وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

.

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

التعويض في مسائل الزواج والطلاق

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص:. قانون أسرة

إعداد الطالب(ة):طيبان حدرية بإشراف طحطاح علال.

لجنة المناقشة:

1) الأستاذة:.أنيسة كرتوس..... .رئيسا.

2) الأستاذ: طحطاح علال.....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:يحياوي سعيد..... ..عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة:2019/06/22.

السنة الجامعية:2019/2018 .

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

.

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

التعويض في مسائل الزواج والطلاق

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالب(ة):طيبان حدرية بإشراف طحطاح علال.

لجنة المناقشة:

1) الأستاذة:.أنيسة كرتوس..... .رئيسا.

2) الأستاذ: طحطاح علال.....مشرفا و مقررا.

3) الأستاذ:يحياوي سعيد..... ..عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة:2019/06/22.

السنة الجامعية:2019/2018 .

الإهداء

﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓاْ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ﴾ الإسراء 23

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ... ونصح الأمة....إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد ﷺ

نحمده الله ونشكره على تيسره وتوفيقه لي في إنجاز هذا العمل سائلته أن يجعله خالصا لوجهه الكريم

إلى إلى روح والدي رحمه الله ، وأسكنه فسيح جناته وإلى والدتي أطال الله في عمرها وإلى كل عائلتي.

﴿فَٱذۡكُرُونِيٓ أَذۡكُرۡكُمۡ وَٱشۡكُرُواْ لِي وَلَا تَكۡفُرُونِ﴾ سورة البقرة الأية 152

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد ﷺ القائل في الوحي المنزل عليه من سبع سموات

"لا يشكر الله من لم يشكر الناس"

أولا وقبل كل شئ أشكر الله عزوجل الذي وفقني على إنجاز هذا العمل المتواضع الذي أرجو أن يكون عملا نافعا لي ولجميع كما أتقدم بالشكر و العرفان الجزيل إلى" الأستاذ طحطاح " الذي قبل لإشراف على هذا العمل بكل صدر رحب و لم يبخل علي بمعلوماته و نصائحه الوجيهة وتوجيهاته العلمية كما أتقدم بشكر الجزيل إلى أساتذة أعضاء اللجنة كلا من الأستاذ يحياوي والأستاذة أنيسة كرتوس لقبولهم مناقشة هذه المذكرة وجزآهم الله عني كل خير

مقدمة

مقدمة :

إن كان عقد الزواج من العقود المهمة وذات طبيعة خاصة الذي يربط بين الرجل وامرأة فشرع الله سبحانه وتعالى النكاح وجعل له نظاما يحدد فيه علاقة كل من الزوجين، وجعلهما شركاء في تحمل الأعباء الحياة تجمع بينهما لمودة، والمحبة على وجه الدوام لقوله تعالى﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ سورة الروم الآية21.

فكان الزواج لذلك نظاما اجتماعيا يرقى بالإنسان عن الدائرة الحيوانية إلى العلاقة الروحية ، ونقله من حياة الشقاء والبؤس إلى حياة الطمأنينة والراحة النفسية .

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزوج اهتماماً كبيرً ووصفته بالميثاق الغليظ وحرصت على إقامة الزواج على أمتن الأسس وأقوى المبادئ لتحقيق الغاية الطيبة منه وهي الدوام ،والبقاء، وسعادة الأسرة ، وحماية هذه الرابطة من النزاع لينشأ الأولاد في جو من الحب، والود ،والسكينة ،و اطمئنان كل طرف إلى الأخر .

حيث تعتبر الأسرة إحدى دعائم المجتمع فإذا صلحت صلح المجتمع والعكس صحيح وحتى تبنى هذه الأسرة على قواعد سليمة وأسس متينة ،وثقة كاملة بين الطرفين حيث

يسبق هذا الزواج دائماً المرحلة التمهيدية وهي الخطبة ، أو ما تسمى الوعد بالزواج لما تتيحه من فرصة التروي ، والبحث لتعارف كل من الخاطبين على بعضهما البعض إذ أنها السبيل إلى دراسة أخلاق ، والطبائع ، وميول الطرفين حتى يتسنى لكل طرف معرفة الطرف الأخر قبل الارتباط للتوفير أكبر قدر من الانسجام ، والتفاهم بين الزوجين،ولهذا شرعها الشارع الحكيم كمرحلة تمهيدية لعقد لزواج.

إلا أنه قد لا تتجه إرادة الطرفين إلى إتمام هذا العقد ويتم العدول عن الخطبة في المرحلة الأولية لهذا العقد فيجوز لكل من الخاطبين العدول عنها وهو حق يمكن لكليهما ممارسته فقد يسبب العدول عن الخطبة ضرراً لطرف الأخر يثار معه النزاع حول المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية ،

فالطرف المتسبب في الضرر لا بد عليه التعويض الطرف المتضرر وهذا قد يؤدي هذا إلى نشوء الحقد والغل ونفور بين العائلات، وهذا الصفات دخيلة على قيمنا وأخلاقنا الإسلامية.

إلا أنه أحيانا يكون العدول عن الخطبة أفضل من الدخول في علاقة زواج تنتهي بالطلاق وقد تستمر الخطبة ويبرم الزواج كما تعتريه ظروف تؤدي انحلاله.

حين تنعدم العشرة بين الزوجين ولا تنسجم لهم الحياة ،ويضيق كل واحد بصاحبه ،وتتحول إلى جحيم فمن رحمة الله سبحانه وتعالى جعل لعباده الطلاق.استنادا لقول الرسول ﷺ ﴿أبغض الحلال عند الله الطلاق﴾[1]

وقد يستعمل الزوج حقه في الطلاق الذي وضعه الله بيده في غير محله أو يتمادى بالتعسف في هذا الحق فيكون الزوج ملزم بتعويض إذا ما نتج عن طلاقه ضرراً بالزوجة طالما أن الزوجة لم ترتكب أي خطأ في حق الزوج مما يعدم المبررات التي يبني عليها الطلاق التعسفي فإن الزوج المطلق في هذه الحالة يصبح ضامنا ومسئولا عن هذا الطلاق التعسفي مما يستوجب تقديم تعويض يجبر خاطر الزوجة المطلقة سواءً كان الطلاق بإرادة المنفردة، أو عن طريق التطليق، أو بواسطة النشوز، فلا بد على الزوج المطلق أن يلتزم

[1] البيهقي أبو بكر محمد بن الحسين ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ،السنن الكبرى، ج7،دار الكتب العلمية ، لبنان ،1999،باب ما جاء في كراهية الطلاق ، رقم الحديث 14894،ص327.

بتعويض نتيجة الضرر الذي لحق بالزوجة ،وذلك لجبر الضرر الذي ألحقه بها نتيجة تعسفه في استعمال حقه أو استعماله في غرض غير مشروع .

بحيث يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحكم ، ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها كما كان الضرر متنوعا بحسب المصلحة التي ينال منها ، وما إذا كانت تلك المصلحة مادية تتعلق بكيان المالي للشخص، أو أدبية تتعلق بكرامة ، والشرف ،ولاعتبار فهذه الأنواع من الأضرار تشكل في حد ذاتها أركان للمسؤولية.

والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير[1] على استمرار الحياة الزوجية لذلك شرع الإسلام الطلاق إلا أنه قد يستعمل هذا الحق في غير ما شرعه الله مما يلحق الضرر بأحدهما لذلك وجب التعويض ونظراً لأهمية الموضوع وما يثيره من إشكالات فقهية وقانونية ما يقتضي ضرورة البحث في الموضوع التعويض و ذلك لما يطرحه من مشاكل عديدة في المجتمع والوقوف عند أهم المسائل الذي يطرحه هذا الموضوع .

ومن أهم الأسباب التي دفعتني إلي كتابة في هذا الموضوع هو الأهمية الكبرى وما ينطوي عليه التعويض في مسألة الزواج و الطلاق وما يطرحه من إشكالات تثير التساؤل حول كيفية تعويض ومدى تقدير الضرر في حالة العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي فكان لا بد من البحث في الموضوع

ومن خلال هذا التقديم يمكن طرح إشكالية التالية: ما هي الحالات التعويض في مسائل الزواج والطلاق وما أحكامها ؟

[1] مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق التعويض في مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتورا، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص164

ولإجابة على هذه إشكالية اعتمدنا على الخطة مكونة من فصلين :

الفصل الأول تناولنا فيه العدول كمسألة موجبة لتعويض عن الخطبة ونتعرض للمسألة من خلال التطرق إلى تعريف الخطبة وأحكام الموجبة للتعويض والأساس القانوني أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الطلاق التعسفي كمسألة موجبة للتعويض وذلك من خلال التطرق إلى تعريف الطلاق التعسفي،وصور الأحكام الموجبة للتعويض عنه ومدى سلطة القاضي التقديرية في تقدير التعسف والتعويض.

وأنهينا البحث بخاتمة تتضمن مختلف النتائج المتوصل إليها .

وقد اعتمدت في هذه الدراسة على المنهجين المنهج التحليلي والمنهج المقارن اللذان اقتضتهما طبيعة الموضوع.

الفصل الأول

العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض

الفصل الأول: العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض

يسبق عقد الزواج كما هو معروف عند مختلف المجتمعات مرحلة تمهيدية تسمى الخطبة وهي مرحلة تمهيد يتم تعرف الخاطبين على بعضهما البعض قبل الإقدام على عقد الزواج.

ولأن عقد الزواج من العقود الخاصة وذات الأهمية البالغة وللحفاظ على الرابطة الزوجية المقدسة والتي تجمع بين الزوجين على أساس المحبة، والمودة،وإنجاب ذرية صالحة فلابد أن تكون بداية هذا العقد مبنية على الثقة الكاملة بين الزوجين فيجب على الطرفين في تبيان الرغبة في الارتباط، أو عدم الارتباط قبل الدخول في عقد الزواج لأنه عقد أبدي لا بد أن يبنى على أسس وقواعد سليمة ،ولذلك شرعت الخطبة .

المبحث الأول: ماهية الخطبة

إن الخطبة مرحلة تمهيدية للزواج، وأثناء هذه الفترة قد تتلاقى رغبة الطرفين في إتمام هذا العقد وقد لا تكون هذه الرغبة فيضطر أحدهما إلى العدول عن إتمام عقد الزواج.

وقبل الخوض في مسألة التعويض لابد من التعرض لمفهوم الخطبة ثم لطبيعتها القانونية، وذلك في مطلبين منفصلين .

مطلب الأول: مفهوم الخطبة

لقد عرفت الخطبة على أنها مرحلة تمهيدية لعقد الزواج، أووعد بالزواج حسب أقوال الفقهاء وعليه سنتعرض في هذا المطلب لتعريف الخطبة لغة ثم اصطلاحاً.

الفرع الأول: تعريف الخِطْبة لغة

الّخطِبَةَ مصدر خَطَبَ المرأة يخطبها خَطباً وخِطبة بالكسر الخاء، وخطب المرأة يخطبها خطباً وجمع أخطاب [1]، والخِطْبَةُ بطلب المرأة للزواج قال الله تعالى

﴿وَلَاجُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَاعَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ﴾سورة البقرة : أية 235

الخطبة: فعلةُ كقعدة وجلسة، ويقال خطب المرأة يخطبُها خطباً، أي طلبها للزواج بالوسيلة المعروفة بين الناس، ويقال رجلُ خطّابُ: كثير التصرف في الخطبة والخطيب، والخاطب والخطبُ الذي يخطب المرأة وهي خطبه وخطيبتُهُ[2]

خطبة بكسر الخاء المعجمية أي عند التماس النكاح من الزوج ثم من الولي لإجابته أو الاعتذار له[3].

---

[1] ابن منضور،لسان العرب،تحقيق خالد رشيد القاضي ،دار أيمك ،الجزائر،طبعة أولى، ج4،2008 ،ص129.

[2] السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي ، القاهرة، ط21، مج 2، 1999،ص 16.

[3] محمد عليش، شرح منح الجليل على المختصر العلامة خليل، ط1،مج3 ،1995،ص5 .

الفرع الثاني :تعريف الخطبة اصطلاحا

عرف الفقهاء الخطبة بتعارف متقاربة فقد عرفها المالكية بأنها"التماس النكاح من جهة المخطوبة "،وعرفها الحنابلة" خطبة الرجل المرآة لينكحها"

والخطبة . بكسر الخاء . هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة خالية عن نكاح وعدة[1].

كما تعرف الخطبة :بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك وقد يتم هذا إعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله[2] .

ويعرفها الأستاذ بلحاج العربي الخِطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[3].

كما نص المشرع الجزائري في المادة05/ 01 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02على أن الخطبة وعد بالزواج.[4] حيث يتضح من هذا نص أن المشرع لم يعطي تعريفا دقيقا للخطبة واكتفى ببيان طبيعتها القانونية. أي يجوز لكل من الخطبين أن يعدلا عن وعده، وفي أي وقت شاء.[5]

أما مفهوم الخطبة في المجتمع الجزائري عبارة عن اتفاق تسبق قراءة الفاتحة ويقع غلبا بين والدي الخاطبين، أو أوليائهما وينتهي بإيجاب والقبول المصاهرة بين العائلتين دون

---

[1]محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة ،لبنان، بدون ط، بدون سنة النشر،ص39.

[2]وهبةالزحيلي، الفقه إسلامي وأدلته، ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، ج7، 1985 ،ص 10

[3]بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الخطبة ،الزواج ،الطلاق ،الميراث)،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط4 ، 2005،ص44.

[4]**قانون رقم 11.84مؤرخ في09 يونيوسنة1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 11 مايو سنة 2006،الجريدة الرسمية الجمهورية الديمقراطية الشعبية ،العدد، 24،جوان 1984.**

[5]**سعاد لعلي، الزواج و انحلاله في قانون الأسرة، رسالة دكتورا،جامعة الجزائر، كلية** الحقوق، 2014، ص25.

إبرام أي عقد وبهذا المعنى تكون الفاتحة عبارة عن عقد زواج شفهي وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية فيه رضا المتعاقدين وولي الزوج و الزوجة، إضافة إلى شهود والصداق والعلانية[1]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية والفقهية للخطبة

إن الخطبة في الشريعة الإسلامية ليست بعقد وإنما هي مرحلة تمهيدية لعقد الزواج.

بحيث تعطي لكلا الطرفين فرصة لمعرفة و الاختيار لإبرام هذا العقد لقول رسول ﷺ " ما خاب من استخار وما ندم من استشار ".

و سأتعرض لطبيعة خطبة في الفقه الإسلامي ثم في الفقه القانوني .

الفرع الأول: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

إن فقهاء الشريعة الإسلامية متفقون على أن الخطبة وعد بالزواج لكن اختلافهم يكمن في إلزامية هذا الوعد هل هو وعد ملزم أم غير ملزم .

الاتجاه الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به

يري أ صحاب هذا الاتجاه بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به فالوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء جاه الأخر وعدًا لازماً بالزواج، وواجب الوفاء به وذلك استنادًا لما ورد في شريعة لإسلامية وقد قال هذا مجموعة من الفقهاء منهم ابن حجر العسقلاني، وابن شاط وبن القيم، وقد استدلوا هؤلاء الفقهاء بما يلي[2]:

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر،ط1، 2007 ص18.

[2] بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر ، ط2007،1،ص65- 66 .

أولا: من القرآن

قوله تعالى ﴿وَٱذۡكُرۡ فِي ٱلۡكِتَٰبِ إِسۡمَٰعِيلَۚ إِنَّهُۥ كَانَ صَادِقَ ٱلۡوَعۡدِ وَكَانَ رَسُولٗا نَّبِيّٗا﴾ سورة مريم الآية ﴿٥٤﴾

وجه الاستدلال :

قالوا بأن الله أثنى في هذه لأية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد و هذا دليل على أن الوعد ملزم يجب الوفاء به[1]

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ﴿٢﴾ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾سورة الصف الآية ﴿٣﴾

قال ابن حجر " والدلالة للوجوب منها قوية فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعد الشديد "

ثانيا: السنة النبوية

عن النبي ﷺ ﴿قال أيةُ المُنافق ثلاثُ إذا حَدَثَ كَذَبَ وإذ وَعَدَ أَخْلَفَ وإذا أُوْتُمنَ خَانَ﴾وقوله كذلك ﷺ أربعٌ مَنْ كُنَّ فيهِ كان مُنافِقاً خالصاً وَمَنَ كَانتْ فيهِ خَصْلَةٌ مِنهنَّ كانت فيه خصلة من النفاقِ حتى يَدَعَهَا ﴿إذا أُؤْتُمِنَ خان وإذا حدَّث كَذَبَ وإذا عاهَدَ غَدرَ وإذا خاصم فجَرَ﴾[2]

[1] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوءا لكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع ط 1،1999،ص69.

[2] محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق، رقم الحديث33-34 ،دار ابن كثير للطباعة للنشر والتوزيع، بيروت، ط1، 2001، ص19- 18.

وجه الاستدلال:

ذكر ابن حجر في شرحه للحديث أن ابن عبد البر وابن العربي فلا أجلّ من قال بوجوب الوفاء بالوعد عمر بن عبد العزيز[1]

الاتجاه الثاني: الخطبة وعد غير ملزم

تعتبر الخطبة وفقا لهذا الرأي، وعد غير ملزم، ولكن يندب الوفاء به لأن ذلك من مكارم الأخلاق، وقال بها جمهور العلماء ويمكن الاستدلال على أن الخطبة وعد غير ملزم بما يلي:

. الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء وعليه تعتبر الخطبة وعد بالزواج غير ملزم كذلك.

وقد استدلوا على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء،وقالوا "فإنجاز

الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع، وليس لفرض لاتفاقهم على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرمأء [2]

ما رواه البخاري في باب تفسير ترك الخطبة " قال عمر: لقيت أبا بكر فقلت إن شئت أنكحتك حفصة بنت عمر فلبثت ليالي ثم خطبها رسول صَلىَ اللهُ عليْهِ وَسَلَم فلقيني أبو بكر فقال : إنه لم يَمنعني أن أرجع إليك فيما عرَضتَ إلا أنني قد علمت أن رسول الله ﷺ قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر الرسول ﷺ﴿لو تركها لقبلتها﴾[3]

[1] . بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص71.

[2] نفس المرجع ، ص71

[3] رقم الحديث5145 ،سبق تخريجه.

وكذلك ما جاء في المبسوط " أن الخطبة غير العقد "، وما جاء في حاشية الصاوي بأن الخطبة غير لازمة[1]

وما ذهب إليه أبو زهرة الخطبة ليست عقداً بل هي وعد بالعقد،وليس للوعد بعقد الزواج قوة العقد، وذلك لتوفر حرية الاختيار كاملة فإن ذلك من مصلحة العاقدين،ومن مصلحة المجتمع لأنه عقد الحياة والتروي فيه أمر لابد منه،ولو ألزم الخطيب خطبته لكان في ذلك حمل به على العقد قبل أن تتوفر كالأسباب الدرس والفحص.[2]

كما يرى وهبة الزحيلي أيضا أن الخطبة ليست زواج وإنما هي وعد بالزواج[3]إذا تمت الخطبة، واستوفت لشرائطها اللازمة، ووافقت المخطوبة، أو من له حق الموافقة على الخطبة فلا يعتبر زواج أو لا يترتب عليها أحكام الزواج وإنما هي مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته [4]بحيث أجمع الفقهاء على أن الخطبة ليست إلا تمهيد للزواج أو وعد به.

•الرأي الراجح:

بعد إتيان كلا من الرأيين نرى أن يجمع غالبية من الفقهاء أن الرأي الثاني هو أولى بترجيح والذي يعتبر أن يعتبر أن الخطبة وعد غير ملزم فإن كانت الخطبة وعد غير ملزم فهذا يرتب مفسدة عظيمة تتمثل في إبرام الزواج على إكراه ،وهو ينافي مقاصد الشريعة الإسلامية ، وتنعدم فيه الألفة والترحم ،وبتالي يسلك الزوجان سبيل الطلاق . [5]

كما أن حكم الرجوع على الخطبة محرم على قول قلة من أهل العلم ومكره عند جمهور أهل العلماء إذا كان من غير سبب فإذا كان السبب واضحا فإنه جائز ،ومبنى تجويز العدول عن

---

[1] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق،ص 72.

[2] أبوزهرة، محاضرات في عقد الزواج،دار الفكر العربي،ط2، بدون سنة النشر ،ص65.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 25

[4] بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي،دار الفجر لطباعة والنشر، بدون ط، بدون سنة النشر، .ص43.

