



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي



قسم الحقوق

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق

تخصّص: قانون خاص

إشراف:

أ/د. عبد القادر حوبة

إعداد الطالبة

حفصية دونة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	مؤسسة الانتماء	الصفة
بوبركر خلف	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	رئيساً
عبد القادر حوبة	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	مشرفاً ومقرراً
جمال غريسي	أستاذ محاضر - أ	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	عضواً مناقشاً
عزالدين كيحل	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	عضواً مناقشاً
بوعشة بوغفالة	أستاذ محاضر - أ	جامعة الأغواط	عضواً مناقشاً
عبد الحق لخدرى	أستاذ	جامعة تبسة	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية

1441-1442 هـ / 2020-2021 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى ﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ﴾ سورة فصلت ، الآية 46.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ" ابن ماجة، سنن ابن ماجة، الأحكام من بنى في حقه ما يضر جاره ، 784/2

رقم الحديث [2341] ، قال الألباني: حديث صحيح الألباني، إرواء الغليل، ج3، ص 408.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي ووالدتي حفظهما الله ورعاهما

إلى اخوتي جعلهم الله لي سندا في هذه الحياة بشير، بلال، مروان، عبير.

إلى زوجي ورفيق دربي عثمان

إلى فلذتي كبدي شيماء وفخر الدين.

إلى كل زملائي وزميلاتي في قسم الأحوال الشخصية

إلى كل أساتذة وطلبة الحقوق في جامعة الوادي

إلى كل طالب علم

شكر وعرّفان

﴿رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأُدْخِلْنِي
بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ سورة النمل الآية 19

بين يدي البحث لا بد من كلمة شكر اعترافا بالفعل لذويه، ورد بعض المعروف لمستحقه

فالشكر لله أولا وآخرا أن يسر لي أسباب كتابة هذا البحث بالصورة التي خرج بها، أحمدته تعالى حمدا
كثيرا طيبا مباركا فيه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم منه وكرمه.

كما أحمدت تعالى أن منّ عليّ بأستاذة عظماء، عاملين مخلصين لم يدخروا جهدا في نصحي وإرشادي
وتوجيهي وعلى رأسهم: الأستاذ الدكتور حوبة عبد القادر الذي رافقني في كتابة بحثي منذ البداية ولم
ييخل بنصحه وتوجيهاته وإرشاداته.

كذلك أتوجه بالشكر إلى أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذا البحث.

والشكر موصول إلى جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الصرح العلمي الشامخ وأخص بذلك كلية
الحقوق والعلوم السياسية والقائمين عليها.

والشكر لكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو بعيد.

قائمة المختصرات

أولاً: قائمة المختصرات باللغة العربية

ج: جزء

ط: طبعة

ص : صفحة

د ط: دون طبعة

د س ن: دون سنة نشر

د ب ن: دون بلد نشر

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية

ف: فقرة

ق أ: قانون الأسرة

ق إ م: قانون الإجراءات المدنية

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م : قانون مدني

ق ج: قانون جنائي

ق ع: قانون العقوبات

م ق : مجلة قضائية

ن ق : نشرة القضاء

غ ق ج :غرفة قانون جنائي

م: مجلد

ع: عدد

م ع : محكمة عليا

م أ : المجلس الأعلى

ج ر: جريدة رسمية

ثانياً: قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

P:page

C:code

Civ:civil

O p u:office des publications universitaires

مقدمة

اهتمت القوانين الوضعية من بينها العربية بقضية التعسف في استعمال الحق كما اهتمت بها القوانين العربية، تبعاً لاهتمام القوانين الأجنبية بها، وجعلت أحكامها ونظرياتها في الصدر من هذه القوانين وقرر واضعوها وشرحتها أن موضوع التعسف هذا تنبسط أحكامه ومعاييره وقواعده على جميع أنواع الحقوق التي تضمنتها القوانين العامة والخاصة.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس، ورفع الحرج عنهم، وتستهدف تحقيق المصالح، ودرء المفاسد وهي بذلك تختلف عن المذهب الفردي الذي يجعل الفرد أساس وجود القانون ويرى أن القانون ما وجد إلا لحماية حقوقه وكفالتها، وعن المذهب الجماعي الذي يرى أن الحق ليس تمكيناً مطلقاً لصاحبه، وإنما هو وظيفة اجتماعية لا يكون استعماله إلا لتحقيق خير المجتمع وصالحه، ولا يذكر السلطة المطلقة لصاحب الحق في استعمال حقه، بل وأيضاً أن يكون له سلطة على الإطلاق.

ونظراً لغلو كلا المذهبين الفردي والجماعي في النظرة إلى الحق بين إطلاقيته وجعله وسيلة مشروعاً للإضرار بالغير وبين اعتبار الحق وظيفة اجتماعية لمحوكيان الفرد واستقلاله، كرس الفقه الحديث والتشريعات الحديثة مذهباً يقيم التوازن بين صالح الفرد وصالح الجماعة، حيث إنها تعترف بالحق وحرية صاحبه في استعماله بما يحقق له المنفعة ولكن هذه الحرية مقيدة بعدم الإضرار بالغير.

والتعسف هو " أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - بعوض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار ، أو يخالف حكمة المشروعية التي هي مقصد الشارع"¹ وبتعبير مختصر " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون شرعاً بحسب الأصل"² أو هو " استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع."³

¹ أحمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1408هـ، ص45.

² المرجع نفسه، ص نفسها.

³ أحمد فهمي أبو سنة، التعسف في استعمال الحق، محاضرة ضمن فعاليات أسبوع الفقه الإسلامي، متاح على موقع الألوكة

2018/6/21: تاريخ الإطلاع: <http://www.alukah.net/articles.aspx?2706/1>

ولم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة "إساءة" أو "تعسف" في استعمال الحق وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب.

فالفقهاء الفرنسيون يطلقون de L'abus des droits والإنجليز The abus of rights الترجمة الحرفية لكلمة "إساءة" هذا من حيث التسمية لكن هذه النظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله صلى الله عليه وسلم وأنزل إليه قرآنه واعتنقه الناس ديناً، وطبقوه في قضاياهم، وسائر علاقاتهم شريعة محكمة، بين الحق كما بين مصادره، وأنواع التعدي عليه مباشرة وتسبباً وعمداً وخطأً، وعن طريق التحايل والذريعة، فلم يترك قانونه قضية من غير حكم.

لذا نجد هذا المعنى المذكور في القرآن الكريم وفي السنة النبوية كما جاء في كلام الفقهاء رحمهم الله كما سيتم ذكره في ثنايا هذا البحث.

والحق يعرف في القانون بأنه استئثار يقره هذا الأخير لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو قضاء معين من شخص إلى آخر فهذه الميزة تمنح صاحبها سلطة الاستفادة من مضمون الحق عن طريق ممارسة المكينات والسلطات التي يخولها هذا الحق.

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديد مضمونها أو السلطات التي تخولها أصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو خاصة، ولذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها دون أن يتجاوزها، وإذا حصل ذلك يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر بهذا التجاوز، ولكن عندما يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها القانون، ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، وهنا يكون بصدد التعسف في استعمال الحق.

إن نظرية التعسف وإن تبلورت في العصر الحديث إلا أن جذورها تمتد إلى العصور القديمة، حيث نجد أن أصول النظرية التاريخية تجد جذورها في القوانين القديمة¹، حيث ظهرت في القانون الروماني حيث سادت آنذاك

¹ حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، مصر، 1993، ص 753.

بعض الأقوال المتفرقة دون وجود قاعدة عامة¹ تحكمها ومن ذلك أن " سوء النية لا يستحق الرعاية وأن الغلو في الحق غلو في الظلم " وقد اقتصررت هذه النظرية على بعض التطبيقات منها:

أن الفقيه إيلبيان (ulpien) قرر أن من حفر في أرضه وتعمق فيه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق من شأنه إسقاط حائط جاره وقد توسع القانون البريطوري (droit prétorien) في تطبيق هذه النظرية، وذلك من أجل تخفيف حدة القانون القديم وصرامته، إلا أنها لم ترق إلى نظرية عامة²، وهذا الأمر طبيعي، حيث إن القانون الروماني باعتباره من الشرائع القديمة والتي لم تكن وليدة النظريات، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الواقعية المعروضة على الفقهاء، وبالتالي لا يمكن استخلاص نظرية عامة للتعسف في استعمال الحق في هذا القانون.³

ثم انتقلت النظرية بعد ذلك إلى القانون الفرنسي على يد الفقيه دومات (DOMAT) حيث رأى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله، وكذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي تتحقق مسؤوليته وظهرت لها عدة تطبيقات من بينها تنظيم العلاقة بين الملاك وجيرانهم، واستقرت هذه النظرية وتناولها الفقهاء بالجدل والشرح وطبقها القضاء الفرنسي في أحكامه، ولما قامت الثورة الفرنسية التي تؤيد المذهب الفردي اختفت هذه النظرية لمدة من الزمن، فمبدأ نصرة الفردية معناه أن تسخر القوانين لحماية الفرد باعتباره العنصر المهم في الحياة لا باعتباره جزءاً من كل الجماعة، ونتيجة لذلك اعتبرت الحقوق مطلقة المدى وأن صاحب الحق في استعماله لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التي تلحق بغيره.

وفي القانون المدني الفرنسي لم يرد نص يؤيد هذه النظرية ويجذب المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء الفرنسيان في عهد القانون الفرنسي القديم، حيث تعتبر امتداداً لما جاء في القانون الروماني إلا أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي كانت سائدة خلال القرن التاسع عشر، أثرت في المذهب الفرنسي وسادت النظرية

¹ CamillePaulus. Une théorie de droit en droit romain classique-2, page 82, disponible sur: <http://www.secuweb.mcgill.ca>

² محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول، مصادر الالتزام الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع،

القانون) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 52.

³ محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004، ص 439.

الاجتماعية التي تقتضي بأن الفرد عنصر في الجماعة تتجه جهوده إلى تحقيق مصالحه مع مصالح الجماعة التي يعيش فيها ، ومن ثم تقييد الحقوق الفردية، ولقد ناصر هذا المذهب الحديث القضاء الفرنسي نتيجة لانتقاص مبادئ الفردية وأيدها في ذلك الفقيه سالي (Salé) وجوسران (Josserand) ففي سنة 1905 وضع هذا مؤلفا أسماه " التعسف في استعمال الحقوق"¹ وحاولوا جميعا الحد من صرامة النصوص الصادرة وليدة الروح الفردية فأصبح من المسلم أن الحقوق الشخصية قد منحها القانون الفرد لغرض معين ولا يصح استعمالها بما يتنافى مع هذا الغرض وإلا تعرض صاحب الحق للمسؤولية المدنية² وقد أخذت المحاكم منذ أوائل القرن التاسع تقرر المبدأ بكثير من الصراحة والوضوح الذي قرره القانون القديم والقانون الروماني قبله، وهو منع استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير، حيث قواعد العدالة تقتضي بذلك، ولذا أجمع على الأخذ بها الفقه والقضاء الفرنسيين ،ومثال ذلك محكمة استئناف كولمار (colmar) قضت في 2 مايو 1855 بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة وكان الغرض الوحيد حجب الضوء عن جاره³ وعلى إثر ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية عام 1862 المبدأ التالي " حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الشخص مخطئا إلا إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك"

وتوالى أحكام القضاء بعد ذلك فاعتبرت المالك متعسفا في استعمال حقه بإقامة فواصل خشبية كبيرة على حدود ملكه أو شجيرات كثيفة أو حائطا من الإسمنت المسلح أو استبدال حائط بشبكة حديدية مجرد حجب النور أو الهواء عن نوافذ الجار، وكذلك المالك الذي يحفر في أرضه ليقطع مياه باطنية عن جاره.⁴

¹ حيث جمع الفقيه جوسران في هذا المؤلف **L'abus des droits** أحكام القضاء منسقة واستخلص منها أصول نظرية عامة على غرار نظرية عامة سبقتها هي نظرية التعسف في استعمال السلطة ، نقلا عن محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 56.

² أحمد شوقي عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية (دراسة فقهية وقضائية) د د ن، مصر، 2002 ، ص 252.

³ استئناف كولمار 2 ماي 1855 دالوز 1856/2/9 نقلا عن بلحاج العربي ، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، (الواقعة القانونية **الفعل غير المشروع** ، **الإثراء بلا سبب**، **القانون**) ، ج 2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008 ، ص 115 ، وجاء في الحكم "ومن حيث المبادئ تقتضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء وأن يستعمله وفقا لهواه ولكن استعمال الحق، كاستعمال أي حق آخر هو استيفاء مصلحة جدية مشروعة أن مبادئ الأخلاق والعدالة لا تتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث رغبة شريرة وقد وقعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا يبررها أي منفعة شخصية وهي تلحق بالغير أذى جسيما."

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 56.

وكان الصراع بين الاتجاهات الفقهية القائلة بوجود التعسف من عدمه، ومن هذا الصراع تشكل مجالين قانوني وفقهي واسع وهو ما تداخل فيه نطاق التعسف بمظهر إساءة استعمال الحقوق الأسرية، وتأثير ذلك على التشريعات القانونية بل ووصل إلى حد المحاكم خاصة في البلدان العربية، حيث جعلت الاتجاهات الفقهية هي المرجع الأساسي والمعتمد لدى المشرع العربي، حيث إن كل قاعدة اعتمدوا عليها أثناء البناء القانوني للقاعدة القانونية تعتبر ذات صلة وثيقة بنظرية التعسف في استعمال الحق .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل قامت التشريعات العربية بالاهتمام بهذه النظرية من خلال تطوير المنظومة القانونية وإبراز القضاء دوره من خلال الاجتهادات القضائية على مستوى المحاكم والمجالس؟ أم كان الاقتصار فقط على مواد قانونية لا تحدم الأسرة الجزائرية والأعراف الخاصة بالمجتمع الجزائري، خاصة مع المستجدات التي عرفتها الأسرة الجزائرية تبعا للظروف مما نتج عن ذلك قصور تشريعي نتج عنه خلل في وظيفة القضاء، وبالتالي تأثر البنية الاجتماعية عامة والأسرية خاصة.

وتعد نظرية التعسف في استعمال الحق ذات مفهوم عام تتفق على أغلب المعاملات المجتمعية خاصة المالية منها، إلا أنه لا يوجد أهم وأجل من التعسف في العلاقات بين الزوجين، وهذا انطلاقا من وقار الرابطة الزوجية وحرمة الأسرة، التي تؤسس بتمام الزواج الشرعي القانوني، والتي تسعى جل القوانين الحديثة والشرائع السماوية من قبلها إلى تحقيق فكرة استقرارها واستمرارها، وذلك بإبراز الحقوق المتبادلة بين الزوجين من جهة ووضع حدود لهذه الحقوق من جهة أخرى، وذلك تجنباً للتعسف والخروج عما هو مشروع منها.

ويمكن القول بأن جميع المشاكل الأسرية التي تعرض أمام المحاكم أغلبها هو تعسف في استعمال الحقوق الشرعية سواء من قبل الرجل أو المرأة على حد سواء، وذلك لعدم الوعي والجهل بأن هذه الحقوق مقيدة بقيد رئيسي وهو عدم التعسف في استعمالها، وحتى لا يتعسف أي شخص في استعمال هذه الحقوق لكي لا تخرج عن المقصد الذي شرعت لأجله، وذلك بمنح قاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية الواسعة من أجل وقف أي ممارسة للحق بقصد مخالف للشرع أو قصد الإضرار بالغير مع عدم وجود مصلحة من استعمال هذا الحق.

ولعل أبرز أسباب التعسف راجع إلى الامتياز الذي منحتة السلطة السياسية للمرأة على حساب الرجل حيث إن منظومة الأحوال الشخصية عرفت تحولا جذريا لا سيما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي عرف عدة تعديلات جوهرية في مجال تنظيم العلاقات الزوجية أهمها مسألة إدارة الشؤون الأسرية أثناء الزواج بعدما ألغى المشرع فكرة القوامة في إطار تعديله لقانون الأسرة سنة 2005 من خلال إلغاء المادة 39 التي كانت

تكرس مبدأ قوامة الزوج في إدارة شؤون الأسرة أثناء الزواج، لتحل محلها فكرة الشراكة والتعاون والتشاور بحيث أصبحت الإدارة مشتركة بين الزوجين للحياة الزوجية من خلال نص المادة 36 المعدلة.

هذا التحول الجذري الذي جسده إرادة المشرع الجزائري من خلال المركز القانوني للمرأة في مجال إدارة الشؤون الأسرية، أفرز الكثير من الإشكالات العملية التي أضحت مصدرا لانحلال الرابطة الزوجية في المجتمعات العربية عموما والمجتمع الجزائري خصوصا.

وتعتبر الأسرة نظاما محكما وميثاقا غليظا، لا ضرر ولا ضرار فيها، حيث إن الشريعة تكفل الحقوق الزوجية وهذا من أجل تحقيق مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية وهو حفظ النسب، ودوام الود والتراحم بين أفراد الأسرة الواحدة عن طريق حفظها من إساءة استعمال الحقوق الزوجية بلا ظلم أو اعتداء وفقا لمقاصد وضعها والحكمة من تشريعها ودفعها لمظاهر الشقاق ومفاسد الطلاق.

وتعتبر حقوق الزوجية من أهم وأخطر الحقوق في إلحاق الضرر بالغير إذا تعسف الشخص في استعمالها داخل الأسرة الواحدة، سواء من جانب الزوج وذلك باستعمال الحقوق المخولة له بموجب امتلاكه العصمة الزوجية، تحت ذريعة القوامة، وكذلك بالنسبة للزوجة إذا تعسفت في استعمال الحق خاصة مع تطور المركز القانوني للمرأة بموجب تعديل قانون الأسرة وإلغائه لفكرة القوامة، وبهذا فالفقه الإسلامي في باب فقه الأحوال الشخصية ضبطها وأقامها على أساس منع التعسف فيها من أجل استقرار الحياة الزوجية وعدم استعمالها كوسيلة للانتقام .

فقد أعطتها الشريعة الإسلامية جل اهتمامها وأولتها عناية خاصة، وحرصت أشد الحرص على أن تكون العلاقة الزوجية مبنية على أسس متينة من الود والتراحم والألفة والاستقرار لقوله تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقُرُونَ ﴾ سورة الروم الآية 21.

ولما كان عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم، حيث تصان فيه الأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية لبناء المجتمع المسلم، والتي تحفظ بها الأنساب وتربى في ظلها الأجيال، فقد خص الشارع الحكيم عقد الزواج من بين العقود بأحكام تنظم العلاقات بين طرفيه حتى لا يتعسف في استعمال حقوقه بعد ذلك سواء قبل تكون العقد ونقصه بذلك الخطبة على اعتبار أن الشخص لا يقدم على الزواج إلا بعد تفكير وتدبر وحيطة، والخطبة لم يستحدثها الإسلام ولا القانون الوضعي، بل هي تقليد

قدم عام كانت موجودة في المجتمعات البدائية، وقد أقرها الإسلام حتى تنشأ الرابطة الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قوية ومتمينة، تحقق الراحة والأمان فتدوم بذلك العشرة.

وعلى الرغم من القداسة التي تحيط بالرابطة الزوجية وعناية الشريعة الإسلامية بنظام الزواج أكثر من أي شريعة أخرى والذي أحاطته بأوسع الضمانات التي تكفل الحياة الزوجية السعيدة، لأن الأصل في عقد الزواج الأبدية، حيث تعتبر الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها لقوله تعالى ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة النساء الآية 21 .

إلا أن هذا الزواج تعثره بعض العوائق ، وبالتالي لا تتحقق الغاية أو المقصد الأساسي منه ،ويشتد الخلاف بين الزوجين، فيكون الحل الأساسي لهذه المشكلة هو فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق، حيث إن الإسلام لم يبيح الطلاق إلا للضرورة القصوى ووفق ضوابط شرعية لما يترتب عليه من هدم الأسرة.

والقائلون بإعطاء هذا الحق للزوج من خلال جعل العصمة بيده، قيده في نفس الوقت بعدم التعسف فيه، لأن استعماله في غير ما شرع له قد يلحق أضراراً بالزوجة ، ومن المعلوم أن الضرر ممنوع في الشرع والقانون. والزوجة أيضاً لها الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، لكنها في ذات الوقت مقيدة بعدم التعسف في استعمال حقها وعدم الإضرار بالزوج.

من هنا ارتأيت البحث في نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن موضوع محصور ومضبوط موسوم بـ "التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري" ، وليس هذا هو الموضوع الوحيد المتعلق بالتعسف وإنما استفدت من توصيات الباحثين الذين سبقوني في الكتابة في هذا الموضوع ،فحاولت إبراز مظاهر التعسف بين الزوجين سواء في حال الزواج أو في حال الطلاق ،وذلك من خلال ما تم النص عليه في قانون الأسرة الجزائري أو تطرق إليه الفقهاء القدامى ،وكذلك ما نصت عليه بعض القوانين العربية.

أهمية الموضوع:

تمكن أهمية الموضوع في:

- بيان أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في تقرير الأحكام وسن القوانين التي من خلالها تحفظ الحقوق بين الزوجين كاملة وكذلك مدى مرونة الفقه الإسلامي وملاءمة أحكامه لكل زمان ومكان، وحسب مستجدات كل عصر.

- مناقشة البحث لموضوع الحقوق بين الزوجين، مع بيان ما يتميز به الحق من طبيعة مزدوجة وواقعية، في الإسلام، تحتّم الموازنة بينه وبين الحقوق الأخرى سواء كانت فردية أو جماعية وتضبطه بضوابط تقطع دابر التعسف في استعماله وتضمن تحقيق المقصد الشرعي منه في صورته العامة، وهو جلب المنافع ودفْع المضار.
- تعلق الموضوع بالأسرة، مع ما يتميز به خطورة وحساسية، فالإسلام قصد إلى حفظ الأسرة وتدعيمها، ففي ذلك حفظ للكليات الخمس.
- كذلك تكمن أهمية الموضوع كونه يزيل اللبس والغموض، إذ يحدد مفهوم التعسف بين الزوجين في حقوق كل منهما بشكل واسع كما يبين أحكامها بدقة لما لها من أثر بليغ على مختلف الأحكام القضائية الفاصلة في مختلف النزاعات التي لها علاقة بالتعسف.

الإشكالية المطروحة:

هل وفق المشرع الجزائري في تنظيم الأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بين الزوجين على ضوء قانون الأسرة الجزائري؟

وتتفرع عن هذا الإشكالية إشكاليات فرعية وهي :

- ماهي الضوابط القانونية والقيود الإجرائية المتبعة من أجل الحد من تعسف أحد الزوجين اتجاه الآخر؟
- ماهي الآليات أو الضمانات القانونية لحماية الطرف المتضرر من التعسف للمطالبة بحقوقه؟
- هل يوجد في الشريعة نظام لإثبات الحقوق بين الزوجين يمكن للقاضي الرجوع إليه في حالة تعسف أحد الزوجين طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؟
- ماهو موقف الاجتهاد القضائي من التعسف في استعمال الحق بين الزوجين بين الواقع والتطبيق؟

أسباب اختيار الموضوع:

يمكن إجمال أهم هذه الأسباب فيما يلي:

- الرغبة الملحة لمعالجة المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- الفراغ والغموض في قانون الأسرة في تنظيمه للعديد من المسائل المتعلقة بموضوع التعسف في استعمال الحقوق بين الزوجين كما فعلت بعض الدول العربية.
- كثرة الوقائع التي يتهدد فيها الاستقرار الأسري، بسبب إساءة استعمال كلا الزوجين لحقوقه، مما جعل هذا الموضوع أمرا في غاية الأهمية، بيانا لحدود الشرع في ذلك وحفاظا على الأسرة المسلمة.

- إن موضوع التعسف في استعمال الحق وإن كان محل اهتمام الفقهاء قديما، إلا أنه من وجهة نظري يحتاج إلى بحث بأسلوب عصري يواكب تطورات المجتمع.
- الوقوف على نصوص قانون الأسرة المتعلقة بموضوع التعسف ومحاولة إبراز الثغرات القانونية من أجل تعديلها وإضافة مواد أخرى من شأنها تدارك النقائص الموجودة في قانون الأسرة الجزائري.

أهداف الدراسة:

على الرغم من أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تناولوا هذا الموضوع بشكل واسع وكل المراجع الفقهية أشارت إلى ذلك وبينته بالتفصيل .

لكن الحافز الرئيسي لإعداد هذا البحث هو دراسة الموضوع من خلال قانون الأسرة الجزائري وتبيان أحكامه وضوابطه، وذلك عن طريق دراسة الموضوع دراسة نقدية تحليلية تمس مختلف الجوانب الموضوعية والإجرائية أو النظرية والتطبيقية ومحاولة إثبات أن قانون الأسرة يحتاج أكثر إلى تعديل وإثراء لا إلى الإلغاء. وبالتالي فإن ضبط أحكام الموضوع في قانون الأسرة الجزائري من شأنه أن يسهل على رجال القانون بصفة عامة وعلى قضاء شؤون الأسرة بصفة خاصة في تأسيس أحكامهم وتسببها تسببا سليما إذا ما ثار نزاع بشأنها.

من أجل ذلك قررت الكتابة في هذا الموضوع لأساهم في تبديد ما يشاع حول أحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، وما يدور حوله من إجحافات أحيانا واتهامات مباشرة أحيانا أخرى بأنه لا يصلح لتنظيم لشؤون الأسرة.

ويمكن إجمال أهم الأهداف فيما يلي:

- الوقوف على فكرة التعسف في استعمال الحق بين الزوجين، خاصة من حيث آلية ممارستها وما يترتب عليها من آثار شرعية وقانونية.
- الوقوف على فكرة الحقوق المتبادلة بين الزوجين، وتبيان حدود الموازنة بين الحق والباطل المنطوي على التعسف.
- بيان الآليات المتبعة والضمانات القانونية لحماية الطرف المتضرر من التعسف.

الدراسات السابقة:

لا أزعج أن هذه الرسالة الوحيدة في موضوع التعسف، حيث إن هذا الموضوع تناوله جملة من الفقهاء المعاصرين بالبحث باعتباره نظرية متكاملة، مبينين معاييرها وما يترتب عليه من آثار بصورة عامة، ومن أهم الكتب التي بحثت في موضوع:

- كتاب (نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي) للدكتور فتحي الدريبي الذي أبدع في دراسة الموضوع و أفاض فيه بصورة أراحت من جاء بعده.

- كتاب (نظرية التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية) للباحثة عبير رحي شاعر القدومي التي افاضت في عرض نظرية التعسف بصورة عامة، ثم انتقلت لمناقشة ظاهرة التعسف في الأحوال الشخصية، مما جعلها تبحث في جزئيات كثيرة متشعبة، فقد بحثت في العدول عن الخطبة، وعضل الولي، والمغالاة في المهور، والنفقة، والرضاع، والحضانة والطلاق، والولاية على المال، والوصية، والميراث، مما جعل البحث على جودته غير متناول للتعسف بين الزوجين في كثير من القضايا الخطيرة التي لا بد من بيانها وإجلاء حقيقة رأي الشرع فيها وموقف قانون الأسرة الجزائري منها .

- ومن الرسائل نجد أطروحة الدكتوراه التي عنوانها (التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة-) لمسعودة نعيمة إلياس والتي ركزت من خلالها على مسائل الزواج والطلاق فقط دون الالتفات إلى بقية المسائل الأخرى.

- كذلك أطروحة الدكتوراه (مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق - على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي) للباحث سنوسي علي، والتي وضحت من خلالها الصور التي يتجلى فيها التعسف في استعمال الحقوق الأسرية سواء التي نص عليها القانون أو تم ذكرها في كتب الفقه وموقف الاجتهاد القضائي، وهو موضوع بحث متكامل، غير أنه لم يكن بالطريقة التي أردت دراستها فقد ركز على التعسف في الحقوق بصفة عامة، ولم يركز على التعسف في الحقوق بين الزوجين على اعتبار أن الرابطة بينهما من أقوى الروابط.

والجديد في الدراسة أنها تجمع بين الجانبين الفقهي وما ظهر فيه من أحكام لمنع التعسف بين الزوجين وما يترتب عليه من تعويض، وبين التدابير المصلحية أو الضمانات القانونية التي ظهرت في تشريعات قانونية ضمن قوانين الأحوال الشخصية، وذلك بعرض أهم المسائل التي يقع فيها التعسف بين الزوجين وكيف كان للشارع

الحكيم دور في منع التعسف ،وما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية بصفة عامة وقانون الأسرة الجزائري بصفة خاصة لسد باب التعسف .

صعوبات البحث :

- لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية الخاصة بالجانب الفقهي إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمراجع الخاصة بقانون الأسرة الجزائري فهي قليلة جدا وتكاد تكون منعدمة بالنسبة لبعض المواضيع، فمعظم الكتب لا تحتوي إلا على مواد قانونية وبعض الاجتهادات القضائية بدون أدنى تعليق أحيانا .
- قلة الدراسات السابقة التي تناولت موضوع التعسف بين الزوجين بصفة مباشرة وهو ما جعل الحصول على المادة العلمية المتعلقة بموضوع البحث تتطلب وقتا في البحث .
- قلة الأحكام القضائية المتعلقة بالتعسف على عكس القضايا الأخرى .
- غياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر مما يترتب عن هذا الغياب وجود اختلافات نتج عنها عدة إشكالات في الجانب العملي .
- كذلك أبرز صعوبة هي كون أن مسائل التعسف في الحقوق بين الزوجين كثيرة ويصعب حصرها في موضوع واحد وعلى الرغم من ذلك حاولنا قدر الإمكان إبراز أهم المسائل وتناولناها بشكل موسع من دون حشو أو إنقاص أي فكرة على حساب أخرى .

المنهج المتبع :

لقد تعرضنا في هذا البحث إلى الجانبين الفقهي و الجانب القانوني لأن المادة الأولية التي تكون منها قواعد الأحوال الشخصية هي أحكام الشريعة الإسلامية لهذا لا يمكن الدراسة والمقارنة بالجانب القانوني فقط من غير التطرق إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

لقد اعتمدنا على المنهج الوصفي في أغلب نقاط البحث من خلال التعريف بموضوع التعسف في الحقوق بين الزوجين بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الأحيان، ولن ينجح هذا المنهج إلا اعتمادا وفي الوقت نفسه على المنهج الاستقرائي في أهم أداة من أدواته، وهو المنهج التحليلي ،كل هذا تم بالتعرض لمختلف الأحكام الفقهية والتشريعات العربية وتحليلها ومقارنتها ببعضها البعض، خاصة بقانون الأسرة الجزائري، وتأصيلها بالعودة إلى مادتها الأولى، والمتمثلة في أحكام الفقه الإسلامي، وهذا من أجل إعطاء دفع جديد للمشرع الجزائري لكي ينظر نظرة واقعية للمادة الأولية لهذا القانون والتي ما زالت تحمل الكثير والكثير للأسرة والمجتمع .

وكانت المنهجية بالشكل التالي :

- عزو الآيات القرآنية إلى سورها وأرقامها.
 - تخريج الأحاديث من ، والحكم عليها إن كانت من غير الصحيحين.
 - تعريف المصطلحات من مصادرها الأصلية.
 - الرجوع إلى المصادر والاستعانة بالمراجع الحديثة والأبحاث العلمية التي تتناول هذا الموضوع .
 - تهميش المراجع وفق المعهود عليه في البحث العملي (اسم مؤلف، اسم الكتاب، رقم الجزء، الطبعة، بلد النشر، سنة النشر، رقم الصفحة).
 - مناقشة المسائل الفقهية بذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم مع بيان سبب الخلاف إن أمكن وذكر الرأي الراجح والمختار.
 - عمل فهرس للمصادر والمراجع.
- لقد حاولت معالجة موضوع التعسف بين الزوجين والوقوف على أحكامها من خلال باين ،حيث تطرقت في الباب الأول إلى التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في الزواج ،وهو بدوره ينقسم إلى فصلين حيث تطرقت في الفصل الأول إلى التعسف في استعمال الحق في انعقاد الزواج ،ثم تناولت في الفصل الثاني التعسف في استعمال الحق في تنفيذ الزواج ،ثم تطرقت في الباب الثاني إلى التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في انحلال الزواج ،وهو بدوره ينقسم إلى فصلين ،حيث تطرقت في الفصل الأول إلى تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق ثم عاجلت في الفصل الثاني تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع، وختمت البحث بخاتمة تبين أهم النتائج والتوصيات .

الباب الأول

التعسف في استعمال الحق بين

الزوجين في الزواج

الباب الأول : التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في الزواج

الزواج هو علاقة مقدسة تجمع بين الرجل والمرأة، ويجب أن تبنى هذه العلاقة على أساس متين وقوي يسوده المحبة والتفاهم والترابط بينهم، ويجب على كل طرف أن يفهم الطرف الآخر ويقدره ويراعي احتياجاته وذلك لتكون الحياة الزوجية حياة سعيدة يسودها الاستقرار وخالية من المشاكل التي تنتج عادة من اختلاف في وجهات النظر، أو عدم تمكن أحد الأطراف من فهم واستيعاب الطرف الآخر.

ومن مقاصد الزواج التي يهدف إلى تحقيقها حفظ النسل، فهو المقصد الأصلي له ، وبالنسب يتأسس المجتمع ثم الدولة والأمة، وتقوم الخلافة إعماراً للأرض، وتحقق العبادة لله الواحد، فتكثر الذرية وتدين بدين الإسلام، وبالزواج تتحقق المقاصد التبعية التي تعود على حفظ مقاصد الفرد بالفوائد في الاستجابة لنداء الفطرة في حب الإنسان للنساء والبنين وإعفاء الزوجة وحفظ النفس من الأهواء.

وقد عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقاً واسعاً في شتى المجالات، لاسيما ما تعلق منها بالعلاقة بين الزوجين، لذا نجد كلا من الشريعة والقانون قد اهتموا وعالجوا كل ما قد يطرأ عن هذه العلاقة المقدسة من اضطرابات قد تؤثر عن استقرارها واستمراريتها.

وستعرض لهذه المسألة بالتفصيل من خلال فصلين:

الفصل الأول: التعسف في استعمال الحق في انعقاد الزواج

الفصل الثاني: التعسف في استعمال الحق في تنفيذ الزواج

الفصل الأول

التعسف في استعمال الحق في

انعقاد الزواج

إن عقد الزواج كما أسلفنا يعتبر من العقود التي حظيت باهتمام وعناية من الشريعة الإسلامية واهتمامها، وذلك لما له من آثار اجتماعية تتمثل في ارتباط عائلتين ربما تكونان بعيدتين نسبا عن بعضهما، فإذا حصل الزواج بين فردين منهما أصبحت العائلتان أقرب إلى بعضهما علاقة، وأزيلت الحواجز بينهما ناهيك أن الزواج هو اقتران شاب بفتاة محرم عليه مساسها في الأصل، فإذا ما تم عقد الزواج أصبح جائزا بينهما ما يجوز بين أي زوجين فعله من حقوق وواجبات ومعاشرة بالمعروف.

وفي العادة يتقدم عقد الزواج خطبة، وتعتبر من مقدمات عقد الزواج، ويحدث فيها تعارف بين الخطيبين من أجل معرفة كل منهما لميول وطبائع الطرف الآخر، وكذلك تقوية الروابط بينهما وبين أسرتهما، فإذا انسحما وحدث اتفاق بينهما، فيعتبر ذلك تمهيدا من أجل الزواج، ولكن قد يحدث اختلاف بينهما ويرغب أحدهما في العدول، وذلك يعتبر جائزا شرعا لكن إذا صاحب هذا العدول أضرار للطرف الآخر، فيعتبر الطرف العادل متعسفا في استعمال الحق.

وقد يتفق الزوجان قبل حدوث عقد الزواج على شروط معينة قبل الزواج مثل شرط العمل أو عدم التعدد ويتم الاتفاق على ذلك قبل الزواج، ثم يتراجع عن ذلك الشرط بعد الزواج، فيعتبر بذلك متعسفا في استعمال الحق. وستتطرق لذلك من خلال مبحثين:

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق من خلال مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 19 من ق أ ج

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة

تعد الخطبة المرحلة الأولى التي تسبق الزواج، ولأهميتها نظم الشرع والقانون أحكامها، غير أنه يحق للخطيبين العدول عنها متى يشاءان، إلا أن هذا العدول وإن كان مشروعاً، فإنه يلحق الضرر بالطرف الآخر فما هي طبيعة العدول عن الخطبة؟ وهل يتم تعويض المعدول عنه عن الضرر الذي أصابه نتيجة تعسف الطرف العادل؟ ولذلك سنتطرق للطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها في (مطلب أول)، ثم استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي في (مطلب ثان)، وهذا ما سنحاول توضيحه.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للخطبة والعدول عنها

يعتبر الزواج حدثاً مهماً في حياة الرجل والمرأة بالنظر لما يترتب من آثار على كلا الزوجين وعلى أولادهما ولكي يحقق كل من الزوجين هدفه من الزواج وهو الاستمرار ودوام العشرة لابد أن يكون كلا منهما على دراية وعلم بالطرف الآخر وهذا لا يتحقق إلا إذا كان لعقد الزواج مقدمة وهي الخطبة. وعليه فالخطبة تعد مقدمة من مقدمات الزواج، ولها أهمية بالغة نظراً لاعتبارها التزاماً عائلاً بالارتباط بعائلة أخرى وخاصة من الناحية الخلقية والأدبية، والخطبة تعد تقليداً عاماً على اختلاف ما يترتب عليها من آثار التي كانت موجودة في المجتمعات البدائية.¹

الخطبة بضم الحاء تعني الكلام المسجوع والمنثور الذي يخاطب به المتكلم جمعا من الناس لإقناعهم، أما الخطبة بكسر الحاء تعني طلب النكاح، واختطبوا فلانا أي دعوه يتزوج صاحبتة.²

وتمثل الخطبة في أعرافنا وتقاليدنا إجراءً أولياً أو تمهيدياً من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أقربائه للتعرف على المخطوبة وأسررتها وتبادل الهدايا، وكذا تبادل الرضا والقبول بين الأُسرتين بشأن المصاهرة والتزواج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما.³

¹ كما استمر وجودها عند العرب قبل الإسلام، حيث كانوا يخطبون المرأة في الجاهلية من أبيها أو أخيها أو عمها، وكان يباح للخاطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صورة الزواج، وكان الخطاب يقولون إذا أناهم "أنعموا صباحاً نحن أكفأؤكم، فإن زوجتمونا أصبنا رغبة وأصبتمونا وكنا بصهركم حامدين، وإن رددتمونا لعله نعرفها رجعتنا عاذرين". محمد محدة، الخطبة و الزواج، ط2، دار الشهاب، 2000، ص 4.

² سعدي أوجيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، ط2، دار الفكر، 1988، ص 118.

³ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، 1996، ص 83.

وقد عرف الفقهاء الخطبة¹ بكسر الحاء على أنها طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، ويكون ذلك بالتصريح أو التعريض، فالتصريح هو الإفصاح عما في النفس مجاهرة كقول الخاطب، أريد الزواج منك، أو تزوجيني، أما التعريض هو إفهام الشيء بالمعنى المحتمل له، فالمعرض بالكلام يوصل إلى صاحبه كلاماً غير صريح، ولكنه مفهوم المعنى، كأن يقول الخاطب أريد الزواج من امرأة بمواصفات معينة.

الخطبة مما سبق مفهومه هي وسيلة للتعرف حتى يطمئن كل طرف على سلوكيات الآخر، وحتى تكون الخطبة محققة لأهدافها أباح الشرع النظر إلى المخطوبة، لقوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة لما خطب امرأة أنظرت إليها؟ فقال لا، فقال عليه الصلاة والسلام: "أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"².

وقد وصف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة بأنها وعد بالزواج، أي أنها تتم بإيجاب وقبول يتعلق بوعد بعقد الزواج، وأضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يجوز للطرفين العدول عنها.

ومعنى ذلك أنه متى وقع الاتفاق بين الخطيبين كان ذلك إجراء تمهيدياً لإتمام عقد الزواج، إلا أنه يمكن لأحدهما أو كلاهما التحلل من هذا الالتزام³. لذلك سنعالج الطبيعة القانونية للخطبة في (فرع أول) ثم حكم العدول عنها في (فرع ثان) ثم الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة في (فرع ثالث).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

لقد اختلف الفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية للخطبة فهي عقد ملزم أم مجرد وعد لا ترتقي إلى مرتبة العقد إلى ثلاثة آراء، تتمثل في أن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً (أولاً) و الخطبة عقد ملزم والعدول عليها يوجب التعويض (ثانياً)، و الخطبة عقد والعدول عنها لا يوجب التعويض إلا إذا تعسف أحد طرفيها (ثالثاً)

أولاً: الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً

يرى أصحاب هذه النظرية بأن الخطبة لا ترقى إلى مستوى العقد إنما هي مجرد وعد بالزواج، ومن تعريف الخطبة نستنتج أنها لا تعد كونها تعبيراً عن الرغبة في الارتباط بمن يرضاها الخاطب زوجة له.

وباعتبار الخطبة مقدمة لعقد ذي صفة خاصة وهو عقد الزواج وقد سماه الله بالميثاق الغليظ في قوله:

﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾⁴.

¹ رواه الخمسة (أحمد و أصحاب السنن الأربعة) إلا أبو داود، أنظر محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجيل، بيروت، د.س.ن، ص 110.

² الترمذي، سنن الترمذي، أبواب النكاح باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة (حديث رقم: 1087).

³ المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري.

⁴ سورة النساء، الآية 21.

ولما كانت الخطبة مقدمة لعقد الزواج فقد اكتسبت أهميتها منه، وتعتبر عملاً قانونياً له من الآثار ما يعود على كلا الطرفين.¹

ولذلك فهذه النظرية أساسها أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج ليس لها صبغة الإلزام، حيث لا تزيد عن كونها التزاماً أدبياً، وعليه فإن عدل أحد الطرفين عن خطبته، فلا يعتبر خارقاً للاتفاق القانوني بينه وبين المعدول عنه.²

ويرجع أصحاب هذه النظرية إلى أساس مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكه دون ضغط أو إكراه وبالتالي لا تعتبر الخطبة إلزاماً، لأن اعتبارها عقداً يفقد الطرفين حرية الاختيار، وهذا الأخير من متطلبات النظام العام.³

والصبغة الإلزامية ينجر عنها الغرامة والتعويضات، التي تترتب كلما أراد أحد الطرفين العدول عن الخطبة أو فسخها دون موافقة الطرف الآخر مما ينقص حرية اختياره أو يعيبها.⁴

ثانياً: الخطبة عقد ملزم والعدول عليها يوجب التعويض

حيث اعتبر هذا الاتجاه أن الخطبة بمثابة عقد ملزم لا يمكن للأطراف العدول عنها إلا بالإرادة المشتركة أو الإقالة الاختيارية، وإذا عدل أحد الأطراف يسأل على أساس المسؤولية العقدية، ومن بين الأنظمة القانونية لهذا الاتجاه هي المذهب الألماني والإنجليزي والتركي والسويسري⁵ إذ اعتبرت العدول نوعاً من أنواع عدم التنفيذ مما يترتب عليه آثار المسؤولية العقدية.

وكان أول ظهور لهذه النظرية في فرنسا وقت صدور القانون المدني 1804، حيث أدى سكوت المشرع عن تنظيم أحكام الخطبة إلى تطبيق القواعد العامة للقانون عليها. كما وجدت هذه النظرية تطبيقاً لها في الاجتهاد القضائي الفرنسي .

¹ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، (2009-2010)، ص 39.

² محمد محدة، المرجع السابق، ص 45.

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 40.

⁴ محمد محدة، المرجع السابق، ص 46.

⁵ اختلف فقهاء القانون الغربي حول الطبيعة القانونية للخطبة فمنهم من أضفى عليها الصبغة العقدية ومنهم من رأى أن الخطبة لا ترقى لمرتبة العقد .

ولقد انتقد هذا الاتجاه عدة انتقادات منها ما ذكره توفيق حسن فراج الذي قال بأن القواعد العامة التي تطبق في العقود المالية تختلف بشكل كبير عن تلك التي تتعلق بالزواج، فالوعد بالزواج لا يصدر من مدين إلى دائن كما هو الحال بالنسبة للعقود العادية، فالزواج هو رباط مقدس بين زوجين¹.

ثالثاً: الخطبة عقد والعدول عنها لا يوجب التعويض إلا إذا تعسف أحد طرفيها

ما يميز هذا الاتجاه هو إمكانية إنهاء الخطبة بإرادة أحد الخطيبين المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة أما إذا تم إنهاؤها بغير أسباب مشروعة، فإن ذلك يعتبر تعسفاً وجب عليه التعويض.

وقد تبني هذا المذهب الفقيه الفرنسي 'جوسران' حيث يعتبر الخطبة عقداً من العقود التبادلية التي يلتزم فيها الخطيبان بالقيام بعمل واحد هو إبرام عقد الزواج مستقبلاً غير أنه يمكن إنهاؤه بالإرادة المنفردة، وهو حق نسبي ومسبب، ولا يمكن أن يمارس إلا لأسباب مشروعة وإلا كان متعسفاً وجبت عليه المسؤولية.

ورغم أن هذا الاتجاه يعتبر حلاً وسطاً فانتقد هو الآخر فقد أكد توفيق حسن فراج² أن الفقه لا يوافق في جانب كبير أعمال هذه النظرية خاصة أن القاعدة الفقهية تقول "الجواز ينافي الضمان" فللكلا الطرفين الحق في العدول، وبالتالي هو ممارسة لحرية الشخص في عدم إتمام الزواج، الشيء الذي يعني أن الخاطب يمارس حريته في عدم التعاقد، وهذا من الحريات العامة التي يستوي الأفراد في شأنها من المركز.

وكان المشرع السوري متأثراً بنظرية الوعد بالزواج، إذ اعتبر العدول عن الخطبة خالفاً لكل من الخاطب والمخطوبة، وهذا ما جاء في المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنص على أنه "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة".

ويظهر من هذا النص أن المشرع السوري لم يقيد العدول بأي قيد أو شرط، بل لم يتحدث عن التعويض عن العدول مطلقاً، بل تناول آثار العدول عن الخطبة فيما يخص المهر والهدايا فقط، ونجد ذلك أيضاً قد كرسه القضاء السوري.³

العدول في القضاء والتشريع السوري أمر مشروع، ولا يترتب عليه أي نوع من أنواع الالتزامات أو التعويضات، حتى ولو كان لا يستند إلى سبب معقول،⁴ إلا أنه إذا نتج لأحد الخطيبين وقوع ضرر له، فذلك

¹ توفيق حسن فراج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1961-1962، عدد 3، مطبعة جامعة الإسكندرية، ص 13-14.

² توفيق حسن فراج، المرجع السابق، ص 44.

³ نبيل الظواهر الصائغ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، ط 2، دار صناعة الكتاب وتجارتها، 1998، ص 44.

⁴ محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998، ص 105.

ليس عن فعل العدول في حد ذاته لأنه حق خالص لكل منهما، وإنما يخضع التعويض عن الضرر لقواعد المسؤولية التقصيرية، وتكون مباشرة هذه الدعاوى أمام القاضي المدني.

وكان المشرع الجزائري قد أخذ نفس اتجاه المشرع السوري في تكييف الخطبة، إذ اعتبرها وعداً بالزواج فقط وأجاز العدول عنها، إلا أنه خالف المشرع السوري في تقرير التعويض للطرف المتضرر عن العدول عن الخطبة.

الخطبة وفقاً لما فيها المشرع الجزائري فهي وعد بالزواج وليست عقداً وإن تمت باتفاق الطرفين، لأن الزواج أساسه الرضا والاختيار، فإذا أجبرنا الخطيبين على إتمام الزواج على اعتبار أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أننا أكرهنا الزوجين على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما، أو لم يعد يرضى به، وهذا ما يناهز مبدأ الرضائية في الزواج.¹

الخطبة مما سبق وعد غير ملزم، سواء كان مجرد عرض من أحد الطرفين، أو كانت اتفاقاً فيه إيجاب وقبول من الطرف الآخر، حتى لو تأكدت بتقديم المهر والمدايا.

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 العدول عن خطبتها، وللمخطوبة أيضاً رد الخاطب الموعد بتزويجها منه".²

مما سبق فالمشرع تكلم عن الوعد بالزواج في حد ذاته مبيناً أنه لا يمكن أن يكون عقد زواج ولا ينعقد به النكاح، وعليه فالنص أراد أن يخلع عن الخطبة صفة الزواج لا صفة العقد بوجه مطلق.

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 زواجاً" بل أعطى المشرع وصف الخطبة بأنها وعد بالزواج فقط.

وقد كان هذا النص محل تعديل بموجب الأمر 05-02،³ ولكن التعديل طال جوانب أخرى في الخطبة، أما وصفها القانوني فقد أبقاه المشرع على أنها وعد بالزواج.

¹ عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة دمشق، 1979، ص 31.

² مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الكتاب الأول في الأحوال الشخصية، طبع بالمطبعة الشرقية قوتانا، الجزائر سنة 1907 مقتبس عن محمد محدة المرجع السابق، ص 49.

³ صدر هذا الأمر في 2005/02/27 بالجريدة الرسمية، العدد 15، ص 19، وقد مس القانون 41 مادة ما بين الإلغاء والتعديل والإضافة.

وهذا الموقف التشريعي قد وجد تطبيقات في القضاء أيضاً، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/12/25 "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقداً، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلط اختلاط الأزواج، و على هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً، ولا زواجاً، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية في العقد".¹

إذن مما سبق فالخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين حتى لو كانت في قالب رسمي أو شكلي، وذلك لأن المشرع و الفقه و القضاء لم يرق بها إلى مرتبة العقد.

بل اعتبرها مجرد وعد بالزواج من الطرفين مع إمكانية العدول والتراجع عنها، فهي من مقدمات عقد الزواج تتم قبل الارتباط بعقد الزوجية، ليتعرف كلا الزوجين على الآخر ويكون الإقدام على هدى وبصيرة.² والخطبة في الإسلام ليست عقداً شكلياً كما هو الحال عند غير المسلمين، بل تترتب عليها الأحكام بمجرد الموافقة على الخطبة من غير توقف على شروط معينة أو صيغة محددة أو مكان بعينه.³

الخطبة مهما يتم حولها من مظاهر الإعلان ، فإن ذلك لا يزيداها إلا تأكيداً وتثبيتاً، ولا يترتب عليها أي حق للخاطب إلا حجز المخطوبة، بحيث يحظر على غير الخاطب أن يتقدم لخطبتها⁴ وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".⁵

وقد أخضع المشرع الجزائري الخطبة و الفاتحة لنفس الأحكام من خلال المادة 6 من قانون الأسرة التي تنص " يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

والمشرع قد تأثر ببعض التشريعات العربية الأخرى إذ أن قراءة الفاتحة في بلاد المشرق العربي لا تعد عندهم مجرد التأكيد على طلب الخاطب ولا تخضع للإجراءات الجاري العمل بها في بلادنا وهذا ما يستنتج من المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري، التي تنص على أن: " الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض

¹ أنظر محكمة عليا، غ أش ، 1989/12/25، ملف رقم 34089، م ق، 1993، عدد 4، ص 102.

² سيد سابق، فقه السنة، ج 6، ط 4، دار الفكر العربي للطباعة والنشر و التوزيع ، 1983، ص 20.

³ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988، ص 27.

⁴ يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة، دار الشهاب، 1993، ص 60.

⁵ متفق عليه ، الإمام مالك، موطأ الإمام مالك،. كتاب النكاح باب ما جاء في الخطبة(حديث رقم: 1489).

المهر وقبول الهدية لا تكون زواجاً¹، إلا أنه في مفهوم المجتمع الجزائري¹ فالخطبة تختلف عن الفاتحة من حيث الأحكام والآثار، وذلك لما سار عليه المجتمع الجزائري من أن الفاتحة عبارة عن مجلس يحضره ولي الزوجة والزوج أو وكلاهما، وجمع من الأهل وينتهي بإبرام عقد شفهي يتم فيه تحديد المهر وأحياناً تقديمه.

والفاتحة مما سبق عقد زواج شرعي مكتمل الأركان، ويرتب جميع الآثار والأحكام، حيث تصير المخطوبة زوجة والخاطب زوجاً، وفي بلدان المشرق العربي لا تعد الفاتحة عندهم مجرد تأكيد على طلب الخاطب ولا تخضع لنفس الإجراءات الجاري العمل بها في بلادنا.

الفاتحة في بلاد المشرق تسبق الخطبة والتي تحصل في العادة بين طالب الزواج وبين ولي الفتاة أو وكيلها في حفل صغير يضم أهل الطرفين لمجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد به من الطرفين ولا ترتب هذه المرحلة لأي من الطرفين قبل الآخر حقوقاً.²

وبالتالي فإن الاختلاف واضح بين الواقعتين في المجتمع الجزائري والمجتمعات الشرقية، فالفاتحة عندنا تتم بصيغة الزواج وبحضور الزوج أو من يمثله وولي الزوجة، ويتم فيه تحديد الصداق ويذكر صراحة أمام جميع الحضور من أهل الطرفين، وهذا هو العقد الشرعي للزواج في حين أن الخطبة ليست إلا مجرد إجراءات إدارية لا يطلب فيها رضا الزوجين صراحة ولا يحضر فيها شهود ولا يسمى فيها صداق، وتقتصر على مجرد إعلان رغبة الجانبين في الزواج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج فيما بعد.³

إلا أن القضاء الجزائري من خلال أحكامه التي تتماشى مع ما تنص عليه الشريعة الإسلامية قد تحرر من هذا اللفظ وخالف المشرع الجزائري، فقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 بأنه "من المقرر أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج وليست زواجاً، غير أنها تتعدى مرحلة إلتماس النكاح إلى نكاح شرعي وتصبح فعلاً زواجاً شرعياً إذا واکبها تحديد شروطه، وتحقيق أركانه وهذا باشماله على إيجاب وقبول حاملين لصيغة الزواج، ومحضر الأب الذي تولى إنكاح ابنته".⁴

وتأكيداً لذلك أيضاً قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/04/14 بأنه "من المقرر قانوناً أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضاً أنه يثبت النكاح بتوافر

¹ تختلف إجراءات الفاتحة من منطقة إلى أخرى ففي الشرق مثلاً فالفاتحة تجرى بحضور الخاطب أو من ينوب عنه ومن ولي أو وكيل المخطوبة وتتم في المسجد ومعهم جمع غفير من الرجال، ويتم في هذا المحضر التزويج، أما الجنوب فلا يكون بعد الخطبة إلا العقد الشرعي ويتم ذلك ليلة الدخول وإجراءاته كالفاتحة تماماً، محمد محدة، المرجع السابق، ص 51.

² أنور العمروسي، التعويض عن فسخ الخطبة، مجلة الحمامة التونسية، العدد 9، 5 سبتمبر 1970، ص 68.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 84.

