جامعة 20 أوت 1955 -سكيكدة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

العنوان

التعويض عن الضرر في مسائل الأسرة

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

من تقديم الطالبين:

-أسامة دعلاش

-مختار هزة

تحت إشرف الدكتور

الضيف كيفاجي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
أ. أسماء خليفي	أستاذة مساعدة	رئيسا
د. الضيف كيفاجي	أستاذ محاضر	مشرفا ومقررا
أ. فائزة بوشامة	أستاذة مساعدة	مناقشا

دورة: 2019-2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والعرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**"

"صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

الحمد الله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه و نشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له تعظيما لشأنه ونشهد أن سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه وسلم.

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه لنا لإتمام هذا البحث أتقدم بجزيل الشكر إلى الوالدين العزيزين الذين أعانوني وشجعوني على الاستمرار في

مسيرة العلم والنجاح، وإكمال الدراسة الجامعية والبحث؛ كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى من شرفني بإشرافه على مذكرة بحثي الأستاذ الدكتور " الضيف كيفاجي" الذي لن تكفي حروف هذه المذكرة لإيفائه حقه بصبره الكبير علي، ولتوجيهاته العلمية التي لا تقدر بثمن، والتي ساهمت بشكل كبير في إتمام واستكمال هذا العمل؛ إلى كل أساتذة قسم العلوم القانون؛ كما أتوجه بخالص شكري وتقديري إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز وإتمام هذا العمل.

"**رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين**"

الإهداء

أحمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذا البحث

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له آماله، إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى، إلى الإنسان الذي امتلك الإنسانية بكل قوة، إلى الذي سهر على تعليمي بتضحيات جسام مترجمة في تقديسه للعلم، إلى مدرستي الأولى في الحياة،

أبي الغالي على قلبي أطال الله في عمره؛

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء والحنان، إلى التي صبرت على كل شيء، التي رعتني حق الرّعاية وكانت سندي في الشدائد، وكانت دعواها لي بالتوفيق، تتبعتني خطوة خطوة في عملي، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي نبع الحنان أمي أعز ملاك على القلب والعين جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين؛

إليهما أهدي هذا العمل المتواضع لكيّ أُدخل على قلبهما شيئا من السعادة إلى إخوتي و أخواتي الذين تقاسموا معي عبء الحياة ؛

كما أهدي ثمرة جهدي لأستاذي الكريم الدكتور: **الضيف كيفاجي** الذي كلما تظلمت الطريق أمامي لجأت إليه فأنارها لي وكلما دب اليأس في نفسي زرع فيا الأمل لأسير قدما وكلما سألت عن معرفة زودني بها وكلما طلبت كمية من وقته الثمين وفره لي بالرغم من مسؤولياته المتعددة

إلى كل أساتذة قسم الحقوق جامعة 20 أوث سكيكدة؛

و إلى كل من يؤمن بأن بذور نجاح التغيير هي في ذواتنا وفي أنفسنا قبل أن تكون في أشياء أخرى...

قال الله تعالى : **{إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم}** الآية 11 من سورة الرعد إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل.

أسامة

الإهداء

إن الحمد لله نحمده ونستعين به ونعود به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ونشكره على عونه وإلمامه لنا بالصبر والقوة.

في مشروع بحثي الذي بذلت فيه كل جهدي وقواي أهديها لقرة العين في الدنيا اللذان سهرا لأجل راحتنا ورعايتنا.

إلى أعز الناس الوالدين الكريمين أمي... وأبي.

إلى روح أمي الطاهرة رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه.

أبي الذي منحنا الرعاية والأمان.

إلى أستاذي المشرف الفاضل.

إلى كل من قدم لي يد العون.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة نجاحي وجهدي..

مختار

مقدمة

مقدمة:

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وهو التقسيم الذي استقر عليه الفقه والتشريع وذلك بهدف الاعتراف بالمسؤولية وجبر الضرر الناتج عن الفعل الضار ، فيكون جبر هذا الضرر بالاعتراف بنظام التعويض، غير أن فالمجتمعات البشرية الأولى لم تعرف نظام التعويض إلا بظهور القانون الروماني الذي قرر الانتقال من فكرة الثأر إلى الحرية للأفراد في اختيار طريقة التعويض، وبمجيء الإسلام ظهر هذا النظام أكثر وتعتبر الشريعة الإسلامية الأكثر ترسيخا لنظام التعويض عن الضرر ، نلمس ذلك في عدة آيات ومنها قوله تعالى : {من قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله}.

جاءت تعليمات الشريعة الإسلامية، بمنع الضرر قبل الوقوع ، ورفعه وإزالته من الوقوع، وكما اهتمت تلك التعليمات بالمحافظة على الجانب المعنوي عند الإنسان فمنعت من الإضرار به أو الانتقاض عنه ، كما حرمت الضرر بنوعيه المادي الذي يمثل الاعتداء على جسم الإنسان، وماله ، والمعنوي الذي يمثل الاعتداء على كيانه ومشاعره ونفسيته.

ولنظام للتعويض مفاهيم وأحكام تناولها الفقه والقانون ضمن مسائل متعددة ، تعود أغلبها الى مبدأ التعويض عن الضرر المادي دون وجود نظرية واضحة للتعبير عن الضرر المعنوي ، ويعتبر الضرر الناجم عن مسائل الأسرة واحد من تلك الأضرار ذات تأثير في الحياة ، وقد يكون ماديا ويكون معنويا، وهذا الضرر قد يؤدي إلى اضطرابات نفسية وقد يمنعه عن الزواج مستقبلا.

ونظرا لاتساع مبدأ التعويض عن الفعل الضار وتطبيقاته المختلفة، فقد قصرته من خلال هذه الدراسة على بعض قضايا الأسرة والتطبيقات القضائية لذلك .

1 – أهمية الموضوع :

هذا الموضوع جد حساس لأنه يمس الواقع بشكل مباشر لأنه يتعلق بالمرأة بصفة خاصة والأسرة ككل ، ونظرا للكم الهائل من قضايا التعويض التي تطرح يوميا أمام المحاكم وتبرز أهميته من خلال :

أولا : بيان اهتمام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بالجانب الإنساني والاجتماعي والمعنوي للإنسان في أحكامها .

ثانيا : توضيح الصعوبات التي تواجه القضاء في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية .

ثالثا : قلة الوعي بالآثار الخطيرة الناجمة عن التعسف في العدول عن الخطبة وكذلك الطلاق والتطليق باعتبارهما يضران بمصلحة الأسرة والمجتمع .

رابعا : إبراز دور القضاء في معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق والتطليق والخلع بغير سبب معقول عن طريق تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي .

2- الصعوبات التي اعترضتنا في إنجاز البحث

من أهم الصعوبات التي صادفتني خلال بحثي هي ضيق الوقت بالإضافة الى وضع الحالي للبلاد من أمراض وأوبئة التي حالت من تنقل الى جامعات أخرى لإثراء موضوعي بمراجع أكثر .

3- المناهج المتبعة :

إن طبيعة الدراسة تقتضي الجمع بين المنهج الوصفي من خلال وصف ظاهرة انحلال الرابطة الزوجية كظاهرة اجتماعية وإبراز حق المرأة في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق والخلع .

والمنهج التحليلي من خلال تحليل نصوص قوانين والأحكام والقرارات القضائية آراء فقهاء القانون والشريعة الإسلامية

والمنهج الاستقرائي الذي خصص لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية وكذا النصوص القانونية والأحكام القضائية وذلك لتحديد مدى إمكانية التعويض عن الضرر في بعض قضايا الأسرة.

4 - الإشكالية :

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في ضبطه لمختلف الآليات القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مسائل الأسرة .

5- الخطة المقترحة:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمت البحث إلى فصلين، تطرقت في الفصل الأول إلى العدول عن الخطبة كسبب للتعويض، وقسمته إلى ثلاثة مباحث ، المبحث خصصته لتعريف الخطبة وحكم العدول عنها، والمبحث الثاني تناولته فيه المسؤولية القانونية الناشئة عن العدول عن الخطبة، أما المبحث الثالث فذكرت فيه: أحكام القضاء المقررة للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

أما الفصل الثاني فخصصته لصور انفصال الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض، وقسمته إلى ثلاثة مباحث، تناولته في المبحث الأول التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق، وفي المبحث الثاني تناولت التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق، وفي المبحث الثالث تناولت التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع.

الفصل الأول

العدول عن الخطبة سبب للتعويض

الفصل الأول: العدول عن الخطبة سبب للتعويض

يعتبر الزواج من أغلظ المواثيق وأكرمها على الله لأنه عقد متعلق بذات الإنسان، وشرط هذا العقد رضا المتعاقدين كسائر العقود الصحيحة، ولكنه يسمو عليها جميعا بما أفرغه الله عليه من صيغة "الميثاق الغليظ" ، ويكفي في الدلالة على ذلك التكريم أن كلمة "الميثاق" لم ترد في القرآن الكريم إلا تعبيرا عن المعاهدة بين الله وعباده ، قال تعالى {وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ}(1). ولم يرد وصف الميثاق الغليظ إلا في عقد الزواج، وفيما أخذه الله على أنبيائه من مواثيق، قال سبحانه : {وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا}(2).

والزواج لا يبرم على الفور بل تسبقه عادة الخطبة ، وهي عبارة عن وعد بالزواج قد يتحقق هذا الوعد وينعقد الزواج ، وقد لا يتحقق ذلك وينفصل الخاطبان عن بعضهما، وإذا حدث العدول عن الخطبة سواء كان ذلك من طرف الخاطب أو المخطوبة ، فهل ينشأ عن ذلك مسؤولية قانونية أو لا ؟ وإذا نشأت هذه المسؤولية فما موقف القضاء من تقرير المسؤولية الناشئة عن حكم العدول عن الخطبة ؟

للإجابة على هذه الأسئلة نعقد ثلاثة مباحث وهي

المبحث الأول : تعريف الخطبة وحكم العدول عنها

المبحث الثاني : المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة

1 – سورة المائدة، آية رقم 7.

2 – سورة النساء، آية رقم 21.

المبحث الثالث : أحكام القضاء المقررة للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.

المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكم العدول عنها

يعتبر الزواج أهم حدث في حياة الرجل والمرأة بالنظر الى ما سيحدثه من آثار التي قد تتعداها إلى أولادها ، والتي يفضلها يصبح الرجل والمرأة في درجة من الوحدة والالتئام بمثابة اللباس للآخر ، إذ يقول الله سبحانه وتعالى في ذلك {هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ}[1]، ولكي يحقق كل منهما غرضه من الزواج ، وهو دوام العشرة ، والاستمرار، لا بد أن يكون كل منهما على بصيرة بأمر صاحبه ، ولا تتحقق هذه البصيرة إلا بأن يكون لهذا العقد مقدمة وهي الخطبة، فما هو تعريف الخطب ؟ (المطلب الأول). وليس كل خطبة تنتهي بإبرام عقد الزواج ، فقد يعدل أحد الخاطبين عن إتمام مشروع الزواج، فما المقصود بالعدول عن الخطبة (المطلب الثاني). وما حكم العدول عن الخطبة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الخطبة:

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الخطبة لغة ، وفقها ، وقانونا

أولا : تعريف الخطبة لغة:

لفظ الخطبة مشتق من الفعل الثلاثي "خَطَبَ" ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا، وخطبة.

الخُطبة بضم الخاء تعني الكلام المسموع والمنثور الذي يخاطب به المتكلم جمعا من الناس، لإقناعهم بأمر ما ، وجمعها خُطَبٌ. أما الخِطبة بكسر الخاء فهي

1 – سورة البقرة، آية رقم 187.

تعني طلب النكاح1، قال الله تعالى : {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ}(2).

وتمثل الخطبة في تقاليدنا إجراء أوليا أو تمهيديا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أقربائه للاتصال بالمخطوبة أو أوليائها من أجل التعرف على العروس وعلى أسرتها ، وتبادل الهدايا ، من أجل تبادل الرضا والقبول بين خطبة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزاوج وإقامة علاقات طيبة بينهم.

ثانيا: تعريف الخطبة فقها:

هناك عدة تعريفات للخطبة في اصطلاح الفقهاء

عرفها الحنفية : هي طلب التزوج3.

عرفها المالكية : التماس النكاح4.

عرفها الشافعية : التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة5

نلاحظ في تعريف الفقهاء للخطبة أنهم أطلقوا لفظ "التزويج" ولم يقيدوه بالخطبة الصحيحة ، فهو لفظ عام يشمل من تصح خطبتها ومن لا تصح خطبتها. كما نلاحظ أيضا أنهم حصروا الخطبة من جهة الخاطب فقط، والحقيقة أن الخطبة

1- ابن فارس ابن الحسن أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، (د، ط)، ج 2 ص 198

2 – سورة البقرة، آية رقم 235.

3- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة 1423 هـ، 2003م، ج4 ص 66.

4- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة الأولى 1995م، ج 2 ص 216

5- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت لبنان، طبعة الأولى 1997م، ج 3 ،ص 183 .

تكون من الجهتين ، إلا أنه قد يلتمس لهم عذر من ناحية العرف فقد جرى أن تكون الخطبة من جهة الخاطب1.

ثالثا: تعريف الخطبة في القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 05 من قانون الأسرة "الخطبة وعد بالزواج"2.

ملاحظة على تعريف قانون الأسرة للخطبة

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا صريحا للخطبة ، وإنما اقتصر على وصفها بأنها "مجرد وعد بالزواج"، وهنا بين أن الخطبة في تكييفها القانوني "وعد" وكأنه أراد القول أن الخطبة لا يترتب على فسخها أو العدول عنها أحكام فك رابطة أو عقد الزواج ولم يحل للمخطوبين ما يحل بعقد الزواج.

1- محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان الأردن، طبعة الأولى 2008م، ص 53

2- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 – 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المطلب الثاني: تعريف العدول عن الخطبة:

نعرف العدول لغة ، واصطلاحا ، وعند الباحثين المعاصرين

أولا: تعريف العدول لغة:

لفظ العدول مشتق من الفعل عدل وعدلا وعدولا وجاء في بعدة معاني منها :

الاعوجاج1. ومنها الرجوع : يقال عدل إليه عدولا بمعنى رجع. ومنها التنحي : يقال انعدل عنه بمعنى تنحى. ومنها الميل : يقال عدل عن الطريق أي مال2.

ثانيا: تعريف العدول اصطلاحا:

ليس للعدول معنى اصطلاحيا، إلا إذا أضيف إلى شيء، كقولنا عدل عن البيع أي تراجع عنه ...إلخ ، فبدون الإضافة ، يبقى على أصل معناه اللغوي وهو التراجع والميل والتنحي ...إلخ

ثالثا: تعريف العدول عن الخطبة عند الباحثين المعاصرين:

عرف بعض الباحثين المعاصرين العدول عن الخطبة بما يلي :

1 – "أن يتراجعا الخاطبان أو أحداهما عن الخطبة ويفسخانها بعد تمامها وحصول الرضا والقبول3.

2 – "رجوع أحد الطرفين ، أو كليهما عن الخطبة ، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منها1.

1– ابن فارس، مرجع سابق، ج 4 ص 246.

2– ابن منظور، مرجع سابق، ج 9 ص 87.

3– محمود الرجوب، مرجع سابق، ص22

3 – "أن يتخلى الخاطبان عن مشروع الزواج ، والتوقف عن تمام السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد ، كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة2.

ويلاحظ على التعريف الأول والثاني أنهما استعملا لفظ "الفسخ" وهو لفظ يعبر عنه في فسخ العقود والخطبة ليست عقدا حتى يعبر عنها بالفسخ. كما يلاحظ على التعريف الأخير أنه أطنب كثيرا بإدخال تفصيلات يستغنى عنها في التعريفات وتذكر في الشرح عادة. كما يعاب على التعريف الأخير أيضا أنه حصر العدول بالإرادة المشتركة فقط ، متغافلا عن كون العدول معظمه يكون بالإرادة المنفردة.

بعد عرض التعريفات السابقة يمكن أن أستخلص التعريف التالي : "هو أن يتخلى أحد الخاطبين أو كلاهما عن إتمام مشروع الزواج بعد حصول الرضا".

بحيث يصير التعريف جامعا من حيث اشتماله عن العدول بنوعية العدول بالإرادة المنفردة ، والعدول بالإرادة المشتركة ، ومانعا من حيث يمنع دخول الخطبة الغير التامة فيه بقولنا "بعد حصول الرضا".

المطلب الثالث: حكم العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة ليست عقدا يلزم الوفاء به ، كما سبق بيانه ، وأن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد بالزواج ، فقد اختلف الفقهاء في مدى لزوم الوفاء بهذا الوعد ، وهذا أدى بهم الى اختلاف في حكم العدول1.

1– جانم، مقدمات عقد الزواج، دار حامد، عمان الأردن، طبعة الأولى 2009م، ص 2

2– ذمينة كنزة، رسالة ماستر بعنوان "تعويض الضرر المعنوي المصاحب عن الخطبة، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية: 2015–2016م، ص 26.

الفرع الأول: القائلون بجواز العدول عن الخطبة وأدلتهم:

ذهب فقهاء الحنفية إلى القول بجواز العدول عن الخطبة2.

ويرى الشافعية أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز من الجانبين3. معنى ذلك بما أن الخطبة ليست بعقد لازم عندهم فالعدول عن الخطبة جائز. وقال ابن قدمة في المغني موضحا رأي الحنابلة : "ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة، إذا رأى المصلحة لها في ذلك4، غير أن الحنابلة اشترطوا أن يكون العدول لمسوغ.

وقد وافق على رأي الحنابلة كثير من الفقهاء المعصرين منهم الشيخ محمود شلتوت5، ومحمد رأفت عثمان6.

أدلة القائلين بجواز العدول عن الخطبة: استدلوا على رأيهم بالسنة النبوية الشريفة

1 – عن أبي عمر رضي الله عنهما ، كان يقول "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"7.

1- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، ج 2 ص 342.

2- الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، طبعة الأولى سنة 2000م، ج 1 ص 35

3- زكريا الأنصاري، حاشية البجيرمي على المنهج، ج 3 ص 118 – 119، الخطيب، مغني المحتاج، ج 3 ص 184

4- ابن قدامة محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي المغني تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي عبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، ج 9 ص 571.

5- محمود شلتوت، الفتاوى، دار الشروق، الطبعة 18 سنة 2001، ص 26

6- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، ص 4

7- أخرجه في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك. وأخرجه في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك.

وجه الدلالة : فمحل الشاهد من الحديث "حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"، فالحديث في هذه الحالة يدل على جواز العدول عن الخطبة ، ولو كان مكروه لنبه له النبي صلى الله عليه وسلم، وقوله "حتى يترك" دليل قاطع على جواز العدول1.

2 – جاء في الحديث أن عليا خطب بنت أبي جهل ، فسمعت بذلك فاطمة، فأتت رسول صلى الله عليه فقالت : يزعم قومك أنّك لا تغضب لبناتك ، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسمعته حين تشهد يقول : أما بعد أنكحتُ أبا العاص بن الربيع فحدثني وصدقني ، وإنّ فاطمة بضْعَةٌ مني ، وإني أكره أن يسوءها ، والله لا تجتمع بنتُ رسول الله وبنتُ عدوّ الله عند رجل واحد ، فترك عليّ الخطبة2.

وجه الدلالة : دل الحديث على أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العدول عن الخطبة، ولو كان هذا الفعل مكروه لما أنكر على عليّ رضي الله عنه، كي لا يضطره للوقوع في المكروه3.

3 – جاء في قول النبي صلى الله عليه وسلم : "من حلف على اليمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير"4.

1– أبو عرقوب، أثر العدول عن الخطبة، دار الإفتاء، موقع إلكتروني، تاريخ الدخول: 06 – 03 – 2019م

2– أخرجه في صحيحه، كتاب فضائل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب ذكر أصهار النبي صلى الله علي وسلم، رقم 3729 . أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي صلى الله عليه وسلم.

3– أبو عرقوب، أثر العدول عن الخطبة، دار الإفتاء، موقع إلكتروني، تاريخ الدخول: 09 – 03 – 2019م.

4– أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا.

وجه الدلالة : دل الحديث على "أن الشارع أباح ، بل طلب أن يحنث الإنسان في يمينه إذا تبين له أن المصلحة في نقضها ، وإذا جاء ذلك في اليمين فإنه من باب أولى، يجوز في الاتفاق المجرد عن اليمين متى تبين أن الخير في نقضه"1.

الفرع الثاني: القائلون بكراهة العدول عن الخطبة وأدلتهم:

ذهب المالكية الى القول بكراهة العدول عن الخطبة ، حيث جاء في مواهب جليل: "هل لمن ركنت له امرأة وانقطع عنها الطلب لركونها إليه أن يتركها أو يكره ؟ فأجاب فقال والظاهر أن يكره له ذلك2.

وجاء في كفاية الطالب الرباني : "ولا يحرم على المرأة ولا على وليها الرجوع، نعم هو مكروه لأنه من إخلاف الوعد3.

وهو قول آخر عند الحنابلة، غير أن الحنابلة قيدوا الكراهة إذا كان العدول لغير مسوغ ، جاء في المغني : "وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد4.

أدلة القائلين بكراهة العدول عن الخطبة : استدلوا هؤلاء على رأيهم بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وهي كما يلي :

1 - **قال الله تعالى** : {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}1.

1- محمود شلتوت، مرجع سابق، ص 26.

2- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، ج 5 ص 31.

3- علي بن خلف، كفاية الطالب الرباني، تحقيق أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر القاهرة، طبعة الأولى 1989م، ج 3 ص 103

4- ابن قدامة، مرجع سابق، ص 57

وجه الدلالة : الآية عامة تشمل ايجاب الوفاء بكل العهود بما عاهد الله على نفسه من النذور والدخول في القرب فألزمه الله تعالى إتمامها؛ وعليه يستدل بها في كراهة الإخلاف بالوعد بالزواج، لأنه عقد من العقود التي أمر الله بالوفاء بها فلذا يكره الرجوع عنه2.

2 – **قال الله تعالى** : {كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ}3.

وجه الدلالة : فقد دلت هذه الآية على أن الله سبحانه يذم من يلزم نفسه أو يعد بفعل يفعله وهو مباح ثم يخلف وعده.

3 – عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "آية المنافق ثلاث ، إذا حدّث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان"4.

وجه الدلالة : وصف النبي صلى الله عليه وسلم مخلف الوعد بالمنافق وأنها من خصال النفاق فإتيانها والاتصاف بها مكروه5 ، والخطبة وعد بالزواج فكان المكروه العدول عنها بعد الوعد لأن إخلافه من صفات النفاق.

1– سورة الإسراء، آية رقم : 34.

2– أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، طبعة 1992م، ج 5 ص

3– سورة الصف، آية رقم : 3.

4– أخرجه في صحيحه، كتاب الإيمان، باب علامة المنافق. أخرجه في صحيحه، كتاب الإيمان، باب خصال المنافق.

5– أبو عرقوب، أثر العدول عن الخطبة، دار الإفتاء، موقع إلكتروني، تاريخ الدخول: 06 – 03 – 2019

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من العدول عن الخطبة:

صرح المشرع الجزائري بجواز العدول عن الخطبة وذلك في المادة 5 فقرة 2 من قانون الأسرة فقال : "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد نحى منحى جمهور الفقهاء القائلين بجواز العدول عن الخطبة.

بعد عرض أدلة الفريقين وبيان رأي المشرع الجزائري، يترجح أن القول بجواز العدول عن الخطبة إذا كان لغرض مشروع ، وذلك لقوة الأدلة التي أستدل بها القائلون بجواز العدول. بخلاف القائلين بالكراهة فقد استدلوا بالآيات وأحاديث عامة تدل بصفة عامة على الوفاء بالوعد ، وليس لهم في المسألة على كراهة هذا الفعل دليل خاص، كما أن الخطبة لا تحمل صفة الإلزام بل هي فرصة للتحري والبحث والتروي، قال الدكتور فتحي الدريني : "ولو اعتبرت عقدا ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا لفقدت وظيفتها والغاية من أصل تشريعها ، لأنها ما شرعت إلا ضمانا كافيا لحرية الزواج ، لا للالتزام به ، ولا للإكراه عليه1.

وبما أنه جاز للزوج أن يطلق بعد العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار فمن باب أولى أنه يجوز العدول عن الخطبة قبل العقد2.

1- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط 2 سنة 2008، ج 2 ص 4

2- محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ص2

المبحث الثاني: المسؤولية القانونية الناشئة عن العدول عن الخطبة

دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة ترفعها في أغلب الحالات المخطوبة أو من ينوب عنها ، وقليلا ما يرفع الخاطب دعوى تعويض بسبب عدول المخطوبة عن الزواج به.

ويرجع سبب ذلك إلى التركيبة النفسية لكل من الرجل والمرأة ، فالعدول عن الخطبة يهز شعور المرأة أكثر من الرجل ، فضلا عن أن كبرياء الرجل يحول بينه وبين طلب التعويض من فتاة لا ترغب في الزواج به.