[5] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ،ص73

الخطبة كما علمنا أن الخطبة وعد بالزواج من الطرفين ،وليست عقداً ملزماً لطرفين تبنى عليه الحقوق وتفرض العقوبات على الإخلال به فاعتبر لإخلاف الوعد من الأخلاق الذميمة التي تحذر منها الشريعة الإسلامية لقوله تعالى

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفۡعَلُونَ ۝٢ كَبُرَ مَقۡتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفۡعَلُونَ﴾سورة الصف لآية۝٣ ، و قد اعتبر الرسولﷺ لإخلاف الوعد من صفات المنافقين حيث جاء في حديث الرسولﷺ﴿قال أيةُ المُنافق ثلاثُ إذا حَدَثَ كَذَبَ وإذ وعدا خْلَفَ وإذا أُوْتُمنَ خَانَ﴾[1]

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الجزائري

الخطبة وعد بالزواج غير ملزم، ولكلٍ من الطرفين العدول عنها وذلك أخذاً بمبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه في المستقبل، دون ضغط أو إكراه وقد نص قانون الأسرة الجزائري ذلك حيث ورد في المادة 5المعدلة بالأمر 02/05 على أن الخطبة وعد بالزواج ويجوز لطرفين العدول عن الخطبة، وطبقا للمادتين 71و72 من القانون المدني فإن مجرد الوعد لا ينشئ التزام فالقانون وصف الخطبة أنها وعد بالزواج ويحق لكل طرف العدول عن الخطبة كما جعله حقا مؤسسا[2]مستندا في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي ومتأسيا بأمثاله من المشرعين العرب ولو اقترنت الخطبة بقراءة الفاتحة فهذا لن يرفع من قيمتها الإلزامية شيئا فستضل وعد غير ملزم[3]وبالتالي ليست للخطبة أثر ملزم من الناحية المالية فلا يجوز إلزام الخاطب بأن يدفع لمخطوبته مالا أو غيره لأنه إما هي إلا وعد أو تواعد بإنشاء عقد النكاح .[4]

[1].رقم الحديث 5145 ،سبق تخريجه

[2]بلقاسم شتوان، المرجع السابق ،ص47.

[3]بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص82.

[4]عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار ،عنابة ،بدون طبعة،2006، ص 19-20.

وقد قرر القضاء في بلاد المغرب العربي " على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يفيد أحد من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية، وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 05[1]

وقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج وهذا ما جاء في المدونة الأسرة المغربية الصادرة سنة 2004 في مادتها الخامسة على أن"الخطبة تواعد بين الرجل وامرأة على الزواج"كما نصت مجلة الأحكام العدلية التونسية في الفصل الأول على ما يلي "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يقضى به " ، وكذلك نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدايا لا تكون زواجا".[2]

كما كيفت الخطبة بأنها وعد بزواج وليس عقد استنادا للفقه الإسلامي حيث صدر قرار من المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم (81129) من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها .

ولصحة الزواج لابد من توفر أركانه من رضا الزوجين وولي و شهيدين وصداق وبعد التعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02.05 أصبح الركن الوحيد في الزواج هو الرضا ولما ثبت في . قضية الحال . أن شهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم

لوليمة الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على تفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنى نص المادة 05 من قانون الأسرة أو هو بمجلس العقد على معنى

[1]بلحاج العربي أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، بدون ط، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 613-612

[2]بن شويخ رشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ،الجزائر،ط2008،1،ص32.

نص المادة 09 من قانون الأسرة، مما عرض قرارهم للقصور في التسبيب ومخالفة المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

ما يمكن استخلاصه من القرار أن الخطبة لا تعد زواجاً حتى وإن اقترنت بالفاتحة حسب نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني : العدول عن الخطبة كأساس للتعويض

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا و معنويا فمجرد الوعد لا يلزم الوفاء به لكن إذا حدث ضرر بسبب العدول عن الخطبة فهل يلزم التعويض وعلى أي أساس يتم التعويض .

المطلب الأول: الموقف الفقهي والقانوني من التعويض عن الخطبة

كما وقد أشرنا سابقا أن الخطبة ليست بعقد ، وأن هذا الوعد غير ملزم عند أغلب الفقهاء ولهذا اختلف الفقهاء في أحكام التعويض نتيجة العدول عن الخطبة .

ولذلك سأتعرض في الفرع الأول إلي تعريف التعويض ثم في الفرع الثاني إلى الموقف الفقهي من التعويض وبعدها إلى الموقف القانوني في الفرع الثالث .

الفرع الأول :الفر ع الأول : تعريف التعويض

قد يلحق الشخص المعدول عنه أضرار مادية تتمثل في مصاريف تجهيز بيت الزوجية من قبل الخاطب وقد تقوم الخاطبة بشراء جهازها ناهيك عن الأضرار المعنوية والألم النفسية فعدول الخاطب أو المخطوبة يحتاج إلى تعويض الطرف المتضرر.

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81129، بتاريخ 1992/03/17، اجتهاد قضائي، عدد خاص،2001،ص30، نقلا عن العيش فضيل، قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،ط2 ،2005،ص18.

أولا تعريف التعويض لغةً:

التعويض مأخوذ من العِوَضُ: البَدَلُ والعوْضُ، مصدر قولك عاضه عَوْضاً، وعياضاً، ومعُوضةُ، جمع الأعَوَاضَ، وفي حديث أبى هريرة فلما أحل الله ذلك للمسلمين يعني الجزية، عرفوا أنه قد أعاضهم أفضل مما خافُوأ[1]،ونقول (عَاضَهُ ، وأعَاضَهُ)،وعَوْضَهُ تَعْوِيضاً، و(عاوَضَهُ) أي أعَطَاه العِوَض،واسْتَعَاضَ أي طلب العوض والمستقبل التعويض.[2]

ثانياً . تعريف التعويض اصطلاحا:

سأتعرض إلى تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

أ- تعريف التعويض في الفقه الإسلامي :

لم يذكر كتب فقهاء القدامى لفظ تعويض بعينه،وكلها استعملت بدله لفظ الضمان، بحيث عرف على أنه " هو واجب رد الشيء، أو بدله بالمثل أو بالقيمة "، أما بنسبة للفقهاء المعاصرين فقد عرف بأنه " جبر الضرر الذي يلحق المصاب، وهو تغطية الضرر الواقع بالتعدي، أو الخطأ ".

فالقصد من التعويض هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو بالخطأ فضرر لا يزال بالضرر، أما التعويض أو التضمين ففيه نفع بجبر الضرر، وترميم أثاره.

كما عرف التعويض هو المال الذي يحكم به على كل من أوقع ضرراً على غيره

في نفس أو مال،أو شرف "ومنه نخلص إلى تعريف " التعويض هو المال الذي يحكم به من أوقع ضرراً على غيره أو نفس أو المال " [3]

---

[1] ابن منظور،المرجع السابق،ج 9/8،ص464.

[2] زين الدين أبي بكر الرّازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي ، لبنان،بدون طبعة،2005،ص 228.

[3] محمد بن المدني أبوساق، المرجع السابق،ص 151-154-155.

وعرفه وهبة الزحيلي " هو التزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية "[1]

الفرع الثاني:الموقف الفقهي من التعويض عن العدول عن الخطبة

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى موضوع التعويض، إلا أنبعض العلماء في عصرنا الحالي قد اختلفوا في وجوب التعويض في حالة العدول عن الخطبة على مذهبين

أولاً . المذهب أول :الرأي القائل عدم التعويض مطلقاً

يذهب أصحاب هذا المذهب إلى عدم التعويض مطلقاً عن الضّرر الناجم نتيجة العدول عن الخطبة،وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

1)إن الخطبة ليست عقد وإنما هي وعد بزواج وعليه فلا ترتب أي التزامات لكلا الطرفين في حالة ما إذا تضرر أي من الخاطبين نتيجة هذا العدول عن الخطبة.[2]

2) إن الطرف المتضرر في حالة العدول قصر، ولم يحتط لنفسه بأن ترك أمر إجراء عقد الزواج إلى المستقبل وقام أثناء فترة الخطبة بأعمال ما كان ليقوم بها لولا ارتباطه بوعد الزواج فهو في تهوره مقصر في النظر وليس من العدل تحميل غيره ثمن تقصيره .[3]

3) إن الطرف الذي وقع في الضرر يجب أن يكون متوقعا لهذا الضرر لأنه يعلم أن للطرف الأخر حق العدول فالضرر نتيجة لاغتراره، ومن المقررات الفقهية أن من يقع في ضرر بسبب اغتراره ليس له أن يضمن أحد وقوع الضرر بالفعل نتيجة لتغرير، وأن الضرر يزال[4] لقول الرسول ﷺ ﴿ **لا ضرر ولا ضرار**﴾[5]

---

[1] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ،دار الفكر المعاصر،دمشق،طبعة التاسعة ،2012 ص22

[2] جميل فخري ناجم، مقدمات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الهامة للنشر والتوزيع ، الأردن، ط 1،2009 ،ص124.

[3] عبير ربحي شاكر القدومي التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر ، الأردن ،ط1، 2008،ص78.

[4] أبوزهرة، المرجع السابق، ص83.

[5] محمود بن يزيد القز ويني ،سنن ابن ماجة ،دار إحياء التراث العرب ،رقم الحديث 2340.

كما ذهب الشيخ محمد بخيت إلى أنه لا تعويض في حال العدول عن الخطبة لأن الخطبة ليست بعقد،وإنما هي مجرد وعد بالعقد وإلزام في هذا الوعد، والعادل إنما استعمل حقه الشرعي فقط .[1]

4) إن القول بالتعويض في حالة العدول فيه إكراه ضمني على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج ، وهذا يتنافى مع خصوصية هذا العقد من الحرية التامة والرضا المطلق.[2]

5) إن الضرر الذي ينشأ عن العدول عن الخطبة كالنفقات التي تنفق على الخطبة والمشروبات ناتجة عن استجابة الخاطبين للأخر قبل أن يبرم العقد وكذا من تأثيث للمنزل، وخروج من الوظيفة فيه نوع من الاستعجال كان لهم متسع من الوقت والتفكير، و المفروض على القوانين أن تضع حد للتقليل من الخطأ فبهذا التعويض تفتح باب واسع لتمادي الناس في الخطأ . [3]

6) إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب و الدوافع التي دفعت إلى العدول، كما يتطلب بيان الضرر الناشئ عن العدول، وتقدير حجمه لتحديد التعويض المناسب وفي ذلك كشف لعيوب وأسرار الخاطب و المخطوبة أولى بالستر لقولهﷺ﴿**وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِماً سَتَرَهُ الله فِي الدُنْيا و الآخِرةِ**﴾[4]

***مناقشة المذهب القائل بعدم لتعويض:**

1 . إن الاستدلال بأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم قضاءً، وإن كان مندوبا ديانة ما لم يكن العدول لمصلحة شرعية فإذا استعمل العادل حقه الشرعي لكن هذا الحق غير

---

[1] سعادي لعلي، المرجع السابق، ص36.

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 81.

[3] جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق ، ص 126 .

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص77.

مطلق كأن يستعمله لمصلحة غير مشروعة أو إساءة الآخرين كما أنه قد يتعسف في هذا الحق.[1]

2 كما أن قولهم أن الضرر كان نتيجة لتهور وتقصير، يقول البعض أن الخطبة تمهيد للزواج لابد أن تبنى على الثقة،والمودة ، والمحبة بين الطرفين،والحذر في التصرف يبعث على النفور، وعدم الاستقرار وهذا يتنافى مع أسس بناء الأسرة.[2]

3 . إن الاستدلال بأن التعويض يتطلب بيان الأسباب، والدوافع التي أدت إلى العدول ينتج عنها كشف للأسرار يرد عليه لا يمكن أن تكون هذه الأخيرة عذر نختبئ ورآه.[3]

4 . إن التعويض في حالة العدول عن الخطبة لا يجبر على إتمام عقد الزواج، وإنما هو التعويض العادْل للمضرور، وجبر الضرر بحيث يكون حسب ظروف العادل، وجسامة الضرر.[4]

5 . يقول السرطاوي أن تأييد مبدأ التعويض عن الضرر إذا كان الضرر قد نشأ نتيجة الوعد بالزواج وذلك كأن تطلب منها ترك العمل، أو تطلب منه جهازاً معيناً فيفعل أحدهما ما طلب منه ثم يكون العدول فالضرر نشأ لاعن مجرد العدول بل كان للعادل دخل فيه، وهذا النوع من التغرير يوجب الضمان.[5]

ثانياً. المذهب الثاني : الرأي القائل بالتعويض مطلقاً

يذهب جانب من الفقه المعاصر إلى تعويض الضرر نتيجة العدول عن الخطبة وقد استندوا بما يلي:

---

[1] جميل محمد فخري ناجم، المرجع السابق ، ص131 .

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 83.82.

[3] جميل فخري ناجم، المرجع السابق ،ص132 .

[4] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 83.

[5] محمو د علي السرطاوي، شرح قانون أحوال الشخصية، دار الفكر ، الأردن، ط3، 2010، ص 23.

عن أبي سعيد الخذري عن النبي ﷺ قال : ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾وجه الدلالة:

1نهى الرسول ﷺ عن إيقاع الضَّرر،ولابد من معاقبة من لا يلزم بالنَّهي بأي صورة كانت استنادا لقاعدة﴿ الضرر يزال ﴾وطريق إزالته هو التعويض.[1]

2 . إن الخطبة وعد بالزواج،والعدول عنه حق مشروع لكلا الطرفين،لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر عند عدم الوفاء بما يتناسب مع الضّرر الذي تسبب به .[2]

3 . يقول مصطفى مرعي نحن لا ننكر على الخاطب حقه في العدول لكننا نلزمه بأن يستعمل هذا الحق في عناية وحرص حتى لا يتسبب لمخطوبته ضرراً، أو حتى لا يسبب للمخطوبة إلا أقل ضرر ممكن فليس له أن يتركها معلقة برحمته أمدا طويلا ثم يأتي بعد ذلك ويزعم أنه راجع نفسه فوجد نفسه ألا يقترن بها .[3]

4 . لما كان الإجماع منعقداً على أن الوعد بالخطبة ليس ملزماً بالزواج حتى عند فقهاء المالكية بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج ولإجماع على الوعد أنه يجوز الإكراه فيه بشكل ما كان لا بد من اعتباره الضرر الناشئ عن النكول بهذا الوعد فلابد من القول بوجوب التعويض عنه.[4]

***مناقشة المذهب القائل بتعويض مطلقا**

1 . إن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر، تعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض يرد عليه بأن العدول عن الخطبة حق، والحق لا يترتب عليه تعويض.

---

[1]عبير ريعي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 80.

[2]جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص127.

[3]مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، بدون ط، الجزائر، 1992.ص116.

[4]مصطفى السباعي، شرح قانون الحوال الشخصية، دار الوراق لنشر والتوزيع، ط9، ج1،2001، ص64.

2. كما أن الاستدلال بأن العدول عن الخطبة حقُ مشروع لكنه مشروط بعدم الضرر .

فإذا ألحق ضررا بالطرف الأخر وجب عليه التعويض،يرد :بأن ذلك القول : يتعارض مع الحكمة من مشروعية الخطبة كما أن فيه إكراهاً ضمنياًعلى إتمام عقد الزواج مما يترتب عليه إلحاق الضرر .[1]

3. إن الخطبة ليست عقد زواج وإنما وعد بالزواج، وكل واحد من الخاطبين يعلم هذا الحكم الشرعي أو مفترض علمه والضرر الذي يصيب أحد الطرفين نتيجة العدول عن الخطبة ما هو إلا حق شرعي استعمله العادل للعدول عن الخطبة وبتالي لا يلزمه التعويض.[2]

4 . أماعن الاستدلال بالحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار " فالنبي ﷺ نفى إيقاع الضرر ولم ينفي وقوعه لان الضرر واقع في حالة العدول، والمطلوب رفعه وهذا يتنافى ومشروعية الخطبة والتي شرعت لتعارف وتقريب الطرفين،وكل من الطرفين يتصرف على هذا النحو فإذا وقع ضرر كان نتيجة تهوره واغتراره.[3]

***الرأي الراجح:**

بعد هذه مناقشة للآراء والاعتراضات التي وجهت في كل رأي يرى جانب من الفقه المعاصر أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا في كتبهم لهذه المسألة وبناءً عليه فإنهم لا يقولون بتعويض عن الضرر العدول عن الخطبة وهو الرأي الراجح. كما إن عقد الزواج يصح ديانة وقضاءً بالإيجاب والقبول مع وجود الشهود، وهذا ليس فيه عناء كبير على

[1] جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق،130.

[2] محمود علي السرطاوي المرجع السابق، 24.

[3] جميل فخري ناجم، المرجع السابق ،ص226.

الناس فتلافياً لما قد يحدث من التصرفات المحرمة زمن الخطبة والتصرفات التي قد تلحق ضرر بأحد الخاطبين نتيجة عدول الطرف الأخر .[1]

فإن القول بالتعويض في حالة ثبوت دخل الظرف العادل في إيقاع الضرر قد سلم من المعارضة وبناء عليه يحكم بالتعويض ،أما يقرر التعويض مطلقاً، أو في حالة العدول وثبوت الضرر بغض النضر عن أن يكون للعادل يد في إيقاعه، هذا وينضر في قيمة التعويض إلى جملة من الاعتبارات من مقدار الضرر ومدى جسامة الضرر .[2]

الفرع الثالث: الموقف القانوني من التعويض

لم يهتم فقهاء القانون بوضع تعريف دقيق للتعويض، وهذا نتيجة لوضوح فكرته وعناصره في التشريعات الوطنية بحيث نص المشرع الجزائري في المادة 132 [3]على " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ...،ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بفعل الغير المشروع " .[4]

كما رتبت المادة124 من ق.م ج التزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضرر بأفعاله للغير وعرف أيضاً بأنه عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع.[5]

كما صرح المشرع الجزائري في مادته الخامسة بأن الخطبة وعد بالزواج أو تمهيد لعقد الزواج مستند في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي فتأسسا بأمثاله من

---

[1]محمود على السرطاوي ، المرجع السابق ،ص 24.

[2] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص77.

[3]الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق62 سبتمبر سنة 1975يتضمن القانون المدني المعدل إلى غاية القانون رقم 07 -05المؤرخ في 13 مايو سنة 2007.

[4] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق ص78.

[5]محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص128.

المشرعين العرب، ولو اقترنت الخطبة بالفاتحة فهذا لا يجعلها إلزامية،وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته فقد قررت الحكمة العليا بأن الأصل في الخطبة، وفي غالب الأحيان أنها مقدمة للزواج وليست زواج وتكيف الخطبة بأنها وعد بالزواج.[1]

. إذا ترتب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي الأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض بمعنى أن الحكم بالتعويض جائز و للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض.[2]

كما أنه يقضي بجواز الحكم بالتعويض العدول عن الخطبة وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم المصرية هذه الواجهة.

المطلب الثاني: الأحكام القانونية للتعويض

إن جبر الأضرار بالتعويض المالي أمر سائغ في الشريعة الإسلامية،وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار فمن القرآن ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ الآية 194من سورة البقرة وقوله ﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ﴾.لأية 126من سورة النحل.

وهذه الآيات تدل على معاني كثيرة إلا أن المفسرين ذكروا من بين هذه المعاني على مشروعية التعويض ولقد جاء في تفسير جامع البيان ما يدل على وجوب الرجوع إلى الإمام في جميع المظالم، وهو بتالي يحكم بالعوض، وهو ما أكده القرطبي في تفسيره فقال يجوز أخذ العوض كما لو تمكن الأخذ بالحكم من الحاكم وهذا يدل على مشروعية التعويض

[1] العربي بختي أحكام الأسرة في الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ،بدون طبعة2013 ،ص13

[2] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق، ص100

في صورته المهذبة الخالية من الانتقام والفساد[1]وسأتعرض في هذا المطلب إلي أساس التعويض ثم إلى شرطه

الفرع الأول: أساس التعويض

اختلف الفقهاء في القانون الوضعي في تكيفهم للخطبة على أنها عقد أم مجرد وعد بالزواج و إن كانت أغلب التشريعات قد نصت على التعويض على العدول عن الخطبة بما فيها القانون الجزائري الذي نص على ذلك في مادة 5 من قانون الأسرة الجزائري إلا أن الفقه اختلف حول تحديد أساس هذا التعويض، وانقسم إلى أربعة اتجاهات

. أولاً المسؤولية التقصرية أساس التعويض عن العدول الخطبة

حاول بعض الفقهاء الاعتماد على نظرية المسؤولية التقصرية بجعلها أساس يعتمد عليها القاضي عند الحكم عن التعويض فمتى توفرت أركان المسؤولية التقصرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية رتب تعويض لطرف المتضرر.[2]

فإذا اعتبرنا الخطبة مجرد وعد كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي وغيره من القوانين الدول العربية التي اتخذت نفس اتجاه فإن الذي يجب تطبيقه هو قواعد المسؤولية التقصرية .[3]

[1]محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبليا للنشر والتوزيع ، الرياض، ط 1،1999، ص155

[2]عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة،منشورات جامعة باجي مختار ،عنابة، بدون ط،2006،ص 22.