⁴ م أ، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 64043، م ق، 1990، عدد 1، ص 67 وما بعدها.

أركانه المقررة شرعاً، ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد توافرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتتان الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الخطبة كالفاتحة يسمح لكلا الطرفين بالعدول عنها، وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفع الدعوى و القضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود، والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون.¹

كما قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1995/4/4 بأنه "إن اقتتان الخطبة بالفاتحة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعداً بالزواج طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة وإنما اقتترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإن اقتتان الخطبة بالفاتحة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحاً متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعداً بالزواج رغم تقديم الطاعنة شهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.²

ومن خلال هذه القرارات القضائية يثبت أن القضاء الجزائري قد تحرر من القيد اللفظي الذي وضعه المشرع، وأن أحكام القضاء وتطبيقاته قد أثبتت أن الخطبة والفاتحة لا تخضع لنفس الأحكام، لأن الآثار التي تترتب عن الخطبة تختلف عن تلك التي تترتب عن فسخ الفاتحة، واختار لفظ الفسخ، لأن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أنها زواج شرعي مكتمل الأركان لذلك استعمل لفظ الفسخ ليتماشى مع قيمتها القانونية.³ والمشرع بعد ذلك بعد ذلك أكد موقف القضاء وأثبتته، وذلك من خلال الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة والذي أصبح ينص في المادة 6 منه على أنه "إن اقتتان الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

¹ م غ، غ أش، 1992/04/14، ملف رقم 81877، م ق، 2001، عدد خاص، ص 33.

² م غ، غ أش، 1995/4/4، ملف رقم 11876، م ق، 2001، عدد خاص، ص 36.

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 45.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خطى خطوة إيجابية لإعطاء الوصف القانوني للخطبة المقترنة بالفاحة والتي تختلف عن الخطبة من حيث الأركان والآثار المترتبة عليها وبذلك تعتبر تماماً مثلها مثل عقد الزواج مكتمل الأركان.

وقد أقر القضاء في بلاد المغرب العربي 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 أن يتوافر في عقد الزواج كامل الحرية للمتعاقدين.

ونجد أن أغلب القوانين العربية نصت على أن الخطبة وعد بالزواج، وهذا ما نجده في المادة 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 05 من مدونة الأسرة المغربية.

أما المشرع الفرنسي فلم يتطرق إلى تكييف طبيعة الخطبة، غير أن أغلب الفقهاء الفرنسيين أكدوا أن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج وليس لها قوة العقد وتخضع لمبدأ الرضائية و الحرية التامة.¹ أما من جانب الفقه الفرنسي فقد ذهب "بوتيه" إلى أن للزواج تقاليداً لا بد أن تحترم و إن لم تكن ملزمة، وتمثل هذه التقاليد في الخطبة، وذهب إلى تعريف الخطبة إلى أنها اتفاق متبادل قائم بين الرجل و المرأة لإبرام عقد الزواج.²

وقد اتفق بعض فقهاء القانون المصري مع فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة عدم اعتبار الخطبة عقداً ملزماً لطرفيها بإبرام عقد الزواج في المستقبل، فالخطبة أو الوعد بالزواج ليست عقداً ملزماً وقيل في تبرير ذلك أنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد لیتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقليد مخالف للنظام العام.³

أما القضاء في مصر فقد حسم الجدل حول الطبيعة القانونية للخطبة، واعتبرها تمهيداً لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج ليس له أي صفة إلزامية على كل من المتواعدين، والقضاء رتب المسؤولية عن الظروف المحيطة بالعدول، فهي من شأنها إلحاق الضرر بأحد الطرفين.

أما اعتبار التعويض ناجماً عن الوعد في حد ذاته فهذا يعد تمهيداً لحرية المتعاقدين في عقد الزواج وهذا العقد بالذات لما له من أهمية في حياتهما لا بد للمقبل عليه أن يتمتع بحرية مطلقة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 51.

² C.F.POTHIER . Traité du contrat de mariage, n°23, cité par laynes, op, cit n° 404-405.

³ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، 1964، ص 937.

حيث جاء في قرار في 1930/06/30" أن الخطبة ماهي 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 يعمل على توفير السعادة للزوجين و استتباب الأمن العائلي وهو لا يتحقق إلا بالرضا الخالص من الطرفين، الأمر الذي يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق".¹ إذا فالفقه والقضاء المصري لم يقف على مجرد نفي صفة العقد بل وجردها من صفة الإلزام، فهي ليست عقداً، ولا يترتب عليها على 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 جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.²

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة.

الخطبة تعتبر مقدمة لعقد الزواج الذي يتم بين الرجل والمرأة ، ولذلك يمكن للخطبة أن تنتهي . وأسباب انتهائها إما بانقضاء عقد الزواج وهو الأصل، أو بوفاة أحد طرفيها، وقد تنتهي بتراجع أحد الطرفين عن مواصلة إجراء الزواج وهو العدول عنها.

العدول لغة: مشتق من عدل عدلاً أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى حاد وعدل إليه، أي رجع.³

أما العدول اصطلاحاً: فهو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد اتمامها وحصول الرضا منهما.⁴

وللعدول عن الخطبة مزايا ومساوئ، وأهم مزاياه أنه يحول دون تحقيق زواج فاشل ويجنب الزوجين العيش في تعاسة وشقاء، وبالتالي لا بد من الاعتراف بين الخطيبين في حرية إتمام عقد الزواج حتى لا يجبر كل منهما على معاشرته زوج لا يرضاه.

¹ مقتبس عن توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة و أساس التعويض في حالة العدول عنها، الدار الجامعية، ط2، 2002، ص 3. -بوتيه: (1699-1972) رجل قانوني فرنسي، عين قاضياً في 1720 في المحكمة الفرنسية لأورليان لمدة 52 عاماً.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940.

³ ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، لبنان، 2005، ص 62-63.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، مقومات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 234.

أما عيوبه ومساوئه تتمثل فيما يلحق سمعة أحد الخطيبين وخصوصا المخطوبة ونظرة المجتمع للمرأة وكثرة القيل والقال. وقد يصيب أحدهما الوقوع في مغارم مالية قد أنفقها في زواج لن يتم، وقد يضيع عليه فرصة الزواج مرة أخرى نظر لما أنفقه من مصاريف، أو فرصة لاستكمال دراسة أو الالتحاق بعمل.¹

فما هو حكم العدول عن الخطبة؟ هل هو حق لكلا الطرفين؟ وهل لهما الحرية المطلقة في العدول؟ أو تحكمها ضوابط وقيود؟ ولذلك نتطرق لمدى جواز العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية (أولا) ثم مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي (ثانيا)

أولا: مدى جواز العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية.

يعتبر العدول عن الخطبة نتيجة طبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها والعدول عنها، وإتمام الزواج لأن كل من الخطبة والزواج رضائيين والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما، ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وهذا لا يصح باتفاق كل المذاهب الإسلامية.²

ولقد رأينا فيما سبق أن الخطبة وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد، ولا ترقى لكونها عقد زواج وأنه يجوز العدول عن الخطبة إذا ارتبط العدول بأسباب يقبلها العقل والمنطق.

وقد ورد في أقوال فقهاء المسلمين صراحة جواز العدول عن الخطبة، فقد جاء في المغني أنه "ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة، إذا رأى المصلحة لها في ذلك، لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها، فلم يكره الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض، كره لما فيه من إخلاف الوعد، والرجوع عن القول ولم يجرم لأن الحق بعد لم يلزمهما، كمن ساوم بسلعته ثم بدا له أن لا يبيعهها".³

ويستدل كذلك على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي أنها ليست لازمة بل جائزة من الجانبين قطعاً، ولما كانت المصلحة توجب أن يكون لكل أحد من طرفي العقد الحرية التامة قبل إبرامه فإنه لا يمكن تضمين الخطبة قوة الإلزام ولكل من الخاطبين الرجوع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل، غير أن هذا العدول المباح يجب تقييده حتى لا يكون سبباً للإضرار بالطرف الآخر، لأن

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1987، ص 99.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، لبنان، دون سنة النشر، ص 52.

³ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 85.

إخلاف الوعد نقيصة ونميمة في خلق المسلم، ولذلك فإن حق العدول لا يمكن استعماله إلا في حالة وجود المبرر الشرعي الذي يصوغ ذلك بحيث يكون العدول تراضيا بين الطرفين.¹

ثانيا: مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي

العدول عن الخطبة هو تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماماً عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد كما كان مخططاً له في بادئ الأمر بعد إتمام الخطبة.²

حيث تنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 على أن: "الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل من الطرفين العدول 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".

إذن الخطبة لو تمت بإيجاب وقبول كلا الطرفين، فهي لا تعدو كونها وعداً بالزواج في نظر المشرع الجزائري، ولكن هل الرجوع عن هذا الوعد حق لكلا الطرفين دون قيد أو شرط؟ أو هو رخصة يستعملها في حدود معينة؟

وفقاً لنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري فإنه لكل من الخاطب أو المخطوبة العدول عن وعده فلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد، ومن هنا هل يقصد المشرع أن العادل يمارس حقاً مطلقاً؟ أم مجرد رخصة تميز التحلل من الالتزام بإتمام الزواج؟

المشرع استعمل عبارة الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل من الطرفين العدول عنها، وقد استعمل عبارة (ولكل) أي للمرأة والرجل على حد سواء حق العدول عن الخطبة في أي وقت شاء.

وإن كان المشرع قد رتب التعويض عن أي ضرر مادي أو معنوي يلحق بأحد الطرفين، إلا أنه لم يجعل حق العدول مقروناً بأي شرط، بل سمح باستعماله في أي وقت ولكل من الطرفين، ويمكن في هذه الحالة القول بأن العدول عن الخطبة حق لكل من الخاطب والمخطوبة، ولعل هذا ما جعل المشرع يتدارك عمومية هذا اللفظ في التعديل الذي لحق بقانون الأسرة إذ أصبح ينص في المادة 5 بعد التعديل "الخطبة وعد بالزواج، يجوز

¹ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 86، نقلاً عن السيوطي .

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 85.

للطرفين العدول عن الخطبة" فقد جاءت الفقرة الثانية من نفس المادة المعدلة لتضييق عمومية اللفظ الوارد في النص سابقا.

حيث استعمل المشرع عبارة "يجوز" وذلك للدلالة أن العدول عن الخطبة ليس حقا مطلقا يستعمله صاحبه كيفما شاء، وإنما هو حق مقيد بالغاية التي وضع لأجلها، وكأنها رخصة يسمح المشرع باستعمالها في ظروف معينة فقط، أي من باب الإباحة لأحد الخاطبين في الرجوع عن الوعد إذا ظهر ما يمنع من المضي في إتمام عقد الزواج.¹

وما يمكن قوله أنه يحق لكل من الخطيبين العدول عن وعده، فلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد، ما دام أن المشرع الجزائري أجاز العدول ولم يقيد بشرط ولا بقيد خاص، ومن ثم يبقى لكل من الخاطب أو المخطوبة حق العدول بإرادته المنفردة، دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعاً وجائزا قانوناً.²

وإن كانت مسألة التوافق بين الخطيبين من الناحية النفسية وكذا الظروف الاجتماعية من أصعب الأمور التي على القاضي تقديرها، إلا أنه ليس من العدل أن يعدل الخاطب لمجرد طيش أو هوى أو نزوة بغير مبرر منطقي، حتى يتحقق الغرض من هذا العدول.³

وذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن الخطبة لا تتجرد من أي أثر قانوني، وإنما تعتبر اتفاقاً ينشأ عنه ارتباط، وأن العدول عنه حق، وأن استعماله مقيد بوجوب أن يكون مطابقاً للحكمة المبتغاة التي من أجلها شرع. إذا أساء استعمال هذا الحق، لم يكن الفعل تطبيقاً لهذا الحق الذي يكون غير قائم بعدم قيام وجوبه وبذلك يكون تصرف الشخص الذي عدل عن الخطبة منافياً لما تعهد به، وموجباً للمسؤولية على أساس العقد، وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية، حيث تنقيد الحقوق فيها بصفة عامة بعدم إساءة استعمالها.⁴

ونجد أن القضاء المصري في أحكامه قد اعتمد على فكرة التعسف في استعمال الحق، فالعدول في القضاء المصري ليس مجرد إباحة لا تترتب عنها أية مسؤولية، وإنما هو حق مقيد في استعماله، بوجود مسوغ

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 65-66.

² محمد محدة، المرجع السابق، ص 57.

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 70.

⁴ عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، 2002،

ص 42.

يقتضيه، عندما يظهر عدم تحقيق الغاية المرجوة من الزواج وعدم التقيد بالخطبة لا يبرر استعماله لأجل السبب الذي شرع لأجله، ويكون فيه إضرار بالغير و بهذا يستلزم على الطرف العادل التعويض عن الضرر الذي يسببه للطرف المعدول.

وقد كان قضاء المحكمة الفرنسية قد استقر على هذا المبدأ قبل ذلك، إذ ذهب إلى أن الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الأخلاق للإنسان فلا ينقض وعده، ويرجعه في عزمه، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملحة تبرز نقض وعده.¹

والمشروع السوري نص في المادة 3 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة" وينص في المادة 4 من نفس القانون على أنه: " إذا دفع الخاطب مهراً نقداً أو اشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فالمرأة الخيارين بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، وإذا عدلت فعليها إعادة المهر أو قيمته، تجري على الهدايا أحكام الهبة".

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة.

لما كان الحق في العدول عن الخطبة هو حق مقرر لكلا الخطيبين، فقد يمارس أحدهما هذا الحق ويعدل عن الخطبة، وفي فترة الخطبة قد تصدر تصرفات من الخاطب والمخطوبة تمهيدا لعقد الزواج، وذلك من خلال تبادل الهدايا وقد يقدم لها مهراً أو جزءاً منه ما يسمى بالمهر المعجل، وهذا لتقوية وربط الصلة بينهما إلا أن العدول عن الخطبة قد يصحبه أضرار مادية ومعنوية.

والسؤال المطروح: في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة ما هو حكم الهدايا والمهر؟ وهل ينجم التعويض عن الأضرار التي تنجم في حالة العدول عنها؟ ونجيب عن ذلك من خلال حكم المهر والهدايا(أولاً) وحكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة(ثانياً).

أولاً: حكم المهر و الهدايا

يترتب عن العدول عن الخطبة عدة آثار شرعية وقانونية تطرق إليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 05 من ق أ ج ونوضح ذلك من خلال ما يلي:

¹ C F.Cass 30/05/1938, S,1938n 31002

1- حكم المهر المعجل:

تنص المادة 14 من ق أ ج " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". المهر واجب لقوله تعالى: ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ﴾.¹

والحكمة من المهر هو تكريم المرأة وإظهار الرغبة بالزواج بها، وهو شرط من شروط الزواج ولا يجوز الاتفاق على اسقاطه، وقد يتم تعيينه أثناء مجلس الخطبة وقد لا يتم ذلك.

إلا أنه في حالة عدول الخاطب عن الخطبة سواء بإرادته المنفردة أو الإرادة المشتركة وكان قد قدم المهر أو جزءاً منه فيحقق له استرداد ما دفعه من مهر بأخذه عينيا إذا كان قائما، وإذا هلك استرد مثله إذا كان مثليا أو أن يسترد قيمته إذا كان قيميا، وهذا ما أخذ به الفقه الإسلامي.²

الصداق من آثار عقد الزواج إذا لم يتم العقد عاد المهر إلى الخاطب ولا تستحق المخطوبة منه شيئا سواء كان العدول منها أو منه.³ والمشرع الجزائري عرف المهر من خلال المادة 14 ق أ ج لكنه لم يتطرق ولم ينص على المهر المقدم خلال فترة الخطبة و قبل انعقاد العقد سواء في القانون رقم 84-11 أو الأمر 05-02.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 15 من ق أ ج والتي جاء فيها ما يلي: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل". ويمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد و هو شرط من شروطه فعلى المخطوبة رده في حالة العدول لأن العقد لم يتم حتى لو تم العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول فليس لها الحق إلا في نصف الصداق.⁴

ودليل ذلك قوله تعالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾.⁵

¹ سورة النساء، الآية 04.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص 53.

³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق، 1992، ص 26.

⁴ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 39.

⁵ سورة البقرة، الآية 237.

وكذلك ما جاءت به المادة 1/16 ق أ ج التي تنص على أنه " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

وذلك لأن وجوب الصداق في العقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين ولم يتم هذا الغرض و هو الزواج ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، ويفرق محمد محدة إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة فإذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات العدول، وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها إعادة المهر كما هو و لا يجبر الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من مهر.¹

2-حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين:

قبل تعديل قانون الأسرة الذي صدر سنة 2005 وضع المشرع الجزائري حكما واحدا لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة وذلك في الفقرتين 3 و 4 من المادة 5 والتي تنص على أنه " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إذا كان العدول منه وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك" وحسب المادة فقد فرقت بين حالتين:

1-إذا كان العدول من الخاطب بناء على إرادته فلا حق له في استرداد ما قدمه من هدايا بغض النظر إذا كانت استهلكت أو لازالت قائمة.

2وإذا كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة سواء كانت قابلة للاستهلاك كالمأكولات، عطور، ملابس... إلخ، أو غير قابلة لذلك كأن تكون الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليها ردها ولا يحق للخاطب المطالبة بها.²

وبالنظر إلى نص المادة 05 من ق أ ج القديم فالمشرع أغفل على ذكر الهدايا المقدمة من المخطوبة وذلك يعود إلى أن العرف الجاري أن الهدية تقدم من الخاطب لكن بتغير عادات المجتمع أصبحت الهدايا تقدم في كل المناسبات و من كلا الطرفين لكن بعد التعديل الذي جاء به المشرع في المادة 05 من ق أ ج بموجب الأمر 02-05 " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهدها إذا كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

¹ محمد محدة، المرجع السابق، ص 59-60.

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 86.

والمشرع هنا قد راعى مسألة التمييز بين الهدايا المقدمة من الخاطب وبين الهدايا المقدمة من المخطوبة بناء على رغبتها كما فرق بين الهدايا المستهلكة والتي لم تستهلك.

إذا عدل الخاطب عن الخطبة سقط حقه في استرداد ما أهده بل عليه رد ما لم يستهلك مما أهده المخطوبة أثناء فترة الخطبة فإن استهلكته رد قيمتها، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من الهدايا وإن استهلكته ردت قيمتها.¹

والمشرع بعد التعديل استدرك الموقف وأزال الغموض الذي شاب استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة وذلك بالتمييز بين حالة عدول الخاطب والمخطوبة وحق كل منهما في استرداد الهدايا التي قدمها خلال فترة الخطبة.

لكن يعاب على المشرع عدم تفصيله في مسألة الهدايا المتبادلة بين عائلتي المخطوبين في حالة العدول عن الخطبة، فهل يعني إغفاله أو سكوته أن الهدايا تأخذ نفس حكم الهدايا المتبادلة بين الخطيبين؟ أم أنها تخضع لإرادة ورغبة العائلتين في استرجاع ما قدم من هدايا أم لا؟

كما يعاب عليه أيضا أنه لم يوضع الأسباب المؤدية للعدول وكذا حكم الطرف المتسبب في العدول فقد تتعرض المخطوبة إلى ضغط وسوء معاملة من الخاطب ألا يدفعها ذلك للعدول؟

ثانيا: حكم الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة.

نصت الفقرة 3 من المادة 5 ق أ ج على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

حسب هذه الفقرة يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر في حالة ما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر لأحد المخطوبين قد تكون مادية وقد تكون معنوية تمس أحدهما خاصة الطرف المعدول عنه، نتيجة التعسف في استعمال حق العدول المنصوص عليه في المادة 02-05 ق أ ج كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل ثم بعد فترة يقوم بالعدول بشكل تعسفي فهنا الخاطب لا يعفى من المسؤولية المدنية نظرا لاقتران الأمر المباح بالتعسف والأضرار المترتبة عنه، كما قد يفوت الخاطب على المخطوبة فرصة الزواج من

¹ محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009، ص 307.

شخص آخر نتيجة العدول مما يؤثر سلبا على نفسية الفتاة ومستقبلها ويتركها نهباً للظنون ويلحق بها ضرراً لا يحمده عقابه.¹ والتعويض عن الضرر المترتب عن العدول يكون مادياً أو معنوياً.

هذه الفقرة الثالثة مهمة وهي كان على المشرع الجزائري أن يتطرق إلى الأسباب المؤدية للعدول وهذا ماجاء به الأستاذ محدة وهو "لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان سبب العدول منه، وإن كان سبب العدول من المخطوبة فعليه رد ما لم يستهلك."

وهناك أمر أغفله المشرع وهو مسألة العدول اللإ إرادي كموت أحد الخطيبين فرى عزم استرداد الهدايا المتبادلة بينهما لأن الوفاة لا دخل لإرادة الإنسان فيها .

1- التعويض عن الضرر المادي:

الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله كأن يصرف الخاطب أموالاً في الهدايا التي يعطيها للخطيبة تقرباً منها وأملاً منه بالزواج بها.²

إذ هو إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية كأن تقوم المخطوبة بشراء الجهاز حسب رغبة الخاطب وتتخلى عن دراستها ويشترط أن يكون الضرر المادي محققاً سواء كان حالاً أو مستقبلاً طالما أنه من المفروض به أنه سيقع وللقاضي أن يقوم بالحكم وذلك بالتعويض عن الضرر الحالي ويحفظ للمضروب حقه في الرجوع إليه في مدة معينة عندما تسوء حاله مستقبلاً.³

مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً للتعويض إلا إذا اقترنت بالعدول أفعال أخرى تترتب عنها أضرار مادية أو معنوية جازت المطالبة بالتعويض.⁴

والفقهاء اختلفوا حول إمكانية تعويض المعدول عنه إلى فريقين:

أ- الفريق الأول:

يرى مجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض لأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم الوفاء به، لأن الفعل المشروع ينفي عن صاحبه الضمان، وبالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر.

¹ السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 225.

² أمال دراري، الخطبة و آثار العدول في القانون الجزائري، <http://www.norliman.com>، 01/07/2017.

³ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 161.

⁴ السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 252.

ب- الفريق الثاني:

العدول عن الخطبة يلزم التعويض عن الأضرار المادية وانقسموا بدورهم إلى قسمين:

-قسم الأول: يرى أن التعويض عن الأضرار يتحقق إذا صاحب العدول أفعال مستقلة ألحقت ضرراً للمعدول عنه بغض النظر عن العدول المجرد وهذه تستوجب التعويض طبقاً لقواعد المسؤولية المدنية عن الأفعال الخاطئة.¹

-قسم الثاني: فقد ذهب إلى القول بأن الخطبة وعد غير ملزم يجوز لأي من الخطيبين العدول عنها، و لكن إذا صاحب العدول أضراراً سواء نتجت عن العدول في حد ذاته بسبب خطأ أو تقصير أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول أما سبب تصرفات أخرى أجنبية فهي واجبة التعويض.²

2- التعويض عن الضرر المعنوي:

يعرف الضرر المعنوي بأنه ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما في شرفه ويضر بسمعته أمام الناس فتكون نتيجته الآلام والأحزان التي تبعث على القلق والاضطراب النفسي.³ والفقهاء الإسلاميين القدماء لم يتعرضوا إلى الضرر المعنوي نتيجة تمسك المجتمع بالعادات والتقاليد إذ أن تطور الحياة الاجتماعية للمجتمع الجزائري من حيث ثقافته ونمط عيشه أصبح من الضروري النص على الضرر المعنوي، وقد نص المشرع عن التعويض عن الأضرار المعنوية في المادة 5-3 أ ج.

وقد أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1989، حيث أقرت بمبدأ التعويض عن الأضرار بنوعها المادية والمعنوية موضحة بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد إقراراً قضائياً ومادامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وأن العدول عن الخطبة كان من فعلها وحيث إنه من المقرر قانوناً أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض وأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون⁴ فالتعويض يخضع للقواعد العامة.

الأحكام الصادرة بشأن التعويض عن العدول عن الخطبة لا تبين لنا أسباب تقدير التعويض سواء المادي أو المعنوي المقرر للطرف المتضرر إذ تكتفي معظم المحاكم بالإشارة إلى المادة 05 التي تجيز للقاضي الحكم بالتعويض وهذا ما نلمسه في قرار المحكمة العليا التي تقر بضرورة التعويض للطرف المعدول عنه إذا كان

¹ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، د ب ن، 1984، ص 29.

² محمد محدة، المرجع السابق، ص 74.

³ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 72.

⁴ م-ع، غ أش، قرار رقم 56097 قضية (ب خ) ضد (ب ف)، المجلة القضائية، عدد الرابع، 1991، ص 102.

العدول من الطرف الثاني ثابتا دون النظر إلى أسباب العدول والتقدير لوجود الضرر من عدمه أما المادة 3/5 فقد كرست مبدأ الحق في طلب التعويض في حالة حصول الضرر وأخضعته للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون قيده مما يتعين على المحاكم الحكم بالتعويض للطرف المتضرر متى ثبت لديها تعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة لذا يجب ضبط أساس التعويض بالتعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني

استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي

تعتبر مسألة التعسف في العدول عن الخطبة مسألة حديثة لكون مسألة العدول عن الخطبة في المجتمع الإسلامي لم يكن هناك ضرر في العدول عن الخطبة، حيث كانت تتبع قواعد الشريعة الإسلامية ولا يترتب عن فسخها أي ضرر متى التزم الخاطبين السلوك المبين في الشريعة الإسلامية، ومن هنا لم يكن هناك الحاجة في البحث عن مسألة التعسف في العدول عن الخطبة،¹ إلا أنه في الفقه المعاصر ظهر خلاف حول مسألة وجود تعسف في العدول عن الخطبة من عدمه وظهر في هذا الشأن مذهبان:

المذهب الأول: القائل بوجود تعسف في العدول عن الخطبة إذا كان بغير مبرر

إن من المسلم به في الفقه الإسلامي، أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لتحقيق مصلحته الذاتية لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق له صفة فردية وجماعية في وقت واحد فهو حق له ميزة فردية لكونه يحول لصاحبه الحق في الاستمتاع بشمرات الحق منفرداً، وأما الميزة الاجتماعية للحق فكونه مقيدا بعدم استعماله بطريقة مضرّة للغير.

وبهذا فالشريعة الإسلامية قد أقامت التوازن بين المصلحة الفردية و المصلحة الجماعية، وهي تعترف بوجود هاتين المصلحتين الجوهريتين، وهذا ما لا نجد في المذهب الفردي الذي يعترف بالحق الفردي فلا نجد أساساً لنظرية التعسف في استعمال الحق في المذهب الفردي.²

ومن هنا نجد أن التعسف في العدول عن الخطبة يحد أساسه في الشريعة الإسلامية التي تفرض على صاحب الحق عدم استعمال حقه في العدول بغير مبرر، وذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل جهد لإتمام الزواج، إلا أن هذا الحق يجب أن لا يساء استعماله وذلك بأن يكون العدول عن الخطبة لمبرر شرعي، أما إذا كان العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي، فإنه يعتبر في هذه الحالة تعسفاً في استعمال الحق.

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 237.

² فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 07.

وبذلك فإن منح الشارع للطرفين الحق في العدول عن الخطبة لا يبرر استعمال الحق على وجه ضار
بباعث غير مشروع، أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير تحت ستار الحق، لأن الحق لم يشرع أصلاً ليتخذ
كوسيلة لإلحاق الأذى بالغير، بل شرع لمصلحة جدية مشروعة، و معقولة تحقق غرضاً اجتماعياً إنسانياً
مقصوداً للشارع.¹

إذا استعمل هذا الحق بطريقة غير مناسبة وتم العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي، وتحقق ضرر للطرف
المعدول عنه تقوم المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق.

المذهب الثاني: القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعد تعسفاً في استعمال الحق

يرى أصحاب هذا المذهب بأن العدول عن الخطبة ليس حقاً بل هو رخصة لكل من الخطيبين، لأن
الحق هو وسيلة يثبتها القانون لشخص تكون ميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل
منهما، فهو رخصة لكل منهما وليس حقاً والتعسف لا يكون إلا عند وجود الحق.² وبعضهم يرى أن العدول
عن الخطبة هو خطأ تقصيري لأنه ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي، ووجه الخطأ فيه هو أن العدول بغير مبرر
هو عدول طائش، إلا أن هذا الرأي قد تعرض للعديد من الانتقادات، ومن بينها:

- القول بأن العدول عن الخطبة ليس حقاً بل رخصة لكل من الخطيبين، يرد عليه بأن العدول عن الخطبة
حق مشروع لكلا الخطيبين لتحقيق مصلحة مشروعة، عند تبين أن عقد الزواج لا يحقق المصلحة التي شرع
لأجلها.

- القول بأن العدول عن الخطبة من غير مبرر هو خطأ تقصيري، هو قول خطأ وذلك لأن الفعل في المسؤولية
التقصيرية غير مشروع أصلاً، لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر أو مسوغ وحدث ضرر نتيجة هذا العدول
للطرف الآخر يعتبر تعسفاً في استعمال الحق.

كأن يكون العدول من طرف الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة فيفوت على المخطوبة فرصة الزواج برجل
آخر، أو استكمال الدراسة و العمل، علاوة على ما قد يصيبها من أضرار معنوية تسيء إلى سمعتها، وتعرضها
لكثير من الشائعات فيعتبر هذا العدول تعسفاً في استعمال الحق، كما قد يكون العدول من طرف المخطوبة
فتضييع على الخاطب أموال باهظة أنفقها في التجهيزات.

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 238.

² المرجع نفسه، ص 239.

وقد يصاب بضرر معنوي، فتتأثر سمعته وتنهار صحته ويصاب بالأذى، و يصبح عرضة لكلام الناس فيبتعدون عن تزويجه.¹ ولهذا يعد العدول عن الخطبة بغير سبب أو لسبب تافه أو لسبب غير مشروع تعسفا في استعمال الحق، ولهذا سنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق (فرع أول)، ثم تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة (فرع ثان)، ثم آثار التعسف في العدول عن الخطبة (فرع ثالث).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق

نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف في استعمال الحق في التقنين المدني من خلال المادة 124 مكرر وقد أورد ضمن هذه المادة ثلاث حالات للتعسف في استعمال الحق ذكرها على سبيل المثال لا الحصر ولم يضع المشرع الجزائري مبدأ عاما يبين فيه المعيار المختار للتعسف أهو معيار مادي أو معيار شخصي بل أكتفى بسرد حالات التعسف في استعمال الحق كالتالي:

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:"

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وسوف نتطرق لدراسة كل حالة وذلك كمايلي: قصد الإضرار بالغير (أولا)، و إذا كان صاحب الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ عن الغير (ثانيا)، وعدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها (ثالثا)

أولا: قصد الإضرار بالغير

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أو بعبارة أخرى أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعمال حقه.

وهي مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، ولذلك يتجه القضاء للبحث عن انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق، والمظاهر الخارجية وملابسات كل حالة بذاتها تساعد في التعرف على نية الإضرار.

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 240-241.

ومثال ذلك أن يبني شخص حائطاً عالياً في ملكه لكي يحجب الشمس و الهواء عن جاره، فإنه لا فائدة من إعلاء الحائط، فيستدل على قصد الإضرار به من طرف صاحب الحق بكل طرق الإثبات¹ وانعدام المصلحة انعداماً تاماً يعد قرينة على قصد إحداث الضرر لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس². فإذا أقام المضرور دليلاً على أنه ليس لصاحب الحق أي فائدة من وراء هذا الاستعمال، فإن صاحب الحق يعتبر متعسفاً في استعمال حقه و يسأل عن هذا التعسف.

ثانياً: إذا كان صاحب الحق يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ عن الغير

حيث يرى الدكتور بلحاج العربي ترجيح الضرر على المصلحة، حيث يعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، وفي ذلك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وهو معيار موضوعي بحت لأنه يقوم على موازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي قد يصيب الغير³، وذلك درءاً لانتهاك ظاهرة القواعد القانونية ستاراً غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالغير، وهو استهانة بما يصيب الغير من ضرر فادح من استعمال صاحب الحق لحقه استعمالاً يكاد يبلغ قصد الإضرار العمدي، إذ أن معيار الموازنة بين المصلحة المبتغاة من هذه الصورة الأخيرة و بين الضرر الواقع هو معيار مادي قوامه الموازنة المجردة بين النفع و الضرر دون النظر إلى الظروف الشخصية للمتفجع أو المضرور يساراً أو إعساراً⁴.

وهكذا فهذا المعيار هو معيار موضوعي، أي معيار السلوك المألوف للرجل العادي، فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقا على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع الضرر.

ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها

يتضح من هذا المعيار أنه لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة ولو كبيرة من استعماله لحقه بل يجب أن تكون مشروعة، ويعتبر الشخص متعسفاً في حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، لأنها بذلك تخالف النظام العام و الآداب العامة.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 126.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 844.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128.

⁴ إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002، ص 70.

والمعيار هنا معيار موضوعي وإن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً هو نية صاحب الحق، مثل صاحب العمل الذي يفصل العامل لأنه انتمى إلى نقابة عمالية، فهنا صاحب العمل فصل العامل، ولكن يكون الفصل لأسباب مشروعة، أما السبب الذي فصل لأجله العامل هنا غير مشروع، و بالتالي صاحب العمل متعسف في استعمال حقه.¹

الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل والعدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين، إلا أنه قد يساء استعماله، كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول، أو يقصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، وهناك معياران للتعسف في استعمال الحق، معيار شخصي ومعيار موضوعي.

أولاً: تطبيق المعيار الذاتي في العدول عن الخطبة.

وهذا المعيار يعتمد على إرادة صاحب الحق للتصرف في حقه قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.²

1- معيار قصد الإضرار:

معيار قصد الإضرار هو أن يستعمل الإنسان حقه قصد إحداث الضرر بالغير وكان هذا القصد هو الدافع لاستعمال الإنسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال تعد أسوء استعمال للحق على الإطلاق.³ أما بالنسبة للعدول عن الخطبة فيظهر قصد الضرر من العادل إذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديها الرغبة الكاملة في إنهاء الخطبة والعدول عنها⁴ وذلك بأن يكون العدول بعد مدة وجيزة من طلب ذلك.

2- معيار المصلحة غير المشروعة.

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشراح، كما أنه أوسع مجالاً في تطبيقاته العملية، و مرد هذا المعيار أن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 845-846.

² عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم المدنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السعودية 2010، ص 80.

³ محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الأول، د.س.ن ص 08.

⁴ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 241.

مع تلك الغاية ،وعلى ذلك فإن استعمال صاحب الحق لحقه مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه.¹

ثانيا: تطبيق المعيار الموضوعي على العدول عن الخطبة

يعتمد هذا المعيار على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من منفعة وما يلزم عن ذلك من مفسدة، والوسيلة التي يستخدمها في تلك الموازنة، فإن كانت المصلحة متساوية مع المفسدة أو فاقت المفسدة المصلحة يعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق و بالتالي يجب التقييد بضابطين:اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة ومعيار الضرر الفاحش.

1-اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

يقوم هذا المعيار على الموازنة بين المصالح المتعارضة فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها كان ذلك صورة من صور التعسف في استعمال الحق. إذا قام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة للأسباب التي يعتقد أنها دوافع ومبررات لهذا العدول، ولتحقيق مصلحة خاصة، لكن يترتب عليها أضرار تلحق بسمعة وشرف الطرف الآخر، أشد وأعظم من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة، فإن هذا العدول يعد تعسفا لأن دفع الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية " درء المفاسد أولى من جلب المصالح".²

إذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة يعتبر متعسفا في استعمال حقه، فإذا ترتب على هذا العدول ضرر أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، كالعدول عن الخطبة من أجل السفر إلى العمل إلى الخارج، مما يؤدي إلى التأثير في الطرف الآخر مادياً ومعنوياً.

2-معيار الضرر الفاحش:

هذا المعيار هو معيار فقهي ظهر في الفقه الإسلامي، وذلك لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة رعاية للمصالح العام، وذلك بأن المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره وهي المضار غير المألوفة أما المضار المألوفة فلا بد من تحملها والتسامح فيها، إذ لو قبل بمنعها لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة.³

¹ أحمد الصويحي شليبيك، التعسف في استعمال الحق قصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون، مجلة الشريعة و القانون، العدد الثامن والثلاثون، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 21.

² جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 242.

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 269.

وبالنسبة للضرر الفاحش الناتج عن العدول عن الخطبة، فيظهر إذا ما أوهم الخاطب مثلاً المخطوبة وأهلها برغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته أو يتم عمله ويكون ذلك بدفع جزء من المهر، وبعد إتمامه للدراسة بعد عدة سنوات عدل عن الخطبة، فيكون الضرر هنا فاحشاً وفوت عليها فرصة الزواج من غيره.¹

إذن المشرع الجزائري نص عن العدول عن الخطبة في المادة الخامسة من قانون الأسرة، وجعل حق العدول مقيد بعدم التعسف في استعماله، فإذا كان العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي، أو قصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة قامت على الطرف العادل المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثالث: آثار التعسف في العدول عن الخطبة.

إن التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة يوجب مساءلة صاحبه، وبالتالي إلزامه بالتعويض وأساس هذه المساءلة هي المسؤولية.²

المسؤولية هي الجزاء المترتب عن المرء عند إخلاله بقاعدة قانونية أو عقدية، فإذا كان الإخلال بقاعدة جزائية فتكون المسؤولية جنائية يعاقب صاحبها بالحبس أو بالغرامة، وإذا كان الإخلال بقاعدة مدنية فتترتب المسؤولية المدنية ويكون الجزاء هو التعويض.

والمسؤولية المدنية هي القواعد التي تلزم من ألحق ضرراً بالغير يجبر هذا الضرر، وذلك عن طريق تعويض المضرور، سواء كان الإخلال بالالتزام التعاقدية يترتب المسؤولية العقدية، أو كان الإخلال بالتزام قانوني يترتب المسؤولية التقصيرية.³

والتعسف في العدول عن الخطبة ليس إخلالاً بالتزام تعاقدي، على اعتبار أن الخطبة وعد بالالتزام لا ترقى إلى مرتبة العقد، وبما أن التعسف في العدول عن الخطبة يترتب ضرراً بالنسبة للطرف الآخر فيترتب إذن عن التعسف في العدول عن الخطبة مسؤولية تقصيرية، ولقد اختلفت آراء الفقهاء حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة، فمنهم من جعل الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه

¹ جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص 269.

² هناك من الفقهاء من يرى تجاوز فكرة التعسف لفكرة المسؤولية التي تقتصر على رفع الضرر أو التعويض عنه في حين أن فكرة التعسف تمنع وقوع الضرر فهي تمنع صاحب الحق من القيام باستعمال حقه بطريقة تعسفية و بالتالي استقلالية فكرة التعسف على فكرة المسؤولية إذ هي سابقة لقيام المسؤولية، نقلاً عن حسن كيرة، المرجع السابق، ص 758 - 768.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 138.

المسؤولية (أولاً)، ومنهم من يرى أن الضرر هو الذي تقوم عليه المسؤولية (ثانياً)، ثم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الناشئة عن الخطبة (ثالثاً).

أولاً: ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني على أن الخطأ الصادر من الشخص يلزمه التعويض متى كان هذا الخطأ مسبباً لضرر الغير، وقد تضمن هذا النص عبارة الخطأ لكنه لم يعرف الخطأ، وتقابلها المادة 163 من قانون المدني المصري التي تنص على أنه: "كل من سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

والخطأ في اللغة نقيض الصواب، وهو بمعنى الذنب كما يطلق على اللفظ الذي يراد به العمد من قصد ما لا ينبغي، والمخطئ في دينه من سلك الخطيئة عمداً.¹

وقانوننا لا تخرج فكرة الخطأ عن كونه إثبات فعل لا يجوز قانوناً، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الإخلال بواجب قانوني سواء كان التزاماً أو واجباً عاماً يترتب المسؤولية التقصيرية² وعرفه جانب آخر بأنه الإخلال بواجب قانوني يقارن بإدراك فاعله له.³

والعدول عن الخطبة كما أسلفنا لا يترتب أي أثر من جهة الضمان لأنه حق لكلا الطرفين، ولكن الذي يقوم بالعدول يخالف السلوك المألوف للرجل العادي عند فسخ الخطبة، فيترتب عن ذلك وصف الخطأ فالعدول ليس خطأ بل هو حق لا يترتب عليه أثر من جهة الضمان.

وفي مجال الخطبة يجب أن يكون الخطأ مقترباً بالعدول، يعني أن يقع الخطأ في الفترة الزمنية التي يحدث العدول أو بعده بفترة لا تنفي عنه وصف الاتصال به أو لا تنقطع الصلة بينهما.

ونقصد بالاتصال أن يكون العدول بعد وقوعه أو حال وقوعه باعثاً لارتكاب الخطأ بحق الطرف الآخر بحيث يجني ذلك الخطأ لحقده عليه وغيظه منه ويكشف ذلك عن الرغبة المشككة بين جوانحه للانتقام منه لأن العدول ينجم عنه مجموعة من الحماقات والتي أصبحت عادة من عادات الناس في ظل أعراف ضاعت فيها القيم و انزوى منها الأدب، وأصبح العيب طاغياً ولم يعد للود أي أثر في هذه الحياة، وذلك من شأنه أن يكون باعثاً للخطأ.⁴

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص 1192، مادة الخطأ.

² حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإدارية، مطبعة الفجر الجديد، 1983، ص 13.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 576.

⁴ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 76.

والمشروع الجزائري من خلال نص المادة 5 من ق أ ج قد أجاز العدول عن الخطبة ولم يضبط هذا العدول شرط أو قيد، ومع ذلك يلزم الحصول على التعويض في حالة العدول، ولذلك الإشكال يبقى في العدول في حد ذاته بالنظر إلى الهدف الذي استعمل من أجله هذا الحق أو بطريقة ممارسة هذا الحق. ويرى عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال أن العدول عن الخطبة يشكل في بعض الأحيان خطأ تقصيرياً، ومعيار الخطأ هو السلوك المألوف للرجل العادي، فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية.¹

والعدول لا تتوفر فيه شروط فهو في حد ذاته كفعل لا يوجب الضمان و ذلك يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال ألحقت ضرراً مادياً أو معنوياً بالمعدول عنه هذه الأفعال تكون ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها وضمن آثارها وقد تكون أجنبية عنها.

1- عناصر الخطأ:

الخطأ كما سبق ذكره هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف والخطأ بذلك يتضمن عنصريين:

أ-العنصر المادي: التعدي و الانحراف

ويتمثل في الانحراف في السلوك المألوف بين الناس بتجاوز الحدود الواجب التزامها مما يؤدي إلى التعدي عن حدود الغير. ويقع الانحراف نتيجة الإهمال أو عدم أخذ الحيطة، ولو تعمد شخص الإضرار بالغير و ترتب عنه ضرر فيكون مسؤولاً عن سلوكه هذا.²

وهناك عدة معايير تقاس بها شدة الانحراف:

-معيار الانحراف في السلوك: وقد أخذ به المشروع في عدة حالات منها ما جاء في المادة 172 ق م وغيرها من المواد³ وهذا المعيار لا يتغير من شخص لآخر، ولا يتعلق بالأمور الخفية المتصلة بشخص المتعدي بل هو مقياس ثابت بالنسبة للجميع.⁴

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 575.

² عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 64-65.

³ المادة 2/172 ق م المتعلقة بالخطأ العقدي، 495 ق م المتعلقة بالمستأجر.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 66-67.

فإذا تعمد الخاطب في عدوله الإضرار بعد ذلك انحرافاً في سلوكه، وبالتالي تقوم المسؤولية التقصيرية للخاطب الذي يعتبر متعسفاً في عدوله.

- ضرورة الاعتياد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف: ونقصد بالظروف الخارجية في العدول عن الخطبة أن يكون المعدول قد ساهم بفعله في دفع العادل إلى العدول عن الخطبة، مثل قيام المخطوبة بأفعال معينة أو أفعال لا تليق بها تدفع الخاطب إلى العدول.

- إثبات التعدي: طبقاً للقاعدة العامة فالمدعي عليه أن يقيم الدليل على توافر أركان المسؤولية التقصيرية و من بينها خطأ المدعي عليه، بإثبات التعدي بكافة طرق الإثبات.¹

إذا ادعت المخطوبة تعسف الخاطب في عدوله عن الخطبة يقع عليها عبء إثبات هذا التعسف عن طريق إثبات انحرافه في العدول بأن يكون قصد الإضرار بها وذلك بكل طرق الإثبات.

ب- العنصر المعنوي:

لا تقوم المسؤولية بمجرد التعدي بل لا بد من مساءلة الشخص الذي قام بهذا التعدي مدنياً وجزائرياً لكونه متمتعاً بحرية الاختيار بين الفعل الضار والفعل النافع، وهكذا فرد التعدي إلى الفاعل يقتضي وجود إرادة ارتكاب الفعل لدى الفاعل.²

إذ يشترط المشرع الجزائري أن يكون مرتكب الخطأ مكلفاً يعني مميزاً، وذلك من خلال نص المادة 125 ق م ج " (لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو بامتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً)".

وحسب المادتين 42، 43 ق م ج فالسفيه وذو الغفلة يسألان عن أفعالهما لتوفر التمييز لديهما.

وجاء في نص المادة 101 ق أ ج " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجز عليه".

فالمشرع اعتبر المعتوه عديم الأهلية مثل المجنون والسفيه خلاف القانون المدني الذي اعتبر المجنون والسفيه عديم الأهلية، أما السفيه وذو الغفلة فاعتبرهما ناقصي الأهلية.³

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 70-71.

² علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 71-72.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 74-75.

وفي العدول عن الخطبة فالمشرع لم يشترط الأهلية الكاملة حتى تتم الخطبة عكس ما فعل في الزواج وبالتالي فالعدول عن الخطبة تطبق عليه الأحكام العامة، فإذا بلغا كلاهما سن الرشد 19 سنة ومتى وقع العدول وكان في عدول أحدهما تعسفا تترتب المسؤولية التقصيرية.

وإذا كان ناقص الأهلية فتترتب مسؤوليته أيضا عن هذا العدول حسب نص المادة 125 ق م ج، أما إذا كان أحدهما عدل عن الخطبة وهو عديم الأهلية أي به جنون أو صغر السن أو سفاهة، فلا تترتب عنه أية مسؤولية لأنه غير مدرك لما يفعله.

2- حالات انتفاء الخطأ: إذا كان التعسف في العدول عن الخطبة هو تعدي يترتب المسؤولية التقصيرية فما هي الحالات التي تنتهي فيها المسؤولية رغم وجود تعدي؟

أ- إثبات الشخص أن الضرر لا يدل عليه

فإذا تترتب عن العدول ضرر وكان الضرر مصاحبا للعدول مثل الأضرار النفسية وكان العدول مشروعاً فلا تترتب أية مسؤولية.

أما إذا حدث ضرر للمخطوبة نتيجة الإغواء، فإنه لا يجب التعويض إلا إذا ثبت استخدام الرجل لوسائل غير مشروعة من أساليب الضغط أو الغش، فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية نتيجة إلحاقه الضرر بالمخطوبة عن طريق الغش.

أما حالة الدفاع الشرعي، وحالة تنفيذ أمر الرئيس فهي حالات لانتفاء المسؤولية، ولكنها حالات نادرة الحدوث في العدول عن الخطبة.

ب- حالة الضرورة:

حسب نص المادة 130 ق م ج " من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محققاً به أو بغيره لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

مثلاً إذا عدل الخاطب أو المخطوبة نتيجة الإصابة بمرض خطير ومعدى، فذلك سبب مشروع للعدول وبالتالي ينتفي عنصر الخطأ رغم وجود الضرر، ولكن لا تترتب فيه المسؤولية لتجنب ضرر أكبر، فقد يصاب الطرف الآخر بالعدوى بعد الزواج.

وبالتالي لا بد من توفر شروط:

- أن لا يكون دخل لإرادة العادل في حدوث الخطر الذي يستوجب العدول عن الخطبة.
- أن يكون الخطر محققاً أي حالاً بالعادل أو الغير.

– أن يهدد النفس مثلاً مرض العادل أو المعدول عنه، أو يهدد المال مثلاً ضرورة السفر من أجل المحافظة على المال في الخارج.

– أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الخطر الذي يرتكبه مثلاً هلاك النفس أو المال.¹

ج- حالة رضا المضرور:

رضا المصاب في القانون المدني يتمثل في قبول المخاطر و ما يحدث عنها من ضرر أو الرضا بحدوثه.²

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

ثانياً: ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة:

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، فالمسؤولية عموماً وجدت من أجل جبر الضرر وعدم وجوده يؤدي إلى عدم وجود المسؤولية.

1- تعريف الضرر:

أ- لغة: الضرر ضد النفع، والضرر يعني الهزال وسوء الحال، وما كان ضد النفع فهو ضرر، فالمضرة خلاف المنفعة، والضرر ما تضرر به صاحبك وتنتفع به أنت.³

ب- اصطلاحاً: تعدد التعاريف فهناك من عرفه بأنه " هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة.⁴

كما أن الضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره في المسؤولية التقصيرية.⁵

وفي الفقه الإسلامي فالضرر هو ضد النفع و قد ذكر علماء اللغة للفظ الضرر عدة معان وذلك من خلال قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا﴾⁶، فقالوا الضر بضم الضاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والقوة و الشدة الواقعين على البدن، أما الضر بفتح الضاد فهو ما كان ضد النفع، وقد أطلق على كل نقص يدخل الأعيان.⁷

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 93.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 93.

³ ابن منظور، المرجع السابق، المجلد 9، ص 32.

⁴ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 143.

⁵ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

⁶ سورة يونس، الآية 12.

⁷ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 90.

ومن خلال هذه التعاريف فالضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تصيب المضرور، و التي يقدر التعويض بمقدارها والضرر في التعسف في العدول عن الخطبة هو ما يصيب المعدول عنه سواء الخاطب أو المخطوبة من ضرر مادي أو معنوي.

2- أنواعه: الضرر نوعان:

ينقسم الضرر إلى نوعين ضرر مادي وضرر معنوي، فإذا كان الضرر المادي لا خلاف فيه فإن الضرر المعنوي كان محل خلاف.

أ- الضرر المادي:

هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله، ويتمثل في الخسارة المالية أو الجسمانية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة مشروعة.¹

والضرر المادي الذي لحق أحد الخطيبين جراء العدول عن الخطبة كان قابلاً للتعويض، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً، والضرر المحقق هو الذي يكون وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد.²

كأن يقوم الخاطب باستئجار الفندق لإقامة حفل وتوزيع الدعاوى ثم تقوم المخطوبة بالعدول، أو تقوم المخطوبة بشراء الجهاز والملبوسات ثم يأتي الخاطب وبعدها، فتكون كل هذه النفقات التي تكبدها كلاهما ضرراً مادياً محققاً قابلاً للتعويض بسبب العدول.

ب- أما الضرر المعنوي أو الأدبي:

فهو ذلك الذي يلحق الذمة المعنوية للمضرور ومنه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش شرفه ومنه ما يمس حقاً ثابتاً للإنسان كاسمه وخصوصياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف كالألم الذي يشعر به الشخص عند وفاة أحد أقاربه أو أحبائه.³

وعليه فألم الفراق في العدول عن الخطبة ضرر معنوي يلحق بأحد الخطيبين، كما يكون افشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول كذلك ضرر معنوي يمس خصوصيات كل منهما، والضرر الأدبي هو الذي لا يصيب المال أي المصلحة المعتدى عليها لا تدخل ضمن التعامل بالمال قصداً، وإن كان تقويمها بالمال ممكناً من الضمان الذي يستهدف جبر المضرور ومواساة المعتدى عليها.⁴

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 145.

² عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 93.

³ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص 486.

⁴ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 96.

ومن خلال نص المادة 5 من ق أ ج الجزائري الفقرة الثانية " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، كما نجد المشرع كذلك خصص مادة في القانون المدني بعد التعديل الجديد وهي المادة 182 مكرر ق م التي تنص على الضرر المعنوي.¹

3- شروط الضرر الموجبة للتعويض:

هناك عدة شروط يجب توافرها في الضرر حتى يوجب التعويض وهي:

أ- المساس بحق أو مصلحة مشروعة:

سواء كانت مادية أو معنوية فكل ضرر يلحق الخاطب أو المخطوبة من جراء التعسف في العدول عن الخطبة في مصلحة مالية أو نفسية أو اجتماعية توجب مساءلة الطرف الذي عدل عن الخطبة.

ب- أن يكون الضرر محققاً:

وهو أن يكون الضرر قد وقع فعلاً وتجددت آثاره على الواقع ويشمل كذلك الضرر المستقبلي طالما يكون وقوعه مستقبلاً أمراً محققاً، يعني أن الضرر قامت أسبابه غير أن نتائجه كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل.²

ويكون الضرر في العدول عن الخطبة محققاً إذا وقع فعلاً كأن يصاب الخاطب أو المخطوبة المعدول عنه بصدمة نفسية أو خسائر مالية جراء العدول الصادر من أحدهما دون أية أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الضرر الذي يلحق المخطوبة نتيجة العدول عنها مثل هجر الخاطب عنها وعدم طلبها للزواج بسبب تشهير الخاطب لها.

أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع وبالتالي وقوعه غير أكيد في المستقبل وبالتالي لا يجب التعويض، مثل تفويت الفرصة على المخطوبة في الزواج بسبب كبر سنها وطول مدة الخطبة.

ج- أن يكون الضرر مباشراً:

يجب أن تكون بين الفعل الضار والضرر علاقة سببية كافية³ وهذا حسب نص المادة 182 ق أ ج⁴ والضرر المباشر في العدول عن الخطبة، هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق العدول، وذلك بأن

¹ المادة 182 مكرر ق م ج " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 293-294.

³ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 170.

⁴ المادة 182 ق م ج " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب، شرط أن تكون هذه النتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يوفى ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غش أو خطأ جسمياً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد.

يعدل الخاطب عن المخطوبة بعد مدة من الوعد بالزواج وبدون أي مبرر، فيسبب لها ضرراً مادياً أو معنوياً فيعتبر الضرر مباشراً.

د- أن يكون الضرر شخصياً:

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة، وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر المعنوي أو المادي ويجب أن يكون الضرر شخصياً وإلا كانت الدعوى غير مقبولة.¹

ومسألة الضرر الشخصي تثير مسألة الضرر المرتد وهو الضرر الذي يصيب الغير، كالأضرار التي تصيب الخلف نتيجة السلف، فهنا ورثة المتوفي لهم المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت مورثهم متى ثبت وقوع الضرر.²

وبالنسبة للعدول عن الخطبة فلا مانع من مطالبة ورثة المعدول عنه المتوفي بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصياً أثناء حياته، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله عن التعويض الناتج عن التعسف في العدول عن الخطبة وبعد مطالبته به ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة.