ولا تنشأ المسؤولية المترتبة عن العدول عن الخطبة إلا إذا توافرت عناصرها وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر (المطلب الأول) ، وقد تتوفر هذه العناصر ومع ذلك تنتفي المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عناصر المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وتمهيدا له ، ولا تزيد على أن تكون وعدا بعقد ، والوعد بالعقد ليس له قوة الإلزام بين طرفيه ، ولا يغير من هذه الحقيقة ولا يرتفع به إلى مستوى عقد الزواج من حيث الإلزام لأن عقد الخطبة يختلف عن عقد الزواج في آثاره ، فلا ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين كوجوب النفقة على الزوج، والطاعة على الزوجة.

كما أنها لا ترثه ولا يرثها ، لأن كلا منهما لا زال أجنبيا عن الآخر ، ومع ذلك فقد كثرت في الوقت الحالي حالات العدول عن الخطبة لعدة أسباب لم تكن موجودة في السابق، منها التسرع في إتمام الخطبة قبل استكمال البحث والتحري عن

الطرف الآخر ، وكثرة الغش والرياء في الزواج ، وتنوع مطالب كل من الخاطب والمخطوبة ، كما أن اختلاط الخاطب بالمخطوبة يؤدي الى اكتشاف بعض العيوب في الطرف الآخر والتي يرى معها العدول.

وإن كان العدول حق لكل من الطرفين إلا أن الطرف العادل ليس دائما بمنأى عن المسؤولية ، والمسؤولية كما أقر بها القانون المدني فإنها تقوم على ثلاث عناصر هي ، الخطأ ، والضرر ، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر

الفرع الأول: ركن الخطأ:

ونتناول تعريف الخطأ ، ثم بيان عناصره.

أولا – تعريف الخطأ : ونعرف الخطأ لغة واصطلاحا

أ – تعريف الخطأ لغة : ضد الصواب ، ويعني الذنب ، كما يطلق الخطأ ويراد به ما يقابل العمد ، والخاطئ من قصد ما لا ينبغي1.

ب – تعريف الخطأ اصطلاحا : لم يختلف الفقهاء في أمر كاختلافهم في تعريف الخطأ ، فهناك من عرفه بأنه "إخلال بالتزام سابق"، ومنهم من أضاف أنه : إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الاخلاق" ، وهناك من عرفه بأنه "إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته"2.

يتضح من هذه التعاريف أن الخطأ هو إخلاء المرء بالتزام ما، غير أنه هناك صعوبة في تحديد طبيعة ومصدر هذا الالتزام، فهناك التزامات تنشأ عن العقد،

1– ابن منظور، المرجع السابق، المجلد الخامس، ص 96–97 .

2– علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 53.

يترتب عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية وهذه تخرج من نطاق بحثنا ، وهناك التزامات مصدرها القانون يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية التقصيرية.

وهناك حالات أخرى يصعب فيها تحديد الالتزام المخل به ، خاصة وأن مفهوم الخطأ ينطوي لا محالة على عنصر أخلاقي ، فالخطأ هو انحراف الفرد عن السلوك المألوف ، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء ، إلا أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال ، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي ، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير ، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركا لهذا الانحراف ، كان هذا خطأ منه يستوجب مساءلته مسؤولية تقصيرية1.

ثانيا – عناصر الخطأ: الخطأ كما ذكرنا سابقا هو انحراف في سلوك الشخص مع ادراكه لهذا الانحراف ، وعليه فإن الخطأ يتضمن عنصرين هما : عنصر مادي يتمثل في الانحراف والتعدي ، وعنصر معنوي هو الإدراك.

أ – العنصر المادي في الخطأ : التعدي والانحراف : ويتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف بين الناس ، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها ، مما يؤدي إلى التعدي على حدود الغير.

فإذا تعمد شخص الإضرار بالغير أو أهمل أو أقصر دون أن يكون متعمدا، وترتب عن فعله هذا ضرر للغير فإنه يكون مسئولا عن سلوكه هذا2 ، غير أن أكثر

1– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 63.

2– عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002 ص 64.

صور الانحراف في السلوك وقوعا في الحياة العملية هي تحققه نتيجة الإهمال أو عدم الاحتياط ، أي عدم الاحتياط أي عدم توجه إرادة فاعله إلى أضرار بغيره ولا أهمية في المجال المسؤولية التقصيرية للتمييز عن الخطأ العمدي وغير العمدي وهناك عدة معايير وضوابط تقاس بها درجة الانحراف

معيار الانحراف في السلوك : لقد اتفق رجال الفقه والقضاء على أن المعيار الصحيح الذي يقاس به التعدي هو المعيار الموضوعي أو المادي، إذ يفترض هذا المعيار أن الناس جميعا لهم درجة من اليقظة والفطنة، أي معيار الرجل العادي الذي يعرف برب الأسرة العادي. وهو معيار موضوعي، ويعد الأساس في قياس الانحراف بعيدا عن الظروف الشخصية للمعتدي، ويطلق عليه رب الأسرة الطيب المعني بشؤون أسرته، وقد أخذ به المشرع الجزائري في عدة حالات، منها ما جاء في المادة 172 من القانون المدني وغيرها من المواد1، وهذا المعيار لا يتغير من شخص إلى آخر ولا يتعلق بالأمور الخفية المتصلة بشخص المعتدي، بل هو مقياس ثابت بالنسبة للجميع2.

وتأسيسا على ذلك إذا تعمد الخاطب في عدوله عن الخطبة الأضرار بالمخطوبة يعد ذلك انحرافا عن السلوك المألوف للرجل العادي، وبذلك تقوم المسؤولية التقصيرية للخاطب الذي تعسف في عدوله عن الخطبة.

ضرورة الاعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف : إن تصرفات الشخص وأفعاله لا تخلو من الظروف المصاحبة لها من ظروف نفسية، واجتماعية

1- المادة 2/172 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالخطأ العقدي، والمادة 495 المتعلقة بالمستأجر، والمادة 495 المتعلقة بالمودع لديه.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 66-67 .

وغيرها. والقاضي عند نظره في القضية يضع الواقعة المجردة في إطار من الظروف الخارجية والمصاحبة للفعل ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي في مثل هذه الظروف أن يرتكب هذا الفعل أو كان بالإمكان تفاديه1.

ونقصد بالظروف الخارجية في العدول عن الخطبة أن يكون المعدول عنه قد ساهم بفعله في دفع العادل إلى العدول عن الخطبة : مثل قيام المخطوبة بأفعال تدفع الخاطب الى العدول عن الخطبة .

إثبات التعدي: طبقا للقاعدة العامة في إثبات التعدي فإنه يتعين على المدعي أن يقيم الدليل على توافر أركان المسؤولية التقصيرية ، ومن بينها خطأ المدعى عليه ، وذلك بإثبات التعدي أو الانحراف عن سلوك الرجل العادي بكافة طرق الإثبات2.

فإذا ادعت المخطوبة بتعسف الخاطب في عدوله عن الخطبة يقع عليها إثبات هذا التعسف عن طريق إثبات انحرافه في العدول بأن يكون قد قصد الإضرار بها ، وذلك بكل طرق الإثبات.

ب – **العنصر المعنوي في الخطأ :** لا تقوم المسؤولية على مجرد وجود تعدي على الوجه الذي بيناه آنفا ، بل لا بد من نسبة هذا التعدي وإسناده إلى الشخص الفاعل ، فيسأل هذا الشخص مدنيا وجزائيا لكونه يتمتع بحرية الاختيار بين

1– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 69 .

2– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 70–71 .

الفعل الضار والفعل النافع ، وهكذا فإن ردّ التعدي إلى الفاعل يقتضي وجود إرادة ارتكاب الفعل لدى الفاعل1.

ومن هنا يشترط القانون المدني الجزائري لاعتبار السلوك خطأ أي مخالفا لسلوك الرجل العادي وتترتب عنه المسؤولية ، أن يكون مرتكب هذا الخطأ مكلفا أي مميزا يعي ما يفعله ، وهذا ما جاء في نص المادة 125 من القانون المدني : "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

فإذا سبب الشخص ضررا وهو فاقد الوعي ، أو أنه لم يبلغ سن التمييز بعد، أو كان مجنونا أو معتوها ، فلا يسأل عن خطئه لأنه لا يدرك ما يفعل ، أما ذو الغفلة والسفيه فيسألان عن أفعالهما لتوافر التميز لديهما، طبقا للمادتين 42، و43 من القانون المدني2.

أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد جاء في المادة 101 منه أن : "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه، أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه". فقانون الأسرة أعتبر أن المعتوه عديم الأهلية مثل المجنون والسفيه، وهذا على خلاف القانون المدني الذي اعتبر المجنون والسفيه عديمي الأهلية، أما ذو الغفلة والسفيه فاعتبرهما ناقصا الأهلية3.

وبالنسبة للعدول عن الخطبة فالمشرع الجزائري لم يشترط الأهلية الكاملة حتى تتم الخطبة بين الرجل والمرأة ، عكس ما فعل بالنسبة للزواج ، وبالتالي في

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 71-72 .

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 74 -75

3- بلحاج العربي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

العدول عن الخطبة تطبق الأحكام العامة ، فإذا كان الخاطب أو المخطوبة قد بلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة ، فإنه متى عدل عن الخطبة وكان في عدوله تعسف تترتب المسؤولية التقصيرية ، أما إذا كان الخاطب أو المخطوبة الذي عدل عن الخطبة بشكل تعسفي ناقص الأهلية فتترتب أيضا مسؤوليته عن هذا العدول حسب نص المادة 125 من القانون المدني، أما إذا كان عديم الأهلية بسبب صغر في السن أو جنونا أو سفها فإنه لا تقوم المسؤولية على التعسف في العدول عن الخطبة لأنه غير مدرك لما يقوم به.

الفرع الثاني: ركن الضرر

حتى يتضح لنا مفهوم الضرر، لابد أن نعرفه أولا ، ثم نبين أنواعه، وعبء إثباته.

أولا – تعريف الضرر:

أ – **تعريف الضرر لغة** : جاء في لسان العرب: الضُر بالضم، الهزال وسوء الحال أو فقر أو شدة في البدن. والضَرّ بفتح الضاد وضمها لغتان والضَرّ بالفتح المصدر والضر بالضم الاسم، والضر النقصان يدخل في الشيء، ويقال دخل عليه الضرر في ماله أي نقص في ماله1.

1– أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن المنظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، المجلد التاسع، طبعة جديدة محققة، ص 33،

ب – **تعريف الضرر اصطلاحا**

يمكن تعريف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو بحق من حقوقه، والمصلحة المشروعة تكون إما مادية أو معنوية1.

كما عرف أيضا بأنه الأذى الذي يصيب الشخص بحق من حقوقه أو مصلحة عامة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بمال أو حريته أو شرفه ، أو غير ذلك2.

ثانيا – أنواع الضرر : الضرر نوعان ، ضرر مادي، وضرر معنوي.

أ – **الضرر المادي** : الضرر المادي هو الذي يمكن إدراكه بالحواس، أو هو الضرر الذي يسبب خسارة مالية للمضرور3، إلا أن هناك رأي آخ يعتبره جسماني من ناحية ومالي من ناحية أخرى ، فالجسماني يكون محله نفس الإنسان أو من دون النفس من جراحات والأطراف ، والمالي يتمثل في التعدي على مال الغير سواء أدى ذلك إلى إتلاف كل المال أو بعضه أو نقص من قيمته4.

1– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81.

2– سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1992، ص 35.

3– محمد عبد الغفور المعاوي، التعويض عن الأضرار البشرية والأضرار المجاورة لها، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان–الأردن،2012، ص ،40

4–زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتاب القانوني، طنطا ،2009، ص، 55

وهناك من عرفوا الضرر بأنه: الخسارة التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من الحقوق أو مصلحة المشروعة ، فقد يصيب الشخص في جسمه أو ماله ، أو انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية1.

وهناك من رأى أن الضرر المادي هو ضرر مالي، فعرفوه : بأنه الضرر الذي يصيب الذمة المالية للمضرور، وبمعنى أن الضرر يصيب الأشياء والأموال المتعلقة بالمضرور، ويترتب عليه إما انعدام الفائدة والقيمة الاقتصادية وإما مجرد إنقاص من القيمة فقط، وهذا حسب نوع التلف إذا كان التلف كليا وجزئيا2.

ب – الضرر المعنوي: يعرف الضرر المعنوي بأنه "الضرر الذي يصيب الإنسان في المصلحة غير المادية كالضرر الذي يصيبه في سمعته، مثلا أن يتعاقد فنان مع شخص آخر على عمل فني فيفسخ هذا العقد فسخا تعسفيا فيترتب عليه ضرر للفنان3.