[3]فؤاد بن شكرة ، أثار العدول عن الخطبة في ضل مدونة الأسرة رسالة ماجستير، جامعة محمد الاول ،كلية العلوم القانونية و الادارية والاجتماعية وجدة،2009ص 70

إن معيار الخطأ التقصيري هو معيار معروف، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة، خطأ يستوجب المسؤولية التقصرية، لأنه ألحق ضرراً بصاحبه .

والضرر إما مادي وهو : إخلال محقق بمصلحة ذات قيمة مالية : وإما أدبي وهوما يصيب الشرف، ويمس كرامة الشخص واعتباره بين الناس .

كما أن نظرية الفعل الضار بفروعها الواسعة في التشريعات المدنية، لا تعدو أن تكون جزءاً من نظرية الضمانات بالتعدي أو الإتلاف أو التسبب في الفقه الإسلامي تلك النظرية التي تعتبر أشمل من كل فقه قانوني أخر وأصل فيها قوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " والضرر إلحاق مفسدة بالغير والضرار مقابلة الضرر بالضرر فوجب أن يمنع ضرر الغير مطلقاً.[1]

وأما المحاكم المصرية فقد ذهب بعضها إلى عدم التعويض، وذهب العض الأخر إلى جواز التعويض والذي استقر عليه القضاء في مصر هو ما قررته محكمة النقض المصرية في عام 1939 فيما يلي :

. الخطبة ليست بعقد ملزم .

ـ مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض .

. إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعالاً أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصرية .[2]

ثانياً. التعسف في استعمال الحق كأساس التعويض العدول عن الخطبة

1. تعريف التعسف

[1] د. أحمد فراج حسين، أحكام الزوج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر،بدون طبعة، 2004، ص79-80

[2] د. جميل فخري ناجم، المرجع السابق، ص136

أ- **تعريف التعسف لغة:** (عسفْ عسفاً: أخذه بالقوة) و (عسف عن الطريق يعسف : مال وعدل) (ورجل عسوف : إذا كان ظلوماً .ولذا يسمى الأجِيرُ المستهان به:

بالعَسِيفُ والتعسف مأخوذ من عَسَفَ يَعْسف عَسْفاً . و العَسْف.: السير بغير هدى، والأخذ على غير الطريق يقال عَسَفَ الطريق : أي سار فيه على غير هدى ولاجادة،) .[1]

وعسف السلطان أي ظلم ،وفي الحديث لاتبلغ شفاعتي إماماً عَسُوفاً أي جائرا وعَسَفَ السلطان : أي ظلم،وفي حديث لاتبلغ شفاعتي إماماً عسوفاًورجل عَسُف: إذا كان ظلوماً، والعَسيف: الأجير والجمع عسفاء[2]

ب . تعريف التعسف اصطلاحا

كما عرفه الفقهاء بأنه " إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر الغير "

و" استعمال الحق بشكل يؤدي الإضرار الغير إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة ، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق ."[3]

إن التعسف هو مناقضة قصد الشارع في التصرف مأذون فيه بحسب الأصل، وأن المطلوب شرعاً عند وقوع الفعل التعسفي هو السعي إلى رفعه بعد العمل على منع وقوعه لابتداءً، فإن عجزنا عن الدفع الضرر اللاحق بالآخرين عندئذ يكون موجب للتعويض المالي.والعدول عن الخطبة وإن كان حقاً مشروعاً للطرفين، إلا أنه قد يساء في

---

[1] ابن منضور، لسان العرب ،المرجع السابق ،ج9/8،ص242

[2] زين الدين محمد الرازي ، المرجع السابق ،ص217

[3] بلحروبي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، رسالة ماجستير في القانون " فرع المسؤولية " جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2010،ص34.

استعماله أحياناً، كأن يتم بدون مبرر معقول، أو لإلحاق الضرر بالطرف الأخر عمداً وتغريمه أو ما إلى ذلك .[1]

والمعايير التي تحكم واقعة العدول وتكشف التعسف فيها هي:

2 . معايير التعسف

أ. معيار قصد الإضرار، وقصد الضرر من العادل يظهر بقرينة تكليف الطرف الأخر التزامات أو إدخاله في ارتباطات مع رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة، أو البحث عن شريك أخر بمعنى أنه يكون يعلم مسبقاً بأنه لم يستمر في هذه الخطبة ومع ذلك يرتبط مع هذا الشخص وفي نيته الفسخ

ب . معيار الضرر الفاحش بمعنى الفعل الذي ارتكبه الخاطب وهو العدول عن الخطبة قد تسبب في ضرر فاحش للمخطوبة وهو تفويت فرص للارتباط والزواج من شخص أخر وقد حددت المادة 124 مكرر في نصها على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:[2]

- ❖إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- ❖إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- ❖إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "
- ❖إذا استعمل صاحب الحق في حدود ما ذكرت هذه المادة يكون متعسفا في استعمال حقه،وبتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه، ويلزم بالتعويض.[3]

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ،ص530.

[2] بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق،ص100.

[3] نفس المرجع ، ص76

ثالثاً المسؤولية العقدية كأساس للتعويض العدول عن الخطبة

بحيث تقوم الفكرة على الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد تقوم بين الطرفين، وقد ظهر هذا اتجاه في فرنسا أثناء صدور القانون المدني في مطلع القرن 19 ونظراً لسكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة اتجهت إرادة الشراح إلى تطبيق القواعد العامة حسب نص المادة:1142 من القانون المدني الفرنسي"كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى تعويض لم يقم المدين بتنفيذه ..." وقد أيد القضاء المصري هذا الرأي في بعض أحكام، واعتبر الخطبة عقدً ملزماً و يوجب التعويض[1]والتي تعني إنشاء التزامات ذات صفة تعاقدية ، والإخلال بها يؤدي إلى إعمال أحكام المسؤولية التعاقدية تقتضي وجود عقد أبرم صحيح ، و أركان المسؤولية العقدية هي **خطأ العقدي**، و**الضرر**، **وعلاقة السببية** فارتكاب الخطأ من أحد أطراف العقد[2]مصدره الخطأ العقدي والذي يكون هو موجب التعويض وبتوفره تقوم المسؤولية العقدية فإذا لم يقم الشخص بتنفيذ التزامه التعاقدي فيكون قد انحرف عن سلوك الواجب.[3]

ويتميز في هذا الصدد بين إن كان العقد التزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية على أنه في حالة الأولى مجرد فسخ الخطبة، والعدول عنها من جانب واحد يعد إخلال ببنود العقد مادمت النتيجة لم تتحقق، وهي إبرام العقد الزواج، وتقوم معه المسؤولية. أما الحالة الثانية اعتبار الخطبة التزام ببذل عناية و أن مجرد فسخها لا يترتب أية مسؤولية.[4]

---

[1]فؤاد بن شكرة،المرجع السابق ، ص65-66

[2]محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، بدون ط، الجامعة الجديدة للنشر،2002،ص104.

[3] محمد فتح النشار ، المرجع السابق، ص104.

[4]فؤاد بن شكرة ، المرجع السابق،ص67

وهناك من يرى أن التعويض على أساس المسؤولية العقدية غير متوفر لأن التعويض في هذه الحالة يحكمه العقد طبق لمبدأ القائل العقد شريعة المتعاقدين والخطبة لا تملك صفة الإلزام، لأن الخطبة ما هي إلا وعد والعدول لا يرتب مسؤولية عقدية .

رابعاً نظام التعويض عن العدول عن الخطبة نظام خاص

يرى أصحاب هذا الرأي أن الخطبة، لم تكن عقداً ملزماً في نظر القانون إلا أنها التزام من نوع خاص لاحتوائها على مقومات العقد من إيجاب وقبول، ومادامت ذلك فإن أي إخلال أو ضرر يحدث نتيجة العدول عن الخطبة يكون محل تعويض على أساس ذلك الالتزام، وفي هذا السياق لا يعتبر حسين نصار الوعد بالزواج عقد مرتبط تنفيذه المتعاقدان تنفيذا عمليا فيدخلان في علاقة يمهدان بها للزواج.[1]

ويرى سمير أورفلي من جانبه أن الخطبة عبارة عن إيجاب من الخاطب يقترن بقبول على الوعد بالزواج يصدر من المخطوبة فهو اتفاق أراد الطرفان فيه أن ينشأ علاقة قانونية بينهما بهدف إجراء النهائي في الوقت الملائم، ولذلك فكل من الطرفين أن يطالب لأخير بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد[2].

ولذا فالخطبة هي وعد من نوع خاص يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط والآثار بحيث قضت محكمة العليا نقض قرار أخلط فيه قضاة الموضوع الخطبة والزواج، ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود، هل هو خطبة على معنى نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري أم هو مجلس عقد على معنى المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

الفرع الثاني: شروط التعويض

---

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص20- 22

[2] مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص164

[3] .الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ط1،ص21 .

سبق وأن ذكرنا بأن الخطبة مرحلة تمهديه للزواج ويحق لكل من الطرفين العدول عن الخطبة ولكن إذا ما نتج عن هذا العدول ضررا يكون من حق المتضرر طلب التعويض نتيجة الخطأ الذي تسبب بفعل المعدول، وتتمثل شروط التعويض في وجود الفعل ضار وضرر و علاقة سببية يرتبط التعويض في المسؤولية بفكرة الخطأ لذلك وجب تعريف الخطأ وتحديد عناصره.

أولا: العدول كفعل ضار

1. تعريف الخطأ:

أ . الخَطَأُ لغة : والخَطَأُ ضدُّ الصَّوَابِ ويقال أَخْطَأَ إِخْطأءَ فهو مُخْطِئٌ، وهذا قد أصاب في الإرادة وأخطأ في الفعل وقوله ﷺ ﴿رُفِعَ عَنْ أُمّتِي الْخَطَأ والنسيانُ ﴾ [1]

في التنزيل ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾ عداه بالباء لأنه في معنى عَثَرتُم أو غَلِطْتم ويقال أَخْطَأَ إذا لم يتعمد ، وقيل : خَطِئَ إذا تَعَمَّد،وقال الأموي : الَمُخْطِئُ : من أراد الصواب، فصار إلى غير،والخاطِئُ من تَعَّمد قال المنذري: سمعت أبأ الهيثم .قال يقول خَطِئْتُ: لما صنعه عَمْداً،وهو الذنب،وأَخْطأتُ لما صنعه خطأً غير عمد والخطأ، مهموز مقصور : اسم من أَخْطَأْتُ خَطأً، وإخْطاءَ،قال وخَطِئتُ خِطْأً بكسر الخاء،والخَطِيئةُ الذنب على العَمْدِ،والخِطْءُ: الذَّنْبُ في قوله تعالى﴿إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾ [2]

ب . الخطأ اصطلاحا:

إن الخطأ هو العمل الضار الغير المشروع، والخطأ في المسؤولية التقصرية هو إخلال بالتزام قانوني فلا بد على الشخص أن يصطنع في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا

[1] الراغب الأصفهاني، معجم مفردات ألفاظ القرأن، دار الفكر للطباعة والنشر لبنان، ط1، ص115

[2] ابن منضور، لسان العرب،المرجع السابق، ج4،ص128.

يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان له من القدرة على التميز بحيث يدرك أنه قد انحرف كان هذا الانحراف خطأً يستوجب المسؤولية التقصرية.[1]

كما يعرف بأنه "اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء "[2]

فنتيجة الفعل الضار هو اقتراف فعل فيه عدم الأحقية الإخلال بالواجب بمعنى أن الفعل ينطوي التصرف على انحراف أي على الركن المادي للخطأ فلا تكفي النية السيئة فالخطأ مبني على ركنين[3]وعليه يقوم الخطأ في المسؤولية التقصرية على ركنين الركن المادي وهو التعدي وركن المعنوي وهو الإدراك.

2. عناصر الخطأ

أ. الركن المادي التعدي:

نستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه، ومجاوزة للحدود التي يجب عليها التزامها في سلوكه انحراف في العدول عن الخطبة

فالتعدي هو تجاوز حدود اليقظة والتبصر المفترضين قانونا فالمخطئ حتى يكون[4]مخطأ يجب أن يكون متجاوز،و متعديا للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه ذلك أن القانون يفرض بطريق مباشر،وبنصوص خاصة واجبات معينة ،و قد يكون التعدي بقصد الإضرار، أو لمجرد الإهمال والتقصير.[5]

---

[1]عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،ط3،مج1،2000،ص 879 - 880

[2]أسماء موسى أبو السرور،رسالة ماجستير، ركن الخطأ في المسؤولية التقصرية، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين ص38-39

[3]عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق،ص87 -882

[4]أسماء موسى أسعد ، المرجع السابق ، ص60

[5] نفس المرجع، ص 67

وعليه قد أفرزت الاجتهادات الفقهية عدة معايير لقياس التعدي وتتأسس به المسؤولية التقصرية كما هناك أحكام الإثبات التعدي لذلك سأتعرض لمعيار التعدي ثم لإثباته

3. معايير التعدي

أ. معيار الانحراف في السلوك (التعدي)

بحيث يقع انحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير . وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية . أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر . وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية.

كما يرى الدكتور السنهوري أن الخطأ الذي يرتكبه من يقدم على فسخ الخطبة هو من الانحراف عن السلوك، و هو سلوك الشخص العادي الذي هو يمثل عامة الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ولا هو محدود الفطنة ينزل إلى الحضيض فهو بين هذا وذاك، وهذا الشخص عرفه القانون الروماني وسماه برب الأسرة العاقل وهو سلوك الشخص العادي .[1]

قد يكون متعمد مثلا كأن تقبل فتاة بخطبة لشخص وهي في نفس الوقت تنتظر شخص أخر و تنوي بعد فترة العدول عن الخطبة، و قد يكون الفعل نتيجة إهمال وعدم احتياط مثلا كأن يتقدم شخص لخطبة فتاة مدة أربع سنوات وبعد تجهيز بيت الزوجية يقوم بالعدول عن الخطبة بحجة السفر للعمل أو إكمال دراسته ، وسواءً كان الفعل متعمد أم نتيجة إهمال يوجب التعويض عن الضرر كاملاً .

مما لاشك فيه أن من يناله ضرر يتسبب فيه غيره يكون ذلك الغير ضامناً لما أحدثه إذا كان الضرر نتيجة الاعتداء ولم يكن نتيجة استعمال حق، وذلك لأن أسباب

[1] عبد الرزاق السنهوري،مرجع سابق، ص 882- 884

الضمان في الفقه بشكل عام إما يكون الضمان نتيجة عقد، وإما يكون الضمان بسبب التعدي، ولا شك أنه لا يوجد في مسألة الخطبة تعاقد يوجب الضمان ويبقى النظر في القضية من الناحية التعدي، وعليه نفرق بين أمرين الضرر ينزل نتيجة الاغترار،والضرر ينزل نتيجة لتغرير الطرف الأخر فإن الفقهاء قرروا أن الضرر نتيجة الاغترار لاضمان على أحد فيه، و الضرر الذي يكون نتيجة للتغرير فإن من غرره يضمن[1]

ب . ضرورة الاعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف :

بمعنى أن القاضي يضع الواقعة مجردة، في إطار من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بها، سواءً كانت هذه الظروف نفسية، واجتماعية ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي في مثل هذه الظروف أن يرتكب هذا الفعل، أم أنه كان يستطيع أن يتفادى وقوعه.[2]

فمثلا فالشخص العادل عن الخطبة عدل بسبب نقله من وضيفته في بلده إلى بلد أجنبي ولا يستطيع تحمل عبء أكثر ممكن أن تنتظر المخطوبة لعدة سنوات نتيجة ذلك ففسخ الخطبة فهي ظروف خارجية فلا يمكننا أن نجرده من هذه الظروف.

4. إثبات التعدي:

يتعين على المضرور، وهو المدعي أن يقيم الدليل على توفر أركان مسؤولية المدعي عليه، ومن بينها ركن الخطأ فيثبت أن المعتدى قد انحرف عن السلوك الرجل العادي بكافة طرق الإثبات بما فيها القرائن والبينة[3] فمثلا فإذا عدلت الخاطبة عن الخطبة نتيجة إهمالها و لامبالاة فعلى الخاطب أن يثبت هذا الإهمال.

---

[1] أبوزهرة، المرجع السابق ،ص 74.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،ط1999،ج2،ص69

[3] نفس المرجع ، ص 71

إذا ما نجم انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي ضرر لحق شخصاً أخر فإن عبء الإثبات يقع على المضرور،ولأن المسؤولية تترتب على عمل الشخصي والعمل الشخصي يقوم على الخطأ الواجب الإثبات [1]

فعلى المخطوبة أن تثبت بأن ما لحقها من أضرار نفسية قاسية وكذا ما تسبب في تشويه سمعتها كان نتيجة تعسف في العدول عن الخطبة، وانحراف سلوك الخاطب بحيث دامت هذه الخطبة مدة خمس سنوات مثلا .

ب . الركن المعنوي : الإدراك

أي ضرورة القصد أو على الأقل التميز فيجب لقيام الخطأ التقصيري، أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركا لها أي قادر على التميز فلا مسؤولية لعديم التميز[2]،وهذا طبقاً لنص 125من القانون المدني الجزائري " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا"، فمناط المسؤولية إذن هو التميز لذلك لا يكفي ركن التعدي ليقوم الخطأ،وإنما وجب إلى جانبه أن يكون الشخص الذي أتى الفعل مدركاً ومميز لأعماله.[3]

فالصبي غير المميز لا يكون مسئول بحسب الأصل عما يحدثه من ضرر للغير بسلوكه، مهما كان في سلوكه من انحراف حسب نص المادة : 1/42قانون المدني الجزائري، و44 من نفس القانون، ونفس الشيء بنسبة للمجنون والمعتوه أما ذو الغفلة والسفه فتصح مسائلتهم لتوفر التميز لديهم طبقا لنص المادتين1/42،44 من القانون المدني الجزائري أما نص المادة 101من القانون المدني الجزائري اعتبرت أن المعتوه عديم الأهلية مثل المجنون، والسفيه أما القانون المدني فاعتبر المجنون، و السفيه عديمي الأهلية، أما ذو

[1] مقدم سعيد، المرجع السابق ، ص 33

[2] السنهوري، المرجع السابق، ص 903.

[3] مقدم سعيد، المرجع السابق ،ص 33ـ 34.

الغفلة والسفيه فاعتبرهما ناقص الأهلية طبقاً للمادة 2/42 من القانون المدني الجزائري يعتبر مميز ا، وتصبح مسائلته مساءلة تقصرية.[1]

وعليه فقانون الأسرة لم يتطرق إلي الأهلية كاملة في الخطبة، ولكن اشترطها في الزواج، وبتالي الرجوع إلى القواعد العامة .

فإذا كان الخطب أو المخطوبة قد بلغ سن الرشد وهي 19 سنة كاملة يسأل على أساس المسؤولية التقصرية إذا كان في عدوله تعسف،وتطبق نفس الأحكام بنسبة لناقص الأهلية حسب نص 125من القانون المدني الجزائري .

أما إذا كان عديم الأهلية بنسب صغر السن أو جنون أو سفها لا تقوم المسؤولية على تعسف في العدول عن الخطبة.[2]

ثانيا :الضرر

سنتعرض لتعريف الضرر ثم لبيان لشروطه

الضرر لغة: (الضَّرُّ) ضِدُّ النَّفْع، وضَارَّه بالتشديد بمعنى (ضَرُهُ)،والاسم(الضَّرَرُ)، والبأساء(والضَّرَّاء) الشّدَّة و الضُّرُّ بالضم الهزال،وسوء الحالُ،و(المَضَّرةُ) خِلافُ المَنفعةِ،ورجل ذو(ضَرُورَةِ) أي ذو حاجة وفي الحديث لا (تُضَارُون) في رُؤيتِهِ،ويعضهم يقول لا(تَضَارَّون) بفتح التاء أي لا تُضَامُّون. [3]

فالضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله، أو جسمه أو عرضه، أو عاطفته بحيث يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، وسواء تعلقت تلك المصلحة بسلامة جسمه، أو بماله،

[1] بلحاج العربي، المرجع سابق، ص74ـ .75.