هـ- أن لا يكون سبق التعويض عن الضرر:

لا يجوز حصول المضرور على التعويض أكثر من مرة لإصلاح الضرر، فإذا قام محدث الضرر بإصلاح الضرر بمحض إرادته فيعتبر أنه وفى بالتزامه ولا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر إذ لا يمكن للمضرور الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي لم يشملته التعويض.³

4- إثبات الضرر:

وفقاً للقاعدة العامة "البينة على من ادعى" فيقع عبء إثبات الضرر على المضرور بكافة طرق الإثبات وإثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ولا رقابة فيها للمحكمة العليا.⁴ المتضرر من العدول عن الخطبة يقع عليه عبء الإثبات سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً بطرق الإثبات كتقديم شهادة طبية أو وصل مبلغ تجهيز الزفاف وغيرها.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

² علي علي سليمان، دعوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث وعن الضرر المرتد ق م ج، 1988، ص 283.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 166.

⁴ قرار المحكمة العليا الصادر في 18 نوفمبر 1986، ملف رقم 46297 (غير منشور) كما أن تقدير مبالغ التعويض ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع الغير خاضعين لرقابة المحكمة العليا، 6 مارس 1985، ملف رقم 34034 (غير منشور) أخذاً عن بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 169.

ثالثاً- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الناشئة عن الخطبة:

حسب نص المادة 124 ق م ج " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرراً... " فهنا استخدم المشرع عبارة "يسبب" فالمضرور لكي يستحق التعويض لا بد من وجود علاقة بين خطأ المسؤول وبين الضرر الذي أصابه وإذا لم ينشأ الضرر عن خطأ المدعي عليه لا تقوم المسؤولية وإذا أراد أن يدفع المسؤولية يجب عليه نفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه.¹ لذا سنتطرق لنظريتي تكافؤ الأسباب والسبب المنتج ثم نفي العلاقة السببية.

1-نظريتنا تكافؤ الأسباب والسبب المنتج : وقد ينتج الضرر عن سبب واحد فتقوم المسؤولية مباشرة وقد ينتج الضرر عن تعدد الأسباب.

أ-نظرية تكافؤ الأسباب: جاء بها الفقيه الألماني فون بوري ومفادها الاعتداد بكل الأسباب التي شاركت في إحداث الضرر، ولو كان بعضها بعيداً عن إحداث الضرر، طالما أنه شارك في ذلك.² إلا أنها تعرضت للنقد نتيجة أنها وسعت في المسؤولية إلى درجة كبيرة.

ب-نظرية السبب المنتج: جاء بها الفقيه الألماني فون كريس* ومفادها إذا اشتركت أو تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر، فلا بد من التمييز بين تلك الأسباب التي تعتبر منتجة للضرر، والتي تكون عرضية غير منتجة للضرر.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية السبب المنتج على غرار التشريعات العربية، وكذا القانون الفرنسي وذلك من خلال نص المادة 182 ق م ج "....بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به".

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 314.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 314.

* فون بوري، von buri فقيه ألماني ولد في 1860/6/1 وقد شغل منصب قاضي حيث بدأ خدمته المدنية عام 1881 حيث عمل مستشاراً وعين مفوضاً في جزر مارشال المحمية ثم انضم إلى وزارة الخارجية 1886، وبدأ حياته الدبلوماسية ككاتب قنصل 1889 ثم عين مستشاراً في وزارة الخارجية في برلين وأستراليا (1901-1906) ثم القنصل العام لألمانيا في شنغهاي (1906-1913) ثم وزيراً لألمانيا عام 1913 حتى عام 1917 توفي في 1922/2/7.

2- نفي العلاقة السببية:

حسب نص المادة 127 من ق م ج " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك" فتنتفي المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في:

أ- **القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:** هي كل حدث لا يمكن توقعه و لا يمكن دفعه يؤدي إلى إحداث الضرر، وهي أمر لا ينسب إلى المدين، ليس من المتوقع حصوله وغير ممكن دفعه يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام فتنتفي المسؤولية¹ و لا يطالب بالتعويض.

فقد تحدث قوة قاهرة كزلازل أو حادث، كما قد تكون صدور أمر واجب التنفيذ مثل صدور قرار إداري يقضي بطرد العامل، فيقوم بالعدول عن الخطبة لأنه غير قادر على تحمل تكاليف الزواج.

ج- **خطأ المضرور أو فعل المصاب:** فيكون المضرور هو المتسبب في الضرر الذي أصابه، ويشترط أن يكون خطأ المضرور كذلك لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه.²

كأن تدفع المخطوبة الخاطب للعدول عن الخطبة وذلك بشتم أهل خاطبها مما يدفعه للعدول عن الخطبة.

د- **خطأ الغير:** يقصد بالغير الشخص الأجنبي، أي لا يكون هذا الأخير مسؤولاً عنه كمتولي الرقابة، ويكون خطأ الغير غير متوقع وغير ممكن الدفع مثل وقوع نزاع عنيف بين أهل الخطيبين مما يؤدي إلى رفض الأهل إتمام مراسم الزفاف فلا يكون للخطيبين أي حل سوى العدول عن الخطبة.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 124.

² علي فيلاي، المرجع السابق، ص 333.

فون كريس من مواليد 24 أبريل 1870 وتوفي 16 أكتوبر 1948 وهو جنرال ألماني من نورنبرغ وكان عضواً في جماعة الضباط الألمان الذين ساعدوا في إدارة الجيش العثماني أثناء الحرب العالمية الأولى.

المبحث الثاني

التعسف في استعمال الحق من خلال مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 19 من

ق أ ج

حق الاشتراط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حق مكفول شرعاً وقانوناً ، حيث يلجأ بعض الأزواج إلى إدراج شروط ضمن عقد الزواج و التي تكفل حقوقهم وتحميهم من غدر الطرف الآخر لا سيما ما تعلق بحق العمل.

والشروط تختلف فهناك ما يتم الاتفاق عليها وهناك ما تم النص عليه في القانون و الشريعة كضمان لحماية الأطراف من التعسف الذي قد ينتج عن ممارسة بعض الحقوق من الطرف الآخر ، لذلك سنتطرق إلى مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج في (مطلب أول) ، ثم التعسف من خلال تعدد الزوجات في (مطلب ثان).

المطلب الأول

مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة عمل جائز، وذلك تطبيقاً للمادة 106 من ق م "العقد شريعة المتعاقدين" وقوله تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾.¹

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في المادة 19 منه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات ، وعمل المرأة ما لم يناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وبالتالي فإن نص هاته المادة يتماشى مع المبدأ الذي أقرته الشريعة الإسلامية، ويترك الحرية الكاملة للزوجين في الاشتراط مما فيه مصلحة لهم أثناء قيام الحياة الزوجية أو بعد انفصالهما.²

وبالرجوع إلى نص المادة 19 نجد أن المشرع لم يترك للأطراف الحرية الكاملة وإنما تشترط أن تكون هذه الشروط تتناقى أو تتعارض مع أحكام هذا القانون، والأمثلة في نص المادة واردة على سبيل المثال لا الحصر.

¹ سورة المائدة، الآية 1.

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعماً بالاجتهادات القضائية، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 178.

ومن بين الشروط التي أصبحت من الأساسيات في وقتنا الحالي عمل المرأة، وهذا ما سنتطرق إليه في (فرع أول) فالكثير من الأزواج يرفضون هذا الشرط بحجة أن العمل ليس من صلاحيات المرأة شرعاً ومزاولته يجعلها بعيدة عن الأسرة والأولاد، وهذا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالزوجة خاصة إذا كان الخروج للعمل بحكم الضرورة ثم نتطرق بعد ذلك إلى التعسف في استعمال الحق في مسألة الخروج إلى العمل في (فرع ثان).

الفرع الأول: شروط عمل المرأة

يعد عمل المرأة من أكثر المواضيع التي عرفها المجتمع في الآونة الأخيرة، فمنهم من يؤيد عمل المرأة باعتبارها نصف المجتمع ومن شأنها المساهمة في تطويره، ومنهم من يعارض عمل المرأة ورأيهم في ذلك هو عدم القدرة على الجمع بين مسؤوليتين، وبالتالي إهمال الزوج والأولاد ولذلك سنتطرق إلى تعريف شرط العمل (أولاً) ثم موقف الفقهاء من عمل المرأة (ثانياً)، ثم موقف القانون الجزائري من عمل المرأة (ثالثاً).

أولاً: تعريف شرط العمل

المقصود بشرط عمل المرأة هو أن تشترط المرأة أثناء إبرام عقد زواجها على زوجها عدم منعها من العمل والوظيفة بعد الزواج، خاصة إذا كانت قد تزوجت وهي في مرحلة التحصيل الجامعي، وهذا من الشروط المستحدثة في النص القانوني (المادة 19 من ق أ ج) على سبيل المثال وليس الحصر¹، وهذا الشرط يتم تدوينه في عقد الزواج وتسجيله من قبل الموثق حتى يسهل الرجوع إليه في حالة التنازع بين الزوجين.

ثانياً: موقف الفقهاء من عمل المرأة

وستعرض لمواقف فقهاء الشريعة الإسلامية وهم الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة

1- الحنفية: أجازوا عمل المرأة متى اقتضت الضرورة ذلك، أو كان الواقع الاجتماعي يفرض على المرأة خدمة الغير كأن تكون طبيبة، وهذا استثناء على القاعدة العامة التي تقتضي بأن تقرر المرأة في بيت زوجها، وقد اعتبر ابن عابدين " العمل الذي لا ضرر منه يعتبر من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة ولا يجوز منعها منه".² فإذا كان الخروج للعمل من غير ضرورة فيعتبر الشرط فاسداً ملغى عند الحنفية والعقد صحيحاً.

2- الشافعية: لا يجوز خروج المرأة من البيت إلا بإذن زوجها بشكل عام إلا إذا اقتضت الضرورة ذلك مستندين في ذلك ما روي عن بن عمر قوله " رأيت امرأة أتت النبي (صلى الله عليه وسلم) وقالت يا رسول الله

¹ الرشيد بن شويع، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، ص 128.

² السيد سابق، فقه السنة، ط3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 179 نقلاً عن ابن عابدين.

ما حق الزوج على زوجته، قال حقه ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت لعنها الله، وملائكة الرحمة وملائكة الغضب حتى تتوب".¹

وبالتالي يعتبر الشافعية الشرط باطلا و النكاح جائز فلا يجوز الوفاء بالشرط² إذا كان الزوج موسراً أما إذا كان الزوج معسراً كان للزوجة الخروج للعمل دون إذن منه ويعتبر الشرط صحيحاً.³

3-المالكية: اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، والتي يجب الوفاء بها على سبيل الاستحباب وليس الإلزام، فهو شرط مكروه لما فيه من التحجير والتضييق على الزوج، فإذا منع الزوج زوجته من العمل وعصته وخرجت متعمدة تعتبر عندهم ناشزا.⁴

4-الحنابلة: الأصل هو أن تقر المرأة في بيت زوجها، وعدم خروجها إلا بإذنه، ومتى اشترطت الزوجة العمل في عقد الزواج كان هذا الشرط صحيحاً، لأنه من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، وتنطوي على مصلحة يراد تحقيقها من الزوجة والتي يلزم الحنابلة الوفاء.⁵

ثالثاً: موقف القانون الجزائري من عمل المرأة

سار المشرع الجزائري حسب رأي الفقه الحنبلي حيث سمح بعمل المرأة كأصل عام وذلك من خلال نصي المادتين 19-67 من ق أ ج، حيث أقرت الأخيرة أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، وهذا الشرط يعتبر من الشروط التي استحدثها المشرع بموجب تعديل الأمر 05-02، حيث جاء القانون القديم 11/84 من قانون الأسرة كالتالي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية"، والتي لم ينص على شرط العمل حيث جاء عبارة "كل الشروط التي يريانها ضرورية" مطلقة لم يتم تحديد الشروط فيها على سبيل المثال.

وقد جاء في المشروع التمهيدي عند عرض الأسباب المرفقة بهذه المادة، أنها تعطي الزوجين إمكانية الاشتراط في عقد الزواج، أو عقد رسمي لاحق كل ما يريانه ضروريا، هذا الشرط يهدف إلى حل المشاكل بين الزوجين في حالة النزاع المتعلق بعمل المرأة.

¹ البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار المعرفة، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في بيان حقه عليها، حديث رقم 147113، بيروت لبنان، دس ن.

² الشافعي، محمد إدريس، موسوعة الإمام الشافعي "الأم"، ج5، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000، ص 377.

³ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص 5843.

⁴ عزالدين عبد الدائم، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، ط1، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 121.

⁵ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص 477.

لأن العمل في نظر المرأة يعتبر صونا لها من المهانة و طلب الناس كما أنه لا يمكن للمجتمعات أن تنمو اقتصاديا أو تنهض حضاريا إذا ما ظلت نصف القوة الانتاجية في المجتمع المتمثلة في المرأة، قوة معطلة أو مهمشة أو محظورا عليها المشاركة في تنمية القطاعات الاقتصادية.¹

وقد نص الدستور الجزائري على أحقية المرأة في العمل من خلال المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أنه " لكل المواطنين الحق في العمل" إضافة إلى استحداث نص المادة 36 التي تقر بما يعرف بالتنافس بين الجنسين في تولي المناصب الذي جاء فيها تعمل الدولة على ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوق التشغيل، تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والإدارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات.²

فمن المعروف أن المناصفة بين الرجل والمرأة تعتبر مرحلة أكثر تقدما في إطار أحكام اتفاقية القضاء على مختلف أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979³، وذلك بتحقيق المساواة بين الجنسين. إذن حق المرأة في العمل ثابت بموجب نصوص القانون ولا يتوقف على التشريعات الداخلية بل يتعداه إلى الاتفاقيات الدولية.

والمشرع بنصه على شرط العمل في المادة 19 من ق أ ج، قد أحسن ذلك، خاصة في وقتنا الحالي واعتبار بعض الأزواج عمل المرأة حجة في التهرب من مسؤولياتها تجاهه و أولاده أو الإنقاص منها، ومن حق زوجها عليها، والكثير من الأزواج يوافق على عمل الزوجة فترة الخطبة ثم يتراجع عنها بعد الزواج، وهنا الزوجة في حالة غياب الشرط في عقد الزواج يستحيل عليها الرجوع للقضاء لطلب التطليق.

وعليه متى قبل الزوج بالشرط كان عليه الوفاء به إذا كان وليس من حقه منع المرأة من العمل ما دام أذن لها بذلك فإذا طلب منها الامتناع ورفضت لا تعد ناشزا ولا تسقط نفقتها.

واستثناءً من ذلك يجوز للزوج منع زوجته من العمل:

- تعسف الزوجة في استعمال حقها للخروج، إلى العمل كأن تظهر متبرجة و بصورة تدعو للفتنة والخروج من المنزل بلا سبب ضروري.

¹ عبد المالك سلمان، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية، متاح على موقع www.amanjondm.org، تاريخ الإطلاع 2018/6/22.

² القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.

³ انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بتحفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 22 يناير 1996.

- منافاة خروج المرأة للعمل مع مصلحة الأسرة، وهذه مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، و يرى في مدى تأثير عمل المرأة على صحتها ومدى تأثيره على واجباتها تجاه زوجها أو حاجة الأسرة للعمل نتيجة مرض أحد الأقارب وغير ذلك من الأسباب الذي تدعو القاضي إلى إبطال هذا الشرط، الذي من شأنه إلحاق الضرر بمصلحة الأسرة.¹

بالنسبة لنفقة الزوجة العاملة فذهب بعض شراح قانون الأسرة الجزائري إلى أن الزوجة الموظفة التي تشتغل بعمل يقتضي خروجها من البيت، ومنع زوجها لها من العمل فلم تمتنع عن ذلك فلا نفقة لها على زوجها غير أنه لا تسقط النفقة في حالة:

- اشتراط المرأة العمل خارج البيت حين العقد، أو استمرارها فيه، و رضا الزوج بعمل الزوجة أو سكوته² فهنا وجب عليه الوفاء بالشرط وبالتالي وجب عليه الإنفاق على زوجته لأن ذلك واجب عليه، مقابل حق احتباسه لزوجته.³

نص المشرع في المادة 19 ق أ ج على الاشتراط في عقد الزواج و أغفل حالة عدم الوفاء بالشروط ومصير الزواج في حالة امتناع الزوج عن الوفاء بالشروط وكيف تطالب الزوجة بحقها في هذه الشروط. حيث جاء في المادة 9/53 ق أ ج " يحق للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج" لكن ما يلاحظ أن المشرع نص في المادة 19 ق أ ج على إمكانية الاتفاق على هذه الشروط في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، بينما المادة 9/53 تحدثت فقط على الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فما مصير الشروط التي يتم الاتفاق عليها في عقد لاحق، هل تأخذ نفس الحكم أو تختلف عنه.⁴

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه كان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار على التنفيذ تطبيقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات وإذا لم يقم أحد الأطراف بالتنفيذ حق للطرف المتضرر المطالبة بالفسخ و الطلاق حسب الأحوال مع الحق في التعويض.⁵

¹ حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، جامعة العربي التبسي تبسة، جامعة محمد بوضياف المسيلة، عدد 7، ص 250.

² عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 386.

³ عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2006، ص 158.

⁴ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، د ط، دار الهدى، الجزائر، ص 53.

⁵ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 137.

ونجد في القانون المغربي من خلال المادة 1/98 من مدونة الأسرة المغربية أعطى الحق للزوجة في التطليق للإخلال بالشروط، كما اعتبر الإخلال من الأضرار المعتبرة لطلب التطليق. والقانون التونسي في مجلة الأحوال الشخصية في الفصل 11 يثبت في الزواج خيار الشرط ويترتب على مخالفته إمكانية طلب الفسخ دون أن يترتب عليه تعويض إذا كان الطلاق قبل البناء، أما بعده فيترتب عليه المسؤولية ويلزم بالتعويض.

إذن مما سبق ذكره في هذه القوانين فالمشرع الجزائري لم يبين إمكانية المطالبة بالوفاء أمام القضاء أو إمكانية إجبار الدائن على التنفيذ في مجال الأسرة، وذلك لأن الإيجاب يولد الكره في نفس المدين مما يؤثر على الحياة الزوجية وعليه فعدم الوفاء بالشرط المقترن بعقد الزواج يترتب عليه حق الزوجة في طلب التطليق للضرر طبقا للمادة 9/53 ق أ ج وهذه ما هي أثر للمادة 19 من نفس القانون.

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في مسألة الخروج إلى العمل

إن عمل المرأة لا يكون دائما برغبة منها، فقد تكون مضطرة إلى ذلك بحكم الحاجة و الضرورة فتشترط على الزوج القيام بعمل ما من أجل تحسين الوضع أو قد تكون عاملة في الأساس، وتطلب من الزوج أن تستمر في عملها و مع ذلك يلجأ الزوج إلى منعها بدون سبب مشروع مما يلحق بها عدة أضرار، فإذا تم الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج على أن تعمل الزوجة أو تواصل عملها وخالف الزوج هذا الشرط فيعتبر الزوج متعسفا في استعمال الحق خاصة إذا كان لسبب غير مشروع.

ونجد بعض الزوجات يتنازلن عن هذا الحق صراحة رغبة منهن في الاستقرار و تربية الأبناء ورعاية الزوج والقيام بمسؤولياتها، لأنها لا تستطيع تحمل عبئ مسؤولية الأسرة والأولاد وكذلك العمل، وكذلك تجنبنا للنزاع بينهما وبين زوجها فلا تثير موضوع العمل على الإطلاق.

لكن إذا استدعت الضرورة خروج المرأة للعمل، والضرورة هي الحالة التي يترتب عليها إلحاق ضرر في الأنفس أو الأموال مما يضطر الأمر إلى ارتكاب أمر محظور شرعاً¹ وهو الخروج إلى العمل دون رضا الزوج مما يجعلها تبدو ناشزا، لكن للضرورات أحكام فقد يصاب الزوج بمرض أو عاهة مستديمة تقعه عن العمل وتجعله طريح الفراش، وهنا التأثير سيكون سلبي على الأسرة وخاصة الأبناء، مما يضطر بالزوجة إلى إيجاد حل لحماية أسرتها وبالتالي الخروج للعمل.

¹ أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في ق إ ع م، دار الكتب القانونية، مطابع شنات، مصر، 2007، ص 210.

فالإسلام أوجب على الرجل الإنفاق على زوجته ولكن لا مانع في أن تعمل المرأة لمساعدة زوجها إذا كان مريضاً ورعاية مصالح وحاجات أسرتها، فتعمل في جميع الميادين التي لا تتنافى مع كونها أنثى أو تنقص من قيمتها وتهمين كرامتها وبالتالي ضياع أولادها.¹

ومن صور الضرر في عمل المرأة إذا تزوج الرجل بامرأة عاملة لحاجة أو تحقيق أمر ضروري ثم قام بمنعها من العمل لأمر في نفسه أو لسبب معين وأصر على استخدام هذا الحق بمنعها منه وترتب على ذلك أضرار قد تصيب الزوجة في ذاتها تصل إلى العقوبة وقد تلحق غيرها ممن هم في رعايتها أو مسؤوليتها.

فقد ترتبط الزوجة بالعمل مع مؤسسة أو هيئة للعمل معها في مدة محددة، ثم يطلب منها الزوج الانقطاع عن العمل، مما يترتب على ذلك تغريمها أو معاقبتها قانوناً لعدم الالتزام بالعقد، فالعقد شريعة المتعاقدين ويلزم الأطراف بتنفيذه و إلا تترتب المسؤولية على ذلك.

كما قد ترتبط الأضرار بأشخاص آخرين كما لو تعاقدت مع مريض للاهتمام به ثم تخلت عنه فجأة مما يؤدي إلى تدهور صحته، أو تعاقدت من أجل إعطاء دروس لطلبة ثم امتنعت عن ذلك بسبب زوجها فقد يؤدي بها ذلك إلى عقوبة جسدية أو تعويض مادي.

وتطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على مسألة منع الزوج زوجته من الخروج إلى العمل بعد الموافقة عليه دون أسباب مشروعة نجد:

أ- معيار قصد الإضرار: فالزوج قد ظهرت منه قرينة تدل على قصد الإضرار وإلحاق الأذى بزوجه خصوصاً إذا وافق على العمل كشرط قبل الزواج.²

ب- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: فإذا استعمل الزوج حقه في منعها من العمل لغير مبرر شرعي ودون تقصير منها وبعد أن وافق فإنه يترتب عليه ضرر يفوق الضرر المترتب إن سمح لها بالخروج للعمل.

ج- معيار المصلحة غير المشروعة: فالزوج بطلبه ترك العمل من زوجته بعد موافقتها لها لا يحقق مصلحة ما بل هدفه مصلحة غير مشروعة من معاقبة المرأة مع حاجتها إلى العمل، وذلك ما دامت قائمة على خدمة بيتها دون إهمال.³

¹ محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، د.س.ن، ص 161.

² عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 140.

³ عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 141.

المطلب الثاني

التعسف من خلال تعدد الزوجات

يعتبر تعدد الزوجات من الأمور الجائزة شرعاً، والمقصود به أن يجمع الرجل في ذمته أكثر من امرأة ولا يزيد العدد عن أربع ويجرم عليه الزواج بأكثر من ذلك.¹

هذا وإن الحياة الزوجية القائمة على اثنين فقط رجل و امرأته هي الأصل الطبيعي في الزوجية كل منهما يكون للآخر ويكتمل به ويشاركة الحياة رخاءها وشدتها، لذتها و ألمها.

ولكن قد تدعو الضرورة إلى أن يكون للرجل أكثر من زوجة في حالات مخصوصة، كأن تصاب المرأة بمرض، أو يكون مزاج الرجل قويا يدفعه إلى كثرة الإفضاء و مزاجها هي العكس، وكذا عندما تطحن الحرب عدداً كبيراً من الرجال فتكثر النساء ولا سبيل إلى حمايتهن من الفساد إلا بالزواج.² لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى مشروعية تعدد الزوجات في (فرع أول)، ثم القيود الواردة على حق التعدد في (فرع ثان)، ثم تعدد الزوجات في التشريع الجزائري في (فرع ثالث)، ثم صور المضارة في استعمال حق التعدد دون مراعاة الشروط الشرعية والقانونية في (فرع رابع)، ثم تعدد الزوجات في بعض النظم المقارنة في (فرع خامس).

الفرع الأول: مشروعية تعدد الزوجات

و سنتطرق إلى مشروعية تعدد الزوجات من خلال الكتاب (أولاً) ثم من خلال السنة النبوية (ثانياً)

أولاً: من الكتاب

قد قام الدليل على شرعية تعدد الزوجات من القرآن الكريم في الآيات التالية: قوله تعالى ﴿إِنْ كُنْتُمْ لَا تَرْضَوْنَ النِّسَاءَ فَتُكْرِمُوا بِمَا أَبْتَدِئْتُمْ وَلَا تُكْرِمُوا بِنَفْسِكُمْ أَنْ تُكْرِمُوا نِسَاءَكُمْ﴾.³ وقوله تعالى ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَكْرَهُوا كَالْمُكْرَهَاتِ﴾.⁴

فقد أفادت الآية الكريمة الأولى جواز نكاح الرجل من واحدة إلى أربع نسوة حسب قدرته وذلك ليس على سبيل الإلزام و الوجوب، أما الآية الثانية فقد بينت أن العدل بين الضرائر في الميل القلبي غير ممكن ولو

¹ حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، ص 244.

² بن عومر محمد، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، قسم الدراسات الشرعية، المركز الجماعي تامنغست الجزائر، سداسية محكمة، العدد 2، 2 جوان 2012، ص 28-29.

³ سورة النساء، الآية 3.

⁴ سورة النساء، الآية 129.

حرص المتعدد على ذلك، لكن عليه السعي ألا يكون الميل النفسي بدرجة كبيرة، بحيث تكون الزوجة غير المرغوب فيها معلقة¹ لاهي ذات زوج و لا هي مطلقة.

ثانياً: من السنة النبوية

قول النبي (صلى الله عليه وسلم) لغيلان الثقفي حين أسلم وله عشرة نسوة أسلمن معه "أمسك أربعاً وفارق سائرهن"².

وقد أجمع المسلمون منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا إباحة تعدد الزوجات بشرط ألا يزيد عن أربع نسوة.

وقد شدد عن هذه الإباحة عدد من الفقهاء ممن ليس لهم فقه كاف في الدين باتخاذ الآية الكريمة: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾³، حجة لنفي إباحة التعدد⁴ وهو قول لا حجة له بالرجوع إلى تفسير العلماء لنفس الآية.

لكن هذا التعدد يعتبر استثناء عن الأصل العام في الزواج الذي شرعه الإسلام و هو اقتصار الرجل على زوجة واحدة، ولهذا فالشريعة الإسلامية الغراء تعمل على تأكيد هذا الأصل ولا تبيح التعدد بين الزوجات إلا بشروط معينة أو لظروف معينة، وأهم شروطه العدل بين الزوجات.⁵

وهناك أيضاً المبررات الاجتماعية وهي زيادة عدد النساء على الرجال في الأحوال العادية وخصوصاً تعرض الرجال للموت نتيجة الحروب في الظروف الاستثنائية.⁶

وعليه فحق التعدد مباح للرجل بشروطه وضبطه الشارع بقيود وحدود لا بد من مراعاتها وإلا كان ظلماً وجوراً.

¹ الزوجة غير المرغوب فيها تسمى بالمعلقة بين السماء والأرض، فلا هي مستقرة على الأرض، ولا هي في السماء.

=محمد على الصابوني، صفوة التفسير، ط1، بيروت المكتبة العصرية، 2004، ص 260.

² أخرجه مالك في الموطأ، أحمد في مسنده، ابن ماجه والترمذي في سننهما.

³ سورة النساء الآية 129

⁴ عبد العزيز فهمي باشا، تحريم تعدد الزوجات، مجلة المحاماة المصرية، عدد1-2، فبراير 1987، ص26-47

⁵ حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 245.

⁶ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط6، المكتب الإسلامي بيروت، ص 80-88.

تفصيل المبررات الشخصية و الاجتماعية للتعدد:

- أن تكون الزوجة عقيمة.

- أن تصاب الزوجة بمرض معد أو مزمن.

أن يشتد كره الزوج لها بحيث لم ينفع معه علاج التحكيم.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حق التعدد

إذا كان للزوج الحق في أن يتزوج أكثر من واحدة فهذا الحق أبيض بشروطه، لا بد من توافرها وهما شرطان أساسيان و لذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى القدرة المادية (أولاً)، ثم توفر شرط العدل (ثانياً)

أولاً: القدرة المادية

المقصود بها مؤونة الزواج ونفقاته المتعددة، بحيث يكون الشخص قادراً على تكاليف الزواج وأعبائه، من نفقة الزوجة، وتشمل الطعام، الشراب، الكسوة، العلاج، وقبل كل ذلك تهيئة مسكن يليق بها وبأمثالها ويحتوي على كامل المرافق الضرورية.¹

وذلك لقوله (صلى الله عليه وسلم) " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت"²، وقوله حين سأله رجل من بني قشير قال: ما حق امرأتي علي: قال: " تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت".

ثانياً: العدل

يجب تحقيقه من طرف الزوج لكل زوجاته، وهو واجب عليه التسوية بينهن في كل الجوانب المادية كالتقسيم الليلي، وإفراد كل واحدة بسكن به كامل المرافق الضرورية إلا إذا رضين بالإقامة معا والإنفاق عليهن بالعدل والإقراع بينهن عند السفر.

وهذه العناصر التي يجب التسوية فيها بين الزوجات لا خلاف فيها ولا جدال، وهي محل بحث القاضي فهو يتأكد من القدرة المادية للزوج للموافقة على الزواج بالثانية مع توفر نية العدل لديه.³ وإن كانت هذه الشروط بمثابة حدود وقيود على إباحة التعدد فإن ذلك يعني أن هذه الإباحة مقيدة و ليست مطلقة و هو مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

فهل يمكن أن يعمد الزوج إلى الزواج بالثانية قاصدا الإضرار بالزوجة الأولى؟

فإذا كانت له القدرة على الزواج بأكثر من واحدة وكانت لديه القدرة على الوفاء بحقوقهن، وأمن جانب العدل بينهن كان حسن النية في ذلك ومن ثم يجوز له التعدد، أما إذا لم يكن الرجل في حاجة إلى التعدد، وليست له القدرة على العدل والوفاء بحقوقهن الشرعية فيكون سيء النية ذلك أن زواجه بأكثر من

¹ أرفقة زبيدة، قانون الأسرة بين التأييد والتنديد، دراسة تحليلية لبعض مواد، رسالة ماجستير جامعة العلوم الإسلامية، الجزائر، 1999، ص 106.

² أخرجه أبو داود، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، (3/ 118)، رقم: (1692)، وصححه الألباني في المشكاة، رقم: (3346).

³ مصطفى الخالد، مبررات تدخل القاضي في الزواج أو موقف القاضي تجاه الزواج بالثانية، مجلة المحامون السورية، 1 و 2، ص[349-354].

واحدة يكون قرينة على القصد السيء و هو نية الإضرار بالزوجة الأولى وهنا التعدد بالنسبة إليه غير مشروع¹ لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾².

فتعدد الزوجات شرع عند الحاجة إليه والقدرة عليه، وإذا انتفت الحكمة كان التعدد تم على نية الإضرار، حيث انتفت دواعيه، فلم يبق إلا أن يكون قد قصد العبث أو الإضرار بالزوجة الأولى.

وهناك شرط ثالث وهو: ألا تشترط الزوجة عدم التزوج عليه:

ويدخل هذا الشرط فيما يشترطه أحد الزوجين على الآخر بماله فيه نفع و غرض، وهي شروط مقترنة بصيغة الإيجاب والقبول ولا يقتضيها العقد ولا تخالف أحكام الشرع، مثل اشتراط عدم التزوج عليها، أو عدم التوقف عن العمل، فمن العلماء من قال إنها شروط ملزمة ومنهم من قال أنها غير ذلك، وسنذكر ذلك بإيجاز:³

1- الحنابلة قالوا إنها شروط صحيحة ملزمة يجب الوفاء بها، وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم" حديث صحيح.

2- المالكية قالوا إنها شروط غير ملزمة، بل مكروهة، ولا يجب الوفاء بها.

3- الحنفية قالوا إنها شروط غير ملزمة.

4- الشافعية قالوا إنها شروط غير ملزمة بل ملغاة فاسدة غير معتبرة والزواج صحيح وحجة المالكية والشافعية والحنفية ما روي عن البخاري معلقا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "المسلمون على شروطهم، إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".

وهذا الشرط يحرم الحلال وهو التزوج بالثانية والثالثة والرابعة.

ومن خلال ما سبق فالمشرع الجزائري لم يأخذ بمذهب الإمام مالك بل أخذ بالمذهب الحنبلي، حيث منع تعدد الزوجات في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

إذن من محاسن شريعتنا أنها أباحت تعدد الزوجات حينما تدعو الحاجة إليه ، لأنه رخصة لا عزيمة، و فرع لا أصل وأمر استثنائي لا قاعدة عامة.

¹ عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري و الفرنسي دراسة مقارنة، 1998، ص 655.

² سورة النساء، الآية 3.

³ بن عومر محمد، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الثالث: تعدد الزوجات في التشريع الجزائري.

إن المشرع الجزائري في التعديل الجديد المقرر بموجب الأمر رقم 02/05 المتضمن تعديل قانون الأسرة أبقى على نظام تعدد الزوجات واعترف بحق الزوج في اللجوء إليه، كما هو مقرر شرعاً وقانوناً. لكن حتى لا يكون هذا الحق مدعاة للتعسف ولا يكون التعدد نزوة عابرة، فقد ضبطه بضوابط شرعية وقانونية تضيق من مجال اللجوء إليه حفاظاً على كرامة المرأة واستقرار المجتمع ، ذلك أن التقييد المباح لداعي المصلحة أصل شرعي مقرر فقها وقضاء¹ وقاعدة أصولية مضبوطة فالمشرع الجزائري وضع شروطاً جديدة تهدف إلى تقييد نظام تعدد الزوجات¹ والتضييق من اللجوء إليه كغيره من التشريعات الوضعية التي اتبعت طريق التقييد والتضييق لذلك سنطرق إلى التعدد في مرحلة قبل صدور قانون الأسرة 11/84 (أولاً) ، ثم التشريعات التي صدرت بعد الاستقلال وقبل صدور قانون 11/84 (ثانياً) ، ثم التعدد في ظل قانون رقم 11/84 (ثالثاً) ، ثم تعدد الزوجات في ظل قانون الأسرة الجزائري 02/05 (رابعاً).

أولاً: التعدد في مرحلة قبل صدور قانون الأسرة 11/84

عرفت الجزائر قبل صدور قانون 11/84 عدة تشريعات نظمت الأسرة وحاولت تنظيمها ، وذلك من خلال عدة تشريعات حيث كان تقنين الأسرة من قبل الاحتلال الفرنسي إلى مرحلة الاستقلال وقد كانت الجزائر كغيرها من الدول الإسلامية الأخرى، يخضع تنظيمها القضائي إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله نظام إجراءات.²

فكان مصدر الأحوال الشخصية من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وفتاوى أهل العلم واجتهاداتهم الواردة في مختلف كتب الفقه الإسلامي، وكذا اجتهادات القضاة أنفسهم، وأصبح المذهب المالكي مرجعاً للأحكام الفقهية لمختلف المسائل، بعد أن كان يعتمد المذهب الحنفي في فترة الحكم العثماني في منطقة الجزائر العاصمة باعتبار مركز الجالية التركية هناك، وهناك المذهب الإباضي ينظم علاقة الإباضين بعضهم بعضاً.³ وظلت الجزائر تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ما يزيد عن ثلاثة عشر قرناً حتى سقوطها سنة 1830 تحت وطأة الاحتلال الفرنسي، حيث عملت الإدارة الفرنسية على توقيف العمل بالشريعة الإسلامية وأحلت محلها قوانينها التي شملت جميع المجالات التي بما فيها نظام الأسرة، ورغم تباين الأنظمة الأوروبية مع

¹ حولة كلفالي، تقييد نظام تعدد الزوجات وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد الرابع، بسكرة، 2007، ص 9.

² رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، ط2، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1976، ص 67.

³ محمد المبلي، عبد الله شريط، الجزائر في مرآة التاريخ، ط1، مكتبة البعث، قسنطينة، 1976، ص 156.

النظام الجزائري إلا أنها حرصت على تطبيق التنظيم القضائي الفرنسي من خلال جعل قضاة الأحوال الشخصية من المسلمين الجزائريين.

وفي مطلع القرن العشرين، حاولت الإدارة الفرنسية، تقنين نظام الأسرة مطبقة في ذلك مشروع " موران الخاص بأحكام الأسرة"¹ دون صدوره في شكل تشريع، ولكنه لم يطبق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري وتمسكه بعقيدته، ثم أعقبت الإدارة الفرنسية بإصدار تشريعات متتالية:

- قانون 1931/5/2 تناول خطبة وسن الزواج.
- مرسوم 1931/5/19 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- الأمر الصادر في 1944/11/23 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي.
- القانون رقم 778/57 المؤرخ في 1957/07/11، المشتمل على أحكام الغائب، المفقود، الوصاية المحجر.

- الأمر 74/592 الصادر في 1959/02/04 الخاص بمسائل الزواج والطلاق.
- المرسوم رقم 1082/59 الصادر في 1959/09/17 الذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم 74/592 الخاص بالزواج و انحلاله في الجزائر.

- قرار وزير العدل 1959/12/11 حيث تولى بيان الوثائق التي تشترط لإبرام عقد الزواج، و تسجيله.²
- كانت هذه أهم التشريعات الصادرة على الإدارة الفرنسية أثناء فترة احتلالها للجزائر محاولة طمس الهوية العربية الإسلامية للشعب الجزائري.

ثانيا: التشريعات التي صدرت بعد الاستقلال و قبل صدور قانون 11/84.

رغم صدور خاص بتنظيم مجال الأحوال الشخصية، لكن المشرع الجزائري تدخل بإضافة بعض النصوص القانونية لتغطية الفراغات فظهرت بعض النصوص القانونية تتجاوز المفهوم التقليدي للشريعة الإسلامية مثل ما ورد ضمن قانون 29 جوان 1963 والخاص مبدأ شكلية الزواج، وكذا تحديد السن الأدنى للزواج وهو 18 سنة للرجل و 16 سنة للمرأة، وبذلك وضع المشرع شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج ويعتبر مانعاً مؤقتاً.

¹ قام به الفقيه المقرب من الدوائر الاستعمارية مارسال موران marcel morand مع أن هذا القانون كان شديد البشاعة و يناقض روح الحداثة الأوروبية إلا أنهم تمسكوا به في اعتقادهم أنه . يخرق المبادئ الصحيحة للشريعة الإسلامية لكنها الغاية التي تبرر الوسيلة، وبالتالي أنكره الشعب الجزائري فتم استبعاده.

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، الجزائر، دار هومة، 1996، ص 10.

ثم عام 1963 تشكلت لجنة قانونية اقترحت توسيع تعدد الزوجات على أساس أن هناك عدد كبير من أرامل الشهداء.

وهناك أيضا جمعيات وحركات نسوية تكونت خلال العشرية الأولى بعد الاستقلال والتي طالبت بتقنين الأحوال الشخصية كجمعية القيم.¹

ثالثا: التعدد في ظل قانون رقم 11/84.

نص المشرع على التعدد في المادة 8 والتي جاء نصها كما يلي:

" يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل وأن يتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج، وفي حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".²

من تحليل هذه المادة نستنتج أن المشرع اشترط لكي يمكن للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة بتوفر ثلاثة شروط وهي:

- المبرر الشرعي.

- توفر نية العدل.

- أن يخبر الزوجة السابقة واللاحقة قبل إبرام عقد الزواج الثاني

والملاحظ على هذا القانون أن المشرع لم يرتب على مخالفة هذه الشروط أي عقوبة جزائية أو مدنية ولم يجعل منها شروطا لصحة الزواج الأول، ولا هي سبب لفسخ الزواج الثاني، وإنما اكتفى بمنح الزوجتين حق اللجوء إلى القضاء لطلب الطلاق، في حالة عدم علمهما بالزواج وعدم رضائهما به.³

هذه الرقابة قد ضمنتها القوانين و المحاكم فللمرأة رفع شكوى إلى القضاء لدفع الضرر أو المطالبة بالنفقة عند الإهمال.

والقانون يمنح للمرأة حق طلب التطليق للضرر وبمنحها حق طلب التفريق القضائي بمجرد الشقاق ولو لم يكن سببه إيذاء الزوج لها والواضح هنا أن تقييد التعدد المراد به حماية الزوجتين الأولى والثانية، من تعسف الزوج في قيامه بالزواج وإلحاق الضرر بالزوجة الأولى والتي سيدفع للرجل إلى طلاقها وإن كان الطلاق أفضل لها

¹ لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 29.

² المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

³ عد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2008، ص

فقد منحها القانون حق التطليق القضائي بسبب الشقاق، أو الزواج عليها سرا عن طريق التدليس والغش، أما الزوجة الثانية فبقبولها الزواج برجل متزوج فيه مصلحة لها، أو على أقل تقدير كاف لو أنها وجدت زوجاً خيراً منه لما تزوجته، وإذا كانت غير عالمة بزواجه فيحق لها طلب إبطال العقد أو الفسخ.

فوجود زوجة لا تعلم الزوجة الجديدة بوجودها فإنه يختل معه الشرط في تعاقدته مع الجديدة فيمنح لها حق فسخ عقد الزواج في حالة حسن النية.¹

ومن الانتقادات التي وجهت لقانون 11/84:

هناك من اعتبر قانون 11/84 قانوناً متميزاً، ينمي مركز المرأة بحيث لا يعترف بالأهلية الكاملة، كما اعترف بالزواج العرفي الذي عادة ما يكون له آثار وخيمة، إذ سيسهل على الرجل هجر المرأة والأولاد لاعتبار أن الرضا إجراء شكلي في إبرام عقد الزواج وهذا ما يتناقض مع المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.² ففي المادة 8 اشترط القانون المبرر الشرعي دون أن يحدد نوع هذا المبرر الشرعي أو شكله. كذلك اشترط بدل العدل نية العدل سواء قبل إبرام العقد أو بعده، وذلك لأن العدل يصعب قياسه لأنه يعتبر من مكونات النفس البشرية.

كذلك المادة اشترطت إخبار الزوجة السابقة واللاحقة دون تعيين الكيفية التي يجب اتباعها لإيصال الخبر للزوجتين، ودون ترتيب أي جزاء مادي، على مخالفة بعض هذه الشروط أو كلها. إذن فشرط العدل بين الزوجات يصعب قبوله لقوله تعالى ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ۗ﴾.³

فهل العدل المطلوب توفره قبل أو بعد الزواج؟ وبالتالي إثبات العدل لا يمكن أن يكون إلا بعد الزواج والعيش مع شريكته مدة من الزمن، ولهذا يمكن القول لا يمكن إثبات وجوده قبل العقد.

لا يمكن التسليم به أنه قيد على العقد وأن ما لا نستطيع إثبات وجوده في الواقع قبل ممارسة التعدد لا يصح باشرطه أو اعتباره قيداً على التعدد، ومعنى الآية أنه قيد مسبق يجب توفره قبل إبرام العقد، وهي لا تتضمن أمراً صريحاً أو نهيًا واضحاً، لأن الخوف المذكور قد يتحقق أثره وقد لا يتحقق، كما أن العدل المذكور

¹ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 280.

² المادة 2/40، ق م ج، الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، حيث أكد بقوله سن الرشد 19 سنة كاملة.

³ سورة النساء، الآية 3.

في القرآن هو العدل المادي لا المعنوي¹، ورقابة القاضي على القدرة المادية للزوج من الناحية المادية له فائدة من الوجهة النظرية، فالذي يتزوج مرة أخرى فهو مستعد من الناحية المالية بالقدر الذي يقتضيه الوضع الاجتماعي، والقدرة مطلوبة سواء لزوجة واحدة أو عدة زوجات وبالتالي ليس شرطاً أو قيداً عند التعدد.

أما العدل المعنوي فقد نفاه الشارع مطلقاً ونهانا عنه لقوله تعالى ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا﴾².

أما وجوب إخبار الزوجتين ووجود المبرر الشرعي فالشريعة لم تبرر إقرارها للتعدد لا بالعقم ولا بالمرض ولا لغير ذلك بل الناس وضعت لنفسها مبررات في شكل قواعد قانونية وألزموا أنفسهم بتطبيقها.

فالمشرع اتبع جزئياً ما أخذه به المشرع المغربي على الرغم من أن هذا الشرط لا يوجد له سند لا في القرآن الكريم ولا في القوانين الوضعية، فالمشرع الجزائري أخذ بالمبرر الشرعي رغم أن الشريعة لم تنص عليه ونصت على مبدأ التشاور.

إن اشتراط المبرر الشرعي الذي يرضى به القاضي مردود عليه عندما نطرح التساؤل لماذا لا يقدم الزوج المبرر عند الزواج الأول ويشترط أن يعدد وكان الزواج الأول أولى بالتقييد من الثاني الذي يعد تجربة وخطأ وخصوصاً أن الزواج ليس خالياً من أي قيد حتى نطلب من القاضي إيقافه لأن رقابة الأهل والزوجة أشد من رقابة القضاء.

اشتراط المبرر أدى إلى كثرة الطلاق والزواج العربي، لأن الكثير من الأزواج ومن أجل عدم المساس بأسرارهم يحبون عن كشف المبرر على زوجاتهم لذا يقدمون على الطلاق والتزوج من جديد وفي ذلك خطر على المرأة والأولاد أكثر من خطر التعدد.

رابعا: تعدد الزوجات في ظل قانون الأسرة الجزائري 02/05:

جاء القانون 02/05 بمجموعة من التعديلات، لتغطية النقائص التي كان يعاني منها القانون القديم لمواكبة التطورات، حيث قامت الجزائر بالمصادقة على العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تأثرت

¹ لوعيل محمد لمين، المرجع السابق، ص 284.

² سورة النساء، الآية 129.

بالضغوطات الدولية خاصة مع انتشار مبادئ الديمقراطية والمساواة بين الرجل و المرأة رغم إبداء الجزائر لبعض التحفظات على بعض المواد التي تضمنتها المعاهدات الدولية التي كانت الجزائر مصادقة عليها.¹ كما لعبت الجمعيات النسوية دوراً كبيراً في التأثير على المشرع الجزائري ويستند أنصار هذه الجمعيات إلى أن التعدد يمس بكرامة المرأة، ولا يأخذ بعين الاعتبار عواطفها وإنسانيتها خاصة.

وكان هناك تيار آخر يرفض المساواة بين الرجل و المرأة، وفي موضوع المرأة بالذات يعتبره اعتداء على أحكام الشريعة الإسلامية، و يعتبرون أفكار الجمعيات النسوية مجرد تقليد للغرب وعرقلة لتطبيق قواعد الشريعة الإسلامية.²

حيث تنص المادة 8 من القانون 02/05 على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية". ويتمثل مضمون هذه المادة فيما يلي:

1- المبرر الشرعي: حيث المشرع نص عليه ولم يحدد بدقة حالاته، حيث صدر منشور عن وزارة العدل يحدد المبرر الشرعي للزواج بثانية على سبيل الحصر إذ نص أنه "يكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب مختص تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال".³

أي اقتصر على حالتين والخروج عنهما يؤدي إلى رفض الموثق لتسجيل عقد الزواج الثاني.⁴ فالمبرر الشرعي اصطلاحاً هو السبب المسوغ شرعاً أو قانوناً للتعدد في الزواج ويجرم شرعاً ما كان الهدف منه الإضرار بالغير أو مخالفة تعاليم الدين كأن يبحث الرجل عن زوجة ما لم يجده عند زوجاته من الذكور مثلاً متناسياً⁵ في ذلك قوله تعالى ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾.⁶

¹ اتفاقية سيداو اختصار لكلمة CEDAW في معاهدة دولية تم اعتمادها في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة توصف بأنها وثيقة حقوق دولية للنساء، ودخلت حيز التنفيذ في 3 سبتمبر 1981، صادقت عليها الجزائر في 1996/01/22.

² عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 151.

³ منشور صادر عن وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 84-102، مؤرخ في 1984/09/23 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 ق أ.

⁴ خيرة قويدري، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009 ص 95.

⁵ جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2004-2005، ص 103.

⁶ سورة الشورى، الآية 49

ونتيجة للانتقادات التي وجهت للحالتين السابقتين (عقم الزوجة أو مرضها العضال) صدور منشور ثاني جاء فيه حالات يقدرها القاضي، خاصة في حال رضا الزوجة الأولى وللقاضي السلطة التقديرية في أن يرخص بالزواج بالثانية أو يرفض بمجرد أمر على ذيل العريضة غير قابل للطعن.¹

2- شروط نية العدل: وهذا ما نصت عليه المادة 1/8 و 3 ق أ ج، ولا شك أن العدل المطلوب من المتزوج بأكثر من واحدة هو العدل في الماديات، أي المساواة بينهن في الطعام، اللباس، السكن، المبيت... إلخ وحسن المعاشرة.

3- إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بالرغبة في الزواج: لقد اشترطت المادة 8 على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يخبر كلا من الزوجتين بما غرم عليه فهذا الشرط يعتبر ضمانا لكلا الزوجتين حتى تتمكننا من إبداء رأيهما بالموافقة أو الرفض، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 19 جانفي 2005 ملف رقم 334060 القاضي بأنه يجب إثبات رضا الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى.

كما أنه للزوجة حق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضد الزوج في حالات التدليس أو الغش وفقا للمادة 8 مكرر" في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".²

4- الترخيص القضائي: من الشروط التي تضمنتها المادة 8 من أجل إمكانية الزواج بامرأة ثانية إضافة إلى زواج سابق ما يزال قائما وهو ما جاء في نص المادة 2/8" أنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، لمكان مسكن الزوجية".

ثم جاء في الفقرة 3 من نفس المادة، ونصت على أنه" يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفر العدل والإمكانات والوسائل الضرورية للحياة الزوجية"-أي القدرة على النفقة.

الفرع الرابع: صور المضارة في استعمال حق التعدد دون مراعاة الشروط الشرعية والقانونية

فالتعدد مباح و مشروع لكن قد ينجم عنه أضرار تصيب الزوجة قد تكون أضرارا مادية وقد تكون معنوية تلحق بها نتيجة إهمال زوجها لها و عدم مراعاته للضوابط الشرعية والقانونية ولذلك سنتطرق إلى الضرر المادي الواقع على الزوجة جراء التعدد في (فرع أول) ثم الضرر المعنوي الناشئ عن التعدد في (فرع ثان).

¹ المنشور الثاني لوزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية رقم 85-14 صادر في 22/08/1985 تضمن أيضا كيفية تطبيق المادة 8 من ق أ ج.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 89.

أولاً: الضرر المادي الواقع على الزوجة جراء التعدد

لقد اشترطت الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة على الزوج الذي يريد الزواج مرة أخرى أن يعدل بين زوجاته، والعدل له جوانب كثيرة كذلك توفر المبرر الشرعي، ولكن بعض الأزواج لا يتقيدون بهذه الشروط، فقد يقوم الزوج بعد زواجه الجديد بإنقاص النفقة على زوجته الأولى وأولاده، وذلك لأنه أصبح مضطراً إلى تقسيم أمواله على بيتين.¹ أو أكثر فبعد أن كانت الزوجة الأولى وحيدة تعيش في رخاء هي وأولادها فيقوم الزوج بالزواج عليها والإنقاص من نفقتها مما يولد في نفسها شعوراً بالإذلال وأنها أصبحت أقل قيمة لزوجها مما كانت عليه مقارنة بالزوجة الجديدة.

ثانياً: الضرر المعنوي الناشئ عند التعدد

صحيح أن المرأة تود أنها لا ترى بجانبها ضرة تشاركها الحياة حذراً من أن تزاوجها على رجل واحد فهي لا تتحمل أن ينشغل زوجها بحبه لامرأة أخرى ولو كانت أمه أو أخته.² وهذه الطبيعة موجودة عند كل امرأة فالأزواج الذين يجمعون زوجاتهم في بيت واحد فيه الكثير من الأضرار النفسية على الزوجة الأولى. فالتعدد يؤدي إلى نقصان تردد الزوج على زوجته الأولى، خاصة إذا كانت الزوجة الثانية أصغر وأكثر جمالا، فهذه الإجراءات تجعل الزوج ينحاز إلى الزوجة الثانية على حساب الأولى غير مدرك لما تعانيه هذه الزوجة من آلام وربما قد تكون تحملت معه كل حسنة وسيئة وقضت معه عمراً تتقاسم معه الحياة في السراء والضراء.

كذلك الجانب العاطفي والجنسي فقد يميل الزوج إلى زوجته الجديدة رغبة منه في التغيير والتجديد وفي ذلك إجحاف لحق الزوجة الأولى وتقصير في واجباته الزوجية اتجاهها، فيكون بذلك قد ظلم أسرة بإهماله وعدم عدله.

مما سبق ذكره فآثار التعدد السيئة ليست راجعة إلى التشريع في حد ذاته، وإنما منشؤها انحراف الناس وإقدامهم على التعدد دون مراعاة للعدل.

ومن أوجه الإضرار بالزوجة أيضاً عدم حصول الزوج على الترخيص بالزواج، وبالتالي فإنه يقرب خطبته بالفاتحة مع الزوجة الجديدة وبمجرد الدخول عليها يثبت له القاضي حق تسجيل الزواج حسب المادة 1/22 ق أ ج: «> يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي».³

¹ حسين بن الشيخ آث ملوياً، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 399.

² محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر، د.س.ن، ص 161.

³ المادة 1/22 من قانون الأسرة الجزائري.

فقد يمارس الزوج علاقة غير شرعية مع فتاة وقد تحمل منه، فيحكم القاضي بزواجها رغم عدم توافر شروط التعدد، فالزوج يعد متعسفا في استعمال حق التعدد وخالف أحكام المادة 8 من ق أ ج، فأحسن المشرع اشتراطه في هذه المادة الموافقة والترخيص لأنه إذا تبين عدم حصول الزوج على الموافقة والترخيص يعتبر سيء النية وقصد الإضرار بالزوجة الأولى وهذا ما نصت عليه المادة 124 مكرر من ق م ج والذي جاء فيها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.¹

ويكون تطبيق معايير التعسف على حق التعدد من خلال نص المادة 8 ق أ ج نجد أن الشريعة أخذت بمبدأ تعدد الزوجات ولكن قيده بشروط لغرض منع ممارسات نظام التعدد دون القدرة عليه، ومنعا من تعسف الزوج في استعمال هذا الحق على وجه غير مشروع، وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها إلى وجوب العدل بين الزوجات في حالة التعدد وذلك في كل المجالات وخاصة الجانب المادي، فإذا كان غير قادر على العدل وقام بالتعدد وليس له القدرة على تحمل أعباء هذا الزواج والوفاء بحقوقه الشرعية ففي هذه الحالة يكون سيء النية، وتصرفه هو قرينه على القصد السيء وهو الإضرار بالزوجة الأولى .