وعرفوه أيضا : بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في كيانه الاجتماعي والنفسي فيعرف بالطابع الشخصي ، فيكون عبارة عن ألم أو حسرة أو شعور بالنقص أو انقباض ، أو إحساس بالمذلة أو انفعال داخلي ، أو هواجس معلقة مما يضر نفسيا بالمضرور4.

1– رضا هداج التعويض كآلية من آليات الضرر البيئي، الحملة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر1، الجزائر، ص، 176

2– حسبة معامير، التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية، أدرار، العدد40 ،2017، ص، 516

3–محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات مرجع سابق ،ص، 316

4– بومبعي عبد اللطيف التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص أحوال الشخصية، جامعة الشهيد دمه لخضر بالوادي، 2014– 2015، ص، 56

وعرف كذلك بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في ماله ولكنه يصيب مصلحة غير مالية1.

وعرفه الأستاذ عبد الله مبروك فقال : "عبارة الضرر الأدبي عبارة مستحدثة إلى حد كبير ولم تكن معروفة بالصورة التي هي عليها الآن وإن كانت أصول فكرتها وجدت متناثرة، فهي كل مصلحة غير مالية ، تصيب الكيان الإنساني بوجه عام فتصيب الشرف، أو الاعتبار أو الكرامة أو الإحساس ، أو ما يصيب الجانب الاجتماعي للذمة الأدبية أو المعنوية2.

وقد فصل البعض في الضرر واعتبره الأذى الذي يصيب الإنسان في عرضه أو في عاطفته أو شعوره ويسمى ضررا أدبيا أو معنويا لأنه غير مادي محله العاطفة وعتبروا الضرر المعنوي نفسه الضرر الأدبي3.

ثالثا – عبء إثبات الضرر : أي من المكلف بإثبات الضرر؟

القاعدة الشرعية تنص على أن البينة على من ادّعى، وأن الأصل براءة الذمة وعلى من يدّعي الاثبات. أي أن طالب التعويض أي المتضرر يجب عليه إقامة الدليل على الضرر الذي أصابه ، ولما كان الأمر يتعلق بواقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن ، ويجب إثبات حجم الضرر الذي وقع ومداه ، إذا كانت الإصابة لم تستقر بعد فلا يكفي إثبات حدود الإصابة ،

1– عمرو عيسى الفقى الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية ديون التعويض، ط1، 2002، ص، 164

2– عبوب زهيرة طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد3، 2016 ص، 164

3–عبد العزيز بن أحمد السلامة، التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة العدل، العدد 48، 1431هـ، ص، 193

بل يجب انتظار الشفاء ووجود العاهة للمطالبة بالتعويض النهائي، إلا أنه يمكن مطالبة بالتعويض مؤقتا إذا كان الضرر يأخذ وقتا طويلا لكي يستقر ، وعند استقراره يمكن طلب التعويض النهائي1.

الفرع الثالث: ركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

العلاقة السببية هي الركن الثالث لقيام المسؤولية، وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السبب في المادة 124 من التقنين المدني بكلمة "ويسبب" ، إذ جاء في نص المادة 124 : "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" ، لذا يجب على المضرور لكي يستحق التعويض أن يثبت علاقة السببية بين خطأ المسؤول ، وبين الضرر الذي أصابه ، بحيث إذا لم ينشأ الضرر عن الخطأ المدعي عليه لا تقوم المسؤولية، وهذا الأخير إذا أراد أن يدفع المسؤولية يجب عليه أن ينفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه .

وفي مجال العدول عن الخطبة وجب التفريق بين الأفعال التي تشكل ضررا، والأفعال التي يكون صاحبها مغترا وليس مغررا به ، مثال ذلك ترك المخطوبة لعملها حتى تتفرغ لشؤون الزواج وتربية الأولاد ، فهنا المخطوبة مغترة لا مغرر بها ، لأنها تركت عملها بمحض إرادتها من غير إيعاز من الخاطب أو التأثير عليها. أما إذا كان الخاطب هو الذي طلب منها ترك العمل وألح في طلبه ، ثم بعد ذلك عدل عن الخطبة ، فهنا تكون المخطوبة مغرر بها ، فيحق لها طلب التعويض عن الضرر الذي أصابها.

1- عبد الحكم فوده، موسوعة التعويضات المدنية نظرية التعويض المدني، المكتب الدولي للموسوعات القانوني الإسكندرية، الجزء 1، 2005، ص 25، 26

المطلب الثاني: حالات انتفاء المسؤولية

إذا كان الأصل في التعدي أنه عمل غير مشروع باعتبار أن التعسف في العدول عن الخطبة هو تعدي يرتب المسؤولية التقصيرية ، فإن المشرع في نصوص القانون المدني الجزائري قد نص على حالات تنتفي فيها المسؤولية رغم وجود تعدي، وهذه الحالات هي :

أ – **إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه** : فإذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر وكان هذا الضرر مصاحبا للعدول عن الخطبة، مثل الأضرار النفسية التي يصاب بها الشخص المعدول عنه ، وكان هذا العدول لأسباب مشروعة ، فإنه لا تترتب عنه المسؤولية.

أما إذا حدث ضرر للمخطوبة نتيجة الإغواء ، فإنه لا يوجب التعويض إلا إذا ثبت استخدام الرجل لوسائل غير مشروعة من أساليب الضغط أو الغش ، أو القهر بالنفوذ أو بتأثير الوعد بالزواج ، فتقوم المسؤولية التقصيرية هنا نتيجة الغش والاحتيال الصادر من الخاطب الذي سبب ضررا للمخطوبة1، وخاصة إذا كان هناك عدول عن الخطبة.

أما بالنسبة لحالة الدفاع الشرعي ، وحالة تنفيذ أمر الرئيس فهي حالات لانتقاء المسؤولية ، ولكنها حالات نادرة الحدوث في العدول عن الخطبة.

ب – **حالة الضرورة** : وهذه الحالة جاءت بها المادة 130 من القانون المدني بنصها : "من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغيره ، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

1–بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 95–96

فهذه المادة تتناول حكم حالة الضرورة التي تدفع الشخص إلى القيام بعمل يترتب عليه ضرر للغير كي يتفادى ضررا اكبر منه1، ومثال ذلك عدول الخاطب عن الخطبة نتيجة مرضه بمرض معدي ، قد يتسبب في مرض المخطوبة إذا ما تم الزواج ، ويترتب على ذلك انتقاء المسؤولية بسبب كون أن للعدول عن الخطبة أسباب جدية ، فحتى لو صاحب العدول عن الخطبة ضرر للطرف المعدول عنه فلا يسأل العادل عن عدوله .

ولهذا الحالة شروط يجب توافرها حتى تنتقي المسؤولية :

الشرط الأول : أن لا يكون هناك دخل لإرادة العادل في حدوث الخطر الذي يستوجب العدول عن الخطبة.

الشرط الثاني : أن يكون الخطر محدقا أي حالا بالعادل أو بالغير .

الشرط الثالث : أن يكون الخطر مرضا يهدد النفس، أو يهدد المال مثل ضرورة سفر الخاطب ليحافظ على ماله في الخارج وإلا ضاع منه.

الشرط الرابع : أن يكون الخطر الذي يريد تفاديه أشد بكثير من الخطر الذي يرتكبه ، مثلا هلاك النفس أو المال2.

ج – حالة رضاء المضرور : رضاء المصاب في القانون المدني يتمثل في قبول المخاطر وما يحدث عنها من ضرر أو في الرضا بحدوثه3.

1– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 89 .

2– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 206

3– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 93 .

فإذا ارتضى الخاطب أو المخطوبة بالضرر الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة ولم يطالب بالتعويض ، رغم أحقيته به ، فلا تقوم المسؤولية ولا يوجب التعويض

المبحث الثالث

أحكام القضاء المقررة للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

إن التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول الخطبة ، أصبحت تشكل ظاهرة اجتماعية تعرفها أروقة القضاء ، لكثرة القضايا المنظورة أمام المحاكم ، وعليه فقد تناولنا هذا الموضوع في (المطلب الأول) الخاص ببيان حكم القضاء في تقرير المسؤولية القانونية الناشئة عن العدول عن الخطوبة ، وذلك لأهمية تلك المسألة من الناحية العملية والنظرية على حد سواء، أما (المطلب الثاني) فقد خصصناه إلى بيان مدى موافقة حكم القضاء في هذه المسألة لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

المطلب الأول : حكم القضاء المقرر للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

تعددت آراء الفقه وأحكام القضاء بشأن هذه المسألة ، ولهذا حرصت مكمة النقض على توضيح المبادئ القانونية التي يجب مراعاتها ، فقد رفضت المحكمة اعتبار مسؤولية العادل عن الخطبة مسؤولية عقدية وأقامت مسؤوليته على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

---

[1] مصطفى راتب حسن على، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، سلطنة عمان، عدد 31 ج 4، ص 1888

[2] مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص1888.

فتقرر محكمة النقض المصرية أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحد المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع .

وبذلك تكون المحكمة حرصت على أن تضمن الحرية الكاملة للخطيين في إتمام الزواج من عدمه ، فالعدول ما هو إلا ممارسة لحق يتفق تماما مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة وكل من الأطراف يتمتع بحرية كاملة فلا ارتباط إلا بالزواج ، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة للعدول المستقلة عنه [1].

واستخلص الفقيه عبد الرزاق السنهوري من ذلك أن القضاء المصري انتهى إلى المبادئ الثلاثة الآتية :

1 – أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

2 – أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض

3 – أنه إذا قترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

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

[1] مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص1888.

أولا : ضرورة التفرقة بين العدول بدون مقتضى أو بدون مبرر وبين العدول الخاطئ ، فلا يمكن المسائلة عن مجرد العدول في ذاته حتى ولو لم يكن مبررا لأن منطق استلزام مبرر العدول يجعل من الخطبة ارتباطا ملزما ما لا تريده المحكمة ، فيجب إثبات العدول الخاطئ ولا يجوز افتراضه بأي حال [1].

ثانيا : متى كان العدول خاطئا فإن ذلك وحده لا يكفي لانعقاد المسؤولية بل يجب أن يتوفر عنصر الضرر ، فلا يتوافر الضرر إلا إذا أدى العدول الخاطئ الى تحمل الطرف المهجور بأضرار معنوية جسيمة تفوق المضايقات النفسية العادية التي تترتب عن العدول وذلك مثل إساءة الخطيب الى سمعة خطيبته ، وجسامة الضرر هنا ترجع إلى الصلة التي سمحت له بمعرفة أسرار الخطيبة أن المسؤولية تقصيرية وأن العدول لا يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية[2] .

وننتهي من ذلك إلى أنه لا مسؤولية عن العدول في حد ذاته ، فخلاصة قضاء محكمة النقض أن العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض إلا إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الطرفين

واستقر قضاء محكمة النقض المصرية على اعتبار مسؤولية العادل عن الخطبة مسؤولية تقصيرية بناء على ذلك رفضت المحكمة دعوى التعويض من خطيبة هجرها خطيبها لأنه أخفق في الحصول من والد خطيبته على حصتها في الميراث ، وأوضحت المحكمة أنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية ، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين ، وأن ينتج

[1] نفس المرجع، ص1888.
[2] مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص1888.

عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر ، فلو كان فسخ الخطبة قد تم بسبب طمع الخطيب في مال والد خطيبته ، ورفض الأخير أن يخص ابنته بنصيبها في ماله حال حياته ، وسواء وصف ذلك العدول بأنه طائش أو غير طائش فهو سبب لاحق بالعدول ذاته ، وليس مستقبلا عنه ومن ثم فلا يؤدي إلى مسؤولية الخطيب العادل[1].

والذي يبدو أن المحكمة حرصت بهذا القضاء على أن تضمن الحرية الكاملة للخاطبين في إتمام الزواج من عدمه فلا يمكن أن يأسس العدول بأنه خاطئ أو لا ، لأن في ذلك قيدا على حرية الطرفين فالعدول ما هو الا ممارسة لحق يتفق تماما مع طبيعة الخطبة في أنها غير ملزمة ، والذي يمكن أن يتصف بالخطأ من عدمه هو الأفعال الملازمة للعدول والمستقلة عنه[2].

المطلب الثاني: مدى موافقة الشريعة الإسلامية لأحكام القضاء

الخطبة ليست عقدا قد التزم فيه طرفاه الالتزامات التي لها قوة الإلزام ، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بعقد ، وليس للوعد بعقد قوة الإلزام التي للعقد عند جمهور الفقهاء ، وذلك خلافا للإمام مالك الذي يراه ملزما.

