

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أحمد دراية - أدرار
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق

تحت الاشراف

من الاعداد الطالب:

• أ.د: حمليل صالح

• جرادة لخضر

أعضاء اللجنة

رئيساً	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	الأستاذ الدكتور كيجل كمال
مقررًا ومناقشاً	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	الأستاذ الدكتور حمليل صالح
مناقشاً	أستاذ التعليم العالي جامعة أدرار	الأستاذ الدكتور مسعودي يوسف
مناقشاً	أستاذ التعليم العالي جامعة وهران 2	الأستاذ الدكتور يقاش فراس
مناقشاً	أستاذ محاضر "أ" جامعة وهران 2	الدكتور قمرابي عز الدين
مناقشاً	أستاذ محاضر "أ" جامعة بشار	الدكتور سعداوي محمد الصغير

السنة الجامعية: 2020-2021

نوقشت بتاريخ: 2021/01/27

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ:

فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ
سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ص وَلَا
تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا •

سورة البقرة، الآية 231

الإهداء:

- أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي الغاليين.
- كما أهديه إلى رفيقة دربي زوجتي الغالية.
- وأهدي أيضا إلى أبنائي (بثينة، عادل، أنس، بلقيس).
- وأهدي إلى أخواتي الكرام.
- كما أهدي هذا العمل إلى صديق إسماعيل نبو الذي صبر معي طوال مدة الإنجاز هذا العمل.
- كما لا أنسى إهدائي إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد.

شكر وتقدير:

من لا يشكر الناس لا يشكر الله، وانطلاقاً من العرفان الجميل، فإنه ليسرني وبئج صدري أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأستاذ الدكتور الفاضل: صالح حميل الذي مدني من منابع علمه بالكثير، والذي ما توانى يوماً عن مد يد المساعدة لي، وحمداً لله بأن يسره في دربي ويسر به أمري وعسى أن يطيل عمره ليبرقى نبراساً متلألئاً في نور العلم والعلماء.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة النقاش الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة رسالتي المتواضعة وإعنائها بمقترحاتهم القيمة.

ولم ولن أنسى أن أتقدم بفائق الشكر والاحترام والتقدير إلى أحبائي، الذين ساندوني معنوياً ومادياً ووقفوا بجانبني منذ بداية مسيرتي العلمية ولغاية الآن وجزاهم الله عنى كل الخير.

وفي النهاية يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مد لي يد العون في مسيرتي العلمية.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- ق.ع: قانون العقوبات.
- ق.إ.م.إ: قانون إجراءات مدنية وإدارية.
- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.
- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي.
- ق.م.م: القانون المدني المصري.
- ق.م.س: قانون المدني السوري.
- ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.
- ق.ع.م: قانون العقوبات المصري.
- ق.أ.ج: قانون الاسرة الجزائري.
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق: مجلة القضائية.
- إ.ق: الاجتهاد قضائي.
- د.ت.ن: دون تاريخ النشر.
- د.ب.ن: دون بلد النشر.
- د.د.ن: دون دار النشر.
- ع: العدد.
- ج: الجزء.
- ط: الطبعة.
- ص: الصفحة.
- ثانياً: باللغة الفرنسية :

- Art : Article.
- Ed : édition.
- N° : Numéro.
- P : Page.
- C.A : Cour d'appel

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق من الانفس أزواجا، وجعل الرحمة والمودة فيها منهاجا، والصلاة والسلام على من ارسله الله سراجا وهاجا، محمد وعلى آله وصحبه وأتباعه أفرادا وأفواجا، أما بعد:

فإن الاسرة عماد المجتمع وقاعدة الحياة البشرية، وموضعها من المجتمع موضع القلب من الجسد، فبصلاحها يصلح هذا الجسم، وبفسادها يدب إليه السقم والانحلال.

ولا شك أن نظام الاسرة في الإسلام، قد استأثر بقسط كبير من العناية والاهتمام، كما يعتبر عقد ميثاقا غليظا، وفضه مباحا بغیضا، ونالت من الاحكام الشرعية ما يقوي بنيانها، ومن الآداب ما يحفظ ويحمي استقرارها، وهو ما سعت إلى تحقيقه التشريعات الوضعية برمتها، حيث راحت تنوء بقدسية الاسرة في دساتيرها، وتفرد لها قواعد وقوانين خاصة بها، ساعية لتعزيز تماسكها وتقوية أواصرها، وهذا المقصد ذاته تقطن له المجتمع الدولي بمؤسساته، وأنشئت المنظمات والجمعيات العالمية لتحقيقه واثباته.

إن الشريعة الإسلامية حرصت على صيانة حقوق الانسان، وحمايتها، فحرمت إلحاق الضرر بها، في أي صورة من الصور، أو شكل من الاشكال، "لا ضرر ولا ضرار" كما حذرت من الإهمال، وترك الاحتياط المفضي إلى إلحاق الضرر بالآخرين.

تعد المسؤولية المدنية انعكاسا حقيقيا لقيم المجتمع وتطورها، تعكس نضج الوعي الاجتماعي والأخلاقي والقانوني فيه.

ولقد جرت العادة في كتب المدني على تقسيم المسؤولية إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وتقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية ومسؤولية تقصيرية، وهو التقسيم الذي استقر عليه الفقه والتشريع، وتهدف المسؤولية المدنية إلى جبر الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام قانوني، ويعد الضرر الركن الأساس في المسؤولية المدنية، فمن التشريعات من أقامت المسؤولية المدنية على ركن الخطأ، وتشريعات أخرى أقامت على ركن الضرر كالشريعة الإسلامية.

ويثور التساؤل حول طبيعة هذا الاختلاف وما هي الفائدة من هذا التقسيم، فسواء أكان الركن الأساس المسؤولية المدنية ركن الضرر، أم ركن الخطأ، ففي المحصلة يجب تعويض الضرر الناتج عنه، إذا أن القاعدة في المعاملات تقضي بأن كل من سبب ضرراً للغير يلزم فاعله بالتعويض، ولا تثير هذه القاعدة أي إشكال إذا كانت تتعلق بالضرر المادي، أما إذا كان الضرر المعني هو الضرر المعنوي، فإن ثمة عوائق كثيرة تقف أمام تطبيق القاعدة السابق ذكرها، منها طبيعة التعويض على هذا النوع من الضرر، خصوصاً أن المجتمعات البشرية الأولى لم تعهد بقبول الترضية في جانب الشرف والاعتبار الشخصي،

لذا يرى بعض الفقه أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وضع الفقه في مركز الباحث عن طبيعة هذا التعويض، فقد اتجهت غالبية الفقه الفرنسي إلى اعتبار التعويض عن الضرر المعنوي يغلب عليها فكرة العقوبة بدلاً من فكرة التعويض الوظيفية الإصلاحية، بينما يرى رأي آخر في الفقه أن التعويض عن الضرر الأدبي هو تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الإصلاحية في جبر الضرر.

ويعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الافراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم، والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحداً من تلك الاضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن ان يكون مادياً، يكون معنوياً لطالبه ولأن مدعي المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه، إن مبدأ التعويض عن الأضرار يجد لدى القضاء مجالاً واسعاً لتطبيقه حتى أن المحاكم أصبحت تستجيب لكافة طلبات التعويض، دون التقيد بحال معينة.

فقد قصرته من خلال هذه الدراسة على بعض مسائل الزواج والطلاق والتطبيقات القضائية لذلك، وأن السبب الكامن وراء ذلك هو إن الضرر بصفة عامة معنوي قد أصبح في وقتنا الحاضر يمثل أهم الموضوعات التي تمس حياة الناس وتشغل بالهم، لما يتسم به من أهمية علمية وعملية على حد سواء، بل وقد تجاوز مجال الضرر الادبي الحدود التقليدية التي كان يقف عندها عامة وأسفر ذلك الوسع في نطاقه إلى ظهور موضوعات جديدة تعد مجالاً لدراسة، وفي مجال الاسرة والمجتمع كالحق في السمعة والشرف، وتقويت الفرصة في

مجال الخطبة، والتعسف في استعمال الحق وفك الرابطة الزوجية. إن الضرر المعنوي هو الأكثر الاضرار خطورة وأكبرها أثرا في حياة الفرد والاسرة.

وتكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية بالغة لكونها تصب في واقع المجتمع، فقضية التعويض هي قضية العصر، فلا تكاد تخلوا دعوى قضائية منها، وأنت تتفحص المجالات القضائية كذلك لا تكاد تخلوا هي الأخرى من قضايا التعويض، لذلك انصبت جهود الفقه والقضاء على إيجاد كيفية ملائمة لهذا التعويض من خلالها جبر هذه الاضرار، وذلك وفق أسس حديثة تتلاءم مع نوع الضرر، بالإضافة إلى أن الأضرار الناجمة عن مسائل الزواج والطلاق هي أضرار من نوع خاص، فهذه الاضرار وغيرها ما يترتب عليها طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، ما يجعل التعويض عنها يختلف عن تعويض الاضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

وقد أقر التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج، أو ما يسمى عادة "الخطبة" أو الوعد بالزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، غير أنه قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر قد يلحق الطرفين ماديا أو أدبيا، بالإضافة إلى أن الأضرار الناجمة عن مسائل الزواج والطلاق هي أضرار من نوع خاص، فهذه الاضرار وغيرها ما يترتب عليها طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، ما يجعل التعويض عنها يختلف عن تعويض الاضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

مما يجعل الطرف العادل مسؤولا عن تعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر، كل هذه المسائل وإن كانت عبارة عن علاقات ذات طابع شخصي إلا أنه يثور الحديث عن التعويض بشأنها، ودعاوى التعويض المطروحة أمام القضاء أصبحت من أكثر القضايا التي تنظر فيها المحاكم، فالتعويض كمبدأ مستقر اليوم لم يكن وليد القوانين الحديثة بل هو متأصل مع الإنسان منذ نشأته.

وأمام هذا الوضع كان على المشرع التدخل بالنص على جبر الضرر عن طريق إقرار مبدأ التعويض عنه بشقيه المادي والمعنوي من خلال جملة من النصوص القانونية، وللتقيد بنصوص القانون وحفظ الحقوق لمنع التعسف في استعمالها وإلحاق الأذى بالآخرين، وإعادة

التوازن المالي والاجتماعي لأطراف الخصومة فقد أوكل القانون مهمة منح التعويض عن الضرر إلى القاضي باعتباره وسيطاً لتطبيق هذه القواعد.

إن الضرر هو مسألة شخصية تختلف باختلاف الأشخاص وتتنوع بحكم الظروف لذلك يصعب على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من تحديد لعناصره وبيان لشروط قيامه وتحديد لمقدار التعويض عنه، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فإنه سيظل عاجزاً عن إيجاد حلول لكل النزاعات المعروضة على القضاء، لهذا فقد خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في شأن ذلك، فكانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي بأن يواجه ظروف تطبيق القانون بموجب هذه السلطة، حيث لم يشترط الفقه الإسلامي لكي يترتب التعويض على الضرر أن يكون قد نشأ من اعتداء أو ارتكاب فعل محظور، بل يلتزم بالضمان مطلقاً سواء نشأ الضرر عن اعتداء أو لم يكن كذلك، ومن ثم فإن الضمان أو التعويض واجب عن الضرر سواء كان الضرر ناشئاً من اعتداء أو غيره.

ففقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمنين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند القانون، وإذا كانت شريعة الإسلام تعلق كل الشرائع لأنها وإذا كانت الأزواج إذا انقطع حبل المودة بينهما وأصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وفي المتعة ما يحقق المعونة وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق.

ولما كان في الأصل تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة، ووضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وتقيد استعمال صاحب الحق عند استعماله لحقه وذلك حتى يكون ذلك الاستعمال منطبقاً مع المقصد الشرعي، الذي أقام عليه الشارع قاعدة المصالح، وهذه الضوابط والقواعد العامة هي: المعايير التي يضبط بها استعمال الحق فيظهر إن كان تعسفاً أو غير تعسفي، وهذه المعايير لها أهميتها في ضبط وتحديد ماهية التصرف، وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب، كما لهذه المعايير أهمية كبرى وحاجة ماسة في القضاء.

وقد جمعت معايير التعسف التفصيلية بين المعايير الذاتية أو الشخصية والمعايير الموضوعية أو المادية، وما تفرع عنهما، وفي الفقه الإسلامي فلا تعويض إلا عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال، ومتى وقع الضرر وجب الضمان، أما الاعتداءات المعنوية التي تحدث ضرراً معنوياً، فلا تعويض عنها طبقاً لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي، بل أن الفقه في الشريعة الإسلامية يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوماً في ذاته، وأن توجد الماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً منه، وبالتالي لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاته.

فكرة الضرر الواجب تعويضه في الشريعة الإسلامية فكرة محدودة ضيقة فلم تعرف الشريعة الإسلامية فكرة التعويض عن الضرر المعنوي وسند فقه الشريعة الإسلامية في ذلك أنه طالما أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة أو المعادلة، وجب أن يكون الضرر المقابل له ضرراً مالياً، أما غير المالي فلا يقوم بالمال ولا يعرض عنه بالمال، ومن ثمة فلا تعويض عن الضرر المعنوي، على أنه يجوز للمضرور بضرر المعنوي أن يسمح المعتدي أو أن يتصالح معه.

هذه الفكرة الاجتماعية التي يستوحها الفقه الإسلامي في تأسيس المسؤولية، تهدف إلى إقرار حق كل فرد في المجتمع في سلامة جسمه وماله، وهذا التأسيس الاجتماعي والموضوعي لفكرة المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية يمارس أثره على تقدير التعويض، وينتقد بمبدأ رفع الضرر عن المضرور بطريقة شبه موضوعية، ويحدد مسؤولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعي مجرد، كما مر القانون الفرنسي القديم عبر تطوره بعدة مراحل حيث كان متأثراً في بدايته بالقانون الروماني، حيث كانت المراحل الأولى من تطور القانون الفرنسي القديم تتصل بمرحلة الدية الإلزامية، لم يكن هناك فارق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، وحيث كان جزاء الفعل الضار هو العقوبة الخاصة.

لا شك في أن التطور الذي مر به مفهوم التعويض، والذي شهد القانون الفرنسي القديم مظاهر تطوره، والمتمثلة في انقضاء النزعة الشخصية في تقدير التعويض، قد انتقل إلى القانون الفرنسي الحديث، ولكن لم يتوقف التطور عند هذا الحد، حيث نشأ من جديد اتجاه ينادي ببقاء بعض أوجه السمة الشخصية عند تقدير التعويض عن الأضرار، وعلى الرغم من

ذلك، فإنه عند تأمل قواعد المسؤولية المدنية في العصر الحديث على أن جسامه الخطأ تكون في بعض الأحيان محل اعتبار عند تقدير التعويض، ويتبين أيضا مما سبق أن القانون المدني الفرنسي أسند إلى المسؤولية المدنية وظيفة منفردة تتحقق عن طريق التعويض المدني، وهذه الوظيفة هي جبر الضرر الناتج عن الفعل الضار.

وهكذا تطورت أحكام المسؤولية المدنية في الفقه الفرنسي، حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن مما يشمل التعويض عن الضررين المادي والمعنوي، وقد أخذ القانون المصري القديم قواعد المسؤولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ الخطأ المفروض، فوضع القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وأقامها على خطأ، واجب الإثبات، وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع المصري فعلا، حيث جعل القانون الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات.

ومن استقراء نصوص القانون المدني المصري يتضح بجلاء رغبة المشرع في حصر وظيفة التعويض المدني في أمر واحد هو جبر الضرر، وأن القاعدة في التعويض أن يكون كاملا، أما عن معيار التعويض فهو معيار ذاتي بالنسبة للمضرور بحيث يشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، كما يشمل الضرر المعنوي والضرر المادي، ومن ظاهر النصوص فإنه معيار موضوعي بالنسبة للمسؤول، فلا يؤخذ في الاعتبار مدى جسامه الخطأ الواقع منه أو مدى ثرائه أو عدم ثرائه.

وكان لفكرة التعويض أثرا في التشريع الجزائري إذ تضمنت المواد من 124 إلى 133 من القانون المدني المبادئ العامة للتعويض، ويتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري جعل التعويض ناجما عن الخطأ الشخصي وجعل من التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض إذا ألحق بالغير ضررا، ورغم تسليمنا بأن نظام المسؤولية المدنية التقصيرية في القانون المدني الجزائري يتبنى فكرة الخطأ الشخصية أساسا عاما سواء كان ذلك الخطأ واجبا للإثبات أو مفترضا، غير أن النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالمسؤولية كما تم اقتباسها عن نصوص القانون الفرنسي، جاءت تتسم بالعمومية وبمعايير مرنة، فإضافة إلى امتناع المشرع على إعطاء تعريف الخطأ وتبينه للمعيار المجرد الأمر الذي يمنح القضاء والفقه مساحة كافية لتبني مفاهيم أكثر موضوعية.

والمستقر عليه فقها وقضاء الآن أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو اخلال الشخص بالتزام قانوني مع ادراكه لهذا الاخلال، أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنعه في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، وكان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية، ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، والثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز، إذ لا خطأ بغير إدراك.

ومن هنا، فإن الخطأ الموجب للمسؤولية طبقاً للمادة 124 من قانون الجزائري، هو الاخلال بالتزام قانوني يفرض على الفرد أن يلتزم في سلوكه بما يلتزم به الشخص المعتاد المتبصر حتى لا يضر بالغير.

مما تقدم يمكن القول، بأن الأساس الصحيح للمسؤولية والتعويض في الوقت الراهن، في القانون الفرنسي كما في قانون المسؤولية المدنية يكمن في فكرة الضرر ذاتها، فالضرر هو أساس التعويض وليس الخطأ على الأقل بمفهومه الأخلاقي الصرف، وأنه من بين أهم الأسباب التي تدعو إلى الاستغناء عن الخطأ أو على الأقل تحديد وتحجيم دوره في إطار المسؤولية المدنية، هو انه كان السبب الذي يقف خلف عجزها وقصورها في مجال التعويض، مما أفضى إلى الحد من نطاقها ودورها في هذا المجال، الأمر الذي أدى إلى ظهور العديد من النظم التعويضية الخاصة خارجها، والتي أصبحت تنافسها في مجال تعويض الاضرار، بل وأزاحتها تماماً وحلت محلها، كما هو الحال بالنسبة لتعويض ضحايا حوادث العمل والمرور والإرهاب وغيرها من النظم التعويضية الخاصة.

فهنا يحتاج القاضي إلى المعيار الموضوعي المجرد أو سلوك الشخص المعتاد الذي يخضع لتقدير القاضي في كل الأحوال، والذي يستخلصه دوماً من وقائع وظروف ملابساتها.

ولكن لفتت هذه المسألة اهتمامي، وشدني إليها عامل التطلع والفضول العلمي حتى وجدت نفسي مضطراً إلى البحث عن نظرية التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في مسائل الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، وما موقف المشرع الجزائري خاصة وأن المحاكم عندنا تعمل به وتقضي بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية.

وقد شجعني أستاذي صالح حمليل على تناول هذه المسألة الجديدة بالبحث.

وقد أورد المشرع الجزائري التعويض في نصوص متفرقة من قانون الأسرة في مسائل تتعلق بالزواج والطلاق، ونظرا لأن التعويض عن الضرر وما يتعلق به من أسس ذلك التعويض وكيفيته يقتضي دراسة نوع المسؤولية التي يتم على أساسها، سأنتهج لأجل ذلك المنهج التأصيل التحليلي الاستقرائي، وذلك بتأصيلنا في كل ذلك بالرجوع إلى الفقه الإسلامي كما سنقوم بالتحليل والاستقراء، ومن خلال التعرض إلى الآراء الفقهية والمواقف القضائية، والوصول من خلالها إلى إبراز صور التعسف في استعمال الحق، والآثار المترتبة عن ذلك، وسلطة القاضي للتصدي لهذا التعسف، وتقديره للتعويض عن هذه الأفعال والقيود الواردة عن ذلك، كما سأحاول عند التطرق لكل مسألة من هذه المسائل مقارنة ذلك وبعض التشريعات العربية وموقف القضاء منها، لما توصلت إليه من نتائج بعد التحليل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.

للإجابة عن ذلك سأتناول بالدراسة التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري، واخترت لأجل ذلك العدول عن الخطبة وكذا فك الرابطة الزوجية، سواء كان بطلب من الزوج أو الزوجة أو في التطلق الذي يوقعه القاضي، وذلك عن طريق بابين وهما على النحو التالي:

- الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق.

- الفصل الأول: العدول عن الخطبة والطلاق كمسألة موجبة للتعويض.
- الفصل الثاني: صور الطلاق الموجب للتعويض.

- الباب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق.

- الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر.
- الفصل الثاني: تطبيق سلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الزواج والطلاق والقيود الواردة عليه.

الباب الأول:

التعويض عن الضرر في بعض

مسائل الزواج والطلاق.

مقدمة:

لما كان عقد الزواج ميثاقاً غليظاً خطيراً الأثر، كونه مرتبطاً بذات الإنسان ومستقبل حياته الاجتماعية، ولأنه عقد من خصوصياته الديمومة، ولأنه متعلق بالأغراض ومرتبط بالشرف توجب أن تسبقه مقدمات، تتمثل في الخطبة، والتي تمثل في تقاليد الجزائريين إجراءً أولياً وتمهيدياً من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب وأقاربه للاتصال بالمخطوبة أو وليها، بهدف التعرف على المخطوبة وأسرتها من أجل معرفة طبائع وخصال كل عائلة وتبادل الرضا والقبول مع أسرة المخطوبة بشأن المصاهرة وإقامة علاقة طيبة قبل انعقاد الزواج، وقد تطول مدة الخطوبة أو تقصر ويقع الفراق ويحدث العدول، فتترتب عليه آثار، قد تكون مادية أو معنوية أو أدبية يعاني منها أحد الطرفين أو كلاهما، وقد يكون أحدهما أو كلاهما قدم للآخر هدايا ثمينة، توثيقاً للترابط وزيادة في التآلف بينهما، وإظهار لحسن النية في بناء عائلة مستقبلاً.

والضرر الناتج عن فسخ الخطبة يعتبر واحداً من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في حياة الإنسان، خاصة أنه محاط بمجموعة من الاعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصاً، وسبب ذلك أن العدول -في ذاته- لا يجوز أن يفترن بما يمس حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه، وذلك احتراماً لتلك الحرية التي تعد مدخلاً أساسياً لتكوين الأسرة على الأسس التي يقبلها، حتى تكون خلية سليمة فيه، ولا تتحول إلى بؤرة للفساد ومكمن للخطر الذي يهدد الاستقرار ويفوض الوجود، لهذا كان من المنفق عليه، أن العدول في ذاته لا يكون ضرراً يلزم التعويض، وإنما الذي يستحق التعويض هو ما قد يصاحب العدول من تصرفات يمكن أن تشكل بذاتها ضرراً مؤثراً على حياة الإنسان ومستقبل وجوده.

كما منح المشرع الجزائري والمغربي والمصري لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في تقدير التعويض سواء كان الضرر الناتج عن فسخ الخطبة مادياً أو معنياً.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

وقد أباحت الشريعة الإسلامية، على غرار -التشريعات الوضعية- تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة عن إتمام الزواج، إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك، أو وجد ما ينفرد منه، وهذا ما سمته بالعدول عن الخطبة، ويعتبر العدول عن الخطبة من بين الأفعال التي توجب التعويض للطرف المتضرر.

ولكن بالرغم أن الزواج رابطة شرعية بين رجل وامرأة، شرعه الله سبحانه وتعالى لحكم سامية ومقاصد عظمى، واعتبره مؤيدا إذا توفرت شروطه وأركانه، وطلب من الزوجين العمل على إدامة حبل المودة والرحمة الذي يربط بينهما، وتوعدهما بأشد العقاب إن هما نقضا الميثاق الغليظ الذي يربط بينهما من غير حاجة شرعية.

لكن مع هذه التوجيهات الربانية في حماية عقد الزواج من الانفراط، فإنه قد يحصل سبب أو عدة أسباب تدعو إلى الطلاق أو التطليق أو الخلع للخلاص من حياة زوجية لا تحتمل، وذلك درءاً للمفاسد المحققة لبقاء علاقة زوجية مضطربة، وجلبا لمصالح موجودة من الطلاق أو التطليق أو الخلع.

ومن هنا فقد منح كل من المشرع الجزائري والسوري والمغربي والمصري للزوج أن يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة، وسمحوا للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق طلب التطليق من القاضي إذا أثبتت أمينا على ذلك حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه، وذلك بتقدير التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي للزوج والتطليق للضرر، وتقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه بين الزوجين، وذلك لمحاولة إصلاح ذات البين بينهما، كما يجوز للقاضي الاستعانة بالمحكمين من أجل فض النزاع القائم بين الزوجين، وهذا ما سنتناوله من خلال الباب الأول التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق.

الفصل الأول:

العدول عن الخطبة والطلاق

كمسألة موجبة للتعويض.

مقدمة:

يعتبر الزواج رابطة إنسانية قبل أن يكون عقداً، وحتى بوصفه بالعقد فهو عقد من نوع خاص إذ أنه يشترط الدوام، وهو بذلك من أقدس الروابط التي يمكن أن تجمع بين الرجل والمرأة، ويعتبر السبيل الوحيد الذي يحفظ الأنساب ويمنع اختلاطها ولقد أفرغ الله سبحانه وتعالى عليه صبغة الميثاق الغليظ لقوله تعالى: ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹، فالخطبة إجراء تمهيدي يقوم بها الخاطب وعائلته للتقرب من ولي المرأة التي يراها الخاطب نعم الزوجة الصالحة تكون له رفيقة وسند اقتسام حلو الحياة ومرها، لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الدنيا كلها متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة»².

وقد كانت الخطبة موجودة في المجتمعات البدائية وكان يباح فيها للخاطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها عند العرب قبل الإسلام، حيث كانوا في الجاهلية يخطبون المرأة إلى أبيها أو أخيها أو عمها، ثم جاء الإسلام بدوره داعياً إلى هذه المقدمة التي تنشئ الرابطة الزوجية على خير الأسس وأقوم السبل³، ونظراً إلى أن كثيراً من الناس يفهمون الخطبة على غير وجهها الشرعي ويرتب المخطوبان عليها تصرفات لا تسمح بها الشريعة الإسلامية ولا تقرها، فقد خصها الشارع بأحكام تنظمها كما شرعها الله قبل الارتباط بعقد الزوجية.

تستمد الخطبة مشروعيتها من القرآن والسنة النبوية فمن القرآن تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطَابَةِ النِّسَاءِ﴾⁴، ومن السنة النبوية حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم إلكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا

1- سورة النساء الآية 21.

2- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، سنن النسائي، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الامام السندي، ج5، كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، د س ن، ص 65.

3- محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000، ص4.

4- سورة البقرة الآية 235.

تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"⁵، وحديث عن جابر بن عبد الله قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعو إلى نكاحها فليفعل"⁶، وقد أباحت الشريعة الإسلامية، وعلى غرارها التقنيات الوضعية تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة عن إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر مكان يدعو إلى ذلك، أو وجد ما ينفره منه، وهذا ما يسمى عن الخطبة، ويعتبر العدول عن الخطبة من بين الأفعال التي توجب التعويض للطرف المتضرر منها.

ولكن قبل الخوض في هذا التعويض يجب أولاً تحديد ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية، ومن ثم يمكن تحديد طبيعة العدول، هل هو حق خالص للخطاب أو للمخطوبة؟ وبمعنى أدق هل له استعماله كيفما شاء؟ ومتى شاء؟ هل هو حق مقيد؟ وإن كان كذلك فما هي هذه القيود التي ترد عليه؟ وإذا رتب هذا العدول ضرراً للطرف الآخر فهل للمضروب أن يطالب بالتعويض؟ وكيف يقدر القاضي ذلك التعويض؟ وما هي ضوابطه؟ للإجابة عن هذه التساؤلات سأعرض في المبحث الأول إلى الطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها، وأعرض في المبحث الثاني إلى المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة.

⁵ - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ج 3، كتاب النكاح، رقم الحديث 1084، دار الكتب العلمية لبنان، د.س.ن، ص، 394 - 395.

⁶ - أبو داود سليمان ابن الأشعب، سنن أبي داود، المجلد الثاني، كتاب النكاح، رقم الحديث 2082، دار الجبل، بيروت لبنان، 1992، ص 235.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها

يعتبر الزواج أهم حدث في حياة الرجل والمرأة⁷، فهو يعقد بنية الدوام والاستمرار لينصهر كل واحد منهما في ذات وكيان الآخر في جو من السكينة والمودة والرحمة لذا يجب أن يبني هذا العقد على أسس سليمة⁸.

مصداقا لقوله عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁹.

ولكي يحقق كل منهما غرضه من الزواج، وهو دوام العشرة، والاستمرار، لابد أن يكون كل منهما على بصيرة بأمر صاحبه، ولا تتحقق هذه البصيرة إلا بأن يكون لهذا العقد مقدمة، وهي الخطبة، فالخطبة هي تقليد عام على اختلاف في الآثار التي كانت موجودة في المجتمعات البدائية¹⁰.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

ويعرف ابن منظور الخطبة بأنها: "مصدر بمنزلة الخطب وهو بمنزلة قولك فلان خطب فلانة، إذا كان يخطبها" ويقول الخاطب، خطب فيقول المخطوب إليهم نكح" وهي كلمة كانت العرب تتزوج بها، وكانت امرأة من العرب يقال لها أم خارجة، وكان الخاطب يقوم على باب

⁷ - محمد محدة، المرجع السابق، ص4.

⁸ - حكيمة الحطري، حماية الاسرة أثناء الارتباط وعند الافتراق، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية العربية والغربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1999-2000، ص 22-23.

⁹ - سورة الروم، الآية 21.

¹⁰ - إذ كان يباح للخطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صورة الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر تواجهها عند العرب قبل الاسلام، حيث كانوا يخطبون في الجاهلية المرأة إلى أبيها أو أخيها أو عمها، وكان الخطاب يقولون إذا أتاهم "انعموا صباحا نحن أكفاؤهم، فان زوجتمونا أصبنا رغبة وأصبتمونا، وكنا بصهركم حامدين، وإن رددتمونا لعله نعرفها رجعتنا غادرين"، أنظر في ذلك محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 4.

خبائها فيقول خطب فتقول نكح أو خطب، فيقال نكح ورجل خطاب كثير التصرف في الخطبة"¹¹.

وفي نفس الإطار يعرف الأستاذ محمد أبو زهرة الخطبة بـ: "طلب الرجل يد امرأة معينة لتزويجها والتقدم إليها، أو إلى نوبها ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه"¹²، ويعرف أحد الفقه الخطبة كذلك بأنها: "إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة ووليها وقد يتم الإعلام مباشرة من الخاطب، أو بواسطة أهله"¹³.

ترتب الخطبة آثارا شرعية وقانونية هامة، انطلاقا من مركزها الحقوقي الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة على إبرام عقد الزواج، وقبل التطرق لدراسة بعض هذه الآثار لا بد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخاطبين في مجال الالتزامات، وذلك بتحديد طبيعتها- التي تتردد بين كونها عقدا ملزما، ومجرد وعد بالعقد- في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"¹⁴.

وللوصول إلى جوهر الاختلاف لابد من مقارنة بعض التشريعات ومواقف الفقهاء بشأن الخطبة، وعلى أساس هذه المقارنة يمكن أن تحدد القيمة القانونية للخطبة وما يترتب عليها من حقوق لكل من الطرفين، ثم نحدد نطاق هذه الحقوق، وما قد تخلفه من آثار إذا ما أسيء استعمالها، ولقد كيف المشرع الجزائري في المادة 05 الفقرة الأولى الخطبة على أنها وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة.

وواضح من خلال هذا النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة على أنها وعد بالزواج من جهة، واعتبر هذا الوعد غير ملزم من جهة أخرى، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عن الخطبة.

¹¹- أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الأول، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1410 هـ 1990م، ص 360.

¹²- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1987، ص 28.

¹³- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مطبعة الفكر، دمشق سوريا، الجزء السابع، 1405 هـ، 1985م، ص 10.

¹⁴- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 65.

وقد استعمل المشرع الجزائري في نص المادة 05 ق.أ.ج مصطلح "الوعد" وهذا المصطلح له دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وهذا ما يتضح من نص المادة 72 ق.م.ج التي جاء فيها: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد.

فم خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري في نطاق القانون المدني اعتبر الوعد بالتعاقد الذي تتوافر فيه كافة الشروط العقد من رضا، محل، وسبب والشكل إذا كان ركنا في العقد المراد إبرامه في المستقبل، ملزم لصاحبه خلال الأجل المحدد فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموجود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في إلا بموافقة الطرف الموعود له¹⁵.

أم قانون الأسرة الجزائري فيبدو أنه خالف هذه القاعدة فمن جهة اعتبر أن الخطبة بأنها وعد، ومن جهة أخرى أجاز للطرفين العدول عنها، فهي إذن وعد غير ملزم لأطرافه، وهل الموقف للمشرع الجزائري يتناقض مع بعض التشريعات العربية؟ وهل أن اقتران الإيجاب والقبول بشأن الخطبة يمكن أن ينتج التزاما يرقى إلى درجة العقد؟ هل يمكن اعتبار الخطبة عقدا تمهيديا محله إتمام الزواج؟

للإجابة عن هذه الأسئلة لابد من البحث في الطبيعة القانونية للخطبة، هل هي عقد أم مجرد وعد بالزواج؟ وما هي الالتزامات التي ترتبها في كلتا الحالتين؟

اختلف فقهاء القانون الوضعي في تكييفهم لطبيعة الخطبة، من اعتبارها مجرد وعد بالتعاقد، ثم كونها عقدا تمهيديا، وأخيرا عقدا شرعيا يترتب التزاماته وآثاره، وعموما يمكن تقسيم الاتجاهات الوضعية الفقهية والتشريعية والقضائية إلى طائفتين اثنتين: إحداهما تصبغ الخطبة بالصبغة العقدية والثانية تنزلها منزلة الوعد بالزواج لا غير¹⁶.

¹⁵- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2008، ص46-47.

¹⁶- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص76.

الفرع الأول: النظرية العقدية للخطبة

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها بين الطرفين يكون صحيحا وملزما لهما، كأبي من العقود الملزمة للجانبين التي تتيح لأطرافها التوصل أو الإلغاء بمحض الإرادة المنفردة، مع مراعاة النأي عن التعسف حين استعمال الحق في العدول وإلا عد هذا الطرف مرتكبا لخطأ يستوجب التعويض¹⁷.

وذلك ما يتماشى مع نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه "الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها"، وهذا النص لا يمكن تقييده إلا بنصوص خاصة، وفي غياب هذه الأخيرة فإن الخطبة كاتفاق على إبرام الزواج تبقى ملزمة للجانبين¹⁸.

ونتيجة ذلك تأثر القضاء المدني في بعض أحكامه بهذا الرأي فلم يميز بين الخطبة والعقد، إذ كان التراضي كاف لتصبح الخطبة عقدا يترتب عنه آثار المسؤولية العقدية، كما تأثر القضاء المصري بذلك¹⁹.

ونظرا لسكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة في القانون المدني اتجهت إرادة الشراح إلى تطبيق القواعد العامة عليها، فقرروا أنه لما كان كل التزام بعمل يتحول عند تنفيذه عينا، وأن الوعد بالزواج ليس إلا التزاما بعمل فإنه لهذا يخضع لما تقضي به القاعدة العامة في هذا الصدد والواردة بالمادة (1142) مدني فرنسي: "كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"²⁰.

¹⁷ - عبد الله ميروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، القاهرة مصر، دار النهضة العربية، ط 1، 2002، ص 27.

¹⁸ - Cf. M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français, 2ème édition, tome 2, L.G.D.J, 1952 n° 81.

¹⁹ - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 245، أنور العمروسي موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، في الزواج والطلاق والخلع، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2003، ص 454.

²⁰ - Planiol et G.RIPERT, op.cit, T2 p, 68-69.

ورغم ما ساد هذا التوجه من القول بأن الخطبة عقد صحيح لا لأنه لم يؤثر على أحد من الفقهاء اللذين قالوا ما يفيد إجبار أحد الخاطبين على التزوج من الآخر، فيجوز له في كل الأحوال ولا يتم الزواج، ولكن يبقى القول في التعويض عن العدول وأساس ذلك التعويض²¹.
وخلافاً لذلك كانت الخطبة مجهولة في القانون المدني الفرنسي وقد أثار إقرارها جدلاً كبيراً حول صلاحية الوعد بالزواج وتكييفه، فبالنسبة للقضاء الفرنسي كان لا يميز بين الخطبة والعقد، فيكفي التراضي لتصبح عقد²² وعلى النقيض من ذلك كان القانون الفرنسي يعتبر الخطبة صورة للعقد باطل لمخالفته للنظام العام، ذلك لأن الخطبة وعد متبادل بين طرفين على الزواج وتظل لكل منهما حرية العدول عن الخطبة دون الوقوع تحت طائلة المسؤولية العقدية، وهذا الحكم استقاه القانون الفرنسي من أفكار القانون الكنسي²³.

ولكن هل يعني اقدام الخطيب على العدول عن الخطبة بمحض إرادته، بأن يكون بمنأى عن المسؤولية؟ وفي نفس الاتجاه توصل الفقيه إلى أن الخطبة تكون عقداً من نوع خاص، وأن هذا العقد يمكن فسخه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، غير أن التعسف في استعمال هذا الحق كغيره من الحقوق يترتب مسؤولية²⁴. وقد كان لهذا الاتجاه أثر كبير على القضاء فيما بعد.
وعليه فإنه وفقاً لهذا الاتجاه، فإن الخطبة صبغة عقدية إلزامية بحيث أن ما يدور بين الخاطب والمخطوبة من إيجاب وقبول حول إتمام إجراءات الزواج يعتبر بمثابة عقد، وقد ارتكزت هذه النظرية على أساسين تاريخي والثاني قانوني.

²¹- Cf, M.PLANIOL et G.RIPERT, op.cit, n°81.

²²- بوتيتي، عقد الزواج، رقم 50 مشار إليه في مؤلف الاستاذ عبد الرحمان الصابوني، نظام الاسرة وحل مشكلاتها في الإسلام، دار التوفيق النموذجية دمشق، الطبعة التاسعة، 1983/1403، ص 44.

²³- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية 1 الطبعة، 1978، ص 168.

²⁴-Cf. L.JOSSRAND, Le problème de l'abus de droit, DH 1967, chr 27, cite par J.CARBONNIER, Droit civil, tome 2, La famille, Les incapacités, Presses universitaires de France, 1983. N°4.

أولاً: الأساس التاريخي.

أ- القانون الروماني:

اعتمد أنصار هذا التوجه على أن الخطبة تعتبر تقليدا عاما تعود جذوره إلى ما قبل العهد الروماني، وقد كان الزواج في هذا العهد يتم على مرحلتين أولاهما الخطبة، ويتم فيها الرضا بشأن الزواج وتحديد كل الشروط والأركان ونتيجة لتلك الاتفاقات والشروط صارت الخطبة بمثابة العقد الذي يلتزم بمقتضاه²⁵ شخص ما بتزويج ابنته لشخص آخر، يلتزم هذا الأخير بدوره بقبول هذه البنت زوجة له، وهذه الخطبة لا تعتبر مجرد وعد بالزواج، وإنما الرضا الصادر في مرحلة الخطبة يهّم الزواج نفسه²⁶.

وعلى المتعاقد بتنفيذ ما اتفقا عليه فيما بعد، ذلك لأن الخطبة عندهم كانت تمنح لكل من الخطيبين حق المطالبة بالزواج، فضلا عما يكون لكل منهما من الحق في التعويض عما يحدث له من ضرر بسبب العدول²⁷، أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة الزواج ونتيجة لما تم الاتفاق عليه أثناء الخطبة لم يبق للزواج سوى عملية البناء أو الدخول الحقيقي، وذلك بانتقال الزوجة من بيت أهلها إلى بيت زوجها والاستقرار فيه، وتحقيق ما اتفق عليه أثناء الخطبة تحقيا واقعا وفعليا.

ب- القانون الكنسي:

أما القانون الكنسي فقد ميز ابتداءً من القرن الثاني عشر بين نوعين من الالتزامات المتعلقة بالزواج.

النوع الأول: يعتبر الخطبة كمقدمة للزواج الحال وكان هذا النوع في حكم الزواج ذاته ويكتمل بمجرد الدخول.

أما النوع الثاني: فكان ينظر إلى الخطبة على أنها مقدمة للزواج في المستقبل، وتظل قبل الدخول مجرد وعد متبادل يخضع لأحكام الخطبة ولا يرقى إلى درجة الزواج.

²⁵ - سمير أورفلي، الخطبة والعدول عنها، مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة 29، جانفي 1978، ص 59.

²⁶ - حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1372 هـ/ 1953م، ص 253.

²⁷ - سمير أورفلي، الخطبة والعدول عنها، مجلة القضاء والتشريع التونسية، المرجع السابق، ص 59.

إلا أن هذه التفرقة ما لبثت أن زالت بقرار صادر عن مجمع بالثلاثين قضى بوجوب إبرام الزواج في وثيقة رسمية يحررها كاهن من كهنة الكنيسة²⁸، وقد اعتبرت الخطبة بعد هذا القرار غير كافية لتكوين الزواج، غير أن التقاليد السائدة آنذاك أبقت عليها باعتبارها مناسبة للعائلتين لإعلان الزواج أو معارضته إن كان هناك داع.

إن الخطبة لدى الكنسيين كانت عقدا صحيحا تترتب آثاره ويستلزم إبرام عقد الزواج، وهي التزام صحيح تؤيده دعوى قضائية *Action – judi – ciaire*²⁹، إذ كان من حق الخطيب إجبار خطيبته الذي سجل بوعده الزواج، على تنفيذ وعده وتوقيع عقوبات دينية ومدنية عليه، وكانت العقوبة الدينية تتمثل في تطبيق فكرة الحرمان من الغفران، بواسطة محكمة الأسقف، وهي وسيلة لدفع الخطيب العاصي إلى التراجع عن رفضه والوفاء بوعده.

وقد تطورت هذه الوسيلة المعنوية، منذ صدور القرارين الشهيرين عن البرلمان الفرنسي بتاريخ الثالث من جوان عام 1637 وفتح من جوان عام 1638 فأصبح من حق مندوب الاسقف استدعاء الخطيب المخل بوعده، لتوبيخه باعتباره متعسفا في حقه، وحمله على التوبة والصلاة، وتقديم الحسنات كالصدقة، أما العقوبة المدنية فكانت تتمثل في التعويض المالي يحكم به للخطيب المتضرر، ولم يكن للأسقف أو مندوبه دور في هذا المجال إذ كان تقدير التعويض من اختصاص القاضي المدني³⁰، وقد نص الفصل 1017 من القانون الكنسي، على ضرورة اشتراط تضمين الوعد بالزواج والتواعد به، في سند يوقع عليه الطرفان، وذلك إلى جانب توقيع الكاهن أو شاهدين³¹.

²⁸ - أنظر، موسوعة دالوز القانون المدني، أمانييل فارجي، وجورج ريباط 1954 ص 259 فقرة 1.

²⁹ - محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب الجزائر، الطبعة الثانية، 1994، ص 43.

³⁰ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 244.

³¹ - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الجزء الاول، الزواج وآثاره، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 1996، ص 71.

ثانياً: الأساس القانوني

أما بالنسبة للأساس القانوني، فيستند إلى كون الخطبة تشبه العقد في تكوينها³²، حسب المادة 110 من قانون المدني الفرنسي فالعقد اتفاق بين شخصين أو أكثر للقيام أو الامتناع عن عمل، وكذلك الخطبة اتفاق بين شخصين على الزواج³³.

ويؤكد هذا المعنى نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون إزاء من عقدها، وهذا النص عام لا يمكن تقييده إلا بقواعد خاصة، وما دام ليس في القانون ذلك فإن الوعد بالزواج والمواعدة به تبقى ملزمة للجانبين في إطارها العقدي المتفق عليه³⁴، وتحت هذا التأثير، سار القضاء وبعض الفقهاء القانونيين في فرنسا والبلاد الغربية، فقد كان القضاء المدني الفرنسي لا يميز بين الخطبة والعقد، إذ كان التراضي كافياً لتصبح الخطبة عقداً³⁵.

وفي مصر بدأ التردد كافياً للقول بعدم الفصل في طبيعة الخطبة، حيث يرى بعض رجال القضاء أن الخطبة عقد تمهيدي يسبق عقد الزواج، ورتب على هذا القول نتيجة مؤداها أنه: ما دامت الخطبة عقداً فيلزم لانعقادها إيجاب وقبول³⁶.

وتذهب الطوائف غير المسلمة في مصر إلى نفس المنهج تقريباً، فتعرف الخطبة في الشريعة المسيحية ترتب بإبرام الزواج في أجل محدد أو قابل للتحديد بمقتضى العرف³⁷. وكذلك في شريعة الأقباط الأرثوذكس³⁸ تعد عقداً التزاماً متبادلاً، حيث تعرف الخطبة وفقاً للمادة 1 من

³² - محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 42.

³³ - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 77.

³⁴ - محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص 44.

³⁵ - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، ص 245.

³⁶ - وهو رأي المستشار المصري صلاح الدين زغو نقلاً عن: سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام

الشريعة الإسلامية والقانون، (مصر، ط 2000)، ص 95.

³⁷ - المادة 1 من المذكرة الإيضاحية من مشروع قانون الأسرة للمسيحيين.

³⁸ - الأقباط الأرثوذكس: ويشكلون غالبية المسيحيون المصريون وتشكل منهم الكنيسة الأرثوذكسية وهي من جميع الكنائس الأرثوذكسية ويرأس كل مجموعة من الكنائس أسقفاً أو مطراناً أو يشكل من بينهم المجمع المقدس رأسه قداسة البابا شنودة بابا الإسكندرية.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

مجموعة سنة 1955 بقولها " الخطبة عقد بين الرجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد"³⁹، أما عند طائفة الانجيليين ينشأ التزام بإتمام الزواج من خلال مدة محددة في العقد ولا تتعدى السنة، أما بالنسبة للكاثوليك فإن الوعد قد يكون من الطرفين وينشأ التزاما عليهما معا وقد يكون من جانب واحد وينشأ الالتزام في ذمة من تعهد به⁴⁰.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن الوصول إلى أن الخطبة عقد موضوعه وعد متبادل بالزواج، وطرفا هذا العقد هما الخاطب والمخطوبة، أي الرجل والمرأة راغبي الزواج، وينصرف هذا الأثر في المستقبل وليس في الحال⁴¹.

فقد نظمت الشرائع الطائفية⁴² الخطبة على نحو بأنها عقد ذو طبيعة خاصة وملزمة، بل أنها استعملت لفظ العقد عند الحديث عن الخطبة واستلزمت شروطا معينة لانعقادها، من هذه الشروط ما هو ذو طبيعة موضوعية وأخرى طبيعة شكلية⁴³.

أ- الشروط الموضوعية:

فالخطبة باعتبارها عقدا، يجب أن تتوفر لها شروط، وتتمثل هذه الشروط الموضوعية في تراضي الطرفين وتام الاهلية للتعاقد، وباعتبار أنها عقد الزواج فإنه يجب أن يتم برضا الطرفين وخلوهما من الموانع التي تمنع انعقاد عقد الزواج.

- موريس صادق، موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الخطبة والزواج والطاعة والطلاق، مكتبة دنيا القانون للتوزيع والمعارض، مصر، بدون طبعة، 1998، ص2.

³⁹- مجموعة 1955 للأقباط الأرثوذكس.

⁴⁰- الخطبة في الشريعة المسيحية ترتب التزام بإبرام الزواج في المدة المحددة له.

⁴¹- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الثانية، 2006، ص 205.

⁴²- يقصد بالطائفة ذلك الفريق من الناس الذين يجمعهم رباط مشترك من الجنس أو اللغة، والعادات تؤمن بدين معين وتعتقد مذهباً أو ملة واحدة وطائفة الانجيليين الوطنيين قد اعترفت بها الدولة طائفة قائمة بذاتها بموجب فرمان العالي الصادر في 1850/11/21.

- موريس صادق، المرجع السابق، ص8.

⁴³- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص163.

1- رضا الطرفين:

الخطبة عقد يجب أن يتم برضا الطرفين، وأن يكون هذا الرضا سليماً، فيمكن القول بأن العيوب التي تتصور بالنسبة للزواج قد توجد بالنسبة للخطبة فإذا وجدت الإرادة المعيبة لسبب من الأسباب كالغلط أو الاكراه مثلاً، يمكن طلب فسخ الخطبة استناداً إلى ذلك⁴⁴.

2- أن تتوافر الاهلية اللازمة لصحة الخطبة.

الخطبة تتم عن طريق تعبيرين متطابقين، ولذلك يجب نظراً لطبيعة هذا العقد الذي يتضمن اعتباراً شخصياً ظاهراً، أن يكون الرضا الخطبة شخصياً، صادراً من المتعاقد نفسه، كما هو الشأن بالنسبة للزواج، فالأمر هنا يتعلق بمسألة لا يملك تقديرها سوى الخطيبين، فإذا كان أحد الطرفين قاصراً وجب أيضاً موافقة وليه على ذلك⁴⁵، ومفاد ذلك أن رضا القاصر ووليّه لازمين معاً ولا يكفي أحدهما دون الآخر⁴⁶.

3- أن يكون الخاطبان قد بلغا سناً معينة.

يشترط لصحة الخطبة توافر سناً معينة، وتختلف هذه باختلاف طوائف المسيحيين في مصر، ولعل السبب في هذا الاختلاف أن الأمر يتعلق بمسألة دينية، إذ لم يرد بشأنها حكم في القوانين الإلهية وإنما هي من المسائل التي يحددها القانون الكنسي طبقاً للاعتبارات الاجتماعية،

⁴⁴-محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 214.

⁴⁵- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 214.

⁴⁶- المقصود بالولاية هنا، الولاية على النفس تنتهي في الشريعة الإسلامية، بالبلوغ أي بلوغ الحلم أما عند الاقباط الأرثوذكس فتنتهي الولاية على النفس في الحادية والعشرين وفقاً للمادة 160 من مجموعة 1955، وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للسريان الأرثوذكس وفقاً للمادة 164، تنتهي عند الانجليكان ببلوغ الثامنة عشر (المادة 23 من قانون الانجليكان)، أما عند الكاثوليك فالولاية على النفس تنتهي ببلوغ سن الزواج 16 سنة للرجل و14 سنة بالنسبة للمرأة، أنظر في هذا شحاتة شفيق، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين، ج 1، 1957، د د ن، ص76.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

والاقتصادية⁴⁷، تتفق الشريعة المسيحية على أنه لا بد من أن يصدر الرضا بالخطبة من شخص بلغ على الأقل السابعة عشر من عمره.

1- في قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ الذكر سن السادسة عشر وبلغت الانثى سن الثانية عشر سنة ميلادية كاملة فإذا ما كان أحد الخاطبين قاصرا فإنه يلزم أن يوافق وليه أيضا على الخطبة ولا يتم توثيق الزواج إلا إذا بلغ الزواج 18 سنة والزوجة 16 سنة وتقع الخطبة بين الخطيبين بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر فإذا كان أحدهما قاصرا وجب أيضا موافقة وليه على ذلك.

2- في قانون الأحوال الشخصية للسريان الأرثوذكس لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ الذكر سن السادسة عشر وبلغت الانثى من الثانية عشر.

3- في قانون الأحوال الشخصية للإنجيليين يجب أن يكون الذكر قد بلغ ثماني عشرة سنة وأن تكون الانثى قد بلغت السادسة عشر.

4- في قانون الأحوال الشخصية للكاثوليك لم تتطلب الإرادة الرسولية سنة معينة يجب أن يبلغها الخاطب، ومن ثم فإنه يكفي أن يبلغ الخاطبان سن السابعة عشرة حتى تتعد خطبتهما⁴⁸.

الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فإذا كان هناك مانع من الزواج فإن هذا المانع يقوم أيضا بالنسبة للخطبة، فلا يصح بين من تمنعهم قرابة أو مصاهرة من الزواج، كما تصح في حالة اختلاف الدين في ذلك النطاق الذي يؤدي إلى منع الزواج، وهذا ما قرره المادة 11 من مجموعة السريان الأرثوذكس، حيث تنص على أنه "تصح الخطبة حينما يصح الزواج" أي متى لا توجد موانع شرعية من الاقتران⁴⁹.

1/3: تمنع القرابة من الزواج.

1- بالأصول وأن علوا أو الفروع وأن سقطوا.

⁴⁷ توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، 2002، ص 376.

⁴⁸ - مورييس صادق، المرجع السابق، ص 22.

⁴⁹ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 215.

2- بالأخوة والاختوات ونسلهم.

3- بالأعمام والعمات والاختوات والخالات دون نسلهم، فيحرم على الرجل أن يتزوج أمه وجدته وأن علت، وبنته وبننت بنته، وبننت ابنه وان سفلت، وأخته وابن اخته، وبننت أخيه وأن سفلت وعمته وعمه أصوله وخالته وخالة أصوله، وتحل له بنات الأعمام والعمات وبنات الاختوات والخالات.

وكما يحرم على الرجل أن يتزوج بمن ذكر يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ويحل للمرأة أبناء الأعمام والعمات وأبناء الاختوات والخالات.

2/3: تمنع المصاهرة من الزواج الرجل.

1- بأصل زوجته وفروعها فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأمها أو جدتها وأن علت ولا بنتها التي رزقت من زوج آخر أو بنت أبنها أو بنت أبننتها وأن سفلت.

2- بزوجات أصوله وزوجات فروع وأصول أولئك الزوجات وفروعهن ولا بزوجات أعمامه وأخواله فلا يجوز له أن يتزوج بزوجة والده أو جده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت أبنها أو بنت بنتها ولا بزوجة ابنه أو حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها.

3- بأخت زوجته ونسلها أخيها ونسلها.

4- بزوجة أخيه وأصولها وفروعها.

5- بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها.

6- بأخت زوجة والده وأخت زوجة والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوجته بنته.

وما يحرم على المرأة يحرم على الرجل.

3/3: لا يجوز الزواج بين.

1- المتبني والمتبني وفروع هذا الأخير.

2- بين المتبني وأولاد المتبني الذين رزق بهم بعد التبني.

3- بين الأولاد الذين تبناهم شخص واحد.

4- بين المتبنى وزوج المتبنى وكذلك المتبنى وزوج المتبنى⁵⁰.

4- تحديد الاجل.

بالإضافة إلى الشروط السابقة فإن الاتفاق على الخطبة يجب أن يتضمن تحديد أجل لإتمام الزواج، وأن يسجل هذا الاجل في وثيقة الخطبة، ومع ذلك يجوز لطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة، مع مراعاة السن يباح فيها الزواج، ويجب أن يؤثر بهذا التعديل في ذيل عقد الزواج ويوقع عليه كل من الطرفين والكاهن⁵¹.

ب- الشروط الشكلية.

لا تكفي الشروط الموضوعية وحدها لانعقاد وصحة الخطبة، بل يجب توافر شكل معين تفرغ فيه، فالخطبة عند الطوائف المسيحية تعتبر عقدا شكليا لا يتم إلا بإفراغه في وثيقة رسمية يحررها كاهن من كهنة الكنيسة، ويوقع عليها كل من الخطيبين وولي القاصر منهما، كما يوقع عليها الشهود والكاهن الذي تمت الخطبة على يديه⁵².

ويجب على الكاهن قبل تحرير عقد الخطبة أن يتحقق من شخصية الخطيبين ورضائهما بالزواج ومن عدم وجود مانع من الزواج ومن أنهما سيبلغان في الميعاد لزواجهما السن التي يتاح في الزواج شرعا.

وتثبت الخطبة في وثيقة يحررها الكاهن وتشتمل على اسم كل من الخاطب والمخطوبة ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته وكذا والديهما واثبات حضورهما أو وليهما ورضا كل من الطرفين بالزواج واثبات حضور شاهدين على الأقل مسيحيين راشدين وذكر اسم كل من الشهود وسنه وصناعته ومحل إقامته، واثبات التحقق من خلو الخطيبين من موانع الزواج الشرعية، الميعاد الذي يحدد لعقد الزواج وقيمة المهر وشروط وفائه وتوقيعات الجميع ثم يقوم الكاهن بعد ذلك بإجراء المراسيم الدينية.

⁵⁰- موريس صادق، المرجع السابق، ص 20 وما يليها.

⁵¹- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 218.

⁵²- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 220.

ويجوز باتفاق الطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة مع مراعاة السن التي يباح فيها الزواج ويؤشر بهذا التعديل في ذيل عقد الخطبة ويوقع عليه كل من الطرفين ومن الكاهن⁵³، فالخطبة إذن في الشرائع المسيحية، وإن كانت تكيف على أنها عقد شكلي إلا أنه لا يكفي لانعقاده مجرد رضا الخاطبين بل بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتم هذا العقد على يد أحد رجال الذين المختصين وبالإجراءات والطقوس الدينية، وإلا فلن نكون أمام خطبة تحكمها الشرائع الطائفية وإنما ستخضع الخطبة المجردة من الشكل للقانون العام في مسائل الأحوال الشخصية⁵⁴.

(1) الاعلان عن الخطبة

الإعلان عن الخطبة يجب ألا يختلط بشروطها الموضوعية ولا بشروطها الشكلية، فهو إجراء يتم بهدف إشهار الخطبة وذلك حتى يتسنى لمن له حق الاعتراض أن يقوم به، فالخطبة تتعدّد صحيحة إذا توافرت شروطها الشكلية والموضوعية حتى ولو لم يتم الإعلان عنها⁵⁵.

بالإضافة إلى المناداة الشفوية التي تتم أثناء القداس أو الصلاة يوجد الإعلان الكتابي الذي يغني عن المناداة وذلك بأن يضع الرئيس الديني إعلاناً عاماً باسم المتعاقدين على باب الكنيسة أو أية كنيسة أخرى، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام تتجدد، بحيث تشمل على يومي أحد⁵⁶.

(2) المعارضة في الخطبة

يحرر الكاهن الذي باشر عقد الخطبة ملخصاً منه في طرف ثلاثة أيام من تاريخ حصوله ويغلقه على كنيسته مدة عشرة أيام تشمل على يومي أحد، وإذا لم يتم الزواج خلال سنة من تاريخ انقضاء العشرة الأيام تعين إجراء تعليق جديد حتى لا تمضي فترة طويلة بين

⁵³ - مورييس صادق، المرجع السابق، ص 20.

⁵⁴ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 222.

⁵⁵ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 223.

⁵⁶ - محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 226.

اعلام الكافة وابرام الزواج، ويجوز للأسقف أو المطران في الجهة التي حصلت في دائرتها أن يعفى من التعليق والاعلان.

وإذا كان الخاطبان أو أحدهما مقيمان خارج دائرة هذه الكنيسة ترسل نسخة منه إلى كاهن الكنيسة التي يقيم كل من الخاطبين في دائرتهم ليعلقه على بابها، والمقصود بالعلانية في الخطبة تمكين أصحاب المصلحة من الاعتراض على إتمام الزواج إذا حال دون انعقاده أحد الموانع الشرعية.

يرفع الاعتراض على الخطبة واتمام الزواج إلى محكمة الأحوال الشخصية الدائرة المليية المختصة في ظرف العشرة أيام التي يعلق فيها ملخص عقد الخطبة، ويجب ألا يخرج الاعتراض عن نطاق موانع الزواج وإلا كان غير مقبولاً، ولا يجوز إتمام الزواج وعقده إلا إذا قضى في الاعتراض برفضه بموجب حكم نهائي، ويقوم الاعتراض على الخطبة⁵⁷ على من لهم حق الاعتراض على الزواج قد تم تحديدهم على سبيل الحصر هم:

- من يكون زوجاً لأحد المتعاقدين.

- الاب وعند عدم وجوده، أو عدم إمكانية ابداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ثم للأُم، ثم للجد للأُم، ثم لباقي الأقارب المنصوص عليهم في المادة 155 بحسب الترتيب الوارد بها.

- الولي الذي يعينه المجلس الملي، وقد حل محل هذا المجلس الآن بعد صدور قانون 1955 محكمة الأحوال الشخصية المختصة.

ويكون الاعتراض عن طريق تقديم تقرير إلى الرئيس الديني المختص في خلال عشرة أيام التي يحدث خلالها نشر الخطبة، ويجب أن ينصب على وجود مانع من موانع الزواج، ويقوم الرئيس الديني برفع الاعتراض خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصوله إلى القضاء للفصل في الموضوع، ولا يمكن أن يتم الزواج إلا بعد رفض الاعتراض من طرف القضاء⁵⁸، ومتى تم

⁵⁷- مورييس صادق، المرجع السابق، ص23.

⁵⁸- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 216.

الإعلان أو النشر ولم يتقدم أحد ممن ذكروا بالاعتراض على إتمام الزواج خلال المدة المشار إليها، أو تقدم ورفض اعتراضه، فإن الخطبة تعتبر سليمة ومنتجة لكافة أثارها.

تطبيقات النظرية العقدية للخطبة:

أولاً: في القضاء المصري.

كما أن النظرية العقدية للخطبة قد وجدت تطبيقات لها في القضاء كذلك، فقد عرفت بعض المحاكم في مصر تطبيقات لهذه النظرية، إذ ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في 1952/06/17 إلى القول بأن "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن اغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي اعتبار قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهي ارتباط قانوني وعقد دائم. وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وأنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب الوفاء عينا، أي إجراء التعاقد النهائي، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين أن يعدل عن وعده"⁵⁹.

فهذا الاتجاه من القضاء المصري ذهب إلى تقرير أن الخطبة عقد يسبق عقد الزواج، ولا يتم فسخ هذا العقد إلا بمبرر مقبول، وفي غياب هذا المبرر لا يمكن إبرام الزواج رغما عن إرادة الطرفين وإنما يكون ذلك بمقابل، أي إلزام الطرف العادل عن الخطبة بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي تترتب عن هذا العدول، وكما ذهب الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد إلى أن الخطبة تنشئ ارتباطا قانونيا، حيث يستند إلى القضاء المصري في حكمين صادرين من محكمة الإسكندرية الكلية في 10 ديسمبر 1929 و14 نوفمبر 1930 بأن سياق التفكير الذي تسلكه هذه الأحكام يشعر بذلك⁶⁰.

ثانياً: في القضاء الفرنسي.

⁵⁹ - أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية، 1952/06/17، مقتبس عن أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، 2001، ص 461.

⁶⁰ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص78، حسين علي الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ص13.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

وقد امتدت النظرية العقدية إلى القضاء الفرنسي، خصوصا بعض القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف وأهمها: قرار محكمة Toulouse الذي جاء فيه أن: "الخطبة عقد ملزم يترتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين، إتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول لكل منهما، إقامة دعوى لإجبار الآخر، على الوفاء به"، قرار تولوز محكمة تولوز، بتاريخ 16 فبراير 1813⁶¹.
وذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1838/03/30 إلى تحديد مبدئين هامين هما أن الالتزام بالخطبة كقيد يحدد إرادة المتعاقدين في الزواج التي يجب أن تكون غير محدودة باطل، وأن الضرر المترتب عن الخطبة يستحق التعويض إعمال المبادئ المسؤولية المدنية⁶².

فقد ذهب الأستاذ المعروف جوسران إلى ان الوعد بالزواج (أي الخطبة) عقد ملزم للجانبين، وكل ما في الامر ان لكل من الطرفين الحق ي (انهائه) بارادته المنفردة شأنه في هذا شأن (وكالة) مثلا، ويستدل جوسران على رأيه هذا بالوصف الذي تضيفه المحاكم الفرنسية على الخطبة، اذ تسميها أحيانا بالعهد (Promise) وتسميها تارة أخرى بالوعد (Promesse) وتطلق عليها تارة ثالثة لفظ الارتباط أو الاتفاق (Engagement).

ويرى (جوسران) على رأيه إذا كان لكل من الطرفين حق في العدول عن الخطبة ضمانا لحرية الزواج فان هذا لا يعني ان كل عدول (حق) وبعبارة أخرى لا يعني هذا أن العدول حق مطلق فاذا انطوى العدول على (إساءة) وكان عدولا تعسفا لا مبرر له على ذلك الذي عدل عن الخطبة دون مبرر، وتكون مسؤوليته هذه مسؤولية (عقدية) شأنها في هذا الشأن المسؤولية الناجمة عن عقد العمل غير محدد المدة الذي ينهيه رب العمل في وقت غير مناسب، وعقد الوكالة المأجورة الذي ينهيه أحد اطرافه في وقت غير ملائم ودون عذر مقبول⁶³.

⁶¹ - شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الجزء الأول، مصادر الفقه المسيحي والخطبة، الجزء الثاني، في انقضاء الزواج، ركن التراضي، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1958، ص 59 ويراجع أيضا:
- Alain benabent, droit civil, la famille. 3^{ème} édition 1988, librairie de la cour de cassation, paris, p 20.

⁶² - Cf. Cass. Civ, 30/03/1838, S. 1838, 1, 494, cité par, J.CARBONNIER, op, cit, n° 41.

⁶³ - جوسران، شرح القانون المدني ف 740، انظر احكاما عديدة للإلغاء المتعسف للخطبة في ثورنو ص1004.

ولقد شايع الأستاذ (سافاتييه) جوسران فيها ذهب اليه، فقد جاء في مؤلفه المعروف عن المسؤولية «لا شك أن الخطبة لا تلزم من الناحية القانونية أبا من طرفها بإتمام عقد الزواج، ومعنى هذا ان فسخها بإرادة أحد الطرفين المنفردة لا يعطى للطرف الاخر حق المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي أصابته من جراء بقاءه أعزب نتيجة لعدم إتمام عقد الزواج، ولكن ينبغي أن لا يفهم من هذا ان فسخ الخطبة لا تترتب عليه أية مسؤولية وانه حق مطلق، فقد اجمع الفقه والقضاء على قيام المسؤولية في جميع الحالات التي يكون فيها فسخ الخطبة⁶⁴. ورغم ما ساد ذلك التوجه من القول بأن الخطبة عقد صحيح، إلا أنه لم يؤثر على أحد من الفقهاء اللذين قالوا بذلك ما يفيد إجبار أحد الخاطبين على التزوج من الآخر، فيجوز له أن يعدل ولا يتم الزواج، لكن يبقى القول في التعويض وأساس ذلك التعويض⁶⁵.

يتولى الأستاذ (سافاتييه) نقد ما تذهب إليه المحاكم الفرنسية من تأسيس المسؤولية في هذه الحالة وأمثالها على قواعد المسؤولية التقصيرية ويرى ان هذا الاتجاه غير سليم وان المسؤولية هنا مسؤولية عقدية ذلك ان الصفة غير الملزمة للخطبة لا تتفى ان تقوم مسؤولية انهاءها انتهاء متعسفا على أساس العقد وليس على أساس الفعل الضار، شأنها في هذا شأن الوكالة أو شأن عقد العمل غير محدد المدة، اذ لا يشك احد في أن انتهاء هذا العقد أو ذلك في وقت غير ملائم تنشأ عنه مسؤولية عقدية⁶⁶.

وواضح أن المسؤولية العقدية الناجمة عن فسخ الخطبة تقع على الطرف الذي جعل هذا الفسخ امرا محتما وليس على الطرف الاخر الذي انصاع لهذا الامر الواقع وخضع له، أما عن مدى التعويض الذي يستحقه المضرور في هذه الحالة فان (سافاتييه) يذهب إلى انه يقتصر

⁶⁴ - حسين علي الدنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، 1، شركة التأسيس للطبع والنشر والمساهمة، العراق، بدون طبعة، 1991، ص79-80.

⁶⁵ - Cf. M.PLANIONL et G.RIPERT,op.cit, n°81.

⁶⁶ - حسين علي الدنون، المرجع السابق، ص80.

على ما لحق المضرور من خسارة (Damunm-emergens) ولا يشمل المكاسب التي فانتته من جراء تفويت فرصة الزواج وعدم اتمامه⁶⁷.

ويلاحظ ان هذا الرأي لم يسد في فرنسا لا في الفقه ولا في القضاء، فقد ذهبت جمهرة الفقهاء وسارت معظم المحاكم وعلى رأسها محكمة النقض على اعتبار المسؤولية الناجمة عن هذه الحالة مسؤولية تقصيرية، فالعدول عن الخطبة حق لكل طرف من أطرافها لا شك في ذلك على الاطلاق، اذ ليس المقصود من الخطبة الا ان تكون فترة اختبار واطلاع وتفكير قبل الاقدام على عقد الزواج الذي يعتبر اخطر عقد عرفته البشرية في تاريخها الحضاري الطويل، لهذا كان من الطبيعي ان لا تترتب على مجرد العدول عن الخطبة اية مسؤولية مدنية -لا عقدية ولا تقصيرية هذا اذا لم يقترن العدول بأي خطأ⁶⁸.

وبناء على ذلك قررت المحاكم الفرنسية أن لكل من الخاطبين حرية العدول دون مسؤولية الا حيث يقترن العدول بعمل ضار يستوجب المسؤولية⁶⁹.

ج- القانون الواجب التطبيق.

إن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الخاطب الذي عدل، لا اعتبار أن مجرد العدول يشكل خطأ عقدياً، بل باعتبار العدول في بعض الحالات إساءة لاستعمال حق الفسخ، ولأن هذه الإساءة واقعة في دائرة العقد تطبق عليها المسؤولية العقدية، في حين أن الثابت في الفقه والقضاء أن المسؤولية التي تترتب على إساءة استعمال الحق هي المسؤولية تقصيرية ولو كان الحق الذي أسئ استعماله ناشئاً من عقد.

والواقع أن المحاكم والشراح تكاد تجمع على عدم امكان مسائلة الخاطب مسؤولية عقدية لمجرد عدوله عن الخطبة، والكثرة الغالبة تذهب إلى أن الخطبة ليست عقداً ملزماً على الاطلاق.

⁶⁷- سافاتيه، المسؤولية ص 122.

⁶⁸- حسين علي الدنون، المرجع السابق، ص 79-80.

⁶⁹- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الخامسة، 1988، ص 65.

ومن هذه الكثرة فريق يسرف في تقديس مبدأ حرية الزواج، من أجله بمبدأ القوة الملزمة للعقد ويقرر أن لكل من الخاطبين ان يعدل عن الخطبة دون مسؤولية عليه في ذلك مهما كانت الظروف والاحوال، وذلك صونا لحرية العاقدين عند ابرام الزواج على أن يؤثر فيها شبح المسؤولية⁷⁰.

أما الفريق الآخر فيرى أن مبدأ حرية الزواج بمقتضى حقيقة أن لا تكون الخطبة عقدا ملزما وأن يجوز لأي من الخاطبين أن لا يتقيد بها، ويرى في الوقت ذاته أنه إذا سلك أحد الخاطبين مسلكا يعتبر خطأ في حق الطرف الآخر ونشأ من ذلك ضرر، فإن مبدأ حرية الزواج لا يمكن أن يعطل في هذه الحالة تطبيق مبدأ المسؤولية⁷¹.

وقد أيدت محكمة استئناف النقض هذا الرأي الأخير في حكمها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1939 حيث قررت أن لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة، غير أنه لازمت العدول أفعال مستقلة عنه تعتبر أفعالا ضارة، فإن هذه الأفعال تستوجب مسؤولية فاعلها مسؤولية تقصيرية⁷²، وكان الفقه قد مهد لهذا التأييد⁷³، وبذلك استقر أن مسؤولية الخاطب عن الاضرار التي يسببها لخطيبته لا تكون إلا مسؤولية تقصيرية عن الفعل الضار الذي يصاحب العدول عن الخطبة⁷⁴.

وفي مصر تعتبر حرية الزواج من النظام العام، ولهذا فان المحاكم متفقة على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج وهي صريحة في ذلك ومحمولة على أساس هذا المبدأ، ومن ثم فإنه من غير الجائز أن يقوم أحد الخطيبين برفع دعوى قضائية على الآخر مطالبا بالزامه بإبرام عقد الزواج، وقد ذهبت محكمة الإسكندرية إلى ذلك صراحة بقضائها بأن

⁷⁰ - استئناف مصر 1934/01/05، المحاماة 5 ص 324.

⁷¹ - استئناف وطني 1906/05/29، المجموعة 8-77-38، 1925/11/29، المحاماة 6-795-487، المجموعة 27-

161-103، الفيوم الجزئية، 1929/11/30، المحاماة 11-181-110.

⁷² - نقض المدني 1939/12/14، المحاماة، 20-760-293.

⁷³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد سنة 1934، ص 498، بند 480، مصطفى مرعى، المسؤولية المدنية سنة

1936، ص 115 نبذة 121.

⁷⁴ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 66-67.

"الوعد بالزواج لا يترتب عليه أي الزام قانوني، وهو لا يخول للمخطوبة شرعا أي حقوق، كما لا يقيد الخاطب بأي التزام، لأن في الزام المتعهد به مخالفة للنظام العام الذي يفرض حرية الزواج فرضا لا يحتاج إلى مثل تلك الالتزامات المقيدة له"⁷⁵.

وقد ذهب عبد الرزاق السنهوري إلى أن الخطبة أو الوعد بالزواج، ليست عقدا ملزما، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص -بعقد- أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام، ولكن فسخ الخطبة أو الاخلال بالوعد بالزواج، إذ لم يكن خطأ عقديا، قد يكون خطأ تقصيريا يوجب التعويض⁷⁶.

والقول بغير ذلك يعني إجبار أو اكراه طرفي الخطبة على ابرام العقد في المستقبل رغما عنهما خاصة في حالة رغبة كل منهما أو أحدهما في العدول عنها، وفي هذا من الضرر الشرعي ما لا يحتاج إلى بيان، فضلا عن أنه يخالف القواعد العامة المقررة في القانون المدني المصري المتعلقة بسلامة الرضا في العقود بصفة عامة كركن جوهرية من أركان العقد⁷⁷، وهو ما نظمته المواد من 89 إلى 130 من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة 127 من هذا القانون على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس".

ومن الصعب أن يقع على الخطبة وصف العقد ثم لا يترتب عليه ما يترتب على باقي العقود من التزامات وحقوق على طرفيه، لأن ذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية وهي إلزام طرفا الخطبة على ابرام العقد المقصود وهو الزواج، ومن ثم فإذا فسخت الخطبة لأي سبب كان، ترتب على ذلك مباشرة إلزام الطرف الذي تسبب في الفسخ بالتعويض⁷⁸.

⁷⁵ - أنظر، محكمة الإسكندرية الابتدائية (لغير المسلمين)، 1956/04/30، مجلة المحاماة سنة 12، رقم 422، ص 855.

⁷⁶ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 937.

⁷⁷ - سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، 2000، ص 94.

⁷⁸ - سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 96.

إن المشرع المصري لم ينظم الخطبة وأحكامها بنصوص قانونية خاصة، ولذلك فإنه وفي غياب نص صريح يوضح اتجاه المشرع المصري في هذا الصدد فإنه لا بد من البحث فيما استقر عليه الفقهاء القانوني واتجاهات أحكام القضاء⁷⁹.

والخطبة تثير في نطاق القانون الدولي الخاص مشكلة تكييفها للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليها، فمن المتصور اعتباره عقداً وإدخالها في نطاق قاعدة الاسناد الخاصة بالعقود بصفة عامة، واخضاعها بالتالي لقانون محل الإبرام، ولكن التكييف الراجح للخطبة هو اعتباره من مسائل الأحوال الشخصية، فهي وإن كانت وعداً بالتعاقد إلا أنها ليست وعداً بإبرام أي عقد إنما هو عقد زواج، طالما أن الزواج من مسائل الأحوال الشخصية، فمقدمته وهي الخطبة تعتبر أيضاً من مسائل الأحوال الشخصية وتخضع بالتالي لقانون الجنسية، وقد رجح المشرع المصري الأخذ بالتكييف الأخير حينما أورد الخطبة ضمن مسائل الأحوال الشخصية في المادة 13 من قانون نظام القضاء الملغى، ولا يتعلق هذا الإلغاء بتغيير هذا التكييف حسب المستقر عليه في الفقه المصري من اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية⁸⁰، وفي مقابل ذلك هناك جانب من الفقه والقضاء يعطي للخطبة طبيعة الوعد فقط، فما هي الأسس التي يستند عليها هذا الفريق؟ وهل وجدت لها تطبيقات في القضاء؟

الفرع الثاني: الخطبة وعد بالزواج

ويرى أيضاً هذه النظرية من غير العقدية⁸¹، أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى صفة العقد، فهي مجرد التزام معنوي يفتقر إلى الصبغة القانونية. ويستند أصحابه إلى القول: أن الخطبة لا ينشأ عنها ارتباط قانوني ولا تكون عقداً، وهذا تأسيساً على الزواج مبناه ومنشأه الحرية الشخصية والعدول عنه من مظاهر هذه الحرية⁸². كما

⁷⁹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، دار احياء التراث العربي، طبعة 1964، ص 957.

⁸⁰ - ابراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، الطبعة 1990، ص 141.

⁸¹ - ومن أنصار هذه النظرية في الفقه الفرنسي نجد أوبري ورو Aubry et reau بلانيول، ريبير، PLANIOL et RIPERT، مارتى وداينو، MARTY et DYMONO.

⁸² - أنور العمروسي، موسوعة الاحوال الشخصية، ج 1، المرجع السابق، ص 454.

أن كل وعد بالزواج يحمل الصفة الإلزامية يعد باطلاً لأنه يخالف الحرية في الزواج وبالتالي هو يمس بالنظام العام⁸³.

فعقد الزواج له أركانه وشروطه التي لا يصح بغيرها، وأنه لو شاب أي ركن من أركانه عيب كان العقد فاسداً يمكن إبطاله ممن له مصلحة⁸⁴.

ومن جانب آخر، فإن عقد الزواج يكون صحيحاً حتى ولو لم تسبقه خطبة، وكان المشرع السوري متأثراً بهذه النظرية إذ اعتبر العدول عن الخطبة حقا خالصا لكل من الخاطب والمخطوبة وهذا ما جاء في المادة 3 من قانون الاحوال الشخصية السوري التي تنص على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"، ويظهر من هذا النص أن المشرع السوري لم يقيد العدول عن الخطبة بأي شرط أو قيد، بل الأكثر من ذلك أنه لم يتحدث عن التعويض عن العدول مطلقاً، بل تناول آثار العدول عن الخطبة فيما يخص المهر والهدايا فقط⁸⁵.

وهذا ما كرسه القضاء السوري أيضاً حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض السورية بتاريخ 1960/11/30 بأنه "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض"⁸⁶، وكذلك في القرار الصادر عن نفس المحكمة في 1971/05/27 حين قضت بأنه "لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة ولا يلزم من يعدل عنها بأكثر من المهر"⁸⁷، وفي قرار آخر لها بتاريخ 1987/12/05 قررت بأنه "دعوى الضرر الناجمة عن العدول عن الخطبة ليست من اختصاص المحاكم الشرعية"⁸⁸.

⁸³- Parquet Muriel, Op.cit, p 38.

⁸⁴- أنظر، في هذه المواد 9، 10، 11، من قانون الأسرة الجزائري 10/05.

⁸⁵- نبيل الظواهره الصائغ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، دار صناعة الكتاب وتجارته، الطبعة الثانية، 1998، ص 44.

⁸⁶- محكمة النقض السورية، 1960/11/30، مجلة القانون العام سنة، 1961، ص 521.

⁸⁷- محكمة النقض السورية، 1971/05/27، الغرفة الشرعية، قرار رقم 135، نبيل الظواهره الصائغ، موسوعة الاحوال الشخصية لجميع المذاهب والاديان، دار صناعة الكتاب وتجارته، الطبعة الثانية، 1998، ص 44.

⁸⁸- محكمة النقض السورية 1987/12/05، الغرفة الشرعية، قرار رقم 367، نبيل الظواهره الصائغ، المرجع السابق، ص 45.

فالعُدول عن القضاء والتشريع السوري أمر مشروع، ولا يترتب عليه أي نوع من أنواع الالتزامات أو التعويضات، حتى ولو كان لا يستند إلى سبب معقول⁸⁹، إلا أنه إذا ادعى أحد الخطيبين وقوع ضرر له، فإن ذلك ليس عن فعل العُدول في حد ذاته لأنه حق خالص لكل منهما، وإنما يخضع التعويض عن هذا الضرر لقواعد المسؤولية التقصيرية، وتكون مباشرة هذه الدعاوى أمام القاضي المدني.

وكان للمشرع الجزائري نفس اتجاه المشرع السوري في تكييف الخطبة، إذ اعتبرها وعداً بالزواج فقط وأجاز العُدول، إلا أنه خالف المشرع السوري في تقرير التعويض للطرف المتضرر عن العُدول، فالخطبة وفقاً لما فيها المشرع الجزائري فهي وعد بالزواج وليست عقداً وأن تمت باتفاق الطرفين، لأن الأساس في الزواج هو الرضا والاختيار، فإذا أُجبرنا الخطيبين على إتمام الزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أننا أكرهنا الزوجين على الزواج بعقد لا يرضى فيه أحدهما، أو لم يرضى به، وهذا ما ينافي مبدأ الرضائية في الزواج⁹⁰.

وقد جاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 أن "الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد صحيح، كل منهما لا ينعقد به نكاح، وللخاطب العُدول عن خطبتها، وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعود بتزويجها منه"⁹¹، وفي هذا النص تكلم المشرع عن الوعد بالزواج في حد ذاته مبيناً بأنه لا يمكن أن يكون عقد زواج، ولا ينعقد به النكاح، وعليه فإن هذا النص أراد أن يخلع عن الخطبة صفة الزواج، صفة العقد بوجه مطلق.

⁸⁹ - محمد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998، ص 105.

⁹⁰ - عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة بدمشق، 1979، ص 31.

⁹¹ - أنظر، مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الكتاب الأول في الأحوال الشخصية، طبع بالمطبعة فونتانا، الجزائر عام 1907، مقتبس عن محمد محدة، المرجع السابق، ص 49.

وهو ما أشار إليه المشرع الذي نص على إدخال الفاتحة في حكم الخطبة، فإن تلاوتها لا تغير الطبيعة القانونية للخطبة باعتبارها وعداً غير ملزم باتفاق فقهاء الشريعة والقانون، كما أنها لا تضي على الزواج صبغة دينية، ولا يتطلب القانون لقيامها شكلاً معيناً⁹².

ثم جاءت بعد ذلك المادة 5 من قانون الأسرة، التي نصت على أن "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"، ولم يقل المشرع الجزائري بما قالت به القوانين الأخرى "الوعد بالزواج لا يعتبر زواجا"، بل أعطى المشرع وصف الخطبة بأنها وعد بالزواج فقط، وقد كان النص محل تعديل بموجب الأمر 05-02⁹³.

وهذا الموقف التشريعي قد وجد تطبيقات في القضاء كذلك، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/12/25 بأنه "من المقرر فقها وقضاءً أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقداً، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً، ولا زواجا، ولا يترتب عليها من الالتزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد⁹⁴.

وما دام هذا حالها فإن الخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تركهما، وذلك لأن المشرع والفقهاء والقضاء في بلادنا لم يرق بها إلى مرتبة العقد، وهي مجرد وعد بالزواج من الطرفين، مع إمكانية العدول والتراجع عنها، لأنها ليست زواجا وإنما هي من مقدمات عقد الزواج⁹⁵.

ونجد أن المشرع الجزائري كان متأثراً ببعض التشريعات العربية الأخرى، إذ أن قراءة الفاتحة في بلاد المشرق العربي لا تعدو عندهم مجرد التأكيد على طلب الخاطب و لا تخضع

⁹² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السابعة، 2010، ص 89.

⁹³ - صدر هذا الأمر في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، العدد 15، ص 19، وقد مس القانون الجديد 41 ما بين الإلغاء والتعديل والإضافة، القانون 11/84 المؤرخ في 1989/06/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

⁹⁴ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1989/12/25، ملف رقم 34089، م ق 1993، عدد 4، ص 102.

⁹⁵ - سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، 1983، ص 20.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

للإجراءات الجاري بها العمل في بلادنا، وهذا ما يستنتج من المادة 2 من قانون الاحوال الشخصية السوري التي تنص على أن "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا"، إلا أنه وفي مفهوم المجتمع الجزائري⁹⁶ فإن الخطبة تختلف عن الفاتحة من حيث الاحكام والآثار، وذلك لما ألفه الناس في مجتمعنا من أن الفاتحة عبارة عن مجلس يحضره ولي الزوجة والزوج أو كلاهما، وجمع من الأهل وينتهي بإبرام عقد شفهي يتم فيه تحديد الصداق وأحيانا تقديمه.

أولا: اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد

بمقتضى التعديل الجزئي للمادتين 5 و6 ق.أ.ج الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، قام المشرع الجزائري بإعادة ترتيب أحكام الخطبة، بالفصل بين تعريفها (م 1/5)، وحق العدول عنها (م 2/5)، مع تباين آثار العدول عن الخطبة بصورة واضحة، سواء كان العدول من قبل الخاطب (م 3/5) أو المخطوبة (م 4/5).

كما أنه في المادة 1/6 على أن الفاتحة التي تقترن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج، أي ما لم تقترن بركن الرضا وشروط عقد الزواج بمجلس العقد⁹⁷.

وهو التكريس القضائي للمحكمة العليا التي أشارت في أكثر من قرار، إلى أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للعقد الزواج⁹⁸، فقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 بأنه "من المقرر أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها تتعدى مرحلة التماس النكاح إلى نكاح شرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واكبها تحديد شروطه،

⁹⁶ - تختلف اجراءات الفاتحة من منطقة إلى أخرى، ففي الشرق الجزائري وخاصة قسنطينة فإن الفاتحة تجرى بحضور الخاطب أو من ينوب عنه ومن ولي أو وكيل المخطوبة وتتم في المسجد ومعهم جمع غفير من الرجال، ويتم في هذا المحضر الترويج، وذلك أنها تتم بصيغة الزواج، أما في الجنوب فانه لا يوجد بعد الخطبة إلا العقد الشرعي ويتم ذلك ليلة الدخول واجراءاته كالفاتحة تماما، أنظر في هذا محمد محدة، المرجع السابق، ص 51.

⁹⁷ - أنظر، عرض أسباب تعديل المادتين 5 و6 ق-أ في مشروع التعديل الجزئي لقانون الاسرة عام 2005.

⁹⁸ - المحكمة العليا، غ أش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، مذكور سابقا، 1992/03/17، ملف رقم 81129، مذكور سابقا.

وتحقيق أركنه وهذا باشتماله على ايجاب وقبول حاملين لصيغة الزواج، ومحضر الاب الذي تولي نكاح ابنته".

وتأكيدا لذلك أيضا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 14/04/1992 بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت النكاح بتوافر أركانه المقررة شرعا ومتى كان تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت وتمت بمجلس العقد، وانه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الخطبة كالفاتحة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها، وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود، والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون"⁹⁹، وليست بزواج¹⁰⁰، إلا إذا اقتترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد، بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وتوافر الرضا الكامل باتجاه طرفي الخطبة، فإنه في هذه الحالة تعتبر الخطبة زواجا صحيحا من الناحية الشرعية¹⁰¹.

كما قضت المحكمة ذاتها في قرارها في 04/04/1995، بأنه "اقترن الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الاسرة، ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإن اقتران الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الاسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة شهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم

⁹⁹ - أنظر، م ع، غ أ ش، 14/04/1992، ملف رقم 81877، م ق 2001، عدد خاص، ص33.

¹⁰⁰ - الخطبة مرحلة سابقة على الزواج تمهد له فقط، ومن ثم يستوجب على قضاة الموضوع عدم الخلط بين الخطبة والزواج.

¹⁰¹ - المحكمة العليا، غ أ ش، 04/04/1995، ملف رقم 111876، إحق، غ أ ش، عدد خاص، ص36، 22/11/1982،

ملف رقم 28784، يعتبر كل زواج صحيحا إذا توافرت أركانه ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان استوجب نقض القرار المطعون فيه¹⁰².

ومن خلال هذه القرارات القضائية، يثبت أن القضاء الجزائري قد تحرر من القيد اللفظي الذي وضعه المشرع، وأن الأحكام القضاء قد أثبتت أن الخطبة والفاثحة لا تخضع لنفس الأحكام، لأن الآثار التي تترتب عن الخطبة تختلف عن تلك التي تترتب عن فسخ الفاثحة، وأختار لفظ فسخ، لأن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أنها زواج شرعي مكتمل الاركان، لكنه غير مسجل من الناحية القانونية¹⁰³، ومن ثم، أمكن اعتبارها عقدا شرعيا، يستحق بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانونا بموجب حكم قضائي وفقا لأحكام المادة 22 المعدلة بالأمر 02/05¹⁰⁴.

وفي ذلك قررت المحكمة العليا في قرار مشهور لها أنه: "متى كان الزواج العرفي متوفرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد بأبيهم، يكون قضاء موافقا للشرع والقانون"¹⁰⁵.

فإنه إذا صاحب إعلان الخطبة وقراءة الفاثحة، ايجاب وقبول في حضرة شاهدين عدلين، وذكر الصداق بحضور الولي، كما جرت به العادة والعرف الاجتماعي، فهو عقد نافذ شرعا، وإن لم ينفذ قانونا (حيث لم يثبت في الوثيقة الرسمية التي يحررها الموثق أو ضابط الحالة المدنية، طبقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادة 18 ق.أ.ج).

¹⁰² - أنظر، م ع، غ أ ش، 1995/04/04، ملف رقم 11876، م-ق 2001، عدد خاص، ص 36.

¹⁰³ - داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد، دار الهلال، وهران، الطبعة الرابعة، 2004، ص 67، بدوي علي، عقود الزواج العرفية، م-ق، 2002، العدد 2، ص 158 وما يليها، راجع لاحقا فقرة 144 و 222 و 338 وما يليها.

¹⁰⁴ - إن اثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع، المحكمة العليا، غ أ ش، 1999/04/20، ملف رقم 221339، إ-ق، غ أ ش، عدد خاص، 2001، ص 60، 1998/03/17، ملف رقم 188707، إ-ق، غ أ ش، ص 50، 2000/11/21، ملف رقم 248978، م-ق، 2001، العدد 2، ص 281.

¹⁰⁵ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/12/25، ملف رقم 58224، م-ق، 1991، العدد 4، ص 110، 1986/02/23، ملف رقم 30113، غير منشور، 1983/09/23، ملف رقم 33338، م-ق، 1990، العدد 1، ص 63، 2000/09/149، ملف رقم 248683، م-ق، العدد 2، ص 274.

وقد اعتاد كثير من الناس قراءة الفاتحة بعد اعلان الخطبة، لما شاع بينهم من أن تلاوة هذه السورة تبيح كل شيء، وهو تصور خاطئ، وجعل بأحكام الشريعة والقانون، والصحيح أن ذلك مجرد تأكيد للوعد بالزواج فقط¹⁰⁶، وأما من جانب الفقه الفرنسي فقد ذهب "بوتيه" إلى أن للزواج تقاليد لا بد أن تحترم، وإن لم تكن ملزمة، وتتمثل هذه التقاليد في الخطبة، وذهب إلى تعريف الخطبة على أنها اتفاق متبادل قائم بين الرجل والمرأة لإبرام عقد الزواج¹⁰⁷.

ويرى الفقيه بأن الوعد غير ملزم، لأن الطرف العادل عن الخطبة والذي يمتنع عن إتمام اجراءات الزواج يخضع لعقوبات دينية يوقعها عليه رجل الكنيسة، وتتمثل في بعض الصلوات، وبالتالي يرى أن العادل عن الخطبة ضرر خفيف لتفادي ضرر جسيم عند الاجبار على الزواج ضد إرادة أحد الخاطبين.

وقد اتفق بعض فقهاء القانون المصري مع فقهاء الشريعة الاسلامية في مسألة عدم اعتبار الخطبة عقدا ملزما لطرفيها بإبرام عقد الزواج في المستقبل، فالخطبة أو الوعد بالزواج ليست عقدا ملزما، وقيل في تبرير ذلك أنه يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقيد مخالف للنظام العام¹⁰⁸.

كما أنه في مجال الخطبة والتواعد بإبرام عقد الزواج في المستقبل يجب مراعاة شرط جوهرى في عقد الزواج المراد إبرامه وهو عدم إجبار أي طرفا الخطبة على إبرام عقد الزواج جبرا عنه وإكراها لإرادته.

ولقد ذهبت بعض المحاكم المصرية إلى أن الخطبة عقد بين الطرفين وإن العدول المتعسف عنها يخلق مسؤولية عقدية في جانب ذلك الذي عدل دون مبرر، فقد جاء في حكم

¹⁰⁶ - قال الشيخ أبو عبد السلام (رئيس لجنة الإفتاء بوزارة الشؤون الدينية)، بأن الزواج العرفي باطل وغير معترف به من الناحية الدينية، راجع جريدة بتاريخ 2006/11/08، ص14، "الزواج العرفي الدين يتحفظ والقانون يتساهل". وقال رجال القضاء: "إن قانون الاسرة الجديد تسبب بشكل أو بآخر في تنامي ظاهرة الزواج العرفي بالجزائر في السنوات الاخيرة".

107 - Cf. POTHIER, Traité du contrat de mariage, n° 23, cité par L.AYNES, op. cit, n° 404 - 405.

¹⁰⁸ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص937.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

لمحكمة الإسكندرية¹⁰⁹ "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن اغفال اعتبارها ولا تجريدتها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم.

وأنه وإن كان ليس تمت ما يوجب وفاء الالتزام عينا، أي إجراء هذا التعاقد النهائي لان الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض وليس في هذا ما يمس حرية الزواج اطلاقا، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده ولكن إذا جرى ذلك في تهور أو عنف حاليا مما يبهره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى فإن ذلك يوجب التعويض¹¹⁰.

ثم تغير اتجاه القضاء بعد ذلك إلى تكيف الخطبة على أنها وعد، وقد استقر القضاء الشرعي في مصر قبل إلغائه على أن الخطبة شروع في الزواج ومقدمة له، إذ جاء في أحد احكامه: "أنه لا جدال في أن الخطبة شروع في الزواج ومقدمة له ومتعلق من متعلقاته، وتقديم الشبكة للزواج هو مقدمة له ومتعلق من متعلقاته أيضا"¹¹¹.

وقد ذهب هذا الحكم إلى اعتبار الخطبة مقدمة للزواج وشروع فيه، وإن كان هذا الحكم لم يحدد بالضبط الطبيعة أو الوصف القانوني للخطبة هل هي وعد بالزواج أم عقد، إلا أنه قد أثبت أن القضاء قد تراجع وبدأ يتخلى عن فكرة أو مبدأ أن الخطبة عقد، ذلك أن هذا الحكم وصفها بأنها مقدمة للزواج فقط لا ترقى لأن تكون عقدا يصعب التحلل منه، حتى وإن تأكدت بتقديم الخاطب للمخطوبة الشبكة مثلما هو عليه الحال في تقاليد المجتمع المصري.

¹⁰⁹ - أنظر، محكمة سوهاج الكلية في 30/05/1948، ملف رقم 434، مجلة المحاماة، عدد 28، ص1056، مقتبس عن

أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش، ص939.

¹¹⁰ - اسكندرية الكلية في 29/11/1948، الجدول العشري الثالث لمجلة المحاماة ص97.

¹¹¹ - أنظر، محكمة كفر الشيخ الجزئية، دعوى رقم 54، سنة 1933، جلسة 14/04/1933، مجلة المحاماة الشرعية، السنة العاشرة، ص170، مقتبس عن أحمد الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، 1986، طبعة 3، مبدأ رقم 1، ص540.

وجاء في قرار آخر في 1930/06/30 "إن الخطبة ما هي إلا وعد بالزواج وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من مضار، ولأن الزواج ليس في حقيقته من عقود المعاملات المادية، وإنما هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة للزوجين، واستتباب الامن العائلي، وهو لا يتحقق إلا بالرضا الخالص بين الطرفين، الأمر الذي يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق"¹¹².

فهذا الجانب من القضاء قد أعطى للخطبة وصف الوعد بالزواج إلا أنه قد رفع عنها كل أثر قانوني، لأنه قضى بأن العدول عنها من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من مضار، ومن ثم أعطى لكل من الطرفين الحرية الكاملة في العدول عن الخطبة وفي أي وقت وفي حقيقة الأمر أن القاضي يملك اصلاح الاضرار التي تلحق بأحد الطرفين عن طريق الالزام بالتعويض.

هذا وقد استقرت أحكام النقض، وحسبت هذه الاتجاهات المتعارضة بقرارها الصادر في 1939/12/14 حين قررت بأن "الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة للضمان على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض"¹¹³.

ويظهر من ذلك أن القضاء في مصر قد استقر وحسم الجدل الدائر حول الطبيعة القانونية للخطبة، وأكد أنها تمهيد لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج ليس له أي صفة إلزام على

¹¹² - أنظر، محكمة استئناف القاهرة، 1930/06/30، مقتبس عن حسن فرج توفيق، المرجع السابق، ص31، هامش 3.

¹¹³ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 1939/12/14، طعن رقم 13 لسنة 9 قضائية، مقتبس عن أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، مبدأ رقم 2، ص504.

كل من المتواعدين، ورتب القضاء المسؤولية ليس على الوعد بالزواج والعدول عنه ولكن عن الظروف المحيطة بهذا العدول، فهذه الظروف هي التي من شأنها أن تلحق الضرر بأحد الطرفين، أما اعتبار التعويض ناجم عن الوعد في حد ذاته فهذا فيه لحرية المتعاقدين في الزواج، وهذا العقد بالذات لما له من أهمية في حياتهما لا بد أن يكون المقبل عليه حراً حرية مطلقة من كل قيد أو شرط.

ومما سبق ذكره من آراء أحكام فإنني أخلص إلى القول أن الفقه والقضاء في مصر لم يقف على مجرد نفي صفة العقد عنها، بل وكذلك صفة الالتزام، فهي ليست عقداً ولا يترتب عليها ما يترتب على الوعد بالعقد، وإنما هي مجرد إبداء الرغبة في الارتباط، ويرى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري في هذا الشأن بأن:

- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.
- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جازاً لحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية¹¹⁴.

وكان رأي هذا الفقيه موافقاً لما استقرت عليه محكمة النقض في شأن الطبيعة القانونية للخطبة، ولذلك فإن أحكام المحاكم في مصر تقف على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج، والأحكام صريحة في ذلك، وهذا تحقيقاً لمبدأ حرية الزواج، ومنه فإنه لا تصح دعوى ترفع بطلب إتمام الزواج تنفيذاً لوعده متبادل، أو خطبة سابقة، لأن حرية الزواج في نظر القضاء من النظام العام.

يخلص مما تقدم كله أن الخطبة -على الرأي السائد- لا تعتبر عقداً لا في الفقه الإسلامي ولا في القوانين الوضعية في معظم قوانين البلاد العربية، لهذا فإن مجرد العدول عنها لا يعتبر خطأً موجباً للمسؤولية المدنية بنوعيتها، ولكن إذا ما أساء الخطيب استعمال حقه هذا وترتب على هذا الاستعمال الخاطئ ضرر بالطرف الآخر، فإنه يكون لهذا الطرف المضرور حق

¹¹⁴- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940.

المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية فنحن هنا امام عمل غير مشروع حق ضررا بالغير فحق على فاعله تعويض هذا الضرر¹¹⁵.

لإشارة فإن وصف الوعد بالزواج ليس جديدا على القانون الجزائري إذ نصت المادة الرابعة من الأمر رقم (59-274) المؤرخ في 1959/02/04 على أن: "الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يترتب أي التزام بإبرام الزواج"، وجاء في المادة الأولى من مجلة الاحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 بأن: "الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة دون اجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح وللخاطب العدول عن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه"¹¹⁶.

أما بالنسبة لقانون الاسرة الجزائري فقد صرح في مكانه في مادته الخامسة بأن الخطبة وعد بالزواج مستندا في ذلك إلى أرجح الاقوال في الفقه الاسلامي، ومتأسيا بأمثاله من المشرعين العرب.

الفرع الثالث: الخطبة في الشريعة الاسلامية.

لقد حرص الشرع الاسلامي على اقامة الزواج على أمتن الاسس، وأقوى المبادئ لتحقيق مقاصده كاملة من غير نقص، وعلى رأس هذه المقاصد دوام الزوجية وسعادة الاسرة بتتبعها بالاستقرار والسكون، كما حرص التشريع الاسلامي على حماية هذه الرابطة من النزاع والخلاف، لينشأ الأولاد في جو من الحب والألفة والود والسكينة، واطمئنان كل طرف إلى الآخر، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹¹⁷، لذلك اعتنى التشريع الاسلامي بمقدمات النكاح التي تترأسها الخطبة وما يتعلق بها من أحكام¹¹⁸.

¹¹⁵ - حسن علي الدينون، المبسوط في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 84.

¹¹⁶ - عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دارهومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1995، ص331، محمد محدة، الخطبة والزواج، ص49.

¹¹⁷ - سورة الروم، الآية 21.

¹¹⁸ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر الطبعة الأولى، 2007، ص 35.

الخطبة بكسر الخاء هي التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا التماس إليها وإلى وليها أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وذلك بأن يتقدم إليها مباشرة، أو إلى أهلها، أو عن طريق أجنب يبعثهم للتفاهم والتفاوض في أمر العقد والمطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أُجيب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما¹¹⁹.

وكما تكون الخطبة صريحة، تكون بالتعريض، فالخطبة الصريحة هي طلب التزوج بامرأة وإظهار الرغبة في ذلك بطريقة مباشرة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها: "إني أريد أن أتزوجك، وأني أُرغب بالتزوج بك"، وغيرها من الجمل الصريحة، وأما الخطبة بالتعريض فهي تلك التي يستعمل فيها الخاطب الجمل التي يفهم قصد الخطبة من عرضها بالقرائن، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها: "إني فيك لراغب، إنك جميلة، إني أريد أن أتزوج ونحو ذلك¹²⁰.

وإذا ما تمت الخطبة بين رجل وامرأة، فإنها لا تعدو أن تكون تواعد متبادلا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، ويجوز للمرأة من الناحية الشرعية أن تكون هي الخاطبة للرجل، وقد سبق لخديجة بنت خويلد (رضي الله عنها) أن خطبت محمد بن عبد الله رسول الله قبل البعثة¹²¹، كما أن سيدنا شعيب عليه السلام عرض إحدى ابنتيه على موسى عليه السلام بعد أن سقى لهما، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾¹²².

أولاً: شروط الخطبة:

يشترط لإباحة الخطبة شرطان:

1- ألا يحرم بها الزواج شرعاً: بأن كانت من المحارم المحرمة تحريماً مؤبداً كالأخت والعمة والخالة ... أو تحريماً مؤقتاً كأخت الزوجة، وزوجة الغير.

¹¹⁹ - الخطبة لغة مصدر "خطب" أي يقال خطب فلان فلانة، أي طلبها للزواج، أنظر، لسان العرب لابن منظور ج1، ص 362.

¹²⁰ - أغلبية الفقهاء، ومنهم الامام مالك، يرون جواز الخطبة بالتعريض استناداً إلى الآية 235 من سورة البقرة.

¹²¹ - العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الاسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص15.

¹²² - سورة القصص، الآية 27.

من حالات التحريم المؤقت أن تكون معتدة من زواج سابق¹²³، فإنه يحرم باتفاق الفقهاء الخطبة الصريحة أو المواعدة للمعتدة مطلقاً، سواء أكانت بسبب عدة الوفاة أم عدة الطلاق الرجعي أم البائن، لمفهوم قوله تعالى قال عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾¹²⁴، وسبب تحريم الخطبة بطريق التصريح: أنها ربما تكذب في انقضاء العدة، ولأن في خطبتها اعتداء على حق المطلق، والاعتداء على حق الغير حرام شرعاً، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾¹²⁵.

وأما الخطبة بطريق التعريض (وهو القول المفهم للمقصود وليس بنص فيه)، فيختلف فيه الامر حسب حالة المعتدة:

أ- فإن كان سبب العدة وفاة الزوج، جازت الخطبة باتفاق الفقهاء، لانتهاء الزوجية بالوفاة، فلا يكون في خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا إضرار به.

ب- وإن كان سبب العدة هو الطلاق:

فإن كان الطلاق رجعياً، حرمت الخطبة باتفاق الفقهاء، لأن لمن طلقها الحق في مراجعتها أثناء العدة فتكون خطبتها اعتداء على حقه فهي زوجة أو في معنى زوجة¹²⁶، وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الخطبة والزواج، فالزواج وثيق ميثاق غليظ، أما الخطبة فليست أكثر من اعلان الرغبة عن الزواج من امرأة معينة، والخطبة مهما يحم حولها من مظاهر الإعلان فإنها لا تزيد على كونها تأكيداً وتثبيتاً لشأنها، لا يترتب عليها أي حق للخاطب إلا حجز المخطوبة، فلا يحل لغيره لأن يخطبها إذا صرح بخطبتها وركنت إليه.

وعلى ذلك فالخطبة في الشريعة الإسلامية ما هي إلا اظهار الرغبة من جانب أحد الطرفين في التزوج بالآخر، ولا يترتب الفقهاء على اظهار الرغبة في التزوج أي أثر قانوني، ذلك

¹²³ - الشرح الصغير، 342/2، القوانين الفقهية، ص 205.

¹²⁴ - سورة البقرة، الآية 235.

¹²⁵ - سورة البقرة، الآية 190.

¹²⁶ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 38.

أن الخطبة شرعا ليست عقدا كما هو الحال لدى غير المسلمين، وإلا كانت ملزمة لإلزاما يستتبع حتمية عدم العدول قصده، وهذا ما لم يقل به جمهور الفقهاء¹²⁷.

وإذا قيل بأنها وعد بالزواج، فهذا الوعد لا يزيد شيئا عن مرتبة الالتزام الادبي المطلوب للوفاء بالعهد، لأن الالتزام بالتصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع لأنه هو الذي يعطي للتصرفات قوة الالتزام أو يكون التراضي كاملا على الالتزام.

والواقع أن الخطبة خالية من كل هذا، فلم يكن التراضي في الخطبة على أساس أن كل واحد منهما لا محيص له عن العدول ولا يسوغ له العدول، بل كان التراضي على أساس أن هذا كان تمهيدا للعقد، والالتزام في العقد لا في التمهيد¹²⁸، حيث أنه لا يمكن القول بأن التراضي في الخطبة كان على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل على الخطبة، بل أن جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما ما دام العقد لم يتم نهائيا.

ثانياً: الخطبة عبر الوسائل الالكترونية.

ونلاحظ هنا، أنه يمكن للخاطبين التعارف عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، باستعمال الحاسوب الآلي (الكمبيوتر)، الموصول بالشبكة المعلومات العالمية "الانترنت"، أي على شبكة المواقع أو الويب (web Site) وكذا الهاتف المحمول (في حالة الخطوبة عن بعد)، وقد طور حديثا هاتف يمكن كل واحد من المتحادثين رؤية الآخر والتحدث معه، بالمحادثة والمشاهدة عبر شاشات الحاسب الآلي والمسمى بالشات (Chat)، عن طريق نقل التلفاز صورة وصوت كل منهما للآخر بواسطة الأقمار الصناعية، وقد يتم ذلك أيضا عن طريق البريد الالكتروني (أي التراسل الالكتروني E-mail)¹²⁹.

¹²⁷ - محمد محدة، المرجع السابق، ص46.

¹²⁸ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 68 - 69.

¹²⁹ - أسامة الاشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 103، إسلام "أون لاين"، الانترنت والزواج، ص7 وما يليها، محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، ص 28، عبد الله الناصر، العقود الالكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، 2007، العدد 73، ص 29، وراجع لاحقا 155، عبد الرحمان السند، الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، ص291 وما بعدها.

وبالإضافة إلى هذا، فإن نظام المسنجر (Messenger)، يلعب دورا إيجابيا كوسيلة إلكترونية من وسائل التعارف الفوري، والتي تتم بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال، كما أن الدخول مباشرة إلى شبكة الويب العالمية، أو "الفايس بوك"، يمكننا من ولوج مواقع تعنى بالتزويج، وتوفير الزواج للعزاب والعوانس، وتعارف للخطاب، تحت إشراف خبراء في علم الاجتماع العائلي وعلم النفس الأسري، والتأهيل للحياة الزوجية، ومن المعلوم أن الإعلان عن الرغبة في الخطبة والزواج في شبكة المواقع، يعد مجرد دعوة للتعاقد، وليس إيجابا باتا¹³⁰.

فإنه لا مانع من العملية، إذا كانت ضمن الاخلاق الكريمة والآداب العامة، بعيدا عن التبرج والاختلاط والخلوة، مع ضرورة حماية المتعاملين مع هذه الأجهزة من الإعلانات الكاذبة أو المظلمة، فإن القانون الجزائري يحمي المستهلك الإلكتروني من كل تضليل أو تدليس أو غش، ولو كان التعامل عن بعد، وبالإضافة إلى هذا، يوجب مبدأ حسن النية الأمانة والاستقامة، كما أنه يقتضي الالتزام بالإفشاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخدمة محل التعامل الإلكتروني¹³¹.

لا يوجد في استعمال هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة على هذا النحو أي محذور قانوني، فالنصوص الأمرة بالرؤية في مجال الخطبة تشمل هذه المعاصرة بعمومها، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي استخدم التراسل الإلكتروني وفقا للمادتين 323 و327 من ق-م الجديد المعدل بالأمر 10/05 المؤرخ في 2005/06/26، ومن ناحية أخرى، فإن الإسلام يبيح النظر إلى المخطوبة مع أنها أجنبية عن الخاطب، شريطة أن تكون الرؤية في حدود الآداب الشرعية،

¹³⁰ - إن الاصل في التعامل عبر الانترنت، أنه بين غائبين من حيث المكان، وبين حاضرين من حيث الزمان، إلا إذا وجدت فترة زمنية طويلة نسبيا تفصل بين الايجاب والقبول، كالبريد الإلكتروني، فإن التعامل أو التعاقد يكون غائبين مكانا وزمانا (م 64 و67 من قانون المدني الجزائري)

¹³¹ - راجع المواد 86 و107 من ق-م، و17 و18 من قانون حماية المستهلك رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25، و394 مكرر وما بعدها من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 2004/11/10، أنظر مناني فراح، العقد الإلكتروني، دار الهدى، 2009، ص 152 وما بعدها.

خالية من كل تزوير أو احتيال أو خديعة، وبشرط الابتعاد عن المفسد والاضرار، التي تخالف طبيعة عقد الزواج، ومقاصده التي شرع من أجلها¹³².

والجدير بالتنويه، أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دوره مؤتمر السادس المنعقد بجدة السعودية¹³³، وكذا اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء بالرياض السعودية¹³⁴، قد منعت عقد الزواج عبر الانترنت، كتابة ومشافهة، لسد أبواب الفتنة، ولما يترتب عليه من الاضرار والمفاسد التي تخالف مقتضى عقد النكاح ومقاصده التي شرع من أجلها، وذلك لأن هذا الطريق، قد يدخل أحد الأطراف في التغرير والخداع والتزوير لتحقيق الغرض المطلوب، وانتحال شخصيات غير المعنيين. ومن ثم فإن عقد الزواج يجب أن يحتاط فيه، ما لا يحتاط في غيره من عقود المعاملات، لحفظ الفروج والاعراض¹³⁵.

ونرى في هذا الخصوص، أن التحوط في الفروج والاعراض واجب، ولكن لا يلزم منه المنع، فالتحوط يلزم اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء التعاملات الالكترونية، من وجود الاشهاد لحظة تبادل الايجاب والقبول عبر وسائل الانترنت، كما أن الشهود يمكنهم الاطلاع على الكتابة لحظة وصول الرسالة الالكترونية. ومن ناحية أخرى فإن الوسائل الالكترونية تقلل من التزوير، كرؤية كل واحد من العاقدین الآخر عبر الشاشة، وحضور الشهود الذين يسمعون الخطاب¹³⁶.

وعليه، فإنه يشترط في التعارف بين الخاطبين بأجهزة الاتصال الحديثة، أن يكون بعلم الأهل، وعلى قدر الحاجة، وأن تكون النظم المعلوماتية آمنة، حتى لا تستغل هذه الوسائل

¹³² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص73.

¹³³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص74.

¹³⁴ - قرار رقم 06/03/54، المؤرخ في 1999/03/20م، العدد 6، ج 2، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص1267 و1268.

¹³⁵ - عبد الله ناصر، العقود الالكترونية، مقال البحوث الفقهية المعاصرة، 2007، العدد 73، ص289 و290، نايف الرجوب، أحكام الخطبة، ص143، محمد النجيمي، ابرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الالكترونية، مقال البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 60، 1424 هـ، ص15 وما بعدها.

¹³⁶ - أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 103، محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة، ص 281 و282، الجزائر، عبد الرحمان السند، المرجع السابق، ص 229 و230.

الإلكترونية استغلالاً سيئاً، من ضعاف النفس وأهل الفساد في معاكسة النساء، والتعرض لهن عبر الهاتف المحمول (بـ S.M.S أو M.M.S أو حتى بالبلوتوث)، أو الحاسب الآلي أو الأجهزة الرقمية الذكية، بالكذب والغش والاحتيال والتزوير والقرصنة، واستعمال المعلومات الشخصية غير المحمية في أمور مشبوهة أو خطيرة¹³⁷.

المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة.

عندما تتم الخطبة بين الرجل والمرأة، ويصلان إلى درجة من التفاهم والتجاوب الذي يؤهلها لإبرام عقد الزواج، فإن الأمور تأخذ مسارها الطبيعي وتكون الخطبة قد حققت أغراضها، أما إذا لم يتفق الطرفان أو بدت لأحدهما فكرة العدول عن الارتباط مع الآخر لسبب ما، وبالنظر للاستقرار الواقع حول طبيعة الخطبة من كونها وعدا بالتعاقد، فإن السؤال الذي يثار هو مدى جواز عدول أحد الطرفين عن الخطبة بعد أن تحقق الركن والتقارب بينهما، وهو ما سأجيب عليه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ضمن الفروع الآتية.

الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة ديانة

فالعدول عن الخطبة يعني التراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف تماماً عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططاً في أول الأمر بعد إتمام الخطبة¹³⁸.

كما سبقت الإشارة إليه فإن الطبيعة القانونية للخطبة تختلف اختلافاً بينياً بين المسلمين وغير المسلمين، وذلك بالنظر إلى الطبيعة والوصف القانوني لها لدى كل من المسلمين أو غيرهم، ولذلك سأعرض في هذا الفرع إلى حكم العدول لدى المسلمين (أولاً) ثم لدى غير المسلمين (ثانياً)، ويعتبر العدول عن الخطبة نتيجة طبيعية لرفض أحد طرفيه الاستمرار فيها

¹³⁷ - عبد الله كوثر، مصادق وفخاخ تتكاثر على الشبكة العنكبوتية، مقال، 2009/10/19، العدد 5792، ص 17، سليمان وهيب، البلوتوث والانترنت يعصفان بالحياء ويغرقان المجتمع في الفضائح، جريدة الشرق، 2009/06/15، العدد 2637، ص 17.

¹³⁸ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 85.

واتمام الزواج، لأن كلا من الخطبة والزواج رضائيان، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية¹³⁹.

أولا: حكم العدول عن الخطبة في الشريعة.

وإذا سلمنا بأن الخطبة وإن لم تكن عقدا فهي وعد بالزواج، والوعد بالزواج وإن لم يكن لازما إلا أن الوفاء به واجبا أخلاقيا، والنزول عنه مذمة دينية وأخلاقية، وقد يكون الوفاء به واجبا في بعض الحالات كما لو أدخل الواعد الموعود في بعض الارتباطات المالية، أو غير المالية المتصلة بالوعد أو الناشئة عنه وذلك على ما ذهب إليه بعض الفقهاء¹⁴⁰.

اختلفت آراء الفقهاء في الحكم عن الخطبة باختلاف وجهة نظرهم إلى طبيعتها، ويتضح لنا ذلك من خلال القولين الآتيين:

أ- القول الأول:

يعتبر العدول عن الخطبة محرما لكونها وعد بالزواج والوعد ملزم، والوفاء به واجب أخلاقيا والنزول عنه مذمة دينية وأخلاقية، ولو أدخل الواعد الموعود في بعض الارتباطات المالية، أو غير المالية المتصلة بالوعد أو الناشئة عنه، ومن مؤيدي هذا الرأي نجد:

أولا: المذهب المالكي.

وكما هو المشهور من مذهب المالكية فإنه لا يكفي لوجوب الوفاء أن يكون الوعد مقترنا بالسبب، وإنما لا بد أن يكون الموعود قد دخل فيه، ففي المثاليين السابقين للوفاء أن يكون الموعود قد قام بالهدم فعلا، أو شرع في الزواج عملا، وبدون ذلك الدخول في السبب لا يجب الوفاء¹⁴¹، أو إذا كان الوعد معلقا ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية كما لو قال الواعد، إذا لم يوف

¹³⁹ - إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة الإسكندرية: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1996، ص 47.

¹⁴⁰ - أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الجزء الرابع، عالم الكتب، لبنان، ص 23 وما بعدها.

¹⁴¹ - القرافي، أنور البروق في أنواع الفروق المشهور بالفروق، للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، المتوفى سنة 674هـ، عالم الكتب بيروت لبنان، ص 24.

لك كدينك بدينك سوف أوفيك به¹⁴²، ومنهم من قال أنه لازم مطلقا وهو ما رجحه الشابي، حيث قال الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر¹⁴³.

ثانيا: المذهب الحنفي

يرى أتباعه بأنه إذا كان الوعد معلقا كما لو قال الواعد، إذا لم يوف لك مدينك بدينك سوف أوفيك به، ومنهم من قال أنه لازم مطلقا وهو ما رجحه الامام الشيباني، حيث قال الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر¹⁴⁴.

وقد استدل القائلون بالزام الواعد بما وعد من كتاب الله لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ (٢) كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ (٣)﴾¹⁴⁵.

فتدل هذه الآية الكريمة على ذم فعل من يقول ولا ينفذ، وذلك من خلال وصفه بأنه أكبر المقت، وهذا دليل على التحريم، وما يمنع الحرام واجب، ولهذا يتعين الوفاء بالوعد بخروجا من احتمال الوقوع في المحرم الذي ذل عليه وصف الشارع لمن يقول ما لا يفعل بالمقت في الآية الكريمة.

فهذه الأدلة وإن كانت تدل على الوفاء بصفة عامة، إلا أن ذلك العموم يعترضه التخصيص الوارد على الالزام بأنه الأخلاقي يؤخذ من أخلف الوعد فيه يوم القيامة وليس إلزاما في الدنيا، ولا يوجد ما يدل على وجوب الوفاء به قضاء¹⁴⁶، ولكن مع ذلك التخصيص يبقى الالزام به قائما سواء كان الوعد مقترنا بسبب أم لا.

ب- القول الثاني:

¹⁴² - ابن نجيم زين الدين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة 970هـ، دار الكتب العلمية، بيروت 1400هـ، 1980م،

شرح الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، ص 237.

¹⁴³ - ابن حزم الظاهري، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، د س ن، ص 377.

¹⁴⁴ - ابن نجيم، المرجع السابق، ص 237.

¹⁴⁵ - سورة الصف، الآيتان 2 و3.

¹⁴⁶ - ابن حزم الظاهري، لأبي محمد بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة 456هـ، دار الآفاق الجديدة بيروت-لبنان،

ص378.

يرد العدول عن الخطبة جائز إذا كانت هناك مبررات لهذا العدول فهي وعد بالزواج غير ملزم ومن حق الطرفين العدول ما دام لم يتم العقد بعد، وهذا إذا لم يحدث تفاهم وانسجام بين الطرفين بلا شك أحسن من الطلاق بعد الزواج.

لكن إذا لم تكن هناك مبررات قوية وجدية لهذا العدول كره ذلك، لأن في ذلك إخلاف للوعد الذي يعتبر من الاخلاق الذميمة التي حذر الإسلام منها وبين بأنها من خصال المنافقين¹⁴⁷.

بحيث يقول الدكتور فتحي الدريني: "بأنه لا بد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي ودياني، لا قضائي حفظا للكرامة أن تهدر والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تنثور وللسمعة أن تتال منها الاقاويل"¹⁴⁸.

ثالثا: المذهب الحنبلي

جاء في آرائه بأنه لا يكره للولي ولا للمرأة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح، لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطها والولي قائم مقامها في ذلك، وإن لم يكن الرجوع لغرض صحيح كره منه ومنها لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولا يحرم لأن الحق بعد لم يلزم¹⁴⁹.

رابعا: المذهب الشافعي

يرى أصحابه أنه يجوز للخاطب أن يعدل عن الخطبة لسبب مشروع، وهذا حق له، كما يجوز للمخطوبة ووليها، أما إن لم يكن هناك سبب مشروع فيكره، بسبب الوعد، وعلل ذلك بأن عقد الزواج عقد دائم يدوم الضرر فيه، لذا فإن لكل واحد من الخاطبين النظر في أمره، وفترت

¹⁴⁷- نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر للطباعة والنشر، الجزائر، ط 1، 2005، ص 63.

¹⁴⁸- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصولها، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص 463.

¹⁴⁹- شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة 473هـ، المبسوط، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1407هـ/ 1986، ص 124.

الخطوبة هي فترة نظر وتردد فلكل واحد منهما أن يحتاط لنفسه، وأن ينظر في حظه قبل أن يعزم على الزواج، لأن حق العدول لم يلزم الخاطبين بعد كمن ساوم على سلعة ثم بدا له ألا يبيعها¹⁵⁰.

والرجل كالمرأة في العدول احتياطا لنفسه ونظرا لحظه، فالمنصوص عليه فقها أنه لا يكره الرجوع في الخطبة سواء أكان الرجل أم من وليها، إذا كان لغرض صحيح، أما إذا لم يكن الرجوع مسوغه وغرضه الصحيح فإنه يكون مكروها عند الله تعالى، لما فيه من خلف الوعد ونقض العهد، من حسن الخلق ومكارمه، والمكروه هو الفعل الذي لا يثاب فاعله ولا يآثم بفعله وبالتالي فلا يعاقب عليه بشيء.

قد سئل الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم العدول عن الخطبة فقال: "ما دام الزواج لم يتحقق بعد، تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها، لا يحل له الخلوة بها، وإذا ترك الخاطب مخطوبته بعد فترة طالت أو قصرت، فلا يجب عليه إلا ما توجبه الاخلاق والتقاليد من لوم وتأنيب الضمير"¹⁵¹.

ورغم اختلاف الفقهاء في مدى إلزام الوعد، إلا أن كلامهم لا يعدو نطاق العقود المالية ولا يرد بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته، فلا يثار الكلام في الوعد أو الإلزام به في باب النكاح، لأن الإلزام به يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راضي به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير¹⁵².

وهذا يدل على أن العدول من المباحات العامة التي لا يترتب على فعلها أو تركها استحقاق أي ضمان لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية أن الجواز ينافي الضمان، ومن ثم يكون الحكم بالتعويض على الخاطب لمجرد العدول أمر لا تقره الشريعة الإسلامية ولو دون

¹⁵⁰ - شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي شمس الدين المتوفى عام 977هـ، الاقتناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الرابع، الهيئة المصرية العامة للكتاب عام 1983، ص155.

¹⁵¹ - يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، الجزائر، 1993، ص60-61.

¹⁵² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص62.

ضرورة ظاهرة، لأنه قد يبني على أسباب نفسية لا يمكن تجاهلها في عقد يقوم على المودة الدائمة.

لذلك يجب أن يكون للمهوى والميول أثر في العدول، لأن الزواج ارتباط نفسي وليس عقدا ماديا محضا، وليس هناك خطأ مفترض في جانب من يعدل عن الخطبة، وليست هنا مسؤولية عقدية لعدم اكتمال عقد الزواج¹⁵³.

ولأن أساس التعويض هو الضرر، والضرر في خطبة المسلمين معدوم لأن الإسلام يمنع بل يحرم اجتماع الاثنين لكونهما مازلا أجنبيين عن بعضهما، كما أن الشريعة الإسلامية تقضي في حالة الطلاق قبل الدخول، وهو أبعد من العدول عن الخطبة التي يعقبها عقد زواج بأن لا يتحمل الزوج فيه إلا خسارة نصف المهر، فكيف يصح إلزامه بتعويض قد يزيد عن نصف المهر إن هو عدل عن الخطبة فقط¹⁵⁴.

كما سؤل فضيلة الشيخ محمد بخيت¹⁵⁵ مفتي الديار المصرية سابقا، هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أخل بوعده الزواج، إذ قد حكمت بعض المحاكم الاهلية بالتعويض، فهل هذا جائز شرعا؟ فأجاب بأن الخطبة ليست إلا وعدا لا يجب شرعا الوفاء به، إذ لا يقيد واحدا من الخاطب أو المخطوبة بشيء للآخر، ولا يمنع كل واحد منهما من أن يعدل عن أن يتزوج بالآخر. ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد لم يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء.

ويلاحظ مما سبق من أحكام الفقهاء أنه لا ينظر في استرداد الهدايا ما إذا كان العدول بمبرر أو بغير مبرر، فضياع الهدايا على الخاطب في حالة عدوله عن الخطبة، عند من أجاز ذلك من فقهاء المسلمين، ليس جزاء للعدول بغير مبرر، وإنما هو تطبيق لأحكام الهبة، ولا لتلك

¹⁵³ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

¹⁵⁴ - السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتور، الجامعة المصرية، كلية الحقوق، 1936، ص 88 - 89.

¹⁵⁵ - فتوى في 19 صفر 1334 هجرية، مجلة المحاماة الشرعية، السنة 2، العدد 1، ص 44-45.

الخاصة بالخطبة في حد ذاتها، لأنه قد يعدل الخاطب عن الخطبة بمبرر، ولكن تضيع عليه الهدايا لأنها شرط إتمام الزواج، وتسبب هو بعدوله في عدم إتمامه، فلم يكن له أن يستفيد من ذلك.

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة تشريعاً وقضاء

لقد بينا فيما سبق أن الخطبة تعتبر وعد بالزواج في أغلب التشريعات الحديثة، وأن هذه الطبيعة غير الملزمة للخطبة هي التي سار عليها أغلب رجال الفقه كبلاننيول ولوران وغيرهم، متبعين بذلك رأي محكمة النقض الفرنسية القائلة بوجود أن تكون الرضائية في عقد الزواج، وقد قضت نفس المحكمة بأن الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به¹⁵⁶.

لقد سلك المشرع الجزائري مسلك الفقه الإسلامي حيث يرى بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، ويجوز لكلا الطرفين العدول عنها وهذا ما نصت عليه المادة 05 في فقرتيها 1 و2 من قانون الاسرة الجزائري¹⁵⁷.

وفي هذا تنص المادة 5 من قانون الاسرة الجزائري المعدلة بموجب الامر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 على أن "الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل من الطرفين العدول عن الخطبة عنها، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها".

فالخطبة وإن تمت بتوافق الايجاب والقبول من الطرفين، فإنها لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج في نظر المشرع الجزائري، ولكن الرجوع عن هذا الوعد هل هو حق خالص لكل من

¹⁵⁶ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص87.

¹⁵⁷ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 في رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الاسرة (جريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12 رمضان عام 1404 الموافق لـ 12 يونيو 1984)، المعدل بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 13 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005.

الطرفين يستعمله كيفما شاء ولا تضمنين عليه؟ أم هو رخصة يستعملها في حدود معينة أو ظروف محددة؟

وفقا لنص المادة 5 من قانون الاسرة الجزائري فإنه لكل من الخاطب أو المخطوبة العدول عن وعده فلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد، ومن هنا فهل يقصد المشرع أن العادل يمارس حقا مطلقا؟ أم أنها مجرد رخصة تبيح التحلل من الالتزام بإتمام الزواج في ظروف معينة؟

فالمشرع كان يستعمل عبارة الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عناه، وقد استعمل عبارة (ولكل) أي للمرأة والرجل على حد سواء حق العدول عن الخطبة في أي وقت شاء.

حيث يتضح من نص هذه المادة أنه يجوز لكل طرف أن يعدل عن الخطبة بإرادته المنفردة دون الرجوع للطرف الثاني، سواء كان بسبب أو بدونه، وذلك لأن الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، فالمحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة أو الفاتحة المنعدمة من ركن الرضى واجباره على متابعة إجراءات عقد الزواج، تكون قد هدمت أهم ركن والذي يعتبر الوحيد لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة الإسلامية والقانون¹⁵⁸.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 1989/12/25 حيث قضت بموجبه بأنه: "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإنما تمت بالاتفاق بين الطرفين وهي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زوجا ولا يترتب عليها أي شيء من الالتزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"¹⁵⁹.

ومن ثم فإن العادل عن الخطبة يمارس حقا خالصا له، وليس لأحد من سبيل عليه لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، ولا تقبل الدعوى التي يرفعها أحدهما للمطالبة بإتمام الزواج تأسيسا

¹⁵⁸ - عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 17.

¹⁵⁹ - م ع، غ أ ش، 1989/12/25، ملف رقم 34089، م ق، 1990، عدد 4، ص 102.

على سابقة الخطبة، لأن المصلحة العامة والخاصة توجب أن يكون كلا من الطرفين على حرية تامة قبل إبرامه، لأنه عقد يدوم العمر أحيانا ومن المصلحة التروي وترديد قبل الإقدام عليه، لأن أي تدخل من القضاء يعتبر إكراها على الزواج وتدخل في حرية الاختيار¹⁶⁰.

وكل من المرأة والرجل سواء في العدول عن الخطبة احتياطا لنفسه في عدم الإقدام على زواج لم يعد يجد فيه الاستقرار النفسي، لأن الشريك الذي اختاره، وتواعد على الزواج معه بموجب الخطبة لا يوافق أهواءه وطباعه، وإذا جاز لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن وعده وعدم الالتزام بإتمام الزواج، إلا أنه من مكارم الأخلاق أن لا ينقض المؤمن وعده وفقا لما سبق ذكره من أسانيد من الكتاب والسنة، ولهذا كان خلف الوعد من الرذائل المنهي عنها ما لم يترتب عن الوفاء به ضرر بين.

ولذلك فقد التفت المشرع الجزائري إلى إمكانية العدول في حالة وقوع ضرر لأحد الطرفين لأن العدول حق مقرر لكل من الطرفين، إلا أنه كغيره من الحقوق قد يساء استعماله فيترتب عنه ضرر للطرف الآخر، ولذلك فقد أجاز العدول¹⁶¹، ويذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن الخطبة لا تتجرد من أي أثر قانوني، وإنما تعتبر اتفاقا ينشأ عنه ارتباط، وأن العدول عنه حق، وأن استعماله تقيد بوجوب أن يكون مطابقا للحكمة المبتغاة التي من أجلها الشرع.

فإذا أسيء استعمال هذا الحق، أي حق العدول، لم يكن الفعل تطبيقا لهذا الحق الذي يكون غير قائم بعدم قيام وجوبه، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا لتعهدده، وموجبا لمسئوليته على أساس العقد، وإنما هذا التوجه يتفق في مجمله مع اتجاه الشريعة الإسلامية، حيث تتقيد الحقوق فيه بصفة عامة بعدم إساءة استعمالها¹⁶².

¹⁶⁰ - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان-، 2010، ص66.

¹⁶¹ - أنظر، ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة، ص 64 من هذه الرسالة.

¹⁶² - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 42.

وفي القضاء المصري نجد بعض الاحكام قد عولت على فكرة التعسف في استعمال الحق، ومن ذلك حكم لمحكمة الإسكندرية الصادر في محكمة الإسكندرية، 1931/10/24، والذي جاء في تسببه بأنه إذا كان للخاطب الحق في العدول، فإنه يسأل إذا أساء استعمال هذا الحق وأضر بمخطوبته¹⁶³.

وبذلك أيضا حكمت محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30 والذي جرى تسببه هو الاخر على أساس سوء استعمال حق العدول، حين قضى بأنه "من أساء استعمال حقه في العدول عن الخطبة يجب عليه التعويض، حيث كان ذلك سببا للأضرار التي لحقت بالمخطوبة، حين طالت مدة الخطبة مما صرف الراغبين في زواجها وأصبحت فرصتها فيه معرضة للضياع والخطر، فضلا عن ايلام عواطفها، والمساس بكرامتها وتعرضها للظنون والاقاويل"¹⁶⁴.

وطبقا للقضاء المصري فإنه ليس العدول عن الخطبة مجرد إباحة صرفة يستعملها الطرف الذي يعدل وهو في مأمن من المسؤولية، وإنما هو حق مقيد في استعماله بوجود مسوغ يقتضيه، عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المرجوة، وأن عدم التقيد بالخطبة لا يبرر استعماله حق العدول بغير الغرض الذي شرع من أجله ويكون في ذلك إضراراً بالغير، وهذه الإساءة تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من أضرار، وقد كان قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على هذا المبدأ قبل ذلك، إذ ذهبت إلى أن الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الاخلاق للإنسان فلا ينقض وعده، ويرجعه في عزمه، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملحة تبرر نقض وعده¹⁶⁵.

ينص المشرع السوري في المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه:
"لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"¹⁶⁶.

¹⁶³ - محكمة الإسكندرية، 1931/10/24، المجموعة الرسمية، س 72، ص 73 رقم 30، مقتبس مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 80.

¹⁶⁴ محكمة استئناف القاهرة في 1931/06/30، مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 44.
¹⁶⁵ - Cf. Cass,Civ, 30/05/1838, S1838, n°31.

¹⁶⁶ - المادة 03 من قانون الأحوال الشخصية السورية، سابق الذكر.

يتضح إذن من خلال هذا النص أن المشرع السوري جعل العدول حقا خالصا لكل من الخاطب والمخطوبة على حد سواء، ولم يرتب على العدول في حد ذاته كفعل أي حق في التعويض، ولو كان في ذلك تعسف من جانب أحد الطرفين وتضرر من الطرف الآخر.

على ذلك أيضا استقر القضاء في سوريا إذ جاء في قرار محكمة النقض السورية الصادر بتاريخ 1970/11/30 أنه: "إن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق في المطالبة بالتعويض، ولا تلتزم المخطوبة بأكثر من إعادة المهر وفق الاحكام المبينة في المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية"¹⁶⁷، وقد ذهب جانب من الفقه في سوريا بإمكانية التعويض عن الخطبة ولكن في حدود نصف المهر جاعلا من العدول عن الخطبة بمثابة فسخ الزواج قبل الدخول¹⁶⁸، وذهب جانب آخر إلى عدم جواز التعويض، حتى ولو كان العدول عن الخطبة دون سبب معقول، والحجة في ذلك أن العدول عن الخطبة حق شرعي للطرفين ومن المعلوم فقها أن الجواز الشرعي ينافي الضمان¹⁶⁹.

ينص المشرع الأردني في فقرة (أ) من المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لعام 2010 على أنه: "كل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"¹⁷⁰، ما قرره نص هذه المادة هو وجهة النظر القضائية، وذلك في حالة كونه لم يوجد عقد فلا الزام ولا التزام، وإن كان هذا من وجهة النظر الأدبية والأخلاقية، مستهجنا لما فيه من نقض للعهد والحاق للأذى بالغير ولو نفسيا، وربما كان هذا سببا كامنا وراء وجود قول عن المالكية، يرى أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده، ويجبر على ذلك بواسطة القضاء، إلا أن هذا القول إن استقام في العقود والتصرفات المالية، فإنه لا يستقيم في موضوع الزواج.

¹⁶⁷ - محكمة النقض السورية الصادر بتاريخ 1970/11/30، مجلة القانون، عام 1971، ص 521، نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 48-49، المتوفر على الموقع:

Dspace.uni-tlemcen.dz/bit_ream/112/2692/3/mas3ouda.pdf

¹⁶⁸ - عبد الرحمان الصابوني، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري 1995، ص 52-53.

¹⁶⁹ - محمد فهد شفقة، المرجع السابق، ص 13.

¹⁷⁰ - المادة 04 من قانون الاحوال الشخصية الأردني:

www.farrajlawyer.comp/sendtofrend.php?SendTopic Id=153

هذا نقل عن الأستاذ المرحوم الدكتور محمد أبو زهرة قوله: "وإن كان في بعض الأقوال المروية عن الامام مالك، أن الوعد يجب الوفاء به بحكم القضاء في بعض الأحوال، فإنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة، لأن الوفاء بهذا الوعد يقضي إلى أن يمضي عقد الزواج على شخص غير راض به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الاخير"¹⁷¹.

وما يمكن استخلاصه على ضوء ما تقدم أنه ليس في الخطبة قوة إلزام لأحد الطرفين ولا يترتب عليها أي حق لأحدهما تجاه الآخر، فلكل منهما أن يرجع عنها، ذلك لأن المصلحة تقتضي أن يكون لكل من المتعاقدين قبل إبرام العقد في صورته الشرعية الحرية التامة في أن يراجع نفسه، ويفكر وينظر في الموضوع، ويقبله على جميع الوجوه، توطئة لصدور ايجاب وقبول شرعيين في ظل قناعة تامة، وبرضا واطمئنان ليس فيهما ما يعكر صفو الحياة الزوجية، وذلك لاعتبار الزواج عقد الحياة والتروي فيه لا بد منه¹⁷².

المبحث الثاني: المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة.

إن الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً ولو طالبت فترة الخطبة، وهذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائياً عن مشروع الزواج، بالعدول عن الخطبة، فالخاطب والمخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج، إن لكليهما حقاً شرعياً في العدول (La rupture des fiançailles)، ولا يعد العدول مجرد سبباً لأية مطالبة قضائية¹⁷³.

فإذا وقع العدول (La rupture) انقضت¹⁷⁴، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الاخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج، أو

¹⁷¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 35.

¹⁷² - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2004، ص 24-25.

¹⁷³ - Cf. Belhadj (L), les atteintes à la liberté du mariage en droit Maghrébin, Rev, Alg, 1988, N°2, P 425 et S.

¹⁷⁴ - تنقضي الخطبة بمجرد تحقق الغرض منها المتمثل في إبرام عقد الزواج، كما أنها تنتهي بوفاء الخاطب أو المخطوبة، أو عدول عنها (أي فسخها) بإرادته المنفردة في أي وقت شاء (م 2/5).

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

إتمام مراسيم الدخول رغم معارضته أو عدم رضاه¹⁷⁵، فإن للخطيبين ممارسة حق العدول (م 2/5 ق-أ)، ومن المعلوم أن ممارسة حق من الحقوق لا توجب الشخص بالتعويض، فهذا هو المبدأ¹⁷⁶.

وعلى الرغم من حق كلا الطرفين في العدول، فإن الشريعة الإسلامية تنص على ضرورة الوفاء بالوعد، لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾¹⁷⁷، وقوله عز وجل: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾¹⁷⁸، ويقول عليه الصلاة والسلام: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا إئتمن خان"¹⁷⁹، فإذا عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب معقول كان آثماً عند الله (أي ديانة)، أما قانوننا فإن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست عقداً ملزماً¹⁸⁰.

إن العدول عن الخطبة عمل مباح، ولو كان لسبب غير ظاهر، بل ولو لم يستند إلى أسباب معقولة، وذلك لأن المشرع الجزائري لم يرتب على العدول في حد ذاته أي نوع من الالتزامات أو التعويضات، ولو طالمت مدة الخطبة، فلا يمكن أن يعتبر خطأ تترتب عنه

¹⁷⁵ - المحكمة العليا، غ أ ش، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، 2008، العدد 1، ص 275، نقض مدني مصري،

1939/12/14، م ع، المجلد 3، ص 30، نقض أردني، رقم 13740، 1950.

¹⁷⁶ - محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر العربي، لبنان، الطبعة 1950، ص 61.

¹⁷⁷ - سورة الاسراء، الآية 34.

¹⁷⁸ - سورة المائدة، الآية 1.

¹⁷⁹ - متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه، أنظر فتح الباري بشرح صحيح البخاري، للإمام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى 852هـ، ج 1، المطبعة السلفية طبعة الثالثة 1407هـ - 1986م، ص 90، والمشهور لدى المالكية ضرورة الوفاء بالالتزام عملاً كان أو وعداً، أنظر حاشية الدسوقي، ج 2، ص 337، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي الميسر، ج 2، ص 26، شيخ بن منيع، حكم الوفاء بالوعد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 26، 1413 هـ، ص 128 وما بعدها.

¹⁸⁰ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، مذكور سابقاً، 1992/03/17، ملف رقم 81129، مذكور سابقاً.

مسؤولية تقصيرية، وذلك لأن التعويض لا يترتب قانوناً إلا عن فعل يكون خطأ، يلحق ضرراً مادياً أو معنوياً لو كليهما للطرف الآخر¹⁸¹.

فإن كان العدول حق لكل طرف، فمتى تصبح ممارسة الحق مجلبة لضرر الطرف الآخر؟ وما طبيعة هذه الأفعال التي يأتيها الخاطب أو المخطوبة أثناء العدول فتترتب مسؤوليته عنها؟ ثم ما طبيعة هذه المسؤولية؟ من خلال المطلب الأول سأعالج مسؤولية العدول عن الخطبة، وأبين عناصرها، وأعالج من خلال المطلب الثاني اتجاهات أحكام القضاء في الجزائر والمصري في تقرير مسؤولية العدول عن الخطبة ومدى موافقة هذه الاتجاهات لأحكام الشريعة الإسلامية؟

المطلب الأول: أركان المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة.

عملت المجتمعات منذ الأزل على تنظيم العلاقات الإنسانية وسن قوانين خاصة بها، وكان أن نالت علاقات الزوجية القسط الوافر من الأهمية، حتى أن عقد الزواج كان ينظر إليه نظرة مقدسة نظراً لآثاره ونتائجه، ولذلك روى التمهيد له بمقدمة عرفت "بالخطبة" وهي وعد شرفي بالزواج يتبعه تبادل الهدايا، ومصحوب بأمور متنوعة تتعلق بمستقبل الخطيبين¹⁸². والخطبة تختلف باختلاف المحيط الاجتماعي الذي تتأثر بتقاليد وأعرافه وتلعب دوراً هاماً كمقدمة للزواج¹⁸³، أما القانون الكنسي فقد ميز ابتداءً من القرن 12 بين نوعين من الالتزامات المتعلقة بالزواج.

النوع الأول: يعتبر الخطبة كمقدمة للزواج الحال وكان هذا النوع في حكم الزواج ذاته ويكتمل بمجرد الدخول.

النوع الثاني: فكان ينظر إلى الخطبة على أنها مقدمة للزواج في المستقبل، وتظل قبل الدخول مجرد وعد متبادل يخضع لأحكام الخطبة ولا يرقى إلى درجة الزواج.

¹⁸¹ - محمد الأزهر، شرح المدونة، الأسرة المغربية الجديدة، ص12.

¹⁸² - Dupichot, des préjudices préjudices réfléchis, né de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Paris 1969. P135.

¹⁸³ - عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ص44.

إلا أن هذه التفرقة ما لبثت أن زالت بقرار صادر عن مجمع الثلاثين قضى بوجوب افراغ الزواج في وثيقة رسمية يحررها كاهن من كهنة الكنيسة¹⁸⁴، وقد اعتبرت الخطبة بعد هذا القرار غير كافية لتكوين الزواج، غير أن التقاليد السائدة آنذاك أبقت عليها باعتبارها مناسبة للعائلتين للإعلان الزواج أو معارضته إن كان هناك داع¹⁸⁵.

إن كان العدول حق لكل من الطرفين إلا أن الطرف العادل ليس دائماً بمنأى عن المسؤولية. كما أقر بها القانون المدني فإنها تقوم على ثلاث عناصر الخطبة، وضرر، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر¹⁸⁶، ولأجل ذلك أحاول في هذا المطلب أن أبحث عن عناصر المسؤولية في العدول عن الخطبة، فأعرض في الفرع الأول لفكرة الخطأ وصورها في فعل العدول عن الخطبة، ثم أعرض في الفرع الثاني إلى الضرر وصوره في العدول عن الخطبة، وعلاقة السببية بينه وبين الخطأ.

الفرع الأول: ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.

الخطأ كركن في المسؤولية المدنية: عرف الخطأ كركن في المسؤولية المدنية منذ عهد بعيد، وقد استقى القانون الفرنسي فكرة الخطأ، من الفقيهين (دوما) و (بوتيه)، وأصبح الفقه يجمع على أن مجرد الاخلال بالتزام تعاقدي، أو التأخر في تنفيذه يرتب خطأ يوجب المساءلة عنه، فالخطأ إذن ركن في المسؤولية المدنية، تقصيرية أم عقدية، وأصبح المعيار المعول عليه في الخطأ، هو معيار الرجل المعتاد، وأساسه سلوك الشخص العادي *Le bon père de famille*

187.

184- موسوعة دالوز القانون المدني، امانيل فارجي، وجورج ريبارت 1954، ص 259 فقرة 1.

185- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون طبعة، 1992، ص 243.

186- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، تحت الاشراف جيلالي تشوار، سنة 2010/2009، ص 85.

187- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 28.

إن كافة التشريعات الوضعية تنص على الخطأ كركن في المسؤولية المدنية¹⁸⁸، ومنها التقنين المدني الجزائري في المادة 124، التي استعملت عبارة (عمل) بدلا من خطأ، وكان القول يستقيم لو استعمل المشرع عبارة خطأ لأن عبارة (عمل) المستعملة في التقنين المدني الجزائري توحي بأن المشرع خلط بين المسؤولية التقصيرية التي تجعل الخطأ ركناً فيها، وتلك النظرية التي تعرف بنظرية المخاطر "Théorie de risque" التي تعتبر الضرر كأساس للتعويض، وتسقط الخطأ، حيث تكتفي بالقول بأن كل شخص يرتكب فعلا ويسبب ضرراً للغير، وتقوم بينهما علاقة سببية، تجب المسؤولية¹⁸⁹.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني على أن الخطأ الصادر من الشخص يلزمه بالتعويض متى كان هذا الخطأ مسببا لضرر الغير، وقد تضمن هذا النص عبارة الخطأ، لكنه لم يعرف الخطأ في حد ذاته، وتقابلها المادة 163 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"¹⁹⁰. وبصدد ركن الخطأ قيلت عدة آراء متضاربة حول تحديد مفهومه، وأهمها تعريف الفقيه (بلانيول)، الذي يعرف الخطأ بأنه هو: الاخلال بالتزام سابق¹⁹¹.

« La faute est un manquement à une obligation préexistante ».

¹⁸⁸ - يقابلها في النصوص العربية الاخرى م 166، ليبي، و 164 م سوري، والمادتان 82-83 تونسي، و 77-78 مغربي، و 122-123 لبناني، و 204.

¹⁸⁹ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 29.

¹⁹⁰ - وعن مصدر الخطأ يقول الاستاذ (علي علي سليمان) في محاضراته 79/78، الملقاة على طلبة الماجستير (عقود ومسؤولية) أن المترجم للنص العربي للمادة 124 ق.م.ج أسقط لفظ (الخطأ) وقد نقل نص مدني 1051 م مصري قديم نقلا حرفيا، في حين أن نص المادة 1024 في النسخة الفرنسية نقل نص المادة 1382 مدني فرنسي حرفيا.

¹⁹¹ - بلانيول، فقرة 863، منقول عن الوسيط السهوري (ص 778)، وأنظر أيضا محاضرات المسؤولية المدنية (ص 61)، سليمان مرقس في محاضراته المسؤولية المدنية لملقاء على طلبة الماجستير 79/78 غ.م، وانظر أيضا، حبيب ابراهيم الخليلي، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1979، ص 7 وما يليها.

أ- تعريف الخطأ:

وفي الاصطلاح القانوني لا تخرج فكرة الخطأ عن كونه اتيان فعل لا يجوز قانوناً، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الاخلال بواجب قانوني سواء كان التزاماً بالمعنى الدقيق أو واجباً عاماً تترتب المسؤولية التقصيرية عن الاخلال به¹⁹².

ومن هنا، يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على عنصرين، أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف، والثاني معنوي أو نفسي وهو الإدراك والتمييز، إذ لا خطأ بغير ادراك¹⁹³. والرأي الذي استقر فقهاً وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو اخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو اخلال بالتزام عقدي، والالتزام العقدي الذي يعد الاخلال به خطأ في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat)، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen)، أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الاخلال به خطأ في المسؤولية فهو دائماً التزام ببذل عناية، وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصير حتى لا يضر بالغير. فإذا انحرف عن السلوك الواجب، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤولية التقصيرية¹⁹⁴.

¹⁹²- حسن فرج الله، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، مطبعة الفجر الجديد، مصر، بدون طبعة 1983 ص 13.

¹⁹³- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999، ص 64.

¹⁹⁴- أنظر، في تعريف الخطأ بأنه انحراف عن السلوك الواجب: هنري وليون مازو- في المسؤولية ج 1 بند 439 (صحيفة 495 من الطبعة الخامسة بمعاونة اندريه تونك) - وانظر أيضاً: هنري وليون بوجان مازو: دروس في القانون المدني ج 2 بند 448 وينظم إليهما في ذلك دي باج ج 2 بند 939 - ويرى الدكتور مرقس أن هذه النظرية السلوكية ليست إلا صورة للتعبير عن الخطأ بأنه اخلال بواجب قانوني (أنظر دروسه في الدكتوراه ص 240 بالهامش - وصحيفة 241 بند 118 حيث يقول إنه يبين مما ورد في الوسيط (فقرة 527) أن الخطأ هو الاخلال بواجب قانوني مقترن بادراك المخل اياه).

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين: الركن الأول مادي وهو التعدي، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك¹⁹⁵، ويهدف المشرع الجزائري من وراء تقريره للواجب العام بعدم الانحراف عن السلوك المألوف في الحياة الاجتماعية في نص المادة 124 ق-م تحقيق الامن الفردي والامن الجماعي، ولهذا تتضبط الروابط القانونية وتستقر الاوضاع على الاساس معيار واحد وثابت بالنسبة إلى الجميع، ويتحقق لكل فرد من أفراد الجماعة الحق في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة انحراف أحد منها عن السلوك المألوف للناس¹⁹⁶.

إن المتفق عليه فقهاً وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو اخلال بالتزام قانوني، كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو اخلال بالتزام عقدي، والاخلال بالتزام القانوني يكون دائماً اخلالاً بالتزام ببذل عناية، ومعيار ذلك الرجل العادي المميز.

ويقوم الخطأ على عنصرين:

عنصر مادي أو العنصر الآخر موضوعي: وهو الانحراف، والعنصر الآخر هو عنصر

معنوي، وهو الإدراك¹⁹⁷.

وقد أخذ بهذا الرأي بعض الفقه المصري¹⁹⁸، الذي يرى أنه: "في الخطبة يصدر ايجاب ويقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو اتفاق أريد منه أن ينشأ علاقات قانونية بينهما، فهو ارتباط قانوني وعقد كامل يلتزم فيه كلا الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، وأنه وإن كان ليس هناك ما يوجب الوفاء به عيناً، لأي إجراء العقد النهائي، لأن هذا الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً، فليس لأي من الطرفين قبل الآخر إلا المطالبة بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد، وليس ما يمس بحرية الزواج اطلاقاً...".

¹⁹⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1998، ص 882.

¹⁹⁶ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 68.

¹⁹⁷ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 31.

¹⁹⁸ - حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1372 هـ/1953م، ص 261.

وهو نفس التوجه الذي تبناه القضاء المصري في بعض أحكامه، حيث قررت محكمة الاسكندرية بأن: "الخطبة وإن كانت تلزم الطرفين بإجراء العقد النهائي فإنه ليس هناك ما يوجب الوفاء بالالتزام عينيا في حالة العدول عنها، غير أن العدول يوجب التعويض"¹⁹⁹، وهكذا يتضح بأن المشرع المغربي من خلال المادة السادسة²⁰⁰ من مدونة الاسرة قد حدد القاعدة المتمثلة في أنه لكل من الخطيبين الحق في العدول عن الخطبة، وأن مجرد العدول لا يرتب تعويضا، وأن من يستعمل حقه بدون تعسف²⁰¹ لا يجوز مقاضاته ومطالبته بالتعويض عن أي ضرر قد لحق الغير نتيجة استعمال هذا الحق، وذلك استنادا إلى قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان.²⁰² ومن المقرر فقهاً وقانوناً أنه لا ضمان في استعمال الحق، ولأن الذي وقع في الضرر يعلم أن الطرف الآخر له الحق في العدول، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول فالضرر نتيجة لاغتراره ولم يضر به أحد والضمان عند التغير لا عند الاغترار.

أولاً: أفعال ناجمة عن الخطبة بإعدادتها

أما إن كانت الثانية، وهي اقدامها على ترك عملها أو دراستها بمحض إرادتها دون إيعاز من الخاطب فالأصل أن تتحمل نتيجة خطئها وعدم حيظتها ولا تستحق تعويضا على تضررها من العدول. ولكن قد يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم للخطيبة حسن النية بالتعويض بناء على التعسف، إذا ما بدا له مظهر من مظاهر التعسف في استعمال حق العدول، وتكون تلك الاعمال التي قامت بها الخطيبة عن حسن النية في مواجهة الخاطب الذي لم يراع ذلك عنصرا من العناصر التي يتشكل منها مظهر التعسف لدى القاضي.

¹⁹⁹ - حكم صادر بتاريخ 29 نوفمبر 1948، أورده حسين عامر، "إلغاء العقد"، المرجع السابق، ص 262.

²⁰⁰ - تنص المادة السادسة على أنه: "يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الاشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".

²⁰¹ - المقصود بالتعسف هو: "أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي يثبت له بعوض، أو بغير عوض، أو بمقتضى أباحه مآذون فيه شرعا، على وجه يلحق بغيره الاضرار أو يخالف حكمة المشروعية"، حمدون نور الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة الملحق القضائي، العدد 17، نوفمبر 1986، ص 143.

²⁰² - إدريس الفاخوري، قانون الاسرة المغربي، الجزء الاول، أحكام الزواج، دار النشر الحيوي، وجدة المغرب، الطبعة الأولى، 2007، ص 52.

إن مثل هذه الأفعال لم يستقر الفقه بشأنها، فهناك من أقر بأنها أخطاء توجب التضمين، ومنهم من رأى بأنها لا ترتب أي مسؤولية على من صدر منه العدول، وهنا كمن وقف وسطا بينهما:

1- يرى أنصار الرأي الأول²⁰³ أن الخطبة وإن لم تكن عقدا ملزما في نظر القانون إلا أنها التزام من نوع خاص لاحتوائها على مقومات العقد من إيجاب وقبول، وما دامت فإن أي إخلال أو ضرر يحدث هنا الالتزام يكون محل تعويض أساسه ذلك الالتزام، وفي هذا السياق لا يعتبر حسني نصار الوعد بالزواج عقد مرتبط بتنفيذه المتعاقدان تنفيذا عمليا فيدخلان في علاقة يمهدان بها للزواج²⁰⁴.

2- بينما يرى أنصار الرأي الثاني²⁰⁵ أن الخطبة أصلا أمر مباح ولا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية ممارسة حق مشروع.

إن الضمان عند التعبير لا عند الاغترار، لأن الذي وقع في الضرر من الطرفين، يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على العمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره هو، ولم يغرر به أحد، فالخاطب حين أعد المسكن المناسب، وفرش بيته قبل العقد، فقد قصر ولم يحتط لنفسه، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب البت في الخطبة والزواج، قبل إقدامه على القيام بأي عمل يترتب عليه حصول ضرر به، فإذا فسخت الخطبة، فليتحمل هو وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره، وعدم احتياطه²⁰⁶، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه اغترارا، أو طيشا، وليس منشؤه محض العدول²⁰⁷.

²⁰³ - من ضمن من ناصر هذه الفكرة وتمسك بها رجوعا إلى طبيعة الخطبة "حسني نصار"، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للطباعة والنشر، بدون طبعة وسنة، ص 627 وما بعدها ص 270 وما بعدها، "سمير أورفلي"، الخطبة والعدول عنها، مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة 29 جانفي 1978، ص 50، وما بعدها.

²⁰⁴ - حسني نصار، المرجع السابق، ص 278.

²⁰⁵ - أنظر، محكمة سوهاج الكلية، 1948/05/30، مجلة المحاماة المصرية عدد 28، رقم 434، ص 105.

²⁰⁶ - عبد الرحمن عتو، خطبة النكاح، مكتبة الزرقاء، الاردن، ط 1، 1985، ص 395.

²⁰⁷ - فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1988، ص 157-158.

إن الخطبة لا تعدو كونها مجرد وعد غير ملزم بالزواج، ويمكن العدول عنها في أي وقت، دون أن يترتب عن ذلك أثر، وهذا المعطى يفترض في الخطيبين أن يكونا على علم به، لذا فينبغي على كل منهما الاحتياط لنفسه، فلو قام أحد الطرفين ببعض التصرفات أدت إلى تضرره عند عدول الطرف الآخر عن الخطبة، فإن ذلك نتيجة اغتراره هو وليس بتغيير من الطرف الآخر، ومن وقع في ضرر نتيجة اغتراره فليس له أن يضمن غيره²⁰⁸.

وهذا لا يعني عدم مساءلة من ارتكب خطأ عن العدول عن الخطبة ترتب عنه ضرر للطرف الآخر حيث تكون المسائلة التعويض على أساس الضرر الناتج عن السلوك الخاطيء، وليس على أساس مجرد العدول بدون مبرر²⁰⁹.

ثم أن العدول عن الخطبة مباح إباحة مطلقة، وهذه الإباحة تتنافى والضمان، ولا يعلل الحكم بالضمان والضرر، بتقسيم العدول إلى سبب معقول وغير معقول، لأن البحث في أسباب العدول سيستدعي حتماً البحث في أدق الاسرار الشخصية والحياة الخاصة، التي إن بحث بها كشف حرمان الناس، فقد يعدل الشخص لسبب لا يريد البوح به حفاظاً على كرامة المخطوبة، بينما يظهر للناس أنه عدل دون سبب، ثم أن الشريعة تحمل الزوج الذي يكون قد عقد على زوجته وطلقتها قبل الدخول نصف المهر، فلا يعقل أن يقرر لها تعويضاً غير محدد، عن عدول عن خطبة هي مجرد وعد لم تتخذ صفة العقد²¹⁰.

3- غير أن الرأي الثالث يقف وسطاً بين هذين الرأيين، فيذهب أنصاره²¹¹ إلى أن الخطبة وعد ملزم يجوز لأي من الخطيبين العدول عنها، ولكن إذا صاحبت العدول أضراراً سواء نجمت عن العدول في حد ذاته بسبب تقصير أو إهمال أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول، أو

²⁰⁸ - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة عشر 1417 هـ/1996 م، ص 82 و83.

²⁰⁹ - محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الاسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص23.

²¹⁰ - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، الاصدار الأول 2002 الطبعة الأولى، الإصدار الثاني 2008م، ص 42.

²¹¹ - من أنصار هذا الرأي أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 140-141.

بسبب تصرفات أجنبية عنه، فهي واجبة التعويض لا عن مجرد العدول في حد ذاته، لأنه حق لكل من الطرفين، وإنما لأن صاحبه تعسف في استعمال حقه²¹².
فيمكن إذاً في حالة العدول عن الخطبة الحصول على تعويض، ولكن الاشكال يبقى في العدول في حد ذاته بالنظر إلى الهدف الذي أستمع من أجله هذا الحق، أو بالطريقة التي مارس بها صاحب الحق حقه²¹³.

تطبيق معايير التعسف على العدول من الخطبة:

والعدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين، إلا أنه قد يساء استعماله، كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول، أو يقصد الضرر بالطرف الآخر، أو غير ذلك، معايير التعسف على واقعة العدول عن الخطبة، يتبين لنا بأن هناك تعسفاً في العدول عن الخطبة، إذا كان لغير مبرر معقول²¹⁴.

إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجاً، جاز أن يعدل عن الخطبة، فإذا كان العدول لغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال أو الجاه أو غيرهما، كان مناقضاً لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة²¹⁵.

²¹² - محمد محدة، المرجع السابق، ص74.

²¹³ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996، ص89.

²¹⁴ - حمدون نور الدين، المرجع السابق، ص143.

²¹⁵ - جميل فخري محمد غانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص94-95.

ووجه الخطأ في العدول بغير مبرر أنه عدول طائش، لأن العدل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل، وطالما تمت الخطبة برضاه التام، ثم عدل عنها بغير مبرر، فإن هذا العدول الطائش، لا يخلو ذلك من تغيير وضرر²¹⁶.