الفرع الخامس: تعدد الزوجات في بعض النظم المقارنة

نجد أن مختلف التشريعات العربية قد نصت على تعدد الزوجات وذلك لأن أغلب القوانين العربية مستمدة من روح الشريعة الإسلامية باعتبارها الأصل .

ولذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى تعدد الزوجات في القانون التونسي (أولا) ثم تعدد الزوجات في التشريع المغربي (ثانيا)

أولا: تعدد الزوجات في القانون التونسي

ينص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية² على أن "تعدد الزوجات ممنوع كل من تزوج وهو في حالة الزوجية، وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبقا أحكام القانون ."

¹ المادة 124 مكرر من قانون المدني الجزائري تم التطرق إليه في المسؤولية التقصيرية عن التعسف في الخطبة.

² الأمر 13 أوت 1957 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1996 المعدل والمتمم.

وينص الفصل 21 " الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد، أو انعقد بدون مراعاة أحكام الفصول 15 و 16 و 17 و 18 و 19 و 20 من هذه المجلة، وإذا وقعت تبعات جزائية تطبيقاً لأحكام الفصل 18 أعلاه، فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد زواجهما".

فالمشرع التونسي لم يفرض قيوداً على التعدد كما فعل المشرع الجزائري بل ذهب بعيداً في ذلك حيث نص على حرمة التعدد معتبراً أنه زواج فاسد نصاً ويطرّب على قيام الزوج بالتعدد عقوبة جنائية. وذهب بعض من الفقه التونسي أن المادة 18 قوبلت بالرفض الاجتماعي باعتبارها حكماً لا ينسجم مع النظام القانوني الأخلاقي والاجتماعي، وبالتالي تؤدي إلى لجوء الأفراد إلى الزواج العرفي وظهور عادات المجتمع الغربي أي زوجة شرعية وعدد من الحليلات.

ومنع التعدد ليست فكرة مستحدثة بل أن العديد من الفقهاء طالبوا به واعتبروه ضرورة شرعية يقتضيها واقع العلاقات الزوجية في العصر الحاضر.

حيث يعتبر الإمام محمد عبده أول فقيه ينادي بالمساواة بين الرجل والمرأة معتمداً على الآية «وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ»¹.

والقانون التونسي يصفه الغربيون أنه أحسن قانون عربي إسلامي أنصف المرأة وحفظ كرامتها متماشياً في ذلك مع المواثيق و الإعلانات الدولية و الإقليمية.

ثانياً: تعدد الزوجات في التشريع المغربي

تنص المواد من 40 إلى 46 على أحكام تعدد الزوجات في مدونة الأسرة المغربية،² حيث تنص المادة 40 " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها"، وتنص المادة 41 من نفس القانون: " لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت المبرر الموضوعي الاستثنائي .
- إذا لم تكن لطالبه المواد الكافية لإعالة امرأتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة" وتنص المادة 2/44 " للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن إذا ثبت لها المبرر الموضوعي والاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالها".

¹ سورة البقرة، الآية 228.

² ظهر شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة.

ويتجلى مما سبق أن المشرع المغربي أجاز تعدد الزوجات لكن قيده بشروط وضوابط كما فعل المشرع الجزائري وذلك بعد استحابة المشرع المغربي للمطالبين بمساواة المرأة بالرجل في المغرب.

حيث جاء في ديباجة المدونة: "...مشدداً على الالتزام بأحكام الشرع ومقاصد الإسلام السمحة، وداعياً إلى إكمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء بما يقتضيه روح العصر والتطور".

ويقصد بالعبارة الأخيرة المعاهدات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان و المرأة.

نشير إلى أن المدونة شرعت المسطرة للوصول إلى توثيق عقد الزواج بينما أفقدت المدونة نفسها القيمة

القانونية لعقد الزواج وقوتها الإلزامية حيث تنص " متى ثبتت بنوة الولد بأية وسيلة مقرر شرعاً كالشبهة أو

الاستلحاق أو الإقرار أو البينة، أو الخبرة أو أصبح الولد شرعياً مثل المادة 16، 145، 152، 158، 157

160، وبالتالي من أراد أن يعدد فسيعدد بدون هذه المسطرة التي يراها معقدة مادامت ستؤدي إلى وثيقة قد

فقدت قيمتها القانونية، ما دام سيتم الاعتراف بالولد، ونفس هاته الفكرة تمس المشرع الجزائري حيث تنص

المادة 1/40 من ق أ" يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج ثم

فسخه بعد الدخول طبعاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق في

تنفيذ الزواج

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية والقانون بالأسرة على أساس أنها اللبنة الأساسية في بناء المجتمع ، فالمجتمع يصلح بصلاحتها ويفسد بفسادها، وقد حددت الشريعة وكذا قانون الأسرة العلاقات التي تنشأ بين أفراد الأسرة والتي تكون قائمة على أساس المودة والاحترام، كما بينت حقوق كل فرد من أفراد الأسرة وما عليه من واجبات، فلا يطغى حق على آخر ولا يتجاوز فرد أي فرد آخر.

وإن تشريع هذه الحقوق والواجبات قائم على مصالح راعتها الشريعة الإسلامية، وعملت على تحقيق غاياتها ومقاصدها، فلا يجوز أن يخالف الإنسان المقصد الذي شرعت لأجله هذه الحقوق والواجبات، لأن الإنسان إذا خالف مقصد الشارع من تشريع هذه الحقوق، ففي هذه الحالة يكون متعسفا لمخالفته مقصد الشارع وتسببه بالضرر لغيره من أفراد الأسرة.

فالزوج بمجرد قيام الرابطة الزوجية يكون له حق القوامة على زوجته باعتباره رب الأسرة ورئيس العائلة فيلزم على الزوجة طاعته والامتثال لأوامره وإلا كان له حق تأديبها، وباعتبار الزوج قد قام بالإنفاق على زوجته فيجب عليها القرار في بيت زوجها، وهو ما يعرف بالاحتباس، وقد يقوم الزوج بواجباته بصورة تهدف للإضرار بزوجه فيعتبر متعسفا في استعمال حقه، والزوجة قد تتعسف في استعمال حقها وخاصة ما يتعلق بالجانب المالي وتسبب بالإضرار لزوجها. وستتطرق لذلك في مبحثين:

المبحث الأول: تعسف الزوج في استعمال بعض حقوقه الزوجية

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال بعض حقوقها الزوجية

المبحث الأول

تعسف الزوج في استعمال بعض حقوقه الزوجية

إن الشريعة الإسلامية قد أعطت حق الطاعة للرجل على زوجته وأسرته وأكدت عظم هذا الحق وخطره، لأن طاعة الزوج من الأحكام الشرعية و ثوابها الجنة لقوله صلى الله عليه وسلم " أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة".¹ فالطاعة هي التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج.² وإذا خرجت الزوجة عن أوامر زوجها كان له حق تأديبها بكل الطرق الشرعية لأنها تعتبر ناشزا كذلك للزوج حق الاحتباس على زوجته نظير نفقته لها لذلك سنتطرق لتعسف الزوج في استعمال حق الطاعة في (مطلب أول) ، ثم نتطرق إلى تعسف الزوج في استعمال حق التأديب في (مطلب ثان) ، ثم تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس في (مطلب ثالث) ، وهذا ما سيتم توضيحه.

المطلب الأول

تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة

طاعة الزوجة على زوجها واجبة بالكتاب والسنة على أساس أن الزوج هو رئيس العائلة ،وهو القائم بالنفقة وتحمل مسؤولية الأسرة ،ولذا وجب على الزوجة طاعة زوجها ،وإلا عدت ناشزا ويسقط حقها في النفقة ولكن الزوج قد يتعسف في استعمال هذا الحق من أجل الإضرار بها ،ولذلك سنتطرق إلى تعريف الطاعة في (فرع أول) ، ثم أدلة مشروعية حق الطاعة في (فرع ثان) ، ثم الحكمة من مشروعية الطاعة للزوج في (فرع ثالث) ، ثم حدود حق الطاعة في (فرع رابع) ، ثم تطبيق معايير التعسف على حق الطاعة في (فرع خامس).

الفرع الأول: تعريف الطاعة

سنتطرق للتعريف اللغوي (أولاً) ، ثم التعريف الاصطلاحي (ثانياً)

أولاً: التعريف اللغوي

الطاعة لغة الطاء والواو و العين أصل صحيح واحد يدل على الانقياد ،وهي من الفعل طاع له يطوع و يطاع إذا انقاد معه ومضى لأمره، وهو طوع يديك أي منقاد لك.³ ومنه قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾⁴ أي اتبعوا أمرهم في الكتاب والسنة.

¹ الترمذي، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح.

² محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 317.

³ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1424هـ، 2003، ص 670.

⁴ سورة النساء، الآية 59.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

فحق الزوج في الطاعة شرعاً يعني عدم مخالفة الزوجة لأوامر زوجها مادام مطلبه في حدود المباح شرعاً، وأن تعمل على إرضائه قدر المستطاع، ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها، واتقوا الله ما استطعتم.

وتكون الزوجة مطيعة لزوجها متى كانت مدركة لواجباتها الزوجية، إن كان القصد من الطاعة التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، فهذا لا يعني الاستجابة لرغباته المشروعة والممنوعة إنما الانقياد بالمعروف، فالطاعة واجبة على الزوجة شرعاً بمجرد استنفائها لعاجل صداقها وتوفير مسكن شرعي وحملها إليه وعدم وجود مانع.¹

وحسب رأي الفقهاء فالزوجة يجب عليها طاعة زوجها في نفسه وفي ماله وفي حضوره وفي غيابه، لأن الزوج هو رئيس العائلة، يدير أمرها و يسير شؤونها.²

حيث نصت المادة 39 ق أ ج والتي تم إلغاؤها بالأمر 02/05" يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، وبما أنه تم إلغاء هذه المادة فما على القاضي إلا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى نص المادة 222" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الفرع الثاني: أدلة مشروعية حق الطاعة:

نذكر من النصوص القرآنية (أولاً) ، والأحاديث النبوية (ثانياً) في وجوب طاعة الزوج ما يلي:

أولاً: من القرآن

قوله تعالى >> فَإِنْ أَطَعْتُمْكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً <<³ ، وهذا يدل على الولاية التأديبية للزوج على زوجته حيث نصت الآية على استعمال الزوج ولايته في تأديب زوجته على حالة النشوز، وهي عصيان الزوجة لزوجها و عدم الامتثال لأوامره، ونفت حق الزوج في التعرض لامراته إذا أطاعته في جميع ما يريد منها مما أباحه الله إذ لا سبيل له عليها بعد ذلك وليس له أن يضر بها أو يهجرها.

¹ السيد عمر عبد الله، محمد جامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ص 52.

² الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 83.

³ سورة النساء، الآية 34.

ثانياً: من السنة

حيث صور رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم عظم حق الزوج و أضفى عليه قدسية ومهابة، فيما روى عن قيس بن سعد رضي الله - مرفوعاً" لو كنت أمر أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق".¹

فالحديث يبين لنا عظم حق الزوج على زوجته، وهنا بالغ في هذا الحق حيث السجود لا يحل إلا لله عز وجل وهو يعني كمال الامتثال والطاعة، ولو جاز لبشر أن يسجد لبشر لأمر النبي المرأة بالسجود لزوجها وفاء لحقه عليها.

كما جعل الرسول الكريم صلى الله عليه و سلم معيار الخيرية في النساء هو رضا الزوج عنها و طاعتها له فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عن خير النساء فقال: " التي تطيع إذا أمر، وتسرع إذا نظر، وتحفظه في نفسها وماله".²

كذلك إذا أرضت المرأة زوجها رضى الله عنها وإذا أغضبت أسخطت الله عز وجل عليها، فقد روى عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم "إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها أدخلني الجنة من أي أبواب الجنة شئت".³

وقد نهي الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم عن مخالفة الزوجة لأمر زوجها خاصة إذا ما دعاها إلى الفراش، فقد روى أبو هريرة (رضي الله عنه) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح".⁴

بينت الأحاديث السابقة أن رضا الزوج إذا اقترن بالإتيان بالواجبات الشرعية التي كلفت بها المرأة يستوجب دخولها الجنة، ورضا الله عز وجل، وغضب الزوج لأسباب شرعية، يسخط الله عنها، وامتناعها بلا سبب إذا دعاها إلى الفراش كبيرة من الكبائر للتوعد باللعن حيث تلعنها الملائكة حتى يرضى زوجها، وهذا تأكيد على وجوب طاعة الزوج.

¹ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الرضاع، باب حق الزوج على المرأة، ج3، ص465، (حديث=1159)

² أخرجه النسائي في سننه، كتاب عشرة النساء، باب طاعة المرأة زوجها، ج5، ص310 (ح=8912)، وأحمد في مسنده، ج12، ص383 وحسنه الألباني، السلسلة الصحيحة للألباني، ج4، ص337.

³ أخرجه أحمد في مسنده، ج3، ص199 (ح=1661)، وصححه الألباني، الجامع الصغير وزيادته، ص67.

⁴ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها، ج7، ص30 (ح=5194.5193) ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب تحريم امتناعها من فراش زوجها، ج2، ص1060 (ح=1436).

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الطاعة للزوج

تظهر حكمة طاعة الزوجة لزوجها فيما يلي:

- طاعة المرأة لزوجها فيه نوع من التعاون والتكافل الذي يضمن تحقيق المودة والرحمة والسكينة وهي من أهم مقاصد الزواج.

- طاعة المرأة لزوجها فيها تحصيل لرضاه عنها، ومادامت الطاعة في غير معصية الخالق ففيها رضا الله عز وجل وثوابه إضافة إلى رضا الزوج.

- الشريعة أوكلت القوامه للزوج، والطاعة ما هي نتيجة طبيعية تقتضيها القوامه، فمن المعلوم أن القائد لا بد أن يطيعه أتباعه، وبما أن الزوج هو رئيس العائلة فلا بد للزوجة من طاعته، ليس إهانة أو تقليل من شأنها أو قيمتها و لكن ذلك أمر طبيعي لنظام القيادة.

- وبما أن الزوجة هي الأم وهي المدرسة فلا بد لها من القيام بواجبها على أكمل وجه، فإذا قامت ببيتها وأولادها وسهرت على راحة زوجها وأولادها كان لها الفضل في قيام الزوج بدوره في المجتمع على أكمل وجه نظراً للاستقرار والطمأنينة التي يعيشها والتي كانت بفضل الزوجة.

الفرع الرابع: حدود حق الطاعة:

إن الشريعة الإسلامية عندما أقرت للزوج حق الطاعة قيدت ذلك بأدائه لواجباته الشرعية بمقتضى عقد الزواج وعليه فالزوج لا يطالب بحقه في الطاعة إلا إذا أعطى للمرأة حقها، وهو ما يفرضه عليه الشرع من مهر معجل، ومسكن يليق بما وكذلك واجب الإنفاق عليها، وكان أميناً عليها، قواماً على أمرها، وقائماً بجميع احتياجاتها، وإلا فلا طاعة للزوجة عليه بل ولا تنتقل معه إلى بيت الزوجية أساساً ولا يعد ذلك نشوزاً منها¹.

أما في حالة تأدية الزوج لواجباته فإنه يستحق الطاعة، ويحرم على الزوجة مخالفة أمره أو عصيانه ويجب عليها أن تكافح من أجل إرضائه ما دام ذلك في وسعها ومقدورها، فتسلم له نفسها متى أراد ذلك، ولا تخرج من بيتها إلا بإذنه، وتلبي رغباته ومطالبه المشروعة وتحفظه في نفسها وأهله وماله مستعينة في ذلك بالله عز وجل².

¹ البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 163.

² إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2013، ص

إذن للزوج حق الطاعة على زوجته وإن كان حسن المعاشرة حق مشترك، إلا أن حق الزوج على زوجته أعظم لقوله تعالى: "وللرجال عليهن درجة" غير أن الزوج وإن خول له الشرع هذا الحق فيجب استعماله على وجه معقول فحسن المعاشرة لا يعني حق التعنت ولا يجب على الزوج أن يتعسف في استعمال حق الطاعة وإنما خوله الله عز وجل بهذا الحق لتوطيد المحبة¹، رغم أن الواقع يثبت عكس ذلك فالزوج دائماً نجده يتعسف في استعماله لحق الطاعة.

الفرع الخامس: تطبيق معايير التعسف على حق الطاعة:

إن الله عز وجل أعطى للرجل حق الطاعة، غير أنه يستعمل حق الطاعة في مظهر تعسفي، وستتطرق لذلك من خلال معيار قصد الإضرار بها (أولاً)، ثم معيار المصلحة غير المشروعة (ثانياً)

أولاً: معيار قصد الإضرار بها

إذا كان للزوج على زوجته حق الاستئذان فيجب عليه استخدام هذا الحق على نحو مشروع ولا يضيق الخناق عنها، حيث ثبت أن بعض الأزواج يقنعون زوجاتهم بعدم الخروج وعلى الزوجة أن تنساق لذلك، بل ويصل به الحد إلى حرمانها من زيارة أهلها.²

فالمرأة من حقها زيارة أهلها خاصة في حالة المرض، ولا يعد هذا خروجاً على الطاعة المخولة له، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض، فالزوج قد يتعسف في الكثير من الحالات في حق زوجته بدعوى أن حق الاستئذان واجب لا يحق لها تجاوزه وإلا عدت ناشزاً.

ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة

يقصد به استعمال الحق على الوجه غير المشروع بأن يكون من استعمال الحق مناقضة لقصد الشارع من تشريع الحق ولا يحقق ذلك إلا إذا استعمل صاحب الحق حقه فيغير المصلحة التي شرع من أجلها، فالزوج إذا كانت زوجته ناشزاً يملك حق تأديبها، غير أنه إذا استعمل هذا الحق في غير موضعه أصبح متعسفاً وفعله غير مشروع مآل ذلك.

وفي هذا السياق يقول الإمام الشاطبي: "أنه كل ما ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض قصد الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل" في هذا يقول أيضاً الإمام العز بن عبد السلام

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 178.

² جميل فخري محمد جاتم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 86.

مهما حصل التأديب من الأفعال والأقوال لم يعدل إلى الأغلظ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول غرض لما دونه.

فإذا عصت الزوجة أوامر زوجها وكانت ناشراً فإن الزوج له حق التأديب في حدود المعقول، فإن كانت الزيادة فوق القدر الذي يحصل به المصلحة يعد ذلك تعسفاً لأنه أظهر نية الإضرار بالزوجة ومتى كان الزوج عالماً عدم ترتب المصلحة المقصودة باستعمال الحق واستمر في استعماله فإن قصده ينقلب إلى أضرار لعدم حصول المصلحة، فإن انتفت المصلحة انتفت الإباحة.¹

المطلب الثاني:

تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

إذا أطاعت الزوجة زوجها ورعته في بيته وماله، ولم تخرج من البيت إلا بإذنه، فوجب على الزوج الإنفاق عليها ورعايتها وإن خرجت عن طاعة زوجها كان له حق تأديبها على النحو الذي يقره الشرع والقانون فإن كان قد تجاوز هذا الحق فتترتب عليه المسؤولية لأنه متعسف في استخدام الحق ويلزم عليه تعويض الضرر الناجم جراء هذا التعسف ولذلك سنتطرق إلى حق تأديب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري في (فرع أول)، ثم وسائل استعمال حق التأديب في (فرع ثان)، ثم التعسف في استخدام حق التأديب في (فرع ثالث)، ثم التعويض عن المسؤولية المدنية سبب التعسف في استخدام حق التأديب في (فرع رابع).

الفرع الأول: حق تأديب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

لا نجد أي نص عاجل تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها، بالتالي نرجع إلى أحكام المادة 222 من ق أ ج التي تنص >> وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف>>.

وبالتالي يمارس الزوج حق التأديب على الزوجة بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية،² ولذلك سنتطرق إلى تعريف التأديب (أولاً) ثم التأديب حسب القانون الجزائري (ثانياً).

أولاً: تعريف التأديب

سنتطرق إلى ذلك من خلال التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي

¹ جميل فخري محمد جاتم، المرجع السابق، ص 167.

² العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة و القانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002، ص 353.

1-التعريف اللغوي: من الأدب وفعله أدب، وأدبه علمه فتأدب وأستأدب¹ وأدب أخلاقه² وأدبه تأديبا عاقبه على الإساءة، لأن السبب يدعو إلى حقيقة الأدب.

واستعملت كلمة التأديب في الإسلام بمعنى العادة الحسنة، والتصرفات المحمودة وتهذيب النفس لقوله صلى الله عليه وسلم <<أدبني ربي فأحسن تأديبي>>³.

فالتأديب هو ترويض النفس وحملها على محاسن الأخلاق، والتربية الحسنة وغرس مختلف القيم والتعاليم الدينية.

2-التعريف الاصطلاحي: تهذيب الأخلاق واصلاح العادات السيئة وإعطاء منهج صحيح للشخص الممارس عليه حق التأديب.⁴

وهناك من عرفه عن طريق الوسائل التي يتم بها التأديب كالضرب و الوعيد و التعنيف⁵ إذن مما سبق فالتأديب سلطة مقررة للشخص المخول له هذا الحق باستعمال وسائل شرعية كالتهذيب وإصلاح من هم تحت سلطته بصفة مشروعة ونقصد بالسلطة المشروعة سلطة الأب أو الأم على أولادهما وكذا سلطة الزوج على زوجته و التي هي محل دراستنا.

ثانيا:التأديب حسب القانون الجزائري

وستتطرق إلى دراسة التأديب قبل تعديل 2005، ثم نعالج التأديب حسب تعديل 2005، وذلك من خلال مايلي:

1-التأديب قبل تعديل 2005

قبل سنة 1984 كانت الجزائر تطبق الشريعة الإسلامية، وتحديد المذهب المالكي ولم يستخدموا آنذاك مصطلح التأديب بل مصطلح التعزير وأحيانا استعمال الأدب بمعنى التأديب⁶. لفظ التعزير يستخدم عند الكلام عن الزوجة أو الابن، وهناك من يخصص التعزير عن الزوجة، ويتم تعزير الزوجة في حالة نشوزها والتعزير مخصص للنشوز دون سواه.

¹ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج1، ص 36.

² فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطلاب، ط6، دار الشرق، بيروت، 1982، ص6.

³ حديث ضعيف.

⁴ حسن العطار، حاشية العطار على مجمع الجوامع، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 140.

⁵ ابن قدامة، المغني على المختصر، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، 1972، ص 647.

⁶ محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص 527.

وهو جائز بشرط سلامة العقاب لأنه لا يجب على هذا الحق أن يتجاوز حدوده، فلو لم تترك المرأة النشوز إلا بضرب مخوف فلا يجوز تعزيرها أصلاً.¹

وبموجب قانون الأسرة 11/84 لم يخصص أحكاماً خاصة بالتأديب لكن بالرجوع إلى نص المادة 39:

التي تنص: "على الزوجة:

1- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة.

2- إرضاء الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم.

3- احترام والدي الزوج وأقاربه".²

إذن وحسب الفقرة الأولى من هذه المادة فالزوج له حق تأديب زوجته متى خرجت عن طاعته بالإضافة إلى الواجبات المفروضة على الزوجة بحكم القانون والمتمثلة في طاعة زوجها واحترامه باعتباره رئيساً للعائلة.

2-التأديب حسب تعديل 2005

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه لم ينص على أحكام خاصة بالتأديب بل جعل العلاقة بين الزوجين تقوم على المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والحفاظ على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم وهذا حسب ما بينته المادة³ 36 من قانون الأسرة الجزائري في الفصل الرابع المتعلق بالحقوق والواجبات.

ومن هذه المادة نستنتج أن التأديب أمر ثابت قانوناً، وتأديب الزوجة حسب القانون يكون بالمعاشرة بالمعروف والتعاون بين الزوجين للحفاظ على استقرار الأسرة .

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد القانون رقم 156/66 يستخلص من ثنايا المادة⁴ 1/39 منه ممارسة التأديب بنصها: "إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون"، فيعد الفعل مباحاً إذا ارتكبه صاحبه في ظروف خاصة وبالرجوع إلى فقهاء القانون فقد حددوا الحالات التي يكون فيها الفعل مباحاً، وهذه الأفعال التي تدخل في دائرة، الإذن المذكورة على سبيل الحصر وعدم تحديد هذا النوع من الأفعال يجعل النقد فيه نوع

¹ القرابي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، ج12، ط1، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص 119.

² المادة 39 من الأمر المؤرخ في 9 رمضان الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، العدد 24 المؤرخة 12 يونيو 1984.

³ المادة 36 من الأمر المؤرخ في محرم الموافق ل 27 فبراير 2005، جريدة رسمية، عدد 15، يتضمن قانون الأسرة.

⁴ المادة 39 من الأمر 156 /66 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رقم 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم مسبقاً رقم 6-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية 84 مؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

من الغموض وبالرجوع إلى فقهاء القانون أظهروا الحالات التي يكون فيها العمل مأذونا فيه قانوناً، وهي حالة إذن القانون لصاحب الحق في ممارسة الحقوق المقررة.¹

الفرع الثاني: وسائل استعمال حق التأديب

الشرع خول للرجل حق تأديب زوجته، ويظهر ذلك من خلال الآية: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۗ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ۝﴾.²

وما يمكن استخلاصه من هذه الآية أنها تنص على تأديب الزوجة، فينص على الضوابط التي يجب أن يتقيد بها المؤدب لتأديب زوجته، فالتأديب درجات وعلى الزوج أن يمر بمراحل في تأديب زوجته، كي لا يعتبر متعسفا في استعمال حقه.

فالله تعالى عندما حدد وسائل التأديب فإنه بدأ باللين، وذلك بالكلمة الطيبة، وذلك بالوعظ والإرشاد (أولا)، ثم الهجر في المضاجع (ثانيا)، ثم الضرب (ثالثا)، أي بدأ بالوسيلة من الأخف إلى الأشد.³

أولاً: الموعظة الحسنة

وذلك بتذكيرها بما فرضه الله عليها من واجبات⁴ اتجاه زوجها ويكون ذلك بالكلمة الطيبة واستخدام النصيح والإرشاد، وتذكيرها بوجوب طاعة زوجها وعدم معصيته وإلا أخذت حكم الناشز التي يسقط حقها في النفقة عسى أن ترجع إلى رشدها⁵ فإذا رجعت إلى رشدها، فيكون على الزوج التوقف عن عملية التأديب وإن رفضت فيكون عليه أن ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي الهجر.

ثانياً: الهجر في المضاجع

إذا لم ينجح الزوج في تأديب زوجته بالموعظة والكلام الطيب وبقية على عصيائها وتمردتها فإنه ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي أعلى درجة من الوعظ والهجر يكون إما في الفراش أو الكلام.

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج1، الجزائر، ص 124.

² سورة النساء، الآية 34.

³ هدى عبد الله طاهر، الحقوق الزوجية للرجل والمرأة كلاهما ما لهما وما عليهما، مجلة كلية التربية للبنات، جامعة النهرين، العدد3، المجلد 25، 2014، ص 82.

⁴ رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سليم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 409.

⁵ جميل فحري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 84.

والمهجر في الفراش لا يتجاوز أربعة أشهر (حد الإيلاء) أما المهجر في الكلام فلا يتجاوز ثلاثة أيام، فإذا تجاوز المهجر أربعة أشهر ووصل إلى حد الإيلاء فيعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه.¹

وأشكال المهجر هي: هجر التأديب، هجر الإيلاء، هجر الإيذاء.

3- الضرب: يعتبر الضرب الوسيلة الثالثة للتأديب ولا يلجأ إليه الزوج إلا في حالة فشل الوسيلتين السابقتين (الوعظ والمهجر)²، فينتقل الزوج من الوسائل المعنوية التي تؤثر على نفسية الزوجة إلى الوسيلة المادية التي قد تؤثر على سلامة جسم الزوجة.

فالضرب يعرف أنه كل مساس بأنسجة الجسم ولا يؤدي إلى تمزيقها بالضغط أو الصفع أو الجذب بعنف أو الاحتكاك بجسم المجني عليه سواء ترك أثرا أم لم يترك.³

والضرب يطلق على عدة معان ومنها الإصابة باليد، والمقصود بالضرب أو الضرب الذي يهدف إلى التأديب المصحوب بعاطفة المؤدب وهو الضرب غير المبرح ويكون متوافقا مع منهج الإصلاح، وإلا كان المؤدب متعسفا في استعمال حقه.

ولا يباح ضرب الزوج لزوجته إلا إذا رأى أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، فبالضرورة سيلجأ إلى الضرورة الأشد وأشبه بالحلال المكروه.⁴

ولا يؤخذ بالضرب تحت دائرة التعدي والانتقام لأن ذلك يخرج من دائرة الإباحة، كما يجب على الزوج تجنب ضرب الوجه⁵ لأن الوجه كرمه الله تعالى، فالزوج عليه التدرج من الوعظ إلى المهجر ثم الضرب كوسيلة أخيرة مباحة في حالة تكرار الخطأ من الزوجة.⁶

وفي حالة ضربها ضرب مبرح فإنه يقر على ذلك حتى يجد من صلاحها ما يرددها عنه⁷ ولا يجب أن يتعدى الضرب عشر ضربات ويتجنب ضرب الوجه والرأس.⁸

¹ علي محمد قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 119.

² عمرو عيسى الفقي، الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القلعة، 1999، ص 65.

³ عدلي خليل، جرح وجنبايات الجرح والضرب في ضوء القضايا والفقه والطب الشرعي، دار الكتب القانونية، 1999، ص 17.

⁴ عمرو عيسى الفقي، مرجع سابق، ص 41.

⁵ أبو الوفاء محمد أبو الوفاء، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 41.

⁶ جمال عبد الرحمن، أيها الضاربون للنساء، ط4، مركز شهبان للطباعة والكمبيوتر، مصر، 2006، ص 25.

⁷ محمد بن صالح العثيمين، تفسير آيات الأحكام، ج1، ط1، دار الغد الجديدة، القاهرة، 2007، ص 150.

⁸ حنان عبد الرحمن رزق الله أبو مخ، أحكام التأديب بالعقوبة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطني، فلسطين،

2005، ص 145.

ولكن في الوقت الحالي نجد المرأة تطلب التطليق طبقاً للمادة 53 فقرة أخيرة من قانون الأسرة الجزائري، علماً أن الزوج مارس عليها الضرب بعد الوعظ والهجر، رغم ذلك تعتبره الزوجة ضرراً يعطيها الحق في طلب التطليق وذلك حماية لها.

الفرع الثالث: التعسف في استخدام حق التأديب:

إن حماية الحقوق هو الأساس الذي تقوم عليه الشريعة الإسلامية، وتمنع أي أحد بالتعدي عليها وهو ما يطلق عليه بالتعسف، وهو يعتبر من الظلم¹، وهو ما يؤخذ بالقوة.

والتعسف في استعمال حق التأديب يعني المبالغة في الضرب، وهو الخروج عن معنى الآية 34 من سورة النساء، فيخرج حق التأديب عن مقصوده الشرعي، إلى التعدي ويلحق بغيره الأضرار استناداً للإباحة الممنوحة له.² وقد تعرض القانون أيضاً إلى التعسف في حق التأديب، وكذلك تطرق إلى آثار التأديب التعسفي وستتطرق إلى ذلك من خلال التعسف في استعمال حق التأديب في القانون (أولاً)، ثم آثار التأديب التعسفي (ثانياً).

أولاً: التعسف في استعمال حق التأديب في القانون

تطرق المشرع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني أما في قانون العقوبات يمنع الضرب مهما كانت درجته، و إلا اعتبر من ارتكبه مسؤولاً عن النتيجة الجرمية لأن إباحة الضرب لا يمكن أن تخرج عن مفهومه الضيق المستوحى من المادة 39 من قانون العقوبات السالفة الذكر، لأن الزوج قد يتظاهر بالتأديب بالضرب إلا أنه سيء النية وبالتالي يلحق الضرر بزوجه.

إن التعسف في استعمال الحق في التأديب ينتهي حدوده عند الضرب غير المبرح، وأن يحتج بالاستناد إلى هذا الحق لارتكاب العنف ضدها، ويكون الزوج قد تجاوز حدود التأديب المسموح به ويصل به العنف إلى حد الانتقام أو تحقيق غرض غير مشروع فهنا يكون متعسفاً في استعمال الحق، وبالتالي يكون التصرف الذي قام به معاقباً عليها.³

ويعتبر الضرب المبرح هو الأكثر ممارسة من طرف الزوج على زوجته والكثير من الأحكام القضائية تبين لنا ذلك، حيث تظهر في طلب الزوجة التطليق، وهذا لتعرضها لسوء المعاملة والضرب من طرف زوجها.

¹ ابن منظور، مرجع سابق، ج9، ص 245-246.

² عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، ط2، القاهرة، 1988، ص 925.

³ عبد الرحمان النعالي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، ج1، الجزائر، 2007، ص 441.

ومن أمثلة ذلك قضية (غ-ق) ضد (ب-ح) بحيث أن الحكم المطعون أشار أن المطعون ضدها قد تضررت من معاشرته زوجها الطاعن بسبب تعديه عليها بالضرب وقام بطردها من منزل الزوجية ليلاً وعدم الإنفاق عليها مع إهماله لأولاده مما أدى بها إلى طلب التطليق، والتعويض لثبوت تضررها والمحكمة العليا قضت في قرارها الصادر في 21 جويلية 1998، أن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً¹.

لأن الزوجة فعلاً قد تضررت كثيراً من الضرب الممارس عليها باستمرار وهذا التعسف ما هو إلا تجاوز للحق المخول له قانوناً وهو ما نص عليه المشرع في المادة 124 مكرر 1 من القانون المدني.

حيث يتخذ الزوج حقه في التأديب كموضوع قوة و سيطرة على الأسرة بأكملها فقد يتجاوز ذلك مما يستوجب تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة التي أقرت أن التعسف من استعمال الحق قصد الإضرار بالغير تقوم المسؤولية على ذلك، وهو ما جاء به الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية أنه: " من المقرر قانوناً أن الحكم بالتطليق لا يقبل الاستئناف، إلا في جانب مادي، ومن المقرر أيضاً أنه لا يحكم بتعويض الزوج إلا في حالة نشوز الزوجة.

ومن الثابت -في قضية الحال- أن القاضي الأول قضى بالتطليق للضرر الحاصل للطاعنة بسبب الضرب الذي يجعلها متضررة فعلاً ولا يمكن معه اعتبارها في حالة نشوز وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالطلاق لنشوز الطاعنة مع إلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضاً قدره ثلاث مائة ألف دج والأضرار التي تحملها من مصارف الزواج السابقة واللاحقة خالفوا القانون خاصة أحكام المادتين 55-57 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

فالضرب الممارس على الزوجة يمنح لها حق طلب التطليق استناداً للمادة 53 الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة ويعد ذلك تعسفاً من الزوج.

ثانياً: آثار التأديب التعسفي:

في حالة تجاوز المؤدب ضوابط التأديب الواجب اتباعها من المؤدب، فقد يتجاوزها ويجد نفسه متعسفاً مما يؤدي إلى قيام المسؤولية سواء الجنائية أو المدنية نتيجة قيامه ببعض الجرائم الناجمة عن التعسف في استخدام الحق في التأديب.

¹ م.ع، غ.أ.ش، قرار رقم 1926665 مؤرخ في 1998/07/21، (غ-ق) ضد (ب-ح)، المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001، ص 117.

² عبيدي الشافعي، قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 34.

1- بعض الجرائم الناتجة عن التعسف في استخدام حق التأديب

قد يستعمل المؤدب أقوالاً في الموعظة، لكن قد تلحق الأذى بالمؤدب كاللعن والسب والإهانة فيتسبب المؤدب بقيامه بجريمة قولية، أو يمارس الضرب الشديد على الزوجة أو الابن فيلحق بمن وقع عليه التأديب جريمة ماسة بجسم المؤدب.

أ- **الجريمة القولية:** وهي إما تتخذ أسلوب القذف أو السب الذي يرتكبه المؤدب في حق الطرف الممارس عليه التأديب وهو ما يسمى بالجريمة القولية، وهو يعتبر ضرراً معنوياً يعاقب عليه القانون حسب المادة 182 مكرر من القانون المدني التي تنص "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية والشرف والسمعة" ونص المشرع على الجريمة القولية التي تمس الزوجة في المادة 296¹ من قانون العقوبات الجزائري والمتمثلة في القذف، وهو ادعاء واقعة لا تنطوي على إسناد صحيح، يهدف المساس بشرف الشخص المقذوف - الزوجة - فاستخدامه لألفاظ تسيء بسمعه الزوجة مثلاً أو لفظ يوحي لارتكاب الزوجة لفاحشة ما، أو يقوم بسبها وشتمها أمام الناس وهو ما نص عليه المشرع في المادة 297 من نفس القانون².

وهذا ما قضت به المحكمة العليا: "أن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صارت علاقتها الزوجية أمراً مستحيلًا هي أسباب كافية لتبرير التطليق والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد القانون فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"³.

ب- **الجريمة التي تمس أعضاء جسم المؤدب:** وقد يتعدى الزوج الجريمة القولية و يصل إلى إلحاق أضرار على جسم المؤدب وهذه الأضرار يعاقب عليها القانون.

ج- **الجريمة الماسة بأعضاء جسم الزوجة:** وذلك من خلال نص المادة 264 من قانون العقوبات⁴ والتي يفهم من مضمونها أنه من أحدث جرحاً أو ضرباً أو أي عمل آخر من العنف يعاقب عليه، فإذا ضرب الزوج زوجته ضرباً مبرحاً مما أدى إلحاق أضرار في جسمها كسراً أو بتراً لأحد أعضائها، قامت مباشرة المسؤولية عليه، إذا ادعت الزوجة على زوجها، أثبتت الضرر عاقبه القاضي عن ذلك⁵. هذا وقد يؤدي الضرب المبرح والعنف على الزوجة إلى وفاتها في هذه الحالة يقع القتل وتقوم على الزوج المسؤولية لأنه قام بقتل شخص عمداً حسب المادة 265 من قانون العقوبات.

¹ المادة 296 من قانون العقوبات الجزائري.

² المادة 297 من نفس القانون.

³ المحكمة العليا، غ أش ، ملف رقم 39025، مؤرخ في 1986/01/13، غير منشور.

⁴ المادة 264، قانون العقوبات الجزائري.

⁵ أبو الوفاء محمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 53.

2- مسؤولية المؤدب عند تجاوز حدود التأديب

إذا قام الزوج بتأديب زوجته وتجاوز الحد المسموح به في التأديب تقوم عليه المسؤولية المدنية والجنائية التي من خلالها الزوجة تطلب التعويض جراء تضررها من ذلك.

أ- المسؤولية الجنائية: يعرفها الفقه القانوني بأنها "التزام الشخص يتحمل نتائج أفعاله المجرمة أو هي: تحمل تبعه الجريمة والالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانوناً.

فالجاني يتحمل نتائج فعله وما يترتب عليه، فيخضع لجزاء بعد قيامه بفعل يستوجب عقاباً، وبالتالي فالقانون أخذ بالشروط والظروف التي تقع فيها الجريمة كوقوع الفعل من الجاني باختيار وإرادة على اعتبار أيضاً أن الجريمة هو ما يقع على النفس أو ما دونها.¹

أساسها: لكي تقوم المسؤولية الجنائية للمؤدب لا بد من قيام ثلاث أسس مجتمعة بحيث إذا تخلف أحدهما انتفت هذه المسؤولية وهي:

-القيام بفعل التأديب بصفة غير مشروعة: معنى ذلك أن يأتي من تقرر له حق التأديب بفعل خارج الإطار المسموح به أثناء ممارسة هذا الحق، فينتقل إلى إطار التجريم والعقاب بخروجه عن حدود الإباحة إلى الحظر فالتأديب ليس مطلقاً وإنما مقيداً بشروط و ضوابط، فإذا خرج المؤدب عن هذه الشروط فيصبح فعله غير مشروع يستلزم الضمان، وذلك يعني قيام المسؤولية الجنائية.

-وجود علاقة بين فعل التأديب ونتيجته: يتمثل فيما يمكن أن يحدثه المؤدب كنتيجة للفعل الضار مع عدم الالتفات إلى الجنائية ودرجة جسامتها كإحداث كسور أو جروح أو حتى الوفاة. فيجب معرفة نوع الجنائية الحاصلة بفعل التأديب حتى يتم تحديد درجة المسؤولية مع ارتباط هذه النتيجة بفعل المؤدب بعلاقة نسبية وبالتالي توفر ثلاثة شروط وهي :

- السلوك الإجرامي الذي نتج عن ممارسة التأديب، وهي حالة التعدي التي تكون مصاحبة للفعل.
 - النتيجة التي تصاحب السلوك الإجرامي وتكون متمثلة عادة في الضرر الذي يقع بجسم المؤدب.
 - وجود رابطة سببية بين الفعل والنتيجة الضارة، أي تكون نتيجة الفعل الضار.
- نية المؤدب عند مباشرة فعل التأديب: يتمثل في معرفة قصد الجاني أو المؤدب أثناء ممارسته لفعل التأديب ومدى تحمله نتيجة أفعاله وقد يأخذ التأديب صورة الخطأ، أو صورة العمد.

¹ اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري (دراسة نظرية تطبيقية مقارنة) أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017/10/29، ص 64.

وحتى يسأل الجاني عن المسؤولية يجب أن يكون مدركاً لما يقوم به من أفعال وما يترتب عليها من نتائج مختاراً غير مكره، لأن مناط التكليف هو العقل.¹

- وتظهر مسؤولية الزوج في تأديب زوجته سواء كان بقصد مشروع حيث يقوم الزوج بتأديب زوجته من أجل تأديبها ولكنه يقوم بذلك بطريقة غير مشروعة، ومتجاوزاً الحد المسموح به أو يقوم بذلك بقصد غير مشروع كأن يكون التأديب منعداً ويحل محله الانتقام والظلم ففي كلتا الحالتين فهنا الزوج تترتب عليه المسؤولية الجنائية و يتم معاقبته وفقاً لقانون العقوبات حيث تنص المادة 1/39 من ق ع ج " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".²

تنص المادة 264 قانون العقوبات " كل من أحدث عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل من أعمال العنف، أو التعدي يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة 100.000 دج إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوماً، وإذا ترتب عن أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أوتى أحد الأعضاء، أو الحرمان من استعماله، أو فقد البصر، أو فقد إبصار أحد العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وإذا أفضى الضرب أو الجرح الذي ارتكب عمداً إلى الوفاة دون قصد إحداثها فيعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".³

هذا وفي حالة ممارسة الزوج لأسلوب الوعظ و الإرشاد بطريقة غير مشروعة كأن يلحق بالزوجة الأذى كاللعن والسب والقذف فهنا يتعرض الزوج لعقوبات قانونية منصوص عليها في المادة 296-297-298/1 و2، 299 المتعلقة بجريمة القذف.⁴

¹ اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 405-406.

² المادة 1/39 ق ع ج تقابلها المادتين 327-328 من القانون الفرنسي القديم الجزائري نقلا عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون العام، ط7، دار هومة، 2008، ص 121.

³ نص المادة 264 هو النص الأصلي الذي يحمي حق سلامة الجسم كونه جاء من النصوص المتعلقة بالحياة هذا من جهة و من جهة أخرى قد يخضع المشرع هذا النص لعدة تعديلات لمسايرة تطور المجتمع، نقلا عن نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن والشريعة الإسلامية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص

⁴ 296 ق ع " بعد قذف كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف و اعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعي عليها به أو إسنادها إليهم، أو إلى تلك الهيئة و يعاقب على نشر هذا الادعاء، أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطرق إعادة النشر حتى و لو تم ذلك على وجه التشكيك، أو قصد بها شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن من الممكن تحديدهما من عبارات الحديث أو الصباح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الاعلانات موضوع الجريمة".

297 ق ع ج " يعد سباكل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيراً أو قدحاً لا ينطوي إسناده على أية قيمة".

298 ق ع ج 2/1 " يعاقب على القذف الموجه للأفراد بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين و يضع صفح حدا للمتابعة الجزائرية.

299 ق ع ج " يعاقب على السب الموجه إلى فرد أو عدة أفراد بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر و بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج ، و يضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائرية.

فتعتبر جريمة القذف مؤدية إلى حدوث ضرر معنوي يعاقب عليه القانون وهذا حسب نص المادة 182 مكرر ق م التي تنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

كما نص المشرع عن المسؤولية الناتجة عن هجر الأسرة من خلال المادة 211/330 ق ع.¹

ب- المسؤولية المدنية للمؤدب:

إن المسؤولية المدنية بصفة عامة هي التزام بموجبه إصلاح الضرر الناتج عن الخطأ الذي كان مصدره مباشراً لذلك الضرر الذي يلحق الزوجة والأولاد، وذلك عن طريق تعويض المضرور، وهذا نتيجة تعسف المؤدب عن حق التأديب.

ويُعرف فقهاء القانون المسؤولية المدنية بأنها: "المؤاخذة عن فعل قد يلحق ضرراً بالغير وتعويض الضرر".²

وحسب نص المادة 124 ق م ج³ فإن المؤدب عند تجاوزه حق التأديب قد يتسبب في ضرر بمن وقع عليه التأديب، فتنشأ عن ذلك علاقة سببية بين ضرر وفعل المؤدب فتقوم عناصر المسؤولية التقصيرية، فيلزم الفاعل بالتعويض.

وتتمثل أركان المسؤولية المدنية في القانون المدني وهي الخطأ، الضرر، العلاقة، السببية.

- الخطأ: يشترط القانون المدني الجزائري لاعتبار السلوك خطأ أي مخالف لسلوك الرجل العادي وتترتب عنه المسؤولية، أن يكون من قام بالخطأ مكلفاً أي مدركاً ويعي ما يفعله وهذا حسب ما جاء في نص المادة 125 من ق م ج: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه، عدم حيطته إلا إذا كان مميزاً، فإذا سبب الشخص ضرراً و هو فاقدًا للوعي، أو أنه لم يبلغ سن التمييز بعد، أو كان مجنوناً أو

¹ جريمة هجر الأسرة 1-2 ق ع" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 25.000دج إلى 100.000دج.

أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين و يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبي عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي.

² أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر ، 2004، ص 10.

³ المادة 124 ق م ج "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

معتوها فلا يسأل عن خطئه لأنه لا يدرك ما يفعل، أما ذو الغفلة والسفيه فيسألان عن أفعالهما لتوافر التمييز لديهما المادتين 42 و 43 ق م ج.¹

وحسب المادة 7 من ق أ ج: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج تمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

-**الضرر:** هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحقوقه، أو الإخلال بمصلحة مشروعة، سواء كان ماديا جسمه أو ماله أو معنويا كسمعته أو شرفه.²

والضرر نوعان من خلال ما سبق تعريفه:

ضرر مادي: هو إخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع.³

ضرر معنوي: أو ما يسمى بالضرر الأدبي وهو الذي يمس الإنسان في سمعته أو شرفه، فهو لا يمس مصلحة مالية وإنما الألم بذاته الناتج عن المساس بتلك المشاعر، أو المهانة من جراء عمل غير محقق يأتيه الفاعل.⁴

والمشروع الجزائري قد حسم الخلاف حول التعويض عن الضرر المعنوي من خلال المادة 182 ق م ج كما نجد في العديد من الأحكام القضائية قبل تعديل القانون المدني على موقفها من التعويض عن الضرر المعنوي، حيث كان لا يتم التفريق بين الضرر المادي والمعنوي هذا ما نراه في كثير من القرارات ومنها:

التعويض: الضرر المادي- الضرر المعنوي كلاهما موجب له اقتصاره على الضرر الثاني " يقول متى كان مقرر أن الضرر ماديا ومعنويا ومن ثم فإن حكم محكمة الجنايات الذي قضى في دعوى على والد الضحية في حقه وحق أولاده القصر في التعويض عن وفاة ابنه يعد قضاء منتهكا للقانون".⁵

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد نص في المادتين 130 و 131 ق م ج⁶ بالإضافة إلى المادة 10/53 ق أ ج على التعويض عن الضرر الأدبي.

¹ أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 796.

² محمد فتح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002، ص 164.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 970.

⁴ عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، دعوى التعويض، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 43.

⁵ المحكمة العليا، غ م، ملف رقم 155403 مؤرخ في 1997/01/23، المجلة القانونية، عدد 1، 1998، ص 97.

⁶ ما يجب الإشارة إليه هو أن القضاء كان يعتمد عن اللفظ العام الوارد في نصوص القانون المدني بخصوص التعويض المادة 130 ق م (من سبب ضررا للغير....) والمادة 131 (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر) وهناك العديد من النصوص التي ذكر فيها التعويض كلفظ عام وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي.

-العلاقة السببية: لقيام المسؤولية التقصيرية يجب توفر علاقة بين الخطأ والضرر، بأن يكون الخطأ هو السبب في حصول الأذى للمضرور والمشرع نص عن ركن السببية من خلال نص المادة 124 ق م ج والتي من خلالها يجب على المضرور إثبات وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب من طرف المسؤول وبين الضرر الذي أصابه حتى يستحق التعويض، فلو أن الضرر لم ينشأ عن خطأ المدعي عليه فلا مسؤولية.

وفي حالة الضرر الناتج عن سوء استعمال التأديب الأسري في العلاقة الأسرية الرابطة بين الجاني محدث الضرر والمضرور، ولداً كان أو زوجة، ذلك أنه لولا تلك الرابطة الأسرية لما حدث ذلك فالزوج شعر بصفته تلك، بأنه يمتلك السلطة على الزوجة والأولاد، ويتخذ ذلك مطية للتعسف في استخدام حق التأديب فتقرر ضده بحكم العقوبة المدنية المقررة قانوناً.

الفرع الرابع: التعويض عن المسؤولية المدنية سبب التعسف في استخدام حق التأديب

حتى يحدث الضرر لا بد من توفر شروطه القانونية بحيث يكون ماساً بمصلحة محمية قانوناً وأن يكون محققاً أي وقع على الجسم أو المال، فالتعسف عند القيام بفعل التأديب يؤدي إلى حدوث ضرر على جسم الشخص المضرور وبالتالي يطالب هذا الأخير بالتعويض حسب الضرر وتقدير القاضي له، ولذلك سنتطرق إلى التعويض عن الضرر الجسدي (أولاً) ثم التعويض عن الضرر المعنوي (ثانياً).

أولاً: التعويض عن الضرر الجسدي:

هذا النوع من الضرر على جسد المؤدب، وبالتالي الجنائية على النفس أو ما دونها تستلزم تعويضاً مالياً في كل الحالات سواء كان الضرر قد وقع خطأً أو عمداً، وغالباً ما يحكم القاضي بالعقوبة الجنائية بالإضافة إلى التعويض في حالة ما إذا طلب صاحب الشأن ذلك.¹

وفي حالة تقديم طلب مستقل خاص بالتعويض عن ضرر ناتج عن جريمة جنائية إلى القاضي المدني فالزوجة عندما تنازل عن الدعوى فيسقط التعويض عن الضرر، ويحدث ذلك غالباً من خوف الزوجة على أسرتها وأولادها من الضياع.

فالأضرار الواقعة على الجسد عموماً تدخل ضمن العقوبات الجنائية، سواء كانت جنائية أو مخالفة، لكن ما ينتج عنها من ضرر مادي يندرج ضمن التعويض المدني، للقاضي السلطة التقديرية في ذلك لأن الأمر يتعلق بالمسائل الموضوعية وذلك نجده في عدة أحكام صادرة عن المحكمة العليا.²

¹ اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 441.

² "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تطلب التخليق لكل ضرر معتبر شرعاً كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع". م ع ، غ أ ش ، ملف رقم 222134 بتاريخ 18/05/1999 م ق ، عدد خاص، 2001.

ثانيا: التعويض عن الضرر المعنوي:

هذا الضرر يصيب المؤدب في سمعته وكرامته، بحيث لا يحسن المؤدب استعمال الموعظة أو تجاوز حدود استعمالها، وبالتالي يسبب الآلام النفسية للشخص.

لم يعبر الفقه الإسلامي عن الضرر المعنوي بشكل مباشر وإنما ذكروا صورا للضرر المعنوي الواجب إزالته لأن الضرر يزال، أما المشرع الجزائري فنص في المادة 10/53 ق أ ج¹ على القاضي إعمال سلطته التقديرية للحكم بالتعويض المناسب بالإضافة إلى نص المادة 182 مكرر ق م ج.

كذلك الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، فالكثير من الأحكام تم بالتعويض عن الضرر المعنوي وهذا ما يتوافق مع فلسفة التشريع الإسلامي فكل ضرر يزال فلا ضرر ولا ضرار.

ومن هذه الأحكام: الحكم بالتعويض بسبب تضرر الزوجة الناتج عن وشاية كاذبة حيث أضاف الحكم أن الطاعنة باعتبارها كزوجة وأم وربة بيت، قد تضررت أدبيا وماديا، فقد تزعزع مركزها وحدثت في عفتها وكرامتها من جراء متابعتها بالزنا، التي انتهت إلى صدور أمر بانتفاء وجه الدعوى لصالحها، لعدم كفاية الأدلة ولذا فإن قضاة المجلس عندما قضاوا لصالحها بالتعويض عن الوشاية الكاذبة قد برروا حكمهم و يتعين رفض الطعن.² وفي حكم آخر قضت المحكمة العليا بتطليق الزوجة لسوء المعاملة مما أدى إلى تضررها، واتضح أن الضرر معنوي من خلال حيثيات القضية.³

المطلب الثالث

تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

أقرت الشريعة الإسلامية الغراء للزوج حق قرار زوجته في البيت، ومنعت المرأة من الخروج إلا بإذن زوجها، وهو ما يطلق عليه بلفظ الاحتباس ولذلك سنتطرق إلى تعريف الاحتباس (فرع اول) ثم الحكمة من مشروعية الاحتباس (فرع ثان) ثم صور تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس في (فرع ثالث) ثم مدى انطباق معايير التعسف على حق الزوج في الاحتباس في (فرع رابع).

الفرع الأول : تعريف الاحتباس

سنتطرق إلى المعنى اللغوي و المعنى الشرعي (أولا) ثم أدلة مشروعيته (ثانيا)

¹ 10/53 ق أ ج "كل ضرر معتبر شرعاً".

² م ع ، غ أش ، ملف رقم 96004 قرار صادر بتاريخ 1993/11/23، م ق ع 3، 1993.

³ م ع ، غ أش ، ملف رقم 269594 قرار صادر بتاريخ 2001/07/18، غير منشور.