وقد استقرت الأحكام القضائية في موضوع تقرير المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة في أربعة أقوال وهي :

الأول : القول بعدم ترتيب أي مسؤولية على فسخ الخطبة لأنها من المباحات العامة.

[1] مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص1888.
[2] نفس المرجع، ص1888.

ثانيا : الرأي القائل بأن الخطبة عقدا العدول عنها يستوجب التعويض على أساس المسؤولية العقدية.

ثالثا : القول بأن العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض ولكن الظروف التي تلابس ذلك الفسخ قد تكون موجبة للتعويض.

رابعا : الرأي الذي يقرر المسؤولية عن العدول عن الخطبة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

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

والمصلحة توجب أن يكون كلا طرفي عقد الزواج له الحرية التامة قبل إبرامه ، لأنه عقد حياة ، ومن المصلحة التروي فيه ، حتى إذا تم كان ذلك برضا صحيح كامل لم تشبه شائبة[1].

ولو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد ، فمن مقدمات الزواج التي اعتاد الناس تقديمها قراءة الفاتحة للدلالة على التراضي ، وحصول الوعد به من الطرفين ، وقبول كل منهما هدايا الآخر وقبول المرأة أو وليها المهر كله أو بعضه.

وهذه المقدمات لا تعتبر زواجا شرعيا ، فالخطبة ليست أكثر من وعد بالزواج من الطرفين ، ولا تربط أحدهما بالآخر برباط الزوجية ، بل لكل منهما أن

[1] مصطفى راتب حسن على، المرجع السابق، ص 1888

يعدل عن الخطبة وينقض وعده ، وهذا مبني على أنه مادام لم يوجد العقد فلا إلزام ولا التزام ، وهذا هو حكم الفقه والقضاء1.

1- المرجع نفسه، ص، 1889.

الفصل الثاني

صور انفصال الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض

الفصل الثاني: صور انفصال الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض

قد يردد بعض الناس كلمات دخيلة على المجتمع الإسلامي هي أن الطلاق مشكلة اجتماعية في حاجة إلى حل، يحاولون بشتى الطرق أن يثيروا الغبار عن تشريع الطلاق في الإسلام فيصورون الطلاق على انه امتهان لكرامة المرأة ، وتصور بعض وسائل الإعلام المسألة على أنها حرب ضروس بين الرجال والنساء ، وأنه على النساء أن يقاتلن بشراسة لإنتزاع حقوقهن من بين أنياب الرجل ، وكأن الامر معركة حربية شرسة بين جنس الرجال وجنس النساء اللذين خلقهما الله تعالى من نفس واحدة ، وشرع لهما من الأحكام ما فيه صلاحهما ، وجعل كلا منهما مكملا للآخر لا يستطيع أن يعيش من دونه

هذا هو المجتمع الإنساني ، مجتمع قوامه الذكر والأنثى ، الرجل والمرأة كلاهما مكمل للآخر ، وقد تكفل المولى سبحانه وتعالى مند بداية الخليفة بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج بصريح القرآن {خلق منها زوجها} {خلق لكم من أنفسكم أزواجا} . غير أن عقد الزواج الذي يربط الرجل بالمرأة وإن كان ميثاقا غليظا إلا أنه يمكن أن يكون عقدا أبديا لأنه يربط بين جنسين مختلفين ، وشخصين متغايرين في التركيبة والطباع ، قد يقع التوافق بينهما ، وقد لا يقع التوافق والانسجام ، فيكون الانفصال حلا لما يقع بينهما من مشاكل .

وإن كان الأصل في الطلاق الحظر لقوله صلى الله عليه وسلم : "أبغض الحلال الى الله الطلاق"، فإن الله تعالى حينما شرع الطلاق ، جعله حلا جذريا للمشاكل الزوجية التي استعصت على العلاج ولم تنفع معها وسائل الإصلاح التي وضعها الله تعالى قبل اللجوء الى الطلاق ووضع له قيودا وظوابط.

فالطلاق قد يقع من الرجل ، أو يوقعه القاضي بطلب من المرأة في الخلع التطليق، وإن كانت نتيجته واحدة وهي فك الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة ، إلا أن القصد منه يختلف من وضع إلى آخر ، وهنا يبرز التعسف في استعمال الحق الذي يقاس بالغاية من استعمال صاحب الحق لحقه ، فإذا جانب غاية الحق عند استعماله كان متعسفا ، وهذا التعسف في استعمال حق الطلاق أو التطليق أو الخلع، يترتب عليه تعويض للطرف الآخر، وسوف نعقد ثلاثة مباحث لبيان التعويض المترتب على صور إنهاء الرابطة الزوجية نبينها كما يلي :

المبحث الأول : التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق.

المبحث الثاني : التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق.

المبحث الثالث : التعويض إنهاء الرابطة الزوجية بالخلع.

المبحث الأول: التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق:

في هذا المبحث نعالج مفهوم الطلاق في (المطلب الأول) ، ثم مفهوم الطلاق التعسفي في (المطلب الثاني) ، ثم نبين تطبيقات التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

أولا : تعريف الطلاق لغة:

طلق الرجل المرأة زوجه : بانت عن زوجها وتركته فهي طالق. طلقت الناقة : انحلت من عقالها. طلق قومه : تركهم وفارقهم1.

طلق الرجل امرأته تطليقا فهو مطلق ، فإن كثر تطليقه للنساء فهو مطلاق، وقال نعجة طالق إذا كانت مخلاة وترعى وحدها، فالتركيب يدل الانحلال ، يقال أطلقت الأسير إذا حللت إساره وخليت عنه فانطلق أي ذهب في سبيله، وأطلقت الناقة من عقالها فهي طالق بلا قيد، وناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت2.

ثانيا : تعريف الطلاق في الاصطلاح

عرفه الحنفية : بأنه إزالة النكاح الذي هو قيد معنى3.

عرفه المالكية : بأنها حلّ العصمة المنعقدة بين الزوجين بطريق مخصوص1.

1- المنجد في اللغة والاعلام للأب مألوف المسوعي، ط 21، دار المشرق، بيروت 1973، ص، 470 .

2- المصباح المنير لأحمد بن علي الفيومي المقري، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص 224

3- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1997، ج 4 ص 182

عرفه الشافعية : حلّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"2.

عرفه الحنابلة : بأنه حلّ قيد النكاح أو بعضه3

ثالثا : تعريف الطلاق في قانون الأسرة:

عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 بقوله : "يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 – 54 من هذا القانون"4.

ومنه نلاحظ أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه، وفي ذلك محاولة منه لتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية. وبهذا فإن قانون الأسرة لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه في ذلك.5

1- محمد سعد، دليل السالك لمذهب الإمام مالك، دار الندوة، 2001، ص 81

2 - أبو القاسم عبد الكريم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1997، ج 8 ص 479

3 - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع في متن الاقناع، عالم الكتب، بيروت طبعة الأولى 1997، ج 4 ص 205.

4– القانون الرقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05 – 02، المتضمن قانون الأسرة.

55– العربي يختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة ومقارنة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، كنوز الحكمة، الجرائر، 2013، ص ،10

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

نعرف التعسف أولا ، ثم نعرف الطلاق التعسفي.

أولا – تعريف التعسف : نعرف التعسف لغة واصطلاحا

أ – **تعريف التعسف لغة** : له معاني كثيرة ومتنوعة أهمها ما يلي

التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي"عسف" تعسف عسفا والتعسف يأتي بمعنى الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة، يقال عسف عن الطريق يعسف: مال وعدل. والسلطان تعسف ظلم، وعسفه تعسيفا أتعبه. وتعسفه ظلمه. وانعسف انعطف والعسوف الظلوم. وعسف الولاة أسرعوا إلى الظلم1.

ويظهر من خلال هاته التعريفات أن التعسف يعني الظلم مما يحمل معنىالإساءة والإضرار وهو لب التعسف عند أهل الاصطلاح .

ب – تعريف التعسف اصطلاحا :

نعرف التعسف اصطلاحا في الفقه الإسلامي أولا ، ثم في القانون ثانيا.

1 – تعريف التعسف في الفقه الإسلامي: التعسف كمصطلح استعمله الفقهاء قديما بمعنى الظلم، الشافعي في الرسالة يقول :"لأنه إذ أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا"2، وذكره ابن حزم بقوله : "ولتعلم أن التعسف وسوء

1– ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، ص312

2– الشافعي أبو عبد الله محمد، الرسالة، تحقيق مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى 1940 ,ص 503

الملكة لمن خولك الله أمره من رقيق أو رعية يدلان على خساسة النفس1، ويقصد به الظلم.

أما التعسف كنظرية قائمة بذاتها إنما تطور بتطور علم النظريات الفقهية الذي حدث في زمن متأخر إلا أن أصوله قديمة قدم التراث كباقي العلوم.

2- تعريف التعسف في القانون : تطور مفهوم التعسف في الحق مند عصر الرومان الذين وضعوا قيودا لاستعمال الحق حتى لا يصادم العدالة وقيم المجتمع ، وكان هذا بمثابة بداية تأسيس هذه النظرية حتى جاء القانون الفرنسي وأخد بفكرة الفقيه "دما" الذي وضع معيارين للتعسف في استعمال الحق وهما قصد الإضرار وانعدام المصلحة ، وقد تطورت هذه النظرية في ظل الاشتراكية التي جعلت وظيفة القانون المحافظة على المجتمع وتحقيق المصلحة الاجتماعية ، وأخذت بها معظم التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي والقانون الألماني في المواد 126- 826 و السويسري في المادة 02 من القانون المدني واقتبست من ذلك التشريعات العربية كاللبناني في المادة 124 من قانون الموجبات والعقود والقانون المصري في المادة 05 والسوري في المادة 05-06 من القانون المدني2.

ثانيا : تعريف الطلاق التعسفي:

1- بن حزم الأندلسي القرطبي، رسائل ابن حزم الأندلسي، تحقيق: إحسان عباس، الجزء الثاني، المؤسسة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1987 ،ص65.

2- طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، جامعة وهران- السانية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الاسلامية , 2012 -2013 ،ص 19

أغلب كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وقوانين الأحوال الشخصية العربية تكاد تخلو من وضع تعريف للطلاق التعسفي ، وبما أنه حق مخول للزوج لإقاعه بإرادته المنفردة فيمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي، ومن بين التعريفات :

عرفه بعضهم فقال : هو أن يطلق الزوج زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي ويكون آثم عند الله لنه أساء استعمال الحق الذي جعله الله بيده1.

وعرف آخرون فقال : هو مناقضة قصد الشارع، في رفع قيد النكاح، حالاً أو مآلا، بلفظ مخصوص2.

والمقصود من مناقضة قصد الشارع، مخالفة ومضادات قصد الشارع في إيقاع الطلاق الذي يقصد به الخلاص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي لا تستقيم معها مصالح الأسرة وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين وتصبح لا تطاق، فكان الطلاق أمراً تحتمه الضرورة مع ما يترتب من أضرار وذلك دفعا لضرر أشد وأكبر، فكل طلاق قصد المكلف فيه غير قصد الشارع أو قصد به مجرد الإضرار فهو غير مشروع لمخالفته قصد الشارع . وقوله رفع قيد النكاح: يشمل القيد الحسي والمعنوي.

وقوله حالا : قيد يقصد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال.

وقوله مآلاً : قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل يلي بعد انتهاء العدة.

1- أحمد محمد المومني وإسماعيل امين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 62.

2- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 196.

وقوله بلفظ مخصوص : اللفظ الذي يقع به الطلاق ويكون صريحا كلفظ الطلاق أو كناية كلفظ الإطلاق والحرام1.

فالطلاق التعسفي هو أن يسئ الزوج استخدام حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا وأن يقوم بذلك دون سبب معقول أو حاجة تدعو إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر، فيجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو إيقاعها وبدون سبب معقول وجدي يعد الزوج متعسفا في رضاها وإنما يقع لمجرد الإضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة عليه2.

لقد تناول المشرع الجزائري التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة بقوله : "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، غير أنه لم يعطه تعريفا دقيقا للتعسف ، تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني ، إلا أنه حدد معاييره في المادة 124 من القانون المدني ، وبالتالي الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق3.

والخلاصة أن الزوج عند استعماله لحق إيقاع الطلاق ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي ويثبته قانونا، وأن لجوؤه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا يعد متعسفا في استعمال حقه، بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197.

2- حمد محمد المومني، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)، دار المسيرة، الأردن، الطبعة الأولى 2009 ،ص62.

3- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 94

المطلب الثالث: تطبيقات التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطالق، وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1994/01/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طالق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فال سبيل إلى تعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة" 1 .