وقد كان القضاء في فرنسا متأثراً بالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1838/03/30 الذي يطرح مبدئين أساسيين "أن الوعود بالزواج باطلة في حد ذاتها إذا كانت تصل إلى غاية الحد من الحرية المطلقة للزواج، ولكن الضرر المترتب عن العدول يشكل فعلاً يسمح بالتعويض في إطار المبادئ العامة للمسؤولية المدنية"²¹⁷، وما يلاحظ على هذا القرار أنه يقضي بالتعويض على أساس الخطأ ولكن على ماذا يقوم أو يرتكز هذا الخطأ؟

1) الخطأ المفترض:

إن الخطأ يكون مفترضا في العدول في حد ذاته في مجال العقود، ولكن على اعتبار أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، فإن إثبات التعسف في مجال حق العدول يكون من خلال ملاسبات هذا العدول، إما من تاريخ العدول في حد ذاته إذا وقع في تاريخ قريب من التاريخ المحدد للزواج وهو العدول المفاجئ أو المتأخر²¹⁸، أو في العدول الطائش أو الذي يقع باستخفاف، مثلما قضت به محكمة استئناف كولمار في قرارها الصادر في 1970/06/12، حيث قضت بالتعويض على الخطيب العادل الذي أعلن لخطيبته العدول عن خطبتها بواسطة رسالة خالية من كل ما تقتضيه قواعد المجاملات²¹⁹.

2) الخطأ الطائش:

وإذا لم يكن الخطأ واضحاً في الطريقة التي تم بها العدول يمكن أن يكون في عدم وجود أي مبرر شرعي لهذا العدول، وقد قضت المحاكم الفرنسية بوجود المسؤولية عن العدول غير

²¹⁶ - عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، عمان، بدون طبعة وسنة، ص169.

²¹⁷ - Cf. Cass. Civ, 30/03/1838, 1, 494.

²¹⁸ - Cf. C.A. Paris, 8/11/1957, Droit de la famille, éditions Arnand Colin, Paris, 1997, n° 33.

²¹⁹ - C.f. C.A. Colmar, 12/06/1970, cité par, P. COURBE, op. cit n°33.

المبرر²²⁰، ولكن ينبغي التفريق هنا بين سببين للعدول، العدول الطائش أو المتهور الذي يشكل خطأ، والعدول بسبب انعدام دافع الحب والذي يعتبر تصرفاً عقلياً ولا يمكن المؤاخذة عليه.

وذلك بأن يوهم الخاطب المخطوبة وأهلها رغبته بإتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويكون الإيهام بأن يدفع لها جزءاً من المهر، ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين الحين والآخر، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي أربع سنوات مثلاً عدل عن الخطبة، فإنه بذلك يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً، وعطل عليها فرصة الزواج من شخص آخر، خاصة بعد أن تقدم العمر بها، حيث تقل الرغبة فيها²²¹.

(3) التعسف من خلال عدم مراعاة تطويل مدة الخطبة من طرف الفاعل.

كما أن قضاء المحكمة العليا في الجزائر استقر على تعويض الأضرار الناجمة عن العدول، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 "على العادل عن الخطبة بتعويض المخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت أربع سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعاً للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها مدة أربع سنوات كخطيبة²²².

وفي الواقع فإن العدول ليس دائماً تعسفياً بل هناك حالات يكون فيها العدول مبرراً، وهذا لا يستوجب التعويض، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الجيش توجب عليه الحصول على رخصة الزواج، ومادام أنه لم يتمكن من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبها عدة مرات وقبول طلبه بالرفض، فبالتالي عدوله عن الخطبة يكون مبرراً لأنه ليس في استطاعته إتمام إجراءات الزواج²²³.

²²⁰-C.f. Cass,Civ, 2^{ème}, 22/02/1972, j.c.p, 1972,2,17111, cité par, J. CARBONNIER, op, cit, n°42.

²²¹- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص95.

²²²- أنظر المحكمة العليا، غ أش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م-ق 1993، عدد1، ص 54.

²²³- Cf. J. CHAPPION, Droit des femmes, masson, Paris, 3^{ème} édition, 1984, n° 72.

فلتحديد معيار الخطأ في هذا التصرف، وجب فحص العدول باعتباره تصرف محظ من حيث الطريقة التي وقع بها هذا العدول، هل تم بطريقة فجائية، أم هناك أسباب دفعت إليه؟ ثم متى وقع هذا العدول؟ هل بطريقة فجائية؟ هل استغرقت الخطبة زمنا طويلا؟ هل كان الخطيب ينوي فعلا إلحاق ضرر المخطوبة؟ أم أن استعماله لحقه في اطاره المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه، جميع هذه الضوابط وغيرها التي تمكن القضاء من تحديد بعضها هي التي تعتمد لتحديد التصرف الموجب للتعويض، الذي لا يترتب عن العدول في حد ذاته كما سبق القول وإنما عن ظروف العدول.

ثانيا: أفعال أجنبية عن الخطبة.

إن العدول عن الخطبة لا يمكن بأي حال من الاحوال أن يترتب مسؤولية عقدية، ولذلك جاز للخطيب أو للخطيبة العدول عن الخطبة باعتبارها تمهيدا للزواج كما أن الوعد بالزواج لا يقيد الواعد أو الموعد له فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء.

غير أن الوعد الذي ترافقه أفعال تلحق ضررا ماديا أو معنويا على أحد المتواعدين يترتب على الاخلال به وجوب التعويض من وقت وقعت منه هذه الأفعال وذلك على أساس أنها افعال ضارة موجبة للتعويض لا على أساس العدول عن الزواج²²⁴.

وذلك على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وعملا بنص المادة 124 من القانون المدني²²⁵ "كل خطأ يرتكبه الشخص ويلحق ضررًا بالغير يلزم مرتكبه بالتعويض".

²²⁴ -مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للطبوعات للكتاب الجزائر مطبعة النخلة، ص 249-250.

²²⁵ - هو القانون المدني الجزائري الصادر بالامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1385 الموافق 26 سبتمبر سنة 1971، يتضمن القانون المدني (جريدة الرسمية العدد 78 مؤرخة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر 1971)، المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المؤرخ 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 (جريدة الرسمية العدد 44 المؤرخة في 19 جمادى الأولى عام 1426 الموافق ل26 يونيو سنة 2005 في فبراير 1989 وبالقانون 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 جريدة الرسمية للعدد 24، والمعدل بالقانون رقم 07/80، والقانون رقم 01/83، والقانون رقم 21/84، والقانون رقم 14/88، والقانون رقم 01/89، بالامر 10/05 المؤرخ في 2005/06/20.

وتقابلها المادة 163 مدني مصري بقولها "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

وهذا النوع هو الذي عنته محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1939/12/14، حين قررت بأن ما إذا كان الوعد بالزواج، والعدول عنه، باعتبار انهما مجرد وعد فعدول قد لازمتها أفعالاً مستقلة عنهما استقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه وذلك على أساس انها في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرّد أفعال ضارة موجبة للتعويض²²⁶.

ولقد قرر القضاء في بلاد المغرب العربي على أن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وهذا الوعد لا يقيد أحداً من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته.²²⁷

أفاض بعض الباحثين في ذكر أمثلة لهذه الحالة فقال: "وقد يتخذ ذلك الخطأ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على مخطوبته، أو كأن ينسب لها مرضاً عضالاً يجعل من يعلم به ينفر منها ولا يفكر في الاقتران بها، أو أن يدعي أن لها رائحة كريهة لا يطيقها من يقرب منها، أو أنها لا تحتاط في ما يتعلق بسمعتها وشرفها، وأنها لا ترد يد لأمس، أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بسمعة المخطوبة وخصوصيات حياتها²²⁸، وهذا كله من السرعة والاستعجال، في أمر كان للمخطوبين فيه سعة وأناة وتفكير، فيطول الانتظار ويتأخر الدخول بالزوجة، وتزداد النفقات والمصاريف والمشتريات، وتظهر العيوب الخفية ويبدأ القيل والقال، ويدب الخلاف بينهما من

²²⁶ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 1939/12/14، مجلة المحاماة عدد 20، ص 293.

²²⁷ - المجلس الاعلى المغربي: 1982/01/11، مجلة قضاء المجلس الاعلى، العدد 31، ص 92، نقض مدني تونسي، 1959/03/03 م.ق.ق، 1959، العدد 2، ص 30، تعليق De lagrange, D.T.P، 1968، ص 91، وأنظر أيضا نقض المدني المصري، 1962/11/15، رقم 174، م.ق.ق، ج 9، ص 18، نقض مدني سوري، 1982/11/13، رقم 376، م.ق.ق، 1982/10/05، ص 439.

²²⁸ - عبدالله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، 2006، ص 76.

جراء تردد الخاطب على بيت المخطوبة، والألسنة لا ترحم²²⁹، أو أن ينسب أحد الطرفين للآخر أفعالا تعتبر قدفا أو أن يفشي سرا من أسراره، وقد يكون الخطأ متعلقا بأهل المخطوبة قصدا، لتأثرها به وامتداد الاذى إليها من خلاله.

حيث لا يخفى صلة الاهد بسمعة الفتاة في مجال الروابط الاجتماعية إذ أنه يشكلون ميزة الحساب التي تتكح من أجلها المرأة فإذا طعنت تلك الميزة بما يجرحها، وبذهب قيمتها في حياتها يكون في ذلك أبلغ الضرر لها، ومن أمثلة ذلك أن يرمي أهلها بأنه لا يتورعون عن الارتكاب الفواحش، أو أن عيشتهم من مال حرام، أو من ينسب لأحدهم جريمة مخلة بالشرف والاعتبار، أو غير ذلك من النعوت والافوصاف التي تجعل ضحيتها عرضة للاحتقار الاجتماعي والمعرفة بين الناس، فإن تلك الامثلة وغيرها تمثل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة، كما تمثل خطأ قائما بذاته.

وقد يكون الخطأ في جانب المخطوبة، حيث تتسب لمن عدلت عن خطبته ما يسيء إلى سمعته، أو يحقره بين قومه وذويه ومعارفه، ويجعل الناس يفرون منه فإن الخطأ يكون متوافرا من جانبها، ويكون وجوده عنصرا من عناصر المسؤولية عن التعويض²³⁰، ومعيار تقدير الخطأ في مجال العدول عن الخطبة معيار شخصي، وأساس ذلك أن حق الانسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثل حقا بذاته وعنصرا في إبراز كيانه وذلك الحق يجب أن يحمى بدون توقيف على ما يراه صاحبه²³¹.

إن المرأة في فترة الخطبة أجنبية عن تقديم بطلب الزواج منها، ولهذا يحرم عليه أن يختلي بها، لأن الخلوة من الاثار المترتبة على عقد الزواج²³²، وإنما يجوز له النظر إلى المخطوبة، في الحدود التي تتناسب مع الآداب، وفي حضرة أحد من محارم المخطوبة²³³.

²²⁹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري الجزء الاول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 108.

²³⁰ - أنظر عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 76 - 77

²³¹ - عبد الحي دجاري، سعد عبد الله وهبة، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة، بدون طبعة، 1957، ص 27.

²³² - ناصر النشوي، الخلوة والاثار المترتبة عليها في الشريعة الاسلامية، ص 149 وما يليها، نزيه حماد، الاحكام الشرعية

للعلاقات الجنسية، ص 51، وما بعدها، المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م-ق، 1991، العدد

1، ص 34، (يترتب على الدخول الفعلي أو الخلوة الشرعية الاثار وتقال الزوجة كامل صداقها)

وعلى هذا الاساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه²³⁴، وهو ما قرره المحكمة العليا بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يثبت إلا بالفراش الصحيح ما لم يتم الإنكار بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر²³⁵، ولا يعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد²³⁶، ومن ثم، فإن الاتصال الجنسي بين المخطوبين قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا²³⁷، وأن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة الموقعة²³⁸.

فلا يمكن بأي حال من الاحوال اعتبار العلاقات الجنسية لفترة الخطبة أخطاء موجبة للتضمين، فإذا تجرأ الخاطب والمخطوبة على ارتكاب ما حرمه الله، ثم جاءت بعد العدول تطالب بالتعويض فلا يحق لها في ذلك، لأن أساس التعويض هو مخالفة أحكام الشرع والخروج عن حدود القانون، وأن هذه الافعال وإن كانت خاصة بالخطيبين إلا أنها الأجنبية عن الخطبة

²³³- وعليه فإن منح الخطيبين حرية اللقاء هو خطأ فادح، يجر إلى مفاصد كثيرة، لا يسمح به الشرف والكرامة، الشيخ محمود شلتوت، الاسلام، عقيدة وشريعة، ص 168، الشيخ الشعراوي، الفتاوى ج 3، ص 15، الشيخ القرضاوي، فتاوى معاصرة، ج 1، ص 444.

²³⁴- المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق، العدد 4، ص 79، 1989/12/11، ملف رقم 567070، غير منشور، راجع لاحقا فقرة 520 و 532 وما بعدها تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة، م.ع.ق.إ، جامعة تلمسان، 2005، العدد 3، ص 27 وما يليها.

- Cf. ZIDANE (F.C), l'enfant né hors mariage en algérie, E.A.P, Alger, 1992, Chalabi (e). l'enfant né hors mariage, RevAlg, 1987, n 2, p 295, Ait Zai (n), L'enfant abandonné et la loi, mem. mag, Univ d'Alger, 1988.

²³⁵- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم 35326، م.ق، 1990، العدد 1، ص 83، 1984/12/17، ملف رقم 35087، م-ق، 1990، العدد 10، ص 86، 1990/010/22، ملف رقم 57756، م-ق، 1992، العدد 2، ص 71، أنظر، محمد بوقرة، اثبات نسب ابن الخطيبين في القانون التونسي، رسالة، جامعة تونس، 1979.

²³⁶- المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، مذكور سابقا.

²³⁷- المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/12/17، ملف رقم 35087، مذكور سابقا، غ.ج 1986/05/13، ملف رقم 271، غير منشور، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، العدد 2، ص 271.

²³⁸- المحكمة العليا، غ أ ش، 1986/05/13، ملف رقم 271، غير منشور، نقض جزائي تونسي، 1976/05/05، ملف رقم 443، ن م ت، 1976، ج 3، ص 30.

كفعل في حد ذاته يترتب التزامات معينة، على أن الخطأ وحده لا يترتب مسؤولية للعادل إلا إذا اقترن بركنين آخرين، هما الضرر وعلاقة السببية²³⁹.

الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.

يجب لقيام المسؤولية في حالة العدول عن الخطبة أن يلحق أحد الطرفين ضرراً من جراء هذا العدول، وأن يكون الخطأ مؤذياً لوقوع هذا الضرر، ولذلك كان الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية في حالة العدول والعلاقة السببية ركنها الثالث.

أولاً: ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة²⁴⁰، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية، وسواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو ماله، أو عاطفته أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك. ولا يشترط أن يكون المساس بحق يحميه القانون، بل يكفي أن يقع على مصلحة مشروعة، أي غير مخالفة للقانون لقيام الحق في التعويض عن الضرر²⁴¹.

أ- تعريف الضرر:

الضرر اصطلاحاً: ورد التعبير عن الضرر بعدة معانٍ، منها الاتلاف وممكنها الاستهلاك ومنها الإفساد، ومنها الأفعال الموجبة للضمان، والواقع أن هذه المعاني غير مقصودة لذات التعريف بل هي وصف للأفعال الموجبة للضمان²⁴².

²³⁹ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 83.

²⁴⁰ - نقض مدني مصري، 26 نوفمبر 1965، م.أ.ن، 16، 1075، 167.

²⁴¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999، ص 143 144.

²⁴² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، الملقب بملك العلماء المتوفى سنة 587هـ، الجزء 2، طبعة 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، ص 286.

ويعرف الضرر في الفقه الاسلامي بأنه "إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الاوصاف"²⁴³.

ومن عرفه بمعنى الاتلاف ذكر أنه: "إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً"²⁴⁴، ومن ذلك إتلاف حاسة من الحواس التي أنعم الله على الانسان بها (حاسة الشم مثلا ...).

وعرفه الشيخ محمود شلتوت بأنه: "الضرر الذي يصيب الانسان في شرفه أو سمعته"²⁴⁵، كما عرف أنه: "كل ما يلحق الشخص من تحقير في اعتباره بين الناس بسبب أو إصاق تهم لو صحت لزم احتقاره"²⁴⁶.

ومن التعريفات المعاصرة للضرر ما يلي:

(1) الضرر هو: "كل الاذى يصيب الانسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها"²⁴⁷.

(2) أنه: "ما يصيب المعتدى عليه من الاذى فيتلف له نفساً، أو عضواً، أو مالا متقوما محترماً"²⁴⁸.

(3) أنه: "إلحاق الاذى بالغير مطلقاً سواء في الاموال أو الحقوق أو الاشخاص".

(4) أنه: "كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفه".

²⁴³ - فيض الله، محمد فوزي، فصول في الفقه الاسلامي العام، مطبعة جامعة سوريا، 1967.

²⁴⁴ - شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية، طبعة 1، مطبعة الاعتماد، مصر، بدون سنة نشر، ص 229.

²⁴⁵ - شلتوت محمود، الاسلام عقيدة وشريعة، ط 2، دار القلم، القاهرة، د.س.ط.د، ص 412.

²⁴⁶ - حسين سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الاسلامي، ج 2، ط 1، دار إحياء الكتب العربية القاهرة، 1949، ص 225.

²⁴⁷ - الخفيف علي، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة، 1997، ص 38.

²⁴⁸ - أمين سيد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن، (د ن د ط، 1384 هـ) ص 93.

(5) أنه: "كل اىذاء يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسمه أو جسم معصوم أو عرض مصون".

وهناك من عرفه بأنه: "الاذى الذي يصيب الانسان في الجسم أو العرض أو المال أو أي شيء محترم من شؤونه ناشئاً عن تضييع حق مشروع أو ايجاد أمر غير مشروع"²⁴⁹. ويرجح لفظ الافساد، لأن لفظ الافساد أوسع وأشمل من الاتلاف، بحيث يتسع ليشمل الضرر المادي والضرر الادبي²⁵⁰: وقد أجمع الفقه والقضاء على تنوع الضرر بصفة عامة إلى نوعين: ضرر مادي وضرر معنوي، وإذا لم يكن هناك خلاف حول وجوب تعويض الضرر المادي، فإن الضرر المعنوي كان محل خلاف.

1) الضرر المادي:

أولاً: هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، ويتمثل في الخسارة المالية أو الجسمانية التي تترتب عن المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للمضرور²⁵¹. ويترتب الضرر المادي عادة عند المساس بالذمة المالية للمضرور كإتلاف المحاصيل أو تهديم عقار، ويتحقق أيضا الضرر المادي عند التعدي على السلامة الجسدية للإنسان كالضرب أو الجرح أو القتل، وكذلك الخسارة التي تلحق بالضحية بسبب العجز الكلي أو الجزئي عن الكسب²⁵²، فكلها أضرار مادية تقيم المسؤولية التقصيرية. لكي يتحقق الضرر المادي يجب أن يكون الاخلال بمصلحة المضرور محققا فلا يكفي أن يكون الاخلال محتمل الوقوع، قد يقع وقد لا يقع، كما يجب أن تكون المصلحة التي أخل بها مصلحة مشروعة، لهذا يتمثل الضرر المادي في شرطان هما: أن يكون محققا (Certain)، وأن يكون هناك مساس بحق أو بمصلحة، والضرر المادي إذا لحق أحد الخطيبين جراء العدول

²⁴⁹ - فيض الله محمد فوزي، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، (أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة ازر، 1962، ص 117).

²⁵⁰ - مجلة نقابة المحامين الاردنيين، تمييز جزاء 99/970، صفحة 2483 / 2001

²⁵¹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص 145.

²⁵² - علي فيلالي، الالتزامات م و ف م، المؤسسة الوطنية، الجزائر، ط2، 2008، ص 286.

عن الخطبة كان قابلاً للتعويض، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً، والضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد²⁵³، كأن يقوم الخاطب باستئجار الفندق لإقامة حفل الزفاف وتوزيع الدعاوى على المدعويين ثم تأتي المخطوبة لتعلن عن عدولها²⁵⁴.

ومصاريف التحضير للزواج من اعداد السكن وتجهيزه وتجهيز العروس²⁵⁵، فتكون هذه النفقات التي تكبدها الخاطب ضرراً مادياً محققاً قابلاً للتعويض بسبب العدول أو أن تكون المخطوبة قد أعدت الجهاز والملبوسات على مقاسها ثم يأتي الخاطب ويعدل عن الخطبة فتكون النفقات الخاصة بإعداد الجهاز والملبوسات ضرراً مادياً قد لحق بها من جراء العدول وهو ضرر محقق لأنه وقع فعلاً²⁵⁶.

(2) الضرر المعنوي:

إن الضرر المعنوي هو التعدي على حقوق ومصالح غير مالية، فهو يلحق ما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي تحدث في نفس والاحزان²⁵⁷، ومفهوم الضرر قد تطور وتفرع فتعددت صورته مظهرًا ونوعًا، وإذا كان المشرع اللبناني، قد استعمل عبارة الضرر الأدبي، تعريباً للاصطلاح الفرنسي Dommage moral فإنه قصد بها الضرر المعنوي بمفهومه الشامل، إذ أن هذا الضرر لا ينحصر في إطار يضيق به، فهو يصيب الإنسان في مكانته واعتباره وشرفه، أو يصيب النفس مخلفاً فيها الألم والحسرة والانفعال²⁵⁸.

²⁵³ - أنظر، عبد الله مبروك، المرجع السابق، ص 93.

²⁵⁴ - عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط 1996، ص 484.

²⁵⁵ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 289.

²⁵⁶ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 96.

²⁵⁷ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 289.

²⁵⁸ - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1983، ص 267-268.

ومنه فإن الضرر المعنوي يحتوي على عدة أصناف منها ما يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية، وهي الأضرار التي تمس السمعة والشرف، مثل القذف واتهام المخطوبة في شرفها وسمعتها، ومنها ما يتعلق بالجانب العاطفي مثل العدول عن الخطبة بدون سبب يؤدي إلى أضرار معنوية للمعدول عنه، وعلى العموم فإن الضرر المعنوي هو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو جسمية²⁵⁹.

كما قد يكون إفشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول كذلك ضرر معنوي يمس خصوصيات كل منهما، والضرر الأدبي هنا هو غير مالي، أي المصلحة المعتدى عليها، وإن كان تقويمها بالمال ممكنا من الضمان الذي يستهدف جبر المضرور ومواساة المعتدى عليه²⁶⁰. ويشترط في الضرر الأدبي كذلك أن يكون واقعا فعلا، ولحق بالمضرور، لأن محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الواقع عليها يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بإتلاف معنى من معاني الحياة في الحياة الإنسان، وهذه المعاني في الواقع الأمر تمثل فيما تعلو فوق قيمة المال، ولا تقدر به أصلا وإن كان يمكن اعتباره مقياسا لقيمتها لأن تقرير المسؤولية في هذه الحالة تستهدف حماية تلك القيم في الإنسان والمجتمع حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها²⁶¹.

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه بعد صدور تعديل 2005 قد خصص المشرع الجزائري نصا خاصا تحدث فيه عن الضرر المعنوي وبالرجوع إلى نص م 182 مكرر نجدها تنص: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحريّة أو الشرف أو السمعة". وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري في المادة 5 منه الفقرة الثانية: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"²⁶².

²⁵⁹ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 290.

²⁶⁰ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 96.

²⁶¹ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 96.

²⁶² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 290.

ب- الضرر المستقبلي:

أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الضرر الذي يصيب مثلا المخطوبة من جراء العدول عن الخطبة، مثل هجر الخاطب لها وعدم طلبها للزواج بسبب تشهير الخاطب الاوّل بها والعدول عنها²⁶³.

ج- الضرر المحتمل في مجال العدول عن الخطبة.

أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد، فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع، وطالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه، عكس الضرر الناتج عن تقويت الفرصة فهو يوجب التعويض²⁶⁴، ومثال ذلك تقويت الفرصة على المخطوبة في الزواج بسبب كبر سنّها، وطول مدة الخطبة مما يؤدي إلى تقويت فرص الزواج برجل آخر²⁶⁵.

د- الضرر المباشر:

والضرر المباشر في العدول عن الخطبة هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق العدول، وذلك بأن يعدل الخاطب عن المخطوبة بعد مدة من الوعد بالزواج وبدون أي مبرر أو سابق إنذار، فيسبب لها ضررا ماديا أو معنويا من جراء العدول فهذا يعد ضررا مباشرا²⁶⁶، وقد جرى على ذلك الحكم القضاء المصري في التعويض عن تقويت الفرصة إذا كانت حقيقية وجدية، وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض أن "القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب قوته عليه العمل غير المشروع وذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تقويتها أمر محقق يجب التعويض عنه²⁶⁷.

²⁶³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 290.

²⁶⁴ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 294-295.

²⁶⁵ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2006، ص 170.

²⁶⁶ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 296.

²⁶⁷ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض المدني، 1977/03/22، مجموعة أحكام النقض، عدد 37، ص 133.

ويرى بعض الفقهاء في الفقه الاسلامي، أنه يجب ضمان (أي تعويض) "مهرة الأمة عند تفويت النكاح"²⁶⁸، وهذا منذ خمسة عشر قرنا وبدون منازع، وقبل صدور حكم محكمة استئناف روان (Rouen) المشهور المؤرخ في 1952/07/09، الذي قضى بإعطاء المخطوبة حق طلب التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت فرصة حقيقة وجادة للزواج، من جراء فقدان شخص عزيز (خاطبها) في حادث مرور دموي محزن²⁶⁹.

وقد أثبتت المخطوبة الضرر الناجم عن ضياع فرصة الزواج، بأن أوراق الدعوة للحفلة قد وزعت على الاصدقاء، وحدد تاريخ الزفاف، وأن الحادثة المؤلمة فوتت عليها فرصة الفوز بالأسرة السعيدة، على أساس الوقائع التي كانت تبشر بمستقبل واعد لهذا القتل، فإن القتل الذي تعرض له الخطيب، يعتبر ضررا محققا ومؤكدا بالمخطوبة، أضاع عليها فرصة الزواج من خطيبها القتل، وأدخلها في الألم والمرارة والمعاناة.

فإن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين دون سبب جدي، وعلى الأخص إذا طالت المدة بين العقد والطلاق، هو تعسف في استعمال الحق يسبب ضررا للآخر، فيجب التعويض عنه، بما في ذلك حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة، "لأنه لا ضرر ولا ضرر"²⁷⁰، فالقضاء غالبا ما يرجح احتمال الكسب في هذه الحالات ومنها ما قضت به محكمة استئناف Rennes في قرار لها سنة 1925 بإعطاء الخطيبة حق طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية من المسؤول عن موت خطيبها لحرمانها من

²⁶⁸ - ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، لتقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية، دار الآفاق الجديدة بيروت طبعة ثالثة، 1398هـ/1978م، ص 208.

²⁶⁹ - دالوز، 1953، الاجتهاد القضائي، رقم 13، وراجع النقض الجنائي الفرنسي، المؤرخ، في 1956/01/05، دالوز، 1956، رقم 216، Cass, Crim, 05/10/1956, D, 1956, 216, C.f, Rouen, 09/07/1952, D, 1953, JP, 13, Cass, Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, Remis, 30/06/1953, N°216, Lyon, 26/05/1966, D1967, P9, Cass. Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, 10, N° 118, Civ, 1N° 118, D.1986, I.R, 64, Cass.Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, 10, N° 118, Civ, 1N° 118

²⁷⁰ - لا يمكن قصر طلب التعويض على المرأة دون الرجل، فيما يتعلق بتفويت الفرصة، فالتفريق الذي يقيمه بعض الفقه بينهما لا أساس له شرعا وقانونا، ومن المعلوم أن المادة 5 من قانون الاسرة الجزائري قد أصبحت بعد تعديلات عام 2005، تقوم على المساواة بين الخطيبين وإلغاء جميع أشكال التمييز بين الرجل والمرأة.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

فرصة الزواج به، وقد أثبتت الخطيئة في هذه القضية بأن أوراق الدعوى لحفلة عقد القران قد وزعت، وأن تاريخ الزواج قد حدد، وأن بعض المصروفات قد أنفقت لهذا الغرض²⁷¹.
وبذلك فإن القضاء الفرنسي قد اعتد بمطالبة هذه الخطيئة، إذ قضى لها بتعويض عن تقويت ما كان لها من فرصة حقيقة في تحقيق ما تأمله من كسب احتمالي مريح يتمثل في إتمام زواجها بخطيبها، ذلك أنه وإن كان تقويت الكسب الاحتمالي هو ضرر احتمالي لكن التعويض المحكوم به عن تقويت الفرصة هو في حقيقته تعويض عن القدر المحقق مما لحق من ضرر.
وفي قرار آخر قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1952 بأن المدعية قد تحملت بسبب موت خطيبها ضررا مباشرا وحالا، ولهذا لها الحق في طلب التعويض²⁷²، ونلاحظ في هذا الصدد، أن محكمة النقض الفرنسية في قرار مشهور لها، قررت ضرورة دفع تعويضات للمخطوبة من جراء وفاة خطيبها في حادث مرور، على أساس ضياع فرصة الزواج شخص عزيز، باعتبارها من الاضرار المعنوية الجديرة بالتعويض، لما تتركه في النفس من المرارة²⁷³.
فالتعويض عن تقويت الفرصة مبدأ استقر وثبت عمليا استجابة للضرورة والحاجة العملية إلى تقرير التعويض عنها، حفاظا للحقوق واستجابة لمقتضيات العدالة، ولكن تكمن الاشكالية في التعويض عن الفرصة في العدول عن الخطبة في تحديد عناصر التعويض لا في تقدير هذا التعويض، وأخيراً يسمح القانون المدني الفرنسي للمخطوبة المتوفى عنها الخاطب أن تبرم عقد الزواج بنفسها أمام ضابط الحالة المدنية، إذا كانت أسباب خطيرة، بعد التيقن من وجود رضا الهالك، وبعد الحصول على ترخيص من رئيس الدولة، وفقا لنص المادة 171 ق.م.ق، المعدلة بالقانون رقم 1583/59 المؤرخ في 1959/12/31²⁷⁴.

²⁷¹– Cf. C. A. Rennes. Ch. Civ, 18/05/1925, D, 1953, n°13.

²⁷²- Cf. Cass. Pénale, 13/06/1956, D, 1956, n° 216.

²⁷³– نقض مدني فرنسي: غ-ج، 1956/010/05، دالوز، ص 216، إستئناف روان (Rouen)، 1952/07/09، دالوز، 1953، قضاء، ص 13، محكمة أميان Amines، 1972/03/02، G.P، 1980، مختصر، 182.

²⁷⁴–Obs. LEMOULAND ; Aix-En-Provence, 27/06/10996, JCO, 1997, 1, 3996, Cass. Civ, 06/12/1989, D. 1990, 225 Note Hausser (j), 30/03/1999, D, 1999 372, obs, LEMOULAND, Aix-En-Provence, 27/06/1996, JCP, 1997, 1, 3996.

وهو ما يسمى "الزواج بالميت" (Mariage Posthume)، الذي ترجع آثاره إلى اليوم السابق للوفاة²⁷⁵، ومن أهم نتائجه: حمل المخطوبة (الارملة) لاسم خاطبها الهالك، وحققها في المطالبة بالنفقة (م 207 ق-م-ف)، كما ينتج عن هذا الزواج رابطة المصاهرة (م 206 ق-م-ف)، وبالإضافة إلى هذا فإن الطفل المولود من هذا الزواج تكون له نفس الحقوق التي يتمتع بها الطفل الشرعي²⁷⁶.

وفي آخر قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1952 بأن المدعية قد تحملت بسبب موت خطيبها ضرراً مباشراً وحالاً، ولهذا لها الحق في طلب التعويض²⁷⁷.

وبذلك فإن القضاء الفرنسي قد اعتد بمطالبة هذه الخطيبة، إذ قضى تفويت ما كان لها من فرصة حقيقية في تحقيق ما تأمله من كسب احتمالي مريح يتمثل في إتمام زواجها بخطيبها، ذلك أنه وإن كان تفويت الكسب الاحتمالي هو ضرر احتمالي لكن التعويض المحكوم عن تفويت الفرصة هو في حقيقته تعويض عن القدر المحقق مما لحق من ضرر.

ثانياً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية، وهي ركن مستقل عن الخطأ، وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ²⁷⁸. وعليه فإنه لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر، بل يجب أن يكون هو السبب المباشر²⁷⁹، وهو ما يسمى بقيام ارتباط ما بين فعل المسؤول وبين الضرر الواقع بالغير، أي وجود العلاقة السببية بين الفعل وبين الضرر²⁸⁰.

²⁷⁵ - Cass, Soc, 15/02/20010, D, 20010, Som. 2451, R.T.D.CIV, 2001, 563 obs HAUSSER.

²⁷⁶ - (PH) MALAURIE, La famille, p 69.

وراجع في هذا الخصوص: محمد الشافعي، الزواج بالميت في القانون المدني الفرنسي، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، 1995، العدد 23، ص 110، ولنفس المؤلف الأسرة في فرنسا، ص 11 وما يليها.

²⁷⁷ -Cf. Cass, Pénale, 13/06/1956, D, 1596, N°216.

²⁷⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 990.

²⁷⁹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، طبعة

1999، ص 171.

إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسؤولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسؤولية تفرضه بدهاء المنطق ومقتضيات العدالة²⁸¹، وعبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، وذلك طبقاً للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء إثبات ما يدعيه.

فإذا انتفت علاقة السببية، فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض وذلك وفقاً للمادة 165 مدني مصري والمادة 127 مدني جزائري إذ تنص الأولى على أنه "إذا أثبت الشخص الضرر قد نشئ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك".

فحتى تنتفي المسؤولية يجب أن يستحيل دفع الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، فإذا كان بالإمكان دفعه فلا تنتفي المسؤولية²⁸²، والقوة القاهرة قد تكون حادثاً أو كارثة طبيعية كما قد تكون صدور أمر إداري واجب التنفيذ مثل صدور قرار إداري يقضي بطرد من عمله، فيقوم هذا العامل بالعدول عن الخطبة لأنه غير قادر على تحمل تكاليف الزواج وفتح بيت والانفاق على الأسرة، وقد يكون المضرور هو المتسبب في الضرر الذي أصابه، ويشترط في خطأ المضرور ما يشترط في القوة القاهرة والحادث المفاجئ، أي أن يكون فعل المضرور غير متوقع ولا يمكن دفعه.

ففي العدول عن الخطبة يمكن أن تدفع المخطوبة الخاطب إلى العدول عن الخطبة بخطئها كأن تقوم المخطوبة بشتم أهل خاطبها، مما يدفعه إلى العدول عن الخطبة، يقصد بالغير الشخص الأجنبي عن المدعى عليه، أي أن لا يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه كمتولي الرقابة، ويعد عمل الغير أو خطأه سبباً أجنبياً متى كان غير متوقع وغير ممكن الدفع²⁸³، مثل

²⁸⁰ - عبد العزيز اللصاحمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 144.

²⁸¹ - أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 100.

²⁸² - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص 124.

²⁸³ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 333.

وقوع نزاع بين أهل الخاطب والمخطوبة مما يؤدي إلى رفض الأهل إتمام مراسيم الزواج، فلا يكون أمام الخطيبين حل سوى العدول عن الخطبة.

وفي مجال العدول عن الخطبة وجب التفريق بين الأفعال التي تشكل ضرراً والأفعال التي يكون صاحبها مغترباً لا مغرراً به، ومثال ذلك ترك المخطوبة لعملها حتى تتفرغ لشؤون الزواج وتربية الأولاد، فهنا المخطوبة مغترة لا مغرراً بها، لأنها تركت عملها بمحض إرادتها من غير إيعاز من الخاطب أو التأثير²⁸⁴.

إن المتضرر كان بوسعه أن يتقاضي ذلك الضرر لأنه يعلم أن الطرف الآخر يملك حق العدول عن الخطبة، بحيث إذا أقدم على عمل بعد إتمام الخطبة ثم حصل عدول ترتب عليه ضرر فالضرر كان نتيجة اغتراره، ومن المقررات الفقهية أنه من يقع في ضرر بسبب اغترار فليس له أن يضمن أحداً، كمن يشتري شيئاً يظنه على آجال ولم يشترطها في العقد عليه غير هذه الحالة وتضرر فإنه ليس أن يرجع على أحد بتعويض الضرر لأنه جاء نتيجة اغتراره هو من غير تعزيز أحد²⁸⁵، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب قطع الخطبة أو إمضاء العقد قبل الإقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له إذا ما فسخت الخطبة، فإذا لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم احتياطه²⁸⁶.

وذلك أن من يدعي حصول ضرر له من جراء العدول كان يعرف مقدماً أن العدول جائز للطرف الآخر، فلذا يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس، كما أنه يستطيع قبل أن يقدم على ما يحصل له بسببه ضرر أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه حتى لا يكون مغترباً²⁸⁷، والفرق بينه وبين المغرر به أنه يتحمل وحده نتيجة عدم احتياطه من غير أن يشرك غيره في ذلك، أي أن يكون لهذا الأخير أي اشتراك في المسؤولية، أو أن

284- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص100.

285- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1971، ص 75.

286- أنظر، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 100.

287- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دمشق سوريا، الطبعة الأولى، 1984،

يكون بيده توقي الضرر اللاحق به من جراء هذا العدول، أو أن يكون العدول لسبب أجنبي عن إرادة كل من الطرفين وهذا لا يوجب التعويض²⁸⁸.

وذلك كأن يتوفى أحد المخطوبين، حيث يكون تنفيذ العقد في هذه الحالة مستحيلاً، ولا دخل لإدارة الطرف الآخر الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه أو الردة بعد الخطبة، أما إسلام المخطوبة فلا يعد مبرراً وكذلك الشأن إذا اكتشف أحد المخطوبين في الطرف الآخر مانعا من موانع الزواج ولو علم به من قبل لما تمت الخطبة، كأن يتبين للخاطب بأن من خطبها هي أخته من الرضاعة²⁸⁹.

في حين يظهر أن القضاء في مصر يرفض التعويض على طول أمد الخطبة، فقد قضت محكمة النقض في 1962/11/14 بأن "استطالة أمد الخطبة، والاحجام عن اتمامها، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد العدول عن إتمام الزواج ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول، فمجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت الضرر بأحد الخطيبين"²⁹⁰.

واختلف القضاء الجزائري عن القضاء المصري حين قضى بمنح التعويض عن استطالة أمد الخطبة، حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 على أن الخاطب يدفع تعويضاً للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابها من جراء فسخ الخطبة التي دامت أربع سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعاً للزوجة، وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها مدة أربع سنوات كخطيبة²⁹¹، ولعل مرجع هذا التعويض هو فوات الفرصة، وهو مبدأ قد استقر في القضاء منذ القدم.

²⁸⁸-Cf. J. CHAPPION, op. cit, n°72.

²⁸⁹- محمد محدة، سلسلة فقه السنة، الخطبة والزواج، ط 2، الجزائر، 1994، ص 77.

²⁹⁰- أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض المدني في 1962/11/15، طعن رقم 174 لسنة 28، مقتبس عن أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، مبدأ رقم 6، 507.

²⁹¹- أنظر، م ع، غ أ ش، ملف رقم 73919، ق 1993، عدد 1، ص 54.

ولكن لو خرجت المخطوبة مع خاطبها إلى المنتزهات وإلى النوادي ودور اللهو، وعرضت بعد ذلك سمعتها للأقارب، ثم جاءت بعد العدول عن الخطبة، تطالب عن الضرر الأدبي عما مس كرامتها ونال أسرتها، فإن دعاها لا تقبل، لأن الضرر اللاحق بها كان بسبب خطئها هي، فهي مغترة لا مغرر بها لأن الضرر مبني على مخالفة الشرع والاثم الذي اقترفته وأسهمت به، ولا تعويض للآثمين الخارجين عن حدود الإسلام وتعاليمه ولأنها من جلبت الضرر لنفسها.

فلتحديد عناصر المسؤولية في مجال العدول عن الخطبة وجب فحص العدول باعتباره تصرف محظ من حيث الطريقة التي وقع بها هذا العدول، هل تم بطريقة فجائية أم هناك أسباب دفعت إليه؟ ومتى وقع هذا العدول؟ وهل استغرقت الخطبة زمناً طويلاً؟ وهل كان الخطيب ينوي فعلاً الإضرار بمخطوبته، أم أنه استعمل حقه في إطار المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟ وهل للمخطوبة امكانية تفادي وقوع الضرر؟ وهل كان هذا الضرر أثراً مباشراً لتصرف الطرف العادل؟، جميع هذه الضوابط وغيرها، التي تمكن القضاء من تحديد بعضها، هي التي تعتمد لتحديد التصرف الموجب للتعويض الذي لا يترتب عن العدول في حد ذاته وإنما عن ظروف هذا العدول.

المطلب الثاني: اتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية.

إن التعويض عن الأضرار المترتبة عن فسخ العدول عن الخطبة في باتت تستدعي الانتباه لكثرة القضايا المنظورة أمام المحاكم في الآونة الأخيرة، فقد تناولت هذا الموضوع في مطلب خاص، لبيان المحاكم في تقرير المسؤولية القانونية المقررة عن العدول عن الخطبة، والتي يتم بمقتضاها تقرير التعويض.

الفرع الأول: اتجاهات أحكام القضاء في عدم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

تحليل أحكامها في مدى موافقتها للشريعة، نجد أنها اتجهت إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول:

منها من قضى بأنه لا يمكن أن يترتب على فسخ الخطبة أي حق في التعويض.

الاتجاه الثاني:

أ) ومنها ما قضى باعتبار الخطبة عقد ومن ثم فسخها يعتبر اخلاص بواجب عقدي يستوجب التعويض.

ب) ومنها ما قضى بأن فسخ الخطبة في حد ذاته وإن لم يكن موجبا للتعويض فإن الظروف التي تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة للتعويض.

ت) ومنها ما قضى بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الإساءة في استعماله تستوجب الحكم على المسمى بالتعويض.

الاتجاه الأول: عدم التعويض.

وهو الاتجاه الذي يقضي بأن لا مسؤولية مطلقا على الخاطب الذي يعدل عن إتمام عقد الزواج، إذ أن العدول عن الخطبة طبقا لهذا الاتجاه هو الاباحة صرفة، لا يمكن أن يترتب عليها أية مسؤولية.

يرى بأن العدول عن الخطبة لا يترتب عليه تعويض لأنه حق وممارسة الحق لا يترتب التعويض مطلقا كما أن عمل المباح لا يترتب عقوبة وفي الإلزام بالتعويض عقوبة، وبناء على ما سبق لا يجوز أن يحكم بالتعويض عن الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة سواء كان هذا الضرر أدبيا أو ماديا وسواء كان للعدول عن الخطبة دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر أو لم يكن له دخل في ذلك²⁹².

وبناء على هذا التكييف القانوني، فإن الخطبة ليست عقدا ملزما، وليس لها شيء من أحكامه وآثاره ولا تعدو كونها مقدمة للزواج ووعدا به، ولا يغير من هذه الحقيقة ما جرت به أعراف وعادات الناس من قراءة الفاتحة، وتبادل الهدايا، أو لبس الخاتم، أو دفع الصداق أو

²⁹² - ادريس الفاخوري: أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية مركز الخدمات المتحدة المغرب، ط1، 1993، ص 53.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

غيرها²⁹³. ومن ثم، فإنه يكون لكل من الطرفين حق التراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج، وهو ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 5 ق-أ: من أنه "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"²⁹⁴.

وأمام سكوت المشرع الفرنسي وعدم تعرضه لمسألة الخطبة، فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا، على أن الخطبة هي مقدمات الزواج، أو مرحلة سابقة على إبرام العقد، ليست لها قوة العقد الملزمة، وتخضع بالأساس لمبادئ الرضا والاختيار والحرية التامة²⁹⁵، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها: الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الاخلاق، فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده، ويرجع في عزمه، إلا إذا كانت ثمة ضرورة وملجئة تبرر نقض وعده²⁹⁶.

وهو ما نجده أيضا في كل القوانين الغربية على أن الوعد بالزواج لا يعتبر زواجا، ولكل من الطرفين حق العدول عنها، وإن كانت أكثرها تذهب إلى التعويض في حالة العدول التعسفي²⁹⁷.

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى عدم التعويض مطلقا عن الضرر الناجم عن

العدول عن الخطبة²⁹⁸.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

²⁹³ - محكمة قسنطينة، 28/09/1981، ملف رقم 81/249، ن.ق، العدد 43، ص 116.

²⁹⁴ - من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها، المحكمة العليا، غ أش، 17/03/1992 ملف رقم 8110269، المشار إليه، مجلس قضاء مستعانم، 03/11/1966، م.ج، 1968 العدد 4، ص 1200.

²⁹⁵ - Cf (Planiol et Ripert. Traité, T.2.2° ed par Rouast, N° 83 ; Marty et Raynaud. Droit civil, les Personnes 1976 , N° 75, H.J.B Mazeaud, leçons de droit civil, T1, N°725.

²⁹⁶ - نقض مدني فرنسي، 30 ماي 1838، دالوز، 1938، 1، ص 494، 31 جانفي 1978، B. Civ، 1978، 1، رقم 39، 29 أبريل 1981، B.Civ، 1، رقم 43، 23 فبراير 1983، B.Civ، رقم 86.

²⁹⁷ - راجع المواد 1297-1302، من القانون الألماني، المواد 90-95، من القانون السويسري، المواد 1-6 من القانون السويدي، 42-43 من القانون الاسباني لسنة 1981.

²⁹⁸ - من الفقهاء المعاصرين الذين أخذوا بهذا الرأي: محمد بخيت المطيعي ومحمود السرطاوي. انظر: مجلة المحاماة الشرعية: محمد بخيت المطيعي-العدد الأول- السنة الثانية- ص 44-45 شرح قانون الأحوال الشخصية - انحلال عقد الزواج: السرطاوي ص 30.

- 1- إن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً، ولكل من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت شاء، وبدون قيد أو شرط²⁹⁹.
- 2- إن الشارع جعل العدول حقا شخصيا تقديريا خاضعا لاعتبارات خاصة بكل منهما، وهي أمور نفسية يرتد إليه تقديرها، ولا سلطان للقضاء عليه في ذلك³⁰⁰.
- 3- إن الضمان عند التغرير لا عند الإغترار، لأن الذي وقع في الضرر من الطرفين، يعلم أن الطرف الآخر له العدول في أي وقت شاء، فإن أقدم على العمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول، فالضرر نتيجة لاغتراره هو، ولم يغرر به أحد، فالخاطب حين أعد المسكن المناسب، وفرش بيته قبل العقد، فقد قصر ولم يحتط لنفسه، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب البت في الخطبة والزواج، قبل اقدمه على القيام بأي عمل يترتب عليه حصول ضرر له، فإذا فسخت الخطبة، فليتحمل هو وحده نتيجة عمله، ومغبة تقصيره، وعدم احتياطه³⁰¹، فما يصيبه من ضرر إنما كان بسبب منه، اغترارا، أو طيشا، وليس منشؤه محض العدول³⁰².
- 4- إن الحكم بالتعويض يفقد الخطبة مزاياها، والحكمة من مشروعيتها، كما أن فيه نوعا من الاكراه، وحمل لمن أراد العدول على إتمام عقد زواج لا يرضاه، خشية الحكم عليه بالتعويض، وفي هذا إلحاق ضرر به وبالطرف الآخر أكبر من الضرر الذي يراد دفعه، وذلك لما يترتب عليه من إنشاء أسرة على أسس غير سليمة سرعان ما تنهار، فيلحق بالأولاد وبكل من الزوج والزوجة ما هو أكبر من الضرر الناتج عن العدول³⁰³.

²⁹⁹ - عتو عبد الرحمان، خطبة النكاح، مكتبة المنار الزرقاء، الأردن، الطبعة الأولى، 1405 هـ / 1986م، ص395

³⁰⁰ - جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة ح الفقه والقانون دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009، ص 124.

³⁰¹ - عتو عبد الرحمان، المرجع السابق، ص396.

³⁰² - فتحي الدريني، المرجع السابق 736/2.

³⁰³ - عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، ص172، -محمود السرطاوي، شرح الأحوال الشخصية الاردني، عقد الزواج وآثاره، دار العدوى للطباعة والنشر

5- إن الجواز الشرعي ينافي الضمان، وهذا يعني من يمارس حقاً مشروعاً له، أو مباحاً لا يكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية، فالمسؤولية تنشأ عن المجاوزة والاعتداء، والخاطب لا يعتبر معتدياً إذا استعمل حقه في العدول³⁰⁴.

6- إن الحكم بالتعويض يتطلب بيان الأسباب والدوافع التي دفعت إلى العدول، كما يتطلب بيان الضرر الناشئ عن العدول، وتقدير حجمه لتحديد التعويض المناسب، وفي ذلك كشف لعيوب الخاطب والمخطوبة، وهتك لأسرار العائلات³⁰⁵.

وأهم الأسباب التي يبني عليها هذا الاتجاه هي:

1- أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يسبق لهم أن قرروا حقوقاً للمخطوبة التي يعدل عنها الخاطب فيما يكون قد دفعه لها قبل العدول من مهر وهدايا، فيفهم من هذا أن العدول أمر مباح إباحة صرفة³⁰⁶، لأن المسألة لم يتعرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون³⁰⁷، فليس إذن من سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، لا سيما وأن الشريعة الإسلامية لا تحمل الزوج الذي يطلق زوجته قبل الدحول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه، مع أن الزواج خطوة أبعد من الخطبة.

2- طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يجوز للخاطب أن يعدل، والعاقل إنما استعمل حقه ولا ضمان في استعمال الحق تطبيقاً للقاعدة الفقهية الجواز الشرعي ينافي الضمان، لأن العدول عن الخطبة من الحقوق التي لا يتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها، فلا يملك

والتوزيع، الطبعة الأولى، ص31، -محمد عقلة، نظام الاسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى والثانية، عمان الأردن، 1989/1983، 241/1.

³⁰⁴- فتحي الدريني، المرجع السابق، 736/2.

³⁰⁵- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الطبعة الأولى، 2008، ص126.

³⁰⁶- سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 2000، ص135.

³⁰⁷- محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1977، ص29.

القاضي تقييدها بأي وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الافراد أو الجماعات، إذ أنها من المباحات التي لا يترتب على تركها استحقاق أي عقاب³⁰⁸.

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

إلا أن هناك من يرى بأن محكمة استئناف مصر في حكمها الصادر في 1930/6/30 يرى بأن هذا الحكم لم يوفق فيما ذهب إليه ولم يكن استدلاله موافقا للشريعة الإسلامية، لأنه بدأ بأساس غير قويم، إذ جاء فيه أن مجال تطبيق نظرية سوء استعمال الحق في الفقه الإسلامي أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعا، فيرى الحكم أن القاضي يجوز له أن يقيد هذه الحقوق بالقيود الذي يرفع الضرر عن كلا الخصمين. أما الحقوق التي لا تتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها بها فلا يملك القاضي تقييدها بأي وجه من الوجوه، مهما نجم عنها من المضار.

لكن هذه الحالة التي قصدتها المحكمة وقصرت تطبيق النظرية عليها ليست الحالة الوحيدة لتطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق، وانما في الواقع تخرج عن حيز سوء استعمال الحقوق بالمعنى الدقيق، لأن البحث فيها موضوعي يرجع إلى معرفة مدى ما يتقيد به كل من الحقيين³⁰⁹. فالقضاء يكون له بحسب أحكام الشريعة الإسلامية أن يقيد الحقوق في ثلاث حالات هي:

- 1- مخافة العمل للحكمة الغائية من الحق الذي جاء العمل تطبيقا له.
- 2- إذا ترتب على هذا العمل ضرر بشخص معين قبل الآخر، غير الحق العام الذي لكل انسان في أن لا يضار.
- 3- إذا ترتب على هذا العمل ضرر لشخص له حق معين، كان استعمال الأول لحقه اعتداء عليه³¹⁰.

³⁰⁸ - أنظر محكمة الاستئناف القاهرة، المؤرخ في 1930/06/30، ملف رقم 313، مجلة المحاماة، سنة 11، ص 626.

³⁰⁹ - أنظر، محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص 45.

³¹⁰ - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة الدكتوراة مع الاطروحات، جامعة دمشق 1967، ص 569.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فقد خلط الحكم بين أمرين متباينين وهما تعارض الحقوق، وإساءة استعمال الحق، فإن تعارض الحقوق أمر موضوعي يشمل تقييد الحقوق لبعضها البعض، وأما نظرية استعمال الحق فتقوم على عامل شخصي، هو استعمال الحق لغير الحكمة الغائية منه. وفضلا عما جاء في هذا الحكم من تناقض فقد جرد الخطبة من كل اعتبار قانوني يتنافى مع القول بوجود حق في العدول.

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

فالخطبة هي وعد بإتمام عقد الزواج وأهم شرط في عقد الزواج هو خلو الرضا من كل شائبة وقت إبرام العقد، مما لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين، وهذا الشرط يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات³¹¹.

وبناء على ذلك الرأي الذي يعتبر عدول الخاطب من المباحات العامة التي لا يستطيع القضاء أن يحد منها، لأنه لا يوجد واجب قانوني يقضي بإلزام الخاطب بالعقد، فقد قررت محكمة النقض المصرية بحكمها في النقض بقرارها الصادر في 1939/12/14 بأنه "هذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين"³¹².

كما قضت كذلك محكمة الزقازيق الاستئنافية في 1924/11/03 بأن "الاضرار المادية التي تلحق المخطوبة من جراء عدول الخاطب كالجهاز الذي تكون قد أعدته، أو ما يستوجب التعديل فيه، لا يسأل عنه الخاطب الذي عدل، لأن المخطوبة مجازفة قانونا بإعدادها، وأما شرعا فما كان عليها إلزام بالجهاز، وأما عن الضرر الادبي فإن بحثه يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية اللصيقة بخرمات الناس"³¹³، وبهذا فقد رفض هذا الجانب من القضاء كل تعويض عن ضرر سواء كان أدبيا أو ماديا ينشأ عن فسخ الخطبة لأي سبب كان.

³¹¹ - أنظر، حكم محكمة استئناف، القاهرة بتاريخ 1930/06/30.

³¹² - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 1939/12/14، طعن رقم 13، مجلة المحاماة، سنة 15، ص 258.

³¹³ - أنظر، محكمة الزقازيق الاستئنافية، 1924/11/03، المجموعة الرسمية، رقم 75، ص 132.

ما برز من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في 1962/11/15 والذي قرر بأن مجرد "العدول عن الخطبة لا يعد موجبا للتعويض مهما استطلت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول عن بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخطيبين"³¹⁴.

الفرع الثاني: اتجاهات أحكام القضاء في التعويض مع التفاصيل عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

الاتجاه الثاني: التعويض مع التفاصيل عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

أولاً: التعويض مطلقاً

1/ العدول عن الخطبة هو عدول عن عقد يستوجب المسؤولية العقدية والتعويض، وإلى ذلك ذهب البعض القليل، إن لم يكن النادر من المحاكم إلى إجازة التعويض على أساس أن الخطبة عقد ملزم، العدول عنها يترتب مسؤولية عقدية على الطرف العادل فقد قررت محكمة سوهاج الكلية في 1948/5/30 بأن الوعد بالزواج ارتباط قانوني وعقد قائم يوجب التزامات على كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم³¹⁵. وبذلك فقد أباح هذا الحكم التعويض عن الضرر المادي والادبي المترتب عن مجرد فسخ الخطبة، ولعل هذا الاتجاه القضائي جاء مكرساً للمبدأ الفقهي الذي اعتبر الخطبة عقداً ملزماً.

ولم يقل بهذا القول أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أن العقد والاخلال به هو ما يترتب المسؤولية التعاقدية على الطرف المخل، وإن كان يجوز القول به في مجال العقود كافة، إلا أنه لا يمكن الأخذ به عند الكلام عن عقد الزواج وما سبقه من مقدمة وهي الخطبة. لأنه لا يترتب عن عقد الزواج ما يترتب عن باقي العقود الأخرى من التزامات³¹⁶.

هذا فضلاً على أن القول بوجود التزام بإبرام العقد في المستقبل على إعتبار أن الخطبة عقد يعني تكوين أسرة على الرغم منهما، فما الذي ننتظره من تلك الأسرة في المستقبل إذا

³¹⁴ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 1962/11/15، طعن رقم 174 لسنة 28، مقتبس عن أحمد نصر

الجندي، المرجع السابق، مبدأ رقم 6، ص 507، وقد سبقت الإشارة إليه سابقاً في هذه الرسالة ص 93.

³¹⁵ - أنظر محكمة سوهاج الكلية، 1948/5/30، رقم 434، مجلة المحاماة، السنة 28، ص 1056.

³¹⁶ - أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص 68.

أجبرنا طرفيها على إبرام عقد الزواج، وقد بات جلياً عدم رغبة أي متن طرفيها أو كلاهما في عدم إبرامه إذا انكشفت لطرفي الخطبة أمور، كعدم التوافق، والألفة بين الطرفين وفي هذا دون شك إكراه يشوب ركن الرضا، أليس من الأولى أن يجيز فسخ الخطبة بدلاً من أن يفسخ عقد الزواج بعد إبرامه جبراً على طرفيه بالطلاق؟

فلا جدال في أن الآثار المترتبة على فسخ الخطبة مهما بلغت من جسامته، فهي أقل بكثير من الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث الطلاق والفرقة، والقاعدة الشرعية تقتضي أن درأ المفسد مقدم على جلب المنافع³¹⁷، ولا يجد هذا الاتجاه القضائي أي أساس له في الشريعة الإسلامية، وربما يكون مرجعه ما تذهب إليه بعض الشرائع غير الإسلامية من اعتبار الخطبة عقد شكلي له مظاهره الدينية.

لا ينشأ عن العدول أية مسؤولية، وإنما أساس المسؤولية هو الفعل الضار، فقد ذهبت بعض المحاكم إلى القول بأنه وإن كانت الخطبة في حد ذاتها غير ملزمة وأن مجرد العدول عنها لا يترتب عليه في حد ذاته أي حق في التعويض، وذلك إبقاء على الحرية الزواج، إلا أنه إذا اقترن هذا العدول بخطأ من جانب من عدل في حق الطرف الآخر، سبب لهذا الأخير ضرراً، فإن من عدل يلزم بتعويض هذا الضرر³¹⁸.

وهذا طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري، وهذا الاتجاه القضائي يتماشى مع جانب الفقه الذي أباح العدول عن الخطبة، ولا يمكن وصف هذا العدول بأنه حق يمكن أن يساء استعماله لأن التسليم بوجود الحق في العدول يستلزم القول بأن الخطبة أنشأت ارتباطاً وذلك يتنافى مع القاعدة التي بني عليها هذا الرأي³¹⁹.

كما أن هذا يقتضي أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلاً بالخطبة، وينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطئ غير طرفي الخطبة، كما أنه لا يتحتم أن يكون

³¹⁷ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 68.

³¹⁸ - أنظر، محكمة الفيوم الجزئية الأهلية، في 1929/11/30، رقم 110، مجلة المحاماة، السنة 11، ص 181.

³¹⁹ - سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 140.

هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج، بل من الجائز أن يكون من الطرف الآخر، وأن يكون عدول شريكه بسبب هذا الخطأ، فيكون لهذا الأخير رغما عن عدوله الحق في طلب التعويض من الطرف الآخر، وكلا نوعي الضرر يدخل تحت نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري فيشملة التعويض.

ولم يقل بهذا القول أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أن العقد والاخلال به هو ما يترتب المسؤولية التعاقدية على الطرف المخل، وإن كان يجوز القول به في مجال العقود كافة، إلا أنه لا يمكن الأخذ به عند الكلام عن عقد الزواج وما سبقه من مقدمة وهي الخطبة. لأنه لا يترتب عن عقد الزواج ما يترتب عن باقي العقود الأخرى من التزامات³²⁰.

هذا فضلا على أن القول بوجود التزام بإبرام العقد في المستقبل على اعتبار أن الخطبة عقد يعني تكوين أسرة على الرغم منهما، فما الذي ننتظره من تلك الأسرة في المستقبل إذا أجبرنا طرفيها على إبرام عقد الزواج. وقد بات جليا عدم رغبة أي متن طرفيها أو كلاهما في عدم إبرامه إذا انكشفت لطرفي الخطبة أمور، كعدم التوافق، والألفة بين الطرفين وفي هذا دون شك إكراه يشوب ركن الرضا، أليس من الأولى أن يجيز فسخ الخطبة بدلا من ان يفسخ عقد الزواج بعد إبرامه جبرا على طرفيه بالطلاق؟

فلا جدال في أن الآثار المترتبة على فسخ الخطبة مهما بلغت من جسامته، فهي أقل بكثير من الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث الطلاق والفرقة، والقاعدة الشرعية تقتضي أن درأ المفسد مقدم على جلب المنافع³²¹، ولا يجد هذا الاتجاه القضائي أي أساس له في الشريعة الإسلامية، وربما يكون مرجعه ما تذهب إليه بعض الشرائع غير الإسلامية من اعتبار الخطبة عقد شكلي له مظاهره الدينية.

والعدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين، وله التراجع عنه، إلا أنه قاصر على الحالات التي يستعمل فيها صاحب الحق حقه فيما أعد له بغير بغي ولا عدوان، فإذا تعدى هذه الحالات تترتب عليه مسؤولية عن الاخلال بوعده الزواج، مرجعها المبادئ العامة في الشريعة

³²⁰ - أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص68.

³²¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص68.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

الإسلامية، ونصوص القانون³²². وقد بينت في الفرع الأول اتجاهات أحكام القضاء في تقرير المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة، وبالتالي الحكم بالتعويض عن العدول عنها، فهل تتماشى هذه الاتجاهات القضائية مع ما استقرت عليه الشريعة الاسمية من أحكام فقهية ومبادئ؟
نقد: القول الذي يقرر المسؤولية عن العدول عن الخطبة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

وقد ذهبت محكمة الإسكندرية الكلية في الحكم لها في 1930/11/14 إلى أن "عدم التقيد بالخطبة لا يبرر استعمال حق العدول لغير الغرض الذي شرع من أجله ويكون في ذلك اضراراً بالغير وبغياً على الأغراض، فلم تقرر الشرائع الحقوق للأفراد يلهون بها ويعبثون، وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية، وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايته لتلك الحقوق³²³.

وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر بقرارها الصادر في 1991/4/23، كما قضت على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أنت له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حقل ثابت للزوجة، وأن الضرر قد أصاب الطاعنة نتيجة انتظارها مدة 4 سنوات كخطيبة³²⁴.

وبالتالي فقد كانت هنا فترة الخطبة طويلة إذ أن أربع سنوات كافية لاعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة التعسفية، وأن انتظارها الخطيبة لمدة أربع سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج ضرر معتبر من جانبها، وعلى ذلك فإن من يتقدم للخطبة ويتمادى فيه لمدة 4 سنوات، ويعلم أنه لا يستطيع توفير مسكن تأوي إليه الزوجة، لا يكون بمنأى عن المسؤولية.
وعلى هذا الأساس يبني هذا الاتجاه المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة إلى الإساءة في استعمال الحق في العدول عن الخطبة، والمحاكم التي تقضي بذلك تقرر أن المسؤولية هنا

³²² - الشيخ أحمد إبراهيم، تعويض الزوجة عن الاخلال بوعد الزواج، مجلة الجريدة القضائية، السنة الأولى، العدد 4، ص 2.

³²³ - أنظر، محكمة الإسكندرية الكلية في 1930/11/14، رقم 30، المجموعة الرسمية، السنة 32.

³²⁴ - أنظر، م ع، غ أش 1991/4/23، ملف 73919، م ق 1993، عدد 1، ص 54.

ليست بالمسؤولية التعاقدية، وإنما هي مسؤولية عن الفعل الضار. وتعتبر هذه الاحكام العدول عن الخطبة بأنه حق، وبأن استعمال هذا الحق مقيد بالحكمة التي شرع من أجلها، ومن استعراض الآراء السابقة نجد أن القضاء لم يكن مستقرا وأن أحكامه كانت مضطربة ومتناقضة في بعض الأحيان بشأن تحديد أساس المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة والمستوجبة للتعويض. إلا أنه من خلال تصنيف هذه الاحكام القضائية يمكننا أن نخلص إلى وجود اتجاهين كبيرين.

الاتجاه الأول منها يرى عدم ترتيب أية مسؤولية عن فسخ الخطبة على أساس أنها من المباحات العامة، والاتجاه الثاني ما يرى جواز ترتيب المسؤولية، وبالتالي التعويض عن فسخ الخطبة ولكن على خلاف في أساس المسؤولية. فمن المحاكم من يرجعها إلى المسؤولية العقدية، ومنها ما يرجعها إلى نظرية الفعل الضار، ومنها ما يرجعها إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن ما مدى موافقة هذه الاتجاهات لأحكام الشريعة الإسلامية؟

إلا أن هذا الرأي يخالف المستقر عليه فقها من أن العدول حق لطرفي الخطبة ولا ضمان في استعمال الحقوق، وأن الطرف الذي لحقه الضرر يجب أن يكون متوقعا لهذا الضرر، لأنه يعلم أن للآخر الحق في العدول في أي وقت شاء، وقد قضت في هذا الشأن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1962/11/15 بأن "استطالة أمد الخطبة في الزواج والاحكام عن اتمامه، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة، ولا تعد أعمالا مستقلة عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة، على ما جرى به قضاء محكمة النقض لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخطيبين³²⁵.

ولذلك أجد القضاء المصري أقرب إلى مقتضيات الشريعة الإسلامية، لأن طول أمد الخطبة لا يعتبر إساءة في استعمال حق العدول، لأن المخطوبة كان بإمكانها أن تقطع هذه الفترة بأن تطلب من الخاطب إتمام إجراءات الزواج وإلا فسخ الخطبة، وكان اتجاه محكمة

³²⁵ - نقض مدني في 1962/11/15 -مدني-، الطعن رقم 474 لسنة 74 القضائية، مجموعة المكتب الفني السنة 13،

النقض المصرية حاسما في ذلك الطرف الذي لحقه الضرر كان يجب عليه أن يحتاط لنفسه، ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الاخر³²⁶.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

أ- عن أبي سعيد الخدري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضرر ولا ضرار)³²⁷.
نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن إيقاع الضرر، ولا بد من معاقبة من لا يلتزم بالنهاي بأي صورة كانت، وأن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع، تطبيق للحديث الشريف.

ب- الاستدلال بقاعدة: "الضرر يزال"³²⁸. المأخوذة من الحديث السابق، فإنها تعد دليلا على إزالة الضرر بالتعويض عنه، وفي ذلك يقول محمد أبو زهرة: "والضرر يزال، وطريق ازالته هو التعويض"³²⁹.

ت- إن الخطبة وعد بالزواج، والعدول عنه حق مشروع لكلا الطرفين، لكنه مشروط بعدم إلحاق الضرر بالطرف المتضرر عند عدم الوفاء بما يتناسب مع الضرر الذي ألحقه وتسبب به.

ث- الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق حيث قال الفقهاء المعاصرين: بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة عقد يلزم طرفيه ببذل الجهد بإتمام الزواج، إلا أنه يعطي كلا من طرفيه

³²⁶- من الفقهاء المعاصرين الذين أخذوا بهذا الرأي: فتحي الدريني، ومحمود شلتوت، ومصطفى السباعي انظر: دراسات وبحوث: الدريني 28737، أحكام الزواج: الصابوني ص 81. عقد الزواج: الصابوني ص 52، شرح قانون الأحوال الشخصية: السباعي ص 64، شرح قانون الأحوال الشخصية: الصابوني ص 47.

³²⁷- سبق تخرجه.

³²⁸- ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص85، السيوطي ، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص 83، غمز عيون البصائر: الحموي 274/1، انظر: المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية ص 30.

³²⁹- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق ص 39.

الحق في العدول عن الخطبة، وهذا الحق يساء استعماله إذا تم العدول بغير مبرر، وإساءة استعمال الحق، أو التعسف في يستوجب التعويض³³⁰.

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

هذا الرأي أو لما يوجه إليه من نقد هو أنه مجرد الخطبة من كل أثر قانوني، وهو ما يقوم على أساس غريب عن الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي في هذا الموضوع، هذا بالإضافة إلى أنا لأخذ بهذا الرأي يقتضي أن يلتزم بالتعويض كل من يرتكب خطأ متصلاً بالخطبة، وينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطئ شخصاً غير طرف في الخطبة، لأن هذا الاتجاه لا يستلزم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج.

وهذا طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري، وهذا الاتجاه القضائي يتماشى مع جانب الفقه الذي أباح العدول عن الخطبة، ولا يمكن وصف هذا العدول بأنه حق يمكن أن يساء استعماله لأن التسليم بوجود الحق في العدول يستلزم القول بأن الخطبة أنشأت ارتباطاً وذلك يتنافى مع القاعدة التي بني عليها هذا الرأي.

كما أن هذا يقتضي أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلاً بالخطبة، وينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطئ غير طرف في الخطبة، كما أنها يتحتم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج، بل من الجائز أن يكون من الطرف الآخر، وأن يكون عدول شريكه بسبب هذا الخطأ، فيكون لهذا الأخير رغماً عن عدوله الحق في طلب التعويض من الطرف الآخر، وكل أنواع الضرر يدخل تحت نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري فيشملة التعويض.

³³⁰ - العطار، خطبة النساء، المرجع السابق، ص 167 - 168.

ذهب فريق الثالث إلى أن مجرد العدول عن الخطبة، لا يوجب التعويض، أما الضرر الناشئ عن تدخل العادل غير مجرد العدول، فيجب فيه التعويض³³¹، وقد استدلوا على ذلك بما استدل به اصحاب المذهب الثاني³³² وأضافوا:

1- إن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول هي منشأ المسؤولية، والتعويض لا مجرد العدول، لأنه حق مقرر شرعا لا اعتداء فيه، ولا مسؤولية تطبيقا لقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"³³³.

2- إن العدول بغير مبرر لا يخلو من تغيير وضرر، لأن العادل سبق أن أكد رغبته في الزواج ولو ضمنا بتبادل الهدايا مثلا، ثم عدل بعد أخذ الالهبة في الزواج، والسير في الأسباب المؤدية إلى اتمامه، وتفتح أبواب النفقات، فعدوله بغير مبرر لا يخلو من تغيير، وضرر، ولا ضرر ولا ضرار³³⁴، والضرر لا يزال³³⁵، وطريق ازالته التعويض، لأنه استعمل حقا، ولكن لأنه استعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره³³⁶.

³³¹- من الفقهاء الذين أخذوا بهذا الرأي: أحمد الكبيسي، ومحمد أبو زهرة، وعمر عبد الله، وعبد الرحمان الصابوني، ومصطفى السباعي، ومحمد ابن معجوز، انظر: الأحوال الشخصية: الكبيسي ط 1970م-39/1، الأحوال الشخصية أبو زهرة ص40، أحكام الشريعة الإسلامية عبد الله ص 39، أحكام الزواج: الصابوني ص 85 وما بعدها، عقد الزواج: الصابوني 57-58، شرح قانون الأحوال الشخصية: الصابوني 67-68، شرح قانون الأحوال الشخصية: السباعي ص 67-68، أحكام الاسرة: ابن معجوز: ص28.

³³²- دراسات وبحوث: الدريني 732/2.

³³³- انظر مجلة الاحكام العدلية.

³³⁴- الاشباه والنظائر: ابن نجيم ص 855، الاشباه والنظائر: السيوطي ص 83، غمز عيون البصائر، الحموي 274/1، انظر: المادة (19) من مجلة الاحكام العدلية.

³³⁵- الاشباه والنظائر: ابن نجيم ص 855، الاشباه والنظائر: السيوطي ص 83، غمز عيون البصائر، الحموي 274/1، انظر: المادة (2) من مجلة الاحكام العدلية 30.

³³⁶- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 39، العطار، خطبة النساء، المرجع السابق، ص 169.

3- إن العدول بغير مبرر عدول طائش، لأن العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل وطالما تمت الخطبة برضاه التام، ثم عدل عنها بغير مبرر، فإن هذا العدول الطائش لا يخلو من خطأ³³⁷.

4- إن مبدأ التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر يقر الشرع وتؤكد مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين:

الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق، وهو ثابت، ومقرر بالشريعة الإسلامية في عدد من الفروع والتفصيلات الفقهية،

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي، فإذا لزم عن الوعد ارتباط الموعد بعمل، ومثله إذا ارتبط بعقد أو قول، كان سببه ذلك الوعد ونشأ عن تخلف الواعد في تنفيذ وعده ضرر ما، حكم عليه قضاء بتنفيذ ذلك الوعد.

ولما كان الاجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج، حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم، بل له الرجوع عن وعده لخطورة عقد الزواج، وللإجماع على أنه لا يجوز الاكراه فيه بشكل ما، كان لابد من اعتبار الضرر الناشئ عن هذا الوعد، فلا بد من القول بوجوب التعويض عنه³³⁸.

وقد اختلف أصحاب هذا المذهب في وجوب التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية الناشئة عن تدخل العادل عن الخطبة، أم اقتصر التعويض على الاضرار المادية فقط على قولين:

القول الأول: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي فقط.

ذهب بعضهم إلى أن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي، استوجب التعويض، أما إذا لم يترتب على العدول ضرر مادي، أو ترتب ضرر معنوي، فلا تعويض³³⁹.

يقول أبو زهرة: "وفي الحق إنا لا نستطيع أن لا نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، كما لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني، بل نقول قولا وسطا، فتقرر أن

³³⁷ - العطار، خطبة النساء، المرجع السابق، 169.

³³⁸ - السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 64-67.

³³⁹ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 40، خطبة النكاح: عتر ص 408، المفصل في أحكام المرأة: زيدان 77/6.

العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق، والحق لا يترتب عليه تعويض قط، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة والعدول، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول والضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض، وإن لم يكن كذلك، فلا تعويض³⁴⁰.

ويقول أيضا: "وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول، كالمثاليين السابقين، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من الجانب العادل، فالأول يعوض والثاني لا يعوض، إذ الأول كان وتغيرا، والتغيير يوجب الضمان³⁴¹.

القول الثاني: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي أو معنوي.

ذهب البعض الآخر إلى أن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر، سواء أكان الضرر ماديا أم معنويا³⁴².

وقد اشترط السباعي في التعويض على العدول عن الخطبة ثلاثة شروط حيث يقول: إن "التعويض يجب عند العدول عن الخطبة إذا تحققت الثلاثة الشروط مجتمعة:
أولاً: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة.

ثانياً: أن العدول قد أضر بها ماديا ومعنويا غير الاستهواء الجنسي.

ثالثاً: إن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما استدل به عادة وعقلا، على، تأكيد خطبته، وتصميمه على إجراء عقد الزواج"³⁴³.

³⁴⁰ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 40.

³⁴¹ - محمد أبو زهرة، لأحوال الشخصية، ص 40.

³⁴² - من الفقهاء الذين أخذوا بهذا الرأي: عبد الرحمان الصابوني، ومصطفى السباعي. انظر: أحكام الزواج: الصابوني ص 86، عقد الزواج: الصابوني ص 57-58، شرح قانون الأحوال الشخصية: الصابوني ص 51، شرح قانون الأحوال الشخصية: السباعي ص 67-68.

³⁴³ - السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص 68.

وعلى ذلك يكون الضرر قسمين، ضرر ينشأ لأحد الطرفين كأن يطلب نوعاً من الجهاز مثلاً، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير أن يكون للعادل يد فيه، كأن تترك المخطوبة عملها أو دراستها لتتفرغ لشؤون الزواج فالأول يعوض، والثاني لا يعوض، لأن الأول فيه تغرير، والتغرير يوجب الضمان والثاني لا يعوض، لأن الضرر كان مغتراً لا مغرراً به. ومن ثم فإن أساس المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة في اعتقادي هو المسؤولية التقصيرية المترتبة أو الناشئة عن أفعال مرتبطة أو مستقلة عن الخطبة، وكانت هذه الأفعال ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بأحد المتواعدين، فتكون مستوجبة التعويض على من وقعت منه، فهل تسري نفس هذه الأحكام على الطلاق؟

الرأي القانوني:

لم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني، وقانون الأحوال الشخصية السوداني على حكم التعويض عن العدول عن الخطبة، مما يدل على أن هذين القانونين لم يأخذاً بمبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، سواء أكان لمجرد العدول أم عن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول، والناجمة عن الطرف العادل.

أما مشروع القانون العربي الموحد لأحوال الشخصية فقد نص على أن الطرف المتسبب في الضرر يتحمل التعويض عن هذا الضرر، حيث نص في المادة (4) على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يتحمل المتسبب التعويض"³⁴⁴.

وأما المحاكم المصرية فقد ذهب بعضها إلى عدم التعويض³⁴⁵، وذهب البعض الآخر إلى جواز التعويض، والذي استقر عليه القضاء في مصر هو ما قرره محكمة النقض المدنية في عام 1939م هو ما يأتي:

1- الخطبة ليست بعقد ملزم.

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً للتعويض.

³⁴⁴ - المجلة العربية للفقهاء والقضاء ص 19.

³⁴⁵ - من المحاكم المصرية التي ذهبت إلى عدم التعويض: استئناف مصر عام 1926م - 1930م - 19310م، ومحكمة الزقازيق الاستئنافية 1924م.

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعالا أخرى، ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

الترجيح:

أميل إلى ترجيح المذهب القائل: بعدم التعويض مطلقا، وذلك لمنطقية ومعقولة الأدلة التي استدلوها بها، حيث أن الخطبة وعد بالزواج، وليست عقدا ملزما، ولكل من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت شاء، وبدون قيد أو شرط، ويترتب على ذلك انعدام الجزاء المادي أو الادبي على ممارسة العدول عنها، فكيف يصر إلى تحميل العادل عن الخطبة مسؤولية عمل مشروع؟ بل إن في ذلك اكراها للعادل على الزواج، وهذا يتنافى مع الحكمة من مشروعية الخطبة، ولا يحقق الأهداف التي شرعت من أجلها.

كما يترتب في اتمامه على هذه الصورة بغير رضا الطرف العادل، ضرر أعظم وأشد خطرا من الضرر الذي صاحب العدول عن الخطبة، وهو إنشاء أسرة على أسس غير سليمة سرعان ما تنهار، فيؤدي إلى إلحاق الضرر بكل من الزوج والزوجة والأولاد، وهذا الضرر بلا شك أكبر من الضرر الناتج عن العدول، لذلك وعملا بالقاعدة الشرعية: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام"³⁴⁶ والقاعدة الفقهية: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"³⁴⁷. نويد القائلين بعدم التعويض مطلقا، فلا تعويض لمجرد العدول عن الخطبة، ولا تعويض عن الأفعال الضارة المصاحبة للعدول، لأن كلا من الخاطبين يعلم بأن للخاطب الآخر الحق العدول.

ويعلم النتائج والاضرار المترتبة على هذا العدول كما أن العدول عن الخطبة حق شخصي خاضع لاعتبارات خاصة بكل منهما، وفي تحري الأسباب والعوامل التي دعت إلى هذا العدول يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية، والاعتبارات اللصيقة بحرمان الناس،

³⁴⁶ - الاشباه والنظائر: ابن نجيم ص 88، غمز عيون البصائر: الحموي 283/10، انظر المادة (26) من مجلة الاحكام العدلية ص 310.

³⁴⁷ - الاشباه والنظائر: ابن نجيم ص 88، غمز عيون البصائر: الحموي 2323/10، انظر المادة (27) من مجلة الاحكام العدلية ص 310

وتؤذي إلى هتك أسرار الناس، وكشف عيوبهم، وهذا ما أمر الإسلام بستره، ونهى عن كشفه، لقوله {عليه السلام}: "ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة"³⁴⁸.

فالطلاق إذن قديم في العالم قدم الزواج فيه، وأصيل في الطبائع البشرية أصالة التآلف والمحبة، بل هو عرض لازم للزواج، ونتيجة من نتائجه الطبيعية³⁴⁹، وقد أصبحت الأسرة في مجتمعنا اليوم، وفي المجتمعات العربية تعيش مرض التفكك الاسري، وعند مراجعة أسباب التفكك نجده قائماً على الخطأ في فهم نظام الأحوال الشخصية بصفة عامة ونظام الطلاق بصفة خاصة، وهذه الإساءة إنما ناتجة هي عن نقص في الوعي أو عدم اكتمال النضج الفكري لمدى مسؤولية الطلاق والزواج على حد سواء.

ولهذا وذاك سأتطرق للطلاق كظاهرة اجتماعية أولاً، وكيف نظمتها الشريعة الإسلامية، ومن ثم عرفه المشرع الجزائري بالأشكال التي هي عليه الآن، وعند معرفة طبيعة هذا الحق وحدوده لنا أن نتساءل متى يكون الرجل متعسفا في استعماله؟ وما معيار التعسف وما أشكاله؟ وما هي الآثار والاضرار المترتبة عن التعسف في استعمال هذا الحق كتصرفات موجبة للتعويض؟ وما هي سلطة القاضي في تقدير التعويض للطرف المتضرر.

المبحث الثالث: الطلاق مسألة موجبة للتعويض.

كل عقد من العقود له أركان وشروط، فالأركان بها قوام الشيء ولا تتحقق ماهيته إلا بها لكونها جزءاً من حقيقة، كما في الركوع بالنسبة للصلاة، والشروط يتوقف عليها وجود الشيء، وتكون خارجة عن حقيقته كالوضوء بالنسبة للصلاة.

وعقد الزواج كغيره من العقود له ركنان هما: الإيجاب والقبول، اللذان يصدران من العاقدين، فيرتبط أحدهما بالآخر فيتحقق العقد، وكل عقد لا بد له من عاقدين وصيغة ومعقود

³⁴⁸ - سبق تخريجه.

³⁴⁹ - بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة الجزائر، بدون طبعة 2009، ص 18.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

عليه، فالعاقد من يباشر العقد لنفسه أو لغيره، والصيغة هي الايجاب والقبول، وقد يكون المعقود عليه أحد العاقدين في الزواج إذا باشرته المرأة بنفسها فهي عاقدة ومعقود عليها³⁵⁰.

المطلب الأول: الفرق بين الفسخ والطلاق، والقيود والواردة على الطلاق.

لقد عرف المجتمع الإنساني نظام الطلاق منذ وجوده على كوكب الأرض التي استخلف الله فيها الانسان وطبق هذا النظام حسب ائتمانه ومرجعته التي منها يستمد نظام حياته ومنها نظام الطلاق، فلأجل هذا نجد تشريع الطلاق عند الأمم السابقة يختلف باختلاف التشريعات الموضوعة لكل مجتمع، منهم الموسع، ومنهم المضيق حسب ما يقتضيه حال شعوبهم في حل مشاكلهم، لا حسب ما يأمرهم به الوحي الإلهي.

الفرع الأول: مفهوم الفرقة وأنواعها

والفرقة تنقسم إلى قسمين: فرقة فسخ و فرقة طلاق، فالطلاق هو انهاء الرابطة الزوجية، وهو إما أن يكون رجعيًا أو بائنًا بينونة صغرى أو بائنًا بينونة كبرى، أما الفسخ فهو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه تاماً صحيحاً.

أولاً: الفرق بين الفسخ والطلاق

في الاصطلاح: فقد عرفه الفقهاء بعدة تعاريف تدور كلها في نفس المعنى على العموم، والذي يعني: (حل قيد النكاح بألفاظ مخصوصة كالطلاق وما يحل محله من الألفاظ)³⁵¹، وهو لا يكون إلا من زواج صحيح.

³⁵⁰ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، بدون طباعة، ص 35.

³⁵¹ - أنظر المغني لابن قدامة 296/7، وفتح القدير الخبير بشرح تيسير التحرير، للشيخ الإسلام عبد الله بن حجازي الشرقاوي على منظومة التحرير في مذهب الشافعي، ط 1351هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده للطباعة والنشر بمصر 295/1، وتبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، المتوفى سنة 843هـ، وبهامشية حاشية الشلبي لشهاب الدين أحمد الشلبي، دار المعرفة بيروت-لبنان الطبعة الثانية، 183/3، والجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، ط 1376 هـ-1975 م، دار الكتب المصرية للطباعة والنشر 126/2، ودرة الغواص في محاضرة

ومن هنا كان الطلاق في عرف الفقهاء، رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو في المال، بلفظ يفيد صراحة أو كناية، أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية والاشارة.
تحليل التعريف³⁵²:

"رفع القيد": شمل القيد الحسي والمعنوي.

"قيد النكاح": قيد خرج به القيد الحسي والقيد المعنوي بغير النكاح كرفع قيد الملك بالعتاق.

"حالاً": قيد يقصد به الطلاق البائن، لأنه يرفع قيد النكاح في الحال.

"مالاً": قيد يقصد به الطلاق الرجعي، لأنه يرفع قيد النكاح في المال أي بعد انتهاء العدة.

"بلفظ مخصوص": قيد أخرج به رفع قيد النكاح بالفسخ، لأنه لا يحتاج إلى لفظ مخصوص، واللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحاً كلفظ الطلاق، أو كناية كلفظ الاطلاق والحرام.

في الاصطلاح: هو حل رابطة العقد³⁵³ الطلاق لا يكون الا في العقد الصحيح، لأن الطلاق في الاصطلاح الشرعي، هو انهاء لعقد الزواج الصحيح، فلا يكون في غيره، بينما

الخواص، تأليف برهان الدين ابن فرحون المالكي (ت 799) تحقيق محمد أبو الاجفان وعثمان بطيح، مؤسسة الرسالة بيروت ط/2 1406 هـ -1985 م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت لبنان، ص 201.

³⁵² - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، للعلامة: محمد امين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بابن عادبدین، المتوفى سنة 1252هـ، مطبوع مع الدر المختار شرح تنوير الابصار لمحمد بن علي بن محمد الحصني الحصفي، المتوفى سنة 1088هـ، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، الطبعة الثانية 1386هـ/1966م، 4/424-426، شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي سنة 681هـ، 3/126، ابن الهمام 3/325، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر: عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1/381.

³⁵³ - الاشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي، ط/1 (1403 هـ -1983م)، دار الفكر للطباعة والنشر، ص 402، والاشباه والنظائر في الفروع، لجلال الدين السيوطي، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر، ص 178.

الفسخ قد يكون في الزواج الصحيح، وقد يكون في الزواج الفاسد³⁵⁴، ومن هنا، فإن المصطلح المقبول قانوناً هو فسخ العقد قبل البناء بطلب أحد الطرفين³⁵⁵.

أ- أن يكون مقترناً بالعقد، كالفسخ بسبب خيار البلوغ، وكالعقد على الرشيدة بمن لا يكافؤها ومع عدم الرضا، وهذا يكون نقضاً للعقد من أصله³⁵⁶.

ب- وقد يكون طارئاً على العقد بعد صحته ولزومه، وذلك، كردة أحد الزوجين، أو اتصال أحدهما بفروع الآخر، وهو لا ينقض العقد من أصله.

فسخ لا يعتبر نقضاً للعقد من أصله، وذلك إذا كان الفسخ بسبب خلل طرأ على العقد يمنع بقاءه واستمراره، كالفسخ بسبب إباء الزوجة عن الدخول في الإسلام، أي دين سماوي آخر عند إسلام زوجها وهي غير كتابية³⁵⁷.

وكالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد أصول الآخر، أو مع أحد فروع ما يوجب حرمة المصاهرة، وكالفسخ لردة الزوجة أو الزوج على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد إن الفرقة بسبب ردة الزوجة فسخ وبسبب ردة الزوج طلاق.

والفرق بين نوعي فرقة الفسخ: أن الفسخ الذي يعتبر نقضاً للعقد من أصله، لا يوجب شيئاً من المهر، إن لم يتأكد بمؤكد من المؤكدات السابق ذكرها سواء كان الفسخ قد حصل بسبب من قبل الزوج أو قبل الزوجة، ذلك لأنه حيث كان الفسخ نقضاً للعقد تنتفض أيضاً أحكامه فيسقط المهر.

وأيضاً لا يلحق الزوجة أثناء عدتها من الفسخ الطلاق، فإن هذا الطلاق لا يحسب من عدد الطلاقات الثلاث إذا استأنفا حياتهما الزوجية بعد ذلك، ذلك لأن الطلاق أثر من آثار العقد، وقد نقض بالفسخ فلا يثبت به طلاق، وهذا الفسخ في أكثر أحواله يحتاج إلى قضاء القاضي.

³⁵⁴ - المحكمة العليا (غ، أ، ش)، 1986/11/03، ملف رقم 42681 غير منشور.

³⁵⁵ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2007، ص 206.

³⁵⁶ - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر، بدون طبعة 2010، ص 44.

³⁵⁷ - هذا على رأي أبي يوسف من الحنفية.

أما الفسخ الذي لا ينقض العقد من أصله: فإن كان بسبب من قبل الزوج فإنه يوجب نصف المهر المسمى إن كان للزوجة مهر مسمى، وإلا تجب المتعة، وإن كان الفسخ بسبب من قبل الزوجة فإنه لا يوجب شيئاً من المهر إذا لم يحصل ما يؤكدته -وإذا وقع الطلاق من الرجل في عدة الفسخ من هذا النوع فإنه يلحقها ويعتبر من الطلقات الثلاث عند استئناف الحياة الزوجية مع الزوج- وهذا الفسخ لا يحتاج إلى قضاء القاضي.

ثم إن الفسخ الذي لا يعتبر نقضاً للعقد ينقسم إلى قسمين:

1- نوع يمنع الزواج بعده منعا مؤبداً، فلا يحل للرجل أن يتزوج بعده المرأة، لكونه حصل بسبب من الأسباب التي توجب الحرمة على التأييد، كالفسخ بسبب ارتكاب أحد الزوجين مع أحد الآخر أو فروعه ما يوجب حرمة الظاهرة المصاهرة بنية الاضرار.

2- ما يمنع الزواج ويحرمه مؤقتاً، ذلك لأنه حصل بسبب تحريم مؤقت كالردة واللعان³⁵⁸.

ت- الفرق بينهما من جهة الأثر.

1- من حيث إنهاء الرابطة الزوجية: تنحل الرابطة الزوجية، بالطلاق في الحال إذا كان الطلاق بائناً.

وقد لا يقطع هذه الرابطة في الحال بل بعد مضي مدة كما في الطلاق الرجعي، حيث لا تنقطع، الرابطة الزوجية إلا بعد مضي العدة³⁵⁹.

أما الفسخ: فتتحل به الرابطة الزوجية في الحال دائماً.

2- من حيث وجوب المهر: كل طلاق قبل الدخول يثبت به للمرأة نصف المسمى إذا كان، أو المتعة إذا لم يسم لها.

وكل فسخ قبل الدخول لا يثبت به شيء، من المهر أو المتعة.

3- ومن خصائص هذه الفرقة أنها تنقص عدد الطلاق سواء أكان الطلاق رجعياً أم بائناً، فلو عادت الزوجة إلى زوجها بعد الطلاق تعود بما بقي لها من الطلقات³⁶⁰.

³⁵⁸- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 295 و296.

³⁵⁹- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 206.

³⁶⁰- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 297.

4- أما الفسخ فلا يحسب على الزوج من مجموع الطلقات التي حددها له الشارع ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ مَّطْمَئِنًّا بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³⁶¹، فلو أن أحد الزوجين ارتد عن الإسلام، ثم تاب، ورجعا إلى الحياة الزوجية التي كانت قد انقطعت بسبب الردة، فإنما يعودان، والزوج يملك عدد الطلقات التي كان يملكها قبل الفسخ.

5- من حيث وقوع الطلاق في العدة والرجعة: فالمطلقة الرجعية يتبعها الطلاق عند الجمهور الفقهاء في عدتها، وله ارتجاعها إذا شاء من غير مهر ولا عقد جديدين. أما الفسخ: فإنه يقع بائنا فلا رجعة ولا يتبعها طلاق، لأن الفسخ قد ينقض العقد من أساسه³⁶².

6- من حيث الاثر الرجعي، فالطلاق ينحل به قيد النكاح في الحال، أو المال وليس له أثر رجعي.

أما الفسخ فقد يكون إذا أثر رجعي، ذلك أن الفسخ: إما أن يكون سببه الأمر مرافق للعقد، فإنه يستند دائماً إلى سببه الذي نشأ عنه فيكون الفسخ به حينئذ إذا أثر رجعي حيث يرجع إلى وقت نشوء العقد، ويكون العقد كأنه لم يكن وذلك كخيار الافاقة أو البلوغ³⁶³. الفسخ يكون بسبب أمر عارض أو طارئ على العقد يمنع بقاءه واستمراره (كفسخ الزواج بسبب ردة الزوجة)، أما الطلاق يعتبر انتهاء لعقد الزواج.

وهذه الفروق الخمس: تبين لنا بجلاء مدى الحاجة إلى التفريق بين الطلاق والفسخ، ووضع النقاط على الحروف، حتى ينضبط الأمر انضباطاً تاماً، فما هي يا ترى الفرق التي تعد طلاقاً، وتلك التي تعد فسحاً في النظرة الفقهية³⁶⁴، وفرقة الطلاق توجب نصف المهر المسمى أو المتعة إذا كانت قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، كما أنه لا مانع أن يقع في عدة المرأة

³⁶¹ - سورة البقرة، الآية 229.

³⁶² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط/3، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، (1317 هـ - 1957م)، مصر، ص 227.

³⁶³ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 46.

³⁶⁴ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 46.

المطلقة الطلاق، لأن الطلاق لا ينقض العقد، ولا يزيل حل التزوج بالمرأة إلا إذا كان بائناً بينونة كبرى³⁶⁵.

الفسخ لا يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيًا، فلو وقعت فرقة الفسخ بين الزوج وزوجته ثم عاد إلى الزواج من جديد، ملك عليها ثلاث طلقات، أما الطلاق فإنه يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته سواء كان الطلاق بائناً أو رجعيًا³⁶⁶.

وانهاء الزواج سواء اعتبر فسخاً أو طلاقاً منه ما يتوقف على قضاء القاضي ومنه ما لا يتوقف على ذلك.

فالإنهاء المعتبر فسخاً ولا يحتاج إلى القضاء ما يأتي:

1- الإنهاء بسبب خيار البلوغ للزوج أو الزوجة إذا كان الزوج غير الأب والجد وكذا الإنهاء بسبب خيار الأفاقة بعد الجنون.

2- الإنهاء بسبب عدم الكفاءة في الزوج أو نقصان المهر عن مهر المثل.

الإنهاء بسبب إباء الزوجة غير الكتابية عن الإسلام عند إسلام زوجها، وذلك بالإنفاق وكذلك الإنهاء بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته عند أبي يوسف.

والإنهاء المعتبر طلاقاً ويحتاج إلى القضاء ما يأتي:

أ- الإنهاء بسبب عيب من العيوب التي تكون بالزوج كالجب والعنة.

ب- الإنهاء بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إسلام زوجته على رأي الطرفين.

ج- الإنهاء بسبب اللعان على رأي أبي حنيفة ومحمد فإن اللعان طلاق بائن عندهما، وزاد القانون الإنهاء بسبب الاضرار بالزوجة ويسبب إفسار الزوج بالنفقة ويسبب غيبة الزوج أو حبسه.

أما الإنهاء الذي لا يتوقف على القضاء فإما أن يكون إنهاء معتبراً فسخاً أو إنهاء معتبراً طلاقاً.

³⁶⁵ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 207.

³⁶⁶ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 207.

فمن الأول:

- 1-الانتهاء بسبب ملك أحد الزوجين الآخر.
- 2-الانتهاء بسبب خيار العتق الزوجة.
- 3-الانتهاء بسبب ردة الزوجة عن الإسلام وبقاء الزوجة مسلمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
- 4-الانتهاء بسبب ظهور فساد العقد.

ومن الثاني:

- 1-الانتهاء بلفظ الطلاق أو الايلاء.
- 2-الانتهاء بسبب ردة الزوج عن الإسلام على رأي محمد³⁶⁷.

الفرع الثاني: الفرق التي تعد فسحا والتي تعد طلاقا.

ولما كانت كلمة الفقهاء قد اختلفت في ذلك، رأينا أن نستعرض أقوالهم، في عرض موجز نستطيع من خلاله أن نضع ضابطا يخول لنا السير في ضمان من أن ننحرف أو نسوء الأدب مع علمائنا الأجلاء.

أولاً: ما يعد طلاقاً وما يعد فسحاً عند الحنفية.

وضع فقهاء الحنفية قاعدة عامة تضبط الفرق التي تعد طلاقاً من التي تعد فسحاً، فإذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، تكون الفرقة فرقة فسح، وإن كانت من قبل الزوج فالفرقة فرقة طلاق³⁶⁸، إذا كانت من قبل الزوجة، ولم تكن بتفويض من الزوج ولا بسبب من جهته تكون فسحاً لا طلاقاً، مثل الفرقة بسبب ردة الزوجة عن الإسلام، أو إياها عن اعتناقه إذا أسلم زوجها، ذلك لأن الطلاق من حق الرجل وحده، ولا تملكه الزوجة إلا إذا فوض الزوج إليها إيقاعه فإذا جاءت الفرقة من جهتها من غير تفويض من الزوج كانت فسحاً.

كذلك اتفق الحنفية على أن الفرقة تعتبر طلاقاً إذا كانت من قبل الزوج أو من يقوم مقامه كالوكيل أو القاضي، إذا كانت لا تملك الزوجة مثلها إلا بتفويض من الزوج، مثل الفرقة

³⁶⁷ - محمد كمال الدين امام، أحكام الاسرة، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر مصر، بدون طبعة 2008، ص 31 و 32.

³⁶⁸ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 49.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

بلفظ من ألفاظ الطلاق، والفرقة بسبب الإيلاء أو اللعان، والفرقة التي يحكم بها القاضي بناء على عيب في الزوج كالجلب والعنة، والفرقة التي توقعها الزوجة بتفويض من الزوج³⁶⁹.

فقد جاء في الدار المختار: (ثم إن الفرقة إن من قبلها لا ينقص عدد طلاق، ولا يلحقها طلاق إلا في الردة، وإن من قبله فطلاق إلا بملك أو ردة أو خيار عتق، وليس لنا فرقة منه ولا مهر عليه إلا إذا اختار نفسه بخيار عتق)³⁷⁰.

وقد وقع الاختلاف في الفرقة التي تكون من قبل الزوج، ويمكن حصول مثلها من الزوجة بدون تفويض من الزوج، كالفرقة بسبب الردة عن الإسلام، أو إبائه عن الدخول في الإسلام إذا أسلمت زوجته، من غير توقف على تفويض من الزوج، كما إذا ارتدت الزوجة، أو أبت عن الدخول بعد إسلام زوجها.

فذهب أبو حنيفة إلى أن الفرقة إذا كانت بسبب الإباء عن الإسلام تعتبر طلاقاً، لأن هذه الفرقة واجبة لفوات مقاصد الزواج وأغراضه، فإذا امتنع الزوج عن الفرقة قام القاضي بالتفريق نيابة عنه، فإن الأصل أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج، وأمكن أن تجعل طلاقاً كانت طلاقاً³⁷¹.

وإذا كانت الفرقة بسبب الردة اعتبرت فسحاً، لأن هذه الفرقة وإن كانت بسبب من جهة الزوج إلا أنه لا يمكن أن تجعل طلاقاً كما في الإباء عن الإسلام، ولأن الردة بمنزلة الموت من حيث إن صاحبها يصير مهدر الدم، والفرقة بسبب الموت لا تعتبر طلاقاً، فكذلك ما كان بمنزلته³⁷².

³⁶⁹ - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 297 - 298.

³⁷⁰ - الدر المختار برد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ط/2 (1407-1987)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 2 / 307.

³⁷¹ - بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع للكاساني، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية 1986، ص 306-307.

³⁷² - كمال الدين بن الهمام، شرح كتاب هداية المهتدي شرح بداية المبتدئ، زهما لبرهان، الدين المرغياتي، الجزء الأول، ص 514.

وذهب أبو يوسف إلى أنها تكون فسخاً مطلقاً، لأنها إذا كانت من جانب الزوجة اعتبرت فسخاً بالاتفاق، وكذلك إذا كانت من جانب الزوج، لأن السبب الواحد لا يختلف أثره وحكمه باختلاف من قام به.

وذهب محمد إلى أنها تكون طلاقاً، لأن بالإبراء أو الردة تكون لفرقة واجبة شرعاً لقول أن مقاصد الزواج وأغراضه، فإذا امتنع الزوج عن الفرقة قام للقاضي بالتفريق بنيابة عنه، والاصل أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج وأمكن أن تجعل طلاقاً كانت طلاقاً³⁷³.

وقد صنفها الكاساني³⁷⁴ في بدائع الصنائع، على النحو التالي:

أ) الفرق التي تعد طلاقاً:

- 1- الطلاق الصريح وكناياته.
- 2- ردة الرجل عند محمد.
- 3- الفرقة بلعان.
- 4- الفرقة بخيار العيب.
- 5- إبراء الزوج للإسلام إذا أسلمت الزوجة عند أبي حنيفة ومحمد.

ب) الفرق التي تعد فسخاً:

- 1- الفرقة بسبب فساد العقد.
- 2- الفرقة بخيار العتق.
- 3- التفريق لردة الزوج عند أبي حنيفة وأبي يوسف.
- 4- الفرقة للملك الطارئ لأحد الزوجين على صاحبه (هذا من شبه المستحيل في عصرنا).
- 5- التفريق بسبب طرود حرمة المصاهرة.
- 6- الفرقة بخيار البلوغ.
- 7- التفريق لعدم الكفاءة.

³⁷³- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 299.

³⁷⁴- بدائع الصنائع، فيترتب الشرائع للكاساني، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية 1987،

8- التفريق للغبن في المهر .

9- إباء الزوج الإسلام إذا أسلمت زوجته عند أبي يوسف .

10- إباء الزوجة الإسلام إذا أسلم الزوج ولم تكن من اهل الكتاب .

11- ردة الزوج .

ومما سبق يتضح أن الفرق تختلف أسبابها، فتارة تكون بسبب من جانب الزوجة كالفرقة بسبب خيار بلوغها، أو اعتراض أوليائها على الزواج لعدم كفاءة الزوج، أو نقصان المهر عن المهر المثل، وتارة تكون بسبب من جانب الزوج وهذه على نوعين³⁷⁵.
الفرقة بين الزوجين نوعان عند الأحناف هما:

أولاً: فرقة بطلاق وتكون إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج، ويكون هذا السبب مختصاً بالنكاح، وليس له مثل من جانب الزوجة يترتب عليه فرقة من قبلها كالفرقة بسبب الإيلاء.

ثانياً: فرقة بفسخ، وذلك في حالة ما إذا نشأت الفرقة من جانب الزوجة بسبب لا يكون له مثل من جانب الزوج كالفرقة بسبب تمكينها ابن زوجها من نفسها³⁷⁶.
كما أنه قد اختلف فقهاء الحنفية في ضابط الفسخ الطلاق فقال محمد إن الفرقة بسبب من جانب المرأة تكون فسحاً، والفرقة التي بسبب من جانب الزوج تكون طلاقاً، وقال أبو الحنفية كذلك إلا في ردة الزوج فإنه يعتبرها فسحاً، وإن كانت من جانب الزوج، لأنه يرى عدم إمكان اعتبارها طلاقاً لأنها بمنزلة الموت كما قدمنا، وقال أبو يوسف: إن الفرقة بسبب من الزوجة تكون فسحاً، أما الفرقة بسبب الزوج فإن كان لها مثل من جانب الزوجة فتكون فسحاً، وإن لم يكن لها مثل من جانب الزوجة تكون طلاقاً³⁷⁷.

³⁷⁵- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 299-300.

³⁷⁶- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 31-32.

³⁷⁷- أنظر محمد نصر الحبري، المرجع السابق، ص 10 11.

ثانياً: ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً عند المالكية

وقد وضع المالكية قاعدة، يتميز بها الطلاق من الفسخ، يقول ابن رشد³⁷⁸ (واختلف قول مالك رحمه الله: في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطبيقات الثلاث، وبين الطلاق الذي يعتد به الثلاث إلى قولين:

والفرقة -بين الزوجين- عند المالكية، ضابطها عقد النكاح، فإن كان في صحته خلاف خارج عن مذهب المالكية، وكان هذا الخلاف مشهوراً، فالفرقة تكون طلاقاً، مثل تزويج المرأة نفسها، وزواج المحرم، وقيل التفريق بين الطلاق والفسخ ينظر فيه إلى السبب الموجب للفرقة، والسبب عندهم نوعان، فإذا كان السبب غير راجع إلى الزوجين، ولا يصح بقاء الزوجية مع قيام هذا السبب، فإن الفرقة فيه فسخاً وليست طلاقاً، مثال نكاح المرأة المحرمة على الرجل الذي تزوجها بسبب رضاع، أو نكاح في العدة، أما إذا كان السبب مما يجوز معه استمرار الحياة الزوجية-كما إذا كان السبب عيباً-³⁷⁹ فإن الفرقة إذا وقعت تكون طلاقاً.

ونستطيع القول بأن القاعدة في ذلك عند المالكية هي: [كل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم، أن يجيزوه جاز، فالفسخ فيه تطليقة، وكل نكاح إذا أراد الأولياء وغيرهم أن يجيزوه لم يجز، فالفسخ فيه ليس بتطليقة].

³⁷⁸ - ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد الشهير بالحفيد برع في الفقه والأصول وعلم الكلام وتولى القضاء بقرطبة ولد سنة 520 هـ وتوفي سنة 595 هـ، أنظر الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب - لابن فرحون-(د.ط)- مكتبة التراث 257/2-259، أنظر الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك -لأبي البركات أحمد بن أحمد بن محمد الدردير، المتوفى سنة 1201 هـ مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي، دار إحياء الكتب العربية، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، ص 151/3.

³⁷⁹ - بداية المجتهد ونهاية المجتهد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المتوفى سنة 595 هـ، مطبعة مصطفى الحلبي البابي الحلبي، طبعة الخامسة 1401 هـ/1981م، 60/2.

لأنه كما يقول ابن القاسم³⁸⁰: [ألا ترى أن مما بين ذلك أن لو امرأة زوجت نفسها، فرفع ذلك إلى قاض يجيز ذلك، وهو رأي بعض أهل المشرق، فقضى به وأنفذه حين أجازة الولي، ثم أتى قاض ممن لا يجيزه، أكان يفسخه؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه]³⁸¹.

وعلى ذلك يتبين لنا: أنه لا معنى للتفريق الذي سار عليه ابن رشد، لأن هذا المثال، إذا أراد الأولياء أن يجيزوه جاز (عند من يجيزه) ومن جهة الخلاف فهو مخطف فيه والخلاف مشهور.

أ. الفرقة التي تعتبر طلاقاً عند المالكية:

هناك روايتان عند المالكية وهما عن الامام مالك:

الرواية الأولى: هذه تقوم على عقد الزواج، إذ ينظر إليه، فإن كان فاسداً ويجمع الفقهاء على فساده، فإن الفرقة فيه تكون فسخاً لا طلاقاً، مثال زواج المتعة، وزواج المحارم، أما إذا كان الزواج فاسداً، وهناك خلاف في فساده، وكان فاسداً عند المالكية "فالفرقة فيه تكون طلاقاً لا فسخاً كالزواج الذي تتولاه المرأة بدون وليها، وهذا الزواج فاسد عند المالكية صحيح عند الأحناف، وكذلك إذا كانت الفرقة فيه طلاقاً عند المالكية، وكذلك الزواج الذي يوصى الزوج شهوده بكتمان العقد عن الناس أو عن بعضهم، وهو ما يسمى بزواج السر، هو زواج فاسد عند المالكية صحيح عند غيرهم، الفرقة فيه طلاق لا فسخ.

الرواية الثانية: هذه الرواية تعند بالسبب الموجب للفرقة، فإن كان السبب في الفرقة غير راجع إلى الزوجين -مما لو أراد الإبقاء على الزوجية مع وجود هذا السبب لم يصح بقاء الزوجية ووجب التفريق بينهما - هذا السبب تكون الفرقة بسبه فسخاً لا طلاقاً، كما هو الحال في نكاح المرأة المحرمة تأييداً على الجل بسبب رضاع أو نسب أو كان زواجها في عدة غيره، أما إذا كان السبب مما يجوز معه استمرار الحياة الزوجية -إذا أراد الزوال ذلك- رغم قيام هذا

³⁸⁰ - ابن القاسم: أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم الفقيه المالكي جمع بين الزهد والعم وصحب مالكا عشرون سنة وعنه أخذ سحنون المدونة الكبرى توفي سنة 191 هـ بمصر ودفن بالقرب أشهب، أنظر الديباج المذهب، ص 465/1-468.

³⁸¹ - المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم، الطبعة الأولى 1323 هـ، مطبعة السعادة للطباعة والنشر، ص

السبب، فإن التفريق فيه يكون طلاقاً كالتفريق للعيب مثلاً، وعلى هذا الأساس تكون الفرقة طلاقاً عند المالكية في الأحوال الآتية³⁸²:

1- الفرقة الصادرة من الزوج بلفظ من ألفاظ الطلاق المعروفة في الزواج الصحيح، أو الزواج المختلف في فساد.

2- التفريق بلفظ الخلع في الزواج الصحيح، أو الزواج المختلف في فساد.

3- التفريق بسبب الإيلاء.

4- التفريق بسبب عيب يوجب الخيار لأحد في بقاء الزوجية أو عدم بقائها لأن التفريق هنا في زواج صحيح.

5- التفريق لعدم كفاءة الزوج-أن الفرقة من زواج صحيح.

6- التفريق لعدم الاتفاق أو الغيبة أو الضرر.

7- التفريق بسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام فهي طلاق على المشهور في المذهب لأنها فرقة من زواج صحيح، بسبب أمر طارئ عليه يوجب التحريم غير المؤبد وهو الردة.

ب. وتكون الفرقة فسخاً عند المالكية في المسائل الآتية:

1- الفرقة بسبب ظهور عدم صحة عقد الزواج، كأن تكون المرأة أخت الزوج رضاعاً أو نسباً.

2- الفرقة باللعان.

3- الفرقة بسبب إباء الزوج الإسلام بعد إسلام زوجته.

ثالثاً: ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً عند الشافعية

هناك قاعدة هي: كل فرقة أوقعها الزوج أو نائبه بالألفاظ الدالة على الطلاق تعد طلاقاً وفيما عدا ذلك تعد فسخاً³⁸³.

³⁸² - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 13 و 14.

³⁸³ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 14.

يقول الامام الشافعي رحمه الله، "الفرقة بين الزوجين وجوه، يجمعها اسم الفرقة، ويفترق بها أسماء دون اسم الفرقة، فمنها الطلاق، والطلاق ما ابتدأه الزوج فأوقعه على امرأته بطلاق صريح، أو كلام يشبه الطلاق يريد به الطلاق، وكذلك ما جعل إلى امرأته من أمرها فطلقت نفسها، أو إلى غيرها فطلقها، لأنه بأمره وقع وهذا كله إذا كان الطلاق فيه من الزوج أو ممن جعله إليه الزوج واحدة أو اثنتين، فالزوج يملك فيه رجعة المطلقة ما كانت في عدة منه ... ثم قال الشافعي: قال: فما وجوه التي ذكرت تكون بها الفرقة بين الزوجين؟ فقلت له: كل ما حكم فيه بالفرقة، وإن لم ينطق بها الزوج، ولم يردها، وما لو أراد الزوج أن لا توقع عليه الفرقة، أوقعت، فهذه فرقة لا تسمى طلاقاً، لأن الطلاق ليس من الزوج، وهو لم يقله، ولم يرضه، بل يرد رده ولا يرد"³⁸⁴.

وقد بين الإمام السيوطي³⁸⁵ رحمه الله في الاشباه والنظائر الفرق التي تعد طلاقاً، والتي تعد فسحاً، فقال: "فرقة النكاح أنواع فرقة طلاق وخلع وإيلاء وإعسار بمهر، وإعسار بنفقة، وفرقة الحكمين، وفرقة عتق تحت رقيق، وفرقة رضاع، وفرقة طرود محرمية، وفرقة سبي أحد الزوجين، وفرقة الإسلام وفرقة ردة وفرقة لعان، وفرقة ملك أحد الزوجين، وفرقة جهل سبق أحد العقدين، وفرقة فسق الشاهدين، وفرقة موت، وكلها فسح الطلاق، وفرقة الحكمين والخلع على الجديد"³⁸⁶.

رابعاً: ما يعد فسحاً وما يعد طلاقاً عند الحنابلة

يقول ابن قدامة³⁸⁷: "وفرقة الخيار فسح لا ينقص بها عدد الطلاق، نص عليه أحمد، ولا أعلم فيه خلافاً، قيل لأحد لما لا يكون طلاقاً؟ قال لأن الطلاق ما تكلم به الرجل، ولأنها فرقة لاختيار المرأة، فكانت فسحاً كالفسح، لعنه وعنته"³⁸⁸.

³⁸⁴ - الامام الشافعي أبي عبد محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة 204هـ، الأم، ط/2 (1403-1983) دار الفكر للطباعة والنشر بيروت، ص 126/5.

³⁸⁵ - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر محمد بن سابق الخضري السيوطي، المتوفى سنة 911 هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي طبعة الأخيرة، 1378هـ/959م، ص 92/3.

³⁸⁶ - الاشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق، ص 179.

³⁸⁷ - ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الصالحي الفقيه كان شيخاً صالحاً زاهداً عابداً.

وعلى هذا تكون فرق الطلاق هي: كل فرقة بسبب الطلاق، وهي ما كانت بألفاظ الطلاق صريحا أو كناية، وتطبيق القاضي إذا امتنع الزوج عن الطلاق بسبب الإيلاء. وتكون الفرقة فسحا في بقية الفرق، كالخلع، إذا كان بغير لفظ الطلاق أو نيته، وردة أحد الزوجين، والفرقة للعيوب التي توجب الخيار، والاعسار عن الصداق أو النفقة، وإسلام أحد الزوجين، واللعان، والفرقة بسبب طرود المحرمة³⁸⁹.

المطلب الثاني: القيود الواردة على الحق في إيقاع الطلاق.

يخطئ من يظن أن الإسلام يسرع إلى اباحة فم عرى الزوجية لأول بادرة خلاف بين الزوجين، والحق أنه يحرص أشد الحرص على بقاء رباط الزوجية قائما، ولا يدع الزوجين يفترقان إلا بعد المحاولات المتكررة، محاولة بعد محاولة لإصلاح ذات البين بينهما، وتوقي الجمع والمراجعة والصلح، لكن وبعد اليأس من الإصلاح نتيجة فساد القلوب، والعجز عن علاج المشاعر وأخطاء السلوك، فإنه لا مناص من أن يسوغ فم رابطة الزواج المقدسة.

ومن يقرأ كتاب الله وسنة رسوله بتعمق يجد أن الشرع الإسلامي قد حرص على تلافي الطلاق، ولم يشعه إلا عند الضرورة القصوى، مع عمله على توفير الضمانات الوافية للمحافظة على الأولاد من التشتت والشياع.

وانطلاقا من هذا فقد وضع الإسلام قيودا يحصل بها تحاشي الطلاق.

أما الطلاق فليس سهلا بهذا، القدر، إذ اشترطت له الشريعة الإسلامية شروطا، ووضعت له القوانين الوضعية قيودا، وذلك للتضييق منه لئلا يسهل من عواقب على الأسرة والمجتمع ككل، ولذلك فقد حرص الشارع على وضع العقوبات أمام المطلق للتروي والتفكير، بحيث لا يقدم المرء على إنفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله سبحانه وتعالى إلا لحاجة تدعو إليها الضرورة، ولهذا استحسّن القرآن الكريم إلحاح الرسول صلى الله عليه وسلم زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم

³⁸⁸ - أنظر المغني 118/7.

³⁸⁹ - أنظر المغني 118/7، 259، 487، والكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن

قدامه المقدسي، الطبعة الأولى، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق سوريا، 682/2.

محن استمرار الشقاق بينهما في سورة الأحزاب: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ﴾³⁹⁰.

وبهذا فقد اعتبر القرآن الكريم الامتناع عن الطلاق نوع من البر والتقوى، ومن جهة أخرى نفر القرآن الكريم من الطلاق في قوله: ﴿إِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾³⁹¹.

فإذا كان الاصل في الطلاق الاباحة، والرجل طالما ملكه الشارع حق الطلاق بالارادة المنفردة، فهو حر التصرف، ولا تجوز الرقابة عليه فيما يفعل، وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما استعمل حقا منحه إياه الشرع والقانون، وإذا كان الاصل في الطلاق الحظر، فهذا الحظر ديني لا يخضع لسلطة القضاء، فمن طلق زوجته فهو آثم ديانة لقوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال عند الله الطلاق"³⁹²، أما قضاء فلا يجوز تحميله بأي نوع من المسؤولية.

ولكن الطلاق ليس حقا مطلقا كما رجح الفقهاء، لأن الأصل فيه فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته أي بحكمة تشريعه، وما لأجله شرع، ولا فرق في هذا سواء أكان هذا القيد الذي يقع عليه قيدا دينيا أو تشريعا أو قضائيا، ولذلك أفصل الحديث عن هذه القيود في فرعين، أتناول في الفرع الأول القيود الدينية، وأتناول في الفرع الثاني القيود التشريعية والقضائية.

الفرع الأول: القيود ذات المصدر الديني.

حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين إلى التفكير والتروي قبل الاقدام على الطلاق، وكان من الحكمة أن يملك أمر الطلاق الرجل، حتى يحكم العقل والمنطق، وتحقيقا للاستقرار وتوفيرا لأسباب الراحة الزوجية³⁹³، ولقد حاول بعض المستشرقين ورجال القانون ممن ولعوا

³⁹⁰ - سورة الأحزاب، الآية 37.

³⁹¹ - سورة النساء، الآية 19.

³⁹² - أخرجه أبو داوود وابن ماجة عن ابن عمر، وأخرجه الحاكم عن ابن عمر أيضا بلفظ قال رسول صلى الله عليه وسلم "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"، أنظر أبو داوود، المرجع السابق، ص 309.

³⁹³ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 215.

بالتقافة الغربية النيل من نظام الاسرة الإسلامي، مدعين بأن الإسلام يشجع الطلاق وهذا ظلما للمرأة، وتشريداً للأطفال، وهدما لدعائم الاسرة³⁹⁴.

والحقيقة أن هؤلاء بعيدين كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية، فكما منح الشارع للرجل حق إيقاع الطلاق فقد جعله أيضا في يد القاضي إذا كان بطلب من المرأة، بل على العكس من ذلك جعل على الرجل تبعات مالية في حالة إيقاعه الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يوجب على المرأة شيئا إذا ما تحقق القاضي من أسباب التطلاق.

فالمراة فطرت على واما خلقها الله تعالى سريعة الغضب والتأثر، والانفعال، تدفعها طبيعتها غالبا إلى الجري وراء عاطفتها، أما الغالب في الرجال فهو الأناة والتروي في عواقب الأمور، وقياس ما يكون من المنفعة والضرر بمقياس حكيم، فلهذا جعل الله تعالى الطلاق بيد الرجل والذي يستطيع أن يوقعه دون رضا الزوجة³⁹⁵.

أولا: إن تنفيذ الزوج لحق الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التي من أجلها شرع.

ولكن يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تنقيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من ألم فك الرابطة الزوجية.

وقد تحدث فقهاء الشريعة الإسلامية طويلا في ذلك في بحثهم فيما اصطلحوا على تسميته بطلاق السنة وطلاق البدعة، كما أطالوا في بيان ما يترتب على الخروج عن هذه القيود من نتائج وسأفصل الحديث عن هذه القيود كما يلي:

أولا: يجب أن يتقيد استعمال الزوج لحق الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التشريعية التي دعت إليه:

³⁹⁴ - سناء الخولي، الاسرة والحياة العائلية، دار النهضة العربية، دط، 1984، ص 259.

³⁹⁵ - محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1983، ص

ويتمثل هذا القيد بأن يوقع الرجل الطلاق تحقيقاً لغاية مشروعة وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وظهور البغضاء الموجبة لدم إقامة حدود الله تعالى، بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وهو السكنية والاستقرار وينقلب مضرة³⁹⁶.

وحتى وإن كان الطلاق حقاً للزوج فيجب أن يكون استعماله بمعروف أو بإحسان، والمعروف ضد المنكر، والإحسان ضد الإساءة فإذا خالف المعروف في استعماله لحق الطلاق يكون قد أتى منكراً، وإذا خالف الإحسان في استعماله له يكون قد أساء استعماله³⁹⁷، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾³⁹⁸.

كما أن عقد الزواج عقد أبدي فالقياس أن لا ينهيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة إلا لحاجة، فإذا قامت الحاجة فيها، وإلا فالقياس هو منع الطلاق³⁹⁹، لأن استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين حق لهما وواجب عليهما ما داما يقيما حدود الله، أي شرعه وأحكامه المتعلقة بالحقوق الزوجية المتبادلة بين الزوجين من حسن العشرة ونحو ذلك.

ولكن قد تطرأ أحيانا على العلاقة الزوجية أمور تجعل الحياة الزوجية بين الزوجين مصدر شقاء وخصام وشقاق، ومن ذلك أن يتبين للمرء أنه قد أخطأ في اختيار شريكة حياته، فيجد فيها أخلاقاً وطباعاً تخالف أخلاقه وطباعه ولا يستطيع أن يتلائم معها، فإن خاف الزوج أن لا يقيم حدود الله مع زوجته تلك أباح له الشارع إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق، إلا أن إيقاع الطلاق بغير سبب شرعي حرام ومكروه⁴⁰⁰.

أمر الله تعالى الأزواج بالصبر والتحمل والإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما قد يكون في الزوجات من الصفات التي يكرهونها، ما دامت لا تنس الشرف والدين، لأن الكراهية ربما تكون

³⁹⁶ - السعيد مصطفى السعيد، ص 232.

³⁹⁷ - الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، مصر، 1989، ص 92.

³⁹⁸ - سورة البقرة، الآية 231.

³⁹⁹ - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 226.

⁴⁰⁰ - عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر للطباعة والنشر، د.س دون سنة ط، 1968، ص

ناشئة عن سبب قد يكون الزوج فيه هو المخطئ فالعواطف متقلبة متغيرة، ولا يصح أن تبني عليها أمور خطيرة تتعلق بكيان الاسرة وبغيض الانسان اليوم قد يصبح حبيبه يوما ما والزوج إن كره من امرأته خلقا فقد يمون فيها خلق آخر يرضيه، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁴⁰¹، ولكن إذا لم يجد العلاج وتعذر الشفاء فاستحال انقاذ الحياة الزوجية، وعودتها إلى ما يجب أن تكون عليه، فنكون أمام ثلاثة حلول⁴⁰²:

- أ- بقاء الحياة الزوجية بهذه الحالة التي وصفت بعضها منها، وبالتالي تضرر كل من الزوجين.
- ب- الانفصال الجسدي، حيث يعيش كل من الزوجين بعيدا عن الآخر، مع بقاءه مرتبطا بعقد الزواج، بحيث لا يستطيع أحدهما أن يتزوج، وهذا عند المسيحيين.
- ت- الطلاق، وهو حل عقدة النكاح، وقد اختار الإسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها صلح، حيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح لأن وجوب الاستمرار فيه ظلم لكل من الزوجين، بل قد يكون وسيلة لإرتكاب ما حرم الله من أمور في سبيل التخلص من هذا الجحيم، وقد قال تعالى في ذلك ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾⁴⁰³ وَكَانَ اللَّهُ وَسِعًا حَكِيمًا

أرشد الزوجة إذا رأت في زوجها نشوزا أو جفاء أو فتور في العلاقة الزوجية وما تقتضيه من راحة واطمئنان أن تعمل على كسب قلبه بما تستطيع من وسائل الترضية المشروعة التي لا تمس أخلاقيا ولا دينيا، وأن تتنازل في سبيل ذلك عما جرت عادة الزوجات بالتمسك به من الرغبات وأن تحسن بقدر ما تستطيع معاملتها له وكم من كلمة طيبة أو اشرافة في وجهه أو ابتسامه في مقابلة أو عدول عن رغبة، يكون لها الأثر الحسن في عودة النفوس إلى صفائها

401- سورة النساء، الآية 19.

402- أحمد فراح حسين، أحكام الاسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون طبعة 2003، ص 20 21.

403- سورة النساء، الآية 130.

والقلوب إلى تلاقيها وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁴⁰⁴.

ولم يقف الإسلام عند هذا الحد، بل أوجب على الزوجين وعلى كل من يهيمه أمرهما، إذا لم يستطيعا أن يصلحا ما بينهما بنفسيهما، وأن يتغلبا على مشاكلهما، أن يعرضا أمرهما على مجلس عائلي يتألف من حكمين، حكم من أهل المرأة وحكم من أهل الرجل، لبيحنا أسباب الشقاق ويعملا على القضاء على أسبابه، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁴⁰⁵.

فإذا لم يقف يستطع مجلس التحكيم أن يوفق بين الزوجين، ولم تجد الوسائل السابقة جميعا، كان ذلك دليل على قيام حالة خطيرة تهدد استقرار الأسرة وعلى أن الحياة الزوجية قد فقدت أهم مقوماتها، وحينئذ يجيز الإسلام للزوج الطلاق لمصلحة الأسرة نفسها، ولتحقيق الصالح العام وهذا يدل على أن الطلاق في الإسلام تشريع استثنائي لا يباح إلا عند الضرورة القصوى، وما مثل الطلاق في الإسلام إلا كمثل مشرط الجراحة في يد الجراح، إن أحسن استخدامه آتاه بأطيب الثمرات، وإن بأسوأ النتائج.

ومن أجل ذلك يعتبر يتسرعون في طلاق زوجاتهم لمجرد شهوة طائشة، أو غضبة حمقاء، بعيدين عن الإسلام وتعاليمه ولا يحكم على الإسلام بتصرفاتهم وأفعالهم، لأن العيب فيهم وفي تصرفهم لافي الإسلام ونظامه⁴⁰⁶.

ثانيا: قيد العدد والوقت في الطلاق

أ- قيد العدد والوقت في الطلاق: والقصد من هذا القيد هو تفادي الضرر الذي يزيد على ما ينشأ عن حل الرابطة الزوجية، لأن الطلاق في ذاته مضر بالمرأة غالبا، وبعبارة أخرى الضرر المقصود هنا ليس الضرر الذي ينشأ عن الوقوع الطلاق مطلقا وإنما هو الذي ينشأ عنهما

⁴⁰⁴ - سورة النساء، الآية 128.

⁴⁰⁵ - سورة النساء، الآية 35.

⁴⁰⁶ - أحمد حسين فراح، المرجع السابق، ص 21 و 22.

ضرر بالمطلقة⁴⁰⁷، ومن ذلك ذكره الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحداً، بألفاظ متتابعة في طهر واحد، أو بالطلاق في أثناء الحيض.

وهذا ما اتفق عليه بين الفقهاء⁴⁰⁸ فيكون الطلاق السني هو الواقع مفرداً واحداً بعد الآخر، لا يتبعه طلاق بعده، ولا يكون إيقاع الثلاث دفعة واحدة لظاهر قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾⁴⁰⁹، أي أن الطلاق المشروع ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد يكون الطلاق بدعيّاً محظوراً في مذهب المالكية والحنفية وابن تيمية وابن قيم الجوزية، لما أخرجه النسائي عن محمود بن لبي، قال: أخبر الرسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطلقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله؟".

ثم إن الأصل عند الجمهور في الطلاق الحضر، وإنما أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وسوء العشرة، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ثم يتمكن بعدها من الرجعة عند الندم، وإذا خالف الرجل هذا القيد، كان آثماً مستحقاً التأديب، لكن يقع الطلاق بحسب العدد الواقع⁴¹⁰. وقد ذهب جمهور الفقهاء بوقوع هذا الطلاق ثلاثاً سواء اقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات⁴¹¹، وذهب ابن تيمية ومن وافقه إلى أن زوجته ثلاث تطلقات، وأن الطلاق المقترن

⁴⁰⁷ - خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر 2012، ص 33.

⁴⁰⁸ - بداية المجتهد، 60/2، المقدمات الممهّدات، 499/1، لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية والتحصيلات الشرعية لأمهات مسائل المشكلات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت 520) هامش المدونة، فتح القدير، 35/3، المهذب، 78/2، تأليف أبي إسحاق لبراهيم بن علي، الشيرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، بمصر، المغني، 104/7، أعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة 751 هـ، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية 1488 هـ 1968م.

⁴⁰⁹ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴¹⁰ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية القبة القديمة الجزائر، ص 228.

⁴¹¹ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى من أحاديث سيد الأخيار: الشيخ الامام محمد بن علي محمد الشوكاني، المتوفى سنة 1255 هـ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1403 هـ/1983م، ج 6، ص 228.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة⁴¹²، في حين قال بعض الشيعة الامامية لا يقع مطلقاً، لأنه بدعة والشرع أجاز الطلاق متفرقا غير مجتمع، فمن جمع ابتدع، وطلاق البدعة لا يقع⁴¹³.

وقد استدلت أصحاب المذهب القائل بأن طلاق الثلاث بكلمة واحدة، كما ذكره المطلق، بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، فمن الكتاب كان سندهم إطلاق الآيات القرآنية التي لم تفرق في إيقاع الطلاق بين أن يكون ثلاثاً متفرقا أو مجموعة فوجب العمل بها على إطلاقها⁴¹⁴، ومن السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: طلق رجل امرأته ثلاثاً، فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل للأول؟ قال: لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول⁴¹⁵.

ووجه الدلالة منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل عن كيفية إيقاع الطلاق الثلاث أكان متفرقا أو مجموعاً، ولو كان الحكم في الحاليتين مختلفاً لسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكيفية، أما وأنه لم يسأل فدل على عموم الحكم وفقاً للقاعدة الأصولية التي تقول "إن ترك الإستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال"⁴¹⁶، كما أن المعقول يقتضي أن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح إزالته مجتمعاً كسائر الأملاك، وبأن الطلاق يجوز تفريقه فيجوز جمعه⁴¹⁷.

⁴¹² - ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحليم بن تيمية المولود عام 661هـ، المتوفى 728هـ، دار الكردي، القاهرة، المجلد الثالث، 1328هـ، ص 17.

⁴¹³ - حكى ذلك عن بعض التابعين، وروي عن ابن علي وهشام ابن الحكم، وبه قال أهل الظاهر، وسائر من يقول أن الطلاق البدعي لا يقع، أنظر في ذلك محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 170.

⁴¹⁴ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 170.

⁴¹⁵ - رواه البخاري ومسلم، صحيح مسلم بشرح النووي، للأمام، أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة 261هـ، بشرح للأمام محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف بن مري المتوفى سنة 676هـ، دار الكتب العلمية بيروت، أنظر عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري المولود عام 194 هـ، والمتوفى عام 256 هـ، الادب المفرد القاهرة 1379هـ، شرح فتح الباري، دار الفكر، د.س.ن، ج 7، ص 43.

⁴¹⁶ - أنظر الأسنوي، التمهيد في تخريج الفروع عن الأصول، ص 337، عن الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 170.

⁴¹⁷ - أنظر، ابن قدامه، المرجع السابق، ج 8، ص 240-243.

أما القائلين بأن طلاق الثلاث يقع واحدة فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۚ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁴¹⁸، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الطلاق المشروع الذي أراد الله سبحانه وتعالى وشرعه لا يكون بإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة بل مرتبة كما ورد في الآية مرة بعد مرة، لأن معنى قوله تعالى مرتان أي مرة بعد مرة، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وهذه الثالثة.

ومن السنة: منها حديث سهل بن سعد في الصحيحين في قصة لعان عويمر العجلاني، وفيه: (فلما فرغا قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقتها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولم ينقل إنكار رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأجيب عنه إنما لم ينكره عليه، لأنه لم يصادف محلا مملوكا ولا نفوذاً.

ومنها حديث محمود بن لبيد عند النسائي السابق، وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم غضب من إيقاع الثلاث دفعة واحدة في غير اللعان، وقال: "أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم"، فهو يدل على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يكون ثلاثا، ويلزم المطلق بها وإن كان عاصياً في إيقاع الطلاق بدليل غضب النبي صلى الله عليه وسلم.

وأجيب بأنه حديث مرسل، لأن محمود بن لبيد لم يثبت له سماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومنها حديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته سهيمة البتة، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم، وقال: (والله ما أردت إلا واحدة)، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "والله ما أردت إلا واحدة؟) فقال ركانة: (والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم)⁴¹⁹.

وهو من أصرح الأدلة وأوضحها على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، لقول ركانة واستحلاف النبي له على أنه لم يرد بلفظ (البتة) إلا واحد، فهو يدل على أنه لو أراد الثلاث لوقعت.

⁴¹⁸ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴¹⁹ - أخرجه الامام أحمد وأبو بعلي بسنده عن عكرمة مولى ابن عباس، انظر الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 11، حيث عرض الروايات التي ورد بها الحديث.

أما الفئة الثالثة والقائلة بأن طلاق الثلاث لا يقع فدليلهم من الكتاب ﴿فإمساك بمعروف أو بإحسان﴾ ووجه الاستدلال بها أنها اشترطت في وقوع الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك، لأن من حق له شئئين مخير أن يصح كل واحد منهما وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها كذلك، وإذا لزم في الثالثة، لزم في الثانية⁴²⁰، كما استدلوا بالمعقول فقالوا أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد بدعي منهى عنه فلا يعتد به، وبالتالي لا يقع⁴²¹.

ذهب الجمهور وعلى رأسهم الأئمة الأربعة إلى أن طلاق الزوج زوجته حال حيضها يقع ويحتسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها على زوجته، ويؤخذ بأحكام هذا الطلاق من حيث الرجعة، والعدة والنفقة، إلى غير ذلك من أحكام الطلاق وآثاره المتعددة⁴²²، واستدلوا على ذلك بآيات الطلاق الكثيرة والواردة في القرآن الكريم التي تكلمت عن ليقع الطلاق مطلقاً، ولم تقيد بوقت دون وقت، أو بمطلقة دون مطلقة، فدل ذلك على وقوع الطلاق في عموم الأوقات والاحوال، ما دام لم يوجد نص يقيد إطلاق هذه الآيات، فتبقى على إطلاقها، ومن ثم وجب القول بوقوع الطلاق سواء كان في حيض أو في طهر⁴²³.

أما من السنة فاستدلوا برواية ابن عمر رضي الله عنهما أنه امرأته وهي حائض، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال "مره فليراجعها أو ليطلقها طاهراً أو حاملاً"⁴²⁴، في حين ذهب الشيعة والظاهرية وأيدهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن هذا الطلاق لا يقع، ولا يترتب عليه أثر من آثار الطلاق، ولا يعتد به أصلاً، لأنه طلاق منهى عنه، والنهي يقتضي الفساد، فلا يكون هذا الطلاق صحيحاً⁴²⁵.

420- الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 169.

421- الشوكاني، المرجع السابق، ص 19-20.

422- ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 237، الشوكاني، المرجع السابق ص 7-8-9.

423- الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 136.

424- رواه الجماعة إلا البخاري، أنظر الشوكاني، المرجع السابق، ص 74.

425- أنظر، لبن حزم الظاهري، المحلى، ج 10، ص 161-162.

وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾⁴²⁶، ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الطلاق للعدة هو الطلاق في الطهر الذي لم يحدث فيه وطئ، والمطلق حال الحيض لم يطلق المعدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء فلا يعتد بطلاقه، لما قرر علماء الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده، وأن المنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفساد لا يثبت حكمه، وعلى هذا فالطلاق في الحيض لا يعتد به ولا يقع، وإن كان صاحبه آثماً غاضباً لمخالفته المشروع في إيقاع الطلاق⁴²⁷.

أما من السنة فاستدلوا برواية سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال الرسول صلى الله عليه وسلم "ليس ذلك بشيء"⁴²⁸.

الترجيح:

قال القرطبي⁴²⁹: وحجة الجمهور من جهة اللزوم ظاهرة جداً، وهو أن المطلقة ثلاثاً لا تحل للمطلق حتى تنكح زوجاً غيره، ولا فرق بين مجموعها ومفرقها لغة وشرعاً، ونوقش بأن من قال: (أحلف بالله ثلاثاً) لا يعد حلفه إلا يمينا واحدة فليكن المطلق مثله، ورد عليه باختلاف الصيغتين، فإن عدد الطلاق، وأما الحلف فلا أمد لعدد ليمانه، فافترقا.

ورأي الجمهور هو ما اختاره بعض المعاصرين من الفقهاء⁴³⁰، فإذا طلق الرجل امرأته دفعة واحدة وقع الطلاق ثلاثاً، لكن إذا رجح الحاكم رأياً ضعيفاً صار هو الحكم الأقوى، فإن صدر قانوناً بذلك كما هو الشأن في الجزائر يجعل هذا الطلاق واحدة فلا مانع من اعتماده والافتاء به، تيسيراً على الناس، وصوناً للرابطة الزوجية، وحماية لمصلحة الأولاد، خصوصاً،

⁴²⁶ - سورة الطلاق، الآية 1.

⁴²⁷ - أنظر ابن قدامه، المرجع السابق، ج 10، ص 66.

⁴²⁸ - الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 146-147.

⁴²⁹ - فتح الباري، 365/9.

⁴³⁰ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 192.

ونحن في وقت قل فيه الورع والاحتياط، وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة من الطلاق وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر، ويعلمون أن في الفقه منفذا لإمكانية مراجعة الزوجة⁴³¹.

مناقشة قانون الاسرة الجزائري:

جاء في المادة 51 منه: (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)، فهو يقرر بأن الطلاق الثلاث تحرم به الزوجة، و لا يجوز مراجعتها إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر ثم يطلقها أو يموت عنها بعد البناء. وهذا الحكم في مجمله موافق للشريعة الإسلامية، لكن هناك بعض التفاصيل، تتعلق بالحل بعد الزواج الثاني سنشير إليها في الرجعة وأحكامها إن شاء الله، أما فيما يخص الطلاق الثلاث بلفظ واحد (طالق ثلاثاً) والطلاق المتتابع (أنت طالق أنت طالق أنت طالق) وطلاق المعتدة، فلم يأت النص عليها في هذا القانون، مع أنه قد نص على (ثلاث مرات متتالية)، فماذا يقصد بهذه العبارة؟

يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق؟

أم أنه يقصد؟ يطلق ثم يطلق ثم يطلق، ويكون هذا هو الطلاق المتتابع ويشمل طلاق المعتدة، فالغموض يخيم عليه والظاهر أنه النوع الأول (أنه نص على ثلاث مرات متتالية، ومعنى هذا أنه لم يشر إلى قضية الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو الطلاق المتتابع، وإن كان يفهم من نص المادة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع (لأنه ليس متتاليا) ولكن هذا الحكم لا نستطيع أن ننسبه إليه لأنه صرح في المادة 222 منه: أن ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب رأي الأستاذ المصري مبروك.

وبرجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، رأينا الخلاف الدائر في المسألة بين جمهور الفقهاء وعلى رأسهم المذاهب الأربعة والذين يذهبون إلى وقوع الثلاث بلفظ واحد ثلاثا، كما يوقعون الطلاق المتتابع، وأن المعتدة من الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى يلحقها الطلاق،

⁴³¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص193.

وبين المخالفين للجمهور الذين يقولون بعدم وقوع الثلاث جميعاً إلا واحدة وإن المعتدة لا يلحقها طلاق.

وباستعراضنا لأدلة الفريقين توصلنا إلى رجحان القول بعدم وقوع الثلاث جميعاً إلا واحدة، وأن المعتدة لا يلحقها طلاق وذلك لسببين:

- السبب الأول: صحة أدلة هذا الفريق القائل بعدم وقوع الثلاث جميعاً إلا واحدة، وأن المعتدة لا يلحقها طلاق.

- السبب الثاني: لأنه محقق للمصلحة، لأن الناس تتابعوا في هذا الأمر الخطير، ومع موت الضمير وضعف الوازع الديني يلتجئ الناس إلى قضية التيسر المستعار.

وليس هناك مما يمنع مخالفة رأي الجمهور ما دام الأمر يدور في إطار الفقه الإسلامي، فقد قال بهذا بعض الصحابة رضي الله عنهم، فبعض التابعين، بل هو رأي لبعض فقهاء المذاهب الأربعة، والخلاف فيه قائم من لدن الصحابة إلى عصرنا الحاضر.

ونحن في هذا لا ندعي التعالم ولا التطاول على علمائنا الأفاضل، فإننا نقر دائماً بفضلهم علينا، ونعترف بأنهم أعلم وأفهم وأغیر منا على دين الله، لكن مع هذا فإن كلا يؤخذ بما قوله ويرد إلا ما كان من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأن هذا ليس لكل من هب ودب، وإنما هو لأهل العلم والمعرفة وإنما تبع لهم نقرر ما قرروا خاصة المحدثين منهم.

فهم يقولون به ويفتون الناس به من لدن الصحابة إلى القرن الثامن الهجري حيث صرخت شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى عصرنا الحاضر حيث نداءات المحدث الفاضل أحمد الشاكر، والأستاذ الفاضل علي حسب الله وأستاذنا الجليل محمد بلتاجي إلى مقنني القانون المصري وغيرهم كثير.

وعليه نقترح على المقنن الجزائري ما يأتي:

- الابتعاد عن الغموض وأن يولي وجهة البيان والوضوح.

- الحذر حذر القانون المصري باعتباره مصدرا من القانون الجزائري من جهة ولموافقتة للشريعة الإسلامية من جهة أخرى، فضلا عما فيه من البيان والوضوح⁴³².

فقد جاء في المادة (03) منه: "الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة". وهذا ما نقترحه على المقنن الجزائري على أن يضيف إلى ذلك عدم وقوع الطلاق على المعتدة وتكون الصياغة كالتالي: (الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة ولا يلحق المعتدة الطلاق).

وهذا أفضل، بل لا يقارن مع عدم وقوع الطلاق إلا بحكم القاضي بعد محاولة الصلح. فالأول وإن خالف الجمهور فهو قول لا يخرج عن دائرة الفقه الإسلامي، بل له الأدلة ما يترجح بها على قول الجمهور.

أما الثاني فإن أقل ما يقال فيه أنه مصلحة موهومة فضلا عن مخالفته للفقه الإسلامي، على أننا سنعود إلى هذه المادة بشيء من التحليل والنقد في إن شاء الله⁴³³.

وقد استقر القضاء العربي بمصر وسوريا والجزائر على اعتبار الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة طلاقاً واحداً، ومثله الطلاق المتتابع أو المكرر في مجلس واحد، ذلك أن المشرع لم يشرع الطلاق دفعة واحدة وإنما على دفعات تتخللها تجربة الزوجين، ونلاحظ أن ما استقر عليه القضاء العربي هو رأي فضيلة الأستاذ الجليل الشيخ محمد أبو زهرة من أن الطلاق المتكرر كالطلاق المقترن بعدد لا يقع إلا واحدة⁴³⁴.

ثالثاً: قيد الاهلية والوعي والقصد

بالإضافة إلى الوقت والعدد فقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط شرعية لإيقاع الطلاق تتمثل في صيغة الطلاق بالصراحة والوضوح، والقصد إلى إيقاع الطلاق، ويتفرع عن مسألة القصد حكم الهازل والسكران والمخطئ، إذ لا بد لكل تصرف من صيغة أو وعاء يظهر الإرادة الباطنة، ويبدل عليها في خارج النفس.

⁴³² - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 159 و 160.

⁴³³ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 161.

⁴³⁴ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 253.

وقد ذهب الجمهور إلى أن الطلاق يقع باللفظ الصريح المنجز غير المعلق، دون حاجة إلى نية الطلاق، ولكن إن وجدت قرينة تصرف الطلاق عن معناه فلا يقع، وذلك كالتلفظ، بالطلاق في حالة الاكراه⁴³⁵، يرى العلماء أن الاهلية من أهم خصائص الشخص، إذ تتوقف عليها قدرته على اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وممارسة التصرفات التي تتعلق بهذه الحقوق والواجبات على وجه يعتد به شرعا وقانونا، وقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام الاهلية تنظيما دقيقا، وقسمتها إلى نوعين: أهلية وجوب أو تمتع، وأهلية أداء وممارسة.

والذي يهمننا هنا هو أهلية الأداء التي تعني صلاحية الفرد ولممارسة الاعمال والتصرفات بنفسه على وجه يعتد به شرعاً، وهذه الاهلية لا تثبت كاملة لجميع الناس، بل قد تكون عند بعضهم ناقصة أو معدومة، إذ يقتضي لثبوتها أن يكون المرء على قدر كاف من العقل والادراك يتيح له معرفة نتائج أقواله وأفعاله، ولهذا فإن بعض الأشخاص تكون أهلية الأداء عندهم معدومة أو ناقصة بسبب نقص عقلهم وإدراكهم وتبصرهم، أو طروء بعض العوارض التي تؤثر في أهليتهم فتحد منها أو تزيلها⁴³⁶.

الاهلية⁴³⁷ في اللغة تعني صلاحية والاستحقاق، فيقال: فلان أهل لكذا أي هو مستحق له، أو هو جدير بالقيام بهذا العمل، أي صالح لإصدار أقوال وأفعال يعتد بها الشرع⁴³⁸، والأهلية في الفقه الإسلامي هي ما يقدره الشرع من صفة للشخص فتجعله محلاً صالحاً للخطاب التشريعي، وبالتالي يصلح أن يكون أهلاً للشهادة ولأهلية القضاء، والتمتع بالحقوق الشرعية له وعليه⁴³⁹، ولا تكون الاهلية إلا بالعقل المميز، وقد اتفق الفقهاء على أن الاهلية

⁴³⁵ - أحمد الغزالي، الطلاق الانفرادي وتدبير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والمسيحية والوضعية والتقنيات المعاصرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000، ص 81 و82.

⁴³⁶ - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة الأولى، 2013، ص 55 و56.

⁴³⁷ - جمعة سمرحان الهلباوي، الاهلية وعوارضها والولاية العامة والخاصة وأثرهما في التشريع الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص12.

⁴³⁸ - إبراهيم مصطفى وآخرون، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الجزء الاول، ص31.

⁴³⁹ - عبد الرؤوف المناوي، التعريفات دار الفكر بيروت، ط1/1410، ص104.

شرط انعقاد في كل التصرفات الشرعية: القولية والفعلية، وبدونها لا يعتبر التصرف صحيحاً، ومن ذلك الطلاق، فإذا بلغ الانسان رشيداً صحت أقواله وأفعاله أي صح طلاقه⁴⁴⁰.

ومن فقد العقل أصلاً، أفترض فيه ذلك لصغر سنه فليست له أهلية الأداء البتة، ومن ثم فكل تصرفاته باطلة ومنها الطلاق، فتلفظ غير المميز بالطلاق يقع لغواً، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق"⁴⁴¹، ولكن هل لوليه أن يوقع عنه الطلاق؟

وفوق هذا فالطلاق لا يخلوا من ضرر يلحق المطلق فلا يملكه الصبي ولو كان مميزاً وذلك خلافاً للحنابلة الذين يوقعون طلاق الصبي رغم ما فيه من ضرر إذا كان الصبي يعقل الطلاق ولو لم يأذن له وليه فيه، وذلك في رواية المشهورة عندهم، كما روى عن مالك في الرواية غير المشهورة أنه يقع الطلاق من الصبي إذا ناهز الاحتلام⁴⁴²، والرأي الأول هو المختار وهو المعمول به.

يرى جمهور الفقهاء في ذلك أن الولي أبا كان أو غيره لا يطلق عن فاقد الاهلية⁴⁴³، وحببتهم في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، ولا يأخذ السفية نفس هذا الحكم حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق السفية واقع، وذلك أنه مكلف مالك لمحل الطلاق فيقع طلاقه كالرشيد، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو

⁴⁴⁰ - العربي بختي، أحكام الطلاق حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2006، ص 57.

⁴⁴¹ - أخرجه الامام أبو داوود بن سليمان الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، المولود عام 202 هـ والمتوفى 275 هـ، الدار المصرية اللبنانية، ج 5، 1988، والترميذي الجامع الصحيح، سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (209-279هـ) تحقيق أحمد شاکر ولبراهيم عطوة عوض دار إحياء التراث العربي، وصحيح الترمذي بشرح الامام ابن العربي المالكي، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، أنظر ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد المتوفى 620هـ، المغني علي مختصر الخرافي، مطبوع مع الشرح الكبير، مطبعة المنار بمصر ودار الكتاب العربي بيروت لبنان، ص 110.

⁴⁴² - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 82.

⁴⁴³ - أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 66.

محجور عليه كالمفلس⁴⁴⁴، يشترط في المطلق أن يكون عاقلاً فلو طلق المجنون لا يقع للحديثين السابقين ولأن مناط التكليف وهو العقل غير موجود في المجنون.

المعتوه وهو الذي يكون مختلط الكلام فاسد التدبير لا يقع طلاقه لأنه يفقد الإدراك الذي هو مناط الصحة التصرف لقوله صلى الله عليه وسلم "كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على أمره"، والمغمى عليه مثل المجنون لا يقع طلاقه والنائم كذلك، ولا أدل على عدم وقوع طلاق النائم من قوله صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ".

أ- طلاق المدهوش

وهو الذي اعترته بسبب الخوف والحزن أو الغضب حالة الانفعال لا يدري فيها ما يصدر عنه سواء كان قولاً أو فعلاً أو وصل في الانفعال إلى درجة يغلب فيها الخلل والاضطراب في الأقوال والأفعال.

وهذا المدهوش لا يقع طلاقه ومثله من اختل عقله لكبر أو لمرض أو لمصيبة فاجأته فما دام في حال غلبة الخلل في الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح⁴⁴⁵ لقوله صلى الله عليه وسلم "لا طلاق ولا عتاق في اغلاق"⁴⁴⁶، وقد فسر الاغلاق بالإكراه وبالجنون وبالغضب، والمراد بالإغلاق هو خروج الإنسان عن وعيه بحيث لا يدري ماذا يقول وماذا يفعل⁴⁴⁷.

أما بالنسبة لمن ذهب وعيه وقت إيقاع الطلاق فقط كالسكران والغضبان فقد ذهب الجمهور إلى القول بوقوع طلاق السكران لعموم الأدلة الواردة في الطلاق، ومما تخص بعدم

444- أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 96.

445- حاشية ابن عابدين، الجزء الثاني، الامام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، المتوفي في عام 1252هـ، رد المحتار على الدار المختار شرح تنوير الابصار الشهيرة بحاشية عابدين، مطبعة مصطفى الحلبي ط الثانية 1368 هـ 1966م، مطبعة دار السعادة 1314هـ، ص 348.

446- الشوكاني، نيل الاوطار، الجزء السادس، المرجع السابق، ص 245.

447- عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الاسرة الإسلامية، مؤسس المختار للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2003، ص 231 و 232.

وقوع طلاق السكران، وذلك لأن السكران مكلف بدليل حده للسكر، إذ لو كان غير مكلف وجب أن يقع طلاقه كالصاحي⁴⁴⁸، في حين ذهب الجعفرية، وأهل الظاهر، وبعض الزيدية إلى أن طلاق السكران لا يقع لقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾⁴⁴⁹، ومن قال في شأنه الله تعالى أنه لا يدري ما يقول، فلا يحل أن يلزم شيئاً من الاحكام، لا طلاق ولا غيره.

ب- طلاق الغضبان:

والغضبان الذي لا يتصور ما يقول ولا يدري ما يصدر عنه، لا يقع طلاقه لأنه مسلوب الإرادة، روى أحمد، وأبو داود، وابن ماجه والحاكم، وصححه عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"⁴⁵⁰، وفسر الاغلاق بالغضب، وفسر بالإكراه، وفسر بالجنون.

وقال ابن تيمية كما قال معاذ: حقيقة أن يغلق على الرجل قلبه فلا يقصد الكلام أو لا يعلم به كأنه انغلق عليه قصده وإرادته، قال: ويدخل في ذلك طلاق المكره، والمجنون، ومن زال عقله بسكر أو غضب، وكل ما لا قصد له، ولا معرفة له بما قال، والغضب على ثلاثة أقسام:

- 1- ما يزيل العقل فلا يشعر صاحبه بما قال، وهذا لا يقع طلاقه بلا نزاع.

- 2- ما يكون في مبادئه بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول وقصده، فهذا يقع طلاقه.

⁴⁴⁸ - أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 114.

⁴⁴⁹ - سورة النساء، الآية 43.

⁴⁵⁰ - أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين في الحديث: الحافظ الكبير غمام المحدثين أبو عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم النيسابوري الحافظ المتوفى في صفر سنة 405هـ وفي ذيله تلخيص المستدرک للأمام الحافظ الحجة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة 848 هـ، الناشر مكتبة ومطابع النصر الحديثة الرياض، السعودية. وأخرجه البيهقي السنن الكبير، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى 458هـ وفي ذيله الجوهر النقي للعلامة علاء الدين بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى سنة 745هـ، والدار قطني سنن الدار قطني، شيخ الإسلام علي بن عمر الدار قطني (306-385هـ) وبذيله تعليق المغني على الدار قطني، عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه محب السنة النبوية وخدامها: عبد الله هاشم يمانى المدني بالمدينة المنورة، الجاز (1386هـ/ 1966م)، دار المحاسن للطباعة، القاهرة- مصر، أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، الطبعة الأولى، دار السالم الرياض السعودية 1997، ص 470.

3- أن يستحکم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية، ولكنه يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زاد فهذا محل نظر، وعدم الوقوع في هذه الحالة قوي متجه⁴⁵¹.

أما بالنسبة لمن لم يكن له قصد في إيقاع الطلاق كالمكره والهازل فقد وضعت الشريعة الإسلامية قيوداً للطلاق في هاتين الحالتين، فيرى جمهور الفقهاء بأن المكره لا يقع طلاقه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾⁴⁵²، فالشرك أعظم من الطلاق، وقد وضع الله الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه، وأسقط عنه أحكام الكفر، فيسقط عن المكره ما دون الكفر كالطلاق⁴⁵³، وفي حين أن طلاق هو واقع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعناق".

وعلى ذلك أيضاً سار المشرع الجزائري وكذلك معظم التشريعات العربية التي جعلت لاستعمال حق الطلاق ضوابط وقيود، والتي كان للقضاء الفضل في وضع بعضها، وأتناول ذلك بالتفصيل في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: القيود التشريعية والقضائية التي تقع على حق الطلاق.

ذكرت فيما سبق أن استعمال الزوج لحق الطلاق ليس مطلقاً، وإنما هو مقيد في استعماله بالحدود والقواعد والآداب الشرعية، بأدلة من السنة والكتاب، وإلا كان متجاوزاً لحدود الله، ومسيئاً في استعمال حقه الذي خوله له الشارع، وبالإضافة إلى ذلك تضع التشريعات العربية الحديثة وكذلك تطبيقات المحاكم قيوداً أخرى لاستعمال حق الطلاق والتي أفصل الحديث عنها وفقاً لما يلي:

أولاً: عدم استعمال حق الطلاق إلا بعد استنفاد وسائل الإصلاح المشروعة.

وأما المادة 49 المعدلة فنصت على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"،

⁴⁵¹ - سيد سابق، فقه السنة، مخرجة الأحاديث مع الحكم للعلامة ناصر الدين الالباني، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة

الأولى، لبنان، 2002، ص 267.

⁴⁵² - سورة النحل، الآية 106.

⁴⁵³ - أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 104.

والجديد في التعديل هو أنه أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق، ويتعين على القاضي الذي يجري الصلح تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح مع توقيع الطرفين وكاتب الضبط، وإذا لم يفلح القاضي بالرغم من هذه المحاولات يصدر حكمه بالطلاق، ثم يسجل الحكم وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة⁴⁵⁴. ومعنى ذلك أن القاضي، وفي أي دعوى طلاق معروضة أمامه لا يستطيع الفصل فيها إلا بعد استدعاء الأطراف إلى جلسة سرية لإجراء محاولات الصلح بينهما، فهل هذا الاجراء من النظام العام؟

بالرغم من أن نصوص قانون الاسرة الجزائري هي نصوص موضوعية ولا تعنى بالشق الاجرائي، إلا أن نص المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري يحمل طابعا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولات الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا فسيكون حكما معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه أنظر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على الطلاق والصلح، ويستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق⁴⁵⁵.

يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطلق أو الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الاسرة، وإجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم⁴⁵⁶.

وببشره القاضي من تلقاء نفسه، ولو مرة في أمام المحكمة العليا، وإذا قلنا بأنه ليس من النظام العام يقع الحكم القاضي بالطلاق دون القيام بمحاولة الصلح صحيحا ومنتجا لآثاره،

⁴⁵⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى 2008، ص 179 و 180.

⁴⁵⁵ - سعد فضيل، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 134.

⁴⁵⁶ - عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (طلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة)، ثلاثة Editions، الجزائر، سنة 2007، ص 155.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية نجده ينص على أن الصلح جوازي في جميع المواد وهو وجوبي وإلزامي في المنازعات الإدارية، فقد نصت المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية⁴⁵⁷، على أنه "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت"، فالقاضي هنا إما أن يلجأ إلى محاولة الصلح بين طرفي النزاع أولاً، ولا يوجد ما يلزمه إلى إتيان ذلك إجراء، وقد يلجأ إليه عندما يتبين له تقارب طلبات أو دفعات الطرفين.

اعتمد المشرع الصلح كإجراء وجوبي في نص المادة (49) منذ سنة 1984 وحتى بعد التعديل سنة 2005، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة من خلال نص المادة (439) منه، بأن أقر وجوبية محاولات الصلح، فالمشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الاجرائي فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة أمرية لكن لم يقرنها المشرع بجزاء⁴⁵⁸.

تجدر الإشارة إلى أن من يقول أن الصلح إجراء جوازي قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 على أساس عدم وجود نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق، ولكن بعد هذا التاريخ أصبح الصلح إجراء جوهرياً ومن النظام العام، ويجوز لطرفي الدعوى إثارته ولو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا كون أن المادة (49) لم تجعل إجراء محاولة الصلح جوازاً⁴⁵⁹.

ولقد سبق للمحكمة العليا أن تعرضت لهذا القيد، ويمكن القول إن موقفها تحدد على

مرحلتين:

⁴⁵⁷ - تم استحداث هذا الإجراء بموجب قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

⁴⁵⁸ - هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في فقه وشؤون، رسالة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص فرع قانون أسرة تحت الإشراف أ/د: لمطاعي نور الدين، سنة 2014/2015، ص 54.

⁴⁵⁹ - بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر 2005، ص 198 و 201.

أ- المرحلة الأولى: قبل صدور قانون الاسرة لسنة 1984 لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق أو الخلع.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 (بموجب الامر رقم 66-154)، كان العمل جار بموجب المادة 13 من المرسوم رقم 59-1082 الخاص باللائحة التنفيذية المكملة للأمر رقم 59-274 المتضمن عقود الزواج المبرمة بولايات الجزائر وولايات الساوره والواحات، التي كانت تشمل (ولاية بشار ولاية ورقلة حاليا)، هذه المادة كانت تنص على دعوة القاضي طرفي الدعوى للصلح.

فإذا تم الصلح يحرر محضرا بذلك يوقعه بمعية الأطراف أما إذا فشل الصلح أو غاب عنه المدعى عليه، فإنه يسجل ملاحظته بمحضره ويستدعي الطرفين لحضور الجلسة الموالية التي يفصل فيها في الخصومة القائمة⁴⁶⁰، ولما صدر قانون الإجراءات المدنية لعام 1966 نصت المادة 17 منه على وجوب محاولة الصلح في كل دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية وذلك بموجب القانون رقم: 77/69 قبل الفصل في الموضوع، خاصة إذا هدف الطلاق لحل الرابطة الزوجية، وعلى القاضي أن يحرر في ذلك محضره، إما بالصلح فيما يكون قد تصالح عليه الزوجان، أو بفشل محاولة الصلح، وفي الحالة الأخيرة يستدعي الطرفين إلى جلسة علانية لسماع الحكم في الدعوى⁴⁶¹.

وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 16/10/1986 بأنه "إن قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة فيما يخص مصالحة الزوجين"⁴⁶²، ومعنى ذلك أنه كان للقاضي الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك، ويتركه إن تعذر عليه الامر، ولا يأخذ عليه إن هو تركه.

⁴⁶⁰ - عبد العزيز سعد، كتاب "الزواج والطلاق في قانون الاسرة"، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1989 الصفحة 345 و346، وكذلك لنفس المؤلف كتاب "قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد"، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الطبعة الثانية، 2009، الصفحات 119 إلى 121.

⁴⁶¹ - الأخضر قوادري، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2013، ص 62.

⁴⁶² - أنظر، م أ، غ أ ش، 16/10/1986، م أ، ح، 1، ص 55، ن س، 1986، ص 121.

إلا أن هذا الموقف القضائي لم يكن مستقرا إذ قضى المجلس الاعلى في قراره الصادر في 1970/10/16 بأنه "من المقرر شرعا وقضاء بأن يكون الطلاق مسبقا بمحاولة صلح"⁴⁶³، وفي قرار آخر لنفس المجلس بتاريخ 1970/10/21 قضى بأنه "من المقرر فقها وقضاء أن يكون الطلاق مسبقا بمحاول صلح"⁴⁶⁴.