أولاً: المعنى اللغوي والشرعي

- 1- لغة:** الحبس في اللغة هو المنع ومنه قوله تعالى: «تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ»¹ والمراد حبس الشاهدين على الوصية لمن مات في سفر بعد صلاة العصر إذا لم يكن الشاهدان مسلمين للإدلاء بالشهادة على وجهها.² والاحتباس من الفعل احتبس، وهو يأتي لازماً ومتعدياً، يقال: احتبسه، إذا احبسه فاحتبس.³
- 2- شرعاً:** يفهم منه قرار الزوجة في بيت الزوجية الذي تتوافر فيه شروط المسكن الشرعي، وعدم خروجها منه إلا بإذن زوجها.⁴
- ثانياً: أدلة مشروعيتها:**

نستدل بذلك بآيات من الكتاب وأحاديث من السنة كما يلي:

- 1- من القرآن:** قال تعالى «وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى»⁵ حيث أمر الله تعالى في هذه الآية النساء بأن يلزمن بيوتهن، ولا يكثرن من الخروج، لكي يتفرغن لأداء حقوق أزواجهن وأبنائهن، وهذا الخطاب الموجه في الآية لا يقتصر على زوجات ونساء النبي صلى الله عليه وسلم بل يشمل جميع نساء المسلمين، هذا ولو لم يرد دليل يعم جميع النساء.
- كما قال الله تعالى عند أمر الأزواج بإسكان أزواجهن في بيوتهم «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مَن وَجَدِكُمْ».⁶

وقوله أيضاً «لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ»⁷.

حيث أمر الله تعالى الرجل بأن يسكن زوجته في بيته، والأمر بالإسكان نهي عن الخروج أما الثانية فهي نهي للمرأة المعتدة أن تخرج من بيت زوجها ونهى الأزواج من إخراجهن قهراً، بل هناك من قال أن خروج المرأة من بيت زوجها في عدتها هو الفاحشة المبينة، فإذا كان خروج المرأة المعتدة فاحشة مبينة فأولى بذلك خروج المتزوجة إذ حاجة زوجها إلى وجودها في البيت أكبر وأشد.

¹ سورة المائدة، الآية 106.

² ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج3، تحقيق سامي بن محمد سلامة، ط2، دار طيبة للنشر و التوزيع، 1420هـ، 1999، ص 217.

³ الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص 483.

⁴ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن، ص 272.

⁵ سورة الأحزاب، الآية 33.

⁶ سورة الطلاق، الآية 06.

⁷ سورة الطلاق، الآية 01.

نجد المشرع الجزائري نص على ذلك في المادة 61 ق أ ج " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

2- من السنة: إن الأحاديث النبوية التي حثت النساء على القرار في بيوتهن وعدم الخروج إلا لحاجة كثيرة وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم " تعبد المرأة في بيتها بالصلاة فيه بفضل صلاتها في المسجد روت أم حميد امرأة أبي حميد الساعدي أنها جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله: إني أحب الصلاة معك، قال " قد علمت أنك تحبين الصلاة معي وصلاتك في بيتك خير لك من صلاتك في حجرتك وصلاتك في حجرتك خير من صلاتك في دارك، وصلاتك في دارك خير من صلاتك في مسجد قومك خير لك من صلاتك في مسجدي".¹

وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها، و صلاتها في مخدعها². أفضل من صلاتها في بيتها".³

حيث يبحث كلا الحديثين السابقين المرأة على الازدياد من التستر قدر الاستطاعة إذ أن صلاتها في المكان الذي تنام فيه أفضل من صلاتها في صحن دارها، وهذا مبني على أن الأصل في المرأة القرار في بيتها وأن لا تكثر من الخروج إلا للضرورة وبإذن زوجها، وإذا كان الخروج من أجل الصلاة جماعة في المسجد، فما بالك بالخروج للأسواق والحدايق وغيرها.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الاحتباس:

إن قرار الزوجة في بيت زوجها، وعدم خروجها منه إلا بإذنه، يترتب عليه كثير من المصالح سواء للمجتمع عامة و للأسرة على وجه الخصوص كما يلي:

¹ أخرجه أحمد في مسنده، ج45، ص 37(ح=27090) وقال الألباني حسن لغيره، أنظر في ذلك صحيح الترغيب والترهيب للألباني، ج1، ص 82.

² البيت: هو الموضع المهيأ للنوم والحجرة: هي المكان المحجور عليه بالحجارة، والمخدع: هو المكان الذي يكون داخل البيت كالخزانة وغيرها، ويحفظ فيه الأمتعة النفسية، أما الدار فهو المكان الذي يحل به للقوم و هو اسم جامع للبناء والحلة والعرضة، وهي كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والمعزى هو الحث على كمال التستر، والقرار في البيت أنظر ابن منظور، لسان العرب، ج4، ص 295.

³ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب التشديد في خروج النساء إلى المساجد، ج1، (ح= 570) ص 23.

- إن من سنة خلق الله سبحانه وتعالى أنه أودع فطرة القرار في البيت للمرأة والاهتمام بشؤونها ورعاية عائلتها وذلك يتناسب مع التكوين النفسي لدى المرأة الذي يميل إلى الاستقرار والسكون، وأن المرأة التي يكثُر خروجها أو ترتبط بوظيفة خارج المنزل فذلك يؤدي إلى عدم التوفيق بين الاثنين وبالتالي انعدام الاستقرار الأسري.¹
- إن خروج المرأة دون إذن زوجها يحول دون استقامة الحياة الزوجية، فخروج المرأة والرجل في آن واحد من شأنه أن يزعزع كيان الأسرة، وبذلك لا تستقيم العشرة بين الزوجين ولا تستقر حياتهم الأسرية.
- قرار المرأة في بيتها من شأنه أن يمكنها من أداء مهامها في بيتها على أكمل وجه ورعاية زوجها وأبنائها كذلك له أهمية من حيث توفير السكن واستقرار السبب.²
- وقد يكون خروج المرأة دون إذن زوجها مدعاة للفتنة وفساد الأسرة والمجتمع، ولذلك فإن قرارها في بيت زوجها يكون صيانة لكرامتها وعفتها من أذى الطامعين فيها.
- وتتمثل مقتضيات الاحتباس فيما يلي:
- إن ثبوت حق الاحتباس للزوج يقتضي أن يثبت له الحق في منع زوجته من الخروج من البيت إلا بإذنه وأن تقر في بيت زوجها ولا تخرج إلا إذا أذن لها بذلك وكانت هناك ضرورة لخروجها.
- وإذا خرجت المرأة من بيت زوجها دون إذن أو مسوغ شرعي تعتبر ناشراً، ويترتب على الخروج أحكام النشوز من سقوط لحق النفقة، وكذلك ثبوت حق التأديب للزوج لتقوم اعوجاجها.
- ويشترط لثبوت حق الاحتباس أن يكون الزوج قد أدى معجل الصداق، وأعد المسكن الشرعي الملائم للحياة الزوجية فإذا لم يوفر لها ذلك فلا يجب عليه الاحتباس لحقه.

الفرع الثالث: صور تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لم نجد أي نص قانوني ينص على تعسف الزوج في حق الاحتباس وبالتالي أعمال قواعد الشريعة الإسلامية وهو الرجوع إلى المادة 222 ق أ ج ، فالشريعة وإن وسعت نطاق حق الزوج في احتباس زوجته فاشتترط طلب الإذن لخروجها، إلا أن أغلب الفقهاء قد ذكروا أن هذا الحق ليس مطلقاً بل له استثناءات يحق للمرأة فيها الخروج وإن لم يأذن لها زوجها بحيث تعتبر حدوداً للزوج في حق الاحتباس، ولا يحق له تجاوزها، وسنطرق لذلك أن لا يترتب على حق الزوج في الاحتباس قطع صلة الرحم (أولاً) ، ثم ألا يترتب على حقه في الاحتباس ترك واجب (ثانياً) ، وذلك كما يلي:

¹ محمد أبي زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د ط، د س ن، ص 189.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص 331.

أولاً: أن لا يترتب على حق الزوج في الاحتباس قطع صلة الرحم

فلا يحق للزوج منع زوجته من زيارة والديها وأرحامها بصورة مطلقة، حيث يؤدي ذلك إلى منع بر ورضا الوالدين وقطع الأرحام، فالعلاقة بين الزوجين مبنية على المعاشرة بالمعروف والتشديد على الزوجة بعدم زيارة أهلها ليس من المعروف في شيء.

والمسألة السابقة انقسم فيها الفقهاء إلى قسمين:

1- المذهب الأول: جمهور الحنفية¹ والمالكية والحنابلة² في قول، للمرأة أن تخرج لزيارة أبويها وأقاربها وإن لم يأذن زوجها بذلك.

2- المذهب الثاني: الشافعية والحنابلة في الأرحام،³ للزوج منع الزوجة من زيارة والديها والأولى أن يأذن لها بذلك حتى لا يؤدي إلى قطيعة الرحم.

فكلا الفريقين اعتمدا على الموازنة والترجيح بين حق الزوج وحق الوالدين، فالحنفية ومن وافقهم قدموا حق الوالدين على الزوج، والحنابلة ومن وافقهم قدموا حق الزوج على الوالدين، لأنهم اعتبروا طاعة الزوج واجبة، والعيادة غير واجبة، لذا لا يترك الواجب لما ليس بواجب.

ولا شك أن المذهب الأول أرجح فرغم عظم حق الزوج، لكن لا يمكن إغفال بر الوالدين وصلة الرحم ومنع الزوج لزوجته من زيارة أبويها المريضين ففي ذلك تناف مع المعاشرة بالمعروف.

ثانياً: أن لا يترتب على حقه في الاحتباس ترك واجب

فلها أن تخرج لطلب العلم الشرعي المفروض عليها فرض عين، إن لم يكن زوجها فقيهاً، أو حلت بها نازلة فقهية وقصر زوجها في الاستفتاء لها، ويرى الحنفية أن للزوجة أن تخرج لأداء حق وجب عليها كما لو كانت قابلة أو تعلق بدمتها حق لآخر إن لم تستطع التوكيل.⁴

وقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة لا يجوز لها أن تخرج لحج النقل إلا بإذن زوجها ووقع بينهم اختلاف

في حج الفرض:

1- جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة⁵ لا يشترط إذن الزوج في الخروج لحج الفرض إذا وجد معها محرم.

¹ وروي عن أبي يوسف تقييد خروجها بأن لا يقدر على إتيانها فإن قدر لا تخرج، وعن بعض الحنفية يحق للزوج منعها من الخروج إليهم، أنظر ابن همام شرح فتح القدير، ج4، دار الفكر العربي، د ط، د س ن، ص 398.

² ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، دار المعرفة، بيروت، د ط، د س ن، ص 212.

³ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، دار الفكر للطباعة، بيروت، (1404، 1984)، ص 197.

⁴ ابن نجيم، المرجع السابق، ص 212.

⁵ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج1، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن، ص 468.

واستدلوا أن حق الزوج لا يقدم على فرض العين.

2- الشافعية في قول يشترط إذن الزوج لها في الحج مطلقاً، فرضاً كان أم نفلاً.

ودليلهم في ذلك أن الحج مفروض على التراخي، حق الزوج مفروض على الفور فوجب عليها ألا تخرج إلا بإذنه في ذلك.¹

ولا شك أن رأي جمهور الفقهاء أرجح لأن الحج ركن من أركان الإسلام الخمسة واجب مثله مثل الصلاة أو الصوم ولا يحق للزوج أن يمنع زوجته من أداء الواجب. ويجب أن لا يؤدي الاحتباس إلى إلحاق ضرر بنفسها وجسدها أو فوات أي من احتياجاتها الإنسانية الأساسية فيجوز لها الخروج من البيت دون إذن زوجها إن شب حريق في البيت أو شارف على الانهدام، كما يجوز لها الخروج دون إذن من أجل تحصيل احتياجاتها الأساسية كالمأكل والملبس وغير ذلك. ولا يجوز له منعها من الخروج إلى ما فيه صلاح لدينها خصوصاً إذا ما أمنت الفتنة وخرجت في كامل سترتها وحجابها.

فخروج المرأة إلى المسجد من أجل تعلم أمور دينها و دنيها و ذلك يزيدنا إيماناً وتقوى وكذا التعليم الجامعي أصبح من مقتضيات العصر فتعليم المرأة الواعية الملتزمة للطالبات أصلح من تعليم الرجل لمن أو تعليم النساء غير الملتزمات والواقع يشهد أن بقاء المرأة في بيتها في عصر التقدم التكنولوجي يغرقها في فراغ قاتل والروتين الممل وبالتالي قد يؤدي بها ذلك إلى الانحلال الخلقي وإفساد دينها لذا فخروج المرأة في عصرنا هذا ليس فيه من المضرة فقط أن لا تكون الزوجة مقصورة ومهملة في بيتها، أو مخالفة لحدود المرأة المسلمة في عفتها وحجابها وأمور حياتها.

الفرع الرابع: مدى انطباق معايير التعسف على حق الزوج في الاحتباس:

فإذا منع الزوج زوجته من الخروج فوجب عليها طاعته إلا أنه في بعض الأحيان قد يقوم الزوج بالضغط على الزوجة فمثلاً إذا كانت الزوجة معلمة أو موظفة فيسمح لها بالعمل مقابل جزء من مالها وإلا تتوقف عن العمل وتلتزم البيت أي هنا يقوم بمقايضتها فهذا فيه إضرار للمرأة² وهنا استعمال الزوج حقه الشرعي مناقضاً لقصد الشارع فلم يستعمله من أجل تحقيق السكن الزوجي وإنما طمعا في مال زوجته ، وهذا الأمر يظل في حدود المباح بالنسبة للزوجة وهناك من يتجاوز من الأزواج ويشترط لخروج زوجته إلى العمل أموراً غير مباحة

¹ الماوردى، الحاوي في الفقه الشافعي، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994، ص 442.

² بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 243.

كأن تكون زوجته متبرجة أو تعمل مع رجل أجنبي فهنا أيضا قصده مناقض للشرع ، وهنا الزوج متعسف في استخدام حقه في منع زوجته من الخروج إذ أنه تجاوز أحكام الشريعة ولا يجوز للزوجة طاعته مطلقاً.

إذن فمنع الزوج زوجته من الخروج على وجه المقايضة فهو تعسف ممنوع و يتطبق عليه المعيار الذاتي أو الشخصي في الشق الثاني منه وهو قصد استعمال مصلحة غير مشروعة من هذا الحق.

فالزوج وإن ثبت له الحق في الاحتباس إلا أنه قصد من استعمال هذا الحق قصداً مضاداً للشرع وقد تحيل على المصالح التي شرع الاحتباس لأجلها، لتحقيق أهداف شخصية لم يشرع الاحتباس لها والتحيل مناقضة مشروعة فيكون متعسفاً.

وقد يتداخل الشق الأول من المعيار الذاتي وهو قصد الإضرار فيكون الزوج قاصداً الإضرار بزوجه ومتدعراً بحقه في احتباسها، دون قصد المصلحة المشروعة من الاحتباس ويعتبر تصرفه على هذا النحو تعسفاً غير مشروع.¹

كذلك من صور تعسف الزوج أن يأذن لزوجه بعمل و يمنعها من بعض لوازمه، ويظهر ذلك من خلال سماح الزوج لزوجه بالخروج للمرأة من أجل الانخراط في عمل معين كمعلمة أو طبيبة ثم يمنعها من بعض الأمور التي تدخل في صميم ذلك العمل ، كقيام المعلمة بأعمال بعض الدوام أو تقديم دروس خاصة لبعض طلبتها أو المتابعات التي تقوم بها في وزارة التعليم ، وكذا الدورات التي تلزمها الإدارة على بعض المعلمين فتلك الأمور تعد من توابع العمل.

فإذا أذن لها الزوج ابتداءً ثم منعها من الدوام في بعض الأيام أو منعها من حضور الدورات وما إلى ذلك فذلك قد يؤدي بأضرار كبيرة تلحق بالزوجة وبجهة عملها مما يؤدي إلى تغريمها أو فصلها لعدم التزامها بالعقد وكذلك تتضرر الجهة التي تعمل بها فإن كانت معلمة يتضرر الطلاب من غيابها وإن كانت طبيبة يتضرر المرضى من غيابها.

فإن تصرف الزوج على هذا النحو بأن أذن للزوجة بأمر ابتداءً ثم يمنعها من بعض لوازمه يعود عليها بأضرار كبيرة، وإن لم يقصد الزوج الإضرار بها وإنما وافق قصده قصد المشرع من الاحتباس، فإن الضرر المترتب مآلاً يناقض قصد المشرع وعلى ذلك فتصرفه يعتبر تعسفاً بالنظر إلى مآلاته وبتطبيق معايير التعسف على تصرف الزوج ينطبق عليه المعيار المادي أو الموضوعي الذي ينظر فيه إلى النتائج بغض النظر عن الباعث.

¹ إيمان يونس الأسطل، المرجع سابق، ص 111.

فلو أذن الزوج لزوجته بالعمل أو الدراسة ابتداءً، ولم يؤد خروجها إلى التقصير في حقوق زوجها أو قيامها على شؤون منزلها، فإن الأضرار التي تعود عليها تجعل تصرف الزوج فيه من التعسف، وبتطبيق معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة وهو الشق الأول من المعيار المادي (الموضوعي) نجد أن منع الزوجة من الالتزام بمقتضيات التصرف الذي أذن لها به يعود عليها بأضرار تفوق الضرر المترتب على سماحه لها بالخروج وعلى ذلك لا بد من دفع الضرر الأعظم بتحمل أخف الضررين.¹

¹ عبير ربحي القدومي، المرجع السابق، ص 141.

المبحث الثاني

تعسف الزوجة في استعمال بعض حقوقها الزوجية

إن الزوجة بمجرد العقد عليه والدخول بها فإنه تترتب عليها حقوق وواجبات مثلها مثل الزوج فالواجبات تتمثل في طاعة زوجها وعدم معصيته ومعاشرته بالمعروف وهذه الواجبات قد حثت عليها الشريعة الإسلامية وفصلت فيها، وكذلك نظم القانون هذه الواجبات وحقوق الزوجة كثيرة لكن ما يهمنا هو حقوقها ذات الطبيعة المالية والمتمثلة في المهر وأجرة الرضاعة فقد تعتمد الزوجة بالإضرار بزوجها من خلال المغالاة في المهر (مطلب أول)، ثم المغالاة في طلب أجرة الرضاعة (مطلب ثان)، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل .

المطلب الأول

تعسف الزوجة بالمغالاة في المهر

يعتبر الزواج عنصراً مهماً في حياة الأفراد، وقد سماه الله بالميثاق الغليظ نظراً لأهميته وما يحققه من آثار على الزوجين ويتعداها إلى أبنائهم فيما بعد.

غير أنه ستجد من حين إلى آخر معوقات وعراقيل تعيق الشباب عن المضي قدماً في طريق الزواج، وإجرائه واقعاً في حياتهم، فأزمة الزواج في العصر الحالي تتدخل فيها عوامل مختلفة، منها ما يرجع إلى أسباب نفسية وأخرى اجتماعية واقتصادية وغيرها، مما يعود على الشباب بالضرر النفسي وعلى المجتمع بالنخر في بنيته الداخلية، فالشباب هو الدعامة الأساسية في بناء المجتمع وإذا لم يساهم أفراد المجتمع في تسهيل إجراءات الزواج وتحقيق مقاصده، فإن جملة من المفاسد ستظهر، فظروف الحياة تتغير من حين إلى آخر وغلاء المعيشة هو الطابع العام للحياة، وتحمل تبعات الزواج مما لا يقدر عليه إلا ميسور الحال، فكيف بذلك الشباب الذي أنهى الدراسة في سن متأخرة، ودخول معترك العمل يتطلب سنين أخرى، ولا تحقق إلا بالبحث أو الهجرة وكلاهما من العقبات.

فكيف السبيل للزواج ودفع تكاليفه بما فيها المهر؟ فهذه أولى العوائق الاقتصادية التي تعرقل الزواج كما أن لاهتمام الشباب بتكوين أسر صغيرة عند زواجهم أثر كبير في تأخير الزواج أو العزوف عنه نهائياً أو لحين إيجاد الظروف المواتية، وهذه الفتاة تغيرت عندها مفاهيم الحياة، فصارت تعيش تناقضاً بين اهتماماتها واهتمام الأهل، حيث إنها تمضي سنوات أطول في التعليم وتكتسب بعض الاتجاهات المتحررة نسبياً عن بعض

الثقافات كما أن دخولها في العمل الوظيفي يجعلها تتعنت في مسألة الزواج وتؤخرها بسبب حبها للعمل فكفايتها المالية تدعها تستخف بكل خاطب، وهنا يكمن السبب الاجتماعي في تعطيل الزواج.

كما لا يمكن تجاهل ما لانتشار أماكن اللهو والفساد من تأثير في عدم الاهتمام الجدي للشباب بالزواج أو إدراك ما يعنيه الزواج في الحياة الاجتماعية ناهيك عن استجابة شرعاً مما يجعل الشباب يستخف بالزواج و يتحجج بغلاء المهور وتكاليف العشرة الزوجية، وتبين الدراسات التي درست أسباب عزوف الشباب عن الزواج في واقع الناس أن السبب المتصدر هو غلاء المهور، لذلك سنتطرق إلى مفهوم المهر حسب قانون الأسرة الجزائري (فرع أول)، ثم شروط المهر وأنواعه ومقداره (فرع ثان)، ثم حالات سقوط المهور وكيفية قبضه والتصرف فيه (فرع ثالث)، ثم التعسف في مقدار الصداق (فرع رابع).

الفرع الأول: مفهوم المهر (الصداق) حسب قانون الأسرة الجزائري

إن كل أمة من الأمم سواء في المجتمعات المعاصرة أو القديمة عرفت الزواج بأشكال مختلفة، وتأثرت بالعادات و التقاليد كما لعبت المعتقدات الدينية دوراً كبيراً في حياة الناس عبر مختلف العصور التاريخية، ورغم تعدد أنماط الزواج من مجتمع إلى آخر ومن بيئة إلى أخرى لم يخل من ذكر الصداق أو المهر حيث عرفته البشرية جمعاء في عقد الزواج، لذلك سنطرق للتعريف اللغوي والاصطلاحي (أولاً)، ثم حكم المهر والحكمة من وجوبه (ثانياً)، ثم التكييف الشرعي والقانوني للمهر (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي

نتطرق في ذلك إلى تعريف المهر أو الصداق لغة ثم اصطلاحاً كما يلي:

1- لغة: مهر المرأة وهو الصداق بفتح الصاد وكسرهما، وهو مأخوذ من الصديق ضد الكذب، لأن فيه إشعار بصديق رغبة الزوج في الزوجة.¹

والصداق لديه عدة أسماء في الكتب الفقهية: المهر، العطية، النحلة، الأجر، الفريضة، الطول العُقر، الحباء، النكاح.²

¹ بوخلف الزهراء، حق الزوجة المالي الثابت بعقد الزواج بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة القانون، جامعة العقيد أكلبي محمد أولحاج، البويرة، 2012-2013، ص 9.

² عمر سدي، الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بتامنغست، المجلد 8، العدد 2، 2019، ص 57.

والمهر في اللغة: ما يلتزم الزوج بأدائه إلى زوجته حين يتم عقد زواجه بها، يقال: مهر المرأة عيّن وسمى لها مهراً، ويقال: أمهرها: أعطها المهر.

وتعيين المهر للزوجة سنة بشرية قديمة، لوحظ وجودها عند أكثر الأمم والشعوب وفي أقدم الحضارات البائدة والباقية.¹

2- اصطلاحاً: سنتناوله في الاصطلاح الفقهي ثم القانوني كما يلي:

أ- **الاصطلاح الشرعي**: عرفه الفقهاء بأنه "المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربوناً ورمزاً لرغبته في الاقتران بها."²

لقوله تعالى ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾.³

وهناك من عرفه أنه: دفع المال المشعر بالرغبة في الزواج.⁴

ب- **الاصطلاح القانوني**: الصداق هو المال الذي أوجبه الشارع الحكيم على الرجل للمرأة بالعقد عليها أو الدخول بها، ولذلك من أجل بناء حياة زوجية قائمة على الاستقرار والدوام وملؤها بالسعادة والاطمئنان وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 14 ق أ ج " ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ثانياً: حكم المهر والحكمة من وجوبه:

قد أوجب الله سبحانه وتعالى المهر على الزوج ولهذا الوجوب حكمة عظيمة.

1- حكم المهر: المهر واجب على الزوج يدفعه عاجلاً، أو يثبت في ذمته كدين من الديون، ولا يجوز خلو الزواج منه، ولا التواطؤ على تركه أو إسقاطه⁵، وبالتالي فإن سبب وجوبه على الرجل يثبت بأمرين: إما بالعقد الصحيح أو الدخول الحقيقي.⁶

وأدلة وجوب الصداق أو المهر ثابتة بالقرآن والسنة والإجماع.

¹ المفيد محمد بن محمد النعمان ابن المعلم، "رسالة في المهر" مصنفات الشيخ المفيد، شبكة الفكر دب ن، د س ن، ص 3.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد (أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل)، ص 46.

³ سورة البقرة، الآية 06.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (1999-2000)، ص 118.

⁵ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 131.

⁶ رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار الجامعية، بيروت، 2001، ص 165.

أ- من القرآن الكريم: " هناك آيات كثيرة تحث على وجوب دفع المهر ومنها قوله تعالى ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾¹ أي أعطوهن المهر فريضة مسماة، وعطية وهدية وقال ابن كثير في تفسيره لهذه الآية " أن الرجل يجب عليه دفع الصداق إلى المرأة حتما وأن يكون طيب النفس في ذلك كما يعطي المنيحة ويعطي النحلة طيبا بها كذلك يجب أن يعطي المرأة صداقها طيبا بذلك فإن طابق له من بعد تسميته أو عن شيء منه فليأكله حلالا طيبا".²

ب- من السنة النبوية: لقد ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه لم يخل زواج من مهر وما تزوج أحداً من نسائه أو زوج بناته إلا بمهر فلو كان غير واجب لتركه ولو لمدة واحدة ليدل على عدم وجوبه³ وليس ذلك فحسب بل روي عنه الكثير من الأحاديث التي تقيد وجوبه للزوجة على زوجها نذكر منها:
عن عباس رضي الله عنه قال: لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أعطها شيئاً" قال: ما عندي شيء، قال: " فأين درعك الحطيمية"⁴ ووجه الدلالة هنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسمح لعلي الدخول بفاطمة (رضي الله عنها) إلا أن يعطيها شيئاً من المهر.
عن أنس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمان بن عوف أثر صفرة، قال ما هذا قال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب، قال: " برك الله لك، أولم لو بشاة"⁵، حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم برك زواجه لأنه أصدق زوجته وزن نواة من ذهب.

ج- من الإجماع: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على وجوب المهر، فلم يخل في عهدهم زواج من مهر وعلى ذلك عمل المسلمون من بعدهم، لأنه لو أبيح أن يتزوج الرجل بدون مهر لأدى ذلك إلى ابتذال المرأة والخط من قيمتها فبراهما الرجل بعين الاحتقار والمذلة فلا تطيب العشرة بينهما، وعلى هذا وجب المهر على الرجل كإشعار وبيان له بأن الزوجة شيء لا يحصل عليه بسهولة إنما بالبدل والإنفاق فيحمله ذلك على التأي في الطلاق ولا يقدم عليه إلا لحاجة ماسة.⁶

¹ سورة النساء، الآية 4. (النحلة هي العطية و الهبة أو اعطاء الشيء دون استعاضة ويقال أيضا الفريضة).

² اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير بن كثير، ج1، ط2، دار الإمام مالك، الجزائر، 2007، ص 706.

³ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1996، ص 133.

⁴ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، رقم الحديث 1058، دار الفكر، لبنان، 2006، ص 282.

⁵ اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج3(ح=5086)، دار الفكر، لبنان، 2006، ص 345.

وهو الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم من أيامه.

⁶ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 181.

2-الحكمة من مشروعية المهر (الصدّاق):

فالحكمة من مشروعية المهر للمرأة هو إعلان لشأن المرأة وقيمتها ورمز لكرامتها، كما يبين رغبة الرجل الصادقة في الزواج وبناء أسرة وإظهار حسن النية قصد معاشرتها بالمعروف¹ وكذلك لتصل إلى بيت زوجها عزيزة الجانب وذات مكانة عالية فيحرص عليها و يحافظ عنها لأنه لم يستطيع الحصول عليها إلا بعد بذل ماله في سبيل ذلك.²

وهناك من الفقهاء من يعتبر المهر هدية وليست عوضاً ومن ذلك نجد ابن رشد الجدل الذي قال بأنّها إحلال فرج الزوجة و استباحته، ونفي أن يكون عوضاً عن الاستمتاع بالزوجة، لأن الزوجة تستمتع بالزوج كما يستمتع بها وعند الشيخ ابن عاشور هي إكرام للزوجة فقد قال "وسميت الصدقات نحلة إبعاداً لها من أنواع الأعراس، و تقريباً لها من الهدية فالصدّاق ليس عوضاً وإنما النكاح بين الرجل والمرأة يقصد منه المعاشرة بالمعروف و إيجاد رابطة عظيمة بين الزوجين، وذلك أغلى من أن يكون لها عوض مالي، وأن الله جعله هدية واجبة على الأزواج لإكرام زوجاتهم"³ ولكن هناك فريق ذهبوا إلى اعتبار المهر عوضاً عن الاستمتاع بين الزوجين لأن الله تعالى سماه أجراً، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ وَأَجَلَ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَلِكَ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۗ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۗ ﴾.⁴

ثالثاً: التكييف الشرعي و القانوني للمهر (الصدّاق):

وقع اختلاف بين الفقهاء في تحديد طبيعة المهر هل يعتبر ركناً أم شرطاً وهناك من اعتبره حكماً من أحكام الزواج المترتبة بعد تمامه وأثر من آثاره التي تثبت بعده لذلك سندرست التكييف الشرعي ثم القانوني للمهر.

1-التكييف الشرعي للمهر:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف المهر فهناك من اعتبره حكماً من أحكام الزواج وهناك من اعتبره ركناً من أركانه.

¹ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله، ج1، ط9، دار الوراق، بيروت، 2001، ص 185.

² جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 278.

³ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 132، نقلاً عن المقدمات 468/1، التحرير و التنوير 230/4.

⁴ سور النساء الآية 24.

أ- موقف جمهور الفقهاء:

حيث أجاز جمهور الفقهاء انعقاد الزواج دون ذكر المهر، فمن تزوج امرأة دون تسمية مهر عند العقد أو تم تسمية ما لا يصح اعتباره مهراً في العقد، أو حصل اتفاق بين الزوجين أو أهلها على الزواج بغير مهر أو اشتراط الزواج بمهر ليس له قيمة فإن العقد صحيح في كل تلك الصور والشرط باطل فيجب للزوجة مهر المثل.¹

ب- موقف المالكية:

يعتبر المالكية المهر ركناً من أركان الزواج ومعنى كونه ركناً أنه لا يصح اشتراط سقوطه أو نفيه في العقد فهم يقولون بفساد العقد إذا اشترط فيه ذلك فيفسخ قبل الدخول ويثبت فيه مهر المثل بعد الدخول.² والحقيقة في قول المالكية بأن الصداق كالثمن في البيع هو فقط لإبراز أن المهر هو ركن من أركان العقد وأنه يفسد الزواج بشرط نفي المهر كما يفسد البيع بشرط نفي الثمن وهذا باعتبار عقد البيع هو عقد نموذجي في الفقه الإسلامي وليس ذلك أنه مثل البيع.

2- التكييف القانوني للمهر:

يعتبر المهر حسب تقنين الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 شرطاً من شروط عقد الزواج وهذا استناداً للمادة 9 مكرر المضافة بنفس الأمر والتي تنص بأنه " يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج.

- الصداق.

- الولي.

- الشاهدان.

- انعدام الموانع الشرعية."

ومن هذه المادة يتضح لنا أن الصداق (المهر) هو شرط مهم كغيره من شروط الزواج فإذا كان البعض يعتبرونه أثراً من آثار الزواج وليس ركناً ولا شرطاً لانعقاده، ولا يترتب عن إغفاله بطلان العقد فإن قانون الأسرة المعدل قد رتب عن إغفاله بطلان العقد، حيث يعتبر بطلانه جزءاً فاسخاً حيناً ومثبتاً حيناً آخراً حيث

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 161.

² محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، ط 1، الدار العلمية الثقافية، عمان، 2002، ص 161.

ورد في الفقرة الثانية من المادة 33 من الأمر 02/05 أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، وعلى الرغم من أن المهر من شروط صحة عقد الزواج حسب التعديل الأخير، إلا أن هذا الشرط لا يتم تسجيله عند ضابط الحالة المدنية إلى يومنا هذا، والسبب في ذلك يرجع إلى شكلية الصداق أو المهر وأن سجلات الحالة المدنية نموذجية لم تتغير منذ زمن بعيد رغم تلاحق القوانين والأوامر.¹

وعليه فإن إغفال ذكر المهر في عقد الزواج لا يؤثر في صحة هذا العقد وسلامته ولا يعوضه إلى البطلان، ولكن إذا ثبت إغفال الصداق قبل الدخول فإنه يمكن طلب فسخه باعتباره عقداً فاسداً لا باطلاً أما إذا أغفل ذكره وقت إبرام عقد الزواج وكان قد تم الدخول فإن هذا العقد يمكن تثبيته وللزوجة مهر المثل.² وسابقاً كان قانون 11/84 يعتبر الصداق ركناً من أركان الزواج، و ذلك حسب نص المادة 9 من ق أ ج قبل التعديل حيث نصت " يتم عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق". واعتبره في نفس القانون في المادة 33 شرط صحة حيث نصت " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركنين".

الفرع الثاني: شروط المهر وأنواعه ومقداره في قانون الأسرة الجزائري

إذا كان المهر شرطاً مهماً في قانون الأسرة الجزائري فماهي الشروط الواجب توافرها فيه؟ (أولاً) وماهي أنواعه؟ (ثانياً) وكيف يتم تحديد مقداره (ثالثاً).
أولاً: شروط المهر في قانون الأسرة الجزائري

حدد المشرع الجزائري شروط المهر في المادة 14 من ق أ ج³ فمن خلال هذه المادة نستنتج أنه يشترط في الصداق (المهر) ما يلي:

1- يجب أن يكون المهر مما يجوز التعامل فيه شرعاً: فلا بد من توافر الشروط الشرعية التي ذكرها الفقهاء حتى يكون المهر صحيحاً فإذا تخلفت بعض هذه الشروط أو فقدت كلها لم يكن المال المقدم للزوجة

¹ سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2010، ص 69.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 50-51.

³ أنظر المادة 14 من ق أ ج: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً و هو ملك لها تصرف فيه كما تشاء".

مهراً صحيحاً قانوناً،¹ ولذلك فإن ما يجوز التعامل فيه شرعاً يجوز التعامل فيه قانوناً، كأن يكون مهر الزوجة قنطاراً من القمح، فلا يصح أن يكون مهرها قنطار من الخمر، فبالرغم من أنه يجوز التعامل فيه قانوناً إلا أنه شرعاً لا يجوز ذلك وهذا القصد من قاعدة التعامل الشرعي لا القانوني.²

2- يجب أن يكون المهر من النقود أو غيرها من الممتلكات: أي أن يكون المهر مقوماً بالمال، كالذهب والفضة كذلك يجوز أن يكون المال من المنافع المشروعة التي يجوز أخذ الأجرة عليها، والقاعدة الضابطة للمنفعة أو العمل الذي يصلح أن يكون مهراً هو كل عمل يصح التزامه شرعاً يتفق مع نظام العقود والمعاملات.³

3- أن يكون الصداق محدداً (معلوماً): حسب نص المادة 115 من قانون الأسرة الجزائري.

وهناك شروط نصت عليها الشريعة الإسلامية وهي أن يكون خالياً من الغرر وأن يكون مقدوراً على تسليمه. ثانياً: أنواع المهر (الصداق):

يقسم المهر إلى نوعين سواء في الشريعة الإسلامية أو قانون الأسرة الجزائري فإذا اتفق الأطراف على تحديد مقداره فيسمى بالمهر المسمى وقد لا يكون محدداً فيجب مهر المثل.

1- المقصود بالمهر المسمى في قانون الأسرة الجزائري:

المهر المسمى هو ما اتفق عليه الأطراف في العقد فيثبت بالاتفاق مهما بلغت قيمته وسميت تسمية صحيحة أو فرض للزوجة بعد العقد بالتراضي إذا لم تحدد التسمية في العقد، والأصل أن هذا النوع جاء من أن الطرفين هما اللذان يسميان المهر و يذكرانه ويحددان مقداره وقيمته، فهو يتم النص عليه بالاتفاق عليه بين الطرفين وهذا ما أشارت إليه المادة 1/15 من ق أ ج.⁴

وعليه يعتبر المشرع الجزائري المهر المسمى، ما جرى عرف الناس بتقديمه للزوجة قبل الزفاف، كالثياب والمصوغ وهو ما يعرف في المجتمعات الشرقية بالجهاز وكل ما يقدمه الزوج لزوجته بعد الدخول من الهدايا لأن

¹ عبد القادر داوودي، المرجع السابق، ص 132-133.

² عيسى حداد، المرجع السابق، ص 181-182.

³ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 136-137.

⁴ المادة 1/15 ق أ ج " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً".

المتداول في أعراف الناس أن الهدايا تدخل ضمن المهر وبمنزلة المشروط في عقد الزواج ويجب أن تلحق به فالمهر المسمى يكون بحسب ما صرح به وما هو متفق عليه ويكون أيضا بحسب ما جرى عليه العرف.¹

2- المقصود بمهر المثل في قانون الأسرة الجزائري:

مهر المثل وهو مهر المرأة من قوم أبيها كأختها أو امرأة تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السن والجمال والمال وغيره من الصفات الأخرى، فإن لم توجد من تماثلها اعتبر مهر المثل، ويكون ذلك حسب العرف والعادات وما جرى به العمل في تلك المنطقة.²

وقد نص المشرع الجزائري على مهر المثل في المادة 54 من ق أ ج " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي، بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، حيث جعلت هذه المادة صداق المثل كبديل للخلع وخاصة عند عدم الاتفاق على المبلغ الذي تقدمه الزوجة مقابل ذلك، بحيث أعطى السلطة التقديرية للقاضي في أن يتدخل من أجل تحديد المبلغ شريطة أن لا يتعدى مهر المثل وقت الحكم لا وقت الزواج³ وكذلك يستقل قاضي الموضوع بتقدير مهر المثل، ووجب عليه تبيين في حكمه عناصر المقارنة التي اعتمدها في تحديده.⁴

ويرى بلحاج العربي أن المشرع كان عليه وهو بصدد تعديل المادة 15 إضافة فقرة ثالثة كما يلي " وتراعى المحكمة في تقديره(أو تحديده) الوسط الاجتماعي للزوجين.

وكذا المستوى العام للجمهور أو العرف السائد للمكان الذي يوجد به الزوجان" وفي هذه الفقرة تبين العناصر التي يجب على قاضي الموضوع اعتمادها في تحديد مهر المثل.⁵

ثالثا: مقدار المهر

حكمت الشريعة بوجوب المهر لكنها لم تجعل حدا لقلته ولا لكثرتة لأن الناس يختلفون في درجات الغنى والفقر ويتفاوتون في السعة والضيق، كما يختلفون في العادات والتقاليد حتى أهل البلد الواحد ومن أجل ذلك تركت أمر تحديده كل حسب طاقته وحسب حالته.

¹ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 56-57.

² الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 75-76.

³ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 184-185.

⁴ المحكمة العليا، غ أش، ق ش أ، 2001/01/23، ملف رقم 66-2533، م.ق، 2002، عدد2، ص 440.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ج 1، مرجع سابق، ص 209.

ولما كان النص القرآني و الحديث النبوي صريحين في عدم تحديد مهر الزوجة فسنبين تحديد مقدار المهر في الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري.

1- تحديد المهر في الفقه الإسلامي:

اختلفت آراء الفقهاء في تحديد مقدار المهر كما يلي:

أ- مقدار المهر من حيث حده الأقصى:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه ليس هناك حد أعلى للمهر، فيجوز للرجل تقديم ما يشاء لزوجته، كما يجوز للزوجة أن تطلب ما تشاء من المهر، وعليه فإن المهر في حده متروك لحرية المتعاقدين وما يتناسب ومركزهما الاجتماعي وعلى حسب حال الزوج و الزوجة¹ وما استدلل به الفقهاء على أنه ليس للمهر حد أعلى قوله تعالى ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾.²

ب- مقدار المهر من حيث حده الأدنى:

لقد اختلف الفقهاء بين تحديد أقل المهر وبين عدم تحديده وانقسموا بذلك إلى قسمين:

الفريق الأول: الحنفية والمالكية حيث قالوا بتحديد أقل المهر.

الحنفية: يحددونه بعشرة دراهم ويجب ألا يقل عن ذلك³ لأن المهر عندهم يتعلق بالحقوق التالية:

– أن المهر حق لله عز وجل، فالمرأة أو وليها ليس لهم الحق في إسقاطه ولا يمكن أن يجعلوه أقل من عشرة دراهم، فلو رضيت المرأة الزواج من دون مهر، وجب لها مهر المثل، أما إذا رضيت بأقل من عشرة دراهم فتجب لها العشرة دراهم بحكم الشرع.

– أنه حق للولي، ويظهر ذلك فيما لو زوجت المرأة نفسها وهي بالغة عاقلة حرة بمهر أقل من مثلها دون رضا وليها العاصب، فيكون العقد موقوفا وله أن يعترض على هذا العقد ويطلب الفسخ حتى يكتمل الزواج بمهر المثل أو يرضى الولي العاصب بالأقل من عشرة دراهم، لأن الولي لا يسقط حقه في هذه الحالة حتى وإن أسقطت المرأة حقها.

– أنه حق للزوجة لا يشاركها فيه أحد ولا يمكنها التنازل عنه قبل وجوبه على الزوج.

¹ جابر عبد الهادي الشانعي، المرجع السابق، ص 280.

² سورة النساء، الآية 20.

³ الحميدي بن صالح الحميدي، الحقوق الزوجية في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، د س ن، ص 66.

أما إذا أبرأت الزوجة زوجها منه كله أو بعضه بعد وجوبه في ذمته بالعقد صح إبرؤها حتى لو قبضته ثم بعد ذلك وهبته له، ولا يجوز لأحد معارضتها.¹

المالكية: فيحددونه بربع دينار ذهب أو ثلاثة دراهم فضة خالصة من الغش أو قيمة ذلك² لأن المهر واجب في الزواج إظهاراً لكرامة المرأة، فكان الواجب أن لا يقل عن هذا القدر وذلك بالقياس على نصاب قطع اليد في حد السرقة.³

أما الفريق الثاني: يرى الشافعية والحنابلة أنه لاحد لأقل المهر، وما يجوز أن يكون ثمناً في البيع يجوز تسميته مهراً⁴ وما استدلووا به قوله تعالى ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ۗ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ۗ ﴾⁵ فلفظ الأموال جاء مطلقاً غير مقيد وما يفهم من ذلك كل ما يعد مالا متقوماً قل أو كثر جاز أن يكون مهراً.

2-تحديد مقدار المهر في تقنين الأسرة الجزائري:

لم يجعل المشرع الجزائري حداً معيناً لأقل المهر ولا لأكثره بل ترك ذلك لتراضي الطرفين وحالة الناس وأعرافهم⁶ وأوجب تحديده عند العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً أما في حالة عدم تحديده فتستحق الزوجة مهر المثل وذلك حسب نص المادة 15 ق أ ج.

وبالتالي يرجع القاضي في تقديره للمهر لأحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق أ ج.

أ-حالات استحقاق الزوجة للمهر في تقنين الأسرة الجزائري:

نجد المشرع نص على استحقاق الزوجة للمهر في نص المادتين 16 و33 من ق أ ج وعليه يمكن تقسيمها إلى الحالات الآتية:

- حالات استحقاق الزوجة للمهر كاملاً:

فمن خلال نصي المادتين 16 و33 من ق أ ج نجد أن المشرع بين حالات استحقاق الزوجة فيها كامل المهر المسمى والحالات التي تستحق فيها مهر المثل.

¹ رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص 169-170.

² الحميدي بن صالح الحميدي، المرجع السابق، ص 67.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 102.

⁴ محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مجلد1، شرح محمد زيد الأبياني، تحقيق: محمد سراج و علي جمعة، ط2، دار السلام، مصر، 2009، ص 205-208.

⁵ سورة النساء، الآية 24.

⁶ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 207.

استحقاق المهر المسمى كاملاً: حيث نصت المادة 16 من قانون الأسرة " تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج " وعليه فإن عقد الزواج متى كان صحيحاً فإن الصداق المسمى يجب للزوجة كاملاً وتستحقه بموجب انعقاد العقد وإتمام الدخول، كما تستحقه أيضاً بوفاة الزوج قبل الدخول والبناء وذلك كمايلي:

- الدخول بالزوجة: فبمجرد الدخول الحقيقي فالزوجة كامل المهر المسمى ومتى تأكد للزوجة فإنه لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء¹ وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها " بالدخول الحقيقي يتأكد المهر كاملاً للزوجة".²

- وفاة أحد الزوجين قبل الدخول: فوفق للمادة 16 من ق أ ج، فإن الزوجة تستحق المهر كاملاً بوفاة الزوج لكن المشرع لم يبين لنا متى يتقرر المهر كاملاً هل بوفاة الزوج أم الزوجة لأنه استعمل مصطلح الزوج الذي جاء شاملاً للزوج والزوجة معاً عكس النص الفرنسي الذي يفهم جلياً منه عبارة conjoint الذي يطلق على كلا الزوجين.³

وعليه فقانون الأسرة نص على استحقاق الزوجة للصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج، و ذلك بكل إطلاق بالرغم من اختلاف الفقهاء حول وفاة الزوج قبل الدخول وقيل التسمية - كذلك لم نجد المشرع يفرق بين الوفاة الطبيعية والقتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، فإذا مات أحد الزوجين ثبت المهر كاملاً لأن الموت يقرر جميع الأحكام المترتبة على عقد الزواج ومنها المهر، وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا إلى أنه " بوفاة الزوج قبل الدخول، دون أن يحكم بفسخ أو الطلاق تستحق الزوجة المهر المسمى كاملاً، ومن ثم فإن قضاة المجلس، برفضهم طلب الزوج باسترجاع نصف المهر لوفاة ابنه قبل الدخول طبقوا بذلك المبادئ الفقهية تطبيقاً سليماً".⁴

- الخلوة الصحيحة: فقد سكت المشرع على اعتبارها حالة من حالات استحقاق الزوجة للمهر، وبالإحالة إلى نص المادة 222 ق أ ج إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني، فإن الخلوة الصحيحة تشكل حالة من حالات استحقاق الزوجة للمهر مثلها مثل الدخول الحقيقي،⁵ وعليه فقد أشارت

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 216.

² م.ع، ق ش أ، غ ش، 1984/11/19، ملف رقم 35107، م ق، 1990، عدد1، ص 55.

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 60.

⁴ م.ع، ق ش أ، غ ش، 1996/9/24 ملف رقم 143725، عدد خاص، 2001، ص 269 مشار إليه من كتاب حسين الشيخ آث

ملويا، المرجع السابق، ص 220.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ص 220-222.

المحكمة العليا في قراراتها إلى أن الخلوة الصحيحة توجب المهر المسمى كاملاً، وذلك بعد توافر أركان الزواج الشرعية والقانونية المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من ق أ ج لأن هذه الخلوة تجعل الدخول قد تم شرعاً وتجعل الزواج تاماً بجميع أركانه.¹

استحقاق مهر المثل:

لم يحدد المشرع الجزائري حالات استحقاق مهر المثل تحديداً مرتباً إلا أنه يمكن استخلاص حالاته من خلال نصي المادتين 15 و 33 من ق أ ج كالتالي:

- إذا لم يتم تحديد المهر في العقد مطلقاً: وهذا حسب نص المادة 2/15 ق أ ج.
- إذا تم الدخول بدون مهر: حسب المادة 33 ق أ ج، لكن المشرع لم يبين المعايير المستعملة التي يمكن اللجوء إليها لتحديد مهر المثل وهو ما يستدعي الرجوع إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مهر المثل.²

ولقد جسدت المحكمة العليا في قرارها رقم 210422، حيث جاء فيه أن عدم تحديد المهر لا يبطل الزواج لأنه عند النزاع يقضي للزوجة مهر المثل.³

- حالات استحقاق الزوجة لنصف المهر:

نص المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة لنصف المهر حسب نص المادة 2/16 ق أ ج "....وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول" ومن خلال ما سبق نستنتج أن الزوجة تستحق نصف المهر في حالة قيام عقد الزواج صحيحاً بين الزوجين ووقوع الطلاق بينهما قبل الدخول والبناء متى توافرت الشروط الآتية:

- أن يكون عقد الزواج صحيحاً.
- أن تكون الفرقة قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي بسبب من قبل الزوج.
- أن يكون الصداق قد سمي في العقد ذاته تسمية صحيحة.⁴

¹ م.ع، ق ش أ، غ أش، 2002/5/8 ن ملف رقم 289545، م.م.ع، 2004، عدد2، ص 373-377.

² بو لعود زويير، أركان و شروط عقد الزواج و أثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004، ص 30-31.

³ م.ع، ق ش أ، غ أش، 1998/11/17، ملف رقم 210422، م ق، عدد خاص، 2001، ص 53.

⁴ المادة 2/16 من قانون الأسرة الجزائري.

لكن ما تجدر ملاحظته أن المشرع في هذا النص القانوني استخدم لفظ "الطلاق" بصفة العموم، فلم يحدد المتسبب في الطلاق كما لم يحدد من قام بالطلاق هل الزوج أو الزوجة أم وضع الطلاق بالتراضي بينهما خصوصاً أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي، فكان لزاماً على المشرع من خلال هذا النص أن يحدد من هو الشخص الذي قام بالطلاق وهو الزوج لأن هذه هي الحالة المقصودة إذ أنه لا يمكن أن يكون الزوج هو المتسبب بالطلاق ثم يسترد المهر كله نوقد قال في هذا الصدد بلحاج العربي أنه يستحسن تكملة صياغة المادة 16 من ق أ ج بإضافة فقرة¹ وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول إن طلقها زوجها قبل البناء بها اختياراً¹.

وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا في قراراتها إلى أنه لا تستحق الزوجة نصف المهر إلا عند الطلاق قبل الدخول، ولما كان ثابتاً في قضية الحال - أن الطاعنة هي التي عدلت على إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه في هذه الحالة لا يمكن تحميل المطعون ضده بالخسائر المترتبة على ذلك، وأن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف المهر إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول بأن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم.²

الفرع الثالث: حالات سقوط المهر وكيفية قبضه والتصرف فيه

ستتطرق إلى حالات سقوط المهر (أولاً)، ثم كيفية قبضه والتصرف فيه (ثانياً).

أولاً: حالات سقوط المهر

إذا كان الأصل العام أن الزوجة تستحق كامل المهر أو نصفه بحسب الحالة التي تكون عليها إذا تم عقد الزواج صحيحاً و توافرت جميع شروطه بالإضافة إلى ركن الرضا، فإنه قد تحدث ظروف تؤدي إلى حرمانها منه وطالما المشرع لم يذكر حالات سقوط المهر ولم يتم النص عليها صراحة، إما لأنها نادرة الحدوث، أو أنه يقوم بإعمال مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 ق أ ج وهي كالتالي:

1- إذا حصلت الفرقة بين الزوجين حقيقة أو حكماً بسبب من الزوجة قبل الدخول، كما لو ارتدت عن دينها أو اختارت نفسها بعد الإفاقة الجنون أو عند البلوغ، وعليها يثبت لها فسخ الزواج شرعاً.³

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 78

² م ع، غ أ ش، 13/7/1993، ملف رقم 92714، م ق، 1995، عدد 1، ص 128.

³ نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 51.

- 2- إذا حصلت الفرقة من جانب الزوج قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة، كما لو كان الزوج صغيرا واختار فسخ العقد وسبب خيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون أو العته لأن الفسخ نقض العقد من أساسه ، وبالتالي لا يرتب العقد أي أثر من آثاره القانونية¹.
- 3- إذا خلعت الزوجة زوجها: فيسقط لها المهر، وهذا ما قال به الحنفية، فإذا كان المهر غير مقبوض فلا تستطيع الزوجة المطالبة به، لأن الخلع يعني البراءة².
- 4- الإبراء³: إذا أبرأت الزوجة زوجها من كل المهر، سواء قبل الدخول أو بعده لكن بشرط أن تكون من أهل التصرف و المهر دينا في ذمة الزوج⁴.
- 5- إذا وهبت المرأة المهر لزوجها: حيث إذا قامت الزوجة بوهب كامل المهر للزوج، وقبل الزوج بذلك في المجلس وكانت الزوجة أهلا لمثل هذا التصرف بأن كانت بالغة راشدة، فإنها لا يمكن مطالبتها له فيما بعد لأنها أبرأت ذمتها منه⁵.
- وعليه فهذه الحالات التي نصت عليها الشريعة هي نفسها الحالات التي يسقط فيها المهر في قانون الأسرة الجزائري ولا تستحق الزوجة منه شيئا⁶.

ثانيا: قبض المهر والتصرف فيه في قانون الأسرة الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادة 14 من ق أ ج يتبين من خلالها أن المهر هو حق خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء، فلها بذلك قبضه بنفسها أو توكل وليها لقبضه حسب ما ورد في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري "تعقد المرأة الرشيدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون ويتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، أما ما جرى عليه العرف في بعض الأوساط الاجتماعية من قبض الولي للمهر والتصرف فيه كيف شاء هو عرف لا يقره الشرع الإسلامي ولا القانون، لأن المهر ملك للزوجة ولها مطلق

¹ عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق و آثارهما، ط1، دار النهضة العربية، لبنان، 2009، ص 161-162.

² حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 51.

³ الإبراء: هو إسقاط الشخص حق ثابت له في ذمة الآخر.

⁴ عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص 162.

⁵ عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 189.

⁶ عيسى حداد، المرجع السابق، ص 192.

الحرية في التصرف فيه ما دامت كاملة الأهلية، ويكون هذا دلالة واضحة على أن المهر في القانون الجزائري لا يعدو إلا مجرد مبلغ معنوي رغم أن الواقع يثبت عكس ذلك.

