطلاق حل عقدة الزواج :

وفي جميع الأحوال لا يثبت الطلاق إلا بحكم من المحكمة المختصة ، وذلك مع مراعاة أحكام المادة (الخامسة والثلاثين) من هذا القانون .

الفصل الثاني

أحكام عامـــة

المادة التاسعة والعشــرون

الطلاق نوعان رجعي وبائن :

أ) الطلاق الرجعي لا ينهى عقد الزواج إلا بانتهاء العدة .

ب) الطلاق البائن ينهى عقد الزواج حين وقوعه .

المادة الثلاثون

كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على بدل وطلاق القاضي في غير الايلاء والهجر والظهار والإعسار بالنفقة والغيبة وما نص في هذا القانون على أنه بائن .

المادة الحادية والثلاثون

أ) يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً ، ولا يقع بألفاظ الكتابة إلا إذا نوى المتكلم بها الطلاق ولا تثبت النية إلا باعترافه .

ب) ويقع من العاجز عن الكلام بالكتابة التي يقصد بها إيقاعه .

ج) ومن العاجز عن الكلام والكتابة بإشارته المفهمة .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الثانية والثلاثون

أ) يشترط في المطلق أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً قاصداً اللفظ الذي يقع به الطلاق واعياً ما يقول .

ب) لا يقع طلاق الصبي والمجنون والمعتوه والمكره وفاقد التمييز .

المادة الثالثة والثلاثون

أ) لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح أو معتدة من طلاق رجعي.

ب) لا يقع الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه .

ج) لا يقع الطلاق في الحنث بيمين الطلاق أو الحرام .

د) لا يقع الطلاق المقترن بالعدد لفظاً أو إشارة أو كتابة إلا طلقة واحدة رجعية مالم تكن مكملة للثلاث.

المادة الرابعة والثلاثون

أ) الطلاق مرتان ويملك الزوج على زوجته ثلاث تطليقات ولا يجوز للزوج ترجيع مطلقته في المرة الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره .

ب) زواج المطلقة بزوج آخر يهدم بالدخول تطليقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث.

الفصل الثالث

الطلاق باتفاق الطرفين

المادة الخامسة والثلاثون

أ) يقع الطلاق باتفاق الزوجين في حضور الزوجين أو وكيليهما بوكالة خاصة .

ب) يوثق الطلاق الذي يقع باتفاق الطرفين لدى المحكمة المختصة .

ج) إذا لم يتفق الطرفان على الطلاق ، فيحق لكل منهما أن يطلب التطليق من المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المواد التالية .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الرابع

في الحكمين

المادة السادسة والثلاثون

إذا لم يتفق الزوجان على الطلاق طبقاً للمادة السابقة ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة تولت تعيين حكمين للإصلاح بين الزوجين .

المادة السابعة والثلاثون

أ) يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين – ان أمكن – والا فمن غيرهم وأن يكونا ممن لهم خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما .

ب) يحلف الحكمان يميناً أمام المحكمة على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة .

ج) تحدد المحكمة للحكمين تاريخ بدء وانتهاء مهمتهما بما لا يجاوز شهراً وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك.

د) للمحكمة أن تعطي للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لإنهاء مهمتهما فإن لم يقدما تقريرهما خلالها عينت غيرهما .

المادة الثامنة والثلاثون

أ) على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما بأية طريقة ممكنه ، وعليهما السير في مهمتهما ولو امتنع أحد الزوجين عن حضور مجلسهما متى تم إخطاره بذلك .

ب) على الحكمين في حالة عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين أن يرفعا إلي المحكمة ما يقررانه مع الأسباب المؤيدة لذلك وعلى المحكمة أن تفصل في النزع القائم بينهما .

الفصل الخامس

الطلاق لدى المحكمة

المادة التاسعة والثلاثون

التطليق بحكم القضاء

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ) إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع .

وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين ، فإذا تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت بالتطليق فإذا كان المتسبب في الضرر هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط مؤخر الصداق ومتجمد النفقة مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر .

أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق .

وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق .

ب) فإذا عجز طالب التفريق عن اثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق .

المادة الأربعون

التطليق لعدم الانفاق

أ) إذا امتنع الزوج الموسر عن الإنفاق على زوجته بدون سبب أجبر على الإنفاق .

ب) إذا كان الزوج معسراً والزوجة موسرة ألزمت بالإنفاق عليه وعلى أولادها منه.

ج) للزوجة طلب التطليق إذا لم تعلم بعسر الزوج قبل الزواج .

د) وللزوج أن يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يسره .

هـ) لا تطلق الزوجة إذا طرأ الإعسار بسبب خارج عن إرادة الزوج أو علمت بعسره قبل الزواج .

و) لا تطلق الزوجة على زوجها المعسر إلا بعد منحه أجلا مناسباً .

ز) يعتبر التطليق لعدم الإنفاق رجعياً ، فإذا تكررت الشكوى بسبب الامتناع عن الإنفاق أعتبر ذلك ضرراً يجيز للزوجة طلب التفريق ويقع الطلاق بائناً .

المادة الحادية والأربعون

التطليق لغيبة الـزوج

أ) إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول وتضررت زوجته جاز لها أن تطلب التطليق ولو كان لها مال تنفق منه على نفسها .

ب) إذا كان الغائب معلوم الإقامة وأمكن إعلانه ضربت له المحكمة أجلا اما أن يحضر إلي زوجته واما أن ينقلها إليه وإما أن يطلقها .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

ج) فإذا انتهي الأجل ولم يبد الزوج عذراً مقبولاً فرقت المحكمة بينهما بدون أعـذار أو ضرب أجل ، ويعتبر هذا التفريق طلاقاً رجعياً .

المادة الثانية والأربعون

التطليق للعيـــوب

أ) لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغايته أو وجد به عيباً سواء كان قائماً قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق أو حدث بعد العقد ولم يرض به .

ب) فإن تم الزواج وهو عالم به أو حدث بعد العقد ورضي به صراحة أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق.

المادة الثالثة والأربعون

التطليق للإيلاء والهجـــر

إذا آلى الرجل من زوجته أو هجرها مدة أربعة أشهر أو أكثر بدون عذر وطلبت الزوجة التطليق ضربت له المحكمة مدة مناسبة فإن لم يفئ طلقتها عليه طلقة رجعية .

المادة الرابعة والأربعون

أ) إذا شبه الرجل زوجته بإحدى محارمه ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة التطليق أمرته المحكمة بإخراج كفارة الظهار وضربت له أجلا مناسباً .

ب) فإذا أمتنع لغير عذر وانتهت مدة الإيلاء من يوم الطلب طلقتها عليه المحكمة طلقة رجعية .

المادة الخامسة والأربعون

فسخ الزواج

أ) يفسخ الزواج إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه أو حيث يمنع الشرع استمرار العلاقة الزوجية .

ب) إذا كان سبب الفسخ من الأسباب الطارئة التي تجعل المرأة لاتحل للرجل شرعاً وجبت الحيلولة بين الزوجين من تاريخ موجب الفسخ ، حتى صدور حكم نهائي بذلك.

ج) الفسخ بعد الدخول أو ثبوت الخلوة يوجب للمرأة المسمى أو مهر المثل أما ان وقع الفسخ قبل الدخول فلا تستحق شيئاً .

المادة السادسة والأربعون

الفسخ لاختلاف الدين

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ) إدا دخل الزوجان في الإسلام أو دخل الزوج الإسلام وكانت الزوجة من أهل الكتاب بقيا على زواجهما بشرط ألا يوجد مانع شرعي أو سبب من أسباب التحريم المبينة في هذا القانون .

ب) وإذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام فسخ نكاحهما فإذا أسلم الزوج أثناء العدة جاز له الترجيع .

ج) وإذا كانت الزوجة غير كتابية عرض عليها الإسلام فإذا امتنعت فسخ نكاحها .

د) يتوقف الفسخ في جميع الأحوال على حكم المحكمة .

الفصل السادس

الطلاق لدى المحكمة بإرادة الزوجين المنفردة

المادة السابعة والأربعون

يثبت الطلاق أمام المحكمة بتصريح ممن يملكه في حضور الطرف الآخر أو وكيله إن تعذر حضوره شخصياً وذلك كله بعد استنفاذ جميع محاولات الصلح بين الزوجين .