[2] محمد بن المدني بوساق، المرجع السابق ،ص28 .

[3] الشيخ زين الدين أبي بكر الرازي ، المرجع السابق ،ص190.

أو حريته، أو شرفه وقد استعملت النصوص الشرعية كلمة الضُرر في عدة مواضيع من الكتاب والسنة قوله تعالى : ﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ﴾[1] سورة يونس، أية 12

وقولهﷺ " لا ضرر ولا ضرار"

فالضرر فضلا عن المساس بوضع قائم، الإخلال بحق يحميه القانون، سواء كان حقاً عينيا أو شخصياً أما إ ذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة فإن القانون لا يحميها، ولا يوجب التعويض عنها[2]

والضرر " إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في ماله، أو في جسمه أو عرضه، أو عاطفته "[3]

يجب أن ينجم عن هذا الخطأ ضرر، فإذا انتفى فلا تقبل دعوى المسؤولية والضرر هو إخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية فا الضرر هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه وضرر نوعان ضرر مادي وضرر معنوي[4]

2. أنواع الضرر:

قد يكون الضرر مادي، وقد يكون معنوي

أ. الضرر المادي :

هو الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه سواء كان في جسمه، أو ماله، أو مصلحة مادية مشروعة[5] فإذا دفعت المخطوبة خطيبها للعدول عن الخطبة بعد

---

[1] السنهوري، المرجع السابق، ص969. 970.

[2] مقدم سعيد، المرجع السابق، ص35.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، 144.143.

[4] محمد بن المدني بوساق، المرجع السابق، ص 19.

[5] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط5، 2003 ،ص162 .

حصولها على هدايا قيمة من خطيبها من عقارات إلى غير ذلك ثم بعد ذلك تطالب بتعويض فهنا لا يمكنها الحصول على تعويض .

هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا إخلال محققاً فلا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع[1] فمثلا كأن يقوم المخطوبة بشراء أثاث لتجهيزه البيت الزوجية المستقبلي بصرف مبالغ مالية على جهازها ثم بعد ذلك تقوم خطيبها بالعدول عن الخطبة .

ب . الضرر المعنوي:

هو الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار، والعرض والسب، والهتك العرض،وإيذاء السمعة كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضر بسمعة المصاب وتؤذي شرفه،واعتباره بين الناس.[2]

فالضرر الأدبي كل ما يمس بالجانب العاطفي للشخص كألم نتيجة لفقدان شخص عزيز، أو السب، أو القذف، أو عن ألام النفس إلى نطاق المحافظة على اسم الشخص، وحرمة عائلته وشرفه .[3]

بحيث جاءت في نص المادة 182مكرر من القانون المدني " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية، أو شرف، أو سمعة "

كما جاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض "

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 970

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص971.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص149-148.

3. شروط الضرر الموجبة للتعويض

أ. المساس بحق أو بمصلحة مالية للمضرور: إن الضرر الناشئ عن إخلال بمصلحة المضرور يجب أن يكون واقعا على مصلحة مشروعة ، فالمصلحة إذن شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور فالمصلحة الغير مشروعة لا يحميها القانون.[1]

فالضرر الذي يصيب الخطيبة من عدول خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات،وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة في إتمام الزواج، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي[2]

ب . أن الضرر محققا : يجب لقيام المسؤولية أن يكون الضرر محقق الوقوع، وأن يكون حالا قد وقع فعلا أي لا يكون احتماليا كأن يكون المضرور قد مات، أو أصابه جرح في، جسمه أو حصل تلف في ماله[3].كما يقتضي هذا الشرط أن يكون الضرر محققا بصفة مستمرة أي دائمة، وذلك بأن يتحقق العجز عن الانتفاع عن طريق الدوام .[4]

وقد أجمع الفقهاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفي أن يكون وقوعه مؤكد، ولو تراخى إلى المستقبل[5]

فالخاطب الذي عدل عن الخطبة فهنا يكون تعويض حسب الضرر الذي وقع فعلاً

من العدول لما أصاب الطرف الأخر من خسائر مادية وما تكبدت من مصاريف الجهاز وأضرار معنوية من حزن وألم من جراء العدول الخطبة أو بنسبة للأضرار المستقبلية

---

[1] مقدم سعيد، المرجع السابق، ص38ـ 39

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص973ـ 974

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص158

[4] محمد بن المدني بوساق، المرجع السابق ،ص150

[5] مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 38ـ 39

وهي ضياع فرصة الزواج في المستقبل وقد لا يتقدم لخطبتها أحد بسبب تشهير بسمعتها من جراء العدول عن الخطبة .

أما بنسبة للأضرار المستقبلية وهي ضياع فرصة الزواج في المستقبل وقد لا يتقدم لخطبتها أحد بسبب تشهير بسمعتها من جراء العدول

ج . أن يكون الضرر مباشر : وهو ما كان من الفعل مباشر دون أن يتوسط بين الفاعل وحدوث الضرر فعل أخر غير الأول، أو هو ما كان نتيجة تأثير لفعل بذاته دون وساطة، وكان الفعل منتج للضرر علة مباشرة له كالذبح بسكين فإن الذبح جالب للموت بذاته[1].

وقد ورد في النص المادة : 182 من القانون المدني الجزائري "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو يقدره، في القانون ، فالقاضي هو الذي يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء، بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم الذي لمرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ."

فالضرر المباشر هو ألا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل عناية التي يبذلها رب الأسرة الطيب فإن كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر ببذل جهد معقول كان الضرر غير مباشر فيجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية كافية.[2]

د . أن يكون الضرر شخصي : بمعنى إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصيا من ضرر، وإذا كان طلب التعويض بصفة

[1] محمد بن المدني بوساق، المرجع السابق، ص 49ـ 50

[2] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 170

أخرى، فالإثبات يكون لضرر الشخصي لما تلقى الحق عنه أم إذا كان الضرر الأدبي ناشئا عن موت المصاب، فإن الضرر الذي أصاب المتوفى نفسه لا ينتقل الحق بالميراث.

أما إذا انتهت الإصابة بموت الضحية، فإن الموت يعتبر ضرر ا محققاً، وعليه متى ثبت للمضرور الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه من الفعل الضار فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته .[1]

وقد نص القانون المدني المصري المادة 1/222 " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء " .

وعليه ينتقل الحق في التعويض في القانون المصري في حالتين : أولى أن يكون باتفاق بين المضرور والمسئول والثانية أن يكون المضرور قد رفع دعوى للمطالبة بالتعويض، ولم يرد نص في القانون الجزائري ينص على ذلك. [2]

وعليه يمكن لورثة المضرور من العدول عن الخطبة سواء كانت المخطوبة أو الخاطب الحصول على تعويض من الضرر الذي لحق مورثهم أثناء حياته ومات ولم يحصل على التعويض الناتج عن الضرر من التعسف في العدول عن الخطبة .

و. أن لا يكون قد سبق تعويضه :

بحيث يشترط في هذا الضرر أن لا يكون قد سبق تعويضه فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح ضرر بعينه فإذا وفى المتسبب في الضرر اختياريا فيعتبر قد وفى بالتزامه و لا داعي للمطالبة بتعويض أخر.

[1] بلحاج العربي،المرجع السابق ، ص 166. 167

[2]، نفس المرجع، ص 167. 168

4. إثبات الضرر:

إن وقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، والمضرور هو الذي يثبت وقوع الضر ربه[1]، وذلك وفقا لما تقتضي به القاعدة العامة من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه " البينة على من ادعى "، وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع أما تحديد الضرر، وبيان عناصره، وموجباته وتكيف نوعه، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا[2]، وعليه فعلى المتضرر من العدول عن الخطبة إثبات هذه الواقعة بكافة طرق إثبات بما فيها شهادة الشهود أو أي دليل مادي مثلا شهادة طبية تثبت الحالة النفسية عن الضرر المعنوي.

ثالثا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

بمعنى أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسئول والضرر الذي أصاب المضرور يدس شخص للآخر سماً، وقبل أن يسري السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بمسدس فهنا خطأ هو دس السم، والضرر هو الموت المصاب، ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق الرصاصة وليس السم فوجد الخطأ، ولم توجد السببية[3]فمثلاً إذا كانت فتاة تعاني من اضطرابات نفسية حادة وكانت طوال الوقت منطوية على نفسها وأثناء العدول عن الخطبة أصبت الفتاة بكآبة حادة جعلها لا تغادر من غرفتها فالحالة النفسية التي أصبتها ليست نتيجة العدول عن الخطبة وإما هي اضطرابات نفسية كانت تعاني منها المخطوبة فلابد أن يكون الخطأ الذي ارتكبه العادل عن الخطبة سبباً في الضرر الذي لحق المضرور كما لو تركت المخطوبة عملها التي كانت تساعد عائلتها الفقيرة من أجل الزواج ثم يفسخ الخاطب الخطبة فالعدول عن الخطبة في هذه الحالة هو

[1] بلحاج العربي ،المرجع السابق، ص 166.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 970.

[3] نفس المرجع ، ص990.

خطأ من الخاطب أدى إلى حدوث ضرر للمخطوبة وعائلتها في نفس الوقت وسبباً في الضرر الذي أصاب المخطوبة فيجب أن يتوفر بين الفعل الضار وعلاقة السببية أي أن يكون الضرر يرتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار.[1]

وقد نصت المواد144و125و126 من القانون المدني الجزائري على ضرورة توفر ركن السببية بين الضرر و الخطأ لقيام المسؤولية التقصرية وعليه لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر،بل يجب أن يكون هو السبب المباشر وكذلك السبب المنتج فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبي انعدمت السببية و لا تقوم المسؤولية .[2]

الفرع الثالث :سلطة القاضي في تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة

متى قامت المسؤولية المدنية وطالب المضرور بالتعويض، استقل قضاة بتقدير التعويض الذي يجب على المسئول دفعه للمضرور بالإضافة إلى تحديد طريقة التعويض التي يرونها لازمة للجبر الضرر مادياً أو معنوياً.

أولاً. تقدير التعويض

. يتم تحديد التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور،والضرر حسب نص المادة:182من قانون المدني الجزائري ما لحق المضرور من خسارة، وما فاته من كسب . كما يشمل التعويض في المسؤولية التقصرية كل ضرر مباشر، مادي أو أدبي، متوقعاً كان أو غير متوقع[3].

ويراعي القاضي في تقدير التعويض كما تقتضي المادة 131 من قانون المدني الجزائري الظروف الملابسة.للوقوع الضرر أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الصحية والمالية والعائلية

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 190

[2] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 172-170

[3] بلحاج العربي المرجع السابق ، ص268-269

ويجب أن لا يتجاوز التعويض مقدار الضرر أي بمعنى أنه أن يكون هناك تناسب بين التعويض والضرر وإذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

ومن هنا فإنه من الجائز أن يحكم القاضي للمضرور بنفقة وقتية إذا كان الثابت لديه أن المضرور يستحق التعويض وكانت ظروفه شاقة ولا تسمح بالانتظار إلى وقت صدور الحكم .[1]

ثانياً: وقت تقدير

أما عن وقت تقدير التعويض فالتزام بالتعويض الضرر ينشأ وقت حدوث الضرر هو حق يختلف الورثة فيه مورثهم بعد موته، ولكن تعويض هذا الضرر يتحول إلى التزام بدفع التعويض وذلك يجب الاعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض . فيجب إذن أن يعتد بالتطورات التي تكون قد حدثت منذ وقت الضرر[2].

[1] نفس المرجع ،ص269 -270

[2] مقدم سعيد، المرجع السابق، ص210 .

الفصل الثاني

الطلاق كمسألة موجبة للتعويض

الفصل الثاني: الطلاق كمسألة موجبة للتعويض

إن من أهداف الزواج حفظ وصيانة الزوجين، وحماية المجتمع، وتحقيق علاقة زوجية يسودها الأمن والاستقرار والمودة والمحبة بين الزوجين إلا إنه قد يحدث، وأن تسود هذه العلاقة،وتنقلب من محبة ومودة إلى كراهية ونفور تستحيل معها الحياة الزوجية لذلك شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق .

والطلاق على خمسة أضْربِ: **واجبٌ** وهو الطلاقُ المُولِي بعد التَّرَبُّصِ إذا أبَى الفَيْئَةَ .**ومكروهٌ** وهو الطلاق من غير حاجة إليه لقول نبي ﷺ" لا ضرر و لا ضرار"**ومباحٌ** وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة **ومندوب** إليه في حالة الشقاق وحاجة المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر،وأما **المحظور** الطلاق في الحيض[1]

فقد شرع الله سبحانه الطلاق لاستحالة العشرة بين الزوجين لقوله تعالى "وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ".سورة النساء الأية130

ولكن قد يتمادى أو يتعسف الزوج في الطلاق بحكم أنه هو الذي بيده حل عقد الزواج سواءً كان بإرادته المنفردة

أو من الزوجة بطلب التطليق بواسطة القاضي فيستعمل هذا الحق في غير ما شرع به الله أو دون أسباب حقيقية تدعو إلى ذلك مما قد يلحق ضرر بنفسه و زوجته والمجتمع.

ومن هنا يظهر التعسف في التمادي صاحب الحق في استعمال هذا الحق وعليه تناولت في هذا الفصل مبحثين المبحث الأول ماهية الطلاق التعسفي وتطرقت في المبحث الثاني إلى الأحكام المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

[1] السيد سابق، المرجع السابق، ص156

المبحث الأول :صور الطلاق التعسفي الموجبة للتعويض

إن كان الأصل في الطلاق الحظر لقوله ﷺ" أبغض الحلال إلى الله الطلاق " فإن الله تعالى حينما شرع الطلاق حلاً جذرياً للمشاكل الزوجية التي استعصت على العلاج ولم تفلح معها وسائل الإصلاح التي وضعها الله تعالى قبل اللجوء إلى الطلاق ووضع له قيود،وضوابط ورتبت عليه التزامات وحقوق تجعله محققاً لمصلحة كل من الزوجين .

فكثيرة هي الأضرار التي تلحق أحد الزوجين نتيجة ما يقوم به الزوج الأخر من استعماله لحقه في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق وما ينجم عن هذه التصرفات من أثار مادية ونفسية،ومن الطبيعي أن يكون لكل الزوجين حقوق في إطار هذه العلاقة،وحدود لتلك الحقوق .

وكما أعطى الله سبحانه وتعالى للزوج حق فكالرابطة الزوجية بإرادته المنفردة إلا أنه لم يهمل حق المرأة في طلب التفريق بواسطة القاضي، ورغم ذلك قد تستغل الزوجة هذا الحق وتتعسف بطلب حق التطليق من القاضي لأسباب تافهأو تدفع بالزوج ليطلقها لحصولها على تعويض،أو تجد العكس كما يطلق الزوج لأسباب غير مشروعة .فالطلاق يقوم على سبب غير معقول أو مسوغ شرعي .

ومن هنا يبرز تعسف في استعمال الحق الذي يقاس بالغاية من استعمال صاحب الحق لحقه، فإذا جانب غاية الحق عند استعماله كان متعسفاً.

بحيث يتخذ هذا التعسف في استعمال حق الطلاق عدة صور وعليه تناولت في المطلب الأول : الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة وفي المطلب الثاني : الطلاق بطلب المرأة.

المطلب الأول : الطلاق التعسفي الواقع بالإرادة المنفردة

لقد أعطى شرع حق الطلاق بيد الرجل فهو الذي بيده عقدة نكاح وحدد حدوده وبين ضوابطه إلا أنه إذا حاد الزوج عن هذه الضوابط والحدود كأن طلق زوجته في مرض الموت أو لسبب غير مشروع يكون حتماُ تعسف في استعمال هذا الحق .

وعليه سأتناول في هذا المطلب بيان بعض صور التعسف في الطلاق منه طلاق مريض مرض الموت وطلاق بسبب غير مشروع وقبل التطرق إلى صور الطلاق التعسفي علينا معرفة معنى الطلاق التعسفي .

الفرع الأول : تعريف الطلا ق التعسفي

إن الطلاق التعسفي مصلح حديث التسمية قديم في المعنى فهو يطلق على كل طلاق تعسف به الزوج وتأذت المرأة من ورائه،وقد أشار إليه قانون الأسرة الجزائري من خلال نص المادة 52 دون أن يبين ما يقصد من ورائه[1]فهو مناقضة قصد الشارع في تصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل[2]كأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد إضرار بغيره[3]،وقبل تطرق إلى صور الطلاق التعسفي فوجب بيان معنى الطلاق وحالات التعسف في الفقه الإسلامي.

---

[1]محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي والقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05.02، دار الوعي للنشر والتوزيع الجزائر، طبعة 2012، بدون سنة النشر، ص121

[2]أيمن دباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته ،معاييره،حالاته، الجزاء المترتب عليه) المجلة جامعة الأقصى، العدد الأول المجلد الثامن عشر ،2014، ص 68.

[3]يومبعي عبد اللطيف، ، التعويض الضرر عن الطلاق التعسفي ، مذكرة الماجستير، جامعة الوادي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014ص34.

أولاً . تعريف الطلاق وحالات في الفقه الإسلامي

1-تعريف الطلاق: الطلاق هو إزالة القيد ، وهو مأخوذ من الإطلاق يقول الرجل أطلقت إبلي ،وأطلقت أسيري وطلقت امرأتي فالكل من الإطلاق[1].وهو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ،أو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص.[2]

2 -حالات التعسف في الفقه الإسلامي

يكون الزوج متعسف في الطلاق في الحالات التالية

_ إذا طلق امرأته وهي حائض أو طلقها في طهر مسها فيه

_ إذا طلقها وهي في النفاس

_إذا طلقها من غير حاجة دعته إلى الطلاق

_إذا طلقها في طهر طلق في حيض قبله.

_إذا طلقها ثلاثا أو اثنتين جميعا عند جمهور الفقهاء وهذا أرجح الأقوال

_إذا اتبعها بطلاق وهي في العدة من طلاق رجعي أو بائنا بينونة صغرى عند جمهور الفقهاء وهو أرجح الأقوال أيضا[3]

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة

لقد عدد الفقهاء صور الطلاق التعسفي أو كما يسميها البعض معاييره أو حالاته حتى وإن اختلفوا في تسمياتها فتبقى في مضمونها تعسف الزوج في إيقاع الطلاق سواء طلاق في مرض الموت أو طلاق لسبب غير مشروع أو لنشوز.

---

[1] تواتي بن توتي ،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، دار الوعي للنشر والتوزيع ،ط1،ج4 ،2008،الجزائر،ص349.

[2] وهبة الزحيلي ،المرجع السابق،ص537.

[3] المصري مبروك ، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة،2010 ،ص229.

أولاً: طلاق المريض مرض الموت

لم يثبت طلاق مريض مرض الموت لا في الكتاب ولا في السنة النبوية ولكن عرف في عهد الصحابة رضوان الله عليهم، وسنتعرض لتعريفه ثم معيار التعسف فيه

1. تعريف الطلاق في مرض الموت

أ . تعريف مرض الموت لغة:

مرض الموت مركب إضافي[1] فا**لمرض لغة:** السقم،ومرَّضه تَمْرِيضًا قام عليه في مرضه

أما الموت لغة: الموت ضد الحياة، مَاتَ،يَمُوتُ مَوْتى، وأمْواتْ والمَوَاتُ ما لا روح فيها ويستوي فيها المذكر والمؤنث **قال الله تعالى :** "لِّنُحۡيِيَ بِهِۦ بَلۡدَةٗ مَّيۡتٗا" سورة الفرقان الآية 49 [2]

ب . تعريف مرض الموت اصطلاحا:

اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت بحيث عرفه المالكية بأنه " المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحو رمد أو صداع خفيف "، ويسمى طلاقه طلاق الفارّ أو الفرار، لفراره من إرث زوجته، فيرد عليه قصده إلى تمام عدتها عند الحنفية ولو بعد انقضاء العدة عند المالكية، وما لم تتزوج عند مشهور الحنابلة [3]

---

[1] جميل فخري محمد ناجم ، متعة الطلاق وعلاتها بتعويض الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الهامة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.ص 309ـ199.