1- كيفية تقديم المهر في قانون الأسرة الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 15 من ق أ ج على طريقتين لتقديم المهر وذلك حسب رأي الفقهاء:

أ- **طريقة التعجيل:** حسب نص المادة 1/15 ق أ ج المعدلة بموجب الأمر 02/05 يتبين لنا أن الأصل دفع المهر معجلا عند العقد، وذلك من أجل أن تتمكن الزوجة من تجهيز نفسها كما يتضح لنا من خلال القراءة السريعة لها أنها أشتمل و أوسع نطاق من سابقتها حيث يلاحظ أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على واجب تحديد المهر في العقد¹ لكن بعد التعديل تم حذف كلمة " يجب " وأضيفت فقرة ثانية وهي: " في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل"، فهنا تكمل شموليتها بمعنى عندما لا يتم تحديد قيمة المهر تستحق الزوجة مهر المثل.²

ب- **طريقة التأجيل:** نجد المادة 15 السالفة الذكر تنص على أنه يجوز أن يكون المهر مؤجلا كله أو بعضه حسب الاتفاق، أما إذا اتفق على تاريخ معين فإن دفع المهر المؤجل يجب الوفاء به بحلول الأجل المتفق عليه. أما إذا لم يوجد هناك اتفاق وجب اتباع العرف في ذلك لكن نجد الإشارة هنا أن العرف السائد في الجزائر لا يقر بالتأجيل إذ لا يقوم الدخول الحقيقي ولا البناء من غير أن تقبض الزوجة مهرها³، لكن إن حدث وتأجل المهر فإن المشرع يشترط الالتزام بما يلي:

- إذا تأجل المهر لا بد من تعيينه التام، حتى لا يترتب نزاع بين المتعاقدين عند تنفيذه.
- أن يؤجل المهر إذا ما توافرت أركانه الأخرى في العقد كالولي والشاهدين.
- الاتفاق المسبق بين الزوجين على تأجيل المهر وتحديد تاريخ معين بالسنة أو الشهر أو اليوم، لأنه بغير هذا الاتفاق لا يبرم العقد.⁴

¹ كانت المادة 15 تنص على أنه " يجب تحديد قيمة الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا".

² يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 87-88.

³ سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص 71.

⁴ دليلة معزوز، اجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص 62-63.

وعليه حسب نص المادة 15 من ق أ ج و سواء كان المهر معجلاً أو مؤجلاً فهو ملك خالص للزوجة تتصرف فيه كيفما تشاء و هو مبدأ أقره الشرع قبل القانون.¹

2- الضمانات المقررة لحماية حق الزوجة في المهر:

لقد أحاط قانون الأسرة المهر بضمانات لحمايته فإذا لم يكن الزوج قادراً على تسليم المهر لزوجته فإنه يمكن أن يقدم لها كفيلاً يضمن لها حقها فيه أما إذا كان غير قادر على تسليمها وحدث خلاف بينهما أو امتنع عن الوفاء به فلا بد للزوجة إثبات حقها كما يحق لها أن تمتنع عن تسليم نفسها له إلا بعد أن تستلمه أو تلجأ للقضاء لاستيفائه أو المطالبة بفسخ العقد.

أ- كفالة المهر في قانون الأسرة الجزائري:

لم ينظم المشرع الجزائري هذه النقطة في قانون الأسرة لكن بالرجوع إلى القانون المدني نجد المادة 644 تنص على أن " الكفالة هي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يبقى بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه".²

وعليه فطبقاً للقواعد العامة الخاصة بالكفالة هي التي تطبق في هذه الحالة وإذا كان الأصل أن الزوج هو المسؤول شخصياً عن تقديم المهر فإنه قد يرد أن يكون شخص آخر هو الذي يتكفل بأدائه عليه بموجب عقد لأنه إذا دفع الكفيل المهر بعد الاتفاق فإنه يمكن له الرجوع عليه لاستفاء ما قدمه للزوجة، أما إذا قام بدفعه دون علم الزوج فإنه في هذه الحالة يعتبر قد تصرف بإرادته المحضة و لا يمكنه أن يطالب بما أداه عنه لأن ذلك يعتبر بمثابة هدية وليس مهراً، وعليه يجب على الزوجة أن تثبت أن الزوج قد قدم كفيلاً للمهر لكي تستطيع أن تستوفي حقها.³

ب- ضمان المهر في حالة المنازعة حوله:

حسب نص المادة 17 ق أ ج " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول ، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 48.

² القانون رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم وتجدد الإشارة إلى أن المحكمة العليا قد تحفظت في بعض قراراتها عن تطبيق القانون المدني على قضايا الأحوال الشخصية وباعتبار قانون الأسرة نصاً خاصاً مقدماً على النص المتضمن القانون المدني.

³ الغوثي بن ملح، المرجع السابق، ص 61.

ومن خلال ما تقدم نظم المشرع كيفية الفصل في النزاع الذي يكون بين الزوجين على المهر أو ورثتهما وقسم النزاعات إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعده لكنه لم يبين أنواع النزاعات التي تنشأ بين الزوجين أو الورثة و التي تطبق عليها القواعد العامة في الإثبات.

- **حالة قيام النزاع قبل الدخول:** حسب المادة 1/17 ق أ ج إذا حدث نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين حول المهر قبل الدخول، ولم تكن هناك بينة للمدعي أو المدعى عليه فالقول هنا قول الزوجة أو ورثتها مع أداء اليمين أمام القاضي المطروح عليه النزاع¹ فتحلف بالله العظيم أنها لم تستلم شيئا من المهر لا شخصيا ولا بواسطة وليها، وكذلك يطبق نفس الحكم على الورثة في حالة وفاة الزوجة قبل الدخول.

- **حالة قيام النزاع بعد الدخول:** حسب المادة 2/17 ق أ ج والتي جاء أنه إذا كان النزاع حول المهر قد نشأ بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة بعد الدخول فالقول قول الزوج أو ورثته مع أداء اليمين القانونية على صدق ما يدعيه وهذه اليمين هي يمين مرجحة مفروضة بحكم القانون ولا تخضع لرغبة القاضي ولا رغبة الخصوم وغير قابلة للرد.²

وعلى هذا الأساس فقد جسدت المحكمة العليا أحكامها في العديد من التطبيقات القضائية في شأن النزاع حول المهر والتي منها:

- قرار صادر عن المحكمة العليا المؤرخ في 18/06/1991 ملف رقم 73515، الذي جاء فيه " أنه من المقرر قانونا في حالة النزاع على الصداق بين الزوجين أو ورثتهما قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين، وعليه لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي برفضه توجيه اليمين إلى الزوجة فيما يخص مؤخر المهر باعتبار أن الزوج لم ينكر ذلك قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ولا يتم اللجوء إلى اليمين إلا عند غياب وسائل الإثبات³.

- قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 17/10/2001 ملف رقم 264555 والذي قضى أنه إذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين، ومن ثم فإن القضاء إذا خالف ذلك عد مخالفا للقانون ولما كان

¹ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 58.

² سليمان ولد حسال، المرجع السابق، ص 73-74.

³ م ع، ق ش أ، غ أ ش، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م ق، عدد 4، 1992، ص 69.

ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين منحوا المصوغ باعتباره مهراً للزوجة دون القيام بما هو واجب شرعاً في هذه المسألة قد خالفوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئياً.¹

خلاصة القول أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 17 ق أ ج يتفق مع فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث تقسيمه للنزاع الذي يثور على المهر لأن هذه المادة هي نص لقاعدة فقهية شرعية قديمة، إلا أننا نجد أنه قد خالف الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النزاع المتعلقة بالمهر في حين أن فقهاء الشريعة قد خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بها.

ولكن ما تجدر الإشارة إليه أن القاضي عليه يميز مبدئياً فيما إذا كان النزاع حاصلًا قبل الدخول أو بعده، وأن يتأكد قبل الفصل في موضوع النزاع من أن المدعي من الزوجين أو ورثتهما ليس له أي حجة إثبات هذا إذا كانت الدعوى مقامة من أحد الزوجين الحي اتجاه الآخر، أما إذا كانت الدعوى مقامة من أحد ورثة الزوج المتوفي اتجاه الزوج الآخر الحي فإنه على القاضي أن يتأكد من كون المدعي وارثاً حقيقياً، ومن أن الزوج المورث مات حقيقة وعندها فقط يستطيع الفصل في موضوع النزاع إما بمنح الزوجة مهرها بعد أدائها اليمين بأنها لم تتسلمه، وأما بإعفاء الزوج منه بعد أدائه اليمين بأنه سدد المهر لزوجته مباشرة أو بالواسطة.²

ج- ضمان المهر في حالة امتناع الزوج عن تقديمه:

يعتبر المهر من الديون الممتازة ويحل شرعاً بعد مصروفات الجنازة ولا يسقط بالتقادم، وعليه ما دامت الزوجية قائمة، فالزوجة من حقها المطالبة به بمجرد انعقاد العقد مهما طالت فترة الزواج، لكن إن امتنع الزوج عن تسليمه فإن قانون الأسرة الجزائري قد ساير الشريعة الإسلامية وقام بحماية المرأة حتى لا يتدرع الزوج بحرمانها من المهر.

- حق الزوجة اللجوء إلى القضاء:

يحق للزوجة اللجوء إلى القضاء لمطالبة زوجها بالمهر في حالة امتناعه عن دفع المعجل أو المؤجل، وذلك طبقاً لإجراءات التقاضي المنصوص عليها في ق إ م إ (08-09) فإذا كان قانون الأسرة قد تضمن القواعد

¹ م ع، ق ش أ، غ أ ش، 2001/10/17، ملف رقم 264555، م ق، عدد 2، 2003، ص 282.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 49-50.

الأساسية لبناء هيكل الأسرة الجزائرية وبين الحقوق والواجبات، فالإجراءات التي تحدد ممارسة هذه الحقوق ضمان القيام بماته الواجبات نجدها في ق إ م¹.

- حق الزوجة طلب الفسخ:

يمنح كذلك للزوجة حق فسخ العقد وذلك حسب نص المادة 2/33 ق أ ج والتي تقتضي أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي فيمكن طلب الفسخ باعتباره عقداً فاسداً وليس باطلاً ويثبت بعد الدخول بمهر المثل إذن المهر حسب رأي فضيل سعد في قانون الأسرة الجزائري هو شرط صحة بحيث إذا تخلف كان العقد قابلاً للإبطال أي باطلاً بطلاناً نسبياً² وأيضاً يرى بلحاج العربي أنه كان على المشرع أن لا يركز على مصطلح صداق المثل طالما نص أن يتم تحديد المهر رسمياً في عقد الزواج.³

الفرع الرابع: التعسف في مقدار الصداق (المغالاة في المهور)

إن مشكلة غلاء المهور في زماننا هذا من أكبر المشاكل التي يجب الاعتناء بحلها وهذا لما يترتب عليه من اضرار هذا نخص بالذكر منها:

- قلة الزواج التي تفضي إلى كثرة العوانس وانتشار الفساد.

- الاسراف والتبذير المنهي عنهما شرعاً.

- عدم تزوج المرأة بالرجل الكفء وذلك بسبب عضل الولي وتزويجها من الرجل الذي يدفع لها صداقاً أكبر ولو كان لا يرضي ديناً ولا خلقاً بل حتى كثرة التباهي بين النساء تؤدي بالمرأة إلى رفض كل من يأتيها خاطباً بمهر أقل لذلك سنتطرق إلى أسباب غلاء المهور (أولاً)، ثم منهج التخفيف من المهر (ثانياً).

أولاً: أسباب المغالاة في المهور:

انتشرت في الآونة الأخيرة مسألة التغالي في المهور من طرف أولياء الأمور حيناً والفتيات المقبلات على الزواج حيناً آخر، فهذا التعنت من قبل الأولياء في هذه المسألة لا يحكمه الشرع بل مجرد هوى النفس في التفاخر والتباهي، دون النظر إلى ما يؤول ذلك من عواقب وأضرار وخيمة وأسباب ذلك عديدة:

¹ المادة 8/426 ق إ م إ تنص على الاختصاص الإقليمي: "تكون المحكمة مختصة إقليمياً...8- في موضوع المنازعة حول الصداق بمكان موطن المدعى عليه". المادة 37 من ق إ م إ "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع 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 الموطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." وتنص المادة 1/423 "ينظر في قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج وهذا الاختصاص النوعي". أنظر عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص328.

² فضيل سعد، المرجع السابق، ص 109-110.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235-236.

1- لأجل التحضير للزفاف وتكاليف الزواج: إضافة الى تهيئة بيت الزوجية وتجهيز الفتاة نفسها للعرس حيث تصرف أموال طائلة في الإعداد والتجهيز مما يؤدي بالزوج الى الاستدانة والقرض وتكلف مالا لا طاقة له فتتكدر حياته الزوجية منذ بدايتها بسبب الديون التي يكدح للوفاء بها إلى مستحقيها مما يجعله كما قال عمر بن خطاب رضي الله عنه "حتى يكون لها عداوة في نفسه"¹ وتؤكد التجارب أن ديون الزواج لا يتخلص منها إلا بعد مضي سنين من الزواج.

2- الاعتقاد بأن الصداق (مهر) هو حق خالص للمرأة²: فهو مقابل قبول المرأة الزواج، يجعل الأولياء والمرأة نفسها، يتغالون فيه طمعا في التوفير والادخار، واختيار مدى إقبال مدى الرجل على هذا الزواج وخاصة إذا كانت الزوجة غنية أو عاملة.

3- ادعاء الأولياء ادخار المهر وقت الحاجة: فهو ضمان مستقبل آمن لابنتهم وهو مبرر يدعو للتساؤل عن مدى الثقة التي يوليها الولي لهذا الخاطب فأهل المخطوبة منذ البداية يضعون سوء الظن تاجا على رأس ذلك الزواج مما يثير حفيظة الزوج وأهله³.

كما بينت دراسة أن ارتفاع تكاليف الزواج يتصدر مقدمة الأسباب الاقتصادية وراء تأخر الزواج وهو النتيجة الأولى أما النتيجة الثانية فهي اتجاه الشباب للزواج بأجنيبات لأن مهورهن قليلة، أو الانصراف عن الزواج نهائيا وهذه النتيجة أضرم من الأولى اذ تظهر العنوسة عند الفتيات ويتأخر زواجهن وربما ينعدم.

ثانيا: منهج التخفيف من المهر

الزواج هو الوسيلة الوحيدة المشروعة لحفظ النسل والتغالي في المهور ونتائجه إسقاط لمقاصد الشارع في حفظ النفس وهو أحد مقاصد الشارع الخمسة، فالمهر وسيلة محققة لمقاصد النكاح أي هو وسيلة الوسيلة فهل يمكن لوسيلة الوسيلة أن تسقط المقصد الأصلي؟ وهل هذا أمر مسلم به عقلا قبل التسليم له شرعا؟ ومن خصائص الوسيلة أنها اذا عارضت المقصد سقطت فأنى للمغالاة في ذلك؟ وهي غير مشروعة بل مكروهة

¹ رواه ابن ماجه (1887): أن عمر بن الخطاب قال "لا تغالوا صداق النساء فإنها لو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم وأحقكم بما محمد صلى الله عليهم وسلم ما أصدق امرأة من شأنه ولا أصدقت امرأة من بناته أكثر من اثني عشرة أوقية وإن الرجل ليشغل صدقة ام أنه حتى يكون لها عداوة في نفسه ويقول قد كلفت إليك علق القرية، صححه الألباني في صحيح ابن ماجه" (1532)

² مروان قديمي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، المجلد 19، نابلس، فلسطين، سنة 2005، ص 128.

³ فريدة صادق زوزو، معوقات تحقيق مقاصد الزواج، المغالاة في المهور نموذجاً، كلية علوم الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية

العالمية ماليزيا، ذو القعدة 1426هـ، 2 ديسمبر 2005، متاح على موقع <http://www.l>

ahaonline.com/articles/view9904.htm، تاريخ التصفح 2018/10/5.

حيث أن المهر وسيلة واجبة لكنها غير متعينة المقدار بالنص فلا حد له لكن هذا المقدار يتعين حسب العرف، هذا وإن مآل التغالي في المهور إما العزوف عن الزواج نهائياً أو الانصراف للزوج بالأجنبيات، وهو ما لا يحقق مقصد حفظ النسل في وجود الأسرة محض الأولاد. ويكون التخفيف عن ظاهرة غلاء المهور عن طريق:

1- الدعوة لتوعية الناس عن طريق المساجد والإعلام والخطابة في المساجد: بالحث على التقليل من المهور والتخفيف من المهور اقتداء بالرسول صلى الله عليه وسلم في مهوره التي أمهرها لزوجاته وبناته واقتداء بالصحابه رضي الله عنهم والسلف الصالح والتحذير من عواقب الإسراف والتبذير أيام الزفاف.¹

2- فتح الصناديق الزواج: من ميزانية الدولة أو من مصاريف الزكاة، أو الأوقاف الخيرية الخاصة بالزواج فيمكن أن يخصص للتزويج أو التيسير فيه من ميزانية الدولة نفسها.

ومن أمثلة ذلك في الدول العربية نجد "صندوق الزواج في دولة الإمارات العربية المتحدة" الذي تأسس عام 1992 وهو مؤسسة حكومية تعني بمنح الشباب منحا مالية للزواج وهي منح تعطى ولا تسترد.² ويمكن أن تؤسس هذه الصناديق من مصاريف الزكاة فالفقراء هم أحد مصارف الزكاة الشرعية وكذلك الغارمون وهم المتحملون لديون الزواج.

- إنشاء الأوقاف الخيرية الثابتة لمشروع الزواج واهتمام الدولة بهذه المشاريع وإجرائها واقعا يحقق لا محالة التكثير من النسل وإيجاده بالطريقة المشروعة وهي طريقة الزواج الشرعي.

- المساهمة في إقامة الحفلات الجماعية: والغرض منها تخفيف أعباء تكاليف وليمة الزواج والقضاء على مظاهر الترف والبدخ سواء لأفراد الأسرة أو على مستوى الحي أو البلدة أو المدينة.

- سن قوانين لتحديد المهور³ ومعاقبة كل من يخالفها: فمن خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة مرنة ومواكبة للتطور الذي يطرأ على المجتمعات وذلك بسبب التقدم السريع الذي يحدث في العالم ومن الطبيعي أن تعدل القوانين ويحذف ويضاف عليها مواد أخرى وذلك لمعالجة مشكلة ظهرت بسبب تعاملات جديدة، أو لتنظيم تصرفات الأفراد بسبب ظهور مناسبات جديدة أو معاقبة مخطئ في جرائم لم يكن يتوقعها المشرع بسبب الطفرة التكنولوجية.

¹ أحمد بن حمو كروم، تحديد المهر في الإسلام وأثره في الإصلاح الاجتماعي، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 15 و 16 صفر 1440هـ، 24 و 25 أكتوبر 2018م، ص 1364.

² القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (47) لسنة 1992 في شأن إنشاء صندوق الزواج.

³ أحمد بن حمو كروم، المرجع السابق، نفس الصفحة.

فظاهرة التغالي في المهور أصبحت ترهق الشباب المقبل على الزواج فعلى المشرع الوقوف عليه والبحث فيه ودراسته وعمل استطلاع دقيق خاصة وأن طبيعة القواعد القانونية تقبل الإضافة نظرا لخصائصها في حالة إذا ما أردنا تقنين قاعدة سقف المهر.

فالمشرع لم يحدد طبيعة المهر أي المهر يصلح أن يكون حقوقا عينية؟ ولا يشترط أن يكون متقوما بمال فلا بد من صدور قرار بتحديد رقم معين للمهر يلزم به الجميع طالما أن المهر يصلح أن يكون أي شيء له قيمة وجائزا شرعا للالتزام به إلا بعد إحداث تعديل تشريعي يأخذ في عين الاعتبار هذه المسألة من نواح عديدة من بينها تعريف الصداق وتحديد سقف مالي محدد له.

فبالرغم من عدم جاهزية البساط القانوني لتحديد المهور ورغم تعارض مسألة تحديد المهور بمبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن الإرادة هي القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين¹ ويجب على القانون أن يكون في أضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب العامة، فإرادة الفرد يجب أن تكون حرة لأن الفرد وجد فيها قبل المجتمع والمجتمع وجد لإسعاد الفرد، إلا أن هناك الكثير من القضايا الشرعية وتحديد قضايا الطلاق تقع بسبب ارتفاع المهور والمبالغة فيها، ومن ثم يبلغ مبلغا في التفريق بين الزوجين هو النتيجة، فولي الأمر الذي يتعب المتقدم لابنته بالطلبات وتحديد مهر مرتفع بطبيعة الحال سيثقل كاهل الشباب وتجعله غير قادر على الالتزام ببقية الالتزامات الزوجية فيما بعد كعدم القدرة على الإنفاق على أسرته ومن ثم تشتد الخلافات بين الزوجين ويصل بهما الأمر إلى المحكمة.

فيكفي إضافة مادة واحدة في قانون الأسرة تنص على عدم المبالغة أو الغلو في تقرير المهر وأن يأخذ القاضي في أعمال سلطته التقديرية إلى الأعراف السائدة في كل منطقة.

ومن أمثلة الدول التي قامت بالنص على قانون للحد من ظاهرة الغلاء في المهور نجد دولة الإمارات العربية المتحدة حيث صدر أول قانون اتحادي رقم (12) لسنة 1973 والذي نص على ألا يزيد المقدم على 4 آلاف والمؤخر على 6 آلاف أي لا يزداد المهر في مجموعه على 10 آلاف درهم، ثم صدر القانون الاتحادي

¹ المادة 106 ق م ج "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون". وأيضاً المادة 107 من ق م ج "يكون تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية" فمن خلال هاتين المادتين يتضح أن العقد منذ إتمامه بين المتعاقدين وذلك بتوفير شروط وجوده وصحته، يصبح أحكامه بمثابة القانون وذلك في مواجهة طرفي العلاقة التعاقدية والقاضي معاً، فلا يمكن المساس بها إلا وفقاً لاتفاق جديد بين المتعاقدين أو حسب الأحوال التي يجيزها القانون انظر في ذلك خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، ج1، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص106.

رقم (21) لسنة 1997¹ يلغي القانون الأول وليتلاءم مع الوضع الحالي الذي نشهده اليوم فنصت المادة الأولى منه على ألا يزيد المقدم على 20 ألفاً وألا يتجاوز المؤخر 30 ألفاً، أي لا يزيد المهر في مجموعه على 50 ألف درهم يعني نلاحظ الاختلاف في القيمة نظراً للتطور الذي عرفه المجتمع الإماراتي. ولم يكتف القانون بالتصدي لظاهرة غلاء المهور فحسب بل تدخل ليصنع حداً لتكاليف الزواج الذي بالغ فيها الكثيرون وذلك من خلال المادة 3 من نفس القانون.²

وربما الأمر الذي غفل عنه معظم الناس هو الجزاء الذي يفرضه القانون على من يخالفه في هذا الشأن والذي يتمثل فيما يلي:

- الحرمان من أية مطالبة قضائية. لما يتجاوز المبلغ المحدد للمهر³ فعلى سبيل المثال لو طلب والد العروس مبلغ 100 ألف درهم كمؤخر وحدث الطلاق فإنه لا يحق له المطالبة بأكثر من 30 ألف درهم فقط.

- الحرمان من منحة الزواج التي يقدمها صندوق الزواج⁴ فالدولة تدعم أبناءها المواطنين بمنحهم مبلغ (70 ألف درهم) ويحرم من ذلك كل من تجاوز الحد الأعلى للمهر.

وأما من يقوم بالمغلاة في احتفالات الزواج بحيث يقوم بتمديدتها لأكثر من يوم أو يذبح ما يزيد على تسعة رؤوس من الإبل فإن القانون يفرض عليه غرامة مالية قيمتها 500 ألف درهم.⁵

وبالتالي نجد أن القانون الإماراتي قد تصدى لهذه الظاهرة بفرض مواد أضافها إلى قانون الأحوال الشخصية كملحق ولم يختص بالنظر في ظاهرة الغلاء في المهور فحسب وإنما بالنسبة للتكاليف وكذا أيام الاحتفال ورتب أيضاً على مخالفة هذه المواد عقوبات على من يخالفها.

ونجد بعض الدول مثل اليمن والسعودية قد دعت إلى التخفيف من المهر وعدم المغلاة فيه ، وذلك بإصدار وثائق تبين الحد الأعلى للمهر ، وكذلك مصاريف وتكاليف الزواج ونجد أيضاً في الجزائر فقد أجرت

¹ نشر في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة في العدد (312) بتاريخ 31 ديسمبر 1997 ص 43.

² المادة 3 قانون رقم 21 سنة "1997" 1- لا تجوز أن تزيد أيام الاحتفال بالزواج على يوم واحد فقط 2- لا يجوز أن ينحصر في حفلات الزواج ما يزيد على تسعة رؤوس من الإبل.

³ المادة 2 "لا تسمح أما المحاكم أي دعوى بالمطالبة، بما يتجاوز الحدين المشار إليهما في المادة 1 من هذا القانون ويسري هذا الحكم على الدعاوى المنظورة أمام المحاكم في تاريخ العمل بهذا القانون".

⁴ المادة 4: "كل من يخالف أحكام هذا القانون يحرم من الحصول على منحة الزواج المقررة بالقانون الاتحادي رقم (47) لسنة 1992 المشار إليه".

⁵ المادة 5 "مع عدم الإخلال بأحكام المادة (4) يعاقب كل من يخالف أحكام المادة (3) بند (2) من هذا القانون بغرامة مالية مقدارها (500.000) خمسمائة ألف درهم".

بعض المناطق تجربة التخفيف من المهر وترك المغالاة فيه على المجتمع الصالح الذي ينعم بالخير في جميع حياته وذلك في عدة مناطق من الوطن منها منطقة واد مزاب بغرداية (شمال الصحراء الجزائرية) وكذلك في منطقة أعراش بني بو سليمان بباتنة شرق الجزائر، وكذلك ولاية بجاية (آيت أرزين، دائرة أغيل علي). حيث نظمت مختلف هذه المناطق وثيقة تتضمن تكاليف الزواج والمهر وكذلك عقاب لمن يخالف هذه الوثيقة وذلك بتحديد غرامات مالية كذلك المقاطعة وعدم الحضور الى الحفل أو المباركة فهي تشريعات جهوية لا ترقى إلى مرتبة القانون، وهي مجرد أعراف لا تملك القوة إلا ما حول لها القانون العام من الفعالية المحدودة، فترجو من المشرع أن يعمم هذه التجارب الاجتماعية وتتحول إلى مادة أو مواد قانونية ضمن قانون الأسرة يستفيد منها الجميع وتصبح لها القوة الإلزامية¹.

المطلب الثاني:

التعسف في استعمال حق رضاعة الصغير

فالرضاعة حق من الحقوق الأساسية للطفل منذ بداية تكوين حياته وبها ينشأ وينمو نموا طبيعيا وسليما والأم وجب عليها إرضاع طفلها من أجل بناء جسمه وعدم تعرضه للأمراض التي من شأنها أن تضر بصحته وقد يحدث أن تطلب الأم أجرة لإرضاع طفلها وهذا من حقها، لكن قد تتغالي في طلب أجرة الرضاعة رغبة في الإضرار بزوجها، فتعتبر بذلك متعسفة في استخدامها حقها، وهذا فيه ضرر على الزوج أو الأبناء لذلك سنتطرق إلى تعريف الرضاعة (فرع أول)، ثم أهمية الرضاعة للصغير في (فرع ثان)، ثم وسائل حفظ الصغير في الرضاعة (فرع ثالث)، ثم التعسف في إرضاع الصغير (فرع رابع)، ثم صور التعسف في رضاع الصغير (فرع خامس).

الفرع الأول: تعريف الرضاعة وشروطه

سنتطرق إلى تعريف الرضاعة لغة واصطلاحا (أولا) ثم شروطه (ثانيا)

أولا: تعريف الرضاعة لغة واصطلاحا

ندرس فيه الرضاعة لغة ثم اصطلاحا كمايلي:

¹ أحمد بن حمو كروم، المرجع السابق، ص 1368، 1369.

1-الرضاع لغة: الرضاع مص اللبن من الثدي مطلقا سواء كان ثدي إنسان أو حيوان وسواء كان ممتص اللبن صغيرا أو كبيرا بصرف النظر عن عدد المصات يقال رضع بالفتح أو الكسر والفاعل هو الرضيع أو الراضع والأم مرضعة.¹

وقد ورد ذكر الرضاع في القرآن الكريم في عدة مواضع منها ﴿وَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ أُمِّ مُوسَىٰ أَنْ أَرْضِعِيهِ﴾² وقوله ﴿يَوْمَ تَرُؤْنَهَا تَذهُلُ كُلُّ مِرْضِعَةٍ عَمَّا أَرْضَعَتْ وَتَضَعُ كُلُّ ذَاتِ حَمْلٍ حَمْلَهَا﴾³

2-اصطلاحا: هو مص الرضيع حقيقة أو حكما للبن خالصا أو مختلطا غالبا، يعني وصول اللبن إلى جوف الرضيع بواسطة المص أو الوجور "صب اللبن من وعاء في فم الرضيع ليبتلعه، ذلك لصعوبة تناوله بالمص مباشرة إما لمرض في فم الرضيع أو لعجز منه عن الرضاعة أو السعوط "وصول اللبن بواسطة الأنف إلى المعدة لعاهة في الجرى الهضمي" أو الحقن شريطة أن يكون من أجل الغذاء وأن يصل إلى المعدة، لا الحلق. ويعرفه ابن حزم الظاهري الرضاع هو ما امتصه الرضيع من ثدي المرضعة بفيه فقط، ولا عبرة بمن أرضع رضيعا بواسطة إناء أو من ثدي عن طريق الأنف⁴ هذا لأن ابن حزم تمسك بظاهر النص وهذا مذهبه لقوله تعالى ﴿وَأْمهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾⁵.

ثانيا: شروط الرضاع

وستتطرق إلى شروط المرضعة ثم إلى شروط الرضيع

1- شروط المرضعة ليس كل من صدر منه اللبن يدخل في حكم المرضعة بل لابد من شروط:

أ- أن تكون المرضعة (آدمية أنثى) فإن كانت خنثى واضحة الأنوثة اعتد بالرضاع منها وإن كانت خنثى مشكلا فإنه يحكم إلى النساء إن شهدن أنه لبن امرأة يعتد به وإلا فلا⁶.

ولا يعتد بلبن ثار من رجل لأنه لبن شاذ لم يتولد من ولادة ، أما لبن الدواب فلا يعتد به ولا أثر له على الرضاعة طالما أن الشرع خص بالرضاع الآدمية فقط. ولا يصح أن تكون الدابة أما.

ب- ألا تكون المرضعة صغيرة: أي تكون بكرا بالغة تتحمل الوطاء، وأرضعت رضيعا يعتد به، وقد حدد الحنفية والشافعية الصغر في تسع سنين، ويعتبر سيلان الحليب لدى بعض الأبقار ظاهرة طبيعية سببها ارتفاع

¹ الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص30-31.

² سورة القصص الآية 7.

³ سورة الحج الآية 2.

⁴ ابن حزم، المحلي، ج10، دار التراث، بيروت، د س ن، ص7.

⁵ سورة النساء الآية 23.

⁶ محمد نجيب عوضين، شروط الرضاع المحرم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص36.

هرمون البرولاكتين في الدم الذي ينشط عملية إدرار اللبن الذي يلزمه هرمون آخر يجد من نشاط المبيض. مما يترتب عليه حدوث اضطراب في المبيض، وهذا هو تفسير عدم الحمل خلال فترة الإرضاع¹، ويدخل في حكم الصغيرة اليائس من الحيض.

ج- أن تكون المرضعة على قيد الحياة: اختلف في ذلك الفقهاء²، حيث يرى الجمهور ما عدا الشافعية لا فرق بين مرضعة ميتة وأخرى على قيد الحياة، فالميتة لو رضعها الصغير لتثبت الحرمة وذلك للأسباب التالية: - قوله صلى الله عليهم وسلم: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"³ والرضاع هو تناول كامل اللبن مهما كانت الحالة فلا فرق بين مرضعة نائمة أو مستيقظة. - لبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الأمعاء كما ورد عن النبي صلى الله عليهم وسلم "لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام"⁴. - اللبن هو سبب التحريم فطالما ينبت اللحم فهو يثبت الحرمة ولأن اللبن كان محرماً في حالة الحياة فالموت عارض.⁵

- لو حلب لبن امرأة حال حياتها ثم ماتت وسقيناها رضيعاً، فهل نقول أنه لبن ميتة. أما الشافعية فيرون أن لبن الميتة لا يعتبر من تناوله رضاعاً وذلك لأن الأصل في ثبوت الحرمة هو المرأة أولاً وليس اللبن، فإذا ماتت لم تعد محلاً للحرمة. - لبن الميتة حاله حال لبن الرجل أو البكر ليس محلاً للوطء والولادة، أو لبن الدواب. - لبن الميتة نجس، والحرمة لا تثبت بالنجس.

د- أن تكون المرضعة مسلمة: لم يشترط الفقهاء إسلام المرضعة حتى تنشر الحرمة بينها وبين الرضيع غير أنهم أدرجوا ذلك في باب الكراهة، لأن غير المسلمة قد تعاقر خمرًا أو تأكل لحم خنزير، وهذا الغذاء يستخلص منه اللبن، فيكون محرماً، فالفقهاء يرون أن يرضع الطفل من مرضعة مسلمة.

¹ محمد نجيب عوضين، شروط الرضاع المحرم، المرجع السابق، ص 40.

² ابن رشد، المرجع السابق، ص 500.

³ أخرجه مالك 2/601 كتاب الرضاع، باب رضاعة الصغير حديث 1 والبخاري 5/300 كتاب الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض حديث 2644 ومسلم 2/1068 كتاب الرضاع: باب يحرم من الرضاعة ما لا يحرم من الولادة حديث 2/1444.

⁴ رواية أم سلمة هند بنت أبي أمية حديث صحيح صححه الترمذي (296/2) أخرجه الترمذي (1، 216).

⁵ الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 12.

2- شروط الرضيع: نجد نص المادة 29 من ق أ ج: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا". هنا المشرع حسم الأمر في سن الرضاع بحالتين الأولى: إتمام عامين كاملين من الرضاعة عملا بقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ﴾¹.
 الثانية: الفطام قبل الحولين، وهو انفصال عن الرضاع بسبب استغناء الرضيع عن اللبن بالغذاء العادي من مأكول ومشرب وجفاف ثدي مرضعته طبيعيا أو مرضا أو نفور الرضيع، أو اتفاق الوالدين على فصله.
 وهنا يستوي الرضيع المفطوم قبل الحولين مع من أتمهما.

الفرع الثاني: أهمية الرضاعة للصغير

تؤثر التغذية على حالة الطفل الصحية إذ أن التغذية عملية أساسية للنمو والتطور الطبيعي للطفل كما أن نقص أو سوء التغذية يؤدي إلى الكثير من أمراض نقص وسوء التغذية، مما يؤدي إلى ضعف مناعة الجسم ومقاومته للأمراض التي ترفع من نسبة معدلات الوفيات بين الأطفال.

وقد كان خير غذاء للطفل في مقتبل العمر هو إرضاعه لبن الأم لذا أمر الله سبحانه وتعالى الوالدات بإرضاع أولادهن، حيث يقول سبحانه وتعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾²
 حيث إن الله تعالى في هذه الآية أمر أخرج مخرج الخبر مبالغة ومعناه الوجوب، أي أنه يجب على الأم إرضاع ولدها إذ لم يكن عذر مانع من مرض وغيره³

فإن الله سبحانه وتعالى منّ على كل إنسان نعمة عظيمة تتجسد هذه النعمة في هذا اللبن الذي هو سائل كامل الغذاء يحتوي على كل العناصر الغذائية التي يحتاج إليها جسم الإنسان في حفظه ونمائه وتقويته خصوصا الأيام الأولى للولادة فبالرغم أنه غذاء فإنه يساهم كما يقول الأطباء في تقوية وتنمية جهاز المناعة في الجسم للقضاء على الجراثيم التي تدخل الجسم.

فلبن الأم شيء ضروري للولد والأطباء يعرفون الطفل الذي يعتمد على ثدي أمه من الاطمئنان الذي يتمتع به ظاهرا عليه، فضلا عن علامات الصحة البادية وقد ثبت احتواء لبن الثدي على أجسام مضادة لأمراض كثيرة وهو مالا يمكن إضافته للألبان الصناعية.⁴

¹ سورة البقرة الآية 233.

² سورة البقرة الآية 233.

³ السيد محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المسمى تفسير المنار، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص324.

⁴ عباس حسن الحسني، دستور المهنة في الإسلام، د.ط، مؤسسة الأسعد القاهرة، د.س.ن، ص399.

الفرع الثالث: وسائل حفظ حق الصغير في الرضاع

قد تم تحديد الوسائل بثلاثة وهذا ما سنبينه من خلال إيجاب الرضاع على الأم (أولا) ثم حرمة فطام الطفل قبل الحولين إذا انفرد به أحد الوالدين (ثانيا) ثم منع الحدود والقصاص من الأم حتى ترضع (ثالثا).

أولا- الوسيلة الأولى: إيجاب الرضاع على الأم

من المقرر أن الأم هي أقرب الناس إلى ولدها، وأن لبنها هو أفضل غذاء له من غيره، وذلك لملائمته لتطور الطفل في مراحل نموه ولذلك يجب على الأم إرضاع ولدها ديانة إذا كانت قادرة على ذلك سواء كانت في عصمة أبيه أم لا، فإن امتنعت كانت آثمة أمام الله عز وجل لإضرارها بالطفل وهذا باتفاق الفقهاء¹.
أما وجوب الرضاعة قضاء على الأم فإن الفقهاء انقسموا إلى قسمين:

1- الحالة الأولى: إذا لم يتعين الإرضاع عليها

جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن الرضاع ليس واجبا عليها قضاء، فلا يستطيع القاضي إجبارها عليه، كما لا يستطيع الأب أن يجبرها على إرضاع وليدها، سواء كانت شريفة أم دنيئة وسواء كانت زوجته أم مطلقة².
أما المالكية وابن تيمية ذهبوا إلى أنه يجب عليها إرضاع ولدها قضاء، فتحجب عليه إذا كانت زوجة لأبيه، أما المطلقة فلا إرضاع عليها، وقيدتها المالكية بغير الشريفة فإن كانت شريفة فلا تجب عليها³
وسبب الاختلاف بين جمهور الفقهاء والمالكية هو هل آية الرضاع متضمنة حكم الإرضاع؟ يعني إيجابه أم تتضمن أمره فقط؟

فمن قال أمره فقط قال: لا يجب عليها الإرضاع: إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال: تتضمن الأمر بالإرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال: يجب عليها الإرضاع، وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فأعتبر ذلك في العرف والعادة⁴
والقول الأرجح: أن الأم تجبر على إرضاع ولدها سواء كانت شريفة أم دنيئة لأن الرضاعة من ثدي الأم (الرضاعة الطبيعية) أفضل الوسائل لتغذية الرضيع، بل إن حرمان الطفل من الرضاعة من أمه هو بداية الشقاء للطفل وأسرته.

¹ الكاساني، المرجع سابق، ص 177.

² الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار المكتب الإسلامي، القاهرة، ص 219.

³ ابن قدامة، المغني، ج 9، ط 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1405هـ، ص 312.

⁴ ابن رشد، المرجع السابق، ص 65.

واجتهاد الفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم إجبار الأم على الرضاع قضاء "يقوم على أساس أنه إذا امتنعت الأم عن الرضاع فسترضع له أخرى، أي أن مدار الاجتهاد هو الرضاعة الطبيعية، وهذا الأمر كان موجودا في زمان هؤلاء الفقهاء، أما زماننا فلا يوجد مرضعات، فكان القول بوجود الإجبار هو الأولى.¹

فمن الناحية الصحية لبن الأم أفضل للطفل وذلك لأن اضطرابات المعدة والأمعاء قلما توجد مع استخدام الرضاعة الطبيعية وهذا ما ذهبت إليه هيئة الصحة العالمية عام 1980، حيث أن اللبن الصناعي يصاحبه كثير من الاضطرابات المعدية والمعوية، وقد أشارت هيئة الصحة العالمية في تقاريرها أن هناك أكثر من عشرة ملايين طفل لاقوا حتفهم نتيجة عدم حصولهم على الرضاعة الطبيعية. كذلك فإن السعرات الحرارية في حليب الأم أكبر بكثير من السعرات الموجودة في اللبن الصناعي لذلك يعتبر غذاء كاملا للطفل ويزداد نموه بسرعة.

ومن الناحية النفسية والاجتماعية فالرضاعة الطبيعية تعزز العلاقة والرابطة الاجتماعية والانفعالية بين الأم وطفلها فبقاء الطفل ملتصقا بصدر أمه أثناء الرضاعة يشبه احتياجاته العاطفية والنفسية ويغمره بشعور جارف من الأمان كما أن للرضاعة الطبيعية أهمية من الناحية الاجتماعية وذلك عن طريق فرض القيم والمبادئ والمعايير الاجتماعية والأعراف والتقاليد التي تمكنه في مستقبل حياته من التفاعل الاجتماعي السليم مع مختلف مواقف الحياة.²

2- الحالة الثانية: إذا تعين الرضاع عليها

إذا تعين الرضاع على الأم فيجب عليها قضاء، فتجبر على إرضاع الصغير، وذلك حماية له من الهلاك سواء كانت زوجة لأبيه أم لا، باتفاق الفقهاء وذلك:

- إذا لم يقبل الطفل الثدي غيرها.
- إذا لم يجد الأب من ترضعه.
- إذا لم يكن للأب أو الولد الصغير مال أو مات الأب.³

والدليل على ذلك هو في الحالات السابقة هو قوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾⁴

¹ عادل موسى عوض، حق المحضون على الحاضن وحق النفقة دراسة فقهية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ، ص23.

² هلاي عبد الله، خالد محمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، مكتبة الأسرة، ط2008، ص169.

³ محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص449.

⁴ سورة البقرة الآية 233.

كما سبق القول فإن هذه الآية هي أمر من الله سبحانه وتعالى ومعناه الوجوب إذا لم يرضع الصبي إلا من أمه أو لم تجد له مرضعة، أو عجز الوالد عن الاستئجار وعبر الله سبحانه وتعالى "بالوالدات" لاستعطافهن نحو أولادهن والحكم هنا عام للمطلقات وغيرهن كما يقتضيه الظاهر¹

والسؤال الذي يطرح نفسه هو أن الأم إذا رفضت إرضاع ولدها هل سقط حقها في الحضانة؟ حق الحضانة في التربية لا يسقطه ولا يؤثر فيه حق الرضاعة فإذا كانت الحضانة أما وهي مما لا ترضع أو كانت الحضانة غيرها واستأجر الأب مرضعة واشترط عليها في العقد إرضاع الصغير عند الأم فإن الشرط ينفذ وتلتزم بمقتضاه المكوث عند الأم، أما إذا لم يكن قد اشترط عليها هذا في العقد فإن الظن لا تجبر على المكوث عند الأم، إنما تكون مخيرة في أن تدخل عند الأم لترضع الصغير وبعد إرضاعه ترجع إلى بيتها أو أن تطلب إخراج الولد إلى فناء الدار لكي ترضعه ثم تدخل إلى أمه أو أن تحمل الطفل معها إلى البيت، وهذا لا يسقط حق الأم في أن تطلب مرضعة ترضع الصغير وهو عندها حالة عدم رضا الأم بخروج ولدها إلى المرضعة في فناء الدار أو الذهاب به إلى بيتها.²

وقد أخذ القانون المصري بما قرره فقهاء الحنفية أنها إذا أبت الأم أن ترضع ولدها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه، فإنه يجب على الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند أمه، وفي هذا رعاية لحق الأم في الحضانة وفي صيانة الولد.

ثانيا: الوسيلة الثانية: حرمة فطام الطفل قبل الحولين إذا انفرد به أحد الوالدين

إذا كان الرضاع من الحقوق الأساسية للطفل ويلعب دورا هاما في نموه ويزود جسمه بالطاقة التي يحتاجها للقيام بنشاطه، فقد حرم الإسلام الفطام قبل اتمام الحولين إذا انفرد أحد الوالدين بذلك دون مشاورة الآخر بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾³

في الآية السابقة جعل الله تعالى مدة الرضاع حولين، حيث بين أن فطامهما هو الفطام، وفصالهما هو الفصال ليس لأحد عنه منزع، إلا أن يتفق الأبوان على أقل من ذلك العدد من غير مضارة بالولد فذلك جائز بهذا البيان.⁴

¹ الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع مثاني، ج2، ط4، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ، 198م، ص145.

² السرخسي، المبسوط، ج5، ط3، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1398هـ، 1987م، ص308

³ البقرة، الآية 233.

⁴ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص113.

ويؤخذ منه أن انفراد أحدهما بذلك دون الآخر لا يكفي ولا يجوز لواحد منهما أن يستبد بذلك من غير مشاورة الآخر، وهذا فيه احتياط للطفل وإلزام للنظر في أمره وهذا من رحمة الله بعباده حيث حجر على الوالدين في تربية طفلهما وأرشدتهما إلى ما يصلحهما ويصلحه¹.

وبهذا يتبين أن الإسلام راعى مصلحة الطفل المحضون وحقه في الرضاع بعدم جواز فطامه قبل الحولين إذا انفرد أحد الوالدين بذلك دون مشاورة الآخر وذلك لما للرضاع من أهمية كبرى في نمو جسده وحفظه من الأمراض.

ثالثاً: الوسيلة الثالثة: منع الحدود والقصاص من الأم حتى ترضع

في سبيل الحرص على لبن الأم منع الشارع الحكيم إقامة الحدود عليها أو القصاص منها حتى ترضع الصغير أو تفضمه فإن تم ذلك كان لها الحد أو القصاص ومن أمثلة ذلك:

فقد روي أن امرأة -يقال من غامد² أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "إني قد فجرت فقال "ارجعي" فرجعت فلما كان الغد أتته فقالت "لعلك أن تردني كما ردت ماعز بن مالك فو الله إني لجلبي". فقال لها "ارجعي". فرجعت فلما كان الغد أتته فقال لها "ارجعي حتى تلدي"، فرجعت فلما ولدت أتته بالصبي فقالت هذا قد ولدته. فقال لها: "ارجعي فأرضعيه حتى تفضميه"، فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء يأكله فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين وأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجعت...³

وفي هذا يقول الإمام مالك -رحمه الله- "فإنهم إن رجموها بعد الوضع وتركوا الصبي فإنه سيموت فتكون قد كففت عنها وهي حامل لأجل الصبي وقد قتلته بعد الولادة بتركه إياه بلا رضاع"⁴

فهذا حرص من الله سبحانه وتعالى في المحافظة على حياة الطفل المحضون وذلك بتأخير عقوبة أمه حفاظاً على حقه في الحياة وهذا أحد مقاصد الشريعة الخمس.

¹ ابن كثير، المرجع السابق، ج3، ص285.

² غامد، بغين معجمة ودال مهملة في بطن من جهينة قال النووي. واسم المرأة سبيعة وقيل ابنة فرج أنظر في ذلك شمس الحق أبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج18، ط2، دار الكتب العلمية، 1415، ص109.

³ رواه أحمد في مسنده ج6 ص477 رقم 22440، وأبو داود في سنة كتاب الحدود - باب المرأة التي أمر النبي صلى الله عليه وسلم برجمها من جهينة

⁴ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، 1415هـ، 1994م، ص514.

الفرع الرابع: التعسف في إرضاع الصغير

التعسف سواء من عند الأم إذا امتنعت عن إرضاع صغيرها أو تعسف الأب من خلال منع مطلقة من إرضاع ابنها وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يضبط الأحكام المتعلقة بأجرة الرضاعة بل تحدث فقط عن الرضاعة من ناحية التحريم مع أن هناك من القوانين العربية من أشارت إلى هذا الموضوع وفصلت فيه وميزت بين حق الرضاعة وحق الحضانة فهذا نقص تشريعي على اعتبار أن الرضاعة مهمة وهي المرحلة الأولى لبناء الطفل لذلك سنرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومواقف بعض الدول العربية وذلك من خلال استحقاق الأم أجره الرضاعة وتاريخها (أولا)، ثم مقدار أجره الرضاعة (ثانيا).

أولاً: استحقاق الأم لأجرة الرضاعة وتاريخها

نتطرق أولاً إلى استحقاق الأم لأجرة الرضاعة ثم إلى تاريخها

1- استحقاق الأم أجره الرضاعة:

لقد جعلت الشريعة الإسلامية الرضاع عنصراً من عناصر النفقة الواجبة على الأب، وهو مجبر على تهيئة المرضعة لابنه ودفع أجره الرضاعة لقوله تعالى ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾¹ والأصل الذي يقوم عليه استحقاق الأم لأجره الرضاعة هو عدم الاستحقاق هو وجوب النفقة لها من أب الرضيع وعدم وجوبها فإن كانت تجب لها النفقة على الأب فلا تستحق الأجره الرضاعة² وذلك:

أ- إذا أرضعت الأم ولدها حال قيام الزوجية، أو عدة الطلاق الرجعي، فلا تستحق الأجر بالاتفاق، لأنه تجب لها النفقة على الزوج في الحالتين، حتى لا تجمع النفقة والأجره في مال واحد.³

ب- إذا تم الإرضاع بعد انقضاء عدة الطلاق فلا خلاف بين الفقهاء في أنه تجب لها أجره حضانة سواء كان طلاقها الذي انقضت عدتها منه رجعياً أم بائناً.⁴

¹ سورة الطلاق، الآية 6.

² بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 536.

³ أحمد موسى، اسماعيل أمين نواضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والخلع والتفريق، ط 1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2009، ص 184.

⁴ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، ط 1، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003، ص 398.

ذلك لأنها لا تستحق نفقة الزوجية لانتهائها بانقضاء العدة، فهي أجنبية على الأب فتأخذ حكم المرضعة الأجنبية في استحقاق الأجرة¹ وذلك لقوله تعالى ﴿ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۖ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ ۝۲ ﴾

إذا قامت الأم بإرضاع ولدها وفي عدة الطلاق البائن ولم تنقض عدتها منه فالذي عليه الفتوى أنه لا تجب لها في هذه الحالة أجرة الحضانة، وذلك لأن لها نفقة عدة من أب الصغير، فلا تجمع بين نفقة وأجرة الحضانة، وفي المذهب قول آخر أنها تستحق أجرة الرضاع، لأن الطلاق لها يقطع الزوجية وتصبح المرأة أجنبية³

2-تاريخ استحقاق أجرة الرضاعة:

تستحق الأم الأجرة من تاريخ إرضاعها للولد من غير توقف، على عقد إجازة بينهما وبين الأب⁴ ومن ذلك يجوز القضاء بها على مدة ماضية على تاريخ رفع الدعوى، وتصبح من الديون الصحيحة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء ويترتب عن ذلك عدم سقوطها بموت الصغير لأنه أجرة لا نفقة ولا بموت الأب بل تجب لها في التركة وتشارك فيها غرماءه من أصحاب الديون⁵.

أما غير الأم فتستحق الرضاع من تاريخ العقد لأنها مستأجرة للرضاع، فلا تستحق ذلك إلا من يوم العقد.⁶

وبالنسبة للمشرع المغربي نجد المادة 54 من مدونة الأسرة المغربية تنص على أن من الحقوق الواجبة على الام إرضاعها لأطفالها عند الاستطاعة مما يفيد ضمينا أن ذلك الحق يسقط بعدم الاستطاعة إذ القاعدة أنه لا تكليف بما فوق الطاقة⁷

وهذا ما يوافق المادة 39 من ق أ ج الملغاة بالأمر رقم 02/05 والتي تنص "إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم" والتي أصبحت بموجب التعديل المادة 3/36 "التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم" ولم يعد ينص على موضوع الرضاعة إلا ضمن الفصل الثاني المتعلق بموانع الزواج في المواد 27، 28، 29 من ق أ ج.

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 536.

² سورة الطلاق الآية 6.

³ محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 399.

⁴ أحمد فراج حسن، المرجع السابق، ص 666.

⁵ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 333.

⁶ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 702.

⁷ محمد الكشور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004،

ص 136.

كذلك نجد المادة 1/167 من مدونة الأسرة نجد أن المشرع المغربي نص على أن أجرة الحضانة على المكلف بنفقة المحضون وهي غير أجرة الرضاعة والنفقة وهذا ما أكدته المشرع المغربي في المادة 201 من نفس المدونة.

فقد حظيت حقوق الطفل بالتفاتة واعية من المشرع المغربي حيث أعاد النظر في المقتضيات القانونية المنظمة للرابطة الأسرية وما يترتب عنها من آثار اتجاه الأطفال، حيث خص المشرع المغربي كل حق من الحقوق بتنظيم تشريعي وافر متجاوز القصور الذي أسفر عنه تطبيق النصوص القديمة حيث شدد المشرع بالحرص على حق الطفل في الرضاعة في المواد من 161 إلى 165¹ من مدونة الشغل بالإضافة إلى المادتين 168 و201 من مدونة الأسرة فهذا يعتبر ثراء تشريعيا على المستوى القانوني.

ثانيا: مقدار أجرة الرضاعة

في الحالات التي تستحق فيها الأم الأجرة هو ما اتفقت مع الأب عليه، وإذا لم يكن بينهما اتفاق على قدر معين² تقدر أجرة الرضاع بأجرة المثل³ ويرجع ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي وذلك في حالة النزاع تبعا لحالة المرضع أو الرضيع أو الأب أو مجموع العناصر معا⁴

وتجب هذه الأجرة في مال الولد إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فيجب على أب الوالد دفعها إن كان موسرا⁵، فإن كان معسرا وقادرا على الكسب أجبرت الأم على إرضاعه ويكون دينا على الأب يدفعه لها إذا أيسر⁶، وإذا كان عاجزا على الكسب وكان معسرا وجبت أجرة الرضاعة على من تجب عليه نفقة الصغير من الأقارب لقوله تعالى ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁷.

أما المشرع المغربي فقد ألزم أب المحضون بأداء أجرة الرضاع ولم يبين مقدار هذه الأجرة وهنا أيضا القاضي يعمل سلطته التقديرية مراعيًا كون الأجرة مقابلا للالتزام بعمل خلافا لما هو الأمر بالنسبة لتقدير

¹ مدونة الشغل المغربية، قانون رقم 65-99 صدر في 11 سبتمبر 2003 ثم نشر في جريدة رسمية في 8 ديسمبر 2003 ودخل حيز التطبيق في 8 يونيو 2004.

² محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص769.

³ أجرة المثل: هي قبول امرأة أخرى أن ترضع الولد في مقابلها، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص704.

⁴ أحمد محمد موسى، اسماعيل نواهضة، المرجع السابق، ص185.

⁵ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص540.

⁶ محمد مصطفى شلي، المرجع سابق، ص769.

⁷ سورة البقرة الآية 233.

النفقة إذ أن معايير تقدير النفقة¹ لا تصلح دائما لتقدير أجرة الرضاعة فلا يمكن اعتبار حال الزوجين الأساس، لأن المرضعة هنا قد لا تكون الزوجة² كأن تكون متبرعة والمدونة المغربية تعرضت لهذا في النص القديم واعتبرت المتبرعة بالرضاعة أحق بالأجرة من الأم الطالبة للأجرة إذا كان الأب ضعيفا هذا يعني أن تفضيل المتبرعة على الأم مشروط بفقر الأب أما إذا كان غنيا فالأجرة تبقى من حق الأم ولو وجدت المتبرعة. أما المدونة في نصها الجديد ألتزمت الصمت في هذا الموضوع ولم توضح أحكام المتبرعة بالرضاع.