غير أنه لما صدر التعديل الثاني بموجب الامر رقم 80/71 بتاريخ 1971/11/29 أصبح الصلح اختياريا في كل الدعاوى، لكن بصدور قانون الاسرة رقم 84-11 رجع المشرع مرة أخرى إلى فكرة لزوم ووجوب عدة محاولات للصلح قبل الفصل في قضية الطلاق، وذلك بموجب المادة 49 منه⁴⁶⁵.

ب- المرحلة الثانية: بعد صدور القانون 84-11 المؤرخ في 1984/6/9 المتضمن لقانون الاسرة، والذي جاءت المادة 49 منه صريحة في اعتبارها لمحاولة الصلح إجراء جوهريا بقولها "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ودون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة شهور"، كما اعتبرت المحكمة العليا محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا، ومن النظام العام، ففي قرارها الصادر في 1989/12/25 بأنه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن اثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كانت الثابت في قضية الحل أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49-55-56 من قانون الاسرة، يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴⁶⁶.

⁴⁶³ - أنظر، م أ، غ ق خ، 1970/10/16، ن ق، 1969، عدد 2، ص 44.

⁴⁶⁴ - أنظر، م أ، غ ق خ، 1970/10/21، ن ق، 1972، عدد 1، ص 65.

⁴⁶⁵ - الأخضر قوادي، المرجع السابق، ص 62.

⁴⁶⁶ - أنظر، م ع، غ أ خ، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م ق 1991، عدد 3، ص 71.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة بتاريخ 1991/06/18 بأنه "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴⁶⁷.

وبذلك يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نصاً إجرائياً أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيباً ومخالفاً للقانون ويتحتم نقضه، ويستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق⁴⁶⁸.

وعليه بعد صدور قانون الأسرة أصبح القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، وكل حكم صدر بدونها وقضى بالطلاق أو التطلق يكون غير قانوني حسب المادة 49 المذكورة، ويفهم من المادة 56 أن القاضي وحده هو الذي يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلح بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقاً إلا إذا اثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرهما على القاضي أو أثنائه، وأن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فليس على القاضي سوى الحكم به⁴⁶⁹.

ولكن يؤخذ على المشرع الجزائري هنا أنه أغفل ما يمكن أو يجب على القاضي أن يفعله بعد فشل محاولة الصلح أو بعد نجاحها، ولذلك كان هذا النص محل تعديل بعد صدور الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 فأصبح نص المادة 49 "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريه القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

⁴⁶⁷ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م ق، 1993، عدد 1، ص 65.

⁴⁶⁸ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، سوريا، 1986، ص 324.

⁴⁶⁹ - نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2017، ص 119.

ومن زاوية القانون المقارن، كان للمشرع السوري نفس الموقف، إذ ينص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 88 منه على أنه "إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهرا أملا بالصلح، إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين واستمع إلى خلافهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرّون على إزالة الخلاف، إذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة وأعتبر الطلاق نافذا من تاريخ إيقاعه".

ويظهر من خلال هذا النص أن المشرع السوري قد جعل محاولة الصلح التي يجريها القاضي قيّدا على استعمال حق الطلاق، ولكنه كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري إذ أنه بين المدة اللازمة لإجراء الصلح بين الطرفين، وأوضح الاجراء اللازم اتخاذه عند فشل محاولة الصلح⁴⁷⁰، وسيمكن القول بأن المشرعان الجزائري والمغربي اتفقا على ضرورة إجراء الصلح بين الزوجين قبل الفصل في دعوى الطلاق، إلا أن هناك اختلافا بسيطا بين المشرعين، حيث أن المشرع الجزائري نص على اجراء عدة محاولات الصلح بين الزوجين، بخلاف نظيره المغربي الذي نص على اجراء محاولة الصلح مرة واحدة أو مرتين في حالة وجود أطفال⁴⁷¹.

أما التشريع المصري فقد اعتمد على نظام الصلح من خلال المادة 18 من قانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بقولها: "تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح مع علمه بها-بغير عذر مقبول رافض له، وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك،

⁴⁷⁰- مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون الخاص، تحت الاشراف أ/د: جيلالي تشوار، سنة 2010/2009، ص 134.

⁴⁷¹- أحمد عوض هندي، القانون الاجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الاجرائي، مقالة منشورة في دورة المقاصد الشريعة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندري، 2009، ص 15-16.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين (30) يوماً ولا تزيد على ستين (60) يوماً⁴⁷².

فالمشرع المصري ألزم القاضي عرض الصلح وهو ما أكدته محكمة النقض في هذا الصدد بأن التزام القاضي بعرض الصلح مرتين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطلق وفقاً للمادة 18 سالف الذكر، مخالفة ذلك، مؤاده مخالفة القانون، علة ذلك، السعي للإصلاح إجراء جوهرى لصيق بالنظام العام، أثره لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها ما دامت عناصره تحت نظر محكمة الموضوع، قضاء المحكمة بالتطبيق دون التدخل بعرض الصلح على الزوجين رغم وجود أبناء، خطأ⁴⁷³.

وإن كان المشرع المصري في هذا النص لم يبين الإجراءات الواجب على المحكمة اتباعها في عرض الصلح، إلا أن مفاد هذا النص يلزم المحكمة بتحديد جلسة لعرض الصلح إعلام الخصوم بها، ولكن لا يشترط آلية معينة لإعلام الخصم الغائب بجلسة عرض الصلح، فيكفي أن تقرر المحكمة في إحدى جلساتها أن الجلسة القادمة سيتم فيها عرض الصلح حتى يتحقق علم الخصوم بهذه الجلسة.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 2002/02/09 بأنه "من المقرر قانوناً أن يقوم القاضي بعرض الصلح في الجلسة المحددة للصلح في حضور الخصوم أنفسهم أو حضور ممثلي الخصوم أو أحدهم بناء على تفويض خاص بالصلح تطبيقاً لأحكام المادة 72 مرفعات"⁴⁷⁴، كما اعتبر المشرع المصري الخصم المتخلف عن جلسة الصلح رافضاً

⁴⁷² - شامي محمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق تحت الاشراف أ/د: رابيس محمد، سنة 2014/2013، ص 104 و 105.

⁴⁷³ - نقض 2004/01/24، المستحدث ومجموعة من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية ودوائر طلبات رجال القضاء بمحكمة النقض، 2003/10/01 حتى سبتمبر 2004، ص 32، نقلاً عن: عبد المنعم أحمد سلطان عيد، اتجاه المشرع في حل المنازعات الاسرية، مقالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2010، ص 493-494.

⁴⁷⁴ - أنظر، محكمة النقض المصرية، طعن رقم 716، جلسة 2002/02/09، مقتبس عن أحمد ماهر زغلول، أصول دار النهضة العربية، 2001، ص 1031.

له ولكن بشرط توفر أمرين، الأول هو عدم حضور جلسة الصلح رغم علمه بذلك، والثاني أن يكون تخلفه بدون عذر مقبول، ويتوفر هذين الشرطين يعتبر عدم الحضور لارفضاً ضمناً للصلح من طرف الخصم المتخلف.

وسواء حضر الخصمان ورفضاً كليهما أو أحدهما الصلح، أو تخلف أحدهما دون عذر مقبول، مع توافر علمه بالجلسة، على المحكمة أن تثبت ذلك في محضر الجلسة وتصدق على هذه المصالحة، ثم تنتقل لنظر القضية تمهيداً لإصدار حكم فيها، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1995/12/18 بأنه "إن تضمين الحكم أن محاولات للصلح قد بذلت ورفضها أي من الخصوم دون أن يكون لذلك أصل ثابت بمحاضر الجلسات يعيب الحكم بمخالفة القانون ويرتب البطلان"⁴⁷⁵.

ويصدر قانون إنشاء محاكم الاسرة رقم 10 لسنة 2004 م، حيث ينص في مادته 05 على: "تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة كل محكمة جزئية مكتب-أو أكثر-لتسوية المنازعات الاسرية، تتبع وزارة العدل، ويضم عدداً كافياً من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين الذين يصدر بقواعد اختيارهم قرار من وزير العدل بعد التشاور مع الوزراء المعنيين، ويرأس كل مكتب أحد ذوي الخبرة من القانونيين وغيرهم من المختصين في شؤون الاسرة المقيدين في جدول خاص يعد لذلك في وزارة العدل، ويصدر بقواعد وإجراءات وشروط القيد في هذا الجدول قرار من وزير العدل".

من هنا يتضح لنا أن المشرع المصري هو أول قانون عربي ينشئ محاكم الاسرة وينص على إنشاء مكاتب التسوية وذلك من أجل فض النزاعات الاسرية، وي طرح ملف القضية أمام مكاتب التسوية قبل عرضها أمام محكمة الاسرة⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵- أنظر، محكمة النقض المصرية، طعن رقم 264، ص 63، أحوال الشخصية، جلسة 1995/12/18، مقتبس عن أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في المسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2000، دار المطبوعات الجامعية 2000، ص 127.

⁴⁷⁶- ولا شك أن إنشاء هذه المكاتب وقيامها بمحاولة تسوية النزاع صلحاً بين أطرافها، في مرحلة سابقة على اللجوء إلى محاكم الاسرة، من شأنه أن يكون عاملاً مساعداً لتخفيف عن كاهل محاكم الاسرة، بوضع حد للنزاعات الاسرية بإنهائها صلحاً بالتوفيق بين أطرافها، مما يقلل من اللجوء إلى المحاكم، وهذا يخفف بدوره العبء الملقى على القضاة، فضلاً عما تحققه مكاتب

أما فيما يخص مدى التزام الأطراف باللجوء إلى مكاتب تسوية منازعات الاسرة، فإن المشرع المصري لم يجعل ذلك رخصة أو سلطة اختيارية لأطراف النزاع، بل أوجب على من يرغب في إقامة دعوى بشأن مسائل الأحوال الشخصية، التي تختص بها محاكم الأسرة، أن يقدم طلبا لتسوية النزاع إلى المكتب المختص⁴⁷⁷.

كما يمكن للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح وتتم محاولة الصلح تحت الاشراف القاضي، وإذا تمكن الحكمان من الصلح يثبت في محضر يصادق عليه القاضي، كما يجوز للقاضي إنهاء مهمة الحكمين إذا تبين له صعوبة محاولة الصلح ويفصل في القضية بموجب حكم⁴⁷⁸.

بالإضافة إلى اجراء الصلح يمكن للقاضي وفقا لأحكام المادة 56 من قانون الاسرة، أن يعين حكمين أثناء محاولة الصلح وذلك في حالة اشتداد الخصام ولم يثبت الضرر، والقاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في هذه الحالة وإنما تعيين الحكمين يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وهذا ما جاء به قرار المحكمة العليا بالملف رقم 620084⁴⁷⁹، ويكون دور الحكمين تقريب وجهات النظر ومحاولة الإصلاح بين الزوجين، ويتم اطلاع القاضي بأي إشكال يعترض الحكمين وللقاضي إنهاء مهامهما⁴⁸⁰، وعند الوصول إلى تحرير محضر بالصلح بين الطرفين فيقوم القاضي بالمصادقة عليه بموجب أمر عملا بأحكام المادة 1004 من قانون الاجراءات

التسوية على الصعيد الاجتماعي برأب تصدع الاسرة، والمحافظة على الروابط الاسرية، والعمل على استقرارها والتوفيق بين أطرافها.

⁴⁷⁷- وهدف المشرع المصري من ذلك تيسير الإجراءات، وسرعة الفصل في هذه واختصار الوقت والتسهيل على المتقاضين، فإذا رأت المحكمة أن هذه الدعوى من الدعاوى التي يجوز فيها الصلح فلها أن تأمر بإحالتها إلى مكتب التسوية المختص أو تقضي بعدم القبول، فالإحالة إلى المكتب المختص بالتسوية مكنة للمحكمة حولها المشرع لإياها، سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، مصر، ط 02، 2007 م، ص 126-127.

⁴⁷⁸- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة 2010، ص 173.

⁴⁷⁹- مجلة محكمة العليا، المحكمة العليا، العدد 01، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والاشهار، الجزائر، سنة 2012، ص 209.

⁴⁸⁰- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 166.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

المدنية والإدارية، ليصبح سندا تنفيذيا بمجرد ايداعه وتصبح له نفس الحجية بالنسبة لمحضر الصلح الذي يحرره القاضي أثناء محاولة الصلح التي يقوم بها⁴⁸¹.

هذا الاستثناء هو التحكيم الذي أصبح يمثل دورا وملموساً سواء على المستوى الوطني أو الدولي، هذا ما دعا المهتمين في الدول العربية والإسلامية إلى البحث في هذا الموضوع لحل مشكلة قضايا الأحوال الشخصية التي ترد إلى محاكم الأحوال الشخصية وتزدحم بها ساحات القضاء، فمنهم من يرى ضرورة حل هذه المشاكل بطريق آخر غير الوصول لساحات القضاء، فنجد أن دولة الامارات العربية المتحدة قد أنشأت في محاكمها قسماً سمته التوجيه الاسري من مهامه عند عرض قضية على قسم الأحوال الشخصية لا تسجل في السجلات، بل يوجه الزوج أو الزوجة إلى شخص اسمه الموجه الاسري، الذي يتصل بالطرف الآخر لبحث المشكلة، حيث يناقش مع الزوجين هذه المشكلة ثم يقدم تقريراً للقاضي⁴⁸².

كما كان المشرع المصري كان له موقف خاص بشأن الصلح دعاوى التطليق التي ترفعها الزوجة لتطلب من القاضي فك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها، ولا يكون ذلك إلا بناء على أسباب محددة في القانون سلفاً، وفي مثل هذه الدعاوى فإن محاولة الصلح بين الطرفين لا يقوم القاضي وإنما يندب لذلك حكمين وفقاً لنص المادة 19 سالفه الذكر⁴⁸³.

وقد خصص المشرع المصري المادة 20 من نفس القانون للصلح في دعاوى الخلع، والتي تنص على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعاوها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

⁴⁸¹ - صديقي الاخضر، إجراءات التقاضي أمام شؤون الاسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28، ص 36.

⁴⁸² - حسن الجعفري، كلمته في التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول دور البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، بيروت، سنة 2002 م، ص 10.

⁴⁸³ - نبيل محمد عبد اللطيف، تعليق على القانون، رقم 1 لسنة 2000، دار النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة 2000، ص 47.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق المخلع الا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى وجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض"، ويظهر من هذه النصوص أن قيام القاضي بعرض الصلح على الخصوم في الدعاوى الرامية إلى فك الرابطة الزوجية ليس أمراً اختيارياً متروكاً للسلطة التقديرية للمحكمة وفق ما يتراء لها من ظروف وملابسات الدعوى، وإنما أمراً وجوبياً على المحكمة، بحيث لا تفصل في النزاع قبل محاولة إنجائه صلحاً وعجزها عن ذلك وإلا أعتبر الحكم مبنياً على إجراءات باطلة.

وتلتزم المحكمة بإجراء محاولة ثانية للصلح في حالة وجود الأبناء، وحتى لا تكون محاولتي الصلح سبباً لتأخير الفصل في الدعوى تضمنت الفقرة الثانية من المادة 18 قيداً زمنياً، ويترتب على مخالفة المحكمة لهذا الالتزام بطلان الحكم لأنه بني على الإجراءات باطلة، وقد قررت محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 2003/02/22 أنه "يعتبر السعي للإصلاح اجراء جوهري لصيق بالنظام العام، فإذا تبين من أسباب محددة في القانون سلقاً، وفي مثل هذه الدعاوى فإن محاولة الصلح بين الطرفين لا يقوم بها القاضي وإنما يندب لذلك حكمين وفقاً لنص المادة 99 سالفه الذكر⁴⁸⁴، فإذا تبين من الحكم أن المحكمة لم تعرض الصلح إلا مرة واحدة رغم وجود أبناء كان الحكم باطلاً خطأً في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه"⁴⁸⁵.

ومما لا شك أن إسناد مهمة الصلح بين الطرفين للقاضي يعد أحد مظاهر الوظيفة القضائية في التشريعات الحديثة، ويعول القانون في مباشرة القاضي مهمة الصلح بين الخصوم على هيبة القضاء وحسن نية الخصوم، إذ يخاطب القاضي إرادة الخصوم ويستحثها على إنهاء

⁴⁸⁴- نبيل محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 47.

⁴⁸⁵- محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 517، جلسة 2003/02/22، مقتبس عن يحي إسماعيل، إرشادات قضائية في منازعات التنفيذ الموضوعية ومسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاة الفصلية، ملحق السنة 29، نادي القضاة، ص 18.

المنازعة صلحا، وتحويل القاضي مباشرة الصلح بين الخصوم يعد تأكيدا على الدور الإيجابي المسند إلى القاضي في خصومة الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعين على القاضي عدم الاكتفاء بمجرد طلب الصلح بين الخصوم أو القاء سؤال عابر عن مدى استعدادهم للصلح وإنما يجب عليه أن يحيط بأسباب الخلاف، وأن يبذل جهدا حقيقيا وكافيا لمحاولة إيجاد سبل إزالة هذه الأسباب⁴⁸⁶.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع المصري قد اهتم اهتماما كبيرا لحل النزاعات بين الزوجين بالطرق الودية، من خلال إلزام الخصوم بضرورة اللجوء إلى مكاتب تسوية المنازعات الاسرية قبل اللجوء إلى القضاء، علما تنتهي النزاع بينهما في المرحلة الأولى وقبل عرض الاسرار الاسرة على القضاء، فإذا فشلت هذه المكاتب في حسم النزاع القائم بين الزوجين، فإن المشرع المصري أيضا حرص على كيان الاسرة، حيث ألزم القاضي بضرورة عرض الصلح على الزوجين قبل الفصل في النزاع وضرورة إحالة النزاع القائم بيتهما إلى التحكيم في محاولة منه لفض النزاعات الاسرية.

ثانيا: لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي

نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وذلك واضح في المادة 49 من قانون الاسرة التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ - سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الاسرة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005، ص 202.

⁴⁸⁷ - كان تسجيل أحكام الطلاق في السابق يتم وفقا لأحكام الامر الصادر في 1970/02/09 ويسجل حكم الطلاق بعد ثلاثة أيام على هامش عقد الزواج، وكذا هامش الميلاد لكل من المطلقين، أنظر ذلك في المادة 59 من الامر المؤرخ في 1970/02/09 والمادة 49 من المرسوم الصادر في 1959/09/17.

ولذلك فإنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة.

وقد جعل المشرع الجزائري الحكم بالطلاق حكماً نهائياً لا يقبل الطعن فيه بطرق الاستئناف، وهو ما تضمنته المادة 57 من الأمر 02/05، وذلك اعتماداً على أن الطلاق في الفقه الإسلامي، لا يقبل أي تعديل أو مراجعة، لكنه بالمقابل منح المجال أمام المتضرر من الحكم بالطعن في جوانبه المادية كالمبالغ النفقة، أو التعويض عن الطلاق التعسفي أو المسائل الخاصة بالسكن وغيرها⁴⁸⁸، وترى اللجنة التي وضعت مشروع التعديل أن فترة العدة، ومع ذلك يبقى يعاب على مدة الصلح عدم تقيد ذلك بمدة العدد الشرعية، كالمراة الحامل، وبأنواع الطلاق كالطلاق البائن بينونة كبرى⁴⁸⁹.

فالمشرع قيد الحق في الطلاق، لأنه أوجب أن يقع القاضي، وهذا الشرط ليس سلباً لحق الزوج في الطلاق بل أمر وجوبي على الزوج إذا أراد أن يطلق أن يحترم الشكل الذي يقره القانون⁴⁹⁰، فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشأً للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة (03) أشهر قبل الحكم، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين⁴⁹¹، وإن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفياً، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد البيئة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقاً في حالة إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، ولعل المشرع يقصد الوسيلة العادية إيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي وأنه بإنتقاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة

⁴⁸⁸ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 3، 1996، ص 255.

⁴⁸⁹ - سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 2010، ص 124.

⁴⁹⁰ - كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2011-2012، ص 109.

⁴⁹¹ - بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 12، 2011، ص 89.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي كان بين الفاتح من جويلية 1975 وتاريخ صدور قانون الأسرة.

ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته، وقانون الأسرة لم يوفق في صياغة نص المادة (49)، لأنه لم يبين ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة، ولهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح "لا يقع" بدلا من "لا يثبت"⁴⁹²، يذهب هذا الرأي إلى القول أنه لا يعقل أن الطلاق عاسف وما يبرر موقفهم هو نص المادة (49) من قانون الأسرة باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة "لا يثبت" ليست لأن عبارة «établir ne peut être» لا تعني عبارة "لا يثبت" وإنما تعني عبارة "لا ينشأ" أو عبارة "لا يتم إقرار"، أو "لا يتم تأسيس"، لذلك فإن نص المادة (49) باللغة الفرنسية صحيح وهو يفيد بأن الحكم هو منشأ وليس كاشف لذلك على المشرع إعادة صياغة المادة (49) المكتوبة باللغة العربية⁴⁹³، ويخلص هذا الرأي إلى أن الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشئ ناتج عن دعوى منشئة.

مناقشة قانون الأسرة الجزائري:

-الوجهة الأولى: قانون الأسرة وموقفه من الأزواج الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع.

- الوجهة الثانية: ثبوت الطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

الوجهة الأولى:

فإن القانون لم ينص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع، وإنما اكتفى بالإطلاق جاء في المادة 48 منه: (الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة).

⁴⁹²- تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 74.

⁴⁹³- طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، يومي 04 و05 ماي، 2014، ص 389.

فالأزواج أقسام كما بينا: هازل ولاعب، وسكران ومجنون وغاضب ونائم، ومخطئ وجاهل، وغافل ومكره، والعاقل البالغ غير المكره، فالقانون لم يبين أي الأزواج يقصد، أم أنه يقصد كل ما يصح عليه إطلاق اسم الزوج؟ لكن نستطيع أن نفهم أن الإرادة شرط لوقوع الطلاق في قانون الاسرة الجزائري وذلك في قوله (بإرادة الزوج).

فالعاقل البالغ غير المكره، والمجنون والسكران والصبي كلهم قد يريدون الطلاق، أما اللاعب الهازل والغافل والجاهل المخطئ والمكره والذي اشتد غضبه، كلهم لا يريدون الطلاق. فهل يقصد هذا التقسيم تقييد الإرادة؟ أم أنه لا يقصد ذلك؟

ونستطيع أن نفهم من المادة 49 منه والتي تنص على (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة (03) أشهر)، أنه يقصد العاقل البالغ غير المكره فقط، لأن كل الأقسام من الهزل اللاعب إلى المكره لا يريدون الطلاق وبالتالي يتم الرجوع عنه قبل أن يثبت أثناء محاولة الصلح وقبل الحكم بالطلاق، هذا إذا رفعوا إلى القضاء، إن منهم -قطعا- من لم تصح مرافعته للقضاء لعدم اعتبار قوله كالصبي والمجنون.

ومع هذا لا نستطيع أن ننسب هذا الحكم لقانون الاسرة الجزائري، لأنه ورد في المادة 222 منه: على أن كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي: ولكي نعرف ما يتبناه هذا القانون لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وجدنا الاختلافات بين الفقهاء، فهذا وقع كل طلاق إلا طلاق المجنون والصبي وذلك يوقع طلاق الصبي ولا يوقع طلاق المجنون. وهكذا... كما رأينا ذلك فيما سبقت دراسته.

وبالتالي لا نستطيع أن نعرف ما يتبناه وما يقضى به هذا القانون، لأنه لم يرجعنا إلى مذهب معين أو قاعدة معينة تضبط بها الأحكام.

ومهما يكن فإن الغموض والتعقيم يخيمان على هذا القانون، وعليه نقترح على المقنن الجزائري أن يجلي منهجه في ذلك، وأن يتبع الوضوح والبيان، ويترك التعميم والاطلاقات جانبا،

لأنها لا تتناسب والتفتين القانوني، والسبيل الاسلام الذي نقترحه عليه هو اتباع الترجيح في كل القضايا الخلافية، بالدليل الصحيح: والمصلحة الحقيقية المعتمدة شرعاً.

الوجهة الثانية: إثبات في قانون الاسرة الجزائري.

جاء في المادة 49 منه: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر) الطلاق لا يثبت إلا بحكم، ولا يحكم القاضي بالطلاق إلا بعد محاولة الصلح، وأن لا تتجاوز مدة الصلح ثلاثة (03) أشهر، ومعنى هذا أن الزوج إذا طلق امرأته، فلا يعتد به حتى يحكم القاضي به، فإذا حكم به فذاك، وإلا ما عد ذلك طلاقاً في نظر القانون.

ولا يثبت الطلاق إلا في حالة عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين، فيحكم القاضي بالطلاق، وهذا مخالف للكتاب والسنة واجماع المسلمين، فقد رأينا اجماع الفقهاء على أن الزوج العاقل البالغ غير المكره، إذا طلق امرأته طلاقاً للسنة، فإن الطلاق يقع من حينه، ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ولا غيره.

أما تقييد اثبات الطلاق بحكم القاضي نكتف بما قاله أستاذنا الجليل الدكتور محمد بلتاجي⁴⁹⁴ فيه: حيث يقول: "فمن الثابت المقطوع به نصاً واجماعاً أن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته الصحيحة وهي محل صحيح لإيقاع الطلاق، وقع طلاقها على الفور، فلم تعد زوجة مطلقة، دون توقف هذا الحكم على شيء آخر، بإطلاق، لا حكم قاض ولا انتظار زمان ولا غير ذلك".

ولا يمكن لأحد أن يقول أن الطلاق لا يقع شرعاً إلا أمام القاضي وبعد التحكيم أو محاولة الصلح، لأنه لم يرو عن الرسول صلى الله عليه وسلم ولا عن صحابته ولا عن أحد من سلف هذه الامة، أنهم كانوا لا يرفعون طلاقاً لرجل إلا أمام القاضي وبعد التحكيم على النحو السابق، فالقول بذلك اشتراط في شرع الله تعالى بغير ما شرط هو أو بينه رسوله القائم على أمور التشريع أو جمهور صحابته الذين شهدوا عصر التنزيل وعاشوا أوضاعه.

⁴⁹⁴ - محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مكتبة الشباب (1400-1980)، ص 334-335.

وينص المشرع الجزائري في المادة 50 من نفس قانون الاسرة الجزائري على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وينص في المادة 51 من نفس القانون على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج أو تطلق غيره أو يموت عنها بعد البناء"، من خلال هذه النصوص يمكن القول أن المشرع الجزائري فرق بين فرضين، الأول أن الطلاق الرجعي يثبت بدون حاجة إلى صدور حكم قضائي، أما الفرض الثاني فهو أن الطلاق البائن لا يثبت إلا بحكم قضائي، ويقصد به الطلاق البائن بينونة صغرى، بمعنى أنه لا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة⁴⁹⁵.

فإن كان المشرع الجزائري ذهب إلى وضع قيود على طريقة إيقاع الطلاق حتى لا يبقى عبثاً، إلا إنه بموقفه هذا لو طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً وصادر حكم من المحكمة بإثبات الطلاق قبل انقضاء العدة، فليس للزوج حق المراجعة إلا بعقد جديد وبموافقتها، وهذا ما يتناقض مع الوصف الشرعي للطلاق الرجعي، إذ أن المشرع يجعل بذلك كل طلاق هو طلاق بائن ولا يعتد على الاطلاق بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة، وهذا مخالف لمقتضيات الشريعة الإسلامية.

يرى أحد الفقهاء أن ما يأخذ على قانون الاسرة أنه: صرح بأن للزوج أن يراجع مطلقته أثناء محاولات الصلح، سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً، وسواء انتهت العدة أم لم تنتهي، فما دمت مدة الصلح باقية والتي حددها بثلاثة أشهر- فلزوج حق المراجعة حتى التي طلقها قبل الدخول له ففترة الرجعة هو بقاء مدة الصلح، فإذا حكم القاضي بالطلاق ليس للزوج حق المراجعة ولو كان الطلاق رجعياً ولم تنتهي مدة العدة⁴⁹⁶.

وفي كل الأحوال إذا تبين بأن الزوج قد طلق مرتين بالارادة المنفردة، وراجع زوجته من خلالها دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر طلاق لثالث مرة متى سأل القاضي الزوج السؤال الجوهرى هل سبق له وأن طلق ويتأكد من ذلك باتخاذ كل التدابير

⁴⁹⁵ - احسن بن شيخ آث ملويا، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، 2005، ص 222.

⁴⁹⁶ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 445.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

حسب نص المادة (450) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه يثبت تلك الواقعة المادية في محضر الصلح ولا سيما أمام إقرار المطلقين بها الأمر الذي يجعل من القاضي يتوقف عن المواصلة في اجراء الصلح بعدما ثبت له بأن الطلاق هنا بائن بينونة كبرى بمفهوم نص المادة (51) من قانون الاسرة⁴⁹⁷.

والجدير بالذكر أن العمل القضائي جاء موافقا للقانون والشرع فقد صدر قرار عن محكمة العليا بتاريخ 1998/02/17 وقرر المبدأ الاتي: "من المقرر شرعاً أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضاوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاث، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة (57) من قانون الاسرة وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح يرفض الطعن"⁴⁹⁸.

وجاءت في حيثيات القرار كما يلي: "لكن حيث أن قضاة مجلس قضاء الجلفة لم يخرقوا المادة (57) من قانون الاسرة، لأن الطاعن صرح أمامهم بأنه طلق زوجته المطعون ضدها ثلاث، وأنه لهذا السبب تحرم عليه إرجاعها الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لمجلس قضاء الجلفة يعتبرون أن حل الرابطة الزوجية بين طرفي النزاع في قضية الحال يعد طلاقاً وليس تطبيقاً كما أشار إلى ذلك حكم أول درجة، لأن الطاعن هو الذي صمم على طلب الطلاق لكونه حرمت عليه المطعون ضدها ثلاثا الأمر الذي يجعل الوجه الثاني... مما يستوجب رفضه".

ومقارنة مع المشرع الجزائري فقد ذهب المشرع المصري في المادة 5 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 إلى أنه "على المطلق أن يوثق إسهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين (30) يوماً من إيقاع الطلاق، تعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره

⁴⁹⁷ - يوحاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2013-2014، ص 169.

⁴⁹⁸ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 176551، المؤرخ في 2012/04/12، المجلة القضائية، 2000، عدد 01، ص 171 إلى 173.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة من إسهاد الطلاق إلى المطلقة، أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل، وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

وبذلك فقد بنى المشرع المصري موقفه من القاعدة التي قررها جمهور الفقهاء في ترتيب آثار الطلاق فور وقوعه، ومن رأي بعض الفقهاء الأحناف في حال إخفاء الزوج الطلاق الواقع منه على زوجته، فقرر أن لا تبدأ آثاره إلا من يوم علمها به زجراً له، ومعاملة له بنقيض قصده⁴⁹⁹.

وبذلك يكون المشرع المصري قد ذهب في نفس اتجاه المشرع الجزائري في وضع قيد على استعمال الزوج لحق الطلاق، حتى لا يكون فيه تعسف يضر بالزوجة ولكن بما يتماشى وقواعد الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للمشرع السوري فإنه قد مر بمرحلتين، خلال المرحلة الأولى لم يكن يحتاج تسجيل الطلاق لدى المحكمة الشرعية إلى أية إجراءات وإنما كان يتقدم الزوج باستدعاء إلى المحكمة يطلب فيه سماع اقراره بالطلاق ويرفقه بخلاصة عن صك الزواج وإخراج قيد مدني للطرفين وسند إقامة للزوجة، فيسمع القاضي الإقرار ويأمر بتسجيله في سجلات المحكمة الشرعية وإبلاغ الزوجة، وترسل نسخة عنه إلى سجلات الأحوال المدنية لتسجله على صحيفة الزوج⁵⁰⁰.

أما بعد التعديل وبصدور القانون رقم 34 لسنة 1975 أصبح الطلاق وفقاً لنص المادة 88 من هذا القانون يحتاج إلى اتباع الإجراءات.

- إذا حضرت الزوجة فوافقت على الطلاق بذل القاضي جهده للإصلاح، فإن تعذر ذلك سمع إقرار الزوج بالطلاق.

⁴⁹⁹ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، 2005، ص 470.

⁵⁰⁰ - محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 412.

- إذا حضرت الزوجة وعارضت بالطلاق بذل القاضي جهده بالإصلاح واستعان بحكمين للتعرف على أسباب الشقاق ومحاولة وجهات النظر، ويمكن أن يعقد لأجل ذلك عدة مجالس عائلية، فإن تعذر الإصلاح وأصر الزوج على الطلاق سمع القاضي إقراره وأمر بتسجيله أصولاً.

وإن كان نص المادة 88 قد شابه بعض الغموض والقصور في الصياغة مما يوحي على أن الامهال شهراً وبذل القاضي جهده للإصلاح والاستعانة بالحكمين يأتي بعد إيقاع الزوج للطلاق بدليل ما جاء في الفقرة 3 من هذه المادة، وذلك حين نص المشرع على أنه إذا لم تفلح هذه المساعي (أي مساعي الصلح) سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه مما يفيد أن وقوع الطلاق كان قبل إجراءات المصالحة والتحكيم أي قبل تقديم طلبه إلى المحكمة، وهذا أمر لا ينسجم مع القواعد الشرعية الثابتة في شأن الطلاق.

وذلك لأن الإصلاح بعد الطلاق إما أن يتم قبل انتهاء العدة أو بعدها، فإن تم قبل انتهاء العدة فيحتاج الأمر إلى مراجعة المطلق لزوجته وتسجيل طلاقه على المطلق، وإن تم بعد انتهاء العدة فهو زواج جديد يحتاج إلى عقد جديد ومهر جديد، وتسجيل للطلاق وللزواج الجديد، لأنها بانتهاء عدتها تكون قد بانته منه، مع أنه هناك حالات تنتهي فيها العدة خلال أيام معدودات لا يستطيع خلالها القاضي أن يتدخل للإصلاح إذا كانت الزوجة المطلقة حاملاً ووضعت حملها في فترة وجيزة من تسجيل لمعاملة الطلاق.

فإذا كان التشريع وقضاء يضع هاته القيود على استعمال الزوج لحقه في الطلاق ليس لأجل منعه من ممارسة حقه، وإنما تقادياً ومنعاً للأضرار بالطرف الآخر، ولكن ما حكم الطلاق الذي يقع مخالفاً لهذه القيود؟ وما هي الآثار التي يترتبها؟

الفصل الثاني:

صور الطلاق الموجب

للتعويض.

مقدمة:

إن الزواج من الواجبات الشرعية وكذا هو ضرورة بيولوجية، شرع لبناء أسرة لتكون اللبنة الأولى في البناء الاجتماعي مصداقا لقول الله تعالى: (وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً وَإِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)⁵⁰¹، إن من قوام الحياة الزوجية السكينة والمودة والرحمة القائمة بين الزوجين، ولكن من طبيعة البشر أن يحدث تصادم بين طبائع الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، وتحدث مشاكل منها ما يمكن معالجته وإيجاد حلول له، ولكن بعض المشاكل بالاستحالة بمكان أن تكون له حلول آنية وموقفة لسيرورة المشكل، حتى يتحول إلى شقاق بين الزوجين ويستعصي معه الاحتواء، وتستحيل معه مواصلة العشرة الزوجية.

حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية، والمحافظة عليها والانتفاع بثمراتها بصفة دائمة ومؤبدة، فدعت في كثير من الآيات إلى حسن المعاشرة وتحقيق المثل العليا والمقاصد السامية، وعدم التأثر بما يعترض حبل المودة من عقبات ومشاكل نفسية ومادية.

ولما كان الإسلام ديناً واقعياً، يعمل حساباً لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، حرص على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، شرع نظام الطلاق مع شدة تقديسه للزواج ورفع من شأنه على أنه عقد أبدي لا يمكن فصره، ذلك أن الحياة الزوجية المؤبدة قد تصبح في كثير من الأحيان مستحيلة التحقق بسبب ما ينشأ بين الزوجين من خلافات وخصومات وتباين وجهات النظر بصفة تعجز جميع وسائل التقويم عن إصلاحها وردها إلى الطريق المستقيم، ولهذا جاءت شريعة الإسلام بإباحة الطلاق، مخرجاً من الضيق، وفرجاً من الشدة والعنت، وذلك بارتكاب أخف الضررين وأهون

⁵⁰¹ - سورة الروم، الآية 21.

الشرين، بالمحافظة على ما يكون بين الزوجين من الأولاد حتى لا يقع عليهم ضرر بسبب هذا الطلاق⁵⁰².

ولقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر، ولقد دل القياس على الطلاق أيضا، لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين، ولم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تقويت للهدف وللغاية المنشودة من الزواج، وتضييع لمصالحه التي شرع لأجلها، ومن هنا، شرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتآفران والمتباغضان من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة، لقوله سبحانه: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته، وكان الله واسعا حكيما﴾⁵⁰³.

فالطلاق قد يقع من الرجل، أو يوقعه القاضي بطلب من المرأة في الخلع والتطليق، وإن كانت نتيجته واحدة وهي فك الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة، إلا أن القصد منه يختلف من وضع إلى آخر، وهنا يبرز التعسف في استعمال الحق الذي يقاس بالغاية من استعمال صاحب الحق لحقه، فإذا جانب غاية الحق عند استعماله كان متعسفا، وهذا التعسف في استعمال حق الطلاق قد يتخذ عدة صور، حصرتها في اثنين هما، طلاق المريض مرض الموت، والطلاق من غير مبرر مشروع، مع محاولة تبيان معيار التعسف في كل حالة، وقد يقع الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين مما ينبغي تبيان حالات النشوز كسبب موجب للتعويض.

المبحث الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والزوجة

لقد شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء لقوله عز وجل: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁵⁰⁴، ولكن قد تعترض العلاقة الزوجية في بعض الأحوال أمور تجعل الحياة الزوجية مصدر الشقاق

⁵⁰² - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة 5،

2007، ص 210 و 211.

⁵⁰³ - سورة النساء، الآية 130.

⁵⁰⁴ - سور النساء، الآية 17.

والخصام المستمر بين الزوجين بدل أن تكون سبباً للاثتلاف والوئام، فتصبح الرابطة الزوجية جحيماً ونقمة، بعد أن كانت نعمة وسعادة، فشرع الطلاق في الإسلام للتخلص من الزوجية التي لا خير في بقائها فإن كان الزواج يهدف أساساً إلى تنظيم العلاقة الزوجية وحفظ أعراض الناس، وإثبات نسب كل مولود، فإن الزوجين يستطيعان التخلص من الرابطة الزوجية إذا تبين أنها مصدر شقاء، وأنه لا يمكنهما التعاشر بالمعروف، ولا أن يقوم كل منهما بحقوق الزوجية وواجباتها وذلك بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

وقد جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق خاضعاً لشروط تجعل إيقاعه من جانب الرجل وهو يعقد الزواج وينوي بقاءه قائماً مستمراً مدى الحياة، فلا تصح مفارقة أي زوج لزوجته إلا لأسباب خطيرة يقدرها هو حسبما يمليه عليه ضميره وما توحيه العقيدة الدينية والقيم الإسلامية، فالإسلام لا يبيح استعمال حق الطلاق إلا عند الضرورة وفي الحالة التي يصعب معها إجراء وفاق بين الزوجين لوجود شقاق ونفرة بينهما.

وإذا استعمل بغير سبب أصبح بمثابة التعدي على حدود الله، كما أنه مبعوض ومكروه لقول النبي صلى الله عليه وسلم "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق" وقوله أيضاً: "تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش"، ولم يشترط في الطلاق أن يكون برضا الزوجين واتفقهما كما في عقد الزواج إذ لو اشترط ذلك قلما يمكن إنهاء الزوجية التي لا خير في بقائها.

وبذلك قررت الشريعة الإسلامية حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته وطبقاً لمشيئته، إلا أنها لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضراراً مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معاشرته زوجها وترى في استمرارها زيادة في البغض والكرهية، عندئذ فتح لها الشرع باباً لنوع من الطلاق تتخلص فيه من الرابطة الزوجية إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، وهذا ما يعرف بالتطليق أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له وهذا ما يعرف بالخلع⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵- منصورى نورة، التطلق والخلع، وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2010، ص5-6.

وهو ما سنتعرض إليه في الفصل الثاني حيث يحتوي المبحث الأول على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والزوجة، وهو حيث سنتطرق في المطلب الأول: الطلاق التعسفي الوارد بالإرادة المنفردة للزوج أما المطلب الثاني الخلع.

المطلب الأول: الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة.

الطلاق هو الفرقة التي يملكها الزوج وحده، وعبارته فيها هي المعتمدة، بإرادته المنفردة، ولا يسأل الرجل عن علة طلاقه لأسباب اجتماعية تتعلق بأسرار الأسرة، وخصوصيات الزوجة، وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك في الحديث المروى عنه "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"، وهذا الحديث يفيد عن طريق الحصر الموجود فيه بالأطلاق لغير الزوج⁵⁰⁶.

ولقد ذكرت في المبحث السابق الضوابط الشرعية لإيقاع حق الطلاق من الزوج، لذلك فإن إيقاع الطلاق من غير حاجة ملحة إليه، وبدون سبب مشروع يقع تحت قائمة الطلاق المحذور، لأن الزوج بذلك يكون قد أضر بنفسه وبغيره، والضرر ممنوع، ودفعه مطلوب، ورفع إن وقع من الواجبات، كما أنه ناقض قصد الشارع من تشريع الطلاق، والمناقضة تعسف⁵⁰⁷، فإن طلق الرجل زوجته، في طهر لم يمسه فيها فهو طلاق صحيح، طلاق واحدة رجعية، وأشهد على ذلك كان طلاقه مشروعاً وطلاق سنة، ما دام قد استعمله لحاجة إليه، فطلاقه يقع، وتترتب عليه آثاره من وقت إيقاعه.

إذا أوقع الطلاق بقصد الأضرار بزوجته، وهذا يتطلب توفر نية الأضرار لدى الزوج وتثبت نية الأضرار بكافة وسائل الإثبات، كأن يتبين مثلاً أن الزوج طلق زوجته في مرض الموت، ولم تكن في الطلاق فائدة أو مصلحة تعود عليه بالنفع فهو يطلق زوجته لحرمانها من الميراث، فهذا يكون متعسفاً لقصد الأضرار بزوجته، وبالتالي يجب عليه تعويضها، أما إذا

⁵⁰⁶ - راجع آراء الإسلامية في طلاق الصغير، البدائع، ج 3، ص 100، الشرح الصغير، ج 2، ص 465، مغنى المحتاج، ج 3، ص 279، كشف القناع، ج 3، ص 140.

⁵⁰⁷ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 196.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

طلقها بسبب مرضه فهو مثلاً مرضاً معدياً وهو لا يريد معاناتها بسببه فينتفي قصد الأضرار، فلا يكون متعسفاً في طلاقه ولا يدفع بالتالي تعويضاً⁵⁰⁸.

ويظهر ذلك جلياً من خلال تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق التعسفي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق التعسفي.

أولاً: المعايير الذاتية أو الشخصية

تتضمن هذه المعايير معيارين فرعيين هما:

أ- معيار قصد الأضرار:

وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصداً الأضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو يطلقها في مرض موته قاصداً حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع، حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، وقد تكون المصلحة المراد تحقيقها من إيقاع الطلاق تافهة، لا تعتبر سبباً للطلاق، ولا تتناسب البتة مع ما يترتب عليها من أضرار، كل ذلك يعتبر قرينة على قصد الأضرار بالزوجة، والضرر ممنوع، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾⁵⁰⁹.

ب- معيار المصلحة المشروعة:

إن الله سبحانه وتعالى شرع الطلاق، وجعله بيد الرجل ليكون حلاً نهائياً وحاسماً لما يقع بين الزوجين من شقاق ونزاع، وعدم إقامة حدود الله، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيل بينهما، ويجعل من بقائها مفسدة كبرى، وضرراً عظيماً، لذلك شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، ولم يشرع إلا لهذا المقصد، وفي إيقاع الطلاق لغير هذا المقصد

⁵⁰⁸ - علي فيلالي وحמיד بن شيتي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 98/99، بن عكنون، الجزائر، ص 50.

⁵⁰⁹ - رواه البخاري ومسلم وأبو داود، أنظر أبو داود، المرجع السابق، ص 376.

يكون مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق، كما أن في إيقاعه بدون سبب سعي في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض⁵¹⁰.

ثانياً: المعايير الموضوعية أو المادية

تتضمن هذه المعايير معيارين فرعيين هما:

(أ) معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، وذلك لدفع الضرر عن نفسه، وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح، وما ينتج عنه من مفسد وأضرار تلحق كلا من الزوجة والابناء والمجتمع، نجد أن المفسد والاضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، ويكون الطلاق جلباً لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه⁵¹¹.

الفرع الثاني: صور التعسف في الطلاق.

والذي يعنيني في هذا المقام من تصرفات المريض مرض الموت هو الطلاق، ولذلك ببيان الموت وموقف القضاء منه ثم الانتقال إلى حكم الطلاق الواقع فيه وآثاره، ثم أتناول في المطلب الثاني الطلاق الذي يوقعه الزوج دون مبرر معقول أو بقصد الاضرار بزوجته وهو الطلاق التعسفي.

أولاً: طلاق المريض مرض الموت.

أ- طلاق المريض مرض الموت⁵¹² فقها وقضايا وأحكامه.

(1) تعريف مرض الموت اصطلاحاً:

ولا يكاد الفقه يختلف حول تحديد المعنى مرض الموت أو المقصود به لكنه يختلف في بيان الشروط اللازمة للقول بوجوده، فبعض الفقه يعرف مرض الموت تعريفاً يفهم من سياق حديثه عن حالة المريض حيث يقول: "إن المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب

⁵¹⁰ - عبيد رحي القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة الأردنية، 1996، ص173.

⁵¹¹ - دياب، متعة الطلاق، المرجع السابق، ص109.

⁵¹² - المرض لغة: كل ما خرج به الانسان عن حد الصحة والاعتدال

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

عليه فيه الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يصل الموت به سواء أكان الموت سببه أم نتيجة لسبب آخر.

والبعض يوجب فيقول: ان مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبه الهلاك فيه⁵¹³، ويستفاد من هذا التعريف أن المرض الذي يعتبر مرض الموت أنه الذي يجتمع فيه وصفان.

الوصف الأول: أن يغلب فيه الهلاك عادة، وغلبة الهلاك هذه قد تكون بسبب طبيعة المرض وهذه يرجع فيها إلى أقوال الفقهاء في تفسيره⁵¹⁴، وإلى الأطباء المتخصصين في طبيعة الأمراض.

وقد تكون بسبب آخر غير المرض من كل ما يقرب الشخص إلى الهلاك، كما لو وجد الصحيح في حالة يغلب فيها الهلاك عادة، فانه حينئذ يكون في حكم المريض مرض الموت، وذلك كمن يحكم عليه بالإعدام نهائياً وقدم ليقتل، أو كان في سفينة تلاطمت عليها الامراج وخيف الغرق، أو كان أسيراً لدى دولة اعتادت قتل الأسرى، وكالمرأة إذا أخذها الطلق⁵¹⁵ وكالمشترك فعلا في القتال أثناء العمليات الحربية، فهؤلاء وأمثالهم الغالب عليهم خوف الهلاك، فإذا تصرف أحدهم وهو في هذه الحالة ثم مات فعلا، كان تصرفه كتصرف المريض مرض الموت، لكن إذا أعيد المخرج إلى القتل فاعفي عنه، أو رجع المقاتل من صفوف القتال أو سكن

⁵¹³ - جريدة لخضر، الوصية في قانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2014/2013، ص33.

⁵¹⁴ - اختلفت الاقوال المذهب الحنفي في تفسير المرض الذي يخاف منه هلاك غالبا من هذه الاقوال:

أولاً: أن يكون الشخص مضني لا يقوم إلا بشدة، وهو في حال يعذر في الصلاة جالساً.

ثانياً: أن يكون الشخص أضناه المرض وألزمه الفراش، أما ان كان يذهب ويجيء وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة

صحيح.

ثالثاً: أن يكون الشخص عاجزاً عن القيام بمصالحه خارج المنزل إن كان رجلاً وعن القيام بمصالحها داخل المنزل إذا

كانت امرأة.=

=رابعاً: إذا كان لا يرجى بروه بالتداوي فمريض، وإلا فكان صحيح وغير ذلك أقوال كثيرة، انظر، الفتح والعناية على الهداية ج3 ص155، ورد المختار على الدر المختار ج2 ص534، والبدائع ج3 ص224.

⁵¹⁵ - الطلق: هو الوجد الذي لا يسكن حتى تلد أو تموت.

الموج، أو ولدت المرأة وسلمت من الطلق، أو عاد الأسير فانهم جميعا يعتبرون في حكم الصحيح، كالمريض إذا برأ من مرضه، أي أن تصرفاتهم التي وقعت في حال اعتبارهم مرضى موت تكون كتصرفات الأصحاء.

الوصف الثاني: أن يعقب مرض الموت، الموت مباشرة، سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حريق أو تصادم أو حدوث مرض آخر أشد فتكا من الاول⁵¹⁶.

(2) تعريف مرض الموت فقهاً وقضاً.

لم يأت المشرع الجزائري لا في قانون الاسرة ولا في قانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له، فجاء في مجلة الاحكام العدلية أن مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إن كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، صاحب فراش كان أو لم يكن، وإن امتد مرضه دائما على حال ومضت سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات، فيعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت⁵¹⁷، حيث نصت المادة 1595 من المجلة على أن مرض الموت هو: "المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الاناث، والذي يكون منه خوف الموت في الاكثر، ويموت هو على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان ملازما للفراش أو لم يكن إذا امتد مرضه، وكان دائما على حال واحد مضى عليه سنة، ويكون في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد ويتغير حاله، أما إذا اشتد مرضه وتوفي قبل مضي سنة، فيعد مرضه اعتبارا من وقت التغير إلى الوفاة من مرض الموت⁵¹⁸.

⁵¹⁶ - العناية على الهداية، ج3، ص155-157.

⁵¹⁷ - أديب اسطانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الانوار للطباعة، دمشق، د.ط، 1989، ص437.

⁵¹⁸ - حيث نصت المادة 1595 قانون المواريث المصري رقم 77-1943 من شرح المجلة، الاحكام العدلية، حيدر، 118/4.

فقد ورد في قانون المواريث المصري رقم 77-1943 في المادة 11 منه ما نصه: "تعتبر المطلقة بانئا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات في ذلك المرض وهي في عدته".

وجاء في القانون المدني الأردني في المادة 543 منه فيما يتعلق بمرض الموت من أنه: "المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت، إلا أن القضاء من خلال المجلس الاعلى اجتهد في الإحاطة بمفهوم مرض الموت من خلال قراره الصادر بتاريخ 1984/04/09، حيث استقر اجتهاده على أن: "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف"⁵¹⁹.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/06/15 إلى ابطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء في قرارها "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الاسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية"⁵²⁰.

فعلى الرغم من أن الموت والحياة بيد الله سبحانه وتعالى إلا أنه في حدود معرفة العقل البشري، فإن الرمد والرشح وغيرهما من الامراض العادية لا يغلب فيها الموت، بخلاف أمراض سرطان الدم أو الدماغ، فهذه أمراض ينذر الشفاء منها، إن لم يكن متعذر كلية، وتعتبر هذه المسألة من الأمور الفنية التي يرجع الفصل فيها لأهل الاختصاص من الأطباء، وقد أجمعوا

⁵¹⁹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/04/09، ملف رقم 33719، قرار غير منشور، منقول عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص244.

⁵²⁰ - المحكمة العليا، غ أش، 2005/06/15، ملف رقم 014813، نشرة القضاة عدد 59، ص231.

على أن مرض الايدز لا يبق على وتيرة واحدة، بل هو في تزايد مستمر وحالة المريض تتطور إلى أسوأ فإن مرور السنة على الإصابة به لا ينفي كونه مرض موت⁵²¹.

ومع ما وصل إليه العلم الحديث فإن رأي الطبيب هو الذي يميز بين الامراض، وأيها يقبل الشفاء، وأيها أدى إلى الموت، وتحديد ما إذا كان سبباً للوفاة أم لا⁵²²، ويلحق بالمرض مرض الموت في أحكامه من كان صحيحاً وفي حالة يتغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في براءته، وأودع السجن لتنفيذ العقوبة بالفعل، ومن كان أسيراً في دولة أجنبية عرف عنها قتل الأسرى، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج وتغلب فيها اليأس على الرجاء، فكل هذه الصور يعامل صاحبها معاملة المريض مرض الموت، ويحكم على تصرفاته بحكمه⁵²³.

ب) أحكام طلاق المريض مرض الموت:

إن تصرفات المريض مرض الموت لها أحكامها الخاصة بها، غير أنه ما يهم في هذا البحث هو الطلاق في مرض الموت والذي سيتضح من خلال شروط طلاق المريض مرض الموت وكذا الآثار المترتبة على هذا الطلاق:

1- حكم ميراث المطلقة في مرض الموت:

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه، صحيحاً كان أو مريضاً ما دامت أهليته للتصرف موجودة.

وعليه اتفق العلماء أن طلاق المريض مرض الموت امرأته في أثناء مرضه لازم له مثل الصحيح تماماً، لأنه ليس من شروط صحة الطلاق صحة المطلق، ولكن اختلف الفقهاء هنا في ميراث المرأة من زوجها الذي طلقها وهو مريض مرض الموت إذا اتصل مرضه بموته وكان طلاقها بائناً، وهل الذي يسمونه طلاق الفار، أي: أنه متهم ببيت طلاقها فراراً من ميراثها منه،

⁵²¹ - محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في قانون الأردني والفقهاء الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، سنة 2006، ص 68.

⁵²² - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 152.

⁵²³ - الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، مصر، بدون طبعة، 1989، ص 219.

فهل يعامل بنقيض مقصود أو يعامل بالظاهر فقط وهو اعتبار المرأة أجنبية عنه، فلا تستحق من ميراثه شيئاً⁵²⁴.

اتفق الفقهاء على أن المطلقة طلاقاً رجعيّاً ترث زوجها إن مات في العدة، لأن الرجعية زوجة كما سلف معرفته، ويرثها هو إن ماتت أثناء عدتها أيضاً، وكما اتفقوا على أن الزوج المطلق في الصحة أو المرض لا يرث زوجته التي طلقها بائناً سواء خرجت عدتها أو لا، كما لا يرثها إن ماتت بعد انتهاء عدتها من الرجعي⁵²⁵.

أما الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى فرأى جمهور الفقهاء أن الزوجة المدخول بها إذا طلقها الرجل في مرض الموت بغير طلب منها أو رضاً طلاقاً بائناً، ثم مات وهي في عدتها منه، يكون فاراً من إرثها حكماً، وترث منه رغم وقوع الطلاق في الحال.

1/1 شروط اعتبار المريض مرض الموت فاراً من إرث مطلقته:

ويرى الشافعية عدم إرث المعتدة من طلاق بائن في كل الاحوال، وواضح أن رأى القائلين بالإرث ينطبق بشرطين:

الشرط الأول: أن المطلقة البائنة لا ترث إلا إذا كانت أهلاً للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة، فلو كان بها مانع ميراث كالقتل أو اختلاف الدين فلا ترث حتى لو طلقه في مرض الموت.

الشرط الثاني: ألا تكون الزوجة قد طلقت طلاقاً بائناً بناء على طلبها ذلك من الزوج. ويرى ابن حزم أن طلاق المريض واقع سواء كان في مرض الموت أو في غيره، فلم يأت عند ابن حزم نص من الكتاب والسنة ما يفرق بين طلاق المريض وطلاق الصحيح⁵²⁶.

⁵²⁴ - عبد القادر داودي، أحكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص 289 و 290.

⁵²⁵ - الاشباه والنظائر، السيوطي، ص 153، والام الشافعي 254/5.

⁵²⁶ - محمد كمال الدين الامام، أحكام الاسرة، دار الجامعية الجديدة، مصر 2008، د.ط، ص 41 و 42.

أما قانون الاسرة الجزائري فلم يتعرض لطلاق المريض مرض الموت، وإنما ذكر في المادة 130 من قانون الاسرة على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي استحق الحي منها الإرث" والملاحظ أن هذه المادة لم تذكر حالة طلاق المريض مرض الموت، وعليه يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

ويشترط العلماء لاعتبار المريض فاراً من إرث زوجته خمسة شروط.

- أن يطلقها في مرض الموت: طلاقاً بائناً، أن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة.
- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة، لا يستحق ميراثاً لعدم تحقق الفرار منه.
- أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة.
- أن يموت والمطلقة في العدة، فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية وآثارها.
- أن يكون طائعا مختاراً غير مكره.

وبما أن القانون الجزائري لم يورد نصاً بشأن طلاق مريض مرض الموت، وعليه نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت، لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث⁵²⁷.

وقد ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية -العدد الخاص- أن الطلاق في مرض الموت جائز ما عدا حالة حرمان من الميراث، وقد جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث".

⁵²⁷ أبو زهرة محمد، التعسف في استعمال الحق، المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، سوريا، 1963،

وخالصة القول أن المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً، ومات قبل أن تنتهي عدتها وورثته، لأنه يقصد حرمانها من حقها في الميراث، وهذا ما يسميه الفقهاء بالطلاق الفار من الميراث الذي يجب أن يعامل بنقيض مقصودة، كالقائل لورثته الذي يحرمه الشرع من ميراثه، ولكن بشرط أن تستمر اهليتها من وقت الإبانة من الطلاق إلى موت الفار من الميراث بمعنى أنها تكون مستحقة للميراث⁵²⁸.

ثالثاً: طلاق المرتد:

نوع الفرقة التي تقع بالردة الزوجية.

اتفق الفقهاء على أن الفرقة الحاصلة بردة الزوجة تكون فسخاً لا طلاقاً، واختلفوا في نوع الفرقة الحاصلة بردة الزوج على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الفرقة الحاصلة بردة الزوجة تكون فسخاً للنكاح. المذهب الثاني: ذهب مالك ومحمد بن الحسن، إلى أن الفرقة الحاصلة بردة الزوج تكون طلاقاً بائناً.

اتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث أحداً البتة، كما أنه إذا ارتد أحد الزوجين بانته الزوجية، ولذلك فالزوج المرتد لا يرث زوجته، والزوجة المرتدة لا ترث زوجها، ومن المعروف أن الزوج إذا ارتد بانته زوجته، وفقدت حقها في الميراث، لاختلاف الدين، إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت، واعتبروه أراً بالردة من توريث زوجته، فيرد عليه قصده، ولذلك فإن الزوجة المسلمة ترث زوجها المرتد إذا مات أو قتل على رده وهي في العدة، لأنه يصير فاراً، وإن كان صحيحاً وقت الردة⁵²⁹.

واختلف الفقهاء في ميراث المسلم المرتد على المذاهب التالية:

⁵²⁸— عبد المجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، 2009، المجلد الأول، ص19.

⁵²⁹— جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص224.

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن مال المرتد يكون فيئاً في بيت مال المسلمين⁵³⁰.
المذهب الثاني: ذهب الصحابان من الحنفية والحنابلة في رواية، إلى أن مال المرتد يكون لورثته من المسلمين⁵³¹.

المذهب الثالث: ذهب أبو حنيفة، إلى أن ما اكتسبه المرتد في حال الردة فهو فيء، وما اكتسبه في الإسلام فهو لورثته من المسلمين⁵³².

المذهب الرابع: ذهب الظاهرية والحنابلة، في قول إلى أن مال المرتد لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه، وإلا فهو فيء⁵³³.

أما الزوجة المسلمة التي ارتدت وهي في مرض موتها، فإن زوجها المسلم يرثها إذا ماتت وهي في العدة عند الحنفية، لقصدها إبطال حقه، فتعامل بنقيض قصده، ولا يرثها زوجها إن ارتدت حال صحتها، لأنها بانء بالردة، ولم تصر مشرفة على الهلاك، فلا تكون فارة، ولزوجها أن يتزوج بأختها عقيب لحاقها بدار الحرب، لأنه لا عدة عليها كالميتة، ولأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه في مالها بالردة بخلاف المرتد⁵³⁴.

وقد جاء في حكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية ما يلي:

"نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امرأته إن هو مات أو قتل على رءته وهي في العدة، لأنه يصير فارة، وإن كان صحيحاً وقت رءته"⁵³⁵.

⁵³⁰ - أنظر القرطبي، الكافي، 1090/2 - الشرييني، مغني المحتاج، 25/3 - البهوتي، كشف القناع، 403/4 - ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، 167/7 - ابن قدامة، المغني، 174/7.

⁵³¹ - الموصلبي، الاختيار، 147/4 - المرغيناني، الهداية، 165/2 - ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، 167/7 - ابن قدامة، المغني، 174/7..

⁵³² - الموصلبي، الاختيار، 147/4 - المرغيناني، الهداية، 165/2.

⁵³³ - ابن حزم، المحلى، 197/11 - ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، 167/7.

⁵³⁴ - المرغيناني، الهداية، 166/2.

⁵³⁵ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص107/1.

أ- تعريف الطلاق دون سبب مشروع.

لم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وقوانين للاحوال الشخصية تعريفا للطلاق دون سبب، ولذلك فإننا نعرف الطلاق دون سبب بأنه: "مناقصة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المال، بتطبيق الزوج زوجته لغير سبب مشروع، ودون حاجة داعية إليه".

ثالثا: الطلاق بغير سبب مشروع.

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق دون سبب، ولعل السبب في ذلك، عدم وقوعه في عصرهم أو ندرته، وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت، ولترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب، وعن ظلم المرأة.

ج- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت

إن طلاق المريض مرض الموت طلاق واقع، وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 بأنه "أمن من المقرر شرعا وقانونا بأن مرض الموت، مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون"⁵³⁶.

يتضح إذن من خلال هذا الموقف القضائي أن الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع كما في الأحوال العادية، مهما كانت خطورة هذا المرض، ولا يمكن الطعن في صحة هذا الطلاق، فمرض الموت لا يمكن أن يعتبر عارضا من عوارض الاهلية، ولهذا فطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعا وقانونا ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال الأخرى إلا في استحقاق المطلقة للميراث، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث، حتى ولو وقعت الوفاة بعد انقضاء العدة في نظر بعض الفقهاء، ذلك أنه وقع خلاف بين المذاهب الفقهية في وقت استحقاق المطلقة في مرض الموت للميراث، هل بعد انقضاء العدة؟ أو أثناء العدة؟ وأوجز

⁵³⁶- أنظر، م ع، غ أ ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، م ق 2001، عدد خاص، ص 98.

هذه الأحكام، لأنه ليس مقام ذكرها في هذا البحث، إذ أنني بصدد الحديث عن صور التعسف في استعمال حق الطلاق⁵³⁷.

أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت الطلاق، وأن تستمر هذه الأهلية إلى وقت الموت، فإذا لم تكن أهلاً للميراث وقت الطلاق، بأن كانت كتابية وهو مسلم فلا يثبت لها الميراث، لأن قصد تصور حرمانها من الإرث غير متحقق لكونها محرومة منه باختلاف الدين، وكذا لو خرجت الزوجة عن أهليتها للميراث قبل موت الزوج بعد أن كانت أهلاً للميراث وقت الطلاق، بأن كانت مسلمة وقت الطلاق، ثم ارتدت عن دين الإسلام، وبقيت مرتدة حتى مات الزوج⁵³⁸.

وقد تكون الزوجة فار من ميراث زوجها، وذلك إذا كانت مريضة مرض الموت، أو ملحقة به بأن كانت في حالة يغلب فيها الهلاك، وكان الزوج قد فوض إليها أمر البيونة، فأوقعت الطلاق في مرض موتها، فإنها تعتبر فارة تعامل بنقيض مقصودها، ويرثها إذا ماتت وهي في العدة ولا ترث هي منه إذا مات، ولو كانت في العدة، لأن حق الزوج يتعلق بماله في مرض موتها، كما يتعلق حقها بماله في مرض موته، فإذا قصدت بالغرقه ابطال حقه، رد عليها قصدها، وثبت له الميراث.

● وقال الامام أحمد إن زوجة الفار تستحق الميراث ولو انقضت العدة، ما لم تتزوج بغيره قبل موته، لأنها لو ورثت بعد الزواج بغيره، لأدى ذلك إلى توريثها من زوجين في بعض الأحوال، والمرأة لا تكون شرعاً زوجة لاثنتين⁵³⁹.

● لكن الامام مالك يرى أن حق زوجة الفار لا ينقطع، ولو تزوجت بغيره قبل الموت، لأن سبب توريثها بعد الطلاق البائن هو قصد الزواج الفرار من ميراث زوجته، وهذا المعنى لا

⁵³⁷ - إلياس نعيمة، المرجع السابق، ص 371.

⁵³⁸ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 80.

⁵³⁹ - المغنى مع الشرح الكبير، ج 7، ص 217 219.

يزول بانقضاء العدة، وتزوجها بغيره فيثبت لها الميراث ولو بعد الزواج برجل آخر⁵⁴⁰، وهو رأي غير معهود في الشرع.

• وقال الشافعي إن زوجة الفار لا تستحق الميراث أصلاً، ولو مات زوجها وهي في العدة، لأن الزوجية التي هي سبب ثبوت الميراث بين الزوجين قد انقطعت بالطلاق البائن بمجرد حصوله، والميراث لا يثبت بعد زوال سببه.

• وقال الامامية: زوجة المريض مرضاً يغلب عليه الموت منه، إذا أبان امرأته أو طلقها رجعيًا بلا سؤال منها، إذا مات في المرض ترث زوجته منه ما بين الطلاق، وبين سنة كاملة إذا استمرت أهليتها لإرث من وقت الطلاق إلى الموت، فترث المرأة إذا ماتت وكانت مستحقة للميراث⁵⁴¹.

أ- إذا طلبت من زوجها وهو مريض أن يطلقها رجعيًا، فأجابها إلى ما طلبت، فإنها ترثه ما دامت في العدة، فإن أبانها بعد سؤالها الطلاق الرجعي فلا ترثه، إذ سقط حقها بطلبها الطلاق، وإن كان ما طلبته مخالفاً لما وقع.

ب- إذا أتى منها صحيحاً أو مريضاً، ومضت مدة الإيلاء في المرض، ولم يفئ بل اختار بعد أن ألزمه الحاكم بأحد الأمرين، فترثه ما بين الطلاق وبين سنة كاملة.

ت- إذا طلقها رجعيًا أو بائناً في مرضه، وفعلت مع ابنه ما يوجب حرمة المصاهرة لو وقع قبل العقد، أو مكنته من نفسها طوعاً أو كرها فترثه إلى سنة، لأن الزنى الطارئ، لا يفسخ النكاح عندنا.

ولا ترث المرأة من زوجها المريض في الصورة الآتية:

أ. إذا طلبت هي منه الابانة طائعة مختارة، وأجابها إلى ما طلبت.

ب. إذا كانت المرأة كتابية وقت ابانتها ثم أسلمت بعدها، أو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت.

⁵⁴⁰ - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج 2، ص 352.

⁵⁴¹ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، لبنان، 1968، ص 382 و 383.

ت. إذا أباؤها وهو محبوس بقصاص، أو محصور في حصن أو في صف القتال أو في سفينة عند خوف الغرق، أو في وقت نقشي الوباء، أما إذا أكره الزوج على ابانتها بوعيد تلف فلا يقع الطلاق، سواء كان في الصحة أو في المرض.

ث. إذا تزوجت بعد انقضاء عدتها.

ج. إذا باشرت المرأة سبب الفرقة غير الرجعية، وهي مريضة لا تقدر على القيام بمصالح بيتها، بأن أوقعت الفرقة بالطلاق بعد التفويض إليها، أو أرضعت طفلتها الصغيرة، وماتت قبل انقضاء العدة، فإن زوجها لا يرثها وإنما يرثها في الفرقة الطلاق الرجعي⁵⁴².

الترجيح:

بعد هذا العرض لآراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها، وبيان رأي القانون نرجيح المذهب القائل: بتوريث المطلقة ثلاثاً في مرض الموت ما دامت في العدة، وذلك لقوة أدلتهم، وموافقتها لروح العدالة في الشريعة الإسلامية، والعدل يقتضي إعطاء كل ذي حق حقه، والمريض مرض الموت عندما أيقن أنه قد أوشك على الهلاك بأن ساءت حالته، وظهرت القرائن الدالة على ذلك، قام بتطليق زوجته مع الحاجة إليها بقصد حرمانها من الميراث، فيعامل بنقيض قصده، وترث منه، إن مات في عدتها.

أما بعد انقضاء عدتها، فلا ميراث لها، سواء تزوجت أم لم تتزوج، وذلك لأن الميراث بعد انقضاء العدة قد يؤدي إلى مال ممنوع شرعاً، حيث يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة، كأن يكون قد تزوج رابعة بعد طلاقها، وبذلك فإنها ستشترك مع زوجاته الأربع في ثمن التركة أو ربعها، فيوزع الميراث على خمسة أسهم، وهذا غير معهود شرعاً، وليس بجائز أيضاً، إضافة إلى ما فيه من ظلم الورثة من الزوجات، حيث لا يجوز أن يقل نصيب احدهن من تركة الزوج عن ربع الثمن في أي حال من الأحوال.

كما أن أحكام النكاح التوارث، فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة وفي زواجها من زوج آخر، مع القول بتوريثها من مطلقها بائناً في مرض الموت يقتضي أن تكون وارثة لزوجين

⁵⁴² - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 382.

في وقت واحد، الأول: الذي طلقها بائنا ومات عنها في مرض موته بعد انقضاء عدتها، وقد تزوجت بغيره، والثاني: الزوج الذي تزوجته بعد طلاقها لو مات عنها في وقت واحد، ولا يجوز التوارث من زوجين في آن واحد، لأن المرأة لا تكون في عصمة زوجين معاً.

الطلاق إن كان حقاً يستعمله بإرادته المنفردة فإنه ليس مطلقاً، وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول يكون قد استعمل حقه، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء أكان هذا الضرر مادياً كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً كمدرسة مثلاً تكتسب منه قبل زواجها، وتركته بسبب الزوج، أم أدبياً كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة تثير الظنون حولها⁵⁴³.

وقد نص القانون السوري على هذه الصورة في المادة 1/117 المعدلة عام 1985: "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول، وقد تضمن هذا التعديل عام 1985 أمرين: الأول عدم تقييد الزوجة بكونها فقيرة، والثاني جعل التعويض مقدار ثلاث سنوات، بدلاً من سنة، ومستند هذا الحكم الجديد، هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج⁵⁴⁴.

والذي أراه أن المبرر المعقول يراد به السبب المقبول شرعاً الذي يبرر الطلاق الزوج، وإنما طلاق التعسف يكون لسبب غير مقبول، كمجرد الخلاص من الزوجة أو الانتقام منها أو تعريضها أو البؤس، أي لمجرد قصد الاضرار بالزوجة، وبما أن المشرع الجزائري لم يعدد حالات طلاق التعسف، فيبدو أنه أراد ترك ذلك لتقدير القاضي.

الفرع الثالث: الأسباب المؤدية إلى الطلاق.

شرع الطلاق لوضع حد أو نهاية للرابطة الزوجية التي تربط بين الرجل والمرأة، ومن خلال تفحص الأسباب المؤدية إليه نجد منها ما هو اجتماعي (أولاً) ومنها ما هو طبيعي (ثانياً)، وسأتناول كل نوع على حدى.

⁵⁴³ - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967، ص78.

⁵⁴⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، أحكام الاسرة، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص7065-

أولاً: الأسباب الطلاق الخاصة.

أ- الأسباب الاجتماعية المؤدية إلى الطلاق.

هناك جملة من الأوضاع الاجتماعية التي تؤدي نتيجة تراكمها على الزوجين إلى الوصول إلى السداد وبالتالي اختيار الطلاق عن العيش في دوامة هذه المشاكل الاجتماعية والتي من بينها:

1- نفقة السكن:

يعتبر هذا المشكل من بين أهم الأسباب المؤدية إلى الطلاق في الآونة الأخيرة.

نص المشرع الجزائري في المادة 78 ق-أ على حق الزوجة في نفقة السكن، وجعلها في المرتبة الثالثة بعد الأكل والملبس، ذلك أن اعداد المسكن للحياة الزوجية هو من حقوق الزوجة على زوجها لأنه من آثار عقد الزواج التي يلزم الزوج بتأمينها للزوجة، لقوله تعالى: ﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾⁵⁴⁵.

وقد استقر القضاء على إقرار هذا الحق للزوجة إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/11/04 بأنه "متى كان من الاحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين ابرام عقد الزواج، أو سبق وأن سكنت مع أقارب زوجها، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الاحكام يعد خرقاً لما أقرته من مبادئ، وعليه يتوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل لأهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"⁵⁴⁶.

ويشترط في مسكن الزوجية أن يكون مناسباً لحال الزوج المالية، وبيئته، وحال أمثاله من أبناء هذه البيئة، وأن يكون مستقلاً عن الأهل ان أمكن ذلك، وأن يكون كامل المرافق والأدوات اللازمة لشؤون المنزل⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵- سورة الطلاق، الآية 6.

⁵⁴⁶- م أ، غ أ ش، 1985/11/04، ملف رقم 13383، م ق 1989، عدد 1، ص 101.

⁵⁴⁷- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 182.

ثم كرست المحكمة العليا ذلك لاحقاً واعتبرته بصراحة حق لها إذ جاء في قرارها الصادر في 1997/05/13 بأنه "من المقرر شرعاً أنه يحق للزوجة أن تطلب سكناً منفرداً عن أهل الزوج وذلك لقول خليل في مختصره في باب النفقة (ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه) ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الانفرد بالسكن عن عائلة زوجها، والذي يعتبر بمثابة حق لها، فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض"548.

أما المشرع المصري فقد سكت عن حق الزوجة في السكن بعيداً عن أقارب زوجها، إلا أن الفقه ذهب إلى أن تحديد المسكن واختياره متروك للزوج بحسب ما يراه ملائماً تبعاً لمقدرته، وذلك إلى أنه بحكم رياسته للأسرة هو، فإذا كان المسكن الذي اختاره بحالة لا تمكن الزوجة من استيفاء حقوقها المشروعة من الزواج لا يكون مسكناً شرعياً ولا تلزم الزوجة بالقرار فيه"549.

وعليه فليس للمرأة إذا ما أعد الزوج السكن أن تمتنع عن الانتقال إليه ما كثرة في مسكنها ومطالبة الزوج بأجرة السكن الشرعية، بل في هذه ناشزا ولا نفقة لها550، وإذا كان الزوج فقيراً فيكفي لاعتبار المسكن شرعاً، غرفة واحدة مع مرافقها551، وأما إذا تعددت الزوجات، فيجب على الزوج أن يسوى بين الزوجتين في المسكن دون تقوت بينهما، والا عد المسكن الاقل درجة552.

548- أنظر، م ع، غ أ ش، 1997/05/13، ملف رقم 159732، م ق 1997، عدد 2، ص 100.

549- السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تنقيد به الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، جامعة المصرية، كلية الحقوق، 1996، ص 170.

550- أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1980/12/02، ملف رقم 24148، ن ق 1981، ص 83، 1986/01/13، ملف رقم 39467 (غير منشور)، مجلس قضاء معسكر، 1988/03/21، ملف رقم 87/611 (غير منشور).

551- أنظر، محكمة النقض السورية، 1969/12/21، و 1956/11/13.

552- أنظر، مجلس قضاء تلمسان، 1967/03/16، م ج، 1968، ص 221.

وقد استقر القضاء في مصر على أنه "تعتبر الزوجة ناشراً إذا امتنعت عن طاعة زوجها في المسكن الذي أعده إذا كان هذا المسكن مناسباً لحال الزوج المالية والاجتماعية⁵⁵³. وإذا أسكن امرأته في مسكن، في حدود طاقته المالية، وبه أحد أقاربه، فليس لها طلب مسكن غيره إلا إذا كانوا يؤدونها فعلاً وقولاً، ولها طلب ذلك مع الضرر، لأن سكن الزوجة مع الضرر في مسكن واحد يجعله سكناً غير شرعي إذا لم ترض به الزوجة الثانية⁵⁵⁴. وأمام أزمة السكن كأزمة عامة في المجتمع، قرر الفقه الجزائري بأن الزوج قد وفر لها السكن، ان استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله، مع مراقبتها الضرورية، وعلى الزوجة أن تقيم معه حيث يقيم، وإلا كانت ناشرة وله أن يطلقها ويطلب التعويض لأنها متعسفة في استعمال حقها⁵⁵⁵.

فللزوجة حق في السكن، ولكن القاضي ليس له نص قانوني يطبقه، فالقاضي الجزائري لم يجرأ حتى الآن على الاعتبار أزمة السكن كسبب من أسباب الطلاق، وهذا للنقض الموجود في القانون⁵⁵⁶، وإذا كان هذا حال القانون قديماً فإن الوضع بقي على حاله حتى بعد صدور قانون الأسرة.

غير أن المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1985/11/4 قررت بأنه "يتوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"⁵⁵⁷.

⁵⁵³ - أنظر، محكمة النقض المصرية، جلسة 1997/04/07، الطعن رقم 22، مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 482.

⁵⁵⁴ - قال الله تعالى أمر بالعدل بين الزوجات بقوله "فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة" سورة النساء الآية 3.

⁵⁵⁵ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسر الجزائري، ج1، ط5، 2005، ص182-183.

⁵⁵⁶ - تقيّة محمد، حلول مشاكل الاسرة في الفقه والقضاء، وزارة العدل، عدد خاص، 1980، ص29، المحكمة العليا، 1986/01/13، ملف رقم 39467 (غير منشور).

⁵⁵⁷ - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، 1985/11/4، ملف رقم 38331 (غير منشور).

وهذا معناه أنه يحق للزوجة مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، إذا اشتمت مرارا من الضرر الذي لحق بها منهم بسبب جوارهم وسوء المعاشرة⁵⁵⁸.

وبهذا فإن حق الإسكان المنفرد مكرس للزوجة حتى ولو لم تشترط ذلك في العقد أو تضررت من العيش مع أهله وفقا للقضاء الجزائري، وللقضاء والتشريع السوري.

في الحقيقة، وان كان الطلاق في مثل هذه الأوضاع حلا للمشاكل الاسرية والاجتماعية، في حالة عدم توفر مسكن للزوجة بعيداً عن أهله، إلا أن مبرراته غير مشروعة، لأن استعمال الرجل لحق الطلاق في هذه الحالة ليس لأجل وضع حد للنزاع والشقاق القائم بينه وبين زوجته، وإنما هو تهرب من تحقيق مطلب وحق شرعي للزوجة.

هذه الاسرة، وهذا تعسف في استعمال الحق يستنتج بالمقارنة بين المصالح التي يجنيها صاحب الحق من استعمال حقه والضرر اللاحق بالغير من جراء هذا الاستعمال.

2-تنظيم النسل: تؤكد الإحصائيات أن الاصطدامات الشخصية بخصوص تنظيم النسل أو تحديده، وأسلوب تربية الأطفال وتنشئتهم وإدارة البيت، هي المتسببة في كثير من حالات الطلاق في الأسر العربية.

3-عمل الزوجة: كثيرا ما يقع الطلاق المبكر، أي قبل الدخول بالزوجة، وهذا نتيجة الخلاف بين الخطيب وخطيبته حول مكوث الزوجة في البيت أو خروجها للعمل، وحول التصرف في المرتب الذي تحصل عليه مقابل عملها⁵⁵⁹.

4-مشكل تدخل الأقارب:

كثيرا ما يتدخل الال من جانب الزوج أو الزوجة في الحياة الشخصية للزوجين، بأن هذا التدخل قد يكون بحسن نية وبهدف المصلحة، إلا أن الطرف الآخر يرى العكس فتثور الخلافات

⁵⁵⁸ - اختصاص الفصل في موضوع السكن الزوجي يعود للقاضي المختص بموضوع الطلاق، وليس القاضي المدني، للمحكمة العليا، غ أش، 1984/11/31، ملف رقم 34849 (غير منشور).

⁵⁵⁹ - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي، كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص104.

ويبدأ كل فريق في محاولة التأثير على ابنه أو ابنته، ولا يشعر إلا حينما يصطدم أخيراً بواقع الطلاق⁵⁶⁰.

فيجد الزوج نفسه في هذه الحالة أمام صراعات عائلية لا تنتهي، فلا يكون المخرج بالنسبة إليه إلا بالطلاق، فهل شرع الطلاق فعلاً ليكون حلاً في مثل هذه الأوضاع؟ فالطلاق حق للزوج، وكغيره من الحقوق لتحقيق غاية معينة، وأياً كانت هذه الغاية فإنها ليست إرضاء أهل الزوج على حساب زوجة ستجد نفسها مطلقة مجردة من حقوقها.

ب- الأسباب الطبيعية المؤدية إلى الطلاق.

هناك بعض الأسباب التي تكون دافعاً إلى الطلاق، منها ما هو نفسي يتعلق بالتوافق والانسجام بين الطرفين ومنها ما هو جسدي، يتعلق بعلة جسدية بأحد الأطراف.

1) عدم التوافق والانسجام بين الزوجين:

إن تقارب السن بين الزوجين، والتساوي في المستوى الثقافي، قد يسهمان في تثبيت الحياة الزوجية واستقرارها، أما عدم التوافق والانسجام الروحي والفكري والعاطفي بين الزوجين، أو عدم احترام أحدهما لميول الآخر الفكرية واهتماماته الثقافية، فإنه كثيراً ما يؤدي إلى فتور عاطفة الحب، ومن ثم الشعور بالملل والجفاء بين الزوجين الذي يؤدي إلى الطلاق⁵⁶¹.

وعادة ما تؤدي هذه الاضطرابات النفسية أثناء الحياة الزوجية إلى الزواج بامرأة أخرى، وإن لم يكن يلجأ إلى الخمر والقمار وتعاطي المخدرات، وبالتالي إهماله لواجباته نحو زوجته وأسرته، ليجد نفسه في الأخير أمام الطلاق، وبذلك فقد يتحول الطلاق من ضرورة يلجأ إليها أحد الزوجين كحل لأخير، إلى خيار سهل ينتاسي فيه صاحب القرار ما يخلفه من أضرار وآثار سلبية على أسرته وعلى المجتمع.

فإذا وقع الطلاق في مثل هذه الأحوال ما دوافعه؟ هل لأنها خرجت عن طاعته أو أنها كانت ناشراً؟ أو أخلت بواجباتها؟ لا شيء من هذا كله، ومهما يقدم الزوج من تبريرات إلا أنه

⁵⁶⁰ - جابر إبراهيم، الطلاق في الواقع العربي، مجلة الجيل العصرية، فبراير 1991، ص 114.

⁵⁶¹ - العربي بختي، أحكام الطلاق حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة، الطبعة الأولى، 2013، الإبيار الجزائر،

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

يفتقد للبيئة، لا سيما وأن هذه الأمور تعتبر خصوصيات الانسان ومكوناته، وتبقى مطالبه حججا واهية وغير مؤسسه قانونا بل أن طلاقه غير مبرر أصلا⁵⁶².

وفي ذلك قضت المحكمة العليا بقرار لها في 15/06/1999 بأنه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنباً للحرَج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"⁵⁶³.

كما أن المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري قد اعتبرت الطلاق تعسفياً إذا وقع من غير سبب معقول وأن يصيب الزوجة من وراءه بؤس وفاقه، وذهبت محكمة النقض السورية في قرارها لها صادر في 27/01/1982 بأنه "إذا تمت البينونة بغير إرادة الزوج المنفردة فلا يعتبر متعسفاً وبالتالي لا يلزم بتعويض عن الطلاق التعسفي"⁵⁶⁴.

ووفقاً للتشريع السوري فإن الطلاق لا بد أن يكون لسبب معقول وأن تتضرر الزوجة منه مادياً، وعدم التوافق والانسجام النفسي بين الزوج والزوجة يعتبر سبباً معقولاً للطلاق، ولكن تبقى المشكلة في إثبات ذلك أمام القضاء، وهذا ما ذهب إليه القضاء السوري حين قضى بأنه "على المحكمة أن تسأل الزوج عن أسباب الطلاق، حتى إذا وجدته مشروعاً كلفته بإثباته، أو تكلف الزوجة البؤس والفاقه بسببه، وذلك قبل الحكم بتعويض الطلاق التعسفي"⁵⁶⁵.

⁵⁶² - مسعود نعيمة الياس، المرجع السابق، ص 161.

⁵⁶³ - أنظر، م ع، غ أ ش، 15/06/1999، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص103.

⁵⁶⁴ - أنظر، محكمة النقض السورية، 27/01/1982، قرار رقم 261، مجلة المحامون، 1982، عدد 1، ص412.

⁵⁶⁵ - أنظر، محكمة النقض السورية، 16/10/1982، قرار رقم 62، مجلة المحامون 1983، عدد 2، ص162.

(2) عقم المرأة:

إن عقم المرأة أحد الزوجين، ورغبة أحدهما في الإنجاب، أي عندما يكون الزوج عقيماً، أو يكون بالزوجة عقر فلا تحبل، وتسيطر على نفسية أي منهما رغبة ملحة في إنجاب أولاد، فإن ذلك قد يؤدي إلى طلب الطلاق من العقيم، والزواج من جديد بقصد إنجاب الذرية.

ويقول المختصون إن بعض حالات الأمراض، وعن عوامل نفسية وبيئية، كما يقولون إن هناك حالات من العقم يمكن علاجها، وحالات لا يمكن علاجها، لهذا فلا بد من العلاج قبل الإقدام على الطلاق، وهذا بعد أن تطورت وسائل الطب في العصر الحديث، أو اللجوء إلى القيام بعملية التلقيح الاصطناعي، وهو أمر ممكن ومباح⁵⁶⁶.

سكت المشرع الجزائري عن الإجابة عن ذلك وكذلك المشرعين المصري والسوري، مع أن بعض المواقف القضائية فصلت فيه، فذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها المؤرخ في 1992/12/22 إلى أنه "من المقرر فقهاً وقضاً أنه يجوز للزوجة طلب التطلق استناداً إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية أبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية الإنجاب استناداً إلى نتائج الخبرة التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بالزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئياً في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف"⁵⁶⁷.

وبالتالي فإن القضاء الجزائري من خلال هذا القرار يعتبر أن عقم الزوج يعيق تحقيق أهداف الزواج وبالتالي فإن طلب الزوجة للتطلق مبرر، وقياساً على ذلك من حق الزوج أن يوقع الطلاق بسبب عقم الزوجة بناء على نتائج خبرة طبية، وبالتالي يكون قد استعمل حقه في حدود ما وضع له، ولا تعسف من جانبه في هذه الحالة.

وكان للقضاء السوري نفس الموقف، حيث ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 1966/10/05 إلى أنه "يعتبر عقم الزوجة سبباً مبرراً للطلاق ينفي عن الزوج

⁵⁶⁶ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 106 و 107.

⁵⁶⁷ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1992/12/22، ملف رقم 87301، م ق، 1995، عدد 2، ص 98.

قصد التعسف⁵⁶⁸، فكان بذلك موقف القضاء السوري صريحاً في اعتباره عقم الزوجة وعدم قدرتها على الإنجاب سبباً كافياً لإيقاع الزوج الطلاق، ولا يعتبر في هذه الحالة متعسفاً في استعمال حقه طالما أن العقم مبرر مشروع.

إلا أن محكمة النقض السورية قد تراجعت لاحقاً عن موقفها هذا بأن قضت في قرار لها بتاريخ 1976/06/01 بأنه "العقم وحده لا يعتبر مشروعاً للطلاق"⁵⁶⁹، وفي قرار آخر قضت نفس المحكمة بأنه "لقد استقر الاجتهاد أن عقم الزوجة يستطيع أن يتزوج زوجة ثانية في هذه الحالة"⁵⁷⁰.

(3) عدم الكفاءة الجنسية:

مما لا شك فيه أن الزواج شرع من أجل التحصين النفسي والجنسي للمرأة والرجل على حد سواء، وعلى ذلك اعتبرت العلاقة الجنسية والمعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من بين أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج.

فكل من المرأة والرجل الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر الاستقرار لدى الطرفين سواء بسواء، ولذلك فإن اختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للطرف الآخر، وهنا نكون امام احتمالين لا ثالث لهما.

الاحتمال الأول أن يصبر الطرف المتضرر ويجعل من باقي جوانب الحياة الزوجية مبرراً كافياً للإبقاء على العلاقة، سيما إذا حصل المانع الجنسي لدى إحداها بعد فترة طويلة من المعاشرة وأفضت هذه الأخيرة وجود أبناء.

أما الاحتمال الثاني، فإن الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء العلاقة سيما إن كانت حديثة العهد لإيجاد بديل عن ذلك، والمسألة في كلا احتمالين فيها ضرر لا يمكن الاستهانة به أو جعله هيناً.

⁵⁶⁸ - أنظر، محكمة النقض السورية، الغرفة الشرعية، 1966/10/05، رقم 394، مقتبس عن عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، منشورات جامعة دمشق، 1994، ص 54.

⁵⁶⁹ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1976/06/01، قرار 195، مجلة المحامون، سنة 1977، عدد 2، ص 160.

⁵⁷⁰ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1979/12/16، قرار 109، مجلة المحامون، سنة 1990، عدد 3، ص 158.

المعاشرة الزوجية كمبرر للطلاق أصبحت تطرح نفسها بقوة في المحاكم، والطرف المتضرر، أصبح لا يجد مانعا في تبيان هذا المبرر منعاً من أن يتحمل عبء ومسؤولية الطلاق، ومع ذلك يبقى هذا الامر من أصعب الأمور إثباتاً، فإذا ما ادعى الزوج عدم كفاءة زوجته من الناحية الجنسية، فالمسألة تظل صعبة الإثبات إلا إذا أقرت الزوجة ما ادعاه الزوج، أما في حالة النفي، فيصعب على الطرف المتضرر إثبات ما يدعيه⁵⁷¹.

إن عدم ميل الزوج إلى زوجته لانعدام الإحساس بالمتعة في معاشرتها، وعدم الإشباع النفسي والغريزي الذي هو أحد مقاصد الزواج قد يعكس صفو الحياة الزوجية، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁵⁷²، فالمتعة واللذة التي يمكن أن تقع بين الزوجين وتشبع الغريزة الضرورية التي يتحتم اشباعها، وتكون في غاية الطهر، ستسهم في استمرار الحياة الزوجية، وتحقق المتعة الحلال، أما إذا لم تشبع فستنتج عنها أضرار سلوكية ونفسية⁵⁷³، فحتى اللجوء إلى الخبرة الطبية من عدم الكفاءة الجنسية لا تقضي إلى حقيقة مؤكدة لأن المسألة نفسية في الأساس وقد يكون الجانب العضوي في الزوجة سليماً، لكن الجانب النفسي هو الحائل دون الوصول إلى اثبات الأمر.

وفي ذلك قضت محكمة بوقاعة بمجلس قضاء سطيف بالطلاق بين الطرفين مع تحميل الزوج تبعة الطلاق، رغم أنه حاول تبرير إقدامه على الطلاق بعدم قدرة الزوجة على المعاشرة الزوجية، كونها لا تريد ولا ترغب في معاشرته وأنها صرحت له بذلك وطلبت منه إعادة الزواج من امرأة تلبى حاجاته الجنسية، غير أن جلسة الصلح التي عقدتها المحكمة لطرفين كانت مناسبة لأن تنفي الزوجة ما ادعاه الزوج وأكدت أنها سليمة وأن زوجها عاشرها بصفة عادية وطبيعية.

⁵⁷¹ - مراح باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007، ص 14-16.

⁵⁷² - سورة البقرة، الآية 187.

⁵⁷³ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 107.

المسألة دقيقة وحساسة وتفرضها خصوصية العلاقة، واللجوء إلى الخبرة الطبية قد لا يغير من الأمر شيئاً، لأنه وإن حدث فمرده نفسي لا عضوي، ومن الصعب إدراكه مما يجعل نكران الزوجة لادعاءات الزوج كافياً للقول بأن الطلاق تعسفي والتبرير غير مبرر.

وعلى نقيض من ذلك اعتبرت نفس المحكمة في حكم آخر أن ما ادعاه الزوج كون الزوجة صدته في أول يوم زفافهما ولم تمكنه من نفسها لأنها لا رغبة في المعاشرة الجنسية، وهو ما أقرت به الزوجة نفسها وأنها لم ترغب الزواج وإن زواجها كان بضغط من وليها ولذلك اعتبر مبرر الطلاق الذي أقدم عليه الزوج شرعياً ومحققاً بإقرار الزوجة نفسها وهي الحالة الوحيدة التي قد تكون مفيدة للزوج في إيجاد المبرر الشرعي والقانوني وإثباته⁵⁷⁴.

4) فقدان العذرية:

وإذا كانت القدرة والكفاءة الجنسية لكلا الزوجين صعبة التأكيد للتحجج بها في إعطاء مبرر لفك الرابطة الزوجية، فإن الطلاق لفقدان عذرية الزوجة لا يعد مبرراً كافياً للزوج في احداثه، فقد يلجأ الزوج إلى استخدام حقه في الطلاق بحجة أن زوجته ليست عذراء، وفي ذلك مساس بالشرف والكرامة، والمسألة هنا، متعلقة أيضاً بالعلاقة المقدسة بين الزوجين، والتي لا يمكن لأي أحد خارج الزوجين معرفتها أو التأكد منها، والأمر كسابقه لا يتحقق إلا بإقرار من الزوجة فحسب، على اعتبار أن أي طريقة من طرق الإثبات تظل دون جدوى بعدما تمت الخلوة بين الزوجين⁵⁷⁵.

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة، إلا أن المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/25 قضى بأنه "من المقرر شرعاً أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيساً على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله، ويتوجب الرفض، ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى اكتشاف أن زوجته كانت قبل الزفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسياً

⁵⁷⁴ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص15-16.

⁵⁷⁵ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص16.

كما يزعم، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن⁵⁷⁶.

بل أن المحكمة العليا ذهبت بعيداً في هذا الأمر حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة، وذلك ما أوضحه في قرار جاء فيه ما يلي: "إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبيب، ومتى تبين -في قضية الحال- أن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فعن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض، عرضوا قرارهم في التسبيب⁵⁷⁷."

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبيب جاء ما يلي:

"بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي، حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فلا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئياً فيما يتعلق بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة".
فالمحكمة العليا في قرارها المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الطرفين واعتبرت أن إثبات مسألة العذرية من عدمها، عديمة الجدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة، والمتزامن مع عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج.

وأمام الحرج الكبير والنزاعات الكثيرة المطروحة على المحاكم حول مسائل متعلقة بالعذرية، واعتباراً لكون إثارتها لا يمكن الخوض فيها بعد البناء والدخول، واعتباراً لكون الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى والفائدة، ووعياً بالآثار الوخيمة المنجرة عن هذا الأمر وتبعاته

⁵⁷⁶ - أنظر، م أ، غ أش، 1984/06/25، ملف رقم 53021، م ق 1989، عدد 4، ص 301.

⁵⁷⁷ - أنظر، م ع، ملف رقم 243417، المؤرخ في 2000/05/23، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 301.

الاجتماعية والنفسية على المجتمع برمته، فإن المشرع الجزائري وأخذاً بكل هذه الاعتبارات أكد في تعديله بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وبالضبط في المادة 07 مكرر ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج"، وقد أضافت المادة 07 مكرر كفقرة أخيرة أن شروط كفيات تطبيق هذه المادة تحدد عن طريق التنظيم، وحتى التنظيم الصادر لم يشر في حقيقة الأمر إلى تعريف كنة هذه الأمراض التي تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، فعدا الأمراض المتنقلة عبر الدم، المقصودة مباشرة في هذه المادة فإن الأمراض لم تحدد حصرياً. وأن مسألة فقدان العذرية من عدمها قبل البناء لا تدخل ضمن خانة المرض الذي يشكل خطراً يتعارض مع الزواج بحسب تفسير المادة.

والخلاصة أن المادة 07 مكرر من قانون الأسرة وإن شرعت حماية للزوجين من الوقوع في غلط أو تدليس أو غش بعد الزواج، فإنها بالمقابل لم تلب بمفرداتها وأسلوبها الحاجة في طلب هذه الحماية، لأن المادة تتحدث فحسب عن الأمراض المشككة للخطر المتعارض مع الزواج، في الوقت أن واقع المحاكم ومبررات الأطراف في فك الرابطة الزوجية يتعدى ما هو منوه عنه في المادة 07 مكرر إلى جوانب أخرى تبقى في نظرهم بنفس خطورة الأمراض المشككة للخطر المتعارض مع الزواج⁵⁷⁸.

وقد اعتبر القضاء السوري أن الثبوبة والبيكارا لا تؤثر في عقد الزواج، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1978/10/15 بأنه "أن الثبوبة والبيكارا في الزوجة لا تؤثر في عقد نكاحها فساداً أو ابطالا، فمن تزوج امرأة على أنها بكرأ فوجدها ثيبا، صح العقد ولا فساد فيه"⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 17-18.

⁵⁷⁹ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1978/10/15، مقتبس عن أديب استنبولي، المرجع السابق، ص 78.

ثانيا: معيار التعسف في الطلاق من غير سبب مشروع.

التعسف هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى الأضرار بالغير دونما تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق بالغير، أو لأن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير وفقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري. وقد جاء في نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وأتساءل هنا كيف يتمكن القاضي من تفحص أسباب الطلاق؟ وكيف يوزي بين استعمال الزوج لحق الطلاق ونتائج هذا الاستعمال؟

أ- كيفية تفحص أسباب الطلاق قضائيا.

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 دعت له لطلب الطلاق، أو تبين له بأنه طلقها بقصد الأضرار بها، فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي⁵⁸⁰.

نص المشرع الجزائري في المادة 49 ق-أ، بأنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر"، ويتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وأن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، وإذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا⁵⁸¹.

وعليه، فإنه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة كاتب الضبط، وذلك في جلسة خاصة، ثم يحاول أن يصلح بينهما، ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل، وبيان محاسن المحبة

⁵⁸⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة الاولى، 2008، ص 187.

⁵⁸¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ خ، 1968/07/03، وزارة العدل، المرجع السابق، ج 1، ص 49 مكرر.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

والتفاهم والانسجام، من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال، واستمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلي الزوجين⁵⁸²، وسواء نجح القاضي أو فشل في محاولة الصلح، فإنه يحرر محضراً بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علانية، ثم يستمع من جديد لكل واحد منهما، ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية.

ويعتبر نص المادة 49 ق.أ. نصاً إجرائياً، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيباً ومخالفاً للقانون ويتحتم نقضه⁵⁸³، وواضح من نص هذه المادة سياسة المشرع الجزائري التي تتجه نحو تقييد حق الزوج في الطلاق⁵⁸⁴.

كما استقر القضاء على ذلك قبل صدور قانون الأسرة، إذ قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1968/10/16 بأنه "قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة التقديرية مطلقة فيما يخص مصالحة الزوجين"⁵⁸⁵، ولهذا الإجراء هذه الأهمية بمكان لأنه في الحقيقة يتيح للقاضي بما له من سلطة تقديرية من تفحص موقف الزوج أو الزوجة بعيداً عما هو مدون في العرائض أو دفعاتهما، وذلك أنه يستطيع استعراض أدق الأمور معهما والتي يمكن اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا يكشف عنها الزوج أمام الملاء، ليتمكن القاضي من تحديد التعسف من عدمه. إذا كان طلاق الزوج زوجته مضراً بها، مسيئاً لسمعتها في بعض الظروف، وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب، أي أنه كان متعسفاً في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول،

⁵⁸² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 300.

⁵⁸³ - المحكمة العليا، 1968/07/03، منكور سابقاً، 1969/02/05، وزارة العدل، المرجع السابق، ج 1، ص 48 مكرر، 1989/12/25، مجلة القضاة، 1991، 3، ص 21.

⁵⁸⁴ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 324، بن الشيخ هجيرة، مركز المرأة في التشريع العائلي الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 40، 1989، ص 29.

⁵⁸⁵ - أنظر، م أ، غ أ ش، 1968/10/16، ن س، ص 55، مقتبس عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الامر 02-05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 213.

رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثراً يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته، ويشترط لاعتبار الطلاق، تعسفياً، أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الفقر والاحتياج⁵⁸⁶، وأن عدم بيان الزوج سبباً للطلاق يكفي لاعتباره تعسفياً، ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف⁵⁸⁷.

ب- الأساس القانوني لقيام التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.

وهذا ما ذهبت إليه بعض المحاكم في بلادنا، إذ قضت محكمة سعيده في حكمها الصادر بتاريخ 2008/05/21، بأن الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفياً ويعطي للمطلقة الحق في التعويض، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن المحكمة سعت إلى إصلاح ذات البين بين طرفي الدعوى إلا أنها فشلت بسبب إصرار الزوج على الطلاق، وحرر محضر عدم الصلح بجلسة 2008/04/30، بأن الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفياً ويعطي للمطلقة الحق في التعويض، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن المحكمة سعت إلى إصلاح ذات البين بين طرفي الدعوى إلا أنها فشلت بسبب إصرار الزوج على الطلاق، وحرر محضر عدم الصلح بجلسة 2008/04/30، حيث أن المدعي لم يقدم سبباً جدياً لحل عقدة النكاح مما يجعله متعسفاً في ذلك، ومنه يكون طلب المدعي عليها للتعويض طبقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة طلباً مؤسساً يتعين الاستجابة إليه مع خفض المبلغ للحد المعقول⁵⁸⁸.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته، وكالطلاق من غير سبب معقول، رغم تنازل الزوجة عن موقفها وتشبثها بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب⁵⁸⁹، والمتناقض مع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً﴾⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ - محكمة النقض السورية، 1956/05/28، ذكره الصابوني، المرجع السابق، شرح قانون الأحوال السورية، ج 2، ص 56.

⁵⁸⁷ - محكمة النقض السورية، 1969/12/30، ذكره الصابوني، المرجع السابق، شرح قانون الأحوال السورية، ج 2، ص 57.

⁵⁸⁸ - محكمة سعيده، ق ش أ، 2008/05/21، رقم الفهرس 08/1983، انظر، ملحق رقم 4.

⁵⁸⁹ - محكمة تيزي وزو، 1967/12/13، رقم 1967/36، مجلس مستغانم، 1966/12/8، م أ ق، وزارة العدل، ص 112.

⁵⁹⁰ - سورة النساء، الآية 34.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها الصادر في 12/11/1982، بأنه "من المقرر شرعاً وقانوناً إذا كان الطلاق غير مبرر فإن للمطلة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"⁵⁹¹.

ويستخلص من هذا القرار أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون أن يقدم أي تبرير لذلك، أما لعلمه بأنه قادر على تقديم حجج كافية عن دفعاته، أو لأنه يرى بأن ذلك من الأمور الشخصية التي يجب أن يحتفظ بها لنفسه، فهنا يقضي القاضي بالطلاق على مسؤوليته وحده، ووجب عليه تعويض المطلقة في هذه الحالة.

ولقد اعتبرت محكمة النقض السورية عقم الزوجة سبباً مبرراً للطلاق ينفي عن الزوج قصد التعسف⁵⁹².

على أنه يجب لا يبقى الزوج دائماً في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية، لأن هذه الأخيرة لا تنفك بإرادة الزوج في كل الأحوال، وقد يخضع ذلك للإرادة المنفردة للزوجة فقط، وحتى دون موافقة منه، فهل يمكن أن تلحق الزوجة ضرراً بزوجها في مثل هذه الأحوال؟ وهل تلتزم بالتعويض؟

المطلب الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة الخلع.

شرح الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظراً لخطورته جعل بيد الزوج، وفي مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، فتح لها طريقان للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها⁵⁹³.

فجعل لها أن تفقدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضا له لها دفعه إليها، حتى لا يضار هو الآخر، وهذا الاقتداء هو المسمى الخلع عند جمهور الفقهاء.

⁵⁹¹ - أنظر، م أ، غ أ ش، 11، 1982/12، ملف رقم 28784، ن ق، عدد 2، ص 32.

⁵⁹² - محكمة النقض السورية، 1969/12/30، ذكره الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ص 57، في حين ذهب القضاء التونسي إلى عكس ذلك، راجع نقض تونس، 1966/15/17، معجم القانون المقارن 1975.

⁵⁹³ - منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص 100.

إلا أنه لا يمكن أن يكون الزوج دائماً في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية، على العكس من ذلك قد يكون هو المتضرر عند استعمال الزوجة لحقها في الخلع لإنهاء الرابطة الزوجية، فهل يمكن أن تتعسف الزوجة في استعمال الخلع؟ وهل يمكن أن يطالب الزوج بالتعويض عما يلحقه من ضرر عند طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع؟

الفرع الأول: التعريف الفقهي للخلع وشروطه العامة والخاصة.

أولاً: تعريف الخلع وشروطه الخاصة

لمعرفة الخلع لا بد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة واصطلاحاً وألفاظه، ثم لحكمه ودليل مشروعيته والحكمة منه وشروطه وفي الأخير إلى طبيعته.

في القرآن الكريم: آية رئيسية هي أصل التشريع الإسلامي في الخلع، قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ كَلِكِ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁵⁹⁴،

وقد قال عبد الله بكر بن عبد الله المزني التابعي الجليل أن هذه الآية منسوخة بآية سورة النساء: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ الزَّوْجِ مَكَانَ زَوْجٍ وَعَآئِتُمْ إِحْدَى هُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا تَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾⁵⁹⁵.

وهذا الرأي مردود بإجماع الصحابة الذي يمنع اجتهاد التابعين فيما أجمعوا عليه، ومردود أيضاً بأن النسخ لا يكون إلا حين وجود التعارض بين الأحكام الواردة في الآيتين، وفي موضوع الخلع لكل آية مجال، ولا تعارض بينهما، ودعوى النسخ مردودة⁵⁹⁶.

أ- أول خلع وقع في العرب قبل الإسلام

قال ابن دريد في أماليه: إن أول خلع وقع في الدنيا (يعني في دنيا العرب) أن عامر بن الظرب زوج ابنته من ابن أخيه عامر ابن الحرث بن الظرب، فلما دخلت عليه نفرت منه، فشكا إلى أبيها فقال: لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك، وقد خلعتها منك بما أعطيتها، قال فزعم

⁵⁹⁴ - سورة البقرة، الآية 229.

⁵⁹⁵ - سورة النساء، الآية 20.

⁵⁹⁶ - أحمد كمال الدين، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2008، ص115.

العماء ان هذا كان أول خلع في العرب، قال محمد تقي الدين: من هذه الحكاية ان المرأة كانت في الجاهلية سيدة مكرمة حرة تملك أمر نفسها، لا يجبرها أب ولا عادة ولا ولي آخر على أن تكون قرينة لرجل تكرهه ولم يزلها الإسلام إلا حرية وكرامة وسيادة، وسترون برهان ذلك⁵⁹⁷.

قال الحافظ: اخرج البزار من حديث عمر قال: أول مختلعة في الإسلام: (حبيبة بنت سهل، كانت تحت ثابت ابن قيس) الحديث.

ثم جاء في السنة تطبيقا لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فقال رسول الله "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁵⁹⁸، وقال الفقهاء أن هذا أول خلع في الإسلام واتفق العلماء على شرعيته، فيكون الخلع بذلك مشروعاً بالقرآن والسنة والإجماع، ولكن لا ينبغي أن يكون الخلع إلا لسبب يقتضي وقوعه، لما رواه أصحاب السنة عن ثوبان قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أيا امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁵⁹⁹.

ب) تعريف الخلع اصطلاحاً:

عرف الفقهاء الخلع شرعاً بتعريفات شتى حسب نظرة وتصور كل فريق لمسألة الخلع، وسنتعرض لبعض هذه الآراء:

⁵⁹⁷ - تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الاسلامي، لبنان، الطبعة الاولى، 1350، الطبعة الثانية 1395، ص45-46.

⁵⁹⁸ - رواه البخاري، أنظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، ج9، دار الفكر، ص395 حديث 7275.

⁵⁹⁹ - أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1988، ص662، حديث 2055.

1) تعريف المالكية: عرف المالكية الخلع بأنه "الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو بلفظ الخلع من غير عوض"⁶⁰⁰.

الخلع في مذهب الإمام مالك نوعان:

الأول: طلاق بعوض، وهذا عام سواء كان بلفظ الخلع أو غيره، وسواء كان من الزوجة أو أجنبي لم يقصد الأضرار بها وإن كان لجلب مصلحة أو درء مفسدة، وهذا النوع هو الغالب.

الثاني: ما كان بلفظ الخلع ولم يكن نظير شيء، كأن يقول لها: "خالعتك أو أنت

مخالعة"⁶⁰¹.

2) تعريف الشافعية: عرفوا الخلع بأنه "فرقة بعوض مقصود من الزوجة أو غيرها راجع لجهة

الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"، فقولهم "بعوض مقصود" خرج به العوض غير المقصود، وهو

المال غير المتقوم، كأن يخلعها على الميتة أو الخنزير أو الدم أو الحشرات.

وقولهم "بلفظ الطلاق أو الخلع" أي سواء كان بلفظ المخالعة بلفظ الطلاق الصريح أو

الضمني⁶⁰².

⁶⁰⁰ - المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة الإمام مالك، المرجع السابق، ص157، الدريير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح

الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، طبعة الامارات العربية المتحدة، د س ن، ص568.

⁶⁰¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الميسر، أحكام الاسرة، دار الكلم الطيب دمشق سوريا، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، سنة 2002،

ص197.

⁶⁰² - محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، الجزء السادس، الطبعة الأخيرة، سنة

1984، ص393.

3) تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الخلع بأنه "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"⁶⁰³، نلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحنابلة اشترطوا في الخلع ألفاظا مخصوصة، ولم يقصروا المخالعة على لفظ الخلع، كما اشترط الحنابلة العوض في المخالعة واعتبروه ركنا فيه لا يصح تركه⁶⁰⁴.

4) تعريف الحنفية: عرف الخلع على أنه إزالة ملك النكاح المتوافقة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه⁶⁰⁵.

وعرف عثمان علي الزيلعي الحنفي الخلع على أنه "أخذ المال بإزاء ملك بلفظ الخلع"⁶⁰⁶.

⁶⁰³ - ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 2003، ص100، علي محمد بن سليمان بن أحمد المرادوي، الانصاف، دار احياء التراث العربي، د ب ن، الجزء الثامن، طبعة الاولى، سنة 1975، ص382-383.

⁶⁰⁴ - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، الجزء الخامس، سنة 1982، ص212.

⁶⁰⁵ - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ص77، الغنيمي، عبد الغني دمشقي الميداني، اللباب شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ج1، 1985، ص245، عبد الرحمان، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، ص386.

⁶⁰⁶ - الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، (ت 743 هـ، 1343م)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الجزء الأول، ص267.

(5) **تعريف الإباضية:** قالوا: "إن الخلع فرقة بين الزوجين وذلك برد المرأة صداقها لزوجها وقبوله إياه⁶⁰⁷."

(6) **تعريف المذهب الجعفري:** عرفوا الخلع بأنه طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج⁶⁰⁸.

(7) **تعريف مذهب الظاهرية:** إن الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي يقع بإرادة الزوج ولا يجبر عليه، وله فيه حق الرجعة رضيت الزوجة أو لم ترض، فقد روي عن طريف عبد الرزاق عليها ما أخذ منها في العدة وليشهد على رجعتها.

وبناء على ما تقدم، يمكن أن نعرف الخلع في مذهب الظاهرية بأنه "الافتداء، إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا تقيم حدود الله أو أن لا توفيه حقه، أو خافت يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تقتدي منه ويطلقها ولكن بشرط أن يرضى هو بذلك⁶⁰⁹."

إن التعاريف التي قال بها الفقهاء، تنصب كلها على معنى واحد مشترك هو: أن الخلع عبارة اتفاق بين الزوجين على الفرقة مقابل مقدار من المال تعطيه الزوجة لزوجها ويطلقها بناء على ذلك، هذا الطلاق يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه طلاق معلق على قبول المال، وليس مجرد وجود العوض (المال) هو الموقع للطلاق، والفقهاء قالوا إن التعليق يسمى يمينا في جانب الزوج، ويعتبر معاوضة من جانب الزوجة لأنها التزمت المال في مقابل افتداء نفسها، وخلصها من الزوج⁶¹⁰.

لكن بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أضيفت عبارة "دون موافقة الزوج"، فأصبحت تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل

⁶⁰⁷ - لبن اطفيش ، الامام شيخ الإسلام محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصي العدوي المتوفي 1422هـ ، شرح النبيل وشفاء العليل، الجزء الثالث، المطبعة الأدبية، مصر، ص480.

⁶⁰⁸ - العاملي زين الدين بن الامام نور الدين علي بن أحمد بن محمد بن جمال الدين بن تقي الدين بن صالح بن مشرف أو شرف الجبعي العاملي الشقراني المتوفي 965 هـ، الروضة البهية، تاريخ شرح اللمعة الدمشقية، طبع دار الكتاب العربي، بمصر عام 1376هـ، ج 2، ص163.

⁶⁰⁹ - ابن حزم، الامام فخر الاندلس بن سعيد، (ت 456 هـ)، ج1، مطبعة المنيرة، مصر، ص542.

⁶¹⁰ - منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص42-43.

مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم".

ومن خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ذلك ضرر.

وتبعاً لذلك فإن التعديل الحالي لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع وهذا ما قد يلحق به ضرر، وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضاً في مسألة مقابل الخلع. بأن حدد قيمته القسوى، فهل يتماشى ذلك حقاً مع الشريعة الإسلامية؟ وما كان موقف التشريعات العربية منه؟ هل سارت على نفس الاتجاه؟ وهل تطبيقات القضاء تتماشى مع ما ذهب إليه الفقه والقانون؟

وفي جميع الأحوال فإن حكم الطلاق في إطار الخلع وإن يقبل الطعن بالنقض فإنه لا يقبل أبداً الطعن فيه بطريقة الاستئناف وذلك تنفيذاً لما نصت عليه المادة 57 قانون الأسرة الجزائري: "الأحكام الصادرة في دعاوى التطلق والطلاق والخلع غير قابلة للاستئناف"⁶¹¹.

بمعنى آخر أن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري ينص على عدم الرضائية في الخلع، وهذا ما أخذ به أيضاً القانون المصري في تعديلاته الجديدة، فقام المشرع المصري بضبط مواد الخلع، فنصت عليه في المادة 20 من قانون رقم 01 لسنة 2001 بقوله: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعاها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها منه.

ولا تحكم المحكمة بالتطبيق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاته الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر.

⁶¹¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص130.

وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والمادة 19 من هذا القانون وبعد أن تقرر للزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا الغرض⁶¹².

للإجابة على هذه الأسئلة، يتضح من قراءة النصوص أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع، بل اكتفى فقط بالإشارة إلى أنه يتم ولو دون إرادة الزوج، وأن سلطة القاضي في شأنه تنحصر في الجانب المادي فقط، وذلك في المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة، وهو النص الوحيد الذي تعرض لمسألة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقاً لأحكام المادة 222 ق أ ج⁶¹³.

ج) شروط صحة المخالعة:

يشترط لصحة المخالعة شروط عدة منها شروط في الزوج وشروط في الزوجة:

فيشترط في الزوج الذي يخالعه زوجته، أن يكون بالغاً عاقلاً مكلفاً مختاراً فلا تتم مخالعة المكره، والصبي والمجنون، ومن أصاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، التي ذكرناها في الطلاق لا يقع معه الخلع، ويخالع عن الصغير والمجنون وليه إذا كان في ذلك لصالحه.

ويشترط في الزوجة أن تكون محلاً صالحاً لإيقاع الطلاق، أي أن تكون الزوجية لا زالت قائمة، بينها وبين الزوج حقيقة أو حكماً⁶¹⁴، وبأن تكون رشيدة بالفعل والبلوغ، صحيحة أي ليست مريضة مرض الموت، غير محجوز عليها بسفه مالي، لأن الرشد هنا هو الرشد المالي أي أن الزوجة يجب أن تكون أهلاً للتصرفات المالية، لأن المخالعة بالنسبة لها من عقود التبرعات ولذا فيلزم بها ما يلزم بهذه العقود⁶¹⁵.

⁶¹² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 130.

⁶¹³ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 266.

⁶¹⁴ - الشافعية قالوا بعدم جواز مخالعة المطلقة التي في عدتها، لأن الغالية من الخلع التحريم وليس محرمة.

⁶¹⁵ - محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2002، الطبعة الثانية 2008، ص 307.

فإن كانت الزوجة التي خالعت زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني، لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك⁶¹⁶.

وأما المشرع السوري فهو أوضح من نظيره الجزائري، إذ تنص المادة 95 من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أنه "يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، والمرأة محلاً له، والمرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببديل الخلع، إلا بموافقة ولي المال، فيصح الخلع ممن يصح طلاقه، ويصح بدل الخلع ممن يصح تبرعه"، ومن خلال هذا النص يمكن القول أن شروط الخلع في القانون السوري تتمثل في:

1-المحل الصحيح:

أن يكون الخلع حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً، فإذا خالعتها في العدة إبانها لم يصح الخلع، لزوال ملك الزواج، وكذا لو خالعتها بعد انتهاء عدة الطلاق الرجعي، أو بعد زواج فاسد، لأن الفاسد لا يفيد زوجية صحيحة، وكذلك المرتدة إذا خالعتها زوجها بعد ردتها، لأن الردة أزلت ملك الزواج⁶¹⁷.

وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 296 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه "إذا خالغ الزوج امرأته وأخذ منها بدلاً بغير حق بأن كان النكاح فاسداً من أصله، لا يقبل الخلع ولها أن تسترد ما أخذته"، وذلك أن النكاح الفاسد ينتهي بالفسخ وليس بالطلاق أو الخلع لأن النكاح الفاسد لا يفيد ملك المتعة⁶¹⁸.

⁶¹⁶ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص265.

⁶¹⁷ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، بدون طبعة، 1967، ص392.

⁶¹⁸ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، لبنان، الطبعة الثانية، 1997، ص932.

2-صيغة المخالعة:

وهي الإيجاب والقبول، وهو اللفظ الدال على إرادة الطرفين⁶¹⁹، ويشترط أن يكون بلفظ الخلع أو فيما معناه كالإبراء والافتداء، كأن يقول لها خالعتك على كذا أو برأتك على كذا أو فارقتك على كذا، أو افتدي نفسك بكذا وتقول المرأة قبلت⁶²⁰.

ولا يشترط في الإيجاب أن يصدر من طرف معين، فقد يصدر من الزوج كما قد يصدر من الزوجة، فإن قال الزوج خالعتك على ألف فقالت قبلت كان الزوج موجبا والزوجة قابلة، وإن قالت الزوجة خالعتني على ألف فقال قبلت كان كلامها إيجابا وكلامه قبولا، ويقع الخلع باللفظ الصريح الدال عليه وهو خالعتك يقع باللفظ المؤدي إلى معناه كالفدية والمبارأة والإبانة⁶²¹.

وسبق وأن ذكرنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض في المادة 54 منه، لمسألة الصيغة وشروطها تاركا ذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له، تطبيقا لنص المادة 222 التي تنص على أن "كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

حتى أن المادة 54 بنصها لم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقها عمليا، فمنهم من يستلزم رضا الزوج كشرط لإبقاء الخلع ومنهم من يرى أنه يتم بمجرد عرض الزوجة مقابل الخلع بدون هذا الرضا⁶²². وقد انقسم قضاء المحكمة العليا في هذه المسألة إلى اتجاهين:

● الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

هذا الاتجاه يشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمها:

⁶¹⁹-أديب إستانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الانوار للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق سوريا، 1989، ص315.

⁶²⁰- مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص532.

⁶²¹- محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة الشورى، 1998، ص449.

⁶²²- منصور نورة، المرجع السابق، ص131-132.

القرار الصادر بتاريخ 1988/12/21 تحت رقم 51728 والذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً وقضاء أن قبول الزوج للخلع وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج⁶²³."

القرار الصادر بتاريخ 1991/04/03 وتحت رقم 73885 جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي⁶²⁴."

الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:

هذا الاتجاه لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم⁶²⁵.

القرار الصادر بتاريخ 1999/03/13 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه⁶²⁶."

ثانياً: البديل ومكانة التعويض منه.

إن الخلع كما سبق: هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدى به الزوجة نفسها، فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع وبدونه لا يتحقق⁶²⁷.

⁶²³ - القرار الصادر في 1988/12/21، ملف رقم 51728 المجلة القضائية لعام 1990، العدد 03، ص32.

⁶²⁴ - القرار الصادر في 1991/04/03، المجلة القضائية، لسنة 1993، العدد 02، ص55.

⁶²⁵ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، العدد الخاص، ص134.

⁶²⁶ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، لسنة 2001، العدد الخاص، ص138.

⁶²⁷ - منصور نورة، المرجع السابق، ص135.

كل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون بدلا في الخلع⁶²⁸، وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه⁶²⁹.

والأصل فيه أن يتفقا عليه الطرفان، أو يكون بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر، ويذهب المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الأسرة إلى أنه "إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، بحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فإذا ذكر البديل في المخالعة لزم ما سمي به، وإذا لم يسمى فللقاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم⁶³⁰.

لم تبين هذه المادة ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى الفقه، لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقه مشرعنا، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر عن بدل الخلع، والمال يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقداً أو عيناً، وبعبارة فقهية أكثر دقة "أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل خلع"، ولهذا يمكن أن يكون ثمن الخلع والذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعاً وقانوناً⁶³¹.

ويذهب المشرع السوري من خلال المادة 97 من القانون السوري، ومقابل الخلع أما أن يكون صريحا في المخالعة، أو مسكوتا عنه، أو ينفي الزوجان أي مقابل في المخالعة، فالحالات إذن فيما يتعلق بمقابل الخلع ثلاث⁶³².

وجاء في نفس من خلال المادة 98 من قانون الأحوال الشخصية إلى أنه "إن كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر

⁶²⁸ - الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 113.

⁶²⁹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267.

⁶³⁰ - الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 113.

⁶³¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 140.

⁶³² - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية ج 2، ص 64.

والنفقة الزوجية"، وتنص المادة 99 من نفس القانون على أنه "إذا لم يسمى المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برئ كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية"، وهذا بأن لم يصرحا بنفي البديل وإنما سكتا عنه، كأن قال الزوج لزوجته، خالعتك من عصمتي وعقد نكاحي، فقالت رضيت، أما إذا صرح المتخالعان بنفي البديل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلبة رجعية وهو ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 100 من نفس القانون.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يسقط مقابل الخلع النفقة الواجبة على الزوج في حال العدة، ولا يبرأ الزوج من هذه النفقة إلا إذا اتفقا صراحة على إسقاطها⁶³³.

وقد ذهب المشرع المصري في المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافقدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه".

1- أن مادة الخلع في هذا القانون لم تتناول إلا حق المرأة في المخالعة، دون تنظيم متكامل

للخلع، في المحاكم فيما لم تنص عليه المادة وما ترتب عليه من تناقض في الأحكام.

2- أن مادة الخلع مكانها الصحيح القانون الموضوعي للأحوال الشخصية، والنص عليها في

قانون إجرائي حال دون تنظيم الكامل للخلع، وربما يخلق عند التطبيق الكثير من

المشكلات⁶³⁴.

وبالتالي فإنه في نظر المشرع المصري فإن الزوجة لا تفقد حقوقها المالية بالخلع بما في

ذلك النفقة إلا بتنازلها عنها واعتبارها مقابلا للخلع أو بدلا له، ولكن ما حكم أن يتفق الطرفان

على مقابل للخلع غير قابل للتقويم بالمال كحضانة الأطفال الصغار؟

⁶³³ - محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء،

منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2003، ص495، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص269.

⁶³⁴ - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص118.

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 سالفه الذكر، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع ان يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمر الشخصية ولا المادية بالطلاق، ولأن كلمة "مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ومن ثم، كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع، وللتأكيد على ذلك، بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على أن "تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف".

فقد أراد مشرعنا أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها لذلك من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة حقوق الطفل وحماية لمصالح المجتمع ككل⁶³⁵.
"أن حق الحضانة هو حق الولد وبقاء عند أمه أنفع له فضلا على أنه ليس من حق الزوجة أن تجعل حق الغير ثمنا للخلع من أجل الحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في الحياة معه"⁶³⁶.

وذهب القضاء الجزائري في أحكامه إلى القول بأن مقابل الخلع أو بدله لا بد وأن يكون مالا، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08 بأنه "من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ شرع لمعرجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفرقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"⁶³⁷.

⁶³⁵ - زكية حميدو، المرجع السابق، ص 483-486.

⁶³⁶ - زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 02، سنة 2003، ص 14 إلى 18.

⁶³⁷ - المجلس الاعلى، غ أ ش، 1982/02/08، ملف رقم 26709، ن ق، 1982، عدد خاص، ص 258، منقول عن المرجع الغربي.

وأخيراً فإن حق الولد في النفقة، من الديون الممتازة، التي لا يمكن أن يجري فيها التقاص بين الحاضنة وبين الأب، فلا تسقط نفقته المستحقة على أبيه لقاء دين على حاضنته التي خالعتها، وهذا حتى لا تضيع حقوق الولد، وما عليه، فإنه لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة⁶³⁸.

كما أن المشرع السوري كان صريحا في شأن هذه المسألة، إذ فصل فيها بموجب المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه "إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه أبوه بنفقته وأجرة حضنته إن كان الولد فقيراً"⁶³⁹.

وفي المغرب يمكن استخلاص موقف المشرع من خلال المادتين 119/118 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة اللتان تنصان على الترتيب: "كل ما صح الالتزام به شرعا، صلح أن يكون بدلا في الخلع دون تعسف ولا مغالاة، ولا يجوز الخلع بشيء تعلق حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة"⁶⁴⁰.

وقد استقر القضاء السوري على هذا المبدأ أيضا، إذ قضت محكمة النقض السورية في قرار لها بتاريخ 1976/02/11 "إن حق الأم في حضانة أولادها الصغار لا يسقط بالإسقاط لأنه حق يتجدد يوما بعد يوم، وتعتبر من النظام العام لتعلقها بحق المحضون والحاضن"⁶⁴¹. وكان للمشرع المصري نفس الموقف من خلال الفقرة 3 من المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 بقولها "ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم"⁶⁴².

⁶³⁸ - العربي بلحاج، المرجع السابق، 269-270.

⁶³⁹ - تم تعديل هذا النص بموجب المادة 12 من قانون الأحوال الشخصية رقم 37 الصادر في 1975/12/31، وقد كان قبل التعديل "إذا اشترط في المخالعة اعفاء الزوج من أجرة ارضاع الولد اشترط إمساك أمه له مدة معلومة وانفاقها عليها فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد يرجع الزوج بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة معلومة".

⁶⁴⁰ - المادة 119/118 من القانون رقم 70/03 (بمناوبة مدونة الأسرة المغربية، المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل 3 فبراير سنة 2004) جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة يوم فبراير سنة 2004.

⁶⁴¹ - محكمة النقض السورية، قرار بتاريخ 1976/02/11، رقم 12/85، مجلة القانون العام، سنة 1976، ص 210.

وكان الاجتهاد القضائي المصري قد ذهب إلى ذلك حتى قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 وذلك في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية 18/03/1956 حين قضت بأنه "إذا اختلعت المرأة عن زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل إذ أن الأم تكون أحق بالولد فإن كون الولد عندها أنفع له"⁶⁴³.

وعليه، إذا قيدت هذه التشريعات أن يكون بدل الخلع مالا، غير أن الزوجة قد تتعسف في طلبها للخلع وقد يتضرر الزوج من ذلك، فهل يعتبر هذا المال الذي يتلقاه الزوج من الزوجة عند المخالعة تعويضا عما لحقه من ضرر جراء فك الرابطة الزوجية؟

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع

أولا: صدور ق.أ.ج رقم 11/84:

في بداية الثمانينات صدر أول قانون جزائري للأسرة والذي حمل رقم 11/84⁶⁴⁴ هذا القانون في مجمله لم تخرج قواعده عن إطار الشريعة الإسلامية، ولم ينل موضوع الخلع فيه سوى على مادة واحدة فقط، مما جعلها ناقصة في الكم والكيف وهي المادة 54 والتي نصت على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع لنفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

فلم يحسم المشرع من خلال نص المادة السالفة الذكر موقفه فيما يتعلق بأحقية الزوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لموافقة الزوج، فالمادة تحدثت عن إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها، دون أن يتم التوضيح فيما لو كان لرضى الزوج اعتبار أم لا.

وأمام سكوت المشرع عن تحديد طبيعة الخلع كحق أصيل للزوجة أم عقد رضائي جعل الفقهاء والقضاة يرجعون إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 من قانون الاسرة:

⁶⁴² - زكية حميدو، المرجع السابق، ص484.

⁶⁴³ - محكمة القاهرة الابتدائية، حكم بتاريخ 18/03/1956 ذكره عبد الرحمان الصابوني قانون الأحوال الشخصية، ج2، ص64.

⁶⁴⁴ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 (جريدة رسمية رقم 24) يتضمن قانون الاسرة الجزائري.

"كل ما يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لأحكام الشريعة الإسلامية"⁶⁴⁵، ولقد تم تفسير النص المذكور أعلاه بأنه أوجب تراضي الزوجين حول مبدأ المخالعة، وسار على هذا النهج كل من الفقه والقضاء⁶⁴⁶.

حيث استنتج الأستاذ فضيل سعد من المادة 54 ذاتها ورغم عدم وضوح صياغتها أنها تشترط أن يبني الخلع على إيجاب وقبول، حيث قال: "عندما نستعمل لفظ خالع، فهو مزيد بحرف على وزن فاعل بمعنى بادل، وفيه تفاعل الطرفين وتوقف حصول الفعل على إرادتهما، بأن تكون هي البادئة وهو المكمل أو هو البادئ وهي المكملة، إذ لا حصول للفعل بدون إرادتهما، وعلى هذا فإما أن تكون هي الموجبة وهو القابل، أو هو الموجب وهي القابلة"⁶⁴⁷.

ويتفق الأستاذ العربي بلحاج مع فضيل سعد على أن الخلع لا يتم دون إرادة الزوج وموافقته الصريحة فقد اعتبر بأن "الخلع في حقيقته القانونية هو عقد ثنائي الطرف لا يتم إلا بإيجاب وقبول، ويشترط فيه إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، أو ما يشترط في عقود المعارضة بالنسبة لكليهما، فالخلع ما هو إلا طلاق بدون نزاع ولا مخاصمة"⁶⁴⁸.

وهذا ما أكده كذلك الأستاذ عبد العزيز سعد حيث يرى بأن "الخلع عقد رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومفهوم شرعا تدفعه الزوجة... وليس على الزوج أن يستجيب لطلب الزوجة غصباً أو كرهاً، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلبه من الزوجة دون رضاء الزوج وموافقته الصريحة"⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 72-73.

⁶⁴⁶ - GHAOUTI, BENMELHA, le droit de la famille, O P U, Alger, 1973, p181.

⁶⁴⁷ - فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 306.

⁶⁴⁸ - العربي بلحاج، طرق الطلاق في قانون الاسرة الجزائرية، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 3، سنة 1990، ص 585.

⁶⁴⁹ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1996، ص 248 249 253.

وقد كان اجتهاد القضاء في بدايته مسايرا لذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في 12/03/1969 بأنه "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوجة المنفردة، يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة الخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به، ولا يمكن اعتباره كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه، ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر"⁶⁵⁰، وذهب المجلس ذاته في قراره الصادر بتاريخ 08/02/1982 إلى أنه "من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات، ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه"⁶⁵¹.

وذهبت المجلس ذاته في قراره الصادر بتاريخ 21/11/1988 بأنه "من المقرر فقها وقضاء بأن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج"⁶⁵²، كما كان للمحكمة العليا نفس الموقف في قرارها الصادر في 23/04/1991 حيث قضت بأنه "يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي"⁶⁵³.

إلا أن قضاء المحكمة العليا تحول لاحقا بعد ذلك إلى اعتبار الخلع حقا للزوجة تستعمله لفاء نفسها من زوج لم تستطع مواصلة الحياة الزوجية معه، وذلك في قرارها الصادر في 30/07/1996 بقولها أنه "من المقرر قانونا وشرعا بأن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا"⁶⁵⁴، وذهب بعد ذلك اجتهاد المحكمة العليا على تكريس حق الزوجة في طلب الخلع بأنه رخصة لها تستعملها لفاء نفسها من زوج لم تستطع العيش معه ولو لم يوافق على ذلك وكان ذلك في قرار آخر لها بتاريخ

⁶⁵⁰ - م أ، غ م، 12/03/1969، م أ، ج 1، ص 170، مقتبس عن العربي بلحاج سنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2006، ص 286.

⁶⁵¹ - م أ، غ أ ش، 08/02/1982، ملف رقم 26709، ن ق، عدد خاص، ص 258.

⁶⁵² - م أ، غ أ ش، 21/11/1988، ملف رقم 51728، م ق، 1990، عدد 3، ص 72.

⁶⁵³ - م ع، غ أ ش، 23/04/1991، ملف رقم 73885، م ق، 1993، عدد 2، ص 55.

⁶⁵⁴ - م ع، غ أ ش، 30/07/1996، ملف رقم 141262، م ق 1998، عدد 1، ص 121.

1999/03/16، إذ قضت بموجبه بأن "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁶⁵⁵.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 بعد تعديلها.

وكان لهذا الموقف القضائي للمحكمة العليا الأثر البالغ في اتجاه المشرع الجزائري للخلع الذي عرف تحولا في شأن الطبيعة القانونية، إذ جاءت بعد ذلك المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الامر 02-05⁶⁵⁶ والتي تنص على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

لقد أضافت هذه المادة عبارة "دون موافقة الزوج" لتعبر صراحة عن تبني المشرع الجزائري للرأي القائل بأن الخلع تصرف انفرادي للزوجة لا يشترط فيه رضى الزوج ويمكن للقاضي أن يجبر هذا الأخير على الخلع إذا ما رفض طلب الزوجة في الخلع، وإن هذا التعديل جاء لتكريس اجتهادات المحكمة العليا والتي عرفت تغييرا جذريا منذ سنة 1992 حيث أصبحت تعتبر الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية حق للزوجة تستعمله وقت ما شاء⁶⁵⁷.

بينما يرى الأستاذ ناصر الدين ماروك في مقال له بعنوان "قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق" بأنه: "... يعود هذا التغيير في موقف المحكمة العليا للمشاكل الكثيرة التي نجمت من الاجتهاد الأول المتمثل في اشتراط قبول الزوج لمبدأ الخلع -الذي هو من الأمور البعيدة المنال- وبحكم تجربتنا في العمل في الأحوال الشخصية فإنه لا يوجد أي رجل يقبل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرضه.

والخطورة التي تنجم عن هذا الموضوع هو أنه وفي حالة رفض الزوج طلب الخلع فإن الزوجة تبقى سنين طويلة لا هي متزوجة ولا مطلقة، وهذا هو الأمر الذي أدى باعتقادنا إلى

⁶⁵⁵ - م ع، غ أ ش، 199/03/16، ملف رقم 216239، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 138.

⁶⁵⁶ - المؤرخ في 08 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005 (جريد رسمية عدد 05) القانون رقم 11/84 الموافق، القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 ج، عدد 43.

⁶⁵⁷ - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 74.

تغيير المحكمة العليا لموقفها وتبني الموقف الصحيح⁶⁵⁸، ومما سبق يتضح بأن الجدل الفقهي الذي كان سائداً حول مسألة الخلع قد زال حيث أن موافقة الزوج لم تصبح ضرورية خلافاً لما كان عليه الأمر قبل التعديل، فعلى القاضي إذن الاستجابة بعد عدة محاولات الصلح إلى طلب الزوجة بمخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ يتفق عليه الزوجان، وعند اختلافهما يحدد بدل الخلع بما يعادل صدق المثل وقت صدور الحكم.

ومنه فقد أزال هذا النص الغبن الذي كانت تعاني منه الزوجة لسنوات طويلة في ظل النص القديم، حيث كانت محرومة من الحصول على حريتها والمطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، فكان ذلك يستلزم موافقة الزوج والذي قد يرفض بدوره الاستجابة لطلبها تعنتاً منه، وعليه فقد وفق المشرع في إعطائه للزوجة حقها الخالص في إنهاء الرابطة الزوجية، ولكن ما يعاب عليه أنه لم يقيد هذا الحق بأي قيد من القيود الموضوعية كذكر الأسباب التي تدفعها لطلبه، مما يجعلها تلجأ إليه حتى لأتفه الأسباب⁶⁵⁹.

وبذلك فإن الزوجة تمارس حقاً، وقد تكون متعسفة في استعماله، فليحق بذلك الزوج ضرراً من استعمالها لهذا الحق، فيجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض، ولا يمكن أن يحدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل، إذ قد يكون الضرر الذي أصابه أكبر من ذلك، لأن المشرع إذا كان قد سوى بين الطرفين في الحق في الطلاق فكان لا بد أن يسوي بينهما أيضاً في الحصول على التعويض.

وقد يجيب البعض بأن الضرر الذي لحق الزوجة هو الذي دفعها إلى طلب الخلع، فيجب أن يضيق على الزوج بأن يحدد له بدل الخلع بما لا يتجاوز صدق المثل فقط، وذلك حتى لا يضيق عليها ويسيء عشرتها كي يرغمها على طلب الخلع ليحصل على البديل، ولكن هذا القول مردود عليه كذلك لأنه في حالة سوء العشرة وتضرر الزوجة من معاشرتها زوجها فإن المشرع أجاز لها أن تطلب التطلاق للأسباب التي حددتها المادة 53 من قانون الأسرة، وجاء

⁶⁵⁸ - ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري، بين النظرية والتطبيق، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، السنة الثالثة 2001، ص 207-208.

⁶⁵⁹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 130.

المشرع في الفقرة 10 من هذه المادة وجعلها واسعة، بحيث سمح للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس "كل ضرر معتبر شرعا".

فإن كان للزوجة من الأسباب الكافية التي تجعلها لا تستطيع مواصلة الحياة الزوجية فإنها تلجأ إلى القاضي لطلب التطلاق وتحصل في المقابل على جميع حقوقها، بل ويمكنها الحصول على التعويض أيضا، لما تنص عليه المادة 53 مكرر من قانون الاسرة" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"⁶⁶⁰.

وعلى اعتبار أن هذا الحل، فإنها من باب أولى تلجأ إلى طلب التطلاق، وهو طلاق يوقعه القاضي بناء على الأسباب التي تعرضها الزوجة عليه، وإن ثبت ذلك كان لها طلبها، بالإضافة إلى حقوقها وكذا التعويض، ولكنها تلجأ إلى الخلع فقط في حالة واحدة أنها عجزت أن تثبت الضرر اللاحق بها، أو أن هذا الضرر غير موجود أصلا لما قد يكون من عوامل نفسية فقط تدور في خلدتها، كأن تكون كارهة للعيش معه فقط، مع أنه قد وفر لها كل متطلبات الحياة ولم يؤذيها أو يلحق ضررا بها، ففي هذه الحالة تطلب الخلع، ولا يملك الزوج حق الموافقة عليه⁶⁶¹، ولكن في مقابل ذلك كان أولى بالمشرع أن لا يحدد مقدار بدل الخلع بأن يتركه يقدر ما لحق الزوج من ضرر مثلما جعل التعويض في الطلاق يقدر ما لحق الزوجة من ضرر.

ثالثا: موقف التشريعات العربية.

ولقد ظهر في هذا الصدد اتجاهين اتجاه يرى بأن الخلع عقد رضائي بينما أقرت بعض التشريعات الخلع القضائي إلى جانب الخلع الرضائي، وتمسكت الكثير من البلاد الإسلامية والعربية في قوانين أحوالها الشخصية بمذهب الجمهور واعتبرت الخلع عقدا رضائيا.

⁶⁶⁰ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 204-205.

⁶⁶¹ - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض بين الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، سنة 2010/2009، ص 205.

أ- تنظيم الخلع في التشريع السوري.

وفي نفس الاتجاه سار قانون الأحوال الشخصية السوري⁶⁶²، الذي تناول الخلع في المواد 95 إلى 104، ويستشف من هذه المواد أنه قد اعتبر الخلع عقدا رضائيا يتم بين الطرفين ولكل منهما الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر، وهذا ما تضمنته المادة 96 منه بنصها: "لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الآخر".

وذهب الفقه السوري إلى أن الاصل في المخالعة أنها لا تتم إلا برضى الطرفين لأنها من العقود الملزمة لجانبين، ولذلك فإن الخلع الواقع بالإكراه باطل، والبديل متوجب الرد⁶⁶³، كما تعرض المشرع المغربي للخلع في الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية والمعنون بالطلاق بالخلع واعتبر الخلع عقدا رضائيا، حيث نصت المادة 115 منه: "للزوجين أن يتراضيا على الخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه"⁶⁶⁴.

ب- تنظيم الخلع في التشريع المصري.

لم يتعرض المشرع المصري للخلع إلا بصدور القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ورغم ذلك كانت المحاكم تطبق المذهب فيما يعرض لها من قضايا في هذا الخصوص عملا بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية⁶⁶⁵.

وبعد صدور القانون رقم 1 لسنة 2000، أصبح نص المادة 20 من هذا القانون هو المطبق في دعوى الخلع التي ترفعها الزوجة طالبة التفريق بينها وبين زوجها عن طريق التخالع معه⁶⁶⁶، يظهر من هذا النص أن المشرع المصري قد أحاط بجميع جوانب الخلع وأحكامه،

⁶⁶² - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1983.

⁶⁶³ - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، الجزء الثاني، سنة 1994، ص239.

⁶⁶⁴ - المادة 115 من المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03 المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق لـ 3 فبراير سنة 2004، جريدة رسمية رقم 5184، الصادرة يوم 5 فبراير سنة 2004.

⁶⁶⁵ - وتجدر الإشارة بأن نص المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تم إلغاؤها بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000.

⁶⁶⁶ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، المرجع السابق، ص364.

فجعله حقا للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية مثله مثل حق الزوج في الطلاق، ولا يملك الزوج حق الموافقة مثله في ذلك مثل المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري، وفي مثل هذه الحالة قد تعسف الزوجة في استعمالها لهذا الحق، فيرتب مسؤوليتها في تعويض الزوج عما لحقه من أضرار.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لاستحقاق الزوج للتعويض للحكم الخلع.

إذا كان المشرع قد أقر للزوجة المطلقة حقها في التعويض عن الضرر اللاحق بها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق وذلك بموجب المادة 52 المعدلة والمتممة بالمادة 12 من الامر رقم 02/05 والتي تنص: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها إذا استطاعت إثبات ما حصل لها من ضرر مادي ومعنوي، فالسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد والذي يحتاج إلى إجابة عنه هو ما مدى أحقية الزوج في المطالبة بالتعويض عن سوء استخدام الزوجة لحقها في الخلع؟ وما هو الأساس القانوني في ذلك؟

لم يتعرض المشرع الجزائري لحق الزوج في التعويض عن الضرر اللاحق به من جراء الخلع، مما يستدعي بنا الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي عملا بنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري.

وبالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية الغراء نجد أن أساس التعويض يستمد أصوله من نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث لم يعرف التشريع الوضعي وفقهه هذه النظرية إلا في أوائل القرن العشرين⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ - بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، تحت الاشراف الأستاذة: فركوس دليلة، سنة 2014/2015، ص118.

أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

لقد حددت الشريعة الإسلامية معايير التعسف في استعمال الحق، وهذه المعايير أخذت بها جميع التشريعات الحديثة التي تبنت نظرية التعسف في استعمال الحق ومنها المشرع الجزائري في نص المادة 124 مكرر⁶⁶⁸، وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري عليه جميع الحقوق، وقد جمعت معايير التعسف التفصيلية بين المعايير الذاتية أو الشخصية والمعايير المادية أو الموضوعية⁶⁶⁹.

ثانياً: صور التعسف في استعمال حق الخلع.

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية، هذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، فالرجل إن تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها الضوابط التي قيدها به الشارع عند إيقاع الطلاق يعتبر متعسفاً في استعمال حقه، مما يوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجه التي طلقها تعسفاً⁶⁷⁰.

وكذلك الشأن بالنسبة للزوجة فقد أعطت الشريعة الإسلامية لها الحق في مفارقة زوجها بواسطة الخلع، كما أقر المشرع لها هذا الحق في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، وهذا لإحداث توازن في حقوق الزوج والزوجة، ولكن دون تعسف منهما.

⁶⁶⁸ - من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل بالأمر رقم 58/75 المتضمن القانوني المدني الجزائري والتي تنص: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- 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".

⁶⁶⁹ - إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة المشروعة أو لقصد الإضرار بالغير -دراسة مقارنة-المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، سنة 1430 هـ/2009م، ص70.

⁶⁷⁰ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص168.

ويقول في هذا الصدد الأستاذ عبد الرحيم الأنوار: "أنهما حقان متبادلان ولا يجوز لكل من الزوجين أن يتعسف فيما منحه الله"⁶⁷¹، إلا أن الزوجة عند استعمالها للحق المقرر لها شرعا وقانونا والذي يخضع لمشيئتها وإرادتها قد تتعسف في استعمال هذا الحق، واعتمادا على ما وضعته الشريعة الإسلامية من معايير للتعسف وما أكدته المادة 124 مكرر من القانون المدني⁶⁷²، ويمكن أن نستخلص صور الخلع في النقاط التالية.

أ. قصد الأضرار بالزوج.

وتطبيقا لذلك فإن الزوجة قد تكون متعسفة في استعمال حقها في الخلع إذا كان الباعث الذي يدفع بها إلى طلب الخلع هو مجرد الأضرار بالزوج عن طريق ممارسة ضغوط عليه لقبول البديل نظير فراقها، فكان استعمال هذا الحق غير جائز، لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما شرعت للإصلاح⁶⁷³.

ب. عدم مشروعية المصالح التي ترمي إلى تحقيقها.

إذا كانت الزوجة في طلبها للخلع ترمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا فإنها تكون متعسفة فيه، وذلك لأن الشريعة الإسلامية لا تصبغ حكمها على ما يخالف أحكامها⁶⁷⁴، ومن أمثلة هذه الحالة خلع المريضة مرض الموت التي تقصد الإضرار بالورثة، كما لا يصح أن تكون الحضانة بدل الخلع لأن حق المحضون أولى من حق الحاضن، فيصح الخلع ويبطل الشرط، والحكمة من كل هذا صيانة حق الولد ودفع الضرر عنه⁶⁷⁵.

وبناء على ذلك فإن انعدام التناسب بين المصلحة التي تسعى الزوجة لتحقيقها من وراء الخلع، وهي التخلص من رابطة زوجية لا تريدها، والمفسدة يمكن أن يتخذ كقرينة على قصد

⁶⁷¹ - عبد الرحيم الأنوار، نظام الطلاق في الجزائر، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، فرع القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1975/1976، ص 26.

⁶⁷² - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 169/170.

⁶⁷³ - بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 137/138.

⁶⁷⁴ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 170.

⁶⁷⁵ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 620-621.

الإضرار، وما نخلص إليه في الأخير أن كل من قصد الإضرار أو انعدام التناسب أو عدم مشروعية المصلحة يعتبر معيارا لوجود التعسف وأساسا تترتب من خلاله مسؤولية المختلعة قبل زوجها⁶⁷⁶.

ثالثا: عبء إثبات التعسف.

وتبعاً لذلك فإن عبء إثبات خلاف الأصل يقع على عاتق الزوج، فإذا ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع، فإنه يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات أحد معايير التعسف السابق ذكرها، ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلاً أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية إذ أنه لم يدفعها لطلب الخلع إساءة عشرتها وإنما لجأت لاتباع هذا السلوك أنانية منها والدوافع الذاتية فقط، وأن هناك أضراراً جمة قد لحقت به وباستقرار أسرته⁶⁷⁷، أو يثبت أن طلب الزوجة للخلع كان لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو يثبت تحايل الزوجة في بدل الخلع، فقد تعتمد الزوجة الاختلاف في تقدير المقابل ويكون مهرها يفوق بكثير مهر المثل، فيكون تعسف الزوجة في هذه الحالة⁶⁷⁸.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعته، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض⁶⁷⁹.

ولكنني أرى بأن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضاً وذلك لسببين، أولهما قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسباباً ودوافعاً كافية، أو كان

⁶⁷⁶ - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته، المرجع السابق، ص332.

⁶⁷⁷ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص186/187.

⁶⁷⁸ - بلبولة بختة، المرجع السابق، ص138.

⁶⁷⁹ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص188.

طلبها للخلع بغير مبرر قانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن التعويض الضرر، وثانيهما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن لأن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفاً في قانون الأسرة بنص المادة 54.

ومن جانب القضاء فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992/07/21 بأنه "من المقرر فقها وقانوناً أنه يسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما بتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً، وعليه فإن قضية الموضوع، في قضية الحال، لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعاً دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁶⁸⁰.

فإن كان هذا القرار قد ذهب إلى أن تحديد قيمة صداق كتعويض للزوج عند استعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للابتزاز والتعسف، فهو من جهة أخرى لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا بحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى، لأن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو يكن لها، ويقضي به القاضي سواء كان مناسباً للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

ومن جانب الفقه أن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة يظهر تعسف الرجل في مطالبته بزيادة على المهر كبديل للخلع، وذلك لأن الضرر اللاحق بالمرأة في تكليفها رد المهر وزيادة، مع ألم الفشل في حياتها الزوجية يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن رد إليه مهره دون زيادة حيث سلم له ماله، ومن هذا المعيار يدفع أعظم الضررين وهو الضرر اللاحق

⁶⁸⁰ - م ع، غ أ ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، م ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

بالمرأة المخالعة بتحمل أيسرها، وإن كان الضرر معنويا بالنسبة إلى الرجل فلا يقال بالزيادة⁶⁸¹.

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على أن يكون بدل الخلع صداق المثل، فإن المشرع المصري في المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 جعل بدل الخلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي أعطاه لها، فإذا استمرت الحياة الزوجية سنين طويلة تم جاءت الزوجة بعد عشرين سنة، إذا صار الزوج شيخا ومقعدا بعد أن كان شابا قادرا على تلبية طلباتها، وطلبت من المحكمة أن تختلع نفسها مقابل أن ترد عليه صداقه الذي أصبح اليوم مبلغا زهيدا، لا يملك إلا أن يقضي بالخلع ورد الصداق للزوج، وفي ذلك إجحاف بحق وعدم اعترافه بالضرر الذي لحق به من استعمال الزوجة لحق الخلع.

وأتساءل هنا كيف أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة في حالة الطلاق ويعطى للقاضي سلطة واسعة في تقدير تعويضه دون أن يحدد أدناه أو أقصاه، ثم لا يعترف للزوج بالضرر الذي يلحقه في حالة الخلع، ويحدد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل، وكأنما يرى المشرع أن الخسارة الوحيدة للزوج في زواج لم يحقق غايته ويستمر من ما قدمه لها من صداق وليس استقرار أسرة بأكملها، وسنوات من الحياة الزوجية أفناها الزوج في خدمة أسرته وتلبية متطلباتها.

مناقشة قانون الاسرة الجزائري:

مما يؤخذ على القانون:

أنه لم يبين الحالات التي يجوز للمرأة أن تختلع فيها، وقد سبق أن بينا أن الفقه الإسلامي ذلك بأن تكره المرأة زوجها في خلقه أو خلقه أو دينه ونحو ذلك مما تخشى معه عدم تأديتها لزوجها حقه، وعندها يجوز لها أن تخالعه.

وهذا التقييد مؤداه إلى التقليل من حالات الفرقة بين الزوجين التي يقصد إليها الشارع الحكيم، والمادة تنص على جواز الحكم بغير القاضي (يجوز للزوجة أن تخالعه نفسها ما يتم

⁶⁸¹ - عبير ربحي شاكرا القومى، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الاردن، ط1،

الاتفاق عليه)، فإن اتفقا على مال كائن ما كان يمضيه القاضي، ولا يتدخل وهذا الرأي عليه جمهور الفقهاء كما رأينا.

ومما يوقع الالتباس هنا، هو أن القانون لم يبين الخلع أهو طلاق أو فسخ، وهذا أيضا مما يؤخذ عليه، والفقهاء الإسلامي قد نص على ذلك اختلاف بين العلماء، وهذا الغموض يعتبر كنتيجة لما سار عليه القانون من عدم التفريق بين ما يعد فسخا وما يعد طلاقا ولو أنه وضح ذلك ما وقع الالتباس، أما إذا رفع الأمر إلى القضاء، فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند الحكم، ومن هنا كان علينا أن نقترح على المشرع الجزائري بعض الإضافات على هذه المادة.

- أن يضيف الحالات التي تخول للمرأة حق الإختلاع.
- أن ينص على أن الخلع طلاق.
- محاولة الإصلاح بين الزوجين خاصة باستعمال الترغيب والترهيب، هذا إذا لم يوقع الاتفاق على الخلع، فإن وقع الاتفاق فليس للقاضي إلا أن يمضيه شاكرا.
- ولا مانع من أن يرسل حكيمين في حالة عدم الاتفاق على الخلع حتى يحولوا، اقناع الزوجين بما هو خير لهما.

المبحث الثاني: الطلاق الذي يوقعه القاضي لتوافر أسباب محددة

الصورة الأولى: لهذا الطلاق هو التطلق الذي تطلبه الزوجة وفقا لحالات حددها المشرع على سبيل الحصر، إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر الأسباب المنصوص عليها شرعاً وقانوناً، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، ويترتب التطلق على وقوع الطلاق التعويض أيضا.

الصورة الثانية: تتمثل في النشوز الذي يجعل أيا من الزوجين يتقدم بطلب الطلاق للقاضي، الذي له سلطة فحص أسباب الزوجة، ومن ثم يقضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر سواء الزوج أو الزوجة.

المطلب الأول: التطلق

إن الزوج وبحكم مسؤوليته الاسرية، تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات المادية والمعنوية حتى يحقق مقاصد الحياة الزوجية ماديا بالإنفاق على زوجته، ومعنويا باعفافها وعدم

الغياب عنها، لأن تواجهه مطلب ضروري له أثره على كيان الحياة الزوجية، فإذا أخل الزوج بهذه الالتزامات، أو تضرر الزوجة من جراء ذلك، فلها الحق في أن ترفع أمرها للقاضي لطلب التطلق.

فالتطلق ينهي العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة وإرادتها المنفردة ولأسباب عددها المشرع⁶⁸²، في المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري الحالات التي تشكل سببا لطلب الزوجة للتطلق، كما نص على "أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وبذلك فإن التطلق يعتبر من بين المسائل الموجزة لطلب التعويض والحكم به من طرف القاضي، ويتفحص هذه الحالات يتضح أنها تحتوي على أضرار تلحق الزوجة من جراء عقد الزواج، ولا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية مما يدفعها إلى أن تطلب من القاضي إنهاء هذه الرابطة، ومن ثم بإمكانها الحصول على التعويض، ولكن هل هذا التعويض هو تعويض عما لحقها من ضرر ودفعها إلى طلب التطلق؟ وإذا لم تقرر الطلاق بإرادتها المنفردة بل كانت مدفوعة إليه بفعل أسباب معينة فهل يعتبر هذا تعويض عن فك الرابطة الزوجية كما في حالة الطلاق؟ أم هو تعويض عما لحقها من ضرر دفعها لطلب التطلق؟ للإجابة عن ذلك سأعرض أولاً إلى حالات التطلق وأوضاعه وثانياً إلى الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطلق⁶⁸³.

الفرع الأول: حالات التطلق المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ.

المعروف أن الطلاق يقع باختيار الزوج وإرادته، أما التفريق القضائي فيقع بحكم القاضي استجابة لطلب الزوجة المتضررة بعد تحريه وعدم استطاعته إزالة الضرر بالوسائل الشرعية، عندما يجد عيوباً ومضاراً، كعدم إنفاق الزوج أو غيبته أو فقدته أو حبسه أو الهجر أو العقم أو

⁶⁸² - منصور نورة، المرجع السابق، ص 10.

⁶⁸³ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 208.

الردة أو النشوز... أو سوى ذلك من الدواعي الملجئة إلى طلب الطلاق أو فسخ النكاح، لكن هناك أسباب أخرى قد تؤدي إلى الطلاق وهي كثيرة⁶⁸⁴.

التطليق من الطلاق، كلاهما سواء في المعنى لغة وشرعا، غير أن المشرع الجزائري استحدثه للتفريق بينه وبين الطلاق⁶⁸⁵، ويسمى أيضا التفريق القضائي، والتطليق هو أن يفرق القاضي بين الزوجين بطلب من الزوجة، إذا ما تحقق سبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 من الامر 02/05⁶⁸⁶، تصنف الحالات التي ذكرها المشرع في هذه المادة إلى صنفين: ما توافق فيه مع الفقه الإسلامي، وما اختلف بها دونه، فيقسم هذا الفرع إلى فئتين، يوضح في كل واحدة منهما قسم من هذين القسمين:

أسباب طلب التطليق

يبدو أن أسباب التطليق جاءت على سبيل الحصر، عدا الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة سابقا، التي جاءت على سبيل التمثيل لا الحصر⁶⁸⁷.

أ- الفقرة الأولى: الحالات التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي.

يتفق المشرع الجزائري في كثير من الحالات التي ذكرها في المادة 53 من ق.أ مع ما فصله الفقه الاسلامي من حالات منح الزوجة حق التطليق، والتي يمكن توضيحها فيما يلي: التطليق لعدم الانفاق، التطليق للعيوب، التطليق للهجر في المضجع، التطليق للغيب، التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها، التطليق للضرر.

1- التطليق لعدم الانفاق.

⁶⁸⁴ - العربي، بختي، المرجع السابق، ص 103.

⁶⁸⁵ - بن داوود عبد القادر، المرجع السابق، ص 10.

⁶⁸⁶ - أمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

⁶⁸⁷ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، دار طليطلة، الطبعة الأولى 2010، ص 126 و 127.

وقد حدد المشرع الجزائري الأوضاع التي تجعل المرأة تلجأ خلالها إلى القاضي لطلب التطلاق وذلك في نص المادة 53 من قانون الاسرة، وبغير توفر هذه الحالات المحددة على سبيل الحصر لا يحق للزوجة أن تطلب التطلاق، وأعرض لكل حالة على حدى.

لقد نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في حالة عدم الإنفاق، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ بتاريخ 19/11/1984، في التطلاق لعدم الإنفاق، حيث جاء فيه "من المقرر فقهاً وقضاً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين أي 60 يوماً يكون مبرراً لطلبها التطلاق عن زوجها...⁶⁸⁸".

ولقد استند المشرع الجزائري في تقرير هذه الحالة إلى ما ذهب إليه الائمة الثلاثة (مالك وأحمد والشافعي) في التفريق لعدم الانفاق⁶⁸⁹، جاء في المدونة: "قال: وسمعت مالكا يقول: كان من أدركت يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما"⁶⁹⁰.

وجاء في الكافي في فقه ابن حنبل: " إذا اعتبر الزوج بنفقة المعسر فلها فسخ النكاح، لقوله تعالى: (فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)⁶⁹¹، وقد تعذر الإمساك بالمعروف فيتعين التسريح بإحسان"⁶⁹²، وفي مغني المحتاج: "إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته فإن صبرت صارت ديناً عليه، وإن لم يرفضها القاضي، وإذا لم تصبر فلها الفسخ على الأظهر"⁶⁹³.

ولقد استدلت الجمهور على مذهبهم بأدلة عديدة يمكن اعتبار كل واحد منها سنداً شرعياً لحق الزوجة في التفريق في مثل هذه الحالة، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿ فَأِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ

⁶⁸⁸ - المحكمة العليا، غ أش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م ق 1989، عدد 3، ص 76.

⁶⁸⁹ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276.

⁶⁹⁰ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج 4، ص 263.

⁶⁹¹ - سورة البقر، الآية 229.

⁶⁹² - ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ط 5، 1998، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ج 3، ص 367.

⁶⁹³ - محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 3، ص 442.

أَوْتَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ⁶⁹⁴، قالوا: "وإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكا بمعروف فيتعين التسريح"⁶⁹⁵.

ومنها ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما تطعمني وإما تطلقني..."⁶⁹⁶، وما أخرجه البيهقي والدارقطني من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: "يفرق بينهما"⁶⁹⁷، وسئل هل هو سنة، فقال سنة⁶⁹⁸، وجاء في سبل السلام، حول هذا الاثر: "وهذا مرسل قوي، ومراسيل سعيد معمول بها، لما عرف أنه لا يرسل إلا عن ثقة، وقال الشافعي: "والذي يشبه أن يكون قول سعيد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، واما قول ابن حزم لعله أراد سنة عمر فهو خلاف الظاهر..."⁶⁹⁹.