المادة الثامنة والأربعون

المخالعة

أ) المخالعة : التطليق بإدارة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق .

ب) يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلا للبذل والزوج أهلا لإيقاع الطلاق طبقاً لأحكام المادة الثانية والثلاثين من هذا القانون .

ج) يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك .

المادة التاسعة والأربعون

أ) لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الآخر .

ب) فإن كان الرجوع من جانب الزوج تعنتاً ، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدل مناسب .

ج) اذا تحققت المحكمة من عسر الزوجة جاز لها أن تحكم بتأجيل دفع البدل إلي حين يسرها.

د) تعتبر المخالفة طلاقاً بائناً .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الخمسون

أ) للزوج ترجيع مطلقته طلاقاً رجعياً ما دامت في العدة .

ب) تحصل الرجعة بالفعل أو بالقول أو بالكتابة ، فان تعذر ذلك فبالإشارة المفهمة .

ج) تثبت الرجعة بكافة طرق الإثبات ولا تسقط بالتنازل عنها .

المادة الحادية والخمسون

تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها .

فإن كان الطلاق بسبب من الزوج حكمت المحكمة بمتعة حسب يسر المطلق أو عسره دون اخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون .

كما تحكم المحكمة بتحديد نفقة الأولاد بعد مراعاة حكم المادة الحادية والسبعين من هذا القانون

الباب الثالث

آثار انحلال الــزواج

الفصل الأول

العـدة

المادة الثانية والخمسون

أ) العدة مدة محددة من الزمن أو جبها الشرع على بعض النساء في أوقات معنية ، طهارة للعرض وصوناً للنسب تمكثها المرأة المعتدة من طلاق أو وفاة في بيت الزوجية .

ب) تبتدئ عدة المرأة المدخول بها من تاريخ الطلاق أو الفرقة أو الوفاة .

ج) لا تجب العدة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة إلا في حالة الوفاة .

د) عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام .

هـ) عدة الحامل تستمر إلي وضع حملها أو سقوطه مستبين الخلقة سواء كانت عدة طلاق أو فراق أو وفاة .

و) عدة ذوات الإقراء من النساء ثلاثة قروء ، فإذا انعدم القرء لصغر سن أو لكبر فعدتهن ثلاثة أشهر .

ز) لا يجوز العقد على المرأة المعتدة حتى تنقضي عدتها .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الثاني

النسب

المادة الثالثة والخمسون

أ) أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية و أكثرها سنة .

ب) يثبت نسب الولد إلي أبيه في الزواج الصحيح إذا مضى على عقد الزواج أقل مدة الحمل ولم يثبت عدم امكان التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة .

ج) إذا انتفى أحد هذين الشرطين فلا يثبت نسب الولد من الزوج الا أقر به أو ادعاه .

د) إذا توافر هذان الشرطان لا ينفي نسب المولود عن الزواج إلا باللعان .

المادة الرابعة والخمسون

يثبت نسب الولد إلي أبيه في الزواج الفاسد إذا تم الوضع بعد مضى ستة أشهر قمرية من تاريخ الدخول أو الخلوة الصحيحة .

المادة الخامسة والخمسون

أ) لا يثبت نسب الولد إلي أبيه إذا وضعته أمه بعد أقصى مدة الحمل إلا إذا أقر به الزوج أو الورثة أو ادعوه .

ب) إذا أخطرت المعتدة من وفاة أو طلاق أثناء عدتها المحكمة المختصة بحملها في مواجهة ذوي الشأن وتحققت المحكمة من ثبوت الحمل حكمت بثبوت النسب إلي من نسب إليه أياً كانت مدة الحمل التي ولد بعدها .

ج) للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من ذوي الاختصاص لمعرفة ما في الرحم من علة أو حمل.

المادة السادسة والخمسون

يثبت نسب كل مولود إلي أمه بمجرد ثبوت الولادة بغير إقرارها دون قيد أو شرط وتترتب على هذا النسب جميع نتائجه المتفرعة عن الأمومة والبنوة مالية كانت أو غير مالية .