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا، يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطالق كانت كاملا من جانبه، فإذا كان جانبا من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض. فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت، إذا كان الطالق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطالق .

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطالق يتحملها الزوج، وجانب آخر تتحمله الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيض في حكمها الصادر في 2001/03/03 ،إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما، وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة. ففي هذه الحالة انعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض. 2

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1994/01/27 ،ملف ر قم 59751 ،المجلة القضائية، 1995 ،عدد 1 ،ص 61.

2- محكمة البيض، قسم الأحوال الشخصية، 2001/03/03 ،قضية رقم 01/99.

واختلف الموقف لدى محاكم أخرى، إذ ذهبت إلى القضاء أنه إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطالق، وجب إنقاص المطلقة بالمتعة بحسب مسؤوليتها عن هذا الطالق، فقد صدر عن محكمة عين الصفراء حكما في 2008/02/13 جاء في حيثياته : "حيث إن القاعدة الشرعية تقرر بأن العصمة بيد الزوج ولهذا وجب الاستجابة لطلب المدعي الخاص بالطالق، لكن وجب تحميل مسؤولية هذا الطالق للزوجين معا، فالزوج تسرع في طلب الطالق، والزوجة لرفضها بجلسة الصلح الرجوع لعصمة زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت الزوجي، حيث بالنظر إلى المسؤول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول المدعى عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها عن هذا الطلاق، وذلك قضت لها المحكمة بـ 20000 دج مقابل المتعة للمطلقة.

"فالطلاق قد وضع شرعا لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطالق فأصابها من جراء ذلك الضرر الذي نهى عليه رسول صلى الله عليه وسلم بقوله: "لا ضرر ولا ضرار"1، وفي إطار تطبيق المادة 52 من قانون الأسرة فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما :

1-أن يثبت للقاضي أن الزوج، طالب الطلاق، لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، نما لنزوة شخصية أو لقصد الضرر بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت أن تهيئ الطعام لأصدقائه في منزل

1- ابن ماجه، المرجع السابق، رقم الحديث 2581 ،ص 781.

الزوجية وهم سكارى، وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق1 .

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1994/11/17 بأنه : "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطالق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"2.

فيتضح إذا من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض.

وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطالق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطالق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها بجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطالق بالتراضي، وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم .

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب تطليقها فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة

1- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 181

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1994/11/17 ،ملف رقم 210831 ،المجلة القضائية 2001 ،عدد خاص، ص 232.

موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها، ثم طلقها بعد ذلك دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها1

فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال 2 .

فالعصمة بيد الزوج، وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق، ودور القاضي هنا هو مجرد مسجل إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه، أو أنه فضل السكوت على التلويح والتجريح، وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم لمطلقة بالتعويض الملائم.

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطالق غير جدي، أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطالق3.

وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1999/06/13، حيث قضت بموجبه بأنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطالق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في

1- عبد العزيز سعد، الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ط3 ،1996، ص 506.

2- فضيل سعد، المرجع السابق ص 566.

3- عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2004/2003 ،ص57.

التسبيب ليس في محله ، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطالق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطالق، وذلك تجنبا للحرج، أو تخطيا لقواعد الإثبات، خالفا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع، لما قضوا بالطالق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون . "ولهذا فإنه ما يمكن الوقوف عليه من خلل هذا القرار أن القواعد العامة في الثبات تقتضي أن البينة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفوعاته يخسر دعواه.

إلا أنه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة، وذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم هذا الأخير البينة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطالق، سواء لعدم القدرة على إثباته أو لتجنب الحرج لأنه تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحالة أن يعاب على القرار القاضي بالطالق بالقصور في التسبيب لأنه مجرد مسجل إرادة الزوج . أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على إخلال أو تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسب بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم .

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 2000/03/25 حيث قضت بموجبه "إن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع

بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق، وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب."

ولذلك فإذا أقام الزوج دعوى الطالق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحالة، ولما كان ثابتا من خلل هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطالق على أساس انه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عبء إثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفوعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك .

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية .

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في2000/02/22 بقولها: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق، وذلك أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمله التعويض المحكوم به في حالة الطلاق .

فالتعويض هنا إنما يقوم على وجود حق، وأدى استعمال هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير، سواء بقصد أو عن غير قصد. فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وثبت لها

التعويض. فاستعمال الطلاق حتى ولو أدى إلى الضرر بالزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية، لأنه حق مخول شرعا وقانونا للزوج.

المبحث الثاني: التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالتطليق

نتناول في هذا المبحث مفهم التطليق (المطلب الأول) ، ثم نبين سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق (المطلب الثاني) ، ثم نذكر تطبيقات التعويض عن الضرر في التطليق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التطليق

نعرف التطليق في الاصطلاح أولا ، ثم نذكر التعريف الفقهي ، ثانيا ثم التعريف القانوني.

1 – تعريف التطليق اصطلاحا :

التطليق هو انحلال رابطة الزواج وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب1، أو هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب من الزوجة نظرا للشقاق والضرر وعدم الاتفاق، ومنه نستخلص أن التطليق هو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة، ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج وطالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عمال بقواعد العدالة والإنصاف2.

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، ط 1، دمشق، ج 5 ص 165

2– محفوظ بن صغير، قضايا الطالق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، ص 151

أو هو حق منحه المشرع للزوجة لتطلب الفرقة بينها وبين زوجها، وهو طلاق بناء على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي حتى ولو عارض الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقانون الأسرة.

أو هو طلاق بناء على طلب من الزوجة يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف، والتطليق يكون بطلب من الزوجة وبموافقة القاضي، وتدخل القاضي هنا لأن العصمة ليست بيد الزوجة وتبعا لذلك فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها، ولذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج.

2 – التعريف الفقهي للتطليق

المرأة في الفقه الإسلامي إذا لم تجد سعادتها ترفع أمرها أمام القاضي من أجل التفريق بينها وبين زوجها، ويتم ذلك بحكم قضائي، ونجد المذهب الحنفي اقتصر فقط على العيوب الموجبة للطالق على العيوب التناسلية (كالجب والخصاء والعنة ...)، وأن القاضي لا يملك إلا الطلاق لعيب الزوج . أما بالنسبة للمذهب المالكي فقد وسع في ذلك فجعل التفريق لعدم الإنفاق، والتفريق للعيوب المستحكمة بدون التقيد بعدد معين، والتفريق للضرر والغياب والسجن1.

3 – التعريف القانوني للتطليق :

1– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ج 1 ص115.

الطلاق يكون ملك للزوج دون الزوجة كما هو معروف، غير أن الزوجة إن لم تجد سعادتها في الحياة الزوجية يمكن لها أن ترفع الأمر للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها، وهذا ما يسمى بالتطليق ويتم بحكم قضائي بناء على طلب الزوجة، وذلك شرط أن يكون هذا الطلب أمام القضاء وأمام المحكمة واستنادا إلى القانون.

وعليه يمكن تعريف التطليق بأنه رغبة الزوجة في حلّ الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها، والتطليق يكون لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة ويتم ذلك بحكم قضائي، رغم معارضة الزوج1.

إذن التطليق هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية للزوجة، وهو يؤسس على توافر الضرر الذي يصيبها من خلال تقاعس الزوج عن أداء واجباته الزوجية مما يفسح المجال أكثر لتأسيس دعوى التطليق وهذا ما ينتج للزوجة فك الرابطة الزوجية .

يختلف التطليق عن الطلاق كون أن الطلاق يقع بإرادة الزوج وذلك لأن العصمة بيد الرجل، أما عن التطليق فيكون بطلب من الزوجة وبإرادة القاضي، ويتدخل القاضي في هذه الحالة لأن العصمة ليست بيد الزوجة وهي لا تملك أن تطلق نفسها من زوجها لذا أجاز لها القانون والشريعة حق اللجوء إلى القضاء لإنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج2.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق

1- فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر، ص 55.

2- لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص20.

أولا : التطليق لعدم الإنفاق : النفقة واجبة للزوجة على زوج بعقد زواج صحيح وتتأكد بشروط وتقدر بحال الزوجين معا، ويراعي عند تقديرها ظروف البلد ومما جرت به العادة والعرف دون الإخلال من كفاية الزوجة بلا إسراف ولا تقدير.

وقد يمتنع الزوج عن تنفيذ التزامه بالإنفاق على زوجته تعسفا أو عجزا، وهنا يتمثل دور القاضي في التفريق لعدم الإنفاق وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في الفقرة الأولى من المادة 53 من قانون الأسرة "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ... عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع المراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون ."

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة التفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج أو امتناعه عن النفقة، فإذا ثبت ذلك لدى القاضي فإنه لا سلطة تقديرية له في ذلك لأن من واجبه في هذه الحالة أن يوقع التفريق بناء على رغبة الزوجة1.

ثانيا : التفريق للهجر في المضجع : نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 فقرة 3، من قانون الأسرة، خول للزوجة حق طلب التطليق لهجر زوجها للمضجع فوق أربعة أشهر من القاضي باعتبار أن القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، وبالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر، والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره للزوجة في الفراش ولا يهتم الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة

1- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان، ص 139.

بجانبه وقد يغاد فراش الزوجية وفي حالة طلب الزوجة التطليق بينها وبين زوجها لهجره في مضجعها فلا يجب على القاضي أن يحكم بالتطليق إلا إذا توفرت الشروط التالية، العنصر المادي والسلوك اللاشرعي المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي، العنصر المعنوي والمتمثل في نية إضرار الزوجة وليس في نيته الإصلاح والتأديب الذي يعود عليهما بالفائدة1.

ثالثا : التفريق لضرر الغيبة والحبس: اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

الرأي الأول : لا يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها بسبب غيبته أو حبسه طالت المدة أو قصرت ، بعذر كان أو بغير عذر وإن تضررت بسبب ذلك وهو قول الحنفية والشافعية والظاهرية، واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي : بما روي عن المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة المفقود أن تصبر حتى يأتيها البيان، وإذ كان هذا في امرأة المفقود فالتي غاب زوجها أولى بالانتظار حتى يرجع .

الرأي الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن غيبة أو حبس الزوج إذا طال، وتضررت به الزوجة يحق لها أن تطلب التفريق، حتى ولو ترك لها ما تحتاج إليه من نفقة مدة غيبته، لأن إقامتها بعيدا عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على عفتها مما يتعذر على الطبيعة البشرية احتماله وهو ضرر بالغ يجب رفعه وذلك بالتفريق بين الزوجين إن أبى الزوج أن يحضر إليها2.

المطلب الثالث : تطبيقات التعويض عن الضرر في التطليق

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 263

2- قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 13.

إن سلطة القاضي التقديرية للحكم في طلب التطليق تكون أحيانا مقيدة وذلك إذا قامت الزوجة بإثبات السبب المؤدي إلى التطليق حسب الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم يصبح من واجب القاضي الحكم لها بالتطليق مباشرة، غير أنه أحيانا تصبح سلطته التقديرية واسعة ومطلقة، ومن ثم قد لا يستجيب إلى طلب الزوجة الرامي لطلب التطليق، وهذا ما سنبينه فرعين، نتناول في (الفرع الأول) أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة، وفي (الفرع الثاني) نتناول الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة مع الإشارة إلى أهم الاجتهادات القضائية في ذلك.

الفرع الأول: تقييد السلطة التقديرية للقاضي في التطليق.

بعد دراستنا لأسباب التطليق طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة، نجد بأن هناك أسباب إذا ما توفرت فيها الشروط اللازمة لقيامها يكون القاضي على إثرها ملزم قانونا أن يحكم بتطليق الزوجة تحقيقا للعدل، وتطبيقا للقانون، وبالتالي تصبح سلطته التقديرية في هذه الحالات مقيدة نوعا ما بقيام هذه الشروط، وتتمثل هذه الأسباب في التطليق لعدم الإنفاق والتطليق للعيوب، وللحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، والتطليق لغياب الزوج بعد سنة والتطليق للفاحشة المبينة، وسنتطرق إلى هذه الأسباب مع ذكر الاجتهادات والأحكام القضائية التي صدرا في شأنها وذلك بنوع من الإيجاز.

إذا رفعت الزوجة دعوى أمام القضاء تطلب التطليق استنادا لسبب عدم إنفاق زوجها عليها وعلى أولادها، وجب عليها إثبات ذلك بموجب حكم قضائي يقضي بوجوب الإنفاق ، وأن يبلغ هذا الحكم إلى الزوج، ويمتنع هذا الأخير عن الإنفاق، وعندئذ يصبح من حق الزوجة الحصول على التطليق، ومن واجب القاضي الحكم

لها بذلك، وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19-11-1984 ما يلي: "متى كان من المقرر فقها وقانونا في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها ، وإذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيابيا بسنة نافذة فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلقة بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ"(1).