كما ذهبوا إلى أنه ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل من ضرر الإنفاق، فإن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى، لأن العجز عن الوطاء إنما هو فقد لذة وشهوة، ويبقى البدن بدونها⁷⁰⁰، ولعل بعضا من هذه كان مستند عمر رضي الله عنه- في كتابه إلى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم، يأمرهم أن يخبروهم أن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حسبوا⁷⁰¹، بل يمكن اعتبار هذا الاثر العمري سندا آخر لحق الزوجة في التطبيق لعدم الإنفاق.

⁶⁹⁴ - سورة البقر، الآية 229.

⁶⁹⁵ - ابن قدامة، المغني، ط1، 1405، دار الفكر، ج8، ص163.

⁶⁹⁶ - البخاري، الجامع الصحيح، ط3، دار ابن كثير، بيروت لبنان،/ ج5، ص2084، باب وجوب النفقة على الاهل والعيال، رقم 5040.

⁶⁹⁷ - الدارقطني، سنن الدارقطني، ط4، 1986، عالم الكتب، بيروت لبنان، ج3، رقم 194، ص297.

⁶⁹⁸ - البيهقي، سنن البيهقي، درط 1994، مكتبة دار الباز، ج7، ص469، باب الرجل لا يجد نفقة.

⁶⁹⁹ - الصنعاني، محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالامير المولود عام 1059هـ والمتوفى 1182هـ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الاحكام، ط4، 1397، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج3، ص224.

⁷⁰⁰ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص163.

⁷⁰¹ - البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ص49، باب الرجل لا يجد نفقة.

وأما عن الحنفية⁷⁰² والظاهرية⁷⁰³ من مخالفتهم لقول الجمهور، وعدم اعترافهم للزوجة بحق الفرقة لعدم الإنفاق، فقد رد المحققون من العلماء ما استدلوا به على ذلك من الأدلة، يذكر من ذلك ما أورده الشوكاني⁷⁰⁴، في السيل الجرار: "وأما استدلال المانعين من الفسخ بقوله سبحانه: "لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله..."⁷⁰⁵ فيجاب عنه بأن لا نكلفه بأن ينفق زيادة على ما آتاه، بل دفعنا الضرر عن المرأة وخلصناها من حباله لتذهب تطلب لنفسها رزق الله عز وجل بالتكسب أو تتزوج آخر يقوم بمطعمها ومشربها"⁷⁰⁶.

بل إن الذي يظهر بعد الدراسة والبحث أن خلاف الحنفية نظري أكثر مما هو عملي، فقد جاء في حاشية ابن عابدين في الفقه الحنفي: "قال في غرر الأذكار: ثم أعلم أن مشايخنا استحسنا أن ينصب القاضي الحنفي نائباً ممن مذهبه التفريق بينهما إذا كان الزوج حاضراً وأبى عن الطلاق، لأن دفع الحاجة الدائمة لا يتيسر بالاستدانة، إذ الظاهر أنها لا تجد من يقرضها، وغنى الزوج مالا أمر متوهم، فالتفريق ضروري إذا طلبته"⁷⁰⁷.

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الاثمة الثلاث في التفريق لعدم الإنفاق وكذا برأي ابن القيم الجوزية، وذلك عندما أضاف عبارة ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، وانطلاقاً من نص الفقرة 1 من المادة 53 من قانون الاسرة فإن الزوجة لا يمكنها طلب التطلق لعدم الإنفاق ومن ثم التعويض إلا بتوافر الشروط التالية:

⁷⁰² -المرغيناني، بداية المبتدئ، ط1، 1355، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة مصر، ج1، ص89.

⁷⁰³ - ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج10، ص94.

⁷⁰⁴ - هو محمد بن علي بن محمد فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن بصنعاء، اليمن، نشأ بصنعاء وولي قضاءها سنة 1229 هـ، ومات بها سنة 1250 هـ، (الشوكاني، البدر الطالع، ج2، ص214).

⁷⁰⁵ - سورة الطلاق، الآية 7.

⁷⁰⁶ - الشوكاني، السيل الجرار، ط1، 1405، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج2، ص452.

⁷⁰⁷ - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ط2، 1386، دار الفكر، بيروت لبنان، ج3، ص590.

1- امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا، وأن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم، وأصر على عدم الإنفاق⁷⁰⁸.

2- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا، فإن كان معسرا، فلا ظلم لها ولا اعتداء منه، لأن العسر بيد الله، فلا يطلق عليه القاضي للعسر، أما إذا كان موسرا، وله مال ظاهر، وادعى العجز، فالأمر يختلف ويجب على المحكمة النظر فيه⁷⁰⁹.

3- ألا تكون عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحالته المالية سقط حقها في التطلق لعدم الإنفاق، بسبب رضائها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج بكافة وسائل الإثبات.

أما ان استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تغيرير الزوج أثناء عقد الزواج، بحيث تظاهر أنه غني، والحال أنه فقير، أو أن عسره جاء بعد زواجهما وانه عمدي، وأصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال⁷¹⁰، فإن الانفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة، والتي يحق لها طلب التطلق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها⁷¹¹، كما أنه لا يكون الزوج ممتعا عن النفقة إذا كان معسراً، ولا يطلق عليه القاضي للعسر، وهنا يمهل القاضي مدة مناسبة⁷¹².

⁷⁰⁸ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الثانية، 1982/10/12، ملف رقم 22918 (غير منشور)، 1984/11/19، ملف رقم 34791 (غير منشور).

⁷⁰⁹ - إن تطلق الزوجة لعدم الإنفاق والحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للقانون، المحكمة العليا، 1989/11/27، م ق، 1992، ج1، ص51.

⁷¹⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص277.

⁷¹¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص223-224.

⁷¹² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص277.

وهذا هو نفس ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه "يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة، وإن ثبت عجزه أو كان غائباً أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما": ويظهر من خلال هذا النص أن قبول القاضي لدعوى التفريق لعدم الإنفاق في يتطلب ثلاث شروط وهي:

1- امتناع الزوج الحاضر عن الإنفاق.

2- قدرة الزوج عن الإنفاق.

3- عدم وجود مال ظاهر لدى الزوج.

فإن كان للزوج مال ظاهر ردت دعوى التفريق وألزم بالإنفاق من ماله وحجز هذا المال تأمينا لنفقتها، وإن ثبت عجزه عن الإنفاق أو كان غائباً أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر للإنفاق، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما⁷¹³.

واختلف المشرع السوري عن الجزائري في التأكيد على أن الزوج حاضراً، وفي المدة التي أمهلهما للزوج لدفع النفقة الواجبة عليه، والتي إن عجز خلالها قضى القاضي بالتطليق، أما المشرع الجزائري فجعل عدم الإنفاق لا يثبت إلا بعد صدور حكم بوجوبه، وبمعنى أدق فعلى الزوجة في التشريع الجزائري بأن ترفع في البداية دعوى نفقة، وتنتظر حتى يصبح الحكم نهائياً ثم تسعى في تنفيذه بالطرق القانونية، فإن رفض الزوج دفع النفقة بعد تبليغه قانوناً وثبت امتناعه بموجب محضر امتناع عن التنفيذ يحرره المحضر القضائي في هذا الشأن أقامت بعدها دعوى التطليق، ولم يحدد المشرع الجزائري أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة وتاريخ إقامة دعوى طلب التطليق.

نص القانون المغربي على التطليق للإعسار في المادة 102 من م-أ-م التي يفهم أنه يحق للزوجة أخذ نفقتها من مال زوجها إن كان له مال، وفي حالة ثبوت عسره تلجأ إلى المحكمة التي تحدد أجلاً للزوج لا يتعدى 30 يوماً وإلا طلقت عليه إلا في حالة الظروف

⁷¹³ - محمد فهد شقفة، المرجع السابق، 1998، ص486.

الاستثنائية⁷¹⁴، أما بالنسبة لمشروع المصري فقد أورد في نص المادة 4 من ق.أ.ش.م رقم 25 لسنة 1929 أنه إذا كان للزوج مال ظاهر، فإن الزوجة تستوفي حقها من نفقة هذا المال، لكن إذا كان الزوج معسراً أو تعمد عدم الإنفاق ظلماً طلق عليه القاضي حالاً شرط أن يكون الزوج حاضراً في البلد وامتنع عن تطليقها بنفسه⁷¹⁵.

وعلى الزوج اثبات عجزه، ليستفيد من المهلة التي يمنحها له القاضي التي لا تزيد عن شهر لدفع النفقة الواجبة عليه، فإن لم ينفق فرق بينهما القاضي⁷¹⁶.

وذهبت محكمة النقض في مصر إلى أنه "التفريق لعدم الإنفاق وفقاً لنص المادة 4 من القانون 25 لسنة 1929 مناطه انتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة، وعدم ادعاء الزوج العسر أو اليسر، وإصراره على عدم الإنفاق على زوجته"⁷¹⁷.

إضافة للمشروع المغربي والمصري، نجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 39 منها الذي بدوره تضمن المهلة الممنوحة للزوج المعسر لدفع النفقة وهي شهرين، وإن عجز بعد فواتها عن الدفع حكم القاضي بالتطليق بشرط عدم علمها بالعسر أثناء إبرام عقد الزواج⁷¹⁸، فيما يخص طبيعة الطلاق فقانون الأسرة الجزائري لم ينص عليه لكن بالرجوع للمادة 50 من ق.أ.ج. نجد أنه قد اعتبره طلاقاً بائناً لصدور حكم قضائي في الموضوع، إلى جانب ذلك نجد مدونة الأسرة المغربية في المادة 112 منها تنص أنه طلاق رجعي ووافقه الرأي المشرع الجزائري المصري في المادة 6 من ق.أ.ش.م⁷¹⁹.

مما سبق عرضه، نلاحظ أن جميع التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري، تبنا فكرة التطليق لعدم الإنفاق، واعتمدوا عليها رغم اختلافهم في بعض النقاط كالمهلة على سبيل

⁷¹⁴ - المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية، نقلاً عن بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 190-191.

⁷¹⁵ - السيد سابق، فقه السنة، مجلد 2، تخريج: ناصر الدين الالباني، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2020، ص 295.

⁷¹⁶ - عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية منشورات تالة، الجزائر، د ط، 2001، ص 88.

⁷¹⁷ - محكمة النقض المصرية، 2002/12/28، الطعن رقم 69 لسنة 70 قضائية، مجلة القضاة، السنة 34، ص 521.

⁷¹⁸ - الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، نقلاً عن نجية زيتوني، المرجع السابق، ص 25.

⁷¹⁹ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

المثال وطبيعة هذا الطلاق إذ أن المشرع الجزائري استثنى علم الزوجة بإعسار زوجها أثناء الزواج من مبدأ التطبيق لعدم الإنفاق في حين لم تنص باقي القوانين الأخرى المشار إليها أعلاه على هذه الحالة.

(2) التطبيق للعيوب

نص المشرع الجزائري في المادة 2/53 ق أ، بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وعليه، فإن المقصود بالعيوب هنا هي تلك العلل الجنسية أو الامراض المنفردة، التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر، ذلك أنه من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج التماسل، وإنجاب الأولاد، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة أو يمكن بعد زمن طويل، ولا يمكن القيام معه إلا بضرر، كالعلل الجنسية، والامراض المنفردة، فلها أن تطلب من القاضي تطبيقها منه، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد⁷²⁰.

المقصود بالعيوب هنا هو النقصان البدني أو العقلي في أحد الزوجين، أو كل ما يعوق الاتصال الجنسي بينهما ويمنعه، والعيوب في الزوجين قد تكون تناسلية خاصة بالذكور، وتتمثل في الجب والعنة والخصاء، وقد تكون تناسلية خاصة بالإناث المتزوجات، كالقرن والرتق، وقد تكون مشتركة بين كل من الذكور والإناث، مثل الجنون والجذام والبرص الذي هو بياض يحدث في الأعضاء⁷²¹.

وقد جاء نص هذه المادة موافقا لما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة من جواز التفريق للعيوب وأحقية الزوجة في ذلك، على خلاف بينهم في أنواع العيوب الموجبة للتفريق وعددها⁷²²، ولقد استندت أئمة المذاهب فيما ذهبوا إليه إلى أدلة من السنة والقياس، بما يمكن اعتبار كل واحد منها سندا شرعيا لحق الزوجة في فك الرابطة الزوجية.

⁷²⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 280 - 281.

⁷²¹ - العربي بختي، المرجع السابق، ص 121.

⁷²² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط2، 1987، ص 260.

فمن السنة ما روى أحمد في مسنده: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها فوضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحا بياضا، فانحاز عن الفراش، ثم قال: خذي عليك ثيابك، ولم يأخذ منها شيئا"⁷²³، فالأثر وإن كان عن الزوج فإنه يمكن الاستدلال به على حق الزوجة، بجامع فوات المقصود من الزواج، المطلوب تحمله لكل واحد من الزوجين على حد سواء، بل إن من العلماء من خالف في ثبوت حق الرد للزوج في هذه الحالة دون الزوجة، لاعتبار انه يملك الطلاق، جاء في نيل الاوطار: "وقد استدل بحديثي الباب على أن البرص والجنون والجدام عيوب يفسخ بها النكاح... وقد ذهب جمهور أهل العلم من الصحابة فمن بعدهم إلى أنه يفسخ النكاح بالعيوب، وإن اختلفوا في تفاصيل ذلك، وفي تعيين العيوب التي يفسخ بها النكاح"⁷²⁴.

ومن القياس وهو هنا على ضربين: فمنه ما تعلق بثبوت الحق في حد ذاته، وهو الذي اعتمد عليه الحنفية، حيث أثبتوا، للزوجة الحق في التطلق للعيوب قياسا على حقها في التطلق للإيلاء، جاء في المبسوط للسرخسي: "إن الزوج لو منع حقها في الجماع قصدا إلى الاضرار بها بالإيلاء كان موجبا للفرقة، فكذلك إذا تعذر عليه إيفاء حقها بالجب والعنة"⁷²⁵.

ومنه ما تعلق بثبوت الحق في التطلق للعيوب عدا البرص، وهو الذي اعتمد عليه الشافعية، حيث ذكروا بأن حق الزوجة في التطلق لكل عيب عدا البرص يثبت بالقياس على حقها في التطلق للبرص، فقد جاء في المهذب: "قُتِبَ الرد بالبرص بالخبر (يقصد الحديث المذكور)، وثبت في سائر ما ذكرناه بالقياس على البرص، لأن في معناه في معنى الاستمتاع"⁷²⁶.

⁷²³ - أحمد، مسند أحمد، د.ط، 1980، دار المعارف، مصر، باب حديث كعب بن زيد، كتاب مسند المكين، رقم 15455.

⁷²⁴ - الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من الأحاديث من أحاديث سيد الاخيار، ط1، 1983، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج6، ص157.

⁷²⁵ - أبو بكر السرخسي، المبسوط للسرخسي، درط، 1406، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص97.

⁷²⁶ - الشيرازي، المهذب، درط، د ت ط، ج2، ص48.

وقد يكون بعض من هذه الأدلة مستند سعيد بن المسيب فيما رواه عنه مالك في الموطأ من قول صريح بثبوت حق الفرقة للزوجة بالعيوب، حيث جاء في الموطأ: "وحدثني عن مالك أنه بلغه عن سعيد بن المسيب أنه قال: لأيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر فإنها تخير، فإن شاءت قرت، وإن شاء فارقت"⁷²⁷.

وفي هذا السياق ذهب المشرع المصري من جانبه في المادة 9 من القانون 25 لسنة 1929 إلى أنه "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البريء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها القيام معه إلا بضرر، كالجنون والجذام والبرص، وسواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أو حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجت عالمة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق".

يظهر من ذلك أن المشرع المصري قد أخذ بالتفريق للعيب في الزوج، وأجاز للزوجة طلب التفريق بسببه، ووضع ضوابط خاصة به، ولم يحصر المشرع المصري العيوب التي يجوز للزوجة طلب التطلق بسببها، وإنما توسع فيها، إذ قال "عيب مستحكم لا يمكن البريء منه" و "عيب يمكن البريء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها الإقامة معه إلا بضرر" مع ضرب أمثلة لهذه الامراض، الجنون والجذام والبرص⁷²⁸.

وعالج المشرع السوري ذلك أيضاً في المواد من 105 إلى 107 من قانون الأحوال الشخصية⁷²⁹، ويستنتج منها أنه لم يأخذ بمذهب الجمهور لناحية خيار الفسخ للعيوب، وإنما

⁷²⁷ - مالك بن أنس، الموطأ مالك، ط3، 1983، دار الآفاق الجديدة، ص467، وينظر: الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي، درط، د ت ط، دار احياء الكتب العربية، ج2، ص277.

⁷²⁸ - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطلق وأثارهما، دار الكتب القانونية، دط، 2005، ص187.

⁷²⁹ - فتتص لمادة 105 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "للزوجة طلب التفريق بيتها وبين زوجها في الحالتين:

1- إذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

2- ونصت المادة 106 من نفس القانون على أنه "يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد، أو رضيت بها بعده، على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال"، وتضيف المادة 107 من نفس

أخذ بمذهب الأحناف فأجاز للمرأة فقط طلب التفريق إذا وجدت في الرجل أحد العيوب المانعة من الدخول، أو جنّ الزوج بعد العقد⁷³⁰، كما اشترط لقبول الادعاء بالتفريق ألا تكون المرأة طلب عالمة بالعيب قبل العقد أو رضيت به بعده، ولم يستثن من ذلك إلا مرض العنة⁷³¹، إذ يبقى للمرأة طلب التفريق بسببه في أي وقت من الأوقات ولو رضيت به بعد علمها بوجوده، وكما فرق بين العلل غير القابلة للزوال كالجب أو الخصاء، إذ أوجب التفريق لأجلها في الحال، وبين العلل الغير قابلة للزوال كالكشاكز⁷³²، إذ أوجب على القاضي تأجيل الدعوى لأجلها مدة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل هذه العلة بينهما وفقا للمادة 107.

لم ينص المشرع الجزائري على أي شرط في حالة التطليق للعيوب، عكس فقهاء الشريعة الذين اشترطوا شرطين اثنين هما: عند العلم بالعيب قبل العقد، وضرب مدة لعلاج العيب الممكن علاجه.

الشرط الاول: عدم العلم قبل العقد، وعدم الرضا به بعد:

ويتضح مفهوم هذا الشرط من خلال التطرق لأساس القول بهذا الشرط أولا، ثم استثناء عيب الاعتراض والعنة منه.

1) أساس القول بهذا الشرط

ذهب جمهور الفقهاء إلى حق الزوجة في التفريق للعيب يسقط في حالة ما إذا ثبت علمها بوجود العيب حال العقد، ودخلت على ذلك، أو أنها لم تعلم إلا بعد العقد ولكنها رضيت به صراحة، أو دلالة عن طريق تمكين الزوج من نفسها بالتلذذ، كما أنه يسقط حقها في التطليق إذا

القانون أنه "إذا كانت العلل المذكورة في المادة 105 في قابلة للزوال بفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل العلة فرق بينهما".

⁷³⁰ - محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النورى، ص 477.

⁷³¹ - العنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة، وهي عجز عن الوصول إلى النساء يقال الرجل عنيئا.

⁷³² - الجب بفتح الجيم وهو استئصال عضو التناسل ويلحق بالمحبوب من كان ذكره صغيرا، وهو ما ينزل قبل مخالطة المرأة ثم لا ينتشر بعد لجماعها، أنظر في تعريف هذه العلل، عمرو عيسى الفقي، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل العلة فرق بينهما".

كان العيب قد طرأ بعد العقد، ولم تقم الزوجة من فورها للمطالبة به بشكل يدل على رضاها بالعيب⁷³³.

وكذلك تلذذ بعد العلم به فلا خيار له ذلك لأن تلذذه بعد العلم دليل على رضاه، ففي الحقيقة المدار في سقوط الخيار الرضا، وما ذكر معه من العلم والتلذذ دلائل عليه⁷³⁴.

ويطرح السؤال عن أساس هذا القيد، لا سيما وأن الضرر الواجب رفعه عن الزوجة يبقى قائماً سواء رضيت بالعيب أم لم ترض به؟ ثم ما الفرق بين علم الزوجة بالإعسار الذي ترجح عدم اعتباره -على قول الحنابلة والشافعية- وعلم الزوجة بالعيب الذي اعتبره جمهور الفقهاء بلا خلاف يذكر؟

يستتبط من خلال تعليل الشافعية والحنابلة في عدم اعتبار العلم بالإعسار مسقطاً لحق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق أن رضا الزوجة بالعيب في فترة معينة ينسحب في إسقاط حقها في التفريق للعيب على كل الفترات اللاحقة، ولا يقتصر على تلك الفترة فقط، بخلاف الرضا بالإعسار، فإنه وإن كان يؤثر على حق الزوجة في التفريق خلال ذلك اليوم الذي رضيت فيه بعسرة الزوج فإنه لا يمكن أن يسري على اليوم الموالي، ذلك أن الأمر بالإنفاق يتجدد مع طلوع شمس كل يوم، ويتجدد تبعاً له حق الزوجة في التفريق لعدم الإنفاق.

أما الادعاء ببقاء الضرر رفعه في حالة رضا الزوجة وسقوط حقها في التفريق فإنه لا يقوم في وجه ما قرره الفقهاء من سقوط حق الزوجة في التفريق للعيب الذي رضيت به، ذلك أن الذي سد في وجه الزوجة ليس باب الفرقة كله، بل باب التفريق للعيب فقط، أما باب التفريق عن طريق الخلع فلا يزال مفتوحاً أمام الزوجة لتخلص نفسها من حياة لم تعد تطيقها، ومن ضرر رضيت به سابقاً، فالتى تزوجت مجنوناً أو معنوياً أو أجنماً أو أبرصاً، وهي عالمة بعيبه ثم أرادت الفراق، فما عليها إلا أن تدفع عوضاً ترضي به الزوج، وتحقق رغبتها في الفرقة.

⁷³³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج2، ص277.

⁷³⁴ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 2 ص277، وينظر: ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج3، ص61، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص277.

الشرط الثاني: استثناء عيب الاعتراض والعنة من شرط عدم العلم بالعيب:

إذا كان الاصل سقوط حق الزوجة في التفريق للعيب في حالة الرضا به فإن قد استثنوا بعض الحالات التي يثبت فيها حسن نية الزوجة في رجاء براء الزوج بتمكينه من نفسها في بعض العيوب التي قد يكون الدخول سبباً لعلاجها، وأبقوا التفريق لعيب الاعتراض والعنة قائماً وإن كانت قد علمت به⁷³⁵.

1) ضرب مدة لعلاج العيب الممكن علاجه

إن هذا القيد لازم لما عبر عنه البعض بشرط كون العيب مستحكما لا يمكن زواله، أو يمكن ولكن بعد زمن طويل، ومفهومه أن كل عيب أمكن علاجه وزواله في مدة زمنية ملائمة فلا بد فيه من ضرب تلك المدة العلاج، وعدم التخليق الفوري على الزوج، فتأجيل التفريق إنما يعتبر في العيوب الممكنة العلاج، مراعاة لجانب الزوج من جهة، وحفاظاً على بقاء الرابطة الزوجية من جهة أخرى⁷³⁶، أما إذا كان العيب مستحكما لا يمكن زواله أو يمكن ولكن بعد زمن طويل تتضرر معه الزوجة فإنه لا يعتبر فيه أي تأجيل، وتجاب الزوجة إلى طلبها في التفريق فوراً⁷³⁷.

2) ألا تكون الزوجة معيبة بنفس عيب الزوج عند الحنفية.

وهذا الشرط غير متفق عليه، والقائلون به هم فقهاء الحنفية فقط، حيث ذهبوا إلى أن حق الزوجة في التخليق للخصي أو الجب أو العنة يسقط إذا كانت هي معيبة بعيب يمنع الوطاء كالرتق والعفل، بينما ذهب الأئمة الثلاثة (مالك وأحمد والشافعي) إلى أن حق الزوجة في العيب لا يسقط ولو كانت معيبة بنفس العيب، وذلك لأن الانسان يكره من غيره ما لا يكره من نفسه⁷³⁸.

⁷³⁵ - الدردير، الشرح الكبير، ج2، ص227.

⁷³⁶ - وأرجى الحديث عن مقدار التأجيل إلى المباحث الخاصة بسلطة القاضي في حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، لتعلقه بها.

⁷³⁷ - النفرواي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، درط 1415، دار الفكر، بيروت لبنان، ج2، ص40.

⁷³⁸ - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، قسم الاحوال الشخصية، المكتبة التجارية، لبنان، د.ط، ج4، ص190.

هذا عن التشريع، أما من جانب القضاء فقد قرر المجلس الأعلى في الجزائر بتاريخ 1984/11/19 بأنه "من المقرر فقهاً وقضاً أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق وعليه فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقاً للشريعة الإسلامية⁷³⁹.

ومع ذلك يجب أن نلاحظ أن الاكتشافات الطبية والبيولوجية التي تلعب دوراً بارزاً في هذه الحالة هي اكتشافات تمهد لنا الطريق على الإمكانيات معرفة عما إذا كان عجز الزوج أم الزوجة سابقاً أو معاصراً لإبرام عقد الزواج أم لاحقاً له، أي معرفة عما إذا كان سبباً من أسباب البطلان أم الطلاق، كما يلاحظ من جانب آخر أن هذه الاكتشافات العلمية تثبت لنا عما إذا كان العجز الذي أصيب به أحد الزوجين عجزاً دائماً أم مؤقتاً⁷⁴⁰.

وما يلاحظ أنه وإن كان المشرع الجزائري قد سكت عن إمهال الزوج مدة محددة، وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع السوري، إلا أنه يظهر من خلال القرار سالف الذكر أن قضاء المحكمة العليا قد أقر ذلك بصراحة، مما يتنافى ذلك بما قرره المذهب المالكي في هذا الإطار. كما ذهب نفس القضاء إلى اعتبار العقم عيباً، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1999/02/16⁷⁴¹، فاعتبر القضاء الجزائري أن عدم القدرة على الانجاب - العقم - يعتبر عيباً يمنع من تحقيق الهدف من الزواج الذي يقوم لأجل بناء أسرة، ويحق للزوجة طلب التطليق بناءً على ذلك، ويستخلص من القرار الذي ذهب إليه القضاء المصري المؤرخ 1985/11/19⁷⁴² أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لا يرجى زوالها، وهي حالة نفسية تمنع الزوج

⁷³⁹ - أنظر م أ، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم م ق 1989، عدد 3، ص 73.

⁷⁴⁰ - تشوار الجليلي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001، ص 150.

⁷⁴¹ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي، غ أ ش، عدد خاص، 2001، ص 119.

⁷⁴² - أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال الشخصية، جلسة 1985/11/19، طعن رقم 8 لسنة 43، مجموعة المكتب الفني، السنة 34، العدد 3، ص 972.

من وطء زوجته، وهي عيب يبيح لها طلب التطليق، لأنه لا يتحقق معه الهدف من الزواج، وهي من الأمور التي يبقى تقديرها لقضاة الموضوع، وكان ذلك بناءً على خبرة الطيبة.

وفي قرار لمحكمة النقض السورية جاء في ما يلي: "أن تقاضي الزوجة النفقة لا يعتبر رضاء منها بعلة الزوجة، وأن انتظار الزوجة مدة طويلة غير كافية في الدلالة على رضاها بعلة الزوج"⁷⁴³، وعليه فإنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً أو مرضاً مستحكما لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن ذلك بعد زمن طويل، ولا يعتبر السكوت رضاً، فقد يكون أملاً بالشفاء، بل الذي يسقط حق التفريق هو الرضا صراحة، أما إذا كان العيب موجوداً في الزوج ولم يضر بالزوجة فلا يكون ذلك سبباً لطلب التطليق، لانعدام الظلم أو الضرر، فإذا لم يجزم التقرير الطبي بأن الزوج مصاب بعلة غير قابلة للشفاء فلا يصح التفريق الفوري.

والى جانب الطلاق بالإرادة المنفردة⁷⁴⁴، نص المشرع الجزائري على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة إصابة الزوج بعيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج⁷⁴⁵، وعليه فللزوجة أن تطلب الطلاق إذا وجدت زوجها مصاباً بعيب أو مرض تناسلي يمنع الاتصال الجنسي بينهما، ولكن إذا علمت الزوجة بعلة زوجها قبل العقد، أو رضيت بها مجرد علمها بعد العقد فإن هذا الرضا يعتبر اسقاطاً لحقها في طلب الفرقة على أساس الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة وعلى المادة 32 من ذات القانون⁷⁴⁶.

وفوق هذا وذاك، فإنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا ووجد في زوجها عيب تناسلي ينفرد به الرجال كالجب⁷⁴⁷ والعنة⁷⁴⁸ والخصاء⁷⁴⁹، ويشترط في هذه الأمراض أن تكون غير

⁷⁴³ - أنظر، محكمة النقض السورية، حكم رقم 49، بتاريخ 29 أبريل 1967.

⁷⁴⁴ - الذي يملكه الزوج فقط، (المادة 48 من قانون الأسرة).

⁷⁴⁵ - أنظر، المادة 53 فقرة ثانية من قانون الأسرة.

⁷⁴⁶ - وهذا يتفق مع ما ذهب إليه أغلبية الفقه الإسلامي من أن السكوت يعتبر في هذه الحالة رضاً ويسقط حق الزوجة بذلك.

⁷⁴⁷ - يقصد بالجب هنا استئصال عضو الذكورة.

⁷⁴⁸ - ويقصد بالعنة هنا ارتخاء العضو وعدم القدرة على العلاقة الجنسية.

⁷⁴⁹ - ويقصد بالخصاء هنا قطع أو عدم وجود الخصيتين.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

قابلة للزوال خلال مدة معينة حددها الفقه المالكي بسنة⁷⁵⁰، وأنه يجب على القاضي أن يستعين بالخبرة الطبية في ذلك إذ أنه إذا قررت أن هذا المرض غير مرجو للشفاء فلا داعي للتأجيل لانعدام الألفة والمودة بين الزوجين⁷⁵¹.

وعلى العموم، نقول أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما قام بعدم تحديد صفة أو تسمية العيوب التي تسبب الطلاق أو البطلان لأن درجة خطورة المرض تختلف من زمن لآخر نظراً لتطور الاكتشافات العلمية الطبية وقابلية الشفاء⁷⁵².

وعلى هذا فإن التطليق لا يكون إلا بحكم القاضي، وهو طلاق بائن في الفقه المالكي، وعلى الزوج في التطليق للعلل كل الصداق، وعليها العدة إن خلا بها⁷⁵³، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدتها بالتطليق، ولأن المراجعة شرعت لفوائد ومقاصد ولا تتحقق هنا، ولم يورد القانون الجزائري أي نص يتعلق بحكم الطلاق للعيب.

(3) الهجرة في المضجع

من الحقوق المتبادلة بين الزوجين حل الزوجية والمقاربة بينهما وما يقتضيه الطابع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج وقد قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ يُرْجُونَ﴾⁷⁵⁴، ومقتضى هذه الآية أن لكلا الزوجين حق في الاستمتاع بالآخر وعدم الامتناع عن ذلك إلا لعذر شرعي⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ - وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 19/11/1984، غ أ ش، ملف رقم 34748، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص 73.

⁷⁵¹ - إذ جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 14/05/1984 على أنه يجب على الزوجة إثبات ادعائها بعجز زوجها جنسياً، انظر المحكمة العليا، غ أ ش، 14/05/1984، المجلة القضائية، 1990، عدد رقم 2، ص 75.

⁷⁵² - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 150 - 151.

⁷⁵³ - Cf. (j) Roussier, l'annulation du mariage vicié en droit musulman malékite, RATML J.1955, 3 p113.

⁷⁵⁴ - سورة المؤمنون، الآية 5.

⁷⁵⁵ - منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص 30.

لقد نصت المادة 3/53 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق في حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، وعليه، فللزوجة طلب التظليق إذا هجرها زوجها لغير عذر، ولمدة أربعة أشهر فأكثر⁷⁵⁶، والمقصود بالهجر في المضجع كنوع من أنواع التأديب، هو هجر الزوج فراش الزوجية مع المبيت معها في بيت واحد، وذلك بالإعراض عنها، في حدود الشرع، لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾⁷⁵⁷.

وهو نفسه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب إجابة الزوجة إلى طلبها في التفريق إذا كان الزوج قد ترك وطأها، إلا أن الهجر في المضجع عند فقهاء الشريعة يعرف بالظهار، ولئن كان بين الإيلاء والظهار بغير يمين خلاف في بعض التفاصيل، إلا أن الذي يهم في البحث، هو انطواؤها على أمرين: ترك الزوج وطء زوجته، وحقها فأبي الفرقة نتيجة لهذا الترك. ويظهر من تتبع عبارات الفقهاء في كتبهم أنهم اعتمدوا الإيلاء كأصل، وأعطوا للزوجة الحق في طلب التفريق للهجر الناتج عنه، ثم ألحقوا به الظهار وترك الوطء بغير يمين، ومن ذلك ما جاء في الروض المربع في الفقه الحنبلي: "وإن ترك الزوج وطأها أي وطأ زوجته إضراراً بها بلا يمين على ترك وطأها ولا عذر له فكمؤول، وكذا من ظاهر ولم يكفر، فيضرب له أربعة أشهر، فإن وطأ وإلا أمر بالطلاق، فإن أبى طلق عليه الحاكم أو فسخ النكاح"⁷⁵⁸. وما جاء في التاج والاكليل في الفقه المالكي: "قال مالك: من ترك وطأ زوجته لغير عذر ولا إيلاء لم يترك، إما وطئ أو طلق يريد ويتلوم له بمقدار أجل الإيلاء وأكثر"⁷⁵⁹، ونص

⁷⁵⁶ - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 105.

⁷⁵⁷ - سورة النساء، الآية 34.

⁷⁵⁸ - البهوتي، الروض المربع، درط، 1390، مكتبة الرياض، ج 3، ص 193.

⁷⁵⁹ - المواق أبو عبد الله العبدري، التاج والاكليل بهامش كتاب مواهب الجليل، ج 4، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1328هـ، ص 108.

في المدونة في باب الظهر: "مما يعلم به ضرر أن يكون يقدر على الكفارة فلا يكفر، فإذا علم فمضت أربعة أشهر وقف مثل المولي فإما كفر وإما طلق"⁷⁶⁰.

وهو نفس ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من وجوب إجابة الزوجة إلى طلبها في التفريق إذا كان الزوج قد ترك وطأها، ويرى الحنفية: "أن الرجل إذا كان متزوجاً بامرأة واحدة ولم يضاجعها لاشتغاله بالعبادة أو لاستمتاعه بجواريه، فإنه يكون من حقها المطالبة بمبيت الزوج عندها ولا يقدر المبيت لمدة معينة في الأسبوع، وإنما يأمره القاضي أن يبني عندها من وقت لآخر بحيث لا تشعر بالغيبة الطويلة عنها، أما حق المواقعة فليس عندها من حق المرأة المطالبة به إلا مرة واحدة، لكن يجب عليه في الدين أن يكرر ذلك حتى يعف الزوجة ويمنعها من التطلع الممقوت لغيره وإلا كان آثماً.

ويرى المالكية: أنه إذا حصل للزوجة ضرر من ترك الجماع فلها أن تطلب التطلاق لذلك، ولو كان الزوج للجماع بسبب تبثله وانقطاعه عن العبادة أو بسبب التعب في العمل أو غير ذلك وإذا رفعت دعواها هذه وأقر الزوج بما تدعيه من كونه لا يجامعها، فإن القاضي يأمره بمجامعتها ويضرب له أجلاً بحسب اجتهاده، فإن رجع إلى معاشرتها والقيام بحقها فذاك، وإلا حكم لها بالتطلاق.

وإذا تمكنت الزوجة من اثبات أن زوجها لا يجامعها، فلا تكلف بإثبات تحقق الضرر من ذلك بل يكفيها أن تدعي أنه لحقها من ترك جماع زوجها لها ضرر فتصدق في ذلك⁷⁶¹، وعليه يشترط في الهجر في المذبح كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطلاق ثلاثة شروط:

- 1- هجر الزوج للزوجة للمبيت معها في فراش الزوجية، والاعراض عنها، وعدم قربانها.
- 2- أن يكون هذا الهجر عمدياً، ومقصوداً لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق.

⁷⁶⁰ - مالك بن أنس، المدونة، ج6، ص91.

⁷⁶¹ - أنظر، محكمة تلمسان، 1970/11/18، طلبت من الزوج الرجوع إلى البيت الزوجي الذي هجره وأعطته مهلة أربعة أشهر قبل إيقاع الطلاق.

3- أن يتجاوز الهجر الأربعة أشهر متتالية، وألا يقع أي اتصال بينهما بين الشهر والآخر، وهذا مما يدل على أن الهجر ليس هدفا للإصلاح، والتهذيب، لتقويم سلوك الزوجة واعادتها إلى رشدها محافظة على الحياة الزوجية بل أصبح مصدر للهجرة⁷⁶².

- أن يكون هذا الهجر عمدا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعا وقانونا.
- أن يحافظ فيه على الطابع الذي أعطاه إياه الله عز وجل لقوله تعالى: ﴿وَأَصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَأَهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾⁷⁶³، فإذا ذهبت صفة الجمال عنه كان ظلما.

أما إذا وقع الهجر وكان لعدة مرات وفي أوقات مختلفة ومتفرقة أو أنه وقع لعذر شرعي مثل أن يكون هجر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجوده في مستشفى للعلاج أو مكان آخر من أجل الوظيفة، فالقانون لا يجيز لها طلب التطليق بسبب الهجر في الفراش ولو تجاوزت المدة أربعة أشهر وإذا طلبته فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به في مثل هاتين الحالتين⁷⁶⁴.

الفقرة الثانية: الحالات التي تفرد بها المشرع الجزائري.

اختص المشرع الجزائري بأربع حالات منح للزوجة حق التطليق من خلالها دون الفقه الإسلامي، وقد أثبت المشرع بعض هذه الحالات بموجب التعديل الجديد لقانون الأسرة فقط، وهي كالاتي: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، التطليق للشقاق، التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق أ، التطليق الارتكاب فاحشة.

4) الحكم على الزوج عن جريمة.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 من فقرة 4 من ق-أ أنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، كما عدل المشرع هذه الفقرة بحذف عبارة "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج أكثر من سنة" واستبدالها بعبارة "الحكم عن جريمة"، وبذلك أصبح يحق لكل زوجة

⁷⁶² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 289.

⁷⁶³ - سورة المزمل، الآية 10.

⁷⁶⁴ - منصور نور، المرجع السابق، ص 35-36.

حكم على زوجها في جريمة تمس شرف الأسرة أن تطلب التطلق⁷⁶⁵، لم يجز الجمهور التفريق لحبس الزوج أو اعتقاله أو أسره مهما طالّت المدة سواء كان مكانه معروفاً أم لا، كونه غائب معلوم الحياة وله عذر.

في حين ذهب المالكية إلى جواز التفريق لحبس الزوج إذا طلبت زوجته ذلك، وادعت الضرر بعد سنة من حبسه، لأن هذا الأخير غياب وهم يجيزون التفريق للغيبه سواء كان ذلك بعذر أم بغير عذر، فإذا كانت مدة الحبس سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق من القاضي الذي يفرق بينهما بدون كتابة للزوج أو إنذار وفي هذه الحالة تكون الفرقة طلاقاً "بائناً"، بينما ذهب الإمام "ابن تيمية" في فتاويه إلى هذا القول في امرأة المفقود وهو بذلك يقترب من الفقه المالكي⁷⁶⁶.

وقد انفرد المشرع الجزائري بهذا السبب للتطبيق دون بعض التشريعات العربية، ولكن ليس معنى ذلك إنكار هذا السبب في طلب الزوجة للتطبيق، إذ يمكن أن يندرج هذا السبب في الضرر المعتبر شرعاً، لأن التشريعات العربية أجازت للزوجة أن تطلب التطلق إذا ما لحقها ضرر من زوجها ينغص العلاقات الزوجية ويستحيل معه استمرارها، كما يمكن أن نلاحظ أن الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تسمح للزوجة طلب التطلق يتفق في بعض الأمور مع الإيلاء⁷⁶⁷.

وانطلاقاً من نص المادة 53 فإن المشرع يشترط في التطلق الحكم بعقوبة الشروط

التالية:

1) يجب عليها قبل كل شيء أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالتطبيق قد ارتكب جريمة معينة، وأنه قد صدر ضده حكماً قضائياً حائراً لقوة الشيء

⁷⁶⁵ - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كلية العلوم الاجتماعية والحضارة الإسلامية، الجزائر، قسم الشريعة والقانون، تحت إشراف: الأستاذة: ليلي جمعي، سنة 2006، ص17.

⁷⁶⁶ - منصور نور، المرجع السابق، ص54.

⁷⁶⁷ - الإيلاء هو ترك وطء الزوجة، وعدم الاقتراب منها لمدة الأربعة الأشهر وإلحاق الضرر بالزوجة بهذا الهجر.

المقضي فيه، أي أنه نهائياً ولم يعد يقبل طرق الطعن العادية وتقدم إلى المحكمة نسخة من هذا الحكم لتدعم بها طلبه.

(2) لم يشترط المشرع أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو عقوبة موقوفة التنفيذ، أو غرامة وإنما استعمل المشرع عبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أي تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق، وأن تكون ماسة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، مثل جرائم السرقة والاعتداء على العرض، والاعتصاب، والاحتيال، وهي جرائم يتقزز منها المجتمع ومن مرتكبها، وهذا ما قضت به محكمة سعيدة في حكم لها صادر في 2001/04/07، حيث قضت بتطبيق المدعية لأن زوجها أدين بجناية هناك عرض ومتواجد بمؤسسة العقابية وذلك تطبيقاً للمادة 53 من قانون الأسرة⁷⁶⁸.

(3) كما اشترط المشرع أنه بسبب هذه العقوبة تستحيل مواصلة الحياة الزوجية، وهذا يعني أن تتوتر العلاقات بين الزوجين بسبب هذا الحكم وآثاره، وأن يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية، وتنتج عنه خلافات حادة، وخصومات مستحكمة، تحول راحتها إلى فتنة وسعادتهما إلى شقاء، وتصبح الحياة الزوجية كلها جحيم لا يطاق⁷⁶⁹.

لذلك إذا توفرت للزوجة وللحكمة هذه الشروط كلها وكانت مجتمعة غير منقوصة، فإنه يصبح من الجائز أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وفقاً لأحكام الفقرة الرابعة سالفة الذكر، ومما سبق، يتضح لنا، بأن المشرع قد أحسن صنعا، عندما نص على أن الجرائم المقصودة في هذا الشأن هي الجرائم الماسة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها وقيمتها الاجتماعية، وإن كان يصعب جمعها أو حصرها، وبغير هذا الوصف لا تكون العقوبة شائنة، ولا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب من المحكمة أن تحكم لها بالتطليق⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ - محكمة سعيدة، ق أ ش، 2001/04/07، قضية رقم 2000/2543، أنظر، ملحق رقم 6.

⁷⁶⁹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 266.

⁷⁷⁰ - محكمة الاستئناف القاهرة، 1959/12/26، ق أ ش، ص 189، محكمة استئناف المنصورة، 1962/03/02، ق أ ش،

لقد حدد قانون العقوبات الجرائم والعقوبات المقررة لها وجعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالآداب العامة والنظام العام والبعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال، فأين وصف الشين في كل ما سبق؟ وهل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية⁷⁷¹؟ ويعتبر الحكم على الزوج بالحبس سبباً للتفريق في التشريعين المصري والسوري كذلك مع اختلافهما مع المشرع الجزائري في نوع العقوبة ومدتها وإمكانية المراجعة، وتعبير أدق، ذهب المشرع المصري في المادة 14 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 1100 لسنة 1985 إلى أنه "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التظليق عليه بائناً لضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

لما كان المناط في التظليق الزوجة لغياب الزوج سنة فأكثر هو تضرر الزوجة ببعدها زوجها عنها، فإن هذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس، لأن حال المحبوس لا يختلف عن حال الغائب سنة فأكثر، وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن مذهب الامام مالك هو المصدر التشريعي لحكم المادة سالفة الذكر⁷⁷²، والملاحظ أن المحبوس وإن كان غائباً بعذر، لا يكون جديراً بالعطف أجراً له عن الجريمة، ورفعاً للضرر عن المرأة، وهو ما حدا بالشارع إلى إعطاء المرأة حق التفريق بسبب الحبس.

وكان المشرع المصري أكثر وضوحاً من نظيره الجزائري عند تحديد لمدة العقوبة التي تلحق الزوج وتبيح للزوجة طلب التظليق، إذ لم يجعلها واسعة كالمشرع الجزائري، وإن كان هذا الأخير قبل صدور الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل لقانون الأسرة يحددها بسنة على الأقل.

أما المشرع السوري فقد أعطى للزوجة حق التظليق للحبس، وذلك بنص المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه

⁷⁷¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 50.

⁷⁷² - عمر عيسى الفقي، التظليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث الفن للموسوعات القانونية، دط، 1998، ص 61.

بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه، هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجن والمرأة في العدة حق له مراجعتها"، فقد حدد المشرع السوري مدة عقوبة الحبس المحكوم بها على الزوج بثلاث سنوات حتى تستطيع الزوجة المتضررة من ذلك طلب التطلاق⁷⁷³.

(5) التطلاق للغيبة

جاء في المادة 5/53 ق-أ بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، وعليه فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان لها أن تطلب التطلاق بينها وبينه، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول لأنها تتضرر من الغيبة ضرراً قد يدفعها إلى الانحراف⁷⁷⁴.

إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تتضرر بها وتخشى على نفسها الفتنة فطلبت من القاضي التفريق بينهما وبين زوجها فهل تجاب إلى طلبها؟

ذهب الحنفية والشافعية وغيرهم إلى أنه لا يحق لها هذا الطلب ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سبباً للتفريق في نظرهم، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالغيبة إذا طالت حتى ولو ترك لها زوجها مالاً تتفق منه، ولكنهم اختلفوا في حد الغيبة الطويلة، فحددها الحنابلة بستة أشهر استناداً إلى ما روى عن عمر في قصة المرأة التي تضررت من غياب زوجها في الغزو وسمعتها عمر في إحدى الليالي تشكو منشدة بيتين من الشعر⁷⁷⁵ وسأل ابنته حفصة عن المدة التي تصبر فيها المرأة عن زوجها فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر، وحددها المالكية في الراجح عندهم بسنة وقيل بسنتين.

⁷⁷³ - مسعودة إلياس نعيمة، المرجع السابق، ص 221.

⁷⁷⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 297.

⁷⁷⁵ - تناول هذا الليل واسود جانبه وطال على الأخليل الأعبه
والله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السوير جوانبه

كما اختلفوا في تلك الغيبة هل هي التي تكون بغير عذر كما يرى الحنابلة أو مطلقاً بعذر وبغير عذر كما يرى المالكية، لأن المرأة تتضرر بها في الحالتين، والمقصود بالتفريق رفع الضرر عنها، واتفقوا على أن الغيبة إذا كانت بعيدة لا يمكن وصول الرسائل إليه أو يمكن بعد زمن طويل موجبة للتفريق في الحال بدون إعدار ولا إمهال، وإن كانت قريبة فلا يصح التفريق إلا بعد الإعدار إليه بأن يقدم أو ينقل امرأته إليه أو يطلق فإن فعل وإلا فرق بينهما بعد أن يترتث مدة باجتهاده رجاء عودته.

وهذا التفريق طلاق عند مالك، وفسخ عند الحنابلة لأنها لم تصدر من الزوج ولا بتفويض منه⁷⁷⁶.

أ- الغيبة في القانون الجزائري

ويظهر من أحكام هذا النص أنه لا يمكن أن تجعل الزوجة من غياب زوجها سبباً لطلب التطليق إلا إذا توافرت في ذلك شروط تتمثل في:

● أن يتغيب عنها الزوج غيبة طويلة تفوق السنة ابتداءً من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن⁷⁷⁷، وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 114 من قانون الأسرة إلى أنه يصدر الحكم بفقْدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له المصلحة، أو النيابة العامة، وبعد صدور الحكم بالفقْدان أو الغيبة فإنه وفقاً لنص المادة 112 من نفس القانون لزوج الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

● أن يكون هذا الغياب بدون عذر فلو كان الزوج غائباً للعمل أو الخدمة العسكرية أو لطلب العلم سقط حقها في طلب التطليق.

⁷⁷⁶ - عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص335.

⁷⁷⁷ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص269.

والغياب غير المبرر للزوج يعني أنه قد تعمد الاضرار بها، وهذا السبب كاف وحده لطلب الطلاق بغض النظر عن الإنفاق، فكان على المشرع أن يكتفي بالغياب بدون عذر، ولعله قصد الاضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية⁷⁷⁸.

• أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها ما لا تستطيع الإنفاق منه على نفسها.

ب- الغيبة في التشريعات العربية.

وقد اتفقت بعض التشريعات العربية على الغيبة سببا لطلب التطلق مع اختلاف في شروط هذه الغيبة، فاشتراط المشرع المصري لتطلق الزوجة لغيبة زوجها عملا بالمادتين 12 و13⁷⁷⁹ من القانون 25 لسنة 1929 توافر شروط التالية"

- غياب الزوج مدة سنة فأكثر، والمراد بغيبة الزوج عن الزوجة بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي يقيم فيه، والحكمة من هذا النص أن الزوج قد تغيب عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول، ثم لا يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجا غيره، وأن مقام الزوجة في هذه الأحوال أمر لا تحتمله الطبيعة حتى وإن ترك لها ما لا تستطيع الإنفاق منه، ويستوي أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة يمكن وصول الرسائل إلى الزوج فيها أولا يمكن⁷⁸⁰.

- أن يكون الغياب بلا عذر مقبول، لعذر كطلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات، فلا تطلىق لأجله.

- أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها عنها، وبهذا فالمشرع المصري يشترط للتفريق للغيبة أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها عنها، كأن تخشى على نفسها الفتنة، والقول قولها مع

⁷⁷⁸- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص201.

⁷⁷⁹- فذهب المشرع المصري في المادة 12 من القانون 25 لسنة 1929 إلى أنه "إذا كان غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها طلاقاً بانئنا إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وتنص المادة 13 من نفس القانون أنه "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا، وأعزر إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه وإلا يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بتطليقها طلاقاً بانئنا، وإن لم يكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار أو ضرب أجل".

⁷⁸⁰- أنظر، عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص58-59.

يمينها لأنه أمر لا يعرف إلا من جهتها، فلا تكلف بإثباته ويكفي أن تذكر في صحيفة دعواها أنها تتضرر من غيبة زوجها، ولا يحول دون طلب التطلق أن يكون الزوج قد ترك لها ما لا تستطيع الإنفاق منه، لأن التطلق هنا يقوم على تضررها من غيابه عنها لا لعدم الإنفاق⁷⁸¹.

ويتفق بذلك المشرع الجزائري مع ما ذهب إليه المالكية⁷⁸² والحنابلة⁷⁸³، والشافعية في القديم⁷⁸⁴ من جواز للفقدان، على أساس أن المفقود هو أحد أنواع الغائبين⁷⁸⁵، واستنادا إلى قضاء عمر، فيما رواه عنه مالك في موطأ، من أنه قضى بالتفريق بين المفقود وزوجته، بعد أن تترصد أربع سنين⁷⁸⁶، وهو بخلاف ما نقل عن الحنفية⁷⁸⁷ والشافعية في الجديد⁷⁸⁸ من عدم أحقية الزوجة في التفريق للفقدان، مستنديين في ذلك إلى حديث "أنها امرأته حتى يأتيها البيان"، فإن هذا الحديث لا يصح⁷⁸⁹، وبالتالي لا يصلح للاحتجاج به.

كما يتفق المشرع في هذا النص مع ما ذهب إليه المالكية من جواز التطلق لأسر الزوج⁷⁹⁰ إذا تضررت الزوجة من ذلك، وهو الذي اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية في قوله: "...فالقول في امرأة الأسير والمحبوس ونحوهما ممن تعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقة

781- عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص109.

782- الدردير، الشرح الكبير، بهامش حاشية الدسوقي، درط د ت ط، دار احياء الكتب العربية، ج2، ص479.

783- ابن قدامة، المغني، ج8، ص106.

784- الشيرازي، المهذب، ج2، ص146.

785- الخطاب أبو عبد الله بن محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيني المعروف بالخطاب المولود عام 902م، والمتوفي 476هـ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ط1، 1328، مطبعة السعادة، مصر، ج4، ص155.

786- مالك بن أنس، الموطأ، ص447.

787- المرغيناني، الهداية شرح البداية، درط، د ت ط، المكتبة الإسلامية، بيروت لبنان، ج1، ص261.

788- الشيرازي، المرجع السابق، ج2، ص482.

789- ينظر أقوال العلماء في رد هذا الحديث بأكثر تفصيل في: عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، درط، د ت ط، مكتبة ابن عباس، ص285 وما بعدها.

790- الدردير، المرجع السابق، ج2، ص482.

كالقول في امرأة المفقود...⁷⁹¹، وذلك لأن مبنى التفريق لفق الزوج أو غيبته هو تضرر الزوجة بفقد زوجها أو غيبته عنها، وهو معنى متوفر في زوجة الأسير أو المحبوس، كما هو متحقق في زوجة المفقود أو الغائب⁷⁹².

وهو الاتجاه نفسه الذي أخذ به المشرع السوري، حيث جمع بين التطليق للغيبة والتطليق للحبس في نص واحد، "وحسنا فعل، لأن كلتا الحالتين يترتب عليهما نفس الأثر أو نفس الضرر، لأن حالة الزوجة هي نفسها، سواء كان الزوج غائبا أو سجيناً، وذلك لكون الزوج في كلتا الحالتين غائب عن زوجته"⁷⁹³.

(6) مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 من ق-أ

وبالرجوع إلى المادة 8 نجدها تنص على أنه:

"يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل، يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

المادة 8 مكرر: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

المادة 8 مكرر 1: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليه في 8 أعلاه".

⁷⁹¹ - الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص 281، نقلاً عن عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم، ط 3، 2000، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ج 8، ص 466.

⁷⁹² - عبد الكريم زيدان، المدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، مصر، ط 6، د.ت.ن، ج 8، ص 467.

⁷⁹³ - ليلى جمعي، المرجع السابق، ص 162.

وبذلك يتبين أن الحالة المقصودة في هذا النص والتي تعطي للزوجة الحق في طلب التطلاق هي عدم إخبار الزوج لزوجته السابقة بعزمه على الزواج أو عدم إخباره الزوجة الجديدة بأنه متزوج.

وقد أثبت المشرع هذه الحالة بفقرة خاصة في التعديل الجديد، وكان قد تعرض للنقد لمجرد تخصيصها بالذكر ضمن الفقرة 6 قبل التعديل، واقترح عليه إلغاؤها، مما يفسر بشيء واحد، وهو استمرار تأكيد المشرع على اعتبار مجرد زواج الزوج بأخرى من غير إخبار الزوجة السابقة أو الجديدة ضررا يوجب لكلا الزوجتين الحق في أن ترفع دعوى أمام القضاء، وتطلب الحكم لها بالتطلاق⁷⁹⁴.

ومما أخذ على المشرع في هذا المجال "أنه قد افترض وجود الضرر مسبقا لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطلاق، دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة، وإلى أن يتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد"⁷⁹⁵، أو أنه ينظر -وهو يستمر في إثبات هذه الحالة - إلى ذلك الألم النفسي الذي يصيب الزوجة التي تزوج عليها زوجها، أو التي لم تعلم أنه متزوج قبلها، فيعيطها حق طلب التطلاق بناء عليه، والصواب أنه لا يمكن اعتبار ذلك الألم النفسي من أفراد الضرر الذي يجيز للزوجة طلب التطلاق، "لأن مصدر هذا الألم هو المشاعر الإنسانية التي لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها"⁷⁹⁶.

كما أن المشرع لا يتوافق في اثبات هذه الحالة مع أي مذهب في الفقه الإسلامي، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يتطرقوا في معرض حديثهم عن تعداد الزوجات إلى مثل هذه الحالة، إلا ما كان من إيجاب العدل بين الزوجات على الزوج، مما يفيد عدم اعتبارهم لمثل هذه الحالة موجبا لحق الزوجة في التطلاق.

⁷⁹⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 271.

⁷⁹⁵ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 274.

⁷⁹⁶ - أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، د.ط، 1988، منشأة المعارف، الإسكندرية ص 143.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

بل لقد صرح الشيخ الدردير⁷⁹⁷ في شرحه على مختصر خليل⁷⁹⁸ بأنه ليس من الضرر الموجب لحق الزوجة في التطليق تزوج الزوج عليها⁷⁹⁹.
وأما ما ناقشه فقهاء الشريعة المعاصرون في مصر في موضوع التعدد فيمكن أن يقسم زمانيا إلى مرحلتين:

الأولى: ما قبل القانون رقم 44 لسنة 1979: وقبل هذا التاريخ كانت مناقشات الفقهاء مركزة حول تقييد التعدد باستصدار إذن من القاضي⁸⁰⁰، دون التطرق إلى الحالة التي يقوم البحث بدراستها، على اعتبار أنها لم تكن ضمن القانون رقم 25 لسنة 1929، أي لم يكن للزوجة أي حق في طلب التطليق لمجرد الزواج بأخرى، لانعدام المصدر القانوني الذي يخولها ذلك.
الثانية: ما بعد صدور القانون رقم 44 لسنة 1979 إلى صدور القانون رقم 100 لسنة 1985: وفي هذه المرحلة وبعد أن نص القانون رقم 44 لسنة 1979 في المادة 6 مكرر في الفقرة الثانية على أنه "يعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها... وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج عليه"، ناقش فقهاء الأزهر هذه المادة، وطالبوا بإلغائها أو تعديلها، واستمر الحال على ذلك، إلى أن جاء التعديل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 في المادة الأولى منه المادة 11 مكررا إلى القانون رقم 25 لسنة 1929، وكان مما جاء فيها: "... ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذ لحقها ضرر مادي أو معنوي، يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها، ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد الزواج أن لا يتزوج عليها"⁸⁰¹.

⁷⁹⁷ - الدردير، أحمد بن محمد العدوي ابو البركات، فقيه فاضل من فقهاء المالكية المتأخرين، ولد في بني عدي بمصر، وتعلم بالأزهر، (الزركلي، الاعلام، ج1، ص232).

⁷⁹⁸ - خليل هو ابن إسحاق ضياء الدين الجندي فقيه مالكي مشهور، من أهل مصر، تعلم في القاهرة، توفي سنة 776 هـ، الاعلام، ج2، ص345.

⁷⁹⁹ - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص345.

⁸⁰⁰ -مراجع بعض هذه المناقشات في: عبد الرحمان صدقي، تعدد الزوجات بين الشريعة الإسلامية والقانون، درط، 1986، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة مصر.

⁸⁰¹ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص140.

فيظهر أن المشرع الجزائري لا زال يأخذ بما كان يأخذ به المشرع المصري سنة 1979، مما قد يبرح ضرورة إعادة النظر في المادة 8 مكرر من قانون الاسرة الجزائري، وكذا المادة 6/53 منه، وذلك بتعليق إجابة الزوجة للتطليق في حالة التعدد على حصول ضرر عدم العدل وثبوته.

بينما نص المشرع السوري في المادة 17 من القانون رقم 59 لعام 1953 والمعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم 24 لسنة 1975 على أنه "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان الزوج قادرا على نفقتهما"، فقد تعرض المشرع السوري لحالة الزواج بأخرى بشرط الإذن من القاضي بعد توفر المبرر الشرعي، وليس موافقة الزوجة الأولى، ولم يجعله مبررا لطلب التفريق بينهما وبين زوجها، ومع ذلك فإنه في مثل هذه الحالة يجوز للمرأة طلب التطليق للضرر وفقا لنص المادة 112 من ذات القانون والتي تنص على أنه "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق إذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التفريق طلاقه بائنة".

وعليه قررت المحكمة العليا "إن المادة الثامنة من قانون الاسرة تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق عندما لا يخطرها الزوج بالزواج الجديد، وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاة للمطالبة بالتطليق، وأن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعة للتطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من قانون الاسرة مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه، ولذلك فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعة للتطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من قانون الاسرة مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁸⁰²، ولذلك نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف في

⁸⁰² - أنظر، م ع، غ أ ش، 26/05/1995، ملف رقم 122443، نشرة القضاة، العدد 55 ص 157 وما بعدها.

1993/04/14، وإحالة القضية والطرفين على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

7) التطليق لارتكاب فاحشة مبينة

ويذهب بعض شراح قانون الاسرة الجزائري⁸⁰³ إلى أن المقصود بالفاحشة هنا هو فعل الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية، وكرامة الزوجية، وعليه فإنه يحق لأي زوجة ارتكب زوجها فاحشة بالمعنى السابق أن تطلب التطليق استنادا إلى المادة 7/53 من ق.أ.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لا يتوافق في هذا النص مع أي مذهب في الفقه الإسلامي، وذلك لأن الشريعة الإسلامية لم تجعل من لوازم ارتكاب الزنا أو أي فاحشة أخرى ثبوت الحق للزوجة في التطليق، وأما ذهب إليه بعض الشراح من إمكان أن تشمل الفاحشة شرب الخمر⁸⁰⁴ فإنه وبحسب ما ذكره -يكون التطليق للضرر الناتج عن تعاطي الخمر، من أضرار بسمعة العائلة، واقتصاد الاسرة وأمنها وراحتها، لا للفاحشة في حد ذاتها، مما يمكن أن تعني عنه الفقرة 10 من هذه المادة.

والحقيقة أن هذا الحق في طلب الطلاق لا تنفرد الزوجة به، بل للزوج أيضا الحق في طلب الطلاق لارتكاب الزوجة الفاحشة أو الخيانة الزوجية، وإن كان له بالطبع أن يطلقها بإرادته المنفردة، أو يلاعنها فتحدث الفرقة بينهما⁸⁰⁵، وعليه فإنه في حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة، أو الاعتداء على قاصرة، أو الانحراف عن الطريق السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء وتطلب التطليق⁸⁰⁶.

وقد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق، وهذا تبعا لسياسته التشريعية في حماية حقوق المرأة وإعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها، وحينئذ

⁸⁰³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

⁸⁰⁴ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

⁸⁰⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 205.

⁸⁰⁶ - فضل سعد، المرجع السابق، ص 298-299.

يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل اخلايا جسيما وخطيراً يؤدي إلى استحالة استمرار العيش المشترك بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن، وسأعرض لذلك لاحقاً.

8) مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

هذه الفقرة أيضاً استحدثت بموجب التعديل الجديد، ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الاسرة المعدلة هي الأخرى والتي تنص على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل الزوجة ما لم تتنافى هه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وأبقت المادة المعدلة عن بطلان أي شرط يتعارض مع القانون المستمد أساساً من الشريعة الإسلامية فإذا ما تم الاتفاق على شرط يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية في الزواج وصيرورته عد باطلاً بطلاناً مطلقاً كون المسألة متعلقة بالنظام العام.

ما يؤخذ على هذا التعديل أنه كان غير دقيق في محاولة الربط والانسجام بين المادة 19 المعدلة وكذا الفقرة المستحدثة في المادة 53 المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها⁸⁰⁷، ولذلك يمكن أن تشترط الزوجة على زوجها أن يوفر لها سكناً منفرداً خاصاً بها، وإن كانت تتابع دراستها تشترط مواصلة دراستها إلى أن تنال الشهادة العلمية التي تطمح إليها، كما قد تشترط الزوجة على زوجها عند إبرام العقد ألا ينقلها من بلدها الذي تم به الزواج، أو لا يسافر بها لأي مدينة أخرى أو بلد أجنبي.

ومن الناحية الأخرى يمكن للزوج أن يشترط على الزوجة شروطاً أيضاً في عقد الزواج، ذلك أن المادة 19 من قانون الاسرة نصت على حق الزوجين في وضع الشروط التي يرونها ضرورية ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الاسرة، ويستخلص من هذه المادة أنه يحق للمرأة كطرف في العقد وضع أي شرط يببوا لها أنه سيحميها من تعسفات الزوج أو قيامه

⁸⁰⁷ - منصورى نورة، المرجع السابق، ص52.

بأعمال تنعكس على حياتها خلال مرحلة قيام الزوجية⁸⁰⁸، ويرى الأستاذ صالح باي في تحليله لهذه المادة قبل تعديلها أنه يمكن للمرأة أن تضع شرط منع التعدد وتحفظ بحق الطلاق⁸⁰⁹.

فلاشترط حق لكل من المتعاقدين، ولكني أبقى في إطار الشروط من طرف الزوجة لأن مخالفتها سببا من الأسباب التي تبني عليها الزوجة طلبها للتطليق، وذلك حتى لا أخرج عن الموضوع، وأتساءل هنا هل المرأة حرة في وضع أي شرط تراه أثناء إبرام عقد زواجها؟ وهل مخالفة أي شرط من شروطها يؤدي إلى طلب التطليق؟

وقد انفرد المشرع الجزائري بهذا السبب في التطليق دون باقي التشريعات العربية، وذلك لا يعني أنها لا تأخذ بعين الاعتبار هذه الشروط، ولكن قد يؤسس التطليق في هذه الحالة على أساس الضرر المعتبر شرعا الذي أخذت به التشريعات العربية، لأن عدم تنفيذ هذه الشروط من طرف الزوج يلحق ضرراً بالزوجة يجعلها تتمسك بالتطليق.

وأما القضاء الجزائري فقد استقر على هذا الموقف، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى في 1971/03/03 بأنه "حيث أنه من المقرر فقهاً وقضائياً جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراماً، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"⁸¹⁰.

ثم صدر بعد ذلك الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الاسرة ليجعل من هذا الاجتهاد القضائي نصاً قانونياً ملزماً بموجب الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الاسرة، الواضح أن المشرع لم يأت بجديد يذكر قياساً بالمادة 19 القديمة، إلا أنه أراد توضيح كنه هذه الشروط التي

⁸⁰⁸ - لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة، 2004، 59-60.

⁸⁰⁹ - C.f, Mohamed SALAH BEY, le droit de la famille et dualisme juridique, Revue Algérienne des sciences juridique économiques et politiques, 1997, 3 n°240.

⁸¹⁰ - أنظر، م، أ، غ ق خ، 1971/03/03، ن ق 1972، عدد 2، ص 39.

يمكن أن تكون محل إبرام العقد، وأعطى مثالين كشرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، في الواقع أن ما أورده المادة المعدلة في إيضاح للشروط لم يكن على سبيل الحصر، بل كان على سبيل المثال، لأن القاعدة أن للزوجين أن يشترطا زواجهما أو في عقد زواجهما أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية والعبارة الأخيرة (كل الشروط الضرورية) لا يمكن حصرها فقط في تعدد الزوجات أو عمل المرأة.

ويبدو أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين على سبيل المثال إنما لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي ومرد كل علاقة زوجية فاشلة⁸¹¹، غير أن حق الاشتراط لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، وإلا أصبحت الزوجة متعسفة في استعماله مما قد يعود بالضرر على الزوج، فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟ أم يعرف عن ذلك تطبيقاً لمبدأ حرفية النص التي تقضي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق؟

في حقيقة الامر فإنه يجب أن يكون الغرض من احترام الوفاء بالشروط والعهد هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين، والمساعدة على تحقيق ترابط الاسرة، ولهذا فيجب الا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجي عند انتفاء المصلحة المرجوة من الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تنفيذها بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية⁸¹².

9) كل الضرر معتبر شرعاً

أجاز الشرع الإسلامي وكذا القانون للزوجة أن تطلب التخليق للضرر لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَّنَعْتَدُوا وَمَنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾⁸¹³، والمقصود بالضرر هنا هو التضييق على الزوجة وايدائها بالقول أو الفعل أو اهمالها من الجانب المادي والمعنوي.

فقد تتضرر أحد الزوجات من ظلم زوجها لكونه أهملها بسبب هذا أو أنه أضر بها بشكل من الاشكال حتى إن كانت هي الزوجة الوحيدة لديه، ولذلك أجاز العديد من الفقهاء خصوصاً

⁸¹¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 51-52.

⁸¹² - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 93.

⁸¹³ - سور البقرة، الآية 231.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

فقهاء المالكية للزوجة أن تطلب التطليق للضرر، ويتعين عليها أن تثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الطرق⁸¹⁴.

وحسنا فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر لأن الاضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه تطلب أن يكون هذا الضرر معتبر شرعا أو عرفا⁸¹⁵، إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، بأي نوع من أنواع الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما، وثبت ما ادعته من الضرر، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه، ويكون الضرر معتبرا شرعا إذا لم يوفر الزوج السكن اللائق الشرعي⁸¹⁶، أو أهمل النفقة الشرعية⁸¹⁷، أو أساء معاشرة الزوجة⁸¹⁸، عن طريق اهانات خطيرة أو جسيمة⁸¹⁹، أو قساوة المعاملة⁸²⁰، أو أنه ترك البيت الزوجي⁸²¹، أو تهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي⁸²²، وغيرها ... بحيث أن

⁸¹⁴ - قرار بتاريخ 1996/09/24 متى كان من المقرر شرعا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها ن بعلمها.

وفي قرار آخر بتاريخ 1999/05/18 من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

⁸¹⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 207.

⁸¹⁶ - أنظر، المحكمة العليا، 1968/12/11، م أ ق، وزارة العدل، ج 1، ص 79 مكرر، مجلس تلمسان، 1967/03/16، م ج، 1968، عدد 4، ص 1221.

⁸¹⁷ - أنظر، المحكمة العليا، 1980/12/15، رقم 21823، ن ق، 1981، 2، مجلس تلمسان، 1967/01/18، م ج، 1968، عدد 4، ص 217.

⁸¹⁸ - أنظر، محكمة استئناف تونس، 1966/07/14، م ت ق، 1968، قضاء، ص 99.

⁸¹⁹ - المحكمة العليا، 1968/12/11، مذكور سابقا، 1986/05/05، ملف رقم 40934 (غير منشور)، 1987/01/12، م ق، 1991، 1، ص 46.

⁸²⁰ - المحكمة العليا، (غ ج)، 1970/03/24، م ج، 1971، جوان، ص 555، يجب على الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحقها من زوجها وإسائه لها، وأن يكون هذا الضرر خطير ومستمر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، المحكمة العليا، غ أ ش، 1984/12/17، ملف رقم 34767 (غير منشور).

⁸²¹ - أنظر، محكمة تلمسان، 1972/03/12، مذكور سابقا.

⁸²² - Ch, Rev , Mus, 30/04/1931, RATML.J, 1933, 2, 18.

المشرع الجزائري لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا، بكل موضوعية وبدون أي قيد ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا⁸²³. ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر، ولا أسبابا للشقاق، بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، وعلى هذا، فإذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت بإثبات دعواها، يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما⁸²⁴.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة السادسة من القانون لسنة 1929 إذ نص على أنه "إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقه القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب تم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكيم وقضى على الوجه المبين بالمواد 7-8-9-10-11⁸²⁵".

وقد تعرض المشرع السوري لهذه المسألة في المادة 112 منه حيث نص على أنه "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة له أن يطلب من القاضي التفريق، إذا ثبت الاضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التفريق طلاقة بائنة، وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي عن المحاكمة مدة لا تقل عن شهر من أهل بالمصالحة، فإن أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح، عين القاضي حكيم من أهل الزوجين، وإلا من يرى فيه قدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يمينا على أن يقوموا بمهتهما بعدل وأمانة".

⁸²³ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1986/03/05، ملف رقم 41703 (غير منشور)، 1988/09/22، م ق، 1992، 2، ص48.

⁸²⁴ - راجع المادة 56 ق، مغربي، المواد 112-115 ق سوري، المواد 6-11 ق مصري لسنة 1929، المواد 127-135 ق كويتي.

⁸²⁵ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص94..

وقد أعطى القانون السوري لكل من الزوجين حق طلب التفريق للشقاق والضرر خلافاً المصري والجزائري لأنهما أعطيا هذا الحق للزوجة دون الزوج لأنه يملك حق الطلاق، وحسنا ما فعل القانون السوري لئلا يتخذ الزوجان العناد والشقاق وسيلة للفراق وتقبض مع هذا مؤخر مهرها والذي قد يكون فاحشاً⁸²⁶، وفي ذلك تطبيقات عدة فذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 1986/01/13 إلى أن "التعدي على الزوجة واهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمراً مستحيلاً هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار يخالف القواعد الفقه فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"⁸²⁷.

كما عرف القضاء المصري تطبيقات للتطليق على أساس الضرر المعترف شرعاً، إذ جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1984/02/20 بأنه "إذا كان الثابت أن الزوج قد بعث إلى زوجته خطاباً مليئاً بمختلف ألوان الشتائم واتهمها فيه بالبرود الجنسي، وأنه اعترف في تحقيقات النيابة بمحتوى هذا الخطاب ووجه إليها أثناء التحقيق لفظاً نابياً أثبتته المحقق بالمحضر، فإن ذلك كله يكفي للقضاء بتطليقها عليه"⁸²⁸.

ولقد ذهب القضاء السوري إلى أن المعاشرة الزوجية الشاذة تعتبر ضرراً يعطي للزوجة الحق في التطليق، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1958/08/28 بأنه "من المقرر أن المعاشرة الزوجية الشاذة تعتبر من الأضرار المؤدية للتفريق وعلى المحكمة فسح المجال لإثباتها"⁸²⁹، كما أجاز المشرع الجزائري التطليق لضرر في المادة 10/53 من قانون الأسرة الجزائري، معتقاً بذلك ما ذهب إليه المالكية، مستعملاً عبارة "كل ضرر معتبر شرعاً" وهي

⁸²⁶ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 88.

⁸²⁷ - م ع، غ أ ش، 1986/01/13، ملف رقم 39025، غير منشور، مقتبس عن العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الامر 05-02، المرجع السابق، ص 266.

⁸²⁸ - أنظر، محكمة النقض المصرية، مدني وأحوال شخصية، جلسة 1984/02/20، مجموعة المكتب الفني، السنة 35، ص 479، محكمة النقض المصرية، مدني أحوال شخصية، جلسة 1974/06/05، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، ص 979، مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 608.

⁸²⁹ - أنظر، محكمة النقض السورية، قرار المؤرخ في 1958/08/28، مجلة القانون، عام 1958، ص 514، مقتبس عن محمد فهد شقفة، شرع أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، د.س.ط، 1998، ص 507.

عبارة واسعة المدلول إذ تشمل كل أنواع الضرر من ضرر مادي وضرر أدبي، تاركا بذلك السلطة التقديرية الواسعة للقاضي لتقدير الضرر، كما أنه يمكن أن تستغرق هذه العبارة كل أسباب التطلق الأخرى، ولقد وضع المشرع عدة شروط لا بد من نوافرها حتى يحكم القاضي بالتطبيق للضرر، تتمثل هذه الشروط في:

- 1- أن يقع الضرر من الزوج، أي يصدر من الزوج شخصياً، فإن كان صادراً مثلاً من عائلته فلا يمكن لها طلب التطلق للضرر لأن الضرر لم يصدر من الزوج.
 - 2- أن يكون الزوج متعمدا الاضرار بزوجته، أي يقوم بالإضرار بها بإرادته الكاملة.
 - 3- أن يكون الضرر الزوجة معتبر شرعا، دون تحديد نوع معين للضرر.
- فإذا ما توافرت هذه الشروط وقامت الزوجة بإثبات الضرر، أمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق بين الزوجين، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط، أو إن عجزت الزوجة عن إثبات الضرر رفضت دعواها⁸³⁰.

الفرع الثاني : مدى اعتبار التطلق مسألة موجبة التعويض

إن جميع أسباب التطلق التي تعرض لها المشرع الجزائري أو المشرع المغربي أو المشرع المصري، والتي يمكن للزوجة إذا توافرت أن تطلب من القاضي تطبيقها من زوجها، وبالتدقيق في هذه الأسباب، فكلها تعد نوعا من الضرر الذي يصيب الزوجة أثناء الحياة الزوجية والتي يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وعلى القاضي أثناء نظر دعوى التطلق أن يتأكد أولا من وجود هذا الضرر، ولكن كيف يمكن للقاضي ذلك وما معيار الضرر؟ هل هو شخصي أو معنوي، وهل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطلق؟ وهل يشترك في ذلك المشرع الجزائري مع التشريعات الأخرى⁸³¹.

⁸³⁰ - اليزيد عيسات، التطلق بطلب من الزوجة في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2003، ص 146-147.

⁸³¹ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل دكتوراه في قانون اسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 198.

أولاً: تاريخ المسألة بالقضاء والتشريع الجزائري والمقارن:

إن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة التعويض عن الضرر في حالة التطليق في القانون 84-11 إلا بعد تعديل القانون بموجب الأمر 05-02 في المادة 53 مكرر من ق.أ، بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، من هنا فإن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية التعويض في حالة الحكم بالتطليق، بل حدد حالات التطليق فقط في القانون رقم 84-11، وسكت عن مسألة التعويض، ولأجل ذلك تعارضت الأحكام القضائية بين ما يجيز التعويض ومن لا يجيزه في حالة الحكم بالتطليق.

فقد كان اجتهاد لمحكمة العليا في السابق، أنه لا يجوز للزوجة طالبة التطليق الحصول على التعويض، وهو ما قرره في قرار لها الصادر بتاريخ 1986/12/29 بأنه "من القواعد المقررة شرعاً أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق، واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب إهماله، فغرم القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة"⁸³².

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1988/11/11 قضت بأنه "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية، لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن، والحكم بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية"⁸³³.

من هنا يتضح لنا أن قضاة المحكمة العليا كانوا يعتبرون أن التعويض أثر من آثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وأن الزوجة لو تضررت من استمرار الحياة الزوجية فإنه يجوز لها أن تطلب التطليق، وهذا التطليق يعتبر تعويضاً لها في حد ذاته، وهو ما أقرته المحكمة العليا

⁸³² - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 43860، م ق، عدد 02، 1993، ص 41.

⁸³³ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51614، م ق، عدد 04، 1990، ص 67.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

في قرار لها الصادر بتاريخ 1991/10/01 بقولها: "إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليقا، يحكم لها به عند الاقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض"⁸³⁴.

أي أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا المبدأ، واعتبرت أنه يجوز للزوجة طالبة التطليق أن تطالب بالتعويض وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/04/23 على أنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعاً، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن"⁸³⁵.

وهو ما أكدته في قرار لها بتاريخ 1998/07/11 حين قضت بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق بحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁸³⁶.

وفي غياب نص تشريعي يجيز الحكم بالتعويض في حالة التطليق استقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الاسرة 84-11 والذي نص صراحة في المادة 53 مكرر من ق أ على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهو ما أخذ به المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 101 من م أ م، بخلاف المشرع المصري الذي لم يتطرق إلى اعتبار التطليق موجبا للتعويض، وهو نفس الشيء بالنسبة لتطبيقات القضاة.

⁸³⁴ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1991/10/10، ملف رقم 73992، م ق، عدد 47، 1995، ص 153.

⁸³⁵ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1996/12/23، ملف رقم 335435، م ق، عدد 01، 1998، ص 130.

⁸³⁶ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 1998/07/11، ملف رقم 222665، م ق، عدد خاص، 2002، ص 116.

ثانيا: الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق.

لقد تناول المشرع الجزائري أسباب التطليق من خلال أحكام المادة 53 من ق أ، فإذا تحققت إحدى الأسباب يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا كيفية إثبات ذلك، إلا أنه بالرجوع إلى ما سبق ذكره فإنها كلها تعتبر أسبابا تتضرر فيها الزوجة من استمرار الحياة الزوجية، ومن هنا فإن المشرع الجزائري نص على التعويض في حالة التطليق من خلال المادة 53 مكرر من ق أ، بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة، هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها، أم هو تعويض عما أصابه من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي هو طلاق منشئ ينشئه بطلب من الزوجة في حالة الضرر وأثبتت ذلك، إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف، ولا يعاشرها بالإحسان⁸³⁷.

فالمشرع الجزائري لم يبين لنا أي معيار أو ضابط للتمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا، وهذا لا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية، لأن ما يعتبر ضارا وجارحا لزوجة ما، قد لا يكون كذلك لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة صعبة⁸³⁸.

ومن هنا فإن التفريق القاضي بينهما، والحكم بالتعويض لصالح الزوجة المطلقة يمون لإزالة الضرر والأذى الذي أصيبت به، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها، وليس عن ألم فإن الزوج عند الحكم بالتطليق لأنها هي من طلبت ذلك، وبالرجوع إلى أسباب التطليق في المادة 53 من ق.أ، نجد أن الاضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو

⁸³⁷ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 238.

⁸³⁸ - عبد العزيز سعد، قانون الاسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق، بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة

للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 171.

معنوية، فالتطليق لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة، كونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة طبقاً لأحكام المادة 78 من ق-أ.

أما فيما يخص الفقرات من 02 إلى 09 من المادة 53 من ق.أ، فكلها أضرار معنوية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها وشرفها، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الضرر المعنوي المعتبر لطلب الزوجة للتطليق، فمعيار الضرر الذي يترتب عليه استحالة العشرة بين الزوجين، هو المعيار الشخصي، فهو يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الاجتماعي، ففعل معين قد يكون أمراً مادياً عادياً في وسط معين، وقد يكون أمراً عادياً في وسط معين، وقد يكون ضرراً جسيماً في وسط آخر، وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه استحالة دوام العشرة بين أفعال الزوجية من الأمور الموضوعية، دون رقابة عليه من محكمة العليا، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة⁸³⁹.

وقد حددت محكمة النقض المصرية المقصود من عبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر، من أنه لا بد أن يصل الضرر إلى الحد الميؤوس منه، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر وأن يكون متعمداً من جانب الزوج⁸⁴⁰.

وهذا الضرر يختلف من حالة إلى أخرى من أسباب التطليق، ومتى ثبت فإنه يجوز للزوجة طلب التفريق ويكون معياره عاماً وواحداً لجميع الزوجات، لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي، فإما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فإنه يعتد به من غير الالتفات إلى مدى ثقافة الزوجة بين أمثالها، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة في قرار لها بتاريخ 1986/02/06 حين قضت بأنه: "حيث أن اعتداء الزوج على الزوجة بالسب لا يعد بالنسبة لوسطها الاجتماعي ضرراً يوجب التطليق"⁸⁴¹.

⁸³⁹ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 240.

⁸⁴⁰ - محكمة النقض المصرية، 1991/05/07، نقلاً عن: عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، ص 75.

⁸⁴¹ - محكمة استئناف القاهرة، جلسة 1986/05/06، قضية رقم 454، لسنة 202، نقلاً عن: حسن الفكاهاني وعبد المنعم

حسني، المرجع السابق، ج 8، ص 427.

ومن هنا فإن تقدير الأفعال الصادر من طرف الزوج إن كانت من قبيل الاضرار أو لا، تبقى من اختصاص قاضي شؤون الاسرة.

إن المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطلق، غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له حداً أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق اعمال نشاطه الذهني. من هنا فإنه يجب علينا أن نبين أنه يجوز للقاضي ادماج عناصر الضرر عند تقدير التعويض، وما هو مقدار وطريقة واستحقاق التعويض.

إن المشرع الجزائري أجاز للزوجة الحق في طلب التطلق وإمكانية التعويض إذا ألحق بها الزوج أي نوع من أنواع الايذاء سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية.

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فإنه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، وأخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي شؤون الاسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1999/05/18 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين -من قضية الحال- أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطبيق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليماً وطبقوا صحيح القانون"⁸⁴²، فالقاضي يعتمد في تقديره لمدى الضرر استناداً إلى معيارين أساسيين، المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، ولا بد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض وتقديره، ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدى وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض اجمالي عنها مرة واحدة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/06/20 حين قضت بأنه: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلاً".

⁸⁴² - المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، م ق، عدد خاص، 2001، ص 126.

ومن الثابت في قضية الحال-أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوطها حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق التعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض⁸⁴³.

ما يمكن ملاحظته من خلال هذا القرار أنه يركز على ضرورة بيان الضرر من خلال بيان أن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلا، فالضرر هو محقق وحال، كما أنه مس بمصلحة مادية ومعنوية للطاعنة جراء الاعتداء الذي كان من طرف الزوج فأدى إلى سقوط حملها، فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن أن يكون بناء على كل عنصر على حدى أو القيام بنشاط ذهني يدخل ضمنه كافة عناصر الضرر، ثم يقضي بتعويض اجمالي عن مختلف الاضرار التي أصيبت بها الزوجة.

وهذا ما قضت به أيضا محكمة أسيوط الشرعية في 1932/07/27 حيث جاء في حكمها "إن اعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب قد لا يعد ضررا تستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها، إذا كانا من الطبقة الدنيا التي ألقت المعاملة على هذا النحو، وأصبح ذلك أمر لا يثير الاشمئزاز"⁸⁴⁴، وأرى أن احكام محكمة النقض في هذا السياق مخافة في اتجاهها لمقاصد الشريعة الاسلامية، لأن الضرر هو ما لا يجوز شرعا، ولأن من أسس الشريعة الاسلامية الحفاظ على كرامة الانسان، وكل خروج على الشرع يعطي الحق في طلب التطبيق جزاء على هذه المخالفة، وعلى كل حال فإن تقدير الافعال إن كانت من قبيل الاضرار أولا تبقى من الاختصاص قاضي الموضوع.

⁸⁴³ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 20/06/2000، ملف رقم 245159، م ق، عدد خاص، 2001، ص 259.

⁸⁴⁴ - محكمة أسيوط الشرعية، 1932/07/27، الدعوى رقم 248، مقتبس عن جلال سعد عثمان، أحكام الاسرة بين الشرع والقانون، ج 1، منشأة المعارف، ص 247.

المطلب الثاني: الطلاق للنشوز.

ورد النص على هذا النوع من الطلاق في المادة 55 ق.أ التي تنص: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، النشوز هو جحود الزوجية لغير سبب شرعي⁸⁴⁵، أو هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك⁸⁴⁶.

غير أن الشريعة الإسلامية أرشدت الزوج إذا رأى في زوجته نشوزا أو عصيانا، ان يتخذ حياها من وسائل الاصلاح والتأديب ما يكفل تهذيبها ويرجعها إلى طاعته بدلا من الاستمرار في الشقاق والخصام، أن الاصلاح في نظر الاسلام أحسن من الطلاق الذي يهتز له عرض الرحمان، ويكون الاصلاح بالموعظة والنصح والارشاد، ثم الهجر في المضجع، أي لا يبيت معها في فراش واحد، ثم الضرب غير المبرح بالقليل من الايذاء البدني.

وولاية التأديب أصلها قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نَشْوَزَهُنَّ فَعْظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾⁸⁴⁷، إن ولاية الاصلاح والعلاج التي اختص بها الزوج، روعي فيها الواقع العملي، والفترة البشرية لكل من الرجل والمرأة، لم يقصد بها اذلال الزوجة ولا إهانتها، ومع ذلك، فالاسلام لم يلزمها بقبول نشوز الزوج، ولكنه أباح لها طلب التطلق للضرر الذي يلحقها من الزوج عن طريق القضاء، كما أنه يجوز لها في القانون الجزائري طلب الطلاق بسبب نشوز زوجها، إذا ثبت النشوز، وضرر الزوجة، واستحالة مواصلة العشرة والحياة الزوجية (المادة 55 ق.أ)، ويحكم القاضي في حالة نشوز أحد الزوجين بالطلاق، ويقرر التعويضات للطرف المتضرر.

⁸⁴⁵ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 277.

⁸⁴⁶ - فضيل سعد، المرجع السابق، ص 340.

⁸⁴⁷ - سورة النساء، الآية 34.

ولقد حكم القضاء الجزائري بالطلاق في حالة نشوز الزوج وتركه لدار الزوجية⁸⁴⁸، والتخلي عن الواجبات الزوجية، كما تجدر الإشارة هنا، إلى أن الاسلام أرشد الزوجة إذا رأت في زوجها نشوزاً أو جفاء، أو فتوراً في العلاقة الزوجية أن تعمل على كسب قلبه بما تستطيع من وسائل الترضية المشروعة، وأن تحسن بقدر ما تستطيع معاملتها له، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما والصلح خير﴾⁸⁴⁹. ولم يقف الاسلام عند هذا الحد، بل اوجب على أن يعرضاً أمرهما على مجلس عائلي يأتلف من حكمين حكم من اهل الرجل وحكم من أهل المرأة، لبحث أسباب النشوز والشقاق والخصام، ويعملا على القضاء على أسبابها (المادة 56 ق.أ)، فإن لم يستطيع أن يوفق بين الزوجين، كان ذلك دليل على قيام حالة خطيرة تهدد استقرار الاسرة، وحينئذ يجيز الاسلام للزوج الطلاق لمصلحة الاسرة نفسها، ولتحقيق الصالح العام، وهذا يدل على أن نظام الطلاق في الاسلام هو تشريع استثنائي، لا يباح إلا عند الضرورة القصوى، ومن أجل ذلك، يعتبر الذين يتسرعون في طلاق زوجاتهم لمجرد شهوة طائشة أو غضبة حمقاء، بعيدين عن الاسلام وتعاليمه، ولا يحكم على الاسلام بتصرفاتهم وأفعالهم، لأن العيب فيهم وفي تصرفاتهم لا في الاسلام ونظامه.

يعتبر الطلاق للنشوز احد الاسباب الموجبة للتعويض في مجال الاحوال الشخصية، والطلاق للنشوز هو طلاق يوقعه القاضي، ولذلك ينبغي البحث عن المقصود بالطلاق للنشوز، وما معنى حالة النشوز في حد ذاتها؟ وكيف يمكن اعتبارها سبباً موجباً للتعويض، يأخذ الطلاق الذي يوقعه القاضي سواء في حالة النشوز أحد الزوجين والطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة وهو التطلق احدي الصورتين.

الفرع الأول: المفهوم اللغوي والفقهي للنشوز.

أولاً: التعريف الفقهي للنشوز.

⁸⁴⁸ - محكمة تلمسان، 12 ماي 1972، مذكور سابقاً، (يشترط في حالة تعدد الزوجات أن يكون السكن منفصلاً بالنسبة لكل واحدة)، المحكمة العليا، 11 ديسمبر 1968، مذكور سابقاً، 13 جانفي 1986، ملف رقم 39390 (غير منشور).

⁸⁴⁹ - سورة النساء، الآية 128.

وقد عرف الفقهاء نشوز الزوجة بتعريفات كثيرة ومتقاربة، وكلها تدور في فلك واحد وهو خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة عليها لزوجها، وقد عرفه الحنفية على أنه "خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق"⁸⁵⁰، وهذا التعريف غير جامع لأسباب النشوز، لأنه اقتصر على سبب واحد من أسباب نشوز الزوجة وهو خروجها من بيت زوجها بغير حق، ولم يذكر بقية أسباب النشوز.

أ- عند فقهاء الحنفية:

عرفه صاحب الدر المختار بأنه: "خروج الزوجة بغير حق"⁸⁵¹، وهذا التعريف غير جامع لمظاهر النشوز، بل اقتصر على مظهر واحد من مظاهر النشوز، وهو خروجها من بيت زوجها بغير حق، ولم يذكر بقية المظاهر.

وعرفه الزيلعي بقوله: "الناشز: هي الخارجة من بيت زوجها بغير إذنه، المانعة نفسها منه"، وهذا التعريف أكثر شمولاً لمظاهر نشوز الزوجة من سابقه، لأنه ذكر علاوة على خروجها من بيت زوجها بغير إذنه، منعها نفسها الاستمتاع بها⁸⁵².

ب- عند فقهاء المالكية:

عرفه الشيخ الدردير بقوله: "النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة بمنعها التمتع بها، أو خروجها بلا إذن لكان لا يجب خروجها له، أو تركت حقوق الله، كالطهارة والصلاة، أو أغلقت الباب دونه أو خانتة في نفسها وماله"⁸⁵³، وهذا التعريف جامع لمظاهر النشوز، لأن أي خروج منها عن طاعة زوجها فيما لا معصية فيه لله عز وجل يعد نشوزاً منها.

⁸⁵⁰ - محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار، حاشية رد المختار، ج 3، دار الفكر، 1995، ص 633.

⁸⁵¹ - محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار، ج 2، ط 2، شركة ومطبعة البابي الحلبي، مصر، 1966، ص 576.

⁸⁵² - فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 3، دار الكتاب الإسلامي، مصر، د س ن، ص 52.

⁸⁵³ - أبي بركات أحمد بن أحمد الدردير الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، ج 1، وبالهامش الشيخ أحمد بن الصاوي المالكي، قرر عليه كمال وصفي، دار المعارف، مصر، د س ن، ص 511.

ج- عند فقهاء الشافعية:

عرفه الشافعية بقولهم: "الناشزة هي الخارجة عن طاعة زوجها"⁸⁵⁴، ومن أمثلة ذلك: أن تخرج من منزله بغير إذنه، أو تمنعه من التمتع بها، أو تغلق الباب في وجهه إلى غير ذلك، وهذا التعريف قريب من التعريف المالكية.

د- عند فقهاء الحنابلة

عرفه ابن قدامة: "النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته"، وقال أيضا: "هي أن تعصيه وتمتنع عن فراشه، أو تخرج من منزله بغير إذنه"⁸⁵⁵.

نشوز الرجل:

إذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها إما لمرضها أو لكبر سنها، أو لدمامة وجهها، فلا جناح عليهما بينهما، ولو كان في الصلح تنازل الزوجة عن بعض حقوقها ترضية لزوجها، لقول سبحانه: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾⁸⁵⁶.

وروى البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت: في هذه الآية: "هي المرأة تكون عند الرجل، لا يستكثر منها، فيريد طلاقها، ويتزوج عليها، تقول: أمسكني، ولا تطلقني، وتزوج غيري، فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي"، روى أبو داود عن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت⁸⁵⁷ أن يفرقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت: "يا رسول الله يومي

⁸⁵⁴ - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المعروف بالشافعي الصغير المولود 919 هـ، والمتوفى 1004 هـ، ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الامام الشافعي، ج6، طبعة مصطفى الحلبي بمصر عام 1386 هـ 1958، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ، 1939م، ص380.

⁸⁵⁵ - عبد الله بن أحمد المقدسي، ابن قدامة، الكافي في فقه الامام بن حنبل، ج3، تحقيق محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص92.

⁸⁵⁶ - سور النساء، الآية 128.

⁸⁵⁷ - فرقت: بمعنى خافت وهلعت.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

لعائشة"، فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم⁸⁵⁸، قالت: في ذلك أنزل الله جل ثناؤه، وفي أشباهها، أراه قال: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً﴾⁸⁵⁹.

قال في المغني: ومتى صالحته على ترك شيء من قسمتها أو نفقتها، أو على ذلك كله جاز ... فإن رجعت لها ذلك.

قال احمد في الرجل يغيب عن امرأته فيقول لها: إن رضيت على هذا، وإلا فأنت أعلم، فنقول: فهو جائز، فإن شاءت رجعت⁸⁶⁰، ويستخلص من هذه التعريفات أنها اقتصر على نشوز الزوجة فقط، ولم تعتبر النشوز حالة تصيب الرجل والمرأة على حد سواء كما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الاسرة.

التعريف القانوني للنشوز:

انطلاقاً من المادة 55 من ق.أ.ج لم يبين المشرع الجزائري مفهوم الزوجة الناشز، بل اكتفى بذكر نشوز الزوجة كسبب من أسباب الطلاق، وبالتالي إذا فيه فراغ يمكن تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية اعتماداً على المادة 222 من ق.أ.ج.

حيث تنص المادة 55 من ق.أ.ج على ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"⁸⁶¹، حيث نجد انه إذا كانت الزوجة ناشزاً، يحكم القاضي بالطلاق على مسؤولية الزوجة نظراً للضرر الذي سببته للزوج، وهكذا يتحول نشوز الزوجة إلى مبرر شرعي يعطي الحق للزوج الحق في الطلاق امام القاضي لنشوز زوجته، دون ان يعتبر ذلك طلاقاً تعسفياً من الزوج المادة 52 من ق.أ.ج وبالتالي فالمادة 55 من ق.أ.ج جاءت في الواقع لصالح الزوج، حتى لا يعد طلاقه طلاقاً تعسفياً.

⁸⁵⁸ - رواه البخاري ص2450، ورواه مسلم ص2021.

⁸⁵⁹ - سورة النساء، الآية 128.

⁸⁶⁰ - سيد سابق، المرجع السابق، ص307-308.

⁸⁶¹ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم،

بأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005.

وعرفه ابن قدامة: "النشوز معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته"، وقال أيضا: "أن تعصيه وتمتتع عن فراشه، أو تخرج من منزله بغير إذنه"، وعلى الرغم مما أوجبه الشرع والقانون من أسس ودعائم إلا أنه لا يفترض أن تسود المثالية وأن لا يقع الخطأ في السلوك، فإن البشر أن يعرض فيهم الخلاف ويثور النزاع عند تعارض الرغبات أو نفور الطباع.

الفرع الثاني: مظاهر وأسباب النشوز.

أولا: خروج الزوجة من بيت زوجها

تعد حقوق الزوج على زوجته من أعظم الحقوق، بل إن حقه عليها أعظم وهي في مجملها غير مالية، لذا يجب على الزوجة وفق ما أقره الشرع والقانون، مراعاتها والقيام، وأول هذه الحقوق الطاعة في غير معصية الله، أي الطاعة في حدود عقد الزواج، وبناء على ثبوتها تتأسس قوامة الرجل، لذلك تعتبر هذه الواجبات مجلبة للهناء والرضا.

أوجب الإسلام على الزوجة ألا تخرج من بيت زوجها دون إذنه، قياما بواجب الطاعة فإن خرجت بغير إذن زوجها كانت ناشزة، وذكر الفقهاء أن الزوجة بخروجها دون إذن من الزوج أو عذر شرعي تصبح ناشزة⁸⁶²، لتعديها على حقوق الطاعة الواجبة عليها، وتقويت حقه الثابت عليها في الاحتباس على ما يقتضيه عقد النكاح، لكن خروج المرأة دون إذن الزوج له صورتان:

الصورة الأولى: خروج الزوجة من البيت دون إذن زوجها بغير عذر مشروع.

نص عليه فقهاء الحنفية أن خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق نشوزا منها، كذلك فقهاء المالكية بقولهم أن الزوجة تسقط نفقتها بالنشوز وهو منع الوطاء والخروج بغير إذنه والامتناع من الدخول بغير عذر⁸⁶³، كما جاء في فقه الشافعية أن الزوجة تكون ناشزة إذا خرجت من بيته -الزوج- أي من محل رضي بإقامتها به ولو بيته أو بيت أبيها ولو لعيادة، وإن كان غائبا بلا إذن منه، كذلك فقهاء الحنابلة بقولهم للزوج منعها -الزوجة- الخروج من منزله، فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه.

⁸⁶² - محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، د.ط، 2004، ص17.

⁸⁶³ - أبو حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح السالك في فقه الامام مالك، ط2، ج1، دار الفكر، لبنان، د س ن، ص131.

وقال الدسوقي "أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو خرجت من محل طاعته بلا إذن، ولم يقدر عليها، أي على ردها بنفسه أو رسوله، أو حاكم ينصف"⁸⁶⁴، وجاء للرملّي في نهاية المحتاج "والنشوز خروج من بيته، أي من محل رضي بإقامتها فيه، ولو بيتها، أو بيت أهلها، كما هو الظاهر، وإن كان غائبا بلا إذن منه ولا ضن رضاه عصيان"⁸⁶⁵، وذهب البهوتي في كشف القناع إلى أنه "ويحرم على الزوجة الخروج بلا إذن زوجها، لأن حق الزوج واجب، فلا يجوز تركه بما ليس واجب"⁸⁶⁶.

وقد استدلت الفقهاء على ضرورة إذن الزوج لإباحة خروج الزوجة بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى ﴾⁸⁶⁷، فهذه الآية تدل دلالة واضحة على أن أصل المرأة وهو لزوم استقرارها في البيت، وعدم الخروج منه إلا بعذر شرعي وبإذن الزوج.

وقال الشيخ سيد قطب أن قوله تعالى: ﴿ وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ ﴾⁸⁶⁸ من وقر يقر، أي ثقل واستقر، وليس معنى هذا الأمر ملازمة فلا يبرحها اطلاقاً، وإنما هي ايماء لطيفة إلى أن يكون البيت هو الأصل في حياتهن وهو المقر، وما عداه استثناء يعتبر طارئاً لا يتقلن فيه ولا يستقرون، وإنما هي الحاجة تقضى ويقدرها⁸⁶⁹، ومن السنة المطهرة ما رواه البخاري عن سالم عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "إذا استأذنت المرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها"⁸⁷⁰، وهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أنه ينبغي للزوج أن يأذن لزوجته بالخروج إلى

⁸⁶⁴ - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 680.

⁸⁶⁵ - شمس الدين الرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، المرجع السابق، ص 680.

⁸⁶⁶ - منصور ابن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 197.

⁸⁶⁷ - سورة الاحزاب، الآية 33.

⁸⁶⁸ - سورة الاحزاب، الآية 33.

⁸⁶⁹ - سيد قطب، في ظلال القرآن، ج 5، دار الشروق، الطبعة الشرعية الخامسة والثلاثون، 2005، ص 2759.

⁸⁷⁰ - أخرجه البخاري، أنظر أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ، 1999 م، ص 400، ج 9، حديث رقم 5238 كتاب النكاح، ب: استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره.

المسجد إذا أرادت ذلك، ويقاس على ذلك حالات الخروج من بيت الزوجية لأي مصلحة شرعية ولهذا ترجم الامام البخاري لهذا الحديث بقوله "باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره".

"حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنتها ملائكة الله وملائكة الرحمة وملائكة العذاب حتى ترجع إلى بيتها وتثوب"، قيل يا رسول الله: وإن ظلمها؟ قال: وإن ظلمها⁸⁷¹، فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أن من حقوق الزوج على زوجته، القرار في بيت الزوجية وعدم خروجها منه إلا بإذنه، فإن خالفت أمره حلت عليها اللعنة وصارت في موضع النشوز.

الصورة الثانية: خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن زوجها لعذر مشروع.

إن خروج الزوجة من البيت دون إذن زوجها لعذر مشروع لا يعد من باب النشوز، ولا تكون الزوجة في هذه الحالة ناشزة، ومن الأمثلة التي يمكن اعتبارها أعدارا مشروعة: أن يشرف البيت أو بعضه على التهدم، فيتطلب هذا أن تخرج دون زوجها مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾⁸⁷²، إذا أكرهت على الخروج ظلما أو خافت على نفسها أو مالها من فاسق أو سارق، وإذا خرجت لقضاء حوائجها المعتادة.

وعليه فلا تنحصر حالات الخروج دون إذن الزوج لعذر مشروع في هذه الحالات، لكنها أمثلة تقاس عليه أخرى مستجدة في كل زمان ومكان، ما دامت تدور في دائرة الحاجيات التي جري العرف بالإذن في خروج المرأة لتحصيلها وهي:

1- خروج المرأة لزيارة والديها

يرى كل من الحنفية والمالكية والظاهرية، أن من حق الزوجة أن تزور والديها، وليس للزوج أن يمنعها من زيارتهما ولا تعتبر ناشزا، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا يَاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ

⁸⁷¹ - أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى عام 458هـ، السنن الكبرى، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج

7، ص 293، كتاب القسم والنشوز.

⁸⁷² - سورة البقرة، الآية 159.

لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا (٢٣) وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحًا لُدًّا مِنْ الرِّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا⁸⁷³، أما فقهاء الشافعية والحنابلة يرون أن من حق الزوج أن يمنع زوجته من الخروج من بيت زوجها، ولو لزيارة والديها أو عيادتهما، واستدلوا قولهم هذا بقوله تعالى: ﴿فَأَصْلَحْتُ قَاتِلَتُ حَفِظْتُ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ⁸⁷⁴، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة"⁸⁷⁵.

وعليه فإن الرأي الراجح هو الرأي القائل بحق الزوجة في زيارة والديها، وإذا دام ذلك يحفظ أهداف الزيارة من صلة الرحم وبر الوالدين ولا يحق للزوج منعها إلا لمبرر شرعي أو ضرر يلحق به بسبب الزيارة.

الراجح بأن خروج المرأة للمسجد منوط ومشروط بموافقة الزوج، ومن حقه أن يمنعها من الخروج، حتى ولو كان لمنعه لها من الخروج مبرراً، وإن لم يكن فإن خرجت من دون إذنه تكون ناشئة.

2- استئذان المرأة لزوجها للخروج إلى المسجد.

يرى فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة أن خروج المرأة إلى المسجد للصلاة أو مجالس العلم منوط بإذن زوجها، يرى بأن خروج المرأة للمسجد منوط ومشروط بموافقة الزوج، ومن حقه أن يمنعها من الخروج، حتى ولو كان لمنعه لها من الخروج مبرراً، وإن لم يكن فإن خرجت دون إذنه تكون ناشئة⁸⁷⁶.

3- اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل خارج البيت عند العقد

إذا كانت الزوجة موظفة في الدولة، واشترطت على زوجها عند عقد الزواج أن لا يمنعها من الاستمرار في العمل أو كانت تعمل وسكت، فقد اختلف الفقهاء إزاء صحة الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال، فالحنفية يرون أن هذا الشرط فاسد والعقد صحيح وللزوج أن يمنعها من العمل، فإذا استمرت رغم منعها فهي ناشئة، والمالكية يرون أن هذا الشرط صحيح ولكنه مكروه

⁸⁷³- سورة الاسراء، الآيتين 23-24.

⁸⁷⁴- سورة النساء، الآية 34.

⁸⁷⁵- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المرجع السابق، ص595.

⁸⁷⁶- علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص66.

ولا يلزم الوفاء به، فلزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإن رفضت فإنها تكون ناشزة، ويرى الحنابلة بأن هذا الشرط ملزم للزوج ويجب الوفاء به ولا يحق له أن يمنعها، فإن أراد منعها فلم تمتع، فلا تكون ناشزة بناء على هذا الشرط، وعليه فإن الشافعية يرون أن مثل هذا لا قيمة له، لأن النفقة عندهم إنما تجب بالتمكين التام لا بالعقد، وأن هذا العمل يترتب عليه خروج من البيت بغير إذن الزوج وبالتالي فإنها ناشزة⁸⁷⁷.

ترجيح المسألة:

نرجح أن مثل هذا الشرط ملزم للزوج، فإذا أراد منعها فلم تمتع لا تكون ناشزة بخروجها لأعمالها خارج البيت، بناء على ما اشترطته عليه في عقد الزواج من جهة، ومن جهة أخرى عدم التعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأم.

ويمكن أن يقال بالنسبة للفقهاء الحديث أنه توجد آراء مختلفة، وأن فحوى هذا الخلاف يتجلى في مضمون العمل وطبيعته، فإذا كان للمرأة أن تعمل خارج المنزل فعليها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، ودون الإخلال بواجباتها⁸⁷⁸.

ولكن ما يهمني في هذا المقام هو ما حكم منع الزوج زوجته بعد الموافقة لها على العمل؟ ومن ثم فإن خالفت وخرجت للعمل فهل تعتبر ناشزا؟ وإذا طلب لنشوزها هل يستحق تعويضا؟

3/1 تطبيق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق: على واقعة منع الزوج زوجته الخروج للعمل بعد الموافقة عليه دون إيذاء أسباب معقولة نستخلص ما يلي:

1/3-1 معيار قصد الإضرار:

إن الزوج قد تظهر منه قرينة تدل على إلحاق الضرر بالمرأة في حالة منعها الخروج للعمل، خصوصا وأنه قد وافق لها ابتداء، إذ أن كثيرا من الرجال يتزوجون المحترفات رغبة في

⁸⁷⁷ - علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 68.

⁸⁷⁸ - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة مصر، د.س.ط، 1980، ص 156.

استثمارهن، حتى إن عجزوا عن تحقيق هذه الرغبة طلبوا إليهن ترك العمل بقصد الاضرار⁸⁷⁹، كما لو كانت الزوجة مشرفة على التعاقد، فإنه يكون في تركها لعملها ضرر كبير لها بحرمانها من حقوق التقاعد، ويكون للقاضي هنا دور كبير في موازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة عن موافقته لزوجته بالعمل⁸⁸⁰.

2/1/3- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

فإن الزوج إذا استعمل حقه في منع المرأة من الخروج للعمل لغير مبرر شرعي، ودون وقوع تقصير منها، وبعد أن وافق لها على ذلك، ومن منطلق هذا المعيار، يدفع الضرر الأعظم، وهو منعها بعد الموافقة لها على الخروج، بتحمل الضرر الأقل والمترتب على القول بخروجها⁸⁸¹.

3/1/3- معيار المصلحة غير المشروعة:

فالزوج بطلبه من زوجته ترك عملها فهو لا يحقق مصلحة ما، بل هدفه مصلحة غير مشروعة وهي معاقبة المرأة، وذلك مع أنها قائمة على خدمة بيتها ورعاية أسرتها وأولادها دون إهمال أو تقصير، فأبي فائدة هذه التي سيجنيها من حرمانها ممارسة عملها، وبالتالي فهو متعسف في استعماله لحقه، ولا يعتبر الزوجة ناشزة في هذه الحالة.

2/3- موقف المشرع الجزائري قانون الاسرة الجزائري

وعليه فإن اشتراط الزوجة العمل خارج البيت حين العقد أو الاستمرار فيه، نصت عليه المادة 19 من ق.أ.ج فإن رضي الزوج أو سكت عليه، هذا يدل عدم منع الزوجة من الخروج للعمل، وعليه فإن الشرط لا يجوز للزوج مخالفته، وإلا كان سبباً في حق الزوجة في طلب التطليق، طبقاً للمادة 9/53 من ق.أ.ج، غير أنه لا مانع الزوج عن الرجوع عن إذن لزوجها بالعمل خارج البيت، صونا لسمعتها وسمعة أسرتها.

⁸⁷⁹- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، ط1978، ص243.

⁸⁸⁰- واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الأردني،

www.mizaangroup.org/stuides.htm

⁸⁸¹- عيبر يحيى شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الاردن، ذ الاولي، 2007/1428، ص141.

ومن هنا فإن اشتراط التوظيف هو شرط صحيح، ولكنه مقيد بعدم التعارض مع مصلحة الاسرة ورعاية الأولاد⁸⁸².

3/3- موقف بعض التشريعات العربية:

1/3/3- موقف القانون المصري:

أما القانون المصري فقد نص على خروج الزوجة دون إذن زوجها سبب من أسباب سقوط النفقة عليها بدليل ما جاء في المادة الاولى في فقرتها من ق.أ.ش.م: "ولا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة من تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج، أو خرجت دون إذن زوجها"⁸⁸³، وكاستثناء يحق للزوجة أن تخرج للعمل دون إذن زوجها، ولا يحق له منعها ولا تسقط نفقتها، وهذا ما جاء في نفس المادة في الفقرة 5، ومن خلال المادة يتبين للزوجة الخروج إذا أثبت حقها في العمل المشروط في عقد الزواج، وإذا كانت تعمل قبل الزواج والزوج عالم بذلك، وإذا عملت بعد الزواج ورضي بذلك صراحة أو ضمنا، وإذا خرجت للعمل مضطرة لظروف قاهرة.

2/3/3- موقف القانون السوري:

وما جاء في القانون السوري في المادة 143 من ق.أ.ش.س بالنسبة لعمل الزوجة سواء كان هذا العمل مسقطا لحقها في النفقة أم لا حيث نصت: "يسقط حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها صراحة أو ضمنا، ويعد سكوته بعد علمه أثناء الخطبة إننا لها في العمل لا يسقط حقها في النفقة"، وما جاءت به المادة 99 من ق.أ.ش.س فيما يخص زيارة أهل الزوجة كما يلي: "السماح للزوجة بزيارة أهلها واستهزائهم بالمعروف"⁸⁸⁴.

ويعتبر الطلاق الواقع من في هذه الحالة طلاقا تعسفيا، فإذا اجتمع العنصر مع الضرر الذي لحق بالزوجة المطلقة كان هذا الضرر ماديا ومعنويا.

⁸⁸² - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص142.

⁸⁸³ - قانون رقم 25 لسنة 1929، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، السابق ذكره.

⁸⁸⁴ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص20.

الفرع الثالث: مظاهر نشوز الزوجة بالفعل.

يمكن ان يكون نشوز الزوجة ناتجا عن عدة مظاهر تصدر منها ومن تصرفاتها، تجعلها ناشزا، وعليه نتناول هذه المظاهر من الناحية الفقهية، رغم اختلاف آراء الفقهاء في المسألة الواحدة، ومن الناحية القانونية على النحو التالي:

أولاً: امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر أو السفر معه:

الحياة الزوجية يفترض فيها اشتراك الزوجين في أمور الحياة، وواجب الطاعة الذي يقع على الزوجة اتجاه زوجها يوجب عليها تمكينه من نفسه، والسكن معه، بل وحتى التنقل معه إلى حيث طاب عيشه واستقر عمله، إلا أنه ولما قد يطرأ على علاقة الزوجة بزوجها من مستجدات وأحداث قد تمتع عن القيام بواجب الطاعة، وهذا ما يجعلها في وضع الناشز.

أ- امتناع الزوجة من تمكين زوجها تمكينا كاملا بغير حق أو عذر شرعي.

من حق الزوج على زوجته الاستمتاع بها، وذلك بموجب عقد النكاح وبالتالي إنها إن امتنعت عن تمكين الزوج من تمكين هذا الحق، بدون عذر شرعي، فقد اختلف الفقهاء في الحكم عليها بالنشوز في مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصار هذا المذهب أن الزوجة إذا امتنعت عن تمكين زوجها منها دون عذر شرعي كأن تمنه الوطاء، أو لم تبت معه في فراشه، فإنها تكون ناشزة وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية بقولهم أن الزوجة تكون ناشزا، إذا خرجت عن طاعة الزوج يمنعها التمتع بها أو خروجها بلا إذنه خروجها له، أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة، أو أغلقت الباب دونه، أو خانته في نفسها أو ماله⁸⁸⁵، كما يرى الشافعية أن النشوز أن لا تمكن الزوج وتعصى عليه في الامتناع عصيانا خارجا عن الدلال، بأن كان لا يمكن للزوج حملها على الطاعة إلا بتعب، وما ذهب إليه الحنابلة بقولهم لا نفقة للناشز لأنها مقابل التمكين وقد زال، أو سافرت بغير إذنه أو لم تمكنه من الوطاء أو مكنته من دون بقية الاستمتاع⁸⁸⁶.

⁸⁸⁵ - أبو بركات أحمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ص511.

⁸⁸⁶ - أحمد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج5، تحقيق محمد بن تامر، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، د ب ن،

1997، ص305.

المذهب الثاني: يرى أنصاره أن الزوجة إذا امتنعت من تمكين زوجها منها لا تعتبر ناشزة إذا كان الامتناع في منزله، أما إذا كان الامتناع في منزلها هي تكون ناشزة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، وعللوا ذلك لكونها إذا كان الامتناع في منزلها، لأن حياؤها في منزلها أمر مستبعد، بخلاف منزله⁸⁸⁷.

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الاستمتاع بالوطء حق ثابت لكل من الزوجين، ولا يجوز أن يمنع أحدهما الآخر من هذا الحق إلا بعذر شرعي كالحيض والنفاس والاحرام، وغير ذلك من موانع الجماع فمن حق الزوج أن يطالب الزوجة متى شاء، وللزوجة أن تطالب به أيضا⁸⁸⁸، واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ (٥) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (٦) فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾⁸⁸⁹، واستدلوا من السنة المطهرة قول الرسول صلى الله عليه وسلم "إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع"⁸⁹⁰.

وقال ابن حجر في شرحه لهذا الحديث، "قال ابن أبي حمزة: الظاهر أن الفراش كناية عن الجماع، وظاهر الحديث اختصاص اللعن بما إذا وقع منها ذلك لقوله حتى تصبح، وأن سر تأكد ذلك الشأن في الليل، وقوة الباعث عليه، ولا يلزم من ذلك أنه يجوز لها الامتناع نهاراً، وإنما خص بالذكر، لأنه المظنة لذلك⁸⁹¹، وليس هناك نشوز وعصيان من الزوجة أكثر من أن الزوج لا يستطيع الوصول إلى هذا الحق إلا بإكراهها وبالتالي فإن مثل هذه الزوجة بمسلكها هذا تعتبر ناشزة⁸⁹²، إلا إذا كان امتناعها عن التمتع بها بعذر شرعي⁸⁹³.

⁸⁸⁷ - علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 88-89.

⁸⁸⁸ - أنظر، محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 215، منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 192.

⁸⁸⁹ - سورة المؤمنون، الآيات 5-6-7.

⁸⁹⁰ - عن أبي هريرة رضي الله عنه، رواه البخار ومسلم، أنظر، عبد الله محمد بن إسماعيل بن المغيرة الجعفي البخاري، المرجع السابق، ص 349، حديث رقم 5193-5194.

⁸⁹¹ - أنظر أحمد بن محمد بن علي السعدي الانصاري المدعو ابن حجر الهيتمي شيخ الاسلام أبو العباس المتوفي عام 973هـ، الفتاوى الكبرى الفقهية، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1983، باب القسم والنشوز، ص 197.

⁸⁹² - علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 88.

ب- موقف قانون الاسرة الجزائري.

يتبين أن موقف المشرع الجزائري من امتناع الزوجة من تمكين زوجها منها تمكينا كاملا بغير حق أو عذر شرعي سبب من أسباب سقوط النفقة عليها، فإن نص المادة 74 من ق-أ-ج يفهم منها أن من شروط وجوب النفقة، هو الدخول بالزوجة إذا استوفى عقد الزواج شروطه وركن الرضا المنصوص عليه في المادتين 9 و9 مكرر من ق-أ-ج، وعليه فالدخول بالزوجة الذي يترتب عليه حق الزوجة هو الخلوة الصحيحة، ذلك أن عدم حصول المخالطة الجنسية برفض الزوجة للزوج، يعتبر نشوزا منها، وبالتالي يسقط حقها في النفقة⁸⁹⁴.

ج- موقف بعض التشريعات العربية

1-موقف القانون المصري:

وما جاء في نص المادة 1/1 من ق-أ-ش-م على أنه "تجب النفقة للزوجة على زوجها من تاريخ العقد الصحيح إذا أسلمت نفسها إليه ولو حكما حتى ولو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين"، وبمفهوم المخالفة ما جاء في الفقرة 4 من نفس المادة والتي نصت على ما يلي: "ولا تجب النفقة إذا ارتدت، أو امتنعت مختارة من تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذنها زوجها"⁸⁹⁵، وعليه يتبين أن المشرع المصري اعتبر عدم تسليم الزوجة نفسها من قبيل الخروج عن الطاعة الزوجية وبالتالي سقوط حقها في النفقة.

⁸⁹³- وقد ذكر الشافعية أمثلة للأعذار التي لا تعد الزوجة بموجبها ناشزة إذا منعت الزوج الوطاء أذكرها على سبيل المثل لا الحصر منها: -الحيض والنفاس والاستحاضة أو أن يكون بها مرض يضر معه الوطاء سواء أضر به أو بها، أن يكون لعذر شرعي كالإحرام أو القيام، أنظر، في ذلك، شمس الدين بن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 603، تاج الدين عبد الوهاب السبكي، المرجع السابق، ص 267.

⁸⁹⁴- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1996، ص135.

⁸⁹⁵- قانون رقم 25 لسنة 1929، قانون الأحوال الشخصية المصري، السابق ذكره.

2- موقف القانون السوري:

كما نص القانون السوري في المادة 1/97 من ق-أ-ش-س، على الحقوق المشتركة والمتبادلة بين الزوجين والتي جاءت بما يلي: "المساكنة الشرعية"⁸⁹⁶، وعليه فالمساكنة حقاً والتزاماً تبادلياً، لذلك على الزوجة الالتزام بهذا الواجب الذي هو حق للزوج، فإذا أخلت به اعتبرت مخلة بواجب الطاعة، كما يمكن للزوجة الامتناع عن الدخول بوجه شرعي حتى يدفع لها مهرها المعجل، وهذا ما جاءت به المادة 105 من ق-أ-ش-س.

ثانياً: امتناع الزوجة عن الانتقال مع زوجها إلى مسكن آخر أو السفر معه.

من صور امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها، والتي يحكم بنشوزها فيها هو امتناعها عن الزفاف إلى بيت الزوجية، وذلك بعد استيفاء مهرها المعجل، أو كان المهر مؤجلاً، أو كانت وهبت مهرها للزوج وكان المسكن شرعياً مناسباً⁸⁹⁷، أما لو كانت ساكنة في منزلها، ومنعته من الدخول عليها لكنها قد طلبت منه أن ينقلها إلى منزله، أو يشتري لها منزلاً لأنها محتاجة إلى منزلها، فلا تعتبر ناشزة، لأن امتناعها عن الزفاف في بيتها إنما هو لغرض التحويل إلى منزله، أو منزل الكراء، وهو امتناع بحق⁸⁹⁸.

ومن أسباب نشوز الزوجة أيضاً وتعتبر من الصور الشائعة التي تحدث كثيراً، خاصة في هذا العصر، امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى المسكن الذي يريده فإذا ما طالب الزوج زوجته بالانتقال إلى المكان الذي يريده، أو السفر إلى بلد معين فامتنعت عن ذلك، فإن هذا الامتناع يكون على حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الامتناع الزوجة عن السفر أو التنقل معه مبني على سبب بأن كان امتناعها لاستيفاء مهرها العاجل، فلا تعتبر ناشزة، لأنه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم قبل وجوبه⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ - مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري، السابق ذكره.

⁸⁹⁷ - علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 98.

⁸⁹⁸ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 20.

⁸⁹⁹ - موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج 9، ص 246-247.

الحالة الثانية: إذا كان امتناعها عن السفر أو عن التنقل مع الزوج إلى حيث يريد بغير حق، بأن كان الزوج قد أوفأها مهرها العاجل، أو كان المهر مؤجلاً، أو رفضت البقاء معه في مسكنه رغم توافر شرعيته، على النحو الذي سبق فيه الحديث عن مسكن الزوجية ووصفه⁹⁰⁰، والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي قد اختلف ازاء هذه الحالة في مدى اعتبار الزوجة ناشزة.

المذهب الأول: يرى أنصاره أن الزوجة إذا تحلت بشروط الامتناع فإنها تعتبر ناشزة، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء من المالكية بقولهم أن من النشوز عدم طاعة الزوجة لزوجها الامتناع من السفر، أو الانتقال إلى المسكن الجديد يعتبر خروجاً عن طاعة الزوج، وتعد الزوجة بذلك ناشزاً⁹⁰¹.

كذلك الشافعية بقولهم أن على الزوجة الانتقال إلى حيث يريد الزوج، ونصوا على أن من النشوز امتناع الزوجة عن السفر معه بشرط أمن الطريق، ويعني أمن الطريق السلام السفر، وعدم المشقة التي لا تحتمل، كما نص أيضاً فقهاء الحنابلة على اعتبار امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها نشوزاً، إذا أوفأها مهرها ولم تشترط عليه البقاء في بلدها، وما ذهب إليه المتقدمون من الحنفية بقولهم على الزوج أن يسافر بزوجه وليس لها الامتناع عن السفر ما دامت قد أخذت صداقها، وإلا اعتبرت ناشزة وسقطت نفقتها، كذلك إذا رفضت البقاء معه في محل عمله فإنها تعد ناشزة⁹⁰².

المذهب الثاني: يرى أنصاره أنه إذا امتنعت الزوجة عن السفر مع زوجها حتى مسافة القصر فأكثر، فإنها لا تعد ناشزة، أما دون مسافة القصر فإنها تعتبر ناشزة، وهذا ما ذهب إليه المتأخرون من فقهاء الحنفية، وقد ذكروا أن مسافة السفر الطويل لا تقل مدته عن مسيرة ثلاثة أيام بسير الإبل أو مشي الأقدام.

⁹⁰⁰ - ص 210 من هذه الرسالة، في الحديث عن مواصفات المسكن الشرعي واعتبار عدم توفره سبباً اجتماعياً في الطلاق.

⁹⁰¹ - أبو بركات أحمد بن أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 511.

⁹⁰² - أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ

عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1997، ص 129.

من خلال ما تقدم الحق أن الامر في تقدير سفر الزوج بزوجه أو الانتقال بها إلى مسكن آخر، متروك لتقدير القاضي بحسب الظروف والاحوال، فقد يكون غرض الزوج من وراء السفر بزوجه هو الاضرار بها، والقاضي في هذه الأحوال لا يحكم بنشوزها، أما إذا كان السفر وليد الظروف والمتطلبات الحياة، وكان في مكان يؤمن عليها من الفتنة، فإن امتنعت في مثل هذه الأحوال يحكم القاضي بنشوزها، ولا شك أن الزوج أمين عليها في مثل هذه الظروف⁹⁰³.

وقد ألغى التعديل الأخير لقانون الجزائري حق الزوج في الطاعة بإلغاء المادة 39 التي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها، وهذا يشكل مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أوجبت على الزوجة طاعة زوجها بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزوج، ولكن بشرط أن يكون ذلك بالمعروف وفيما أمر به الشرع، فحق الزوج في الطاعة ليس مطلقاً، بل هو مقيد بعدم تجاوز الاحكام الشرعية، وينطوي هذا الحق على جانبان هامين وهما الانتقال إلى بيت الزوجية والقرار فيه، واستئذان الزوج والاستجابة لحاجاته⁹⁰⁴.

ثالثاً: التكيف القانوني والقضائي للنشوز.

ورد النص على هذا النوع من الطلاق في المادة 55 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وهذا النص الوحيد الذي يتناول فيه المشرع الجزائري الطلاق للنشوز، إذ أنه لم يعطي تعريفاً لمعنى النشوز ولا شروطاً لتحقق حالته بما يجعله أساساً لاستحقاق التعويض لأحد الطرفين.

والنشوز كما عرفه الأستاذ العربي بلحاج هو جحود الزوجية بغير سبب شرعي، وعدم الامتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك⁹⁰⁵.

⁹⁰³ - علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009، ص131.

⁹⁰⁴ - محمد كمال الدين امام، جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الطلي الحوقية، 2003، ص318.

⁹⁰⁵ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، ص309.

ويكون الحكم الصادر بالطلاق نهائياً لا يقبل الطعن فيه بطرق العادية، من معارضة أو استئناف، كما أن الطلاق الذي يوقعه القاضي لنشوز أحد الزوجين هو طلاق بائن وليس رجعياً⁹⁰⁶.

أ اثبات النشوز في قانون أسرة الجزائري.

نصت المادة 55 من ق.أ.ج على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بطلاق والتعويض للطرف المتضرر".

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 الطاعة بلا مبرر، ويختلف النشوز من الناحية الفقهية عن الناحية القانونية⁹⁰⁷، ففي الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي داخل البيت أم خارجه⁹⁰⁸، كذلك الزوجة تكون ناشزاً بمجرد خروج الزوجة عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه⁹⁰⁹، وإذا حدث النشوز من الزوج أو الزوجة تطلب الشرع الاسلامي اللجوء إلى الاصلاح بين الزوجين إعادة الحياة الزوجية إل طبيعتها⁹¹⁰.

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت، ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيتا الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصاً في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية.

فإذا امتنع الزوج أو امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى صدور حكم بالنشوز أولاً وانطلاقاً من هذه اللحظة يثبت النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه، ولعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز خصوصاً إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج

⁹⁰⁶ - لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، دط، 2005، ص 315.

⁹⁰⁷ - بن شويخ الرشيد، شرح ق.أ.ج المعدل، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 214.

⁹⁰⁸ - عرفت المادة 75 من القانون السوري المرأة الناشز بأنها التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر.

⁹⁰⁹ - عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وله في ذلك كافة طرق الإثبات.

⁹¹⁰ - محمد مصطفى الشلبي، أحكام الاسرة في الاسلام، دار الجامعية، لبنان، ط4، 1993، ص 445.

البيت هو لمقتضيات الاثبات فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الامر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق⁹¹¹.

وعلى المستوى التطبيقي نجد أن قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1987/03/09، أن موقف القضاء كان أكثر وضوحا، وقد حدد حالة النشوز بامتناع الزوجة عن الرجوع إلى البيت الزوجية، ولكن بعد صدور أحكام تلزمها بالرجوع وامتناعها عن تنفيذ هذه الاحكام، في هذه الحالة فقط يثبت النشوز ويكون الطلاق على مسؤوليتها وتلتزم بدفع تعويض للزوج عن الضرر اللاحق به وفقا لنص المادة 55 من قانون الاسرة⁹¹²، أما إذا كان امتناعها عن مواصلة الحياة الزوجية بسبب معقول فإنها لا تكون في وضع الناشز، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر 1998/02/17 أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت بعد ثبوت اهانتها لا يعتبر نشوزاً.

فاشترطت الزوجة أن يحضر الزوج إلى بيت أهلها لإرجاعها لبيت الزوجية ما هو إلا شرط لحفظ كرامتها وصون كبريائها، ولا يعتبر امتناعا منها عن مواصلة الحياة الزوجية أو خروجا عن طاعة زوجها حتى تعتبر في وضع الناشز، كما أن اشتراطها لبيت منفرد بعيدا عن أهل الزوج إنما هو مطلب مشروع لها، وتمسكها بهذا المطلب لا يعد نشوزاً⁹¹³.

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1992/02/06 حيث قضت بموجبه أنه "من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج والثابت في قضية الحال أن الزوج لم يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله، مما جعلها ترفض الرجوع إلى

⁹¹¹ - بن شويخ الرشيد، المنشور في قضاء الاحوال الشخصية، دار هومة الجزائر، د.ط، 2003، ص215.

⁹¹² - أنظر، م ع، غ أ ش، 1987/03/09، ملف رقم 45311، م ق 1990، عدد 3، ص 61.

⁹¹³ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1998/02/17، ملف رقم 184055، م ق، 1998، عدد 2، ص85.

بيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن⁹¹⁴.

وقضت المحكمة العليا لاحقا في قرار لها بتاريخ 2000/11/21 بأنه "امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزاً، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها وتستحق التعويض لجبر الضرر"⁹¹⁵.

ب) اجراءات رفع دعوى النشوز في القانون الجزائري:

لم يتضمن قانون الاسرة الجزائري إجراءات رفع دعوى النشوز لكن بالاعتماد على الاجتهاد القضائي استنتجنا هذه الإجراءات.

لكي يثبت الزوج نشوز زوجته عليه أن يرفع دعوى طلب الرجوع إلى محل الزوجية للزوجة التي تركت محل الإقامة الزوجية وهي غاضبة، فيطلب من المحكمة أن تحكم عليه بالرجوع وبعد أن تتأكد المحكمة من أن الزوجة تركت محل الزوجية فعلا ودون أي سبب شرعي أو قانوني فإن المحكمة تحكم على تلك الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية، وإذا امتنعت عن الرجوع امتناعا واضحا يجوز للزوج أن يطلب من الموظف القائم بالتنفيذ، المحضر القضائي، أن يحرر محضر رسمي يتضمن رفض الزوجة لتنفيذ الحكم وامتناعها عن الرجوع، ثم يقدم محضر عدم التنفيذ للمحكمة ليطلب منها أن تقرر نشوز الزوجة وتحكم بالطلاق على مسؤولية الزوجة الناشز⁹¹⁶.

فلا بد إذن على قاضي شؤون الاسرة أن يتحقق وبيحث عن سبب امتناعه الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية، إذ لا يعتبر مجرد امتناعها نشوزا، وعلى القاضي أن يناقش ويتفحص جيدا الدفوع التي تثيرها الزوجة التي تدفع بها ادعاء الزوج بأنها ناشز، فإذا كان سبب امتناعها عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم توفير الزوج لزوجته سكنا زوجيا منفردا، فإن هذا يعتبر مبررا

⁹¹⁴ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1999/02/06، ملف رقم 213669، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 219.

⁹¹⁵ - أنظر، م ع، غ أ ش، 2000/11/21، ملف رقم 251682، غير منشور، عن العربي بلحاج، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر 02/05 المرجع السابق، ص 300.

⁹¹⁶ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 345.

شرعياً للزوجة وليست في حالة نشوز، ولا يعتبر ذلك مساساً بواجب الطاعة⁹¹⁷، ويتضح لنا من هذا العرض بأن المشرع الجزائري قد انفرد بالطلاق للنشوز، بالمقارنة مع التشريعين السوري والمصري اللذين اعتبرا نشوز الزوج ضرراً يلحق بالزوجة يدفعها إلى إقامة طلب التطليق للضرر.

ج) اثبات النشوز في القانون المقارن:

1- في القانون السوري:

لم ينص القانون السوري على النشوز كحالة مستقلة موجبة للحكم بالطلاق، ولكن جعل للقاضي التفريق بين الزوجين للشقاق، ويكون هذا التفريق طلاقاً بائناً، وهذا تبعا للمادة 112 من قانون الأحوال الشخصية بقولها: "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر بما لا يستطيع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق، إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطلاق طلاقاً بائناً إذا لم يثبت الضرر.

2- في القانون المصري:

وقد كان للمشرع المصري نفس الموقف تقريباً، إذ كان المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر قبل صدور القانون 25 لسنة 1929، ولم يكن في أحكامه ما يمكن للزوجة أن يخلصها من الشقاق الذي يقوم بينها وبين زوجها ولا ما يرجع هذا الزوج عن غيه، فكان كل منهما يحتال لإيذاء الآخر قصد الانتقام منه، وهو ما يدفع إلى الاستمرار الشقاق والخلاف بين الزوجين⁹¹⁸.

ثم جاء بعد ذلك نص المادة 5 من القانون 25 لسنة 1929 التي تنص على أنه "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً، إذا ثبت الضرر وعجز عن

⁹¹⁷ - سويسبي فتيحة، النشوز في ظل أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، 2004/2003، ص 29.

⁹¹⁸ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 211.

الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكماً وقضى على الوجه المبين بالمواد 7-8-9-10-11".

ونستخلص في نهاية الأمر أن دعوى إثبات النشوز في القانون المصري معقد نوعاً ما يتطلب إجراءات طويلة، ووجود دعويين دعوى انذار الطاعة واعتراض الإنذار بالنسبة للزوجة، ثم نصل بعد ذلك لدعوى نشوز الزوجة لاستصدار حكم النشوز، مما يدل أن الحكم على الزوجة بالنشوز ليس بالأمر الهين.

لذلك على الزوج أن يبرر كل الأدلة القوية عند تحرير عريضة إثبات نشوز الزوجة وأهمها امتناع الزوجة من العودة إلى منزل الزوجية⁹¹⁹.

ولا اعتبار الزوجة ناشراً ويسقط حقها في النفقة بتحقيق لأربعة شروط:

- 1- لأن يكون بيد الزوج حكم طاعة نهائياً.
 - 2- أن يكون الزوج قد حاول تنفيذ هاربة من الامتثال حكم الطاعة بغير إكراه بدني وأخفق.
 - 3- أن تكون الزوجة هاربة من الامتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مسوغ، ولا تعتبر الزوجة ناشراً لمجرد الحكم الطاعة، بل لا بد من طلبها إلى المنزل بعد الحكم بالطرق الودية.
 - 4- أن يتضمن حكم الطاعة النهائي التأشير من القاضي، أو من رئيس المحكمة، بحيث الزوجة عليها الامتثال لطاعة زوجها حتى لا يترتب على امتناعها سقوط نفقتها⁹²⁰، وإذا كان المسكن غير مهياً للسكن لا تعتبر الزوجة ناشراً بالامتناع عن طاعة زوجها فيه⁹²¹.
- وقد اشترك القضاة المصريين والجزائري في ثبوت حالة النشوز بعد صدور الاحكام بالرجوع والامتناع عن تنفيذها، فهذه الحالة تثبت الخروج عن واجب الطاعة المفروض للزوجة على زوجها، وتجعل الزوجة في وصف الناشز، ولكن هناك حالات لا يكون فيها امتناع الزوجة وعزوفها عن مواصلة الحياة الزوجية له من الأسباب ما يبرره وليس مجرد نشوز منها، فهنا ترفع

⁹¹⁹ - ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص 79-80.

⁹²⁰ - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 492.

⁹²¹ - أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية، جلسة 11/05/1936، مجلة المحاماة الشرعية، عدد 9، ص 339.

أمرها إلى القاضي ليخلصها من هذا الزوج، وهذه هي الحالة الثانية للطلاق الذي يوقعه القاضي، فما هي أسبابه؟ وكيف يعتبر موجبا للتعويض؟

مناقشة قانون الاسرة الجزائري:

المادة 55 ق.أ.ج: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

1- إذا كانت المرأة ناشزاً: يحكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوج باعتباره الطرف المتضرر.

مما يؤخذ على القانون في هذا: كان عليه أن يراعي الإصلاح أولاً، فإن عجز عن الإصلاح كان له على حسب الضرر المترتب على هذا النشوز أن يطلق طلاقاً بعوض، لأنه يفهم من سياق المادة، أن القاضي يحكم بالطلاق بمجرد ثبوت النشوز.

وقد سبق له أن أشار إلى الإصلاح قبل الحكم بالطلاق في المادة 49 (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي).

وإذا ثبت النشوز حكم القاضي بالطلاق، دون محاولة الإصلاح فطلاق الزوج لا يحتاج إلى حكم ولا إلى الإصلاح، بينما النشوز يحتاج إلى الإصلاح، ولا طلاق إلا بعد الفشل في الإصلاح.

وهكذا يتناقض القانون مع نفسه من حيث لا يدري أم أن الامر أخطر من ذلك؟ إذ لا طلاق إلا بالقضاء ولو أوقعه الزوج ألف مرة، ولا اعتبار للزوج إذا أراد القاضي الطلاق؟ لأن القانون يهدف إلى التقليل من الطلاق في نظره وإن خالف هذا في نصوص مواده، وعليه فكان الأولى أن ينص على الإصلاح في حالة النشوز ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يفشل في الإصلاح، ويلغي ما ورد في المادة 49 من أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم ولا يحكم به إلا بعد محاولة الإصلاح، حتى يتماشى مع الفقه الإسلامي⁹²².

⁹²² - المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2010، ص 258 - 259.

فإن رفع أمرها إلى القضاء فالحاكم (القاضي) باعتباره القائم على تطبيقات الحقوق، أن يأمرها بطاعته (وهذا هو الإصلاح) فإن أطاعته واستجابت لما أوجبه الله عليها من حقوق لزوجها فلا سبيل له عليها بعد ذلك، فإن تمادت في نشوزها وعيانها، وعجز القاضي عن الإصلاح، مع عدم تنازل الزوج عن حقوقه، وطلبه بالتطليق، فليس للقاضي أن يعاقبه بالضرب أو الحبس، حتى تطيع زوجها⁹²³.

أما ما قرره القانون من التعويض للزوج حالة حكم القاضي بالطلاق بنشوزها، فإنه موافق لمذهب مالك رحمه الله.

2- إذا كان الزوج ناشزاً:

ذهب القانون إلى أنه إذا ثبت النشوز يحكم القاضي بالطلاق، مع التعويض للطرف المتضرر، ومعنى هذا أن الزوج إذا كان ناشزاً فيحكم القاضي بالطلاق مع التعويض للزوجة باعتبارها الطرف المتضرر، ولا نستطيع أن نسمي هذا التعويض بدلاً للخلع أو للافتداء لأن المرأة هي التي تدفع العوض لتختلع أو لتقتدي نفسها من زوجها إن كانت تكرهه لخلقه أو خلقه، وبالتالي يكون هذا الحكم مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية وقد رأينا قول الإمام مالك رحمه الله: "لا ينبغي أن يأخذ من الزوج شيئاً ويطلقا عليه"⁹²⁴.

نعم للزوجة حقوق بعد الطلاق كالنفقة والسكن في عدتها وحقها في المتعة وفي متأخر صداقها وغيره من الحقوق التي تثبت للمرأة بالزواج، وجميعها لا تعد عوضاً لتضرر المرأة من

⁹²³ - إذا كان الاكراه البدني للوفاء بالديون المالية ممنوعاً في شريعة الإسلام فهو أشد كراهية بالنسبة للأمر المتعلقة بشخص الانسان، ولا سيما بين الزوجين قال الله تعالى: "فإمسك بالمعروف أو تسريح بالإحسان" وقال "وعاشروهن بالمعروف"، وليس من المعروف أن يتم القبض على الزوجة بقوة الشرطة ثم تودع في =سجن تحت حراسة الزوج باسم بيت طاعة إن هذه إهانة لا تصدر عن أخلاق كريمة فالنبي صلى الله عليه وسلم يقول "ما أكرم النساء إلا كريم وما أهانهن إلا لئيم" -سالم البهنساوي، ص86.

⁹²⁴ - مالك بن أنس: عبد الله بن مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر همرو بن حرث الاصبحي المدني، إمام دار دار الهجرة، وأحد الائمة الاربعة عند اهل السنة، إليه ينسب مذهب المالكية، ولد بالمدينة سنة 93هـ، وتوفي فيها سنة=179هـ، كان صلباً في دينه، بعيداً عن الملوك والامراء، سأله المنصور أن يضع كتاباً للناس يحملهم على العمل به، فصنف الموطأ، له مصنفات كثيرة منها: كتاب النجوم، وتفسير غريب القرآن، المدونة الكبرى، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1415هـ/1994م، ص50.

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

نشوز الزوج، وإنما كان على المشرع أن يراعي إذا كان الطلاق من جهتها حيث تسقط به بعض الحقوق كالمتعة، ومما يؤخذ على القانون أيضا أنه لم يشر إلى نوع الفرقة التي تقع بالنشوز. والاحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذا، لا يستقيم معها القضاء نظرا لاختلاف الفقهاء في ذلك.

الباب الثاني:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون

الأسرة في مجال التعويض عن

الضرر في مسائل الزواج والطلاق.

مقدمة:

يعتبر القضاء أساس قوام أمة ينتشر فيها الأمن والاستقرار، ويتم ذلك بتطبيق القوانين التي تجعل معها الحياة معها الحياة الاجتماعية تسري على نهجها وتخدمها، فالقضاء يعطي لكل ذي حق حقه، ويمنع الظلم، وحتى يتسنى للقضاة تحقيق الحق وإنصاف المظلومين مكنهم المشرع من تطبيق القانون فجعل لهم فسحة كبيرة للتحرك، خاصة في الأحوال والظروف التي تتطلب من القاضي النظر والتصرف لإنهاء الخصومة، باعتبار السلطة التقديرية لازماً من لوازم السلطة القضائية وقائمة جنباً إلى جنباً مع السلطة القضائية، خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية ليتصرف بموجبها في الأحوال التي يكون للقاضي حرية تقدير الحل الموضوعي، ومنه نكون بصدد ما يسمى بالسلطة التقديرية غير أنه تتعدم هذه الأخيرة في القضايا التي يكون فيها نشاط القاضي منظم من قبل القانون في جميع عناصره.

ومن هنا فالسلطة التقديرية للقاضي هي عملية ذهنية تتعلق بنشاط يقوم به لتقدير واقع النزاع المعروض أمامه على ضوء المعطيات القانونية، أي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة في الأمور المعروضة أمامه بجميع مراحلها.

تعد المسائل المتعلقة بالتعويض وجبره وما يترتب عليها من آثار بالغة الأهمية، ومن أبرز القضايا التي تخضع للسلطة التقديرية القاضي، بالأخص أن بعض الأحكام المتعلقة بهذه المسائل، لا تقبل الحسم كونها عرضة للتغيير، ذلك تبعاً لاختلاف الأشخاص، وفضلاً عن استيعاب القانون لجميع ما يتعلق بأحكام التعويض منه ما كان من الضروري، أن يعطى للقاضي دور إيجابي في حسم هذه النزاعات عن طريق الاجتهاد لإسقاط الحكم القانوني المناسب عليه.

وما دامت السلطة التقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي، أيّاً كان موضوع المنازعة فقد تم تخصيص هذا البحث للسلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الاسرة الجزائري، وعليه تتطلب هذه الدراسة عرض السلطة التقديرية للقاضي

المدني في مجال التعويض بصفة عامة، والتعويض عن الضرر المعنوي بصفة خاصة في مسائل الزواج والطلاق.

ويتميز هذا الموضوع بالمرونة التي تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب مما فتح المجال الواسع لإعمال سلطته في مجال التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي.

وأمام هذا الوضع كان على المشرع التدخل بالنص على جبر الضرر عن طريق مبدأ التعويض عنه من خلال جملة من النصوص القانونية.

قد يمنح المشرع حرية مطلقة للقاضي لتقديره، وذلك هو التقدير القضائي للتعويض، لأنه في غياب النص والاتفاق المحدد للتعويض أطلقت يد القاضي لتقديره وفقا لضوابط معينة، وضابط النشاط التقديري يتجلى في رقابة المحكمة العليا، وهذا ما يؤكد أن القاضي لا يباشر عمله القضائي على إطلاقه وهواه، وإن كانت السلطة التقديرية للقاضي تحقق له المرونة في عمله، فإنها لا تعني عدم خضوعه لرقابة المحكمة.

وبما أن قانون الاسرة كغيره من القوانين الوضعية، لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه، فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا القانون وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني، وذلك طبقا لأحكام المادة 222 من ق-أ، دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه القاضي، ما يعني إعطائه سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء، متبعا في ذلك مسلك الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة من بعده رضوان الله عليهم، ومخالفا التشريعات العربية والإسلامية التي سبقته، والتي تأثرت بالتقييد المذهبي للسلطة التقديرية للقاضي.

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الاسرة، يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الاجتماعية، فحل المشاكل الاسرية يختلف

عن حل باقي المشاكل، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير، باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله، لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

وما تجدر الإشارة إليه أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة، تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب، باختلاف الظروف والملابسات، فقد فتحت الباب واسعا أمام القاضي أعمال سلطته التقديرية، وإيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

ومن هنا يمكن القول بأن سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، هي صلاحية قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة أعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية.

فالمشرع الجزائري فتح شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته عمله القضائي، وهو الأمر الذي نلمسه باستقرائنا لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجد حوله دورا إيجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله، كما منحه سلطة تقديرية في مجال آثار الزواج والطلاق.

الفصل الأول : ماهية السلطة
التقديرية لقاضي شؤون الأسرة
في التعويض عن الضرر.

مقدمة:

إن سلطة التقديرية للقاضي كما سنرى هي مكنة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها نشاط ذهني يقوم به القاضي وفقا لعدة مراحل تنتهي به إلى إصدار الحكم الذي يعبر عن نتيجة القياس القضائي الذي قام به، فهدفها يكمن في تحقيق الغاية الموضوعية للقانون، يمارسها القاضي بحكم وظيفته القضائية وهي ملازمة لها، وذات طبيعة واحد أيا كانت المنازعة، لذلك تعد من صميم العمل القضائي فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية.

وعلى ضوء ما سبق سنتناول نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري بتخصيص الحديث عنه في مجال التعويض عن الضرر والذي يعد من أهم المجالات التي يبرز فيها ما يمارسه القاضي من اجتهاد أو نشاط تقديري.

وعليه ارتأينا في هذا الفصل بيان ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر وهذا من الجانب النظري من خلال تحديد مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ثم الحديث عن مصادر هذا النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر، وفي الأخير سنبرز كيفية ممارسة القاضي لهذا النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر وما يمر به من مراحل ليصل إلى النتيجة وحل النزاع.

المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

تظهر الدراسة التطبيقية لأعمال القاضي من خلال ممارسته السلطة التي استمدها من سلطة القضاء، ويكون ذلك بالفصل في النزاع المطروح عليه، باعتباره يقوم بجهد ووصف قانوني يسمح له بإعمال القاعدة القانونية المناسبة، هذا ما يدفعنا للحديث عن السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة، من خلال استعراض نشاطه التقديري عند ممارسته لعمله القضائي، إذ يتطلب واقع النزاع المطروح عليه إصدار حكم قانوني يهدف إلى تحقيق الغاية الموضوعية من القانون.

في ضوء ذلك يمكن طرح التساؤل التالي: ما المقصود بالسلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة؟ وما هي مصادر السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة؟

المطلب الأول: التعريف بالسلطة القضائية لقاضي شؤون الأسرة.

سبق القول أن إدراك ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة يكون بتعريفها أو بيان حدها، ويراد بالحد⁹²⁵ أو التعريف الإحاطة بمعنى المعرف، حيث يكون شاملا لكل معانيه مانعا من دخول معاني أخرى فيه واعتاد المعروفون لأي موضوع الانطلاق من أصله اللغوي وإيصاله باستعماله الاصطلاحي ثم القانوني، ثم الموازنة بين هذه التعريفات.

الفرع الأول: التعريف السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة.

لدراسة السلطة التقديرية للقاضي يتوجب علينا التطرق إلى تعريفها (أولا) من الناحية الاصطلاحية، وتعريفها من الناحية القانونية (ثانيا).

أولا: التعريف الاصطلاحية

يرتبط مفهوم السلطة التقديرية بالنشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء، أيما كان مجال العمل القضائي أو أنواعه، وسلطة القاضي قد تكون تقديرية ويكون ذلك عندما يترك لقاضي حرية التقدير، وقد تكون مقيدة عندما توضع لها شروط معينة لممارستها⁹²⁶.

يمكن تعريف السلطة التقديرية بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي، من خلال تقديره لواقع النزاع، ومن ثم إعطاء الوصف القانوني لإعمال آثاره، أو بمعنى آخر سلطة القاضي التقديرية هي تعبير عن جهده الذهني الذي يختلف عن ذهن وفكر قاضي آخر⁹²⁷، ومدلول الكلمتين سلطة تقديرية في معجم المصطلحات القانونية هو تدبير سلطة قضائية، وفي ظل

⁹²⁵ - جاء في الذخيرة: "الحد أو التعريف هو شرح ما دل عليه اللفظ بطريق الاجمال وهو غير المحدود إن أريد به اللفظ، ونفسه إذا أريد به المعنى، وشروطه: أن يكون جامعا لجملة أفراد الحدود، مانعا من دخول غيره معه، ويحترز فيه من التحديد بالمساوي وهي الاخفى وما لا يعرف إلا بعد معرفة المحدود، والاجمال في اللفظ. "شهاب الدين أحمد بن إدريس، القرافي، تحقيق محمد حجي، الجزء الأول، دار المغرب الإسلامي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1994، ص56.

⁹²⁶ - رائد زيدان، سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق للإدارة العامة، فلسطين، 2013، ص20.

⁹²⁷ - إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995، ص16.

العلاقة سلطة "القضاء" الشامل (أو القضاء النهائي سلطة البت بالنزاع بأكمله في عناصره الواقعية والقانونية)⁹²⁸.

يقصد بالتعريف الاصطلاحي المدلول الاستعمالي للفظ من الألفاظ في عرف أهل فن من الفنون، فهو يجعل للألفاظ مدلولات جديدة غير مدلولاتها اللغوية الأصلية⁹²⁹.

أ- تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح الشرعي.

سبق القول أن مصطلح السلطة التقديرية للقاضي هو مصطلح قانوني، وأن وجوده في الفقه الإسلامي كان تحت مسميات أخرى، إلا أن هذا لم يمنع الباحثين المعاصرين كالدكتور بركات محمود محمد ناصر الذي أفرد بحثاً في السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي - من تعريف السلطة التقديرية للقاضي التي قال أنها: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها إثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي"⁹³⁰.

ومن هنا يمكن تعريف السلطة⁹³¹ التقديرية⁹³² للقاضي من الناحية الفقهية أنها: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله، بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايضة، لإقامة شرع

⁹²⁸ - جبرار كونو، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط، 1999، ص 908-909.

⁹²⁹ - إبراهيم السامرائي، في المصطلح الإسلامي، دار الحدائق، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1990، ص 8، عوض حمد القوزي، المصطلح النحوي نشأته وتطوره، السعودية: عمادة شؤون المكتبات - جامعة الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1981، ص 22-23.

⁹³⁰ - بركات محمود محمد ناصر، المرجع السابق، ص 81.

⁹³¹ - فالسلطة اصطلاحاً: لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الالتزام، وذلك لقوله تعالى: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً"، سورة النساء، الآية 65، فالقول بمنح القاضي سلطة ينبغي أن يعني منح القاضي ما تفيد كلمة السلطة من القوة والصلاحية، وأن يمكن من استعمالها المضمون الصحيح، وأن ينفذ نتائجها ولو بالقوة، وأن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية والنفوذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة.

الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها من عدمها، إلى النطق بالحكم في النزاع المعروض عليه، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي⁹³³.

ثانياً: التعريف القانوني.

إن المشرع الجزائري لم يعرف السلطة التقديرية، بل ترك الأمر لأهل الاختصاص من الفقهاء وشرح القانون لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته، غير أنه يمكن تعريفها.

أ- السلطة التقديرية للقاضي في التعريف القانوني:

إن المشرع الجزائري عند إصداره تقنين الأسرة وغيره من التقنيات الأخرى لم يورد النص على مصطلح السلطة التقديرية بهذه اللفظ، ولم يضع لها تعريف محدد، بل ترك الأمر لأهل الاختصاص من الفقهاء وشرح القانون لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته التي تضمنتها كثير من النصوص القانونية، لذلك تنوعت تعريفات هذه السلطة حيث عرفها:

- الدكتور عبد الحميد الشواربي: "أنها نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع، مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تم كشف هذا التطابق، فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة لتحكم المركز المتنازع عليه"⁹³⁴.

كما يمكن تعريفها بأنها: "النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي

⁹³² - أما التقدير اصطلاحاً: تبين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن وقبح ونفع وضرر وغيرهما، وتقدير الله وجهان: الأول: بالحثم فيه أن يكون كذا إما وجوباً أو امكاناً، الثاني: بإعطائه القدرة عليه، والتقدير من الإنسان له وجهان هما: التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء العقل عليه، أما الوجه الثاني أن يكون بحسب التمني.

⁹³³ - وما يمكن قوله أن السلطة التقديرية، فأينما وجدت السلطة القضائية وجدت السلطة التقديرية، وأن قوام السلطة التقديرية النشاط الذهني والنظر العقلي، بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2007م، ص 81.

⁹³⁴ - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، مصر، بدون طبعة، 1997، ص 213.

التي تحكم النزاع المطروح عليه⁹³⁵، أو هي عملية بعمل القاضي فيها فكره وعقله، وتخضع لترجيحه وملاءمته، بحيث قاض من لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة⁹³⁶، أو الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعاته في البحث عن الحقيقة وإحقاق الحق وتحقيق العدالة، وذلك بتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية لضرورات المجتمع بابتداع المناسبة للقضايا المطروحة⁹³⁷.

وهناك من قال أنها مكنة قانونية تحول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاص إذا توفرت الشروط القانونية لذلك⁹³⁸.

الفرع الثاني: الموقف الفقهي من السلطة التقديرية للقاضي

تعد السلطة التقديرية للقاضي من المواضيع القليلة التي تناولها الفقه والقضاء، رغم الأهمية البالغة للموضوع، إذ قليلا ما نصادف بحثا أو مؤلفا يتناول هذا الموضوع بصفة متكاملة، وأول شيء يعترضنا عند محاولة التعرف على طبيعة السلطة التقديرية للقاضي المدني هو الجدل الفقهي الذي ثار حول وجود أو انعدام فقد تعددت الاتجاهات الفقهية نستعرضها كما يلي للسلطة التقديرية للقاضي.

⁹³⁵ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م، ص93، محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء السلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م، ص18-19.

⁹³⁶ - عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970، ص23.

⁹³⁷ - حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1960م، ص5.

⁹³⁸ - ما يتضح لنا من خلال هذه التعريفات أن السلطة التقديرية هي:

أ- أن السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون أو الشرع.

ب- أن قواهما نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي أثناء ممارسته للسلطة القضائية.

ج- أن مصدر هذا النشاط الذهني هو الواقع والقانون معا.

أولاً: الموقف المعارض لوجود السلطة التقديرية للقاضي

يذهب أنصار هذا الاتجاه من الفقه إلى القول بعدم وجود سلطة تقديرية للقاضي، إذ أنه يباشر سلطاته التي استمدها من القضاء في نطاق محدود، وبنصوص قاطعة محددة من قبل المشرع، وما سلطة القاضي التقديرية إلا ممارسة الوظيفة المسندة إليه على نحو مناسب وطبقاً لأسس وقواعد معينة لا يتمتع حيالها بأي نوع من التقدير.

بناء على ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء ليست تقديرية وإنما هي سلطة مقيدة لغايات العمل القضائي، أي كان فرع القانون الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي، وهذا النشاط له مصدر واحد هو المشرع الذي يحدد نطاق سلطة القاضي على سبيل القطع، وأن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد له مجال هذا العمل ونطاقه وفقاً لنصوص قانونية واضحة قاطعة الدلالة، لذلك لا مجال لقيام القاضي بالتقدير.

أن القانون يتسم بالكمال ولا مجال لوجود سلطة تقديرية للقاضي حيث أن مجال أعمالها يكون في حالة نقص التشريع، وبما أن التشريع بلغ درجة الكمال فإن على القاضي فقط تطبيق ما ورد في قواعده دون تجاوز ذلك بالنظر في الظروف والاعتبارات الفردية⁹³⁹، كما يرى هذا الاتجاه أن القول بوجود السلطة التقديرية للقاضي والاعتراف بها من شأنه الإخلال والمساس بمبدأ الفصل بين السلطات لأن منح القاضي الحق في الاجتهاد والبحث عن القواعد القانونية المناسبة للتطبيق هو تدخل في مهام السلطة التشريعية واعتداء على اختصاص موكول لها وحدها، وعليه لتفادي ذلك لابد أن ينحصر دور القاضي فقط في ملاحظة القانون وإعمال المنطق في تطبيقه عن طريق تفسير نصوصه والقياس عليها دون تجاوز ذلك بخلق قواعد قانونية⁹⁴⁰.

⁹³⁹ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 7-8.

⁹⁴⁰ - تروبيير ميشال، فلسفة القانون، ترجمة سعد جورج، دار الانوار، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 93 وما بعدها.

أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي من شأنه فسخ المجال للهوائية واختلاف الاحكام القضائية وتشعبها⁹⁴¹.

إذ دعموا فكرتهم بأن القانون يتسم بالكمال ولا يوجد به أي نقصان، ويظهر ذلك أيضا من خلال أن القاضي باعتباره ميزانا للعدل وللحفاظ عليه لا يفسح المجال لإعمال بالسلطة التقديرية⁹⁴².

مناقشة هذا الرأي:

إن تحقيق غاية القانون تقتضي إضفاء المرونة على قواعده، فالقاضي هو من يخرج هذه القواعد من حالة الجمود والسكن إلى حالة الحركة وبالتالي يخلق فعاليتها، ويحقق غاية ودودها عند بحث الاعتبارات والظروف الشخصية وعليه نجد تجاهلا للدور الذي يلعبه القاضي في تطبيق القانون، كما أن اختلاف القدرات الذهنية لدى القضاة هي طبيعية إنسانية يتم تغذيتها بالاجتهاد والبحث وبالتالي فهي ليست عائقا لتطور القانون وإنما هي سبب لخصوبة وتنوع الحلول وقطع النزاعات.

إن تحقيق غاية القانون تقتضي إضفاء المرونة على قواعده، فالقاضي هو من يخرج هذه القواعد من حالة الجمود والسكن إلى حالة الحركة وبالتالي يخلق فعاليتها، ويحقق غاية ودودها عند بحث الاعتبارات والظروف الشخصية وعليه نجد تجاهلا للدور الذي يلعبه القاضي في تطبيق القانون، كما أن اختلاف القدرات الذهنية لدى القضاة هي طبيعية إنسانية يتم تغذيتها بالاجتهاد والبحث وبالتالي فهي ليست عائقا لتطور القانون وإنما هي سبب لخصوبة وتنوع الحلول وقطع النزاعات.

ثانيا: الموقف المبيح للسلطة التقديرية للقاضي

استبعد أصحاب هذا الرأي أن تكون سلطة القاضي التقديرية سلطة كاملة وإنما هي سلطة نسبية، باعتبار أن القاضي لا يمكن ممارسة نشاطه القضائي، إلا في حدود وشروط

⁹⁴¹ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 6 وما بعدها.

⁹⁴² - أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها وتطبيقاتها)، دار النهضة العربية، مصر، 1988،

مرسومة من قبل القانون، وعليه يفترض على القاضي احترام قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون.