وعموما في الواقع العملي وفي المجتمع الجزائري فإن قضايا طلب أجرة الرضاعة قليلة إن لم نقل منعدمة حيث أن ذلك يدخل ضمن مشمولات النفقة.

لكن على المشرع الاحتياط وتدارك النقص في مسألة الرضاعة وأجرتها وذلك لأن الرضاعة أصبحت عبئا ثقيلًا أمام تراجع الرضاعة الطبيعية وخضوع الحليب الاصطناعي للضريبة.

الفرع الخامس: صور التعسف في رضاع الصغير

حيث تتجلى هذه الصور في تعسف الزوج في منع مطلقته من رضاع ابنها (أولا)، ثم تعسف الأم في إرضاع ابنها (ثانيا)، ثم معالجة القوانين المعاصرة للتعسف في حق الرضاع (ثالثا).

أولا: تعسف الزوج في منع مطلقته من رضاع ابنها: الرضاع حق للأم ولو بعد انحلال الرابطة الزوجية فلا يحل للزوج أن يستغل ولايته لمضارة الأم ومنعها من إرضاع ولدها إن رغبت في ذلك تطوعا ولو أرادت ذلك بأجرة المثل وكان الصغير متعلقا بأمه وأراد أبوه دفعه لمرضعة بأجر المثل فيجب على الأب السماح للأم بإرضاع ولدها مع استحقاقها أجرة مثلها في حال كانت مطلقة طلاقا بائنا أو انتهت عدتها باتفاق الفقهاء.³ أما إذا كانت معتدة فقد وقع الخلاف بين الفقهاء في استحقاقها الرضاع بأجرة المثل وأحقية الزوج في منعها من حقها في رضاع الصغير.

- ذهب الحنفية والمالكية إلى أن الزوجة إن كانت معتدة من طلاق رجعي فلا تستحق الأجرة على الرضاعة لأن الرجعية زوجة خلافا للبائن التي تستحق الأجرة عند المالكية وفي إحدى الروايتين عند الحنفية⁴.

- أما الشافعية والحنابلة: فذهبوا إلى أن المطلقة رجعيا أو بائنا تستحق أجرة الرضاع⁵

¹ حيث يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش هذا حسب المادة 79 ق أ ج والمادة 189 من مدونة الأسرة المغربية.

² خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية الولادة ونتائجها مع قضاء الحالة المدنية، بابل للطباعة، الرباط، المغرب، 1989، ص 195.

³ السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 208

⁴ الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 41.

⁵ الشريبي، المرجع السابق، ج 5، ص 188.

والقول الراجح عند الفقهاء أن الأم إن طلقت سواء كانت بائنا أو رجعية لها الحق في إرضاع ابنها إن رغبت في ذلك وأرادها الطفل، ولها طلب أجره المثل على الرضاع، ولا يحل للزوج منعها من حقها ومضارتها فيه، وإن طلبت عليه أجره وإلا كان متعسفا في حق الولاية.

فالمطلقة وإن لم يكن الرضاع واجبا عليها، إلا أن الصبي إذا لم يقبل الرضاعة إلا من أمه، ورغبت في ذلك، فليس على الزوج منعها ويعطيها أجره المثل، ولا يمنعه رضاعه¹ لقوله تعالى ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾²

ثانيا: تعسف الأم في ارضاع ابنها

لا يقتصر النهي عن التعسف في الرضاع عن الولي، بل يشمل كذلك الأم، فلا يجوز لها استعمال حقها في إرضاع الصغير بشكل متعسف، أو تقوم بالمغلاة في أجره الرضاعة، وأن تطلب من والده الذي طلقها أجره فوق أجره المثل أو تطلب أجره وغيرها يرضعه دون مقابل ففي هذه الحالة ما فعلت ذلك إلا بقصد الإضرار بالأب دون تحقيق مصلحة مشروعة.

إن طلبت الأم زيادة على أجره مثلها زيادة كثيرة ووجد الأب من يرضعه بأجره المثل لم يلزم على الأب إيجابتها إلى ما طلبت لأنها تقصد الإضرار، فحينها يعطى الولد لغيرها لترضعه³ ويبقى في حضانه أمه ولها بعد ذلك أن ترضعه إن رضيت بأجره المثل أو بلا مقابل وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء⁴، والأم لها أن تختار في هذه الحالة⁵ التوفيق بين مصلحة الطفل في توفير الحليب المتكامل له، وكذا مصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة أو من ترضى بأجر أقل ومن ثم لا يمكن للأم أن تتخذ حقها في الإرضاع عما ترهق بها كاهل زوجها بالنفقات التي لا قدرة له على احتمالها فيكون جزاء تعسفها هذا إسقاط حقها معاملة لها بنقيض مقصودها.

ثالثا: معالجة القوانين المعاصرة للتعسف في حق الرضاع:

حاولت بعض قوانين الأحوال الشخصية منع أي تعسف قد يقع في حق الرضاع، حتى لا يترتب عن ذلك ضرر عن أي طرف سواء كان الرضيع أو الأم أو ولي الرضيع.

¹ ابن رشد، المرجع السابق، ج3، ص79.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ فتحي الدبريني، المرجع السابق، ص322.

⁴ البهوتي، المرجع السابق، ج3، ص243.

⁵ مصطفى شلي، المرجع السابق، ص741.

1- في مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد أتت عدة قيود لممارسة هذا الحق وفرض القانون واجبات ورتب حقوق لمن يقوم بهذا الحق.

في المادة 154 "أ- لا يجب على الأم إرضاع ولدها إلا إذا تعذرت تغذيته من غير لبنها لأي سبب كان.
ب- إذا امتنعت الأم من إرضاع ولدها ولم يكن واجبا عليها، فعلى الأب أن يستأجر من ترضعه أو تقوم بتغذيته عند الأم"

في المادة 155 "الأم أحق بإرضاع ولدها إلا إذا كان من تجب عليه النفقة معسرا، وتمسكت الأم بحقوقها في الأجر وتبرع غيرها بإرضاعه أو رضي بأقل من أجر الأم على أن يكون الإرضاع في بيت الأم" وفي المادة 157 "لا تستحق الأم أجره إرضاع إذا كانت زوجة الأب أو معتدة فرقة منه تستحق في عدتها نفقة"¹

2- أما قانون الاحوال الشخصية الأردني² فقد حاول منع إلحاق أي ضرر بطرف من الأطراف بتشريع يمنع تعسف الأم أو الولي في حق الرضاع، فوضع ضوابط لمنع أي ضرر قد يلحق بالصغير أو أي منهما فنجد المادة 166 ق أردني "تتعين الأم لإرضاع ولدها وتجبر على ذلك إذا لم يكن للولد ولا لأبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة. أو إذا لم يجد الأب من ترضعه غيرها أو إذا كان لا يقبل غيرها لإرضاعه"

المادة 167: إن رفضت الأم إرضاع ولدها إن لم يتعين عليها غيرها إرضاعه. "إذا أبت الأم إرضاع ابنها في الأحوال التي لا يتعين عليها إرضاعه فعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عندها"
أما عن استحقاق أجره الرضاع فقد نصت المادة 168 "لا تستحق أم الصغير حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي أجره على إرضاع ولدها، وتستحقها في عدة الطلاق البائن وبعدها".

وفي بيان الأحق برضاع الصغير نجد المادة 169 "الأم أحق بإرضاع ولدها ومقدمة على غيرها بأجرة المثل المتناسبة مع حال المكلف بنفقته ما لم تطلب أجره أكثر، ففي هذه الحالة لا يضار المكلف بالنفقة وتفرض الأجرة من تاريخ الإرضاع إلى إكمال الولد سنتين إن لم يفطم قبل ذلك"

نجد كذلك بالنسبة للمشرع السعودي فقد اعتبر الدعوى التي ترفعها الأم للمطالبة بأجرة الرضاعة ضمن الدعوى التي أعطاها النظام صفة التنفيذ المعجل حسب المادة 169 من نظام المرافعات الشرعية، حيث

¹ مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما مع مذكرته الإيضاحية، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1961، ص161.

² قانون الأحوال الشخصية الأردني 2010/36.

سجلت وزارة العدل في السعودية عدة قضايا مطالبة بأجرة الرضاعة ويعتبر هذا النوع من القضايا بالنادر ومطالبة المرأة بحقوقها عبر القضاء في مثل هذا النوع من القضايا دلالة على ارتفاع وعيها بأبسط حقوقها. إذن مما سبق فإن أغلب الدول العربية والشريعة الإسلامية قد نظمت مسألة الرضاعة، أما المشرع الجزائري وأمام هذا النقص أو نقول الفراغ التشريعي لا بد عليه من إضافة مواد تتعلق بالرضاعة وفصلها عن الحضانة أو النفقة بما أن الرضاعة هي عنصر مهم لحياة الطفل منذ البداية واعتبار الفصل في قضايا الرضاعة من التدابير المستعجلة لأهميتها وعلى الرغم من نقص هذه القضايا في الواقع العملي الجزائري لعدم اعتماد الأم أو الأب على المرضعة لأنها مسألة نادرة في المجتمع الجزائري حتى ولو كانت الأم مطلقة وهذا لا اعتبار أن الرضاعة تقوي العلاقة بين الأم وابنها وهي لا تتعلق بالجانب المادي ولو كانت الأم مطلقة فتدخل تكاليف الإرضاع ضمن مشمولات نفقة المحضون.

خلاصة الباب الأول:

إذن مما سبق فالزواج علاقة شرعية تتم بين الرجل والمرأة وذلك بتوافر ركن الرضا وكذلك مختلف شروطه الأمر الذي يؤدي إلى بناء أسرة أساسها الاستقرار والمودة والتراحم وحسن المعاشرة، وهذه الأمور التي تعد حقوقا مكتسبة لا يمكن التنازل عنها وأي خروج عن ذلك يعتبر تعسفا.

فقد يحدث التعسف بين الزوجين قبل تكوين عقد الزواج وذلك في فترة الخطبة، حيث يؤدي عدول أحد الخطيبين عن إتمام إجراءات الزواج إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، كما قد يحدث اتفاق بين الزوجين على شروط معينة قبل الزواج ثم قد يحدث وأن يتراجع الزوج عن هذه الشروط بعد الزواج إما لسبب معين وقد يكون ذلك فيه اجحاف في حق الزوجة خاصة إذا كانت هذه الشروط تتعلق بعملها أو دراستها، كذلك فإن لمخالفة الزوج لشروط التعدد فيه الكثير من الضرر النفسي والذي لا تستطيع الزوجة تحمله رغم أنه حق شرعي.

وبمجرد انعقاد الزواج فإنه تترتب على كلا الزوجين حقوق وواجبات وقد يظهر التعسف في استعمال الزوجين لحقوقه الزوجية إما لسوء فهم أو تقدير، أو لسوء نية وإلحاق الضرر.

فقد يتعسف الزوج في الحقوق المخولة له بمقتضى حق القوامة حيث يتعسف في استعماله لحق الطاعة والتأديب الذي أقره له الشرع والقانون، فواجب على الزوجة طاعة زوجها وواجب على الزوج القيام بحقه في التأديب على نحو مشروع في حالة عصيان الزوجة وتمردها، كذلك واجب على الزوجة أن تقرر في بيت زوجها وأن لا تكثر من الخروج لغير ضرورة وعلى الزوج أن لا يتعسف في استخدامه لحق الاحتباس كمنع زوجته من زيارة أبويها المريضين، كما يحدث وأن تتعسف الزوجة أو وليها في مطالبة الزوج بمهر غال يفوق قدراته ويجد نفسه أمام عراقيل وعوائق هو في غنى عنها مما يدفعه للعزوف عن هذا الزواج أو التزوج بأجنبية وبالتالي كثرة العوانس، وفي حالة أخرى قد تتعسف الأم في إرضاع ابنها وتتعالى في طلب الأجرة على الرضاعة ليس لشيء سوى قصد الإضرار بوالده.

فإذا تعسف أحد الزوجين أو كلاهما في استعمال حقوقه الزوجية المخولة له شرعا وقانونا، فذلك ينجر عنه آثار لا يحمد عقباها وقد يمتد أثرها إلى الأولاد إن وجدوا مما يؤثر سلبا على مستقبلهم، فتصبح العشرة الزوجية مستحيلة فتتحل الرابطة الزوجية وينتج عنها آثار وخيمة هذا وقد يتعسف الزوجين في فكهم لهذه الرابطة الزوجية وهو ما سنعالجه في الباب الثاني.

الباب الثاني

التعسف في استعمال الحق بين

الزوجين في انحلال الزواج

الباب الثاني: التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في انحلال الزواج

توطئة:

إذن فقد اعتبرنا من خلال الباب الأول أن الزواج رابطة مقدسة وهو الباب الوحيد لتكوين أسرة أساسها الترابط والمودة واحترامها لبعض وهذه العوامل لها الأثر الفعال لتماسك الأولاد بحيث تساعدهم على التوافق النفسي والعاطفي وتحقيق الاستقرار وهذا من الغايات التي حرص عليها الشرع والقانون لأن الأصل في الزواج هو الأبدية لقوله تعالى ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹.

إلا أنه قد تستحيل هذه الحياة الزوجية، وتتعرض للفشل وتعجز عن تحقيق الغاية التي شرعت لأجلها، فيصبح الطلاق هو الحل الأمثل على الرغم من أنه أبغض الحلال إلى الله إلا أن الضرورة تجيز الطلاق في حالة تعذر الحياة الزوجية لقوله تعالى ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾².

هذا وقد يتم إنهاء الرابطة الزوجية من طرف الزوجة حيث تخالغ نفسها مقابل المال وهذا إذا كانت تبغض زوجها وترى في ذلك عدم إقامتها لحدود الله فتلجأ للخلع والذي هو جائز بمقتضى الشرع والقانون. المشرع قد تناول الطلاق في الباب الثاني من قانون الأسرة المعدل 02/05 تحت عنوان انحلال الزواج وذلك في ست مواد من (47 إلى 52) وتناول فيه الأحكام المتعلقة فيه وذكر موضوع التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة كما تناول الخلع في المادة 54 من نفس القانون.

لذلك سنتطرق في هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

الفصل الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

¹ سورة النساء، الآية 21

² سورة النساء، الآية 130.

الفصل الأول

تعسف الزوج في استعمال حق

الطلاق

مما سبق ذكره قد حرص المشرع على موضوع التعسف في الطلاق من خلال المادة 52 من قانون الأسرة والتي تنص " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض من الضرر اللاحق بها " فالمشرع لم ينص على التعسف في مسألة الزواج والحقوق المتعلقة به كما سبقت الدراسة في الباب الأول ولكن نص عن موضوع التعسف في الطلاق نظرا لأهميته البالغة وخطورته على الأسرة والمجتمع لما يترك من آثاره نفسية على الزوجة والأولاد.

إذن فالمشرع أعطى للزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة (حسب نص المادة 48 ق أ) ومن ناحية أخرى قيده بعدم التعسف في استعمال هذا الحق في غير ما شرع له لأن ذلك قد يرتب أضرارا وخيمة وذلك ممنوع في الشرع والقانون فإذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق ثابت ، فمتى يمكن اعتبار الطلاق تعسفيا؟ ونتطرق لذلك من خلال :

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي .

المبحث الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الرابع : التعسف في استعمال الحق على آثار الطلاق.

المبحث الأول

مفهوم الطلاق

لقد تعرض المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة المعدل بالأمر (02/05) إلى أحكام الطلاق وكان له موقفا واضحا وجليا من خلال المواد القانونية من المادة 47 إلى 52 حيث ذكر المعايير كما ذكر العوارض من حيث الاعتبار القانوني والقضائي، وعليه ما يتطلبه المبحث، الذي سنتناول فيه موقف المشرع الجزائري من خلال أحكام الطلاق ومدى كفاية قانون الأسرة لهذه الأحكام، وذلك من خلال تعريف الطلاق ومشروعيتها (مطلب أول)، ثم حكم الطلاق والحكمة من مشروعيتها في (مطلب ثان)، ثم القيود الواردة على مشروعية الطلاق (مطلب ثالث)، ثم الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق في (مطلب رابع).

المطلب الأول

تعريف الطلاق ومشروعيته

وستنطرق إلى تعريف الطلاق من حيث اللغة والاصطلاح الشرعي والقانوني (فرع أول)، وكذا إلى مشروعيتها من حيث الكتاب والسنة في (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الطلاق

لقد تنوعت المعاني للفظ الطلاق وذلك حسب المقصود من المعنى، حيث قدمت له تعاريف كثيرة في اللغة (أولا) وكذلك الفقه من طرف فقهاء الشريعة (ثانيا) والقانون (ثالثا).

أولا: تعريف الطلاق لغة

الطلاق: يرجع لغة لعدة معانٍ:

الطلاق والإطلاق لغة رفع القيد مطلقا سواء أكان حسيا أم معنويا وهو الإرسال والترك نقول أطلقنا الأسير إذا حللت قيده وأرسلته¹.

والإطلاق الضياء وأحدهما طلق، سميت بذلك سرعة عدوها وهي أيضا كلاب الصيد والانطلاق سرعة الذهاب .

ورجل طلق اليدين: سمع العطاء، طليق اللسان ذو طلاقة ورجل مطليق ومطلق كثير الطلاق للنساء² وطلاق المرأة يكون بجل عقدة النكاح³.

¹ - شوقي ضيف، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003، ص 563.

² - صاحب أبو القاسم اسماعيل بن عباد الطالقاني (الكافي الكفاة) (ت 385)، المحيط في اللغة، ج5، تح: محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، 1414 هـ، ص 326.

³ - مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت 1205 هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس ج 26، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، إنجلترا، 1390 هـ، ص 93.

من خلال ما سبق ذكره من تعاريف لفقهاء اللغة العربية يتبين أن معنى الطلاق هو التخلية والإرسال وحل القيد ورفع.

ثانياً: شرعاً

نتطرق فيه إلى تعريف الحنفي والمالكية والشافعية والحنابلة كما يلي:

1- الحنفية: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص¹

وإضافة القيد للنكاح جاء لإخراج رفع قيده عن غيره ، كرفع الملك بالعتاق وكذلك خرج به القيد الثابت حساً.² وذلك أن اعتبار عقد النكاح قيدياً ليس على المعنى المادي المعروف إنما هو من باب التشبيه والمجاز ومعنى قولهم في الحال يعني بذلك الطلاق البائن (بينونة كبرى أو صغرى) لأنها ترفع قيد النكاح في الحال. أما المآل فيقصدون بذلك انقضاء العدة في الطلاق الرجعي³ وصيرورته بائناً. وأما قولهم بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على الطلاق سواء أكان صريحاً أم كناية كما احتراز بقوله لفظ مخصوص عن الفسخ.⁴

2- المالكية: رفع القيد الثابت بالنكاح⁵ ومعنى النكاح : الاحتراز عن العتق ، فإنه رفع قيد ثابت شرعاً لكنه لم يثبت بالنكاح.⁶

3- الشافعية: عرفوه بأنه حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه⁷ وذلك لاحتراز عن حل عقد النكاح بغير لفظ الطلاق كالفسخ، ولا فرق عندهم بين اللفظ الصريح أو الكناية.

4- الحنابلة : عرفوه بأنه حل قيد النكاح⁸ وفي هذا التعريف لا نجد تحديد للكيفية ولا للفظ.

¹ - المحصفي، علاء الدين محمد بن علي التمرتاشي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، 1386هـ، ص226.

² شيخي زاده، عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكلبولي (ت1078هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج2، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ، ص4.

³ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص252.

⁴ ابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص463.

⁵ الزرقاني، محمد بن عبد الباهي بن يوسف (ت1422هـ)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ، ص216.

⁶ الزرقاني، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁷ الشريبي، المرجع السابق، ج3، ص279.

⁸ الزركشي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت772هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرق، ج2، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423هـ، ص458.

إذن مما سبق فالمعاني نفسها تكررت عند أئمة فقهاء الشريعة وهي ليست بعيدة عما تردد عن أئمة اللغة ، أي أن المعنى الشرعي للطلاق متوافق مع المعنى اللغوي.

وجميع تعاريف الفقهاء في مختلف المناهب تدل على المقصود من الطلاق ، ولكن التعريف الشامل هو تعريف الحنفية لما اشتمل عليه من قيود فكان هو التعريف الجامع المانع.

ثالثا: قانونا

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى الطلاق من خلال المادة 48 (أمر رقم 02/05) المؤرخ في 27 فبراير 2005 "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".¹ وبالتالي فالمشرع من خلال تعريفه للطلاق فقد جاء أكثر استعابا وشمولية ودقة عن غيره من تعريف الفقهاء الآخرين.²

حيث اعتبر المشرع الجزائري الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة من صور فك الرابطة الزوجية، وما يلاحظ عن المشرع أنه عزف عن تعريف قانوني للطلاق واكتفى فقط ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم يتطرق حقيقة إلى أركانه وشروطه وضوابطه وفي ذلك محاولة منه التملص من أي التزام قد يقع عليه بسبب تبنيه تعريف معين وترك ذلك إلى الفقه وذلك بالإحالة إلى المادة 222 من أحكام الشريعة الإسلامية.³

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق

نستدل على مشروعية الطلاق بالقرآن (أولا) ثم السنة (ثانيا) ثم لإجماع (ثالثا) والمعقول (رابعا).

أولا : مشروعية الطلاق بالكتاب

1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁴ هذه الآية نزلت لتنظيم الطلاق وتغيير ما كان معمولا به في الجاهلية حيث لم يكن له حد معين، وكان الزوج كثيرا ما يتعسف فيه ليحرم المرأة من حقوقها ويتركها معلقة . لذلك جاءت هاته الآية الكريمة لتبين عدد مرات الطلاق الذي يترجع منه دون زوج آخر وقيل أنها واردة لبيان العدد الذي يجوز إيقاعه وهو الطلاق السني .

¹ قانون الأسرة المعدل بالأمر (02/05)

² عبد الفتاح نقيه ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، (2006/2007)، ص 25.

³ سنوسي علي، المرجع السابق، ص 259-260.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

2- قوله تعالى ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسَعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾¹

من هذه الآية يتضح أن الله أباح الطلاق للمرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وفرض لها متعة الطلاق.

3- كذلك قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِئَدَّتِهِنَّ﴾²

نجد هذه الآية وإن كانت خاصة للنبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أن حكمها يتعدى لجميع الأمة فهذا من قبيل الخاص الذي أريد به العام.

ثانيا: مشروعية الطلاق بالسنة:

تعددت الأحاديث الواردة في مشروعية الطلاق منها من وقع رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها ومنها من قضى فيها بين الناس وأهمها.

1- قوله صلى الله عليه وسلم "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"³ وهذا الحديث عام في مشروعيته للطلاق.

2- ما رواه السيدة عائشة (رضي الله عنها) أن ابنة الجون أدخلت على الرسول صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت أعوذ بالله منك ، فقال لها، لقد عدت بعظيم ، إلحقي بأهلك.⁴

3- ما رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها"⁵

4- ما رواه نافع من أن عبد الله بن عمر طلق إمرته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال عليه السلام مره ، فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"⁶، فهذه الأحاديث تدل دلالة صريحة على مشروعية الطلاق.

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² سورة الطلاق، الآية 1

³ الحاكم ، المسترك على الصحيحين ، كتاب الطلاق/214 قال الحاكم ، عقبه حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ومن حكم هذا الحديث أن يبدأ به في كتاب الطلاق .

⁴ البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب من أطلق وهل يواجه الرجل امراته بطلاق ، ح 4955، 2012/5.

⁵ الحاكم ، المرجع السابق، ح 2797 ، ج 2، ص 215، قال الحاكم عقبه حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

⁶ البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق، باب السنة أن يطلقها طاهرة من غير جماع ح 4953، ج 5، ص 211.

ثالثا: مشروعية الطلاق بالإجماع

انعقد إجماع فقهاء الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على مشروعية الطلاق ولم ينكر ذلك أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر.¹

رابعا: مشروعية الطلاق بالمعقول

لما شرع الإسلام الزواج، شرعه لحكم عظيمة أهمها السكن فستقره الحياة وتحل المودة والرحمة بين الزوجين وبذلك يعمر الكون لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يُتَفَكَّرُونَ﴾²

ولكن لما تعدد الرحمة بين الزوجين، وتحل البغض والنفور بينهما بشكل يستحيل معه العيش تحت سقف واحد، كان لابد من علاج لتلك المشاكل وإن كان هذا الحل صعبا لقوله تعالى: ﴿إِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾³

المطلب الثاني

حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته

إن للطلاق عدة أحكام تختلف حسب آراء الفقهاء ، كما أن الطلاق شرع لحكم كثيرة وهذا ما سنتطرق إليه من خلال حكم الطلاق (فرع أول) ، ثم الحكمة من مشروعية الطلاق (فرع ثان).

الفرع الأول: حكم الطلاق

لا يعني القول بمشروعية الطلاق أن العمل به واجب أو مباح على الدوام كما لا يتصرف النهي عن الطلاق إلى التحريم المطلق، وإنما يعتري الطلاق الأحكام الشرعية التكليفية الخمسة المتداولة بين الفقهاء والأصوليين من وجوب (أولا) وندب (ثانيا) وكره (ثالثا) وحرام (رابعا) وإباحة (خامسا).⁴

أولا: الطلاق يكون واجبا

إذا دب الخلاف بين الزوجين و استحکم الشقاق بينهما بحيث عجز الحكمان عن إزالته، وكان من وجهة نظرهما أن التفريق هو الذي يرفع الضرر عن أحد الزوجين أو كليهما، فيأمران بالطلاق في هذه الحالة دفعًا للضرر الذي يحيق بكلا الزوجين ورفع الضرر واجب⁵ عملا بالقاعدة الفقهية "الضرر يزال"⁶

¹ رمضان علي سيد الشرنباصي ، المرجع السابق ، ص 220.

² سورة الروم ، الآية 21.

³ سورة النساء، الآية 130.

⁴ عبد الودود السريني، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية ،الإسكندرية،1980،ص 11.

⁵ - نور الدين عتر، أبغض الحلال، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص43

⁶ - أحمد بن الشيخ محمد، الزرقاء، (ت 1957 هـ) شرح القواعد الفقهية ، ط2 ، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، 1409 هـ ، ص 179 .

- 1- إذا كان بقاء الزوجة بعصمة الرجل يوقعه في محرم كجلب مال الحرام للإنفاق عليها.¹
- 2- إذا فسقت الزوجة بالزنا وأصررت باستمرارها على ذلك و لم تتب.
- 3- على المولي وهو الذي حلف أن لا يطاء زوجته، فيمهل أربعة أشهر فإن رجع عن يمينه بوطئه لها فذلك، وإن لم يرجع، وطالبته به وجب عليه طلاقها.²
- 4- إذا كان الزوج فاقدا للقدرة الجنسية ولا أمل له في العلاج، كأن يكون عينيا³ أو مجبوبا⁴ وبالتالي ليس له القدرة على الإنجاب، وليس له القدرة على تحصين الفرج لعدم قدرته على التلاقي مع امرأته تلاقيا كاملا، فوجب التفريق⁵، إذا لم تكن راضية بحاله.⁶

ثانيا: الطلاق يكون مندوبا

إذا كانت الزوجة سيئة الخلق سليطة اللسان تؤذي زوجها بالقول أو الفعل⁷ أو تكون مفرطة في حق من حقوق الله كالصلاة أو الصوم أو تقف في مواقف ولا تتعظ لوعظ زوجها لها⁸.

ثالثا: يكون الطلاق مكروها

إذا كان من غير حاجة داعية اليه، حيث لا يكره منها خلقا أو خلقا، ولا حاجة عنده لفراقها، بإزالة النكاح لقوله صلى الله عليه وسلم: " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"⁹.

رابعا: ويكون الطلاق حراما

إذا كان بدعيا وذلك بأن يطلق الرجل زوجته ثلاثا بلفظ واحد أو متفرقات في طهر واحد، أو يطلقها في حيض أو نفاس، ويكون الطلاق بغير سبب والقصد منه إضرار الزوجة وتشتيت الأسرة، وما عدا هذه الأحوال يكون الطلاق سني فلا يحرم¹⁰.

¹ - الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص361.

² - محمد بن يحيى، المطهر، أحكام الأحوال الشخصية في فقه الشريعة الإسلامية، ج2، ط2، دار الفكر، صنعاء، 1989، ص30.

³ - العنين هو العاجز عن الوطاء في القبل، الشريني، المرجع السابق، ج3، ص202.

⁴ - المجهوب هو من قطع ذكره و خصيته.

⁵ - الشرنباصي، المرجع السابق، ص229.

⁶ - وفاء معتوق، حمزة فراش، الطلاق و الآثار المعنوية و المالية في الفقه الإسلامي، دط، د د ن، القاهرة، مصر، 2000، ص44.

⁷ - محمود على السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1415 هـ، ص36.

- مصطفى السيوطي، الرحبياني، مطالب النهي في شرح غاية المنتهى المكتب الإسلامي، دمشق، ج5، 1961، ص233.

⁹ - حديث صحيح سبق تخريجه، ص156.

¹⁰ الشرنباصي، المرجع السابق، ص230.

خامسا: وأما الطلاق المباح

وهذا في حالة الحاجة إليه، كانهدام المودة والتفاهم، وكذلك سوء خلق الزوجة وعشرتها والتضرر منها من الطلاق المباح¹، شرط أن يكون في طهر لم يمسه فيه طليقة واحدة ثم لا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي عدتها².

الفرع الثاني : الحكمة من مشروعية الطلاق

على اعتبار أن الزواج هو رباط مقدس بين الرجل والمرأة وقد سماه الله بالميثاق الغليظ، فنظرا لأهميته تحرص الشريعة الاسلامية على بقاءه بشتى الوسائل لكن قد تعتري هذه الرابطة بعض العوائق التي تحول دون استمرارها كانهدام الود والألفة بين الزوجين وبالتالي لا يؤدي الزواج هذه الأغراض فتتقلب الحياة الزوجية رأسا على عقب³ وتتقلب المصالح إلى مفاسد.

والإسلام قد وضع الحلول لإصلاح حال الأسرة وحل مشكلاتها، لكن قد يصل الشقاق إلى حد يصبح فيه الصلح مستحيلا، فيسود التنافر والكره بين الزوجين و يؤثر سلبا على حياة كل من حولهم وخاصة الأطفال.

فقد يصاب الزوج بمرض خطير، أو يكون عقيما فلا يحقق الأهداف المرجوة من النكاح كما قد يغيب لفترة طويلة بحيث لا يعرف أو أهو حي أو ميت، وقد يعسر فيعجز عن الإنفاق عن زوجته مما يعرض حياتها معه للخطر⁴

وهذه الحالات ليست خيالية وإنما هي من واقع الحياة اليومية وكان تحريم الطلاق فيها يوقع الناس في العنت والحرج، ولأن الإسلام دين لجميع الأمم والعصور وهو دين واقعي فهو لا ينظر للزواج على الرغم من أنه رباط مقدس على أنه عقد أبدي لا يمكن انهاؤه حيث شرع الطلاق ليكون حلا حاسما ونهائيا لما يستعصى حله من طرف الزوجين أو الحكيمين و أهل الخير، إذ يكون منفذا للخلاص من المفاسد والشور⁵.

ومن أهم الحكم المرتبة على تشريع الطلاق ما يلي:

1-وضع حد حاسم للنزاع بين الزوجين.

¹ محمد فوزي فيض الله، الطلاق و مذهب في الشريعة و القانون، د ط، د د ن، الكويت، 1986، ص 2 .

² وفاء معتوق، حمزة فراش، المرجع السابق، ص 44 .

³ عبد الودود السريتي، المرجع السابق ص 2

⁴ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁵ - الشرنباصي، المرجع السابق، ص 231 .

2- منع الضرر الدائم أو الغالب على النفع، كإعسار الزوج على الإنفاق.

3- إعطاء فرصة حياة جديدة للزوجين بالفراق لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾¹

المطلب الثالث

القيود الواردة على مشروعية الطلاق

فالإسلام في تشريعه للطلاق لم يجعله مطلقا من القيود والشروط وذلك لأنه رباط مقدس ولأن في انحلاله عدة آثار خطيرة، والأصل في الطلاق الحظر والإباحة للضرورة والضرورة تقدر بقدرها لذا كان لزاما وضع جملة من الشروط التي تقلل من إيقاع وهذه الشروط قد تتعلق بالمطلق (فرع أول) أو المطلقة (فرع ثان) ومنها ما يتعلق بصيغة الطلاق (فرع ثالث) .

الفرع الأول : القيود المتعلقة بالمطلق

وتتمثل هذه القيود في أن يوقع الطلاق الزوج أو وكيله (أولا) وأن يكون الزوج صاحب الطلاق مؤهلا (ثانيا) إضافة إلى سلامة الإرادة من العيوب (ثالثا) ثم قيام الزوجية الصحيحة عند الطلاق (رابعا).

أولا يوقع الطلاق الزوج² أو وكيله³ : فلا يملك غيرهم إيقاع الطلاق فليس للولي أن يطلق زوجة موليه ، وليس للسيد أن يطلق زوجة عبده لأن الطلاق حق شخصي للزوج لا يملكه غيره إلا بتوكيل منه .

أي أن الطلاق يقع بالإرادة المنفردة للزوج حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة كما يمكنه توكيل طرف آخر من أجل مباشرة إجراءات الطلاق وفي هذه الحالة لا بد أن تكون الوكالة مكتوبة وخاصة طبقا لأحكام المواد 572⁴ 574⁵ م القانون المدني الجزائري، أما الطلاق بالتراضي (الزوج والزوجة معا) فيتم بواسطة

¹ - سورة النساء، الآية 130.

² - فيض الله ، المرجع السابق ، ص 2.

³ - الإنابة في الطلاق على نوعين :

* التوكيل هو أن يقيم الزوج شخصا آخر غيره مقام نفسه في تطليق زوجته وهو عادة لا يكون إلا للغير .

* التفويض يكون للزوجة عادة ولو استعمل بصدده لفظ التوكيل وليس التفويض.

⁴ - المادة 572 ق م "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك" .

⁵ - المادة 574 " لا بد من الوكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات .
الوكالة الخاصة لا تخول للتوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري".

عريضة مشتركة موقعه من طرف الزوجة والزوج معا وفقا لأحكام المادة 428¹ من الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا أن يكون الزوج صاحب الحق في الطلاق مؤهلا²: أن يكون عاقلا ، فلا يتوقع أن يصدر لفظ الطلاق عن شخص غير عاقل وهو المجنون والمعتوه، ومن اختل عقله لكبر أو مصيبة فاجأته فلا يقع طلاقه لعدم الأهلية، وألحق الفقهاء بالمجنون النائم والمغمى عليه. إذا أن هؤلاء ليس لطلاقهم أي قيمة قانونية، إذا لا يترتب أي أثر يعتد به باعتبار أن الطلاق من التصرفات التي تحتاج إلى العقل السليم لكي يترتب عليه الشرع الآثار اللازمة .

ثالثا: سلامة الإرادة من العيوب: يعني أن يكون الزوج الذي يوقع الطلاق سليم الإرادة ، فلا يتعرض لضغط أو إكراه³ ذلك أن الإكراه يعدم الإرادة فيجعل التصرف باطلا، بالإضافة إلى أن النطق من مكره لا يحقق المقصد الشرعي للطلاق .

رابعا : قيام الزوجية الصحيحة عند توقيع الطلاق: ونقصد بذلك محل الطلاق حيث لا يقع الطلاق على المرأة بل محل الزوجية في زوجية صحيحة سواء قبل الدخول أو بعده، فالطلاق ما هو إلا أثر من آثار العقد الصحيح.⁴

الفرع الثاني : القيود المتعلقة بالمطلقة (من حيث محل الطلاق)

المرأة المعقود عليه بزوجة صحيحة سواء قبل الدخول أو بعده فالطلاق أثر من آثار العقد الصحيح ولهذا يشترط فيمن يقع طلاقها جملة من الشروط:

أولاً: أن تكون زوجة حقيقة أو حكما فيما أن الطلاق حل لرباط الزوجية الصحيحة فهو لا يقع إلا على الزوجة القائمة زوجيتها حقيقة، والمعتدة من طلاق رجعي، والمعتدة من طلاق بائن بينونه صغرى والمعتدة من فسخ الزواج بسبب رفض الزوجة الدخول في الإسلام، وبسبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام، ذلك أن الزوجة حال قيام الزوجية قبل وقوع أية فرقة الرابطة بينها وبين زوجها متحققة، بثبوت الملك والحل معا فهي محل

¹ - المادة 428 ق إ م إ " في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعه من الزوجين تودع بأمانة الضبط".

² - الأهلية المطلوبة لإحداث الآثار ما تجاوزت السن 19 طبقا للمادة 40 من ق م ج إذا كان من الذين تم الترخيص لهم بالزواج قبل بلوغ سن 21 سنة التي نص عليها القانون في المادة 7 من قانون الأسرة كشرط للزواج " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

³ المكره على الطلاق ، لا يقع طلاقه عند الشافعي خلافا للجمهور لأنه لم يصدر منه عن إرادة والعبرة للقصد ، لا للفظ فالمكره لم يكن الباعث له على إيقاع الطلاق إرادته أو رأيه إنما حمل عليه بإرادة المكره ورأيه ، فكان توقيا من الخطر المحدق به فاخياره أهون الشرين اختيار غير صحيح وهو كعدمه.

⁴ لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد ، أو الوطاء شهية.

لوقوع الطلاق عليها، ومثلها المعتدة من طلاق رجعي، وأما المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فملكها زال، ولكنها حلها باق، فهي محل لوقوع الطلاق عليها.¹

ثانياً: تعيين الزوجة المطلقة لغرض معرفة الزوجة المقصودة من الطلاق لكونها محلاً للطلاق وتعيين المطلقة يكون بالصفة أو الإشارة أو النية.

وعليه فإن هذا الشرط لا أثر له عند الذين يتزوجون أكثر من واحدة فيجب تعيين من يطلقها بالذات والاسم وإلا كان كلامه لغواً إلا إذا تلفظ بالجمع.

ثالثاً: أن تكون الزوجة طاهرة من الحيض والنفاس، عند إيقاع الطلاق عليها فلا ينبغي الطلاق على الحائض أو النفساء.

ويعتبر هذا الطلاق بدعة لأن طلاق السنة هو ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم طبقاً لقوله صلى الله عليه وسلم "مره ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فتلک العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء"²

فالطلاق البدعة من حيث الوصف الشرعي حرام لأنه منهي سنة لكون السنة مصدر تفسيري للقرآن الكريم.

رابعاً: ينبغي أن لا يكون الطلاق في طهر جامعها فيه .

الفرع الثالث: القيود الواردة على صيغة الطلاق

يقع الطلاق بكل لفظ يدل على حل عقدة الزوجية من أي لغة وبما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة إذا لم يكن قادراً على النطق.

واللفظ قد يكون صريحاً يفهم بمجرد نطق إرادة الطلاق ولا يستعمل عرفاً فيه مثل طالق وكل مشتقات الطلاق وألفاظ الفراق فهنا يقع الطلاق دون توقف على النية لأنه ظاهر في دلالة.³

¹ عبد الفتاح نقيب، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الإجهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة)، المرجع سابق، ص 210.

² حديث سبق تخريجه، ص 156-157.

³ ساجدة عفيف محمد رشيد عتملي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لدرجة الماجستير، في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص 21.

كما يكون كناية يحتمل الطلاق وقد يحتمل غيره مثل أنت حرة فهو يحتمل إرادة الطلاق كما يكون المقصود منه هو الحرية في التصرف وهنا لا يقع الطلاق إلا بالنية لأن اللفظ يحتمل معنى الطلاق وغيره ، والذي يعين إرادة الطلاق، هو نية المطلق.¹

ويقوم مقام اللفظ الكتابة لو كان قادرا على النطق.²

كما يقوم مقام اللفظ إشارة الأخرس المعهودة في الدلالة على قصد إيقاع الطلاق والراجح أنه لا يقع طلاقه بالإشارة، إلا إذا كان لا يعرف الكتابة، لأن الكتابة أدل على المواد والإشارة أداة تفهيم يكتفي بها للضرورة، ومع القدرة على الكتابة لا ضرورة .

المطلب الرابع

الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق

تعدد الأسباب لإيقاع الطلاق، وهي تختلف من مكان لآخر ومن أسرة لأخرى ولكن معظم هذه الأسباب ناتج عن الابتعاد عن الدين وقلة الوعي بحقيقة الزواج و مقاصده ونتطرق إلى هذه الأسباب من خلال سوء الاختيار(فرع أول) ، ثم قلة الوعي بحقيقة الزواج(فرع ثان) ، ثم تدخل الأهل بين الزوجين (فرع ثالث) ثم عوامل اقتصادية وثقافية واجتماعية(فرع رابع) ، إضافة إلى عدم الكفاءة الجنسية (فرع خامس)، ثم مشاكل صحية ونفسية في (فرع سادس).

الفرع الأول : سوء الاختيار

إن من أهم أسباب الطلاق المتكررة هي سوء الاختيار سواء الزوج أو الزوجة في البدانة حيث لا يكون الاختيار مبنيا على أسس صحيحة، فقد يختار الزوج زوجته بناء على شكلها أو أنها زوجة عاملة، دون أن ينظر إلى دينها وأخلاقها، وقد تختار الزوجة زوجها بناء على ماله أو عمله دون السؤال عن خلقه ودينه ثم يقع الزواج فيفتاجاً كل منهما بسوء الخلق أو قلة الدين وتحدث المشاكل عظيمة تؤدي إلى الطلاق حيث قال

¹ الكتابة الظاهرة لها حكم الصريح ، و اتفق الفقهاء وعلى وقوع الطلاق بالكتابة وقال المالكية من كتب الطلاق عازما عليه، لزمه إذا لم يكن مترددا فيه ، فإن كتب الطلاق عازما عليه أو لم يكن له نية لزمه بمجرد كتابة أنت طالق إذا لم يعزم على الطلاق حال الكتابة بل كان مترددا فلا يقع ما لم يخرج الكتاب من يده ويعطيه لمن يوصله ، فيصل إليها أو وليها، فإن أخرجه من يده فيقع بمجرد إنفاده ولو لم يصل وإن أخرجه غير عازم ولم يصل فالأرجح عدم اللزوم . أنظر في ذلك عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 222، 223.

² عبد القادر حرز الله، المرجع نفسه ، ص 223.

رسول الله صلى الله عليه وسلم "تنكح المرأة لأربع، لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها فأظفر بذات الدين تربت يداك"¹ فهذا الحديث ينص صراحة في الترغيب بنكاح الفتاة صاحبة الدين والتقوى.

الفرع الثاني: قلة الوعي بحقيقة الزواج

حيث يجهل كل من الزوجين حقوقه وواجباته تجاه الآخر، وعند عدم أداء أحدهما ما عليه أو حصوله على حقوقه فلا تتحقق مقاصد الزواج بشكل كامل، فتكثر المشاكل، فإذا حصل واتفقا على قيام كل منهما بواجباته فيمكن إنقاذ هذا الزواج وإلا فلا بد من إنهائه بواسطة الطلاق.

الفرع الثالث: تدخل الأهل بين الزوجين

قد يؤدي تدخل الأهل في الحياة الزوجية لأبنائهم إلى تعاستهم وأحيانا يؤدي تدخلهم إلى انهيار زواجهم.

فيكون تدخل الأهل في اختيار الزوج أو الزوجة في البداية دون أخذ رغبة أي منهما ويكون في هذه الحالة خاصة اختيار الأقارب لأنهم هم الأولى فيحدث تنافر بين الزوجين قد يؤدي إلى المشاكل، كذلك قد يتدخل في السكن والإنجاب والإنفاق.

وعندما تكون هناك أصلا مشاكل بين الزوجين قد يتدخل الأهل لحل هذه المشاكل فيزيدون المسألة تعقيدا بدلا من الإصلاح بينهما.

الفرع الرابع: عوامل اجتماعية واقتصادية وثقافية

من العوامل الاجتماعية العرف الجاري عند بعض المجتمعات على عدم تعرف الخاطب بخطيبته وعدم السماح برؤيتها إلى يوم الزواج وقد لا يراها أبدا وهذا بعيد تماما عن الشرع. كذلك من الأسباب انعدام العدل في حالة التعدد فقد يفشل الزوج في قيامه بالعدل نظرا لضعف شخصيته أو عدم مقدرته على تأسيس أكثر من بيت، حيث أن الله تعالى أباح التعدد وجعله مشروطا بتحقيق العدل لكيلا يؤدي إلى مفسد تفوق المصالح.

أما العوامل الاقتصادية فلها تأثير فعال في الحياة الزوجية فقد يؤدي فقر الزوج إلى انعدام الأمان لدى الزوجة خاصة إذا كانت الزوجة تعيش في رفاهية في بيت أهلها قبل الزواج فيعجز الزوج على الإنفاق عليها وتلبية رغباتها الضرورية مما يجعل المشاكل كثيرة بينهما وإذا كان عمل المرأة يؤدي إلى تحسن الوضع المادي فإنه

¹ أخرجه مسلم في صحيحه، صحيح مسلم، كتاب الزواج، باب استحباب نكاح ذات الدين، ج2، (ح:1466)، ص 1086.

قد يؤدي أحيانا إلى المشاكل بين الزوجين فقد تستعمل الزوجة عملها وسيلة لإذلال الزوج وسلب قوامته وهذا أكثر العوامل المؤثرة في حياة الزوجين.

وأما العوامل الثقافية فنقصد بها عدم التكافؤ في التعليم بين الزوجين وذلك يؤدي إلى كثرة النزاعات والمشاكل بين الزوجين لعدم التساوي في المستوى وقلة التفاهم لذا يجب التأييد¹ عند اختيار الشريك والاهتمام بالتقارب لكي يتحقق الانسجام والتفاعل لبناء بيت متماسك ومتكامل.

الفرع الخامس: مشاكل نفسية أو صحية

الزواج شرع من أجل التحصين النفسي والجنسي للزوجة لأن العلاقة والمعايشة في إطار الشريعة الإسلامية هي من المقاصد الأساسية لعقد الزواج.

حيث إنه لكلا الزوجين الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة وقد يؤدي اختلالها من جانب أي طرف إلى صدمة نفسية للطرف الآخر ومن هنا إما أن يصبر الطرف المتضرر ويجعل باقي الجوانب مبررا كافيا لإبقاء هذه العلاقة وخاصة في حالة وجود أبناء وإما أن الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء هذه العلاقة إذا كانت في بدايتها لإيجاد ما هو أفضل منها.²

قد يؤدي الوضع النفسي للرجل أو المرأة إلى مشاكل أسرية قد تؤدي إلى الطلاق إذا كان أحدهما يعاني من الغيرة المفرطة أو الشك الزائد.

أما المشاكل الصحية وهي المرض فهو يشكل أهم العقبات التي تعترض الحياة الزوجية وتحول دون استمرارها كالمريض المزمن الذي يجعل صاحبه عاجزا عن القيام بواجباته أو وظائفه.

وغالبا ما نجد أسباب الطلاق هو العجز الجنسي فيقوم الطرف المتضرر برفع دعوى قضائية محلها الطلاق الذي يؤسسها على عنصر الخطأ الذي يتسبب في ارتكابه الطرف الآخر الذي لم يفصح في البداية عن قصوره الجنسي³ ، كذلك قد يصاب أحد الزوجين بمرض معدٍ يجعل الطرف الآخر ينفر منه، كذلك يشمل المرض العقم وذلك يؤدي إلى عدم تحقيق مقصد من المقاصد الأساسية للزواج حيث لا تستقيم الحياة الزوجية في نظر البعض إلا بوجود الأولاد وقد جاء في قرار المجلس الأعلى في 19/11/1984 "متى كان مقررا في

¹ ساجدة عفيف محمد عتيبي، المرجع السابق، ص 25-26.

² باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 14 - 15.

³ تشوار الجيلاني، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص

الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب أجل سنة كاملة للعلاج وإن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانبه، وبعد انتهاء تلك المدة فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية فإن كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيا، تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ هذا الحكم بها ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من قبل الطاعن".¹

إذن بعد التطرق إلى مفهوم الطلاق وحكمه والحكمة من مشروعيته وكذلك القيود الواردة على إيقاعه وأهم أسباب الطلاق المشروعة نتطرق إلى التعسف في إيقاع الطلاق.

¹ قرار صادر عن المجلس الأعلى في 19/11/1984، قلا عن لحسن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق، ص 80.

المبحث الثاني

مفهوم الطلاق التعسفي

لقد شرع الله الطلاق وهو أبغض الحلال إليه وأعطى للزوج إيقاعه بإرادته المنفردة والحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل دون المرأة مع إنها طرف في عقد الزواج وشريكة فيه، أن فصم رباط الزوجية أمر خطير تترتب عليه آثار بعيدة المدى في حياة الأسرة والمجتمع فينبغي أن لا يوضع إلا في يد من يقدر العواقب حق قدرها ويزن الأمور بميزان العقل المحض غير متأثر بالرغبة أو العاطفة ومما لا شك فيه أن الرجل أكثر تقديرا وإدراكا للعواقب من المرأة.

وهذا وقد يحدث أن يوقع الزوج الطلاق من غير أسباب مقنعة مما يلحق أضرارا بالمرأة وهذا يناقض الحكمة التي شرع لأجلها، لأن استعمال الحق في الطلاق ولو كان مشروعاً من حيث الأصل إلا أنه لم يشرع ليكون مصدراً للضرر إنما شرع لتحقيق المصالح ولهذا سنتعرض في هذا المبحث للمطالب التالية:

تعريف الطلاق التعسفي (المطلب الأول)، ثم حكم الطلاق التعسفي في (مطلب ثان)، ثم صور الطلاق التعسفي في (مطلب ثالث)، ثم موقف بعض التشريعات العربية من الطلاق التعسفي في (مطلب رابع).

المطلب الأول

تعريف الطلاق التعسفي

فالتعسف المقصود به: "أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له - يعرض أو بغير عوض - أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية."¹ وبما أن نظرية التعسف جاءت من أجل تحقيق التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة أو بين الحقين الفردي والجماعي لأن الإخلال في التوازن بين المصالح الخاصة غير مشروع، فلو نتج عن الحق الفردي وإن كان مشروعاً لإلحاق ضرر بالحق الجماعي كان ذلك مناقضة لمقصود الشارع. في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.²

¹ فتحي الدريني، المرجع السابق ص 46 .

² عبد الهادي بن زبطة، المرجع السابق، ص 121 .

وعلى ذلك فإن الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه بدون سبب معقول ومن غير سوء تصرف الزوجة، وبدون طلبها ومن غير رضاها، إنما يقع بمجرد قصد الإضرار بها، وبهذا يكون الزوج متعسفا لاستعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعا وقانونا¹ وعليه حتى يكون الطلاق تعسفيا يجب:

- أن لا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة كأن تكون ناشزا.
- أن لا يكون بطلبها أو رضاها
- أن تصاب الزوجة المطلقة بضرر من جراء وقوع هذا الطلاق
- أن يوقع الزوج الطلاق، دون سبب أو ضرورة إليه.

فإذا ما توفرت هذه الشروط بدعوة الطلاق عد الزوج متعسفا في استعمال الحق.

ولقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52² من قانون الأسرة على الطلاق التعسفي و لكن لم يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها و بذلك فالمطلق بتطبيقه لزوجته تعسفا يعد بمثابة المريض الذي زاد في جرعة الدواء فألحق الضرر بنفسه فيتحمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفا في إيقاعه.

المطلب الثاني حكم الطلاق التعسفي

ينطبق حكم الطلاق التعسفي على حكم الطلاق عموما وفي الأصل فيها انقسم الفقهاء إلى قسمين فقد ناقشوه من جهة أصله في التشريع واختلفوا في ذلك، فذهب البعض إلى منعه إلا لضرورة ملحة وذلك بالرجوع إلى نصوص نعت عنه، بينما ذهب آخرون إلى إباحته دون حرج ما دام هناك نصوص قرآنية أباحتها والسؤال الذي يطرح نفسه هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟ وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر وأدلتهم (فرع أول)، ثم القائلون بأن الأصل في الطلاق الإباحة وأدلتهم (فرع ثان) ثم مناقشة الأدلة في (فرع ثالث).

¹ - أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق - دراسة تأصيلية و تطبيقية في القانون المدني و الفقه، - دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، 2014، ص 19.

² المادة 52 من ق أ ج "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الفرع الأول: القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر وأدلتهم

ذهب الجمهور من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ إلى أن الأصل في الطلاق الحظر واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَبَجَعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁵ هذه الآية تحت على الصبر إن رأوا منهن ما يكرهون ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون.

كذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁶ ووجه الدلالة في الآية أن الله تعالى أمر ببعث الحكامين في حالة وجود نزاع بين الزوجين وذلك للتضييق من دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها اجتماع الأسرة ويكون ضرر البقاء أكبر من الضرر الناتج عن التفريق.

كما استدلل الجمهور من السنة: حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق" فما كان أقرب للحلال البغض والمباح لا يبغض بالفعل لكن قد يقرب له إذا خالف الأولى، والطلاق من أشد أفراد خلاف الأولى.

كذلك ما روى عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الذَّوْاقِينَ وَلَا الذَّوْاقَاتِ" ⁷ وجه الدلالة في حديث يدل على كراهة التطليق واستبدال الأزواج والكراهة تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها فلا يباح إلا للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

الفرع الثاني: القائلون بأن الأصل في الطلاق الإباحة و أدلتهم

ذهب بعض الحنفية في قول لهم ان الأصل في الطلاق الإباحة⁸ وهم الكساني والسرخسي والموصلي من الحنفية والقرطبي من المالكية وأدلتهم:

¹ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص285.

² الدردير، أبو البركات أحمد بن محمود بن أحمد (ت 120هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، ج2، خرج أحاديثه وفهرسه: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، د س ن، ص 535.

³ الماوردي، المرجع السابق، ص 274.

⁴ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، كتب رسائل و فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، ج 32، ط2، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي، ص 293.

⁵ سورة النساء، الآية 19.

⁶ سورة النساء، الآية 35.

⁷ حديث رواه الطبراني في الكبير والأوسط وأخرجه السيوطي عن عبادة بن الصامت وقال الألباني حديث ضعيف حديث رقم 1673 في ضعيف الجامع.

⁸ ابن نجيم، المرجع السابق، ج3، ص 255 .

- قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾¹.

ووجه الدلالة أن الله نفى الإثم و الجناح عن الزوج إذا طلق امرأته يقتضي الإباحة.

- كذلك قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾².

حيث دلت الآية الكريمة على إباحة الطلاق من غير سبب أو حاجة وهذا دليل على أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر.

- ومن السنة: ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم "طلق حفصة ثم راجعها"³

ووجه الدلالة إن ظاهر الرواية أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقها من غير ريبة فقد أمره الله تعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة⁴

- كذلك أن بعض الصحابة طلقوا زوجاتهم فلو كان محظورا ما قاموا بتطليقهن، فقد طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم، وطلق عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه زوجته تما ضر.