[2] الشيخ زين الدين محمد الرازي ،المرجع السابق، ص309

[3] وهبة الزحيلي،المرجع السابق، ص 531

فالمريض مرض الموت هو من كان مريضا بمرض مزمن يحدث من الموت غالبا كالسرطان والتهاب الكبد الوبائي، ويعقبه الموت عادة خلال سنة. [1]

أما بنسبة لقانون فلم يأتي المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له فجاء في مجلة الأحكام العدلية الموت في الأثر الذي يعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة.[2]

2. معيار التعسف في طلاق مريض مرض الموت

هناك عدة معايير نوردها وفق الأتي

أ. معيار قصد الإضرار

ويتجلى إضرار الزوجة من الطلاق في حالة مرض الموت وذلك في نيته السيئة وهي حرمانها من الميراث كما تظهر قرينة قصده الإضرار بربطه الطلاق بفعل ضروري لها: كصلاة فرضا وصلة الرحم قوية فلولا أنه لم يبيّت النية للإضرار بها وحرمانها من حقها في ميراث، لما علق طلاقها على فعل يعلم هو ابتداء أنها تحتاجه ولا تستطيع الاستغناء عنه. [3]

فمرض الموت بحد ذاته يعتبر التطليق فيه مظنة لقصد إضرار وحرمان من الميراث فتورث المبتوتة ولو انقطعت عدتها وهو قول المالكية.[4]

---

[1] عبد الناصر توفيق العطار، الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام دار طباعة للنشر والتوزيع ، بدون طبعة، بدون سنة النشر،ص 277.

[2] مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص353- 354

[3] عبير ربحي شاكر القادومي، المرجع السابق، ص235.

[4] علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق الحقوق المترتبة عليه والتدبير المتبعة للحد منه مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية، مجلة درسات علوم الشريعة الإسلامية والقانون، عدد2 ،مج 43، 2016 ص 652.

ب . معيار المصلحة الغير المشروعة

إن تطليق الزوج زوجته في مرض الموت بأن بات مشرفاً على الموت ليس هنالك من مصلحة شرعية ترجى من فعله، بل محركه هو مصلحة غير مشروعة من هضم حق الزوجة، وإسقاطه، وهي تهدم مصلحة شرعية اعتبرها الشارع ونضمها مقابلة لها، من إعطاء كل ذي حق حقه، فيتوقف الفعل على أن يستتبع آثاره فترة من الزمن، فترث المطلقة بائناً مادامت في عدتها من الطلاق في مرض زوجها[1]

فقد ذهب الشافعية في القديم إلى توريثها فإذا طلق الرجل امرأته ثلاثة واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه[2]في القياس وفي الاستحسان ترث منه وهو قولا لإمام السرخسي و بن أبي ليلى، وإن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج وأن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه طلق امرأته تمارضا أخر التطليقات ثلاثة في مرضه فورثها عمر رضي الله عنه، وقال ما تهمته،ولكن أردت السنة .[3]

وسبب اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان مريض بينهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب الميراث،ومن لم يقل سد الذرائع وحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها الميراث[4]ووجه الاستدلال في ذلك

1ا.الإجماع:قال ابن سرين من فر من كتاب الله رد إليه أي يعامل بنقيضه[5]

---

[1] تواتي بن توتي، المرجع السابق، ص482

[2]شمس الدين السرخسي ،المبسوط ، ج6، دار المعرفة بيروت لبنان، بدون طبعة ، بدون سنة النشر،ص154.

[3]محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنية ومذهب الجعفري والقانون،دار الجامعية للطباعة والنشر،ط4،1983ص537.

[4]الشيخ أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، لبنان ط1،2002، ص 118

[5]شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 155.

2. القياس: قيس على حرمان قاتل العمد من الميراث حيث قصد المطلق حرمانها من الميراث، وقصد القاتل استعجال الميراث، فيعامل كل منهما بنقيض قصده.[1]

ثانياً: الطلاق دون سبب مشروع

سأتعرض لرأي الفقه في هذا الطلاق ثم لمعاييره

1. رأي الفقه في الطلاق دون سبب مشروع

إن عامة الفقهاء قرروا بأن الأصل في الطلاق الحظر لا لإباحة، لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق، وتنهي عن وقوعه لغير سبب مشروع، ولأن فيه كفراناً لنعمة النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله تعالى:

﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾سورة الروم الآية 21 وإنما أبيح للحاجة إلى الخلاص من الضرّر عند تباين أخلاق وعروض البغضاء[2]فإن لم تكن الحاجة المبيحة له شرعاً بقي على أصله من الحظر، لم فيه من إضرار بالمطلق وزوجته،وأولاده لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ الآية﴿٣٤﴾ سورة النساء[3] أي لا تطلبوا الفراق، مما يدل على أن من طلق زوجته لغير حاجة ودن سبب مشروع، فقد أضر بزوجته ،والمجتمع، وهذا نوع من الفساد لقوله﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾ سورة البقرة الأية205 .[4]

ويرى البعض في القديم إذا طلق الزوج زوجته،وتبين للقاضي أن زوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول، وأن زوجة سيصبيها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها

---

[1] جميل فخري ناجم،متعة الطلاق وعلاقتها بتعويض عن الطلاق التعسفي ، المرجع السابق، ص226.

[2] الشيخ علي أحمد الطهطاوي ،المرجع السابق،118.

[3] شمس الدين السرخي ، المرجع السابق ، ص135 .

[4] جميل فخري ناجم التدبير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،دار حامد للنشر التوزيع عمان،ط1،2008 ،ص229.

بتعويض لا تتجاوز مبلغ النفقة ثلاثة سنوات لأمثالها فوق العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال.[1]

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسُف في الطلاق دون سبب مشروع إلى مذهبين :

المذهب أول: يرى أصحاب هذا المذهب أنه من طلق زوجته دون حاجة أو سبب مشروع فقد تعسف في استعمال الحق ونتج عن هذا التعسف ضرر للزوجة وأولادها كما يكون بذلك قد خالف مقصد الشريعة من مشروعية الطلاق وأساء استعمال الحق الذي جعله الله بيده.[2]

المذهب الثاني: ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفاً في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناءً على أنَّ الأصل في الطلاق الإباحة وأنه حق الزوج له حرية الإرادة في التصرف فيه .[3]

2. تطبيق معايير التعسف على الطلاق دون سبب مشروع

وتنقسم إلى معايير ذاتية وأخرى موضوعية

أ. المعايير الذاتية أو الشخصية

***معيار قصد الإضرار**

إن طلاق الزوج زوجته دون سبب مشروع أو مبرر يكون قصده من ذلك التصرف هو إضرار بها وبمصلحتها، للقرينة الدالة على الطلاق على ذلك، وهي عدم وجود أي مسوغ شرعي حمله ويكون بذلك متعسف في استعمال حقه المشروع.[4]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 532 .

[2] جميل فخري ناجم، التدبير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص227 .

[3] نفس المرجع، ص 228 .

[4] نفس المرجع ، ص229.

***معيار المصلحة غير المشروعة**

لقد شرع الله جَل جلاله الطلاق لاستحالة الحياة الزوجية بين الزوجين فإذا كان لغير ذلك، ودون سبب مشروع فمثلا كأن يطلق زوج لزواج عليها بأخرى فإن هذه المصلحة غير مشروعة ولأنه يستطيع الزواج دون الحاجة لطلاقها فإذا طلقها دون مصلحة مشروعة عد تعسف في استعمال حق.

ب . المعايير الموضوعية

❖ معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول حتى ولو كان يحقق مصلحة ضئيلة [1] وانعدام التناسب بين ما يعود على صاحب الحق من مصلحة، وما يلزم من استعماله لحقه من ضرر أشد [2].

❖ معيار الضرر الفاحش:

إن الفعل الذي يرتكبه الزوج بتطليق زوجته سيسبب حتماً ضرراً فاحشا فقد تجد الزوجة نفسها في الشارع دون بيت يأويها ومن دون نفقة .[3]

المطلب الثاني :الطلاق بواسطة القاضي

تستطيع المرأة إذا تضررت من الحياة الزوجية بسبب زوجها أن تلجأ إلى القاضي لطلب التطليق لرفع الضرر عنها فقد تستحيل الحياة الزوجية مع شدة الخصام وكثرة النزعات والخصومات بين الزوجين استنادا لقول الرسول ﷺ" لا ضررا ولا ضرار" .

وعليه فقد يحكم القاضي بالطلاق وفق ما جاءت به نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري إذا ما توفرت حالة من حالات التطليق للضرر هذه الصورة الأولى أما الصورة الثانية الطلاق للنشوز أحد الزوجين وكذلك يكون بحكم من القاضي إذا ما تحقق من

---

[1] جميل فخري ناجم، المرجع السابق ، ص230.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ،مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع،لبنان، ط1، 1967 ص176

[3] جميل فخري ناجم، المرجع السابق، ص 230 .

الأسباب الطلاق للنشوز أحد الطرفين يقضي بطلاق للنشوز وتعويض الطرف المتضرر فالزوجة شأنها شأن الزوج قد تتعسف كذلك بطلب التطليق.

3 . معيار تعسف المريضة مرض الموت

نورده في حالتين

أ- الفرقة من جهة الزوجة المريضة مرض الموت

ونشير إلا أنه إذا قصدت الزوجة بالفرقة إبطال حق الزوج، رد عليها قصدها وثبت له الميراث كأن يكون لها الخيار الفسخ، أو ترتكب مع أحد الأصول الزوج، أو فروعه في مرض موتها ما يوجب حرمة المصاهرة، أو ترتد عن الإسلام وهي في مرض موتها، فإنها تعتبر فارّة من الميراث فيرثها إذا ماتت قبل انقضاء عدتها لأن الفرقة جاءت بسبب من جهتها[1]

ب-خلع المريضة مرض الموت

لقد اختلف الفقهاء في إختلاع المريضة مرض الموت فقال المالكية :

يحرم إختلاع المريضة مرض الموت كما يحرم على الزوج لإعانته لها على الحرام ،لكن ينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحا وماتت في عدتها.

وقال الحنفية :يصح خلع المريضة ولو اختلعت في مرضها فهو من الثلث لأنها متبرعة في قبول المال فإن ماتت في العدة فله الأقل من البدل، ومن ميراثها منه.

وقال الشافعية:إن خالعت الزوجة في مرض موتها و ماتت فلم يزد العوض على مهر المثل اعتبار من رأس المال ، وإن زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث.[2]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 455.445

[2] إمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق وإخراج فوزي عبد المطلب،الأم ،دار الوفاء لطباعة ونشر والتوزيع،المنصورة، ط1 ،2001 ، ص508

كما أعطى القانون حق طلب الطلاق عن طريق الخلع ،وذلك للأسباب نفسية حيث جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي."

إذن من غير المستبعد أن تتعسف الزوجة عند استعمال حقها الأصيل في طلب

كما نصت المادة 3/53 من قانون الأسرة الجزائري على التطليق للضرر المعتبر شرعا و استناداً لنص المادة 266 مكرر 1من قانون العقوبات[1] والتي تنص على أنه " يعاقب بالحبس من سنة إلى3سنوات كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف للفضي المتكرر..."فقد تستعمل الزوجة هذا الحق وتتعسف فيه وتلحق الضرر بالزوج ، وقد رأينا في إقدام الزوج على طلب الطلاق دون مبرر شرعي وطلاق المريض مرض الموت فهو طلاق تعسفي ،وقياساً على ذلك فإن الزوجة إذا طلبت الخلع دون تبرره ودون موفقة الزوج أو تعسفت بطلب التطليق ألا يستحق الزوج تعويض عما لحقه من ضرر.

فمن غير المنصف أن نطلب من الزوج التعويض في حالة طلاقه التعسفي ولا نطلب من الزوجة تعويض الزوج في حالة مطالبة بالتطليق و الخلع في مرض الموت في حالة تعسفها في استعمال هذا الحق .

الفرع الأول: الطلاق في حالة النشوز

أولاً تعريف النشوز

1. تعريف النشوز لغةً:

[1]أمر رقم 66-156مؤرخ في 8يونيو سنة 1966المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون 16-02مؤرخ في19يونيو2001

نشز : النَّشْزُ، والنّشزُ: الَمتن المرتفع من الأرض والجمع وأنشازٌ ونشوز، ومنه قوله وإذا قيلَ " آنْشُزُوا فانْشُزوا "[1]، والنُشُوزْ بضم النون والشين المعجمية أخره زايأي الخروج قوله على الزوج لا على السيد قوله على البالغ لا على صبي قوله على عاقل لاعلى المجنون على الحاضر لا على المسافر. [2]

2. تعريف النشوز اصطلاحاً

ونَشَزّتِ المرآة استعصت على زوجها، وأبغضته، وخرجت عن طاعته، ونشز الرجل عليها ضربها، وجفها، قال أبو إسحاق النشوز يكون بين الزوجين، وهو كراهة واحد منهما الأخر[3]لقوله تعالى﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا﴾ سورة النساء الآية 128 ،عن عائشة رضي الله عنها قالت هي المرآة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد أن يطلقها، ويتزوج غيرها تقول له : أمسكني ولا تطلقني، ثم تزوج غيري، فأنت حِل من النفقة عليّ والقسمة لي، فذلك قوله تعالى ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞۗ ﴾ سورة النساء الآية 128 [4]

أما من الناحية القانونية فقد نص المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر "

وبعض الفقهاء قانون عرفوا النشوز " بأنه امتناع أحد الزوجين عن الامتثال الأحكام عقد الزواج وما تضمنه من حقوق، وواجبات، وعدم تنفيذ أحكام القضاء الملزمة بذلك[5]

---

[1]ابن منضور، لسان العرب، ، ج 15/14ص،266

[2]الشيخ محمد عليش، المرجع السابق، ص169

[3]للشيخ زين الدين أبي بكر الرّازي، المرجع السابق، ص319.

[4]صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب إذا حلله من ظلمه فلا رجوع فيه ،رقم الحديث 2350، المرجع السابق ص592.

[5]لحسين بن شيخ أث ملويا، رسالة في الطلاق الخلع (دراسة قانونية،فقهية وقضائية مقارنة) دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة 2015-2016 ،ص 312.

وبذلك يكون الفقه قد توسع أكثر في تعريف النشوز أو أعطى حالات أو صور النشوز وهي عدم الامتثال للأحكام عقد الزواج، وحقوق وواجبات، وعدم تنفيذ الأحكام القضائية أما نص القانوني قد اكتفى بذكر تعويض القاضي في حالة النشوز الطرف المتضرر بمعنى قد يكون النشوز من الزوجة أومن الزوج ولم تعطي تعريف للنشوز .

ثانيا: التعويض عن الضرر في حالة النشوز

1. في الفقه

لقد أعطى الفقه الحق للحكمين أن يفعلا ما فيه المصلحة من الإبقاء، أو إنهاء الحياة الزوجية دون رضا الزوجين أو توكيلهما هذا بعد النظر في أمرهما وإصلاح حالهما من وعظ وإرشاد وزجر فإن وفقا في إصلاح بينهما وإلا لم يوفقا طلقهما القاضي.[1]

وعليه فإن لفقه لم يؤكد للزوجين حقهما في التعويض في حالة الطلاق للنشوز إلا طلاق فقط

2. في القانون

نصت المادة 55 من قانون الأسرة على أنه " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر "

فإذا كان الطلاق مبني على سبب غير وجيه فهو طلاق تعسفي فالتعويض للمرأة، وإذا لم هناك يكن طلاق تعسفي فالتعويض للرجل وفي هذه الحالة.[2]إذا ادعت الزوجة نشوز زوجها، وأثبتت حالة النشوز كان لها الحق في طلب الطلاق .

كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن طاعة بلا مبرر فإذا امتنعت الزوجة أو الزوج عن العودة إلى معاشرة الزوجية ، ويؤدي ذلك إلى

[1]السيد سابق، فقه السنة، مرجع السابق، ص199

[2]بن شويخ رشيد، مرجع سابق،ص214- 215 .

صدور حكم بالنشوز وعليه يثبت النشوز انطلاقا من هذه اللحظة،ويقضي القاضي بالطلاق،وبتعويض للطرف المتضرر.[1]

وكما جاء في قرار المحكمة العليا الصادرفي21/04/ 1998من المقرر قانوناً أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.ومتى تبين . في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون . ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن .[2]

الفرع الثاني :حالة التطليق

أولاً : مفهوم التطليق وحالاته

قد يكون ضرر الذي يلحق بالزوجة من طرف الزوج هو أحد أسباب النزعات، وحدوث المشاكل بين الزوجين مما يؤدي بالزوجة إلى رفع دعوى الطلاق فالتطليق هو لجوء الزوجة إلي القاضي لطلب فك الرابطة الزوجية وتعويضها عما لحقها من ضرر طبقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري " أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها "[3]وقد حدد المشرع حالات التي تطلب فيها الزوجة التطليق عن طريق القاضي حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري وهي

*عدم الإنفاق بعد صدور حكم ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج

*العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

*الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

---

[1]تشوار الجيلالي، محاضرات مقياس قانون الأسرة الجزائري السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014- ص134.

[2]الأحوال الشخصية : 21 /1998/04، الاجتهاد القضائي الغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001،ص144،نقلا عبييدي الشافعي ، القواعد الموضوعية والإجرائية،منشورات دار الهدى بدون طبعة ، 2016 ،ص34.

[3] أحمد نصر الجندي ،مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية،ط3 ،1986ص136 .

*الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية[1]

*الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

* مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

*ارتكاب فاحشة مبينة

*الشقاق المستمر بين الزوجين

*مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

*كل ضرر معتبر شرع

فهذه الأسباب العشرة تجيز لزوجة التطليق لحمايتها من تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق ومنع الإضرار بها[2]وقد أضاف الأمر 02.05 من ق.أ ج حالة أخرى للتعويض المطلقة في م 53 مكرر" يجوز للقاضي في حالة الحكم بتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض الضرر اللاحق بها "، وإن كان هذا المبدأ تماشيا مع الاجتهاد القضائي الجزائري،وقد تجسد في بعض الأحكام القضائية .

"على أنه من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما . ثبت في قضية الحال . أن القضية تتعلق بزواج تام للأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول مدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسف في حقها،ويبرر التعويض الممنوح لها "[3]

[1] الإتحاد الوطني لمنضمات المحامين،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التطليق،مجلة المحامي،عدد 30، 2018، ص106.

[2]علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، رسالة دكتورا، جامعة وهران، كلية العوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، 2017، ص415

[3]خدام هجيرة،حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة دكتورا،جامعة تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2016،ص216.

كما أنه بالرجوع لأغلب التشريعات العربية نجد أنها نصت على حق المرأة في طلب التطليق حتى وإن اختلفت التسمية سواء كان تفريق أو التطليق.

حيث نص القانون العراقي في المادة 41 منه على "...إن استمرار الحياة الزوجية خيرا من إنهائها سواء بطلاق من الزوج أو التفريق القضائي كما نص القانون المصري في المادة 11مكرر يجوز للزوجة التي لحقها ضرر أن تطلب الطلاق، وكذا القانون السوري نص على التفريق للحبس في المادة 100 من القانون السوري والقانون الإماراتي الذي نص على التفريق للغياب[1]

أما بنسبة للفقه الإسلامي فقد ذهب الإمام مالك والشافعي،والإمام أحمد إلي جواز تفريق القاضي بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته النفقة الضرورية لأنه يعد ذلك إضرار بالزوجة[2] فأي ضرر يلحق بالزوجة سواء مادياً أو معنويا رفعت أمرها للقاضي، وبعد أن يزجره بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو توبيخ وإن لم يرجع عن ذلك طلقها القاضي عنه قوله ﷺ: ولا تمسكوهن ضرار لتعتدوا" [3]

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الأئمة الثلاثة في التفريق لعدم الإنفاق، وكذا برأي ابن لقيم الجوزية عندما أضاف ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج في الفقرة الأولى من نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري .[4]

ثانياً: التعويض عن الضرر في حالة التطليق

لقد أضاف المشرع الجزائري التعويض عن الضرر في حالة التطليق، وهذا حسب نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث على "يجوز للقاضي في حالة الحكم

---

[1]مسعودي رشيدة، النظام المالي لزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة، رسالة دكتورا، جامعة تلمسان كلية الحقوق،2005 ، ص71.