الفصل الثالث

الإقرار بالنسب

المادة السابعة والخمسون

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

أ) يثبت النسب بإقرار الرجل ببنوة مجهول النسب ، ولو في مرض الموت ان لم يكذبه العقل أو العادة ولم يصرح بأنه من الزنا وصدقه المقر له في ذلك متى كان وقت الإقرار من أهل التصديق ، ويصح الإقرار بنسب الحمل المحقق متى توافرت هذه الشروط .

ب) وإذا أقر مجهول النسب بأبوة رجل له وتوافرت في هذا الإقرار الشروط الواردة بالفقرة السابقة ثبت نسبه منه .

ج) ولا يثبت النسب بالإقرار بالولد أو بالأب إذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة .

المادة الثامنة والخمسون

متى ثبت النسب بالإقرار على الوجه المبين بالمادة السابقة فلا يقبل النفي وتترتب عليه جميع أحكام النسب المعروف أو الثابت بالدليل .

المادة التاسعة والخمسون

أ) يثبت نسب الولد من الأم بإقرارها متى توافرت شروط إقرار الرجل بالولد ولم تكن متزوجة أو معتدة وقت أن ولد .

ب) فإذا كانت متزوجة أو معتدة لا يثبت الولد من زوجها أو مطلقها إلا بمصادقته أو بثبوت ولادتها إياه مع توافر شروط ثبوت النسب في هذه الولادة .

ج) فإذا كانت متزوجة أو معتدة ولم تدع نسبه إلي الزوج ولم يكن للولد أم معروفة وكان ممن يولد لمثلها وصدقها في إقرارها ان كان مميزاً ثبت النسب .

د) ويثبت نسبه من الأم بإقراره إذا توافرت الشروط الواردة في الفقرة (أ) من هذه المادة .

الفصل الرابع

الكفالة

المادة الستون

أ) إذا رغب من وجد طفلا مجهول النسب في أن يكون في كفالته ووافقت الجهة المختصة على ذلك ، فلا ينزع منه إلا إذا أهمله أو أساء تربيته .

ب) إذا حكم بثبوت نسب الطفل المكفول نزع من كافله وسلم لمن ادعاه .

ج) لا يثبت بالكفالة النسب ولا تترتب عليها آثاره .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

الفصل الخامس

الرضاع

المادة الحادية والستون

أ) مدة الرضاع أقصاها حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعة .

ب) يجب على الأم إرضاع ولدها دون أجرة على ذلك ما دامت في عصمة أبيه .

ج) فان بانت استحقت أجرة على الرضاع .

الفصل السادس

الحضانة

المادة الثانية والستون

أ) الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعاية شؤونه وتوجيهه من حين ولادته إلي أن يبلغ الذكر ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض مع حق الولي .

ب) في حالة قيام الحياة الزوجية تكون حضانة الأولاد حقاً مشتركاً بين الأبوين فإن افترقا فهي للأم ثم لأمها ثم للأب ثم لأمه ثم لمحارم الطفل من النساء بتقديم من تدلى بجهتين على من تدلى بجهة واحدة ثم لمحارم الطفل من الرجال .

ج) للمحكمة ألا تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون فيما عدا أم المحضون وأمها وأبيه وأمه .

المادة الثالثة والستون

أ) إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف مع زوجها استحقت حضانة أولادها ما لم تر المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون.

ب) وإذا كان المحضون صغيراً لا يستغنى بنفسه عن وجود أمه الزمت الأم بحضانته .

ج) إذا تنازل مستحق الحضانة أو قام به مانع انتقل الحق إلى من يليه ، فان انعدم اختارت المحكمة لحضانة الطفل من تثق به بشرط أن يكون عند اختلاف الجنس من محارم الطفل ذكراً كان أو أنثى وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الرابعة والستون

تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على ير دين أبيهم المسلم .

المادة الخامسة والستون

يشترط في الحاضن ذكراً كان أم أنثى أن يكون بالغاً عاقلا أميناً قادراً على تربية المحضون وصيانته ورعايته خالياً من الأمراض المعدية ، ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرماً للمحضونة الأنثى وعنده من يحضن من النساء .

وتختص الحاضنة الأنثى بألا تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون.