إن العمل القضائي يقتصر على تطبيق القانون، غير أن القاضي في هذا العمل ليس مجرد آلة، بل صاحب نشاط يصاحبه دائماً جانب تقديري، بحيث يمكن القول بأن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية بحتة، ولا سلطة مقيدة تقديراً كاملاً⁹⁴³.

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القاعدة القانونية ليست موضوع السلطة التقديرية وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها⁹⁴⁴، لذلك نجد أن القانون يترك دائماً هامشاً من الحرية للقاضي إعمال هذه السلطة ولا داعي للقول بخلق القاضي للقواعد القانونية لأن هذه السلطة لا يمكن ممارستها إلا إذا أقرها القانون ونص على العمل بها وهي تمارس دائماً في ظله، ففي القانون الجنائي مثلاً يبين القانون الحد الأدنى والاقصى للعقوبة وهو بذلك يترك هامشاً من الحرية للقاضي وفق هذين الحدين، وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي المدني الذي يترك له على الأقل تقدير مبلغ التعويض عن الضرر في حال قيام المسؤولية المدنية⁹⁴⁵.

إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية وإصداره الأحكام القضائية بناءً على اجتهاداته الفكرية هو أمر ملازم لممارسته للعمل القضائي، لأن ولاية القضاء تستلزم ولاية التقدير، وبذلك القاضي لا يقوم بوضع قواعد جديدة، وإنما يهدف بنشاطه التقديري إلى تحديد وتبيين إرادة قانونية قائمة دون تجاوز ذلك بإنشاء نصوص قانونية جديدة، وعليه لا يوجد ما يمس بمبدأ الفصل بين السلطات لأن القاضي يعمل دائماً في إطار ما خولته السلطة التشريعية⁹⁴⁶.

ثالثاً: الموقف المؤيد لوجود السلطة التقديرية للقاضي.

اعترف أصحاب هذا الرأي بالسلطة التقديرية للقاضي عند مباشرته لولاية القضاء، عن طريق تطبيق القانون على مجموع الوقائع المطروحة عليه، بحيث استندوا في رأيهم إلى أن غياب سلطة القاضي التقديرية يؤدي إلى انعدام العمل القضائي، وبالتالي هذا يؤدي إلى انتهاج

⁹⁴³ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 29.

⁹⁴⁴ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 11 وما بعدها.

⁹⁴⁵ - ميشال تروبيير، المرجع السابق، ص 94.

⁹⁴⁶ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 106-107.

طريق الاستبداد وسلطة التعسف، وهو الوضع الذي ساد في البلدان التي تأخذ بالقانون المكتوب في الوصول إلى توفيق بين القانون والواقع، التي أسفرت عن فشل وسائلها الفنية والتشريعية⁹⁴⁷. اعتمادا على هذه المبررات أقر أصحاب هذا الاتجاه بمبدأ السلطة التقديرية للقاضي بحسب طبيعة النزاع المطروح عليه.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية

إن عرض موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية للقاضي هو الأساس الذي يقوم عليه هذا البحث لأن من خلاله يمكننا التوصل إلى كيفية وجود السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

ويجدر التذكير أن القاضي المدني خول له بموجب الامر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁹⁴⁸ النظر في كل المسائل التي لم يتم صدور تقنين فيه وكان من جملتها المنازعات الاسرية.

فكان للقاضي شؤون الاسرة، في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة خاصة في مسائل الطلاق والتطليق والتعويض عن الضرر الناشئ عنهما وغيرها من المسائل التي تستخلص من جملة القرارات القضائية الصادرة آنذاك عن القسم المدني أو القسم الخاص⁹⁴⁹، غير أن صعوبة الفصل في القضايا الاسرية ولا تساع مجالها وتشعبها من جهة، وكذا تعدد الآراء الفقهية وتضاربها في بعض الأحيان في المسألة الواحدة، ناهيك عن تضارب الاحكام القضائية، جعل رجال الفقه والقضاء ينادون بضرورة إيجاد قانون يشمل جميع الاحكام الاسرية، الامر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى اصدار قانون الاسرة.

⁹⁴⁷ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص12.

⁹⁴⁸ - الامر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 09 يونيو 1966، ص582.

⁹⁴⁹ - المحكمة العليا، غ ق خ، قرار بتاريخ 1970/10/21، نشرة القضاة العدد الأول، 1972، ص65-75.

- المحكمة العليا، غ ق خ، قرار بتاريخ 1970/02/10، 1971/03/19، نشرة القضاة، العدد الثاني، 1972، ص32-64، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الاسرة تعديلات الامر 02/05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين عاما 1966-2006، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، د ط، ص303-304.

أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في قانون الاسرة الجزائري:

قام المشرع الجزائري بوضع قواعد قانونية خاصة بالأسرة واخراجها من أحكام القانون المدني⁹⁵⁰ ملبياً بذلك مطلب الفقه والقضاء في هذا الجانب ومسائرا ما ذهبت إليه الدول العربية⁹⁵¹، حيث أصدر قانون الاسرة الجزائري بموجب الامر رقم 84-11⁹⁵².

وقد حاول المشرع من خلال قانون الاسرة احتواء التوجهات الفقهية وكذا الإلمام بالجوانب الاسرية من خلال نصوصه التي أخذت بآراء الأئمة الأربعة⁹⁵³ وكذا استخدام التلفيق⁹⁵⁴ في كثير من أحكام الزواج والطلاق وأحكام الميراث والوصية وغيرها من القضايا محافظا بذلك على الطابع الإسلامي للأسرة الجزائرية من جهة، كما استوحى بعض أحكامه من القوانين الوضعية التي سبقته في هذا المجال من جهة أخرى.

فقد عمل المشرع على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا القانون وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص القانوني، وهذا طبقا للمادة 222

⁹⁵⁰ - حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، ط9، 2008، ص91.

⁹⁵¹ - التشريعات العربية التي سبقت قانون الاسرة الجزائري نجد قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953، قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1943-1946، القانون العراقي الصادر سنة 1959، القانون الأردني =الصادر سنة 1951، مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة سنة 1957، مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة 1958.

عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، دمشق المطبعة الجديدة، د ط، 1979، ج 1، ص14 وما بعدها، أنور العمروسي، موسوعة بالأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، الجزء الأول، دار الفكر العربي الجامعي الإسكندرية مصر، 2003، الطبعة الأولى، ص65 وما بعدها.

⁹⁵² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية رقم 15 لسنة 2005.

⁹⁵³ - التركي باهي، تقنين الشريعة الإسلامية، حوليات جامعة قلمة، جامعة قلمة 2004، العدد 2، 2004، ص187.

⁹⁵⁴ - التلفيق في اللغة هو الضم والملائمة، وفي الاصطلاح هو التوفيق والجمع بين الروايات المختلفة في المسألة الواحدة، أو هو الاتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد، وذلك بأن يلفق وينتقى في القضية الواحدة بين أكثر من قول من أقوال العلماء، فتكون حقيقة مركبة، لم يقل بها أحد من العلماء، وقد استخدم منهج الانتقائي في التلفيق من طرف المشرع في المسائل الاسرية لحل المشاكل الاتية والتي تبرز مع تغير الملايسات والظروف التي لا يوجد حلها في مذهب واحد، ونجد من المسائل الملفقة في قانون الاسرة الجزائري مثلا مسألة التنزيل.

لتفصيل أكثر في المسألة أنظر: سعد العنزي، المنهج العام للتلفيق، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد الثامن والاربعون، 1999، ص274 وما بعدها.

من قانون الأسرة دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه مما يعني إعطاء القاضي سلطة واسعة⁹⁵⁵.

وحتى في حالة وجود النص القانوني نجد أن المشرع منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية من خلال الاجتهاد في التطبيق لهذا النص، فالمشرع فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته لعمله القضائي وهو الأمر الذي نلمسه لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجد أنه منح له دورا إيجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله، كما خوله سلطة تقديرية في بحث مدى تعويض الضرر الناتج عن ذلك⁹⁵⁶.

ثانياً: مدى استقلالية قانون الأسرة عن القانون المدني والإجراءات المدنية

رغم أن المشرع الجزائري خص شؤون الأسرة بقانون خاص، مستقل عن القانون المدني، ينظم مختلف مجالاته، غير أن هذا الاستقلال ليس مطلقا حيث أن هناك العديد من المسائل التي يرجع فيها القاضي للقانون المدني من ذلك الأحكام المتعلقة بالقانون واجب التطبيق من طرف⁹⁵⁷ قاضي شؤون الأسرة على الزواج وانحلاله في حالة كون أحد طرفي العلاقة أجنبيا، والمسائل المتعلقة بالأهلية وتحديد سن الرشد، وبعض الأحكام المتعلقة بالوصية والهيئة والتركة... إلخ.

هذا وقد بقي قاضي شؤون الأسرة مقيدا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والادارية⁹⁵⁸ "قانون الإجراءات المدنية سابقا" في كل ما يتعلق بالدعوى من يوم رفعها إلى غاية تنفيذ الحكم الصادر فيها وهو القانون الثاني الذي يستمد منه قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية.

ملاحظة: إن المشرع الجزائري بالرغم من الأهمية التي منحها لهذا النوع من القضايا بموجب قانون الإجراءات المدنية والادارية من خلال تخصيص الفصل الأول من الباب الأول

⁹⁵⁵ - الهلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، د.ت.ن، ص 463-466.

⁹⁵⁶ - المادة 11 12 13 من القانون المدني.

⁹⁵⁷ - أنظر في ذلك إلى المواد 124-103-92-88-84-78... إلخ) من ق.أ.ج.

⁹⁵⁸ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008، ص 3.

من الكتاب الثاني منه للقواعد والإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، إلا أنه لم يخصص تقنيا خاصا بذلك، وهذا عكس ما سارت إليه الدول العربية من خلال تخصيص مسائل شؤون الأسرة "الأحوال الشخصية" بقانون إجرائي خاص بها.

يستنتج مما تقدم أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي عرفها المشرع الجزائري منذ الفتح الإسلامي تحت مسمى اجتهاد القاضي الذي كان بموجب الكتاب والسنة، غير أنه عند احتلال فرنسا للجزائر غيبت الإرادة التشريعية للجزائر.

المطلب الثاني: مصادر النشاط التقديري للقاضي شؤون الأسرة

بعد أن تطرقنا إلى تعريف السلطة التقديرية للقاضي المدني وموقف الفقه والمشرع الجزائري حول هذه السلطة استنتجنا أن القاضي يمارس سلطته ضمن الحدود المرسومة له من التشريع وعليه تكون سلطته إما مقيدة أو تقديرية يتسع مداها ويضيق بحسب النزاع المطروح عليه، الذي يفرض عليه إنزال حكم قانوني يهدف إلى تحقيق العدالة.

يعتمد القاضي في بناء تقديره على مصادر ووسائل قانونية منطقية، التي اصطلح عليها بأدوات الصياغة القانونية⁹⁵⁹، يراد بمصادر النشاط التقديري المنبع الذي يستمد منه القاضي مادته الأولية عند إعماله النشاط الذهني وكذا المرجع الذي يستند إليه في حكمه، وكل ما من شأنه أن يعينه بصفة نظرية أو عملية، مباشرة أو غير مباشرة في حل القضية المطروحة أمامه⁹⁶⁰.

ومن هذا التعريف يمكن تصنيف مصادر النشاط التقديري إلى: مصدر مادي يتمثل في المادة الأساسية التي قادت إلى إعمال النشاط الذهني وهي عناصر النزاع، ومصدر شكلي يتمثل في المنبع الذي يخول له إعمال هذا النشاط ويستند إليه في حكمه وهي القاعدة القانونية، ومصدر مساعد يتمثل في الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي.

⁹⁵⁹ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 251.

⁹⁶⁰ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 98.

الفرع الأول: عناصر النزاع

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية والأولية التي توجه عمل القاضي وتحدد مناط اجتهاده، ذلك أن النزاع في شكل مركز قانوني متنازع عليه يطلب أصحابه من قاضي الموضوع حسمه، وهذا هو جوهر العمل القضائي المتمثل في رفع التجهيل عن المراكز القانونية، وهو من خلال عناصر النزاع يستشف ما إذا كان مختصا بنظر الدعوى وقبول سماعها واختيار الصالح منها أم لا، كما أنه مقيد في ذلك بما طرح أمامه⁹⁶¹، فالخصوم عند اللجوء إلى القضاء هم أحرار في عرض ما يشاؤون من وقائع أمام القضاء وإبعاد ما يريدون عنها⁹⁶²، وما تم طرحه الخصوم يعد المصدر الأول للقاضي في ممارسة نشاطه الذهني فبموجب ذلك يتم اتصاله بالدعوى وتحدد مهمته، فهذه العناصر ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يتوصل إليه.

كما أن الخصوم عند ادعاءهم الوقائع المتنازع عليها هم غير مجبرين بمنح الوصف القانوني لها لأن هذه المهمة تعد من اختصاص القاضي⁹⁶³ الذي يجتهد في تحليل الوقائع المعروضة أمامه ثم إعطائها الوصف القانوني الذي ينطبق عليها من خلال تفسير القانون وتطبيقه⁹⁶⁴.

وفي هذا الإطار لا يستند القاضي إلى معلوماته الشخصية المتعلقة بالخصوم أو الوقائع وإنما يكون عقيدته الشخصية⁹⁶⁵ بناء على المعلومات التي تحصل عليها من الوقائع ووسائل الإثبات المقدمة وفقا للإجراءات القانونية المحددة لذلك⁹⁶⁶، وبهذا يكون استنتاجه في مجال الوقائع التي طرحت أمامه مبنيا على الاقتناع الشخصي وليس العلم الشخصي⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 97.

⁹⁶² - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 126.

⁹⁶³ - الغوتي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القاضي، المجلة القضائية، قالمه، 2004، العدد 2، 2004، ص 126.

⁹⁶⁴ - إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، مذكرة ماجستير غير منشورة، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995/1994، ص 21.

⁹⁶⁵ - اسمهان حفيف، السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، 2011/2010، ص 62.

⁹⁶⁶ - نبيل أسماعيل، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه عمدا الشخصي، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2004، ص 146.

⁹⁶⁷ - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، منشأة التعارف، مصر، د ط، 1997، ص 212.

وبناء على ما سبق نجد أن عناصر النزاع تعد المنبع الأول الذي يستمد منه القاضي سلطته التقديرية لأنه من خلالها يتحصل على المعلومات عن الدعوى، كما تعد أدلة الإثبات مصدرا مهما للسلطة التقديرية للقاضي لأنها تبين مدى صحة الادعاءات المقدمة من الخصوم، وتكون قناعة القاضي الشخصية لينتقل بعدها إلى مرحلة بناء الحكم لغويا ومنطقيا.

الفرع الثاني: المصادر القانونية

إن القاضي عند تطبيق القانون فيما يعرض عليه من منازعات يفترض عليه العلم بالقانون وبحقيقة الوقائع المتنازع عليها وهذا بحكم وظيفته، وعمله الثاني فيحصل عن طريق المعاينة الشخصية للوقائع أو مما يعرض عليه من مختلف وسائل الإثبات.

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من (ق-م-ج) نجد أن: « القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه، وفي حالة عياب نص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد يتطرق إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁹⁶⁸. »

باستقراء هذه المادة، نستخلص أن دور القاضي يبرز في نشاطه الذهني، وذلك بتنزيل الحكم القانوني على وقائع النزاع المعروف عليه، إذ يعتمد في نشاطه التقديرية على مصادر تشريعية وضعها له المشرع، بغرض الاستناد إليها في حكمه على واقع النزاع المطروح عليه التي يعتمد عليها في التقدير ويمكن أن تكون هذه المصادر أصلية أو احتياطية ذلك وفقا لما استنتجناه في المادة الأولى المذكورة أعلاه.

ومن كل هذا يمكن استنتاج مصادر النشاط التقديرية للقاضي المتمثلة في المادة الأساسية وهي القاعدة القانونية، ومصدر آخر متمثل في الجذر الذي يستند إليه وهي الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعناصر النزاع، ومصدر آخر وهي الوسائل الاستدلالية التي يستعين بها القاضي في تبرير حكمه، ونقسم هذا الفرع إلى:

⁹⁶⁸ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج-ر-ج-ج عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمنتم.

أولاً: القاعدة القانونية

القناعة الشخصية للقاضي تستلزم منه بيان الأسباب والتبريرات القانونية لذلك، كما أن النشاط الذهني للقاضي لا ينطلق من العدم وإنما يعتمد على مصادر تشريعية وضعت صوب أعين القاضي كي يهتدي بها ويستند إليها في تقرير الحكم⁹⁶⁹، وهذه المصادر هي القاعدة القانونية بمعناها العام والتي تعني القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الافراد داخل المجتمع على وجه ملزم ومقتزنة بجزء مادي توقعه السلطة العامة⁹⁷⁰.

وتجدر الإشارة إلى ان القاعدة القانونية تعد الأولية في بناء القانون، وهي تواجه حسماً مركز واقعيًا متنازعا عليه، لذلك تعبير القاعدة القانونية التي تنطبق على النص القانوني المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية⁹⁷¹.

وقد عرفها الدكتور إبراهيم الخليلي التشريع على أنه: "وضع القواعد القانونية المكتوبة بواسطة السلطة العامة المختصة بذلك في الدولة"⁹⁷²، كما أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون، حيث جعل هذه الاحكام تتماشى مع مقتضيات الظروف وأداة طبيعية في يد القاضي⁹⁷³، وباعتباره نصوص مكتوبة، الامر الذي يعطيها وضوح وسهولة الرجوع إليها فهي قاعدة عامة مجردة⁹⁷⁴، ويتعين على القاضي تطبيق قاعدة قانونية ملائمة تساعده على إعطاء حلاً مناسباً وواضحاً لإسقاط حكمها على واقعة محل النزاع، ولا مجال للقاضي لتقديم أي تقدير أو تفسير آخر، فإذا خالف ذلك أعتبر مخالف للقانون في حكمه.

⁹⁶⁹ - إسمهان حفيف، المرجع السابق، ص 62.

⁹⁷⁰ - حبيب إبراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 18.

⁹⁷¹ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 119.

⁹⁷² - حبيبي إبراهيم الخليلي، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2010، ص 131.

⁹⁷³ - زرقون نور الدين، سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاتير السياسية والقانون، العدد الثامن، 1 جانفي 2013، جامعة ورقلة، ص 2.

⁹⁷⁴ - نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 130.

مثال على ذلك إذا نص القانون صراحة على حساب تعويض ما فالقاضي ملزم بتطبيق هذه القاعدة ولا مجال لإعمال سلطته التقديرية ويبقى في إطار المحدد قانوناً، كاستثناء على هذه القاعدة يمكن لقاضي الموضوع في حالة عدم تمكنه من استخراج الحل الوارد في القاعدة القانونية بسبب غموضها فيقوم القاضي بعملية ذهنية لتفسير هذا النص.

فالمشرع المصري كما تناوله الفقيه السنهوري الذي أقر أن تفسير النصوص على أساس فكرة الرجوع إلى المبادئ التي سبق أن فصلت المحاكم المصرية فيها والمشرع التونسي الذي نص صراحة فيما يخص هذه المسألة حيث نظمها في عدة نصوص⁹⁷⁵، أما المشرع الجزائري يعتمد على عدة طرق فقهية لإعمال سلطته في التفسير، وهذا استناداً إلى نص المادة الأولى من (ق-م-ج): "القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه، وفي حالة غياب نص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد يتطرق إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁹⁷⁶.

ثانياً: الشريعة الإسلامية

إن القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني صريح يطبقه على وقائع النزاع يجب عليه البحث عن بديل لحل النزاع وذلك باللجوء إلى الشريعة الإسلامية، والبحث عن الحكم المسألة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فعليه أن يكون عارفاً بأصول الاعتقاد، وعالماً بالناسخ والمنسوخ بالآيات المتعلقة بالأحكام ولا يشترط في غيرها من الأحكام، وعالم بالخاص والعام، والمطلق والمقيد، والأمر والنهي⁹⁷⁷.

لقد اتخذ المشرع الجزائري مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً أولياً احتياطياً بعد التشريع وهذا خلافاً لبعض البلدان العربية التي أخذت بالعرف كمصدر احتياطي أولي.

⁹⁷⁵ - زرقون نور الدين، المرجع السابق، ص2 وما يليها.

⁹⁷⁶ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

⁹⁷⁷ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص110.

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية مبدئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها اختلاف المذاهب، دون حلولها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء⁹⁷⁸ بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي هي نفسها مصادر التشريع الإسلامي غير أن الفقهاء ميزوا بين نوعين من القضاة بحسب القدرة على الاجتهاد: قاضي مجتهد حيث أنه يجتهد برأيه في حالة ويستقي أحكامه من المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي، وقاضي غير مجتهد أو مقلد حيث يقضي بالراجح في مذهبه أو يقلد من سبقه في ذلك، وهذا التصنيف غير معمول به قانونا وإنما يوجد في القانون ما يمكن تسميته بمجتهد مطلق فلا يتقيد بمذهب أو قول⁹⁷⁹.

يتوجب على القاضي اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في النزاع المطروح عليه، وذلك عند غياب النص التشريعي، إذ يعتمد في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية المتفق عليها، دون الدخول في القواعد التفصيلية لهذه الأخيرة غير المتفق عليها بين المذاهب.

وملاحظ في هذا الصدد أن المشرع اكتفى بإحالة قاضي شؤون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما يدعو إلى التساؤل عما إذا كان القاضي يكتفي فقط في حدود هذين المصدرين أم أنه يستعين بمصادر أخرى كالعرف مثلا باعتباره المصدر الثالث للقانون المدني⁹⁸⁰.

ثالثا: العرف.

وفقا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري يعتبر العرف المصدر الاحتياطي الثاني بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، يقصد بالعرف أنه: "اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة معينة مع اعتقادهم بالزامية هذا السلوك"⁹⁸¹، أي يعتبر وليد الإرادة الجماعية يعبر بصدق عن السلوك الذي يلائم المجتمع، فهو يسايره ويتطور معه تدريجيا، فالعرف قاعدة

⁹⁷⁸ - حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، د.ط، 2006، ص 88.

⁹⁷⁹ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 119.

⁹⁸⁰ - من ذلك نص المادة 15 و 54 المعدلة بموجب الامر 05-02 من قانون الأسرة الجزائري.

⁹⁸¹ - محفوظ لعشب، المبادئ العامة لقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2006، ص 59.

غير مكتوبة يصعب إثباتها في العديد من الأحيان بناء عليه يجب توافر ركنين للعرف أحدهما مادي والآخر معنوي⁹⁸².

1 الركن المادي: هو اعتياد الناس واتباعهم سلوك معين بشأن مسألة معينة⁹⁸³.
2 الركن المعنوي: يتمثل في شعور الافراد بالزام هذه العادة التي اعتادوا على اتباعها والشعور بالزاميتها، وبالتالي عليهم تطبيقها.

وفي هذا الصدد أن المشرع الجزائري مع إغفاله ذكر العرف كمصدر ثالث للنشاط التقديري للقاضي في قضايا شؤون الاسرة، إلا أنه أحال القاضي إليه في بعض الأمور التي تقتضي ذلك، وقد تقتضي إحالة القاضي إحالة القاضي إلى الشريعة من دون ذكر العرف الرجوع إليه في بعض الحالات وهو ما ذكره ابن القيم فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم اجتهاد القاضي من خلال قوله أن: "ما ليس فيه حد في الشرع أو اللغة فالمرجع فيه إلى العرف"⁹⁸⁴، وهو ما يجري العمل به في المحاكم والمجالس القضائية وحيث يرجع القاضي للعرف لفصل المنازعات الاسرية، وهذ نظرا إلى الدور المهم الذي يلعبه هذا الأخير خاصة في مجال الاسرة. يتضح مما سبق أن القاعدة القانونية بمفهومها العام تعد المصدر الثاني لنشاط القاضي التقديري مع بقائها المصدر الأول الذي يستند إليه في حكمه، فهي التي تحدد له حالات أو مجالات أعمال نشاطه الذهني كما يستند إليها في وصف الوقائع وصفا قانونيا من خلال مطابقة الوقائع المادية مع الفرض النموذجي الموجود بالقاعدة القانونية وحل النزاع بتوقيع الحكم القانوني المترتب عن ذلك.

رابعاً: المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

إذا لم يوجد في القوانين نص صريح أو كان غير كاف أو فيه غموض، تحكم المحاكم بما تقتضه أصول القانون الطبيعي وقواعد العدالة، باعتبار أن القاضي ملزم بالحكم في النزاع

⁹⁸² - حمزة خشاب، المرجع السابق، ص 59.

⁹⁸³ - محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 56.

⁹⁸⁴ - عبد المجيد الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين لابن القيم، تقديم: بكر أبو زيد، د م ن، دار ابن القيم، الطبعة

الأولى، 1421 هـ، ص 369.

فلا يجوز له الامتناع عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة قانونية، فإن امتناعه يعد مجحفا عن تحقيق العدالة⁹⁸⁵.

اعتبر الفقه، القانون الطبيعي مجموعة قواعد يتبين فيها بوضوح العدل من الظلم ومن ثم يكون هذا القانون ثابتا، خالدا يسمو على القوانين الوضعية⁹⁸⁶، إذ يعد من القواعد المثلى في المجتمع، وما على العقل البشري إلا أن يتمعن في الروابط الاجتماعية، حتى يستخلص منها هذا القانون⁹⁸⁷ ويرسخها في القرارات القضائية⁹⁸⁸.

أما بالنسبة لفكرة العدالة فهي شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولته تحقيق حكم قاعدة قانونية لتطبيقها في حالة معينة، حينما يأذن له القانون في ذلك بنص صريح⁹⁸⁹، فالعدالة رمز لتحقيق المساواة بين أفراد المجتمع واستقرار علاقاتهم، إذ تعد ميزانا للعدالة بتحقيقها لا مجال لانتهاك فرد لحق آخر، تتدرج هذه المبادئ ضمن المصادر التي تساهم في فهم عند ممارسته لنشاط الذهني على سبيل المثال كمبدأ التعويض عن الضرر، ونظرية التعسف في استعمال الحق.

يتضح مما سبق أن القاعدة القانونية بمفهومها العام تعد المصدر الثاني لنشاط القاضي التقديري مع بقائها المصدر الأول الذي يستند إليه في حكمه، فهي التي تحدد له حالات أو مجالات إعمال نشاطه الذهني كما يستند إليها في وصف الوقائع وصفا قانونيا من خلال مطابقة الوقائع المادية مع الفرض النموذجي الموجود بالقاعدة القانونية وحل النزاع بتوقيع الحكم القانوني المترتب عن ذلك.

⁹⁸⁵ - نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل للدراسة القانون، نظرية القانون، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1999، ص 153-177-187، ص 177-178.

⁹⁸⁶ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (نظرية العامة للقانون)، دار هومة، الجزائر، د س ن، ص 117.

⁹⁸⁷ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 255.

⁹⁸⁸ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 110.

⁹⁸⁹ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 257.

الفرع الثالث: الوسائل التي يستعين بها القاضي

تقتضي في بعض الحالات أمام القاضي اللجوء إلى مصادر قانونية أخرى يستنبط حلاً لنزاع المعروض أمامه في حالة عدم وجود نص قانوني أو يسوده غموض مما يدفع القاضي إلى ترسيخ قناعته في إقامة العدل، عن طريق البحث عن طرق الإثبات للوصول إلى الحقيقة باستعانة بمجموعة من وسائل القانونية.

أولاً: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي

قد تقتضي الضرورة على القاضي من أجل تكوين إدراكه وفهمه اللجوء -إضافة للمصادر السابقة- إلى الاعتماد على مبدأ أو فكرة قانونية أو نظرية، أو مفاهيم قانونية معينة بغية الاسترشاد إلى الحل الموضوعي خاصة في حال غموض النص القانوني أو انعدامه.

أ- المبادئ القانونية العامة

"هي مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها ويكون لها جمود نسبي ... وتعرض أو تقدم فكرة من الواقع أو القانون وتجد أساسها في الطبيعة الإنسانية"⁹⁹⁰.

ويتميز المبدأ القانوني بالعمومية والتجريد ويختلف عن القاعدة القانونية في أنه لا يقدم حلاً قانونية محددة للقاضي وإنما له فكرة يقدم له فكرة عامة مشتركة بين مجموعة من القواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق واحد⁹⁹¹، ولاستخلاص المبدأ القانوني لابد من تحليل مجرد لتلك القواعد القانونية لإخراج الفكرة العامة المشتركة بينها واستبعاد ما تتضمنه كل قاعدة من خصوصيات وتفصيلات تتعلق بها، ثم إعمال هذه الفكرة كأساس للحل القانوني للنزاع المطروح.

ويساهم القاضي بشكل كبير في اكتشاف هذه المبادئ وترسيخها في إطار القرارات القضائية، كما قد يدرجها المشرع في العديد من الحالات ضمن قواعد موضوعية كمبدأ للتعويض عن الضرر ونظرية التعسف في استعمال الحق⁹⁹²، وعليه يمكن أن ترتقي هذه

⁹⁹⁰- إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص28.

⁹⁹¹- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص147.

⁹⁹²- إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص29.

المبادئ العامة إلى فئة المصادر القانونية التي يستند إليها القاضي في توقيع الاحكام القانونية، لأنها تعد منبعاً للنشاط الذهني الذي يمارسه فهي تساهم بشكل كبير في توجيهه للحل الموضوعي للنزاع.

ب- المفاهيم القانونية.

ويقصد بهذا المصطلح: "التأصيل القانوني لمجموعات القواعد والمبادئ القانونية التي تتصل بنفس الأفكار، أي تكون أفكارها واحدة"⁹⁹³.

ويتم التوصل إلى المفاهيم القانونية بعد تجريد المبادئ والقواعد القانونية من خصوصيتها وإدراج الأفكار الأساسية التي تشترك فيها داخل مجموعات ثم يقوم القاضي باستخدام هذه المفاهيم القانونية من أجل إيجاد الحل القانوني للنزاع المطروح، لذلك يمكن إدراج هذه المفاهيم القانونية ضمن المصادر التي تساهم في فهم القاضي عند ممارسة النشاط الذهني.

ج- المعايير القانونية

ويقصد بها: "العملية التي ترشد القاضي إلى الأخذ في الاعتبار النمط المتوسط للسلوك الاجتماعي الصحيح"⁹⁹⁴، ويتميز المعيار القانوني وفقاً لهذا المفهوم عن القاعدة القانونية في أنه شديد المرونة من حيث الصياغة ولا يعطي حلاً لقضية بعينها وإنما يعطي للقاضي فكرة عامة عن السلوك النموذجي الواجب اتخاذه في هذه الحالة والظروف التي قد تحيط به وبالتالي برشده إلى الحل⁹⁹⁵.

ثانياً: الوسائل الفنية القانونية لسلطة القاضي التقديرية

تمكن هذه الوسائل القاضي من فهم وإدراك طبيعة النزاع المطروح عليه، يشرع بدوره في البحث عن الحل المناسب للنزاع، وذلك في ضوء الحقيقة الواقعية للنزاع والظروف الملائمة لها.

في صدد البحث عن حل للمنازعة يلجأ القاضي عامة إلى استخدام وسائل فنية قانونية تساعده هذه الأخيرة في نشاطه القضائي قصد الوصول إلى الحقيقة القانونية والتقدير المطلوب،

⁹⁹³ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 148.

⁹⁹⁴ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 150.

⁹⁹⁵ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 151.

بناء على ذلك تكون الحيلة أول وسيلة قانونية في صدد البحث عن الحقيقة، وتعتبر القرائن ثاني وسيلة يعتمد عليها القاضي وسميت أيضا بالقرائن الموضوعية، أن المعايير القضائية تعتبر بمثابة ضوابط أو محاور لمراجعة القاضي للأدلة.

أ- **الحيلة**: تعد الحيلة محض افتراض إرادي، قد تكون لها علاقة بالواقع، أو قد لا تكون لها أدنى علاقة، ومن ثم تتطوي على قدر كبير من التحكم أو الافتراض.

وتعتبر الحيلة بمثابة قرينة للدلالة، إذ تؤدي هذه الوسيلة من وسائل التكنيك القانوني إلى حل معقول وملائم، تمنح الإرادة أقصى قدرة ممكنة للتأثير على العناصر الموضوعية المقررة، وتحلل الحيلة بطريق التجاوز الإرادي للنطاق العادي إلى المماثلة عن طريق القياس والافتراض⁹⁹⁶.

ب- **القرائن**: تعد القرائن من الوسائل الاستدلالية التي يستند إليها القاضي في تقرير حكمه ويلجأ إليها في حالة الغموض وعدم وضوح الرؤية له فيما يتعلق بالدعوى⁹⁹⁷.

وهذه القرائن تصنف إلى قرائن قضائية وهي التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، وقرائن موضوعية وهذه يستنتجها القاضي بذكائه من موضوع الدعوى وظروفها ولا تقع تحت الحصر لأنها تستنتج من موضوع كل دعوى وظروفها، على عكس من ذلك القرائن القانونية والتي هي من وضع القانون⁹⁹⁸.

(1) **الدليل الكتابي**: هو الدليل المحرر كتابة بقصد إثبات التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، سواء كانت هي المحررات رسمية أو عرفية⁹⁹⁹.

⁹⁹⁶ - إبراهيم بن حرير، المرجع السابق، ص 31.

⁹⁹⁷ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 33.

⁹⁹⁸ - مسعودة زيدة، القرائن القضائية، نوفمبر للنشر، الجزائر، د.ط، 2001، ص 138 وما بعدها، إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 33.

⁹⁹⁹ - عباس الصرف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2008، ص 236.

(2) **الشهادة:** هو إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود وبعد تحليفهم اليمين، وتقوم الشهادة في الاخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها بنفسه أو أدركها بحواسه¹⁰⁰⁰.

(3) **المعاينة والخبرة:** المعاينة هي مشاهدة أعضاء المحكمة بأنفسهم محل النزاع من الاوصاف التي يدعيها ذو الشأن، والخبرة هي الحصول على المعلومات الضرورية المساعدة لحل النزاع بواسطة أصحاب الاختصاص¹⁰⁰¹.

(4) **الإقرار:** يعد طريق من طرق الاثبات وهو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه إذا كان مأذونا له بالإقرار بواقعة ادعى بها عليه، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

(5) **اليمين:** اليمين بوجه عام قول يتخذ فيه الحالف ما يعتقد في ضميره شاهدا على صدق ما يقول، واليمين لا يعتبر أدائها إلا أمام القاضي فلا ينفع توجيهها خارج المحكمة¹⁰⁰².

ثالثا: الوسائل المنطقية لسلطة القاضي التقديرية

بهدف البحث عن الحقيقة القانونية، يلجأ القاضي في النزاع المطروح عليه إلى الوسائل المنطقية، إذ يعتمد عليها في عمله القضائي، ويستند إليها في نشاطه الذهني والفكري وتتمثل هذه الوسائل في: الاستدلال بالتمثيل (المشابهة) (أولا)، ثم استدلال بالمخالفة (التضاد) (ثانيا)، التحليل، وأخيرا البرهنة الغائية (ثالثا).

أ- الاستدلال بالتمثيل "المشابهة".

يعتمد عند البحث عن القاعدة التي تحكم ما يعرض عليه من وقائع على تماثل السبب القانوني للوقائع، فإذا ما تماثلت أسبابها أعطاهما حكما، يعد الاستدلال بالتمثيل ما ينتج عن وجود بعض المتماثلات "المتشابهات" بين واقعتين إحداها معروف نتيجة الواقعة والأخرى غير معروف نتیجتها¹⁰⁰³.

¹⁰⁰⁰ - محمد سعيد صبري السعيد، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009، ص 129.

¹⁰⁰¹ - أنظر، نبيل صفر، مكايي نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009، ص 225 و 229.

¹⁰⁰² - محمد سعيد صبري السعيد، المرجع السابق، ص 235-261.

¹⁰⁰³ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 281.

ب- الاستدلال بالمخالفة (التضاد).

يلجأ القاضي عادة إلى هذا النوع من الاستدلال، عندما يريد اكتشاف قاعدة جديدة المؤسسة حول سبب قانوني مخالف للواقعة المثارة في الأساس ويجدها بالمخالفة للقاعدة الموجودة، بمعنى آخر يقوم التضاد بين قضيتين مختلفتين وتسمى هاتين القضيتين المتقابلتين بالمتضادتين¹⁰⁰⁴.

مما يعني أن القاضي هو الذي يدير المنازعة، وهو الذي يقودها نحو نتيجة الواحدة والمعقولة واختياره لأي من الطريقتين مرجعه مدى اتفاق معطيات الوقائع لكل منازعة، فإذا كانت تتفق لجأ القاضي إلى الاستدلال بالمشابهة وإن كانت تشد عن القانون الشائع لجأ القاضي إلى الاستدلال بالمخالفة¹⁰⁰⁵.

ت- التحليل.

أسلوب التحليل يلجأ إليه القاضي في عمله اليومي وذلك إلى جانب الاستدلالية المذكورة سابقاً، بحيث يقوم برد الشيء إلى عناصره الأولى فيحلل المقدمات الكبرى والصغرى سواء من الواقع أو من القانون يتعرف حكمها، أو بمعنى آخر أن القاضي يهدف من تحليله للواقعة إما إلى تقريب أو تجميع بعض عناصر المسألة الاجمالية التي تفرضها القضية أو ما يميز ويفصل بين المعطيات النزاع¹⁰⁰⁶.

يعتمد القاضي في هذا الأسلوب على حسن تحليله للوقائع والقانون، ومدى استدلاله لوسيلة أو لأخرى.

¹⁰⁰⁴ - أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص280.

¹⁰⁰⁵ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص34.

¹⁰⁰⁶ - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص34.

ث- البرهنة الغائية.

للبرهنة الغائية دور كبير، حيث تضمن انسجام الحلول القضائية مع الحياة، رغم أنها لا تحتل مكانة أساليب الاستدلال الأخرى إلا أنها تسيطر عليها، باعتبار أن القاضي هو المحرك لها ويدرك النطاق الذي تتسلط فيه أو النطاق الذي تحترمه، ولا تعرض منفصلة وإنما تكون ضمن مجموعة من الأساليب الاستدلالية الأخرى والتي يتم التدقيق بينهما كما يساعد القاضي إلى التأمل الصحيح لمعطيات الواقع والقانون¹⁰⁰⁷، تبرز البرهنة الغائية مدى فطن وذكاء القاضي في حل النزاع المعروض عليه.

المطلب الثالث: كيفية ممارسة القاضي شؤون الاسرة لنشاطه التقديري في التعويض عن الضرر.

إن القاضي خليفة الله في الأرض في إحقاق وإبطال الباطل، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، لقوله تعالى: ﴿يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾¹⁰⁰⁸.

مما جعل المشرع بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وضعها الشرع، بمنح قاضي شؤون الاسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الاسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع، أو بنية الاضرار أو مع انتقاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال حق، في هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل إعمالا لسلطته التقديرية، والحكم بالتعويض عن الضرر للشخص المضرور وبذلك يتبع مسلكا لحل النزاع ولكن هذه السلطة ترد عليها قيود، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، وسيتم دراستها بالتفصيل.

الفرع الأول: المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع.

يعرض النزاع في شكل مركز قانوني متنازع عليه يطلب أصحابه من القاضي حسمه، وعلى هذا الأخير القيام بنشاط ذهني لمطابقة النزاع الواقع مع القانون المحدد لهذه المراكز من

¹⁰⁰⁷—أحمد مسعود سعد، المرجع السابق، ص282-283.

¹⁰⁰⁸—سورة ص، الآية 26.

أجل ترتيب الأثر القانوني الوارد به، وهذا الأمر يعد غاية في الصعوبة لما يتطلبه من دقة وتركيز، ولذلك فحتى يتوصل القاضي إلى الحل الصحيح للنزاع والإعمال السليم لنشاطه الذهني.

والتي تبدأ من يوم طرح وقائع الدعوى إلى صدور الحكم فيها، مروراً بتقديم كافة الأدلة المطروحة أمامه للفصل في النزاع ويعد تكييف القانوني لهذه الوقائع، وبعدها يقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية التي منحها له الشرع بإعطاء القرار النهائي، وبذلك بعد سلك منهجية معينة يعتمد عليها عند تقدير للوقائع وتطبيق القانون الملتم لحكمها، بالإضافة إلى وسائل الإثبات التي يستدل بها.

ونتناول في هذا الفرع الجوانب التالية:

أولاً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع.

ثانياً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون.

ثالثاً: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون.

أولاً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع.

إن عملية طرح الوقائع على القاضي عبء يقع على عاتق أطراف الخصومة ودور القاضي في هذا المجال هو تقدير هذه الوقائع¹⁰⁰⁹، حيث يلتزم القاضي بما تم عرضه أمامه دون تجاوز ذلك وإلا عد متجاوزاً سلطته¹⁰¹⁰.

وما تم ادعائه من الوقائع المتنازع عليها تتحدد به مهمة القاضي الذي يتوجب عليه الإحاطة بكل جوانب القضية من خلال قراءته لما تم سرده من الخصوم، حتى يتسنى له معرفة حقيقة الحق المتنازع عليه أو "موضوع النزاع" وسببه وتحديد أطرافه، وكذا التعرف على حدود طلبات الخصوم وجديتها وجدية الدفوع، هذا ويستطيع القاضي ومن النظرة الأولى على القضية

¹⁰⁰⁹ - نجومون قندوز سناء، حدود إعمال القاضي لسلطة التقديرية، مداخلة في الملتقى حول السلطة التقديرية للقاضي لشؤون الأسرة، بتاريخ 1 ديسمبر 2005، جامعة بجاية، ص5.

¹⁰¹⁰ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص126.

معرفة السير الضروري لها والطريقة الواجب إتباعها وهذا الأمر يختلف من قاض إلى آخر بحكم وظيفته وخبرته القضائية التي تتطلب منه الاطلاع والعلم الدائم بالقانون ومستجداته¹⁰¹¹.
وبما أن الوقائع المدعي بها من طرف الخصوم ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يصدره القاضي، فلا يجوز لهذا الأخير الحكم بغير ما طلب منه كما لا يجوز له تعديل الطلب القضائي أو سببه، وإنما يحكم في إطار ما تم تحديده من قبل الأطراف، وفي هذا الصدد ما يلتزم به القاضي هو ما يتم من مطالبة قضائية للخصوم، كمطالبة الزوجة مثلاً بالتطبيق استناداً لأحد أسباب المادة 53 من قانون الأسرة إضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها.

فالقاضي في هذه الحالة يجب أن يسمع إلى كلا الطرفين ويمكن أن يقبل أو يرفض الطلبات، والقاضي ملزم بمناقشة كل ما عرض عليه دون استثناء.

لكن من جانب آخر فالقاضي غير ملزم بإتباع التكييف الذي أعطاه الخصوم للمنازعة وإنما يعد بعد ذلك من اختصاص القاضي وحده باعتباره المتخصص والملزم بمنح النزاع الوصف القانوني الذي ينطبق عليه، بيد أن الأطراف في هذا الإطار غير ملزمين بذلك، ومن هنا في حالة تغير الوصف الذي منحه الخصوم للنزاع من طرف القاضي لا يعد تغيراً لوقائع النزاع وإنما يعد تعديلاً للوصف القانوني أو ضبط التكييف¹⁰¹².

بعد قيام الخصوم بالادعاء يأتي إثبات الوقائع عن طريق تقديم الحجج والبيانات التي تدعم وتؤكد قيام المركز القانوني المتنازع عليه، حيث يساعد الإثبات في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي ولا يؤسس حكمه إلا بناء على ما تم تقديمه من أسانيد قانونية.

بعد وضوح مركز الوقائع المطروحة أمام القاضي يأتي دور هذا الأخير في إعمال نشاطه الذهني للتأكد من هذه الوقائع المدعى بها، حيث يقوم بفحص وفرز الوقائع وكذا تمحيص لما تم تقديمه من إثبات، ثم يقوم بتخليص وإخراج الوقائع المنتجة في حل النزاع، وهذه

¹⁰¹¹ - الغوتي بن ملحمة، حول الاجتهاد القضائي، المرحلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد الأول، 2000، ص 59 وما بعدها.

¹⁰¹² - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص 126-127.

العملية هي من صميم اختصاص قاضي الموضوع ولا رقابة قضائية على القاضي في كيفية قيامه بعملية الاستخلاص لهذه الوقائع وأخذ ما هو إيجابي ومنتج، لكن من جانب آخر يكو دائما مقيدا بما طرحه من الخصوم.

فالواقع يعد المجال الواسع لإعمال القاضي نشاطه التقديري في فهمه لأنه يشكل المادة الأولية للنشاط الذهني للقاضي الذي على ضوءه يتحدد مسار القضية¹⁰¹³.

فهذه العناصر مسائل قانونية لكن ما يتوصل إليه القاضي من استنتاج يتعلق بتقدير وجود الضرر حقيقة وكذا حجمه ومدى جسامته فإن كل ذلك هو من مسائل الواقع.

ولا بد من القول أيضا أن تحليل القاضي لهذا الواقع والوقوف على حقيقة الادعاءات المرفوعة إليه تعد من الإشارات التي تدل على صحة ما يستخلصه من وقائع فعالة تتعلق بالخصومة من خلال غربلته لتلك الوقائع عن طريق الاستئناس بما تم تقديمه من إثبات بشأن الوقائع المدعى بها.

أما المقصود بالوقائع المنتجة فنعني بذلك الوقائع التي لها دور في اقتناع القاضي، والتي تساهم فيما بعد في تكوين قراره المتعلق بمنح الحماية القضائية المطلوبة منه.

ويسلك القاضي في فحصه للوقائع منهاجا علميا يركز على عنصر واقعي يتمثل في الوقائع المنتجة أو ذات الدلالة، وعلى عنصر عقلي يتمثل في بحث الفروض النظرية الموجودة ومحاولة تطابق تلك الفروض النموذجية مع الواقع وهذه العملية تسمى الاستدلال أو القياس القضائي والتي سنقوم بشرحها لاحقا-¹⁰¹⁴.

والقاضي أثناء ممارسة نشاطه الذهني في فهم الواقع هو حر في تقدير الوقائع وتحصيل فهمه للدعوى، وهذا الفهم والتحصيل يختلف من قاض لآخر بحسب قدراته الذهنية، ولا رقابة عليه في كيفية تفكيره، ولكن من جانب آخر هو ملزم باحترام القواعد الموضوعية للإثبات وكذا القواعد الإجرائية التي تعد من النظام العام وهي محل رقابة قضائية¹⁰¹⁵.

¹⁰¹³- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص127.

¹⁰¹⁴- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص129، إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص16 وما بعدها.

¹⁰¹⁵- إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص17-18.

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكن القول: أن القاضي وحسب السلطة التقديرية التي منحت له هي التي تجعله يستخلص الوقائع المنتجة في القضية، وهي تعتمد على الملكيات الذهنية التي يتميز بها كل قاضي، إضافة إلى الثقافة القانونية وحيث لا تخضع إلى الرقابة القضاء، بينما هو مقيد في جانب أهل آخر لتقيده بالوقائع التي تم عرضها من طرف الخصوم وكذا القواعد القانونية الموضوعية والاجرائية.

ثانيا: أعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون

يستمد القاضي سلطته التقديرية عند الفصل في أي نزاع من الاجازة التي منحها القانون، وهدفه من وراء ذلك مطابقة النشاط الذهني الذي يقوم به لغاية العدالة التي رسمها له القانون¹⁰¹⁶، والقاضي يفحص الوقائع ويحاول استخلاص ما هو منتج فيها، تبادرت إلى ذهنه القواعد القانونية التي يمكن أن يطبقها لحل النزاع¹⁰¹⁷، وهذا كتمهيد لإجراء التكييف القانوني¹⁰¹⁸، من خلال محاول إنزال الفروض النموذجية بالقاعدة القانونية إلى الواقع ومقارنتها به فإذا تم تطابق بين الفرض الموجود في القاعدة القانونية وبين الواقع يتم ترتيب الأثر القانوني المنصوص عليه¹⁰¹⁹.

غير أنه في حالات معينة تكون هذه الفروض غامضة وهنا يتطلب من القاضي اللجوء إلى عملية التفسير القضائي¹⁰²⁰، ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع نفسه لأن السلطة المختصة بالتشريع حين تسن القاعدة القانونية تضعها دون النظر للحالات الخاصة، والوقائع العملية وهذا أمر في غاية طبيعته، فالتشريع ينبغي أن يراعى فيه العمومية والتجريد، بينما القاضي وهو يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع

¹⁰¹⁶ - نجوم سناء، المرجع السابق، ص 8.

¹⁰¹⁷ - فوضيل نادية، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1999، ص 119.

¹⁰¹⁸ - التكييف القانوني يعني إعطاء الوصف القانوني للنزاع المطروح على القاضي الذي يقوم بإجراء عملية ذهنية يتوصل بها إلى تطبيق القانون.

¹⁰¹⁹ - عبد الحميد الشوربي، المسؤولية القضائية، المرجع السابق، ص 213، الغوتي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 59.

¹⁰²⁰ - وهو التفسير الذي يقوم به القضاء وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقائع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لأن يطلب منهم الخصوم ذلك، لأن التفسير من صميم عمل القضاة.

خاصة، وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيها بما تقره قواعد القانون¹⁰²¹.

حيث يقوم بتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروطه تطبيقها على الأشخاص والوقائع، وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر وكما أسلفنا سابقا نجد أغلبها يتسم بالعموم والغموض الأمر الذي يستلزم من القاضي أعمال نشاطه الذهني من أجل تفسيرها وبيان شروط تطبيقها وفي هذا المجال لا بد من استعانة القاضي بمصادر القانون¹⁰²²، والتي حصرها المشرع -بالنسبة لقانون الاسرة- في أحكام الشريعة الإسلامية حيث يقوم بالاجتهاد في ضوءها لاستنباط الحكم.

ويجدر التذكير هنا أن هذا التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة النزاع والذي على ضوءه يتم إيجاد الحل القانوني لا يجمل صفة الالتزام، فيجوز له أن لا يلتزم به في نزاع آخر كما أنه لا يكون ملزما لغيره¹⁰²³، إلا إذا تم اقراره من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعة وقتها يصبح ملزما لكل المحاكم، فالقاضي من خلال نشاطه الذهني لا يقوم بخلق قاعدة قانونية وإنما يخلق حلا قانونيا توصل إليه من خلال استعماله لمنهج قانوني توصل به إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه وذلك بالاعتماد على عدة وسائل قانونية ومنطقية وفنية¹⁰²⁴.

والقاضي عندما يقوم بتطبيق حكم القانون على النزاع فهو يقوم بنشاط تقديري يصدر منه بموجب ولاية القضاء وبمناسبة وظيفته القضائية التي تتطلب منه رفع كل تجهيل يصادف القاعدة القانونية، ففهم القانون وتطبيقه هي مسألة يختص بها القاضي وحده ويخضع لرقابة قضائية بشأنها.

ثالثا: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون

¹⁰²¹- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية "النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، د ط، 1999، ص193.

¹⁰²²- فوضيل نادية، المرجع السابق، ص119.

¹⁰²³- فوضيل نادية، المرجع السابق، ص119.

¹⁰²⁴- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص202.

إن القاضي قبل الفصل في أي نزاع يستعين بمجموعة من الوسائل الإثبات المقدمة من طرف الخصوم، القاضي لكي يتوصل إلى حل النزاع يقوم باستدلال قضائي على مقدمتين الأولى تتمثل في الوقائع التي قام بتحليلها وضبط عناصرها، والثانية في القاعدة القانونية التي اختارها القاضي لتحليل أفكاره المركبة¹⁰²⁵.

الفرع الثاني: أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر

إن نشاط القاضي في مجال القانون وتطبيقه ليس منشأ، فهو لا يخالف قواعد قانونية، وإنما يقوم بنشاطه بطابع تقديري، وبذلك هل يقدر القاضي تقديراً موضوعياً الذي يقوم على أساس الاعتبار المعنوي، أم يقوم بالتقدير الشخصي الذي يقوم على أساس الاعتبار الذاتي؟ إن هذا الإشكال يطرح أمام القاضي مرتين: الأولى عند قيامه باختيار القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على النزاع والثانية عندما يقوم بتطبيق هذه القاعدة، وعلى ذلك سنحاول معرفة ما المقصود بالتقدير الموضوعي وكيف يقوم به القاضي في مجال التعويض عن الضرر؟ وما هي العلاقة بين نوعي التقدير؟

أولاً: المقصود بالتقدير الموضوعي.

إن التقدير الموضوعي يعتمد على أساس المعيار المعنوي وهو المعيار الذي تنشأ به القاعدة القانونية، وهو النموذج الذي يقتدي به القاضي عند البحث في النزاع، والتقدير الموضوعي يفترض وجود قاعدة قانونية تتضمن معايير تشريعية، ويتعين على القاضي أن يقدر مختلف الظروف التي تحيط بها من خلال تقريب الأفكار القانونية بكل حالة تعرض عليه¹⁰²⁶.

حيث يعتبر المعيار الموضوعي معيار الشخص العادي أي المسلك المتوقع من الشخص العادي وليس المسلك الذي يجب أن يملكه المدعى عليه نفسه¹⁰²⁷.

من خلال ذلك يتبين أن المعيار الموضوعي يعتمد على معيار الرجل العاقل إذ يعتبر الخطأ ذو بعد اجتماعي محض يتعلق بفعل وسلوك الفرد ومدى موافقة السلوك الاجتماعي فيما

¹⁰²⁵ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 212-213.

¹⁰²⁶ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 5.

¹⁰²⁷ - أحمد محمود سعد المرجع السابق، ص 293.

يكون عليه مسلك الرجل المعتاد، والشخص المعتاد هو مقياس أو معيار يفترض وجوده في نفس الظروف الخارجية التي يتواجد فيها المدعى عليه.

فالتقدير الموضوعي يعتمد بالأساس على معيار معنوي وهو المعيار الذي تنشأ به القاعدة القانونية، لأن المشرع عند وضعه لهذه القواعد فهو يضعها وفقاً للسلوك الغالب، وهو النموذج الذي يقتدي به القاضي عند بحث النزاع فالقاضي وحتى يحقق الغاية من القانون المتمثلة في حماية المصلحة العامة الذي يصبو إليه القانون وهو بذلك يضحى بالفرد لأنه لا يأخذ بالظروف الشخصية عند بحث النزاع ومحاولة إيجاد تطابق بين الفرض الواقعي والفرض النموذجي الوارد في القاعدة القانونية¹⁰²⁸.

ونشير في هذا الصدد إلى أن القاضي لا تبدأ ممارسته لسلطته التقديرية فقط في بحث موضوع الخصومة وإنما يستعمل هذه السلطة منذ مسكه ملف القضية، حيث يبحث في مدى اختصاصه في الدعوى ومدى توفر الشروط الإجرائية الشكلية لقبول الدعوى وهذا استناداً إلى المعيار الموضوعي، إن بحث القاضي للوقائع وسلوك المدعى عليه ما إذا قام ببذل عناية كافية وأخذ من الحيطة والتبصر اللازمين أثناء قيامه بذلك، واستبعاد العناصر الذاتية في تقدير هذا الواقع هو ليس بالأمر الهين بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة لأنه يتعامل مع وقائع إنسانية وليست أموراً مالية عينية يسهل عليه تطبيق هذا المعيار الموضوعي المجرد في نطاقها.

كما أن فهمه لهذا المعيار وبحث وجوده في الفروض النموذجية المكونة للقاعدة القانونية هو أمر غاية في الصعوبة خاصة إذا كانت القاعدة تحتوي في طياتها على إشارات تقتضي النظر في الظروف الشخصية فهذه الأمور تتطلب من القاضي الكفاءة والخبرة القانونية حتى يصل إلى الاعمال السليم للقانون.

وعليه إذا عرض على القاضي نزاع معين فإنه بداية يقوم بنشاط ذهني مبني على معيار موضوعي مجرد وهذا حتى يكون تقديره للنزاع والقاعدة القانونية القابلة للتطبيق بصفة موضوعية

¹⁰²⁸ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 160.

مجردة من الاعتبارات الذاتية، وهذا من شأنه تحقيق المصلحة العامة والعدل الذي يسعى إليه القانون، ولو أنه من جانب آخر يضحى -كما سبق القول- بمصلحة الفرد¹⁰²⁹.

ويستنتج مما سبق أن التقدير الموضوعي يعتمد على معيار معنوي مجرد مبني على النية الظاهرة، لا يترك مجالاً للاعتبارات والظروف الشخصية والذاتية للخصوم وهو من جانب آخر لا يهمل الظروف الخاصة الخارجية بالمركز المتنازع عليه، وهذا التقدير يستخدم كموجه لسلطة القاضي التقديرية التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تطبيق القانون بشكل عادل وصحيح وهو أداة فنية تستعمل في الاستدلال القضائي.

ثانياً: التقدير الشخصي

هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في عمله التقديري حيث يعتمد فيه على عناصره الذاتية أو الشخصية للمدعى عليه، فالقاضي في هذا النوع يتجرد من الظروف والملابسات الخارجية للنشاط الذي قام به الشخص الذي يتولى تقدير مسلكه ولا يعتد إلا بفحص سلوكه الذاتي مع الأخذ بعين الاعتبار كافة ظروفه الشخصية¹⁰³⁰، ينصب إعمال النشاط الذهني للقاضي في استنباط المعيار الشخصي من القاعدة القانونية محتملة التطبيق استناداً إلى المصلحة محل الحماية، حيث إذا كانت المصلحة خاصة بأطراف الخصومة اعتمد المعيار الشخصي، أما إذا كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة عامة اعتمد المعيار الموضوعي¹⁰³¹.

وأما في نطاق الوقائع فإن القاضي يقوم بتقدير شخصي لهذه الوقائع ولكن في إطار ما تم عرضه من طرف الخصوم دون تعدي ذلك، ثم إعمال المعيار الشخصي في نطاقها فيتوقف على وجوده في القاعدة القانونية المرجح تطبيقها على النزاع، لأن الفرض النموذجي إذا تضمن الاعتماد بالظروف الشخصية فإنه عند محاولة مطابقته على الوقائع لا بد من تلك الظروف ولا يمكن عند بحث الوقائع التعامل معها بصفة مجردة، لذلك يكون التقدير أولاً في ضوء القاعدة

¹⁰²⁹- إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 47.

¹⁰³⁰- أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 311.

¹⁰³¹- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 203.

القانونية المجردة فإذا تم استنباط المعيار واجب التطبيق بعدما ينتقل إلى الوقائع من أجل إعمال هذا المعيار في نطاقها وترتيب الأثر القانوني الواجب توقيعه على النزاع.

فالوقائع كما سبق الإشارة إليها تعد المقدمة الصغرى لعملية القياس القضائي وهي ترتبط بالمقدمة الكبرى والمتمثلة في القاعدة القانونية، وعناصر التقدير الشخصي التي تحددها المقدمة الكبرى هي موجودة ضمن الوقائع التي تعد المجال التطبيقي لها، وعلى القاضي الكشف عن تلك العناصر انطلاقاً من المعيار الوارد بالقاعدة القانونية¹⁰³².

إن المعيار الشخصي يعتد بالظروف الإنسانية والاعتبارات الشخصية لهذا يجد مجاله خاصة في إطار قانون الأسرة نظراً إلى المسائل التي يضمنها والتي يغلب فيها الجانب الإنساني، ومع ذلك هناك حيز إعمال المعيار الموضوعي حيث يعد كلاهما مكملًا للآخر¹⁰³³، وبالرغم من الذي يلعبه التقدير الشخصي في تحقيق العدالة لأخذه بالاعتبارات الشخصية للخصوم، إلا أنه يعاب عليه أنه في بعض الأحيان يؤدي إلى نتائج مختلفة بحكم أنه يبحث في سلوك الشخص وما يتطلبه من فطنة وحذر أثناء التعامل مع الغير وهذا الأمر غير واضح وخفي ويختلف من شخص إلى آخر، مما سيؤدي إلى التضحية بمصلحة طرف دون الآخر.

كما أن القاضي في مجال المعيار الشخصي يقوم بالتحري والبحث عن النية الحقيقية وكذا البواعث التي أدت بالشخص للقيام بهذه التصرفات وهذا يقتضي الإحاطة بالظروف النفسية والشخصية التي قادته إلى هذا التصرف، وهو أمر في غاية الصعوبة بالنسبة للقاضي لأنه في الغالب يحكم بالظاهر ويصعب عليه العلم بالنوايا الحقيقية، فقد جاء في حديث خير الانام رسول الله صلى عليه وسلم قوله: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً

¹⁰³² - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص54، نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص228.

¹⁰³³ - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص42.

فلا يأخذه وإنما أقطع له قطعة من النار¹⁰³⁴، لذلك يقول الفقهاء بعدم التعويل على هذا المعيار كثيرا لأنه يركز على جوانب غير مستقرة المعالم.

وعلى ضوء ما سبق نجد أن القاضي وأثناء بحثه للقاعدة الصالحة للتطبيق على النزاع يقوم ببحث ما إذا كانت تحتوي على ظروف عامة لا تقبل التخصيص وهنا يبرز دور المعيار العام المجرد أما إذا فسحت المجال للقاضي بالنظر في الظروف الشخصية والحالات الإنسانية هنا يتوجه القاضي إلى إعمال المعيار الشخصي والملاحظ في هذا الصدد أن القاعدة القانونية باعتبارها تتكون من فرض وحكم فإن التقدير الشخصي يحتمل أن ينطبق في إحدى هذين العنصرين أوفيهما معا.

إن التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي من أدوات الاستدلال القانوني والمنطقي، يكمن الهدف من إعمالها في تحديد مضمون الأفكار القانونية المختلفة، وبالنسبة لإعمال القاضي لهاذين المعيارين نجد أن المشرع الجزائري أخذ بكلا المعيارين عند البحث في مسألة التعويض سواء كان التعويض مادي أو معنوي، وبالنسبة لإعمال القاضي لهاذين المعيارين في مجال التعويض عن الضرر فقد انقسم الفقه وكذا القانون في هذه المسألة إلى فريقين: حيث يرى جانب من الفقه أن القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر يتبع المعيار الموضوعي، ذلك أن أي خطأ يستوجب قيام المسؤولية وأن التعويض واحد لكل درجات الخطأ وهو واجب بمجرد انحراف الشخص عن السلوك العادي وهنا لا داعي للنظر في مدى جسامة الخطأ لأن هذا يؤدي إلى الأخذ بعين الاعتبار الظروف والاعتبارات الشخصية مما قد يجعل التعويض غير لأنه قد لا يتساوى مع الضرر¹⁰³⁵.

وهذا الاتجاه هو مسلك المشرع الفرنسي في القانون المدني الصادر سنة 1804 حيث "تشير صياغته إلى الموضوعية في تقدير التعويض استنادا إلى أفكار واضحة وقد حاول

¹⁰³⁴ - النسائي، في كتاب آداب القضاء باب الحكم الظاهري، برقم 5401، الشافعي الام، ج 7، ص492، محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص85.

¹⁰³⁵ - محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص79 وما بعدها، عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، كصر، د.ط، 2003، ص43.

المشرع من خلال ذلك إلغاء النزعة الشخصية تماما من تقدير التعويض وبناءه على معيار موضوعي بحت حيث لا تتخلله أي عناصر شخصية مستمدة من جسامة الخطأ أو من مشاعر وشعور المضرور وأن الامر يتعلق بتعويض المضرور وحسب¹⁰³⁶، وقد جاء هذا الموقف للمشرع الفرنسي من أجل نزع الأفكار التي سادت القانون الروماني المتمثلة في سيطرة المعيار الشخصي على فكرة التعويض عن الضرر، وفي هذا الصدد يقول برتراند دي جاري: "إذا وقع ضرر بالمواطن فنبحث ما إذا كان ممكنا بالنسبة لفاعل هذا الضرر أن يتوقى إحداث الضرر فان كان ناتجا عن إهماله أو خفته وجب الحكم عليه بتعويض الضرر"¹⁰³⁷.

في حين اتجه المشرع المصري إلى القول أن اعتماد المعيار الموضوعي في تقدير التعويض لا ينفي اعتماد -إلى جانبه- معيار شخصي ينظر بعين الاعتبار إلى الظروف والاعتبارات الشخصية التي تختلف من شخص إلى آخر وهو الأمر الذي سار عليه القضاء المصري، وقد سمي بالمبدأ الشخصي المعتدل في تقدير التعويض حيث يعتد من جانب بجسامة الخطأ كعنصر من عناصر تقدير التعويض إلى جانب عنصر الضرر حيث ينظر إلى العنصرين بطريقة متكافئة دون تغليب لأحد على الآخر¹⁰³⁸.

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنه اتجه إليه المشرع المصري من خلال الأخذ بكلا المعيارين عند بحث مسألة التعويض عن الضرر¹⁰³⁹.

ففي مجال قانون الاسرة الجزائري نجد أن المشرع بين للقاضي حالات التعويض عن الضرر¹⁰⁴⁰ وترك له مسألة تقدير مدى توفر هذه الحالات، لذلك يقوم القاضي بإعمال المعيار

¹⁰³⁶- إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص115.

¹⁰³⁷- محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص86.

¹⁰³⁸- محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص87 وما بعدها، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص45 وما بعدها.

¹⁰³⁹- بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يتضح من نص المادة 124 و124 مكرر منه نجد أنها أخذت بالمعيار الموضوعي إلى جانب المعيار الشخصي حيث يتم بحث ركن الخطأ بصفة موضوعية من طرف القاضي استنادا إلى معيار الرجل العادي في تقرير مدى قيام الخطأ، ثم يدخل التقدير الشخصي عند بحثه مسألة قيام الضرر لأنه مسألة تختلف من شخص لآخر، وكذا عند تقدير التعويض عن ذلك وهذا استنادا للمادة (131 و132) التي تقول: "مع مراعاة الظروف الملائمة" وهذا معيار شخصي لتفصيل أكثر في هذه المسألة أنظر: إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص54 وما بعدها.

¹⁰⁴⁰- المادة 5 والمادة 52 و53 مكرر والمادة 55 من قانون الاسرة الجزائري التي سبق الإشارة إليها.

الموضوعي وكذا الشخصي من أجل بحث قيام هذه الحالات في إطار الوقائع المطروحة، فإذا تم التحقق من توافر حالة من حالات الضرر يمر إلى ترتيب الأثر القانوني وهو الحكم بالتعويض فيعمل القاضي المعيار الشخصي والموضوعي أيضا في تقدير مبلغ التعويض لأنه ينظر في الظروف والاعتبارات الشخصية.

ومن هذا المنطلق نجد أن القاضي وقبل لجوئه إلى تقدير التعويض يقوم أولا ببحث مدى استحقاق التعويض وهذا البحث يتطلب منه القيام بتقدير موضوعي يعتمد فيه على المعيار المعنوي المتمثل في النظر في مدى توشي الطرف الملبى في الخصومة الحذر والفتنة اللازمين عند قيامه بهذا التصرف أو أن الأسباب التي قادت به إلى ذلك هي أسباب يشترك فيها جميع الناس¹⁰⁴¹.

فالقاضي لكي يقول باستحقاق التعويض عن الضرر لا يستند في بداية بحثه لهذا النتيجة إلى المعيار الشخصي لأن هذا المعيار يؤدي إلى عدم وضوح الرؤية الحقيقية للقاضي ومن شأنه التأثير على التكيف القانوني للوقائع المعروضة أمامه، وعليه يعمل أولا المعيار الموضوعي عند بحثه لتلك الحالات النموذجية وكذا الوقائع المعروضة عليه فإذا وجد تطابقا بينهما انتقل إلى تقرير الحكم بالتعويض ومن تقدير مبلغ التعويض وفي هذه الحالة يستند القاضي إلى المعيار الشخصي من خلال النظر في الظروف الشخصية وكذا حجم الضرر الواقع.

ولو رجعنا إلى ما قلنا سابقا بأن القاضي يقوم بتقدير موضوعي كلما كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة عامة ويقوم بالتقدير الشخصي كلما كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة خاصة ذاتية، وحاولنا تطبيق هذا القول على نصوص قانون الاسرة الجزائري وفي مجال التعويض عن الضرر بالتحديد لوجدنا أنه من الصعب العمل بإحدى التقديرين منفردا، لأن هناك تداخلا كبيرا في نشاط القاضي في بحث هذه المسألة لذلك قد يستند إلى كلا المعيارين عند بحثه مدى استحقاق الحق في التعويض، حيث يستند إلى المعيار الموضوعي

¹⁰⁴¹ - محمد الزحيلي، التعويض المال عن الطلاق، دار لمكتبة، سوريا، ط 1، 2018، ص41 وما بعدها.

حتى يتأكد من قيام حالة النشوز مثلا أو حالة العدول عن الخطبة وغيرها، ثم يقوم بإعمال التقدير الشخصي عند بحث مسألة قيام الضرر، لأن حصول إحدى هذه الحالات يستلزم بالموازاة حصول الضرر عنها لكي يتم التعويض¹⁰⁴².

فالقاضي لم يقيم بإعمال هذه المعايير من الفراغ وإنما استند إلى النصوص القانونية التي تنص على ذلك لأنه لو أخذنا نص المادة 55 من قانون الأسرة مثلا نجدها تقول: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر" حيث تتضمن أحكام هذه المادة إعمال التقدير الموضوعي في بحث قيام النشوز وإعمال التقدير الشخصي في بحث مسألة الضرر اللاحق بأحد الزوجين لأنها تتعلق بمعطيات إنسانية، ترتيب النتيجة أو الأثر القانوني المتمثل في الحكم بالتعويض لطرف المتضرر وهنا تقدير التعويض أيضا يدخل في تقديره الاعتبارية الذاتية وظروف الطرفين¹⁰⁴³.

فهناك إذا تداخل بين المعيارين في مجال التعويض عن الضرر حيث لا يوجد فاصل بينهما فكل تقدير هو مكمل للآخر، ويصعب على قاضي شؤون الأسرة التعويل على معيار دون آخر، حيث لا يمكن بحث استحقاق التعويض عن الضرر بصفة موضوعية دون النظر في الخصوصية الذاتية التي تتعلق بكل طرف في المنازعة فهذا الأمر تقتضيه المسائل التي يتناولها قانون الأسرة لتعلقها بالنظام العام من جهة، وتضمينها أمورا إنسانية بحتة من جهة أخرى.

وعليه نستنتج مما سبق أن القاضي عند بحثه مسألة التعويض عن الضرر يقوم بتقدير موضوعي عند بحثه عن القاعدة القانونية محتملة التطبيق على النزاع وكذا فحص الوقائع، ثم يقوم بتقدير شخصي إلى جانب التقدير الموضوعي عند بحث مدى قيام الضرر وكذا تقدير التعويض¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² - إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص117.

¹⁰⁴³ - إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص118.

¹⁰⁴⁴ - إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص118.

الخلاصة: نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يقوم بنوعين من التقدير القضائي، وهما التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي حيث يستند في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد وهذا حتى يصل إلى التكييف القانوني للموضوع، ويستند في الثاني إلى المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الأحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص من خلال منح التعويض عن الضرر، وهنا يأخذ القاضي بالعناصر الذاتية للصيقة بشخص الخصم، ونظرا لصعوبة ذكر كل هذه القيود نظرا لكثرتها سنحاول في هذا الفرع الحديث عن أهمها.

الفرع الثالث: القيود الواردة على النشاط التقديري للقاضي

إن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة حولها له القانون والشرع لكن في إطار محدود وضابط، فعلى القاضي أن يلتزم بها، ويكون له بعد ذلك حرية استخدام السلطة التقديرية فهو حر في نشاطه الذهني ضمن هذه القيود التي رسمها القانون دون الخروج في إطار هذا الحيز. مع أن المشرع الجزائري حول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في مسألة التعويض عن الضرر، من خلال منحه سلطة تقدير إمكانية التعويض عن الضرر، إلا أنه - وبحكم أن هذه السلطة التقديرية هي ملازمة للولاية القضائية- يجب إخضاعها إلى جملة من الضوابط التي تحكم العمل القضائي بشكل عام، وينبغي على القاضي أن يلتزم بها عند استخدامه لهذه السلطة حتى لا يسيء استغلالها فتصبح مناط تعسف من قبله.

أولاً: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

يجب على القاضي أن يسلك منهاج رسمه القانون، وعدم الخروج عن هذا المسلك ودراسة النزاع المعروض أمامه بكافة عناصره، وتطبيق القاعدة الملائمة والتفكير والتركيز مليا في وقائع النزاع وتحليلها، وبعدها يصدر الحكم في القضية المدروسة.

إن القاضي عندما يعرض عليه نزاع يجب عليه أن يحكم طبقا للقانون، وهذا لا يعني أنه لا توجد إرادته أثناء أداء وظيفته لأنه إذا انعدمت إرادته انعدمت السلطة التقديرية ذاتها وبدون

هذه السلطة تصبح مثل آلة ميكانيكية¹⁰⁴⁵، والقانون منح سلطة واسعة للقاضي لكي يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة، وبذلك يرمي هذا النشاط إلى تحقيق العمل القضائي وهي العدل والانصاف وحماية الافراد والمحافظة عليها¹⁰⁴⁶.

أ- الغاية من وجود القضاء منح القاضي سلطة تقديرية.

فإذا واجه القاضي مسائل فنية أو معقدة قام بالاستعانة بذوي الخبرة وهذا من أجل تحديد بعض المسائل القانونية واجبة التطبيق¹⁰⁴⁷ وهذا حتى لا يفصل في النزاع عن جهل لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار حقوق الأشخاص، والمشرع عينه قائم على هذه الحقوق وحمي لها، وحكمه من غير فهم وتحر يجعله يجور ويحيد عن الحق وهذا أمر ينافي الغاية التي شرع لأجلها القضاء والتي يسعى إليها القانون وهي تحقيق العدل وإقرار الحقوق، "فالقاضي نصب ناظر في الحقوق لا مبطل لها... وهو مأمور بالنظر والعدل"¹⁰⁴⁸.

لذلك يسعى جاهدا إلى إحقاق الحق وعدم الميل عنه، فهو مأمور وملزم بالفصل في كل ما يطرح أمامه عن طريق البحث والاجتهاد في كل مراحل الدعوى، ولا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في القضايا دون مسوغ قانوني وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة¹⁰⁴⁹.

ب- المصلحة وتصرف القاضي.

إن الغاية الأساسية من وجود القانون هي تحقيق المنفعة لكل المجتمع دون استثناء لذلك جاءت قواعده عامة ومجردة تخاطب الجميع على منبر من المساواة، والقاضي بموجب ولاية القضاء يعد منفذا ومترجما لإرادة المشرع، لذلك فإن أي نشاط ذهني يقوم به يجب أن يصدر منه بصفة موضوعية واضعا صوب أعينه المصلحة العامة للمجتمع ككل، مجتنباً النظر في

¹⁰⁴⁵ - فاطمة الزهراء تبوت، المولودة رابحي، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص2.

¹⁰⁴⁶ - شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج الاسرة وانحلاله، التخرج لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، 2008، ص1.

¹⁰⁴⁷ - الغوتي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص52.

¹⁰⁴⁸ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص151.

¹⁰⁴⁹ - عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، نشرة القضاء، وزارة العدل، الجزائر، العدد الثامن والاربعون 48، دت، ص132-133، محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص151.

مصلحته الشخصية، فإذا وضع هذه القاعدة أمامه عند ممارسته نشاطه التقديري تمكن من إحقاق الحق وبسط الامن والاستقرار¹⁰⁵⁰.

يقصد من ذلك أن القاضي عندما يقوم بنشاطه الذهني في حل النزاع فإنه بالدرجة الأولى يهدف إلى تحقيق المصلحة التي من أجلها ورد هذا النص، وبالتالي تحقيق الحماية للأشخاص وأمنهم على مراكزهم القانونية وهذا من شأنه جلب المنفعة العامة ودرء المفساد والاعتداء، لذلك نجد أن هذه المصالح المحمية دائما تكون مصالح مشروعة وثابتة مبنية على نصوص وقواعد قانونية¹⁰⁵¹.

ت- ضرورة التقيد بمجال الاجتهاد.

إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لا تأتي من فراغ وإنما يمارسها بموجب نص قانوني، لذلك فهي مكنة مخولة بموجب القانون وتمارس في ظله، ولذلك نجد أن المشرع عندما يخول للقاضي ممارسة نشاط تقديري فإنه يحدد له مجال هذه الممارسة، وهذا بذاته يعد قيودا على حرية تقديره، فتحديد المشرع لقاضي شؤون الاسرة حالات ممارسة سلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر تقتضي من القاضي عدم ابتداع حالات خارجة عنها، فالقاضي ملتزم بإتباع النص القانوني وهو مقيد به إذ "لا اجتهاد في مورد النص"، غير أنه يمكن ممارسة سلطته التقديرية في الحكم بالتعويض لأن القانون رخص له بذلك ولكن هل هنالك قيود ترد على سلطته هنا؟ وهذا الامر سنحاول الإجابة عنه عند الحديث عن تطبيق القاضي لسلطته التقديرية.

ويستنتج مما سبق أن القانون رسم للقاضي غاية موضوعية تتخلص بضرورة التقيد بالواقع ونصوص القانون والكشف عن المراكز القانونية محل التجهيل، وأن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإذا خالف القانون وجعل من هذه السلطة وسيلة لتحقيق مصلحة خاصة كان نشاطه معيبا بالانحراف عن القانون.

¹⁰⁵⁰ - اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص121.

¹⁰⁵¹ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص152.

ثانياً: التزام القاضي بتسبيب الحكم.

نص الدستور الجزائري على أن تكون أحكام القضاة معللة وهذا ما ذهب إليه دستور سنة 1996 وأكدته دستور 2009، كما أكد هذا المبدأ قانون الاجراءات المدنية والادارية وتسبب الاحكام معناه هو بيان قناعة القاضي، فهي تشمل الحجج القانونية والادلة التي بني عليها الحكم¹⁰⁵².

إن تسبب الحكم يعد بيان للأدلة والحجج القانونية التي أسس عليها القاضي حكمه واستند إليها في إصدار حكمه¹⁰⁵³، والتسبب الذي يجريه القاضي هو التسبب القانوني، يعرضه فيه الأسباب القانونية التي أوصلته إلى تقرير نتيجة معينة، لأن هذا التسبب يظهر القرار الذي اتخذه القاضي باعتبار القرار الوحيد الذي يجب اتخاذه، ولذلك ببيان الدعامات التي يستند إليها الحكم، لأن القاضي على خلاف الفقيه لا يجب أن يستمر في الاحتمالات بل يجب أن يتيقن من القرارات التي يتخذها ويكشف عن نتيجة استدلاله في النزاع المعروض أمامه¹⁰⁵⁴، ولا يتحقق هذا إلا بعد الاطلاع على الوقائع الخاصة بالنزاع ودراسة ملف القضية والتحقيق فيها.

والمقصود بالتسبب، أن يضمن القاضي حكمه مجموع الاسباب المتصلة بالوقائع والقانون التي أدت إلى اصدار المنطوق وتبرير صدوره¹⁰⁵⁵.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن: "تسبب الاحكام القضائية يعد من أكبر الضمانات التي فرضها القانون على القضاة، إذ يظهر فيه قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق وبحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من القضية، وبه وحده يسلمون من مظنة الاستبداد، لأنه كالعذر يقدمونه بين يدي الخصوم والجمهور"¹⁰⁵⁶.

¹⁰⁵² - فريجة حسين، المبادئ الاساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 2010، ص9.

¹⁰⁵³ - فاطمة تبوت، المولودة راجي، المرجع السابق، ص89.

¹⁰⁵⁴ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص204.

¹⁰⁵⁵ - الغوثي ملحة، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000، ص362.

¹⁰⁵⁶ - نقض مدني مصري، بتاريخ 1929/02/21، القواعد القانونية، ج 4، رقم 170، ص178، نقلا عن: فاطمة الزهراء تبوب، المرجع

السابق، ص90.

إن القاضي غير ملزم بتبرير اقتناعه أو ما يسمى بالدوافع والتي هي أسباب نفسية تتعلق بمجموعة العوامل الذاتية والشعورية التي تدخل في نفسية القاضي ولا يجوز أن تكون محل رقابة للتحقق في مدى صحتها¹⁰⁵⁷.

وقد أوجب القانون تسبب الأحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم، ويمكن محكمة النقض من مراقبة أحكام المحاكم حتى تراقب تطبيق القانون بصفة سليمة.

والحكم المسبب تسبباً كافياً يضيء الاطمئنان في نفوس المتقاضين، والحكم المسبب هو المرأة العاكسة لصورة القاضي، وخاصة إذا كان التسبب جدياً واضحاً، فلا يكفي إبداء أسباب غامضة مبهمة ويجب أن تكون أسباب الحكم الواحد متناقضة، ويعتبر الحكم خالياً من الأسباب إذا تناقضت أسبابه مع منطوقه¹⁰⁵⁸.

ونظر لأهمية هذه المسألة فقد أولى بها المشرع الجزائري بتشريع العديد من النصوص القانونية، من خلال (ق-م-إ) التي فرض على القاضي أن يسبب أحكامه حيث نصت المادة 11 منه: "أن تكون الأحكام والقرارات القضائية مسببة"¹⁰⁵⁹، وبالتالي القاضي ملزم كذلك بالإجابة عن جميع طلبات الخصوم ويجعل منطوق الحكم متناسق مع الأسباب، وبذلك يعد التسبب كضمان لعدم القضاء بناءً على ميولته الشخصية، وكذلك يضمن اقتراح حقوق الدفاع واحترام قواعد الإثبات، ويصبح الحكم وسيلة لإقناع وليس مجرد ممارسة للسلطة التي يتمتع بها القاضي¹⁰⁶⁰.

إن فرض التسبب له ثلاثة فوائد، فهو يسمح لأطراف الخصومة ممارسة رقابة على الأسباب التي حملت القاضي على اتخاذ قراره وأنه ألم بوقائع الدعوى الإلمام الكافي الذي مكنه من أن يفصل فيها، ثم يحمل القاضي على تفحص الدعوى من كل جوانبها كي لا يقع في

¹⁰⁵⁷- أسهمان عفيف، المرجع السابق، ص127.

¹⁰⁵⁸- فريجة حسين، المرجع السابق، ص9.

¹⁰⁵⁹- أمر رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21 صادر بتاريخ 23 أبريل 2008. عملاً بالمادة 162 من دستور 96 المعدل والمتمم بالقانون 46.

¹⁰⁶⁰- فاطمة تيوت، المولودة رابحي، المرجع السابق، ص90.

التناقض ثم يوفر لجهات الطعن العادي وغير العادي سبيلا لسيط رقابتها على الحكم¹⁰⁶¹، ويستنتج مما سبق أن القاضي ملزم بتسبيب الحكم الذي ينطق به وهو قيد يرد على حرية ممارسة سلطته التقديرية وهذا حتى يتسنى للخصوم وكل من يطلع على الحكم التأكد من صحته، وه يشكل ضمانا من تعسف القاضي في ممارسة نشاطه التقديري وخضوعه لميوله وأهوائه الشخصية.

ثالثا: عدم القضاء القاضي بعلمه الشخصي

القاضي خلال النظر في النزاع المعروض أمامه يمنع بأن يقضي في حكمه بعلمه الشخصي ويعد ذلك من قيود التي ترد على عمل القاضي التقديري، وأول من نبدأ به هو تحديد المقصود منه وما الأسس التي يبنى عليها القاضي حكمه، وهل هذا القيد مطلق أم ترد عليه استثناءات؟

أ- المقصود بعلم القاضي الشخصي.

القانون لم يعرف قيد علم القاضي الشخصي وإنما تولى تعريفه الفقهاء، حيث ذهب جماعة منهم إلى جعله تلك الأدلة التي تتعلق بالنزاع المطروح أمام القاضي والتي قدمها أطراف الخصومة وفقا لمبدأ مشروعية وسيلة الإثبات¹⁰⁶².

التي يعني بها الحصول على ادلة المتعلقة بالنزاع المطروح من ضمن ما تم تقديمه من طرف الخصوم، إلى القول أنه لا يجوز للقاضي بناء على حيثيات خارجة عن أوراق الدعوى انطلاقا من علمه الشخصي بها فلو قام بذلك لاعتبر عمله باطلا لأنه ازدوج بين صفة الشاهد والقاضي، وهذا من شأنه الإخلال بحق الدفاع ومبدأ حياد القاضي.

في حين ذهب فريق آخر إلى القول أنه لا يجوز للقاضي عند بحثه موضوع النزاع أن يستند إلى معلومات شخصية تكون خارجة عن الدفوع والطلبات المقدمة من طرف الخصوم والتي قاموا بإثباتها أو قدموا حججا وأسانيد بشأنها¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ - بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 29.

¹⁰⁶² - نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن علمه الشخصي، دار الجامعة الجديد، مصر، 2007، ص 9.

¹⁰⁶³ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 9.

لهذا على القاضي أن لا يضيف أي ادعاء من طرفه أو يقدم خارج عن تلك التي قدمها أطراف الخصومة، لأن ذلك يجعل الدعوى تتغير وتنشأ ادعاءات لا علاقة لها بالأطراف، فينبغي على القاضي أن يتمسك ويبحث في حدود ما أعطاه الأطراف من الأدلة والمستندات تتعلق بالقضية، وفقا لنص المادة 451 (ق-إ-م-إ-ج): "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الاسرة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها الطلب"¹⁰⁶⁴.

وإلا عد هذا مساس بالقاعدة التي تنص على عدم جواز الاحتجاج أمام الخصم بأي واقعة أو حجة لم تطرح في المحكمة ولم تحدث بين أطراف الخصومة تطبيقا لنص المادة 26 (ق-إ-م-إ-ج): "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات"¹⁰⁶⁵.

كما أنها تشكل اعتداء على القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز الاحتجاج تجاه الخصم بأي وقائع أو أدلة لم تطرح في الجلسة أو لم تكن محل مناقشة من طرفهم، لأن ادعاءات الخصوم هي دائما مرتبطة بإثباتها في حالة إدخالها¹⁰⁶⁶، والقاضي ملزم بالجدود المبينة له، من قبل الخصوم ولا يمكن يأخذ في الاعتبار كأصل عام إلا ما أثير امامه من وقائع كانت محل مناقشات ومرافعات، إلا أنه يجوز للقاضي وقت الفصل في الدعوى، أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع المثارة من طرف الخصوم أثناء المناقشات والمرافعات، لكن لم يؤسسوا عليها إدعاءاتهم. نستخلص من المادة 26، أن القاضي غير مقيد بما تضمنته العرائض والمذكرات، إنما له أن يأخذ بما يثار أمامه شفويا ويعتبره تأسيسا لادعاءات الخصوم، من امثلة ذلك أن تؤسس الزوجة دعواها المتضمنة مطالبتها الطلاق، أن زوجها يسيء معاملتها ويضربها استنادا إلى المادة 53 من قانون الاسرة دون أن تقدم شهادات طبية تدعم موقفها، لكنها تثير أمام القاضي واقعة أخرى لم ترد في عريضة افتتاح الدعوى، تتضمن زواج المدعى عليه من امرأة ثانية دوا

¹⁰⁶⁴- أمر رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

¹⁰⁶⁵- أمر رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المرجع السابق.

¹⁰⁶⁶- نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص10.

موافقتها وتصر على عدم رضاها، فللقاضي هنا ان يأخذ بعين الاعتبار الوقائع المثارة امامه ليؤسس عليه حكمه لفائدة الزوجة¹⁰⁶⁷.

أما الفقه الإسلامي فقد انقسم فيما يتعلق بإمكانية قضاء القاضي بعلمه الشخصي إلى قولين: حيث ذهب المالكية وبعض فقهاء الحنابلة والشافعية ومتاجري الحنفية إلى القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي¹⁰⁶⁸، وقد استندوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار"¹⁰⁶⁹. بينما ذهب الحنفية وابن حزم الظاهري إلى القول أن يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، غير أنهم فصلوا في ذلك بالجواز فيما يتعلق بالحقوق الطلاق وعتاق وفي القصاص وحد القذف بينما لا يجوز في سائر الحدود وقد استندوا في قولهم إلى عدة نصوص شرعية من الكتاب والسنة¹⁰⁷⁰، ويتحدد من جملة هذه المواقف تعريف امتناع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي أنه: "لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع ومثبة بواسطة الخصوم"¹⁰⁷¹.

واستناداً إلى أن قاعدة منع القاضي بالقضاء بعلمه الشخصي يجب أن عليه أثناء ممارسته سلطته التقديرية أن يراعي مجموعة من القيود وتتمثل في:

- البقاء على الوقائع التي قدمها الخصوم ولا يضيف وقائع من عنده وخارجه عن الحقيقية.
- يحكم القاضي بحسب طلبات الأطراف فقط لا غير.
- يستنتج حكم أو قرارته حمل الدعوى إطلاقاً من الوقائع والأدلة التي قدمت له¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 69.

¹⁰⁶⁸- أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ج 2، ص 713 وما بعدها.

¹⁰⁶⁹- اسبق تخريجه، الشافعي الام، ج 7، ص 492.

¹⁰⁷⁰- نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص 11.

¹⁰⁷¹- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 130.

¹⁰⁷²- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 130.

ب- منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي استنادا لمبدأ حياد القاضي.

يقصد بحياد القاضي تجريده إتجاه القضية المعروضة أمامه من أية مصلحة ذاتية ولا ينحاز لأي طرف، ويكون خصما في الدعوى بحيث من المستحيل أن يجمع القاضي بين صفتين الخصم والقاضي في آن واحد، ويكون للقاضي في هذه الحالة دورا ايجابيا في سعيه لحماية المتخاصمتين، والقاضي في حالة ما إذا مال لأي خصم من الدعوى يكون غير منصفا وفاقدا للغاية التي يسعى القضاء لتحقيقها وهي العدالة، لهذا عليه أن يبتعد عن أي مصلحة غيرية كانت أو شخصية¹⁰⁷³.

غير أن هناك من يرى أن المقصود بحياد القاضي وقوف القاضي من النزاع موقفا سلبيا من كلا الخصمين، غير أن هذا المفهوم يقودنا إلى مبدأ حياد القاضي في نظر المذهب التقليدي الذي يجعل من القاضي عنصرا غير فعال في القضية، وهذا عكس المذهب الحديث الذي يجعل من القاضي عنصرا فعالا في بحث القضية حيث لا يكتفي بالنظر، وإنما يقوم بمبادرات تساعد على إيجاد الحل القانوني للنزاع¹⁰⁷⁴.

وهذا ما تم تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المسائل الاسرية حيث جعل للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته واقتناعه الشخصي فيما يتم تقديمه من طرف الخصوم، حيث أوجب عليه إجراء جلسة الصلح¹⁰⁷⁵ والتي من خلالها يكشف عن الغموض الذي يكتنف الوقائع المدعى بها، كما خوله سلطة تقرير اجراء التحقيق وهذا عند عدم كفاية الأدلة المقدمة من طرف الخصوم، كما منحه سلطة تقرير اجراء الخبرة وغيرها من الأمور التي تساهم في تكوين اقتناعه الشخصي¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61.

¹⁰⁷⁴ - نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

¹⁰⁷⁵ - المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري.

¹⁰⁷⁶ - جاء في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "ويجوز إضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة".

وكذلك خول له سلطة تقرير اجراء التحقيق من أجل البحث عن الحقيقة وفقا لآليات رسمها له القانون والتي ليس له الحق في الحياد عنها، لأن ذلك يمس بمبدأ حياد القاضي، ومن خلال لجوئه للتحقيق أعطى له المشرع سلطة اجراء الخبرة¹⁰⁷⁷، ولا يمكن القول في هذه الحالة أن القاضي خرق مبدأ حياد القاضي أو قام بالقضاء بعلمه الشخصي لأن كل المعلومات التي يتحصل عليها كانت بموجب القانون وفي إطار ممارسة عمله القضائي ولم يستند إلى أي معلومات شخصية مسبقة تتعلق بموضوع النزاع أو أطرافه.

ج- الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

إن القاضي أثناء بحثه في النزاع المطروح عليه يجوز أن يبني حكمه وفقا لمعرفته الشخصية، ويعلم جميع بما فيهم الأطراف وكذلك معرفته بالقانون، حيث القاضي بعد معرفته بالوقائع يطبق عليها النص الملائم بعد التحقيق فيها ودراستها.

وقيام القاضي بتطبيق القانون انطلاقا من معلوماته الشخصية في هذا المجال لا يعد قضاء بعلمه الشخصي، لأنه هو الشخص المخول بمعرفة القانون وترتيب الاحكام الواردة فيه على الوقائع التي تتطابق معه¹⁰⁷⁸، وفي الأخير واستنادا لوظيفته القضائية التي تفرض عليه أن يكون له معرفة بالنصوص القانونية وتطبيقها، وأمام سلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يمكن أن يأخذ بعين الاعتبار موقفه وبمعنى استنادا لعلمه ومعلوماته الشخصية التي يلتزم بأن يعلم بها الجميع¹⁰⁷⁹.

الخلاصة:

نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن القاضي يتوصل إلى النزاع المطروح أمامه عن طريق أعمال المنهج القانوني وكذا الوسائل المنطقية، وهذا من خلال استخدامه المنطق

¹⁰⁷⁷ - بوشيبان خديجة، صلاحية القاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09، مذكرة لنيل إجاز المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007/2008، ص17.

¹⁰⁷⁸ - نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص43 وما بعدها.

¹⁰⁷⁹ - نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، المرجع السابق، ص43-44.

القضائي في فحص الوقائع وإخراج المنتج منها ثم القيام التكييف القانوني بتحليل الوقائع المطروحة من الخصوم والفروض النموذجية ثم استخلاص العناصر المشتركة بينهم واختيار النص القانوني المتطابق مع التكييف، بعد هذا يقوم ببناء الحكم وهذا عن طريق القياس القضائي للمقدمة الصغرى ليصل إلى نتيجة أو تطبيق الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية.

ومن خلال عرضنا لهذا البحث توصلنا إلى النتائج التالية:

1- يمكن القول في الأخير أن التقدير الشخصي هو أداة من الأدوات الفنية للاستدلال القضائي تكون ممارستها في الحالات التي ينص فيها القانون على منح الحماية القانونية للأشخاص، ومن أجل تحقيق هذه الغاية يتم البحث في الظروف الشخصية والاعتبارات الذاتية للصيقة بالشخص صاحب المركز القانوني المتنازع عليه.

2- يقوم قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر بنوعين من التقدير القضائي، وهما التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي حيث يستند في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد في الاحوال التي يراد فيها حماية المصلحة العامة، ويستند في الثاني على المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الاحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص.

3- تخضع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة إلى جملة من القيود فرضها المشرع على القاضي بمناسبة وظيفته القضائية أبرزها التقيد بالغاية الموضوعية للقانون ومبدأ الحياد وعدم القضاء استنادا إلى علمه الشخصي وضرورة ذكر مبررات الحكم القضائي.

المبحث الثاني: المقصود بالتعويض عن الضرر وحدود ممارسة القاضي لسلطته في التعويض عن الضرر.

تعتبر المسؤولية العقدية جزءا لا يتجزء من المسؤولية المدنية عموما، فكلاهما يهدف إلى التعويض للطرف المضرور عن الأضرار والخسائر التي لحقت به، سواء كان ذلك ناتجا عن الإخلال ببند العقد أو التأخر في التنفيذ، أو كانت نتيجة الإخلال بالتزامات قانونية، وهذا ما

يطلق عليه الفقه إسم المسؤولية التقصيرية، وينجر وراءها ينبغي التعويض عنه بمقدار جسامته ويعود تقديرهما للقاضي.

وسبق القول أن السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة قانونية لإعمال النشاط الذهني، وقلنا أن هذه السلطة هي من طبيعة واحدة ولا تختلف في كل الفروع، ولكنها تختلف بحسب حالات ومجالات أعمالها وهذا الاختلاف لا يتعلق بها وإنما بالحالات التي تمارس في ظلها، ومن هذا المنطلق سنحاول في هذا المبحث الحديث عن حالات التعويض التي يمارس القاضي في ظلها نشاطه التقديري.

ولكن الحديث عن هذا الأمر يقتضي بداية بيان وبتحديد المقصود بالتعويض عن الضرر لأنه لا يمكن إبراز حالات التعويض عن الضرر والحديث عن دور القاضي فيها دون معرفة المقصود بالتعويض عن الضرر أولاً، وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث.

المطلب الأول: المقصود بالتعويض عن الضرر

حيث يعد التعويض عن الضرر مجال دراستنا هذه، لذلك سنحاول في هذا المقام الإحاطة بمختلف جوانبه، وهذا لتوضيح المقصود منه وعليه سنقوم أولاً بتحديد مفهوم الضرر ثم تحديد مفهوم التعويض ثانياً ثم بعد ذلك نبين أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه.

الفرع الأول: مفهوم¹⁰⁸⁰ الضرر وأنواعه.

يعد الضرر في القانون أساس لقيام المسؤولية العقدية¹⁰⁸¹، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان¹⁰⁸²، وبيان مفهومه يتطلب بداية التعريف به، ثم بيان أنواعه وكذا شروطه.

أولاً: تعرف الضرر: للإحاطة بتعريف الضرر لابد أولاً من عرض دلالاته اللغوية ثم بيان

التعرف الاصطلاحي له:

¹⁰⁸⁰ - المفهوم هو مجموع الصفات والخصائص الموضحة لمعنى كلي يقابله المصداق، المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص483.

¹⁰⁸¹ - السعدي محمد صبري، مصادر الالتزام "النظرية العامة للالتزامات"، د.ط، الجزائر، دار الكتاب الحديث، 2003، ج2، ص81.

¹⁰⁸² - بن زبينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، الجزائر، دار الخلدونية، 2007، ص16.

تقدم أن الفقه الإسلامي يربط التعويض بالضرر، ويقيمه على أساسه، إنفاذاً لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"¹⁰⁸³، وإعمالاً لقاعدة: "الضرر يزال"¹⁰⁸⁴، وأيضاً: "الضرر يدفع بقدر الإمكان"¹⁰⁸⁵.

والفقه الإسلامي ينظر إلى الضرر نظرة موضوعية، ومن ثم فإنه يلزم محدثه بالتعويض بغض النظر عن وقوع خطأ منه أو لا، طالما كام مباشراً للفعل الذي أحدث الضرر أو متسبباً فيه، فلا ينظر إلى خطأ الفاعل، ولا إلى إدراكه، ومن هنا لم تضطره الصياغة الفقهية إلى اللجوء إلى الحيل القانونية، كالقول بالخطأ المفترض أو الخطأ الثابت كما فعل القانوني، ولكنه نظر إلى الضرر مطلقاً، دون اعتبار للواقعة التي أنشأته، إرادية كانت أم غير إرادية، وأوجب تعويض المضرور عما أصابه جبراً لضرره¹⁰⁸⁶.

وإذا كانت الشريعة الإسلامية تدعو إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، فإن الفقه الإسلامي كذلك كان موقفاً كل التوفيق، إذ لم يربط جبر الضرر بتحقق المسؤولية المدنية التي يلزم لتوافرها عناصر ثلاثة هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

والفقه الإسلامي إذ يربط التعويض بالضرر، ويجعل هذا بدور مع ذلك وجوداً وعدمًا، فإنه لم يكن بحاجة إلى استثناءات خاصة لتقرير مسؤولية عديم التمييز - كما بينا سابقاً - كما فعل الفقه القانوني، لأن العبرة بوقوع الضرر، فيكفي تحققه لكي يتحقق التعويض.

أما الأمر في الفقه القانوني فإنه يختلف عن الفقه الإسلامي، ذلك أن الفقه يربط التعويض بعناصر المسؤولية بغير خطأ، ولذلك رأينا أن موجب التعويض عندهم إنما هو الخطأ، سواء خطأ ثابتاً، أم خطأ مفترضاً، كما ذهب أصحاب النظرية الخطيئة أو الشخصية.

¹⁰⁸³ - سبق تخريجه.

¹⁰⁸⁴ - مجلة الأحكام العدلية مادة 20، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص 83، الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 85.

¹⁰⁸⁵ - مجلة الأحكام العدلية مادة 31.

¹⁰⁸⁶ - محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، بين الفقه القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.ط، 2002،

ص 157-158.

ولكن هذا لا يمنع من أن هناك جانبا من الفقه -وهم أصحاب النظرية المادية أو الموضوعية- جنحوا إلى تأسيس المسؤولية أو التعويض على أسس مادية قوامها وقوع الضرر بغض النظر عن وقوع خطأ، وذلك على أساس تحمل التبعة أو مبدأ الغرم بالغنم¹⁰⁸⁷.

يعد الضرر في القانون أساسا لقيام بمسؤولية المدنية¹⁰⁸⁸، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان¹⁰⁸⁹، وبيان مفهومه يتطلب بداية التعريف به، ثم بيان أنواعه وكذا شروطه.

أ- تعريف الضرر في اللغة

ضرر¹⁰⁹⁰: (الضر، ويضم) لغتان: (ضد النفع) (أو) الضر (بالفتح: مصدر، وبالضم: اسم)، وقيل: هما لغتان كالشهد والشهد، فإذا اجتمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضر ضمنت إذا لم تستعمله مصدرا، كقولك: ضررت ضرا، هكذا تستعمله العرب، كذا في لحن العوام للزبيدي.

ضره (به، وأضره)، إضرارا، وأضر به (وضاره مضارة، وضرارا)، بالكسر بمعنى، والاسم الضر، فعل واحد، والضرار فعل اثنتين، وبه فسر الحديث الذي يرويه ابن ماجه عن عبد ربه بن حل النميري أبو المغلس بسنده من حديث عبادة بن صامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى عليه وسلم قضى أن "لا ضرر ولا ضرار"¹⁰⁹¹ أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه، ولا يجازيه على اضراره بإدخال الضرر عليه.

¹⁰⁸⁷ - محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص158.

¹⁰⁸⁸ - محمد سعيد صبري السعدي، مصادر الالتزام "نظرية العامة للالتزامات"، ج 2، د ط، الجزائر، دار الكتاب الحديث 2003، ص81.

¹⁰⁸⁹ - عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص16.

¹⁰⁹⁰ - الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7، ص122-127، ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مادة (ضرر)، ج 9، ص32-35، الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مادة (ضرر)، باب الرء فصل الضاد، ج 1، ص55، ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج 3، ص360.

¹⁰⁹¹ - سبق تخريجه، والحديث أصل لقاعدة من القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي، يبنى عليها كثير من أبواب الفقه، منها ضمان المتلفات، وفرغ عليها العلماء قواعد أخرى منها: الضرر يدفع قدر الإمكان، والضرر لا يزال بمثله، والضرر الأشد يزال بالضرر الاخف، يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، ينظر: ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، الاشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق: عبد العزيز محمد الوكيل (مير محمد كتب خان، كراتشي - باكستان، د-ط، د-ت)، ص 85-92، الزرقاء، أحمد: شرح قواعد الفقهية، ص113-141-143-145.

والضرر: (النقصان يدخل في الشيء)، يقال: دخل عليه ضرر في ماله وقوله تعالى: ﴿فَأَخَذْتَهُم بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ﴾¹⁰⁹²، قيل: الضراء: (النقص في الأموال والأنفس، كالضرة والضرارة)، بفتحها.

مما سبق نخلص أن الضرر يأتي في اللغة بمعنى ضد النفع، وسوء الحال وشدته، والضييق والأذية، والنقصان يدخل الشيء، فهذه المعاني للضرر في اللغة تدل على أن الضرر مما يستوجب التعويض عنه.

ب- تعريف الاصطلاح للضرر.

واستعرض هنا قولين لتعريف الضرر في اصطلاح الفقهاء:

1- تعريف الضرر عند الفقهاء القدامى

ذكر الفقهاء المتقدمين للضرر عدة تعريفات منها:

1- قال صاحب معين الحكام: وقال بعضهم: "الضرر ما ينفك ويضر صاحبك، وما يضر صاحبك ولا ينفك، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد الاضرار بغيره"¹⁰⁹³.

2- عرف الامام النووي الضرر بأنه: "الأذى"¹⁰⁹⁴.

3- وعرفه السيوطي بأنه: "الحاق مفسدة بالغير مطلقاً"¹⁰⁹⁵.

4- وعرفه ابن رجب بأنه: "أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به"¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹² - سورة الانعام، الآية 42.

¹⁰⁹³ - الطرابلسي علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام، مصطفى الحلبي، القاهرة مصر، الطبعة الثانية، 1393 هـ / 1973 م، ص 212.

¹⁰⁹⁴ - النووي، يحيى بن شرف بن مري، تحرير ألفاظه التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق سوريا، الطبعة الأولى، 1408 هـ، ص 128.

¹⁰⁹⁵ - السيوطي، عبد الرحمان بن الكمال أبي بكر بن محمد الدين الخضير، وآخرون، شرح سنن ابن ماجه، قديمي كتب خانة، كراتشي - باكستان، د-ط، د-ت، ص 169، المناوي عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن نور الدين علي بن زين العابدين الحدادي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، تعليقات يسيرة، لماجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1456 هـ، ج 6، ص 431.

¹⁰⁹⁶ - ابن رجب، عبد الرحمان بن شهاب الدين بن احمد، جامع العلوم والحكم في شرح مسين حديثاً من جوامع الكلم، دار الخير، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ / 1996 م، ج 2، ص 120.

والملاحظ على هذه التعريفات أنها تتفق بتقيد الضرر بعد الانتفاع، فنجد أن التعريف الأول اقتصر على المعنى اللغوي فقط، دون المعنى الاصطلاحي، لأنه لم باستعراض هذه التعريفات نجد أن التعريف الأول غير جامع لأنه لم يذكر باقي أنواع الضرر كالجسمي، والادبي، فليس كل ضرر يسبب خسارة مالية، وهذا التعريف غير مانع لدخول الأذى المشروع، كالضمان وهذا ليس بضرر.

وعلى هذا فالتعريف المختار هو: "كل أذى يصيب الإنسان سواءً كان مادياً أو معنوياً بغير وجه الحق"، فهذا التعريف أوضح ماهية الضرر، وأنه الأذى الذي يصيب الإنسان، فيشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي والأقسام التي تتدرج تحتها كالضرر الذي يصيب الإنسان في بدنه، أو ماله، أو شرفه، أو العاطفة، أو الشعور¹⁰⁹⁷.

مناقشة وترجيح:

يلاحظ من جملة التعريفات اللغوية والاصطلاحية الاتفاق على استعمال لفظ الأذى في كثير من الحالات كمرادف للضرر خاصة عند الفقهاء المسلمين. وبالنسبة لفقهاء القانون نجد أن كل التعريفات تتحد في أن الضرر هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة وهذا المصطلح الأخير يشوبه الغموض لأنه يختلف باختلاف التوجهات المذهبية للقوانين الوضعية، الأمر الذي يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره والبحث عن مدى توافره¹⁰⁹⁸.

أما فيما يتعلق بالتعريف القضائي نجد أن القضاء المصري عرف الضرر بأنه: "إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاءً لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها"¹⁰⁹⁹، ويلاحظ أن هذا التعريف يقترب إلى ما ذهب

¹⁰⁹⁷ - محمد بن المدني يوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ص 88.

¹⁰⁹⁸ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 35.

- vaiard, Antoine, Droit Civil Algérien, Alger, opu, 1980, p113.

¹⁰⁹⁹ - النقض المدني 1985/03/12، رقم 45 لسنة 54، "قلا عن: عبد الحميد الشواربي: مجموعة لأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، د-ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2001، ص 142، أنظر، في هذه الفكرة أيضاً: أنور العمروسي، موسوعة الاحكام الشرعية، المرجع السابق، ص 595.

إليه الدكتور وهبة الزحيلي وهو يتعلق بجانب معين في المجال الاسري¹¹⁰⁰، بينما جاءت التعريفات السابقة عامة تنطبق على كل ضرر يصيب الشخص بغض النظر عن المجال الذي يقع فيه.

ويمكن القول إجمالاً أن كل التعريفات تصب في بوتقة واحدة كون الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بحق أو مصلحة مشروعة له¹¹⁰¹ فيما يتعلق بنفسه أو ماله ويترتب عنه مفسدة معتبرة.

والضرر هو علة وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي، فإذا وقع لضرر وجب التعويض، وإذا انتفى الضرر انتفى معه التعويض.
ثانياً: مفهوم الضرر في القانون.

اختلفت تعبيرات الفقهاء في تعريفهم للضرر، واستعمل كل منهم اصطلاحاً يختلف عن الآخر، فذهب بعضهم إلى أنه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له¹¹⁰².

وذهب رأي إلى أنه إخلال بحق أو بمصلحة ذات قيمة للمضروب¹¹⁰³.

ويمكن أن نسترشد بتعريفات بعض الشراح من رجال القانون للضرر بأنه:

(1) الضرر هو: "ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة"¹¹⁰⁴.

(2) الضرر هو: "كل أذى يتعرض له شخص بفعل الغير في ذاته، أو ماله، أو عاطفته، أو مشاعره، أو حريته، أو شرفه، أو اعتباره سواء كان مادياً أو معنوياً"¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁰ - هذا يتعلق بتعريف الضرر الموجب للتطبيق.

¹¹⁰¹ - المصلحة المشروعة يمكن أن تكون مادية أو أدبية ولا يشترط أن يكون المساس بالمصلحة المشروعة مما يمس حقاً له.

¹¹⁰² - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، فقرة 62، ص 127.

¹¹⁰³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص 971.

¹¹⁰⁴ - عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د-ط، 1989 م، ص 485.

¹¹⁰⁵ - عبد الحكيم فودة، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، في ضوء الفقه وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، د-ط، 1998م، ص 17.

3) الضرر هو: "الأذى الذي يصيب الشخص، من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه، أو ماله، أو عاطفته، أو حرّيته، أو شرفه، أو اعتباره، أو غير ذلك"¹¹⁰⁶.

4) الضرر هو: "الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويض لأنه يمس حقا من الحقوق أو مصلحة مشروعة سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقا بالحياة كالحق في الحياة باعتباره من الحقوق الأساسية للصيقة بالإنسان أم الحق في السلامة البدنية أم حقه في عدم المساس بعواطفه أو ماله أو حرّيته أو شرفه أو غير ذلك"¹¹⁰⁷.

والضرر ركن من أركان المسؤولية المدنية، فإذا كان من الممكن قيام المسؤولية -في بعض الأحيان- دون اشتراط لثبوت الخطأ في الفعل الضار، فلا يتصور قيام مسؤولية بلا ضرر، ولذل يجمع الفقهاء أن لا مسؤولية بغير ضرر¹¹⁰⁸.

ولقد اشترط القانون حدوث الضرر كركن من أركان المسؤولية بشروط التالية وهي:

ولقد ورد في نص المادة 124 ق.م.ج قاطعا في ضرورة توافر ركن ضرر في المسؤولية التقصيرية حين قضى بأن "كل فعل أيا كان يرتكبه المرء (بخطئه) ويسبب ضررا للغير...".
أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد اخلال المدين بالتزامه يترتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الاخلال قد سبب للدائن ضررا، غير أن يترتب عليه ضرر ولو معنوي للدائن، وإذن فلا بد من ثبوت ضرر في المسؤوليتين حتى يستحق التعويض، ولا يكفي أن يقع فعل ضار لكي يسأل عنه فاعله ما لم يكن قد أحدث للغير ضرر¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁶ - عبد العزيز اللصاصة، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2002 م، ص 63.

¹¹⁰⁷ - عايد رجا الخليلية، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2009 م، ص 120.

¹¹⁰⁸ - عبد الحميد البعلي، نظرية التبعية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1397 هـ، ص 205.

¹¹⁰⁹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، د م ج، الجزائر، المرجع السابق، ص 162.

وقد قضت محكمة النقض بأن الضرر ركن من اركان المسؤولية، وثبوته شرطاً لازماً لقيامها وللقضاء بالتعويض تبعاً لذلك¹¹¹⁰.

ج) مقارنة مفهوم الضرر بين الشريعة والقانون

بعد أن تعرضنا لتعريف الضرر عند فقهاء الشريعة والقانون نخلص إلى أنه لا يوجد اختلاف بين منهج كل منهما، فكلاهما يقيمه على أساس أو معيار موضوعي، قوامه إلحاق الأذى بالغير، أو انتقاص حق من حقوقه، غير أن فقهاء القانون المدني وهم بصدد تعريف الضرر يتعرضون له باعتباره أركان المسؤولية المدنية شأنه في ذلك شأن الخطأ وعلاقة السببية بينهما.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فيتعرضون له باعتباره أساس المسؤولية، إذ يعتبرونه الركن الأساسي الذي يترتب التعويض أو الضمان على وقوعه، ولا يقيمون وزناً للخطأ، فالتعويض بالضرر بغض النظر عن وقوع الخطأ أم لا¹¹¹¹.

الفرع الثاني: أنواع الضرر

اتجه أغلب الفقه الوضعي إلى تصنيف الضرر بالنظر إلى طبيعة المصلحة التي اعتدي عليها إلى قسمين: ضرر مادي وضرر معنوي¹¹¹²، وهناك من الفقهاء المعاصرين¹¹¹³ من يقسم الضرر إلى ثلاثة أنواع: ضرر مادي يصيب الجانب المالي للشخص وضرر معنوي وضرر جسدي يصيب جسم الشخص من جروح أو موت ولكن هذا التقسيم تعرض أصحابه للنقد كون الضرر الجسدي يعد من ضمن الضرر المادي.

¹¹¹⁰ - حيث قضت في 3 مايو 1962 بأنه إذا تمسك رب العمل في دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرراً من جراء فصله، وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر، أو لغير ذلك من الأسباب، فإن ذلك يكون ذلك دفاعاً جوهرياً يحتمل لو ثبت أن يتغير معه وجه رأى في الدعوى، فيتعيب الحكم بالقصور لو التفت عنه ولم يعن بتمحيصه، مجموعة أحكام النقض السنة 13، رقم 106 ص 816، ونفس المعنى نقض المدني في 7 يناير 1960، مجموعة أحكام النقض السنة 11 رقم 2 ص 25.

¹¹¹¹ - محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 166.

¹¹¹² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 240، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1989، ص 680، فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص 18.

¹¹¹³ - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 26.

أولاً: أنواع الضرر في الفقه الاسلامي

ينقسم الضرر عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلى نوعين أساسيين إلى الضرر المادي

والضرر غير المادي

أ- الضرر المادي

يتمثل الضرر المادي في كل أذى يصيب الانسان في جسمه أو في ماله، ومن ثم فإنه

ينقسم إلى قسمين: ضرر جنائي وضرر مالي، وموضوع بحثنا هو الضرر المالي.

1) الضرر المالي:

يتمثل الضرر المالي في تقويت مال على مالكه، فهو ما يصيب الانسان في أمواله، ويسبب

له خسارة مالية متماثلة في اتلافه كله أو بعضه، أو بتعييب في المال أنقص به قيمته، عما

كانت عليه قبل التعييب، أو بتقويت منفعة من منافعه على مالكه، فمناطق التعويض في الضرر

المالي هو اتلاف المال، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة¹¹¹⁴.

ويكون التعويض عن الضرر المالي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر إن

أمكن، وإلا كان التعويض متمثلاً في تغريم المسؤول نظير ما أتلفه من المال، أو قيمته لجبر

الضرر الواقع وإزالته، والتعويض هو السبيل الوحيد لجبر الضرر المالي، ومن ثم فلا يجوز

تخيير المضرور، بين أخذ بالتعويض أو إتلاف مال المسؤول نظير إتلافه لماله، ذلك لأن

المبدأ المقرر في الشريعة هو عدم جواز مقابلة الإلتلاف بمثله، لقول الرسول صلى الله عليه

وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"¹¹¹⁵، والضرار هو مقابلة الإلتلاف بمثله.

ولذا جاء في القواعد "الضرر لا يزال بمثله"، وكذلك أيضاً: "الضرر لا يزال بالضرر"،

ومفسدة جناية الإلتلاف تندفع بتغريم الجاني مثل ما أتلفه فإن، المثل يسد مسد المثل من كل

وجه، فتصير المقابلة مفسدة محضة تنزه عنها شريعة أحكم الحاكمين.

¹¹¹⁴ - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني (الملقب بملك العلماء) المتوفى سنة 487هـ، بدائع الصنائع، ترتيب الشرائع، دار المتاب

العمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1982، ص164.

¹¹¹⁵ - سبق تخريجه.

ومن ثم فلا يجوز شرعا أن يقابل الضرر بمثله تشفيا وانتقاما، وعلى المتضرر إنما يطالب بالتعويض وإزالة الضرر، وقد نصت مجلة الاحكام العدلية على أنه: "ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما أنه ظلم، مثلا لو أتلّف زيد مال عمرو مقابلة بما أنه أتلّف ماله يكونان ضامنين¹¹¹⁶، ومع أن هذا هو المبدأ المقرر عند فقهاء الشريعة، إلا أنه وجد من الفقهاء من ذهب إلى جواز مقابلة الاتلاف بمثله في بعض الأحوال.

فقد ذهب بعض الحنابلة إلى القول بأنه إذا كان المتلف بماله حرمة كالحیوان فليس للمجنى عليه أن يتلف ماله كما أتلّف ماله، أما إذا لم تكن لماله حرمة، كالثوب يشقه الجاني، والعصا يكسرها، فالمشهور عند الحنابلة أنه ليس له أن يتلف شيئا نظير ما أتلّفه، بل له أن يأخذ المثل أو القيمة، ولكن القياس عندهم يقتضي أن يتلف عليه ماله نظير ما أتلّفه الجاني عليه، فيشق ثوبه كما شق ثوبه ويكسر عصاه، إذا كانا متساويين، وأن هذا من العدل، وأسند ابن القيم هذا القول إلى أحمد بن حنبل وأبن تيمية، ونقل عن أحمد أن صاحب الشيء يخير، فإن كان المتلف ثوبا فصاحبه يخير إن شاء شق الثوب وإن شاء أخذ مثله¹¹¹⁷.

ولكن السنة اقتضت التضمن بالمثل لا إتلاف النظير، فقد غرم النبي صلى الله عليه وسلم إحدى زوجاته عندما كسرت إناء لصاحبته، إناء بدله وقال: "إناء بإناء"¹¹¹⁸، ولا شك أن هذا هو الأمر الأصح والأوفق للمضروب، لأنه إذا أخذ مثل ماله أو قيمته، صار كمن لم يفت عليه شيء، واستفاد بما أخذه عوضا عن ماله، أما إذا مكن من مقابلة الاتلاف بمثله، كان ذلك زيادة في إضاعة المال، وتوسيعا للضرر بلا فائدة، والشخص المسؤول يستوى عنده إتلاف ماله أو إعطاؤه للمجنى عليه لجبر الضرر الواقع عليه، ولهذا تعتبر مقابلة الاتلاف بمثله مجرد مفسدة لا فائدة تجنى من ورائها.

¹¹¹⁶ - محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص173.

¹¹¹⁷ - إعلام الموقعين عن رب العالمين، شمس الدين ابن عبد الله محمد ابن بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة 751 هـ، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزضية 1388هـ/1998م.

¹¹¹⁸ - محمد بن علي بن محمد المعروف بالشوكاني، المتوفى عام 1255 هـ، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار، مكتبة الكليات الأزضية، ج7، 1390هـ، 1998، ص83

فالقصاص لا يكون إلا في الإبدان، أما إتلاف الأموال ففيه التضمين، فهو أنفع وأصلح وأبلغ في الصلاح، وأوفق، وهو التدبير السديد لموقع الضرر وجبره، لأن المقصود من رفع الضرر هو: إحلال مال محل المال الذي أتلّف، وذلك يكون بدفع مثله أو قيمته، ولا يتحقق بمقابلة الاتلاف بمثله، بخلاف الدماء، وبهذا تظهر الحكمة من تشريع الضمان في أموال والقصاص في الدماء فما سوى الله بين الأمرين في طبع ولا عقل ولا شرع¹¹¹⁹.

ب- الضرر غير المادي.

يقصد بالضرر غير المادي: الضرر الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس عضو، وينقسم إلى نوعين ضرر أدبي وضرر معنوي، وسوف نتعرض لبحثهما: الأول الضرر الأدبي والثاني الضرر المعنوي.

1- الضرر الأدبي:

يتمثل الضرر الأدبي في كل ما يصيب الشخص في شرفه وعرضه وعاطفته، من فعل أو قول يعد مهانة له، كما في القذف والسب، كما يتمثل فيما يصاب به الإنسان من ألم في جسمه أو عاطفته، من ضرب لا يحدث فيه أثراً، أو من تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته¹¹²⁰.

قد يظن البعض أن الضرر الأدبي مصطلح جديد في الفقه الإسلامي، ولكن من يطالع كتب الفقه الإسلامي للأقدمين يجد أن الضرر الأدبي كان معروفاً لديهم، وإن اختلفت ألفاظه، فأصول فكرة الضرر الأدبي معروفة وموجودة لدى الفقهاء القدامى، وذلك فيما كتبه عنه في باب الجنایات، الديات، الغصب، الاتلاف، الخ، ولا أدل على ذلك مما ذكره أيضاً الإمام ابن العربي في كتابه أحكام القرآن حينما عرف الضرر بأنه هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربى عليه وهو نقيض النفع ولا شك أن الضرر الأدبي يوجد به ألم سواء كان ألماً جسدياً أو ألماً في عاطفته وشعوره أو كرامته ... إلخ كما سيأتي.

¹¹¹⁹ - ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص 125، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 90.

¹¹²⁰ - علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 52.

أما لفظ الضرر الادبي فهو بالطبع لفظ حديث¹¹²¹، والضرر الادبي لا يستوجب تعويضا ماليا في الفقه الإسلامي باتفاق الفقهاء عدا ما ذهب إليه صاحبان من الحنفية، حيث يرى محمد بن الحسن أنه يجب حكومة على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من الألم، وقال أبو يوسف: إن للمجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء، وأجرة الأطباء، كما قرر أن من أحدث جرحا بغيره ولم يبق له أثر، فعلى الجاني أرش الألم وهو حكومة عدل¹¹²².

ويرجع ذلك إلى أن طبيعة التعويض والغرض منه، لا تتلاءم مع طبيعة الضرر الادبي وذلك استنادا للأسباب الآتية:

- 1- إن التعويض بالمال يقوم على جبر الضرر، وذلك بإحلال مال محل المال الفاقد، لإعادة الحال إلى ما كانت عليه، إزالة للضرر، وليس ذلك بمتحقق في الضرر الادبي.
- 2- من أسس التعويض أنه يجب ابتداء بالمثل متى أمكن ذلك، باعتبار أن ذلك هو الأصل في التعويض، فإذا لم يتيسر المثل، اعتبرت المساواة في القيمة المالية، دون زيادة أو نقص في التعويض عن قيمة المعوض عنه، وذلك ليس بمتحقق في الضرر الادبي، لأنه إذا أعطى فيه تعويض كان أخذا للمال في مقابل لا مال، ومن ثم كان أكلا لأموال الناس بالباطل وهو منهي عنه بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾¹¹²³.
- 3- إذا كان الغرض من التعويض المالي هو جبر الضرر ومحوه وإزالته، فإن أخذ المال في مقابل الضرر الادبي لا يعود به الشعور المجروح أو الشرف المثلوم إلى ما كانا عليه. وتقرير مبدأ عدم التعويض عن الضرر الادبي -حيث لا يكون التعويض إلا في مقابل مال أخذ أو أتلّف، لا يعني أن فقهاء الإسلام لم يفرضوا جزاء رادعا للضرر الادبي، ولكنهم فرقوا - كما بينا فيما سبق - بين معنى العقوبة ومعنى التعويض، فجعلوا الجزاء على ما يمس الشرف

¹¹²¹- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الاولي (في الفقه والقانون)، دار الجامعة الجديدة، مصر، د-ط، 2007، ص68.

¹¹²²- الامام شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد سهل السرخسي، المتوفى سنة 483هـ، ج 26، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة

الثالثة، 1398 هـ/ 1998م، ص71.

¹¹²³- سورة البقرة، الآية 188.

والسمعة والاعتبار عقوبة محضة، وهي التعزيز بما يراه الحاكم من ضرب أو حبس أو استخفاف بالكلام، رعاية لمصالح المجتمع، وزجرا للجاني، وسموا بشرف الانسان وسمعته عن أن يكونا محلا لتعويض مادي، فالضرر الادبي جريمة واثم وأمر محظور ومن مصلحة المجتمع والناس وقايتهم منه، بل إن هذا ما تقتضيه قواعد الفقه الإسلامي¹¹²⁴.

على أنه يجوز للمضروب بضرر أدبي أن يسامح المعتدي أو أن يتصلح معه¹¹²⁵.

2- الضرر المعنوي:

يتمثل الضرر المعنوي في تقويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه، كالمودع لديه يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى المؤجر، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تقويت مال على صاحب العين¹¹²⁶.

كما يتمثل الضرر المعنوي كذلك في تقويت فرصة كان من المحتمل أن يكون من ورائها كسب مالي، كضياع فرصة استئناف حكم بسبب تأخر المحامي في تقديم الاستئناف في موعده، أو ضياع فرصة دخول امتحان الترشيح في وظيفة معينة، أو للحصول على ترقية، إذ ليس في ذلك ضرر يتمثل في فقد مال قائم¹¹²⁷.

والضرر المعنوي شأنه شأن الضرر الادبي لا يترتب عليه تعويض في الفقه الإسلامي، لأنه لما كان التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المعادلة أو المكافأة، ووجب أن يكون الضرر المقابل له ضررا ماليا، أي ضررا يتمثل في فقد مال، أما غير المال فلا يقوم بالمال ولا يعرض عنه بالمال، وإن كان ذلك لا يمنع من التعزيز بما يراه الحاكم محققا للمصلحة.

¹¹²⁴ - عبد الحميد البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 228-229، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، دط، 1971، ص 218.

¹¹²⁵ - سليمان مرقس، المسؤولية في التقنيات البلاد العربية، مطبعة الجبلوي، مصر، دط، 1971، ص 143.

¹¹²⁶ - علي الخفيف، المرجع السابق، ص 55.

¹¹²⁷ - عبد الحميد البعلي، المرجع السابق، ص 230.

ثانياً: انواع الضرر في القانون المدني

يعتبر الضرر ثاني ركن من أركان المسؤولية، فالضرر ركن أساسي في المسؤولية، المدنية القائمة على التعويض وانعدامه يؤدي حتماً إلى انعدام المسؤولية المدنية، حيث يعتبر الضرر الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بماله، أو سلامة جسمه، أو حريته، أو شرفه، والضرر شرط لقيام المسؤولية المدنية بنوعها التصيرية والعقدية¹¹²⁸.

2- الضرر المادي:

يتمثل الضرر المادي في الاخلال بحق المضرور، أو بمصلحة له ذات قيمة مالية، أو بتقويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالياً¹¹²⁹، فكل ضرر يسبب للغير خسارة مالية بعد ضرراً مادياً.

وليصح التعويض الضرر المادي لابد أن يتوفر على ثلاثة شروط:

1- الاخلال بحق أو مصلحة للمضرور: فقد يكون المساس بحق مالي للمضرور كإتلاف ملكيته أو اتلاف أثنائه مثلاً وقد تتعلق بحق غير مالي كالاعتداء على الجسم بالضرب واحداث جروح أو عاهة أو غيرها، ولا بد أن تكون المصلحة مشروعة لكي تحظى بحماية القانون في حالة الاخلال بها، وعلى أساس ذلك لا يمكن التعويض عن فسخ الزواج الباطل قانوناً وشرعاً أو العلاقات غير مشروعة مثلاً¹¹³⁰.

وبمناسبة المصلحة المشروعة نشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية كانت ترفض طلب الخلية *La concubine* التعويض عما أصابها من ضرر بسبب الاعتداء على حياة خليلها، وأخذت منذ سنة 1937، تشترط للمطالبة بالتعويض أن يثبت المضرور أنه كانت له مصلحة

¹¹²⁸ - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 276.

¹¹²⁹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، فقرة 570 ص 970 وما بعدها، سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، فقرة 63، ص 130.

¹¹³⁰ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 68، سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 39.

مشروعة يحميها القانون (Un intérêt légitime juridiquement protégé)¹¹³¹، وبالتالي كانت تقضى بأن ليس للخليلة الحق في المطالبة بالتعويض لأن علاقتها بخليتها غير مشروعة. ثم حدث خلاف حول هذه المسألة بين الدائرة المدنية والدائرة الجنائية، فكانت الأولى تتشدد وترفض رفضاً باتاً طلب التعويض المقدم من الخليفة، بينما كانت الثانية تتسامح وتقضى لها بالتعويض بشرط أن تكون علاقتها بخليتها قد ظلت مستمرة ومستقرة لفترة طويلة، وألا تكون قائمة على الزنى.

غير أن الدائرة المختلطة La chambre mixte لمحكمة النقض وضعت حداً لهذا الخلاف وحسنت الأمر بحكم لها صدر بتاريخ 1970/02/27¹¹³² قضى بأن نص المادة 1382 لا يخضع الحق في التعويض إلى شرط وجود رابطة قانونية بين المضرور والضحية، ومنذ ذلك الحين أصبحت الخليفة تستطيع الحصول على التعويض، كما أصبح للخطيبة مثل هذا الحق.

أما عندنا، فيقول الأستاذ السنهوري: "فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها، لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة"¹¹³³. أما الولد الطبيعي ثمرة هذه العلاقة الاثمة والابوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك، لأن العلاقة فيما بينهم وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة، إلا أن قيام المقتول بالنفقة يعتبر مصلحة مشروعة¹¹³⁴.

فالخطبة مرحلة تمهيدية يتعرف فيها الخطيبان على بعضهما ويقفان على المزايا التي يتمتع بها كل منهما والتي يمكن أن تكون أساساً لحياة الزوجية السعيدة ومستقرة، ولا يخرج عما قلناه إلا في حالة ارتكاب الخطيب خطأ ما، عندها يكون مسؤولاً مسؤولاً تقصيرية عما أحدثه من ضرر لخطيبته، وبما أن موضوع بحثنا لا يتعلق بهذه الناحية فلا نسترسل فيها ونشير إلى

¹¹³¹ - أنظر حكم الدائرة المدنية بتاريخ 1937/07/27 المنشور في دالوز سنة 1938 عدد 1، برقم 8.

¹¹³² - نشر هذا الحكم في دالوز سنة 1970، برقم 201.

¹¹³³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج1، فقرة 573، ص974.

¹¹³⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 573، ص974، الصدة، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 448، ص489.

الناحية التي تهمنا والمتعلقة بتضرر الخطيبة بالارتداد نتيجة الفعل الضار الذي يقع على خطيبها أو أنه أدى إلى إصابته إصابة جعلت تحقق الزواج أمرا غير ممكن¹¹³⁵.
ومن هذا يتضح لنا أن الخطيبة التي فقدت خطيبها لا يمكن أن تطالب بتعويضها عن الأضرار المادية المرتدة عن حرمانها من الاعالة بالاستناد إلى علاقة الخطبة فقط، ولكنها تستطيع ذلك باعتقادي إذا كان الخطيب ينفق عليها فعلا، أي أنه يعيلها أثناء حياته، عند ذلك تكون مشمولة بالتعويض حالها حال المعالين الذين فقدوا الاعالة بسبب فقدان المتضرر المباشر، ولكن ليس بصفقتها خطيبة وإنما بصفقتها معالة كما قلنا، وفي تركيا فإن الخطبة تعتبر بموجب المادة 82 من القانون المدني التركي وعدا بالزواج، وبهذا الوعد يصل الخطيبان إلى نوع من الرابطة القانونية ونوع من الشعور بالمعونة¹¹³⁶، وعليه فإنه بالإمكان كما يذهب إلى ذلك بعضهم، اعتبار كل منهما معيلا للآخر في حالتين:

الحالة الأولى: حالة ما إذا كان أحدهما يساعد الآخر في معيشته بمقدار معين وبصورة

مستمرة ومنظمة ويقع عبء اثبات ذلك على من بقي منهما على قيد الحياة.

أما الحالة الثانية: فهي أن الخطبة علاقة تنتهي بالزواج وأنها اتفاق أولي عليه، وبناء على ذلك فهي قرينة على أن الزواج سيتحقق، ولهذا فإن الحي من الخطيبين حتى ولو لم يكن يحصل على مساعدة مستمرة من المتوفي منهما نتيجة الفعل الضار، فإنه يستطيع المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاعالة إلا إذا أثبت المسؤول عن الفعل الضار أن الخطبة ما كانت ستنتهي بالزواج، وقد أيدت محكمة التمييز التركية ذلك حيث جاء في أحد قراراتها (بأن الخطيب المتوفي يعتبر معيلا للخطيب الحي ولهذا يكون له الحق في المطالبة بالتعويض.

كذلك اعتبرت المحكمة الفدرالية السويسرية أن الزواج إذا كان وشيكا فإنه يمكن التحدث

عن الحرمان من المعيل مستقبلا، إلا أن التعويض الذي يحكم به للخطيبة ينبغي أن يكون أقل من الذي يحكم به للمرأة المتزوجة التي فقدت زوجها -لأنه مهما كان الأمر فإن هناك نوعا من

¹¹³⁵ - عزيز كاضم جبر، الضرر المرتد وتعويضه المسؤولية التقصيرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ط1، 1998،

ص138.

¹¹³⁶ -Erden, a.e. sh. 313.

الشك في امكانية اتمام الزواج مستقبلا، بالاضافة إلى وجوب أخذ احتمالات زواج الخطيبة مستقبلا من شخص آخر بنظر الاعتبار عند تقدير التعويض¹¹³⁷.

2- أن يكون الضرر محققا: بمعنى أن يقع فعلا أو سيقع حتما¹¹³⁸، والضرر الاحتمالي¹¹³⁹ لا يعرض إلا إذا تحقق.

والمبدأ الذي أعلنته محكمة النقض المصرية يقضي بأن مجرد احتمال وقوع الضرر في المستقبل لا يكفي للحكم بالتعويض عنه، وتطبيقا لهذا الحكم بأنه: إذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، وأدخل ضمن عناصر الضرر التي قضى بالتعويض عنها ما لحق المطعون عليه الأول من ضرر مادي يتمثل حسبما جاء بأسباب الحكم في وفاة زوجته، وهو في سن لا تسمح له بالاقتران بأخرى بسهولة مما أصابه بأضرار مادية ... تتمثل فيما يتكبده من استخدام سواها للقيام بشئونه المنزلية مع أن احتياجه إلى استخدام من يقوم على رعاية شؤونه المنزلية مقابل أجر ضرر لم يثبت في أوراق الدعوى أنه وقع بالفعل، وليس وقوعه في المستقبل حتما، فهو لا يعدو أن يكون ضررا احتماليا غير محقق الوقوع بما لا يكفي للتعويض عنه¹¹⁴⁰.

وقد ذكرنا أن الضحية في مرض الايدز يمر بمرحلتين:

¹¹³⁷ - عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص139.

¹¹³⁸ - وهو الضرر الذي وقع فعلا، ويذهب رأي من الفقه إلى القول أنه لا يشترط أن يقع بالفعل ولكن يكفي أن وقوعه أصبح مؤكدا ولو حدث في المستقبل لأن هذا الضرر قام سببه ولكن تأخر أثره ومثاله الزوج الذي تعدى على زوجته بالضرب مما خلق لها فيما بعد عاهة مستديمة فهنا الضرر الحاصل على الجسم هو حال ومحقق كما أن هذه العاهة تعد ضرر مستقبلي لأنه ستؤثر عليها مستقبلا.

2 - Geneviève Veney s et Patrice Jourdain, *Traité de Droit Civil "les condition de la Responsabilité"* 2^e édition, Paris, L.G.D.J, 1998, Jean-Luc Aubert, op, cit, p124-125.

¹¹³⁹ - الضرر المحتمل وقوعه في المستقبل وبالتالي لا تعويض عليه إلا إذا وقع فعلا وهو الامر الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قولها: "أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون قد وقع فعلا أو أنه سيقع حتما، أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا، وهناك فرق بين الضرر المحتمل وتقويت فرصة حيث أن المحاكم الفرنسية بداية كانت لا تعوض على ذلك لعدم تحقق الضرر ولكن سارت في ما بعد إلى التعويض على أساس أن فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها كقتل الخاطب والذي يعد ضررا للمخطوبة، وهذا الرأي سلكه القضاء المصري، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص85، عبد المولى طه، التعويض عن الاضرار الجسدية في ضوء الفقه والقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 2002، ص162.

- Jean-Luc Aubert, op, cit, p 126, Geneviève Veney s et Patrice Jourdain ; p71.

¹¹⁴⁰ - نقض المدني جلسة بتاريخ 1982/05/23 مجلة قضايا الحكومة 1984، ص120.

الأولى: وهي العدوى بالفيروس المسبب للمرض، وهذه المرحلة قد تستمر فترة قصيرة أو طويلة تبلغ في حدها الأقصى اثني عشر عاماً وبعدها يدخل المريض في طور المرض الفعلي SIDA Avéré الذي يعقبه حتما وفاة المريض، فإذا رفع الضحية دعواه بالتعويض على بنك الدم مثلاً أثناء المرحلة الأولى للعدوى وأجابت المحكمة طلبه بالتعويض يجوز له طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية أن يرفع دعوى أخرى بالتعويض عند المرور بمرحلة المرض الفعلي، وقد يرى البعض أن مطالبة الضحية بتعويض تكميلي قد تتعارض ومبدأ حجية الشيء المقضي به *L'autorité de la chose jugée* والمبدأ الذي أعلنته محكمة النقض الفرنسية أن طلب المدعي والذي يهدف إلى تعويض عنصر من عناصر الضرر لم يكن يشمل الطلب الأول لا تتعارض ومبدأ حجية الشيء المقضي به لأن محله يختلف عن موضوع الدعوى الأولى¹¹⁴¹ وتعتقد أن التعويض الأول عن الدعوى الأيذر لا يحجب حق الضحية في طلب التعويض عن المرض الفعلي.

ولا يتعارض وحجية الشيء المقضي به فالضرر الأول ليس الضرر الثاني حتى وإن كان الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، واحداً وأن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقاً لنص المادة 171 من القانون المدني المصري والتي تقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي، وقت الحكم أن يعين مدة

¹¹⁴¹ - Civ, 06 janvier 1993 B, civ, 11 no 6 Resp, civ, et assur 1993 comm, 75 chr, par H. Groutel.

- وجاء فيه حرفياً ما يلي:

« L'autorité de la chose jugée ne pouvait être opposé à une réclamation qui tendant à la réparation d'un élément de préjudice, non inclus dans la demande initiale, avait un Object différent de cette ayant lieu au premier jugement ».

- وفي الدعوى قررت المحكمة أن تعويض الضحية عن الضرر الجنسي عقب حودث الحادث يعد عنصراً مستقلاً لم يكن المضرور قد طلبه في الدعوى الأولى عن الضرر الشخصي في نفس المعنى:

- Soc, 9 Novembre 1976 B, civ, V, N°576.

- Soc, 13 Décembre 1979 B, civ, N°997.

- Soc, 16 Novembre 1983 D, 1984-466, Not Y-Chartier.

- Soc, 5 Mars 1985 3 arrêts D, 1986-445, Not Y-Chartier.

- وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أنه إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلي خلال مدة يعينها، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام مجموعة الأعمال التحضيرية ج3، ص393.

التعويض نهائياً فله أن يحتفظ للمضور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير، وعلى المحكمة قبل أن تقرر حق المضور في التعويض التكميلي أن تتأكد أن الضرر الذي يدعي المضور تحققه يرتبط ارتباطاً مباشراً بالفعل غير المشروع وعلى الأخص الطبيعة المتطورة Le caractere évolutif لمرض الايدز وينطبق ذلك أيضاً على ضحايا الالتهاب الكبدي الوبائي بسبب نقل الدم الملوث فقد أشرنا أن العدوى بالفيروس تستمر فترة طويلة تمتد من 30 إلى 40 سنة يظل خلالها المصاب يحمل الفيروس فإذا عبر بعد هذه الفترة الصامتة إلى مرحلة المرض الفعلي، فلا شك أن تقدير الضرر وبالتالي تقدير مبلغ سوف يختلف¹¹⁴².

ويدخل في عناصر الضرر التي يجب التعويض عنها ما لحق الضحية من خسارة، وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للخطأ الطبي الذي أحدث العدوى، وهذا هو الضرر المادي الذي يشترط للتعويض عنه الاخلال بحق أو بمصلحة مشروعة¹¹⁴³، كذا يشمل كل ضرر أدبي يخلفه المرض في نفس الضحية، ولا شك أن مرض الايدز، وانتشار العدوى به بصورة وبائية قد أعاد إلى الأذهان ما حدث في العصور الوسطى في أوروبا وقت انتشار الطاعون حيث العزل الكامل للمريض خشية انتشار العدوى، والانهيار الاسري والاجتماعي حيث يفر المرء من أخيه وأمه وأبيه، والبنات تنتكر لأمها ضحية الايدز¹¹⁴⁴ والزوج يهجر زوجته التي انتقل إليها الفيروس، وقت الولادة القيصرية¹¹⁴⁵، والطفل يطرد من المدرسة¹¹⁴⁶،

¹¹⁴² - أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الايدز والتهاب الكبدي بسبب نقل الدم ملوث، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، 2007، ص 66-67.

¹¹⁴³ - حسن قدوس، المصادر غير للالتزام، مكتبة الجذلاء الجديدة، 1991، ص 161 وما بعدها، جمال زكي، المرجع السابق، ص 259، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 860 وما بعدها، وملاحظات Durry في RTD civ, 1976, p788 n°3.

¹¹⁴⁴ - Pans 7 juillet 1989, op cit.

¹¹⁴⁵ - Pans, 28 Novembre 1991, op, cit. le monde 3 mars, 1987.

¹¹⁴⁶ - le monde 3 mars 1987.

والأب يفصل من عمله مصدر رزقه الرئيسي¹¹⁴⁷، وهذه المظاهر يطلق عليها النفي الاجتماعي للضحية تعد صورا للضرر لم يسبق أن تعرض لها القضاء¹¹⁴⁸.

فإذا أضفنا إلى ذلك الحياة العدمية *La vie nulle* التي يحيها المريض منذ علمه بأنه يحمل الفيروس، حتى لحظة الوفاة ومدى الآلام التي يعانیه الشخص في انتظار لحظة الوفاة *L'angoisse général par la peur de la mort*، وعجز الضحية عن المخالطة الجنسية ورفض زوجته ذلك، وحرمانه من الأطفال، إذا كان لم ينجب، واحتقار أطفاله له إذا كان قد أنجب، فضلا عن الحظ من قدره والتشهير به، والإساءة إلى سمعته، لأدركنا فداحة الاضرار التي تستأهل التعويض، وهذ الاضرار المعنوية أو الأدبية جميعا تعد أضرارا محققة، وترتبط ارتباطا مباشرا بواقعه نقل الدم الملوث بالفيروس وهي في مجملها تفوق الاضرار المادية التي يحدثها المرض.

كما قصر المشرع نطاق المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي على الأشخاص تربطهم بالمضور علاقة الزوجية أو علاقة تقوم على قرابة الدم إلى الدرجة الثانية، وإذا كان المشرع قد قصر حق هؤلاء على المطالبة بتعويض الضرر الادبي الناشئ عن الموت فإن تقرير الحق في التعويض عن الآلام النفسية والجسدية والتي تمس ضحية الايدز وهي الآلام تفوق الوفاة نفسها فمتروك تقدير التعويض عنها للقاضي¹¹⁴⁹، وهناك يمكن أن أطرح سؤال في الضرر المادي والمعنوي من أنها المساس سمعة الخطيبة أو الخطيب أثناء بث إشاعات على إصابة أحدهما بفيروس السيدا، والضرر المرتد إلى أهل الخطيب أو الخطيبة من هذه الاشاعات.

3- أن يكون الضرر مباشرا فلا يعوض عن الضرر غير مباشر.

إن طبيعة الحق أو المصلحة الواقع عليها الضرر الادبي هي طبيعة غير مالية فلا تعدو كونها مجرد المساس بالعاطفة والشرف، بالقيم المعنوية، نتيجة لذلك تردد الفقه طويلا في قبول

¹¹⁴⁷ - Pans, 10 avril 1991, jcp, éd, -11-225 et not chivillord "SIDA" et Contrat de travail.

¹¹⁴⁸ - وفي حكم قديم لمحكمة مصر الكلية الوطنية أن الامراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة فإذا عنها في محافل وعلى جمهور المستمعين بسيء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهم ويعكر صفو آمالهن وهذا خطأ يستوجب التعويض 14 مارس 1949 المحاماة، رقم 117 ص 202.

¹¹⁴⁹ - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 69.

فكرة التعويض عن الاضرار الأدبية، وذلك لأن الضرر الادبي لا يمس أموال المضرور، بل يصيب حقه أو مصلحة غير مالية.
أ- الضرر المعنوي¹¹⁵⁰.

يقصد به الأذى الذي يصيب الشخص في الجانب غير المالي ويتعلق بالمساس بمصلحة مشروعة غير مالية¹¹⁵¹، أو المساس بشرف الشخص واعتباره كحالة السب والشتم والقذف، وتشهير هو كل ما يصيب الانسان في ذمته الأدبية، وبعبارة شاملة فهو كل مساس بالناحية النفسية للذمة الأدبية¹¹⁵².

وقد يترتب على الفعل الضار خسارة مالية مقترنة بضرر أدبي، كالضرر الذي يصيب الجسم بجراح وتشوهات، فما يترتب على هذه الجراح من عجز في القدرة على الكسب يعد ضررا ماديا، وما ينجم عنه من ألم نفسي وتشويه يكون ضررا أدبيا¹¹⁵³، ويعرف شراح القانون المدني الضرر الادبي.

1-الضرر الادبي هو: "ما يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص عليها"¹¹⁵⁴.

2-وعرف كذلك بأنه: "الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية".

3-وعرف بأنه: "ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في اعتباره وشرفه في الدنيا"¹¹⁵⁵.

والملاحظ أنه لم يتطرق الفقهاء الأوائل في كتبهم إلى تعريف الضرر الادبي، كمصطلح، وإنما تعرض له، الفقهاء المتأخرون¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁰ - ويسمى الضرر الادبي والتي تعد التسمية الشائعة له وهذه التسمية وجه الأستاذ عبد الهادي بن زينة نقدا لها، حيث يرى أنها قاصرة عن استيعاب جميع صور هذا الضرر لأنه يتعلق بالادبيات والأخلاق وهي الأمور يمكن لصاحبها التعبير عنها بشكل ملموس ومعين بينما تسمية الضرر المعنوي يرى أنه الاشمل والاعم لأنها تحيط بكل صورته ويقول أنها الأقرب إلى المعنى المصطلح عند ترجمته باللغة الفرنسية "Dommage moral".

- ibid, p129.

¹¹⁵¹ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص39، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص83.

¹¹⁵² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، فقرة 577، ص981.

¹¹⁵³ - محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص180.

¹¹⁵⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج2، ص79.

¹¹⁵⁵ - أحمد خالد موسى، قضايا التعويضات المدنية والجنائية، ص470.

وقد عرفه الدكتور سليمان مرقس على أنه: "كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة يسبب لصاحب الحق أو المصلحة أذى في مركزه الاجتماعي أو في عاطفته أو شعوره ولو لم يسبب له خسارة مالية"¹¹⁵⁷.

ولعل تعريف الدكتور مرقس أقرب إلى الدقة في تعريف هذا النوع من الضرر، لكن يؤخذ عليه تناوله لمصطلح الأذى لا يتسع لكل الأضرار الأدبية التي يمكن أن تكون محلاً للتعويض، فإفساد علاقة زوجية نتيجة علاقة غرامية فيه ضرر ناتج عن إفسادها وليس عن أذى، فقد يصاب أحد الزوجين بأذى وقد لا يصاب ومع ذلك يستحق التعويض عن ما أصابه من ضرر نتيجة إفساد العلاقة الزوجية، وكان من الأفضل عليه أن يتناول مصطلح الإفساد في تعريفه كونه أوسع وأشمل من مصطلح الأذى، ومع ذلك نرجح تعريف الدكتور مرقس على غيره من التعريفات¹¹⁵⁸.

1/1 تعريف الضرر الادبي في التشريع.

إن التعريف ليس من اختصاص المشرع أصالة، وإنما يترك للفقهاء والقضاء لاعتبارات عديدة أهمها، عدم إدخال التشريع في اضطراب ما بين النص والتعريف. وبالرجوع للنصوص الواردة من القانونين المدني الجزائري والمدني المصري نجد منها ما جاء بصيغة عامة، ومنها ما جاء بتعداد صور الأضرار الأدبية دون تحديد تعريف، وأما المشرع الجزائري فمع عدم تعريفه للضرر بشكل عام إلا أنه عرف الضرر المعنوي في المادة (182 مكرر) المستحدثة في القانون المدني حيث قال أنه كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ - إبراهيم محمد الحيدر، التعويض عن الأضرار السجن الخطأ في الفقه والنظام دراسة مقارنة، ص 43.

¹¹⁵⁷ - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة بغداد، القاهرة، 1955، ص 140.

¹¹⁵⁸ - محمد يوسف، فقهاء التعويض عن الضرر الادبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح، فلسطين، 2008/2009، ص 14/15.

¹¹⁵⁹ - أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005، ص 24.

يقابلها نص المادة 163 مدني مصري، حيث تنص على أن: "كل خطأ سبب ضرراً للغير ملزم من ارتكبه بالتعويض"¹¹⁶⁰.

2/1 تعريف الضرر الادبي في القضاء

إن مهمة التعريف ليست من مهمة القضاء كما أنها ليست من مهمة المشرع أصالة، ولكن في حالة غموض النص ودلالاته يلجأ القاضي إلى توضيح النص فيما إذا كان بحاجة لتوضيح، وتعريفه في حالة الخلاف على ذلك، نورد بعض تعريفات القضاء لمفهوم الضرر الادبي.

هناك مجموعة من القرارات القضائية التي بينت معنى الضرر الادبي، ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 13 أكتوبر 1955¹¹⁶¹، عرفته بأنه: "الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية".

كما أن محكمة النقض المصرية عرفته في قرار لها بتاريخ 1998/04/29¹¹⁶²، جاء فيه "كل ضرر يؤدي للانسان في شرفه أو يصيب عاطفته مشاعره".

وعرفته محكمة التمييز العراقية في القرار رقم 25 المدنية أولى 1979، في 1980/02/16 بأنه "الضرر الذي يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى من المعاني التي يحرص الناس عليها"¹¹⁶³، وعرفته محكمة التمييز الأردنية بأنه: "الضرر الذي يصيب الشخص في حريته أو في عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو اعتباره المالي، ولا يشمل الآلام النفسية والجسدية التي لحقت بالمصاب..."¹¹⁶⁴.

¹¹⁶⁰ - مدني مصري، قانون رقم 131 لعام 1948، المنشور في الجريدة الرسمية في 15 أكتوبر 1949م.

¹¹⁶¹ - محمد أحمد عابدين، التعويض عن الضرر المادي والادبي والمورث، المرجع السابق، ص122.

¹¹⁶² - ناصر جميل الشمالية، الضرر الادبي وانتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة الموصل، العراق، غير منشورة، ص140.

¹¹⁶³ - ناصر جميل الشمالية، المرجع السابق، ص140.

¹¹⁶⁴ - مجلة نقابة المحامين الاردنيين، تمييز الحقوق رقم 99/530، المجلة القضائية، للمعهد القضائي الأردني، المجلد الأول، العدد

الخامس، 1997، ص563، القرار رقم 93/126 في 1994/03/08، تمييز حقوق 90/878 ص935.

1- صور الأضرار الأدبية وشروطها.

إن الأضرار الأدبية جديرة بالتعويض عنها بكافة صورها، فهي أضرار ناشئة عن الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة، وتتعدد الحقوق والمصالح بحيث تتعدد بالمقابل صور الأضرار الناشئة جراء الاعتداء عليها، ويمكن رد تقسيم الأضرار الأدبية إلى ثلاث طوائف:

1.2 صور الأضرار الأدبية

1.1.2 أضرار أدبية متصلة بأضرار مادية

قسم الأستاذ السنهوري الأضرار الأدبية إلى ثلاثة أقسام: "ضرر يصيب الكرامة والعرض، كما في القذف وفسخ الخطبة، وضرر يصيب الشخص فيما يكن من عواطف الحنو والحب نحو أفراد أسرته، كما إذا فقد أصلاً أو فرعاً أو أحداً من الحواشي أو زوجاً أو خطيباً، وضرر يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حقوقه الشخصية الثابتة"¹¹⁶⁵.

كما قسم الأستاذ أنور سلطان الضرر الأدبي إلى "ضرر أدبي يتصل بضرر مادي، كما هو الشأن في حالة الاعتداء على الشرف، وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله نتيجة لتلويث سمعته، وضرر أدبي مجرد من أي ضرر مادي"¹¹⁶⁶.

يستفاد من ذلك أن الضرر الأدبي يتحقق من جراء الاعتداء على حق مالي أو غير مالي كالحق في سلامة الجسم...، ومن أبرز صور الضرر الأدبي، الضرر الأدبي الواقع على شرف الإنسان وسمعته، والواقع على حق الإنسان في سلامة جسمه، والاعتداء على حق ثابت للشخص، ويعتبر التعدي المجرد على الحقوق غير المالية للشخص ضرراً أدبياً يستوجب التعويض.

2.1.2 صورة الأضرار الأدبية المجردة

وتتجلى هذه الصورة في الأضرار الأدبية المجردة من أي أضرار مادية، وتشمل هذه الطائفة الأضرار الأدبية الناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة الأدبية، مثل الآلام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتها بسبب فقد طفلها...¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص340.

¹¹⁶⁶ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص374.

إلا أن القضاء المصري كان له رأي آخر في بادئ الأمر حيث اشترط في أن الضرر الادبي لا يكفي لإجابة طلب المدعي التعويض ما دام المدعي لم يصبه أي ضرر مادي، وأن الحزن والألم لا يقوم بمال، وأنه لا يستحق تعويضا إلا من اختل نظام معيشتة بسبب إصابة أو موت المضرور، لعدم سهولة تقويم هذا الضرر ولأنه لا يصح أن يكون أساسا للاتجار المالي¹¹⁶⁸.

3.1.2 صورة الاضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على القيم المعنوية

وهي الاضرار الأدبية الناشئة عن الاعتداء على الشرف والكرامة والعرض والأمانة، كما في القذف والسب وفسخ الخطبة¹¹⁶⁹.

2.2 شروط قيام الضرر الادبي

من المتفق عليه فقها أن الضرر الادبي مثله مثل الضرر المادي، من حيث وجوده ونشأته على النحو الذي يكون فيه سببا لقيام المسؤولية عنه، ومن ثم قيام حق المجني عليه المطالبة بالتعويض عنه.

ولم يمتد هذا الاتفاق إلى الشروط الواجب توافرها لقيام الضرر الادبي، فمنهم من ذكر شرطا أو شرطين¹¹⁷⁰، ومنهم من ذكر ثلاثة شروط¹¹⁷¹، والبعض الآخر ذهب إلى اشتراط خمسة شروط تشتمل على الشروط الفنية والمصلحة للأضرار الأدبية¹¹⁷².

¹¹⁶⁷ - انور سلطان، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، المكتب القانوني، مصر، ط 2، 1988، ص347.

¹¹⁶⁸ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص156.

¹¹⁶⁹ - حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1956، ص318.

¹¹⁷⁰ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص971.

¹¹⁷¹ - سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، القسم الأول، ص48، جلال العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1995، ص400.

¹¹⁷² - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996، ص379 وما بعدها، توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعية، 1988، ص383-384.

ولعل الشروط الخمسة كافية لتوافر الضرر الادبي في تكوينه والمطالبة به تعويضاً، نتناولها

في خمسة نقاط:

- (1) أن يكون الضرر الادبي شخصياً لمن يطالب بتعويضه.
- (2) أن يكون الضرر الادبي مباشراً.
- (3) أن يكون الضرر الادبي محققاً.
- (4) أن ينطوي على اخلال مصلحة أدبية أو حق ثابت للمضرور.
- (5) أن يكون التعويض عن الضرر قد يبيق التعويض عنه.

من البديهي أن من يطالب بالتعويض عن الضرر أن يكون الشخص الذي أصابه الضرر نفسه وبالتالي تقتصر المطالبة عليه دون غيره، فليس لأحد أن يطالب بالتعويض في حالة امتناع المضرور عن رفع الدعوى على المسؤول، فالمضرور وحده له الحق في أن يطالب بالتعويض.

نلخص بالقول أن الضرر الادبي يستلزم شروطاً لا بد من توافرها حتى يمكن القول بأنه مستوجب التعويض، والأصل أن يكون التعويض كاملاً عادلاً يزيل كل آثاره، والضرر الادبي على هذا النحو يصعب تقديره وتقدير التعويض عنه، مما يستدعي تناول مبدأ التعويض الكامل وما المقصود به، وأنه مطلق لا يسار إلى التخفيف منه في حالة عدم الموازنة بينه وبين الضرر.

ج) مقارنة أنواع الضرر بين الشريعة الإسلامية والقانون.

مما تقدم يتبين لنا أنواع الضرر في القانون تتشابه إلى حد كبير مع نظيرتها في الفقه الاسلامي، فيتفق الفقهاء على تقسيم الضرر إلى ضرر مادي وضرر أدبي.

إن الفقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين الضرر المالي، والضرر الواقع على الجسم والنفس والأطراف، ويوجبون في النوع الأول: التعويض أو الضمان، بينما لا يرون في النوع الثاني وجوب الضمان، وبينما يختلف الامر عند فقهاء القانون، إذ يشمل الضرر العادي عندهم الضرر المالي، والضرر الواقع على الجسم والنفس والأطراف على حد سواء، ويرتبون التعويض على كليهما.

أما بالنسبة للضرر الادبي وهو الذي يختلف الفقهاء فيه اختلافاً بينا، فبعد ان رأينا أن مفهوم الضرر الادبي عند فقهاء القانون لا يختلف عنه عند فقهاء الشريعة الإسلامية، إذ أنه يمثل عند كل منهما في الضرر غير المالي، وهو يشمل الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض والعاطفة، والشعور وغير ذلك من كل ضرر لا يترتب عليه المساس بحق أو بمصلحة مالية، بعد هذا الاتفاق في تحديد نطاقه، نرى أن الفقهاء يختلفان اختلافاً بينا في ترتيب التعويض عليه.

فقد انقسم الفقه والقضاء بل والتشريع الوضعي بصدده، فأنكر البعض التعويض عنه بحجة إذا كان التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال تقديراً شبه حسابي، فليس الامر كذلك بالنسبة إلى التعويض عن الضرر المعنوي، إذ لا يسهل تقدير ما يصيب المشاعر والعواطف من آلام، وإذا كان التعويض عن الضرر المادي يمكن أن يصلح ما أفسده الضرر ويمحو آثاره، فإن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن أن يزيله وإلى جانب ذلك فليس من السائع أن يتقاضى المرء ما لا ثمناً لما أصاب شرفه من أذى¹¹⁷³.

ففي الفقه الإسلامي رأينا أن فقهاء الشريعة الإسلامية حين تناولوا الضرر الادبي بالبحث قد انتهوا إلى أنه بحكم طبيعته ليس محلاً للضمان أو التعويض، لأن التعويض بالمال عندهم لا يكون إلا في مقابل مال أخذ أو أتلف، والضرر الادبي لا يعتبر خسارة مالية، فلا يجبر بالتعويض، ولا شك أن ما ذهب إليه الفقه الإسلامي أسمى وأوفق من مسلك الفقه القانوني لما قدمناه آنفاً، طالما أن الجاني لم يلفت من العقاب، وهذا ما يتسق مع ما تقوم عليه قواعد الشريعة الإسلامية من منهج موضوعي خلافاً لمنهج القانون الوضعي القائم على الاعتبارات الشخصية¹¹⁷⁴.

المطلب الثاني: مقصود بالتعويض في الفقه الإسلامي والقانون

إذا كان الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية، فإن التعويض جزاؤه.

¹¹⁷³- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 163-164.

¹¹⁷⁴- محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 183.

ولم تعرف المجتمعات البشرية الأولى هذا النظام إلا بظهور القانون الروماني، الذي قلل من فكرة الثأر بجعل الحرية للأفراد في اختيار طريقة التعويض، وبمجيء الإسلام هذبت شريعته السمة النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة التي سبقتها، بتشريع القصاص¹¹⁷⁵ حيث يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾¹¹⁷⁶، والدية¹¹⁷⁷ في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾¹¹⁷⁸، كما شرع الضمان في الاتلاف والتعدي، وبالرجوع للضرر فلعل بعضا من الخلاف الوارد حول تعويضه يستند إلى نظرية فكرة إصلاح الضرر، وفي الفروع الآتية أحاول توضيح بعضا من معالم هذا المفهوم ببيان تعريفاته اللغوية والاصطلاحية، ثم أدلة مشروعيتها والحكمة منه والاساس المستند إليه.

الفرع الأول: تعريف التعويض.