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 26-01-1987 ما يلي: "من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" (2)

أما في ما يخص التطليق للعيوب فقد أوجب القانون على الزوجة إثبات العيب الجنسي أو الجسمي الموجود لدى زوجها، وذلك بموجب خبرة أو شهادات طبية، ومتى ثبت ذلك بعد فوات المهلة الممنوحة للزوج شرعا وقانونا للعلاج دون أية نتيجة، فلا يبقى للقاضي سوى الحكم بالتطليق، وقد جاء قرار من المحكمة العليا بهذا الصدد بتاريخ 14-05-1984 نص على ما يلي: "من المقرر شرعا أنه لا

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم34791، بتاريخ 19-11-1984،المجلة القضائية، العدد03، لسنة1989، ص76.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 44457، بتاريخ 26-01-1987، المجلة القضائية، العدد 04، لسنة 1991، ص88.

يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها ، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم ، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتمادا على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون"(1).

كما جاء في قرار آخر صادر بتاريخ 22-12-1992 ما يلي : "من مقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية"(2).

ومن أسباب التطليق التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مقيدة، هي التطليق لغياب الزوج بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة طبقا للفقرة الخامسة من المادة 53 من قانون الأسرة. وكذا التطليق لارتكاب الزوج لجريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، طبقا للفقرة السابعة من المادة ذاتها، وما على الزوجة إلا إثبات غياب زوجها وتضررها، وكذا الحكم الذي يدين زوجها لارتكابه هذا الفعل، وما على القاضي سوى الاستجابة لطلبها تحقيقا للعدل والقانون.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم33275، بتاريخ 14-05-1984، المجلة القضائية، العدد02، لسنة 1990،ص75.

(2)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 87301، بتاريخ 22-12-1992، المجلة القضائية،العدد02، لسنة1995،ص81.

الفرع الثاني: إطلاق السلطة التقديرية للقاضي في التطليق

من الأسباب التي تجعل ممارسة القاضي لسلطته التقديرية مطلقة وواسعة، نجد الهجر في المضجع والضرر المعتبر شرعا أو الشقاق المستمر بين الزوجين، وذلك راجع لصعوبة إثباتها من قبل الزوجة مما يؤدي بالقاضي في كثير من الأحيان إلى رفض طلب التطليق لعدم إثبات السبب المستند عليه، فمنح القانون للزوجة طبقا للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة، اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق بسبب هجرة زوجها لها في المضجع لمدة تفوق الأربعة أشهر، بشرط أن تثبت ما تدعيه لكي يتوصل القاضي إلى اقتناعه لكن إثبات الهجر أمر عسير على الزوجة مما يحض طلبها بالرفض لعدم إثبات السبب المستند إليه خاصة إذا ما أنكر الزوج ما تدعيه الزوجة.

أما بالنسبة للتطليق لكل ضرر معتبر شرعا ، والذي نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الأسرة، فقد وردت العبارة عامة وشاملة، وهذا ما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة ومطلقة، ويشترط القانون على الزوجة عندما تقدم طلبها بالتطليق للضرر أن تثبت ذلك الضرر الواقع عليها بكافة الطرق القانونية الممكنة، حتى يتسنى للقاضي الحكم لها بالتطليق، وقد صدر قرار في هذا الشأن بتاريخ 02-01-1989 قضى بما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها، باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فعل الضرب ، وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغو الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة، بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة" (1)

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم54727 بتاريخ 02-01-1989،المجلة القضائية،العدد04، لسنة1999،ص95.

ومن الأسباب التي تجعل سلطة القاضي التقديرية مطلقة، التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين طبقا للفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة، حيث قضت المحكمة العليا في إحدى قرارتها الصادرة بتاريخ 24-06-1996 في هذا الشأن بما يلي: "من مستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب، وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون" (1)

المبحث الثالث: التعويض على إنهاء الرابط الزوجة بالخلع

نتناول في هذا المبحث ماهية الخلع أولا (المطلب الأول) ، ثم نبين السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الخلع:

في هذا المطلب نبين مفهوم الخلع (الفرع الأول)، ثم نبين أساسه الشرعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الخلع

نبين مفهوم الخلع من خلال تعريف لغة، أولا ثم اصطلاحا عند فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

(1)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم139353 بتاريخ 24-06-1996، المجلة القضائية،العدد02، لسنة 1997،ص96.

أولا – تعريف الخلع لغة :

الخلع في اللغة يعني النزع والإزالة، فيقال فلان نزع ثوبه، يعني أزاله وخلعه. وخلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه. وخلع النعل والرداء، يخلعه خلعا أي حرره، وخلع امرأته خلعا، بالضم وخالعا، فاختلعت وخالعته أزالها عن نفاه وطلقها فهي مختلعة1.

ثانيا – تعريف الخلع في الفقه الإسلامي :

عرف الفقهاء الخلع بأنه إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها،

وعرفه الحنفية بأنه "إزالة النكاح المتوقفة على قبول الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه. من ذلك فإنه لا يجوز عندهم الخلع في الزواج الفاسد ولا بعد الطلاق البائن ولا بعد الردة2.

وعرفه المالكية بأنه "الطلاق بعوض، وهو عقد معاوضة على البضع تملك به الزوجة فراقها ، ويملك به الزوج العوض، ولا يخفى أن هذا التعريف فيه بيان حسن لماهية الخلع"3.

وعرفه الحنابلة بأنه "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته، أو غيرها بألفاظ مخصوصة"4 .

1– ابن منظور، لسان العرب، ج 8 ص 20.

2– حاشية ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار، ج 2 ص 440.

3– عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، طبعة 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 4 ص 322.

4 – أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، ص 231.

وعرفه الشافعية بأنه "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود وراجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"1 .

ثالثا – التعريف القانوني للخلع:

لم يعط القانون تعريفا محددا للخلع وإنما اقتصر على كيفية تحقيقه من خلال ما نص عليه من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05- 02 المؤرخ في 2005/02/27، في المادة 54 منه على أنه : "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخلع نفسها من زوجها بمقابل مالي ، إذا لم يتفق الزوجين على مقابل مالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"،

وبالنظر إلى التعريفات السابقة نجد أنها تكاد تكون مجتمعة في معنى واحد ومتفقة على أن الخلع من قبل الزوجة هو معاوضة تدفعها الزوجة لزوجها مقابل مفارقتها له"2.

الفرع الثاني: التأسيس الشرعي للخلع

الأصل في الخلع قوله الله تعالى : {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}3.

ومن السنة النبوية ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إني لا

1- نفس المرجع، ص 212.

2- سليم سعدي، الخلع بين أحكام التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، ص 20

3- سورة البقرة، الآية 221.

أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: رسول صلى الله عليه وسلم: "أتردين عليه حديقته"، قالت نعم، فقال: صلى الله عليه وسلم لثابت "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة1"

وفي رواية أكثر تفصيلا رواها ابن جرير عن أبي جرار أنه سأل عكرمة، هل كان للخلع أصل؟ قال : كان ابن عباس يقول : إن أول خلع كان في الإسلام، في أخت عبد الله بن أبّي، أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم : فقالت يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا؛ إني رفعت جانب الخباء فرأيته قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا وأقصرهم قامة وأقبحهم وجها، فقال زوجها : يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي حديقة لي ، فإن ردت عليا حديقتي، قال: ما تقولين؟ قالت نعم وإن شاء زدته ، قال : ففرق بينهما2.

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز الخلع منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، فهو رخصة أمام الزوجين "إذا تشاققا، ولم تقم المرأة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدر على معاشرته، فلها أن تفتدي منه بما أعطاها، والحرج عليها في بذلها له، ولا حرج عليه في قبول ذلك منها"، وأعطيت للزوجة إذا ما أرادت التخلص من حياة زوجية لا تطيق الاستمرار فيها ، من ذلك فقد أضفوا على الخلع مجموعة من الأحكام وقد كيفوه على أنه كالطلاق على مال يعتبر يمينا في جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها المال ، والتعليق يسمى يمينا، ويعتبر معاوضة لها شبيها بالتبرع من جانب الزوجة تبدل ما تبذل لا في مقابلة مال ولا منفعة مقومة بالمال ، وإنما تبدله في مقابل تخليص نفسها من رابطة الزوجية وسلطان زوجها

1- صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع.

2- سيد قطب، في ضلال القرآن، دار الشروق، بيروت، الطبعة 12، ج 1 ص 252.

وذلك لا يعد مالا شرعا، ومن ثمة لم يكن الخلع في جانبها معاوضة خالصة وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، ويستوي في اعتبار الخلع يمينا في جانب الزوج ومعاوضة لها شبيه بالتبرعات في جانب الزوجة أن يكون من صدر منه الإيجاب الزوج أو الزوجة.

المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالخلع

إن سلطة القاضي التقديرية للحكم في التفريق بالخلع في الفقه الإسلامي تختلف عنها في القانون الوضعي ، فإذا ما رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي نجدها تدور بين من يرى أنه لا حاجة لتدخل القاضي في حكمه بالخلع ، ومن يرى بأنه لا يصح أن يقع الخلع إلا بحكم القاضي وأن له السلطة التقديرية في ذلك (الفرع الأول) ، بينما في القانون الوضعي فإن سلطته التقديرية تكون مقيدة وأحيانا أخرى مطلقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من تدخل القاضي في الخلع.

اختلف العلماء بصدد ذلك إلى رأيين :

1- الرأي الأول : يرى هذا الفريق أن الخلع لا يحتاج الى حكم القاضي وليست له أي سلطة تقديرية للحكم به ، وإنما تتم المخالعة بالتراضي بين الزوجين، ويستدل لرأيهم بقوله تعالى: {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}1. وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة والإباضية والظاهرية والأوزاعي والثوري2.

1- سورة البقرة، الآية 221.

2- ابن قدامه، المقدسي، المغني، ج 08 ص 175

وجه الاستدلال من الآية الكريمة في قوله عز وجل : "فلا جناح عليكما" ، قصد بذلك الزوجين ولم يشترط التدخل تدخل القاضي.

واستدوا أيضا بقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة ثابت بن قيس حيث قال لها "أتردين عليه حديقته" قالت: نعم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "خذها وفارقها"، فوجه الدلالة أنه لو كان الخلع إلى القاضي لما سألها النبي صلى الله عليه وسلم عن موافقتها لردّ الحديقة، ولما طلب من الزوج أن يفارقها ، لأنّ القاضي له أن يجتهد في حكمه حسب ما يرى ولا عبرة برفض أو موافقة الخصمين أو أحدهما1، وبذلك لا دخل للقاضي بالحكم بالخلع.

2- الرأي الثاني : يرى هذا الفريق أن الخلع لا يصح إلا ببحكم قضائي واعتبره شرطا في صحة الخلع ، وله السلطة التقديرية في ذلك وهو ما ذهب إليه بن سرين والحسن البصري2.

واستدلوا على ذلك بفعل الصحابة رضوان الله عليهم ، ومنه ما حدث أيام عثمان وعمر رضي الله عنهما عندما اختلعت امرأة نفسها من زوجها بألف درهم ، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فأجازه ، وكذلك الأمر حدث في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنه ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك3.

وهناك قول آخر فيه تفصيل لسعيد بن جبير حيث قال : الخلع بين الزوجين لا يكون إلا حتى يعظ الزوج زوجته ، فإن اتعظت وإلا ضربها ، فإن اتعظت وإلا

1- الكاساني، المرجع السابق، ص 894

2- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2 ص 69

3- أحمد بن الحسين، البيهقي، السنن الكبرى، مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر أباد، الهند، ج 7 ص 316

رفع أمرها إلى القاضي فيبعث حكما من أهلها وحكما من أهله فيسمع كل منهما ما يسمع يرفع ذلك إلى القاضي فإن رأى أن يفرق فرق ، وإن رأى أن يَجْمَعَ جَمَعَ 1.

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من تدخل القاضي في الخلع

بالرجوع الى نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المذاهب الفقهية في سلطة القاضي التقديرية في قضايا الخلع، حيث حدد دوره في مهمتين أساسيتين هما :

1- المهمة الأولى : تتمثل في الاستجابة التلقائية من القاضي لطلب الخلع إذا طلبته الزوجة، والتأكد من بغضها وكراهيتها دون الالتفاتة إلى رأي وإرادة الزوج، عكس ما جاءت به الاجتهادات القضائية قبل سنة 1992 التي اعتبرت الخلع عقد رضائي لا يتم إلا بموافقة الزوجين ، ولا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه ، مثلما جاء في القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 1984.06.11 والذي نص على أنه : "متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدُ انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".