[2]مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ،ص216.

[3]خدام هجيرة، المرجع السابق ،ص 471.

[4]مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق ص216.

بتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض الضرر اللاحق بها"وذلك تماشياً مع الاجتهادات القضائية كما جاء بمجلس القضائي الصادر : 1987/01/26 ولما كان ثابتاً . 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 صحيحاً[1]

كما جاء في قرار صادر عن أحوال الشخصية: 15 /1999/05 و متى تبين . في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طويلة من الخصام مع الزوج و أن الزوج هو المسئول عن الضرر لأنه لم يمتثل لقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض.[2]

المبحث الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

تستحق المطلقة التعويض نتيجة الضرر الذي لحقها من الطلاق التعسفي ويكون التعويض عن الضرر المادي والمعنوي فالتعويض المادي يتمثل في مصاريف تربية أبنائها ومأكل وملبس، و مأوى إلخ...

أما بنسبة لضرر المعنوي وهو ما يصيب حالتها النفسية من الوحدة والكآبة .بحيث يستند القاضي إلى أسس ومعايير في الحكم بالتعويض حتى يبرر حكمه وتعويض المطلقة من جراء ما يلحقها من ضرر.

وعلى رغم من القانون لم ينص على المتعة إلا أن القضاء الجزائري قد جمع في بعض قراراته بين المتعة والتعويض قياساً لما استندوا عليه فقهاء المعاصرين على مشروعية المتعة ولمعرفة تفاصيل هذه المسألة قسمت المبحث إلي ثلاثة مطالب :

المطلب الأول :شروط التعويض عن الطلاق التعسفي وموقف الفقه الإسلامي منه

[1] (أحوال الشخصية : 1987/01/26، م .ق، ع. 1991/04، 88) نقلا عن عبيد الشافعي، المرجع السابق، ص40

[2](أحوال الشخصية : 18 /1999/05،الاجتهاد الفضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص)، ص126 نقلاعن عبيد الشافعي ، المرجع نفسه ، ص39

المطلب الثاني : مضمون التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثالث : أساس ومقدر التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي وموقف الفقه منه

لقد كفل القانون حماية الزوجة من تعسف الزوج في استعماله حقه للطلاق وذلك بتعويضها عما لحقها من ضرر نتيجة هذا الطلاق استنادا إلى معايير، وشروط يستند إليها القاضي في الحكم بالتعويض فإذا كان نص القانون على الشروط كجزاء عن تعسف الزوج فما موقف الفقهاء من هذا التعويض ؟ .وعليه سأتطرق إلى الموقف الفقهي من التعويض عن الطلاق التعسفي أولاً ثم إلى شروط الطلاق التعسفي .

الفرع الأول: الموقف الفقهي من التعويض

سأتعرض لرأي القائلين به ثم لرأي المعارضين له

أولاً المذهب الأول : القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي يقول مصطفى السباعي في التعويض : " وهذا حكم جديد، لم يكن معمولاً به من قبل وهو حكم عادل وقد استندوا إلى ما يلي:

- قياس التعويض على المتعة المعطاة، والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الأخر، ورغَّب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف.

- إن الطلاق وإن كان حق للرجل إلا أنه لا يجب أن يتعسف فيه من غير ضرورة تجبره على ذلك لأن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالزوجة وإن لحقها ضرر أوجب على الزوج التعويض[1]

[1] جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص272، 273 .

ـ إن الزوج إذا طلق زوجته من غير مبرر شرعي وكان تصرفه تعنت وتعسف محضا في استعمال حق مقيد كان للمطلقة الحق في التعويض يقره القاضي نتيجة ما لحقها من ضرر وضياع فرصة الزواج خاصة إذا تقدم بها العمر .[1]

ـ الطلاق بغير مبرر خروج عن المألوف لسلوك الشخص العادي وهو إساءة استعمال الحق يشكل خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض

ـ إن التعسف إذا وقع وسبب ضرراً، يستوجب المسؤولية ويرتب جزاءً دنيويا يوقع عن طريق القضاء بإزالة الضَّرر عيناً إن أمكن، أو عن طريق الضمان .[2]

ـ العمل بمبدأ السياسة عادلة التي تمنع ظلم المرأة، وتعرضها للفاقة والحرمان بسب تعنت الزوج [3]

ـ ويقول عبد الفتاح عياش: أنَّ وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي مرتبط بالضَّرر الواقع نتيجةً لهذا التعويض .وسواء كان الرجل أو المرأة إذا فوض إليها أمر الطلاق لقوله: ﷺ " لا ضرر ولا ضرار"فالعبرة بحصول الضَّرر على المتضرَّر يوجب الضمان على المتسبب بالتعدي.

ـ إذا أوقع الزوج الطلاق وتضررت به المرأة، فالأمر واضح، أما إذا كانت المرأة هي التي أوقعت الطلاق بما معها من تفويض بذلك، وأوقعته على وجه التعسف في استعمال الحق، وتضرر الزوج بهذا الطلاق، فالتعويض عليها أوجب أيضاً.[4]

هذا ما نص عليه القانون الليبي في المادة 39 إذا كان المتسبب في الضرر الزوجة حكمت المحكمة بسقوط مؤخر الصداق ومتجمد النفقة مع التعويض لطرف الأخر.

كما جاء في الفصل 31 من القانون التونسي "يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي .[1]

---

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 192.

[2] جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص 275 .

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص532 .

[4] جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص 276.

أما بنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على تعويض الزوج في حالة إذا كانت الزوجة هي المتسببة في الضرر في حالة تعسف الزوجة في طلب التطليق والخلع ،وكذلك في حالة مخلفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج كما لو اشترط الزوج عدم عمل المرأة ثم طلبت الزوجة التطليق .واكتفت نص المادة 52من قانون الأسرة الجزائري " إذا تبين تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" فأحيانا يكون الزوج هو المتضرر من الطلاق حتى وإن كان هو المبادر لطلاق لأن العصمة بيده فلا يمكن أن يكون هو المتسبب دائماً في الضرر ،ونحمله مسؤولية الطلاق لوحده لأنه أحيانا قد تكون الزوجة هي المتسببة بالضرر ،وتدفع بالزوج لطلاق لحصولها على التعويض كأصحاب النفوس المريضة مثلا

كما أن المشرع اشترط التعسف وهو الطلاق بدون مبرر ولم يشترط الضرر.

المذهب الثاني: القائلين بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي

. إن المطلقة لا تستحق التعويض عن الطلاق ، لأن الطلاق حق للزواج يسوغ له إيقاعه، وإنه من الظلم مساءلة أحد عن حقه، لأن المرأة كانت على بينة مسبقاً بحق الزوج في الطلاق فكان عليها أن تحتاط لنفسها.

ثم أن القول بالتعويض جانباً سيئاً، وهو جبر الزوج على العيش مع امرأة لا يرغب فيها ثم أنه قد يسلك طريق أخر غير مشروع فيصبح الضرر عام بعدما كان خاصاً[2]

ـ حرمت الشريعة الإسلامية أخذ مال مسلم بغير حق، واشترطت لإباحته أن يكون بطيب نفس من صاحبه لقوله ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ سورة البقرة الآية 188 فالتعويض يدخل تحت هذا النهي .[3]

---

[1] خطاب خالد خطاب،لتعويض عن الضرر دراسة فقهية مقارنة،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، بدون طبعة، ص 192.

[2] د عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، 293 .

[3] خطاب خالد خطاب، المرجع السابق،ص162

- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلاق زوجته دون سبب ظاهر،فهو مستعمل حقه الشرعي، تكن ولم منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق .

- لا يوجد في القرآن أو السنة دليل يقضي بتعويض الطلاق، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى[1]

- وقد ذكر **الشيخ أبي عبد الله المعز محمد علي فركوس** في فتوى حكم الطلاق التعسفي بأن الطلاق من حق الشرع جعله بيد الرجل إن شاء أمسك، وإن شاء طلق " والجواز ينافي الضمان "، أو التعويض كما هو في القواعد العامة ، ولأنه على فرض تقدير المسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء، فليس للمرآة من حق في أموال الرجل إلا المهر والنفقة الواجبة، وماعدا ذلك فلا يجوز للمرآة المطالبة بالتعويض لقوله تعالى ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ﴾سورة البقرة لأية 188.

ولقول الرسول ﷺ" لاَ يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ"[2]

. إن الطلاق الأصل فيه الحظر والمنع ولا يباح إيقاعه إلا للحاجة لكن هذه قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي . [3]

[1] محفوظ الصغير، المرجع السابق، ص132.

[2] فتوى الشيخ فركوس، في حكم الطلاق التعسفي، www.ferkos.com، فتوى رقم 530، 1 ماي 2019.

[3] بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 159. 160.161.

الفرع الثاني :شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "من خلال هذه المادة يتبين لنا شروط التعسف، والمتمثلة فيما يلي :

أولا :أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق

فإذ كان الطلاق دون سبب يبرره فمن خلال وقائع الدعوى وكذا البحث في أسباب الطلاق يتبن للقاضي التعسف من عدمه[1]، فإذا طلق الزوج زوجته دون سبب معقول عد هذا الطلاق طلاق تعسفيا، وتستحق حينئذ الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تعويضا عن هذا الطلاق، وذلك حتى لا يغالي باستخدام هذا الحق فإذا تبين لقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر يسبب هذا الطلاق، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة تعسف،ودرجته .[2]

فالتعسف كما جاء في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

. إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

. إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "

---

[1] خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ض162.

[2] شذى مصطفى حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية،عدد1، مج 1، ص 180.

إذا استعمل صاحب الحق في حدود ما ذكرت هذه المادة يكون متعسفا في استعمال حقه، و يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه، ويلزم بالتعويض[1]

يكون الزوج متعسفا في طلاق إذا طلقها في مرض موته يعتبر فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق .

فصور التعسف في نظر الشريعة يرجع إلى مدى المخالفة الشريعة في إيقاع الطلاق،ومنه يفقد وجه الحكمة في تشريعه، وأما معياره بالنظر القانوني فيكون بقدر الضرر الذي يسببه الطلاق[2]

ثانيا :أن لا يكون الطلاق بناء على طلب الزوجة أو برضاها

أن لا يكون هناك تراضي بين الطرفين على الطلاق، ولا تكون الزوجة هي السبب في لجوء الزوج إلى تطليقها بسبب تقصير من جانبها كإهمال الزوج أو خروجها من المنزل دون علمه أو عدم الرجوع إلىبيت الزوجية لأن في هذه الحالة يكون طلاق الزوج مبرراً ويكون على مسؤوليتها .[3]

أما إذا تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية، وتمادي الزوج،في تمسكه بطلب الطلاق، فإنه يعد متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمرآة.[4]

---

[1]محفوظ صغير المرجع السابق، ص121 .

[2]محفوظ صغير المرجع السابق، ص 103- 104.

[3]أسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة الماجستير، جامعة قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص155.

[4]محفوظ صغير، المرجع السابق، ص 103 .

فقد ورد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/01/18 (ملف 233707) إن الطلاق التعسف"حيث بمقتضى نص المادة 52 من ق.أ ج قد حدد توفر شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض المذكورة الأول إيقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول، وثانيهما تعرض الزوجة للضرر اللاحق بسببه وحيث أنه لما توفر هذان السببان معا فإن المطعون ضدها تستحق التعويض.(المتعة)

ثالثا :أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة :

فالعصمة هي حق للزوج شرعا، وقانونا جعلها الله سبحانه وتعالى،وذلك استنادا لواجباته الشرعية كالنفقة، والمهر، ولأنه لأحرص على بقاء الحياة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال بالشكل يضمن الحياة الكريمة، وهو من تلقى عليه مسؤولية تعويض الزوجة إذا أقدم على طلاقها[1]

أي أن الطلاق يصدر من الزوج بإرادته المنفردة ما لم يدفع الزوج بدفع مقبول، ويثبت غير ذلك .فإذا طلق الزوج زوجته دون علمها،أو أرسل لها ورقة الطلاق مع محضر دون سابق إنذار فيكون متعسف في طلاقه لها.

فإذا لم تكن الزوجة ترغب في الطلاق ورغب فيه الزوج ترغب في الطلاق، ورغب فيه الزوج فيعتبر طلاق تعسفيا بشرط أن لا تكون الزوجة قد ارتكبت خطأ من جانبها .

رابعاً:أن تكون الزوجية قائمة

إن الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت علاقة الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقداً بدون دخول بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية .

[1]غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة دكتورا، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2010،ص28 .

أما التعويض قبل الدخول إنما هو التعويض عن الضرر المعنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي. وعليه يتوجب الزوجين إثبات قيام الزواج من خلال تقديم وثيقة الزواج التي تم إبرامها أمام موثق،أو موظف مؤهل، أمام جهة إدارية ويتم تسجيلها بشكل رسمي لدى مصالح الحالة المدنية .[1]

خامسا :رفع دعوى التعويض بناء على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا

من خلال نص المادة 423من قانون الإجراءات المدنية والإدارية [2] تكون دعوى التعويض في شكل طلب مقابل تتقدم به الزوجة أثناء تقديم الزوج دعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة كما قد تكون دعوى مستقلة بذاتها إذ أن طلب التعويض قد يأتي بعد صدور الحكم الذي يعتبر حكما نهائيا في شأن فك الرابطة الزوجية مع حفظ حقوق المطلقة،وعلى هذه الأخيرة أن تدرج فيما بعد دعوى أخرى لقصد المطالبة بحقوق المتعلقة بالطلاق إذا تم الطلاق بصورة تعسفية.[3]

كمانص المادة 3/39 من القانون العرقي أنه إذا لم تطلب الزوجة، أو وكيلها التعويض عن الطلاق التعسفي فليس للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها[4]

المطلب الثاني : مضمون التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض عن الطلاق التعسفي مصطلح جديد استحدث بموجب تعديل 2005 ولم يكن معروف في مجتمعنا من قبل، فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقا لأحكام قانون الأسرة هو تعويضا ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق .

---

[1] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص15.

[2] – القانون رقم 08_09، المؤرخ في 18صفر عام 1914هـ الموافق ل25 فبراير سنة 2008يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدراية.

[3] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 103

[4] خطاب خالد خطاب، ا لمرجع السابق، ص73.

فالتعويض في الطلاق و إن كان يراه البعض أنه لا حق للمطلقة فيه من منطلق أن الطلاق حق شرعيا ل لرجل فأن أصل الطلاق للإباحة وليس الحظر إلا أن هذا الحق ليس مطلقا، ولا يمكن أن يكون فيه تعدي على حقوق الآخرين فإذا كان كذلك وجب التعويض .

وعليه سنتعرض للتعويض في الفقه الإسلامي ثم التعويض في القانون

الفرع الأول التعويض في الفقه الإسلامي

هناك من يربط التعويض بالمتعة في الفقه الإسلامي وعليه سنتعرض لتعريف ومشروعية المتعة في الفقه الإسلامي .

أولاً . مفهوم المتعة

1. المتعة لغة : اسم المُتْعَةُ، وقد مَتَعَ به أي انتفع به لقوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَٰعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾ سورة البقرة لأية 36 [1] ومتع : المُتُوعُ الامْتِدَادُ،والارتِفَاعُ، يقال متع النهار ومتع النَبَاتُ إذا إرْتَفَعَ والمَتَاعُ انتفاع ممتد الوقت يقال متعه الله بكذا، وأمْتَعَهُ وتَمَتَّعَ به قال لقوله "وَمَتَّعْنهُمْ إلى حِينِ "،وكل ما ينتفع به على وجه ما فهو مَتَاعٌ ومتعةٌ لقوله " وَلَمّاَ فَتَحُوا مَتَعَهُم "

2 . المتعة اصطلاحا :

فالمتاع و المتعة ما يعطى المطلقة لتنتفع به مدة عدتها، يقال أمتعتها ومتعتها[2]

قال الأزهري : المتاع في اللغة : كل ما انتفع به، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق[3]

---

[1] الشيخ زين الدين محمد الرازي، المرجع السابق، 298 .

[2] الراغب الأصفهاني، ، المرجع السابق ، 349 .

[3] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق ، 180 .

فالمتعة هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق وتقدر المتعة بقدر حال الزوج من فقر وغنى بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره[1]

ثانيا . مشروعية المتعة والحكمة منها

1. مشروعية المتعة

هي ثابة من الكتاب والسنة

أ. من القرآن :

استنداً

لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ﴾

سورة البقرة لأية 236

ولقوله تعالى

﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾

سورة البقرة الآية 236 على العموم في كل مطلقة إلا التي سمي لها مهر وطلقت قبل فبل الدخول[2]

ثانياً . من السنة :

أخرج البخاري في صحيحه بسنده عن سهل عن أبيه وعن أبي أسد قال تزوج النبي

[1] لحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارض لبنان، ط2 ،2005، ص102.

[2] الإمام أبى الوليد أحمد بن رشد ، بدية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة بن تيمية القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة النشر، ص 183.

ﷺ أميمه بنت شراحيل فلما أدخلت عليه بسط يده فكأنها كرهت ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين[1]

2. الحكمة من مشروعية المتعة

اختلف الفقهاء في حكم المتعة للمطلقة إلى ثلاثة أقول :

حيث قال الجمهور المتعة ليست واجبة لكل مطلقة، ويرى أهل الظاهر أن المتعة تجب لكل مطلقة والذين قالوا بوجوبها لهم رأيين:

الرأي الأول: ما يراه أبو حنيفة هو أن المتعة في نوعين من الطلاق

النوع الأول: واجبة لكل مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق مسمى ولم يفرض لها المهر بعد العقد واستندوا إلى مايلي: ﴿۞يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾الآية 49 من سورة الأحزاب فاشترط المتعة مع عدم الدخول وعدم تسمية المهر بعد العقد[2]

النوع الثاني : أن تكون الزوجة قد طلقت قبل الدخول ولم يسمى لها مهر فيه وإنما فرضه بعد العقد[3]

الرأي الثاني: فأما الشافعية فقد استندوا لقوله تعالى ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ سورة البقرة 236وقالوا أن المتعة تجب على العموم في كل

[1] أحمد بن صالح ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة بن تيمية القاهرة ، بدون طبعة،بدون سنة النشر، ص183

[2] الإمام أبى الوليد أحمد بن رشد، المرجع السابق، ص 184

[3] أحمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، ، دار الاعتصام لطباعة لنشر والتوزيع، بدون ط،بدون سنة النشر، ص151

مطلقة قبل الدخول لم يفرض لها شيء بعد العقد ولم يسمى لها مهر وألا تستحق نصف المهر ،وطلقت قبل الدخول[1]

وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى : حقً على المحسنين، وحقاً على المتقين صرف الأمر من الوجوب إلى الندب (لأن قوله حقاً على المحسنين يعني المتفضلين المتجملين) .[2]

كذلك ما جاء في كتاب المبسوط عن مالك استنادا لقوله تعالى﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ﴾سورة البقرة لأية235 والذي بيده عقدة النكاح وليها حتى إن على مذهبه إذا آتت المرأة أن تسقط نصيبها يندب الولي إلى إسقاط ذلك [3]

الفرع الثاني :المتعة في القانون

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى قانون لهذا الفرض الشرعي، هناك من أخذ بها استنادا للمادة 222 من قانون الأسرة

أولاً: مشروعية التعويض في القانون

يرى الباحثين المعاصرين أن نفقة المتعة في الشريعة تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي من بين أولئك الباحثين الدكتور وهبة الزحيلي، وعبد الرحمن الصابوني الذي اعتبر أن مصدر المادة 117 من القانون السوري هو ما ورد من إيجاب المتعة في الفقه وأن التعويض هي السياسة الشرعية العادلة لظلم المرآة بحيث أستند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة ويرى الدكتور مصطفى السباعي بأن التعويض مبدأ جديد في القوانين العربية مستنده نفقة المتعة [4] لكن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على المتعة،

---

[1]شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص62

[2]د عبير ربحي شاكر القدومي المرجع السابق، ص196ـ197

[3]شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص63

[4]محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص142.

المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وهذا ما أدى إلي تضارب في القرارات القضائية بحيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 29 /1986/12على أنه " من القواعد المقررة شرع أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت.[1]

ثانيا:موقف القضاء الجزائري

جاء في القرار الصادر في 2000/2/22 "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق وفي تأكيدها لهذا المبدأ جاء في القرار " لكن وحيث أن لتعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير النفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الإضرار الناتجة عن التعسف التي تكون نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ عد مخالف للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه ..فإن القضاء بالمتعة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، غير أن هذا القرار لم يفرق بين استحقاق المرآة للمتعة (للتعويض)بسبب طلبها التطليق لضرر أصابها، أو التطليق خلعا بعوض أو بغير عوض، ومنه فلا تجب لها التعويض على أن المتعة تجب لكل مطلقة سواء كان الطلاق تعسفيا أم كان بوجه مشروع.[2]

لكن خلاف لذلك قررت المحكمة ذاتها في قرارها صادر في 1985/04/8حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها نفقة تعطى لها تخفيفاً عما حصل لها من ألم فراق زوجها وهي في حد ذاتها تعويض وكان على القاضي أن يفي للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت تعبير الشرعي،وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص142

[2] بن زيطة عبد الهادي، مرجع السابق، ص 121.120

بالمتعة لا أن يمنح مبلغ رمزياً باسم المتعة ويجعل لها مبلغ أخر غير شرعي تحت اسم التعويض".[1]

وأمام هذا الموقف لا يمكن للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض والمتعة في أن واحد فلها الحق فقط في التعويض[2].وقد نص المشرع الجزائري على الحق في التعويض حسب نص المادة 52، 53، مكرر،و55 من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص م 52 من نفس القانون على الحق في التعويض إذا تعسف الزوج في استعماله حقه في الطلاق .

كما أنه يجوز للزوجة أن تطلب في الوقت ذاته من المحكمة الحكم لها بالتطليق، والتعويض[3]فإذا حكم القاضي بالطلاق أو التطليق فإنه بإمكانه أن يحكم بالتعويض بناء على طلب أحد الطرفين، أي أنه لا يمكن للقاضي الحكم بالتعويض من تلقاء نفسه .[4]

المطلب الثالث:أساس التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

مما لا شك فيه أنه لا يكون التعويض إلا أثبت أن زوج أنه فعلاً متعسف في حق زوجته فيكون التعويض نتيجة الضرر ناتج عن خطأ قد يرتكبه الزوج في حق زوجته.

وذلك بإصلاح الضرر وجبر خاطر المضرور ومنحه تعويض عادل ففكرة التعويض، أو لالتزام بالتعويض عرف أيضا في الشريعة الإسلامية باسم الضمان وذلك للحفاظ على الأرواح والأموال الناس .

الفرع الأول : أساس الفقهي عن التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

فالتعويض عن الضرر أمر معروف في الشريعة الإسلامية، وقد دلت على مشروعيته من القرآن والسنة وعليه سنتطرق للبحث عن لأساس الفقهي أولا ثم الأساس القانوني .

---

[1]محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص143.

[2]تشوار الجيلالي، المرجع السابق، 2015، ص 103.

[3]جميل فخري ناجم، مرجع السابق،ص295 .

[4]تشوار الجيلالي .المرجع السابق، ص108.

أولاً. أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه

لقد أوجبت الشريعة مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الناس وجبر للضرر ،وزجر المعتدين فمن

قوله تعالى ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾

سورة البقرة لأية 192 ، فوجوب دفع الضرر قبل وقوعه للرفع الضرر الفاحش، وترميم أثاره بعد الوقوع، وكل ما ذكر يدل على مبدأ المسؤولية عن الضرر أمر مقرر أساسي في إسلام . ولا يجب ضمان الشيء أو تعويضه إلا بتوفر معنى التضمين وذلك لا يتحقق إلا بتوفر الاعتداء والضرر، وأما الرابطة بين لاعتداء والضرر إما سبباً، وإما مباشرة فهو من قبيل عدم وجود المانع للسبب وعليه فالتعويض لا يقوم إلا بتوفر ثلاثة أركان،الاعتداء والضرر وعلاقة السببية.[1]

1. الركن الأول لاعتداء: ويراد به عند الفقهاء معنى الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار من دون حق[2].

2. الركن الثاني الضرر :

الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون وقد عرفه بعض المالكية إن الضر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة[3]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص22-24 .

[2] نفس المرجع، 24

[3] أبو ساقي المدني، المرجع السابق، ص24- 28

إن فقهاء المسلمين لا يفرقون بين ضرر نشأ عن فعل صدر تعديا عن قصد وعمد، وضرر ينشأ عن فعل من غير قصد في التعدي وهذا القول يؤدي إلى اتساع نطاق فكرة التعويض عن الطلاق حتى ولو كانت الزوجة هي التي طلبت بإيقاع الطلاق ورضيت به، وهذا يدخل مجموعة كثيرة من طرق الطلاق كالتطليق لعدم الإنفاق، أو للغيبة، أو الضرر فعندما يترتب عن الطلاق ضرر فإن هذا الضرر هنا يمنح الحق للمضرور المطالبة بالتعويض .

وأناط الفقه الإسلامي بالضرر وأخذ الفقهاء بفكرة التعويض عن الضرر إعمالا لقاعدة " الضرر يزال " إسنادا لقول الرسول ﷺ[1]

الفرع الثاني :أساس القانوني عن التعويض نتيجة الطلاق التعسفي

إذا كان المشرع الجزائري قد نص من خلال المادة من 52 قانون الأسرة الجزائري على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق إلا أنه لم يبين كيفية تقدير التعويض، هل الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر أم أنه يراعي في تقديره مسائل أخرى لا يمكن أن يحكم القاضي بالتعويض إلا إذا أثبت تعسف الزوج.

أولاً : المسؤولية العقدية كأساس التعويض عن الطلاق التعسفي

تقوم المسؤولية العقدية على ثلاثة أركان هي : الخطأ الضرر وعلاقة السببية بينهما، غير أن الخطأ هو أهم هذه أركان الثلاثة، فلا تقوم المسؤولية العقدية بغير خطأ .

ولذلك كان الخطأ شرطا ضروريا لقيام المسؤولية بل هو الأساس الذي تقوم عليه بمعنى إذا انتفى الخطأ امتنع الحكم بالتعويض[2].

[1] خطاب خالد خطاب، المرجع السابق ، ص206

[2] محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص104.

وعليه لا يمكن اعتبار هذه المسؤولية أساس للحكم بالتعويض عن الطلاق،وهذا لغياب أحد أهم أركانها وهو الخطأ، أو إخلال بالتزام تعاقدي وبتالي الزوج إذا استعمل حقه في الطلاق لا يعني أنه أخطأ أو أخل بالتزام تعاقدي يوجب عليه التعويض لأن المرآة لا يمكن أن تشترط في العقد عدم الطلاق لأنه يخالف النصوص الشرعية لقول الرسول صَلَى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَمَ " المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ".[1]

ولهذا فإن المسؤولية العقدية لا تعتبر أساسا لحكم بالتعويض، إلا أن هذا القول يرد عليه استثناء فإذا اشترطت المرآة في عقد النكاح التعويض عن الطلاق، ووافق الزوج على هذا الشرط ثم أخل بهذا الالتزام كان للمطلقة الحق في المطالبة بالتعويض عن الطلاق على أساس المسؤولية العقدية ، والعكس صحيح كما لو اشترط الزوج عدم عمل المرأة وأخلت الزوجة بهذا التزام وطلبت التطليق هنا يسقط حقها في التعويض بل يستحق الزوج التعويض في هذه الحالة .

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها تأتي من قوله الله تعالى "يأيها الذين أمنوا أوفوا أ بالعقود "[2] كذلك كما لو اشترطت المرأة مبلغ معين لتعويض في حالة الطلاق.

ثانيا: المسؤولية التقصرية كأساس التعويض عن الطلاق التعسفي

تعتبر المسؤولية التقصرية أساس للتعويض عن الطلاق، وذلك في حالة الإخلال بالتزام قانوني في حق استعمال الطلاق فمتى نص القانون على التزام معين اتجاه مسألة الطلاق وقام الزوج بمخالفة هذا الالتزام يترتب التعويض الطلاق على أساس المسؤولية التقصرية حيث نص القانون التونسي في الفصل30 " لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة فإذا قام الزوج بإيقاع الطلاق ليس في المحكمة، وأمام القاضي يعتبر إخلال بالتزام القانوني ويرتب على فعله خطأ يستوجب المسؤولية التقصرية و كما هو الحال في مشروع 1916

[1] خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص229.

[2] نفس المرجع، ص230- 232.

بمصر حيث تم تقييد الطلاق بإذن من القاضي الشرعي الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان الزوج فإذا خالف المطلق هذا القيد في إيقاع الطلاق فإن طلاقه هنا موجب للتعويض على أساس المسؤولية التقصرية[1] فهيمن النظام العام وبتالي يقع باطل كل اتفاق يقضي بالإعفاء من المسؤولية التقصرية.[2]

فالتعويض عن الطلاق التعسفي هو مسؤولية قانونية لأي التزام مصدره القانون وفقاً لفكرة إساءة استعمال الحق، وليس التزاماً عقدياً ناتج عن إخلال الزواج فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقاً لأحكام م (3/39)من قانون أحوال الشخصية التونسي النافذ هو تعويضاً ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفي في إيقاع الطلاق فالتعويض يشمل الضرر المادي وأدبي الذي يلحقا بالزوجة .[3]

وإذا أردنا تطبيق هذا المبدأ على أحكام الزواج وحقيقة الطلاق وحكمه فلا نراه موجبا للتعويض عن الطلاق لأنه لا يمكن إنسان عاقل أن يقول إن كل فشل، أو سوء تفاهم بين الزوجين يؤدي إلى طلاق يكون الرجل هو المسئول الوحيد عنه، وبتالي فإنه يتحمل التعويض للزوجة عن الأضرار التي لحقها من الطلاق بحجة أنه قصر بما وجب عليه من المودة والسكينة وحسن المعاشرة فمن المستحيل أن ينفرد الزوج بتحقيق ذلك لوحده، أو تنفرد الزوجة بذلك لوحدها إذا لم يتم تعاون بينهما المشترك بتحقيق حياة زوجية سعيدة.[4]

الفرع الثالث: أساس التعويض في قانون الأسرة الجزائري

إن الشخص إذا ما اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني ما فالأصل أن يمارس حقه بطلاقه، ولا يلام على استعماله ولا نحمله مسؤولية استعماله انطلاقا من كونه يمارس حقه الطبيعي الذي خوله القانون إذا ثبت تعسف الزوج في الطلاق وفيه إضرار بزوجة فعلى

---

[1] خطاب خالد خطاب ،المرجع السابق، ص 230- 232

[2] محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون ط، مؤسسة الثقافة الجامعية لنشر والتوزيع، ص270

[3] شذى مضفر حسن، المرجع السابق،ص180.

[4] خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص239 .

الزوجة أن تثبت التعسف للحصول على تعويضها كما أن تعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في م 124مكررمن القانون المدني،وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الشرعية .[1]

من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر أخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة،وأن التعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 سابقا و124 مكرر حالياً من القانون المدني،وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعاً.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار صادر بتاريخ 2000/02/22 جاء فيه ما يلي " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق " [3]

وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي الناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 سابقا و124مكررحالياً من القانون المدني، وبتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما [4]لا تدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليماً .غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 41 من القانون المدني، أو لحقها

---

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للنشر و التوزيع الجزائر، بدون طبعة،2007 ص21 - 22.

[2] المرجع نفسه، ص22.

[3] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص125.

[4] باديس ذيابي، المرجع السابق ،22- 23

ضرر نتج عن المسؤولية التقصرية طبقا لمقتضيات المادة 124مكرر فعليها أن تثبت الضر المذكور في الدعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك.[1]

وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1999/06/15 حيث قضت بموجبه بأنه من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج، أو تخطيا للقواعد الإثبات، خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون .[2]

أما بنسبة للمتعة فلم ينص المشرع عليها الجزائري، مما أدى إلي تضارب في تطبيقات القضائية حيث توجد أحكام تنص بتعويض حيث جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1986/01/27 جاء فيه" من المقرر شرعاً وقضاءً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج من طلاق غير مبرر،ويسقط تحميلها جزء من المسؤولية، ولما كان من الثابت . في قضية الحال . أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد لظلم الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة " .[3]

كما جاء في حكم محكمة صادر بتاريخ 2004/02/15 " حيث أن القاعدة الشرعية تقرر بأن العصمة بيد الزوج ولهذا تقرر وجب الاستجابة لطلب المدعي الخاص بالطلاق لكن وجب تحميل المسؤولية هذا الطلاق للزوجين معا فالزوج تسرع في طلب الطلاق والزوجة لرفضها بجلسة صلح الرجوع لعصمة

---

[1] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص124- 125

[2] يومعي عبد اللطيف، المرجع السابق ،ص103

[3] المحكمة العليا غ. أ.ش. ملف رقم (39731) قرار بتاريخ 01/27/ 86 نقلا عن أسمهان عفيف، السلطة التقديرية للقاضي، شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، جامعة قالمة، كلية الحقوق العلوم الإنسانية، 2010، ص162.

زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت الزوجية، حيث بنظر إلى المسئول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول المدعي عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها عن هذا الطلاق وذلك قضت لها المحكمة ب20000 دج مقابل المتعة المطلقة "[1]

الفرع الرابع: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

إن مسؤولية الشخص عن الأضرار التي نتجت عن تصرفاته، وأخطائه سواء كانت بإرادته، أو نتيجة إهماله، فهذه الأضرار تقتضي إلزامية التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمضرور.

فيكون هذا التعويض جبر للضرر، وهنا لابد على القاضي أن يقدر هذا التعويض ويجب أن يكون التعويض مناسبا لما لحق المضرور من ضرر، وعليه فالقاضي عند تقديره لهذا التعويض يجب مراعاة عدة أو جملة من اعتبارات وعليه سأتناول مقدار التعويض من الجانب الشرعي أولاً ثم والتعويض من الجانب القانوني .

أولاً:مقدار التعويض في الفقه الإسلامي

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يجمعون على أن إذا اشتكت المرآة من ضرر زوجها سوء معاملته بالضرب اشتكت أمرها للقاضي لرفع الظلم عنها وذلك بتعز يره وأمر الزوج بالمعروف وحسن المعاشرة فإن اشتد النزاع بينهما بعث حكمين ليصلح شقاق بينهما فإذا تعذر، وكان الإساءة من الزوج طلق القاضي الزوجة بغير عوض و إن كانت الإساءة من الزوجة فيكون لهما الخيار في أن يبقيا على الحياة الزوجية وحسن العشرة والمعاملة بالمعروف أو يفرقا بينهما بعوض يأخذانه منها يكون أقل من مهرها أو أكثر أو مساويا.[2]

[1] محكمة عين الصفراء بتاريخ 2004/02/15 نقلا عن يومعي عبد الطيف، المرجع السابق، ص102

[2] بدران أبو العينين الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، للطباعة والنشر، بدون طبعة، ج1، 1978،ص 444 - 445

أما مقدار المتعة فقد اختلف الفقهاء في تحديد مقدار المتعة التي تجب لكل مطلقة،وبين ترك أمر التحديد إلى الظروف وملابسات كل حالة وحسب [1]

فعن بن عباس رضي الله عنه قال أرفع المتعة الخادم، وأوسطها كسوة، وأدناها نفقة، ثم المعتبر في المتعة حال الرجل لقوله تعالى على "الموسع قدره وعلى المقتر قدره"[2]فهي معتبرة بحال الزوج في يسره وإعساره، وفي رواية درعٌ وخمار و ملحفة وفي رواية أخرى يرجع تقديرها إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو ما يحتاج الاجتهاد فيجب الرجوع فيه الحاكم[3]شريطة ألا تزيد على مهر المثل لأن الحق الواجب لها بعقد الزواج هو مهر المثل في حالة عدم تسمية المهر،أو حالة التسمية الفاسدة، أو لاختلاف[4]في مقدار المهر فلا تزيد بالمتعة،ولم تقدرها بالمهر المسمى لأنه قد يفرض كثير للمغالاة فكان أولى جعل الأمر إلى القاضي لينظر في مقدار مهر المثل في الزمان الذي حدث فيه الطلاق فيقدر المتعة به.[5]

ثانياً: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون

لقد اتفقت بعض القوانين الأحوال الشخصية على مبدأ تعويض الضرَّر الناتج عن الطلاق التعسفي ولكنها اختلفت في تحديد مقدار التعويض،ومن هذه القوانين.

ـ مشروع القانون العربي الموحَّد حيث نصت في [الفقرة ب من المادة 96]على أن: للمطلقة طلب التعويض إذا تعسَّف المطلق في استعمال حقه في الطلاق [6]

---

[1]عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 201

[2]شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ،ج6،ص62

[3]لموفق الدين محمد بن قدامة الحنبلي، المغنى ج10، دار العالم الكتابة للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، بدون طبعة، ص143- 144

[4]السر طاوي، المرجع السابق، ص183

[5]جميل فخري ناجم، المرجع السابق، ص191

[6] السرطاوي، المرجع السابق، ص178.

ـ كما نص قانون الأحوال الشخصية لأردني في المادة على أنه إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول،وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي تراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، ،ويراعى في ذلك حال الزوج يسراً وعسر [1]

كذلك ما ذهب إليه . قانون أحوال الشخصية السوري المادة:[117] إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن لها على مطلقها بحسب حاله، ودرجة تعسفه ....."[2]

ـ لقد ربط القانون الأردني والقانون السوري الحكم بالتعويض المناسب بالنفقة، وجعلها أساس الحكم في تقدير التعويض، ولم يربطاه بالضرر الواقع على المطلقة من جراء حصول الطلاق .

كان عليهما، أن يأخذان بنظرية التعسف في استعمالا لحق في هذه المسألة بأن يجعل مقدار التعويض بمقدار الضرر، لأن الضَّرر علة التعويض، وليست النفقة[3]

كذلك ما ذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 18 مكرر "...الزوجة المد خول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ...تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين مع مراعاة يسر وعسر وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط "[4]

يلاحظ أن المشرع المصري قد خالف المشرع السوري فقد حدد أدنى قيمة بنفقة سنتين إلا أنه ترك حدها الأقصى للقاضي لتقدير بحسب ظروف الطلاق ومدة أحقية الزوجية في استعمال حق الطلاق لذلك يرى البعض بأن هذه القوانين قد تعسفت في مقدار

---

[1] جميل فخري ناجم، المرجع السابق، 192.

[2] المرجع نفسه، ص292.

[3] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص188.

[4] يونمبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 111.

التعويض، وفي تكييفها له وذلك لأنها جعلت أساس التعويض النفقة، والأصل أن يحكم بالتعويض بناءً على الضرر الذي لحق المطلقة كما أنها جعلت القاضي الحق بتقدير التعويض، وليس بناءً على الضرَّر الواقع من الطلاق التعسفي لذلك يرى البعض أن العدول عن مبد أ التعويض الذي هو من وضع البشر، تختلف فيه العقول ولأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية[1]لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض غن الضرر اللاحق بها "لم يضع المشرع في نص المذكور مقدار محدد لتعويض المطلقة لكنه ترك ذلك للقاضي، وأعطاه سلطة تقديرية في تحدد مقدار تعويض المطلقة، ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا " المبدأ أن تحديد نفقة تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي خولها لهم القانون ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك ".

وعملا بهذا المبدأ فقد قضى مجلس قضاء الأغواط في قرار له مؤرخ في 1983/02/08بمبلغ 6000دج كتعويض عن الطلاق التعسفي، وقضت محكمة الرمشي بتلمسان بمبلغ 1000 وعدله مجلس قضاء تلمسان بقرار له مؤرخ في 1986/07/20 بمبلغ 7000 دج .[2]

بحيث استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض ولم يحدد حد أدنى أو أقصى على خلاف ما ذهب إليه المشرع السوري الذي ينص في المادة 117السالفة الذكر[3]بحيث يؤخذ على المشرع السوري أنه قد أجحف بحق المرأة عندما حدد الحد الأعلى لمقدار التعويض دون النضر إلى حجم الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة مزاجية الزوج بطلاقه ،وذلك أن مبلغ التعويض زهيد لا يتناسب مع تكاليف الحياة خاصة إذا لم يكن هناك معيلا للمرأة، أو كانت عاجزة عن الكسب فهذا

[1] محفوظ بن صغير،المرجع السابق، ص246

[2] يونمبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 63

[3] أسمهان عفيف المرجع السابق، ص105

التعويض لا يفي حاجاتها كان عليه أن يترك ذلك لتقدير القاضي بحسب درجة تعسف الزوج أن يكون التعويض مكافأ للضرر[1]

وقد نصت المادة 52من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها . "هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق ، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق .

أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها فهنا لا بد من حفظ حقوق المرآة بالكامل، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي .[2]

وتأكدت قرارات المحكمة العليا أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعويض حيث جاء في قرار مؤرخ في 1998/06/23 (ملف 93860) "وحيث أنه ثبت من ملف الدعوى أن الزوج قد طلب الطلاق بإرادته المنفردة ولم يثبت وجود مبرر شرعي له وبذلك يكون متعسف في استعمال حقه في طلب الطلاق ويترتب عنه استحقاق المطلقة للنفقات المحكوم بها وحيث أنه فيما يخص تقدير هذه النفقات فإنها تدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة الموضوع .[3]

كما جاء في قرار عن المحكمة العليا المؤرخ في 1994/02/02 ملف رقم 82226 حيث أن قضاة الموضوع قد أجابوا بما فيه كفاية عن الدعوى من كونه موظفا بسيطاً لا يستطيع دفع المبالغ المحكوم بها، إضافة إلى أن تقدير مبلغ تعويض والنفقة هي مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع ما دموا قد برروا قضائهم بما فيه الكفاية[4]

---

[1] أسمهان عفيف ، المرجع السابق، 106- 107

[2] بن شويخ رشيد ، المرجع السابق، ص 187.

[3] المحكمة العليا الغرفة القضائية الأحوال الشخصية ملف رقم (63890)، المجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، ص620 .

[4] المحكمة العليا الغرفة القضائية الأحوال الشخصية ملف رقم (8222)، نفس المرجع ، ص621

فالقاضي هنا أسس حكمه استناداً إلى حالة الزوج المالية ومراعاة ظروفه كونه رجل بسيط لا يستطيع على دفع المبالغ المالية إضافة إلا أن للقاضي سلطة واسعة في تحديد هذه ولا تخضع للرقابة المحكمة العليا كما أن هناك معايير يجب أن يستند إليها القاضي عن تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي .

1. أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية

يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض حالة الزوج المالية يسرًا أو عسراً من خلال ما يملكه الشخص من أموال منقولة أو غير منقولة .

كما يراعي القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر ما اعتادت عليه الزوجة من العيش بما في ذلك السكن ،وقابلية المرتب الشهري للمراجعة ارتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات.

2. أن يتناسب التعويض ودرجة التعسف الزوج في إيقاع الطلاق

هذا المعيار يستشف من النصوص مواد القانون التي أخذت بالتعويض عن الطلاق فالتعسف مسألة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى[1].

[1] خطاب خالد خطاب المرجع السابق، ص 166-167.

خاتمة

إن التعويض اليوم أصبح يطرح مشكلة بين الفقه والقانون فقد عرفت التشريعات القديمة القصاص منذ بداية نشأتها وتطورها فإن حدث اعتداء على الأموال، أو الأنفس فيوجب التعويض صاحبها عنها حفاظاً على حقوق الفرد.

وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة لذلك عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بدليل الكتاب و السنة حيث عرف التعسف أنه مناقضة قصد الشارع في التصرف مأذون فيه بحسب الأصل .

ومع مرور الزمن أصبح التعسف حتى في العلاقات الزوجية بين الزوج والزوجة، أو في انفصالهم أو التي هي من المفروض علاقة زواج مبنية على المحبة وآلفة وتلاحم بين الطرفين .

إلا أنه في غياب الوازع الديني و تبني عادات غريبة على مجتمعنا لم تكن معروفة من قبل كتحرر المرأة والمساواة بين الرجل والمرأة في شتى المجلات التي أصبحت تنادي بها بعض الجمعيات النسوية هدا حتما يؤدي إلي خلق نوع من خلل في الأسرة بنسبة إلى الحقوق والواجبات .

فيصبح كل من الزوجين يقوم باعتداء على حقوق الطرف الأخر ففي كثير من الأحيان نرى أن المرأة تطالب بالتعويض لقاء تعسف الزوج كما يرى الزوج بأن الطلاق هو حق من حقوقه الذي شرعه له الله سبحانه وتعالى وبين ذلك وذاك فما على القاضي إلا تعويض الطرف المتضرر .

فبرغم من أن المشرع الجزائري اعترف للمتضرر بحق التعويض في مسائل الزواج والطلاق إلا أنه لم يضع معايير، و ضوابط الذي ستند إليها القاضي في التعويض الطرف المتضرر، وإنما ترك ذلك لسلطة التقديرية للقاضي فله سلطة في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق، وذلك حفاظا على حقوق المرأة والرجل على حد سواء من جهة، وفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض ومن جهة أخرى.

كما نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على شروط استحقاق التعويض والتي يستند إليها القاضي من خلال سلطته الواسعة في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

وقد أثبتت التطبيقات القضائية أن الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري هو فكرة التعسف في استعمال الحق استنادا للقاعدة الشرعية " لا ضرر و لا ضرار " طبقا لأحكام القانون الأسرة والشريعة الإسلامية استنادا للنص المادة (222) من قانون الأسرة الجزائري، وليس أحكام المسؤولية التقصرية والتعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون المدني .

أما عن ممارسة قاضي شؤون الأسرة للسلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر فقد قيدها المشرع في أربع حالات، وهي في حالة العدول عن الخطبة،و الطلاق التعسفي،والتطليق،والنشوز كما يراعي القاضي عند تقدير التعويض أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية وأن يتناسب التعويض ودرجة التعسف الزوج في إيقاع الطلاق .

الاقتراحات والتوصيات

– تعديل الفقرة 2من المادة 05من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز للطرف الحكم بالتعويض فليس دائما العادل المتسبب بالضرر فقد يكون العادل عن الخطبة هو نفسه المتضرر سواء كان العادل الخاطب أو المخطوبة .

– تقنين مادة في أحكام الطلاق توجب التعويض للزوج في حالة تعسف الزوجة في طلب التطليق أو مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج إذا ما اشترط الزوج عدم عمل المرآة وكذا التعسف في طلب الخلع .

– تحديد أساس تقدير التعويض وتقيد من سلطة القاضي في شؤون الأسرة لكل من العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي .

– لا بد من تحديد معايير الطلاق التعسفي على سبيل الحصر حتى يتبين لقاضي متى يكون الزوج متعسف من عدمه ولا نترك أمر تقديره للقاضي فما يره هذا القاضي تعسف قد لا يراه قاضي أخر كذلك بل أصبح تحديد الطلاق التعسفي المبادر إلى الطلاق و أصبح الحصول على تعويض بأمور احتيالية فإذا أرادت الزوجة الحصول على تعويض دفعت بزوج إلى الطلاق ، وإذا أراد الزوج تهرب من التعويض دفع بالزوج لطلب التطليق أو الطلاق عن طريق الخلع .

–لابد على المشرع أن يشترط الضرر لتعويض إضافة إلي التعسف المنصوص عليه في نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: المصادر

1 –ابن منضور ، لسان العرب،تحقيق رشيد القاضي،طبعة الأولى ،ج4 ،ج 8 ،14 ،دار الأيمك، الجزائر،2008 .

2 – محمد بن إسماعيل البخاري ،صحيح البخاري،دار بن كثير للطباعة والنشر التوزيع، بيروت ،الطبعة الأولى،2001،

3 – البيهقي أبو بكر محمد بن الحسين ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ،السنن الكبرى دار الكتب العلمية ، ،باب ما جاء في كراهية الطلاق ، رقم الحديث 14894. لبنان ، ج7،1999

4 – محمود بن يزيد القز ويني ،سنن ابن ماجة ،دار إحياء التراث العرب .

ثالثا :المعاجم

1– لراغب الأصفهاني، معجم مفردات القرآن ، دار الفكر للطباعة والنشر، لبنان،ط1،2006

2 –محمد بن أبي بكر الرازي،مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي لبنان ،.2005

رابعا :الكتب

أ . العامة

1–أحمد بن أحمد صالح،فقه الأسرة عند الشيخ الإسلام ابن تيمية في الزواج والطلاق ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية الجزء الأول.

2–أحمد رأفت عثمان،فقه النساء في الخطبة والزوج ،دار الاعتصام للنشر والتوزيع.

3-أحمد فرج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع،2004 .

4-الإمام القرطبي أبى الوليد بن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الأولى ،مجلد3 ،1990

5-إمام محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق وإخراج فوزي عبد المطلب الأم ،دار الوفاء لطباعة ونشر و التوزيع، المنصورة،ط2001،1 .

6-باديس ذيابي صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،بدون طبعة،2007.

7- بدران أبو العينين الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية والمذاهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بدون طبعة،1978.

8-بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر،الطبعة الثانية ،1961.

9-بلحاج العربي،أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،الجزء الأول

10-بلحاج العربي،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

11-بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر ،الطبعة الأولى ،2008.

12-تواتي بن توتي ،المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، دار الوعي للنشر والتوزيع الجزائر،ط1،ج4،2008

13- السيد سابق ، فقه السنة، دار الفتح الإعلام العربي،القاهرة،الطبع21،الجزء الثاني ،المجلد الثاني،1999.

14- شمس الدين السرحسي،المبسوط ،دار المعرفة بيروت، لبنان،الطبعة السادسة

15-الشيخ محمد عليش ،شرح منح الجليل على مختصر العلامة الجليل،بهامشه حاشية المسماة تسهيل منح الجليل، الطبعة الأولى.المجلد3 ،1995

16-طاهير حسين ،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع 2009،

17-عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح قانون المدني الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،الطبعة الثالثة،مجلد واحد،2000.

18-عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الجزائر،الطبعة الأولى ،2007.

19-عبد النصار توفيق العطار،الوسيط في أحكام الأسرة في الإسلام، ديوان المطبوعات الجامعية -بدون ط،2008.

20-العربي بختي ،أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية ، بدون ط،2013 .

21-علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار،دار الكتب العلمية، لبنان،الطبعة الأولى ،2003

22-علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،الطبعة الخامسة،2003.

23-عيسى حداد ،عقد الزواج دراسة مقارنة ،منشورات جامعة باجي مختار عنابة ،2006.

24-الغوثي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الأولى.

25-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ،مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع،لبنان ،ط 1،1967.

26-فضيل العيش، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط2 ،2005.

27-لحبيب بطاهر،الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف بيروت،الطبعة الثانية،الجزء الرابع،2005.

28-لحسين بن شيخ أث ملويا،رسالة في الطلاق الخلع،(دراسة قانونية ،فقهية وقضائية مقارنة)،دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر،بدون ط ،2013

29-لموفق الدين بن قامة الحنبلي، المغنى،دار العالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ، بدون طبعة .

30-محمد إبراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر،مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر و التوزيع

31-محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية، بدون طبعة، 2002.

32-محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة،لبنان، بدون ط، بدون سنة النشر.

33-محمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنية ومذهب الجعفري والقانون،دار الجامعية للطباعة والنشر،ط 4،1983.

34-المصري مبروك ، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون ط2010.

35-المصري مبروك،الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، دارهومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر،2012.

36-وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر د مشق ،الطبعة الثانية ،1998.

ب- المتخصصة

37 - أبوزهرة ،محضرات في عقد الزواج ،دار الفكر العربي الطبعة2.

38-أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، ط3 ،1986.

39 -بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الخطبة والزواج الطلاق والميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005

40-بلقاسم شتوان ، الخطبة والزواج في الفقه المالكي ،دار الفجر لطباعة والنشر.

41-بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،الطبعة الأولى ،2007

42-جميل فخري محمد ناجم التدبير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،دار حامد للنشر والتوزيع الأردن ، الطبعة الأولى ،2009 .

43-جميل فخري محمد ناجم متعة الطلاق وعلاقتها بتعويض عن الطلاق التعسفي

44-خطاب خالد خطاب ،التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،بدون طبعة ،2012

45-عبير ربحي شاكر القادومي،التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر،الطبعة الأولى،2007.

46-عمر سليمان الأشقر،في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ،الطبعة الأولى،1996

47-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2012

48-حمد ناجم جميل فخري محمد جانم، **مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، في الفقه والقانون**، دار الهامة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

49-محمود علي سرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية،دار الفكر الأردن،الطبعة الثالثة ،2010.

50-مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الورق للنشر والتوزيع،الطبعة التاسعة، الجزء الأول،2001.

51-وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته ،دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع،دمشق،ط2،ج7 ،1995.

خامسا : الرسائل المذكرات

1-أسمهان عفيف،السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر،مذكرة الماجستير،،جامعة قالمة، كلية الحقوق والعلوم السياسة،2010.

2-بلحروبي سعاد ،نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة الماجستر في القانون " فرع المسؤولية المهنية " جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،2014،ص34.

3-خدام هجيرة،حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة دراسة مقارنة،رسالة دكتورا ،جامعة تلمسان ،كلية الحقوق والعلوم السياسية2017.

4-ساجدة عفيفي ، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة إسلامية والقانون الأردني،رسالة الماجستير،جامعة فلسطين ، كلية نابلس،2011

5-سعاد لعلي، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتورا، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2014.

6-علي بن عوالي ،ضمانات حماية الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة،رسالة دكتورا، جامعة وهران،كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية،2017.

7-غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، رسالة دكتورا،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،2010.

8-فؤاد بن شكرة،أثار العدول عن الخطبة في ضل المدونة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ،جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والإدارية و الاجتماعية وجدة،2009.

9-مسعودة نعيمة إلياس،التعويض في مسائل الزواج والطلاق،رسالةدكتورا،جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2016 .

10-مسعودي راشيد، النظام المالي لزوجين في التشريع الجزائري دراسة مقارنة،رسالة دكتورا،جامعة تلمسان،كلية الحقوق2005.

11-يومعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي،مذكرة ماجستير ،جامعة الوادي، كلية الحقوق والعلوم الساسية ،2014 .

سادسا : المقالات

1- أيمن دباغ ،التعسف في الطلاق(حقيقته ،معاييره ،حالاته، الجزاء المترتب عليه) مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)،المجلد الثامن عشر، العددالأول،2014.

2- جوابي فلة، دور الاجتهاد القضائي في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة،مجلة البحوث والدرسات القانونية والسياسية،العدد12.بدون سنة النشر.

3- شذى مصطفى حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة،مجلة دراسة الحقوق العلمية،عدد1،مجلد1،2009.

4- علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدبير المتبعة للحد منه . مسائل فقهية مقارنة بقوانين أحوال الشخصية . مجلة دراسات علوم الشريعة الإسلامية والفانون،مجلد43،عدد2،2016

5-الإتحاد الوطني لمنضمات المحامين،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حالة التطليق،مجلة المحامي،عدد 30، 2018.

6-تشوار الجيلالي، محاضرات مقياس قانون الأسرة الجزائري السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2014.

7- الشيخ فركوس، في حكم الطلاق التعسفي، www.ferkos.com، فتوى رقم 530، 1 ماي 2019

النصوص القانونية

-الأمر رقم 66_ 156 مؤرخ في 8يونيو سنة يونيو 1966المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19يونيو 2016

-أمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني ، المعدل إلى غاية القانونرقم 07_05المؤرخ في 13مايو سنة 2007.

-القانون رقم 08_09، المؤرخ في 18صفر عام 1914هـ الموافقل25 فبراير سنة 2008يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدراية.

-القانون رقم48_11 المؤرخ في09يونيو سنة1984والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم05- 02 المؤرخ 27 فبراير سنة2005، الجريدة الرسمية الجمهورية الشعبية ، العدد،12، جوان1984.

فهرس المحتويات

الشكر	
الإهداء	
مقدمة	
الفصل أول: العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض	05
المبحث الأول: ماهية الخطبة	06
المطلب الأول: مفهوم الخطبة	06
الفرع الأول : تعريف الخطبة لغة	06
الفرع الثاني :تعريف الخطبة اصطلاحاً	07
المطلب الثاني:الطبيعة الفقهية والقانونية للخطبة	08
الفرع الأول:طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	08
1-الاتجاه الأول:الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به	08
2- الاتجاه الثاني:الخطبة وعد غير ملزم	10
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية في القانون الجزائري	12
المبحث الثاني: العدول عن الخطبة كأساس للتعويض	14
المطلب الأول :الموقف الفقهي والقانوني من التعويض عن الخطبة	14
الفرع الأول :التعريف التعويض	14
1-أولا :لغة	15
2 -ثانيا:تعريف التعويض اصطلاحا	15

الفرع الثاني:الموقف الفقهي من التعويض نتيجة العدول عن الخطبة	16
1-المذهب الأول :الرأي القائل بعدم التعويض مطلقاً	16
2-المذهب الثاني :الرأي القائل بالتعويض المطلق	16
الفرع الثالث : الموقف القانوني من التعويض	21
المطلب الثاني الأحكام القانونية للتعويض	22
الفرع الأول :أساس التعويض	23
أولاً:المسؤولية التقصرية كأساس التعويض العدول عن الخطبة	23
ثانياً:التعسف في استعمال الحق كأساس التعويض العدول عن الخطبة	24
ثالثا:المسؤولية العقدية كأساس التعويض العدول عن الخطبة	26
رابعا:نظام التعويض عن العدول عن الخطبة نظام خاص	27
الفرع الثاني : شروط التعويض	28
أولاً:العدول كفعل ضار	29
ثانيا:الضرر	34
ثالثا:علاقة السببية بين الخطأ والضرر	40
الفرع الثالث:سلطة القاضي في تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة	36
أولاً : تقدير التعويض	41
ثانيا: وقت تقدير التعويض	42
الفصل الثاني: الطلاق كمسألة موجبة للتعويض	44
المبحث الأول:صور الطلاق الموجبة التعسفي الموجبة للتعويض	46

المطلب الأول: الطلاق التعسفي بالإرادة المنفردة	47
الفرع أول: تعريف الطلاق التعسفي	47
أولاً : تعريف الطلاق	47
ثانيا :حالات الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي	48
الفرع الثاني:صور الطلاق التعسفي الواقع بالإرادة الزوج المنفردة	48
أولاً: طلاق مريض مرض الموت	49
ثانيا:الطلاق دون سبب مشروع	51
1-رأي الفقه في الطلاق دون سبب مشروع	52
2-تطبيق معايير التعسف على الطلاق دون سبب مشروع	52
المطلب الثاني الطلاق بواسطة القاضي	54
الفرع الأول:الطلاق في حالة النشوز	56
أولاً: تعريف النشوز	57
ثانياً:التعويض عن الضرر في حالة النشوز	58
الفرع الثاني:حالة التطليق	59
أولاً: مفهوم التطليق وحالاته	59
ثانيا : التعويض في حالة التطليق	61
المبحث الثاني :أحكام التعويض عن الضرر في حالة التطليق	62
المطلب الأول :شروط التعويض عن الطلاق التعسفي وموقف الفقهي منه	63
الفرع الأول :الموقف الفقهي من التعويض عن الطلاق التعسفي	63

1-المذهب الأول : القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي	63
2-المذهب الثاني : عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي	65
الفرع الثاني : شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	65
أولاً: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في ايقاع الطلاق	67
ثانيا:أن لا يكون الطلاق بناء على طلب الزوجة أو برضاها	68
ثالثا: أن يكون الزوج صاحب الأمر بطلاق بإرادته المنفردة	69
رابعا:أن تكون الزوجية قائمة	69
خامسا:رفع دعوى التعويض بناءًعلى طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا	70
المطلب الثاني:مضمون التعويض عن الطلاق التعسفي	70
الفرع الأول:التعويض في الفقه الإسلامي	71
أولاً:مفهوم المتعة	71
ثانيا : مشروعية المتعة	72
الفرع الثاني: المتعة في القانون	74
أولاً: مشروعية التعويض في القانون	74
المطلب الثالث:أساس التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي	76
الفرع الأول:أساس الفقهي عن التعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي	76
أولاً: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه	76
الفرع الثاني:الأساس القانوني عن التعويض عن الطلاق التعسفي	77
أولاً:المسؤولية العقدية كأساس التعويض عن الطلاق التعسفي	78

ثانياً:المسؤولية التقصرية كأساس التعويض عن الطلاق التعسفي	79
الفرع الثالث:أساس التعويض في القانون الأسرة الجزائري	80
الفرع الرابع :مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي	82
أولا:مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي	83
ثانيا: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون	84
خاتمة	90
قائمة المصادر والمراجع	94
الفهرس	107