إن مصطلح التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة، وهذا ما يقتضي استقصاء تلك المباني من اجل الخروج بالتعريف الملائم له والمتوافق مع موضوع البحث هذا، وذلك من الجانب اللغوي والاصطلاحى على حد سواء.

أولاً: تعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح.

أ- تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء.

فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما اصطلاح وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون.

¹¹⁷⁵- القصاص: هو أن يفعل بالفعل مثل ما يفعل.

¹¹⁷⁶- سورة البقرة، الآية 178.

¹¹⁷⁷- والدية في الشريعة الإسلامية مقدرة بمائة من الابل أو ألف دينار من ذهب، أو عشرة آلاف درهم من الفضة.

¹¹⁷⁸- سورة النساء، الآية 92.

ويطلق الضمان عندهم بمعنيين:

الأول: الضمان بمعنى الكفالة، وذا خارج عن نطاق بحثنا.

الثاني: الضمان بمعنى التعويض وهو ما سوف نقوم ببحثه.

1 تعريف التعويض بمعنى "الضمان" 1179 في الاصطلاح الشرعي:

يمكن تعريف التعويض من الناحية الشرعية بأنه: "رد مثل ما هلك أو قيمته، أو يعني الحكم بإلزام شخص لتعديه على حق غيره أو تقرير مسؤوليته عن الضرر الواقع على غيره، وتحمله مسؤولية التعويض عن ما أوقعه من الضرر بجبره والعمل على التوقف عن الاستمرار فيه، أو هو: المال الذي يحكم به على المعتدي نتيجة إحداثه ضرراً للغير.

وهناك من عرفه بقوله أن: "التعويض هو المبادلة القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض"، ويلاحظ على هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من أجل تعريفه¹¹⁸⁰.

ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء، ومن ذلك ما ذكره الامام الغزالي، من أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة¹¹⁸¹ وعرفه الشوكاني بأنه عبارة عن غرامة التالف¹¹⁸².

تعريف المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق¹¹⁸³، وهذا التعريف ينصرف إلى معنى الكفالة التي يراد بها ضمان النفس، والمقصود به ترتيب التزام في ذمة شخص آخر. وهو يتفق مع التعريف السابق بناء على انتقال الدين بالضمان عند المالكية¹¹⁸⁴، واتفاق الجمهور مع الشافعية في أن ذمة الاصيل مطالبة بالحق.

¹¹⁷⁹ - الضمان لغة: كفالة والالتزام، أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مصر دار ابن حزم ومكتبة العلوم والحكم، بدون طبعة، 2008، ص323.

¹¹⁸⁰ - اسمها حفيف، المرجع السابق، ص74.

¹¹⁸¹ - أبي حامد الغزالي الملقب حجة اسلام، الوجيز في الفقه مذهب الامام الشافعي، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان، 1399هـ/1979م، ج1، ص208.

¹¹⁸² - محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخبار، المرجع السابق، ص71.

¹¹⁸³ - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص329.

¹¹⁸⁴ - حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج3، ص347.

وعرفت مجلة الاحكام العدلية الضمان بأنه: إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمه إن كان من القيمات¹¹⁸⁵.

وذكر الشيخ على الخفيف أن الضمان بمعناه الاعم في لسان الفقهاء، هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عدد تحقق شرط أدائه¹¹⁸⁶.

وذكر الامام محمود شلتوت: أن تضمين الانسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته¹¹⁸⁷.

وعرف الأستاذ مصطفى الزرقاء الضمان بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير¹¹⁸⁸.

ولقد شرع الضمان للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفاً للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعاً في الشرع فإنه لا بد من رفعه، ومن ثم شرع الضمان في الأموال، يؤدي بموجبه المسؤول نظير ما أتلفه من المال أو قيمته لجبر الضرر، وإزالته، وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر¹¹⁸⁹.

ج) مشروعية التعويض:

بالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة حثت على حفظ الحقوق وعند الاعتداء عليها بغير وجه حق، لذلك دلت على مشروعية التعويض عن الضرر حيث:

¹¹⁸⁵ - مجلة الاحكام العدلية، تأليف لجنة من كبار ديوان الاحكام العدلية، تنسيق المحامي نجيب هوايني، طبعة مطبعة شعاعكم، بيروت لبنان، مادة 416.

¹¹⁸⁶ - علي الخفيف، المرجع السابق، ص5.

¹¹⁸⁷ - محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية في الشريعة الإسلامية، طبعة مطبعة الازهر، ص20.

¹¹⁸⁸ - مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد- المدخل الفقهي العام-، مطبعة طربين دمشق، سوريا، طبعة العاشرة، 1387هـ/1968م، فقرة 648، ص1032.

¹¹⁸⁹ - عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الازهر 1497هـ، ص375.

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾¹¹⁹⁰، فدل هذا على أن كل الانسان يتحمل مسؤولية شخصية على أفعاله¹¹⁹¹، وقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾¹¹⁹²، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾¹¹⁹³، فدللت هذه الآيات على مشروعية التعويض عن الاضرار كجزاء على المعتدي وتحقيق العدالة وإنصاف المضرور من خلال مبدأ المماثلة¹¹⁹⁴.

من السنة النبوية الشريفة: روى أن إحدى زوجات النبي صلى الله عليه وسلم أهدت إليه طعاما في قصعة، فضربت الزوجة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم عندها القصعة بيديها فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "طعام بطعام وإناء بإناء"¹¹⁹⁵.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"¹¹⁹⁶ يستدل من هذا الحديث على منع الاضرار بالغير وفي حالة وقوعه لابد من جبره بالتعويض، كما يستنتج من هذا الحديث قواعد فقهية كلية يستعان بها على نفي الضرر ومشروعيته ومن بينها قاعدة (الضرر يزال)¹¹⁹⁷، {الضرر لا يزال بالضرر}، {الضرر واجب الدفع ما أمكن}¹¹⁹⁸.

وقد كان لهذه القواعد أثر كبير في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر وفي دفعها، و بين التطبيقات الفقهية العديدة لها: أكل الميتة للمضطر، ودفع الصائل وغيرها¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁰ - سورة الانعام، الآية 164.

¹¹⁹¹ - عبد الهادي زيطة، المرجع السابق، ص36.

¹¹⁹² - سورة الثورى، الآية 40.

¹¹⁹³ - سورة النحل، الآية 126.

¹¹⁹⁴ - عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص36.

¹¹⁹⁵ - أخرج الدارقطني في السنن، كتاب الحدود والديات، رقم 285، ج3، ص179.

¹¹⁹⁶ - سبق تخريجه.

¹¹⁹⁷ - محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص160.

¹¹⁹⁸ - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، المرجع السابق، ج 5، ص223، محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق،

160.

¹¹⁹⁹ - محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، المرجع السابق، ص396.

د) فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع

بالرجوع إلى التطور التاريخي لفكرة التعويض عن الضرر نجد أن التشريعات القديمة كان يسودها فكرة الانتقام، كما كانت تقضي بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمضرور في ذمته المالية أو جسمه، أما فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فكانت مستهجنة ومنبوذة لدى التشريعات القديمة، وظلت كذلك حتى وقت قريب في التشريع الروماني، حيث ساد في بدايات هذا التشريع عدم التعويض عن الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام، غير أنه لاحقاً تم إقرار التعويض على هذا النوع من الضرر من قبل التشريع الروماني خاصة بعدما توسعت الدولة الرومانية وتطورت على الصعيد القانوني، فقد خول القانون الروماني للمتضرر أو عائلته في حالة الحرمان من ملذة شيء ما أو مساس كرامته وشرفه ومعتقده الديني الحق في رفع دعوى قضائية والحصول على التعويض¹²⁰⁰.

ومن هنا يمكن القول أن القانون الروماني أصبح يعترف بقابلية التعويض عن الضرر المعنوي ولو في وقت متقدم من عمر هذه الحضارة، كما يلاحظ على دعاوى التعويض التي كانت ترفع القانون المدني التي تقول: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"¹²⁰¹.

ويجدر التذكير أن هناك بعض شراح القانون الجزائري -قبل إضافة المادة السابقة في القانون المدني- من رأى أن المشرع وانطلاقاً من نص المادة 124¹²⁰² من القانون المدني ذهب إلى إقرار التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي مسايراً بذلك منهج القانون الفرنسي

¹²⁰⁰ - سعيد مقدم، المرجع السابق، ص57-58، عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص43، إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص32.

¹²⁰¹ - أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005، ص24.

¹²⁰² - تنص المادة 124 على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض"، هذه المادة معدلة بالمادة 35 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44 سنة 2005.

- هذه المادة تقابل المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 1263 من القانون المدني المصري الجديد، طه عبد المولى طه، المرجع السابق، ص45.

والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذا النوع من الأضرار¹²⁰³، غير أنه تم الرد على ذلك من خلال القول أن المشرع بذكره مصطلح الضرر بشكل عام فإنه يعني ضمناً نوعي الضرر دون تمييز¹²⁰⁴، كما أن هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من يقول بالتعويض عن الضرر المعنوي وذلك عن طريق التعزيز¹²⁰⁵ بالمال واعتباره كضمان.

ومن الفقهاء المسلمين الذين يقولون بعدم التعويض عن الضرر المعنوي، نجد أبو حنيفة وابن حنبل والشافعي، وابن حزم وأبو زهرة، أما من الفقهاء الذين يقررون التعويض عن الضرر المعنوي نجد المالكية وأبو يوسف من الحنفية وبعض الشافعية، ومن المعاصرين الشيخ محمود شلتوت ووهبة الزحيلي، وعبد الرحمان الصابوني¹²⁰⁶.

نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن التعويض هو الأداء المالي الذي يدفع للمضرور مقابل ما لحقه من ضرر وهو أمر أجازته الشريعة الإسلامية وسار على نهجها المشرع الجزائري، ورغم الاختلافات الفقهية المتعلقة بالأخذ الاعتبار عند التعويض ما أصاب الشخص من ضرر آنذاك أنها كانت تتميز بطابع التراضي للمضرور ومعاقبة المسؤول، كما اعترف بهذا النوع من التعويض في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية¹²⁰⁷.

أما في القانون الفرنسي فقد اعتقد الفقيهان "دوما" و"بوتيه" خطأ أن القانون الروماني لم يعترف بفكرة التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التعاقدية وعلى ذلك تجاهل القانون الفرنسي القديم ذلك ولم يعترف بقابلية هذا النوع من الضرر للتعويض إلا إذا تعلق الأمر

¹²⁰³ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص132، بعطوش حكيمة، تعويض الضرر المعنوي، نشرة القضاة، وزارة العدل الجزائر العدد السابع والاربعون، 1995، ص84 وما بعدها.

¹²⁰⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص242.

¹²⁰⁵ - التعزيز: هو عقوبة توقع على الجسم وقد تكون غرامة مالية قررها فقهاء الإسلام وأوكلوا للقاضي تقدير توقيعها على كل من اعتدى على الغير بالشتم والسب وغير وجه حق وغيرها من الحالات الأخرى، لتفصيل أكثر أنظر: إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص56 وما بعدها، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص94.

¹²⁰⁶ - عبد الهادي بن زينة، المرجع السابق، ص54.

¹²⁰⁷ - يقصد بالمسؤولية العقدية الاخلال بالتزام تعاقدية وهذه المسؤولية مبناهما العقد الملزم للطرفين أو ملزم لطرف واحد، والمسؤولية التقصيرية مناطها العمل غير المشروع، فهي تقوم على الاخلال بالتزام قانوني لا يتغير دائماً وهو تجنب العمل الضار الذي يصيب الغير"، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص60.

بالمسؤولية التقصيرية، غير أنه سرعان ما بدأ التراجع عن هذه الفكرة، حيث صدر سنة 1538¹²⁰⁸ أمر يقضي في المادة 88 منه بضرورة الاخذ بعين الاعتبار العنصر المعنوي عند تقدير مبلغ التعويض، إلا أن رأي الفقيهان "دوما" و"بوتيه" أثر على واضعي القانون الفرنسي لسنة 1804¹²⁰⁹.

هذا وقد رفض العديد من الفقهاء التعويض عن الضرر المعنوي بحجة أنه لا يمكن للضرر المعنوي أن يقوم بمال كما أن تقديره أمر صعب، لكن الفقه الحديث الفرنسي اعترف بالتعويض عن الضرر بكل صورته، وسايره في ذلك القضاء الذي كان يحكم للزوجة المتوفى عنها زوجها بخطأ الغير، حيث يفترض وجود الألم في حالة الانهاء الطبيعي وغير الطبيعي للروابط الزوجية مما يستلزم التعويض عن ذلك رغم أن هذه العلاقات ليس لها طابع مالي¹²¹⁰.

أما في التشريع الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري اعترف بالتعويض عن الضرر المعنوي، وأقر ذلك في مختلف فروع القانون حيث نص في المادة الخامسة من قانون الاسرة الجزائري على جواز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي، إضافة إلى نصوص تشريعية في مختلف فروع القانون تقضي بذلك، ومن ذلك نص المادة (182 مكرر) الجديدة من معنوي نجد أن المشرع الجزائري أقر مبدأ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي دون تمييز بين أحدهما.

ثانياً: مفهوم التعويض في القانون

لم يتعرض فقهاء القانون لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعنى عندهم: ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه بضرر، فهو جزاء المسؤولية¹²¹¹، أي أنه إذا

¹²⁰⁸ - الامر يسمى "ViliersCotérel's" نسبة إلى مدينة فرنسية.

¹²⁰⁹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص233 وما بعدها، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص61.

- Philippe le tourneau et loiccadiet : Droit de la Responsabilité. Paris : Dalloz, 1998, p15616.

¹²¹⁰ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص62.

¹²¹¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج 1، فقرة 604، ص1090.

وقع عمل غير مشروع، نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه¹²¹²، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضا عنه.

وقد نصت المادة 1/163 من القانون المدني المصري على أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض، كما تضمنت المواد من 164 إلى 178 نفس المعنى، وهي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية.

وإذا كان التعويض هو جزاء المسؤولية، فإنه يجدر بنا أن نتعرض لمعنى المسؤولية بوجه عام، فهي تعبير شائع عند رجال القانون لا يقصد منه سوى المؤاخذة على فعل ضار، وعرفوها بأنها: التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل غير مشروع، أو هي حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذة¹²¹³.

كما عرفت أيضا بأنها تحمل التزام أو جزاء قانوني معين نتيجة فعل أو تصرف يرتب عليه القانون آثارا شرعية¹²¹⁴، ولا تعد المسؤولية بمعناها العام عند بعضهم عن كونها المؤاخذة والتبعة¹²¹⁵.

ولم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للتعويض عن الضرر يقرر التركيز على عناصره وطريقة تنفيذه، كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة 132 منه: "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 وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"¹²¹⁶، كما رتبت المادة 124 الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله.

¹²¹² - الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، المرجع السابق، فقرة 479، ص 518.

¹²¹³ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ج 1 ص 2.

¹²¹⁴ - توفيق محمد الشاوي، المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، طبعة معهد الدراسات العربية، د.ط، 1958، ص 31.

¹²¹⁵ - محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 36.

¹²¹⁶ - المادة 132 المعدلة بالمادة 38 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 85/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005.

وانطلاقاً من هذه المواد يمكنني استخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه: "الالتزام بالناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية".

وجمعا بين هذا التعريف والاحترازاات السابقة يمكن تعريف الضمان كاصطلاح للتعويض بأنه: "الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية وعينية".

وسبب اختيار هذا التعريف يعود للعناصر الآتية:

- أ- الالتزام: إذ أن التعويض يظل واجبا في ذمة مرتكب الضرر.
- ب- إصلاح الضرر: وهو وظيفة التعويض، وكذا للتمييز به بين الجزاء المدني والعقوبة.
- ت- نوع الضرر: إذ يحدد طبيعة الضرر ويضم الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض.
- ث- الأداءات: وأقصد بها طريقة التعويض: المالي والعيني الذي قد يتضمن القيام بعمل، من أجل توسيع كفياته¹²¹⁷.

الفرع الثاني: طرق التعويض

لا شك أن القضاء بما له من خبرة وما يتمتع به من سلطة، يعتبر الجهة القادرة على تعيين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر الحاصل أكثر من غيرها، وهذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتتص عليها صراحة في متونها، وذلك تجنباً للإشكالات العديدة التي يمكن أن تحصل لو أن المشرع قد نص على إلزام القاضي بإتباع طريقة دون غيرها فيما يتعلق بكل نوع من أنواع الضرر، فبالرغم من أن ذلك أمر عسير بل يبدو غيرها مستحيلاً لأن الاضرار التي يمكن أن تقع في الحياة العملية لا حصر لها وليس بإمكان أي مشرع أن يحيط بها احاطة تامة، فأن ذلك وعلى افتراض حصوله لا يحقق العدالة في كل الأحوال¹²¹⁸.

¹²¹⁷- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص34-35.

¹²¹⁸- عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، د.ط، 1998، ص149.

حيث تعين المحكمة طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض أقساطا أو ايرادا مرتبا ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميننا، وهو الامر الذي تناولته الكثير من التشريعات لتؤكد دور القاضي في اختيار الطريقة الأمثل لإزالة الآثار المترتبة على الفعل الضار إلى أقصى حد ممكن، ومنها التشريع الجزائري والأردني والمصري¹²¹⁹.

أما المشرع الفرنسي فإنه لم يحدد طريقة معينة للتعويض، وعليه فإن لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعي سلطة تقديرية مطلقة في تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر المترتب عن الفعل الضار¹²²⁰.

والتعويض لا يشترط فيه أن يكون نقديا، رغم أن التعويض النقدي هو السائد في المسؤولية التصيرية، فقد يكون التعويض العيني أفضل من غيره في بعض الحالات لمحو آثار الفعل الضار، فالتعويض اذن يكون عينيا وقد يكون نقديا وقد يكون غير نقدي وسنتكلم عن كل طريقة بصورة مستقلة وتبعا¹²²¹.

أشارت المادتان 131 و 132 ق.م.ج إلى طريقة التعويض، والتي يستفاد منها أن التعويض أما أن يكون عينيا وإما أن يكون نقديا.

¹²¹⁹ - أنظر المادة 132 من القانون المدني الجزائري 05-10 التي تنص على ما يلي:

(يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميننا).

كما نص القانون المدني المصري في المادة 171 منه على أن (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميننا).

أما القانون المدني الأردني فقد نص في مادته 269 على ما يلي:

(يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون مرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقوم تأميننا تقدره المحكمة).

¹²²⁰ -نقض الفرنسي في 1969/12/06 دالوز 56011871 كذلك نقض فرنسي في 20 مارس 1952 دالوز 52 نقلا عن مقدم سعيد،

المرجع السابق، حاشية رقم 11.

¹²²¹ - عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التصيرية (دراسة مقارنة)، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،

الطبعة الأولى، 1998، ص 149-150

أولاً: أنواع التعويض

أ- التعويض العيني:

لاشك في أنه أنجع طريقة للتعويض المضرور، هي محو ما لحقه من ضرر طالما كان ذلك ممكناً، وهذا النوع من التعويض يعرف بالتعويض العيني *Réparation en nature*، أو إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وهو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه إذا كان الشيء الذي أُلّف أو أعدم مثلياً وجب تعويضه بمثله، وإن كان قيماً فبئمنه¹²²².

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، فهو يزيل الضرر الناشئ عنه¹²²³.

والمقصود بالتعويض العيني هو الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر وذلك بطريقة مباشرة أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود¹²²⁴ "أي الوفاء بالالتزام عينا".

والتعويض العيني شائع الوقوع في المسؤولية العقدية¹²²⁵ ولا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية إلا منزلة الاستثناء، فالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

ومن الجدير بالذكر أن بعض الشراح يخلطون بصدد البحث في طرق التعويض بين

التنفيذ العيني *exécution par nature* والتعويض العيني *Réparation en nature*.

في حين لا يفرق البعض الآخر بين الاثنين، بل يعتبر أن التنفيذ العيني والتعويض العيني مفهومان مترادفان فأستاذنا السنهوري يقول: "التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء

¹²²² - علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسمي، المرجع السابق، ص4 وما يليها.

¹²²³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، د م ج، الجزائر، طبعة 1999، ص265.

¹²²⁴ - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، فقرة 619، ص602.

¹²²⁵ - وهو ما ورد ذكره في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها: أن التنفيذ العيني هو الأصل في

المسؤولية العقدية، أنظر مجموعة الاعمال التحضيرية المصرية 2، ث396-397.

بالالتزام عيناً، ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في قليل من المفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني¹²²⁶.

والواقع أننا لا نستطيع أن نتفق مع ما يذهب إليه استاذنا السنهوري في ذلك لأن التعويض العيني هو جزاء يترتب على من أخل بالتزامه، سواء كان مصدر ذلك الالتزام عقداً أو فعلاً ضاراً أو إرادة منفردة أو غيرها، أما التنفيذ العيني فيعني تنفيذ الالتزام وليس الإخلال به فإذا بعث سيارتي إلى شخص ما أكون ملتزماً تجاهه بالتسليم، وأن فعلت ذلك أكون قد نفذت التزامي عيناً، ولكنني إذا أحدثت ضرراً بأموال غيره وحكم على بشيء شبيه لما أتلفته أكون قد عوضت ذلك الشخص تعويضاً عينياً، ويذهب بعض الأساتذة إلى أن التنفيذ العيني وارد في نطاق المسؤولية التقصيرية، فالنقد العيني إذا كان شائعاً في المسؤولية العقدية -وهو واقع الحال- إلا أنه غائب تماماً في المسؤولية التقصيرية رغم ندرته¹²²⁷.

في حين يذهب من يفرق بينهما إلى التوسيع من نطاق التعويض العيني ومن هؤلاء الفقهاء مازو¹²²⁸ إذ يقابلون بين التعويض العيني والتعويض بمقابل ويعطون لفكرة التعويض العيني مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العيني للالتزام جبراً على المدين، تأسيساً على أن دعوى التنفيذ إذ تؤدي إلى إزالة الضرر الذي يترتب على الإخلال بالالتزام، تهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت قبل وقوعه، ومن ثم إلى التعويض العيني لنتائج الإخلال به، فالالتزام بالتعويض ينشأ بمجرد امتناع المدين عن تنفيذ التزامه اختياراً أو بإساءة تنفيذه¹²²⁹ ليقصر التنفيذ العيني للالتزام على وفاء المدين اختياراً به.

وعلى النقيض من ذلك يوسع بعض آخر من الفقه دائرة التنفيذ العيني إلى حد كبير على حساب التعويض العيني، ومن هؤلاء الفقهاء، الأستاذ دارجو DARGU في رسالة التنفيذ

¹²²⁶- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص966.

¹²²⁷- نقض فرنسي في 1957/06/08 دالوز 1857، كم يلاحظ بأن الأستاذ السنهوري قد عدل عن رأيه القاضي بعدم التمييز بين

التعويض العيني في الجزء الثاني من الوسيط (ف 44، ص798).

¹²²⁸- مازو، المسؤولية ج3، الطبعة الرابعة، فقرات 23 وما بعدها.

¹²²⁹- مازو، المرجع السابق، فقرة 100 م.س.

العيني للعقود¹²³⁰، وبالتنفيذ العيني المشتق أو المنقوع Exécution en nature dérivée ويقصد به طريقتان يدخلهما الجمهور في نطاق التعويض العيني، هما اصلاح المدين للشيء الذي عطب بخطئه Réparation matérielle، وترك الدائن للشيء الذي أتلفه المدين مقابل التعويض عنه، وهو ما يطلق عليه بالفرنسية Le laissé pour compte ويعترف المؤلف بأن هذا، ليس تنفيذا عينيا، وإنما هو طرق خاصة لتعويض الضرر الذي يترتب على التنفيذ العيني¹²³¹.

وقد وصف أحد الفقهاء الغربيين وهو (روجي دي بوبييه) الخلاف بين أنصار فكرتي التعويض العيني والتنفيذ العيني، بأنه منازعة كلامية لاتفاق الفريقين في فيصل التفرقة بينهما في التعبير عنه.

ان هناك بعض الحالات التي لا يجدي معها إلا التنفيذ العيني، وهي حالات تتعلق بالتعسف في استعمال الحق، كما لو أقام شخص مدخنة في داره تؤدي جاره، أو بنى حائطا يحجب عنه النور والهواء أو هدم حائطا يستتر به جاره دون مبرر قوي فالحكم بإزالة المدخنة أو هدم الجدار أو إعادة الاضرار بالغير، وذلك بإزالة عين المخالفة التي أدت إلى حصول الضرر¹²³²، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري بقوله في المادة 132 ق-م-ج، القول بأن التنفيذ العيني مجاله المسؤولية العقدية بدليل، وهو ما تؤكد المادة 176 ق-م-ج¹²³³ بأنه ورد في الباب الذي خصص لأثار الالتزام فإنه لا ينهض حجة لاستبعاد ذلك التنفيذ من نطاق المسؤولية التقصيرية.

¹²³⁰ - دارجو، التنفيذ العيني للعقود، رسالة باريس سنة 1936، ص 34-41-69-103، منقول عن مؤلف الأستاذ جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية-، ص 61 هامش.

¹²³¹ - جمال زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 61.

¹²³² - عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 151-152.

¹²³³ - المادة 176 ق-م-ج، إلا إذا استحال التنفيذ العيني وجب أن يحل التعويض محله.

إن السبب في الخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني يرجع إلى عدم التمييز بين التعويض باعتباره وسيلة احتياطية يلجأ إليها المضرور في حالة تأخر المسؤول عن الوفاء بالتزامه، أو عند استحالة التنفيذ العيني، باعتباره الأصل¹²³⁴.

ونحن إذا كنا نتفق مع من يرى وجود فارق بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، إلا أننا لا نؤيد من يذهب إلى عدم استبعاد التنفيذ العيني في نطاق المسؤولية التقصيرية باعتباره جزءاً يترتب على قيامها، ذلك أن الالتزام القانوني بعدم الأضرار بالغير قد خرق بانتهاك المدين (محدث الضرر) له عندما أخل به، وما دمنا أمام حالة إخلال بالالتزام فأنا سنكون عندئذ أمام تعويض ولسنا بصدد تنفيذ، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هدف التعويض سواء كان عينياً أو غير عيني، ينحصر في إعادة التوازن بين محدث الضرر والمتضرر، والذي اختلف بالفعل غير المشروع، إلى سابق عهده، ولذلك فإن الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه عن طريق إزالة عين المخالفة هو تعويض المتضرر وليس تنفيذاً للالتزام¹²³⁵.

أما التعويض العيني فيحكم به عند الإخلال بواجب عدم الأضرار بالغير، ومتى ثبت ذلك تحققت المسؤولية التقصيرية، ووجب التعويض العيني، والحكم في هذه الحالة لا يقصد به إعدارا للمسؤول، وحثه على تنفيذ التزامه وإنما إلزام المسؤول بالتعويض عن خطئه التقصيري الذي ارتكبه تجاه المضرور دون حق¹²³⁶.

فالشخص الذي يتلف منقولاً لآخر لا يستطيع الحصول عليه ببسر أو أنه لا يمكن أن يحصل عليه إلا بسعر يزيد عن سعره المقرر - وهذا ما يحدث في كثير من الأحيان وفي مختلف البلدان، فإن الزامه بتعويض نقدي لا يجعله ينصف المتضرر في إصلاح الضرر الذي أصابه، وعليه فإن الزامه بأن يؤدي إلى المتضرر منقولاً من نفس النوع يكون أقرب إلى تحقيق

¹²³⁴- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص180.

¹²³⁵- عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص150.

¹²³⁶- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص180.

العدالة وأكثر انصافاً للمتضرر، وهذا هو التعويض العيني، الذي قد لا يكون هناك طريق آخر غيره يجبر الضرر إلى أقصى حد ممكن¹²³⁷.

إن القضاء، وغالبية الفقه في فرنسا استقروا على أن التعويض العيني جائز في المسؤولية التقصيرية جوازه في المسؤولية العقدية.

ويكون التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، إما بإصلاح سيارة مماثلة، وإما بإقامة حائط تهدم.

والتعويض العيني لم ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1382 م-ف صراحة، بل اكتفى بعبارة "تعويض" وتشمل التعويض، وإلى جانبه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، كما تتضمن أيضاً التنفيذ العيني بطريق التعويض العيني.

والواقع أن التعويض الذي يعني إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر لا يزيل ما حدث خلال الفترة الواقعة من حدوث الضرر وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ففي هذه الفترة لا بد من ضرر، فهناك تفصل بين حدوث الضرر وبين الإعادة، ولذلك يجب أن يعوض الدائن عن هذه الفترة التي حرم في خلالها من الاستفادة من الشيء المضرور أو من الشيء المفقود¹²³⁸.

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكناً، وطالب به الدائن كما أنه لا يتقيد المضرور بتقديم أي من نوعي التعويض قبل الآخر، فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما حسبما يشاء وعلى ما يراه أنفع له، وكذلك يجوز للمسؤول أن يعرض التعويض العيني، فيقضي به عليه، غير أنه في أكثر الأحوال ولا سيما في أحوال الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني، فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي¹²³⁹.

¹²³⁷ - عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 152-153.

¹²³⁸ - مقد سعيد، المرجع السابق، ص 181.

¹²³⁹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، ج2، المرجع السابق، ص 266.

ومن المقرر فقها وقضاءً أنه لا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعداً للتنفيذ العيني¹²⁴⁰.

وعلى العموم فإن التعويض العيني يكون مناسباً في حالات الضرر المادي أكثر من الضرر الادبي حيث تستعصي طبيعة الأخير على هذا النوع من التعويض فتجعله متعذراً ففي الضرر المادي يمكن الحكم على المسؤول بتوفير شيء شبيه بالشيء الذي أتلّفه وقد يكون ذلك أنجع وسيلة التعويض¹²⁴¹.

وبلاحظ مما تقدم أنه في كثير من الأحوال ولا سيما في أحوال الضرر المعنوي، يتعذر التعويض العيني، فيتعين على القاضي الالتجاء إلى التعويض النقدي وهو مبلغ من المال يحكم به للمصاب بدلاً من التعويض العيني، ويملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها لجبر الضرر مسترشداً في ذلك بطلبات المصاب وظروف الأحوال¹²⁴².

ب التعويض بمقابل

إذا أصبح التنفيذ العيني متعذراً لاستحالته استحالة تامة كأن يكون محل الالتزام نقل حق معين قد هلك، أو إذا كان لم يصبح مستحيلاً استحالة تامة ولكن لا يمكن اجبار المدين عليه، سواء لأن اجبار المدين على الوفاء بالتزامه غير ممكن أو غير مجد، ومن ثم فإن القاضي لا يكون ملزماً بالحكم بالتنفيذ العيني حتى ولو تمسك به الدائن، ويكون ملزماً به الأصل إذا كان ممكناً وطالب به الدائن، أو تقدم المدين باعتباره هو الأصل في المسؤولية العقدية، وعلى النقيض من ذلك ليس للمدين أن يتمسك أو يفرض على الدائن التعويض بمقابل بدلاً من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكناً، والتعويض بمقابل أما أن يكون نقدياً أو تعويضاً غير نقدي وهو ما نتعرض له بإيجاز:

1- التعويض النقدي

في معظم حالات المسؤولية التصيرية يكون التعويض النقدي هو الملجأ الأخير والوحيد لجبر الضرر، خاصة عندما يتعذر الحكم بغيره، وهذه الصفة الغالبة للتعويض في هذا الميدان

¹²⁴⁰ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165 وما بعدها.

¹²⁴¹ - Boris starck-op.cit- p69.

¹²⁴² - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص183.

هي التي دفعت المشرعين إلى النص عليه وكأنه القاعدة العامة للتعويض عن المسؤولية التقصيرية¹²⁴³.

والاصل أن يكون التعويض مبلغا من النقود¹²⁴⁴، وهذا هو التعويض الذي يطلب الحكم به عن الضرر المادي، والضرر المعنوي، في المجال التقصيري خاصة ويجوز أن يكون في صورة مبلغ إجمالي.

الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور فكل ضرر يمكن تقويمه بالنقد، والاصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا Capital Rente مدى الحياة أو مدة معينة¹²⁴⁵.

ويتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاه المدعي عليه، لأن قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر، غير أن التعويض يجب أن ألا يتجاوز قدر الضرر وألا يقل عنه، وذلك أقصى ما يمكن من دقة¹²⁴⁶.

فالقضاء الفرنسي مثلا يفضل التعويض النقدي رغم أن ذلك التعويض لم ترد بشأنه آية إشارة في المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي، ولا غرابة في ذلك فالنقود لها من المميزات

¹²⁴³ - عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 155.

¹²⁴⁴ - وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 132 م-ج، بقولها ويفدر التعويض بالنقد، غير أن التسمية التعويض النقدي هذه لا نعثر عليها في المواد 1382 1383 م-ف، وإنما استعملتها المواد (1136-1145-1146 م-ف)، وما يليها تحت عنوان "العقود والالتزامات الاتفاقية بوجه عام" وهذا لا يعني أن هذا النوع من التعويض خاص بخرق عقد، وأجنبي عن الضرر المترتب خارج العقد، إذن نجد القضاء الفرنسي في الحياة العملية يفضل التعويض نقدا ويعبر عنه Dommage et Intérêt كما أن جانبا من الفقه وعلى رأسهم الانسة لوسيانريبيرت، تقول في رسالتها سنة 1933، إن الوسيلة الوحيدة لتعويض المضرور هي الحكم له بمبلغ نقدي:

« La responsabilité ne pouvait qu' à une indemnisation en argent. L. Ripert » la réparation du préjudice dans la resp, delictuelle. Thèse paris. 1933.

¹²⁴⁵ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 266.

¹²⁴⁶ - نقض مدني فرنسي، 28 أكتوبر 1954، G.P، 1955/01/10، المحكمة العليا، 14 أبريل 1982، ملف رقم 24770، ن.ق،

1982، ص 153، 27 نوفمبر 1985، ملف رقم 41783.

ما يجعلها وسيلة قلما يختلف عليها في تعويض الاضرار المادية منها والأدبية، ذلك أنها وسيلة مهمة ومنتقنة لتقويم تلك الاضرار¹²⁴⁷.

2- التعويض غير النقدي

قد يتعذر على المحكمة في بعض الحالات أن تحكم بالتعويض النقدي في المسؤولية التقصيرية، ولا يبقى أمام المحكمة إلا أن تحكم بالتعويض بمقابل غير نقدي، وليس ثمة ما يمنع قانونا من حصول ذلك، إذ يجوز في المجال التعاقدى طبقا للمادة 119 ق.م.ج أن يطالب الدائن مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك¹²⁴⁸.

كما يلاحظ أن من صور التعويض غير النقدي القضاء بفسخ العقد الذي طلب المدعي التحرر منه لتأخر المدين في تنفيذ التزاماته أو لامتناعه عن التنفيذ فتخليص المدعي أو تحريره من الالتزامات التي كان هذا العقد يلقيها عليه ليس إلا تعويضا -كليا أو جزئيا- عن إخلال الطرف الآخر بالتزاماته ولهذا قيل أن الفسخ جزاء للمدين وضمان للدائن.

على أننا كثيرا ما نصادف التعويض غير النقدي في نطاق الضرر الادبي، إذ قد يكتفي المقذوف مثلا بنشر حكم براءته مما نسبه إليه القاذف في بعض الصحف، وأود أن أشير في ختام هذه الفقرة إلى أن تحديد طريقة التعويض مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك¹²⁴⁹.

وبهذا الخصوص ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى أن (تعويض الضرر الادبي بنشر الحكم في الصحف على نفقة المحكوم عليه من سلطة قاضي الدعوى التقديرية والمطلقة بما لا رقابة لمحكمة على محكمة الموضوع فيه)¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷- حسين علي الذنون، المرجع السابق، فقرة 409، ص283.

¹²⁴⁸- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص185.

¹²⁴⁹- حسين علي الذنون، المرجع السابق، ص286.

¹²⁵⁰- طعن رقم 143 لسنة 39، جلسة 1967/03/15، ص18، ص636، موسوعة القضاء والفقه، ج6، 24-1985، ص700.

وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 30 أبريل 1948¹²⁵¹، وتتص عليه المادة 1184 م-ف¹²⁵²، أما ما يحكم به من تعويض في حالة الفسخ فإن مصدر الالتزام فيه هو ما يصدر عن المدين من خطأ أو تقصير، إذ لا يمكن أن يكون مصدر التعويض هو العقد ذاته لأنه يندم بالفسخ انعداماً يستند أثره فيعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل العقد.

وهو ما قضت به محكمة باريس بتاريخ 17 نوفمبر 1970 أو عن طريق التلغزة كما قضت بذلك أيضاً محكمة باريس بتاريخ 5 جانفي 1972¹²⁵³.

ويجوز طبقاً للقانون الجزائري، الحكم بهذا النوع من التعويض، إذ تنص المادة 132 م على أنه "يجوز للقاضي أن يحكم على سبيل التعويض بأداء بعض اعانات تتصل بالعمل غير المشروع"¹²⁵⁴.

ويعتقد الأستاذ السنهوري أن الاقتصار على هذا النوع من التعويض قد يعتبر تعويض كافياً عن الضرر المعنوي الذي أصاب المدعي، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ منه المعنى الذي يتضمنه¹²⁵⁵.

كما أن الأساتذة مازو وتونك يقولان بأن الغالب بصدد التعويض عن الضرر المعنوي أن يتم بمنح المضرور ترضية تعادل ما فقده، وأن التعويض لا يعني دائماً إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر¹²⁵⁶.

¹²⁵¹– Dalloz, 1948, J. 326.

¹²⁵²– وتتص المادة 1184 م-ف على ما يلي:

La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté au choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

¹²⁵³– D. 1972. 445. N.Duture.

¹²⁵⁴– ويلاحظ أن المشرع المصري استعمل في المادة 132 م-ج عبارة "أن يحكم بأداء أمر معين بدلاً من أداء بعض الإعانات كما فعل المشرع الجزائري في النص العربي".

¹²⁵⁵– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسط، المرجع السابق، 91، ص 967.

المطلب الثالث: أساس تقدير التعويض

المسؤولية المدنية هي (بوجه عام) الالتزام بتعويض الضرر المترتب على الاخلال بالالتزام أصلي سابق، ولأن الالتزامات الاصلية ينشأ بعضها من العقد كالاتزام، جرى الفقه على التمييز بين نوعين المسؤولية المدنية، فسمى المسؤولية التي تنشأ عن الاخلال بالالتزام عقدي، والمسؤولية التي تترتب على الاخلال بالالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية¹²⁵⁷.

وفي هذين النوعين نكون بصدد مسؤولية مدنية بمعنى الكلمة يتحقق فيها التلازم بينها وبين فكرة الجزاء، إذ يكون الالتزام بالتعويض فيهما التزاما جزائيا.

وتفترض المسؤولية العقدية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضروب، أما المسؤولية التقصيرية حيث تنتفي هذه الرابطة بين المسؤول والمضروب¹²⁵⁸.

ومتى أخل شخص بالالتزام مقرر في ذمته وقع تحت طائلة أحد نوعي المسؤولية المدنية وإذا ترتب على هذا الاخلال ضرر بالغير أصبح بالتالي مسؤولا عن تعويضه عما لحقه من ضرر.

ولقد كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المخطئ في ظل الشرائع البدائية والقانون الروماني¹²⁵⁹، ثم بدأ التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية التي تهدف إلى جبر الضرر وهذا في ظل الشريعة الإسلامية.

حيث قرر الفقه الإسلامي مبدأ الضمان وهو الالتزام بالتعويض المالي عن الضرر الذي أصاب الغير في نفسه أو في ماله، وبذلك نشأت فكرة التضمين، وهو ما يسمى اليوم المسؤولية المدنية في القوانين الوضعية المعاصرة، على أساس العدالة¹²⁶⁰.

¹²⁵⁶-Mazeud Tunc, Resp, Civ. T.1 Supra, 313, Ripert, le prix de la douleur, Dal 1948, 91.

¹²⁵⁷- أنظر، Lefebvre في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، المجلة النقدية للتشريع والقضاء، باريس 1886، ص 385 وما بعدها، مازو في المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني باريس سنة 1929 ص 623 وما بعدها.

¹²⁵⁸- سليمان مرقس، المرجع السابق، الوافي في شرح القانون المدني، ص 11-12.

¹²⁵⁹- ثروت أنيس الاسيوطي، نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين (الجماعات البدائية)، دار الكتاب العربي، د.ط، د.س.ن، ص 34.

¹²⁶⁰- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ص 15- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ص 32 وما بعدها.

وفيما توصل إليه القانون الفرنسي، والذي سارت على نهجه معظم التقنيات الوضعية الحديثة، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض، وتتفصل بذلك المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية.

وتقدير التعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح أحيانا، أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى أحيانا وهو التقدير القانوني للتعويض، وقد يتركه لاتفاق الأطراف يقومون به وفقا لما يبدو لهم من ظروف المعاملات وملابساتها، ويقصد بالظروف الملازمة، الظروف التي تلابس المضرور، لا الظروف التي تلابس المسؤول، فالظروف الشخصية تحيط بالمضرور، وما أفاده بسبب التعويض¹²⁶¹، وهو التقدير الاتفاقي للتعويض وفي كلتا هاتين الحالتين يكون القاضي ملزم بهذا التحديد.

قد يمنح المشرع حرية مطلقة للقاضي لتقديره، وهو ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض، فأى وسيلة من هذه الوسائل تحكم قاضي شؤون الأسرة عند تقديره للتعويض المطروح عليه في بعض مسائل الزواج والطلاق؟

إن قاضي شؤون الأسرة ليست له نفس سلطة الممنوحة لأي قاضي آخر عند الفصل في دعاوى التعويض المعروضة عليه، ولتبيان ذلك سأعرض أولا إلى الأساس القانوني لتقدير التعويض بصفة عامة، ثم إلى الأساس القانوني الذي يعتمده قاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة في تقديره للتعويض.

الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض

إن قاضي الموضوع هو الذي له سلطة مطلقة في تقدير التعويض، غير أنه يمكن أن يكون عند الحكم بالتعويض ملزما بمبلغ معين، وذلك نتيجة لتحديد التعويض في بعض الحالات بنص قانوني وهو ما يعرف بالتعويض الجزافي، كما فعل بالنسبة لبعض القوانين كقانون التعويض عن حوادث العمل¹²⁶²، وكذا قانون التعويض عن حوادث المرور¹²⁶³.

¹²⁶¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج 1، بند 648، ص 971.

¹²⁶² - تم تنظيمه بموجب القانون 13/83 المؤرخ في 10/83، 1983/07/08، المنعقد بجوار العمل والاحراس المهنية العدل والمتمم.

¹²⁶³ - تم تنظيمه بموجب الامر 75-15، والقانون 88-31.

وقد يعمد المشرع في بعض الأحيان إلى تحديد المسؤولية، فيقوم بوضع أسس لتقدير التعويض، ولو بصفة غير مباشرة، من خلال تحديد الحد الأقصى الذي لا يمكن أن يتجاوزه التعويض المحكوم به، وذلك حتى لو كان الضرر الواقع يتجاوز هذا المقدار، لأن القاضي في هذه الحالة أمام تقدير قانوني للتعويض، وعادة ما يرتبط هذا النوع من تحديد للمسؤولية بالجانب الاقتصادي، كتحديد مسؤولية الناقل البحري من خلال القانون البحري، وتحديد مسؤولية الناقل الجوي في قانون الطيران المدني، ويعود ذلك إلى أنه لو تم إلزام هؤلاء المسؤولين عن تعويض كل الاضرار لأدى ذلك إلى إفلاسهم، ولذلك سأتناول أولاً التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي)، ثم سأعرض ثانياً للتحديد القانوني للمسؤولية.

أولاً: التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي)

أ- تعريف القانوني للتعويض.

هو تعويض يتكفل القانون بتحديدته بمناسبة ظروف تواكب الالتزام يدفع مبلغ من النقود، وجلاء ذلك يستلزم الإشارة إلى فكرة تكفل القانون بتحديد مقدار التعويض، وفكرة التعويض القانوني في حالة الالتزام بدفع مبلغ نقدي¹²⁶⁴.

وقد أورد المشرع الجزائري عدة نصوص من هذا القبيل، ونلاحظ بأن الامر رقم 15/74 الصادر في 30 جانفي 1974 حسم المشكلة بالنص على أنه كل حادث سيارة نتجت عنه أضراراً جسمية تفتح الحق في التعويض للضحية (م 8 من الامر 15/74)¹²⁶⁵، مما يفيد أن التشريع الجزائري يقضي بضرورة تعويض الضحايا في حوادث المحكمة العليا التي تقتضي بتطبيق الامر السابق، ورفض تطبيق المادة 138 ق.م المتعلقة بمسؤولية الحارس¹²⁶⁶، ومن هنا فإن فلسفة المشرع الجزائري تتجه في هذا الخصوص، نحو نظرية تحمل التبعات المستحدثة

¹²⁶⁴ - محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية مصر، د ط، 2001، ص 257.

¹²⁶⁵ - فقد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديداً إجالياً، ومن تطبيقات هذا التعويض الامر 15-74 الصادر 30/01/1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الاضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، ويتميز هذا التعويض بأنه تلقائي، بمعنى أن متى كان هناك حادث سبب ضرراً لضحية ما، استحققت هاته الضحية التعويض تلقائياً، حتى ولو ارتكبت خطأ، وحتى بغض النظر عن ارتكاب السائق في الضرر للخطأ.

¹²⁶⁶ - المحكمة العليا، 19 جانفي 1983، المحاماة، 1985، عدد 4.

أو نظرية الموضوعية *La théorie objective* على أساس أنها تقوم على فكرة الضرر وحده¹²⁶⁷، ففي منطق القانون الجزائري كل ناقل صدر عنه الفعل الضار، فإنه يتحمل تبعه أفعاله، فيلتزم بتعويض الشخص يضر من هذا الانحراف، وذلك بصرف النظر عما إذا كان قد صدر خطأ من جانبه أو لم يصدر خطأ، إذ المهم أن ضرراً أصابه فيجب التعويض عنه¹²⁶⁸.

لقد شنت نظرية تحمل التبعة حريا ضاربة ضد فكرة الخطأ وكان لها تأثير كبير في الفقه والقضاء والتشريع، فما هي الاسباب التي دعت إلى ظهور هذه النظرية؟

إلى جانب ذلك ظهر نظام الاقصادي لم يكن بارزا من قبل هو نظام التأمين من المسؤولية، وأصبح المسؤول لا يطالب بالتعويض بل تدفعه عنه شركة التأمين، سواء أخطأ في ارتكاب الحوادث أو لم يخطئ.

فقد ظهر قصور النصوص القانونية عن تغطية ما جد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يطالب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقا لأحكام المادتين 1382-1383 (ق.ف) قبل أن يلتفت النظر إلى الفقرة الأولى من المادة 1384.

كل هذه الاسباب والظروف دعت إلى ظهور نظرية تحمل التبعة التي حمل لواءها سالي وجوسران وريبير وسافيتته ولقد تطورت هذه النظرية عبر جملة من الفقهاء.

فالتعويض الذي يترتب كجزاء للمسؤولية المدنية من خصائصه أيضا أو وظيفته الإصلاح كما سبق التطرق، بمعنى أن يكون جابرا للضرر، لكنه في هذه الحالة يتحول إلى تعويض جزافي قد لا يغطي جميع الأضرار، مما يمكن القول في هذه الحالة التعويض طبقا للأمر 74-15 لا يقوم على أساس المسؤولية المدنية فقط وفقا للقانون 83-13.

¹²⁶⁷- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 101.

¹²⁶⁸- ولو كان ناقلًا بالمجان، المحكمة العليا، غ.م، 20 جانفي 1982، ملف رقم 21286، م.ق، 1989، 2، ص 15.

وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا كذلك¹²⁶⁹، وقد جاء في حيثيات هذا القرار أنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 15-74 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور الخطأ التي يشترط على الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق، كون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها، ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المقررة في الامر 15-74 وقانون 31-88، وهدف المشرع من تقرير هذا النظام هو تحقيق عدالة اجتماعية¹²⁷⁰، ولأجل ذلك فإن الامر 15-74 اتجه إلى تحديد الاضرار المعوض عنها، كما قرر طريقة يمكن معها حساب التعويض عن كل ضرر.

ولقد نصت المادة 8 من الامر 15-74 المؤرخ في 1974/01/30 على أنه كل حادث سيارة نتجت عنه أضراراً جسمية تفتح الحق في التعويض للضحية، كما أن المرسوم رقم 37/80 الصادر في 16 فبراير 1980، والقانون رقم 07/80 الصادر في 9 أوت 1980 حددا طريقة تدخل شركة التأمين والصندوق الخاص بالتعويضات الذي أنشئ عام 1963، وكيفية تعويض الضحايا في حوادث المرور¹²⁷¹، سواء كان مادياً أو معنوياً¹²⁷²، وهذا ما يعتبر تقديراً قانونياً للتعويض¹²⁷³.

¹²⁶⁹ - وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/07/09 عن الفرقة الجنائية حيث قررت بأن التعويض عن حوادث المرور على أساس الخطر، واعتبارته خارجاً عن اطار المسؤولية.

¹²⁷⁰ - إذ لوحظ أن نتج عن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية طبقاً للقواعد العامة، وذلك قبل صدور هذا الامر، حرمان جزء هام من ضحايا حوادث المرور من الاستفادة التعويض بسبب مسؤوليتهم في الحادث، مما جعلهم يعيشون مشاكل اجتماعية حادة في غياب تشريع يحميهم.

¹²⁷¹ - عبد العزيز بوزراع، النظام القانوني لتعويض ضحايا حوادث المرور، مجلة الفكر القانوني، عدد 2(1985)، ص86، أحمد طالب، نظام تعويض الاضرار الناجمة عن حوادث المرور، م.ق، 1991، 2، ص 292، محمد بوزيدي المصالحة في مجال تعويض ضحايا حوادث المرور، م.ق، 1992، 2، ص230.

¹²⁷² - فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي جعله المشرع يساوي ثلاث مرات قيمة الاجر الشهري المضمون عند تاريخ الحادث، وكذلك التعويض عن مصاريف الجنازة يكون في حدود خمس مرات الاجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث.

¹²⁷³ - وهناك حالات استثنائية أسس فيها المشرع المسؤولية على الخطأ، وجعله دوراً في التعويض، منها حالة ما إذا كان سائق المركبة هو المتسبب في الضرر بخطئه.

ويعتبر من تطبيقات هذا المبدأ كذلك القانون 83-13¹²⁷⁴، وانطلاقاً من هذا الأمر، فإن العامل يستحق التعويض عن الإصابات التي يتعرض لها أثناء العمل دون حاجة إلى إثبات خطأ رب العمل¹²⁷⁵، ومبلغ التعويض مقدر بطريقة جزافية عن كل إصابات العمل، ولا يستطيع رب العمل أن يتخلص من المسؤولية القائمة على أساس تحمل التبعة إلا إذا هو أثبت الخطأ الجسيم في جانب العامل¹²⁷⁶.

على أنه وإن كان هذا النظام لا يقوم على المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ كمبدأ، إلا أن هناك حالة استثنائية تترتب فيها المسؤولية على صاحب العمل، ومع ذلك يستحق العامل التعويض الجزافي، وفي هذه الحالة يعد تقديراً قانونياً للتعويض في المسؤولية المدنية، وتتعلق هذه الحالة على الخصوص بالخطأ المرتكب من طرف رب العمل إذا كان غير معذور أو معتمد¹²⁷⁷.

من أهم صور الخطأ أيضاً، ما يقع في مزولة المهن الفنية كالطبيب والصيدلي والمهندس والمحامي ومن في حكمهم، فالطبيب قد يخطئ في العلاج، والصيدلي قد يخطئ في تركيب الدواء، والمهندس قد يخطئ في وضع تصميم لبناء، والمحامي قد يهمل في الدفاع عن

¹²⁷⁴ - جاء القانون 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 06/07/1996 بنظام آخر للتعويض، يقوم على أساس الضمان وتحمل التبعة بدلاً من المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 09/07/1990 عن الغرفة الجنائية حيث قررت بأن التعويض عن حوادث المرور يقوم على أساس الخطر، واعتبرته خارجاً عن إطار المسؤولية.

¹²⁷⁵ - وقد حدد المشرع من خلال هذا القانون كيفية حساب التعويض الجزافي المستحق للعامل المتضرر في مصاريف العلاج وإعادة التأهيل الوظيفي، والتعويضات اليومية في حالة العجز المؤقت أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة في حالة العجز الدائم.

¹²⁷⁶ - المحكمة العليا، 12 جويلية 1982، أ.ق، 1986، ص 120، 20 فبراير 1985، ملف رقم 36038 (غير منشور).

¹²⁷⁷ - اعتبرت المادة 45 الخطأ غير المعذور والصادر عن صاحب العمل إذا توفرت فيه الشروط التالية خطأ ذو خطورة استثنائية، خطأ ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد، خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه، عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر، حسبما هو منصوص عليه في المادة 47 من قانون 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي وقد بينت هذه المادة في فقرتها الأخيرة بأن العامل في هذه الحالة يستحق التعويض طبقاً للقانون 83-13، وباعتبار أن هذا التعويض الجزافي المنصوص عليه قانوناً الكامل فقد أجازت نفس المادة للعامل أو ذوي حقوقه المطالبة بالتعويض الإضافي لكي يصبح التعويض المتحصل عليه كاملاً وجابراً لجميع الأضرار وذلك على أساس المسؤولية المدنية.

حقوق موكله، والمحضر قد يهمل في اعلان عريضة الاستئناف الامر الذي يؤدي إلى عدم قبوله شكلا.

إن رجل المهنة يسأل عن خطئه ولو كان يسيرا أو تافها، ومعيار الخطأ (كما ذكرنا سابقا)، هو معيار الشخص المعتاد في نفس المهنة في الظروف الخارجية للشخص المعتدي، فإذا كان القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض، فهو يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من طائفته، ويراعى ما إذا كان الطبيب المذكور طبيبا عاما ام طبيبا متخصصا، أم أستاذا في الطب¹²⁷⁸، فالطبيب لا يسأل عن خطئه المهني وفقا للمعيار العادي، لا فرق في ذلك بين خطأ عادي وخطأ المهني، ولا بين خطأ جسيم وخطأ يسير¹²⁷⁹.

ثانيا: التحديد القانوني للمسؤولية

يتم تقدير التعويض في هذه الحالة في الحدود الموضوعية من طرف المشرع إذ يقوم المشرع في حالات معينة بوضع حد أقصى لا يمكن أن يتجاوزه التعويض الذي يستحقه المتضرر، ولو كان الضرر الذي أصابه يفوق المبلغ المحدد، وهذا التحديد القانوني للمسؤولية يختلف عن التقدير الجزافي للتعويض، وذلك انه لا يستحق بطريقة تلقائية دون اعتبار للضرر الحقيقي اللاحق بالمتضرر، وإنما هو بمثابة حد أقصى لما يدفعه المسؤول من تعويض. ومن جهة أخرى فإن أنظمة التعويض التلقائية لا تقوم على المسؤولية المدنية كما بينته سابقا، ولا يقع على المتضرر إثبات أركانها، وإنما بمجرد ما يتبين أنه قد لحقه ضرر ترتب تعويضه.

¹²⁷⁸ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الإسكندرية مصر، ص13.

¹²⁷⁹ - المحكمة العليا، غ. إدارية، 30 جوان 1990، رقم 65648، م.ق، 1992، 1، ص132.

بينما فيما يتعلق بالتعويض وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية، فإنه لا يعطى للمطالب به إلا بعد أن تقوم المسؤولية، وتتحقق أركانها وهذا بغض النظر عن أساسها إن كانت مسؤولية موضوعية أو مسؤولية على أساس الخطأ بحسب أنواعه¹²⁸⁰، غير أن هذا التحديد للمسؤولية يجد مجال تطبيقه الظاهر في مسؤولية الناقل الجوي¹²⁸¹، يترتب على كل نقل جوي إبرام عقد نقل، أهم ما يترتب هذا العقد من التزامات على عاتق الناقل الجوي، الالتزام بضمان سلامة الركاب، وبالمحافظة على البضاعة والعناية بها، وأخيرا بعدم التأخير.

ومن تطبيقات التقدير القانوني للتعويض أو التعويض الجزافي، ما نصت عليه بعض القوانين الخاصة من خلال القانون رقم 98-06¹²⁸²، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، إذ نصت المادة 150 منه على أنه: تحدد قيمتها بمائتي وخمسين ألف 250.000 وحدة حسابية¹²⁸³ كحد أقصى عن كل مسافر.

وكذلك فعل المشرع في التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري¹²⁸⁴، ويرتب عقد النقل البحري على عاتق الناقل التزامات تتمثل في أخذ الناقل البضاعة على عاتقه ونقلها وتسليمها

¹²⁸⁰ - والامتثلة في هذا الشأن عديدة كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق كما بينته المادة 599 في فقرتها الثانية من القانون المدني.

¹²⁸¹ - جاء القانون 83-13 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والامراض المهنية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 1996/07/06 بنظام آخر للتعويض، يقوم على أساس الضمان وتحمل التبعة بدلا من المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ.

¹²⁸² - لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي من خلال القانون 98-06 المؤرخ في 1955/06/27 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، وقد اشتمت الاحكام المنظمة لها من قواعد اتفاقية فرسوفيا المؤرخة في 1929/10/12 وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 1955/09/28، والمصادق عليه من طرف الجزائر، على أنه تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقا لقواعد اتفاقية وارسو المؤرخة في 1999/10/12 وبروتوكول لاهاي في 1955/09/28 والمصادق عليهما من طرف الجزائر، وتحدد قيمتها بمائتي وخمسين ألف 250.000 وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر.

¹²⁸³ - يقصد بالوحدة الحسابية في مفهوم هذا القانون وحدة حساب متشكلة من خمسة وستين ميل غراما ونصف من الذهب على أساس تسعمائة من الالف من الذهب الخالص، ويمكن أن تحول وحدات الحساب المذكور للعملة الوطنية بأرقام الصحيحة، ويتم التحويل في حالة دعوى قضائية حسب قيمة الذهب للعملة المذكورة في تاريخ النطق بالحكم.

¹²⁸⁴ - عالج المشرع الجزائري مسؤولية الناقل البحري من خلال الامر 76-80 المؤرخ في 1976/10/23 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1998/06/25 والمتعلق بالقانون البحري.

إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني، ومتى تم الاخلال بهذه الالتزامات، ترتبت مسؤولية الناقل البحري، ولما كان التزامه التزاما يبذل عناية تتمثل في نقل البضاعة إلى ميناء الوصول، وتسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المتفق عليه فإنه يكون مسؤولاً عن بذل عناية في نقله للبضاعة، ويكون مسؤولاً عن الأضرار التي تنتج عن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها وتلفها، ولا ترتفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ التزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، يتمثل في إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 803 من القانون البحري.

وأما قام بجميع الإجراءات الضرورية لمنع تحقق النتيجة فإذا ترتبت المسؤولية في جانب الناقل، التزم بالتعويض في هذه الحالة، ويكون هذا التعويض متناسباً مع الضرر اللاحق، ما دام أن هذا الضرر لم يتعد الحد الأقصى الذي حدده المشرع.

إلا أن هذا القدر من التعويض الذي حددته المادة 150 من قانون الطيران المدني، لا يستحق بطريقة تلقائية دون النظر إلى الضرر الحقيقي الذي لحق المسافر، وإنما هو لا يعدو عن كونه حداً أقصى، بمعنى أنه متى ثبت أن الضرر أقل من هذا الحد، لا يستحق المضرور إلا التعويض المعادل للضرر¹²⁸⁵.

فهذا القدر من التعويض الذي حددته المادة 150 السالفة الذكر، لا يستحق بطريقة تلقائية دون النظر إلى الضرر الحقيقي الذي لحق المسافر، وإنما هو لا يعدو عن كونه حداً أقصى، بمعنى أنه متى ثبت أن الضرر أقل من هذا الحد، لم يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذا الضرر، ومتى أخل الناقل الجوي بالتزاماته وأخفق في إقامة الدليل على انتفاء خطئه، انعقدت مسؤوليته، والتزم بتعويض الضرر الذي يلحق الركاب، والأصل أن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر، غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل، ووضع التعويض الذي يتحمله الناقل حداً أقصى، إذ نصت المادة 150 من (ق.ط.م) ولما كانت

¹²⁸⁵ - محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 294.

المسؤولية هي جزء الاخلال سواء كان هذا الالتزام عقدي أو غير عقدي، ترتب عن ذلك مسائلة الناقل في الاضرار الناشئة عن وفاة الراكب أو جرحه أو إصابته بأي أذى بدني آخر، وكذلك مسائلته في حالة هلاك البضاعة أو ضياعها، وكذلك عن الاضرار الناتجة عن التأخير في نقل الركاب أو البضائع¹²⁸⁶.

فحتى فإن فاق الضرر إلى هذا الحد، لم يكن للمتضرر الحق في التعويض إلا بهذا الحد الأقصى دون زيادة، لأن التعويض في هذه الحالة يحدد حسب قيمة البضاعة المصرح عنها¹²⁸⁷.

الفرع الثاني: التقدير الاتفاقي.

ان في امكان المتعاقدين أن يتفقا مقدما على تحديد مسؤولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه أو يتأخر في تنفيذه، وغالبا ما يدرج المتعاقدان هذا الشرط في صلب العقد عند ابرامه، على أن هذا لا يمنعهما من ان يتفقا على هذا الشرط في اتفاق لاحق على شرط أن يتم هذا الاتفاق اللاحق قبل وقوع الاخلال بالالتزام، وهذا النوع من الاتفاق يعرفه الفقه بالشرط الجزائي، فإذا ما وقع بعد هذا الاخلال فإن الاتفاق عندئذ لا يسمى شرطا جزائيا وانما يكون صلحا أو تجديد للالتزام على حسب الأحوال¹²⁸⁸.

فما مفهوم هذا الشرط في العقد، وكيف يتم الاتفاق عليه؟ وهل للقاضي سلطة تعديله؟ وكيف يمكن للقاضي تقدير التعويض إذا لم تحدده النصوص القانونية ولا المتعاقدان في العقد؟

¹²⁸⁶ - دهور كوش، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013/2012، ص 145-146.

¹²⁸⁷ - ويتم التعويض في هذه الحالة طبقا للمادة 805 من القانون البحري، والتي تنص على أنه "لا يعد الناقل مسؤولا عن الخسائر أو الاضرار التي تصيب البضائع أو التي تتعلق بمبلغ تزيد قيمتها عن 10.000 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 30 وحدة حسابية عن كل كيلو غرام يصاب بخسائر أو أضرار من الوزن الإجمالي للبضاعة للحد الأدنى المطبق، وبمقدار يعادل مرتين ونصف من أجره النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة التي تسلم في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت المعقول المطلوب من ناقل حريص أن يسلم فيه البضائع ولكن لا تزيد عن مجموع أجره النقل المستحقة بموجب عقد النقل البحري، وقد حددت قيمة الوحدة الحسابية كما هو الشأن لقانون الطيران المدني.

¹²⁸⁸ - حسين علي الذنون، المرجع السابق، ص 255.

أولاً: مفهوم الشرط الجزائي وشروط استحقاقه وسلطة القاضي في تعديله.

وليس من الضروري أن يأخذ الشرط الجزائي شكلاً خاصاً أو عبارات معينة، فقد تخلت القوانين الحديثة عن الشكلية كقاعدة عامة، إذ قد يفهم من الظروف والاحوال ان المتعاقدين قصداً تقرير شرط جزائي، وهذه مسألة تقديرية يترك أمرها لقاضي الموضوع¹²⁸⁹.
عن الاخلال بأحد الالتزامات التي يربتها العقد لا يكون عادلاً بالنسبة لهما، فيتفقان على تحديد قيمة التعويض مسبقاً بما يتفق مع ما يريانه عادلاً من وجهة نظرهما المشتركة.

أ- مفهوم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)

حتى نقف على مفهوم واضح للتعويض الاتفاقي، لا بد من الوقوف على تعريفه كما جاء في مؤلفات الفقهاء، وبيان أي من هذه التعريفات يصلح أساساً للتعريف الاتفاقي.

1- تعريف التعويض الاتفاقي وأركانه:

إن مصطلح التعويض الاتفاقي كغيره من المصطلحات القانونية، فقد نجد له تعريفات متعددة، وهذا أمر مألوف في الفكر القانوني وبالرجوع إلى الأنظمة القانونية محل الدراسة نجد أنها لم تورد تعريفاً للتعويض الاتفاقي، ولكن قام الفقهاء القانونيون بتعريفه، فقد عرفه الأستاذ زهدي يكن بقوله: "هو التعويض الذي يشترطه العاقدان في العقد ويقدرانه بنفسيهما عند عدم القيام بتنفيذ الموجب أو عند حصول التأخير في الوفاء"¹²⁹⁰، وقد عرفه الدكتور سليمان مرقس على أنه "اتفاق بمقتضاه يلتزم شخص بالقيام بأمر معين -يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود- في حالة إخلاله بالالتزام أصلي مقرر في ذمته أو تأخره في الوفاء بذلك الالتزام الأصلي، جزاء له على هذا الإخلال أو التأخير وتعويضاً للدائن عما يصيبه من ضرر بسبب ذلك"¹²⁹¹.

وقد عرفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: "التعويض الذي يقوم بتقديره المتعاقدان مقدماً بدلاً من تركه للقاضي، والذي يستحقه الدائن إذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه،

¹²⁸⁹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ف477.

¹²⁹⁰- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج 5، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت لبنان، د.ط، د.ت، ص1، ص135.

¹²⁹¹- سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة مصر، د.ط، 1961، ص675.

وهذا هو التعويض من عدم التنفيذ، أو قد يتفان على مقدار التعويض المستحق في حالة تأخر المدين بتنفيذ التزامه، وهذا هو التعويض عن التأخير في التنفيذ¹²⁹²، وقد عرفه الأستاذ أنور سلطان بقوله: "الشرط الجزائي اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه"¹²⁹³.

من خلال تعريف التعويض الاتفاقي، يمكن أن نستنتج الأمور التالية:

1/1 يعتبر التعويض الاتفاقي اتفاق سابق على وقوع الضرر: طالما أن التعويض الاتفاقي

يعتبر اتفاقا فيجب أن تتوافر فيه الأركان العامة الواجب توافرها في أي اتفاق أو عقد وهي "الرضا، الأهلية، المحل، والسبب"، وهذا الاتفاق يرد غالبا ضمن شروط العقد الأصلي، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون في اتفاق لاحق لهذا العقد، ولكن يجب أن يكون قبل وقوع الضرر الذي يستحق هذا التعويض من أجله، لأنه إذا لم يعد ذلك أصبح صلحا"¹²⁹⁴.

2/1 محل التعويض الاتفاقي غالبا ما يكون دفع مبلغ من النقود، ولكن هذا لا يمنع من أن

يكون محله شيئا آخر غير النقود، كأن يكون محلة القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، وقد يكون محله اشتراط استحقاق جميع أقساط الدين عند التأخر عن دفع أحدها في تاريخ استحقاقها المتفق عليه¹²⁹⁵.

3/1 أن كل من التعريفات يركز على الهدف والغاية من التعويض الاتفاقي وأن كل منهما

يمثل مدرسة قانونية¹²⁹⁶.

الشرط الجزائي هو اتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الواجب أدائه إذا أخل

المدين مستقبلا بالتزامه، بعدم تنفيذه أو التأخير في تنفيذه، ويشترط لاعتبار هذا الاتفاق شرطا

¹²⁹² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص851.

¹²⁹³ - سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 1997، ص172.

¹²⁹⁴ - تمييز حقوق رقم 11/221، مجلة نقابة المحامين، السنة الحادية والاربعون، ع 1، 2، 3، 1993، ص186.

¹²⁹⁵ - الياس ناصيف، المرجع السابق، ص27.

¹²⁹⁶ - عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، د ت، ص3، رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأ المعارف،

الإسكندرية مصر، 1995، ص11.

جزائياً أن يتم قبل الاخلال بالالتزام، أما لو تم بعد ذلك فإنه يعتبر اتفاقاً على تعويض مستحق بالفعل¹²⁹⁷.

ب- أهمية التعويض الاتفاقي:

لقد شاع انتشار التعويض الاتفاقي على الصعيد التعاقدى لما له من أثر في الحياة العملية، فأصبح المتعاقدون يدرجون في شتى أنواع العقود، لذا من النادر اليوم أن نجد عقداً لا يتضمن اتفاقاً مسبقاً لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بتتفيذ التزامه، أو تأخره في التنفيذ، وذلك بغية الحصول على تنفيذ بأفضل صورة وبحسن نية، ونظراً لما يحققه لهم من مزايا ومصالح كثيرة خاصة وعامة، وحماية التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد، وإلا لما أجهد المشرع نفسه بتنظيم أحكامه، وتسارع على تفسيره وتوضيحه وشرح أحكامه، وبالتالي تكمن أهمية التعويض الاتفاقي فيما يلي:

1- ضمان تنفيذ الالتزام وفق الأصول.

2- توفير الوقت والنفقات.

3- تحديد المسؤولية.

4- التقليل من المنازعات التي تثور حول ركن الضرر.

5- يعمل التعويض الاتفاقي على زيادة قوة العقد ملزمة.

6- القضاء على المنافسة غير المشروعة.

7- المحافظة على حق الطرف الذي اشترط لمصلحته.

ج- شروط استحقاق الشرط الجزائي:

بما أن الشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض، فلا يجوز استيفائه إلا إذا كان التعويض مستحقاً، أي لا بد من توفر الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية، والاعتذار.

1- يشترط استحقاق الشرط الجزائي توفر الخطأ في جانب المدين، لذلك يسقط الشرط الجزائي إذا انتفى الخطأ¹²⁹⁸.

¹²⁹⁷- منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ط2، 2002، ص105.

2- يشترط أيضا توفر الضرر، لذلك يسقط الشرط الجزائي إذا انتفى الضرر، وأن عبء اثبات الضرر يقع على الدائن، ولكن الشرط الجزائي يقيم قرينة قانونية على أن اخلال المدين بالتزامه يسبب ضررا للدائن وهذه القرينة غير قاطعة، إذ يستطيع المدين أن يثبت خطأه لم يسبب ضررا للدائن ومن هذا نرى أن الشرط الجزائي ينقل عبء إثبات الضرر من الدائن إلى المدين¹²⁹⁹.

وأشير أن المشرع الجزائري حدا حدو المشرع الفرنسي والمصري، وقد نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فإذا لحق الدائن أي ضرر لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا، إذ هناك حالات يتحقق فيها الخطأ المدين دون أن يصاب الدائن من جرائه بضرر ما، كما لو تأخر البائع عن تسليم البضاعة في ميعادها، ولا يترتب عن هذا التأخير أي ضرر أو ضياع فرصة المشتري، فلا تقوم المسؤولية، ولا يستحق التعويض الاتفاقي المسبق¹³⁰⁰، ويلاحظ أن القضاء الفرنسي يحكم بالشرط الجزائي كما هو دون نقص أو زيادة، وجد الضرر أو لم يوجد.

ولقد كان القانون المدني المصري القديم ينص على أنه "إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحا به في العقد فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر"، وهذا النص يتفق مع ما استقرت عليه أحكام المحاكم الفرنسية، ولكن المحاكم المصرية، أهلية ومختلطة، لم تنقيد به وكانت لا تحكم بالتعويض المتفق عليه في حالة انتفاء الضرر، أما في حالة وجود الضرر،

¹²⁹⁸ - واشترط الخطأ كركن للمسؤولية التصيرية مكرس قانونا بنص المادة 124 من القانون المدني، اما بخصوص المسؤولية العقدية فلم يرد نص يتضمن قاعدة عامة يشترط الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في المسؤولية التعاقدية، غير أنه يستشف من خلال عدة نصوص قانونية متفرقة اشترط فيها المشرع صراحة الخطأ في بعض العقود لاستحقاق التعويض وفي هذه الحالة يقوم الخطأ في ركنه المادي بمجرد عدم تحقق النتيجة أو بعدم تحققها على الوجه المتوقع عليه في العقد، بما فيه التأخر في تحقيقها، وأفرق هنا في حالتين: الحالة الأولى إذا لم يقم المدين أصلا بالعمل المطلوب فهنا تطبق المادة 176 من القانون المدني، وذلك بأن يفترض أن عدم القيام بالالتزام يعود لخطأ المدين، ويترتب على ذلك إلزام هذا الأخير بالتعويض ما لم يثبت وجود سبب لا بد له فيه جعل القيام بالالتزام مستحيلا، أم الحالة الثانية فتتمثل في أن المدين قام بالعمل المطلوب منه، ولكن ثار نزاع بين طرفي العقد حول مدى بذل المدين العناية اللازمة في القيام بذلك العمل، فهنا المدين ارتكب اهمالا جعله منحرف عن السلوك الواجب للشخص العادي، ويقع على الدائن اثبات اهمال المدين، وباعتباره أن الإهمال واقعة مادية فإنه يتم اثباتها بكافة الطرق.

¹²⁹⁹ - منير قزمان، المرجع السابق، ص107.

¹³⁰⁰ - نعيمة الياس مسعودة، المرجع السابق، ص253.

فكانت المحاكم المختلطة تحكم بالتعويض الاتفاقي كما هو، حتى ولو تجاوزت قيمته مقدار الضرر، أما المحاكم الاهلية فكانت تجيز تخفيض التعويض المتفق عليه إلى القدر المناسب للضرر¹³⁰¹.

وجاء القانون المدني المصري الجديد مقرا للأحكام التي استقر القضاء الأهلي فنص في المادة 224 على أنه: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه الضرر".

ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ فيه جزء منه، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

3- ويشترط أخيرا اعدار المدين، فالشرط الجزائي تقدير اتفاقي للتعويض، ولما كان التعويض لا يستحق إلا بعد الاعذار، لذلك لا يجوز للدائن أن يطالب بتطبيق الجزاء إلا بعد اتخاذ هذا الاجراء في مواجهة المدين¹³⁰².

ولسنا في حاجة للتنبيه إلى أن الحكم لا يسرى إلا حيث يكون الاعذار ضروريا¹³⁰³، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر 2002/07/25 إذ قررت بأنه "بمراجعة أوراق الملف تبين أن الطاعن كان قد أثار أمام مجلس قضاء الجزائر دفعا يتمثل في أن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعدار مسبق قبل مقاضاته طبقا للمادة 180 من القانون المدني، لكن هذه الجهة القضائية لم تقم بتسجيل هذا الدفع، إذا اكتفت بمجرد التصريح

¹³⁰¹- منير قزمان، المرجع السابق، ص 107.

¹³⁰²- فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بأن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، ومتى انتفت هذه العلاقة ينسب الضرر إلى السبب الاجنبي، أو بأن الضرر غير مباشر او غير متوقع، عندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يتحقق الشرط الجزائي.

¹³⁰³- ويكون الاعذار شرطا لاستحقاق الشرط الجزائي، في جميع الأحوال التي يجب فيها اعدار المدين، وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعدار في الأحوال التي يجب فيها، فإنه إذا لم يقم الدائن بإعدار المدين في هذه الأحوال، لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا كما أن القضاء اعتبره شرطا إجرائيا يترتب على عدم القيام به بطلان دعوى المطالبة بالتعويض

بخصوصه بما يلي: حيث: أن التمسك بالمادة 180 من القانون المدني ليس من شأنه ان يجعل الدعوى غير مقبولة شكلاً، وفي هذه الحالة يستوجب إبطال القرار¹³⁰⁴.

ح- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:

يمكن تعديل الشرط الجزائي في الأحوال التالية:

1- إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه لدرجة كبيرة فللقاضي أن يخفض التعويض إلى القدر المناسب للضرر لأن الشرط الجزائي يعتبر في هذه الحالة شرطاً تهديدياً يقصد به حمل المدين على تنفيذ الالتزام.

ولا يكفي لتخفيض التعويض الاتفاقي أن يثبت المدين أن التعويض كان مجاوزاً للضرر، بل لا بد أن يثبت أن هذه المجاوزة جسمية.

2- يجوز للقاضي أن يخفض التعويض الاتفاقي إذا أثبت المدين أنه وفي بجزء من التزامه الأصلي، ويكون التخفيض بقدر هذا الجزء.

3- إذا كان محل الالتزام أداء مبلغ معين من النقود واشترط جزاء في حالة التأخر عن أداء الالتزام فيجب على القاضي أنقاض الشرط الجزائي إلى الحد الأقصى للفائدة المسموح بها قانوناً.

4- إذا جاوزت قيمة الضرر التعويض المتفق عليه، فيجوز للقاضي تعديل زيادته إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، أما لو كان الخطأ بسيطاً فلا يستطيع الدائن أن يطالب بزيادة مقدار التعويض المتفق عليه ولو كان أقل من قيمة الضرر، إذ يفترض أن المتعاقدين قد اتفقا في هذه الحالة على التخفيف من مسؤولية المدين¹³⁰⁵.

¹³⁰⁴- أنظر، م ع، غ م، 2002/07/25، ملف رقم 215762، م ق، 2002، عدد 1، ص 279.

¹³⁰⁵- يجوز الاتفاق على التخفيف من مسؤولية المدين التعاقدية أو اعفائه منهما ما دام لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، ولقد نصت على ذلك المادة 118 من القانون المدني المصري بقولها، ويجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية ترتبت على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشئ من غشه أو خطئه الجسيم، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بإعفائه من مسؤوليته المترتبة على العمل غير المشروع.

ولقد نصت على ذلك المادة 325 المدني مصري بقولها: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيماً".

أما المشرع الجزائري فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 184 من ق.م.ج¹³⁰⁶ على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه" وتنص المادة 187 من نفس القانون على أنه "إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أولاً يقضي به اطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر فينتبين لنا من خلال هذين النصين أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في ثلاث حالات هي:

- إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي كان مفرطاً¹³⁰⁷.
- في حالة تنفيذ جزء من الالتزام الأصلي¹³⁰⁸.
- حالة تسبب المدين بسوء نية في إطالة أمد النزاع¹³⁰⁹.

¹³⁰⁶- القانون 58/75 ق.م.ج.

¹³⁰⁷- يتدخل القاضي بتقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة دون رقابة من المحكمة العليا عليه، فإذا اتضح بعد إبرام العقد أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي توقعه الطرفان، وأن تقديرهما كان مبالغاً فيه، فالأمر يتعلق حينئذ إما بغلط في التقدير وقع فيه الطرفان، أو الإكراه وقع على المدين، فقبل شرطاً، لأنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص875.

¹³⁰⁸- إذا قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، فمن العدل ألا يلتزم بكل المبلغ المتفق عليه كشرط جزائي، ويكون القاضي قد أحترم إرادة المتعاقدين إذا خفض الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزام.

¹³⁰⁹- وتقوم هذه الحالة على مبدأ التعسف في استعمال الحق، وذلك أن الدائن متى تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع فهو يتعسف في استعمال الإجراءات المقررة له قانوناً.

ويشترط في ذلك أن يتم إطالة النزاع من طرف الدائن بلا مبرر وكذا بسوء نية، ومتى تبين ذلك للقاضي قام بتخفيض التعويض الاتفاقي إلى حد معقول عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، ونكون هنا أمام مسؤولية مشتركة بين الدائن والمدين، فالمدين تأخر في الوفاء بالتزامه والدائن قابل هذا التأخر بإطالة أمد.

كما يمكن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بالزيادة، إذ تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً"¹³¹⁰، وهنا تبرز وظيفة الردع للمسؤولية المدنية إلى جانب وظيفة الإصلاح¹³¹¹.

ثالثاً: التقدير القضائي للتعويض

إذا لم يحدد المشرع أحكاماً لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره كان المجال مفتوحاً أمام القاضي ليقدره، وتعطي المسؤولية التقصيرية وفقاً للمادة 124 من القانون المدني وكذا التعسف في استعمال الحق، وفقاً للمادة 125 من نفس القانون سلطة واسعة للقاضي في تقدير التعويض.

إن التعويض القضائي هو في الحقيقة بيان للمسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية والتقصيرية، وعلى القاضي متى توافرت شروط التنفيذ عن طريق التعويض، أوجب عليه القانون في هذه الحالة الحكم بالتعويض المناسب¹³¹².

أ- تعريف التعويض القضائي.

التعويض القضائي هي تلك الحرية يمنحها المشرع للقاضي من أجل تقديره، أو بمفهوم آخر أن المشرع أعطى للقاضي رخصة من أجل تحديد التعويض عند غياب اتفاق الأطراف في تحديده أي الشرط الجزائي، وأيضاً عند عدم وجود نص قانوني صريح يحدد ذلك التعويض وهو التعويض القانوني.

¹³¹⁰ - فيتضح من هذا النص أن الضرر إذا زاد عن التعويض المقدر في الشرط الجزائي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً، حكم القاضي بالزيادة في التعويض، حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ولا يمنعه من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي، لأن الدائن في اتفائه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه الغش المدين أو خطئه الجسيم، أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، المرجع السابق، ص878.

¹³¹¹ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، ط2، 1979، ص333.

¹³¹² - حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، ط2، 1979، ص333.

فمتى لم يحدد القانون أحكاما لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره كان المجال مفتوحا أمام القاضي ليقدره، وينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر¹³¹³.

لقد حددت المادة 182 من القانون المدني الجزائري بوضوح مفهوم التعويض القضائي حيث تنص "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره..."¹³¹⁴.

كذلك أن تقدير التعويض متى قامت أسبابه ولم يكن في القانون نص ملزم بإتباع معايير معينة في خصوصه، هو سلطة قاضي الموضوع¹³¹⁵.

ب- عناصر التعويض القضائي.

لابد للتعويض سواء كان قضائيا أو اتفاقيا أو قانونيا أن يشمل على عناصر، هذه العناصر لا بد منها لأنها في تقدير التعويض، والذي يقوم بتقدير التعويض عادة هو القاضي كما قدمنا ونصت عليه المادة 182 ق م ج الفقرة الأولى¹³¹⁶، التي أوردت أن للتعويض القضائي عنصرين: ما أصاب الدائن من الخسارة ومن ضاع عليه من الكسب¹³¹⁷.

¹³¹³ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص333.

¹³¹⁴ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني والمتمم والمعدل، المرجع السالف الذكر.

¹³¹⁵ - سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2006، ص69.

¹³¹⁶ - نص المادة 182 ق م ج الفقرة 1 "...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب،...".

¹³¹⁷ - لقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 44827 بتاريخ 1989/06/06 "عناصر تقدير الضرر هي التي تدخل إذن في تقدير التعويض، وهي مسألة قانون ويكون على المحكمة العليا سلطة التحقيق من أن القاضي لم يدخل في تقديره عناصر لا يجوز أن يشملها التعويض وأنه لم يستبعد عناصر كان يجب أن يشملها..."، الملاحظ هنا أن مسألة تقدير التعويض مع تبيان العناصر المعتمد عليها يسهل أمره عندما نكون أمام ضرر مادي لحق بالمضرور، والذي يعتمد في تقديره على أساس عنصري الخسارة والكسب الضائع حسب نص المادة 182 أعلاه والتي يسري مفعولها على المسؤوليتين التصديرية والعقدية معا، ذلك أن ما لحق المضرور من ضرر وما أصابه من كسب، مثلا في حالة المصاب في حادث فله أن يعرض عما أصابه في جسمه من ضرر وألم وما بذل من مال في سبيل علاجه، كما لهذا المصاب أن يعرض عن الكسب الذي ضاع عليه من جراء الحادث، أنظر المجلة القضائية، العدد الرابع، لسنة 1991، ص290.

الضرر بذاته مناط تقدير التعويض ومحلّه، وهو إما أن يكون مادياً أو معنوياً، وإن كان الضرر المادي لا يثير اشكالا في وجوب التعويض عنه بموجب النصوص الصريحة التي أوردها المشرع القانوني المدني الجزائري، فالحال ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي¹³¹⁸. فلم يترك القانون للقاضي أن يقدر التعويض حسب أهوائه وميوله الشخصية، بل وضع له معايير يسير على مداها، فأوجب أن يقدر التعويض بمدى ما أصاب المضرور من ضرر، بحيث لا يزيد عنه ولا يقل، ويجب أن يكون معياره في المسؤولتين هو ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من ربح¹³¹⁹.

فالقاضي إذن في تقديره للتعويض سواء التعويض عن التنفيذ أو التعويض عن التأخر في التنفيذ، يدخل في حسابه هذين العنصرين: فيقدر أولا ما أصاب الدائن من ضرر بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو بسبب تأخره في هذا التنفيذ، ثم بعد ذلك ما فات الدائن من كسب هذين العنصرين هو التعويض¹³²⁰.

يقدر التعويض أيضا على أساس الضرر، فيشمل التعويض على كل من الضرر المادي والضرر المعنوي (الادبي)، سنشرح باختصار هذين الضررين لأننا سنفصل فيهما عند التطرق إلى شروط استحقاق التعويض القضائي.

ويتضح من هذا التعريف أن للضرر المادي وجهان، أولهما يصيب الانسان في سلامة جسده وحياته، ويعرف بالضرر الجسدي، والثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص فيكون له انعكاس على نمته المالية، فالضرر المادي هو الذي يمس حياة الانسان أو سلامته أو مصالحه.

¹³¹⁸ - أنظر، في ذلك بالتفصيل، مهني عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الادبي -دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون 2009، العدد 39، عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص192، سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التصديرية، بغداد العراق، 1981.

¹³¹⁹ - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص218.

¹³²⁰ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج 1، ص788.

ويتمثل ذلك في جرح في الجسد أو احداث عاهة، أو ازهاق روح، أو التسبب بعجز جزئي أو دائم عن العمل، وقد يصحب هذا الضرر الجسدي انتقاض في الذمة المالية للضحية إن تطلب علاجه نفقات، أو حرم المصاب من القدرة على العمل، أما الضرر الذي يمس بحقوق أو مصالح مالية فهو الذي يصيب الشخص في كيانه المالي، فيمس بمصالح له ذات صفة مالية أو اقتصادية كخسارة تحصل، أو مصاريف تتفق، أو تفويت فرصة، أو ضياع كسب¹³²¹.

وبعبارة أخرى، هل يعتبر الضرر الجسمي ضرراً مادياً أم أنه يلحق بالأضرار الأدبية؟ يذهب بعض الشراح في فرنسا إلى أنه من الخطأ التصور أن الضرر المادي يقتصر على الضرر الذي يصيب شيئاً مادياً أو جسمانياً، فالضرر المادي هو كل ضرر ممكن أن يترجم إلى خسارة مالية، أما الضرر الأدبي فهو ضرر يصيب حقاً غير مالي ولذلك فإنه من غير الممكن أن يترجم إلى خسارة مالية¹³²²، ولا اعتقد أن في هذا القول ما يوضح الرؤية أو يزيل الغموض الذي اشرنا إليه، فأى ضرر هذا الذي لا تكون له انعكاسات مالية بصورة أو بأخرى، فالجرح يستتبعه ألم وأسى وخسارة مالية، هي كل ما ينفق لإصلاحه، هذا إذا لم تترتب عليه مضاعفات أخرى، كنقص القدرة على العمل، وما يؤدي إليه ذلك من انخفاض في عائدات المصاب المالية، وهي أمور واضحة الدلالة على كونها أضراراً مادية بحتة، والقذف والتشهير وإساءة السمعة قد تترك ذات الآثار المادية، أن لم نقل أنها في كثير من الأحيان تكون أشد وطأة على المتضرر من الضرب والجرح والخسارة المالية خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بمجتمع

¹³²¹ - عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الدار الجامعية، د س ن، ص 258.

¹³²² - on oppose préjudice matériel et préjudice moral les expressions ne sont pas très bien choisies, on est en effet, tente de définir le préjudice matériel celui qui attente ou Object matériel, corporel et le in corporel, des pensées et des sentiment, or tel n'est pas le sens exact de la distinction, on entend par distinction, on entend par préjudice matériel celui qui se traduit par une perte évaluable pécuniairement, le préjudice patrimonial (si- l'on admet que le patrimoine nr contient que des éléments pécuniaire, et supra, t.1, no 289 et 292) et on entend pampre qu' il parte atteinte au se traduit point par une perte en argent, parce qu'il parte atteinte aun droit extrapatrimonial, mazeaud (H, et-1-et- J) Op cit, p337.

يهتم بالقيم والمثل الأخلاقية أكثر من غيره، كما هو الحال عندنا، فلا اعتقد أن أي منا (عدا بعض الاستثناءات التي هي أمر وارد في كل زمان ومكان) يفضل أن يمس شرفه أو تساء سمعته علي أي جرح يطال جسمه مهما كان بليغا ومؤلما، ولا اعتقد أن ذلك لو حصل لن يؤثر على ذمة المتضرر المالية في جميع الأحوال¹³²³.

وهناك من يذهب إلى أن الأضرار الجسمية هي أضرار أدبية إذا لم تترتب عليها خسارة مالية، واستاذنا الكبير السنهوري يقول: "فالجروح والتلف الذي يصيب الجسم، والالام الذي ينجم عن ذلك، وما قد يعقبه من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام، كل هذا يكون ضررا ماديا وأدبيا إذا نتج عنه انفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي، ويكون ضررا ادبيا فحسب اذا لم ينتج عنه ذلك"¹³²⁴، وهذا يعني أن الإصابات الجسمية ومنها التشويه هي أضرار أدبية -في رأي استاذنا الفاضل- قد ترافقها أضرار مادية وقد لا ترافقها، وهنا نتساءل أيضا عن مدى امكانية التسليم بذلك، فالتشويه مثلا ليس ضررا أدبيا بحتا، لكن يرافقه ضرر ادبي يتمثل بكل معالم الحزن وعدم الارتياح من هذا الامر، وقولنا أن الضرر الجسيمي ليس ضررا ادبيا لا يعني اننا نوافق من يعتبره ضررا ماديا¹³²⁵.

¹³²³ - عزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص52.

¹³²⁴ - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص764، ويوافقه في ذلك كل من أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص525، حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص440.

¹³²⁵ - حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التصيرية والعقدية، دار المعارف، ط 1، 1979، ص333 وما بعدها، محمد كامل مرسي، الالتزامات، المرجع السابق، ص115، كذلك ذهبت محكمة تمييز العراق بقرارها المرقم 676 إدارية ثانية، 1982 بتاريخ 1982/04/20 إلى أنه "لدى التدقيق والمداولة وجد أن المحكمة أصدرت حكما المميز استنادا إلى تقرير الخبراء، ولدى الرجوع إلى تقرير الخبراء وجد أنهم قدروا للمميز عليها تعويضا عن الضرر الادبي بأربع فقرات -الأولى عن مدة رقادها المستشفى، والثانية عن أيام العلاج، والثالثة عن المدة اللاحقة للإجازة المرضية ولغاية اكتسابها الشفاء التام، والرابعة عن الألم والتشويه الناجم عن الإصابة وصعوبة الولادة في المستقبل، وحيث أن تعويض نوعان - مادي يصيب الجسم أو المال، وادبي يصيب العاطفة والشعور، وعليه فإن التشويه وصعوبة الولادة يعتبران ضررا ماديا لا أدبيا ... إلخ(، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، ش14- 1982، ص23.

فالضرر الجسمي هو ضرر قائم بذاته بغض النظر عن الآثار والاضرار المادية والأدبية المترتبة عليه، ومهما كان المعيار الذي يعتمد للتمييز بين تلك الاضرار¹³²⁶.

أما الضرر المعنوي فهو الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية¹³²⁷، فيلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، وقد يكون مقترنا بأضرار مادية، فيلحق العاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والاحزان، وقد يستقل عن الضرر المادي، فيلحق أموراً غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية¹³²⁸.

وللضرر المعنوي عدة صور، فقد يصيب الجسم، إذ أن الجروح التي تصيب الوجه والالام الذي ينجم عن ذلك، وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء، كل هذا يشكل ضرراً مادياً ومعنوياً إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج، أو نقص عن الكسب المادي ويكون ضرراً معنوياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك¹³²⁹، كما قد يتصل بشخصية المرء وحقوقه العائلية، وما يؤدي الشعور والاحاسيس، وبما يمس العرض أو السمعة أو الاعتبار من قذف أو تشهير، أو ما يصيب العاطفة من حزن أو حرمان¹³³⁰.

والاضرار المادية الناتجة عن الضرر المعنوي أو المختلطة به تقبل التقييم ولا تثير صعوبة بذاتها، ولكن الضرر المعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض، وباعتبار أنه لا تترتب عليه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه لصعوبة تقويمه ممار آثار جدلاً

¹³²⁶ - هناك معيارين للتمييز بين الضرر المادي والادبي، أولهما يعتمد على طبيعة الحق الذي أخل به مسؤول بفعله الضار، وعليه يكون الضرر مادياً متى ما تم الاعتداء على حق مالي، ويكون ادبياً متى وقع ذلك الاعتداء على حق غير مالي، كالمس بالسمعة والشرف. أما الثاني فإنه يعتمد على النتائج التي يمكن أن تترتب على الاخلال بالحق، فإذا تترتب عليه خسارة مالية، فهو مادي، وإلا فهو ادبي، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص45.

¹³²⁷ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص864.

¹³²⁸ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص52.

¹³²⁹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص864.

¹³³⁰ - حسين عامر وعبد الرحيم، المرجع السابق، ص864.

كبيراً حول مبدأ التعويض عنه¹³³¹، وفي هذا الشأن حسم المشرع المصري الخلاف في المادة 222 من القانون المدني المصري بأنه يشمل التعويض الضرر الادبي أيضاً، في حين جاءت المادة 124 من القانون المدني الجزائري عامة لا تميز بين الضرر المادي والادبي.

وفي هذا الشأن حسم المشرع المصري الخلاف في المادة 222 من القانون المدني المصري بأنه يشمل التعويض الضرر الادبي أيضاً، في حين جاءت المادة 124 من القانون المدني الجزائري عامة لا تميز بين الضرر المادي والادبي.

فذهب رأي في الفقه إلى أن عدم وجود نص على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري لا يسوغ أن يستنتج منه انتفاء التعويض عن هذا الضرر، إذ أن الأصل في الأشياء الإباحة، كذلك فإن المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بأن لا تميز بين الضرر المادي والمعنوي طالما أن القانون لم يميز¹³³².

نلاحظ أن كلا من الضرر المادي والضرر الادبي قابلان للتعويض عنهما، لأنهما يدخلان ضمن عناصر التعويض القضائي، فالقاضي ملزم بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المادي، وغير ملزم بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي¹³³³.

لكن بالرجوع إلى النصوص التي خصصها المشرع الجزائري للتعويض نجد المادة 131 من القانون المدني تنص على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر¹³³⁴، وبالرجوع إلى المادة 182 من نفس

¹³³¹ - مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 245.

¹³³² - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ص 239-240.

¹³³³ - جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 28/30/2000، تحت رقم 231419 "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003، ص 627.

¹³³⁴ - تم تعديل هذا النص بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005.

القانون يتبين من أن المشرع لا يأخذ إلا بالتعويض عن الضرر المادي، ذلك أن عنصري ما لحق من خسارة، وما فاتته من كسب هما عنصران للضرر المادي¹³³⁵.

ولكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل النص على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني بنص مستقل وإنما جاءت المادة 124 عامة، إلا أنه نص عليه في قوانين خاصة¹³³⁶، كما أن المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية¹³³⁷ في فقرتها الرابعة تنص على أنه "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"، وهذا ما يناقض الرأي الأول، ولذلك سكوت المشرع يفيد إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي وليس العكس.

1- الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض.

من أجل الحكم بالتعويض القضائي من طرف القاضي ينبغي أن يتوافر في الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض.

1/1 أن يكون الضرر شخصياً

ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المترتبة عن الضرر الأصلي، إذن نفهم من هذا بان الضرر المترد هو ضرر يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار مباشرة، فمن يطلق عياراً نارياً على أحد فيصيبه إصابة تورث عنده عجزاً معيناً ينشأ عنه نقص في قدرته على العمل، فلا شك أن ذلك العجز وذلك النقص في القدرة وما يتبعه من خسارة مادية وكل ما نشأ عن الإصابة من نفقات علاج، وكل ما شعر به المصاب من الام وأوجاع قابل للتعويض.

¹³³⁵- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص163.

¹³³⁶- من بين هذه النصوص الامر 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات، وينظم التعويض عن الاضرار، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 88-91 الذي جاء في نصوصه التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الوفاة لذوي الحقوق، وكذا التعويض عن ضرر التألم.

¹³³⁷- الامر رقم 66/155 المؤرخ في 12 صفر 1336 هـ الموافق 08 جوان 1906، المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، ل.ج.ر.ج. ل. 1966، من 03، ع48 ص622، المعدل والمتمم آخر تعديل كان بالقانون رقم 01-08 المؤرخ في 26 جوان 2005، ج.ر.ج. ل. 2001، من 38، ع34، ص5 وما يليها.

وهذه أضرار وقعت على المتضرر المباشر الذي وقع عليه فعل الاطلاق، أما الضرر المرتد فهو الضرر الذي لا يلحق من أطلق عليه العيار الناري، بل يصيب أشخاصا غيره، كالمعال من قبل المجني عليه اعالة ثابتة إذا أدى الحادث وما استتبعه من نقض القدرة على تحصيل الرزق إلى حرمانه من الاعالة، فلا شك انه يستطيع المطالبة بجبر الضرر المرتد الذي أصابه نتيجة ذلك، وهذا هو الحال بالنسبة لبقية الأفعال الضارة التي تؤدي إلى نتائج مشابهة للنتائج التي أشرنا إليها¹³³⁸.

ومن الجدير بالذكر هنا إلى أن المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي يخص المضرور وحده، وينقضي بوفاته ولا ينتقل إلى الورثة إلا إذا كان اتفاق نهائي على تحديد أو حكم قضائي نهائي كما سوف نرى عندما سنتكلم عن تقرير الضرر المعنوي¹³³⁹.

2/1 ان يكون الضرر محققا.

والضرر الذي يترتب على الفعل الضار، يجب أولا وقبل كل شيء أن يكون محققا، أي أن ضرر وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما في المستقبل¹³⁴⁰، فمن يحرق دار غيره أو يتلف سيارته أو يمس جسمه بأذى يكون قد ارتكب فعلا ضارا أدى إلى وقوع اضرار حالة، وهي اضرار تحددت معالمها ووضحت صورتها، وأصبح بالإمكان تحديد مسؤولية الفاعل عنها، ومدى ومقدار تلك المسؤولية.

ولكن الامر ليس بهذا الوضوح في جميع حالات الفعل الضار، فمن الأفعال الضارة ما لا يمكن معرفة الاضرار الناشئة عنها بشكل دقيق حال وقوعها، وانما قد تترتب عليها اثار بسيطة ما تلبث أن تتفاقم مع مرور الزمن، فالقضاء لا يستطيع أن يحدد جسامة تلك الاضرار في

¹³³⁸ - عبد العزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص 25-26.

¹³³⁹ - عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص 130.

¹³⁴⁰ - ان احتمال حصول الضرر لا يصلح أساسا لطلب التعويض بل يلزم تحققه، نقض مصري، جلسة 1955/03/05، طعن رقم 2451، س 24 ق، موسوعة القضاء والفقهاء، ج 251، 1985، ص 11.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: لا يعيب الحكم أنه فيما قرر استبعاده من عناصر الضرر لم يدخل في اعتباره حرمان الطاعن من مكافآت الدروس الخصوصية والندب المراقبة في الامتحانات، طالما أن نظره في هذا الخصوص بني كما هو مفهوم من أسبابه على أن الضرر الذي يدعيه الطاعن في هذا الصدد هو ضرر احتمالي وليس بضرر محقق الوقوع، طعن رقم 299، س 25، جلسة 1959/12/03، س 10، ص 751، موسوعة القضاء والفقهاء، ج 251، ص 14.

الحال، وهذه هي الاضرار المستقبلية، وهي وان تحققت أسبابها الا أن نتائجها تراخت إلى المستقبل، وهي بالرغم من ذلك تندرج تحت طائفة (الاضرار المحققة)¹³⁴¹، كما لو أصيب شخص بجرح في وجهه فسبب له ألما وتمخض عنه بعض التشوهات التي تمنعه من الاستمرار في وظيفته، إذا كانت مما يشترط لها حسن المظهر وجمال السمات، كما لو أشيع عن فتاة أنها ليست على خلق وتمخضت الاشاعة عن صرف الخطاب عنها أو اقاتلتها من عملها، أو نقلها إلى وظيفة أدنى درجة أو أقل دخلا مما كانت عليها¹³⁴²، كما أطلق شخص عيارا ناريا على آخر أدى الى اصابته بجروح، لكن الأطباء غير قادرين على التعرف على ما إذا كانت هذه الإصابة ستخلف عاهة مستديمة عند المجني عليه ام لا، وفي حالة الضرر الادبي شأن الضرر المادي يكون التعويض عن الضرر الذي سيقع في المستقبل¹³⁴³، فإذا استطاع القاضي أن يقدر الضرر جمعيه حكم بالتعويض الواجب كله في الحال¹³⁴⁴.

وإذا كان الضرر المستقبل يعتد به في قيام مسؤولية الفاعل بالتعويض باعتباره ضررا محققا وليس احتماليا، وهذا في مدة معينة¹³⁴⁵، وهذا ما يتماشى مع نص المادة 131 من ق.م.ج¹³⁴⁶.

¹³⁴¹– Colin et Henricapitant traité de droit civil de Ambroise– tome 11–paris, 1959, p607.

Henri et Leon : lecons de droit civil, paris, p333.

(La victime est en droit d'en exiger sans plus attendre la reparation il n'est donc pas necessaire que le prejudice soit actual le prejudice futur certain doit etre repare, la jurisprudence est unanime, (Req. Ler juin– 1932– D–1932–1–102, et rapport pilon –s– 1933, 1q– et note, H, Mazeaud, Gaz, pal, 1932–2–363).

¹³⁴²– أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص121.

¹³⁴³– ولذلك قضى بأنه "يجوز للمضروب أن يطالب بالتعويض عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع حكم محكمة النقض المصرية 1977/02/28، مجموعة أحكام النقض من 28، ج1، ص395.

¹³⁴⁴– عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة 450 ص419.

¹³⁴⁵– حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص334.

¹³⁴⁶– تنص على أنه "يقدر مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعات الظروف الملايصة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"، إذ أن المبدأ أن الحكم بالتعويض يشمل كل ما ترتب من ضرر وقع فعلا أو سيتحقق وقوعه مستقبلا متى كان متوقعا.

إلا ان الامر ليس كذلك بالنسبة للضرر المحتمل الذي ليس بالإمكان التعرف على إمكانية تحققه أو عدمها، وعلى هذا فان الضرر المحتمل لا يعوض، والسبب في ذلك هو أنه ضرر لم يقع في الحال وغير مؤكد الوقوع في الاستقبال¹³⁴⁷.

3/1 أن يكون الضرر مباشرا:

فالضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالضرر هو ذلك الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر غير المباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة، فيكون الفعل الأصلي عاملا لازما لحصول الضرر، ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه وانما تدخل أسباب أخرى وفقا لنص المادة 182 من ق.م.ج، التي أكدت أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام، وأن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار¹³⁴⁸.

4/1 أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة:

ويقصد بذلك أنه لا يمكن مسائلة المعتدي إلا إذا مس اعتداؤه بحق ثابت يحميه القانون، سواءً كان هذا الحق ماليا أو غير مالي، فلكل شخص الحق في الحياة وفي سلامة جسمه، والتعدي عليهما ينشئ ضررا من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يؤدي إلى تكبده لنفقات، كما يمكن أن يمس الفعل الضار في عواطفه وشعوره¹³⁴⁹.

¹³⁴⁷ - عبد العزيز كاظم جبر، المرجع السابق، ص36.

¹³⁴⁸ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني، ص170-171.

¹³⁴⁹ - يشترط أن تكون المصلحة المشروعة ليتم التعويض عنها أما إذا كان كانت غير ذلك فلا يعتد بها، إذ لا يمكن تعويض الخليفة عن فقد خليفها الذي كان يتولى الانفاق عليها لأن هذه المصلحة تقوم على علاقة غير شرعية.

ج- كيفية دفع التعويض.

متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، وله في ذلك سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، وفي تقديره من جهة أخرى بغير رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك.

فعند رفع دعوى أمام القاضي للمطالبة بالتعويض وجب عليه أول الامر فحص الوقائع المطروحة أمامه، ثم بعد ذلك تكييف تلك الوقائع بتطبيق النص القانوني الملائم عليها، من خلال التأكد بانها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية، ليتأكد له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية، ولا تقدير حيث لا تعويض¹³⁵⁰.

وقد اشترط اجتهاد المحكمة العليا على القاضي تحديد عناصر التعويض، وذلك من خلال قرارها الصادر في 2000/03/28 الذي قررت من خلاله بأنه "إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والالم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك¹³⁵¹.

ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من القانون المدني¹³⁵²، والتي تختلف حسبما تكون الظروف الملائمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المضرور في طلباته، كما انها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية.

¹³⁵⁰ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 270.

¹³⁵¹ - أنظر، م ع، غ م، 2000/03/28، ملف رقم 231419، م ق، 2003، عدد خاص، ص 627.

¹³⁵² - تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا، ويقدر القاضي التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع"، وقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

ويتضح من هذا النص أن القاضي يعين طريقة التعويض mode de réparation والاصل أن التعويض يكون نقديا، والتعويض بالمعنى الواسع، أما أن يكون تعويضا عينيا، وهو التنفيذ العيني exécution en nature وأما أن يكون تعويضا بالمقابل réparation par équivalent هذا التعويض قد يكون تعويضا غير نقدي réparation non pécuniaire أو تعويضا نقديا réparation pécuniaire¹³⁵³.

فالأصل في التشريع الجزائري أن يكون التعويض نقديا، والاستثناء أن يكون عينيا، ويتبين من نص المادة 132 ق.م.ج بأن الحكم بالتعويض العيني جوازي للقاضي، يأخذ به حسبما يراه من الظروف وبناء على طلب المضرور، متى كان تنفيذه ممكنا وليس فيه ارهاق كبير للمسؤول، ويخضع ذلك في سلطة قاضي الموضوع ولا ينتقد فيه بطلبات الخصوم¹³⁵⁴.

فالقاعدة في تقدير التعويض النقدي في القانون المدني الجزائري، أنه يقدر بقدر الضرر ما لحق مع مراعاة الظروف التي تلابس وقوع الضرر (م 131 ق م) ويشمل ما لحق المصاب من خسارة وما ضاع عليه من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار (م 1/182 ق م)، ويقطع النظر عما إذا كان الضرر متوقعا أو غير متوقع، حالا أو مستقبلا ما دام محققا 'م 124 ق م جاءت عامة ومطلقة)، ويتفرغ على هذه القاعدة التي وضعها المشرع أحكام تتعلق بعناصر التعويض ومقداره: الضرر غير المباشر، وأما مقداره فيجب أن يكون مساويا قيمة الضرر المباشر فلا ينقص عنها ولا يزيد¹³⁵⁵.

وقد قررت المحكمة العليا بأنه يمكن الاستعانة بخبير لحساب التعويض، وهذا أمر جوازي¹³⁵⁶، غير أن تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة في حالة وجودها¹³⁵⁷، كما أن تقدير التعويض من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، غير أنه يتعين على هذا الأخير أن يبرر جميع عناصر تقدير التعويضات المدنية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا،

¹³⁵³- تم التطرق إلى طرق التعويض، انظر، ص من هذه الرسالة.

¹³⁵⁴- العربي بلحاج، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام، ج2، ص270-271.

¹³⁵⁵- المحكمة العليا، 27 نوفمبر 1985، ملف رقم 41178، م ق، 1990، عدد 1، ص43.

¹³⁵⁶- المحكمة العليا، 26 فبراير 1983، ن ق، 1985، عدد4، ص50.

¹³⁵⁷- المحكمة العليا، 11 ماي 1983، ن ق، 1986، عدد 3، ص54.

لأن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر هي من التكييف القانوني للواقع¹³⁵⁸، كما أن طلب التعويض عن دعاوى سابقة فصل فيها بأحكام حازت قوة الشيء المقضي به لا يقبل¹³⁵⁹.
وأن المقصود بالضرر في المسؤولية التقصيرية هو الضرر المباشر بدون زيادة أو نقصان¹³⁶⁰، كما أنه حيث بتعدد المسؤول عن أحداث الضرر فأنهم يكونون جميعاً متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر (م 126 ق م)¹³⁶¹، وفيما يخص التعويض عن حوادث المرور فإنه يجب على قاضي الموضوع الالتزام بالجدول المسطرة في الأحكام القانونية السارية في هذا الخصوص¹³⁶².

وعليه، فإن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون دون معقب عليهم في ذلك من المحكمة العليا¹³⁶³، غير أن عدم الإشارة من طرف قضاة الموضوع إلى مراعاتهم الظروف الملائمة للضحية، وقيامهم بتحديد الخسارة، يجعل قرارهم غير سليم ويعرض للنقض (م 130، 131، و 182 ق م)¹³⁶⁴.

ومتى تبين للقاضي طريقة مناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر سعى لتقدير التعويض عنه، وله في سبيل ذلك سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية، إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض

¹³⁵⁸ - المحكمة العليا، 7 جوان 1983، مذكور سابقاً، 25 مارس 1986، مذكور سابقاً، 18 نوفمبر 1986، ملف رقم 46297 (غير منشور)، 23 جوان 1982، ملف رقم 25499 (غير منشور)، م 6 مارس 1985، ملف رقم 34034 غير منشور.

¹³⁵⁹ - المحكمة العليا، 27 أبريل 1983، مذكور سابقاً.

¹³⁶⁰ - المحكمة العليا، 7 جوان 1983، مذكور سابقاً، 23 جوان 1982، مذكور سابقاً.

¹³⁶¹ - المحكمة العليا، 27 جويلية 1964، مذكور سابقاً، 23 جوان 1982، مذكور سابقاً، 30 مارس 1983، ملف رقم 26320، م ق، 1989، عدد 4، ص 42.

¹³⁶² - المحكمة العليا، 25 مارس 1986، مذكور سابقاً.

¹³⁶³ - المحكمة العليا، غ.م، 6 مارس 1985، ملف رقم 34034 غير منشور، 8 فبراير 1989، ملف رقم 58012، م ق، 1992، عدد 2، ص 14.

¹³⁶⁴ - المحكمة العليا، غ م، 8 ماي 1985، ملف رقم 39694، م ق، 1989، عدد 3، ص 34.

هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الاضطلاع بها استبعاد كل إجحاف أو مغالات، فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره¹³⁶⁵.

وفي سبيل ذلك مكن المشرع القاضي بموجب نص المادة 47 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية من اللجوء إلى ذوي الخبرة والاختصاص إذا استعصت عليه إي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي للضرر أو تحديد جسامته، مالم يكن الامر يتعلق بما يدخل في سلطته، ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليه، ولا يجوز له أن يفوض فيه أحدا غيره.

¹³⁶⁵ - محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 446.

الفصل الثاني: تطبيق سلطة
القاضي في تقدير التعويض في
قضايا الزواج والطلاق والقيود
الواردة عليه.

مقدمة:

بعد أن قمنا بتحديد المقصود بالسلطة لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر من الناحية النظرية من خلال الإحاطة بماهيتها، والمصادر التي يستند إليها القاضي عند ممارسته لهذا النشاط التقديري، وكذا المنهجية التي يسلكها في حل النزاع وأنواع التقدير القضائي الذي يقوم به في سبيل ذلك، يكون قد تجلّى لدينا المعنى من هذه السلطة التقديرية. غير أن هذه الدراسة النظرية وحدها لا تكفي للإلمام بجوانب البحث، إذ لا بد من تدعيمها بالجانب العملي فقيمة البحث تقاس بهذا الجانب التطبيقي الذي عن طريقه نستطيع تسليط الضوء على أعمال قاضي شؤون الأسرة لهذه السلطة التقديرية من الناحية العملية وذلك بتوضيح كيفية ممارستها على الحالات التطبيقية المتعلقة بالتعويض عن الضرر، فالتعويض هو عملية آلية ولكم ما يقوم به القاضي من نشاط ذهني ومدى سلطته في إقرار الحق في استحقاق التعويض عن الضرر وكذا تقدير قيمته هو ما يهم ويستلزم التطرق إليه في الدراسة التطبيقية. استعمل الفقهاء المسلمون معنى التعويض في مواضع عدة، وأذكر منها على سبيل المثال: البذل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها، وبذل الشيء الواجب، وال عوض في العبادة وغيرها من الصور التي لم يخرج فيها لفظ التعويض عن معناه اللغوي، مما يجعلني أؤيد آراء الباحثين في نظرية الضمان بأن معنى التعويض (فيها يبذل نظير الضرر)، هو مصطلح الضمان الذي يشيع استعماله عند الفقهاء وبمعان متعددة، كما أبين ذلك¹³⁶⁶.

وإذا كانت أسباب الضمان عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا تخرج في الجملة عن الائتلاف والاعتداء وتقويت الفرصة، والغضب والتعيب، والتغيير، والحيلولة، والشرط، والتسبب، وهي فضلا عن تداخلها في بعض صورها، يمكن أن تتدرج تحت ما تعارف الفقه الوضعي على تسميته بالفعل الضار أو بالمسؤولية التقصيرية¹³⁶⁷.

¹³⁶⁶- بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص32.

¹³⁶⁷- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص85، أحمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون الإسلامي، دار البشير، عمان، الطبعة الثانية، 1987، ص26، الامام الغزالي، المرجع السابق، ص211.

فأساس التعويض من الجانب القانوني والشرعي ووظيفته كقاعدة عامة هي اصلاح، وجبر الضرر، وذلك بترضية المضرور، ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، وذلك حتى يمكن إعادة التوازن في العلاقات الاجتماعية التي اختلت بسبب الفعل غير المشروع¹³⁶⁸.

بحيث ينظر فيه إلى الضرر الحاصل وليس إلى جسامة الخطأ، فهذا هو مفهوم التعويض في الوقت الحاضر إذ هو أداة لمحو الضرر أو تخفيفه ويسري على الضرر بشقيه المادي والمعنوي.

كرس المشرع الجزائري مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ومنح لقاضي شؤون الاسرة بموجب نصوص القانون دورا بالغ الأهمية فيه، إلى طبيعة العلاقة وكذا ما تتميز به القضايا التي يعالجها، إضافة إلى قلة نصوصه وغموضها خاصة في هذا المجال فكل هذه الأسباب جعلت لقاضي شؤون الاسرة دورا إيجابيا في مسألة التعويض عن الضرر، حيث لا يتوقف دوره عند تقدير مبلغ التعويض وإنما يتعدى ذلك إلى تخويله سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى استحقاق التعويض، كما لم يحدد له طريقة التعويض أو صورته، حيث اكتفى فقط بالقول أنه "إذا ترتب ضرر ... حكم بالتعويض، أو جاز الحكم بالتعويض"، تاركا المجال واسعا للقاضي إعمال نشاطه الذهني للبحث في مدى توفر هذا الضرر وقيامه.

كما خوله مهمة أخرى تتمثل في ضرورة إزالة هذا الضرر من خلال تقرير تعويض كامل يشمل معالجة الضرر وجبره وهنا يصادف القاضي عند تقديره لهذا التعويض مشكلة عملية تتمثل في هل يلتفت إلى عنصر الخطأ ومدى جسامته عند التقدير أم يركز على عنصري الضرر¹³⁶⁹.

¹³⁶⁸- طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الاضرار التي تقع على الاشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة منصوره، كلية الحقوق، 2001، ص324.

¹³⁶⁹- وهو الامر الذي سار عليه المشرع المصري من خلال الحكم الذي قضت به محكمة النقض بقولها أنه لما كان التعويض هو مقابل للضرر ... لا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه ... أنظر، طه عبد المولى طه إبراهيم، المرجع السابق، ص77 وما بعدها.

بينما يستخلص في مجال قانون الاسرة ومن نصوصه التي تقضي بالتعويض في حالة حدوث الضرر وقيامه، أن القاضي يعتد بمدى وجود وجسامة الضرر وبلاغته وليس بجسامة الخطأ، وعليه يحاول انطلاقاً من هذا النشاط الذهني الذي يقوم به تقرير تعويض ملائم للمضور من خلال الاعتدال في التعويض الذي هو الاتجاه الحديث للمسؤولية المدنية¹³⁷⁰، وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية التي تقضي بوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد ما أمكن¹³⁷¹.

يستنتج مما سبق أن التعويض هدفه إصلاح الضرر وترضية المضور، فأساسه جبر التلّف والضرر الذي حصل بتعويض كامل، وهذا التعويض يحمل في طياته ردعا للمتسبب في الضرر وترضية للمضور، ومن يحقق هذا الامر هو القاضي الذي له دور مهم في هذا المجال.

وسأطرق في هذا الفصل إلى العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض في المسائل الخاصة بالزواج والطلاق والقيود التي تحكم هذا النوع من الدعاوى، ولذلك أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سأطرق في الأول منها إلى سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق، وفي الثاني إلى الإجراءات القضائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض في مشاكل الزواج والطلاق.

لقد حظيت الاسرة في الإسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم والسنة المطهرة، حرصاً منها على تحقيق الجانب الإيجابي من هذا النطاق الاجتماعي، وتمتد هذه العناية منذ تفكير الانسان في بناء أسرته -أي مرحلة الخطبة- ثم اهتمت بالزواج وما ينتج عنه من آثار، كما لم تهمل هذه الاحكام الزوجين عند استحالة عشرتهما وابتغائهما الانفصال عن بعضهما، إذ بينت ما لهما وغيرها من الاحكام التي يزخر بها التراث الفقهي الإسلامي¹³⁷².

¹³⁷⁰- سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 101-102.

¹³⁷¹- محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 161، عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 90.

¹³⁷²- بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 5.

فقد شرع المولى عز وجل الزواج لتحقيق مقاصد جمة، منها المحافظة على النسل البشري وإحصان الزوجين وكذا تقوية الروابط بين أفراد المجتمع مصداقا لقوله: ﴿وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا﴾¹³⁷³.

وبالنظر لطبيعة النفس البشرية اللجوجة والقنوطية، فإن التقلبات النفسية مفترضة بين الزوجين، وربما تكون نواة لشقاق مستعص بينهما، قد لا تجد الطرق الشرعية في حله إلا بانفصال الزوجين عن بعضهما، ولنتصور مدى ما تخلفه هذه النزاعات من أضرار وخيمة على الصعيد النفسي في مختلف مراحل العلاقة الزوجية: ابتداءً بالخطبة وانتهاءً بالطلاق.

ففي الخطبة قد يتراجع أحد الطرفين عن الآخر بسبب أو بدونه، كما قد تكون عشرة أحد الزوجين مؤذية للطرف الآخر بشكل ما، وإذا وصل الزوجان إلى الطلاق فإن مجرد وقوعه يسبب ضررا معنويا للمرأة، هذا الضرر قد يفترض وجوده أيضا عند الزوج الذي تخالعه زوجته دون سبب.

والطلاق يعتبر كأثر من آثار العلاقة المتوترة بين الزوجين، بل قد تخلق تلك العلاقة آثارا وخيمة خاصة على الجانب النفسي لأحد الزوجين من طرف الزوج المستفرد بالطلاق، أو الزوجة التي لجأت للقاضي ليطلقها على زوجها، وقد يكون استئثار الزوج بحق الطلاق مترجما في ايقاعه بوجه معيب، وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي ويأخذ طريقتي الانفصال هاتين اللتان يبدو فيهما تسلط أحد الزوجين على الآخر، فإنهما تسببان ضررا معنويا لا يمكن تجاهله خاصة بالنسبة للزوجة التي يؤلمها الطلاق الواقع لسبب مشروع، فكيف إذا كان السبب غير مشروع؟

وعليه فإن إهمال هذا الضرر قد يضاعف حجم التأثير به لدى أحد الطرفين نتيجة فعل الآخر، وهو ما يدفع إلى بحث هذا الموضوع ومختلف المعالجات الممكنة له في الفقه الإسلامي والقانون عموما.

¹³⁷³ - سورة الحجرات، الآية 13.

كما أن توفية الحقوق لمستحقيها من مقاصد الشريعة الإسلامية، تسنده جملة من المبادئ التشريعية كمبدأ تعويض الضرر، إذ أن الأصل في المعاملات الالتزام بالضمان على كل من تسبب بفعله في الاضرار بغيره¹³⁷⁴.

والقواعد الفقهية التي تنص على المبدأ وفروعه كثيرة في الشريعة الإسلامية منها قاعدتي: "لا ضرر ولا ضرار" و"الضرر يزال"¹³⁷⁵.

التعويض كما سبق القول هو جبر الضرر الذي لحق بالمضرور وتقدير التعويض المستحق له، قد يتم مباشرة عن طريق المشرع، وقد يقدر بالاتفاق، وقد يتولى القاضي الموضوع تقديره المتمثل في التعويض القضائي.

يتمتع القاضي بسلطة لحساب تقدير التعويض¹³⁷⁶، والذي يحدد التعويض مع خضوعه لضوابط معينة، ولكن لا يوجد في هذا السياق ما يحدد حده الأقصى ولا الأدنى، وذلك وفقاً للظروف التي أمامه وقت مطالبة المضرور الحكم التعويض له، وتوجد أمام القاضي عدة طرق يحكم فيها بالتعويض عن الضرر، وتعتبر تلك المسألة متعلقة بالوقائع لا رقابة للمحكمة العليا عليه فيها.

وقد نص المشرع الجزائري في مسائل الزواج والطلاق على التعويض في أكثر من موضوع، إذ جعل التعويض في حالة العدول عن الخطبة والطلاق والتطليق والخلع، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع ينص على التعويض كمبدأ فقط دون أن يحدد مبلغ التعويض هذا، فهل بإمكانية طرفا العقد أن يحددا التعويض عن فك الرابطة الزوجية عند إبرام عقود الزواج؟ وإذا عرضت دعوى التعويض على قاضي شؤون الأسرة فكيف يتوصل إلى تحديد مقداره؟ وما هي الضوابط التي يعتمد عليها في هذا التقدير؟ وما هو موقف التشريعات العربية من ذلك؟

¹³⁷⁴- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص6.

¹³⁷⁵- سبق تخريجه.

¹³⁷⁶- موسى جميل النعيمات، النظرية العامة للتأصيل من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة والتوزيع، عمان، د.ط، 2000،

المطلب الأول: تقدير القاضي للتعويض عن العدول عن الخطبة.

المشرع الجزائري سار على خطى الفقه الإسلامي بأن العدول عن الخطبة الذي يترتب ضررا يستوجب التعويض عنه، وذلك بشقيه المادي والمعنوي، وهذا ما نصت عليه المادة 05 من قانون الاسرة في فقرتها الثانية على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"¹³⁷⁷.

ويتبين من خلالها أن المشرع لم يعين أو يبين عناصر الضرر التي يتم التعويض عنها بل ترك تقديرها للقاضي، ولهذا القاضي يراعي في تقرير التعويض عن الضرر الشروط الواجب توفرها استحقاق التعويض عن الضرر.

ولذلك قد يتعسف الخاطب أو المخطوبة على حد سواء في ممارسته لحق العدول مما قد يلحق ضررا بالطرف الآخر، وقد جعل المشرع الجزائري كلا من الضرر المادي والمعنوي من موجبات التعويض¹³⁷⁸.

كما سبقت الإشارة إليه فان التعويض مقرر، إذا ترتب ضرر بسبب العدول جاز لأي طرف طلب أو رفع دعوى التعويض وهذا سواء كان ماديا أو أدبيا.

وقد جاء هذا النص عاماً ومطلقاً، ومعتبراً التعويض ليس عن العدول، وإنما عن الضرر الناجم عن العدول، على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية لأن الخطبة ليست بعقد¹³⁷⁹.

ويلاحظ أن مشرنا ربط الحصول على التعويض بشرط وقوع الضرر لا بالعدول نفسه، والضرر هو كل أدى يصيب الشخص في حق من حقوقه او مصالحه المشروعة، سواء كان

¹³⁷⁷ - قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم.

¹³⁷⁸ - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص44.

¹³⁷⁹ - العربي بلحاج، النظرية العمة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، المرجع السابق، ص23-24، على أساسا نص المادة 5 ق أ، لأن المحكمة العليا سبق أن قررت عدم تطبيق المادة 124 على قضايا الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق، 2001، العدد 01، ص75، وراجع أيضا: إلياس نعيمة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، المرجع السابق، ص273 وما بعدها.

ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية¹³⁸⁰، ولذلك سأعرض أولاً إلى إمكانية تعويض الضرر المادي، ثم أتعرض إلى تعويض الضرر المعنوي بشأن العدول عن الخطبة. إن مسألة التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة من اختصاص قضاة الموضوع، وقاضي شؤون الأسرة باعتباره هو المختص بتقدير التعويض في هذه الحالة، فلا بد له بالرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، واتباعه ضوابط معينة في تقدير التعويض، وهذا ما سيتم دراسته من خلال النقاط التالية:

أولاً: التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

يثير أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما، بحيث إقراره ثابت بنص قانوني ولكن ما يحتاج إلى البحث في هذه النقطة هو تقدير التعويض، وبيان مقداره في حالتي الضرر المادي والادبي، وذلك لأن المشرع لم يحدد قيمة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، ولا كيفية حسابه، مما يتطلب من القاضي الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

1 إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

من المتعارف عليه أنه يجوز للفتى والفتاة الراغبين في إبرام عقد زواج بينهما، سلوك طريق الخطبة تمهيداً لذلك، وغايتها في ذلك أن يتعرف كل منهما على الآخر، وبناء على ما تحقق لهما من خلال تلك المعرفة، يمكنهما الإقدام على الزواج أو العدول عنه، وبذلك تكون الخطبة قد حققت الغاية المتوخاة منها¹³⁸¹.

وكثيراً ما يصاحب عدول أحد الطرفين عن الخطبة خيبة أمل لدى الطرف الآخر، وقد يلحق به ذلك.

من المعلوم شرعاً وقانوناً أن الخطبة وعد بعقد في المستقبل، وأن هذا الوعد غير ملزم لأحد من الطرفين¹³⁸².

¹³⁸⁰ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 44.

¹³⁸¹ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 19.

¹³⁸² - أنظر الطبيعة القانونية للخطبة، من هذه الرسالة.

الخطبة تظهر كوسيلة للتعرف والتعارف، لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما، وهذا بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قوية، بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرض الزواج للانحلال¹³⁸³.

ولذلك فإن الخطبة مرحلة سابقة على الزواج، تمهد له، من خلال التعارف بين الخطيبين، بالإضافة إلى توفير الوقت للاتفاق على ما يتطلبه عقد الزواج¹³⁸⁴.

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر *Dommage ou préjudice* يلحق أحد الطرفين ماديا *matériel* أو معنويا *moral*، إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة¹³⁸⁵.

ومن الاضرار المعنوية نذكر: خيبة الامل لدى الطرف الآخر، أو تأخير زواج المخطوبة لمدة ارتباطها بالخطبة معه، وتقويت فرصة خاطب أفضل¹³⁸⁶، أو ضياع فرصة الزواج بالكلية، فيمس كرامة الطرف الآخر، من الاثارة الألسنة بالتجريح والتشهير بسمعة المخطوبة نتيجة مخالطته لها والتردد على بيتها¹³⁸⁷.

حالا ومباشرا قد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة، يتدخل أو عدم تدخل الطرف الآخر.

وعلى هذا الأساس، وقع التساؤل من جانب الفقه حول إمكانية رفع دعوى التعويض من طرف المتضرر من الجانبين في إطار الاحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق¹³⁸⁸.

إن التعويض عن الضرر المادي قد يكون قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا، وباعتبار الخطبة ليست عقدا، وإنما مجرد وعد بالزواج، فبالتالي لا يمكن القول بأن التعويض يكون اتفاقيا، كذلك

¹³⁸³ - بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، ص 44، محمد إسماعيل، خطبة النساء في الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2002، العدد 55، ص 110-111.

¹³⁸⁴ - محمد الكشور، قانون الاحوال الشخصية المغربي، ص 67.

¹³⁸⁵ - من المعلوم أن العدول في حد ذاته لا يستوجب تعويضا، لأن القانون أباحه (م 2/5 ق أ)، والتعويض *Réparation* لا يترتب إلا عن فعل يكون خطأ (م 3/5 ق أ، و م 124 ق م المعدلة بالأمر 10/05 المؤرخ في 20/06/2005).

¹³⁸⁶ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج 1، أحكام الزواج، ط 6، 2010، ص 101.

¹³⁸⁷ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 101.

¹³⁸⁸ - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الاسرة، ج 1، المرجع السابق، ص 189 وما بعدها.

المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الاسرة ما يحدد هذا التعويض ولا طريقة حسابه، مما يخرج من دائرة التعويض القانوني، إذ اكتفى بإقراره مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه يجيز التعويض القضائي الذي يعطي فيه السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقديره وكيفية دفعه.

ولكي يجوز المطالبة بالتعويض لابد من توفر الشروط التالية:

- أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعترف أساسا للتعويض، كأن يكتشف أحد الخطيبين وجود مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الاقدام على الخطبة.

يشترط أن في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأن الخطبة مقدمة للزواج، فمن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها، وعليه فإنه يشترط لجواز الخطبة أن تكون المرأة المخطوبة خالية من الموانع الشرعية، وسائر المحرمات المؤبدة (م 24 ق أ) والمؤقتة، وأن لا تكون في عصمة رجل آخر، وأن لا تكون معتدة من طلاق رجعي أو طلاق بائن، (م 30 ق أ المعدلة سنة 2005).

والجدير بالذكر، أنه كان يستحسن، بمناسبة التعديل الجزئي لعام 2005م، إدراج فقرة في المادة 5 ق أ المعدلة، أو في مادة مستقلة، توضح شروط المخطوبة، تكون صياغتها كالاتي: "يمنع خطبة المرأة المحرمة تحريما مؤبداً أو مؤقتاً، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة".

ونلاحظ بأن المعتدة من طلاق رجعي (وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى)، لا تجوز خطبتها لا تصريحاً ولا تعريضاً، لأن المطلق له حق ارجاع زوجته أثناء العدة (م 50، 61 ق أ)، لأن الزوجية ما تزال قائمة حكماً، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾¹³⁸⁹.

¹³⁸⁹ - سورة البقرة، الآية 288، عند الشافعية يجوز خطبة معتدة البائن تعريضاً لا تصريحاً، ومثلها في ذلك عندهم مثل المعتدة من وفاة، أنظر، الرملي، نهاية المحتاج، ج 6، ص 198-199.

وذهب المالكية بأن الدخول في الزواج الناتج عن خطبة المعتدة يترتب عنه التفريق بينهما، وتحريم زواجهما بعد ذلك نهائياً، لأن استعجالهما للخطبة والعقد والدخول، قبل انقضاء العدة يتطلب معاملتهما بنقيض قصدهما¹³⁹⁰.

وبهذا أخذ قانون الاسرة الجزائري في المادة 34، حيث جعلت وطء العاقد في العدة ولو بعدها من موانع الزواج، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في اجتهادها المستقر، من أنه من المقرر شرعا عدم صحة العقد على المرأة في وقت عدتها، وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب¹³⁹¹.

فإن العدول عن الخطبة حق، لكن لا يجب التعسف في استعمال هذا الحق (م 124 مكرر ق.م المعدلة بالأمر 10/05)¹³⁹²، كما أن الخطبة ليست بعقد ملزم (م 1/5 و 1/6 ق.أ)، وإن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض (م 2/5 ق.أ)¹³⁹³، غير أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعالا خاطئة في ذاتها ومستقلة استقلالاً تاماً، أو أقوالاً من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر، كالضرب أو السب أو الشتم أو الإهانة، أو التشهير أو تشويه السمعة، أو كأن يشترط أحدهما على الآخر أن يشتري تجهيزاً معيناً ثم يعدل عن الخطبة بلا مبرر مسوغ، أو كأن يأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة، وفجأة تتقلب الموازين رأساً على

¹³⁹⁰ - ابن رشد، بداية المجتهد، ج 2، ص 46-47، الدردير، الشرح الصغير، ج 2، ص 343، وقال الحنفية والشافعية بجواز زواجهما بعد فسخ الزواج الفاسد، الكاساني، البدائع، ج 2، ص 268.

¹³⁹¹ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1983/01/03، م ج، 1984، ج 3، ص 731، 1996/06/18، ملف رقم 137571، م ق، 1999، العدد 2، ص 93، وعلى كل فهو زواج باطل، 1998/05/19، ملف رقم 193825، ا ق، غ أ ش، ص 73، 1986/02/24، ملف رقم 39362، غير منشور، أنظر لاحقاً فقرة 188 و 202 و 203.

¹³⁹² - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 24، العربي بلحاج، التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، م ج، 1992، العدد 2، ص 694، نقض تونسي 1959/03/03، ملف رقم 258524، م ق ت، 1959، العدد 2، ص 30، مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية، رسالة جامعة القاهرة، 1936، ص 82 و 117.

¹³⁹³ - وذلك احتراماً لحرية اختيار الإنسان للشخص الذي يرغب في الزواج منه مستقبلاً، ومن ثم كان للتعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة مجموعة من الاعتبارات التي تجعل منه ذو طبيعة متميزة ومضمون خاص من الناحية القانونية، راجع إلياس نعيمة، المرجع السابق، ص 286.

عقب فيحدث ذلك ضررا ماديا للمتصرف وفق ذلك الرأي¹³⁹⁴، ومنسوبة لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض¹³⁹⁵.

وهنا يشترط أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة، أما إذا كان الضرر ناجما عن فعل المتضرر نفسه، هنا في هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية كليا عن العادل، أو توزع المسؤولية بين طرفي الخطبة¹³⁹⁶.

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، بل هو وعد غير ملزم، وأن التعويض فيه إكراه ضمني، ولكن يرد على هذا القول بأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة للضرر ليس إكراها على إتمام العقد، وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر¹³⁹⁷.

حيث ينال الطرف الآخر الذي لم يعدل، فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل لأنها أعدت الجهاز مثلا، فهل يغرم العادل من ماله عوضا للأضرار المالية وغير المالية لقد أجاب عن ذلك بعض رجال الفقه بأنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم به لأن العدول حق للخاطب وللمخطوبة بلا قيد ولا شرط، ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه¹³⁹⁸ فكيف يغرم مالا؟

2 كيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة فلم ينص لا المشرع الاسري الجزائري ولا المصري على كيفية تقدير هذا التعويض، وبالرجوع إلى القواعد

¹³⁹⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص38.

¹³⁹⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط 1، 2008م، ص37.

¹³⁹⁶ - Cf, (ph) Le tourneau, la responsabilité civile, n°1481 ets, éd 2003, par (L) cadiet, Cass. CIV, 26/01/1982, Bull, CIV, 1, 41, (ph), Malaurie, La famille, p60 et s, (J) Carbonnier, op, cir, n°8.

¹³⁹⁷ - عيبر يحيى شاكور القدومي، المرجع السابق، ص83.

¹³⁹⁸ - محمد شلتوت، المرجع السابق، ص257.

العامة نجد أن المادة 132 من القانون المدني الجزائري¹³⁹⁹ التي تنص على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"، كما نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه "يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف، وبناءً على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الضار"، ويقابل هذا النص المادة 171 من القانون المدني المصري التي تقر نفس المبدأ في شأن كيفية تقديم التعويض¹⁴⁰⁰.

ويتضح من هذه النصوص أن القاضي يعين طريقة التعويض والاصل أن التعويض يكون نقدياً، والتعويض بالمعنى الواسع، أما أن يكون تعويضاً عينياً، وهو التنفيذ العيني وأما أن يكون تعويضاً بتقابل وهذا التعويض قد يكون تعويضاً غير نقدي أو تعويضاً نقدياً¹⁴⁰¹.
خلافًا للتعويض القانوني والتعويض الاتفاقي، فإن القاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض في حالة ما إذا كان التعويض غير محدد قانوناً أو اتفاقاً بين الطرفين وذلك طبقاً لما تقتضيه الظروف الملائمة¹⁴⁰².

وفي مجال العدول عن الخطبة، فإن العادل إذا كان قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينياً، وذلك برد الحال إلى ما كانت عليه، وإرجاع ما استولى عليه الطرف الآخر¹⁴⁰³.

¹³⁹⁹ - تقابل النص المادة 171 مصري والمادة 172 سوري.

ونلاحظ أن هناك خطأ في آخر المادة وهي عبارة (بعض الاعانات) فالمعنى لا يستقيم والصحيح أداء أمر معين والنص الفرنسي صحيح هو *d'une prestation* وبالرجوع إلى نص المادة 171 مصري المطابقة تماماً نجد بو يحكم بأداء معين بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض).

¹⁴⁰⁰ - تنص المادة 171 من ق.م.م: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً".
يقدر التعويض بالنقد، ويجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين، متصل بالعمل غير المشروع على سبيل التعويض".

¹⁴⁰¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156.

¹⁴⁰² - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 193.

¹⁴⁰³ - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، 146-147.

فلو كان المستولى عليه عقاراً أو منقولاً أو أي أموال عينية أخرى، فإنه يجب ردها، ويجوز إجبار من اخذها على الرد بطريق التهديد المالي، وهو ما يفهم من نص المادة 132 من ق م السالفة الذكر، فالقاضي في هذه الحالة ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين أن يقضي به إذا تحققت الشروط الآتية:

- إذا كان التنفيذ العيني ممكناً.
- وأن يطالب به الطرف المضرور.

أما إذا رأى القاضي التعويض العيني غير ممكن، قضى بالتعويض بمقابل نقدي، وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة، فإن كان الضرر المادي يمكن تقديره بالنقد، كما لو اشترط الخاطب على المخطوبة بأن تشتري تجهيزاً معيناً، أو تأجير قاعة الزفاف، ودفعت في مقابل ذلك مالا، ففي جميع الحالات يتعذر فيه التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلا التعويض النقدي وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال المادة 176 من ق.م، بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه"، كما نصت المادة 182 من نفس القانون، على أنه إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره وفقاً لما لحق المضرور (الدائن) من خسارة وما فاتته من كسب، ويشتمل التعويض وفقاً للمادة 182 مكرر الضرر المعنوي (أو الادبي) من آلام وكل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة وغيرها.

فإذا عدل المتفاوض عن تنفيذ التزامه بالتفاوض عينا، لم يكن أمام المتفاوض الآخر إلا المطالبة بالتنفيذ بمقابل والذي يتمثل في تعويض نقدي عادل وشامل لكل ما لحقه من ضرر

مادي أو ضرر معنوي من جراء العدول عن الخطبة، بحيث يشمل التعويض ما لحق المتضرر من خسارة وما فاتته من كسب¹⁴⁰⁴.

والاصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا معيناً، يعطى دفعة واحدة، ويجوز للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي عن طريق التقييط في حالة استحالة دفع التعويض دفعة واحدة¹⁴⁰⁵.

أ الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، ولم يعثر على فقه واحد من فقهاء الأربعة المختلفة، قال بجواز التعويض عن هذا الضرر.

والسبب في ذلك حسب أحد الفقه¹⁴⁰⁶ راجع إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم، أو لأن فترة الخطوبة عندهم لم تكن تطول في العادة، بل كانت تستغرق زمناً قصيراً يكون فيه الأعداد للزواج، وإذا ما قرر الخاطب إنهاء الخطبة فإن ذلك يحدث ببساطة، كما أنه من الأسباب كذلك عدم حدوث ما يقع بين الخطيبين الآن من كثرة الاتصالات وتعدد الزيارات، ولذلك لم يكن يتصور أن ينشأ عن العدول عن الخطبة ما يستوجب التعويض.

كما أن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، وإنما جاء الضرر نتيجة انحراف الخطيبين في سلوكهم أثناء الخطبة¹⁴⁰⁷ فضلاً على أن الناس في زمنهم كانوا يعلمون أن الخطبة مجرد وعد لا تلزم

¹⁴⁰⁴ - من المقرر قانوناً أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، المحكمة العليا، غ م، بتاريخ 1985/11/27، ملف رقم 41783، بأن يكون مناسباً للضرر الحاصل، القرار بتاريخ 1995/05/24، ملف رقم 109568، نقلاً عن: العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2011، ص 203.

¹⁴⁰⁵ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، بالقانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014/2013، ص 22.

¹⁴⁰⁶ - محمد ابن معجور المزرعاني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، طبعة 1998، ص 26.

¹⁴⁰⁷ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، المرجع السابق، ص 69.

أحد الطرفين بشيء، ومن ثم فإن كل طرف تورط في تصرف ألحق به ضرراً يكون مقصراً في حق نفسه، ويتحمل بذلك تبعاً ما جنى على نفسه¹⁴⁰⁸.

وما استقر عليه الفقه والقضاء هو التعويض عن الأضرار الناجمة في حالة العدول عن الخطبة، لاسيما منها الأضرار المادية التي أقر المشرع الجزائري التعويض عنها صراحة في القانون المدني، فهل يخضع ذلك التقدير القاضي، أم هناك ضوابط تحكم تقدير هذا التعويض؟ إن المشرع الجزائري أعطى لكلا الطرفين حرية العدول عن الخطبة انطلاقاً من مبدأ الرضائية في الزواج، وذلك من خلال أحكام المادة 02/05 من ق أ، ولأن الأمر لا يعدو أن يكون وعداً بالزواج، والوعد في العقود ليست له قوة إطلاقاً في إلزام طرفيه بآثار العقد، وفي هذا يقول الامام السيوطي: "وهل الخطبة ليست بعقد شرعي؟ وهل هو عقد جائز من الجانبين قطعاً"¹⁴⁰⁹، والاستثناء هو تقييد هذا الحق إذا ألحق ضرراً بالطرف الآخر، فلا يجوز انكار حق الخاطب في استعمال حقه في العدول¹⁴¹⁰، غير أنه ملزم من الناحية الشرعية والقانونية بأن يستعمل هذا الحق عناية الرجل العادي والحريص، حتى لا يستعمل حقه للإضرار بمخطوبته أو يسبب لها أضراراً، أو على الأقل بأن تكون الفائدة المرجوة من هذا العدول بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بمخطوبته، غير أن جل الشرائع والتشريعات لا تجيز عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه¹⁴¹¹.

فالتعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس إلزاماً على إتمام العقد، وإنما هو محاولة لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة التعسف في استعمال حق العدول، فالعدول عن الخطبة وإن كان حقاً مشروعاً للطرفين إلا أنه قد يساء استعماله أحياناً، كأن يتم بدون مبرر

¹⁴⁰⁸ - علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 29.

¹⁴⁰⁹ - الامام السيوطي، الحاوي للفتاوى، ص 178، نقلاً عن: محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج 1، المرجع السابق، ص 169.

¹⁴¹⁰ - بل إنه لا يجوز إلزام الطرفين قانوناً بإتمام مشروع الزواج بالبناء، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج 1، المرجع السابق، ص 85.

¹⁴¹¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون سنة الطبع، ص 828.

مقبول، أو أن يلحق ضرراً بالطرف الآخر عمداً، فهنا يستوجب المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامه بالتعويض عن الضرر، ومن هنا يجوز للقاضي أن يستنبط المعايير التي يعتمد عليها في واقعة التعسف في حالة العدول عن الخطبة والتي تتمثل فيما يلي:

3 معيار قصد الاضرار:

ويقصد به: "توجيه الإرادة نحو غاية الاضرار بالآخرين حتى لا تتوافر نية أخرى سوى الاضرار، أو يكون غاية راجحة قياساً بنية النفس التافهة، والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى، مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف، أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقصدها التي تؤول إليها¹⁴¹².

ويشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان أساسيان¹⁴¹³:

الأول: أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمداً.

الثاني: أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد لشيء آخر كالقصد إلى تحقيق منقعة ولو كانت ضئيلة، لا ينطبق عليه هذا المعيار، وإنما يندرج تحت المعيار المادي.

قصد الضرر من العادل يظهر إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقربنة تكليف الطرف الآخر بأمر، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقلاً وظيفته إلى محل إقامتها، ولديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة والعدول عنها.

4 معيار المصلحة غير المشروعة.

إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف لا يصلح أن يكون زوجاً، جاز له أن يعدل عن الخطبة، فإذا كان العدول لغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل

¹⁴¹²- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص74-75.

¹⁴¹³- توفيق أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة الأردنية، الأردن، 1990، ص32- أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير، جامعة الأردنية، الأردن، 1993، ص77.

الطرف الآخر بالمال أو الجاه أو غيرهما، كان مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة¹⁴¹⁴.

5 معيار الضرر الفاحش

ويقصد بالضرر الفاحش: "ما يكون سببا للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الالية كسد ضوء بالكلية¹⁴¹⁵.

وعرفه الدرعان بقوله هو: ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق¹⁴¹⁶.

إثبات أولاً الخطبة بجميع الوسائل، بما فيها البيئة والقرائن والصور الفوتوغرافية المأخوذة بالأجهزة الحديثة كالكاميرا والحاسب الآلي والهاتف المحمول والأجهزة الرقمية وغيرها¹⁴¹⁷، ومن ثم، يمكن إثبات الخطبة بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين مخطوبين¹⁴¹⁸، كما أن اعتراف أحد الطرفين بواقعة الخطبة المدعى بها عليه أمام القضاء، هو حجة قاطعة على المقر بقيام الخطبة¹⁴¹⁹.

إن عبء الإثبات يقع على الطرف المدعي المطالب بالتعويض في حالة العدول عن الخطبة، خاصة إذا كان هذا الضرر مادياً، كتفويت فرصة الزواج، أو كأن تثبت المخطوبة أنها اشترت جهازاً معيناً، أو دفعت مصاريف أجرة قاعة الزفاف والتي لا يمكن استردادها في حالة

¹⁴¹⁴ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 94-95.

¹⁴¹⁵ - الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية، ص 214-215.

¹⁴¹⁶ - الدرعان، المدخل للفقه الاسلامي، ص 261.

¹⁴¹⁷ - المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م م غ، 2007، العدد 2، ص 454، إثبات الخطبة بالاجهزة الحديثة كالكاميرا، محكمة قسنطينة، 1981/09/08، مذكور سابقاً.

¹⁴¹⁸ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/03/27، ملف رقم 53272، م ق، 1990، العدد 3، ص 82، يجوز سماع شهادة الأقارب، المحكمة العليا، غ أ ش، 1998/03/17، ملف رقم 188707، إ ق، غ أ ش، ص 50.

¹⁴¹⁹ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1989/12/25، ملف رقم 56097، م ق، 1991، العدد 4، ص 102.

العدول عن الخطبة، أو ترك الوظيفة التي تعمل بها، فتستجيب لطلبه، ثم يعدل عن الخطبة، وقد يقوم الخاطب بإعداد مسكن جديد يلائم الحياة الزوجية القادمة، ويقوم بتجهيز أثاث البيت، ثم تعدل المخطوبة عن الخطبة، فيلحقه ضرر بسبب العدول¹⁴²⁰.

فالتعويض الذي يحكم به القاضي لا يكون إلا على أساس وجود ضرر وليس عن العدول في حد ذاته، خاصة أن المشرع الجزائري أعطى لكلا الطرفين حرية العدول عن الخطبة انطلاقاً من مبدأ الرضائية في الزواج.

وهذا ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1989/12/25 بقولها: "من المقرر قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون"¹⁴²¹.

وهو ما قرره محكمة النقض المصرية أيضاً يتعين للحكم بالتعويض عن الضرر المادي بسبب عن العدول عن الخطبة، أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها ومستقلة عنه استقلالاً تاماً، وذلك في قرارها الصادر 1962/11/15، بقولها: "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمه أفعال خاطئة في ذاتها، ومستقلة عنه استقلالاً تاماً، ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر"¹⁴²².

وبالرجوع إلى آراء الفقه فقد اختلفت حول مدى تأثير الظروف الشخصية للمسؤول في تقرير التعويض، ولا سيما الظروف المالية، إذ ذهب رأي منه إلى أنه لهذه الظروف دورها في

¹⁴²⁰ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 122.

¹⁴²¹ - المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 56097، الصادر بتاريخ 1989/12/25، م ق، عدد 4، ص 102.

¹⁴²² - محكمة النقض المصرية، نقض مدني، في 1962/11/15، طعن رقم 174 لسنة 67 ق السنة 33، ص 3073، نقلاً عن: سامح

سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، 2000، ص 156.

تقدير التعويض، ويجب على القاضي مراعاتها، كأن يكون المسؤول عن الضرر ميسراً أو معسراً¹⁴²³.

وأصحاب هذا الرأي يرون بأن مثل هذه الظروف ما كان ينبغي الاعتداد بها في هذا المجال، لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر، إلا أن النص قد جاء عاماً، ومن ثم لا وجه لأن يقتصر على الظروف الخاصة بالمضروب، كما أن الاعتداد بظروف المسؤول يتفق مع ما كان القضاء يسير عليه من الاعتداد بتلك الظروف.

بينما يرى رأي آخر أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول، لا تأخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض، فإذا كان المسؤول ميسراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، وإن كان معسراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل، ولذلك فإن الطرف الذي يعدل عن الخطبة يدفع تعويضاً للطرف الآخر بقدر ما أحدث من ضللاً فحسب، دون مراعاة لظروفه الشخصية¹⁴²⁴.

لذلك نجد أن القاضي عند تقديره مبلغ التعويض يقوم بالبحث في الظروف الشخصية المتعلقة بالطرف المضروب ويأخذ في عين الاعتبار ظروف المسؤول وهذه الاعتبارات تدخل في حساب القاضي عند تقديره التعويض ولكن يجب أن لا تؤثر على تقدير القاضي للتعويض الذي يجب أن يكون عادلاً وكفيلاً بجبر الضرر¹⁴²⁵.

والاصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض، فإذا تحققت المسؤولية، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر، لا بقدر جسامة الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير، ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر الجسيم، لأننا بصدد تعويض مدني يراعى فيه مقدار الضرر، ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على

¹⁴²³ - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 154.

¹⁴²⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المرجع السابق، ص 373.

¹⁴²⁵ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 184.

جسامة الخطأ¹⁴²⁶، ولهذا فإن استخدام المشرع في القانون المدني لعبارة الظروف الملازمة تعود على جسامة الضرر، وإذا استقر الأمر على أن التعويض يكون بحجم الضرر، فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض؟ هل هو وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به، أو أن وقت تقديره صدور الحكم به؟
أما فيما يخص تقدير التعويض فهو مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع¹⁴²⁷.

لقد اختلف الفقه حول الوقت التي ينشأ فيه الحق في التعويض، حيث ذهب رأي إلى القول أن الحق ينشأ من يوم حصول الضرر، ويكون حكم القاضي بالتعويض عن الضرر حكماً كاشفاً لهذا الحق، في حين ذهب رأي آخر للقول أن نشوء الحق في التعويض يكون من يوم الحكم، فالحكم يعد مقراً للحقوق، أما الرأي الثالث فيمكن القول أنه كان وسطاً بين الرأيين، حيث أن الالتزام بالتعويض ينشأ من يوم حدوث الضرر وهو حق ينتقل للورثة بعد موت المضرور، ولكن يتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع التعويض يوم الحكم، وعليه لا بد من الاعتداد بهذا الوقت عند تقدير مبلغ التعويض¹⁴²⁸.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذه المسألة نجد أنها لا تجيبنا عن هذا التساؤل كما لا يوجد نص قانوني يتعرض لها ولكن بالرجوع إلى آراء الفقهية ومحاولة تسليطها على حالة العدول عن الخطبة نجد أنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار كلا الرأيين ففعل العدول إذا رتب ضرراً للطرف المعدول عنه فإنه بمجرد حصول الضرر ينشأ الحق في التعويض غير أن هذا الحق لا يكون مدعماً بالحماية القانونية ومولداً للالتزام قانوني إلا من يوم الحكم للطرف المعدول عنه بالتعويض من طرف القاضي¹⁴²⁹.

¹⁴²⁶ - عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص 152.

¹⁴²⁷ - أي تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

¹⁴²⁸ - سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 208-209.

¹⁴²⁹ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 187.

إن الضرر المادي الناتج عن العدول عن الخطبة الذي يلحق بأحد الطرفين، يظل في مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع الضرر إلى غاية صدور الحكم، ولا يمكن أن نتصور أن يتغير الضرر في تلك الفترة، فالنتائج المترتبة عن الفعل الضار تظل ثابتة لا تتغير، فهي لا تشتد أو تنقض مع مرور الزمن، وعليه فإن تقدير التعويض يكون من وقت وقوع الضرر¹⁴³⁰.

إن تقدير القاضي للتعويض تكون الغاية منه جبر الضرر دون أن يكون هناك إثراء لطرف على الآخر، وبالتالي يكون تقدير التعويض كاملاً وعادلاً، لطرف المضرور وهذا هو المغزى من الاخذ بالنظر للاعتبارات الشخصية عند إجراء التقدير.

ولأن التشريع القانوني لم يبين للقاضي معياراً واضحاً يستند إليه في تحديد مبلغ التعويض عن الضرر فقد عمد الفقيه عبد الرحمان الصابوني في هذه المسألة إلى أن القول أنه يجب أن يتقيد التعويض في حالة العدول عن الخطبة بنصف المهر لأنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بأكثر مما سيدفعه الطرف العادل في حالة تم العقد وهذا حتى لا يتعسف القاضي في التقدير¹⁴³¹.

لكن هذا الرأي لم يسلم من النقد، حيث رد عليه بأنه قد يكون المهر المدفوع مبالغاً فيه، وأن نصف المهر يجاوز بكثير حجم الضرر اللاحق بأحد الطرفين عند العدول، خصوصاً مع ما جرى به العمل في الوقت المعاصر في مجتمعاتنا العربية، من مغالاة في المهور، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن نصف المهر الذي يدفع في الطلاق قبل الدخول ليس تعويضاً بل هو حق للمطلقة.

غير أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذه المسألة نجد أن هناك من الأحكام القضائية عند تقديرها لمبلغ التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة من تخطى بين العدول الزوجة عن إتمام إجراءات الزواج وما يتم تقديره من تعويض عن هذه الحالة وبين

¹⁴³⁰ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 271.

¹⁴³¹ - عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، منشورات جامعة دمشق، 1994، ص 53.

عدولها عن إتمام الخطبة وما يقدر عنها من تعويض يستند إلى عناصر الضرر الناتجة عنها، إذ في الحالة الأولى تستحق الزوجة بموجب عقد الزواج والطلاق قبل الدخول طبقاً لنص المادة 16 من قانون الأسرة لنصف المهر للطلاق قبل الدخول إضافة إلى التعويض عن تعسف الزوج وهذا استناداً إلى أحكام المادة 52 من نفس القانون، ولا يمكن تطبيق -في هذه الحالة- أحكام المادة 5 من قانون الأسرة المتعلقة بالخطبة لأنها لم تعد موجودة قانوناً، فقد حل محلها عقد الزواج¹⁴³².

ومن هنا فإن مسألة تقدير الضرر يرجع في الأساس إلى قاضي شؤون الأسرة من خلال أعمال سلطته التقديرية، وأن الأشكال في الحقيقة هو في اثبات وقوع الضرر في حد ذاته، وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 16/03/1999 بقولها: "من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"¹⁴³³.

ثانياً: تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

هذا النوع من الضرر، يلحق بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ليكون في العادة مقترناً بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والاحزان، ومن ثم ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية، ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية، يكون قد لحق أموراً أخرى غير ذات طبيعة مالية¹⁴³⁴.

ومن الأضرار المعنوية في حالة العدول عن الخطبة هي تلك الآلام التي تجرح الشعور والاحساس وتعرض الطرف الآخر للأقاويل كالتعريض في سمعته أو شرفه، فيكون في صورة شعور بالحزن، وضيق في الصدر، وانعدام الثقة والطمأنينة، وهذه المسألة لم يتطرق لها الفقهاء القدامى، لأنها لم تقع في عصرهم وإنما ظهرت حديثاً نتيجة انحراف الناس عن تعاليم

¹⁴³²- شامي أحمد، المرجع السابق، ص185.

¹⁴³³- المحكمة العليا، غ أ ش، القرار بتاريخ 16/03/1999، ملف رقم 116865، م ق، عدد خاص 2001، ص256.

¹⁴³⁴- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص44-45.

الإسلامية، خاصة في سلوكياتهم أثناء الخطبة وتأثرهم بالظواهر المادية للمجتمعات الأوروبية¹⁴³⁵.

من هنا جعل المشرع الجزائري التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة واسعاً، ولم يبين ما إذا كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، ومن هنا فقد أعطى السلطة التقديرية واسعة لقاضي شؤون الأسرة، كما يجوز له الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي، إذ أن مجرد العدول عن الخطبة قد يلحق أضراراً معنوية ولو من باب خدش الشعور، وما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما يؤدي سمعة العدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات، والمساس بسمعته وكرامته¹⁴³⁶.

1 إمكانية وكيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

كما هو معلوم فإن للضرر المعنوي طبيعة خاصة، فهل يمكن أن يكون قابلاً للتعويض في مجال العدول عن الخطبة؟ وما هي طريقة دفع هذا التعويض؟ وما هي الضوابط التي تحكم تقدير هذا النوع من التعويض؟

أ- إمكانية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

إن ما قضت به المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 1991/04/23 بقولها: "على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابها من جراء فسخ الخطبة التي دامت أربع سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعى عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعاً للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها أربع سنوات كخطيبة"¹⁴³⁷.

وكان مجلس قضاء مستغانم قد قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة منذ سنة 1966، مما يدفعني إلى القول بأن هذا المبدأ قديم في القضاء الوطني

¹⁴³⁵- وفي هذا يقول عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه-: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"، نقلاً عن نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2002، ص 41.

¹⁴³⁶- نصر سلمان، سعاد سطحي، المرجع نفسه، ص 46-47.

¹⁴³⁷- المحكمة العليا، غ أش، القرار بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 79999، م ق، عدد 01، 1999، ص 54.

حتى قبل صدور قانون الأسرة، وذلك بغض النظر عن المبررات الموضوعية والتاريخية المصاحبة لهذه الأحكام في تلك الفترة¹⁴³⁸.

من هنا يتضح ان مسألة التعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة أمر لا بد منه، وذلك بموجب -أحكام القانون والاجتهادات القضائية-، لكن المشكلة تكمن في اثبات الضرر المعنوي، إذ غالباً ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطاً بالآلام نفسية تلحق بالمعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته، ولهذا فمن شأن العدول عن الخطبة أن يترك آثاراً في نفسية المعدول عنه.

من هنا فإن القانون بقدر ما يسمح بالتعويض عن الضرر المادي، يجيز التعويض عن الضرر المعنوي، ولكن كيف يمكن أن يصيب العدول عن الخطبة سمعة وشرف الطرف المعدول عنه؟ وهل مجرد العدول عن الخطبة يترتب ضرراً معنوياً؟

وبالنسبة للقضاء المصري الذي لم يتضمن أحكاماً في الخطبة، فقد استقر قضاءه منذ سنة 1939 على أن الخطبة ليست إلا تمهيداً للزواج وأنها ليست بعقد ملزم¹⁴³⁹.

وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم المصرية هذه الوجهة، إذ كان القضاء يقرر عدم التزام أي من الطرفين بالوفاء بالوعد بالزواج، لما في ذلك من مساس بحرية عقد الزواج، وأن الخطبة مجردة شرعاً من كل اعتبار قانوني ولا تقيد أحداً من المتواعدين¹⁴⁴⁰.

وقد جاء في حكم لمحكمة المصرية أن "مبدأ حرية الزواج يقضي بأن يكون الطرفان في حل من العدول عنه إلى أن ينعقد، فالوعد بالزواج باطل حينئذ من الوجهة المدنية لمخالفته للنظام العام"¹⁴⁴¹.

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد كان له موقف مخالف لما ذهب إليه القضاء الجزائري، حيث لا يترتب مسؤولية عن العادل في حالة عدوله عن الخطبة بعد فترة معينة، وهذا ما قضت

¹⁴³⁸- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص109.

¹⁴³⁹- محكمة النقض المصرية، طعن رقم 13، بتاريخ 1939/12/14 نقلاً عن: سامح سيد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، ص100.

¹⁴⁴⁰- توفيق حسن فرج، المرجع السابق، الطبيعة القانونية للخطبة، ص97.

¹⁴⁴¹- محكمة الاستئناف المصرية، بتاريخ 29 ماي 1906 نقلاً عن السنهوري، الوسيط، ج2، ص937.

به محكمة النقض المصرية بتاريخ 1962/11/15 بقولها: "استطالة أمد الخطبة في الزواج والاحجام عن اتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخطيبين"¹⁴⁴².