وكذا القرار الصادر عن المجلس الأعلى في 1988.11.21 والذي جاء فيه : "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضاء الزوج ومن ثم كان القضاء بما يخالف المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه"2.

1- ابن حزم، المحلى، ج 9 ص 514

2- عامر سعيد الزيباري، المرجع السابق، ص 215-216

وقد صدر عن المحكمة العليا في هذا الصدد قرار بتاريخ 1984.06.11 جاء فيه: متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقد رضائي ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"1.

أما الاجتهادات القضائية الصادرة بعد سنة 1992 وبعد تعديل المادة 54 من قانون الأسرة بموجب الأمر 02.05 أصبح عقد غير رضائي ، يجوز الحكم به من غير رضا الزوج ، متى طلبت الزوجة ذلك حتى ولو لم يكن الزوج موافقا ، وفي هذا الصدد صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 2005.07.13 نص على ما يلي: "إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي"2.

وكذا القرار الصادر قبله عن المحكمة العليا بتاريخ 1996.07.30 جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنه بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا

1 – المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 33652 بتاريخ 11/06/1984، المجلة القضائية عدد 03، لسنة 1989، ص 38 .

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 336380، بتاريخ 1996/ 13/07، نشرة القضاء، ج1، العدد 61، لسنة 2006، ص 328 .

أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه1.

2- المهمة الثانية : تؤكد على ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي أو مقدار العوض في حالة عدم اتفاق الزوجين على ذلك والحكم به، حيث جاء قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006.10.11 نص على ما يلي : لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفين عليه أم اختلافا"2.

وقد وضعت المادة 54 من قانون الأسرة سقفا لمقدار الخلع لا ينبغي عليه تجاوزه وهو قيمة صداق المثل ، فيجب على القاضي عند تحديده لمقدار الخلع أن يكون محايدا ولا يتدخل لصالح أحد المتخاصمين ليرفع من مقدار الخلع أو يخفضه، وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في قرار له مؤرخ في 1968.03.22 والذي جاء فيه : "عندما يتفق الزوجان على مبدأ الطلاق بالمخالعة ويختلفان في بدل الخلع فإنه يمكن للقاضي بصفة مطلقة القيام بمهمة التحكيم وتحديد مقابل الخلع انطلاقا من مقدار الصداق المقدم للزوجة والأضرار الواقعة3.

كما قضى المجلس الأعلى بقرار مؤرخ في 1982.02.8 على أنه : "من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 141262، بتاريخ 1996/07/30، المجلة القضائية، عدد 01، لسنة 1998، ص 120 .

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 365244 بتاريخ 2006/10/11، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2007، ص 467 .

3- قرار المجلس الأعلى، بتاريخ، 22 /1968/03، مجلة قضائية العدد 01، لسنة 1989 ،ص 35 مكرر

إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها فإن قَبِل تم الخلع، وطلقت منه1.

وفي هذا الصدد أيضا أكدت المحكمة العليا على دور القاضي في تحديد مقدار الخلع في قرار صادر عنها بتاريخ 1985.04.22 والذي جاء فيه : "من المتفق عليه فقها في أحكام الشريعة الإسلامية أنه في حالة الإنفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بخلع ومن ثم يتعن على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق .

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار ورغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا2. وكذا القرار الصادر بتاريخ 2001.10.17 الذي جاء فيه : "تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع ، يحدده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه"3 .

ومن خلال ما سبق يتبين لنا جليا أن التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02.05 المؤرخ في 2005.02.27 قد جعل من

1- قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 26709 بتاريخ 1982/02/08، نشرة القضاة، عدد خاص سنة 1982، ص 258

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 1989، ص 92

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم,275497 ، بتاريخ 1985/04/22، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 2004، ص 353

الخلع حق إرادي للزوجة مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق وجعل العصمة بيده ، هذا ما أكدته المادة 54 من قانون الأسرة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا هي الأخرى بقرارها الصادر بتاريخ 2011.09.15 والذي نص على أن : "الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج"1.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم ,656259، بتاريخ 2011/09/15، المجلة القضائية، العدد 01، لسنة 2012، ص 318.

خاتمة

خاتمة

وفي الأخير وصلنا بتوفيق الله إلى نهاية المذكرة المتعلقة بالتعويض عن الضرر في مسائل الأسرة، وقد حاولنا الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، وهذا من خلال المزاوجة بين الجانب النظري الذي كانت مادته القواعد القانونية، وما جاء به الفقه والإسلامي فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر، والجانب التطبيقي الذي كان حول التطبيقات القضائية المتمثلة في جملة الأحكام والقرارات القضائية، وما صدر عن المحكمة العليا من اجتهادات تتعلق بموضوع البحث، وقد توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية :

– الخطبة وعد بالزوج، يحق لكل طرف العدول عنها، وفي حالة ما إذا ترتب عن العدول ضرر، سواء كان ضررا ماديا أو معنويا ، يحق لكل مضرور سواء أكان الخاطب أم المخطوبة ، طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه.

– إذا تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه، فإنه لا يستطيع منعه من إيقاع الطلاق لأن العصمة بيده، ولكن يحق له الحكم بالتعويض جبرا للضر الذي لحق بالمرأة من هذا الطلاق.

– إذا أحست الزوجة أن الزوج لا يقوم بواجبته العائلية ، بسبب عدم الإنفاق، أو الغيبة مدة سنة ، أو الشقاق والخصام الدائم بينهما ، أو حكم عليه بالحبس جراء جريمة فيها مساس بشرف العائلة وسمعتها، أو غير ذلك من الأضرار المعتبرة شرعا وقانونا ، جاز لها رفع الأمر للقاضي لطلب التطليق، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها.

– سلطة القاضي في الحكم بالتطليق أحيانا تكون مقيدة ، وأحيانا تكون مطلقة.

– منح القانون الزوجة حق طلب الخلع من زوجها إذا كرهته ، على مال يتفقان عليها، ويحق لها طلب التعويض إذا كان هناك ضرر ترتب على ذلك.

ثانيا : التوصيات

– دعوة فقهاء القانون والباحثين خاصة المتخصصين في قانون الأسرة إلى مزيد العناية به وشرح أحكامه وليس مجرد ربط الأحكام القضائية مع المواد القانونية

– اقتراح التعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة والذي جاء عاما وذلك لبيان كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي لتحديد المعايير والأسس التي يعتمد عليها.

– على المشرع الجزائري أن يهتم أكثر بمسألة انحلال الرابطة الزوجية بالقدر الكافي ويفرد خاصة لحالتي التطليق والخلع مواد كثيرة، حيث نجد أن المشرع الجزائري في المادتين 53 و54 وضع الأساس القانوني لنظام الخلع والتطليق، في مادة واحدة لكل منهما وهذا غير كاف على الرغم من أهمية هذين الموضوعين وفائدتهما الكبيرة في المجتمع ، نظرا لما فيما يترتب عنهما من تشتيت للأسرة وتفريق للأولاد وإن إغفاله هذا قد يؤدي إلى تضارب في الاجتهادات والأحكام واتفاقها من مجلس لآخر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادروالمراجع

أولا : القرآن الكريم.

ثانيا : النصوص القانونية

1. القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 – 09 ، المؤرخ في 4 ماي 2005.

ثالثا : الكتب

1. ابن حزم الأندلسي، رسائل ابن حزم الأندلسي، تحقيق: إحسان عباس، الجزء الثاني، المؤسسة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1987
2. ابن عابدين: محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ، 2003م.
3. ابن فارس: أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر،
4. ابن قدامة المقدسي، المغني، دار عالم الكتب، ط3 1997م.
5. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2006.
6. ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر بيروت
7. أبو القاسم عبد الكريم الرافعي، العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير الطبعة الاولى ، الكتب العلمية، بيروت،1997

8. أحمد بن علي الفيومي المقري ، المصباح المنير ، دار الحديث ، القاهرة ، مصر.

9. أحمد محمد المومني، وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2009

10. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، القاهرة.

11. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008

12. بلحاج العربي، الموجز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

13. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001

14. بن خلف: علي المنوفي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر – القاهرة، ط1 :1409هـ، 1989م.

15. البيهقي ، السنن الكبرى ، مطبعة مجلس دائرة المعارف ، حيدر أباد ، الهند.

16. الجصاص: أبي بكر محمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ط: 1412هـ، 1992م.

17. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

18. حاشية ابن عبدين، رد المختار على الدار المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

19. الحطاب : محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار عالم الكتب

20. الدريني: فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط2 :2008م.

21. الرجوب: نايف محمود، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط20081

22. زكريا الأنصاري، حاشية البجيرمي على شرح المنهاج،

23. سليم سعدي ، الخلع بين أحكام التشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية ، جامعة يوسف بن خده ، الجزائر

24. سيد قطب، في ضلال القرآن، الطبعة الشرعية الثانية عشر، دار الشروق، بيروت.

25. الشافعي أبو عبد الله محمد، الرسالة، باب الاستحسان، تحقيق أحمد شاكر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، 1358هـ-1940

26. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة تلمسان . 2013 ، 2014

27. الشربيني: شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار المعرفة، بيروت – لبنان، ط1 :1418هـ، 1997م.

28. شلتوت: محمود، الفتاوى، دار الشروق، ط18 :1418هـ، 2001م.
29. الصاوي: أحمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1 :1415هـ، 1995م.
30. صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، ط1 :1423هـ، 2002م.
31. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
32. عبد العزيز سعد، الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع
33. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، ط1، دار النهضة العربية، مصر
34. العربي يختي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى، كنوز الحكمة ، الجرائر ، 2013
35. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت.
36. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر
37. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
38. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، مطبعة طالب، الجزائر

39. لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر

40. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري

41. محمد: رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام – القاهرة،

42. منصور البهوتي، كشاف القناع في متن الاقناع الطبعة لأولى، عالم الكتب، بيروت 1997

43. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط1، 1989.

رابعا : البحوث والرسائل العلمية

1. ذمينة كنزة، رسالة ماستر، بعنوان "تعويض الضرر المعنوي المصاحب للعدول عن الخطبة"، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، السنة الجامعية: 2015 – 2016م.

2. طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره –دراسة مقارنة–، (رسالة ماجستير) جامعة وهران السانية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية 2012-2013،

3. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2004/2003

4. قويدري محمد، سلطة القاضي في فك الرابطة الزوجية مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، الموسم الجامعي 2014 – 2014.

5. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطالق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

خامسا : المجلات القضائية

1. المجلة القضائية لسنة 1989 ، عدد 03.
2. المجلة القضائية ، ، لسنة 1998، عدد 01.
3. المجلة القضائية ، ، لسنة 2007 ، العدد 01 .
4. المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 1989.
5. المجلة القضائية ، العدد 02، لسنة 2004.
6. المجلة القضائية 2001 ،عدد خاص.
7. المجلة القضائية، 1995 ،عدد 1.
8. نشرة القضاء ، ج1 ، العدد 61 ، لسنة 2006 .
9. نشره القضاة ، عدد خاص ، لسنة 1982.

الفهرس

الفهرس:

الفصل الأول: العدول عن الخطبة سبب للتعويض: 7

المبحث الأول: تعريف الخطبة وحكم العدول عنها: 9

المطلب الأول: تعريف الخطبة: 9

ثانيا: تعريف الخطبة فقها: 10

ثالثا: تعريف الخطبة في القانون الجزائري: 11

المطلب الثاني: تعريف العدول عن الخطبة: 12

أولا: تعريف العدول لغة: 12

ثانيا: تعريف العدول اصطلاحا: 12

ثالثا: تعريف العدول عن الخطبة عند الباحثين المعاصرين: 12

المطلب الثالث: حكم العدول عن الخطبة: 13

الفرع الأول: القائلون بجواز العدول عن الخطبة وأدلتهم: 14

الفرع الثاني: القائلون بكراهة العدول عن الخطبة وأدلتهم: 16

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من العدول عن الخطبة: 18

المطلب الأول: عناصر المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة: 19

الفرع الأول: ركن الخطأ: 20

المطلب الثاني: حالات انتفاء المسؤولية: 30

المبحث الثالث: أحكام القضاء المقررة للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة: 32

المطلب الأول: حكم القضاء المقرر للمسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة: 32

المطلب الثاني: مدى موافقة الشريعة الإسلامية لأحكام القضاء: 35

المبحث الأول: التعويض على إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق: 41

الفهرس: 84