المادة السادسة والستون

أ) تسقط الحضانة إذا اختل شرط من الشروط المشار إليها في المادة السابقة .

ب) كما تسقط الحضانة بسكوت من له الحق فيها سنة كاملة من تاريخ علمه الا لعذر قاهر يمنعه من المطالبة بحقه في الحضانة .

ج) تعود الحضانة لمن سقطت عنه متى زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون .

المادة السابعة والستون

أ) لا تسقط الحضانة بسكنى من له الحق فيها مع من سقطت حضانته إلا إذا كان هناك ضرر للمحضون .

ب) لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة – إلى أي بلد داخل الجماهيرية سواء أكان السفر مؤقتاً أم على سبيل الاستيطان – على حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا أضر السفر بمصلحة المحضون .

ج) لا يسمح للحاضن بالسفر بالمحضون خارج الجماهيرية إلا بعد حصوله على إذن من ولى المحضون فإذا امتنع الولي عن ذلك رفع الأمر إلي المحكمة المختصة .

المادة الثامنة والستون

إذا تنازع الحاضن وولي المحضون في زيارة الطفل تعين على القاضي المختص أن يصدر أمراً بتحديد موعد الزيارة وزمانها ومكانها ، ويكون الأمر مشمولاً بالنفاذ المعجل بقوة القانون .

المادة التاسعة والستون

لا تستحق الأم أجراً على حضانة ولدها ما دامت في عصمة أبية فإذا انفصلت منه أو كانت الحاضنة غير الأم استحقت أجرة حضانة تكون في مال المحضون ان كان له مال والا وجبت على أبيه الموسر .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة السبعون

أ) يحق للمطلقة الحاضنة أن تسكن في مسكن مناسب ما دام حقها في الحضانة قائماً .

ب) إذا انتهت الحضانة أو قام بالحاضنة مانع سقط حقها في السكن .

الفصل السابع

نفقة الأقارب

المادة الحادية والسبعون

أ) تجب نفقة الصغير الذي لا مال له على أبيه الموسر حتى يتم الدخول بالفتاة أو تتكسب من عملها ما يسد حاجتها وإلى أن يبلغ الفتى قادراً على الكسب .

ب) إذا كان المنفق عليه طالب علم يواصل دراسته بنجاح استمرت نفقته على الموسر من أبويه حتى يكمل دراسته.

ج) فإذا كان لطالب العلم مال لا يفي بنفقته الزم المنفق عليه بما يكملها .

د) وإذا كان الأب معسراً والأم موسرة وجبت عليها نفقة أولادها منه طبقاً لأحكام المادة الثالثة والعشرين من هذا القانون.

هـ) تجب نفقة الأبوين الفقيرين على ولدهما الموسر فإن تعدد الأولاد قسمت عليهم النفقة حسب يسرهم وعسرهم.

و) فإذا كان للوالدين مال لا يفي بنفقتهما الزم الأولاد الموسرون بما يكملها .

المادة الثانية والسبعون

أ) تسرى النصوص التشريعية الواردة في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

ب) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون .

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG

المادة الثالثة والسبعون

أ) يجوز لكل متضرر أن يرفع دعوى جديدة عن أي حالة من الحالات السابقة لصدور هذا القانون ولو كان قد فصل فيها بأحكام نهائية غير باتة بالمخالفة للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون وذلك خلال سنة من تاريخ نفاذه.

ب) تلغى أحكام النشوز الصادرة قبل هذا القانون وتعتبر كأن لم تكن .

المادة الرابعة والسبعون

يلغى القانون رقم (176) لسنة 1392 هـ / 1972 ف في شأن كفالة بعض حقوق المرأة في الزواج والتطليق للأضرار والخلع وتعديلاته ، كما يلغى القانون رقم (112) لسنة 1971 ف بشأن تيسير الحصول على النفقات الشرعية وكل حكم يخالف أحكام هذا القانون .

المادة الخامسة والسبعون

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ، ويعمل به من تاريخ نشره .

مؤتمر الشعب العام

صدر في 19 /رجب/ 1393 و.ر

الموافق 19 / أبريل/ 1984 ف

CENTRAL LIBRARY OF MAULANA MALIK IBRAHIM STATE ISLAMIC UNIVERSITY OF MALANG