كما ذهب أيضا جانب من الفقه إلى عكس ما ذهب إليه الموقف القضائي في الجزائر، وحثهم في ذلك أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وأن العدول عنها أمر جائز شرعا وقانونا، ومن ثم فإن التراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته، والحكمة من هذا التجويز تمكين الخطيبين من تفادي الارتباط بزواج فاشل، وإزالة الاكراه والضغط على الإرادة قبل الانعقاد العقد.

وإن كان هناك جانب من الفقه يذهب إلى عكس ما ذهب إليه هذا الموقف القضائي، وحثه في ذلك أن المخطوبة في هذه الحالة كانت تعلم أن الخطبة مجرد وعد بالزواج وأن العدول عنها أمر مباح، وأن من يدعى حصول ضرر له من جراء هذا العدول، كان يعرف مقدما أن العدول جائز للطرف الآخر، فكان يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس، كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرر أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الامر بالزواج أو بعدمه¹⁴⁴³، إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب فسخ الخطبة أو إمضاء العقد، قبل الاقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له، فإن لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله، ومغبة تقصيره، وعدم احتياظه¹⁴⁴⁴.

وكذلك ما يلاحظ على نص المادة 5 من قانون الاسرة أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا وإنما جعله جائزا لأنه ليس معقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، وكقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق الطرفين، لكنه جعل التعويض أمر جوازي فقط عند ترتب

¹⁴⁴² - محكمة النقض المصرية، جلسة بتاريخ 1962/11/15، الطعن رقم 474، لسنة 72، القضائية مجموعة المكتب الفني، السنة 33، مدني العدد 3، ص 3037، نقلا عن: أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعي، ط 2001، ص 656.

¹⁴⁴³ - عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 29.

¹⁴⁴⁴ - احمد فرج حسين، المرجع السابق، ص 71، مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 87

الضرر، وهذا ما يمكن القول معه بأنه مهما استطل أمم الخطبة فلا تعويض عن مجرد العدول¹⁴⁴⁵.

ولكن ليست كل الاضرار الأدبية ناتجة عن ألم العدول أو طول فترة الخطبة، إذ من المتصور عملا أن تكون الاضرار الأدبية التي لحقت بالمخطوبة بعد عدول الخاطب عن الخطبة ترجع بسببه هو، وما قام به من اثاره اشاعات حول تلك المخطوبة، كيدا منه لها، وتلويثها لسمعتها، لغرض ما في نفسه إضرار بها¹⁴⁴⁶.

2 كيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

أ- التعويض العيني للضرر المعنوي.

إن الضرر المعنوي هو الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو في شعوره أو في شرفه، أو في عاطفته، وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية، فاعتبر ضرا أدبيا ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف من إيذاء للسمعة¹⁴⁴⁷، أو عن آلام النفس¹⁴⁴⁸.

أن يكون الادعاء بالحق من الحقوق التي تستحق الحماية القانونية، طالما أن المدعي أصيب بضرر في حقوقه غير المالية، ويعتبر ضرا أدبيا كل مساس الجانب العاطفي للشخص، وكل ألم يصيب الانسان في جسمه أو في عاطفته كما في الضرب والاهانة، ويوجه عام كل الاعتداء على حق، سواء كان ترتب على هذا المساس أو الاعتداء خسارة مالية أو لم يترتب¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁵ - سويبي جمال، المرجع السابق، ص15.

¹⁴⁴⁶ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص114.

¹⁴⁴⁷ - نفص مدني فرنسي، 26 أكتوبر 1965، دالوز، 1966، 356.

¹⁴⁴⁸ - مجلس الدولة المصري، 18 جانفي 1955، م ت ق، 1، 3، 1955، 137.

¹⁴⁴⁹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 02، المرجع السابق، ص148-149.

إذا كان التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال تقديراً شبه حسابي، فليس الأمر كذلك بالنسبة إلى التعويض عن الضرر المعنوي، إذ لا يسهل تقدير ما يصيب المشاعر والعواطف من آلام، وإذا كان التعويض عن الضرر المادي يمكن أن يصلح ما أفسده الضرر ويمحو آثاره، فإن التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن أن يزيله، وإلى جانب ذلك فليس من السائع أن يتقاضى المرء ما لا ثمناً لما أصاب شرفه من أذى¹⁴⁵⁰.

ومن هنا يجب على القاضي أن يبحث عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأً يستوجب تعويض العدول عن الخطبة، المتمثل في المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المؤلف للشخص العادي، إذا وجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي¹⁴⁵¹.

وهذا ما يجعل التعويض عن الضرر المعنوي أمراً مختلفاً، لأن التقدير فيه يختلف من شخص لآخر، ومن هنا فإن التعويض عن الضرر المعنوي يأخذ شكلين هما: التعويض العيني عن الضرر المعنوي، والتعويض بمقابل نقدي.

1/2 التعويض العيني عن الضرر المعنوي:

المراد بالتعويض العيني ذلك الحكم الذي يلزم المدعي عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو اخل به، وبذلك يعود المدعي إلى الحالة التي كان عليها قبل ان يقع هذا الاخلال أو قبل ان يقع الفعل الضار¹⁴⁵².

كأن يكون العادل عن الخطبة قد صرح عن ذلك لوسيلة إعلام، أو صرح أنه قد عدل عن الخطبة لأنه اكتشف أن سلوكات المخطوبة غير مسؤولة أو أن بها عيوب أو غير ذلك مما

¹⁴⁵⁰ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 164.

¹⁴⁵¹ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 114.

¹⁴⁵² - حسين علي الدنون، المرجع السابق، ص 278-279.

قد يمس بسمعتها وكرامتها، فيكون تعويض ذلك الضرر ينشر مقال أو تصريح يكذب الأول¹⁴⁵³.

وقد وضع الفقهاء شروطا للتعويض العيني، استنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة، وأداء الالتزامات بصفة عامة، وهذه الشروط تتمثل في أن يكون التعويض ممكنا وملائما وغير مرهق للمدين والاهم من ذلك أن يطلب المضرور التعويض العيني¹⁴⁵⁴.

وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية، فإن كل ضرر حتى الضرر المعنوي يمكن تقويمه بالنقد¹⁴⁵⁵، فالمراد بالتعويض العيني ذلك الحكم الذي يلزم عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو تأخر في تنفيذه أو أخل به، وبذلك يعود المدعي إلى الحالة التي كان عليها قبل ان يقع هذا الاخلال أو قبل أن يقع الفعل الضار¹⁴⁵⁶، وهذا ما يستشف من نص المادة 132 قانون مدني جزائري في فقرتها الثانية، حين تنص على أنه "يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"¹⁴⁵⁷.

ومن قبيل التعويض العيني كذلك، أن يشكو شخص من الإساءة بسمعته أو كرامته بسبب تعليق أو نشر إعلانات على الجدران إذ يجوز في هذه الحالات للقضاء الامر بتمزيق هذه الإعلانات.

ويلاحظ مما تقدم أنه في كثير من الأحوال ولا سيما في أحوال الضرر المعنوي، ويتعذر التعويض العيني، فيتعين على القاضي الالتجاء إلى التعويض النقدي وهو مبلغ من المال يحكم

¹⁴⁵³ - سعاد سطحي، المرجع السابق، ص3.

¹⁴⁵⁴ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، 140-141.

¹⁴⁵⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص1094.

¹⁴⁵⁶ - حسين علي الذنون، المرجع السابق، ص278-279.

¹⁴⁵⁷ - تقابلها المادة 171 من القانون المدني المصري.

به للمصاب بدلا من التعويض العيني، ويملك القاضي سلطة اختيار طريقة التعويض التي يراها أكفل من غيرها لجبر الضرر مسترشدا في ذلك بطلبات المصاب وظروف الأحوال.

2/2 التعويض بمقابل عن الضرر الادبي.

يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الادبي هو أحد صور التعويض عنه بل وهو الصورة الغالبة له، والتعويض المقابل قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن ان يقوم المدين بأداءه، ويندفع به الضرر، وقد يكفي المضرور مثلا بنشر حكم براءته مما نسبته إليه المسؤول في بعض الصحف¹⁴⁵⁸.

غير أن التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض الملائمة لإصلاح الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، والاصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا معيناً من المال، يعطى دفعة واحدة للمضرور أو مبلغا مقسما، أو ايرادا مرتبا مدى الحياة.

ولذلك فإن التعويض النقدي أحد نوعي التعويض التي يجب أن يحكم القاضي به للمضرور من العدول، ذلك أن الضرر إذا لم يمكن جبره بما يزيل آثاره السيئة من نفوس الناس بالتعويض العيني، فإن التعويض بمقابل لهذا الضرر، خاصة إذا كان المقابل نقديا، يمكن أن يجبره ويمسح من نفس المعتدي عليه أثر الألم الذي حل به¹⁴⁵⁹.

وربما يكون تقدير الضرر بالنقود في حالة الاضرار الناشئة عن العدول أمرا صعبا، باعتباره قد ينال من حق معنوي للمعتدى عليه، وهو ما يصعب تقديره بالمال، لكن هذا لا يمنع أن للتعويض بالمال أثر كبير في تخفيف ألم التعدي على شرف وكرامة الانسان واعتباره، مع إمكان حصول التقدير التقريبي بين الضرر والتعويض النقدي¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵⁸- حسين علي الدنون، المرجع السابق، ص288.

¹⁴⁵⁹- إذ لا يخفى على أحد مدى ما يحدثه المال في نفس من يتقرر له من جبر خاطره، وإرضاء نفسه.

¹⁴⁶⁰- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص144.

1- عناصر تقدير التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة.

في حالة عدم وجود نص تشريعي يقدر قيمة التعويض، أو عدم الاتفاق على مقدار التعويض، فإن الأصل العام يتمثل في أنه يجب أن يكون مقدار التعويض مساويا لقيمة الضرر الذي لحق بالمعدول عنه، بحيث لا ينقص عنه أو يزيد.

والاصل الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب ان يكون مساويا لقيمة الضرر المباشر، فلا ينقص عنه ولا يزيد¹⁴⁶¹، ويبدو بالمساواة هي المساواة التقريبية، وإلا فإن تعويض الضرر على نحو تحقيق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمر بعيد الاحتمال، إن المقصد من التعويض هو جبر الضرر كله بحيث يتحمل المعتدى نتائج التعدي، ومن المعروف أن الاضرار تختلف فيما بينها في أمر تقويمها، فالإصابات البدنية أو الأدبية التي تتطوي على صعوبة بالغة في تقدير التعويض عنها، وهو ما يجعل التعويض المساوي على النحو الكامل في مجال التطبيق العلمي أمرا فوق المحاكم والهيئات القضائية، إذ كيف يتسنى لقاضي أو خبير أن يصل إلى تقديم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسؤول عن ضرر العدول عن الخطبة، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على انصراف المتضرر لعمله واخفاقه أو نجاحه في هذا العمل، ثم كيف يمكن جبر تلك الآلام النفسية، وأن ما يعلنه التفكير القانوني الحديث من أن المقصود من وراء تقدير التعويض هو محو آثار العدوان كلية ورفع الضرر بالكامل، والعودة بالمضرر، إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر أمر غير مسلم به على إطلاقه¹⁴⁶².

ومن ثم يجب أن ينصرف معنى التعويض إلى المعنى التقريبي له، وليست المساواة المطلقة بينه وبين الضرر، وفي إطار هذا المعنى يجب أن يقدر القاضي التعويض ليكفي لجبر

¹⁴⁶¹- مجموع الاعمال التحضيرية للقانون المدني، ج 2، ص 294.

¹⁴⁶²- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الادبي، دراسة تطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، ط 2007،

الضرر وإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الفعل الضار¹⁴⁶³، على أن يقتصر هذا التقدير ببيان عناصر الضرر¹⁴⁶⁴، ومؤدى ذلك أن يقدر التعويض بقيمة الضرر كما آل إليه وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص وبحسب جبره في ذلك الوقت¹⁴⁶⁵، وقد نصت محكمة النقض على ذلك في حكم لها جاء فيه (لمحكمة الموضوع سلطة تقدير التعويض الجابر للضرر حسبما تتبينه من ظروف كل دعوى ما دام لا يوجد في القانون نص يلزمها باتباع معيار معين في خصوصه، وهذه السلطة تخول للمحكمة أن تدخل في حسابها جميع عناصر الضرر ليس كما كان عندما وقع، بل كما صار إليه وقت الحكم بحسب ما إذا قد تفاقم أو تناقص ومهما طال أمد التقاضي في شأنه)¹⁴⁶⁶.

وهناك ظروف تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة، وملابسات تصاحب حصول ذلك التقدير، وذلك رغم ما استقر عليه الفقه وما ينص عليه القانون من أن التعويض يجب أن يكون كاملاً، إلا أن القضاء وإعمالاً لسلطته التقديرية في التقدير دون رقابة من المحكمة العليا في ذلك، يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل، وليس بتعويض كامل، وذلك من خلال النقاط التالية:

¹⁴⁶³ - ولذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: "التعويض عن الضرر الادبي تقديره بما يكفي لمواساة المضرور ويكفل رد اعتباره، حتى ولو قدره القاضي تقديراً ضئيلاً يرمز إليه"، يراجع في ذلك: حكم محكمة النقض المصرية في 1985/11/08 في الطعن رقم 1368 لسنة 50 ق.

¹⁴⁶⁴ - وتعيين عناصر التعويض من الأمور الواجبة على القاضي والتي تخضع لرقابة محكمة النقض، فقد قضى بأن (تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض) يراجع في ذلك: طعن نقض مدني رقم 1598 ق جلسة 1983/03/23، طعن رقم 528 لسنة 50 ق، جلسة 1984/04/29، طعن رقم 438 لسنة 56 ق، جلسة 1986/12/23، وطعن رقم 295 لسنة 55 ق، جلسة 1988/05/25.

¹⁴⁶⁵ - يراجع في معنى ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 977، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 542، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 523 وما بعدها.

¹⁴⁶⁶ - يراجع حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 1988/11/20 في الطعن رقم 359 لسنة 56 ق، وفي نفس المعنى حكمها أيضاً في الطعن رقم 1401 لسنة 52 جلسة 1986/05/26 م.

أ- الاعتداد بدرجة الخطأ:

من الأمور التي لا يمكن إغفالها في مجال تقدير التعويض عن مضار العدول درجة الخطأ، حيث يعتد بها في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فإذا كان الخطأ بسيطاً فإن المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف في تقدير التعويض¹⁴⁶⁷.

إلا أن بعض الفقه ينكر هذا الاعتبار لأنه ينطوي على محاباة المسؤول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ، حيث يحرم من جزء من التعويض لسبب لا يد له فيه، ومع ذلك فإن الفقه في مجمله لا يملك إلا التسليم به، وخاصة في مجال التعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن العدول عن الخطبة¹⁴⁶⁸.

أما بالنسبة إلى جسامة الخطأ فالأصل أنه لا ينظر إليها عند تقدير التعويض، فالقاضي ملتزم بمنح المضرور، تعويضاً كاملاً مهما كانت درجة جسامة الخطأ، سواء كان الخطأ عمداً أو جسيمياً أو يسيراً، لأن ذلك الخطأ ليس من شأنه أن يؤثر على تقدير التعويض، وأن المعيار في ذلك هو مدى الضرر وحسب، وهذا هو ما انتهى إليه الفقه الفرنسي¹⁴⁶⁹، وما يمكن أن نلمسه أيضاً من أفكار الفقه في مصر.

فضلاً عن ذلك فإننا بصدد تعويض مدني يراعي فيه مقدار الضرر ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيهما جسامة الخطأ، فإن التعويض يجب أن يكون بقدر الضرر المدني عن العقوبة الجنائية، فالتعويض المدني موضوعي لا يراعي فيه إلا الضرر والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامة الخطأ¹⁴⁷⁰، ومع أن هذا هو الأصل أي الأخذ بجسامة الخطأ، إلا أن القضاء من الناحية العلمية وبحكم المشاعر الطبيعية للإنسان يتدخل في حساب درجة جسامة الخطأ، فيميل إلى زيادة التعويض كلما كان الخطأ الذي أدى إليه جسيمياً، وإلى التخفيف إذا كان الخطأ يسيراً، لا سيما إذا كان الضرر أدبياً يستعصى تقديره على تحديد دقيق¹⁴⁷¹، وهذا هو ما

¹⁴⁶⁷- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص141.

¹⁴⁶⁸- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن أضرار فسخ الخطبة، المرجع السابق، ص147.

¹⁴⁶⁹- أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص311.

¹⁴⁷⁰- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص1101.

¹⁴⁷¹- محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص696.

أخذ به التقنين المدني المصري الجديد، حيث أخذ بمبدأ الاعتداء بجسامة الخطأ في تقدير التعويض وذلك في إطار إلزام القاضي بمراعاة الظروف الملازمة¹⁴⁷².

ب- الظروف الشخصية للمضرور من العدول.

لا بد على القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي، أن لا يتجاهل الظروف الشخصية الاجتماعية المتعلقة بالطرف المضرور عند العدول عن الخطبة، وذلك تطبيقاً لأحكام المادة 131 من ق م بقولها: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة..."¹⁴⁷³.

من هنا فإنه يجب على القاضي مراعاة الظروف الشخصية للمعدول عنه، أي الظروف الاجتماعية والمهنية (كثقافته ومركزه الاجتماعي، ووظيفته)، وذلك حتى يكون اقتناعه باستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم استحقاقه، فالضرر المعنوي الذي يصيب شخصاً عادياً، يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزاً اجتماعياً أو أسرياً مرموقاً.

ففي كل هذه الأحوال يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضرور، فيكون التقدير ذاتياً وواقعياً، ولهذا يجب عليه عند تقديره التعويض أن يراعي الحالة الاجتماعية والمهنية للمضرور¹⁴⁷⁴.

ج- الظروف الشخصية لتقدير التعويض للمسؤول عن الضرر.

أما بالنسبة للظروف الشخصية للمسؤول، كظروفه المالية أو حالته العائلية، فيرى جمهور الفقهاء أنه لا أثر في تقدير التعويض الذي يجب عليه، فإذا كان المسؤول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، وإذا كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن تعويضاً أقل¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷²- أسامة السيد عبد السمیع، المرجع السابق، ص 311.

¹⁴⁷³- أسامة السيد عبد السمیع، المرجع السابق، ص 311.

¹⁴⁷⁴- فالضرر الذي يمس الطبيب أو الموثق أو نائب في البرلمان، يختلف عن الضرر الذي يمس موظفاً بسيطاً أو عاملاً مهنياً يومياً، سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر نفس، مؤسسة شباب جامعة ط 1990، ص 185.

¹⁴⁷⁵- يستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تذر الحصول على تعويض من المسؤول فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل، مع ملاحظة الحالة المالية لكل من المسؤول والمضرور ومقدار اليسار لكل منهما يكون اعتباراً في تقدير التعويض.

وسواءً كان المسؤول يعول أسرة أم كان يعول إلا نفسه، فإنه يلتزم بتعويض الضرر الذي أحدثه دون مراعاة لظروفه الشخصية إذا العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية للمضرور لا للمسؤول¹⁴⁷⁶، بينما يرى بعض الفقهاء أنه يقام وزن للظروف الملازمة لكل من المضرور والمسؤول¹⁴⁷⁷.

د- حسن النية.

مسألة حسن النية أو سوءها ليس لها دخل في مبدأ تقدير التعويض، ومع ذلك فإنه بشأن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن إغفال ذلك، وحسن النية هي مسألة موضوعية، ليس للمحكمة العليا رقابة على القاضي في شأنها، إذا يتمتع في تقديرها بالحرية المطلقة¹⁴⁷⁸. إلا أن العدول لا ينطوي دائماً على نية سيئة، فقد يكون العادل حسن النية وأن العدول كان أمراً لا بد منه، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الشرطة أو في الدرك الوطني يتوجب عليهما الحصول على رخصة للزواج، وما دام أنهما لم يتمكنوا من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبهما عدة مرات، وقبول طلبهما بالرفض، فبالتالي عدولهما مبرر لأنه ليس في مقدورهما إتمام إجراءات الزواج¹⁴⁷⁹.

فلتحديد هذا الضابط وجب فحص العدول باعتباره تصرف محض من حيث الطريقة التي وقع بها، هل تم بطريقة تلقائية، أم هناك أسباب دفعت إليه؟ ثم هل كان ينوي الخاطب الاضرار بالمخطوبة أم لا؟ أم أنه استعمل حقه المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟ كل هذه الضوابط وغيرها هي التي تمكن القاضي من تحديد التصرف الموجب للتعويض عن الضرر المعنوي.

¹⁴⁷⁶ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج 1، المرجع السابق، ص 1100.

¹⁴⁷⁷ - سليمان مرقس، الفعل الضار، المرجع السابق، فقرة 447، ص 591، ويرى الدكتور الصدة ان الأصل أن مثل هذه الظروف لا يعتد بها، لأن التعويض يجب أن يكون بقدر الضرر ما دام الاعتداء بظروف المسؤول يتفق مع الواقع الذي كان يسير عليه القضاء، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 522.

¹⁴⁷⁸ - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 147.

¹⁴⁷⁹ - CF, J, CHAPPION, Doit des fermes, Masson, Paris, 03^{ème} édition, 1984, n°72.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري يجيز المطالبة بالتعويض عن الضرر، إن وجدت أفعال مصاحبة للعدول أدت إلى حصول الضرر، وليس عن فعل العدول في حد ذاته، كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة، في مجال تقدير التعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي في حالة العدول عن الخطبة، إلا أنه لم يضع للقاضي معايير وضوابط يلجأ إليها في حالة تقديره.

من هنا فإنه يجب على المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض، في حالة العدول عن الخطبة، وذلك لضمان حقوق الطرف المضرور هذا من جهة ومن جهة أخرى فتح الباب واسعاً المحكمة العليا لممارسة الرقابة¹⁴⁸⁰، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والقضاء المصري لأن مسألة حسن النية مسألة موضوعية، ليس لمحكمة النقض رقابة عليها فمحكمة الموضوع هي التي تستأثر بتقديرها بالحرية المطلقة¹⁴⁸¹.

ومبدأ حسن النية أو سوءها، لا يعمل به إلا في المسؤولية العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فالعبرة بتوافر أركانها الثلاثة من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية.

المطلب الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية.

إن مشروعية الطلاق استمدت منذ بداية الخلق وتوارث البشر عبر كافة العصور تداوله، والإسلام جاء في عديد المواقف مقرأً بما كان لدى البشر من معاملات، غير أنه عمل على ضبطها بالشكل الذي يوافق الفطرة البشرية السليمة.

فالطلاق الواجب يستمد مدلوله من تعبيره فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، ويكون ذلك إذا استحالت العشرة الزوجية بسبب عيب لا شفاء منه ولا رجاء فيه¹⁴⁸².

¹⁴⁸⁰ - أي أن رقابة المحكمة العليا لنشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر لا تنصب عن النشاط الذهني الذي قدر به، ولكن هذه الرقابة تكون على مصادر النشاط التقديري، فتشمل الرقابة على الوقائع من خلال إبراز القاضي لعناصر الضرر التي استند إليها في تقدير التعويض، وكذا على القانون من خلال رقابتها للتكييف القانوني الذي يقوم به القاضي.

¹⁴⁸¹ - محكمة النقض المصرية، في 19 نوفمبر 1931، مجلة القانون والاقتصاد الملحق 3 صحيفة 3.

¹⁴⁸² - باديس ذيابي، صدر فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2007، ص 9-10.

إن الأسرة في شريعة الإسلام نظام محكم وميثاق معظم، لا ضرر فيها ولا ضرار، والحقوق الزوجية فيها مكفولة لذا كان من قواعد فقها أن: "الأصل في الأبضاع الحرمة، ويحتاط فيها ما لا يحتاط في الأموال"، وما ذاك إلا لتحقيق مقصد مهم من مقاصد الشريعة الغراء هو حفظ النوع الإنساني بحفظ النسب من الاختلاط، ودوام الود والتراحم بين الأفراد، ولا يكون ذلك إلا عن طريق حفظ الأسرة من إساءة استعمال الحقوق الزوجية الجعلية من الشارع بلا ظلم ولا اعتداء وفقا لمقاصد وضعها وحكمة شرعها دفعا لمظاهر الشقاق المفضي للفراق ومفاسد الطلاق.

وقد أثبتت وقائع قضايا شؤون الأسرة أن جل المشاكل أمام المحاكم سببه الرئيسي والغالب، التعسف في استعمال الحقوق الشرعية، وسط تجهل الكثير من أن هذه الحقوق مقيدة بقيد عام هو عدم التعسف في استعمالها، مما يتطلب من المشرع التدخل بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وضعها، بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الاسرية بقصد مخالف لمقصد الشارع، أو بنية الاضرار أو مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق¹⁴⁸³.

من هنا فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، ويسبب ضررا للزوجة، وقد تتعسف الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه، ففي هاتين الحالتين يجوز للقاضي التدخل اعمالا لسلطته التقديرية، الحكم بالتعويض للطرف المتضرر¹⁴⁸⁴.

ولذلك أبحث أولا في الأساس القانوني لاستحقاق التعويض، ثم كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض، هل يتم ذلك بحجم الضرر اللاحق وفقا للقواعد العامة في الاثبات أن يتم ذلك بحسب وسع الزوج؟ وهل يدفع جملة واحدة أم على أقساط، ولا بد في هذا المجال أيضا التطرق إلى المتعة والفرق بينها وبين التعويض، هل هو مجرد اصطلاح لغوي أم فرق قانوني وشرعي؟ وهل يخضع القاضي في الدول العربية لنفس القيود في هذه المسألة¹⁴⁸⁵؟

¹⁴⁸³ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 205.

¹⁴⁸⁴ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 205.

¹⁴⁸⁵ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 282.

الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.

أجمع الفقهاء على وقوع الطلاق من زوج، إن كان قاصداً للطلاق لفظاً وحكماً لأي سبب كان، "والذي يؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة، أو دون سبب، فطلاقه واقع، وهو آثم شرعاً"¹⁴⁸⁶، ولا يمكن تغيير هذا الحكم، ولا يؤثر فيه حكم حاكم، ولا قضاء قاض، لأنه تصرف قولي صادر من أهله في محله، فيترتب عليه حكمه الشرعي كالنذر واليمين، وهو من حيث ورود النصوص به وبأحكامه وقيوده في حكم التعبديات، وقد ثبت حق الطلاق للزوج بالنص وبالإجماع، وهذا الحق مظهر من مظاهر تكريم الإسلام للفرد، بأن منحه حرية التصرف في شؤونه الخاصة في إطار القواعد الشرعية، وهو يتحمل مسؤولية تصرفه عند الله سبحانه وتعالى، والطلاق يدخل في الشؤون الخاصة للإنسان¹⁴⁸⁷.

وقد بينا سابقاً، بأن طلاق المريض مرض الموت وطلاق المرتد واقع، وأما الحكم بتوريث الزوجة في حالتها طلاق الفار وطلاق المرتد، إنما هو ابطال لبعض آثار الطلاق معاملة للمطلق بنقيض قصده، وليس ابطالا للطلاق، وقد جعل الإسلام من إيمان المسلم وضميره رقيباً على تصرفاته، ورادعا له من التعسف في الطلاق، وإلحاق الضرر بالآخرين، ولو ربطنا وقوع الطلاق بعدم التعسف فيه، لما عجز كل زوج يريد الطلاق من التلفيق والكذب على زوجته واتهامها بالخيانة، والتذرع بأسباب لتبرير طلاقه، وفي هذا أذى كبير، وظلم عظيم يلحق النساء بالدرجة الأولى، حيث ينظر الناس إليها نظرة المتهم وتدور من حولها الشكوك والظنون، لأنه ما أجزى طلاقها إلا من ربيبة، ولذلك أنفذ الإسلام طلاق الزوج، جاعلاً من دينه وتقواه مانعاً من إيقاع الطلاق، إلا إذا كان لسبب مشروع وإحسان¹⁴⁸⁸.

ومن الجنس المصالح التي أقرتها الشريعة وملائمة لها، فإن المصلحة تخصص النص إذا كان عاماً غير قطعي، وترد خبر الأحاد - عند بعض العلماء - إن عارضها، لأنه يكون بين

¹⁴⁸⁶ - أحكام الأحوال الشخصية، خلاف، ص142، الحقوق المالية، أزهرى، ص166، نظام الأسرة، عقله 57/3.

¹⁴⁸⁷ - أحمد أبو ليل، تقييد حق الزوج في التطلق، عدد خاص بأبحاث ندوة حقوق الأسرة في ضوء معطيات المعاصرة، التي عقدتها كلية الشريعة والقانون في الفترة (25-26) رجب 1415هـ/ (27-28) ديسمبر 1994م، مطبعة جامعة الإمارات العربية، ص194.

¹⁴⁸⁸ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص213.

أيدينا دليلان، أحدهما ظني، والآخر قطعي، ومن المقررات الفقهية، أنه إذا تعارض ظني مع قطعي، خصص بالقطعي أو رد إن كان غير قابل للتخصيص¹⁴⁸⁹.

إذا كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها، مسيئا لسمعتها في بعض الظروف، وخاصة إذا كان الطلاق بدون سبب، أي أنه كان متعسفا في طلاقها دونما مبرر شرعي أو قانوني مقبول، رتبت الشريعة الاسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقاته.

فخلافاً لقلّة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائز للزوج يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينفي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق، يرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، قياساً على الخلع فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فإن الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق¹⁴⁹⁰.

كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي متعة المطلقة¹⁴⁹¹، حيث قال ابن حزم، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة، وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة، والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة، فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقاً مسمى، والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها، وعلى هذا جمهور العلماء، وعليه يمكن تحصيل رأيين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

¹⁴⁸⁹ - محمد بن أحمد الخزرجي، المصالح المرسلّة - رئاسة القضاء الشرعي - بحوث المؤتمر الرابع للفقهاء المالكي، أبو ظبي الامارات العربية المتحدة، 28-30 رجب 1406هـ/7-9 نيسان 1986م، ص587.

¹⁴⁹⁰ - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص580.

¹⁴⁹¹ - مجيد على العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الانباء للعلوم الاسلامية، العراق، العدد الثالث، المجلد الاول، 2009، ص27 وما بعدها.

أ. المذهب الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي¹⁴⁹²، يقول مصطفى السباعي في التعويض: "وهذا حكم جديد، لم يكن معمولاً به من قبل، وهو حكم عادل"¹⁴⁹³.

وعبد الوهاب خلاف، عبد الفتاح عمرو، محمد عبده¹⁴⁹⁴، وغيرهم إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول ومجرد تعنت منه كان متعسفاً في استعمال حقه وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي، وعللوا رأيهم بأن التعويض تخيف الايحاش الذي أصاب الزوجة بالطلاق، وجبر بعض الأذى المادي والنفسي الذي أصابها بسببه، وقد استدلت أصحاب هذا الرأي بما يلي: وقد استدلتوا على ذلك بما يلي:

- 1- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان، بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وتبيح لولي الأمر أن يقيد المباح، وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء.
- 2- قياس التعويض على المتعة المعطاة لمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الآخر، ورجب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹² - من الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي: أحمد الغندور، وأحمد الكبيسي، وإسماعيل الخطيب، وتوفيق أبو هاشم، وريحانة أزهرى، وزياد صبحي، وعبد الرحمان الصابوني، وعبد الفتاح عايش، وعبد الوهاب خلاف، وعبير قدومي، ومصطفى السباعي، ومحمد الزحيلي، ومحمود أبو ليل، ووهبة الزحيلي، أنظر: أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف بمصر، الطبعة الأولى، 1387هـ/1967م، ص69.

¹⁴⁹³ - مصطفى السباعي، الحوال الشخصية، المرجع السابق، ص167.

¹⁴⁹⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، المرجع السابق، ص499، عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ج1، ص117، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ح1، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، طبعة 7، 1385هـ، ص276، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق المذهب أبي حنيفة وما عليه من العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط2، 1990م، ص142.

¹⁴⁹⁵ - مصطفى السباعي، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص267، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص532.

- 3- إن الطلاق إنما أبيح لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا، واثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه وإساءة استعمال الحق توجب التعويض لما يوقعه من ضرر بالمطلقة¹⁴⁹⁶.
- 4- قياس التعويض عن الطلاق التعسفي على طلاق الفار، إذ إن الزوجة تورث من الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق من حيث الزمان، فالظاهر أن حرمانها من الميراث هو الباعث على الطلاق وهو غير مشروع، والطلاق بدون سبب غير مشروع أيضا، وحيث إن المريض مرض الموت لما طلق زوجته هروبا من ميراثها عوقب بتوريثها، فكذلك المطلق دون سبب أو حاجة عوقب بتعويضها عن الضرر الذي أوقعه بها¹⁴⁹⁷.
- 5- إن صيانة الأسرة من الانحلال يقتضي الردع والجزر، فكان التعويض زجرا للمطلق بغير سبب وردعا لمن يفكر فيه، خاصة وقد كثرت حوادث الطلاق¹⁴⁹⁸.
- 6- قياس التعويض على المخالعة في الإسلام، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يسقط جزءاً من مهرها، إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها، لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضا متى ارتضاه.
- 7- إن الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة، وتقويت لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله أو في طلاقه، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفي، يجب فيه التعويض¹⁴⁹⁹.
- 8- الطلاق بغير مبرر خروج عن المألوف لمسلك الشخص العادي، أو هو إساءة لاستعمال الحق، فيشكل بذلك خطأ تقصيريا يتوجب التعويض¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁶- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه للعمل بالمحاكم، دار القلم، ط2، 1990، ص142.

¹⁴⁹⁷- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص265.

¹⁴⁹⁸- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ج1، ص256.

¹⁴⁹⁹- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص109.

¹⁵⁰⁰- عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، المؤسسة العربية الجديدة، ص135.

9- حق الزوج في الطلاق حق مكروه شرعا، وهذا التعويض كثيرا ما يرد في نفس العقد على صورة جزء مؤجل من الصداق، يستحق في أقرب الاجلين: الطلاق أو الوفاة، وليس ما يمنع من الاتفاق عليه بطريقة أو بأخرى، ولا مخالفة في هذا الاتفاق للقانون، أو النظام والآداب العامة.

10- أباحت الشريعة السماح للزوج أن ينزل عن شيء من حقوقه، كما أجاز الامام أحمد بن حنبل للزوجة أن تشتترط على زوجها ما تراه أكفل براحتها وأوفى بحاجتها، فللزوج شرعا أن يفوض الطلاق للمرأة، وللزوجة أن ترضى بأقل من مهر مثلها في مقابل لا يخرجها زوجها من بلدها، فكيف يعترض على الزوجة إذا هي اشترطت على زوجها أن يتنازل إليها عن بعض ماله إذا طلقها؟¹⁵⁰¹

11- إن الحياة الاجتماعية قد تغيرت ظروفها وأحوالها عن ذي قبل، فعلى المشرع أن يراعي هذا التغيير الهائل في حياتنا الاجتماعية، وألا يتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الاحكام التي كانت تلائم بيئتهم وظروفهم، وعلى القضاء أن يتدخل بآثار الطلاق، لأن الطلاق وإن كان حقا للرجل، فإنه حق مقيد بما شرع له، فإذا أساء الزوج استعمال حقه، كلن إلى القضاء أن يحكم بالتعويض للمطلقة¹⁵⁰².

12- ولقد قضي بأن الطلاق مباح، إلا أن روح الشريعة الإسلامية السمحاء لا تسمح بالطلاق جزافا، فإن الزواج لا يقصد به الاستمتاع الشهواني فقط، بل إن الغرض منه أسمى وأشرف من ذلك، وقد شرع الطلاق للضرورة، وليس من المروءة، ولا من الإنسانية، ولا من الايمان، أن يتزوج شخص بامرأة، ثم يطلقها بغير سبب، فإذا ترتب على هذا الطلاق ضرر مادي أو أدبي للزوجة، كان للزوجة الحق في مطالبة مطلقها بتعويض كل من أصابها من ضرر مادي أو أدبي¹⁵⁰³.

¹⁵⁰¹- عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص137.

¹⁵⁰²- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص109-110.

¹⁵⁰³- حسين عامر، التعسف في استعمال الحق، وإلغاء العقود، مطبعة مصر، طبعة الاولى، د.ت.ن، ص495.

13- بقاء الزوجة بعد الطلاق من غير زوج إضرار بها ولؤم في معاملتها، ولذلك تستحق التعويض¹⁵⁰⁴.

14- إن التعسف إذا وقع وسبب ضرراً، يستوجب المسؤولية، ويرتب جزاء دنيوياً يوقع عن طريق القضاء، بإزالة الضرر عينا إن أمكن، أو عن طريق الضمان حسب الأحوال وقطع سبب الضرر، منعاً من استمراره في المستقبل¹⁵⁰⁵.

15- قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت وهو صورة من صور التعسف في الطلاق-حيث إن المريض إذا طلق زوجته لحرمانها من الميراث، فإنه يعامل بنقيض قصده، وترث منه زوجته، وكذلك المطلق بغير سبب، فإنه يعامل بنقيض قصده، ويلزم التعويض¹⁵⁰⁶.

ويقول عبد الفتاح عايش: "إلا أنني أرى أن وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي مرتبط بالضرر الواقع نتيجة لهذا التعسف، وليس بمتعة الطلاق، ولذلك فهو يشمل كل من أوقع الطلاق على هذه الشاكلة، سواء كان الرجل أو المرأة إذا فوض إليها أمر الطلاق: لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"¹⁵⁰⁷، إذ العبرة بحصول الضرر على المتضرر، ولا عبرة بمن أوقع الضرر، حتى أن الفقهاء أوجبوا الضمان على المتسبب بالتعدي، إذا أتلف مال غيره بقصده أو بغير قصد، فإذا أوقع الزوج الطلاق وتضررت به المرأة، فالأمر واضح¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁴- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص146.

¹⁵⁰⁵- فتحي الدريني، نظرية التعسف، المرجع السابق، ص175.

¹⁵⁰⁶- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص108.

¹⁵⁰⁷- سبق تخريجه.

¹⁵⁰⁸- عبد الفتاح عايش، تطبيقات السياسية الشرعية، ص173-174.

ب المذهب الثاني: القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الاخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي¹⁵⁰⁹، " لا يجب التعويض للمطلقة عن الطلاق التعسفي".

يقول أبو زهرة في منع التعويض: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطاً فاسداً فيلغى"¹⁵¹⁰.

كما يعلل أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن المسؤولية المدنية تعاقدية مشتقة من العقد نفسه، ولم يؤثر عن الرسول الله صلى الله عليه وسلم أو الصحابة مطالبة المطلق إبداء أسباب الطلاق، فالتعويض عقوبة على أمر جائز وهذا مخالف للقاعدة الفقهية (الجواز ينافي الضمان)، ضف إلى ذلك أن إساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق مسؤولية دينية لا تدخل تحت سلطان القضاء، وقد استدل هؤلاء بما يلي:

1- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بالحاجة، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فقد استعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق¹⁵¹¹.

2- إن الطلاق، وحتى ولو قلنا إن الأصل فيه الحظر والمنع لا يباح ايقاعه وإلا للحاجة، لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، وقد تكون مما يتوجب ستره، بحيث لو عرض أمام القضاء لأدى ذلك إلى التشهير بكرامة الزوجين¹⁵¹².

3- إلزام الزوج بالتعويض إرغام له، ولو بطريقة غير مباشرة على استمرار معيشة مشتركة لا تحقق المثل الأعلى الذي أقامه لنفسه، ومثل هذا الإرغام يخرج الزواج عما شرع له ويجعله

¹⁵⁰⁹ - من الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم التعويض عن الطلاق التعسفي: أحمد الخليلي، بدران أبو العينين، وزكي الدين شعبان، وسامي صالح، وسيد سابق، ومحمد أبو زهرة، ومحمد سمارة، ومحمد عقلة، ومحمود السرتاوي، وتور الدين عتر، انظر، أحمد الخليلي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، د.ط، 1984، ج1، ص338.

¹⁵¹⁰ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص333.

¹⁵¹¹ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص101.

¹⁵¹² - زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار بوكس، ليبيا، ط06، د.ت.ن، ص381.

- علاقة مفروضة على إرادة الطرفين وليست قائمة على التقدير المتبادل المبني على الرغبة المشتركة، ومثل هذه الحالة تأباها كرامة الزوجين بلا شك¹⁵¹³،
- 4- إن القول بإلزام الزوج بالتعويض، يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته هو كاره لها، وهذا ما يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج، ويبعده عن مقاصده، ويجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين.
- 5- إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق، الذي لا ظلم فيه، فقد يكون الدافع إلى الطلاق رغبة أحاطت بالزوجة، فطلقها الزوج خشية العار، وسترا عليها، وليس من العدل أن تعوض في هذه الحالة¹⁵¹⁴.
- 6- لا يوجد في القرآن أو السنة دليل يقر مبدأ التعويض¹⁵¹⁵.
- 7- إن الزوجة حين زواجها كانت تعلم النتائج التي قد تترتب على عقد الزواج، وأن لزوجها الحق في إيقاع الطلاق متى شاء، فلا يجوز لها أن تتنظم وتطالب بالتعويض¹⁵¹⁶.
- 8- ما يترتب على الطلاق من التبعات المالية، كدفع مؤخر الصداق، ونفقة العدة، والمتعة لمن تجب لها من المطلقات، يعد تعويضا للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق¹⁵¹⁷.
- 9- إن الطلاق أحيانا يوقع لسبب وقائي، كما في حالة الطلاق قبل الدخول، منعا للفساد المتوقع، ولا ضرر هنا يلحق بالزوجة، بل انها تكسب نصف المهر، فلا وجه للتعويض¹⁵¹⁸.
- 10- إن ايجاب التعويض عقوبة، والعقوبة لا تكون إلا على فعل مجرم، ولذا فإنه يؤخذ من وجوب التعويض تحريم الطلاق الذي لم تبد له أسباب أمام القضاء، أو كان بدون سبب

¹⁵¹³- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص104.

¹⁵¹⁴- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص92-93.

¹⁵¹⁵- محمد عقلة، نظام الاسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، ط 1 و2، 1989/1903، ج 3، ص151.

¹⁵¹⁶- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص92.

¹⁵¹⁷- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص92-93.

¹⁵¹⁸- محمد عقلة، المرجع السابق، ص 151.

فعلا، وهذا ما لم يرو عن أحد من سلف المسلمين، بل إن كثيرا من حوادث الطلاق التي رويت عن الصحابة ومن بعدهم لم يرو فيها تعليل الطلاق، أو مطالبة المطلق به¹⁵¹⁹.

11- حرمت الشريعة الإسلامية أخذ مال المسلم بغير حق، واشترطت لإباحته أن يكون بطيب نفس من صاحبه، ورضا تام في التنازل عنه لغيره، لقوله سبحانه عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الذِّبْنَ ءَامِنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾¹⁵²⁰، وعن أنس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل مال امرئ مسلم ألا بطيب نفسه"¹⁵²¹.

فالتعويض يدخل تحت هذا النهي فلا يحل إلا إذا استثنى بنص خاص من عموم أدلة النهي عن اكل أموال الناس بالباطل، لأنه صورة من صورته، وحيث لا يوجد نص بإباحته، فيبقى على الحرمة¹⁵²².

¹⁵¹⁹- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين التعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط1، 2009، ص118.

¹⁵²⁰- سورة النساء، الآية 29.

¹⁵²¹- الدارقطني، سنن الدراقطني، 26/3 حديث 91.

¹⁵²²- جميل فخري محمد جائم، المرجع السابق، ص279.

أما فيما يخص مناقشة أدلة الفريقين: لم تسلم أدلة الفريقين من الاعتراض، فقد نوقشت أدلة القائلين بالتعويض بما يلي:

أ- قياسهم التعويض على الطلاق الفار فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، لأن الميراث حق للزوجة أصلا والتعويض ليس كذلك، يضاف إلى ذلك أن توريث المطلقة في مرض الموت ليس من باب التعويض.

ب- قياسهم التعويض على المتعة غير صحيح، فالمتعة مقررة لكل مطلقة غنية أو فقيرة جبرا لوحشتها وتطيبا لخطرها، وهي من الفضل والإحسان ودوام العشرة، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فليس من الفضل والإحسان ودوام العشرة بين الزوجين.

ت- قولهم أن طلاق التعسف فيه إساءة استعمال الحق فيجاب عنه بأن الطلاق مشروع وهو حق للزوج، واستعمال الزوج لحقه لا يوجب التعويض وإلا لتعارض هذا مع كونه حقا.

ث- أما قولهم إن التعويض أخذ بمبدأ السياسة الشرعية فيجاب عنه بأن الزوج إذا طلق زوجته توجب عليه دفع مهرها وتوابعه كاملة، ويكون بذلك قد وفى ما عليه من التزام تجاهها، وكذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تترك المرأة بلا معيل صغيرة كانت أو كبيرة، بل فرض نفقتها على أقاربها، ثم أنها ربما تزوجت غيره فلا تبقى من غير معيل.

ج- قياسهم التعويض على الخلع قياس الفارق، حيث أن البذل في الخلع هو تعويض للزوج عما أنفقه عليها، من مهر، وبدل تكاليف الزواج، أما التعويض للزوجة فلا مقابل له من جهتها، فبذل الخلع ثمن تحرر الزوجة من عقد النكاح، بينما التعويض فهو تقييد للحرية قولهم إن التعويض فيه زجر للأزواج عن الطلاق بجاب عنه بأن الرادع يتحقق بالتربية والتوجيه وغرس العقيدة في النفس، وإن سلمنا أن التعويض يزجر الأزواج فإنه يزجر =الفقير الذي لا مال له، أم الغني فلا يزجره التعويض، سامي صالح، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1986، 29-32.

أما أدلة القائلين المانعين من التعويض فقد نوقشت بما يلي:

- 12- إن العقوبة المالية لم يشرعها الإسلام، مقابل الأمور المعنوية إلا في أمور منصوص عليها، كبذل المتلفات، وأرش الأعضاء، والتعويض عن الضرر المادي الملحق بالغير، ودية قتل الخطأ، فمثل هذه الأمور وردت بها النصوص، وما عدا ذلك فالعقوبة في الإسلام بدنية لا مالية، وأما العقوبة المالية على المور المعنوية فهي من الآثار الأنظمة الغربية.
- 13- إن الإخذ بمبدأ التعويض سيجعل كلا من الزوجين يقذف الآخر بالتهم، فالزوجة تريد إثبات التعسف، والزوج ينفية، ولن يتورع أكثر المنطلقين من الاستعانة بشهود الزور، مما

- 1- الاستدلال بأن الطلاق حق مباح للزوج لا يتقيد في استعماله فيجاء عنه بأن الطلاق ليس من حقا مطلقا للزوج، فقد رجح الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته، أي بالحكمة التي شرع من أجلها، فالشرع حظر الطلاق، إذا كان من غير سبب، ولا معنى للحظر إذا كان للزوج أن يطلق كيفما شاء ومتى شاء.
- 2- القول بأن الطلاق يؤدي إلى تقاذف التهم بين الزوجين وكشف اسرار البيوت أمام القضاء، يجاء عنه بأنه ليس على عمومه، فالقضاء يفرق بين العيوب الجنسية ولعدم الانفاق ولغيبية الزوج عن زوجته وللضرر الواقع على الزوجة من زوجها، وما يذكر في ذلك من الأسباب هو بلا شك أعظم مما يذكر في الطلاق التعسفي.
- 3- الاستدلال بأن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس فيه نص الشرعي لا في كتاب ولا سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، فيعترض عليه بأنه ليس من بالضرورة أن يكون كل شيء منصوصا عليه، وإلا ففي ذلك إغلاق لباب الاجتهاد.
- 4- القول بأن التبعات المالية المترتبة على الطلاق تعد تعويضا للزوجة، يجاء عنه بأن مؤخر الصداق هو حقها، والنفقة هي نظير احتباسها لزوجها، ثم إن للقاضي معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض المطلقة.
- 5- قولهم بأن العقوبة المالية لم تشرع في الإسلام على المور المعنوية، فيرد على ذلك بأن الإسلام رتب المتعة على من يطلق زوجته، وهي المستند الشرعي الذي اتخذه الفقهاء في اجبا التعويض عن الطلاق التعسفي للمطلقة.
- 6- قولهم بأن اجبا التعويض عقوبة تتول إلى تحريم الطلاق مع أنه مباح، يرد عليه بأن الزام المطلق تعويض المطلقة ليس لأنه طلق زوجته، بل لأنه أساء استعمال حقه في الطلاق، فالتعويض يحكم به على الزوج الذي تعسف في طلاق زوجته فقط، أما من طلق لأسباب معتبرة فلا تعويض عليه.
- 7- الاستدلال بعلم الزوجة قدرة الزوج على إيقاع الطلاق عليها في اية لحظة، يجاء عنه بأن الذي لا تعلمه أنه يتركها في حال فقر وفاقه، يضاف إلى ذلك أن التعويض الذي يحكم به القاضي نتيجة إساءة استعمال الحق في الطلاق ليس لكل مطلقة، وإنما للزوج أساء استعمال حقه فطلقها تعسفاً فقط.
- 8- الاستدلال بأن حكم التعويض يفضي إلى الامتناع عن الطلاق الذي لا ظلم فيه، يرد عليه بأن التعويض لا يحكم به إلا في الطلاق التعسفي الذي أساء استعمال حقه فيه.
- 9- القول بأن التعويض فيه إلزام الزوج بالعيش مع زوجة لا ينسجم معها، فهو وإن كان صحيحا إلا أن المصلحة والواجب ألا يترك الرجل مطلقته عرضة للفقر والحاجة، فإذا أراد الطلاق وكانت بحاجة إلى المساعدة لزم أن يعوضها عن الطلاق، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص101-104، تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص119-120.

يلحق الضرر بالزوجة أكثر من الزوج ويؤدي إلى كشف أسرار الحياة الزوجية، علاوة على العداوة التي تنشأ بين العائلات¹⁵²³.

14- إن أي رجل يطلق زوجته: إما أن تكون به حاجة مشروعة إلى الطلاق، وإما أن يكون ذواقاً، فإن كان الأول، فهو محق في طلاقه، وإن كان الثاني، فإن أزمناه بالتعويض وهو لا يريد دفعه، فإنه ربما يحتال بكل وسيلة إشباع غريزته، وهذا أسوأ وأوخم عاقبة من الطلاق بدون تعويض¹⁵²⁴.

15- فرض التعويض على المطلق يفضي إلى منع الطلاق الذي لا ظلم فيه، كما أراد الزوج طلاق زوجته لريبة بها مؤثراً الستر عليها، وهذا ما يتنافى مع الحق¹⁵²⁵.

الترجيح:

إن نظرية التعسف في استعمال الحق، التي لها جذورها الراسخة في الفقه الإسلامي، وقد عمل بموجبها الفقهاء القدامى وإن لم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم، إلا أنهم قد عرفوها وطبقوها في أحكامهم، ومن خلال تطبيقها على حق الطلاق، بأن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ التعويض وذلك بإقرارها لمتعة الطلاق¹⁵²⁶، فإن في إيجاب المتعة على المطلق تطبيقاً عملياً لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولذلك فهي تعويض مالي يجب للمطلقة على مطلقها، جبراً لخاطرها المنكسر بالطلاق، وتسلياً لها عن الفراق، وتخفيفاً من إحاش الطلاق، وتوضيح ذلك على النحو التالي:

إن الأصل في الطلاق الحظر، فإذا طلق الزوج زوجته دون مسوغ شرعي، فقد ناقض مقصد الشارع من تشريع الطلاق، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق¹⁵²⁷. أما إذا طلق الرجل زوجته لحاجة معينة، أو لسبب ما وكان مشروعاً، فإن الله سبحانه وتعالى الذي يعلم الغيب والشهادة ولا يعزب عن علمه مثقال ذرة، قد علم بأنه سيصيب الزوجة

¹⁵²³- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص279.

¹⁵²⁴- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق، المرجع السابق، ص289.

¹⁵²⁵- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص101 وما بعدها، تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص117.

¹⁵²⁶- سيأتي بالتفصيل متعة الطلاق في المبحث الأول، من هذا الفصل من الرسالة.

¹⁵²⁷- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص287.

ضرر بوقوع الطلاق، ولو كان لمصلحة مشروعة، وأن هذا الضرر الواقع بالمرأة أكبر من المصلحة التي يحققها الزوج من الطلاق، فإذا كان الضرر أعظم من المنفعة، كان الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق، وما دام قد تعسف الزوج في استعمال حقه، فإنه يجب عليه الجزاء، وقد رتب الله سبحانه وتعالى على التعسف في استعمال حق الطلاق المتعة جزاء وفاقا. ثم إن القول بالتعويض بالإضافة إلى المتعة أو التعويض فقط سيدفع بالأزواج إلى التعلل بأسباب وعلل، لإثبات أن الطلاق كان لسبب مشروع، أو أن الزوجة قد تسببت في ذلك بتصرفاتها هروبا من التعويض، كما أن القول بالتعويض فقط، تعطيل للنصوص التي أمرت بالتمتع.

بالإضافة إلى ما سبق فإنه لم تكن في كتب الفقهاء القدامى، وأصحاب المذاهب الاجتهادية، من أوجب التعويض على المطلق مع متعة الطلاق، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط، مع الخلاف بينهم بأن المتعة واجبة أو مندوبة، ولم يتطرق أحدهم في التاريخ الإسلامي منذ عصوره الأولى وإلى ما قبل صدور قوانين الأحوال الشخصية، قد حكم بالتعويض عقوبة إضافية على المتعة¹⁵²⁸.

ولذلك فإني أرى أن المتعة تغني عن التعويض، بدليل هي تعويض لما أصاب المرأة من ضرر مادي ومعنوي، وقد أشار إلى هذا الدكتور محمد الزحيلي بقوله: "ومما يبق يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع"¹⁵²⁹.

¹⁵²⁸ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 288.

¹⁵²⁹ - محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام، العدد 5 لسنة 1982، ص 87.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية.

للقاضي في القانون الجزائري معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق، بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي بغير سبب معقول ويكون الحكم بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته¹⁵³⁰.

فالطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين للقاضي استعماله كان لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول قضى بالتعويض طبقاً لأحكام قانون الأسرة والقانون المدني، وقد استمد المشرع الجزائري هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الأضرار بالغير، من الفقه الإسلامي، ومن التطبيقات العملية التي انتهت إليها القضاء عن طريق الاجتهاد، وهذا مع العلم بأن الحقوق الشرعية المترتبة عن عقد الزواج لا تدخل في التعويض الذي يقضي به القاضي عن الطلاق التعسفي.

هذا ولم يوضح المشرع الجزائري في المادة 52 ق-أ، معيار الطلاق التعسفي، كما أنه لم يحدد حداً أقصى ولا حداً أدنى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق الذي منحه الإسلام له في قيود وشروط، فيجب أن يعرف كيف يستعمل هذا الحق ومتى يكون، فإذا أساء الاستعمال وجب عليه التعويض لزوجته¹⁵³¹.

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض، ذلك أن الواجب أن يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلاً بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته، والحالة المدنية للزوج¹⁵³².

فالطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وفقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة وهو يخضع لإشراف القاضي من حيث التعويض.

¹⁵³⁰ - العربي بحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص236-237.

¹⁵³¹ - أنظر، محكمة تلمسان، 18 جانفي 1967، مذكور سابقاً، وعليه فإنه لسي هناك تعويض إذا وقع الطلاق بسبب الزوجة أو بظلمها، محكمة وهران 26 جوان 1989، رقم الملف 89/414، غير منشور.

Ch. Rev, Mus, Alger, 10 Février 1924, R.A, 1925, 2, 117.

¹⁵³² - أنظر، فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بيروت 1981، ص87 وما بعدها، محكمة استئناف الإسكندرية، مصر، 10 ماي 1962، ق أش، ص198-199.

أ- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري.

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 بأنه: "من المقرر شرعاً وقضاً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة"¹⁵³³.

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

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق، يتحملة الزوج آخر تتحملة الزوجة، فهنا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة، وذلك لانعدام التعسف، ويعتبر ذلك رفضاً لطلب التعويض¹⁵³⁴.

فالطلاق شرع لرفع الضرر وليس إلحاق الضرر للزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ويصيب الزوجة من جراء ذلك، وتطبيقاً لنص المادة 52 من ق-أ¹⁵³⁵، فإن الحكم بالتعويض مقيد بشرطين:

¹⁵³³- المحكمة العليا، غ أ ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م-ق، عدد 04، 1993م، ص 61.

¹⁵³⁴- أنظر، محكمة البيض، قسم الأحوال الشخصية، 2001/05/05، قضية رقم 01/99.

¹⁵³⁵- تنص المادة 52 من ق-أ، بقولها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض على الضرر اللاحق بها".

1- أن يثبت القاضي أن الطلاق، لم يكن لسبب جاد، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، وعندئذ يكون طلاقاً تعسفياً، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/11/17 بقولها: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال، أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"¹⁵³⁶.

فيتضح إذا من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض، وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها بجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي¹⁵³⁷.

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الادبي أو المعنوي غالباً ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال¹⁵³⁸.

ومادام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لاعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم

¹⁵³⁶ - المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 2104512، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 252.

¹⁵³⁷ - يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حامة لخضر، الوادي، سنة 2014/2015، ص 102.

¹⁵³⁸ - فضيل سعد، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1996، ص 366.

يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على اثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح، فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15/06/1999 بقولها: "من المقرر قانون أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرص، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون¹⁵³⁹.

ومن خلال هذا القرار فإن القاضي يخرج عن القواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأن البنية على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دعوته، يخسر دعواه، إلا أنه في مسائل الطلاق فالقاضي يحكم بالطلاق بناءً على إرادة الزوج، حتى ولو لم يقدم هذا الأخير البينة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على اثباتها، أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد كاشف لإرادة الزوج¹⁵⁴⁰.

أولاً حكم الطلاق بناءً على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف.

حسب هذا الرأي، إن الطلاق حق للزوج، يمارسه كمارسته لأي حق آخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة، رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه وتبعاً لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض.

¹⁵³⁹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 223019، إ.ق، عدد خاص، 2001، ص104.

¹⁵⁴⁰ - شامي احمد، المرجع السابق، ص222.

تظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة، أنه من الاحكام التقديرية الكاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج، في غير التطلق والخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الاسرة الجزائري¹⁵⁴¹.

لكن هناك من الفقهاء من يعتقد أن الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي، فهو مخالف لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة، حيث حسب هذا الموقف هناك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلا من إرادة الزوج¹⁵⁴²، في حين أن حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشفا للطلاق لا منشئ له، وإن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته واثبات الطلاق أمر آخر، فلكل من الامرين حكمه الخاص به، وفي مسألة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلا عن حكم اثباته¹⁵⁴³، فالزوج يوقعه، أم القاضي يسجل تلك الإرادة ويثبتها بموجب حكم تقريبي، فهناك فرق شاسع بين مصطلح "لا يثبت الطلاق" ومصطلح "لا يقع الطلاق" فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف، أم المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف.

إذ لو أن القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع والتطليق، وبالتالي ليس لإرادة الزوج اعتبار، وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به، إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قولا لا يستقيم مع نصوص وأحكام قانون الاسرة وإن هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي بينما قانون الأسرة أقر بموجب أحكام المادة 48 من قانون الاسرة على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، دون تقيدها بحكم

¹⁵⁴¹ - عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانهاؤه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2013-2014، ص118.

¹⁵⁴² - بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الاسرة، مذكرة لنيل ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الاسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2014/2015، ص76-77.

¹⁵⁴³ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، دون سنة النشر، ص104.

القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة.

وما يعزز به أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة وهو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق، أي بمعنى يقع الطلاق في المرحلة الأولى ثم تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده، لأن العصمة بيده وإن الزوج لما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دوراً سلبياً إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق¹⁵⁴⁴، هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها¹⁵⁴⁵، وأن اعتبار الحكم الصادر في دعوى الطلاق ذو طابع إنشائي إذا تمسكنا بالقانون الوضعي، لكن بتفسير عبارة نص المادة 49 من قانون الأسرة وهي "لا يثبت حكم الطلاق..."، تبين أن الحكم الذي يصدر في دعوى يؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية، التي

¹⁵⁴⁴- بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص76-77.

¹⁵⁴⁵- لقد جاء في قرار المحكمة العليا: متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وإن المجلس أجرى تحقيقاً وسمع الشهود الذي أكدوا بأن الزوج طلق فعلاً المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا تطبيقاً صحيحاً للقانون، أنظر، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 216250، مؤرخ في 1999/02/16، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص103 وما بعدها.

=نجد قرار آخر: "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق الرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطلق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا ذلك من الزوج، أو بواسطة شهادة مستقيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجرؤوا تحقيقاً لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي يعد مخالفة للشريعة الإسلامية"، أنظر، المجلس الأعلى (سابقاً)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، المؤرخ في 1989/12/23، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص 86 وما بعدها.

وهناك قرار قضائي آخر للمحكمة العليا جاء فيه: "من المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره..."، أنظر، المجلس الأعلى (سابقاً)، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 35026، المؤرخ في 1984/12/03، المجلة القضائية، عدد 04، 1989، ص 86.

لم تعد قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج، وأما الحكم القضائي فما هو إلا كاشف هذه النية وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية، والقاعدة المعروفة "إنما الاعمال بالنيات"¹⁵⁴⁶.

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم¹⁵⁴⁷.

بل إن المحكمة العليا ذهبت بعيداً في هذا الأمر حينما اعتبرت أن العذرية يجب أن تدون كشرط في عقد الزواج وأن عدم اشتراطها لا يوقع المسؤولية على عاتق الزوجة، وذلك ما أوضحه في قرار جاء ما يلي:

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 2000/05/23 بقولها: "إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب"¹⁵⁴⁸.

وفي إجابة عن الوجه المتعلق بالقصور في التسبب جاء ما يلي:

(بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها، مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق، حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فلا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه مؤسس، الأمر الذي يتعين معه نقض قرار جزئياً فيما يتعلق بتحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة).

¹⁵⁴⁶ - الفوئي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 122.

¹⁵⁴⁷ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 221-222.

¹⁵⁴⁸ - المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 141417، إق، عدد خاص، 2001، ص 909.

فالمحكمة العليا في قرارها¹⁵⁴⁹ المذكور أكدت قدسية العلاقة بين الطرفين واعتبرت أن اثبات مسألة العذرية من عدمها، عديمة الجدوى لقيام الزوج بالدخول بالزوجة، والمتزامن مع عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج.

وأمام الحرج الكبير والنزاعات الكثيرة المطروحة على المحاكم حول مسائل متعلقة بالعذرية، واعتباراً لكون إثارتها لا يمكن الخوض فيها بعد البناء والدخول، واعتباراً لكون الإثبات بعد الدخول عديم الجدوى والفائدة، ووعياً بالآثار الوخيمة المنجرة عن هذا الأمر وتبعاته الاجتماعية والنفسية على المجتمع برمته، فإن المشرع الجزائري وأخذاً بكل هذه الاعتبارات أكد في تعديله بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وبالضبط في المادة 07 مكر¹⁵⁵⁰ر ما يلي: (يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج)¹⁵⁵¹.

ومن ذلك نكتشف الاختلاف، فحق الزوج في فك الرابطة الزوجية ورغم أنه مسموح القيام به، يعد بصفة آلية متعسفا في استعمال الحق اتجاه الزوجة إلا إذا أثبت هو عكس ذلك. فإذا ما كنا أمام نظرية الحق المعروفة قانوناً فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصل في إيقاع الطلاق، ولكن عندما يكون الأمر كذلك، أي أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق يتصور أنه متعسف وقاعدة الإثبات تتعكس رأساً على عقب، لأن عبء إثبات استعماله للحق يقع عليه وليس على الغير (الزوجة).

كما أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني.

من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية

¹⁵⁴⁹ - ملف رقم 243417، المؤرخ في 2000/05/23، الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص.

¹⁵⁵⁰ - مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 ماي سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الاسرة (ج.ر 31 مؤرخة في 14 مايو 2006).

¹⁵⁵¹ - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص17.

المستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 و124 من القانون المدني وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعاً¹⁵⁵².

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 بأنه: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"¹⁵⁵³، وذلك لأن التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا يقوم على وجود حق، واستعمال هذا الحق قد يلحق ضرراً بالغير سواءً بقصد أو بغير قصد، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفاً من جانبه وثبت لها التعويض، فاستعمال الطلاق حتى ولو تضررت به الزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مخول شرعاً وقانوناً للزوج¹⁵⁵⁴.

ب- كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

إذا كان المشرع الجزائري قد نص من خلال المادة 52 من قانون الأسرة على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، إلا أنه لم يبين كيف يقدر هذا التعويض، هل بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر، أم أنه يراعي في تقديره مسائل أخرى، تتعلق باعتبارات شخصية لما لهذا النوع من الدعاوى من خصوصية، وهل يخضع هذا التعويض لحسابات معينة مثلما هو الحال أمام المحاكم المدنية،

¹⁵⁵² - باديس ذيابي، المرجع السابق، ص22.

¹⁵⁵³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/02/22، ملف رقم 335656، م.ق، عدد 01، 2000، ص282.

¹⁵⁵⁴ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص223.

أم أنه يمكن أن يقدر القاضي التعويض بالنظر على حال كل من الزوج والزوجة ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة¹⁵⁵⁵.

على عكس الغموض الذي شاب المشرع الجزائري، فقد ذهب المشرعان السوري والمصري إلى تحديد مقدار المتعة في النصوص الخاصة بالأحوال الشخصية، إلا أنه ما يلاحظ عليهما أنهما استعملا صراحة لفظ المتعة، على خلاف المشرع الجزائري الذي استعمل لفظ التعويض، فهل لكل من اللفظان مدلول واحد أم يختلفان، وهل هذا الاختلاف يقع في اللفظ فقط أم هو اختلاف شرعي وقانوني، وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي¹⁵⁵⁶.

أولاً: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

لا نجد من خلال قانون الاسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي، إذ استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له، وذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع السوري الذي ينص في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "... جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال"، وبذلك فقد ترك المشرع السوري للقاضي حرية تقدير التعويض إلا أنه قيده بحد اعلى لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات لأمثال المرأة.

وقد استقر قضاء محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 1998/03/24 على أنه: "تقدير تعويض الطلاق التعسفي متروك لقناعة القاضي ضمن الصلاحية المخولة له بمقتضى المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري¹⁵⁵⁷".

¹⁵⁵⁵ - غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، ص37.

¹⁵⁵⁶ - يومعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص105.

¹⁵⁵⁷ - محكمة النقض السورية، قرار رقم 226، المؤرخ بتاريخ 1998/03/24، مجلة القانون، وزارة العدل السورية، سنة 1998، العدد

ومع ذلك يوجد بعض القضاة قد يحكمون بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا يتجاوز 200 ليرة سورية مع أنها في هذا الوقت لا تكفي لشراء حذاء، بينما يحكم آخر بتعويض يزيد عن 1000 ليرة سورية على الزوج تشبه حاله حال الزوج الأول، ولذلك كان الاجدر للمشرع تحديد الأدنى لمبلغ التعويض بما لا يقل عن نفقة ستة أشهر لأمثال الزوجة دون التحديد لحده الأقصى، ويرتبط مع ما أصاب الزوجة من ضرر على أن يعلل القاضي قراره، ويخضع لرقابة محكمة النقض¹⁵⁵⁸.

وقد ذهب القضاء في سوريا من خلال محكمة النقض الصادر في 1981/06/04 على أنه "ليس للقاضي أن يعتبر بعض الأسباب لتخفيض التعويض، فالطلاق إما أن يكون تعسفياً أم لا"¹⁵⁵⁹.

فإذا استقر القاضي على أن الطلاق تعسفياً، وأن البؤس والفاقة قد أصاب المطلقة وفقاً لما سبق بيانه، جاز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض بحسب حالة ودرجة تعسفه بما لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات، فالمشرع السوري قد وضع الظروف الشخصية للمطلق معياراً لتقدير التعويض، ذلك أنه يراعي حاله وليس حال المطلقة، كما يراعي أيضاً درجة تعسفه وهو المعيار الشخصي في تقدير التعويض، وفي كل الأحوال وأياً كانت درجة التعسف، وحال المطلق من عسر أو يسر، فإن قيمة هذا التعويض لا تتجاوز مدار ثلاث سنوات، كما أجاز المشرع صراحة للقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة واحدة، أو شهرياً بحسب مقتضى الحال¹⁵⁶⁰.

ويؤخذ على المشرع السوري أنه قد أجحف بحق المرأة عندما حدد السقف أو الحد الأعلى لمقدار التعويض، بحيث لا يمكن للقاضي أن يزيد بأي حال من الأحوال، مع مراعاة حالة الزوج المادية، دون النظر إلى حجم الضرر الذي يلحق بالمرأة، نتيجة مزاجية للزوج بطلاقه، وذلك أن مبلغ التعويض الذي درجت المحاكم على الحكم به هو مبلغ زهيد لا يتناسب البتة مع تكاليف

¹⁵⁵⁸ - محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة الشورى، د. ط، 1998، ص 436.

¹⁵⁵⁹ - محكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، سلسلة الاجتهاد الشرعي، المطبعة الجديدة، دمشق سوريا، 1987، الجزء السادس، ص 407 - محكمة النقض السورية، 1981/06/04، قرار 407 مقتبس عن عزي ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتة الغرفة الشرعية، لمحكمة النقض السورية.

¹⁵⁶⁰ - يوميعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 106.

الحياة خصوصاً إذا لم يكن فعلاً هناك معيلاً للمرأة أو كانت عاجزة عن الكسب، فأى تعويض ذلك الذي يقبها الحاجة، وماذا تفعل بعد مضي السنوات الثلاث، لذلك كان حرياً بالمشرع ألا يحدد سقفاً للتعويض وأن يترك ذلك لتقدير القاضي بحسب درجة تعسف الزوج والفاقة والبؤس اللذان سيصيبان المرأة، على أن يخضع ذلك لرقابة محكمة النقض حماية للمرأة وحفاظاً على حقوقها¹⁵⁶¹.

وإذا كان هناك بعض المنادين بضرورة مراجعة المادة 117 من القانون السوري في مقدار التعويض، دون حصره بنفقة ثلاثة سنوات، إذ لا بد أن يكون التعويض مكافئاً لضرر وليس هناك ما يمنع رفع مقدار التعويض حتى يمكن أن يشمل ما يساوي مقدار المهر المؤجل أو ضعفه، وذلك لفقدان القيمة المالية للنقد أولاً، وكون ربط تقدير التعويض بالنفقة ثانياً لا يمكن الحد من خلاله من إيقاع الطلاق التعسفي، فلا بد أن يكون التعويض مكافئاً لحجم الضرر، كما أن قصر مدة الزواج أو طولها لا علاقة لها بتقدير التعسف وكذلك وجود مؤجل أو معجل المهر في صك الزواج لا يمنع المطلقة للاستفادة كمن حقها في التعويض عن الطلاق التعسفي¹⁵⁶².

فتعويض الطلاق التعسفي في ظل الطلاق السوري، هو أمر مشابه لتعويض العمل غير مشروع، ولذلك فهو يتقادم بثلاث سنوات عملاً بأحكام المادة 173 من القانون المدني السوري، وتبدأ المدة من تاريخ علم الزوجة بالطلاق، فإن لم تعلم به فيتقادم طلب التعويض بمرور 15 سنة من تاريخ وقوعه، وتستحق المرأة التعويض بمجرد الطلاق ويسقط بالرجعة، ولا يمكن الادعاء بطلبه إلا بعد البيونة ولذلك فإن الإبراء من الحقوق الزوجية من الطلاق يشمل¹⁵⁶³.

وكان ذلك أيضاً نفس ما ذهب إليه القانون المصري، حيث تنص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 على أنه: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة

¹⁵⁶¹ - لؤي اسماعي، الطلاق التعسفي، مقال على موقع: www.amanjordan.org/a.

¹⁵⁶² - رامي المالتي، تعويض الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية السوري، مقال منشور على موقع:

Furat.elwihda.gov/sy

¹⁵⁶³ - محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 436.

حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

يلاحظ أن المشرع المصري قد خالف المشرع السوري الذي حدد أقصى قيمة للتعويض بنفقة ثلاثة سنوات في حين أن المشرع المصري قد حدد أدنى قيمة له بنفقة سنتين، وإذا كان المشرع المصري قد حدد للتعويض حد أدنى قدره بنفقة سنتين، فإنه قد ترك حداها الأقصى لتقدير القاضي بحسب ما يترأى له من ظروف الطلاق ومدة الزوجية ومدى أحقية الزوج في استعماله حق الطلاق أو إساءة استعماله له، كما أطلق لسلطان القاضي إيجابه المتعة للمطلقة دفعة واحدة، أو الترخيص للمطلق سدادها على أقساط¹⁵⁶⁴.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 2001/04/21 إلى أنه "لما كان النص في المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، مفادها أن تقدير المتعة وتقسيت سداد ما هو محكوم به يدخل في سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل الحكم بها على الحد الأدنى في تقديرها بنفقة سنتين على الأقل، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه في ما قضى من متعة الطاعة وتقسيت سدادها قد التزم صحيح النص المشار إليه فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة"¹⁵⁶⁵.

وذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 1993/02/16 إلى أنه: "العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، وطلب المطعون ضدها الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبلغ معين، أو مدة معينة، والقضاء لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات

¹⁵⁶⁴ - أحمد إبراهيم بيك، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض المصرية، الطبعة الخامسة، 1424 هـ، ص 807.

¹⁵⁶⁵ - محكمة النقض المصرية، أحوال الشخصية، تلطن رقم 146 لسنة 46، جلسة بتاريخ 2001/04/21، مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 635.

صحيح، لا ينال من ذلك اشارتها بصحيفة افتتاح الدعوى إلى مطالبتها وديا للطاعن بمتعة مقدارها نفقة سنتين قبل رفع دعاها¹⁵⁶⁶.

يظهر من ذلك أن القضاء في مصر سار على غرار المشرع، إذ جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الطلاق ولا رقابة عليه من محكمة النقض عليه لأنها مسألة واقع تدخل ضمن سلطته التقديرية، ولكن بشرط ألا تقل عن الحد الأدنى له والمحدد قانونا بنفقة سنتين ويدخل في هذا التقدير الاعتبارات التي نص عليها المشرع المصري في المادة 18 مكرر سالف الذكر، وهي حال المطلق عسراً أو يسراً، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية.

وإن كان المشرع المصري قد وضع اعتباراً للحالة الاقتصادية للزوج، قد جعل من ظروف الطلاق ومدة الحياة الزوجية معياراً لذلك، وهو معيار مشترك بين الزوجين، وحسنا فعل المشرع المصري عندما جعل لمدة الزوجية اعتباراً عند تقدير التعويض، إلا أنه لم يشر إلى أن هذا التعويض يرتفع مع طول مدة الحياة الزوجية أو ينقص، لأننا قد نجد في حالات كثيرة أن الطلاق الذي يأتي بعد حياة زوجية قصيرة قد يكون له وقع وألم نفسي كبير، لدى المرأة المطلقة، يمنعها أن تكرر الزواج بعد ذلك، فهل هذا ما قصده المشرع المصري أم العكس، وأمام هذه الاختلافات التشريعية بشأن تقدير التعويض، كان للمشرع الجزائري موقف مغاير إذ أنه أجاز ذلك لقاضي الموضوع بموجب ما له من سلطة تقديرية ولم يحدد له لا حد أقصى ولا حد أدنى.

وقد كان للقضاء الجزائري تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في 1984/04/02 بأنه: "من المقرر شرعاً أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقير يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتين الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون الاعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما

¹⁵⁶⁶ - محكمة النقض المصرية أحوال شخصية، بتاريخ 1993/02/16، الطعن رقم 34 لسنة 64، مجموعة الكتب الفني، 44،

و فقر الآخر ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج، كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹⁵⁶⁷.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلاً الحياة الزوجية قد طالت، لفترة تجاوزت سنين عديدة¹⁵⁶⁸، أم إذا حكم القاضي بتعويض معين، سواء قل مقداره أو زاد، فإنه ورغم ما له من سلطة تقديرية، فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيباً بالقصور في التسبيب¹⁵⁶⁹.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في 18/06/1991 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد قصوراً في التعليل"¹⁵⁷⁰.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 12/07/2007 قضت بأنه: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"¹⁵⁷¹.

وذلك أنه قد صدر عن مجلس قضاة بجاية في 07/07/2004 قرار قضى بالمصادقة مبدئياً عن الحكم المستأنف فيه، وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى 300000 دج فأقام الطاعن طعناً على أساس القصور في التسبيب، إذ اكتفى بالقول أن العشرة الزوجية دامت طويلاً تفوق أربعين سنة، وبالتالي وجباً للضرر اللاحق بالمستأنفة (المطعون ضدها) حالياً، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 300000 دج، وأن المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه، بالنظر إلا

¹⁵⁶⁷ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد 02، ص 61.

¹⁵⁶⁸ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

¹⁵⁶⁹ - المادة 277 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببيه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة"، والمادة 258 من نفس القانون: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه أحد أو أكثر من الأوجه الآتية ... 9- انعدام التسبيب، 10- قصور التسبيب.

¹⁵⁷⁰ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 65.

¹⁵⁷¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2007/07/12، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، ص 483.

القدرة المالية للطاعن، الذي لا يتقاضى إلى منحة تقاعد لا تكاد تكفيه، ولكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الادعاء، لأن الطاعن لم يقدم إلى قضاة الاستئناف وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المتقدم، كما أنه لم يذكر الطلبات التي قدمها ولم يجيبوه عليها، وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي، يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة، دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين، مما يستلزم ردهما، وتبعاً لذلك رفض الطعن.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية، التي قضياها معا¹⁵⁷².

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض، عن تعسف الزوج في الطلاق، جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الاسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة¹⁵⁷³.

والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض، وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى، كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الاحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش.

¹⁵⁷² - عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، سنة 2009، ص38.

¹⁵⁷³ - مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2007/2006، ص134.

أما بشأن طريقة دفع هذا التعويض، هل جملة واحدة أو يدفع على أقساط، فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الاسرة عن ذلك، في حين ذهب كل من المشرعان السوري والمصري إلى إمكانية دفعها على أقساط.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في قانون الاسرة إلا أننا نجد ذلك في المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً".

وجواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على أقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلة، إنما فيه مصلحة للمطلة عليه، وهذا ما يتماشى مع قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَتَسَوَّأُ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾¹⁵⁷⁴، وهذا حتى لا ينسى المسلمون الفضل بينهم والمودة حتى بعد ظروف الطلاق، كما أنه قد يكون في التقسيط مصلحة للمطلة أيضاً، لأنه قد يضمن لها دخلاً متتابعاً قد يستمر إلى ما بعد انتهاء نفقتها¹⁵⁷⁵.

وقد يكون أفضل لها من أن تأخذ دفعة واحدة فتسرف في انفاقه فلا يكفيها مدة طويلة، وأيضاً ولعل في الصلة المتتابعة بينهما طوال فترة دفع هاته الأقساط ما يحدث الله أمراً بينهما لعودة الحياة الزوجية، ومهما يكن فإن تقسيط التعويض أو دفعه جملة واحدة إنما هو متروك للقاضي بما يراه من سلطة تقديرية.

ج- العلاقة بين المتعة والتعويض.

كان القضاة يحكمون للمطلة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بمتعة، ومرة يصفونه ارشاً، وفي أيامنا هذه وبعد الاستقلال وتخرج عدد كبير من الحقوقيين ورجال القانون من الجامعات العربية والوطنية، تولى القضاة على استعمال كلمة متعة واستبدال كل ذلك بكلمة تعويض¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷⁴ - سورة البقرة، الآية 237.

¹⁵⁷⁵ - المقصود بها نفقة الإهمال، وما جرى العمل في المحاكم الوطنية أن يحكم بها القاضي لمدة سنة ابتداء من رفع الدعوى وإلى غاية النطق بالحكم بالطلاق.

¹⁵⁷⁶ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 308-309.

فهل هناك ثمة علاقة بين المتعة والتعويض؟ هل لهما نفس الدلالة؟ هل الفرق بينهما مجرد اختلاف في اللفظ أم هو اختلاف شرعي وقانوني؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي؟
أولاً: تعريف المتعة.

1/ المتعة لغة: من متع الشيء منوعاً، وهو كل ما جاد، والمتاع: الجيد البالغ الجودة في كل شيء والمتاع، كل ما ينفع به، ويرغب في اقتنائه كالطعام، وأثاث البيت، والسلعة، والمال¹⁵⁷⁷.

قال الأزهري: "فأما المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به، ويتبلغ به ويتزود، والفناء يأتي عليه في الدنيا"¹⁵⁷⁸.

والمتعة بالضم والكسر: اسم التمتع كالمتاع، وهما يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتع¹⁵⁷⁹.

وللمتعة والمتاع معانٍ نفسها: السلعة أو الأداة، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ﴾¹⁵⁸⁰، وتأت بمعنى الانتفاع والمنفعة، ومنه قوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾¹⁵⁸¹.
ومن معاني المتعة المجازية¹⁵⁸²:

¹⁵⁷⁷ - المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص571 - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص152.

¹⁵⁷⁸ - ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج3، ص432.

¹⁵⁷⁹ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المتوفى سنة 817هـ، القاموس المحيط، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم قسوسي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة لبنان، 1415هـ/1994، ص985.

¹⁵⁸⁰ - سورة يوسف، الآية 65.

¹⁵⁸¹ - سورة الأعراف، الآية 24.

¹⁵⁸² - الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق مكتبة التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة لبنان، 1415هـ/1994م، ص985، ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج3، ص434، أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص416، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص572، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج2، ص152.

- متعة المرأة: وهو ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به، من نحو مال أو خادم، ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹⁵⁸³، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾¹⁵⁸⁴، ويقال متع الرجل مطلقته وأمتعها: أي أعطاها المتعة بعد الطلاق¹⁵⁸⁵.

ب تعريف المتعة اصطلاحاً:

لم أجد لمتعة المطلقة تعريفاً عند الحنفية والحنابلة، مع أنهم قد أفردوا لها باباً خاصاً في الفقه، أما فقهاء المالكية والشافعية قد عرفوا متعة الطلاق في كتبهم نذكر منها:

1 تعريف المالكية.

عرف المالكية المتعة بأنها: "ما يعطيه الزوج للمطلقة، تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله، حسب يسره وعسره"¹⁵⁸⁶.

2 تعريف الشافعية. 1587

عرف الشافعية المتعة بأنها: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط".

ومن السنة ما رواه النسائي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقها أبو عمرو بن حفص ثم خرج إلى اليمن ووكّل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة فسخطتها، فقال لها عياش: مالك علينا نفقة ولا سكنى، هذا رسول الله فسليه، فسألت رسول الله صلى الله عليه

¹⁵⁸³- سورة البقرة، الآية 241.

¹⁵⁸⁴- سورة البقرة، الآية 236.

¹⁵⁸⁵- المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ص 571، إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ج 02، ص 152.

¹⁵⁸⁶- الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي، تبيين المسالك لتدريب السالك، شرح الشيخ: محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1409هـ/1988م، ج 3، ص 160.

¹⁵⁸⁷- العلامة الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه وراجعه: عبد الله بن إبراهيم الانصاري- الطبعة الثانية، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الاسلامي، 1407هـ/1987م، ج 03، ص 307، الشرييني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج 03، ص 241.

وسلم عما قال لها: ليس لك نفقة ولا سكنى ولكن متاع بالمعروف وأخرجني عنهم¹⁵⁸⁸، فهل المتعة بهذا المفهوم واجبة لكل مطلقة في ذمة مطلقها؟

3 المتعة في المذاهب الفقهية.

المتعة كموضوع شامل¹⁵⁸⁹ وجدت فيها اختلافات بين الائمة والفقهاء، فهل تستحقها كل مطلقة؟ وهل هي واجبة أو مستحبة؟

للمذاهب الفقهية في ذلك أقوال، فيرى المالكية أن المتعة مندوب إليها في جميع الحالات، ولا يجبر الرجل المطلق على شيء منها، واستدلوا على النذب بأن الله تعالى ختم آيات المتعة بأنها حقا على المتقين، فهذه قرائن لصرف الامر من الوجوب إلى النذب¹⁵⁹⁰.

في حين ذهب الحنفية والحنابلة على القول المشهور¹⁵⁹¹ عندهم إلى أن المتعة نوعان، الأولى متعة الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم للمرأة مهر عند العقد، فان هذه المتعة واجبة يقضي بها القاضي على الزوج ويلزمه بها، واستدلوا على ذلك بالآيتين "ومتعوهن" والثانية "فمتعوهن" وأن الامر فيها يقتضي الوجوب.

وأما المتعة الثانية التي قالوا بها فهي متعة الطلاق فيما عدا الحالة السابقة، فإنها مستحبة للمطلقة المدخول بها سواء سمي لها المهر أو لم يسم، والمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهر، وهذه المتعة لا يحكم بها القاضي، وانما يلتزم بها المطلق ديانة فيما بينه وبين الله¹⁵⁹².

وذهب الشافعية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، وإلا حالة واحدة وهي المفروض لها مهر إذا طلقت قبل الدخول، فإنها تستحق نصف المهر المسمى فقط¹⁵⁹³، واستدلوا على

¹⁵⁸⁸ - أخرجه النسائي في سننه، النسائي، المرجع السابق، ج6، ص211، كتاب الطلاق.

¹⁵⁸⁹ - محمد بن أحمد صالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة أضواء الشريعة، كلية الشريعة، الرياض المملكة العربية السعودية، 2003، العدد 2، ص36.

¹⁵⁹⁰ - ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص163-164.

¹⁵⁹¹ - كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج2، درا احياء التراث العربي، ص448-449.

¹⁵⁹² - السرخسي، المرجع السابق، المجلد الثالث، ج5-6، ص61-62.

¹⁵⁹³ - ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص163-164.

الوجوب بالآية الكريمة "وللمطلقات متاع بالمعروف"، وهذا خير بمعنى الامر، واستدلوا أيضا بالأمر في الآيتين "ومتعهن" والامر في أصله للوجوب¹⁵⁹⁴، وهو ما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية¹⁵⁹⁵.

ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق، وذلك ما يتفق مع ما قاله المالكية والشافعية من أن الغرض منها جبر ايحاش المطلقة. ويلاحظ أن الضرر الذي افترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبي محض، وهذا ظاهر من قولهم أن المقصود بها تطبيب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق¹⁵⁹⁶، وفي ذلك ما يدل أن المقصود بها تعويض الضرر الادبي، لأن المطلقة رجعا في أثناء العدة نفقتها على زوجها، بل أن الزوجية باقية حكما، فاستحقاق المطلقة للمتعة ولو راجعها الزوج يدل على أن المقصود تعويض الضرر الادبي لأنه هو فقط الذي يصيبها من هذه الحالة.

ولعل السبب في اغفال علماء الشريعة الإسلامية الإشارة إلى تعويض الضرر المادي راجع إلى أن الضرر الادبي هو الذي يتوافر في كل حالة من حالات الطلاق، أم الضرر المادي فقد يوجد وقد لا يوجد، وهو مع وجود النفقة الواجبة في العدة أقل ظهورا¹⁵⁹⁷، أما تقدير المتعة فقد اختلفوا فيه، والاصح هو انه لا حد للمتعة وانما هي على قدر حال الزوجين فيقدرها القاضي بما يراه معتبرا لحالهما¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁴ - ابن قدامة، المرجع السابق، ج8، ص48، السرخسي، المرجع السابق، ص61-62.

¹⁵⁹⁵ - أحمد علاء الدين أبو الحسن، الاختبارات العلمية في اختبارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية، المطبعة المنبرية بالقاهرة، مصر، 1328هـ، ص141.

¹⁵⁹⁶ - محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق، ص36.

¹⁵⁹⁷ - السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الاسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه الجامعة المصرية، كلية الحقوق، 1936، ص246.

¹⁵⁹⁸ - ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص252.

الفرع الثالث: العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.

(أ) أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة والتعويض.

1- أوجه التشابه بين المتعة والتعويض.

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي، يمكننا أن نلخصها فيما

يلي:

- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

- إن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.
- اختلف الفقهاء وكذلك القوانين في بيان الحد الأعلى والادنى لكل من المتعة والتعويض.
- إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرًا لخاطر المرأة، وتخفيفًا لها عن آلامها، وتعويضًا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

- إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة¹⁵⁹⁹.

2- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.

تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور، وبها تمتاز المتعة على التعويض وهي:

- إن المتعة تثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية، والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.
- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيًا.

¹⁵⁹⁹ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص354.

- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء أكانت طلاقاً أم فسحاً، وسواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة، وهي إيقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي.
- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء¹⁶⁰⁰، والقوانين¹⁶⁰¹، التعويض عليها لزوجها.
- إن المتعة تجب على المطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، فإن كانت أسباباً معتبرة لم يحكم بالتعويض.

كما أن في إثارة الأسباب كشفاً لأسرار الزوجية، وتبادلاً للثمن بين الزوجين، مما قد يترتب عنه أضرار أشد خطراً من المصلحة المراد تحقيقها بالتعويض، أما المتعة فلا يترتب عنها مثل هذه الأضرار، ويتحقق بها المصلحة المرادة منها، وهي جبر خاطر المرأة المنكسر بالطلاق، وتسليتها لها، وتخفيف آلامها، وإزالة الإحاش والابتذال، ورفع الضرر الواقع عليها بالطلاق¹⁶⁰².

3- العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.

بالرجوع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق نجد أن الفقهاء القدامى قد أخذوا بها، وطبقوها في أحكامهم، مع أنها لم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم وبتطبيق نظرية التعسف على حق الطلاق، نجد أن في إيجاب المتعة على المطلق تطبيقاً عملياً لها، وفي ذلك يقول زياد صبحي نياب: "بل إنني أذهب إلى أبعد من ذلك فأقول: إن في إيجاب المتعة على المطلق تطبيقاً عملياً لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولتوضيح ذلك فأقول:

¹⁶⁰⁰- من الفقهاء الذين أوجبوا التعويض على الزوجة إذا كانت الفرقة من قبلها، وألحقت الضرر بزوجها كأن تطلق نفسها بموجب التعويض: عبد الرحمان الصابوني، وعبد الفتاح عايش عمرو، أنظر، مدى حرية الزوجين، الصابوني، ص108، تطبيقات السياسية الشرعية، عايش، ص173-174.

¹⁶⁰¹- ومن هذه القوانين: القانون التونسي في الفصل 31.

¹⁶⁰²- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص354-355.

"إن الأصل في الطلاق الحظر، فإن طلق الرجل زوجته بدون سبب، فقد استعمل حق الطلاق الممنوح له استعمالاً مناقضاً لما شرع هذا الحق له، وبذلك يكون قد تعسف باستعمال حقه".

أما إذا استعمل هذا الحق لحاجة أو لسبب معين، فإن الله سبحانه وتعالى الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور، عالم الغيب والشهادة، الذي لا يغيب عن علمه مثقال حبة من خردل، قد علم أن الضرر الذي يلحق بالمرأة بوقوع الطلاق أكبر من المصلحة التي ينيها الزوج منه، وخصوصاً إذا علمنا أن الصبر على سوء خلق الزوجة أولى من طلاقها، وإذا كان الضرر أكبر من المنفعة، كان الرجل متعسفاً في استعمال حق الطلاق، وإذا تعسف الرجل في استعمال حقه، فإنه يجب عليه الجزاء، وقد رتب الله سبحانه وتعالى على التعسف في استعمال حق الطلاق المتعة جزاءً وفاقاً.

وإذن فإن المتعة: هي تعويض يجب للمطلقة على مطلقها، جبراً لخاطرهما المنكسر بالطلاق، وتسليية لها عن الفراق، وتخفيفاً من إحاش الطلاق، وهذا ما علل به العلماء سبب وجوب المتعة¹⁶⁰³.

مما سبق يتبين لنا أن المتعة تعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحقها، وإلى هذا أشار الزحيلي بقوله: "ومما يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وهو قول الامام أحمد ورأي الظاهرية، وابن جرير الطبري، وعدد من الصحابة والتابعين، وإنها واجبة قضاء على كل مطلق، ويلزمه القاضي بها"¹⁶⁰⁴.

ويقول أبو ليل: "وما المتعة في الحقيقة إلا تعويض للمرأة، لما لحقها من إحاش وضرر بالطلاق"¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰³ - زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق، المرجع السابق، ص 116.

¹⁶⁰⁴ - محمد الزحيلي، متعة الطلاق، المرجع السابق، ص 87.

¹⁶⁰⁵ - أبو ليل، تقييد حق الزوج في التطلق، المرجع السابق، ص 198.

وأضاف الصالح قائلاً: "إن القول بوجود متعة الطلاق رداً على الجمعيات النسائية، التي ملأت الدنيا صراخاً ووعوباً، مطالبة ولاية الأمور بسن تشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها بسبب الطلاق"¹⁶⁰⁶.

أولاً: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين¹⁶⁰⁷:

1- القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض¹⁶⁰⁸.

ومن هؤلاء الفقهاء نجد محمد الزحيلي الذي قال: "إن الاعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل ذلك وغيره سوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشر قرناً، ثم حذر منه الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الاعراض والاعغال عن هذا الحق"¹⁶⁰⁹، ووافق هذا الرأي فقهاء آخرون مثل محمد أحمد الصالح¹⁶¹⁰، ومحمود السرطاوي¹⁶¹¹، وسامي صالح¹⁶¹² وغيرهم.

¹⁶⁰⁶ - محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض المملكة العربية السعودية، العدد التاسع، 1398هـ، ص56.

¹⁶⁰⁷ - ساجدة عفيف عتيلى، ربحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012، ص26.

¹⁶⁰⁸ - ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص180.

¹⁶⁰⁹ - محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص87-89.

¹⁶¹⁰ - الصالح محمد بن احمد، المرجع السابق، ص56.

¹⁶¹¹ - محمد السرطاوي، المرجع السابق، ص56.

¹⁶¹² - صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1986،

2- **القول الثاني:** نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الاسرة لسنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي 05-02 ومن خلال المادة 52 منه استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه وجدت بعض القرارات القضائية حكمت للمطلقة بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى مصطلح الطلاق التعسفي أو حكم بهما معا في قرار واحد¹⁶¹³.
لقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 1986/04/07 حيث قضت بمقتضاه بأن: "من الاحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة اهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"¹⁶¹⁴.

نجد أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويض في أن واحد على أساس وجود الخفيف في آن واحد من أقوال الفقهاء، وما كان من تعريف للمتعة، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرهما، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة طلاقا تعسفا للتعويض، فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد، تكون المطلقة قد أخذت تعويض عن نفس الضرر مرتين.
وذهبت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1989/03/27 بأنه: "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقاته، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة

¹⁶¹³ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 320.

¹⁶¹⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 2، ص 69.

رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال¹⁶¹⁵.

فمن خلال استقراء هذا القرار يتضح أن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس استحقاق المتعة، فكيف يمكن أن يحكم بهما في آن واحد؟

إن المتعة مستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها، وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد، وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي، فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق التعسفي¹⁶¹⁶.

وهذا ما يعني اختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقتها، تعويضا عما أصابها من ضرر، كل ما كان الطلاق تعسفيا، مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة وبراعي في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناه و لأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، وبراعي القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه¹⁶¹⁷.

وهنا نجد أنفسنا أمام تساؤل هام وهو هل بالإمكان الجمع بين المتعة والتعويض في آن

واحد؟

أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها، والتعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير التي ناجمة من الطلاق.

¹⁶¹⁵ - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 50317، المجلة القضائية 1991، عدد 1، ص 56.

¹⁶¹⁶ - بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس، المغرب، 2005-2006، ص 31.

¹⁶¹⁷ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309-310.

نلاحظ أن مواقف المحكمة العليا بشأن هذا الجمع بين التعويض والمتعة قد ساد نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في 1989/04/07 إلى أنه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة ائمال، نفقة متعة كذلك التعويض على الطلاق التعسفي"1618.

وخلاف لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى في 1985/04/08 بأنه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيف عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف لهذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"1619.

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة والتعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي إلا تعويضاً واحداً هو نفسه المتعة، وما يدعم ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَبِّحِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾1620، فالله سبحانه وتعالى لم يحدد للمتعة مقدارا معيناً ما يجعلها تتسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بأنه: "الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً للقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"1621.

1618- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 01989/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 02، ص 69.

1619- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية 1989، عدد 01، ص 89.

1620- سورة البقرة، الآية 236.

1621- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 335456، المجلة القضائية، عدد 01، ص 282.

فاستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة، نتيجة تعسف الزوج في استعمال الزوج للطلاق، وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحديد التعويض الملائم للطلاق التعسفي، ولكن مع تقييدها بضوابط معينة تتمثل هذه الضوابط في فترة الزواج، أي المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، وكلما كانت هذه المدة طويلة، كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ التعويض قائما، والضابط الثاني هو الوضعية المالية للزوج، وهذا يعني أنه كلما كان الزوج ميسورا كان التعويض مرتفعا.

ثانيا: طريقة التعويض.

نظرا لغياب النص القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقرير طريقة دفع التعويض وكذا نوعه فإن القاضي يمارس سلطته في تقدير ذلك استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي ترى أنه لا حرج في أن تكون متعة المطلقة ثيابا أو نقودا أو أي شيء تنتفع به المطلقة¹⁶²²، غير أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية فإننا نجد أنها كلها تقضي بالتعويض عن الضرر نقدا ودفعة واحدة دون تقسيط¹⁶²³.

أ. تقدير التعويض في القانون المقارن:

وبالرجوع لمسألة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي على مستوى القانون ومقارنته للقانون الجزائري في هذه المسألة نجد أن المشرع المصري حدد مسبقا الحد الأدنى والاقصى لمبلغ التعويض وما يصطلح عليه بالمتعة في القانون المصري والذي يجب أن لا يتجاوز حدود نفقة سنتين حيث أن المادة 18 مكرر من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 نصت على أن: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها وبلا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة

¹⁶²² - أحمد فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

¹⁶²³ - أنظر في ذلك الأحكام القضائية الواردة في ملحق هذه الدراسة.

حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية...¹⁶²⁴، مما يعني أنها محددة قانونا والقاضي مقيد بممارسة سلطته في التقدير بهذا الحد دون تجاوزه حتى لو استدعت الظروف أن يكون التعويض أكثر من هذا الحد، في حين قدرها القانون السوري بعدم تجاوزها نفقة ثلاثة سنوات بموجب المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري¹⁶²⁵.

في حين ذهب المشرع المغربي إلى الأخذ برأي المذهب المالكي فيما يتعلق بتقدير المتعة حسب اصطلاحه في المادة 84 من مدونة الاسرة المغربية مما يعني منح القاضي سلطة مطلقة في تقديرها.

أما المشرع التونسي فقد خالف ما ذهب إليه التشريعات العربية في هذه المسألة حيث فصل كما قلنا بين التعويض عن الضرر المعنوي والذي يدفع جملة للزوجة المتضررة من طلاق أنشأه الزوج بإرادته المنفردة، وأخضع تقديره لقاضي الموضوع الذي يقوم بتقديره مراعيًا في ذلك وكما جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 23-04-1991: "... الفراغ النفساني الذي أحدثه الطلاق ومدى تأثيره على مشاعر الزوجة وكرامتها..."¹⁶²⁶، كما أقر لها إلى جانب ذلك تعويضا عن الضرر المادي يسمى "جراية" وهذا بموجب الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

ولابد من التنبيه إلى ما أن المشرع التونسي ربط استحقاق التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بإثبات الضرر من طرف المدعي الذي قد يكون الزوجة أو الزوج ويكون الإثبات من خلال القواعد المبينة في القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية المدنية.

¹⁶²⁴ - عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 01، الإسكندرية مصر، المكتب الجامعي الحديث، ط 1،

2005، ص 244، عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 95.

¹⁶²⁵ - عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 24 وما بعدها، محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها.

¹⁶²⁶ - قرار تعقيبي مدني، عدد 27245، نقلا عن: الاجتهادات القضائية الموضوعة بموقع وزارة العدل التونسية، سبق الإشارة إليه، تاريخ

زيارة الموقع 10-01-2011م.

=أنظر لتفصيل أكثر: بن محمود فاطمة الزهراء، ودولة سامية، اجتهادات قضائية معلق عليها، د-ط، تقديم زهير إسكندر، تونس، مركز

الدراسات القانونية والاقتصادية، 2006، ص 23.

يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري جاء نصه عاما حيث أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي دون تحديد لمقدار التعويض عن الضرر أو طريقة دفعه تاركا ذلك للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حين اتجهت أغلب التشريعات العربية إلى تحديد سقف ادنى وأعلى للتعويض عن الضرر، كما بينت كيفية تسديد مقدار التعويض وذلك حسب تقدير القاضي ووسع الزوج مع استثناء المشرع التونسي الذي منح الزوجة تعويضا معنويا إضافة إلى التعويض عن الضرر المادي ويتمثل في جناية كما منح لها الاختيار في أن تسدد لها إما دفعة أو على أقساط أو في شكل ايراد مرتب مدى الحياة¹⁶²⁷.

ملاحظة: بالرغم من المآخذ الذي يؤخذ على قانون الأحوال الشخصية التونسي نتيجة مخالفة بعض مواده لأحكام الشريعة الإسلامية إلا أننا نلاحظ وفي مجال التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق أنه قد أحسن صنعا بترتيب -للمرأة التي ليس لها دخل دائم ومراعاة وضعها المادي- جناية عمرية¹⁶²⁸ حيث تدفع لها شهريا من طرف الزوج المتعسف في الطلاق وهذا من شأنه أن يقيها من التشرذم وعدم إيجاد دخل يقيها العوز وهو في ذاته وسيلة تجعل من الزوج غير متعجل في توقيع الطلاق.

استنتاج:

لكن يصبح نوع من الاثراء بلا سبب وتقدم كل امرأة متزوجة على الطلاق بحجة تعسف في الطلاق، ويصبح كل زوج مجبر على عدم الطلاق بحجة عدم دفع التعويض ما يسمى بجناية عمرية، وهو مخالفة للمبادئ الشريعة الإسلامية وسلطات الإرادة في الطلاق، ويصبح عبارة عن عقد اذعان وليس عقد زواج.

ثالثا: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي.

أما فيما يتعلق بتاريخ استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي فإننا نجد أن الحق في التعويض ينشأ من وقت حصول الضرر أي من يوم إيقاع الزوج للطلاق دون

¹⁶²⁷ - اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص202.

¹⁶²⁸ - جناية عمرية، هو مرتب شهري أو منحة تفرض على الزوج عند الطلاق التعسفي للزوجة.

سبب يبرره، غير أن هذا الحق لا يتمتع بالحماية القانونية أي عند رفع الدعوى والحكم بوجود التعسف وتقرير للمطلقة التعويض فيكون في هذه الحالة التعويض ملزم الدفع لوجود حكم قضائي يعزز¹⁶²⁹.

المطلب الثالث: تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطلق ونشوز.

ذكرنا فيما سبق أن المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطلق، كما ألزم القاضي بالحكم بالتعويض في حالة ثبوت نشوز أحد الزوجين، غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين سقفا أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بتقدير كل ذلك عن طريق أعمال نشاطه الذهني.

أولا: مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطلق والنشوز.

أ. في حالة التطلق:

لقد جعل المشرع الجزائر للمرأة الحق في طلب التطلق وإمكانية استحقاق التعويض إذا وقع بها الزوج أي نوع من الأيذاء سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن عادة لمثيلاتها تحمله ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما.

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فقد جعل القانون اثباته بكل الوسائل القانونية والشرعية¹⁶³⁰، وأخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي الموضوع فقد جاء في اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا قولها انه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلق لكل من ضرر معتبر شرعا، كما ان تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع¹⁶³¹."

¹⁶²⁹ - اسمهان غفيف، المرجع السابق، ص 203.

¹⁶³⁰ - ويثبت إضرار الزوج بزوجه عند الملكية بأحد الامرين: شهادة الشهود ومعاينتهم لمجاورتهم للزوجين أو السماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران والخدم وغيرهما.

¹⁶³¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 222134، قرار بتاريخ 1999/05/18، اجتهاد قضائي، عدد خاص 2001،

1. إثبات الضرر في حالة التطليق:

إن مسألة إثبات الضرر واستخلافه وتقديره من أعقد ما تواجهه الزوجة في حالة رفعها لدعوى التطليق للضرر في التشريع الجزائري، لتعنت الذي كثيرا ما كانت تواجه به من طرف القضاء.

فالقاعدة أن على الزوجة التي ادعت الضرر ورفعت دعوى التطليق على زوجها في هذا المجال، يقع عليها عبء الإثبات الضرر الذي يلحقه بها الزوج، والذي يجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية معه، عملا بالمبدأ الشرعي "البينة على من ادعى اليمين وعلى من أنكر"، ولها أن تعتمد في ذلك جميع الوسائل الإثبات الشرعية والقانونية لأن الأمر يتعلق بإطار شرعي وبوقائع مادية.

2. تقدير وسائل اثبات الضرر:

كما جاء نصا في أحد القرارات المحكمة العليا: "من المقرر شرعا لأنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلا...¹⁶³²"، وعليه فإثبات الزوجة للضرر الذي تدعيه وتطلب التطليق على أساسه أمر لازم شرعا وقانونا، وعليها أن تستحضر كل الوسائل التي تمكنها من اثبات هذا الضرر، وهنا يأتي دور القاضي في تقدير تلك الوسائل، وأما إذا عجزت الزوجة عن اثبات ذلك الضرر فإن سلطة القاضي ستتدخل ببعث الحكيم.

الفقرة الأولى: حالة تمكن الزوجة من إقامة دليل اثبات.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على وسائل إثبات تضرر الزوجة، وسلطة القاضي في تقديرها، وبما أن الإثبات الضرر اللاحق بالزوجة لا يخرج عن اثبات أي ضرر في المسؤولية العقدية أو التقصيرية فإنه يمكن الاعتماد على القانون المدني في التعرف على هذه الوسائل¹⁶³³، ثم مقارنتها بما هو موجود في الفقه الإسلامي.

¹⁶³² - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/12/17، ملف رقم 34767، م ق 1990، عدد 01، ص 92.

¹⁶³³ - ليلي جمعي، المرجع السابق، ص 169.

ويمكن أن تقسم الوسائل التي تعتمد عليها الزوجة في اثبات الضرر بحسب ما يغلب استعماله منها إلى وسائل رئيسية ووسائل ثانوية.

1- الوسائل الرئيسية.

وهي الوسائل التي يغلب استعمالها من قبل الزوجة في اثبات الضرر، بسبب أنها متيسرة بشكل أكبر بالمقارنة مع غيرها، وهي ترجع إلى وسيلتين: الشهادة والقرائن.

1/1 الاثبات بالشهادة:

نص المشرع الجزائري في المادة 335 من ق م ق على أنه الاثبات بالبينة، والتي هي شهادة الشهود في مفهوم القانون، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "الضرب الواقع من الزوج على زوجته لا يثبت إلا بشهادة شرعية..."¹⁶³⁴.

1/1/1 الشهادة العامة.

كما أنه يحق للزوجة أن تعتمد على شهادة أقارب الزوج أو أصهاره السابقين إن كان له ذلك، ويتعين على القاضي قبول شهادتهم طبقا لما نصت عليه المادة 153 من ق م ق، حيث نصت في فقرتها الثالثة على جواز استدعاء هؤلاء للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق.

والاثبات عن طريق الشهادة له اعتبار كبير في الفقه الإسلامي من حيث أنها الوسيلة الغالبة في الاستعمال، والمطلوبة شرعا في كثير من الأبواب، ومن ذلك مثلا:

في اثبات اعسار الزوج: فقد قرر مال والشافعي أنه لا يثبت إلا بالبينة أو الإقرار¹⁶³⁵.

كما أن الزوجة التي تدعي غياب زوجها، وتطلب التطلق على أساسه يمكنها أن تسلك الاثبات عن طريق الشهادة، حيث يعلن الشهود لدى القاضي صحة هذه الواقعة.

فإذا اعتمدت الزوجة على الشهادة في اثبات الضرر الموجب للتطبيق، وقدمت هذه الشهادة مستوفية لشروطها كما نص عليها قانون الإجراءات المدنية الجزائري فإن للقاضي الحرية

¹⁶³⁴ - قرار رقم 34267، 1984/01/09، م ق، عدد 01، 1990، نقلا عن ليلي جمعي، المرجع السابق، ص 204.

¹⁶³⁵ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 352.

الكاملة والسلطة المطلقة في الأخذ والاعتماد على هذه الشهادة، حسب ما يراه مناسباً أو صالحاً للبت في النزاع المطروح عليه¹⁶³⁶.

وهذا ما يراه ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: "إن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير الحجج المطروحة لديهم بصفة قانونية وقوة اثباتها، ويكون قائماً على أساس من القانون ومعللاً كافياً الحكم الصادر بالطلاق بناء على شهادات سماع تفيد أن الزوج يتعدى على زوجته بالعنف والضرب المبرح"¹⁶³⁷.

2/1/1 الشهادة الخاصة:

تعتبر الشهادة خاصة من النوع الذي تلجأ إليه الزوجة في اثبات أنواع خاصة من الضرر الموجب للتطليق، ومن ذلك مثلاً اثبات العيوب الجنسية، فإنه لا مانع قانوناً¹⁶³⁸ ولا شرعاً¹⁶³⁹ من أن يعرض الزوج على الطبيب في حالة إنكاره لهذا العيب، والطبيب لا يعدو أن يكون شاهداً في هذه المسألة.

والفرق بين الشهادة العامة وشهادة طبيب في اثبات العيوب هو أن التقرير الذي يعده الطبيب في ذلك يعد تقرير خبرة¹⁶⁴⁰، له في اثبات قوة كبيرة، من حيث أنه لا يمكن نكران ما تضمنه من الوقائع التي أثبتها¹⁶⁴¹، وإن كان للقاضي السلطة المطلقة في الأخذ برأي الخبير أو رده مع تسبب ذلك، أو استبداله¹⁶⁴².

¹⁶³⁶ - الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ت73.

¹⁶³⁷ - أنظر، المحكمة العليا، غ ق خ، 1971/03/10، ن ق 1972، عدد 02، ص28، ذكره بلحاج العربي، المرجع السابق، ص61.

¹⁶³⁸ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص261، والعربي بحاج، المرجع السابق، ص284.

¹⁶³⁹ - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص129.

¹⁶⁴⁰ - أنظر، المواد 125 من القانون 09/08 ق.ا.م.ا حيث تنص: تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

¹⁶⁴¹ - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، القوة الإثباتية لتقرير الخبير، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ص211.

¹⁶⁴² - بشير بلعيد، كيفية تعيين الخبير وقيامه بمهمته وسلطة المحكمة في التعامل مع تقرير الخبير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، الإيداع القانوني، السداسي الأول 2000، دار البعث، قسنطينة الجزائر، ص86.

ومن قرارات المحكمة العليا التي تفيد إقرار القضاء للشهادة الطبية كوسيلة اثبات في العيوب الجنسية ما جاء في القرار التالي: "حيث أن عجز الطاعن عن مباشرة زوجته المذكورة جسمياً ثابت باعترافه وبشهادتين طبييتين..."¹⁶⁴³.
إذن فالشهادة بنوعيتها العامة والخاصة متاحة للزوجة بشكل واسع في اثبات تضررها وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير هذه الشهادة.

3/1 القرائن:

1/3/1 القرائن القانونية¹⁶⁴⁴:

اعتماد هذا النوع من القرائن في عملية اثبات تضرر الزوجة، ومن ثم اجابتها للتطبيق، يظهر في أمرين:

- في الحالات التي تنص المشرع على أنها موجبة للتطبيق: كعدم الانفاق، والهجر في المضجع، وغيرها مما نص عليه المشرع في كل فقرة خاصة في المادة 53 من ق-أ، فإن هذه الحالات تعد القرائن القانونية على لحوق الضرر بالزوجة، ولا تطالب الزوجة فيها إلا بإثبات الواقعة التي افترض المشرع وجود الضرر فيها، فقد نصت المادة 337 من ق م على أنه: "القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات".
- في الاعتماد على حجية الشيء المقضي به، كأن يصدر ضد الزوج حكم بالإهمال العائلي، فتعتمد الزوجة عليه في اثبات عدم الانفاق، أو يصدر ضده حكم إدانة بجريمة تمس شرف الأسرة، أو حكم ادانته بضرب الزوجة، فتعتمد الزوجة هذه الاحكام في اثبات تضررها. فحجية الشيء المقضي به قرينة قانونية مؤداها¹⁶⁴⁵ "أن الحكم على الزوج قد صدر صحيحاً من ناحية الشكل، وعلى حق من ناحية الموضوع، فهو حجة على ما قضى به"¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴³- أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 34784، م ق، عدد 03، 1989، نقلاً عن ليلي جمعي، المرجع السابق، ص 189.

¹⁶⁴⁴- القرينة القانونية هي ما يستنبطه المشرع من أمارات من وقائع معلومة، فالاصل أنه لا قرينة قانونية بلا نص.

¹⁶⁴⁵- راجع المادة 338-339 من ق.م.ج.

وهذا ما يستفاد من قرارات المحكمة العليا في هذه النقطة، حيث جاء في أحدها: "... حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها لها أمام المحكمة العليا الأولى وأمام المجلس القضائي فإنه يوجد ملف حكم جزائي صادر بتاريخ 1984/10/05 من محكمة ورقلة قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا منفذة بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة وأولادها منه ... وحيث يعد إثبات هذا الإهمال المادي شرعيا وقانونيا..."¹⁶⁴⁷.

وأیضا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: "... لما كان كذلك، وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم 780 لسنة 1985 لأنه أحدث عمدا بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي، والتي تحتاج لعلاج مدة لا تزيد عن عشرين يوما، وحكم عليه بغرامة مقدارها عشرين جنيها، وتأييدا استثنافيا ... وهو ما يكفي وحده لثبوت الضرر الذي يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه..."¹⁶⁴⁸.

فإذا أثبتت الزوجة تضررها الموجب للتطليق عن طريق القرائن القانونية حكم لها القاضي بالتطليق وانعدمت سلطته في تقدير تلك القرائن على عكس سلطته في القرائن القضائية، التي تبحث فيما يلي.

1/3/2 القرائن القضائية¹⁶⁴⁹:

ويتوافق القانون في اعتبار القرائن من وسائل الإثبات مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي من جواز اثبات تضرر الزوجة بالقرائن.

وهذا ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في الإثبات بالقرائن القضائية، بشكل لا يوجد في أدلة الإثبات المباشر، "إذ يمكنه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع وظروف النزاع المطروح

¹⁶⁴⁶ - الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، 2001، الجزائر، ص105.

¹⁶⁴⁷ - أنظر، المحكمة العليا، ملف رقم 34791، م ق، عدد 03، سنة 1989، نقلا عن ليلي جمعي، المرجع السابق، ص207.

¹⁶⁴⁸ - محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ج4، ص389.

¹⁶⁴⁹ - أنظر المادة 340 من ق.م.ج.

امامه، بل كذلك من خارج دائرة هذا النزاع، كما أنه لا ينقيد في سلطته هذه بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطريقة القانونية¹⁶⁵⁰.

2 الوسائل الثانوية:

وهي الوسائل التي يمكن للزوجة أن تلجأ إليها إذا لم تستطع الحصول على إحدى الوسائل الرئيسية، وتتمثل في هذه الوسائل الثانوية في: الإقرار، اليمين، الكتابة. وهناك النوعين من اليمين المواد 343 و348 من ق م ج.

1/2 الإقرار¹⁶⁵¹:

فإقرار الزوج بالواقع المنطوية على الضرر الذي لحق الزوجة، كاعترافه بعدم الانفاق، أو اعترافه بوجود العيب الموجب للتطليق، أو بهجره لزوجته، أو بضربه لها، أو بشتمه لها، أو بعدم عدله بينها وبين ضررتها، وغيرها من الاضرار، يعفي الزوجة من تقديم أي دليل لإثبات ما تدعيه، ولذلك يذهب كثير من الباحثين إلى عدم اعتبار الإقرار من طرق الاثبات إلا تجوزاً، وذلك لأن صدور الإقرار من المدعى عليه يعني أن الدعوى لم يبق متنازع فيها، ولا داعي إلى اثباتها.

2/2 اليمين¹⁶⁵²:

وقد نصت على هذين بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطريقة القانونية.

وهناك نوعين من اليمين المواد 343 و348 من ق.م.ج

فيحق للزوجة التي تدعي ضرراً ولم تستطع اثباته أن تطلب توجيه اليمين إلى زوجها المنكر، فإذا حلف خسرت الزوجة دعواها، إلا أن تأتي ببينة بعد ذلك، فإنها تقبل منها على قول جمهور الفقهاء¹⁶⁵³.

¹⁶⁵⁰ - عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص120.

¹⁶⁵¹ - أنظر المادة 341 من ق.م.ج، التي عرفت الإقرار.

¹⁶⁵² - أنظر، الاثبات باليمين، عصامي عبد الرحمان، الاثبات باليمين في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1987.

¹⁶⁵³ - السيد سابق، المرجع السابق، ج3، ص346.

3/2 الكتابة:

لإثبات بالكتابة هو الوسيلة التي يستعملها المتقاضي بواسطة دليل لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية التي هي مصدر الحق المدعى¹⁶⁵⁴.

ويستثنى من ذلك حالة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فإنه قد يستعان بالكتابة إثبات تلك الشروط المتفق عليها، حيث أن الغالب فيها أن تكون مثبتة في ورقة رسمية، ولكنها أن تثبت بها واقعة مخالفتها من طرف الزوج.

الفقرة الثانية: حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر.

قد تعجز الزوجة عن إثبات الضرر الذي تطلب التطليق على أساسه، وفي هذه الحالة لا يمكن أن تهمل هذه الزوجة وهي لا تزال تطلب التطليق لضرر لم تستطيع اثباته، بل إن المشرع الجزائري وعلى غرار الشريعة الإسلامية قد قدر هذه الحالة ونص على مبدأ التحكيم، وأهم ما يلزم الحديث عنه في مسألة بعث الحكمين هو شروط الحكمين، وسلطتهم.

1 شروط الحكمين.

اشتراط الفقه الإسلامي في الحكمين شرطين اثنين، اكتفى المشرع الجزائري بذكر أحدهما فقط، وهما أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، وأن يكونا عدلين.

1/1 أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 56 فقرة 2 من ق-أ، حيث جاء فيها: "يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة".

وهو الأمر الذي استدركه المشرع المصري في المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1979 حيث جاء فيها: "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم، ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

¹⁶⁵⁴ - الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 31.

2/1 أن يكونا عدلين:

لم ينص المشرع الجزائري على هذا الشرط، في حين ذكره الفقه الإسلامي، حيث جاء في تفسير القرطبي: "... ويكفونان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه" 1655، وعليه فإنه يبطل حكم غير العدل 1656.

وشرط كون الحكيمين عدلين قد أثبتته المشرع المصري في المادة 7 من القانون رقم 25 لسنة 1979، حيث جاء فيها: "ويشترط في الحكيمين أن يكونا رجلين عدلين ...".

2 سلطة الحكيمين.

تتمثل المهمة الرئيسية للحكيم في الإصلاح بين الزوجين، وكتابة تقرير كامل عن الحالة التي يعيشانها، وأيهما مضر بصاحبه، على أن هناك خلاف في مدى سلطة الحكيمين في التفريق بين الزوجين، وكذلك في القوة الإثباتية للتقرير الصادر عنهما.

1/2 سلطة الحكيمين في التفريق بين الحكيمين.

اختلفت الآراء حول سلطة الحكيمين في التفريق بين الزوجين، فذهب البعض إلى أن مهمة الحكيمين قاصرة على التوفيق بين الزوجين، دون أن تتعداها إلى التفريق بينهما مهما عجزا عن الإصلاح، وذهب البعض الآخر إلى أن للحكيم سلطة كاملة في التفريق بين الزوجين إذ لم يستطيعا الإصلاح بينهما، ويوضح كل من الرايين في نقطة خاصة على النحو الآتي:

الرأي الأول: اقتصار مهمة الحكيمين على التوفيق بين الزوجين.

وهو اختيار المشرع الجزائري ومذهب الحنفية والشافعية في أحد قولين، ومذهب الظاهرية 1657 أيضا.

1655- القرطبي، المرجع السابق، ج5، ص175.

1656- كما أنه يبطل حكم السفية، وذلك لأنه يشترط إلى جانب العدالة، الشروط الأخرى الواجب توفرها في أي تحكيم، وهي الإسلام والبلوغ، أنظر، عامر عبد الرحيم، وعلي عبد الرحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، ط1، 1987، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، الجماهيرية الليبية، ص296، بتصرف.

1657- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، بداية المجتهد، ج2، ص98.

فمن خلال المادة 56 ق.أ¹⁶⁵⁸ نجد بأن مهمة الحكمين هي التوثيق بين الزوجين، والتقرير الذي يقدمانه على هذه المهمة، وعلى مدى نجاحهما في الإصلاح، دون يتعدى ذلك إلى التطبيق بين الزوجين¹⁶⁵⁹.

الرأي الثاني: للحكمين سلطة كاملة في التفريق بين الزوجين.

وهو مذهب مالك والاوزاعي¹⁶⁶⁰ والشافعي في القول الآخر، حيث ذهبوا إلى أن المبعوثين حكمان لا وكيلين، وبه قال أئمة العلماء من الصحابة والتابعين، وقضى به عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اتجه -على خلاف مذهب مالك- إلى أنه ليس للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين، وإنما يرفعا تقريرهما إلى القاضي الذي يصدر حكمه في القضية فما مدى قوة هذا التقرير في توجيه حكم القاضي؟

3 القوة الإثباتية لتقرير الحكمين:

تتمثل وظيفة الحكمين في التشريع الجزائري وفي أغلب القوانين العائلية العربية في الإصلاح، فإن لم يستطيعا ذلك انتقلت مهمتهما إلى اثبات تضرر الزوجة التي صعب عليها إثبات ما تدعيه من ضرر¹⁶⁶¹.

إلا أن أغلب هذه القوانين باستثناء المشرع السوري لم تحدد قيمة هذا الدليل وقوته في توجيه سلطة القاضي، فبالرجوع إلى نص المادة 56 من ق أ ج لا نقف فيه على أي عبارة تحدد ما إذا كان هذا التقرير ملزما للقاضي أم لا، مما يلزم عنه الرجوع إلى القاعدة العامة في وسائل الإثبات الأخرى، والتي تقيد بأنه لا يلزم القاضي الاخذ بتلك الوسائل، فيكون له الاعتماد على هذا التقرير في الحكم بالتطبيق، كما أن لا يلتزم بما جاء فيه.

¹⁶⁵⁸- أنظر المادة 56 من ق.أ.ج.

¹⁶⁵⁹- ليلى جمعي، المرجع السابق، ص218.

¹⁶⁶⁰- عبد الرحمان بن عمرو بن يحمى الاوزاعي، شيخ الاسلام وعالم أهل الشام، كان مولده في حياة الصحابة، وتوفي سنة 157 هـ، سير أعلان النبلاء، ج7، ص107-109.

¹⁶⁶¹- العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 01، ص359، وليلى جمعي، المرجع السابق، ص255.

وهذا على خلاف المشرع السوري الذي نص في المادة 115 من قانون الأحوال الشخصية على انه: "على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، ولا يجب أن يكون معللا، وعليه أن يحكم بمقتضاه"، وجاء في أحد تقارير محكمة النقض السورية: "لما كانت رقابة لنا على قناعتها، وكان تقريرهما من الاسانيد الرسمية التي لا يطعن فيها إلا بالادعاء التزوير..."، وعليه فلتقرير الحكّمين في النظام القضائي السوري قوة اثبات مطلقة، وعلى القاضي أن يلتزم في اصدار حكمه بما جاء في هذا التقرير.

وتجدر الإشارة -قبل ختم الكلام عن مسألة التحكيم- إلى أنه هناك اغفال كبير لمبدأ التحكيم على مستوى القضاء الجزائري، مما ينعكس سلبا على حق الزوجة في التطبيق بوجه خاص، وعلى حياة الاسرة بوجه عام، "ذلك أن الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كثيرة، لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعدى هذا الضرر إلى أولادهما وإلى جميع أفراد الاسرة"¹⁶⁶².

وهو الامر الذي جعل بعض علماء الشريعة يذهبون إلى أنه إذا علم الامام من حال الزوجين الشقاق لزمه أن يبعث إليهما الحكّمين، ولا ينتظر ارتفاعهما، لأن ما يضيع من حقوق الله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له¹⁶⁶³.

وبهذا يمكن القول إن للقاضي سلطة معتبرة في تقدير الضرر ووسائل اثباته، وذلك بشكل يتناسب مع توقف حق الزوجة في التطبيق للضرر على القضاء، وي طرح السؤال عن سلطته في تقدير موجب حق الزوجة في الخلع؟

ثانيا: في حالة النشوز.

إن لقاضي شؤون الاسرة من الناحية القانونية "سلطة مطلقة فيما يتعلق في تقدير عناصر ومكونات النشوز، على أن يعتمد على أمور مستساغة اجتماعيا ومقبولة أخلاقيا وقانونيا"¹⁶⁶⁴، أما من الناحية القضائية نجد أن القاضي مقيد في هذا الجانب بضرورة اثبات وجود حكم قضائي نهائي حائز الحجية يقضي برجع الزوجة إلى منزل الزوجية ويتم تبليغها هذا

¹⁶⁶²- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص753، نقلا عن عامر علي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص137.

¹⁶⁶³- ابن العربي، المرجع السابق، ج1، ص427.

¹⁶⁶⁴- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص126.

الحكم عن طريق المحضر القضائي¹⁶⁶⁵ للرجوع وتمتتع عن الرجوع ويحرر محضر بامتناعها عن ذلك، فهذه الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القضاء وتعد قرينة على اثبات نشوز الزوجة أما الزوج فإن نشوزه كذلك يثبت بموجب حكم قضائي صادر ضده بالإهمال العائلي وعدم الانفاق أو الامتناع عن توفير سكن منفرد للزوجة¹⁶⁶⁶، فتعد هذه في مجملها عناصر للضرر الذي لحق بالزوجة أو الزوج.

أما الضرر فإنه لا يستلزم لإثباته من طرف من يدعي النشوز لأن القانون جعل من اثبات واقعة النشوز قرينة على حصول وقيام الضرر بشقيه المادي والمعنوي، وعلى ذلك يتم تقدير التعويض عن مختلف الاضرار اللاحقة بالطرف المضرور¹⁶⁶⁷.

نستنتج مما سبق أن قاضي شؤون الاسرة خوله القانون سلطة تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز، وله في سبيل تحقيق ذلك دمج عناصر الضرر عند التقدير ومنح المضرور مبلغا اجماليا عن ذلك¹⁶⁶⁸.

الفرع الثاني: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

لم يحدد قانون الاسرة للقاضي حدا معيناً للتعويض كما لم يبين له الأسس التي يعتمدها في تقدير التعويض وانما جعل ذلك خاضعا لمطلق اجتهاده، وعليه سنحاول بيان كيفية تقدير القاضي للتعويض وما هي الأسس التي يستند عليها في ظل غياب النص القانوني الذي يبين له ذلك.

أولاً: أسس تقدير التعويض.

أ- في حالة التطليق: لم تنطرق الشريعة الإسلامية لإمكانية تعويض الزوجة في حالة التطليق أو نشوز أحد الزوجين، غير أنها أرست لنا قاعدة من قواعد الدين الكبرى تتجلى في قوله

¹⁶⁶⁵- القانون رقم 03/06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي -جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006.

¹⁶⁶⁶- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189226، قرار بتاريخ 1998/04/21، اجتهاد قضائي، عدد خاص، ص144.

¹⁶⁶⁷- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 189324، قرار بتاريخ 1998/05/19، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص147.

¹⁶⁶⁸- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص207.

صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"¹⁶⁶⁹ فهذه القاعدة جاءت عامة دون تخصيص أو تقييد لضرر دون آخر.

وبالتأكيد فإنه لا يوجد ضرر أعظم من الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة إيذاء زوجها سواء بالقول أو الفعل ولا بد من ازالته عن طريق التطليق ومنح تعويض للزوجة يكون جابرا لما أصابها من ضرر.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها تركز على أساس واحد يتمثل في مدى جسامته الضرر الذي أصاب الزوجة والذي يقدره القاضي بالاعتماد على المعيار الشخصي، لأن ما يشكل ضررا بليغا لزوجة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لزوجة أخرى وعليه فإن القاضي يقوم بتقدير مبلغ التعويض استنادا إلى حجم الضرر الواقع وهذا من شأنه أن يكفل تعويضا عادلا للزوجة دون أن يكون فيه اثر لها على حساب زوجها، كما أنه لا يمكن في حالة التطليق الأخذ بظروف الزوج عند التقدير باعتباره المسؤول عن هذا الضرر¹⁶⁷⁰.

ب في حالة النشوز.

إن أعظم ما يهدم الاسرة وينخر جسدها هو الشقاق وفساد ذات البين، لذلك جاء القرار أنه لا يحكم بتعويض الزوج إلا في حالة ثبوت نشوز الزوجة¹⁶⁷¹.

ومن الثابت -في قضية الحال- أن القاضي الأول قضى بالتطليق للضرر الحاصل للطاعة بسبب الضرب الذي يجعلها متضرر فعلا ولا يمكن معه اعتبارها في حالة نشوز، وعليه فإن قضاء المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالطلاق لنشوز الطاعة مع إلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضا قدره ثلاث مئة ألف دج عن الاضرار التي تحملها من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة خالفوا القانون خاصة أحكام المادة 57 و55 من قانون الاسرة

¹⁶⁶⁹- سبق تخريجه.

¹⁶⁷⁰- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص207-208.

¹⁶⁷¹- أنظر إلى الحكم الصادر عن محكمة الخروب، فضية رقم 05/10 وقضية رقم 06/1728، فهرس رقم 06/1000، تاريخ الحكم

2006//21.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه، "وعليه يمكن أن نستخلص من هذا القرار أن من بين الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن النشوز ما تكبده الزوج من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة"¹⁶⁷²، دون الاعتداد بظروف الطرف الناشز.

أما في حالة نشوز الزوج فإن المشرع خول للمرأة إضافة إلى استحقاقها لكامل الصداق فإنها تستحق التعويض بحجم الضرر الواقع لها من دون النظر إلى ثروتها أو ثروة الزوج الناشز وإنما يكون تقدير التعويض شخصيا بحجم الضرر اللاحق بها.

ثانيا: مقدار وطريقة دفع التعويض.

بالرجوع إلى القضاء نجد أن المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك أن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي الموضوع ما دام لا يوجد نص في القانون يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليها في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس لها أصل ثابت بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الاضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور، ذلك أن التعويض بمقدار الضرر وجودا وعدما.

وعليه لا يكون هذا التقدير محل طعن ما دام أنه غير كاف لجبر الاضرار وأدى وظيفته في ترضية المضرور ولا تعقيب على المحكمة إن هي قضت بتعويض اجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت وجه أحقية طلب التعويض الذي يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطلق أو النشوز فبالنسبة للتطبيق نجد أنه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة وهذا لثبوت تضررها فإن هناك من الاحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا للضرر الذي ألم بها¹⁶⁷³، كما نجد أحكاما أخرى تقضي لها بنصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها¹⁶⁷⁴.

¹⁶⁷² - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، رقم الملف 245209، بتاريخ القرار 2000/06/20، اجتهاد قضائي، عدد خاص 2000، ص263.

¹⁶⁷³ - أنظر الحكم الصادر عن محكمة الخروب القسبة، رقم 05/384.

¹⁶⁷⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 216865، تاريخ القرار 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2000، ص256-257.

أما فيما يتعلق بنشوز أحد الزوجين فنجد أن الاحكام القضائية لا تستند كلها إلى ما تكبده المضرور من مصاريف الزواج وانما تمنح تعويضا اجماليا نقدا، لا يختلف في مجمله عن مقدار التعويض في حالة الطلاق التعسفي وبالتالي التعويضات الممنوحة نتيجة نشوز أحد الزوجين هي زهيدة جدا مقارنة بحجم الضرر اللاحق بالطرف المضرور.

يتضح مما سبق أن الأساس الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم الضرر الواقع على المضرور ويعتمد القاضي في تقديره على المعيار الشخصي الذاتي، لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر¹⁶⁷⁵.

ثالثا: وقت تقدير التعويض عن الضرر في حالة النشوز والتطليق.

إن تاريخ تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق والنشوز يكون من يوم الحكم باعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض، "إلا أنه يقوم الحق في التعويض ويقومه"¹⁶⁷⁶ فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق وليس منشأ لها وعليه يدخل في حساب التعويض كل ما لحق المضرور حتى هذا التاريخ ويصبح التعويض ملزم الدفع بموجب هذا الحكم الذي عزز الحق في التعويض.

وعليه نجد الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم وليس وقت حصول الضرر.

خلاصة:

نخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن لقاضي شؤون الاسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز في ظل انعدام نص قانوني يبين له المعايير القانونية التي يستند إليها في التقدير، ونجد أن القاضي يقوم بنشاط ذهني في تقدير ذلك استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة في دمجها عند التقدير.

- أنظر، المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 217179، تاريخ القرار 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2000، ص122-123.

¹⁶⁷⁵- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص210.

¹⁶⁷⁶- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص162.

أما الأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض هو حجم الضرر ومدى حجم الضرر ومدى جسامته وبراغي في ذلك ظروف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الطرف المسؤول ويعتمد في تقدير ذلك على معيار موضوعي حتى لا يكون اثناء للمضرور على حساب المسؤول عن الضرر، كما يعتمد على المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص.

الفرع الثالث: دور القاضي في تقدير بدل الخلع.

سنتناول في هذا الفرع تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي، ثم نبين سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري والمقارن.
أولا: تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مقدار بدل الخلع إلى ثلاثة أراء:

الرأي الأول: لا يجوز للزوج أن يأخذ مما أعطاه، فإن خالعه على أن يأخذ مما أعطاه وقع الخلع بقدر ما أعطاه وبطل فيما زاد على ذلك، وهذا ما ذهب إليه عطاء وعمرو بن شعيب والزهري وطاوس والحسن البصري وأبو بكر من الحنبلية والاوزعي والشعبي وغيرهم¹⁶⁷⁷.

الرأي الثاني: يتحدد مقدار العوض بما يتراضيا عليه دون النظر لما أعطاه الزوج من مهر أو غيره، وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والظاهرية، وبه قال عمر ابن عباس وعثمان وإبراهيم النخعي، وغيرهم، وذهب الحنابلة إلى أنه لا يستحب أن يكون العوض أكثر ولكن إذا تراضيا على شيء صح¹⁶⁷⁸.

الرأي الثالث: التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج، وهو قول الحنفية فعندهم لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا إذا كان هو المتسبب في اجراء المخالعة، لعدم ايفاء الزوجة

¹⁶⁷⁷- ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج09، ص519-529، ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج07، ص37.

¹⁶⁷⁸- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج07، ص37-38، ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج09، ص520، ابن الهمام، فتح

القدير، المرجع السابق، ج04، ص193-194، الشريبي، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج03، ص351.

حقوقها وإذا كانت هي المتسببة لإجراء المخالعة لنشوزها وعدم قيامها بحق الزوج فيجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاها لا أكثر¹⁶⁷⁹.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في التشريع الجزائري والمقارن.

لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل في الخلع، وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، والاصل في بدل الخلع أن يتفقا عليه الزوجان، أو أن يكون بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر، أما إذا لم يتفقا الطرفان على بدل الخلع فهنا يثور الاشكال؟

فالمشرع الجزائري تناول ذلك من خلال المادة 02/54 من ق.أ، بقولها: "إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من هنا فإن المشرع الجزائري لم يبين لنا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، لا سيما المذهب المالكي، باعتباره استعمل مصطلح "مال" ليعبر به عن بدل الخلع، والمال يمكن ان يكون من النقود والأوراق المالية المعروفة والمتداولة وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا، ولهذا يمكن أن يكون بدل الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانون، ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا، لأن الحضانة هي حق للمحضون، وليس للزوجة حق الغير بدلا للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في العيش معه، وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين¹⁶⁸⁰.

أما إذا اتفقا على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أداءه

¹⁶⁷⁹ - المرغياي، الهداية شرح بداية المبتدئ، المرجع السابق، ج02، ص14.

¹⁶⁸⁰ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص250.

فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة المهر الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة.

وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات، منها قرار المجلس الأعلى سابقا المؤرخ في 1968/05/22، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغه، فلقضاة الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل، وما يثبت لهم من الظلم، وما ينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدائه فورا، إذ تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه، كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الانفاق"¹⁶⁸¹، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1985/04/22 بقولها: "من المقرر فقهاً أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الطلاق والخلع والاختلاف على مقداره، فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتباره أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق".

وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها، واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دج، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا"¹⁶⁸².

فالملاحظ أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أعطى سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع في تقدير بدل الخلع، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير قيده بأن لا يتجاوز مقدار بدل الخلع مهر المثل وقت صدور الحكم، وذلك مع مراعاة عدم التعسف والمغالاة في المبالغ التي تمت المخالعة بها، ويتولى القاضي تحديد وتقدير مقابل الخلع مراعيًا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع،

¹⁶⁸¹ - المجلس الأعلى، غ أش، قرار بتاريخ 1968/05/22، ن-ش، عدد 04، 1968، ص111، نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الامر 05-02، المرجع السابق، ص286.

¹⁶⁸² - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 1985/04/22، ملف رقم 36709، م-ق، عدد 01، 1989، ص92.

والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، علما أن هذه العناصر للاستئناس فقط، وإذا كانت الزوجة قاصر فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.

كما أنه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2006/10/11: "لا يمكن القضاء بحفظ بدل الخلع، والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعاً، سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا"¹⁶⁸³.

ثالثاً: الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي لاستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع.

إن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقا خالصا لها يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق، إذ لا يملك القاضي رفض طلبها، وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط، وهو ما يستنتج من خلال نص المادة 54 من ق-أ.

وطالما أن الخلع حق للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها وارانيتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق، أي حق كان، دائما محدود بما ليس فيه مساس بالغير، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كان كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة في طلب الخلع، ومدى اتفاه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة¹⁶⁸⁴.

فالمشرع الجزائري قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة، فإذا ما كرهت زوجها ونفرت منه ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار فيرفض طلبها إذا ما استوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وفي هذه الحالة أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الاضرار

¹⁶⁸³ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 2006/10/11، ملف رقم 365244، م-ع، عدد 01، 2007، ص467.

¹⁶⁸⁴ - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر،

ط2004م، ص58-59.

المعنوية والمادية التي أصابتها؟ وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة المهر وقت الحكم تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟

وما دام أن الزوج له الحق في أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق، بل كاشفا لإرادة الزوج، وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج، فالزوج يفصح عن إرادته في الطلاق، أي فك الرابطة الزوجية، إذ لم يقيد المشرع بأي شرط أو التزام، فما على القاضي إلا الاستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق¹⁶⁸⁵.

على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج استعمل حقا خالصا له، تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد نصت المادة 124 مكرر من ق-م، وصف الخطأ للتعسف في استعمال الحق إلا إذا اتخذ ثلاث حالات وهي:

1- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وحتى إذا أقدم الزوج على طلب الطلاق ولم يتمكن من تبريره فهو طلاق تعسفي، وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي، وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة كذلك، أن تبرر أسباب لجوئها إلى طلب الخلع، وأن استعمالها لحقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 مكرر من ق.م.

فمن الناحية الطبيعية أن الزوجة شأنها في ذلك شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع، كما لو كان الزوج رجلا صالحا، وقائما بواجباته الزوجية والاسرية على الوجه

¹⁶⁸⁵- شامي أحمد، المرجع السابق، ص 252.

الشرعي والقانوني، ثم تعتمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع، فتوقعه رغم تمسكه بها، وامتناله للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه¹⁶⁸⁶.

من هنا تعتبر الزوجة قد تعسفت في استعمال حقها، وانحرفت عن مقصده، ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟ أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق؟

ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة اجتماعية وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله، ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسله التي عرضت بصدور هذا التشريع¹⁶⁸⁷.

إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة والتي تطرقنا إليها في استحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي، وكما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة استعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، فهل يعتبر صداق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة.

إن المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 54 من ق.أ، لم ينص للزوج الحق في التعويض في حالة إساءة استعمال الزوجة لحق الخلع، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج، فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع على عبء اثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف، ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار

¹⁶⁸⁶ - أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية واحكامه، دار الكتاب القانونية، د.ط، مصر،

2004، ص 61-62.

¹⁶⁸⁷ - أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 62.

المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها، ولدوافع ذاتية فقط¹⁶⁸⁸.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج واثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعته، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

من هنا فإن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويض، ذلك لأنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسبابا ودوافعا كافية، أو كان طلبها للخلع بغير مبرر شرعي وقانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، كما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة التي حددها المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 54 من ق.أ.¹⁶⁸⁹.

أما من الناحية العملية فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992/07/21 بأنه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة، أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. وعليه فإن قضاة الموضوع-في قضية الحال-لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹⁶⁹⁰.

ما يستخلص من هذا القرار أنه جعل بدل الخلع لا يتجاوز قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند استعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للابتزاز والتعسف، ومن جهة أخرى يمكن أن

¹⁶⁸⁸ - شامي أحمد، المرجع السابق، ص 254.

¹⁶⁸⁹ - أنظر المادة 54 من ق.أ.ج.

¹⁶⁹⁰ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، قرار بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603، إ-ق، عدد خاص، 2001، ص 134.

لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج، بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى، لأن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها، ويقضي به القاضي سواء كان مناسباً للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك اجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000¹⁶⁹¹ بقولها: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطبيقها عليه".

إن المشرع المصري يجيز للزوجة أن تفتدي نفسها بأن ترد ما قبضته من المهر بإجراءات العرض والايدياع أمام المحكمة أو بوساطة محضر وأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية من مؤخر صداق ونفقة متعة ونفقة العدة، والمقصود بالمهر الذي تلتزم به المرأة برده وايدياعه في خزان المحكمة هنا، هو المهر الحقيقي وليس المسمى سورياً، ويجوز للزوج بأن يدفع بصورية المهر ويطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات المهر الحقيقي الذي قبضته الزوجة بالطرق المقبولة قانوناً.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه: "لما كانت المطعون ضدها قد أقامت الدعوى بطلب التطبيق على الطاعن خلعاً، لبغضها الحياة الزوجية معه، وخشيها ألا تقيم حدود الله ولم تقدم الدليل على وجود مانع لديها من الاحتباس لحقه استيفاء للمقاصد الشرعية من عقد الزواج، ومن ثم فإنها لا تستحق النفقة عليه من تاريخ لإقامتها دعواها وتصريحها بالتنازل عن حقوقها المالية الشرعية قبله، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا نفقة زوجية عن المدة من تاريخ رفع

¹⁶⁹¹ - قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، الصادر بالقانون رقم 01 لسنة 2000.

الدعوى حتى صدور الحكم بتطليقها عليه خلعاً، فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه¹⁶⁹².

فالتنازل يشمل كافة حقوق المرأة المالية الشرعية من مؤخر صداق، وامتجد نفقة زوجية لم تقبضها بعد ونفقة عدتها وحقها في متعتها، ولكن لا يشمل التنازل الشبكة وهدايا الخطبة لأنها حقوق مترتبة على الخطبة، وليس على الزواج أو التطليق¹⁶⁹³.

أما إذا اتفق الزوجان على أن بدل الخلع يكون حضانة الصغار، فإن المشرع المصري لا يجيز أن يكون بدل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي من حقوقهم، وهو ما قضت به محكمة القاهرة الابتدائية في قرارها بتاريخ 18/03/1956 بقولها: "إذا اختلعت المرأة عن زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل إذ أن الام تكون أحق بالولد فإن كون الولد عندها أنفع له"¹⁶⁹⁴.

من هنا فلا يقضي القاضي في دعوى الخلع إلا بعد التحقق الشروط التالية:

- 1- قيام الزوجة قبل رفع دعواها بطلب الخلع بتقديم الطلب إلى مكتب تسوية المنازعات الاسرية طبقاً لأحكام المادة 09 من قانون 10 لسنة 2004 وذلك من خلال المحضر المثبت فيه عدم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع مع زوجها.
- 2- قيام القاضي ببذل مساعي الصلح بين الطرفين وعدم النجاح في ذلك.
- 3- الاستعانة بحكمين لموالاته مساعي الصلح وعدم التوصل إلى الصلح بين الطرفين.
- 4- إصرار الزوجة على طلب الخلع بأن تقر صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها، وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما.

¹⁶⁹² - الطعن رقم 670 لسنة 74 قانون الأحوال الشخصية جلسة بتاريخ 2007/12/19، نقلاً عن: سحر عبد الستار إمام، ضمانات حقوق المرأة الإجرائية في قوانين الأحوال الشخصية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط 2012م، ص 75-76.

¹⁶⁹³ - ولا يشمل التنازل أيضاً أعيان الجهاز التي تمتلكها الزوجة بموجب عقد الزواج، إذ تخرج عن نطاق الحقوق المالية الشرعية واجبة التنازل، ولا يمتد التنازل كذلك إلى العقارات أو الأموال السائلة التي تملكها الزوجة، سحر عبد الستار إمام، المرجع السابق، ص 78.

¹⁶⁹⁴ - أنظر، المحكمة القاهرة الابتدائية، قرار بتاريخ 18/03/1956، نقلاً عن: أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق، المرجع السابق، ص 996.

فإذا تحقق القاضي من توفر هذه الضوابط، فإنه يقضي بتطليق المرأة خلعا شريطة أن تتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وأن ترد عليه مقدم الصداق الذي أعطاه لها، فسلطة القاضي في دعوى الخلع مقيدة، بمعنى أنه يثبت من توافر شروط دعوى الخلع، ومرورها بالمرحل المبينة في القانون، فلا يملك القاضي سلطة تقديرية في بحث ما إذا كان هناك ضرر ألم بالمرأة من عدمه، لأنه لا يشترط لقبول دعوى الخلع أن يكون هناك ثمة ضرر لحق بالزوجة دفعها لطلب التطليق خلعا، بل أنه يتم بمجرد إقرار الزوجة صراحة بغضها لزوجها، واستحالة استمرار الحياة الزوجية معه دون بيان أسباب هذا البغض، فيكفي إصرارها على الخلع، ورفضها لمحاولات الصلح التي قام بها القاضي والحكمان من قبل، ويقضي القاضي بتطليق الزوجة خلعا دون حاجة لموافقة الزوج فالخلع لا يتوقف على رضی الزوج.

منه هنا يمكن القول بأن المشرع المصري يجيز للزوجة أن تفندي نفسها، بأن تتنازل لزوجها عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له ما قبضته من الصداق.

وفي الأخير فإن المشرع الجزائري قد جعل بدل الخلع غير متجاوز صداق المثل، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي الذي جعل بدل الخلع، كل ما صح الالتزام به شرعا دون تعسف ولا مغالاة طبقا لأحكام المادة 118 من م-أ-م، أما بالنسبة للمشرع المصري فإنه جعل بدل الخلع تتنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي قدمه طبقا لأحكام المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000.

المبحث الثاني: القيود الرقابية القضائية والإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

نص القانون على أن المحاكم تختص بالفصل في كافة المنازعات وجميع الجرائم إلا ما استثني بنص خاص، وهكذا جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقرر بوضوح اختصاص المحاكم وبين الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام.

يختص قسم شؤون الاسرة بالفصل في المنازعات بالنسبة إلى جميع الجزائريين ومن ثم تبدو من الأهمية تحديد المقصود بشؤون الاسرة ثم تحديد الإجراءات التي يجب مراعاتها، وهي أن قسم شؤون الاسرة لا يملك الفصل في غير مسائل المشار إليها صراحة أنها من اختصاصه.

إن قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته للأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب اتباعها في حالة اثاره نزاع بين الزوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية الامر الذي يستوجب الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة طرق رفع الدعوى أمام المحكمة واختصاصها وطرق الطعن في هذه الاحكام واثارها وهذا ما سنبينه في هذا المبحث.

ولذلك سأحاول في هذا المبحث أن أسلط الضوء على الجانب الاجرائي في دعوى التعويض في قضايا الزواج والطلاق، وما هي المحكمة المختصة محليا ونوعيا في نظر هذه الدعاوى؟ وهل يقع على هذه المحاكم قيود إجرائية تختلف عن الدعاوى العادية لما لها من خصوصية تتعلق بالحياة الشخصية للمتقاضين، والتطرق إلى طبيعة الاحكام القضائية الصادرة في دعوى التعويض عن الضرر له أهمية تكمن في البحث عن نوع الأحكام الصادر فيها ومدى قابليته للطعن، وهل السلطة التقديرية في منح التعويض هي سلطة مطلقة؟ أم تقع على القاضي رقابة من المحكمة العليا؟ وما نوع هذه الرقابة؟

للإجابة عن ذلك سأعرض في المطلب الأول للجانب الشكلي والاجرائي وبيان طبيعة الحكم الصادر وكذا طرق الطعن فيه في دعاوى التعويض المرتبطة بمسائل الزواج والطلاق، وأتناول في المطلب الثاني رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في هذه المسائل.

المطلب الأول: الجانب الشكلي وطبيعة الحكم في دعاوى التعويض عن مسائل الزواج والطلاق.

دعاوى التعويض المطروحة أمام المحاكم كثيرة خصوصا في وقتنا الحالي، ويقصد بدعوى التعويض، الوسيلة القضائية المقررة للمضرورة لحماية حقه، وذلك من خلال حصوله

على التعويض الجابر للضرر اللاحق به من المسؤول¹⁶⁹⁵، وهذا وفقا للقاعدة الأصلية التي تقرر بأن كل دعوى ترفع إلى محكمة الموطن الذي يقيم فيه المدعى عليه¹⁶⁹⁶.

ولكن هل ينطبق ذلك على دعاوى التعويض المرتبطة بمسائل الزواج والطلاق؟ وهل أعطى لها المشرع إجراءات خاصة بها، واختصاصات خاصة بها؟ وما هو الجزاء في حالة مخالفة هذه الإجراءات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات أتناول القواعد الإجرائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق، وكذا الإجراءات الشكلية المفروضة في هذه الدعاوى دون غيرها في القانون الجزائري (الفرع الأول)، ثم أتعرض لهذه الشروط والإجراءات القانونية وطبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر وطرق الطعن في الحكم القضائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات الشكلية في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق في القانون الجزائري.

يعتبر الاختصاص شرطا لممارسة الدعوى القضائية¹⁶⁹⁷، ويعني اسناد نظر النزاع إلى قاضي معين وهذا هو الاختصاص النوعي، أو أن تختص محكمة دون غيرها من سائر المحاكم بنظر نزاع لعنصر خاص فيه وهذا هو الاختصاص المحلي¹⁶⁹⁸، وأقتصر على معالجة هذا الشرط فيما يتعلق بدعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق، فأتعرض أولا إلى الاختصاص النوعي، ثم المحلي لهذه الدعاوى.

¹⁶⁹⁵ - عبد الحكيم فودة، التعويض المدني في المسؤولية المدنية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د.س.ن، ص175.
¹⁶⁹⁶ - المحكمة العليا، غ أ ش، 1970/10/21، ن ق، 1972، العدد 1، ص65، من المقرر قانونا أن صاحب الاختصاص فيما يتعلق بفك الرابطة الزوجية هو قاضي محل إقامة المدعى عليه، وأن القاضي المختص بالسكن الزوجي هو القاضي المختص بموضوع الطلاق، 1984/12/31، ملف رقم 37849، م ق، 1989، العدد 4، ص111.

¹⁶⁹⁷ - قواعد الاختصاص المحلي تتضمنها المواد 37 إلى 44 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الاختصاص النوعي فجاء في المواد 32 إلى 36 من نفس القانون كما تتضمنها بعض القوانين الخاصة التي تحدد قواعد الاختصاص النوعي لبعض الجهات القضائية.

¹⁶⁹⁸ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص170.

أولاً: الاختصاص النوعي والإقليمي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق في القانون الجزائري.

أ- الاختصاص النوعي في دعاوى المتعلقة بالتعويض في مسائل الزواج والطلاق.

1) الاختصاص النوعي في دعاوى المتعلقة بالتعويض عن العدول عن الخطبة.

تشير الخطبة بمفهومها الحالي، أي باعتبارها وعدا بالزواج وليست عقد، مشكلة قانونية تتعلق بقواعد الاختصاص القضائي، لتحديد المحكمة المختصة للفصل في المنازعات التي تنشأ عنها¹⁶⁹⁹.

حيث نص المشرع الجزائري على التعويض عن العدول عن الخطبة في المادة 5 من قانون الاسرة في فقرتها الثانية بقوله: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، وذلك دون أن يحدد المشرع في قانون الاسرة ما إذا كان هذا الاختصاص يعود إلى قاضي شؤون الاسرة باعتبارها من المسائل المتعلقة بعقد الزواج¹⁷⁰⁰.

فإن الخطبة باعتبارها مقدمة للزواج، يكون فيها الخاطب والمخطوبة لا زالاً بمسكنهما، أو إلى القاضي المدني باعتبارها من المسائل المتعلقة بالمسؤولية المدنية، إذ أن الضرر فيها كما سبق القول في هذه الرسالة¹⁷⁰¹، ناجم عن التعسف في استعمال الحق، والذي اعتبره نص المادة 124 مكرر من القانون المدني خطأ موجبا للتعويض، فتطرح على هذا الأساس دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

مما يقتضي الرجوع في ذلك إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وخاصة أنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً لقانون الاسرة نجد أنها لم تجبنا عن هذا الامر مما يستلزم الرجوع إلى القانون المدني.

¹⁶⁹⁹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 111.

¹⁷⁰⁰ - بويشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 33.

¹⁷⁰¹ - أنظر مسائل متعلقة بعقد الزواج من هذه الرسالة.

الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة يعني تحديد المنازعات التي يعود الفصل فيها إلى هذا القسم، ويختص هذا القسم بالفصل في القضايا المحددة في قانون الأسرة باعتبار أن هذا القانون موضوعيا، ومن ثمة فتحديد موضوعات النزاع يكون بموجب قانون الأسرة المعدل والمتمم¹⁷⁰²، ولكن المشرع ورغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو قانون شكلي (اجرائي)، دوره تبيان كيفية تطبيق القواعد الموضوعية، إلا أنه قد حدد بعض المواضيع التي يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل فيها وذلك في المادة 424 منه، وتم ذكر هذه الموضوعات لأهميتها وكثرة المنازعات حولها¹⁷⁰³.

وإذا كان قانون الأسرة لم يشر إلى مسألة الاختصاص، وكان ذلك يطرح اشكالا في هذا المجال¹⁷⁰⁴، ومنه فيختص نوعيا بجميع القضايا التي تضمنها قانون الأسرة وكذلك المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونذكر منها¹⁷⁰⁵:

ب- **الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.**

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري من خلال المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سألفة الذكر قد اعطى لقاضي شؤون الأسرة الاختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بالخطبة، ودعوى التعويض عن العدول عن الخطبة وإن كانت دعوى تقوم على ضرر سببه تعسف في استعمال الحق، إلا أنه لا يختص بها القاضي المدني لصراحة نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لأنها إحدى الدعاوى المتعلقة بالخطبة، فيختص بنظرها قاضي شؤون الأسرة¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰² - القانون الصادر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج 1984، س 21، ع 24، ص 910، وما بعدها)، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

¹⁷⁰³ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 328.

¹⁷⁰⁴ - أنظر ذلك بالتفصيل، حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1998.

¹⁷⁰⁵ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق ل 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر ج ج 2008، س 45، ع 21).

¹⁷⁰⁶ - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 171.

وبالرجوع إلى القانون المقارن في هذه المسألة نجد أنه يتم رفع الدعوى في حالة العدول أمام القسم المدني طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية¹⁷⁰⁷.

أما تاريخ المطالبة القضائية بالتعويض فإن المشرع الجزائري لم يبين ذلك في قانون الأسرة الجزائري، وهنا يجدر القول أنه يتوجب على المشرع الجزائري أن يدرج ضمن أحكام المادة (222) من قانون الأسرة إمكانية رجوع القاضي إلى أحكام القانون المدني إذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حلاً للنزاع القانوني المعروض عليه.

وعليه فإن دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة تسقط بانقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم الفعل العدول، وهذا استناداً لنص المادة (131) من القانون المدني المتعلقة بمدة تقادم دعوى التعويض عن الفعل الضار¹⁷⁰⁸.

2) الاختصاص النوعي في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية.

قد أسند لقاضي شؤون الأسرة اختصاص النظر في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية¹⁷⁰⁹، لقول المشرع في نفس النص انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، فيعتبر التعويض أحد توابع أو آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أو التطلق أو الخلع، وهي جميعاً من موجبات التعويض.

وقد يكون طلب التعويض كطلب مقابل، تتقدم به الزوجة أثناء تقديم الزوج لدعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة، كما قد تكون دعوى مستقلة لذاتها إذ أن طلب التعويض قد يأتي بعد صدور حكم الطلاق الذي يعتبر حكماً نهائياً في شأن فك الرابطة الزوجية مع حفظ حقوق المطلقة، وعلى هذه الأخيرة أن تدرج فيما يعد دعوى أخرى لقصد المطالبة بحقوقها المتعلقة بالطلاق، والتي من بينها إذا تم الطلاق بصورة تعسفية¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁷ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص36، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص47-48.

¹⁷⁰⁸ - هذه المادة معدلة بموجب قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

¹⁷⁰⁹ - بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الطبعة الأولى، 2009، ص328.

¹⁷¹⁰ - بومبيعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص83.

ويعتبر الاختصاص النوعي هنا من النظام العام وفقا للمادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام وتقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى".

والمبدأ العام أن قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام، أي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى¹⁷¹¹.

غير أن المشرع قد نص في المادة 32 من نفس القانون في الفقرة الخامسة على أنه: "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا"، وذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام ما هو إلا تنظيم إداري، ورفع دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية أمام أي قسم آخر من اقسام المحكمة يستوجب من كتابة الضبط اعلام رئيس المحكمة مسبقا إحالته إلى قسم شؤون الاسرة المختص نوعيا بنظرها وفقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع لم يرتب البطلان (عدم قبول الدعوى) في حالة تسجيلها في غير القسم المختص للنظر فيها، وهذا ما يؤكد أن القاعدة العامة في اختصاص أقسام المحكمة ليس اختصاص نوعي بل هو مجرد تقسيم اداري كما سبق توضيحه، إلا أنه يوجد استثناءات على هذه القاعدة¹⁷¹².

ورفع دعوى التعويض عن العدول عن الخطبة أو فك الرابطة الزوجية أمام قسم آخر من أقسام المحكمة العليا يستوجب من كتابة الضبط بعد اعلام رئيس المحكمة مسبقا إحالتها إلى قسم شؤون الاسرة بنظرها وفقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والادارية.

¹⁷¹¹ - أنظر، المادة 36 ق.أ.م.إ.

¹⁷¹² - فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، الطبعة 2009، ص90.

3) الجانب الشكلي لدعاوى التعويض في معالم الزواج والطلاق في القانون السوري.

لم يفرد المشرع السوري قانونا خاصا بإجراءات التقاضي في الدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق، بل جاءت ضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، وفي نصوص متفرقة من قانون أصول المحاكمات¹⁷¹³.

ولم يحدد المشرع السوري اختصاص بعينه فيما يتعلق بالدعاوى الناجمة عن العدول عن الخطبة وكذلك التعويض عنها، إلا ان القضاء السوري استقر على أنه "دعاوى الهدايا بين الخاطبين هي من اختصاص المحاكم المدنية، وكذلك دعاوى التعويض، لأن التعويض تستند إلى فكرة المسؤولية التقصيرية القائمة على فكرة العمل غير المشروع، وهو موضوع مدني بحت، وان القانون المطبق في الموضوعين هو القانون المدني وليس قانون الأحوال الشخصية"¹⁷¹⁴.
أم في شأن دعاوى الطلاق بما فيها التعويض عنه، فقد جعلها المشرع السوري من اختصاص المحاكم الشرعية¹⁷¹⁵.

ب- الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

لقد اعتمد قانون الإجراءات المدنية والإدارية مصطلح الاختصاص الإقليمي بدلا من المحلي على أساس أن الإقليم أوسع من المحل في حيزه¹⁷¹⁶، والاختصاص الإقليمي يعني تحديد النطاق الجغرافي لكل جهة قضائية أو محكمة¹⁷¹⁷.

¹⁷¹³ - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 الصادر في 28 سبتمبر 1956.

¹⁷¹⁴ - محكمة النقض السورية، ف 14 مارس 1964، مجلة قانون العام، ص290، مقتبس عن محمد فهد شفقة، المرجع السابق، ص15.

¹⁷¹⁵ - المادة 535 من قانون أصول المحاكمات والتي تنص على أنه "تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائيا في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل: الزواج وانحلال الزواج، والمهر والجهاز، والحضانة والرضاع، والنفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومهم، وصحة شروطه".

¹⁷¹⁶ - بدوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، منشور في نشرة القضاة (مجلة قضائية تصدر عن المحكمة العليا)، العدد 64، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص321.

¹⁷¹⁷ - صديقي الأخضر، مقال إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28، ص26.

من أجل ممارسة فعالة للدعوى: يجب تحديد بداية الجهة القضائية المختصة إقليمياً، ويتم ذلك بالاستناد على معايير تختلف باختلاف طبيعة النزاع، إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد قد حدد القواعد العامة للاختصاص الإقليمي المشتركة لجميع الجهات القضائية في المواد 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي التأكد من عدم وجود قواعد خاصة بكل من جهة قضائية، مثال ذلك قواعد الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة قد تم معالجتها في المادة 426 من ق.أ.م.أ.ج.

الجهة القضائية المختصة بتطبيق القاعدة العامة في الاختصاص المحلي هي الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، فالمدعي هو من قام بافتتاح الدعوى ضد المدعى عليه، وبالتالي من المنطقي اجبار المدعي على تقديم طلباته وحججه أمام موطن المدعى عليه، حتى لا يساء استعمال الحق في الدعوى، وكخروج عن القاعدة العامة قد يتم تحديد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية بالنظر إلى طبيعة النزاع، أو بالاستناد إلى إرادة الاطراف، ذلك أنه في الأصل قواعد الاختصاص المحلي ليست من النظام العام وبالتالي يجوز للخصوم الاتفاق على خلافها¹⁷¹⁸.

1- الاختصاص الإقليمي في الدعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة.

وهذا الاختصاص المحلي كأصل عام في جميع الدعاوى التي تنظرها محكمة الدرجة الأولى، غير أن المشرع جاء باستثناءات عديدة على هذا المبدأ العام، ومن بين هذه الاستثناءات ما جاء في نص المادة 426 من نفس القانون التي تنص في الفقرة الأولى على أنه "تكون المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".

وهو في الحقيقة تكريس للمبدأ الذي جاء في المادة 37 من نفس القانون، وهو محكمة موطن المدعى عليه، كأساس للاختصاص الإقليمي للمحكمة¹⁷¹⁹.

¹⁷¹⁸ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص122.

¹⁷¹⁹ - إن الاختصاص المحلي أو الإقليمي للمحكمة ليس من النظام العام، إذ يجوز للأطراف مخالفته بالمثل اختيارياً أمام جهة قضائية، غير تلك المختصة إقليمياً، وتقديم تصريح بطلب التقاضي أمامها طيلة الخصومة، المحكمة العليا، غ ت ب، 17 فبراير 1998، ملف رقم

وقد عرفت المادة 36 من القانون المدني¹⁷²⁰ "مواطن كل جزائري بأنه المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

أما الاختصاص المحلي والإقليمي فالأصل أن الدعاوى القضائية ترفع وفقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، لأن الأصل هو براءة الذمة ومن ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه¹⁷²¹.

2- الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية.

أما في شأن دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج أو من الزوجة، وسواء كان طلب التعويض طلبا مستقلا لذاته أو مرتبطا بالدعوى الأصلية الخاصة بالطلاق، فإن الاختصاص الإقليمي فيه يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وذلك وفقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاءت بمجموعة من الاستثناءات ما يهم موضوع هذه الدراسة، ما هو مقرر في الفقرة 2 بشأن مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن¹⁷²².

160246، العدد 1، ص 169، راجع عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د و ت أ ت، د.ط، الجزائر، 2009، ص 40.

¹⁷²⁰ - تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

¹⁷²¹ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 84.

¹⁷²² - نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 84.

وأكد على هذا الاختصاص في المادة 423 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثالثة "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما"، ولا يمكن الخوض في مسألة التعويض في حالة الطلاق بالتراضي لأنها تتم بموافقة كل من الطرفين كمبدأ عام، ولا يمكن تصور تضرر أحدهما لأجل رفع دعوى مستقلة خاصة بالتعويض¹⁷²³.

ومن خلال استقراء هذه النصوص، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوى الطلاق، أو ترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي تقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها، وفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي، فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج هو مسكن الزوجية، وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها¹⁷²⁴.

وعليه فلو فرضنا أن رجلا تزوج بامرأة من أدرار بعقد شرعي ودخل بها في مسكن يملكه في مدينة بشار وبعد فترة حصل بين الزوجين نزاع حاد، أين تركت الزوجة على إثره مدينة بشار وذهبت إلى بيت أهلها بأدرار، وهناك حيث مقر أهلها أرادت أن تتقدم إلى محكمة أدرار، لتحكم لها بالتطبيق وفق لأحد الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، وكذا التعويض عن الضرر اللاحق بها من الزوج، فإن المحكمة من حيث الاجراء غير مختصة بالفصل في هذا الطلب، لكون أنها ليست محكمة مقر الزوجية الذي تبنى عليه سلطة الاختصاص، ذلك أن المحكمة المختصة بهذا الشأن، هي محكمة بشار ليس إلا وعليه إذا كانت الإجراءات تلتزم أن تكون سلطة الاختصاص هي المحكمة المختصة في الموضوع، فما هي إذا قواعد الاختصاص في هذا المجال؟ وما إذ يترتب عن مخالفتها؟

¹⁷²³- يومعبي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 81.

¹⁷²⁴- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات نالة، الجزائر، 2007، ص 152.

إن مسألة الاختصاص من حيث الإجراءات قد تبدو بسيطة لكنها في الواقع العملي تثير إشكالات متنوعة ومن بينها مثلا أن يتقدم للمحكمة زوجان ولم يستقر زواجهما في مستقر معين، حيث يقومان بتغيير سكنهما مرات متعددة، وفي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار؟ إن الرأي الأقرب إلى الصواب في هذه الحالة هو السكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى¹⁷²⁵.

إن القواعد الخاصة بتوزيع الاختصاص الإقليمي، تستهدف في مجموعها تمكين القضاء من أداء رسالته في خدمة العدالة على أكمل وجه، وبالتالي هي قواعد أمرة من النظام العام، لكن بعض هذه القواعد تراعي التيسير على المتقاضين وتمكين كل واحد منهم من أن يجد محكمة قريبة منه، يمكنه اللجوء إليها دون عناء أو مشقة ولا تكلفة، وهذا هو شأن الاختصاص الإقليمي، فقواعد الاختصاص الإقليمي، تهدف إلى رعاية مصلحة المتقاضين وتعهد إلى التيسير عليهم، وتأسيسا على ذلك اعتبرها المشرع ليست من النظام العام، وبالتالي يجوز لأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر في نص المادة 40 من ق.أ.م.ا التي تنص "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها"¹⁷²⁶.

وعليه، فإنه بإمكان أطراف الدعوى الخاصة بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية الاتفاق على عرض النزاع على جهة القضائية غير مختصة محليا، فالمادة 46 ليست من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية.

1/2 يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة الاختصاص الإقليمي، صراحة أو ضمنا، وعليه فإنه إذا اتفق الخصوم على أن يكون الاختصاص الإقليمي لمحكمة أخرى غير المحكمة المختصة، شريطة أن يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، أو الإشارة إلى ذلك، يصبح

¹⁷²⁵ - كان هذا موقف المشرع في المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل، الامر رقم 66-154 المتضمن ق.أ.ج، ولم يظهر المشرع موقفه في حالة تعدد مسكن الزوجية بعد التعديل.

¹⁷²⁶ - عبد الحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1985،

القاضي مختصا، ويمتد الاختصاص للمجلس القضائي، في حالة الاستئناف (المادة 46 من ق.ا.م.ا).

2/2 وبما أن عدم الاختصاص الإقليمي ليس من النظام العام، فلا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه تلقائيا لكن يتعين على الخصم الذي يتمسك به إثارته قبل الجواب في الموضوع عملا بنص المادة 47 وما بعدها من القانون الجديد، إذ تنص المادة 47 من ق.ا.م.ا على أنه: "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول" وتؤكد المادة 51 من نفس القانون على أنه: "يجب على الخصم الذي يدفع الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية: أن يسبب طلبه، ويعين الجهة القضائية التي يستوجب رفع الدعوى أمامها.

ولا يجوز للمدعي إثارة هذا الدفع¹⁷²⁷.

لأنه عند الزواج في أغلب الأحيان، نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه من أجل ذلك بالمحكمة التابعة لها مسكن الزوجية، ورغم هذا نجد أن المشرع الجزائري سهل الأمر في هذه المسألة، إلا أن هناك من الأزواج، من يتمسك بمبدأ الاختصاص المحلي ويدفع به، ومما يجد القاضي نفسه ملزما، بالاستجابة لدفعهم لكونها تستند إلى نصوص القانون¹⁷²⁸.

أوجب المشرع إبداء الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي، باعتباره من الدفوع الشكلية غير المتعلقة بالنظام العام قبل الجواب في الموضوع أو دفع بعدم القبول، باعتبار أن الدفع بعدم القبول من الدفوع الموضوعية، وإلا سقط حقه، وألزمه بإثارة الدفوع الشكلية دفعة واحدة وإلا سقط حقه في التمسك بها لاحقا، المادة 50 من ق.ا.م.ا¹⁷²⁹.

¹⁷²⁷ - خليل بوصنوبرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1، منشورات نوميديا، الجزائر، د ط، 2010، ص 104.

¹⁷²⁸ - عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 154.

¹⁷²⁹ - نص المادة 50 من ق.ا.م.ا التي جاء فيها "يجب إثارة الدفوع الشكلية في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول"، الجريدة الرسمية، العدد 21 لسنة 2008، ص 8.

إن قبول الخصوم لاختصاص محكمة غير مختصة محليا، لا يشترط أن يكون صريحا، إنما يمكن أن يستخلص ضمنيا، فسكوت المدعي عليه والرد على طلبات خصمه في الموضوع، يعد قبولا ضمنيا باختصاص المحكمة، وتنازلا منه عن الدفع بعدم الاختصاص، وبالتالي يسقط حقه في التمسك به لاحقا، وكذلك الحال بالنسبة للمدعي الذي يرفع الدعوى أمام محكمة غير مختصة، فلا يجوز له أن يتمسك بعدم الاختصاص¹⁷³⁰.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن المشروع الجزائري حدد الاختصاص المحلي في هذا النوع من القضايا لاعتبار منه أن الأسرة لها كيان قانوني خاص به، ويفترض أن يكون لها موطن خاص، لا هو موطن الزوج ولا هو موطن الزوجة، وكأن المشرع بذلك قد اعترف للأسرة بالشخصية المعنوية إذ اعتبرها كيانا قانونيا عنوانه مسكن الزوجية.

وتبعاً لذلك فإن مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد اعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق هي محكمة مقر الزوجية، إذ جاءها في قرارها الصادر في 27 نوفمبر 1989 بأنه: "من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"¹⁷³¹.

ولم يبين المشرع المصري المحلي في قانون إنشاء محاكم الأسرة قواعد الاختصاص المحلي المتبعة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ويطبق فيما لم يرد بشأنه خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية عملا بالمادة 13 من القانون 10 لسنة 2004.

أما المشرع المصري وبالرجوع إلى القاعدة العامة في الموطن والتي حددتها المادة 15 من الفقرة 1 من القانون 1 لسنة 2000، فإنه ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها

¹⁷³⁰ - عبد المنعم الشراوي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر 1977، ص 390، أنظر نص المادة 51 الفقرة الأخيرة من ق ا م ا، والمادة 462 من قانون الإجراءات المدنية القديم.

¹⁷³¹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 27 نوفمبر 1989، الملف رقم 56249، المجلة القضائية 1992، عدد 1، ص 50.

موطن المدعى عليه، أما الاستثناء على هذا المبدأ وهي الفقرة الثالثة من هذه المادة، وهو أنه في قضايا المهر والجهاز وما في حكمها، وكذا في قضايا التطليق والخلع والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه.

فقد راعى المشرع المصري وضع الطرف الضعيف في العلاقة فأعطاه حق الخيار في رفع دعواه امام أي من المحاكم (موطنه أو موطن المدعى عليه)، فالمشرع في هذه الحالة يراعي الجانب النفسي للزوجة المطلقة، فحاول التخفيف عنها بإعطائها مكنة اختيار إما محكمتها أو محكمة المدعى عليه حسبما يكون الاسهل، بهدف التيسير عليها¹⁷³².

ووفقا لنص المادة 12 من القانون 10 لسنة 2004 تنفرد محكمة الاسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، حتى ولو كانت تلك الدعوى لا تدخل في اختصاصها المحلي بحسب الأصل، واختصاص تلك المحكمة تبعا بنظر هذه الدعاوى مرهون بتوافر ضابطين:

1- وجود دعوى مرفوعة من أحد الزوجين.

2- اختصاص محكمة الاسرة محليا بنظر هذه الدعوى¹⁷³³.

فمتى توافر هذين الضابطين تكون هذه المحكمة مختصة محليا دون غيرها بنظر جميع الدعاوى التي ترفع من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج، أو الطلاق، أو التطليق، أو التفريق الجسماني، أو الفسخ، ويهدف المشرع المصري من وراء هذا النص إلى التمكين محكمة واحدة من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة والقائمة بين الزوجين لإحاطتها بكل عناصر النزاع.

¹⁷³² - سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الاسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والتونسي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، عين شمس، مصر، 2005، ص98.

¹⁷³³ - محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002، ص171.

الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة في مسائل الزواج والطلاق.

أولاً: شروط قبول الدعوى.

إذا كانت الدعوى هي الوسيلة القانونية، لحماية الحق بواسطة القضاء، فليس معناه أن من يستخدمها أنه صاحب الحق، هناك شروط عامة يجب توافرها في كل دعوى حتى تقبل من القضاء ونظراً لأهمية هذه الشروط نص عليها المشرع صراحة في الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون رقم: 08-09 المتضمن ق.ا.م.إ، حيث ورد فيها ما يلي: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يرقها القانون ... وبالتالي يتعين دراسة هذه الشروط بشكل تفصيلي¹⁷³⁴."

أ) صفة التقاضي:

يقصد بالصفة التي تعد شرطاً لقبول الدعوى أن يكون المدعي هو صاحب الحق أو المركز القانوني، فالصفة في الدعوى لا تثبت إلا للشخص الذي يدعى لنفسه حقاً، أو مركزاً قانونياً، سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، وسواء كان الشخص الطبيعي بالغاً سن الرشد أو قاصراً¹⁷³⁵.

يتضح جلياً بصريح المادة أن الصفة شرط جوهرياً لقبول الدعوى، وهو شرط متعلق بالنظام العام، وبنيته القاضي من تلقاء نفسه، وفقاً لنص الفقرة 2 من نفس المادة.

¹⁷³⁴ - أنظر نص المادة 459 فقرة 1 من ق م ا، انظر قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية رقم: 16594، الصادر بتاريخ 1998/05/06، غير منشور، الذي جاء فيه ما يلي:

"حيث ينعى الطاعن على القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع، قد قضاوا بعدم صحة الاستئناف لعدم ذكر جميع الورثة الذين رفعوا الدعوى، في حين القرار أكتفى في بيان المستأنف عليهم بذكر ورقة (ف) بينما أن ذكر الخصوم لا يكون إلا ببيان لقب واسم، وصفة وموطن كل واحد منهم، وعدم تبيان كل ذلك، بعد خرقاً لأحكام القواعد الجوهرية المنصوص عليه في المواد 12، 13، 110، من ق م ا مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض.

وحيث أن ما يعنيه الطاعن على القرار بالمطعون في محله، ذلك ان كل طلب قضائي يفترض وجود شخصين أو أشخاص يجب تعيينهما تعييناً نافياً للجهالة.

وحيث أن التعيين لا يكون إلا بذكر أسمائهم والقابهم، وان الاكتفاء بورثة فلان يؤدي إلى تجهيل بشخصية الخصم، يترتب بطلان العمل الإجرائي، مما ينجر عنه ابطال القرار المطعون فيه."

¹⁷³⁵ - خليل بوصنيرة، المرجع السابق، 146.

ويكتسب الشخص صفة التقاضي، إما بموجب نص في القانون يمنحه هذه الصلاحية، أو يكتسبها تلقائياً في جميع الدعاوى المفتوحة لكل من له مصلحة، أي الشخص الذي يبرر أن له مصلحة في رفع الدعوى، ومن هنا صعوبة الفصل بين شرط الصفة والمصلحة¹⁷³⁶.

1 الصفة في دعوى التعويض عن فسخ الخطبة.

وعليه فإنه لمباشرة دعوى تعويض عن فسخ الخطبة لا بد من أن يكون للمدعى في هذه الدعوى صفة الخاطب أو المخطوبة، أي أنه قبل المطالبة بالتعويض لا بد أن يثبت وجود الخطبة أولاً بكافة وسائل الإثبات المتاحة في هذا المجال.

ب شرط المصلحة.

ولابد أيضاً من توفر الشرط الثاني وهو المصلحة، وفي هذه الحالة لا بد أن تكون المصلحة قائمة، حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني فيكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من العدوان عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر.

من فسخ الخطبة ليكون له الحق في التعويض، فلا بد من اثبات الضرر أمام القاضي ناظر الدعوى ليكون له الحق في طلب التعويض، وإذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك ضرر لصاحب الحق، يقال بأن المصلحة محتملة، فقد تتولد مستقبلاً وربما لن تتولد أبداً والمصلحة المحتملة التي يقرها القانون وفقاً للنص المادة 13 أعلاه هي الخشية يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل¹⁷³⁷.

وفي هذه الحالة يعتد بالتعويض عن تفويت الفرصة لأن المصلحة فيه محتملة في شأن التعويض عن العدول عن الخطبة.

ج شروط الدعوى في التعويض عن فك الرابطة الزوجية.

أما في شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، فإن له إجراءات خاصة به، ذلك أن الطلاق وإن كان يعتبر تصرفاً إرادياً تترتب عليه آثار شرعية، فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات البشرية تطبيقاً للقواعد العامة.

¹⁷³⁶ - فضيل العيش، المرجع السابق، ص 47.

¹⁷³⁷ - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 39.

1/ محاولة الصلح:

ونلاحظ في هذا الشأن نص المادة 49 ق.أ، الذي يقضي بأنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة (3) أشهر". ويفهم من هذه المادة أن محاولة الصلح هي اجراء ضروري قبل النطق بالطلاق من طرف القاضي، وأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وعليه، فإنه قبل صدور هذا الحكم فلا وجود للطلاق، وهنا تظهر سياسة المشرع الجزائري القائمة على أساس تقييد حرية الزوج في الطلاق، بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم الا بعد اجراء محاولة الصلح، ومرور عليها فترة زمنية معينة¹⁷³⁸.

وتعتبر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى القضائية، حيث أن هذه الشروط ضرورية ويجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة، فإذا انعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى شكلا.

كما أن المادة 5 من القانون رقم 63224 الصادر بتاريخ 1963/06/29 تقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أن زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يشترط لقبول نسخة من عقد زواج مسجل، أو مقيد، في سجلات الحالة المدنية"، ويشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة تقديم نسخة من عقد الزواج، رفقة عريضة افتتاح الدعوى، فإذا لم تقدم هذه نسخة، فإن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى¹⁷³⁹.

فإن القانون يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن يكون ذا صفة، أي بمعنى أنه يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة نفسها أو أحد ممثليهما قانونا كالمحامي، وأن يتمتع بأهلية التقاضي، أي أن يكون متمتعا بسن الرشد المدني وهو 19 سنة كما هو مبين في المادة (40 من ق.م)، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية وغير محجور عليه كما هو مذكور وفق المادتين (42 و 44 من ق.م)، كما أنه يشترط في الزوج الذي يتقدم إلى المحكمة أن تكون له مصلحة في موضوع النزاع، أي أنه يهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية

¹⁷³⁸ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص353.

¹⁷³⁹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص242-243.

مشروعية¹⁷⁴⁰، والمصلحة القانونية القائمة أصلاً، هي الشرط الرئيسي لقبول الدعوى وسماعها، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة¹⁷⁴¹.

1 شرط الاهلية.

فالصفة في دعوى التعويض عن الطلاق هي أولاً اثبات أن المتضرر والمطالب بالتعويض هو زوج أو زوجة، وبموجب عقود زواج رسمية، أما إذا كان الزواج عرفياً وتبعه الطلاق، ورأت الزوجة أنها قد تضررت من هذا الطلاق، وأنه وقع تعسفياً وبغير أسباب معقولة، جاز لها المطالبة بالتعويض ولكن بإثبات ذلك الزواج العرفي، أي حتى تكتسب الصفة الإقامة دعوى التعويض¹⁷⁴².

ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدام الصفة أو الاهلية، كما أضاف المشرع الجزائري شرطاً موضوعي لصحة الإجراءات، وهو شرط الاهلية، إذ ينص في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية على أنه "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي:

1- انعدام الاهلية للخصوم.

2- انعدام الاهلية أو التعويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

ولكن يثار الاشكال بشأن الاهلية لمباشرة دعوى المطالبة بالتعويض عن فسخ الخطبة، فقد تكون المخطوبة غير مكتملة الاهلية أي لم تبلغ بعد سن التاسعة عشر فهل تقبل الدعوى المقامة منها او ضدها لأجل المطالبة بالتعويض؟

الشخص المأذون له بالزواج، رجلاً كان أو امرأة وفقاً لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الاسرة لم يرشد بالزواج فيما عدا اكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وفيما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم الصغير

¹⁷⁴⁰ - في شروط قبول الدعوى، راجع: العربي بلحاج، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، محاضرات أقيمت على طلاب

الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1989، فقرة 31 وما بعدها.

¹⁷⁴¹ - أنظر، المحكمة العليا، 3 فبراير 1970 غير منشور.

¹⁷⁴² - مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 190.

المميز، كون أنه لم يبلغ سن الرشد المحددة قانونا ب 19 سنة كاملة، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة السابعة من قانون الاسرة بين سن الزواج و سن الرشد¹⁷⁴³.

كما أضافت المادة 3 مكرر من قانون الاسرة¹⁷⁴⁴ شرطا آخر لقبول الدعوى القضائية، وهي ضرورة أن تكون النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا التي يسري عليها قانون الاسرة، وذلك بقولها "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

ونلاحظ هنا، بأن تدخل النيابة العامة الوجوبي لا يقع قانونا إلا أمام المجالس القضائية، في القضايا المبلغة التي تستثار فيها (طبقا للمادة 260 من ق ا م ا الجديد الصادر سنة 2008)، دون المحاكم¹⁷⁴⁵، غير أن المادة 23 من مكرر من ق أ، (المضافة بالأمر 02/05)، اعتبرت النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الاسرة، دون غيرها من القضايا المدنية الأخرى¹⁷⁴⁶.

وعلى هذا أصبحت النيابة العامة تتدخل وجوبا على مستوى المحاكم، في قضايا الاسرة، وفقا للمادة 3 مكرر المذكورة، مما يستوجب على قاضي شؤون الاسرة تبليغ جميع القضايا قبل أن يفصل فيها إلى وكيل الجمهورية للاطلاع على ملفات تلك القضايا، وتقديم طلباته كتابيا فيها، ويتم تبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة، بعد أن ينتهي الطرفان من المرافعة، أي عندما

¹⁷⁴³ - تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث الجامعي، 2007، عدد 1، ص 45.

¹⁷⁴⁴ - قانون الاسرة الصادر بموجب الامر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

¹⁷⁴⁵ - المحكمة العليا، غ أ ش، 19 أبريل 1994، ملف رقم 115118، ن ق، 1997، ص 106، 21 جويلية 1992، ملف رقم 83603، ا ق غ أ ش، ص 135، أنظر، عمر زودة، تعليق على تعليق، م ق، 2001، العدد 1، ص 35 وما يليها.

¹⁷⁴⁶ - عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من ق.ا، م.م.ع، 2005، عدد 2، ص 44-45، عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 181 وما يليها.

يرى أن القضية مهياًة للفصل، ويترتب على عدم تبليغ النيابة العامة بتلك القضايا، مخالفة الحكم الاجرائي الوارد في المادة 3 مكرر من ق أ، باعتبارها طرفاً أصلياً أو رئيسياً¹⁷⁴⁷.
وقد أشارت المادة 438 من ق إ م إ الجديد، بأنه يجب على المدعي في دعوى الطلاق، أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة، ويجوز له تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط¹⁷⁴⁸.

ثانياً: الإجراءات التي تحكم سير الدعاوى في قضايا التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

ولكن ماهي الإجراءات التي تحكم سير الدعاوى في قضايا التعويض في مسائل الزواج والطلاق؟

عندما تقام الدعوى من طرف الخاطب أو المخطوبة لطلب التعويض، أو من أحد الزوجين ضد الآخر لتعويض الاضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، لا بد من احترام طريقة وأسلوب لطرح النزاع أمام الجهات القضائية، ويستوجب ذلك حتماً وجود إجراءات خاصة بهذا النزاع أمام تلك الجهات القضائية.

اقتضى نص المادة 14 ق.أ.م.إ أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة، ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف" يخلص من نص المادة أن الخصومة القضائية تفتح بطلب يقدم للقضاء من المدعي شخصياً أو ممن يمثله، يسجل بكتابة ضبط المحكمة -الجهة القضائية- التي تتولى تقييد القضية في السجلات الخاصة بها، وإعداد ملف خاص بها، يحتفظ فيه بأصل العريضة والوثائق المرفقة بها، على أن يحال على القسم الخاص للنظر فيها، بعد إعطائها رقم خاص وتحديد تاريخ الجلسة، والقسم المختص بنظرها، والقاعة التي يمكن أن تعقد بها المحكمة جلساتها، وتسليم وصل التسجيل ونسخ العريضة للمدعي بغية تبليغها للخصوم في الآجال

¹⁷⁴⁷ - عمر زودة، المقال المذكور، يرى عمر زودة أنه لا يجوز للنيابة أن تطعن في هذا الحكم على أساس أنه باطل، لأنها تعمل أمام المحكمة كطرف منضم وليس خصماً، غير أنه ظاهرة المادة 3 مكرر من ق أ المضافة عام 2005م يوحي بخلاف ذلك، مما يستوجب على ممثل النيابة العامة أن يظهر كطرف أصلي أي رئيسي في قضايا الأسرة.

¹⁷⁴⁸ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص37.

القانونية 20 يوما قبل تاريخ أول جلسة أن كان المدعى عليه مقيما بالجزائر، أو ثلاثة أشهر إن كان المدعى عليه مقيما خارج الجزائر¹⁷⁴⁹.

ومشتملة على جملة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا¹⁷⁵⁰، ولكن الامر لا يقتصر على رفع النزاع إلى القضاء من طرف المدعى عليه فقط، ولكن لابد من مناقشة طلباته وحثه من طرف المدعى عليه، ولذلك يقوم هذا الأخير بتقديم الإجابة كتابيا وهو ما يسمى بالذاكرة الجوابية، والمذكرات الجوابية التي تقدم أمام الهيئات القضائية ذات الدرجة الأولى والتي تنتظر في النزاعات القائمة بين الافراد سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الاسرة، أو غيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية، ووجود عرضة افتتاحية، وهو ما استلزم الرد عن تلك العريضة كتابيا¹⁷⁵¹.

وتختلف القضايا المتعلقة بمسائل الطلاق، وما ينجر عنها من طلبات التعويض للطرف المتضرر، أنها تستلزم إجراء خاصا، وهو ضرورة إجراء القاضي لجلسات صلح بين الطرفين قبل النطق بالطلاق، وهذا ما جاء في نص المادة 49 من قانون الاسرة التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، ومن ذلك أيضا يظهر أن المشرع الجزائري قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد محاولة الصلح ومرور فترة زمنية عليها¹⁷⁵².

أولا: الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية.

"كما أن التعديل الأخير لقانون الاسرة لسنة 2005 لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولات الصلح في الطلاق، فمن خلال النص يتضح أن المشرع لم يأت بجديد بخصوص مدى إلزامية محاولة الصلح في مواد الطلاق، غير أن المشرع تدارك هذا العيب، وذلك من

¹⁷⁴⁹ - خليل بوصنيرة، المرجع السابق، ص 181-182.

¹⁷⁵⁰ - المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.

¹⁷⁵¹ - عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 144-145.

¹⁷⁵² - عمر زودة، طرق الطعن في الاحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.

خلال النص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك وجب إعمال هذا النص والقول بوجوبية وإلزامية إجراء الصلح¹⁷⁵³، فرغم تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة، بموجب الأمر 02-05 إلا أنه لم يزل اللبس والغموض حول إلزامية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية، لذلك لا يزال النقاش مطروح لدى القانونين بين من اعتبره إجراء غير جوهري وإجراء جوهري، إلا أنه بصدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أزال هذا الغموض ولم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل إذ نصت المادة 439 منه "محاولات الصلح وجوبية"¹⁷⁵⁴، لكن يطرح تساؤل هنا عن الوضع الذي كان سائد فيما يخص الصلح قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهل تغير الوضع بعد صدوره؟

وفي هذا السياق فإننا المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر تنص على أن محاولة الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية أي أنها تتم بعيدا عن الجلسة العلنية التي يتم فيها نظر دعوى طلاق، وعادة ما يتم ذلك في مكتب القاضي بحضور الزوجين دون محاميهما، وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناءً على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح¹⁷⁵⁵.

ب وجوبية الصلح بموجب القانون الجديد 02/05.

أما حضور الغير جلسة الصلح هو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته، ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية¹⁷⁵⁶. ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وفي جميع الحالات،

¹⁷⁵³ - بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 21 ماي 2014، ص 110.

¹⁷⁵⁴ - دلهوم نجوى، الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء الجزائر، السنة الدراسية 2008-2011، ص 3.

¹⁷⁵⁵ - المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية.

¹⁷⁵⁶ - عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 336.

يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق¹⁷⁵⁷، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 49 من قانون الاسرة.

إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً، يحزر القاضي محضراً بذلك¹⁷⁵⁸.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحزر أمين الضبط تحت إشراف القاضي، محضراً بذلك في الحال الضبط، من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط، ويعد محضر الصلح هنا سنداً تنفيذياً¹⁷⁵⁹.

1 حالة تقديم طلب الطلاق أي التطليق من الزوجة.

فبعد القيام بإجراءات الصلح في الجلسة السرية، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، كما يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق في حالة تقديمه من طرف الزوجة.

وكذلك وبما أن التطليق مقيد بمدى توفر أحد الأسباب الواردة على سبيل الحصر في المادتين 8 مكرر و53 من قانون الاسرة¹⁷⁶⁰ ولا يجوز التوسع فيها، لذا يجب على القاضي.

ت- أن يتأكد من توفر تلك الاسباب.

ث- ثم من تمسك الزوجة بفك الرابطة الزوجية بناء على تلك الاسباب.

¹⁷⁵⁷- أنظر، المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹⁷⁵⁸- أنظر، المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية.

¹⁷⁵⁹- أنظر، المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية 08-09.

¹⁷⁶⁰- القرار الصادر عن المحكمة العليا، الملف رقم 35346 المؤرخ في 1984/12/31: "أنه من المقرر شرعاً أن للزوج حق الطلاق من جانبه وحده عملاً بالقاعدة الشرعية (العصمة بيد الزوج) ومن ثم فإن القضاء بإبقاء روابط الزوجية قائمة بين الزوجين حتى بعد ابداء لإرادته في الطلاق، يعد خرقاً صريحاً لهذه القاعدة الشرعية".

ويمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة، ويتعين على القاضي تسبيب الاجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية، كما يعاين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الاسرة لا سيما المادة 54 منه¹⁷⁶¹.

وعددت المادة 53 من قانون الاسرة أسباب طلب التظليق، وعلى ذلك فالقاضي يقدر الضرر إعمالا للسلطة التقدير ولا رقابة المحكمة العليا في ذلك وبذلك فأحكام التظليق من حيث طبيعتها هي أحكام إنشائية¹⁷⁶²، وذهب إلى القول: "... فالتظليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة 53 فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتظليق فهو حكم منشئ له، فالنوع الأول تتعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني فتلعب إرادة القاضي في إنشائها وتكوينها دورا هاما وإيجابيا، بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم¹⁷⁶³.

ج اجراء الصلح في دعوى الخلع.

أما بخصوص اجراء الصلح في دعوى الخلع، لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا، بحيث لا نجد أي نص يشير صراحة إلى ذلك لا في قانون الاسرة ولا قانون الإجراءات المدنية الملغى.

ففي الخلع يكون فك الرابطة الزوجية وصدور الحكم في نفس اللحظة، لأن الخلع والحكم به يكونان في حالة تتطابق فالقاضي هو من يطلقها بحكم منشئ وبالتالي قبل صدور هذا الحكم العلاقة الزوجية لا تزال قائمة وإجراء الصلح هنا غير مقيد لا بمدة زمنية لا بعدة ولا يوجد رجعة بمفهوم أحكام الرجعة، وانما يمكن للزوجة أن تتراجع عن طلب الخلع اثرى محاولات الصلح من قبل القاضي فإذا وقع صلح قبل أن يحكم القاضي لا يوجد فك العصمة، ولا يوجد عدة.

¹⁷⁶¹- بريرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص339-340.

¹⁷⁶²- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص235.

¹⁷⁶³- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص241.

وبالتالي لا يطرح أي إشكال كون العلاقة الزوجية قائمة ولم تتحل الرابطة أصلا والقاضي يصدر حكما بانقضاء الخصومة بالصلح أما في حالة ما إذا صدر حكم كما تنقضي العلاقة الزوجية، وتترتب عليها عدة لكن لا تؤثر على أي شيء فلا تجعل من الزوجية قائمة حكما كما هو عليه الحال في دعوى الطلاق عدة الطلاق بالإرادة المنفردة التي يوقعها الزوج مدة ثلاثة (03) أشهر¹⁷⁶⁴، فالمشروع لم يبين أحكام عدة الطلاق بالخلع، ولم ينص المشروع أنه يدخل ضمن زمرة الطلاق البائن وخاصة وأن الكثيرين لا يعرفون أن الخلع والتطليق يعتبران طلاقا بائنا¹⁷⁶⁵.

ومما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، إن القانون لا يلزم الزوج بإدلاء الأسباب الشخصية التي تدفعه لطلب الطلاق ولا تبريرها، حتى وإن كان ذلك في مصلحته، حتى لا يعد متعسفا في استعمال حقه، بينما الزوجة على خلاف ذلك، وجب عليها تبرير طلبها حتى يستجاب لها نظرا لأن حقها مقيد بحدود المواد 53-54 من قانون الأسرة¹⁷⁶⁶.

ويعتقد الكثير من رجال القانون باعتبار الصلح اجراء جوهريا فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، حسب تفسيرهم لنص المادة 49 من قانون الأسرة، الامر الذي يجعل الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض، ما يترتب عليه كأثر مباشر ناجم عن نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة بإعادة الزوجين إلى مراكزها السابقة فيبقى مركز الزوجين قائما بزوال الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أي بمعنى إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها في حالة قبوله¹⁷⁶⁷، سواء بالطلاق أو الخلع أو بالتطليق.

¹⁷⁶⁴- لا مجال للحديث عن العدة لأن هذه الأخيرة لا تترتب إلا بعد صدور حكم قضائي على خلاف ما هو عليه في طلاق الزوج، الذي تكون العدة من تاريخ نطق الزوج لا رفع الدعوى، وما دامت العدة تبدأ من تاريخ صدور الحكم القضائي للقاضي أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر كون أن العدة والحكم وفك الرابطة الزوجية ينشؤون في نفس اللحظة=فتنقضي العلاقة الزوجية وتترتب عليها عدة، لكن لا تؤثر على أي شيء فلا تجعل من العلاقة الزوجية قائمة حكما كما هو عليه الحال في دعوى الطلاق الزوج والتي تمتد طيلة مدة ثلاثة (03) أشهر.

¹⁷⁶⁵- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الاحكام القضائية، المرجع السابق، ص76.

¹⁷⁶⁶- عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص148.

¹⁷⁶⁷- بشير سهام، الطعن بالنقض العام، المحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية

2006/2005، ص140.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18 جوان 1991 حيث قررت انه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في التطبيق، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضاوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹⁷⁶⁸."

وكذلك الاشكال الذي يطرح بخصوص الصلح، يتعلق بمدى إمكانية الطعن فيه من قبل أحد الأطراف هذا الامر لم ينص عليه المشرع، ولذلك كان قضاء المحكمة العليا في هذا السياق عندما أقرت أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الاحكام التي فصلت في النزاع المرفوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل الاستئناف لكونه تضمن صلحا بين الأطراف لا غير، ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم¹⁷⁶⁹.

لكن باعتبار الصلح سند تنفيذي مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي، أي يمكن الأطراف عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع والأطراف، فهو يعد سند رسميا صادر عن موظف عمومي وهو القاضي، وعليه وطبقا للقواعد العامة للمحركات الرسمية فله حجية مطلقة في الاثبات إلى أن يطعن في بالتزوير¹⁷⁷⁰.

فعلى القاضي الابتدائي أن يراعي المادة 49 من قانون الاسرة، والتي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل اصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، أيا كانت الوسيلة التي انفصل بها الزوجين سواءً بالطلاق أو التطلق أو الخلع، فإذا تغيب أحد الزوجين عن جلسة الصلح هذه، نطق القاضي بحكم الطلاق، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 23

¹⁷⁶⁸ - أنظر، م ع، غ أ ش، 18 جوان 1991، ملف رقم 75141، م ق 1993، عدد 1، ص 65.

¹⁷⁶⁹ - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 103637، المؤرخ في 19 بريل 1994، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 94 وما بعدها.

¹⁷⁷⁰ - بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية 2007/2008، ص 30.

أكتوبر 1997 حيث قضت بأنه "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات، يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 37 من قانون الاسرة تحدد مهلة إجراء الصلح ثلاثة أشهر"¹⁷⁷¹.

وما ينبغي ملاحظته في شأن إجراء الصلح أنه ليس بالأمر المستحدث في قضايا الطلاق، وهو مبدأ أساسي وجوهري لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي، لأنه متأصل في مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹⁷⁷².

وقد يتم توقيع محضر الصلح من أحد الزوجين، ويرفض الآخر أو يعلن صراحة عن عدوله عن هذا الصلح، ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر ولا ينهي النزاع عن طريق الصلح، وإنما يمكن له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف أحد الخصوم بمثابة سند في الدعوى يجوز الاستناد عليه في الحكم الذي سيصدر، وهو ما استقر عليه القضاء المصري، وبهذا الرأي الذي استقر عليه القضاء المصري يكون قد ثمن جهد القاضي في محاولته للصلح والتي توجت بصلح عدل عنه أحد أطرافه، ولم يترك جهد القاضي يذهب سدى¹⁷⁷³.

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايتها من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين، بأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل للمداولة لينطق بالحكم فيها.

د طبيعة احكام الطلاق.

تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية، فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى به الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها، أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو التطلق أو الخلع فلا يمكن الطعن

¹⁷⁷¹ - أنظر، م ع، غ أ ش، 23 أكتوبر 1997، ملف رقم 174132، ن ق، عدد 55، ص 179.

¹⁷⁷² - سورة النساء، الآية 35.

¹⁷⁷³ - بوزريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من اعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يوم 6 و 7 ماس، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03، الجزائر، 2014 ص 100-101.

فيه إلا بالنقض أمام المحكمة العليا، والتي لا يعاد طرح الوقائع أمامها وإنما تراقب مدى احترام القاضي للقانون أثناء نظره الدعوى فقط دون التدخل في الوقائع من جديد.

كان من الاجدر أن الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمر المادية، دون الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية¹⁷⁷⁴، كون الطعن المرفوع لا فائدة له ولا يغير في الامر شيئاً، لأن طبيعتها تأتي¹⁷⁷⁵، عليه لا فائدة ترجى من الطعن بالنقض في الحكم فيما يتعلق بشق الطلاق بوجه عام¹⁷⁷⁶، لأن الطلاق إذا صدر من الزوج لا يمكن لأحد إبطاله¹⁷⁷⁷، وعليه فلا يكون للطعن أي أثر منتظر منه أمام غياب شروط البطلان أو على الأقل غياب أحدهما، والتي إستوجبها المشرع للقول ببطلان العمل الاجرائي شكلاً¹⁷⁷⁸، وعليه فلا يكون للطعن الرامي ببطلان الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية على أساس انعدام إجراء الصلح أي قيمة قانونية، ويبقى طعن بدون سند إلى ما سبق ذكره يكون طعن بلا موضوع.

وإذا كان يمكن استئناف جوانب الطلاق المادية من بينها التعويض، فإنه في مرحلة الاستئناف خص المشرع قضايا الأحوال الشخصية بعناية خاصة إذا استثناها من ضرورة التمثيل الوجوبي بواسطة محامي في مرحلة الاستئناف¹⁷⁷⁹.

¹⁷⁷⁴ - ففي التشريع المغربي الأساس الاجتهادي في أحكام فك الرابطة الزوجية يتعلق بتدبير اجرائي غرضه تبسيط الإجراءات وعدم إطالة أمد التقاضي، وذلك حماية للمرأة الراغبة في الطلاق وتحقيقاً للمساواة، بين طرفي ميثاق الزوجية وبهذا المقتضى تم حسم مشكلة اجتماعية وإنسانية بحيث تتضح وضعية كل طرف نهائياً، ويتمكن كل زوج منهما من إعادة بناء حياة جديدة مع من يرتضيه زوجاً له، ولعل الحكمة من جعل أحكام فك الرابطة الزوجية غير قابلة لأي طعن، هو وضع لحد معاناة الزوجات اللواتي كانوا يعانون ويفاجأون بالطعن بالنقض المرفوع، والذي كان يوقف تنفيذ الحكم، وخاصة الأزواج سيئ النية الذين كانوا يجدون في استعمال مختلف طرق الطعن وسيلة لعرقلة حصول المرأة على الطلاق تاركينها معلقة ساعين إلى تطويل الإجراءات، وإطالة أمد النزاع رغم تأكدهم في غالب الأحيان من استحالة استمرار العشرة الزوجية بصورة عادية في حين يبادرون هم إلى بناء حياة جديدة مع زوجة أخرى، محمد أوزيان، المرجع السابق، ص 1 و 2 4 3.

¹⁷⁷⁵ - زودة عمر، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص 130.

¹⁷⁷⁶ - كاملي مراد، المرجع السابق، ص 280.

¹⁷⁷⁷ - المصري مبروك، المرجع السابق، ص 280.

¹⁷⁷⁸ - الشافعي أحمد، المرجع السابق، ص 18-19.

¹⁷⁷⁹ - أنظر المادة 538 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على انه: "تمثيل الخصوم وجوبي أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك، لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوبياً في

على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي جاءت إجراءات التقاضي فيه متفرقة بين قانون الاسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن كلا من المشرع المصري وكذا السوري قد وضع إجراءات خاصة بهذا النوع من الدعاوى تضمنها قانون إجرائي خاص (بالنسبة للمشرع المصري)، أو قانون الإجراءات الأحوال الشخصية (بالنسبة للمشرع السوري).
المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للضرر والتعويض في مسائل الزواج والطلاق

ان للمحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع، من الاعتداد بعناصر الضرر وشروطه، وكذا بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع، من حيث المبدأ لأن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر.
وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض¹⁷⁸⁰، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الاعتبار.

الفرع الأول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه:

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ولأن كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل حساب

مادة شؤون الاسرة والمادة الاجتماعية بالنسبة للعمال، تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام".

¹⁷⁸⁰ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 253.

التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليه المحكمة العليا¹⁷⁸¹، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع¹⁷⁸².

من خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر وطبيعة الضرر الواقع هل هو ضرر قائم ومحقق أم هو مستقبلي¹⁷⁸³ وما نوع الضرر الذي اعتمد عليه القاضي في التكييف وترتيب الحق في التعويض هل هو مادي أم معنوي، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 27 نوفمبر 1989 أن: "من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع من الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل اثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة (53) فقط، وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق"¹⁷⁸⁴ فالقاضي يستقل بتقدير وقائع قيام الضرر لكنه يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بعناصر الضرر التي يتوجب عليه ذكرها لأنها تعد من المسائل القانونية، كما أن تقدير القاضي لأدلة الإثبات وإن كان يخضع لمطلق اجتهاده إلا أنه يشترط أن يكون مرتكزا على عناصر لها مأخذ صحيح من تلك الأدلة، كما يتوجب عليه بيان وسائل الإثبات التي بموجبها كون اقتناعه الشخصي بقيام الضرر من عدمه¹⁷⁸⁵.

وفيما يتعلق بضرورة بيان عناصر الضرر فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1992 أن: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض

¹⁷⁸¹ - قانون رقم (20-22) المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1410 الموافق لـ 2 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، جريدة الرسمية، العدد 53.

¹⁷⁸² - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق، ص 184.

¹⁷⁸³ - جاء في القرار صدر عن محكمة النقض المصرية، أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ما دام الدليل الذي أخذت به المحكمة مقبول قانونا، نقض مدني بتاريخ 31 ديسمبر 1970، مجلة احكام النقض، السنة 21، ص 1311، نقلا عن محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 160.

¹⁷⁸⁴ - المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 56490، "غير منشور"، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الامر رقم 05-02، المرجع السابق، ص 276.

¹⁷⁸⁵ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار بتاريخ 17 فبراير 1792، نشرة القضاة، العدد الثاني، ص 53، نقلا عن: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 216.

استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا وما ثبت في القضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها يبرر التعويض الممنوح لها...¹⁷⁸⁶.

فتقدير عناصر التعويض الموجب للتعويض يستقل به قاضي الموضوع، غير أنه ملزم ببيانها في الحكم لأنها تعد من المسائل القانونية التي يتم فحصها من قبل المحكمة العليا. يتضح مما سبق أن المبدأ العام هو أن لقاضي شؤون الاسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الضرر والقول باستحقاق التعويض ما دام استند في تقدير ذلك إلى جملة أدلة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى، وهو ملزم ببيان عناصر الضرر التي تعد من صميم القانون لأن بموجبها يتم تكييف الوقائع وتقدير كفايتها لتكوين ركن الضرر فهذه العناصر هي التي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 14 جانفي 2010 بعد الاستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000 دج، وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ، بل اكتفى بذكر سبب واحد "حيث أن المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده"¹⁷⁸⁷.

والأمثلة في هذا الصدد كثيرة، وقد صدرت عن قسم شؤون الاسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريبا، فقضت بتاريخ 22 مارس 2008 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج¹⁷⁸⁸ وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب

¹⁷⁸⁶ - المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 56249، مجلة قضائية، العدد الأول: 1992، ص 51.

¹⁷⁸⁷ - أنظر، مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 14 جانفي 2010، قضية رقم 09/00528، ملحق رقم 10.

¹⁷⁸⁸ - أنظر، مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 22 مارس 2008، قضية رقم 09/1541، ملحق رقم 11.

الحكم الصادر في 27 جوان 2009¹⁷⁸⁹، وكلها اعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون ان تحدد هذه الاحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

وكان القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة وهذا وإن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش¹⁷⁹⁰، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الاضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، وليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 08 جويلية 1986 حكما صادرا عن حكم الجنايات بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقته، وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما ماديا أو معنويا، وحيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط، وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقصا"¹⁷⁹¹.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000 بأنه: "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لا يجوز دمجها معا، الامر الذي يشكل قصورا في التسبيب، ينجر عنه النقض"¹⁷⁹².

¹⁷⁸⁹ - أنظر، مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 27 جوان 2009، قضية رقم 09/0335، ملحق رقم 12.

¹⁷⁹⁰ - المادة 79 من قانون الاسرة تنص على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديرها قبل مضي سنة من الحكم".

¹⁷⁹¹ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، 08 جانفي 1986، ملف رقم 42308، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 254.

¹⁷⁹² - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، 28 مارس 2000، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003، ص 627.

وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الاسرة يمنح تعويضا في الطلاق،
وجب أن يكون مسببا تسبيبا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي،
مباشر أو غير مباشر.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقدير التعويض.

ولقد سبق القول أن قاضي الموضوع يستقل بتقدير مدى استحقاق التعويض المحكوم به
طالما كان تقديره مبنياً على أسس لها أصل ثابت بالأوراق ومن ثم لا يجوز التعقيب على
قضائه في هذا الشأن، وتم التأكيد أن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر،
فالتعويض يقدر بمقدار الضرر ويدور معه وجودا وعدما، ولا يؤاخذ القاضي إن هو لم يبين
الضرر بنوعيه لأنه بإمكانه دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض ولا تعقيب على ذلك.
إلا أنه هناك بعض القرارات المحكمة العليا تخلط بيت تقدير القاضي للتعويض بمبلغ
ثابت، أو نصاب معين، أو قيمة ثابتة، وبين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفق لما توضح له من جسامه
أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامه أو اليسر،
بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، وتتصب هذه
الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول
إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.

فإذا كان القاضي بسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو تفويت
الفرصة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب.
أ معيار الظروف الملايسة.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملايسة، ومن وجوب اعتداد بالظروف الشخصية
للمتضرر في حالته والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص
بضرر في ذمته المالية، عدد الأشخاص الذين يعيلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا
لأنها من قبيل التكييف القانون للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك، وإلا كان قراره معيباً بالقصور في التسبب¹⁷⁹³. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 02 أبريل 1984¹⁷⁹⁴، أنه: "من المقرر شرعاً أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية".

كما إذا كان من الثابت أن قضاء القضاة الاستئناف قد رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به إلى الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما وفقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر ودون اعتبار كذلك لما يتقاضاه الزوج من كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا دون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة".

كما جاء في قرار آخر أن تقدير التعويض وإن كان يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فإنه يجب أن لا يكون مجحفاً في حق أحد الزوجين إجحافاً مألوفاً بالنسبة لحالتهم¹⁷⁹⁵. فينتضح من جملة هذه الأحكام القضائية أن تقدير قاضي شؤون الأسرة لمبلغ التعويض ليس بمنأى عن الرقابة القضائية للمحكمة العليا التي تراقب مدى عدالته من خلال ما تتضمنه أسباب الحكم من ذكر للأسس التي اعتمدها القاضي في تحديده لمبلغ التعويض.

¹⁷⁹³- يومعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 117.

¹⁷⁹⁴- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 32779، سبق ذكره.

¹⁷⁹⁵- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 39689، سبق ذكره.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 18 جوان 1991 بأنه: "من المستقر عليه قضاءً أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد قصورا في التعليل"¹⁷⁹⁶.

وقد اتى قضاء المحكمة العليا، إلى أن تقدير التعويض، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني للحكم¹⁷⁹⁷.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها أن تأخذ بالمبدأ المذكور آنفاً وتوجب ذكر العناصر التي اتعمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض، حيث جاء في قرارها الصادر في 27 جويلية 2002 أنه: "إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال، واعتمدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة وعلى محضر المعاينة المحرر بتاريخ 17 نوفمبر 1996، وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا".

وجاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 24 ماي 1994 بأنه: "حيث أنه من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفجير لأحد الاطراف، وحيث تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"¹⁷⁹⁸، لأنه بالرجوع إلى

¹⁷⁹⁶ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18 جوان 1991، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 65.

¹⁷⁹⁷ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 14 فبراير 2001، ملف رقم 214574، المجلة القضائية، 2002، عدد 1، ص 195، "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني".

¹⁷⁹⁸ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، 24 ماي 1994، ملف رقم 10956، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 123.

ملايسات القضية نجد أن القرار المطعون فيه منح تعويضات هامة بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات) التي توصل القاضي إلى تقدير التعويض على أساسها، وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم يكون الموجه مؤسسا ويترتب عنه النقص.

كما اشترطت نفس المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملايسة، عند تقدير التعويض، وإناطتها بتلك التي تخص المضرور فقط، مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجود الاعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور.

وفي هذا السياق فقد ذهبت من خلال قرار لها صادر بتاريخ 06 جانفي 1993 بأنه: "ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض، وهي على وجه الخصوص سن الضحية، ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"¹⁷⁹⁹.

كما ذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 07 جوان 1983، قضت من خلاله بأنه: "بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم الذي أيده، فيتبين أن قضاة الموضوع لم يبينوا فيهما، عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتمديد مبلغ التعويض الممنوح للضحية، حيث أنهم أغفلوا فيها الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية، مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت الضحية بالذات، ووصف تلك الأضرار، وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضاً ذكر سن الضحية، الذي هو عنصر من عناصر التقدير، ومدة انقطاعها عن العمل، ومبلغ أرباحها اليومي أو الشهري، وغير ذلك من عناصر التقدير، ليتأتى للمجلس الأعلى أن يمارس رقابته الذي أتى به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد أغفل

¹⁷⁹⁹- أنظر، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 06 جانفي 1993، المجلة القضائية، 87411، المجلة القضائية، عدد 50، ص55.

أبراز كل هذه العناصر، فإنه لم يبرر قضاءه بتسبيب سليم، ولم يركز في تحديد مبلغ التعويض عن أي تبرير قانوني، مما يجعل هذا الوجه في محله أيضا¹⁸⁰⁰.

وجاء في قرار آخر لها بتاريخ 14 جويلية 1999 بأنه: كان يجب على قضاة الموضوع، في حالة إثبات المسؤولية، أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويض بدقة وتفصيل، مثل سن الضحية، ومهنتها، ودخلها، ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين¹⁸⁰¹.

هذا فيما يخص الأضرار المادية، وأما بخصوص الضرر المعنوي الذي قد يكون مرتبطا بالطلاق، ولما له من طبيعة خاصة، فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع، والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية، وإنما هو ضرر شخصي محض.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 10 ديسمبر 1981 قضى من خلاله بأنه: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي، حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي، الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل، علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه"¹⁸⁰².

¹⁸⁰⁰ - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، 07 جوان 1983، ملف رقم 25878، المجلة القضائية، عدد خاص، ص 59.

¹⁸⁰¹ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 14 جويلية 1999 ملف رقم 183066، قرار منشور أورده مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 2000، ص 71-72.

¹⁸⁰² - أنظر، المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، 10 ديسمبر 1981، ملف رقم 24500، المجلة القضائية، عدد 42، ص 87.

وكذلك ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 18/02/1992 حيث قضت بأنه:
"بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"¹⁸⁰³.

وجاء أيضا في قرار صادر عن نفس المحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000 بأنه:
"حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والالام الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"¹⁸⁰⁴.

يمكن أن نصل مما سبق إلى استنتاج منطقي يقضي بأنه توجد صعوبة في التمييز بين الواقع والقانون لذلك نجد ان المحكمة العليا تبسط لرقابة على الجانبين عند ممارسة القاضي لنشاطه التقديري وتعد الرقابة الضمانة الأساسية لعدم تعسف القاضي في تقدير استحقاق التعويض أو تقدير قيمته كما تجعل من القاضي من كل الميول الشخصية والذاتية، ومتقيدا بالموضوعية التي هي غاية القانون الأساسية.

الفرع الثالث: وسائل رقابة المحكمة العليا على سلطته لقاضي شؤون الاسرة.

إن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة تخضع لجملة من القيود التي فرضها القانون ومن ذلك التقيد بالغاية التي رسمها القانون إضافة إلى التقيد بالحياد وعدم القضاء بعلمه الشخصي وكذا ضرورة تسبب الاحكام القضائية وهذا القيد الأخير يعد الوسيلة التي تقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الاحكام القضائية الصادرة، وذلك من خلال مراقبة الأسباب سواء الواقعية أو القانونية، وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع¹⁸⁰⁵.

¹⁸⁰³ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 18 فبراير 1992، ملف رقم 78410، المجلة القضائية، عدد 48، ص145.

¹⁸⁰⁴ - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 28 مارس 2003، ملف رقم 231419، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص593.

¹⁸⁰⁵ - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية، المرجع الأسبق، ص232-233.

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22 ديسمبر 1988 بأنه¹⁸⁰⁶: "من المقرر قانوناً أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصوراً في التسبب ومخالفة للقانون الاجرائي"، كما أضافت: "أن إهمال الجواب على دفع الخصوم يساوي عدم انعدام التسبب".

فرقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه، وإنما هذه الرقابة تقوم بالتأكد من وجود هذه الأسباب الواقعية ومن صلاحيتها لإعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع، وهذا راجع إلى أن الأسباب الواقعية تسمح بالتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً، لأن الحكم إذا كان لا يحتوي على أدلة وشواهد توضح وتبين ملائمة ظروف وقائع الدعوى فلا يمكن حينئذ استخلاص الوقائع الأساسية التي ساعدت على اعمال القانون، وهذا ما يؤدي حتماً إلى صعوبة لدى المحكمة لكي تتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقاً صحيحاً وبالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل إليها القاضي¹⁸⁰⁷.

نستنتج مما سبق أن المحكمة العليا تقوم بمراقبة مدى صحة الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي لحل النزاع عن طريق رقابة الحكم المتعلق بمنح التعويض عن الضرر التي يتضح من خلالها أن الحكم أو القرار هو عادل وغير تحكيمي كفل للمضروور تعويضاً يجبر الضرر المادي والمعنوي الذي ألم به.

¹⁸⁰⁶ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 54271، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص296.

- المحكمة العليا، غ أش، ملف رقم 51887، الصادر بتاريخ 13 فبراير 1989، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1989، ص78.

¹⁸⁰⁷ - نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، المرجع السابق، ص513-541.

خاتمة:

ان التعسف في استعمال الحق، ليست بالنظرية الجديدة والمبتدعة، بل عرفتها الشرائع القديمة على حد سواء، وتشبع الفقه الإسلامي، وانتهى إلى أن التعسف بوجه عام هو استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مقصودة شرعا، أو للأضرار بالغير، وأن هذا الأساس القانوني معقول يحقق مبادئ العدالة بين الناس.

وهذه النظرية عرفت تطبيقا واسعا في جميع الميادين، إلا أن محيط الاسرة يعد المجال الخصب لها، فهي لا تقتصر على الحقوق والعلاقات المالية فقط وإنما تمتد إلى باقي الحقوق والعلاقات كما هو الحال في العلاقات بين الزوجين، والمتولدة عن رابطة الزواج وانفصالها. فإن كنا نتصور التعسف والتعويض عن الضرر المترتب عليه في الحقوق والعلاقات ذات الطابع المالي فإنها في وقتنا الحالي أصبحت تمس حتى العلاقات داخل الاسرة.

فالزواج أهم علاقة ينشئها الانسان في حياته، وهو عقد مقدس شرعه الله سبحانه وتعالى لإقامة الاسرة على أساس متين من الألفة بقصد الاستمرار، ومن المتعارف عليه أن الحياة الزوجية ينبغي أن تبنى على السكينة والرحمة، وتؤسس على المودة والمحبة والمحافظة على النسل البشري واحسان الزوجين، وكذا تقوية الروابط بين المجتمع، والاصل أن من يستظل بهذه الرابطة لا يتضرر من ممارسة الطرف الاخر لحقوقه، بل على العكس من ذلك كلاهما يكمل الاخر.

والجدير بالذكر إنه إن لم يحسن بعض الأزواج والزوجات معاملة بعضهم البعض معاملة حسنة، وأدى ذلك إلى إساءة العشرة بينهما، أو عندما يظلم الزوج زوجته ويهضم حقوقها المادية والمعنوية، وهذا ما يشهده المجتمع اليوم من النداءات المرفوعة هنا وهناك حول وجود حقوق المرأة وانعدامها، وعدم التوازن بين مركز الرجل والمرأة من الناحية القانونية، والتي تجعل المرأة تحس أن كل تصرف من الزوج للحد من حريتها هو اضرار بها يستوجب تدخل القاضي لمنعه من هذا التصرف والزامه بالتعويض.

من جهة أخرى فإن قوامة الرجال على النساء مسألة فطرية لا يعني الانقاص من المساواة من جهة أخرى فإن قوامة الرجال على النساء مسألة فطرية لا يعني الانقاص من المساواة بين الرجل والمرأة، فهي قوامة تكليف وليست تسلط وهضم حقوق واستعباد، والحق أن طلب إلغاء

القوامة، ومفهوم الطاعة، وتقييد حق الرجل في الطلاق، وعدم إيقاعه إلا إذا وقع أمام القاضي، كلها تنبيهات يراد بها تحريض النساء على الرجال، ودعوتهن للتمرد على تعاليم الدين الإسلامي والشريعة الإسلامية.

لكن اختلطت المفاهيم على بعض الأزواج، فأصبحوا يرون الطلاق حلا سهلا لكل المشاكل التي تعتري حياتهم الزوجية، مع ان الطلاق وإن كان حقا من حقوق الزوج، فمشروعيته من الله عز وجل لم تكن إلا إذا استحالت العشرة الزوجية بالمعروف بينهما وتنافرت الطباع، فتنقلب العشرة الزوجية إلى جحيم لا يطاق وشقاء لا يتحمل، كان الطلاق حينئذ هو الحل والمخرج.

وإذا كان الامر خلاف ذلك فإن من حق الطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض، إلا أنني أعتب على مشرعنا فراغه التشريعي في هذا الشأن، فمع اعترافه الصريح للطرف المتضرر بالحق في التعويض، سواء في العدول عن الخطبة، أو في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه لم يضع معايير ولا ضوابط لذلك، ولم يجعل لطول الحياة الزوجية، ولا لوجود الأطفال، ولا لمكانة الطرف المتضرر، أي اعتبار في تقدير هذا التعويض، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه، ورغم أنني سوف لن أعيد التذكير بكل المسائل التي تناولتها في هذا البحث، مع كثرة هذه المسائل وتنوعها، حتى لا يصير عملي في الخاتمة إعادة سرد لكل ما قمت به، في شكل قد يغني عن الرجوع إلى هذه المسائل، إلا انه مع ذلك سنقوم بالإجابة عن الإشكاليات التي طرحناها في مقدمة البحث من خلال دراسة فقهية قانونية مقارنة، خلصنا إلى جملة النتائج، نستعرضها على النحو التالي:

- التكييف الفقهي والقانوني للخطبة أنها وعد بالزواج، وهو حكم متفق عليه بين أصحاب المذاهب الفقهية الإسلامية، إنها مجرد وعد يمكن لأحد الطرفين أو كلاهما العدول عنها، وقد كان المشرع الجزائري موفقا في تجريد الخطبة من القوة الإلزامية لأن ما ينسجم والمنطق القانوني السليم هو تأجيل مسألة الالتزام حين إبرام عقد الزواج، ومتفق
- مع النظر القانوني الحديث المعبر عنه في التشريعات العربية ومنها قانون الأسرة الجزائري.
- إذا تم العدول عن الخطبة ولم يترتب عن هذا العدول ضرر فلا تعويض.

- إذا تم العدول عن الخطبة من أحد طرفيها ولحق الطرف الآخر ضرر وجب الحكم له بالتعويض على هذا الضرر شرعا وقانونا.
 - تعريف المشرع الجزائري للخطبة بأنها وعد بالزواج غير ملزم بموجب المادة 1/5 ق.أ.ج جاء مخالفا للقاعدة العامة في القانون المدني الشريعة العامة من خلال نص م 72 ق م.
 - مصطلح "وعد" يحمل دلالة وصفية إجرامية في إطار النظرية العامة، ويؤدي تطبيقه على هذا النحو إلى تعارض مع القانون المدني.
 - إن العدول عن الخطبة حق مشروع لكل من الخطيبين، وفي حالة ما إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز للقاضي أن يحكم بالتعويض وفق سلطته التقديرية حسب نص 2/5 ق.أ بعد أن يثبت لديه تعسف الطرف العادل، لكن النص جاء غامضا غير دقيق في تحديد الأساس الذي يقوم عليه التعويض بخلاف الفقه الإسلامي المعاصر والكثير من التشريعات العربية.
 - المشرع لم يعرف الضرر وأحال ذلك إلى القواعد العامة.
 - القضاء الجزائري جاء مكرسا لما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 05 ق.أ.ج سواء في تحديد الطبيعة القانونية لخطبة، أو من حيث العدول والتعويض.
 - المشرع الجزائري ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 وفي المادة 1/426 منه جعل المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في موضوع العدول عن الخطبة هي مكان تواجد موطن المدعى عليه كأساس للاختصاص الإقليمي للمحكمة، وقد أحسن المشرع بذلك صنعا حيث هذا الأمر تفتقر إليه الكثير من التشريعات العربية.
 - إن المشرع الجزائري ورغم اعترافه الصريح للطرف المتضرر بالحق في التعويض إلا أنه لم يضع ضوابط ولا معايير لذلك.
- كما تستند التطبيقات القضائية فيما يتعلق بتقرير استحقاق التعويض إلى ضرورة توفر جملة من الشروط تمثل عناصر الضرر استمدها القضاء الجزائري اجتهادا من أحكام الشريعة الإسلامية.

تتمثل هذه الشروط في حالة العدول عن الخطبة في ضرورة إثبات قيام الخطبة وانعدام المسوغ الشرعي أو القانوني للعدول عن الخطبة، وأن يكون العدول بسبب لا دخل للمعدول عنه فيه، وأن يصاحب فعل العدوى أفعال تلحق بالمعدول عنه أضراراً، أما عبء إثبات الضرر فيقع على المدعي بقيامه.

نستنتج أيضاً أن مجال تدخل القاضي لا يقتصر فقط على إثبات الضرر المفضي إلى فك الرابطة الزوجية، بل يتعداه ويكون واسعاً ومتبايناً في المسائل الناشئة عن فك الرابطة سواء المادية منها أو غير المادية، فيكون في أضيق حدوده في الطلاق بالتراضي والطلاق بإرادة الزوج المنفردة وكدي في دعوى الخلع، إذ يكون القاضي فغي هذه الحالات مثبتاً لنية الطرفين أو كاشفاً لنية أحدهما وينحصر دوره في هذه الحالة في محاولة إصلاح ذات البين، بينما يكون في أوسع حدوده في تقديره لحالات التطليق والنشوز، إذ بعد محاولاته إصلاح ذات البين، يقرر فك الرابطة الزوجية من عدمه، وتتعدى سلطته التقديرية لتتابع هذا الفك فنراها مطلقة في بعض الأحيان كتقديره لمسألة النفقة وتحديد قيمتها، وبهذا منح المشرع للقاضي صلاحيات هامة وخطيرة لأنها تتعلق بفك الرابطة الزوجية وهي الخلية الأساسية للمجتمع، ومنه فمجال تدخل القاضي في مسائل فك الرابطة الزوجية ثابت ومتباين، خطير وضروري جداً لحماية طرفي العقد والحفاظ على الأسرة والمجتمع.

إن هدف المشرع من خلال المادة 52، هو التضييق على الأزواج من التعسف في استعمال حق الطلاق حفاظاً على الأسرة والأولاد، توظيفا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"، وتكريساً للمقاصد التحسينية للشريعة الإسلامية وعملاً بها.

إن كلا من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يعتبران الطلاق أبغض الحلال إلى الله، حيث لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة القصوى، أو عند عدم التمكن من تحقيق أهداف الزواج دون تعسف أو قصد الأضرار بالطرف الثاني.

ومنه توصلنا إلى أن: الطلاق حق ثابت وقانوناً عند ورود أسبابه أما التعسف فيه إلحاق الضرر بالزوجة، فهو غير مسموح به، لذا حق للزوجة طلب التعويض عما لحقها من ضرر، وحق التعويض إلى جانب الحقوق الأخرى يجعل من الزوج يتربث قبل الإقدام عليه، كما أن لمتعة الطلاق الأثر والدور الهام والكبير في الحد من وقوع الطلاق التعسفي.

إن حق الزوج في تأديب زوجته شرع له في حال نشوز زوجته وعدم طاعته فيما أوجبه الله عليها، غير أن هذا الحق مقيد بشروط وضوابط تمنع من التعسف فيه بالضرب يعد من قبيل الأفعال الشائنة التي تلحق الضرر بالزوجة، فإذا ما ثبت تعسف الزوج في ممارسته لهذا الحق تحمل مسؤولية فعله وثبت عليه التعويض، مع حق الزوجة في طلب التظليق للضرر، مع الإشارة بان قانون العقوبات الجزائري لم يعترف بهذا الحق واعتبره جريمة بحد ذاتها.

إن المشرع لم يوفق في وضع ضوابط تحد من إساءة استعمال الحق في التعسف فيه وترك مسألة تعويض الضرر الواقع على أحد الطرفين للسلطة التقديرية للقاضي، مما يوقع في كثرة الاجتهادات وربما تناقضها، وبالتالي عدم استقرار القضاء في هذه المسألة.

من الواضح جدا أن مضمون السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكون نتيجة سكوت المشرع في بعض المسائل، ويفهم من سلوكه أنه ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي.

نجد أن القاضي لا سلطان عليه في سلطته التقديرية إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة المحكمة العليا للتأكد من عمل القاضي في تطبيق القانون وإتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي، وعنصر المراقبة يتمثل فقط مراقبتها للعناصر التي يستمد منها القاضي سلطته التقديرية.

نلاحظ أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقدير واسعة في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن التفريق القضائي أو التظليق وهذا لانعدام النص القانوني الذي يبين للقاضي المعايير والضوابط القانونية التي يعتمد عليها في تقدير التعويض.

ونجد القاضي في دعاوى الطلاق أو التظليق أو الخلع وقبل الفصل فيها، ملزم بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين، إذ قيده المشرع بموجب المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 429 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بذلك.

كما أن المشرع الجزائري جعل مهمة الحكّمين عند استحكام الشقاق تقتصر على الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، وأن يقدم تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين طبقاً لأحكام المادتين 56 من ق.أ، والمادة 446 من ق.أ، غير أن المقرر في الفقه المالكي الذي أخذت به معظم التشريعات العربية أنه إذا عجز الحكّمان عن الصلح بين الزوجين حكما بالتفريق بينهما

بطلقة بائنة لا رجعة للزوج عليها إذا كانت الإساءة منه، أما إذا كانت كلها من الزوجة فللحكّمين أن يحكما بالتفريق نظير بدل مناسب تلزم به الزوجة، أما إذا كانت الإساءة مشتركة بين الزوجين فللحكّمين أن يقترحا عند العجز عن الإصلاح، التفريق دون بدل أو يبدل يتناسب الإساءة التي وقعت منها، وكل ذلك متفق مع المذهب المالكي الذي ينص على أنه لا ينبغي للحكّمين أن يأخذا من الزوج شيئا وبطلقا عليه.

إن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك، بشرط ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. ونجد أن المشرع الجزائري حول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقديره لمسألة النفقة وذلك بحسب اجتهاده إذ لا نجد تقدير للنفقة من جهة الشرع، بشرط مراعاة حال الطرفين يسرا وعسرا، ونفس الشيء بالنسبة لتقديره بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين على ذلك بشرط أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

التوصيات:

- استقلال القضاء لا يعني انعدام الرقابة على القاضي في أعماله وأحكامه، من طرف المحكمة العليا، وذلك بتصحيح أحكام القاضي ومراقبته للاطمئنان على سير عمله، فالمحكمة العليا إذا كانت لا تراقب النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في تقديره لاستحالة ذلك عملا، فهي على العكس تراقب مادة النشاط من واقع القانون، أي تراقب المصادر التي يستمد منها القاضي مادة نشاطه الذهني التقديرية.
- كما أن القاضي لا سلطان عليه إلا من جهة الشرع، فتكون رقابة المحكمة العليا مثلا للتأكد من عمل القاضي على تطبيق القانون، واتباعه للقواعد والإجراءات المقررة في العمل القضائي.
- نوصي المشرع الجزائري بتعديل الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة وهذا بالنص على إلزام القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت لديه الضرر وهذا تكريسا للاجتهادات القضائية، وبذلك تكون صياغتها كالتالي: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين حكم القاضي بالتعويض".

- إغفال المشرع وعدم إشارته إلى طلاق المريض مرض الموت، رغم أهميته وآثاره على الأسرة فيما بعد، كما يفهم من القول المطلق بميراث المطلقة في مرض موت كطلقها تجسيدا واضحا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لكن من الأوجه منعها من الميراث بعد انتهاء عدتها، أو زواجها من آخر حتى لا تترث من زوجين في آن واحد.
- عدم تحديد المشرع الجزائري لصور الطلاق التعسفي والمعايير المعتمد عليها لإظهار هذا التعسف، في حين أغلب الدول العربية قد نصت عليها.
- نوصي المشرع الجزائري، أن يضع بين يدي قاضي شؤون الاسرة، المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض، وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة، أو في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي، كما هو الحال في القانون المدني، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى، وذلك بتقييد سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد الحد الأدنى من التعويض في حالات كل من العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطبيق، لا يتجاوزه القاضي، وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والمصري.
- كما نوصي القضاة بالرفع من مبالغ التعويض عن الضرر المحكوم بها نتيجة الطلاق التعسفي لسد الذرائع ومنع الزوج من الاستخفاف بالطلاق والتلاعب بمصير الأسرة ذلك أن الأضرار الطلاق لا تتوقف عند المرأة فقط وإنما تمتد إلى الأولاد والأهل والمجتمع ككل.
- نوصي المشرع الجزائر على إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو وجود عيب بها دون علمه، أو الحكم عليها لارتكابها جريمة تمس بشرف الأسرة، أو لارتكابها لفاحشة مبينة.
- بالرغم من تنظيم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 لإجراءات التقاضي في قضايا شؤون الأسرة من المواد 423 حتى 499 من ق.إ.م.إ، إلا انه لا بد من إصدار قانون إجراءات تقاضي في مادة الأحوال الشخصية كما هو الشأن في التشريع المصري ليكون بمثابة قانون مرافعات خاص بمنازعات خاصة.

- نوصي المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بإنشاء صندوق النفقة للزوجة والأولاد والأقارب، كما هو الشأن في التشريع المغربي "صندوق التكافل العائلي" والتشريع المصري "صندوق تأمين الأسرة، وبنك ناصر الاجتماعي".
- كما نوصي المشرع الجزائري إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص القانوني إلى مذهب معين من مذاهب معين من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، وذلك لعدم تضارب الأحكام القضائية، كما هو الشأن في التشريعين المغربي والمصري.
- ندعو إلى ضرورة تخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة وكذا تولية هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة والكفاءة وخاصة على مستوى المحاكم وهذا نظرا لحساسية المسائل التي ينظر إليها.
- دعوة الباحثين إلى دراسة معمقة تتناول كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر في مجال قانون الأسرة لأنه موضوع جدير بالدراسة لما يتضمنه من إشكالات عملية.
- ضرورة صياغة نصوص نتناول بعض المواضيع التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة مثل النشوز وطرق معالجته وضوابط استعمال حق التأديب وفق ما جاء به الفقه الإسلامي.
- استحداث محاكم الأسرة للنظر في المنازعات الأسرية، وتزويدها بالوسائل اللازمة خاصة البشرية منها، والحرص على تكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا دينيا كافيا، مما يؤهلهم للتصدي لمختلف القضايا المعروضة عليهم على بينة وسداد، وسرعة الفصل في القضايا المعروضة على المحاكم خاصة مسائل الطلاق.
- إلى جانب إحداث قواعد إجرائية بقضايا شؤون الأسرة، وتكون مستقلة عن غيرها من الإجراءات الأخرى يمكن تسميتها "قانون إجراءات قضايا الأسرة"، وتفعيل إجراءات الصلح والتحكيم بالاستعانة بالعقلاء والمحلين أمام محاكم الأسرة للحد من النزاعات الأسرية والتقليل من نسبة الطلاق بإيجاد الحلول المناسبة والعلاج النافع.
- ثن إناء مركز للبحوث والقضائية المتعلقة بالنزاعات الأسرية، يشرف عليه من أهل العلم الشرعي والقانوني رجال أكفاء، وقضاة متمرسون، وأساتذة التعليم العالي في التخصص.

وأخيرا نسال الله العظيم أن أكون قد وفقت لما يحبه ويرضاه وأستغفره عما أبديت من
تجاوز أو نقصان إنه ولي ذلك والقادر عليه والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع:

1. المصادر:

1. المصادر الشرعية:

أ. القرآن الكريم:

- رواية أبي سعيد بن أبي عثمان بن سعيد المصري الملقب بورش، المتوفى بمصر، سنة 197 للهجرة، عن نافع بن عبد الرحمان بن أبي نعيم المدني، المتوفى بالمدينة المنورة، سنة 169 للهجرة، بما يوافق طريق أبي يعقوب يوسف بن عمرو بن يسار، الملقب بالازرق.

ب. أحاديث النبوية:

- 1- أبو داود، سنن أبي داود، دار إحياء التراث العربي، دار الكتب العلمية، (بدون بلد ولا سنة طبع).
- 2- أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد، المكتب الاسلامي، بدون بلد، 1985م.
- 3- البخاري، صحيح البخاري، (تحقيق، الدكتور مصطفى ديب البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، 1987.
- 4- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1988م.
- 5- الترمذي، سنن الترمذي، دار إحياء العلوم، (بدون بلد)، 1983م.
- 6- النسائي، سنن، النسائي، دار البشائر الإسلامية، (بدون بلد)، 1986م.
- 7- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، (بدون بلد)، 1972م.
- 8- أخرجه البخاري، أنظر أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ، 1999 م، ص400، ج9، حديث رقم 5238 كتاب النكاح، ب: استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره.
- 9- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى عام 458هـ، السنن الكبرى، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج 7، كتاب القسم والنشوز.
- 10- الدارقطني، سنن الدارقطني، ط4، 1986، عالم الكتب، بيروت لبنان، ج3، رقم 194.
- 11- البخاري، الجامع الصحيح، ط3، دار ابن كثير، بيروت لبنان، /ج5، ص2084، باب وجوب النفقة على الال والعيال، رقم 5040.
- 12- البخاري، دار الكتب العلمية، ج9، بيروت، 1419 هـ، 1999 م.
- 13- أحمد، مسند أحمد، دار المعارف، مصر، باب حديث كعب بن زيد، كتاب مسند المكين، د.ط، 1980.
- 14- محمد بن علي الشوكاني، الدراري المضيئة، ج1، دار الجبل، بيروت، 1417هـ-1987م.

2. المصادر القانونية (الوضعية).

أ- الدستور:

- الدستور الجزائري رقم 96-438 مؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق ل7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية رقم 76 معدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2000، الجريدة الرسمية العدد 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية العدد 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

- القانون رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ج.ر.ج.د.ش.عدد. 78 مؤرخ في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالامر رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج.ر.ج.د.ش.عدد. 44 الصادرة في 26 جوان 2005، معدل ومتمم بالقانون رقم 07-02 المؤرخ في 13 مايو 2007 ج.ر.ج.د.ش.عدد. 34 مؤرخ في 13 مايو 2007.
- القانون رقم 76-79 المؤرخ في شوال 1396 هـ الموافق 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية (ج.ر.ج.د.ش.ل1976، س13، ع101، ص1392-1429).
- الامر رقم 76/80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976، معدل ومتمم بالقانون 05/98 المؤرخ في 25 جوان 1998 المتضمن القانون البحري، الجريدة الرسمية 29 لسنة 1977 و ج.ر. عدد 47 لسنة 1998.
- القانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان 1403 هـ الموافق 02 جويلية 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية (ج.ر.ج.د.ش.ل1983، س20، ع28، ص1792-1802) المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 94-04 المؤرخ في 30 شوال 1414 هـ الموافق 11 أبريل 1994 (ج.ر.ج.د.ش.ل1994، س31، ع20، ص5-6) الامر رقم 96-17 المؤرخ في 20 صفر 1417 هـ الموافق 06 جويلية 1996 (ج.ر.ج.د.ش.ل1996، س32، ع42، ص5-11).
- القانون الاسرة رقم 84-11 المؤرخ 09/06/1984، المتضمن قانون الاسرة، الجريدة الرسمية رقم 24، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية رقم 15، المؤرخة في 27/02/2005، والمصادق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 04/05/2005، الجريدة الرسمية رقم 43 المؤرخة في 22/06/2005.
- الامر رقم 88/14 المؤرخ في 03/05/1988، الجريدة الرسمية رقم 18، المؤرخة في 04/05/1988، وبالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 26/06/2005، وبالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، الجريدة الرسمية رقم 31، المؤرخة في 13/05/2007.
- القانون رقم 86/11 المؤرخ في 09/06/1989، المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02.
- القانون رقم 89-22 المؤرخ في 14 جمادى الاولى عام 1410 الموافق ل12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية العدد 53.
- القانون رقم 91/27 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يعدل ويتمم القانون رقم 90/02 المؤرخ في 6 فبراير سنة 1990، المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر. عدد 86 لسنة 1991.
- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر. عدد 13، صادر في 08 مارس 1995، معدل ومتمم بالقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، ج.ر. عدد 15، صادر في 12 مارس 2006.
- القانون رقم 98/06 المؤرخ في 27 جوان 1998 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج.ر. عدد 48 لسنة 1998.
- القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية الصادر بالجريدة الرسمية عدد 4 مكرر بتاريخ 29/01/2000.
- القانون رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق ل6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الاساسي للقضاء الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 57 لسنة 2004.

- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.
- قانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.
- القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008، يتعلق بالنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر عدد 11 لسنة 2008.
- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.
- قانون حماية المستهلك رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25. و394 مكرر وما بعدها من قانون العقوبات المضافة بالقانون رقم 15/04 المؤرخ في 2004/11/10.

ح. النصوص التنظيمية:

- المرسوم رقم 80-37 مؤرخ في 16 فيفري 1980، يتعلق بقواعد سير الصندوق الخاص بالتعويضات والاجهزة الضابطة لتدخلها، متضمن شروط تطبيق المادتين 32 و33 من الامر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض الاضرار، ج.ر، عدد 08، صادر في 19 فيفري 1980.
- المرسوم تنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يونيو 1980، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج.ر.ج.ج، ع52، صادر في 8 يوليو 1992.
- المرسوم الرئاسي رقم 05-279 المؤرخ في 9 رجب 1426 الموافق لـ 14 أوت 2005 يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا، الجريدة الرسمية العدد 55 لسنة 2005.
- المرسوم تنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الاسرة، رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، ج.ر.ج.ج، ع31، الصادرة في ماي 2006.
- قراري وزارة الصحة ووزارة الداخلية، بتاريخ 1995/07/28، وحددت من حيث شكلها ومضمونها بمقتضى قرار وزير الصحة العمومية، المؤرخ في 1995/12/16، القانون ع46، المؤرخ في 3 نوفمبر 1964، المتعلقة بالشهادة الطبية السابقة للزواج.
- قرار مشترك لوزير العدل ووزير الصحة، رقم 04-347 الصادر في 2 مارس 2004، بتحديد مضمون وطريق إصدار الشهادة الخاصة بإبرام عقد الزواج، ج.ر.ج.ج، ع192، بتاريخ 4 مارس 2004.
- استئناف وطني 1906/05/29، المجموعة 8-77-38، 1925/11/29، المحاماة 6-795-487، المجموعة 27-161-103، الغيوم الجزئية، 1929/11/30، المحاماة 11-181-110.

قوانين الاجنبية

- قانون رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل والمتمم بالقانون 100 لسنة 1985، المتضمن قانون الاحوال الشخصية المصري.
- القانون رقم 25 لسنة 1920، المتعلق بقانون الاحوال الشخصية المصري "النفقة"، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.

- القانون رقم 25 لسنة 1929، المتعلق بقانون الاحوال الشخصية المصري "الطلاق"، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985.
- قانون رقم 58 لسنة 1937، يتضمن قانون العقوبات المصري المعدل بالقانون رقم 59 لسنة 2003.
- قانون 131 لسنة 1948، المتضمن القانون المدني المصري، المعدل والمتمم، الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر أ.
- اسكندرية الكلية في 1948/11/29، الجدول العشري الثالث لمجلة المحاماة.
- أمر مؤرخ في 13 أوت 1956 يتعلق بإصدار مجلة الاحوال الشخصية التونسي.
- أمر مؤرخ في 3 أوت 1957 يتعلق بإصدار مجلة الاحوال الشخصية التونسية.
- قانون الاحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07.
- المواد الخاصة بالخطبة وفك الرابطة الزوجية والتعويض عنها في قانون الاحوال الشخصية السوري.
- المواد الخاصة بالخطبة وفك الرابطة الزوجية والتعويض عنها في القانون رقم 1 لسنة 2000 المنظم لأوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية في مصر.
- قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية، الصادر بالقانون رقم 01 لسنة 2000.
- القانون المؤقت رقم 82 لسنة 2001 المتضمن قانون الاحوال الشخصية الاردني.
- المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03 المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل 3 فبراير سنة 2004، جريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير 2004.
- قانون رقم 03-70 بمثابة المدونة الاسرة المغربية ج.ر.م.م، ع5184، المؤرخ بتاريخ 05 فبراير 2004، المعدل بالقانون رقم 08-09 ج.ر.م.م، ع5859، الصادر بتاريخ 26 يوليو 2010.
- قانون رقم 10 لسنة 2004، المتعلق بإنشاء محاكم الاسرة.
- قانون رقم 11 لسنة 2004، المتعلق بإنشاء صندوق نظام تأمين الاسر.

3. المصادر اللغوية:

أ. قواميس والمعاجم:

- 1 ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، مادة (ضرر).
- 2 الطاهر أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح منير وأساس البلاغة، طبعة مطبعة عيسى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ج3.
- 3 محب الدين أبي الفيض الواسطي الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، طبعة دار مكتبة الحياة، بيروت لبنان.
- 4 إبراهيم مصطفى وآخرون: المعجم الوسيط، ج1، المكتبة الإسلامية، اسطنبول.
- 5 ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، ج 3.
- 6 ابن منظور، لسان العرب، طبعة الدار المصرية للتأليف والترجمة، ج9.
- 7 أبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة طبعة دار إحياء الكتب العربية، طبعة أولى، القاهرة مصر، 1369هـ.
- 8 أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، المجلد الاول، دار الفكر

- للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى 1410 هـ 1990م.
- 9 الراغب الاصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار القلم، العراق، الطبعة الاولى، 1996.
- 10 الزبيدي، محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 7.
- 11 الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مادة (ضر)، باب الرء فصل الضاد، ج 1.
- 12 المعجم الوسيط، إصدار مجمع اللغة العربية، طبعة ثانية، القاهرة، 1492هـ/1982م.
- 13 المواق أبو عبد الله العبدري، التاج والاكليل بهامش كتاب مواهب الجليل، ج 4، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1328هـ.
- 14 عوض حمد القوزي، المصطلح النحوي نشأته وتطوره، السعودية: عمادة شؤون المكتبات - جامعة الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 1981.
- 15 مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر، 1419هـ-1998.
- 16 محمد الفيروز آبادي: القاموس المحيط، (تحقيق، محمد نعيم العرقسوسي)، ج1، ط5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1406هـ.
- 17 محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، (تحقيق، محمود خاطر)، طبعة جديدة، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1415هـ-1995م.
- 18 ناصر الدين بن المطرز، المغرب في ترتيب المعرب، ج 1، مكتبة أسامة حلب، ط1/1979.

II. قائمة المؤلفات:

1. المؤلفات الشرعية.

أ. المؤلفات الشرعية العامة.

1. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي المعروف بالشافعي الصغير المولود 919 هـ، والمتوفى 1004 هـ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الامام الشافعي.
2. أحمد بن محمد بن علي السعدي الانصاري المدعو ابن حجر الهيتمي شيخ الاسلام أبو العباس المتوفى عام 973هـ.
3. مالك بن أنس: عبد الله بن مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر همرو بن حرث الاصبحي المدني، إمام دار دار الهجرة، وأحد الائمة الاربعة عند اهل السنة، إليه ينسب مذهب المالكية، ولد بالمدينة سنة 93هـ، وتوفي فيها سنة 179هـ، كان صلبا في دينه، بعيدا عن الملوك والامراء، سأله المنصور أن يضع كتابا للناس يحملهم على العمل به، فصنف الموطأ، له مصنفات كثيرة منها: كتاب النجوم، وتفسير غريب القرآن، المدونة الكبرى.
4. ابن اطفيش، الامام شيخ الإسلام محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصي العدوي المتوفى 1422هـ.
5. العاملي زين الدين بن الامام نور الدين علي بن أحمد بن محمد بن جمال الدين بن تقي الدين بن صالح بن مشرف أو شرف الجبعي العاملي الشقراني المتوفى 965 هـ.
6. شمس الدين ابن عبد الله محمد ابن بكر المعروف بابن القيم الجوزية المتوفى سنة 751 هـ.
7. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (الملقب بملك العلماء) المتوفى سنة 487هـ.
8. القرافي، الإمام شهاب الدين أبي العباس احمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، المتوفى سنة 674هـ.

9. ابن نجيم زين الدين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المتوفى سنة 970هـ.
10. شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي المتوفى سنة 473هـ.
11. شمس الدين محمد بن أحمد الشافعي شمس الدين المتوفى عام 977هـ.
12. الإمام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى 852هـ.
13. محمد امين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بابن عابدين، المتوفى سنة 1252هـ.
14. الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي سنة 681هـ.
15. محمد بن علي بن محمد الحصني الحصكفي، المتوفى سنة 1088هـ.
16. ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي أبو الوليد الشهير بالحفيد برع في الفقه والأصول وعلم الكلام وتولى القضاء بقرطبة ولد سنة 520 هـ وتوفي سنة 595 هـ.
17. ابن القاسم: أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم الفقيه المالكي جمع بين الزهد والعم وصحب مالكا عشرون سنة وعنه أخذ سحنون المدونة الكبرى توفي سنة 191 هـ بمصر ودفن بالقرب أشهب.
18. الامام الشافعي أبي عبد محمد بن ادريس الشافعي المتوفى سنة 204هـ.
19. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر محمد بن سابق الخضري السيوطي ، المتوفى سنة 911 هـ.
20. أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحليم بن تيمية المولود عام 661هـ، المتوفى 728هـ.
21. ابي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري المتوفى سنة 261هـ.
22. بشرح للإمام محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف بن مري المتوفى سنة 676هـ.
23. عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري المولود عام 194 هـ، والمتوفى عام 256 هـ.
24. الامام أبو داوود بن سليمان الأشعث بن إسحاق الأزدي السجستاني، المولود عام 202 هـ والمتوفى 275 هـ.
25. الامام الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (209-279هـ).
26. ابن قدامة موفق الدين أبو محمد عبد الله بن احمد بن محمد المتوفى 620هـ.
27. الإمام الحافظ الحجة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد الذهبي المتوفى سنة 848 هـ.
28. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي المتوفى 458هـ.
29. العلامة علاء الدين بن عثمان المارديني الشهير بابن التركماني المتوفى سنة 745هـ.
30. الدار قطني، شيخ الإسلام علي بن عمر الدار قطني (306-385هـ).
31. عبد الله هاشم يمانى المدني بالمدينة المنورة، الجاز (1386هـ/ 1966م).
32. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج3، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1386.
33. البغدادي، زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، د.س.ن.
34. الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية 1986.
35. المرغيناني، بداية المبتدئ، ج1، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة، مصر، ط1، 1355.
36. شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثالث، دار المعرفة، بيروت، 1986.
37. كمال الدين بن الهمام، شرح كتاب هداية المهتدي شرح بداية المبتدئ، وهما لبرهان، الدين المرغياتي، الجزء الأول.
38. الطرابلسي علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الاحكام، مصطفى الحلبي، القاهرة مصر، الطبعة الثانية، 1393 هـ / 1973.

39. الدر المختار برد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ط/2 (1407-1987)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
40. المرغيناني، الهداية شرح البداية، د.ط، د.ت.ط، المكتبة الإسلامية، بيروت لبنان، ج1.
41. محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الابصار، حاشية رد المختار، ج 3، دار الفكر، 1995.
42. الزيلعي عثمان بن علي الحنفي، (ت 743 هـ، 1343م)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار المعرفة للنشر والتوزيع، الجزء الأول.
43. الغنيمي عبد الغني دمشقي الميداني، اللباب شرح الكتاب، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ج1، 1985.
44. ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4.
45. المناوي عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن نور الدين علي بن زين العابدين الحدادي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، تعليقات يسيرة، لمجد الحموي، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة مصر، الطبعة الأولى، 1456 هـ.
46. الكاساني، بدائع الصنائع، ترتيب الشرائع، دار المتاب العمية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1982.
47. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج2، دار إحياء التراث العربي.
48. عبد الرحمان بن عمرو بن يحمى الأوزاعي، شيخ الإسلام وعالم أهل الشام، كان مولده في حياة الصحابة، وتوفي سنة 157 هـ.
49. أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1997.
50. المرغيناني، بداية المبتدئ، ط1، 1355، مطبعة محمد علي صبيح، القاهرة مصر، ج1.
51. الامام شمس الدين أبي بكر محمد بن أحمد سهل السرخسي، المتوفى سنة 483 هـ، ج 26، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1398 هـ / 1998م.
52. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، دار الكتاب الإسلامي، مصر، د.س.ن.
53. محمد أبي أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الامام الشافعي، ج6، د ب ن، د س ن.
54. الشافعي، الأم، ط/2 (1403-1983) دار الفكر للطباعة والنشر بيروت.
55. أبو حامد الغزالي، الوسيط، (تحقيق، أحمد محمد إبراهيم ومحمد محمد تامر)، ج 4، دار السلام، القاهرة، 1417 هـ.
56. إبراهيم بن علي الشيرازي أو إسحاق، المهذب، ج 1، دار الفكر، بيروت، (بدون سنة الطبع).
57. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة الطبع.
58. محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج3، ط2، دار المعرفة، بيروت، 1393 هـ.
59. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ط، د ت ط.
60. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي، د.ط، د ت ط.
61. شمس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الامام الشافعي، ج6، طبعة مصطفى الحلبي بمصر عام 1386 هـ 1958، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ، 1939م.
62. محمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، الجزء السادس، الطبعة الأخيرة، سنة 1984.

63. النووي، يحيى بن شرف بن مري، تحرير أفاظه التنبيه، تحقيق: عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق سوريا، الطبعة الأولى، 1408
64. أبي حامد الغزالي الملقب حجة اسلام، الوجيز في الفقه مذهب الامام الشافعي، طبعة دار المعرفة بيروت لبنان، 1399هـ/1979.
65. ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، باب القسم والنشوز، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1983.
66. أحمد الدردير أبو البركات، الشرح الكبير، (تحقيق، محمد عليش)، ج3، دار الفكر، بيروت، (بدون سنة الطبع).
67. ابن القاسم، المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون، الطبعة الاولى 1323 هـ، مطبعة السعادة للطباعة والنشر.
68. أبو حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح السالك في فقه الامام مالك، ط2، ج1، دار الفكر، لبنان، د س ن.
69. أبي البركات أحمد بن أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ط؟ مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، د س ن.
70. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، (تحقيق، محمد عليش)، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة الطبع).
71. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب - لابن فرحون - (ط ؟) - مكتبة التراث 2.
72. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك - لأبي البركات أحمد بن أحمد بن محمد الدردير، ط ؟ مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
73. المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون عن ابن القاسم، الطبعة الاولى 1323 هـ، مطبعة السعادة للطباعة والنشر.
74. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج4، دار صادر، بيروت، د.ط، د ت ط.
75. مالك بن أنس، الموطأ مالك، دار الآفاق الجديدة، ط3، 1983.
76. الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي، ج2، دار احياء الكتب العربية، د.ط، د ت ط.
77. الدردير، أحمد بن محمد العدوي ابو البركات، فقيه فاضل من فقهاء المالكية المتأخرين، ولد في بني عدي بمصر، وتعلم بالأزهر، الزركلي، الاعلام، ج1، د س ن.
78. الدردير، الشرح الكبير، بهامش حاشية الدسوقي، د.ط د ت ط، دار احياء الكتب العربية، ج2، د.س ن.
79. ابن رشد، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، مكتبة التراث، د س ن
80. النفراوي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، ج2، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ط 1415.
81. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1415هـ/1994م.
82. الدردير أبي البركات أحمد بن محمد، شرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، طبعة الامارات العربية المتحدة، د س ن
83. محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الفكر، بدون بلد ولا سنة الطبع.
84. مالك بن أنس، الموطأ، دار إحياء العلوم، بيروت، 1988م.
85. الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1328.
86. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، الجزء الرابع، عالم الكتب، بيروت، د.س.ن.
87. ابن أبي رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، بدون نشر، ولا بلد، ولا سنة الطبع.
88. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ط5، 1998، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ج3.

89. أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام المبجل أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، منشورات المكتب الإسلامي بدمشق سوريا.
90. منصور بن ادریس البهوتي، كشاف القناع، (تحقيق، هلال مصيلحي مصطفى هلال)، ج3، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
91. عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني في الفقه أحمد بن حنبل الشيباني، ج 4 و6، ط1، دار الفكر، بيروت 1405هـ.
92. عبد الله بن أحمد المقدسي، ابن قدامة، الكافي في فقه الامام بن حنبل، ج3، تحقيق محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
93. البهوتي، الروض المربع، مكتبة الرياض، ج4، د.ط، 1390.
94. ابن رجب، عبد الرحمان بن شهاب الدين بن احمد، جامع العلوم والحكم في شرح مسين حديثاً من جوامع الكلم، دار الخير، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1417 هـ/ 1996.
95. ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1403 هـ، المجلد الثالث.
96. ابن قدامة، المغني، ط1، 1405، دار الفكر، ج8.
97. عبد الله بن أحمد المقدسي، ابن قدامة، الكافي في فقه الامام بن حنبل، ج3، تحقيق محمد فارس ومسعود عبد الحميد السعدي، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.
98. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، تحقيق أحمد محمد عزوز المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 2003.
99. ابن القيم الجوزية، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزلية 1388هـ/1998م.
100. أحمد علاء الدين أبو الحسن، الاختبارات العلمية في اختبارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية، المطبعة المنبرية بالقاهرة، مصر، 1328هـ.
101. أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد، المكتب الإسلامي، (بدون بلد)، 1985م
102. ابن حزم، المحلى، د ط، دار الآفاق الجديدة، بيروت ج، د س ن.
103. ابن حزم الظاهري، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، د س ن.
104. ابن حزم، الامام فخر الاندلس بن سعيد، (ت 456 هـ)، ج1، مطبعة المنيرة، مصر.
105. ابن اطفيش، شرح النبيل وشفاء العليل، الجزء الثالث، المطبعة الأدبية، مصر.
106. العاملي الشقراني، الروضة البهية، تاريخ شرح للمعة الدمشقية، ج2، طبع دار الكتاب العربي، بمصر عام 1376هـ.

ب. المؤلفات الشرعية الخاصة.

1. محمد الغزالي، فقه السيرة، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، بدون سنة الطبع.
2. الشيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الاحسائي، تبیین المسالك لتدريب السالك، شرح الشيخ: محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الشنقيطي الموريتاني، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1409هـ/1988م، ج 3.
3. مصطفى السباعي، من روائع حضارتنا، المكتب الإسلامي، بيروت 1397هـ 1977م.
4. العلامة الشيخ عبد الله بن الشيخ حسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، حققه وراجعته: عبد الله بن ابراهيم الانصاري- الطبعة الثانية، طبع على نفقة إدارة إحياء التراث الاسلامي، 1407هـ/1987م، ج 03.

5. محمد بن علي الشوكاني، الدراري المضيئة، ج1، دار، 1471هـ - 1987م.
 6. الصنعاني، سبل السلام، ط4، 1397، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، ج3.
 7. محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الابصار، ط2، ج2، شركة ومطبعة البابي الحلبي، مصر، 1966.
 8. محمد بن علي بن محمد المعروف بالشوكاني، المتوفى عام 1255 هـ، نيل الاوطار من أحاديث سيد الاخيار، مكتبة الكليات الأرضية، ج7، 1390هـ، 1998.
 9. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، طبعة نهضة، مصر، د.ط، د.ت.ن.
 10. الشوكاني، السيل الجرار، ط1، 1405، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج2.
 11. الشوكاني، نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من الأحاديث من أحاديث سيد الاخيار، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1983.
 12. أبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية للطباعة والنشر، ط 1376 هـ-1975م.
 13. إبراهيم السامرائي، في المصطلح الإسلامي، دار الحداثة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1990.
- 2. المؤلفات القانونية:**
- أ. المؤلفات القانونية العامة.**
1. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين، الطبعة 1990.
 2. أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، مصر دار ابن حزم ومكتبة العلوم والحكم، بدون طبعة، 2008.
 3. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثالثة، 1998.
 4. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها وتطبيقاتها)، دار النهضة العربية، مصر، 1988.
 5. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، طبعة دار العلم للملايين، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1407هـ/1987م.
 6. الأخضر قوادري، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2013.
 7. الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة، 1997.
 8. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1996.
 9. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1999.
 10. العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2011.
 11. العوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000.

12. المواق أبو عبد الله العبدري، التاج والاكليل بهامش كتاب مواهب الجليل، ج 4، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1328هـ.
13. النفرواي أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، درط 1415، دار الفكر، بيروت لبنان، ج2.
14. الهلالي عجة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، د.ت.ن.
15. أمين سيد، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير في الفقه الاسلامي المقارن، (د ن د ط، 1384 هـ).
16. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، 2001.
17. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى، 2009.
18. بشير بلعيد، كيفية تعيين الخبير وقيامه بمهمته وسلطة المحكمة في التعامل مع تقرير الخبير، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، الابداع القانوني، السداسي الأول 2000، دار البعث، قسنطينة الجزائر.
19. بوشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
20. تروبيير ميشال، فلسفة القانون، ترجمة سعد جورج، دار الانوار، مصر، الطبعة الأولى، 2004.
21. توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعية، 1988.
22. توفيق محمد الشاوي، المسؤولية الجنائية في التشريعات العربية، طبعة معهد الدراسات العربية، د.ط، 1958.
23. جلال الدين السيوطي، الاشباه والنظائر في الفروع، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر.
24. جلال العدوي، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1995.
25. جميل فخري محمد غانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
26. جيرار كونو، معجم المصطلحات القانونية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، د.ط، 1999.
27. حبيب إبراهيم الخليلي، مدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9، 2008.
28. حسن فرج الله، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الارادية، مطبعة الفجر الجديد، مصر، بدون طبعة 1983.
29. حسن قدوس، المصادر غير للالتزام، مكتبة الجذلاء الجديدة، 1991.
30. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الكتاب الحديث، د.ب.ن، ط2، 1979.
31. حسين عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1956.
32. حسين عامر، إلغاء العقد، مطبعة مصر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1372 هـ/1953م.
33. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، الطبعة الأولى، 1960.
34. حسين علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التأسيس للطبع والنشر والمساهمة، العراق، بدون طبعة، 1991.
35. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون طبعة 2010.

36. حسين، سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الاسلامي، ج 2، ط 1، دار إحياء الكتب العربية القاهرة، 1949.
37. خليل بوصنوبرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 1، منشورات نوميديا، الجزائر، د ط، 2010.
38. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ج 5، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت لبنان، د.ط، د.ت.
39. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد العراق، 1981.
40. سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر نفس، مؤسسة شباب جامعة، ط 1990.
41. سلطان أنور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
42. سلطان أنور، مصادر الالتزام بالقانون المدني الأردني (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي)، المكتب القانوني، مصر، ط 2، 1988.
43. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
44. سليمان مرقس، المسؤولية في التقنيات البلاد العربية، مطبعة الجبلاوي، مصر، دط، 1971.
45. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني 2 في الالتزامات، المجلد الثاني، دار الكتب القانونية مصر، الطبعة الخامسة، 1988.
46. سليمان مرقس، موجز أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة مصر، د.ط، 1961.
47. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، 1983.
48. سيد سابق، فقه السنة، مخرجة الأحاديث مع الحكم للعلامة ناصر الدين الالباني، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 2002.
49. شلتوت محمود، الاسلام عقيدة وشريعة، ط 2، دار القلم، القاهرة.
50. صديقي الاخضر، إجراءات التقاضي أمام شؤون الاسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28.
51. طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الاضرار التي تقع على الاشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة منصوره، كلية الحقوق، 2001.
52. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الدار الجامعية، د س ن.
53. عاطف النقيب، النظرية العمدة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1983.
54. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2009م.
55. عباس الصرف، جورج حزيون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2008.

56. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، في ضوء الفقه وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، د-ط، 1998.
57. عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، مصر، بدون طبعة، 1997.
58. عبد الحميد الشواربي، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1985.
59. عبد الحي دجاري، سعد عبد الله وهبة، د س ن، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة، بدون طبعة، 1957.
60. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، قسم الاحوال الشخصية، المكتبة التجارية، لبنان، دت.ط، ج4.
61. عبد الرؤوف المناوي، التعريف دار الفكر بيروت، ط1/1410.
62. عبد السلام نيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، د.ط، الجزائر، 2009.
63. عبد العزيز اللصاصة، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، الدار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
64. عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1970.
65. عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دارهومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 1995.
66. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
67. عبد المنعم الشراوي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالقاهرة مصر 1977.
68. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د-ط، 1989.
69. عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه والقضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة، 2002.
70. عبد الناصر توفيق العطار، التأمينات العينية، دت، ص3، رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1995.
71. عزيز كاظم جبر، الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، د.ط، 1998.
72. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، د.ط، 1971.
73. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2006.

74. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المسؤولية عن فعل الغير، المسؤولية عن فعل الأشياء التعويض، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
75. علي فيلاي، الالتزامات م و ف م، المؤسسة الوطنية، الجزائر، ط2، 2008.
76. علي محمد بن سليمان بن أحمد المرادوي، الانصاف، دار احياء التراث العربي، د ب ن، الجزء الثامن، طبعة الاولى، سنة 1975.
77. علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009.
78. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية "النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الريحانة للكتاب، الجزائر، د ط، 1999.
79. عمر عيسى الفقي، التطبيق في الاحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الجامعي الحديث الفن للموسوعات القانونية، دط، 1998.
80. عمرو عبد المنعم سليم، الجامع في أحكام الطلاق وفقهه وأدلته، درط، د ت ط، مكتبة ابن عباس.
81. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 01، الإسكندرية مصر، المكتب الجامعي الحديث، ط 1، 2005.
82. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة الدكتوراه، جامعة دمشق 1967.
83. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصولها، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
84. فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قنيدة للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 1988.
85. فريجة حسين، المبادئ الاساسية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2010.
86. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، الطبعة 2009.
87. فضيل سعد، شرح قانون الاسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
88. فوضيل نادية، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1999.
89. فيض الله، محمد فوزي، فصول في الفقه الاسلامي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1967.
- ب. المؤلفات القانونية الخاصة.**
- 1 أبو زهرة محمد، التعسف في استعمال الحق، المجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، سوريا، 1963.
- 2 أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف، د.ط، 1984.
- 2 أحمد الزرقاء، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون الإسلامي، دار البشير، عمان، الطبعة الثانية، 1987.

- 4 أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967.
- 5 أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به واجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، ط2004م.
- 6 أحمد فراح حسين، أحكام الاسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر، بدون طبعة 2003.
- 7 أحمد كمال الدين، أحكام الاسرة، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2008.
- 8 أحمد ماهر زغلول، أصول دار النهضة العربية، 2001.
- 9 أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، بدون طبعة 2003.
- 10 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، دون سنة النشر.
- 11 ادريس الفاخوري، أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية مركز الخدمات المتحدة المغرب، ط1، 1993.
- 12 إدريس الفاخوري، قانون الاسرة المغربي، الجزء الاول، أحكام الزواج، دار النشر الحيوبي، وجدة المغرب، الطبعة الأولى، 2007.
- 13 أديب إسطنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الانوار للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق سوريا، 1989.
- 14 أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الاولي (في الفقه والقانون)، دار الجامعة الجديدة، مصر، د- ط، 2007.
- 15 الشيخ أحمد إبراهيم، تعويض الزوجة عن الاخلال بوعد الزواج، مجلة الجريدة القضائية، السنة الأولى، العدد 4.
- 16 العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة الأولى، 2013.
- 17 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الأول الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة 2007.
- 18 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء الاول، أحكام الزواج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السابعة، 2010.
- 19 العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الاسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، 2004.
- 20 الغوثي بن ملح، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.
- 21 الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط 1، الجزائر، 2001.
- 22 المصري ميروك، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائرية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2010.

- 23 الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، مصر، بدون طبعة، 1989.
- 24 إمام محمد كمال الدين، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة الإسكندرية: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 1996.
- 25 باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007.
- 26 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، الجزء الأول الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، بدون طباعة.
- 27 بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، لبنان، 1968.
- 28 بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه المالكي، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة الجزائر، بدون طبعة 2009.
- 29 بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 30 بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الأولى 2008.
- 31 بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، عدد 12، 2011.
- 32 بن شيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر 2005.
- 33 تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2001.
- 34 تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الاسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
- 35 تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، المكتب الاسلامي، لبنان، الطبعة الاولى، 1350، الطبعة الثانية 1395.
- 36 توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، 2002.
- 37 تيسير رجب التميمي، الطلاق بين التعسف المطلق وتقريب القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، ط1، 2009.
- 38 ثروت أنيس السيوطي، نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين (الجماعات البدائية)، دار الكتاب العربي، د.ط، د.س.ن.
- 39 جلال سعد عثمان، أحكام الاسرة بين الشرع والقانون، ج 1، منشأة المعارف.
- 40 حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للطباعة والنشر، بدون طبعة وسنة.

- 40 حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس، الجزائر، د.ط، 2006.
- 41 خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر 2012.
- 42 داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد، دار الهلال، وهران، الطبعة الرابعة، 2004.
- 43 زكي الدين شعبان، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قار بوكس، ليبيا، ط06، د.ت.ن.
- 44 سامح سيد محمد، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 2000.
- 45 سحر عبد الستار، محكمة الأسرة، دار النهضة العربية، ط 02، 2007.
- 46 سعد فضيل، شرح قانون الاسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
- 47 سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 2010.
- 48 سناء الخولي، الاسرة والحياة العائلية، دار النهضة العربية 1984.
- 49 شحاتة شفيق، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية، طبعة 1، مطبعة الاعتماد، مصر، بدون سنة نشر.
- 50 شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، الجزء الأول، مصادر الفقه المسيحي والخطبة، الجزء الثاني، في انقضاء الزواج، ركن التراضي، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1958.
- 51 عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري، الجزء الاول، الزواج وآثاره، الطبعة السابعة، منشورات جامعة دمشق، 1996.
- 52 عبد الرحمان الصابوني، قانون الاحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة بدمشق، 1979.
- 53 عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر للطباعة والنشر، 1968.
- 54 عبد الرحمان الصابوني، نظام الاسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، د س ن.
- 55 عبد الرحمان صدقي، تعدد الزوجات بين الشريعة الإسلامية والقانون، درط، 1986، مكتبة نهضة الشرق، القاهرة مصر.
- 56 عبد الرحمن عتو، خطبة النكاح، مكتبة الزرقاء، الاردن، ط 1، 1985.
- 57 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.
- 58 عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 126 عبد العزيز سعد، كتاب "الزواج والطلاق في قانون الاسرة"، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1989.
- 128 عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دمشق سوريا، الطبعة الأولى، 1984.

- 130 عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر الطبعة الأولى، 2007.
- 131 عبد القادر داودي، أحكام الاسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون طبعة، 2010.
- 132 عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الرابعة عشر 1417 هـ/1996 م.
- 133 عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام الاسرة والبيت المسلم، ط 3، 2000، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ج8.
- 134 عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان.
- 135 عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، 2006.
- 136 عبد المجيد الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين لابن القيم، تقديم: بكر أبو زيد، د م ن، دار ابن القيم، الطبعة الأولى، 1421 هـ.
- 137 عبد المجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، 2009، المجلد الأول.
- 138 عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الاسرة الإسلامية، مؤسس المختار للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى 2003.
- 143 عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية للمسلمين وغير المسلمين، مطبعة السعادة، عمان، بدون طبعة وسنة.
- 144 عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 145 عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق المذهب أبي حنيفة وما عليه من العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط2، 1990م.
- 146 عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الاولى، 2007/1428.
- 147 عتو عبد الرحمان، خطبة النكاح، مكتبة المنار الزرقاء، الأردن، الطبعة الأولى، 1405 هـ/1986م.
- 148 عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
- 168 لوكيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، دار هومة، 2004.
- 169 محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مكتبة الجلاء الجديدة، الطبعة الثانية، 2006.
- 170 محمد ابن معجوز المزعراني، أحكام الاسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ج 1،

- مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، طبعة 1998.
- 171 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1987.
- 172 محمد الازهر، شرح المدونة، الاسرة المغربية الجديدة.
- 173 محمد الزحيلي، التعويض المال عن الطلاق، دار لمكتبة، سوريا، ط 1، 2018.
- 174 محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، مكتبة الشباب (1400-1980).
- 175 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الإسكندرية مصر، د.ط، د.س.ن.
- 176 محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 177 محمد سعيد صبري السعدي، مصادر الالتزام "نظرية العامة للالتزامات"، ج 2، د ط، الجزائر، دار الكتاب الحديث 2003.
- 178 محمد سعيد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009.
- 179 محمد سلام منكور، الوجيز لأحكام الاسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.
- 180 محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الاحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الاولى، الاصدار الأول 2002 الطبعة الأولى، الإصدار الثاني 2008م.
- 181 محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية مصر، د ط، 2001.
- 182 محمد شقفة، شرح أحكام الاحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998.
- 183 محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004.
- 184 محمد عقلة، نظام الاسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، الطبعة الأولى والثانية، عمان الأردن، 1989/1983.
- 185 محمد علي قاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، 2004.
- 186 محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني، بين الفقه القانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، د.ط، 2002.
- 187 محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، د س ن.
- 188 محمد كمال الدين امام، أحكام الاسرة، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر مصر، بدون طبعة 2008.
- 189 محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2003.

- 190 محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000.
- 191 محمد محدة، سلسلة فقه السنة، الخطبة والزواج، ط 2، الجزائر، 1994.
- 192 محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1977.
- 193 محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب النسبية والمذهب الجعفري والقانوني، أحكام الاسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الرابعة، 1983.
- 194 محمود السرطاوي، شرح الأحوال الشخصية الاردني، عقد الزواج وآثاره، دار العدوى للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى.
- 195 محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ص 1 الطبعة، 1978.
- 196 محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة مصر، 1980.
- 197 محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002.
- 198 محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 1983.
- 199 مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد- المدخل الفقهي العام-، مطبعة طربين دمشق، سوريا، طبعة العاشرة، 1387هـ/1968م.
- 200 مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 201 منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2008.
- 202 منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1996.
- 203 منصور نور، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، بدون طبعة، 2010.
- 204 منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، ط2، 2002.
- 205 موريس صادق، موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الخطبة والزواج والطاعة والطلاق، مكتبة دنيا القانون للتوزيع والمعارض، مصر، بدون طبعة، 1998.
- 206 موسى جميل النعيمات، النظرية العامة للتأصيل من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة والتوزيع، عمان، د.ط، 2000.
- 207 نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية "دراسة تحليلية وتطبيقية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011م.
- 208 نبيل إسماعيل، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه عمدا الشخصي، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2004.

- 209 نبيل الظواهره الصائغ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، دار صناعة الكتاب وتجارته، الطبعة الثانية، 1998.
- 210 نبيل صفر، مكايي نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009.
- 211 نبيل محمد عبد اللطيف، تطبيق على القانون، رقم 1 لسنة 2000، دار النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة 2000.
- 212 نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2017.
- 213 نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 214 نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2002.
- 215 نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر للطباعة والنشر، الجزائر، ط 1، 2005.
- 216 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مطبعة الفكر، دمشق سوريا، الجزء السابع، 1405 هـ، 1985م.
- 217 وهبة الزحيلي، الفقه الميسر، أحكام الأسرة، دار الكلم الطيب دمشق سوريا، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، سنة 2002.
- 218 يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، الجزائر، 1993.

III. الأطروحات والمذكرات:

أولاً: الأطروحات (دكتوراه).

1. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تنقيد به الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، جامعة المصرية، كلية الحقوق، 1996.
2. حكيمة الحطري، حماية الأسرة أثناء الارتباط وعند الافتراق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية العربية والغربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1999-2000.
3. دهور كوش، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2013.
4. زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004/2005.
5. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005.
6. شامي محمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق تحت الإشراف أ/د: ريس محمد، سنة 2013/2014.
7. عبد الحميد محمود البعلي، نظرية تحمل التبعة بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر 1497 هـ.

8. غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011.
9. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد-تلمسان، 2010.
10. ناصر جميل الشمالية، الضرر الادبي وانتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه مقدمة لجامعة الموصل، العراق.
11. محمد علي محمد علي العمري، السلطة التقديرية للقاضي في القضاء السلامي وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية، رسالة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005م.

ثانيا: المذكرات (ماجستير).

- 1 إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني (دراسة تحليلية نقدية)، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995.
- 2 أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير، جامعة الاردنية، الاردن، 1993.
- 3 بشير سهام، الطعن بالنقض العام، المحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2005/2006.
- 4 بلولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 2004/2005.
- 5 بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 21 ماي 2014.
- 6 بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الاسرة، مذكرة لنيل ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الاسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، سنة 2014/2015.
- 7 بوحاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة 2013-2014.
- 8 بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، فاس، المغرب، 2005-2006.
- 9 بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية 2007/2008.
- 10 توفيق أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة الاردنية، الاردن، 1990.
- 11 جرادة لخضر، الوصية في قانون الاسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2013/2014.
- 12 حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 1998.

- 13 دلهوم نجوى، الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء بالجزائر، السنة الدراسية 2008-2011.
- 14 رائد زيدات، سلطة القاضي في إدارة الخصومة المدنية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق للإدارة العامة، فلسطين، 2013.
- 15 سويسي فتيحة، النشوز في ظل أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003/2004.
- 16 شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج والأسرة وانحلاله، التخرج لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، 2008.
- 17 صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1986.
- 18 عبد الرحيم الانوار، نظام الطلاق في الجزائر، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا، فرع القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 1975/1976.
- 19 عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كلية العلوم الاجتماعية والحضارة الإسلامية، الجزائر، قسم الشريعة والقانون، تحت إشراف: الأستاذة: ليلي جمعي، سنة 2006.
- 20 عبير ربحي القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير، جامعة الأردنية، 1996.
- 20 عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، سنة 2009.
- 21 عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وانتهائه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2013-2014.
- 22 فاطمة الزهراء تبوت، المولودة رابحي، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 1997.
- 23 فيض الله محمد فوزي، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الزهر، 1962.
- 24 كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2011-2012.
- 25 محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الشرعية، تخصص فقه وأصول العلوم، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008/2009.
- 26 محمد يوسف، فقهاء التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح، فلسطين، 2008/2009.

- 27 مسعودي يوسف، الاشراف في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2007/2006.
- 28 هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في فقه وشؤون، رسالة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الاسرة، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص فرع قانون أسرة تحت الاشراف أ/د: لمطاعي نور الدين، سنة 2015/2014.
- 29 بومبجي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حامة لخضر، الوادي، سنة 2015/2014.

3. محاضرات وندوات:

- 1 أحمد أبو ليل، تقييد حق الزوج في التطليق، عدد خاص بأبحاث ندوة حقوق الاسرة في ضوء معطيات المعاصرة، التي عقدتها كلية الشريعة والقانون في الفترة (25-26) رجب 1415هـ/ (27-28) ديسمبر 1994م، مطبعة جامعة الامارات العربية.
- 2 الشيخ حسن الجعفري، كلمته في التقرير الصادر عن الندوة العلمية حول دور البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية، بيروت، سنة 2002 م.
- 3 العربي بلحاج، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، محاضرات أقيمت على طلاب الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1989.
- 4 برهان الدين ابن فرحون المالكي، درة الغواص في محاضرة الخواص، ط/2 1406 هـ -1985 م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت لبنان.
- 5 بوذريعات محمد، الصيغة القانونية لدور القاضي في الصلح، من اعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يوم 6 و7 ماس، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، عدد 03، الجزائر، 2014.
- 6 عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية (لطلبة تحضير شهادة الكفاءة المهنية للمحاماة)، ثلاثة Editions، الجزائر، سنة 2007.
- 7 عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الاحوال الشخصية منشورات تالة، الجزائر، د ط، 2001.
- 8 علي فيلاي وحמיד بن شيتي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 99/98، بن عكنون، الجزائر.
- 9 محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة.

مقالات:

- 1 إبراهيم محمد الحيدر، التعويض عن الاضرار السجن الخطأ في الفقه والنظام دراسة مقارنة.
- 2 أحمد طالب، نظام تعويض الاضرار الناجمة عن حوادث المرور، م.ق، 1991، 2.
- 3 أسامة الاشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 103، إسلام "أون لاين"، الانترنت والزواج.
- 4 إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة المشروعة أو لقصد الاضرار بالغير -دراسة مقارنة-

- المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد الثالث، سنة 1430 هـ/2009م.
- 5 التركي باهي، تقنين الشريعة الإسلامية، حوليات جامعة قلمة، جامعة قلمة 2004، العدد 2، 2004.
 - 6 العربي بلحاج، التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، م ج، 1992، العدد 2.
 - 7 الغوتي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القاضي، المجلة القضائية، قلمة، 2004، العدد 2، 2004.
 - 8 الغوتي بن ملح، حول الاجتهاد القضائي، المرحلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد الأول، 2000.
 - 9 بداوي علي، الضوابط الإجرائية المستحدثة في شروط الدعوى وقواعد الاختصاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، 2009، منشور في نشرة القضاة (مجلة قضائية تصدر عن المحكمة العليا)، العدد 64، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر.
 - 10 يعطوش حكيم، تعويض الضرر المعنوي، نشرة القضاة، وزارة العدل الجزائر العدد السابع والاربعون، 1995.
 - 11 بن الشيخ هجيرة، مركز المرأة في التشريع العائلي الجزائري، مجلة الشرطة، عدد 40، 1989
 - 12 تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث الجامعي، 2007، عدد 1.
 - 13 تمييز حقوق رقم 11/221، مجلة نقابة المحامين، السنة الحادية والاربعون، ع 1، 2، 3، 1993.
 - 14 زرقون نور الدين، سلطة القاضي في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع، دفاثير السياسية والقانون، العدد الثامن، 1 جانفي 2013، جامعة ورقلة.
 - 15 زكية تشوار حميدو، الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 41، عدد 02، سنة 2003.
 - 16 ساجدة عفيف عتيلي، ريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومنعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة البحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012.
 - 17 سعد العنزي، المنهج العام للتفريق، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد الثامن والاربعون، 1999.
 - 18 سليمان وهيب، البلوتوث والانترنت يعصفان بالحياء ويغرقان المجتمع في الفضائح، جريدة الشروق، 2009/06/15، العدد 2637.
 - 19 سمير أورفلي، الخطبة والعدول عنها، مجلة القضاء والتشريع التونسية.
 - 20 سيد قطب، في ظلال القرآن، ج5، دار الشروق، الطبعة الشرعية الخامسة والثلاثون، 2005.
 - 21 شيخ بن منيع، حكم الوفاء بالوعد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 26، 1413 هـ.
 - 22 صديقي الأخضر، مقال إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الاسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، الجزائر، العدد 28.
 - 23 عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، منشورات جامعة دمشق، 1994.
 - 24 عبد العزيز بوزراع، النظام القانوني لتعويض ضحايا حوادث المرور، مجلة الفكر القانوني، عدد 2، 1985.
 - 25 عبد الله الناصر، العقود الالكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، 2007، العدد 73.

- 26 عبد الله كوثر، مصادف وفخاخ تتكاثر على الشبكة العنكبوتية، جريد الخبر، 19/10/2009، العدد 5792.
- 27 عبد المجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، 2009.
- 28 عبد المنعم أحمد سلطان عيد، اتجاه المشرع في حل المنازعات الاسرية، مقالة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، 2010.
- 29 عمار بوضياف، دور القاضي في المجتمعات الحديثة، نشرة القضاء، وزارة العدل، الجزائر، العدد الثامن والاربعون 48، د.ت.ن.
- 30 عمر زودة، طرق الطعن في الاحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.
- 31 مجلة الاحكام العدلية، تأليف لجنة من كبار ديوان الاحكام العدلية، تنسيق المحامي نجيب هواويني، طبعة مطبعة شعاركم، بيروت لبنان.
- 32 مجلة نقابة المحامين الاردنيين، تمييز الحقوق رقم 99/530، المجلة القضائية، للمعهد القضائي الأردني، المجلد الأول، العدد الخامس، 1997.
- 33 مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة الانباء للعلوم الاسلامية، العراق، العدد الثالث، المجلد الاول، 2009.
- 34 محمد أحمد البديرات، مدى اعتبار مرض الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في قانون الأردني والفقہ الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، سنة 2006.
- 35 محمد إسماعيل، خطبة النساء في الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 2002.
- 36 محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام، العدد 5 لسنة 1982.
- 37 محمد النجيمي، ابرام عقود الأحوال الشخصية عبر الوسائل الالكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 60.
- 38 محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض المملكة العربية السعودية، العدد التاسع، 1398هـ.
- 39 محمد بوزيدي المصالحة في مجال تعويض ضحايا حوادث المرور، م.ق، 1992، 2.
- 40 محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة مصر، د.س.ط، 1980.
- 41 مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 2000.
- 42 مدونة الاسرة المغربية، المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق ل 3 فبراير سنة 2004) جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة يوم فبراير سنة 2004.
- 43 مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية، رسالة جامعة القاهرة، 1936.
- 44 منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، راجعه وعلق عليه الشيخ هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، الجزء الخامس، سنة 1982.
- 45 مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الادبي -دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون 2009، العدد 39.

- 46 مورييس صادق، موسوعة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الخطبة والزواج والطاعة والطلاق، مكتبة دنيا القانون للتوزيع والمعارض، مصر، بدون طبعة، 1998.
- 47 موسوعة دالوز القانون المدني، أمانييل فارجي، وجورج ريباط 1954.
- 48 ناصر الدين ماروك، قانون الاسرة الجزائري، بين النظرية والتطبيق، مقال منشور في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، السنة الثالثة 2001.
- 49 نبيل إبراهيم سعد، القوة الإثباتية لتقرير الخبير، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، 2000، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر.

مراجع باللغة الفرنسية:

- 1 Alain benabent, droit civil, la famille. 3éme édition 1988, librairie de la cour de cassation, paris.
- 2 Belhadj (L), les atteintes à la liberté du mariage en droit Maghrébin, Rev, Alg, 1988, N°2.
- 5 CHAPPION, Droit des femmes, masson, Paris, 3 éme édition, 1984, n° 72.
- 6 Dupichot, des préjudices préjudices réfléchis, né de l'atteinte à l'intégrité corporelle. Paris 1969.
- 7 Geneviève Veney s et Patrice Jourdain, Traité de Droit Civil "les condition de la Responsabilité" 2 édition, Paris, L.G.D.J, 1998, Jean-Luc Aubert, op, cit.
- 8 GHAOUTI, BENMELHA, le droit de la famille, O P U, Alger, 1973.
- 9 L.JOSSRAND, Le problème de l'abus de droit, DH 1967, chr 27, cite par J.CARBONNIER, Droit civil, tome 2, La famille, Les incapacités, Presses universitaires de France, 1983. N°4.
- 10 M.PLANIOL et G.RIPERT, Traitè pratique de droit civil français, 2éme édition, tome 2, L.G.D.J, 1952 n° 81.
- 11 M.PLANIOL et G.RIPERT, traité de droit civil français (t.2 :la famille), 2° ed, Par Rousat 1952.
- 13 Philippe le tourneau et loiccadiet : Droit de la Responsabilité. Paris : Dalloz, 1998
- 14 Planiol et Ripert. Traité, T.2.2° ed par Rouast, N° 83 ; Marty et Raynaud. Droit civil, les Personnes 1976 , N° 75, H.J.B Mazeaud, leçons de droit civil, T1, N°725.
- 15 POTHIER, Traité du contrat de mariage, n° 23, cité par L.AYNES.
- 16 ZIDANE (F.C),l'enfant né hors mariage en algérie, E.A.P, Alger, 1992, Chalabi (e). l'enfant né hors mariage, RevAlg ,1987, n 2, Ait Zai (n), L'enfant abandonné et la loi, mem. mag, Univ d'Alger, 1988.

مواقع من الانترنت:

- 1- Dspace.uni-tlemcen.dz/bit ream/112/2692/3/mas3ouda.pdf
- 2- www.farrajlawyer.comp/sendtofriend.php?SendTopic Id=153
- 3- http://www.lob.gov.fo/ui/owsfseatchi-no.fsp ?np=36gear=

القرارات القضائية:

1. القضاء الفرنسي:

- Cass,Civ, 30/05/1838, S1838, n°31.
- Cass. Civ, 30/03/1838, 1, 494.
- C.A. Paris, 8/11/1957.

- Rouen, 09/07/1952, D, 1953, JP, 13, Cass, Crim, 05/010/1956, D, 1956, N°216, Lyon, 26/05/1966, D1967, P9, Cass. Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, Remis, 30/06/1953, D.1986, I.R, 64, Cass.Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, 10,N° 118, Civ, 1N° 118.
- Cass. Rennes. Ch. Civ, 18/05/1925, D, 1953, n°13.
- Cass. Pénale, 13/06/1956, D, 1956, n° 216.
- Cass, Soc, 15/02/2010, D, 20010, Som. 2451, R.T.D.CIV, 2001, 563 obs HAUSSER .
- Cass, Pénale, 13/06/1956, D, 1596, N°216.
- C.A. Paris, 8/11/1957, cité par P.COURBE, Droit de la famille, éditions Arnand Colin, Paris.
- (ph) Le tourneau, la responsabilité civile, n°1481 ets, éd 2003, par (L) cadet, Cass. Civ, 26/01/1982, Bull, CIV, 1, 41, (ph), Malaurie, La famille, et s, (J) Carbonnier, op, cir, n°8.
- LEMOULAND ; Aix-En-Provence, 27/06/10996, JCO, 1997, 1, 3996, Cass. Civ, 06/12/1989, D. 1990, 225 Note Hausser (j), 30/03/1999, D, 1999 372, obs, LEMOULAND, Aix-En-Provence, 27/06/1996, JCP, 1997, 1, 3996.

2. القضاء الجزائري:

- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2001/04/07، قضية رقم 2000/2543.
- محكمة البيض، ق.أ.ش، 2001/05/05، قضية رقم 01/85.
- محكمة عين الصفراء، ق.أ.ش، 2004/02/15، قضية رقم 03/208.
- محكمة معسكر، ق.أ.ش، 2006/05/21، قضية رقم 143/312.
- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2007/12/08، قضية رقم 07/0502.
- قرار رقم 2437 مؤرخ في 07 جوان 2007 يتضمن مشروع قانون الاحوال الشخصية السوري المعدل والمتمم في 05 نيسان 2009 الموافق لـ 10 ربيع الآخر 1430هـ.
- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2008/05/21، قضية رقم 08/0431.
- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2008/03/22، قضية رقم 07/1541.
- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2009/06/27، قضية رقم 09/0355.
- محكمة سعيدة، ق.أ.ش، 2009/07/01، قضية رقم 09/0060.
- محكمة قضاء سعيدة، غ.ش.أ، 2010/01/14، قرار رقم 09/00528

الفهرس:

اهداء وتشكر

قائمة المختصرات

مقدمة

الباب الأول: التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق

- 14..... الفصل الأول: العدول عن الخطبة والطلاق كمسألة موجبة للتعويض
- 16..... المبحث الأول: الطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها
- 16..... المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة
- 19..... الفرع الأول: النظرية العقدية للخطبة
- 21..... أولاً: الاساس التاريخي
- 21..... أ- القانون الروماني:
- 21..... ب- القانون الكنسي:
- 23..... ثانياً: الاساس القانوني
- 24..... أ- الشروط الموضوعية:
- 28..... ب- الشروط الشكلية
- 29..... (1) الاعلان عن الخطبة
- 29..... (2) المعارضة في الخطبة
- 34..... ج- القانون الواجب التطبيق
- 37..... الفرع الثاني: الخطبة وعد بالزواج
- 41..... أولاً: اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد
- 48..... الفرع الثالث: الخطبة في الشريعة الاسلامية
- 49..... أولاً: شروط الخطبة:
- 51..... ثانياً: الخطبة عبر الوسائل الالكترونية
- 54..... المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة
- 54..... الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة ديانة
- 55..... أولاً: حكم العدول عن الخطبة في الشريعة
- 55..... أولاً: المذهب المالكي
- 56..... ثانياً: المذهب الحنفي
- 57..... ثالثاً: المذهب الحنبلي
- 57..... رابعاً: المذهب الشافعي
- 60..... الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة تشريعاً وقضاء

65.....	المبحث الثاني: المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة.
67.....	المطلب الأول: أركان المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة.
68.....	الفرع الأول: ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.
70.....	أ- تعريف الخطأ:.....
72.....	أولاً: أفعال ناجمة عن الخطبة بإعدادتها
75.....	تطبيق معايير التعسف على العدول من الخطبة:.....
76.....	(1) الخطأ المفترض:.....
76.....	(2) الخطأ الطائش:.....
77.....	(3) التعسف من خلال عدم مراعاة تطويل مدة الخطبة من طرف الفاعل
78.....	ثانياً: أفعال أجنبية عن الخطبة.....
82.....	الفرع الثاني: الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.
82.....	أولاً: ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.
82.....	أ- تعريف الضرر:.....
84.....	(1) الضرر المادي:.....
85.....	(2) الضرر المعنوي:.....
87.....	ج- الضرر المحتمل في مجال العدول عن الخطبة.....
90.....	ثانياً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة.....
94.....	المطلب الثاني: اتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية...
94.....	الفرع الأول: اتجاهات أحكام القضاء في عدم التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....
95.....	الاتجاه الأول: عدم التعويض.....
99.....	نقد: القول بعدم ترتيب أي مسؤولية على فسخ الخطبة لأنها من المباحات العامة.....
100.....	نقد: الرأي القائل بأن الخطبة عقدا العدول عنها يستوجب التعويض على أساس المسؤولية العقدية.....
101.....	الفرع الثاني: اتجاهات أحكام القضاء في التعويض مع التفاصيل عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....
101.....	الاتجاه الثاني: التعويض مع التفاصيل عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....
101.....	أولاً: التعويض مطلقاً.....
104.....	نقد: القول الذي يقرر المسؤولية عن العدول عن الخطبة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.....
107.....	ثانياً: القول بأن العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض ولكن الظروف التي تلايس ذلك الفسخ قد تكون موجبة للتعويض.....
109.....	القول الأول: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي فقط.....
110.....	القول الثاني: وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة، إذا ترتب عليه ضرر مادي أو معنوي.....
111.....	الرأي القانوني:.....
112.....	الترجيح:.....
113.....	المبحث الثالث: الطلاق مسألة موجبة للتعويض.....
114.....	المطلب الأول: الفرق بين الفسخ والطلاق، والقيود والواردة على الطلاق.....
114.....	الفرع الأول: مفهوم الفرقة وأنواعها.....

115.....	تحليل التعريف:
120.....	الفرع الثاني: الفرق التي تعد فسخاً والتي تعد طلاقاً.
120.....	أولاً: ما يعد طلاقاً وما يعد فسخاً عند الحنفية.
122.....	أ) الفرق التي تعد طلاقاً:
122.....	ب) الفرق التي تعد فسخاً:
124.....	ثانياً: ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً عند المالكية.
125.....	أ. الفرقة التي تعتبر طلاقاً عند المالكية:
126.....	ثالثاً: ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً عند الشافعية.
127.....	رابعاً: ما يعد فسخاً وما يعد طلاقاً عند الحنابلة.
128.....	المطلب الثاني: القيود الواردة على الحق في إيقاع الطلاق.
129.....	الفرع الأول: القيود ذات المصدر الديني.
133.....	ثانياً: قيد العدد والوقت في الطلاق.
138.....	الترجيح:
139.....	مناقشة قانون الأسرة الجزائري:
141.....	ثالثاً: قيد الاهلية والوعي والقصد.
144.....	أ- طلاق المدهوش.
146.....	الفرع الثاني: القيود التشريعية والقضائية التي تقع على حق الطلاق.
146.....	أولاً: عدم استعمال حق الطلاق إلا بعد استنفاد وسائل الإصلاح المشروعة.
158.....	ثانياً: لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي.
160.....	مناقشة قانون الأسرة الجزائري:
162.....	الوجهة الثانية: إثبات في قانون الأسرة الجزائري.
167.....	الفصل الثاني:
167.....	صور الطلاق الموجب للتعويض.
168.....	مقدمة:
169.....	المبحث الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والزوجة.
171.....	المطلب الأول: الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة.
172.....	الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق التعسفي.
172.....	أولاً: المعايير الذاتية أو الشخصية.
172.....	أ- معيار قصد الأضرار:
172.....	ب- معيار المصلحة المشروعة:
173.....	ثانياً: المعايير الموضوعية أو المادية.
173.....	أ) معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:
173.....	الفرع الثاني: صور التعسف في الطلاق.
173.....	أولاً: طلاق المريض مرض الموت.

- أ- طلاق المريض مرض الموت فقها وقضائيا وأحكامه.....173
- (1) تعريف مرض الموت اصطلاحا:173
- (2) تعريف مرض الموت فقهاً وقضائياً.....175
- (ب) أحكام طلاق المريض مرض الموت:177
- 1- حكم ميراث المطلقة في مرض الموت:177
- ثالثا: طلاق المرتد:180
- أ- تعريف الطلاق دون سبب مشروع:.....182
- ثالثا: الطلاق بغير سبب مشروع.....182
- ج- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت.....182
- الترجيح:.....185
- الفرع الثالث: الأسباب المؤدية إلى الطلاق.....186
- أولاً: الاسباب الطلاق الخاصة.....187
- أ- الأسباب الاجتماعية المؤدية إلى الطلاق.....187
- 4- مشكل تدخل الأقارب:.....190
- ب- الأسباب الطبيعية المؤدية إلى الطلاق.....191
- (1) عدم التوافق والانسجام بين الزوجين:191
- (2) عقر المرأة:.....193
- (3) عدم الكفاءة الجنسية:.....194
- (4) فقدان العذرية:.....196
- أ- كيفية تفحص أسباب الطلاق قضائيا.....199
- ب- الأساس القانوني لقيام التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.....201
- المطلب الثاني: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة الخلع.....202
- الفرع الأول: التعريف الفقهي للخلع وشروطه العامة والخاصة.....203
- أولاً: تعريف الخلع وشروطه الخاصة.....203
- أ- أول خلع وقع في العرب قبل الإسلام.....203
- (ب) تعريف الخلع اصطلاحا:204
- (1) تعريف المالكية: عرف المالكية الخلع بأنه "الطلاق بعوض سواء كان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو بلفظ الخلع من غير عوض".205
- (2) تعريف الشافعية: عرفوا الخلع بأنه "فرقة بعوض مقصود من الزوجة أو غيرها راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع"، فقولهم "بعوض مقصود" خرج به العوض غير المقصود، وهو المال غير المنقوم، كأن يخلعها على الميتة أو الخنزير أو الدم أو الحشرات.....205
- (3) تعريف الحنابلة: عرف الحنابلة الخلع بأنه "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"، نلاحظ من خلال هذا التعريف أن الحنابلة اشترطوا في الخلع ألفاظا مخصوصة، ولم يقصروا المخالعة على لفظ الخلع، كما اشترط الحنابلة العوض في المخالعة واعتبروه ركنا فيه لا يصح تركه.....206
- (4) تعريف الحنفية: عرف الخلع على أنه إزالة ملك النكاح المتوافقة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه.....206
- (5) تعريف الإباضية: قالوا: "إن الخلع فرقة بين الزوجين وذلك برد المرأة صداقها لزوجها وقبوله إياه.....207

- 6) تعريف المذهب الجعفري: عرفوا الخلع بأنه طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج.....207
- 7) تعريف مذهب الظاهرية: إن الخلع عند الظاهرية طلاق رجعي يقع بإرادة الزوج ولا يجبر عليه، وله فيه حق الرجعة رضيت الزوجة أو لم ترض، فقد روي عن طريف عبد الرزاق عليها ما أخذ منها في العدة وليشهد على رجعتها.....207
- ج) شروط صحة المخالعة:209
- 1- المحل الصحيح:210
- 2- صيغة المخالعة:211
- الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:211
- الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:212
- ثانياً: البديل ومكانة التعويض منه212
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للخلع217
- أولاً: صدور ق.أ.ج رقم 11/84:217
- ثانياً: موقف المشرع الجزائري في ظل المادة 54 بعد تعديلها220
- أ- تنظيم الخلع في التشريع السوري223
- ب- تنظيم الخلع في التشريع المصري223
- الفرع الثالث: الأساس القانوني لاستحقاق الزوج للتعويض للحكم الخلع224
- أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي225
- ثانياً: صور التعسف في استعمال حق الخلع225
- ثالثاً: عبء اثبات التعسف227
- مناقشة قانون الاسرة الجزائري:229
- المبحث الثاني: الطلاق الذي يوقعه القاضي لتوافر أسباب محددة230
- المطلب الاول: التطلق230
- الفرع الاول: حالات التطلق المنصوص عليها في المادة 53 من ق.أ231
- أسباب طلب التطلق232
- (2) التطلق للعيوب239
- 1) أساس القول بهذا الشرط242
- الشرط الثاني: استثناء عيب الاعتراض والعنة من شرط عدم العلم بالعيوب:244
- 1) ضرب مدة لعلاج العيب الممكن علاجه244
- 2) ألا تكون الزوجة معيبة بنفس عيب الزوج عند الحنفية244
- 3) الهجرة في المضجع247
- الفقرة الثانية: الحالات التي تفرد بها المشرع الجزائري250
- (5) التطلق للغيبة254
- أ- الغيبة في القانون الجزائري255
- ب- الغيبة في التشريعات العربية256
- 6) مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 من ق-أ258

262.....	7) التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.....
263.....	8) مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
265.....	9) كل الضرر معتبر شرعاً.....
269.....	الفرع الثاني : مدى اعتبار التطليق مسألة موجبة التعويض.....
270.....	أولاً: تاريخ المسألة بالقضاء والتشريع الجزائري والمقارن:.....
272.....	ثانياً: الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق.....
276.....	المطلب الثاني: الطلاق للنشوز.....
277.....	الفرع الأول: المفهوم اللغوي والفقهى للنشوز.....
278.....	أ- عند فقهاء الحنفية:.....
278.....	ب- عند فقهاء المالكية:.....
279.....	ج- عند فقهاء الشافعية:.....
279.....	د- عند فقهاء الحنابلة.....
280.....	التعريف القانوني للنشوز:.....
281.....	الفرع الثاني: مظاهر وأسباب النشوز.....
281.....	أولاً: خروج الزوجة من بيت زوجها.....
281.....	الصورة الأولى: خروج الزوجة من البيت دون إذن زوجها بغير عذر مشروع.....
283.....	الصورة الثانية: خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذن زوجها لعذر مشروع.....
283.....	1- خروج المرأة لزيارة والديها.....
284.....	2- استئذان المرأة لزوجها للخروج إلى المسجد.....
284.....	3- اشتراط الزوجة عدم منعها من العمل خارج البيت عند العقد.....
285.....	ترجيح المسألة:.....
285.....	1/1/3- معيار قصد الاضرار:.....
286.....	2/1/3- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:.....
286.....	3/1/3- معيار المصلحة غير المشروعة:.....
286.....	2/3- موقف المشرع الجزائري قانون الاسرة الجزائري.....
287.....	3/3- موقف بعض التشريعات العربية:.....
287.....	1/3/3- موقف القانون المصري:.....
287.....	2/3/3- موقف القانون السوري:.....
288.....	الفرع الثالث: مظاهر نشوز الزوجة بالفعل.....
288.....	أولاً: امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر أو السفر معه:.....
288.....	أ- امتناع الزوجة من تمكين زوجها تمكيناً كاملاً بغير حق أو عذر شرعي.....
290.....	ب- موقف قانون الاسرة الجزائري.....
290.....	ج- موقف بعض التشريعات العربية.....
290.....	1- موقف القانون المصري:.....

291.....	2- موقف القانون السوري:
291.....	ثانياً: امتناع الزوجة عن الانتقال مع زوجها إلى مسكن آخر أو السفر معه
293.....	ثالثاً: التكيف القانوني والقضائي للنشوز.
294.....	أ اثبات النشوز في قانون أسرة الجزائري.
296.....	(ب) اجراءات رفع دعوى النشوز في القانون الجزائري:
297.....	(ج) اثبات النشوز في القانون المقارن:.....
297.....	1- في القانون السوري:
297.....	2- في القانون المصري:
299.....	مناقشة قانون الاسرة الجزائري:
	الباب الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر في مسائل الزواج والطلاق
306.....	الفصل الأول: ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر.....
307.....	مقدمة:.....
307.....	المبحث الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة.....
308.....	المطلب الأول: التعريف بالسلطة القضائية لقاضي شؤون الاسرة.....
308.....	الفرع الأول: التعريف السلطة التقديرية للقاضي شؤون الاسرة.....
308.....	أولاً: التعريف الاصطلاحي.....
309.....	أ- تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح الشرعي.....
310.....	ثانياً: التعريف القانوني.....
310.....	أ- السلطة التقديرية للقاضي في التعريف القانوني:
311.....	الفرع الثاني: الموقف الفقهي من السلطة التقديرية للقاضي.....
312.....	أولاً: الموقف المعارض لوجود السلطة التقديرية للقاضي
313.....	مناقشة هذا الرأي:
313.....	ثانياً: الموقف المبيح للسلطة التقديرية للقاضي.....
314.....	ثالثاً: الموقف المؤيد لوجود السلطة التقديرية للقاضي.....
315.....	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية.....
316.....	أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في قانون الاسرة الجزائري:
317.....	ثانياً: مدى استقلالية قانون الاسرة عن القانون المدني والإجراءات المدنية.....
318.....	المطلب الثاني: مصادر النشاط التقديري للقاضي شؤون الاسرة
319.....	الفرع الأول: عناصر النزاع.....
320.....	الفرع الثاني: المصادر القانونية.....
321.....	أولاً: القاعدة القانونية.....
322.....	ثانياً: الشريعة الإسلامية.....
323.....	ثالثاً: العرف.....
324.....	رابعاً: المبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.....

- الفرع الثالث: الوسائل التي يستعين بها القاضي 326
- أولاً: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي 326
- أ- المبادئ القانونية العامة 326
- ب- المفاهيم القانونية 327
- ج- المعايير القانونية 327
- ثانياً: الوسائل الفنية القانونية لسلطة القاضي التقديرية 327
- ثالثاً: الوسائل المنطقية لسلطة القاضي التقديرية 329
- أ- الاستدلال بالتمثيل "المشابهة" 329
- ب- الاستدلال بالمخالفة (التضاد) 330
- ت- التحليل 330
- ث- البرهنة الغائية 331
- المطلب الثالث: كيفية ممارسة القاضي شؤون الاسرة لنشاطه التقديري في التعويض عن الضرر 331
- الفرع الأول: المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع 331
- أولاً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع 332
- ثانياً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون 335
- الفرع الثاني: أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر 337
- أولاً: المقصود بالتقدير الموضوعي 337
- ثانياً: التقدير الشخصي 339
- الفرع الثالث: القيود الواردة على النشاط التقديري للقاضي 345
- أولاً: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون 345
- أ- الغاية من وجود القضاء منح القاضي سلطة تقديرية 346
- ب- المصلحة وتصرف القاضي 346
- ت- ضرورة التقييد بمجال الاجتهاد 347
- ثانياً: التزام القاضي بتسبيب الحكم 348
- ثالثاً: عدم القضاء القاضي بعلمه الشخصي 350
- أ- المقصود بعلم القاضي الشخصي 350
- ب- منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي استناداً لمبدأ حياد القاضي 353
- ج- الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي 354
- الخلاصة: 354
- المبحث الثاني: المقصود بالتعويض عن الضرر وحدود ممارسة القاضي لسلطته في التعويض عن الضرر 355
- المطلب الأول: المقصود بالتعويض عن الضرر 356
- الفرع الأول: مفهوم الضرر وأنواعه 356
- أ- تعريف الضرر في اللغة 358
- ب- تعريف الاصطلاحي للضرر 359

359.....	1- تعريف الضرر عند الفقهاء القدامى
360.....	مناقشة وترجيح:
361.....	ثانيا: مفهوم الضرر في القانون.
363.....	(ج) مقارنة مفهوم الضرر بين الشريعة والقانون
363.....	الفرع الثاني: أنواع الضرر
364.....	أولا: أنواع الضرر في الفقه الاسلامي
364.....	أ- الضرر المادي
364.....	(1) الضرر المالي:
366.....	ب- الضرر غير المادي
366.....	1- الضرر الأدبي:
368.....	2- الضرر المعنوي:
369.....	ثانيا: انواع الضرر في القانون المدني
369.....	2- الضرر المادي:
376.....	أ- الضرر المعنوي
377.....	1/1 تعريف الضرر الادبي في التشريع
378.....	2/1 تعريف الضرر الادبي في القضاء
379.....	1- صور الأضرار الأدبية وشروطها
379.....	1.2 صور الاضرار الأدبية
379.....	1.1.2 أضرار أدبية متصلة بأضرار مادية
379.....	2.1.2 صورة الاضرار الأدبية المجردة
380.....	3.1.2 صورة الاضرار الأدبية الناتجة عن الاعتداء على القيم المعنوية
380.....	2.2 شروط قيام الضرر الادبي
381.....	(ج) مقارنة أنواع الضرر بين الشريعة الإسلامية والقانون
382.....	المطلب الثاني: مقصود بالتعويض في الفقه الإسلامي والقانون
383.....	الفرع الأول: تعريف التعويض
383.....	أولا: تعريف التعويض في اللغة وفي الاصطلاح
383.....	أ- تعريف التعويض في اصطلاح الفقهاء
384.....	1 تعريف التعويض بمعنى "الضمان" في الاصطلاح الشرعي:
385.....	(ج) مشروعية التعويض:
387.....	(د) فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع
389.....	ثانيا: مفهوم التعويض في القانون
391.....	الفرع الثاني: طرق التعويض
393.....	أولا: أنواع التعويض
393.....	أ- التعويض العيني:

398.....	ب التعويض بمقابل.....
398.....	1- التعويض النقدي.....
400.....	2- التعويض غير النقدي.....
402.....	المطلب الثالث: أساس تقدير التعويض.....
403.....	الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض.....
404.....	أولاً: التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي).....
404.....	أ- تعريف القانوني للتعويض.....
408.....	ثانياً: التحديد القانوني للمسؤولية.....
411.....	الفرع الثاني: التقدير الاتفاقي.....
412.....	أولاً: مفهوم الشرط الجزائي وشروط استحقاقه وسلطة القاضي في تعديله.....
412.....	أ- مفهوم التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).....
412.....	1- تعريف التعويض الاتفاقي وأركانه:.....
414.....	ب- أهمية التعويض الاتفاقي:.....
414.....	ج- شروط استحقاق الشرط الجزائي:.....
417.....	ح- سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي:.....
419.....	ثالثاً: التقدير القضائي للتعويض.....
419.....	أ- تعريف التعويض القضائي.....
420.....	ب- عناصر التعويض القضائي.....
426.....	1- الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض.....
426.....	1/1 أن يكون الضرر شخصياً.....
427.....	2/1 ان يكون الضرر محققاً.....
430.....	ج- كيفية دفع التعويض.....
434.....	الفصل الثاني: تطبيق سلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الزواج والطلاق والقيود الواردة عليه.....
437.....	المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض في مشاكل الزواج والطلاق.....
440.....	المطلب الأول: تقدير القاضي للتعويض عن العدول عن الخطبة.....
441.....	أولاً: التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
441.....	1 إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
445.....	2 كيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
448.....	أ الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
450.....	4 معيار المصلحة غير المشروعة.....
456.....	ثانياً: تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
457.....	أ- إمكانية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.....
460.....	أ- التعويض العيني للضرر المعنوي.....
461.....	1/2 التعويض العيني عن الضرر المعنوي:.....

- 463.....2/2 التعويض بمقابل عن الضرر الادبي.....
- 464.....1- عناصر تقدير التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة.....
- 466.....أ- الاعتماد بدرجة الخطأ:.....
- 467.....ب- الظروف الشخصية للمضروب من العدول.....
- 467.....ج- الظروف الشخصية لتقدير التعويض للمسؤول عن الضرر.....
- 468.....د- حسن النية.....
- 469.....المطلب الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية.....
- 471.....الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.....
- 473.....أ. المذهب الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 477.....ب المذهب الثاني: القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 481.....الترجيح:.....
- 483.....الفرع الثاني: الاساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية.....
-أ- الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريع الجزائري.....

484

- 486.....أولا حكم الطلاق بناءً على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف.....
- 491.....ب- كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 492.....أولاً: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 499.....ج- العلاقة بين المتعة والتعويض.....
- 500.....أولاً: تعريف المتعة.....
- 501.....ب تعريف المتعة اصطلاحاً:.....
- 501.....1 تعريف المالكية.....
- 502.....3 المتعة في المذاهب الفقهية.....
- 504.....الفرع الثالث: العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.....
- 504.....(أ) أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة والتعويض.....
- 504.....1- أوجه التشابه بين المتعة والتعويض.....
- 504.....2- أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.....
- 505.....3- العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق.....
- 507.....أولاً: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 511.....ثانياً: طريقة التعويض.....
- 511.....أ. تقدير التعويض في القانون المقارن:.....
- 513.....ثالثاً: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي.....
- 514.....المطلب الثالث: تقدير قاضي شؤون الاسرة للتعويض في حالة التطلق ونشوز.....
- 514.....أولاً: مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطلق والنشوز.....
- 514.....أ. في حالة التطلق:.....
- 515.....1. إثبات الضرر في حالة التطلق:.....

515.....	2.	تقدير وسائل اثبات الضرر:
516.....	-1	الوسائل الرئيسية.
516.....	1/1	الاثبات بالشهادة:
517.....	2/1/1	الشهادة الخاصة:
518.....	3/1	القرائن:
520.....	2	الوسائل الثانوية:
		3/2 الكتابة: 521.....
521.....		الفقرة الثانية: حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر.
521.....	1	شروط الحكمين.
522.....	2/1	أن يكونا عدلين:
522.....	2	سلطة الحكمين.
523.....	3	القوة الإثباتية لتقرير الحكمين:
524.....		ثانيا: في حالة النشوز.
525.....		الفرع الثاني: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر في حالة التطلق والنشوز.
525.....		أولاً: أسس تقدير التعويض.
526.....		ب في حالة النشوز.
527.....		ثانيا: مقدار وطريقة دفع التعويض.
528.....		ثالثاً: وقت تقدير التعويض عن الضرر في حالة النشوز والتطلق.
528.....		خلاصة:
529.....		الفرع الثالث: دور القاضي في تقدير بدل الخلع.
529.....		أولاً: تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي.
532.....		ثالثاً: الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي لاستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع.
538.....		المبحث الثاني: القيود الرقابة القضائية والإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض.
539.....		المطلب الأول: الجانب الشكلي وطبيعة الحكم في دعاوى التعويض عن مسائل الزواج والطلاق.
540.....		الفرع الأول: الإجراءات الشكلية في دعاوى التعويض عن مسائل الزواج والطلاق في القانون الجزائري.
541.....		أولاً: الاختصاص النوعي والإقليمي في دعاوى التعويض عن مسائل الزواج والطلاق في القانون الجزائري.
541.....	أ-	الاختصاص النوعي في دعاوى المتعلقة بالتعويض عن مسائل الزواج والطلاق.
541.....	(1)	الاختصاص النوعي في دعاوى المتعلقة بالتعويض عن العدول عن الخطبة.
543.....	(2)	الاختصاص النوعي في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية.
545.....	(3)	الجانب الشكلي لدعاوى التعويض في معالم الزواج والطلاق في القانون السوري.
545.....	ب-	الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض عن مسائل الزواج والطلاق.
546.....	1-	الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة.
547.....	2-	الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية.
553.....		الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة في مسائل الزواج والطلاق.

553.....	أولاً: شروط قبول الدعوى.
553.....	أ) صفة التقاضي:
554.....	1 الصفة في دعوى التعويض عن فسخ الخطبة.
554.....	ب شرط المصلحة:
554.....	ج شروط الدعوى في التعويض عن فك الرابطة الزوجية.
555.....	1/ محاولة الصلح:
556.....	1 شرط الاهلية:
558.....	ثانياً: الاجراءات التي تحكم سير الدعاوى في قضايا التعويض في مسائل الزواج والطلاق.
559.....	أولاً: الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية.
560.....	ب وجوبية الصلح بموجب القانون الجديد 02/05.
561.....	1 حالة تقديم طلب الطلاق أي التطلاق من الزوجة.
562.....	ج اجراء الصلح في دعوى الخلع.
565.....	د طبيعة احكام الطلاق.
567.....	المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للضرر والتعويض في مسائل الزواج والطلاق
567.....	الفرع الأول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه:
571.....	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقدير التعويض.
571.....	أ معيار الظروف الملايسة:
576.....	الفرع الثالث: وسائل رقابة المحكمة العليا على سلطته لقاضي شؤون الاسرة.
578.....	خاتمة:

قائمة المراجع
الفهرس

ملخص:

يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم، 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 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 ونظرا لأهمية الموضوع وما يثيره من إشكالات فقهية وقانونية ما يقتضي ضرورة البحث في الموضوع التعويض وذلك لما يطرحه من مشاكل عديدة في المجتمع والوقوف عند أهم المسائل الذي يطرحه هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية:

التعويض - الضرر - قانون الاسرة - الزواج - الطلاق

Abstract:

The harm is among the reasons that lead to the occurrence of conflict between individuals and the occurrence of litigation in the court yards, and since the harm is the harm that inflicts a person against one of his rights that he is keen on, and the harm is varied according to the interest he is receiving, and whether that interest is material Relate to a person's financial entity, or literary pertaining to dignity and honor, and to consider these types of damages are in themselves pillars of liability.

The damage resulting from issues of marriage and divorce is considered one of those damages that have a great impact on the continuation of marital life. Therefore Islam has legalized divorce, but it may use this right in a manner other than what God has prescribed, which harms one of them. Therefore compensation must be made and given the importance of the issue and the legal and legal problems it raises The necessity of researching the issue requires compensation, due to the many problems it raises in society, and to stand up to the most important issues raised by this topic.

key words:

Compensation - damage - family law - marriage - divorce

Résumé:

Le préjudice fait partie des raisons qui mènent à la survenance d'un conflit entre des individus et à la survenance de litiges dans les cours de justice, et puisque le préjudice est le préjudice qui inflige à une personne l'un de ses droits qui lui tient à cœur, et le préjudice varie en fonction de l'intérêt qu'il reçoit et du caractère matériel de l'intérêt. Relatif à l'entité financière d'une personne ou littéraire relatif à la dignité et à l'honneur, et considérer que ces types de dommages sont en eux-mêmes des piliers de la responsabilité.

Les dommages résultant de problèmes de mariage et de divorce sont considérés comme l'un de ces dommages qui ont un impact important sur la poursuite de la vie conjugale. Par conséquent, l'Islam a légalisé le divorce, mais il peut utiliser ce droit d'une manière autre que celle que Dieu a prescrite, ce qui fait du tort à l'un d'entre eux. Par conséquent, une compensation est nécessaire, compte tenu de l'importance du sujet et des problèmes juridiques et juridiques qu'il soulève. La nécessité d'étudier la question exige une compensation, en raison des nombreux problèmes qu'elle soulève dans la société, et les questions les plus importantes soulevées par ce sujet.

les mots clés:

Indemnisation - préjudice - droit de la famille - mariage - divorce