الفرع الثالث: مناقشة الأدلة

نتطرق إلى مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر(أولا) ، ثم مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة(ثانيا) ثم الترجيح بينهما(ثالثا).

أولا: مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر

- إن الاستدلال بالآية الكريمة في غير موضعه حيث إن الآية جاءت لبيان خطوات نشوز المرأة وعصيانها وتمرداها على زوجها فلا يجوز للزوج أن يتجاوز مرحلة قبل غيرها فعليه أن يبدأ بالوعظ والإرشاد ثم المهجر ثم الضرب الغير المبرح وإلا يعتبر ظلما والآية فيها تهديد للأزواج الذين بغوا على النساء من غير سبب وليس هناك ما هو أشد ظلما من الطلاق بغير سبب.⁵

أما الحديث " أبغض الحلال إلى الله الطلاق " فالمقصود بالحلال المشروع وهو الطلاق ومشروعيته.

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² سورة الطلاق، الآية 1.

³ حديث صحيح: سبق تحريجه ص 156.

⁴ ابن نجيم، المرجع السابق، ص 253.

⁵ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، د ط، دار قنديل، عمان، 2010، ص 33.

بمعنى عدم حرمةه والحلال بالمعنى السابق يشتمل المكروه وهو المبعوض فلا تنافي بين كون المطلق مبعوضاً وكونه حلالاً أما لفظ المباح فيحمل على ما أبيح في بعض الأوقات أي في الأوقات المباحة للطلاق فمتى وجدت الحاجة جاز الطلاق.

ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة

فالآية الأولى تفيد نفي الجناح عن التطليق غير المدخول بها ولا يتعداه إلى كل طلاق¹

وأما الطلاق الوارد في الصحابة، فليس هناك ما يدل على أنه صدر لغير سبب ولا يعقل أن يكون كذلك.²

وأما ما ورد لطلاق النبي صلى الله عليه وسلم لحفصة فالحديث ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب عملاً بالأدلة الأخرى، حيث لم يرو في الخبر أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقها من غير حاجة، فوجب حملة على الحاجة تنزيهاً لفعل النبي صلى الله عليه وسلم عن العبث.

أما الآية "قطلقوهن لعدتهن" وهي لبيان في وقت الطلاق وليس لبيان حكمه³

ثالثاً: الترجيح: مما سبق ترجح الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يباح إلا للضرورة المعتبرة شرعاً وهي للحاجة إلى الخلاص، فإن كان بغير سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة للخلاص بل يكون حملاً ونكراناً للنعمة وكذلك نجد قوة أدلة القائلين بالحظر، لقربها من روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها.

المطلب الثالث

صور الطلاق التعسفي

إن للطلاق التعسفي عدة تطبيقات وصور عديدة تختلف أحكامها من صورة إلى أخرى ومن أبرز هذه الصور الطلاق بدون سبب شرعي (فرع أول)، وكذلك الطلاق بقصد الحرمان من الميراث (فرع ثان).

الفرع الأول: الطلاق بغير سبب

وستتطرق له من خلال مفهوم الطلاق بغير سبب (أولاً)، ثم تطبيق معايير الوصف التعسفي على الطلاق بلا سبب (ثانياً).

¹ السريتي، المرجع السابق، ص 13.

² المرجع نفسه.

³ ساجدة عفيف عتيبي، المرجع السابق، ص 47.

أولاً: مفهوم الطلاق بغير سبب

الطلاق بلا سبب¹ معناه أن الزوج و إن كانت العصمة الزوجية بيده فإن إنهاؤه لهذه العصمة يكون مقيدا بأسبابه وذلك بما لا يضر الزوجة أو يسئ إلى سمعتها فقد قيد إيقاع الطلاق بقيود حتى يحقق المقصد من تشريعه.

إن إيقاع الطلاق من الزوج في هذه الحالة يعد تعسفا و قرينة على قصد إيذاء زوجته لذا فقد رتب الشارع المتعة وجوبا² عدا المطلقة قبل الدخول التي سمي صداقها³ لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁴

وقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵

انطلاقاً من هذه النصوص الشرعية و لأن الطلاق التعسفي يعود بالضرر على الزوجة و القاضي تتمثل سلطته في إنصاف المظلومين، فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب شرعي وأصابها ضرر من جراء ذلك فهنا وجب عليه التعويض ولو لم يلحق الزوجة أية آثار مادية، لأن للطلاق آثاراً معنوية كفيلة بتحطيم الزوجة ودخولها في حالة من القلق والاكتئاب خاصة إذا لم يكن هناك سبب معقول للطلاق ولم تكن هناك مشاكل بينها وبين زوجها، ولأن المجتمع ينظر للمطلقة نظرة احتقار وأنها لم تطلق إلا لتهمة⁶ وربما يؤدي هذا إلى عدم زواجها مرة أخرى ولهذا شرعت المتعة للتخفيف من معاناتها.

حسب نص المادة 52 من قانون الأسرة، فالمشرع قضى للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها بالتعويض⁷ إذا كان الطلاق من غير مبرر.

وعليه لما كان إثبات الطلاق من عدمه أمام الجهة القضائية لأنها مخولة في تحديد الطبيعة والمعيار وحرية التقديم، فالسلطة التقديرية للقضاء في تحديد حالة ودرجة التعسف، باعتبار أن القاضي هو قاضي أساس

¹ - لا يوجد تعريف فقهي محدد للطلاق بغير سبب، لكن يمكن تعريفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المال، بتطليق الزوجة بدون سبب مشروع".

² - المتعة هي ما يدفعه الزوج لزوجته من مال أو غيره بقصد إعانتها أو إكرامها لها و تقديرها متروك للقاضي.

³ - ابن رشد، المرجع السابق، ص 100.

⁴ - سورة البقرة الآية 241.

⁵ - سورة البقرة، الآية 236.

⁶ عمرو عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 181 .

⁷ لأنه شرعا، الطلاق حق للرجل صاحب العصمة، ويجوز للقاضي أن يحل محله في إصدار الحكم.

يراعي مسألة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار وهذا ما يظهر من خلال سلطته الموضوعية التقديرية، لأن المحكمة جهاز حيادي ومن رأى عدم تحقيق العدالة يرفع الأمر إلى الجهات القضائية العليا.¹ إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلاق زوجته بغير سبب شرعي وأنه سيصيبها ضرر جراء هذا الطلاق، فيحكم القاضي حسب درجة وحالة التعسف بالتعويض للمطلقة، أما في حالة ثبوت تعسفه في الطلاق، فإن للزوجة الحق في المتعة إضافةً للتعويض عن الضرر الذي أصابها بسبب تعسف الزوج.² وما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد أن صورة معيار التعسف أمام القضاء تقوم على أساسين: المعيار الشخصي أو الذاتي ويتمثل في النية أو الباعث.

المعيار الموضوعي ويتمثل في الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال هذا الحق.³ ذلك أن المعيار هو ضمان حالة التوازن طبقاً للقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار". وهذا ما تجسده الجهة القضائية في سلطتها التقديرية باعتبارها جهة محايدة.

والمشروع الجزائري من خلال نص المادة 52 من ق الأسرة أحسن صنعا عندما أقر التعويض ولم يقيد ذلك بمتروك للقاضي من أجل الحكم بالتعويض الذي يراه مناسباً لدفع الفقر عن الزوجة المطلقة، حسب درجة التعسف ومراعاة الحالة المالية للزوج.

وفي حالة طلب الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت زوجها و تتنازل عن حقها في التعويض ولكن الزوج يرفض ذلك ويتمسك بالطلاق فهنا يعتبر الزوج قد تهادى في استعمال إرادته في الطلاق وتوسع في تعسفه وهنا يقع طلاقه ويلزمه تعويض زوجته المتضررة.

وعليه فإن المشرع يقضي بالتعويض للزوجة التي طلقها زوجها بدون سبب مشروع، لأن في ذلك إلحاق الضرر بالزوجة، وهذا يعتبر تطبيقاً لمبدأ التعسف في معياره الذاتي الذي يعقد بالنية والباعث والدافع في استعمال الحق.

ومن قرارات المحكمة العليا في قضائهم بتعويض للزوجة نجد:

¹ عبد الفتاح نقيه، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 56.

² م، ع، غ، أش، ملف رقم 41560 بتاريخ 1986/4/7 م. ق 1989، عدد 2، ص 69 حيث جاء فيه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً، نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، و ينبغي عند الحكم بتحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي".

³ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 87.

- م ع، غ ق خ 1969/05/29، ن س 1969، ص 306 "إن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية".

- " إن منح قضاة الموضوع تعويضا للمتضرر من أي إجراء هو مسألة وقائع متروك تقديرها للقضاة وحدهم دون رقابة عليهم". م ع، غ ق خ. 1970/10/21. ن ق، 1972، عدد 1، ص 58 .

حيث نجد من هذا القرار أن قضاة الموضوع هم الذين لهم الحق في تقديم التعويض ولا يخضعون لرقابة المحكمة العليا إلا إذا كان قرارهم فيه ظلم كبير لأحد الزوجين.

- "من المقرر شرعا و قانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإن للمطلقة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة م ع، غ أ ش، 1982/11/12، ملف رقم 28784، ن ق، 1986، عدد 2 ص 32".¹

وعليه فالزوج إذا كان قد طلق زوجته بدون مبرر، فإن لها الحق في النفقة والتعويض، ونقصد بالنفقة نفقة إهمال، ومتعة، وعدة، كما أن لها الحق في السكن في الوقت الذي يحكم فيه بالطلاق والحضانة والعكس إذا كانت الزوجة هي التي طلبت الطلاق فإن ليس لها الحق في المتعة والتعويض وهذا ما نستخلصه من القرار الآتي "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق -تعسفا- زوجته وتنتج عن ذلك ضرر لمطلقاته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قضائية قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال-أن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له يرفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من ق الأسرة فهما خاطئا وحتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال".²

وعليه بإعمال معيار اعتبار الوصف التعسفي في استعمال الحق وتطبيقاته على الطلاق التعسفي، فإنه يمكن التطرق إلى بيان حقيقته و طبيعته من قول "فتحي الدريني" يقوم التعسف على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق". والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهتين:

الوجه الأول: من حيث الباعث الذي حرك إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع يؤدي للإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع بتحليل محرم أو إسقاط واجب تحت ستار الحق .

¹ - بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 244-245.

² العربي بالحاج، قانون الأسرة معلقا بقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 248-249.

الوجه الثاني: من حيث النتيجة التي تترتب على استعمال هذا الحق بحد ذاتها بعيدا عن العوامل النفسية، فإذا كانت النتائج أضرار راجحة منع مباشرة الحق فيهما ووجه المناقضة ظاهر لأن الحقوق إنما شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد.¹

وعليه فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن المقصد الأساسي من تشريعه، وفي ذلك مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص.

وقد وضع فقهاء الشريعة معايير للوصف التعسفي لمساعدة القضاة في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته. فبالإضافة إلى المناقضة بين قصد الشارع وقصد الإضرار بالغير توجد معايير فرعية أخرى كإخلال التوازن بين المصالح والضرر الفاحش.²

ثانيا: تطبيق معايير الوصف التعسفي على الطلاق بلا سبب

إن وضع معايير للفعل التعسفي يساعد في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته ويساعد في ترتيب الجزاء المناسب من المنع أو الإيجاب أو التضمنين، وذلك أن صاحب الحق في تصرفه قد تتشابه أكثر من غاية منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع وقد يكون من العسر الكشف عن قصده ونيته إلا أن القرائن والملازمات وظروف الحال وتحديد معايير تضبط الفعل كل ذلك يساعد القاضي أو ولي الأمر عند الحكم في النزاع.³

وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر فإنه يترتب على أن كل طلاق يقع على الزوجة هو طلاق تعسفي وهنا فالمطلقة ليست بحاجة لإثبات تعسف الزوج فيكفي إثبات إيقاع الطلاق عليها ليحكم لها بالتعويض ويقع عبء الإثبات على الزوج في بيان أن الطلاق كان بسبب أو بدونه حتى يحكم للمطلقة بالتعويض على الضرر الذي أصابها وهذا ما استقر عليه القضاء في اجتهاداته.

والوصف التعسفي للطلاق بلا سبب يتم إعمال معيارين فيه هما الشخصي (أولا) والموضوعي (ثانيا)

واللذان يندرج تحتها بعض المعايير الفرعية وقد سبق التطرق إليهما.

أولا: المعيار الشخصي (الذاتي)

قد سبقت دراسته بالتفصيل وتمثل معاييرها في معيار ابتغاء مصلحة غير مقصودة للشارع ومعيار تمحض قصد الإضرار

¹ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص 26-27.

² ساجدة عفيف رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص 37.

³ المرجع نفسه، ص 32.

1- معيار ابتغاء مصلحة غير مقصودة للشارع: الحق عندما يستعمل في غير الغرض الذي شرع لأجله يعتبر ظلما والطلاق المقصد الأساسي من تشريعه أنه الحل لإنهاء الخلافات بين الزوجين التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية و استعمال الحق في إيقاع الطلاق بغير سبب يعتبر تعسفا لأن قصد الزوج إيقاع الطلاق على الزوجة بهدف الإضرار بها وهذا مناقضة لقصد الشارع وتعسف في استعمال حق الطلاق.

2- معيار تمحض قصد الإضرار: وهنا ننظر للعامل النفسي للزوج والأسباب التي حركت إرادته لإيقاع الطلاق فإذا كانت أسبابه تافهة وليس لها معنى فيعتبر قاصدا إيقاع الطلاق بقصد إضرار زوجته فيعتبر متعسفا في استعمال حقه لأن الضرر ممنوع¹ وقد يكون دافعه الانتقام والكراهية لأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهية ولا يشرع إلا لضرورة فإذا كان الطلاق وقع لغير حاجة ولا ضرورة فيكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.

هذا عن المعيار الذاتي وكيفية إسقاطه على الطلاق لوصفه بالتعسف نتطرق الآن إلى المعيار الموضوعي.

ثانيا: المعيار الموضوعي (المادي): ويندرج تحته معيار الضرر الفاحش ومعيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.

1- معيار الضرر الفاحش: إن قيام الزوج بتطليق زوجته دون مبرر شرعي ودون داع إليه فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل حيث كانت نفقها على زوجها، وكذلك نظرة المجتمع للمرأة المطلقة التي لا تخلو من القسوة وغالبا ما توجه إليها الاتهامات أنها هي مذنبه مما يجعلها عرضة لبعض الذئاب البشرية وكذلك تفقد فرصة الزواج وتجديد حياتها لأن غالبية الرجال يرفضون الزواج من امرأة مطلقة، وبالتالي فالزوج عندما يطلق زوجته بدون مسوغ شرعي فهو يضر بها ضررا كبيرا وقد لا تكون له حاجة أو تكون له بدائله من التعدد مثلا فلا يعقل أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده.²

2- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: فالزوج قد تكون له مصلحة من إنهاء زواجه وذلك من أجل تجديد حياته مرة أخرى ودفع المضار من استمراره في الزواج لكن الأضرار التي تقع على الزوجة والأبناء تفوق بكثير الأضرار التي يدفعها بإنهاء الرابطة الزوجية، حيث إن الزوج بإيقاعه للطلاق له دوافعه وأسبابه وذلك لدفع الضرر عن نفسه في معاشرته من لا يريد، ولكن إذا قمنا بالموازنة بين الضرر الذي يترتب عن هذا الطلاق الذي يمس الزوجة والأبناء بصفة خاصة و بذلك يهدم كيان الأسرة التي هي أساس المجتمع وربما يمس

¹ عبير المحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 206.

² المرجع نفسه، ص 207.

الزوج ضرر بسيط من ذلك، وبين الضرر المترتب على استمرار الزوج حياته والبحث عن وسيلة لتجديد حياته مرة أخرى من استنكار خير الزوجة الذي جلب معها فيرجح الضرر الأول ويكون دفعه أولى، وهناك يكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه.¹

كذلك إذا تساوت المصلحة المرجوة من الطلاق مع الضرر الذي يلحق المرأة فإن الرجل يكون متعسفا أيضاً² عملاً بالقاعدة الشرعية "درء المفسد أولى من جلب المنافع".

فإذا انطبقت معايير التعسف على واقعة الطلاق وأصر على عدم الإرجاع فإنه يترتب على الطلاق الجزء الأخرى الذي وضعه الشارع والمتمثل في الإثم كما يترتب عليه في معظم القوانين العربية التعويض للمطلقة عما ألحقه بها من ضرر سواء كان مادياً أو معنوياً.

الفرع الثاني : الطلاق في مرض الموت

حيث نص المشرع الجزائري في نص المادة 47 من ق أ " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، فالطلاق في قانون الأسرة الجزائري قد تتعدد حالاته وأسبابه فقد يكون بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو طلب الزوجة التطلق باللجوء إلى القضاء أو تخالع نفسها بمبلغ من المال، غير أن الحالة الألى يندرج تحتها عدة حالات فما حكم من طلق زوجته في مرض الموت ؟

وكيف يمكن تحديد التعسف في هذا الطلاق ؟ وما موقف المشرع من ذلك ؟ لذلك سنتطرق إل تعريف مرض الموت (أولاً) ، ثم صور التعسف في حالة الطلاق في مرض الموت (ثانياً)، ثم حكم الطلاق في مرض الموت (ثالثاً).

أولاً: تعريف مرض الموت: وهنا يجب التفريق بين مرض الموت والموت العادي هذا الأخير هو الذي يرهق ويتعب المريض إلا أنه يمكن لطبيب تشخيصه ويصف له العلاج المناسب، إذن هو مرض يمكن علاجه ومن بين هذه الأمراض نجد المرض العضوي في البدن أو أحد الأعضاء والأمراض النفسية التي تظهر في اضطرابات سلوك الإنسان وأمراض أخرى تنتقل بالوراثة من أحد الوالدين إلى الأبناء.³

أما مرض الموت فهو المرض المخوف الذي حكم بكثرة الموت فيه سواء أكان المريض طريح الفراش أم لا ومن بين هذه الأمراض (السرطان ، الإيدز ، السل الرئوي، وجع القلب... الخ).

¹ القدومي، المرجع السابق، ص 207.

² ذياب زياد صبحي علي، متعّة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار البنايع، عمان، 1992، ص 106.

³ - محمود اسماعيل مشعل ، أحكام المريض في فقه الأسرة ، ط1، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2013 ، ص 29.

إذا اتصل به الموت كان مرض الموت وتنطبق عليه أحكام مريض الموت وإذا لم تتصل به، فحكمه حكم الصحيح . وتعرض في ذلك إلى مرض الموت في الفقه الإسلامي ثم القانون الجزائري.

1- **مرض الموت في الفقه الإسلامي** : حيث اختلف الفقهاء في تعريفهم لمرض الموت غير أنهم اتفقوا أن يتحقق فيه أمران :

- أن يحدث منه الموت غالباً - أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلًا به .¹

الفقهاء اتفقوا على أن مرض الموت هو الذي يؤدي في الغالب إلى الموت غير أن المذهب المالكي لم يقيم بتسمية المرض بمرض الموت إلا بناء على حكم طبيب، أما الحنفية فقد اعتمدوا في تعريفهم على الظواهر التي تصاحب هذا المرض كعدم قدرة المريض على قضاء حوائجه بنفسه، إلا أن هذا الرأي انتقد لأن تلك الظواهر يمكن أن نجدها عند المريض أو غيره فالاعتماد على هذه الظواهر غير دقيق. أما الشافعية والحنابلة فقد وضعوا ضابطاً لتعريفهم وهو أن يكون الموت متصلًا به غالباً.²

ويمكن تعريف مرض الموت بأنه " المرض الذي يجب اعتباره مرض الموت هو الذي يجتمع فيه وصفان

أولهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، وهذا يرجع للأطباء في تحديد طبيعة الأمراض وثانيهما أن يعقبه الموت مباشرة سواء بسببه أو بسبب خارجي كالقتل وغيره.³

2- **مرض الموت في القانون الجزائري** :

بعد أن تطرقنا لتعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي نتطرق إلى تعريفه في القانون الجزائري

أ- **مرض الموت في القانون المدني الجزائري** : فالمشرع لم يقيم بتعريف مرض الموت في القانون المدني بل أشار إليه في أحكام البيع في مرض الموت دون تبيين المقصود بهذا المرض، وما نلاحظه في المادة 408 ق م ج " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال".

¹ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح النخفة، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص 394.

² مازن مصباح، مصباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة دراسات إسلامية)، مجلد 19، عدد 2، جوان 2011، ص 970-971.

³ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء، القرار، الخلع، الطلاق)، درا الهدى، الجزائر، 2008، ص 9.

والمادة 409 من نفس القانون تنص " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع" والمادة 776 في فقرتها الأولى تنص " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية إذا كانت تعطى إلى هذا التصرف" .

فاعتبر المشرع التصرفات القانونية التي تحدث في مرض الموت بغرض التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتطبق عليه أحكام الوصية، ومهما كانت تسمية هذا التصرف ، فالمشرع اعتمد على الصياغة العامة وأدرج التصرفات القانونية التي يمكن أن تصدر في مرض الموت بنية التبرع ضمن أحكام الوصية .

ب- **مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري** : كذلك المشرع لم يعط تعريفا لمرض الموت إنما أشار إليه ضمنيا، حيث ذكر الهبة في مرض الموت في المادة 204 ق أ ج والتي تنص " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" كما ذكر الإقرار بالنسب في المادة 44 ق أ ج والتي تنص " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة" وأشار له في الوقف في المادة 215 التي تنص " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون "

ج- **مرض الموت قضاء**: حيث عرف القضاء الجزائري مرض الموت في الكثير من المسائل المتعلقة به ومن أهم قراراته التي تنص على ما يأتي " من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ، ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه وثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقوانين الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"¹

من خلال هذا القرار فإن القضاء لم يقيم بتحديد مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية حيث قاموا بتحديد ، هاته المدة بسنة كاملة، فإذا تجاوزت السنة لا يعتبر مرض الموت وتصرفاته تعتبر كتصرفات الشخص الصحيح وكذلك الاجتهاد القضائي لم يتطرق إلى عنصر فترة حدة المرض المشار إليها في المادة 408 في نصها الفرنسي التي تنص:

La vent consentie par un malade dans la période aigue de la maladie qui entraine la mort qui a entrainé sa mort a un de ses héritiers n'est valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers

¹ م ع ، غ أش ، ملف رقم (33719) الصادر سنة 1984، م ق ، عدد 3 ، الجزائر ، 1989 ، ص 51.

وهو لم يشر إليها في النص العربي الذي ينص " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة "

حيث نجد أن هناك تناقص بين النصين العربي والفرنسي فالمادة 408 باللغة الفرنسية اشترطت حدة المرض ، أي فترة شدته والنص العربي لم ينص على شرط الحدة .

ومن مزايا القضاء الجزائري أنه لم يحدد مدة المرض لأن الإنسان يتعرض لكثير من الأمراض الخطيرة التي تؤدي إلى الموت فعلا بالرغم من تجاوز المدة السنة مثل مرض الإيدز (فقدان المناعة المكتسبة) الذي يتصل بالموت ويمكن أن تفوق مدته السنة. فكلما تمسك المريض بالحياة كلما زادت فرصته في العيش أكثر وهنا الاجتهاد القضائي يبحث دائما عن الشواهد والأدلة على حالة المريض وهي حالة اليأس من الحياة وصدر التصرف تحت تأثيرها أو أن المريض لديه أمل في الشفاء، وهذا يرجع إلى الخبرة الطيبة التي يستعين بها القاضي في تقدير قوته تأثير المرض وامتداد وتحديد الحالة النفسية للمريض.

كذلك الاجتهاد القضائي لم يحدد مقدار من الزمن لقوة تأثير المرض في الحياة ، والمرض يزداد من وقت لآخر، فالمريض يتقرب الموت فتكون تصرفاته مضرة فتعتبر كتصرفات المريض مهما طال المرض لأنها تمس بالورثة والدائنين.¹

ثانيا : صور التعسف في حالة الطلاق في مرض الموت

الزوج الذي طلق زوجته وهو في فراش الموت كان يقصد الإضرار بها بحرامتها من الميراث وإلا ما هو السبب الذي يدفع بشخص وهو على فراش الموت بالقيام بهذا التصرف وإلحاق الأذى بزوجه التي قضت معه عمرا كاملا وتحملته وصبرت على أذيته ليفاجئها في الأخير والسؤال المطروح هو هل ترث المطلقة أم لا ؟ وهذه التطبيقات وغيرها يظهر فيها مبدأ التعسف في استعمال الحق في الطلاق والضرر الذي يصيب الزوج والزوجة على حد سواء، فالطلاق في فترة الحيض، والطلاق ثلاثا في مجلس واحد فهنا الرجل قصد الإضرار بزوجه لأنه ليس هناك من منفعة أو مصلحة إلا الإضرار بزوجه، والضرر حرام في كل صورة، ومهما كانت أسبابه ومبرراته .²

¹ رشاد السيد إبراهيم عامر ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى ، مذكرة ماجستير ، قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، الجزائر ، 1989 ، ص 38.

² سنوسي علي، المرجع السابق ، ص 277.

وحتى يكون الزوج متعسفا في الطلاق في مرض الموت لا بد من تطبيق معايير التعسف في استعمال

الحق:

1- **مناقضة قصد الشارع** : لما كان طلاق مريض الموت مناقضا لقصد الشارع في تشريع الطلاق وهو التخلص من حياة لم تعد تطاق ، بل هو في حاجة إلى من يقف بجانبه ويؤنسه في مرضه فكان طلاقه مناقضا لقصد الشارع.

2- **تمحض قصد الإضرار**: لما ظهر من طلاقه لزوجته وهو في مرض الموت سوى حرمانها من الميراث وتوفير ذلك لأولاده، ولم يقدّم الدليل على إثبات عكس ذلك كان قصد الإضرار المحض واضحا، تاركا إياها ورائه من غير مال تنفقه وهي بحاجة إليه.

ج- **عدم التناسب بين المصالح**: لما كانت مصلحته من طلاق زوجته معدومة فهو لا يستفيد من حرمانها من الميراث ، ولما كان الضرر الواقع على الزوجة بحرمانها من الميراث فادحا، فلم يكن هناك تناسب بين المصالح فيعتبر في هذه الطلاق في هذه الحالة تعسفا.¹

ثالثا : حكم الطلاق في مرض الموت

اختلفت الآراء بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم هذا الطلاق، ولجوء أحد الزوجين إليه وما يترتب عليه من آثار، كما انحسب كل ذلك على الفقه والقانون الوضعيين وتعدد اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن.

والأصل في تصرفات المريض مرض الموت أنها نافذة كالصحيح مادام الشخص واعيا ومدركا لما يدور حوله ويقدر الآثار والنتائج التي تترتب عن تصرفاته حتى لو صدرت منه تصرفات مضرة بالغير - عن قصد أو بدون قصد - فإنه يحاسب عليها كالصحيح.

1- حكم طلاق المريض مرض الموت في نظر الفقه الإسلامي

حيث يعتبر عنه بعض الفقهاء بطلاق الفرار لفراره من الإرث في الظاهر² والفرار يكون من الزوج أو الزوجة، كما لو فوض الزوج للزوجة أمر طلاقها فطلقته في مرضها وكما قامت بفسخ النكاح في مرضها.

¹ ساجدة عفيف عتيبي، المرجع السابق، ص 80-81.

² يعتبر الزوج فارا من الميراث في حالة الطلاق البائن ، وكان طائعا مختارا وأوقع طلاقه بغير رضي زوجته وكانت تستحق الميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من مرض الموت الذي طلقها فيه.

وطلاق المريض مرض الموت يقع عند الفقهاء ولا خلاف بينهم في ذلك وحكمه حكم الصحيح مدام المرض لم يلحق بقواه العقلية ويجعله ملحقاً بالمجنون ويترتب عليه جميع آثار الطلاق الصحيح ولا يختلف إلا في حالة الإرث عند الموت بعد الطلاق واستحقاق الإرث يختلف كون الطلاق رجعياً أو بائناً .

أ- إذا كان الطلاق رجعياً: فمن طلق زوجته وهو على فراش الموت طلاقاً رجعياً ومات في العدة ورثته زوجته، كلما لو طلقها وهو في حالة الصحة، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح والعصمة الزوجية مازالت قائمة بعد الطلاق وقبل انقضاء العدة، ويمكن له مراجعتها أثناء العدة بدون مهر ولا عقد جديدين، بل من غير رضاها ولا إذنها، وهذا الطلاق الرجعي سبب لاستحقاق الإرث من الجهتين، سواء أكان الطلاق برضاها أم لا، سواء كانت مسلمة أم كتابية أو كتابية ثم أسلمت في العدة قبل موته، ولأن الأهلية ليست شرطاً لاستحقاق الإرث منه في الطلاق الرجعي، بل الشرط هو الإسلام وقت موته.¹

ونستنتج من ذلك:

- أغلب فقهاء الشافعية أن المطلقة في مرض الموت طلاقاً بائناً لا ترث، مثلها مثل المطلقة طلاقاً بائناً في الصحة، لأن الطلاق البائن يزيل النكاح قبل الموت وهي سبب التوارث بين الزوجين، ولا عبرة بمظنة الفرار لأن الأحكام لا تناط بالأموال غير الظاهرة.

- غير أن فقهاء الحنفية² والمالكية³ والحنابلة⁴ يرون أن الزوجية قد أزيلت بقصد إبطال حق الزوجة في الإرث، فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية وإن كانت الفرقة من جانب الزوجة في مرض الموت، وكانت مختارة ولم يكن ما كان منها برضا الزوج فإنها تعتبر فارة ويستحق الزوج الميراث إذا ماتت وهي في العدة فيرد قصدها عليها لأنها قصدت حرمان زوجها من الميراث.

¹ الكاساني، المرجع السابق، ص 218.

² ابن نجيم، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها.

³ - الدسوقي، المرجع السابق، ص 115.

⁴ - علاء الدين أبي الحسن على المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 3، ط 1، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1957، ص 70-75.

-والمالكية توسعوا في هذه المسألة فالمطلقة في مرض الموت ترث سواء انقضت عدتها أم لا سواء تزوجت أم لم تتزوج بعده¹ وقد استدلوا بفعل عثمان رضي الله عنه لما ورث امرأة عبد الرحمان بن عوف التي طلقها في مرض موته، ولم يخالفه أحد من الصحابة فاعتبر ذلك إجماعاً منهم.

- والحنبلة ركزوا على أنها ترث ما لم تتزوج ولو انقضت العدة، فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث، وهذا في المطلقة التي تم الدخول بها لأن المطلق فار من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، والمطلق قصد إلحاق الضرر بمطلقته فعوقب بنقيض قصده كالقاتل الذي قتل مورثه استعجالاً للميراث فإنه يعاقب بجرمانه منه.²

ب- إذا كان الطلاق بائناً: لا خلاف بين الفقهاء في الطلاق البائن في حالة الصحة لأنه يقطع العلاقة الزوجية ولا توارث إذا مات أحدهما في العدة سواء كان الطلاق برضاها أم لا.³

وأما الخلاف الذي وقع هو أنه إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت على النحو التالي:

-إذا طلق الرجل زوجته في مرض موته قبل الدخول، فالجمهور قضوا بعدم توريثها لأنه لا عدة لها ولا ميراث، ولها نصف صداقها.⁴

-وذهب المالكية⁵ والحنبلة⁶ وفي القول بأنها ترث لأنه فار من طلاقها وفي هذا مضار لها. والراجح هو ما ذهب إليه الجمهور لأن الآية صريحة بأنه لا عدة على غير المدخول بها إن طلقت قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁷ فإذا انقطعت الزوجية زالت أحكامها.

-أما إذا وقع الطلاق بعد الدخول فانقسم الفقهاء إلى فريقين⁸:

¹ غير أنه بالتدقيق لا نجد أي أثر يدل على أنها تستحق الميراث بعد زواجها، وإنما بنى المالكية حكمهم هذا على أن المطلق في المرض قصد الفرار من الميراث فعوقب بنقيض قصده وبشوت الميراث للمرأة واستحقاقها له دون النظر إلى ما بعد ذلك.

² ابن قدامة، المرجع السابق، ص 218.

³ الكاساني، المرجع السابق، ص 218.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 269.

⁵ مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 34.

⁶ الرحيباني، المرجع السابق، ص 654.

⁷ سورة الأحزاب، الآية 49.

⁸ - ساجدة عتيبي، المرجع السابق، ص 72.

الفريق الأول: فريق يرى أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض الموت، تراث وهؤلاء هم جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعي في القديم.

الفريق الثاني: وهم الشافعي في الجديد والظاهرية يرو أنها لا تراثه مطلقاً لزوال سبب الإرث بالبينونة ولا ميراث بلا سبب بل قام ابن حزم الظاهري بنقد آراء الفقهاء المذاهب الأخرى وإبطال حججهم القائلة بتوريثها.

وسبب الاختلاف بين الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت راجع إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث إن المطلق قد مارس حقه الشرعي كذريعة إلى أمر ممنوع شرعاً وهو حرمان الزوجة من الميراث فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب ميراثها .

إذن فالطلاق هو حق مشروع للزوج، فوجب عليه عدم التعسف فيه قصد غايات ضارة، فإذا ثبت التعسف من قبل الزوج أو اتهم به كان الحكم بخلاف قصده بوقوع الطلاق كونه قاصداً له، ويحكم بتوريث المبتوتة ولو تزوجت وهذا من أجل أن يكون عبرة لجميع أفراد المجتمع وكعقوبة له على إضراره بزوجه وهو في فراش موته.

2- حكم الطلاق في مرض الموت في القانون الجزائري

كما سبق الذكر فالمشرع لم يتطرق إلى الطلاق في مرض الموت بنص خاص في قانون الأسرة، مما يستوجب الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 ق أ ج .

وحسب نص المادة 132 ق أ ج "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث" .

فالمشرع الجزائري بالنسبة للمطلقة من زوجها المتوفي بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة وعلى اعتبار عمومية النص الوارد في الطلاق ولا يوجد ما يخصه كونه في مرض الموت أم لا، فيمكن تطبيقه على الطلاق حال مرض الموت إن مات خلال العدة، وهنا المشرع اتفق مع الأحناف الذين قضوا بميراثها خلال العدة .¹

¹ سنوسي علي، المرجع السابق، ص 283.

وحسب رأي الأستاذ لمطاعي نور الدين أن المادة 132 يجب إعادة صياغتها لأنها تناقض نفسها كون الحكم قد يصدر بعد أشهر عديدة من مضي العدة ويقترح أن تعوض كلمة (أو) بـ (و) حتى تصبح المادة سليمة أي استحقاق الميراث قبل صدور الحكم وكانت الوفاة قبل انقضاء العدة.

كما يرى أن احتساب الطلاق ابتداء من صدور حكم المحكمة بالطلاق الذي يكون بعد أشهر عديدة من تصريح الزوج بالطلاق ورفع دعوى قضائية لتثبيته، له نتائج وخيمة على المطلقة بحكم تعسف الزوج، حيث يحدث كثيرا أن يطلب الزوج رجوع زوجته المطلقة إلى بيته في حين تكون العدة قد انقضت، وإذا رفضت يطلب الزوج التعويض وذلك ليس من حقه وينطق القاضي بطلاق النشوز وتبقى المطلقة في فترة العدة في حكم غير المطلقة.¹

وحسب القضاء الجزائري فإن الطلاق في مرض الموت واقع وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذا قضت المحكمة العليا بأنه " من المقرر شرعا وقانونا بأن مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق عدا إذا كان القصد حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون."²

والذي جرت أحداثه كما يلي "حيث أن المسماة (ح م) قد طلبت نقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة سيدي عيش يوم 1996/8/11 القاضي بالطلاق واستندت على وجه وحيد النقيض المأخوذ من قصور الأسباب بدعوى أنه كان من القاضي الأول قبل أن يصدر حكم الطلاق أن يتحقق من الحالة الصحية والعقلية للزوج الذي كان يعاني من مرض خطير أدى إلى وفاته يوم 1997/2/9"³.

وما نستخلصه من هذا القرار أن الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع وصحيح مهما كانت خطورة المرض، فهو لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا، وهذا لا يحق على الميراث في حق الطاعنة لأنه ثابت شرعا وقانونا فتعسف الزوج بالطلاق يعامل بنقيض قصده، وإذا طلقت الزوجة في مرض الموت يثبت ميراثها لأنه لا يوجد تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد

¹ صابر بلبيدي، ثغرات تكتشف قانون الأسرة في الجزائر، مقال منشور في جريدة العرب، 9868، 2015/03/26، ص 21.

² م ع، غ أ ش، قرار 179696، مؤرخ 1998/03/17 قضية (ح م) ضد (س ب)، م ق، عدد خاص، 2001، ص 100.

³ المرجع نفسه.

مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال أن طلاقه كان بنية حرمانها من الميراث عملاً بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود، فقررت المحكمة رفض الطعن وعلى الطاعنة المصاريف القضائية.

المطلب الرابع

موقف بعض التشريعات العربية من الطلاق التعسفي

على هذا المنهج الذي يعتمد على أعمال المعيارين السابقين المذكورين آنفا سارت معظم التشريعات العربية.¹

نجد أن أغلب قوانين الدول العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي ولكنها أوردت بعض المعايير والأسس التي تقوم عليها ونصت في ثنايا موادها القانونية على شروط تحققه وكيفية تقدير التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج. ولذلك سندرس موقف بعض التشريعات العربية (فرع أول) ثم التدابير المتبعة للحد من الطلاق التعسفي (فرع ثان).

الفرع الأول: موقف بعض التشريعات العربية

حيث نجد قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 المعدل أخذ بفكرة التعسف في استعمال حق الطلاق وذلك في القانون رقم 51 لسنة 1975 قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية حيث جاء في الأسباب الموجبة لتشريعته أنه حماية للزوجة المطلقة من تعسف زوجها في إيقاع الطلاق لما يلحق بها من ضرر ينجم عن هذا الطلاق دون سبب من الزوجة إذ يعد الزوج في هذه الأحوال متعسفاً في استعمال حق الطلاق، وهذا التعسف أو الإساءة في استعمال الحق يحيز للقضاء التدخل من أجل حماية الزوجة التي أصابها ضرر وتعويضها عن ذلك باعتبار أن حق الطلاق يخضع لإشراف القضاء.²

حيث نص القانون العراقي عن حالة التعسف في استعمال الطلاق في المادة 3/39 منه " إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى."

¹ وأخذت بعض القوانين العربية بهذه الفكرة من حيث التعسف والتعويض ووضعت حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز نفقتها على سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو تقسيماً حسب مقتضى الحال ويراعي في ذلك الزوج يسراً أو عسراً ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة.

² شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة القادسية، كلية القانون، ص 173.

فالمشروع العراقي كان واضحاً من خلال وضع بعض الضوابط والمعايير لتحديد حالة التعسف وحسب سلطة المحكمة التقديرية، ومن خلال وقائع الدعوى المنظورة ، وبناء على طلب الزوجة التي أصابها ضرر بسبب الطلاق.

أما في قانون الأحوال الشخصية الأردني سنة 2010 التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 155 "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها مطلقاً بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً، وأقساطاً إذا كان الزوج معسراً ولا يؤثر ذلك في حقوقها الأخرى".¹ هذا ولم يذكر قانون الأحوال الشخصية الموحد التعويض عن الطلاق التعسفي، وإنما اكتفى بالمتعة المفروضة لها شرعاً فنص على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا انحل زواجها بأي سبب أو طريق كان وثبت احتياجها تستحق سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة لأمثالها بحسب حال الزوج"²

كذلك نجد قانون الأسرة القطري 2006 لم يذكر التعويض عن الطلاق التعسفي واكتفى بالمتعة المقدرة على الزوج شرعاً ومحددة لها على حسب حال يسره "تستحق كل مطلقة المتعة إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوج... وتقدر المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة بما لا يجاوز نفقة ثلاث سنوات"³

أما مشروع الأحوال الشخصية الإماراتي فقد نص على المتعة للمطلقة التي طلقت دون طلب منها فقد جاء في المادة 142 "إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحققت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يتجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر."⁴

أما القانون البحريني فقد ذكر في المادة 52 "إذا كان سبب الطلاق من قبل الزوج فلها متعة تقدر بنفقة سنة"⁵

¹ قانون الأحوال الشخصية الأردني سنة 2010.

² المادة 127 من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري.

³ المادة 115 من قانون الأسرة القطري 2006.

⁴ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (رقم 28/2005).

⁵ قانون رقم (19 سنة 2009) قانون أحكام الأسرة البحرين.

وذكر القانون الكويتي في المادة 165 " إذا انحل الزواج الصحيح - بعد الدخول - تستحق الزوجة سوى نفقة عدتها متعة تقدر بما لا يجاوز نفقة سنة حسب حال الزوج، تؤدي إليها أقساط شهرية، إثر انتهاء عدتها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك في المقدار أو الأداء" ¹

أما المشرع الفلسطيني ذهب إلى أن قضايا الطلاق التعسفي ينعقد فيها الاختصاص لمحاكم الصلح والسبب في هذا أن قضايا الطلاق التعسفي لم تبحث ضمن حقوق العائلة الفلسطيني إنما أدرجت ضمن قانون العقوبات الذي اعتبر الطلاق الواقع بدون رضی الزوجة وبدون حكم قضائي طلاقاً تعسفياً، ويترتب عن هذا الطلاق حبس الزوج لمدة 6 أشهر ².

أما موقف المشرع المصري فقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري عام 1956 أنه "إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعة هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتقطع إذا تزوجت" ³ ونلاحظ أن المشرع المصري أخذ بمبدأ التعويض من خلال متعة الطلاق، وهذا تأكيد على أنه يوجد ترابط فقهي قوي بين الطلاق التعسفي والمتعة كما ربطه بحالة عدم رضی الزوجة فقد يكون للزوج الحق في الطلاق والزوجة غير راضية بذلك.

ونجد المشرع السوري جعل حق المطلقة في التعويض مرتبطاً بالبؤس والفاقة وهذا يعني أنها لو كانت غنية فلا حق لها في التعويض.

حيث نجد في المادة 180 "1- إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة ومتعة الطلاق.

2- وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال" ⁴

أما موقف المشرع التونسي فقد ورد في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية ما يفيد بتعويض من تضرر الزوجين نتيجة الطلاق بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

¹ قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 68 لسنة 1980.

² المادة 181 ق ع الفلسطيني عام 1977 "كل من أجرى طلاقاً وهو يعلم أنه محظور حسب القانون أو يعلن بأن الشخص المطلق يرتكب جرماً بإجرائه يعاقب بالحبس لمدة 6 أشهر".

³ قانون الأحوال الشخصية المصري 1956.

⁴ مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أعدته اللجنة المشكلة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2437، تاريخ 2007/6/7.

حيث جاء في الفصل 31 (الذي نفع بالقانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981) يحكم بالطلاق.

1- بتراضي الزوجين.

2- بناء على رغبة أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر.

3- بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.

4- ويقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن الطلاق في الحالتين المبينتين بالفقرتين الثانية والثالثة أعلاه.

وبالنسبة للمرأة يعوض لها عن الضرر العادي بجراية تدفع لها بعد انقضاء العدة مشاهرة وبالحدود على قدر ما اعتادته من العيش في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن وهذه الجراية قابلة للمراجعة ارتفاعاً وانخفاضاً بحسب ما يطرأ من متغيرات وتستمر إلى أن تتوفى المفارقة أو يتغير وضعها الاجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن الجراية وهذه الجراية تصبح ديناً على التركة في حالة وفاة المفارق وتصفى عندئذ بالتراضي مع الورثة أو على طريق القضاء بتسديد مبلغها دفعة واحدة يراعى فيها سننها في ذلك التاريخ كل ذلك ما لم تخبر التعويض لها عن الضرر العادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة.¹

ويظهر موقف المشرع المغربي من خلال المادة 52 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية² التي تنص:

"يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمى لها الصداق وطلقت قبل الدخول، وإذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعين عليه أن يراعى عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار".

في مدونة الأسرة نجدها تعطي الحق للزوجة في المطالبة بزيادة المتعة إذا أثبتت أن طلاقها كان بغير مبرر.

- وما نلاحظه - أن أغلب التشريعات العربية - أكدت على العمل بالمتعة بدلا من تعويض الطلاق التعسفي وذلك بعد الدخول أو قبل الدخول وتسمية المهر (الصداق).

نجد معظم القوانين كذلك نصت على أنه في حالة الطلاق التعسفي:

- أن الزوجة تستحق النفقة بعد انتهاء العدة مع الاختلاف في المدة.

¹ مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956.

² تم إلغاء المدونة وتعويضها بمدونة الأسرة سنة 2004.

- مراعاة القاضي في تقديره للنفقة حالة الزوج المادية ودرجة تعسفه وما أصاب المرأة من ضرر ، ويمكن أن تكون هاته النفقة شهريا أو جملة حسب الحال.

ولكن حسب الشريعة الإسلامية فيلزم الزوج للنفقة على زوجته بعد انقضاء عدتها أمر مخالف للشريعة الإسلامية، لأن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته أثناء قيام الرابطة الزوجية، ويلحق بذلك فترة العدة على اختلاف الفقهاء في نفقة المعتدة من طلاق بائن كم أن فتح باب تقدير المتعة بناء على ايقاع الطلاق من غير مبرر ، يجعلنا ندخل في سلبات المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي بلا ضابط يحدده.¹

أما المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 من ق أ أقر أن المطلقة تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي، بالإضافة إلى نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة المتعة وقد أقر القضاء بذلك وينبغي عند الحكم تحديد المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة.

كذلك للقاضي عليه معاقبته من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق من جراء الطلاق التعسفي الواقع بغير بسبب معقول حيث يكون التعويض بنسبة التعسف ودرجته وبضمان حق المطلقة في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج إذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها وإذا كانت الزوجة هي التي طلبت التطليق واستجاب لها القاضي لتوفر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من ق أ².

والواقع العلمي يثبت أن الجهات القضائية مختلفة في منح التعويض من عدمه ، فهناك من يمنح التعويض للمطلقة وهناك من يجرمها منه ويترتب على ذلك عدم الاستقرار فهناك قضاة يجرمون المرأة من التعويضات في حالة الاستجابة لطلبها في التطليق، بينما هناك من يمنح لها الحق في التعويض وسبب عدم التوحد والاستقرار كون أن المادة 52 من ق أ التي وضحت وبينت في صلبها أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في طلب الطلاق فإن المطلقة تستحق التعويض عن الضرر اللاحق بها". ومما يلاحظ على هذه المادة أنها اكتفت بذكر الطلاق الذي يطلبه الزوج بإرادته المنفردة ولا نلاحظ أي وجود في حالة الزوجة التي تطلب التطليق والتعويض. وحق المرأة في طلب التطليق بمقتضى إرادتها المنفردة مذكورة على سبيل الحصر في نص المادة 53 من ق الأسرة لكنها لم تذكر الحق في التعويض، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي قرر ما يلي " في حالة الحكم

¹ سنوسي علي، المرجع السابق ، ص 288.

² عبد الفتاح تقيّة ، الطلاق بين أحكام، المرجع السابق ، ص 65-66.

بالتطليق، فإن المطلقة لا تستحق التعويض، فهي إن تضررت فإن جبر الضرر يكون بتطليقها، فلا يعوض عن ضرر واحد مرتين.¹

الفرع الثاني: التدابير المتبعة للحد من الطلاق التعسفي

جاءت الشريعة الإسلامية وتبعتها بعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة ببعض الإجراءات للحد من الطلاق التعسفي، ومنع الزوج من استخدام حقه بشكل غير مشروع، فمن ناحية شرعية فالطلاق يكون سنياً أو بدعياً. فسن الإسلام سنة في الطلاق لو اتبعت ما كان الطلاق إلا للحاجة النفسية الحقيقية، وسمي طلاق السنة وهو المقيد بقيدين، وغيره يكون الطلاق بدعة، وهما قيد زمني بإيقاع الطلاق في طهر الزوجة الذي لم يجامعها فيه، لأن النفس تكون راغبة هادئة، فلا يكون الطلاق إلا لدافع قوي، وثانيهما العدد والوصف بأن يطلقها طلقة رجعية واحدة في الطهر الواحد، ويتركها حتى تنتهي عدتها، ويسمى طلاق السنة الأحسن² كما يمكن الأخذ ببعض الآراء الفقهية التي راعت جانب التقليل في الطلاق قدر الإمكان وهو الرأي القائل بأن الطلاق لا يقع إلا بالإشهاد وجوبا، وهو قول عدد الصحابة منهم علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وابن عباس، وعمران بن الحصين رضوان الله عليهم، ونقل عن عدة أئمة من السلف ومن العلماء المعاصرين محمد أبو زهرة، وعبد الرحمان الصابوني، وعلي الخفيف ومصطفى الزرقا وآخرون³.

وقامت بعض القوانين العربية بعدم اعتبار الطلاق إلا في حالة وقوعه أمام القضاء فنجد في المادة 79 من قانون الأحوال الشخصية الموحد لعام 1961⁴ " لا يقع الطلاق إلا في حضرة الموثق"، كما أوجب القانون أن يكون عقد الزواج موثقا بواسطة القاضي أو مأذونه، يكون انحلاله بإرادة الرجل موثقا أيضا أمام الموثق الرسمي، تنظيما للوقائع وضبطه لها ومنعا للناس من اللعب بحدود الله تعالى .

أما في قوانين الأحوال الشخصية الأخرى فنجد بعض الإجراءات المنصوص عليها، والتي إن لم تمنع من اعتبار الطلاق واقعا، إلا أن فيها إرشادا لإيقاعه أمام القضاء، وفي أحيان ترتب عقوبة على من لا يفعل ذلك، وهذا ما هو إلا إعطاء فرصة للزوجين من أجل أن يتصالحا، والتقليل من نسبة الطلاق التعسفي.

¹ م ع ، قرار مؤرخ 1989/03/27، م ق، عدد 1، سنة 1991.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 288.

³ علي عبد الله عون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه، مسائل فقهية مقارنة بالأحوال

الشخصية، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد: 43، عدد 2، 2016، ص 650.

⁴ المذكرة الايضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، 1416هـ، ص 161.

حيث نجد القانون القطري ينص في المادة 113 " يقع الطلاق بتصريح من الزوج أمام القاضي، وعلى القاضي قبل تلقيه التصريح أن يحاول إصلاح ذات البين " ¹ ونجد القانون الأردني رتب عقوبة على من يطلق دون تسجيل طلاقه في المحكمة ²

وهذا ما هو إلا محاولة لتقليل من التعسف في الطلاق حتى لا يقع إلا بعد تروّ و تفكير من قبل الزوج فيتبين من القيود التي وضعتها هاته القوانين محاولة للحد من التعسف في استعمال حق الطلاق وذلك بتحويل الأمر إلى القضاء لمحاولة الإصلاح، وليتبين للقاضي حاجة الزوج للتطبيق، وانتفاء العيب وقصد الإضرار والتعسف فيه .

وكنتيجة لما سبق يمكن القول إن الزوج و إن تعسف في الطلاق فإن تعسف القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية وتكييفها لها أكبر من تعسف الزوج في حد ذاته ، لأن القانون البشري لا يحل المشاكل الاجتماعية الناجمة عن الطلاق لذا لا بد من تغيير القانون بفرض البديل وإعطاء المتعة لكل مطلقة أما معالجة التعسف فلا يكفي القضاء والقانون لعله بل لا بد من التوعية والمعالجة التربوية والدينية وهذا بهدف تقليل ظاهرة التعسف كذلك ضرورة العمل على تأهيل الزوجين مثلما هو عليه في بعض الدول مثل ماليزيا .

¹ قانون الأسرة القطري 2006.

² قانون الأحوال الشخصية الأردني 2010 ، ، المادة 97" يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي ، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر، وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات".

المبحث الثالث

التعويض عن الطلاق التعسفي

إذا كان حساب التعويض وتقديره يكون بالاتفاق بين الأطراف أو بالرجوع إلى نص قانوني، وإن لم يوجد تترك المسألة لتقدير القاضي الناظر في الدعوى حيث يحدد التعويض اعتماداً على ضوابط معينة، ولكن لا يوجد نص قانوني يحدد الحد الأقصى أو الأدنى للتعويض، وهي مسألة متعلقة بالوقائع ولا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

والمشرع الجزائري نص على مسألة التعويض في عدة مواضع من قانون الأسرة ولكنه نص عليه كمبدأ فقط دون تحديد مقداره، فهل يمكن أن يحدد الزوجان التعويض عن فك الرابطة الزوجية؟ أم هي مسألة يقدرها قاضي شؤون الأسرة؟

وماهي الضوابط التي يعتمدها في تقديره؟ وماهي علاقة التعويض بالحقوق المالية للمطلقة؟

وهذا ما ستتم دراسته في المطالب التالية :

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي (مطلب أول)، ثم مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في (مطلب ثان)، ثم المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض (مطلب ثالث).

المطلب الأول

السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

في حالة إذا ما أراد الزوج أن يطلق زوجته فلا يكمن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته و أولاده، كذلك الأمر بالنسبة للزوجة التي قامت باستعمال حقها في الخلع، فالقاضي له سلطة مراقبة فقط في حالة فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

فالقاضي يقوم بجبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية عن طريق الحكم بالتعويض عن الضرر للطرف المتضرر سواء كان الطرف المتضرر الزوج أم الزوجة، ولذلك سنتطرق للأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري (فرع أول)، ثم الأساس القانوني للتعويض في بعض القوانين العربية (فرع ثان).

الفرع الأول: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

حسب نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري فالطلاق يتم بالإرادة المنفردة للزوج حيث يخضع لرقابة المحكمة العليا ويكون تحت سلطة وإشراف القاضي، وبالرغم كون الطلاق تعسفيا فلا يحرم الزوج من ممارسة حقه، وبالمقابل يترتب على زوجته حقه هو تعويض عما لحقها من الضرر وهو مبلغ مالي ينشأ في ذمة زوجها.¹

ولقد أقر القضاء الجزائري كما سبق الذكر عن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يعتبر مبدأ أساسيا فيه، حيث جاء في إحدى القرارات عن المحكمة العليا أن المطلقة لا تستحق التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق وقد قضت المحكمة العليا في 27/01/1986 " أنه من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة."²

نستنتج من هذا القرار أن القضاء بالتعويض يستلزم تحمل الزوج لكافة المسؤولية فلو طلبت الزوجة الطلاق بنفسها تحملت هي المسؤولية وفقدت حقه في التعويض.

كذلك اختلفت المواقف لدى المحاكم حيث إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطلاق وجب إفادة المطلقة بالمتعة حسب مسؤوليتها عن هذا الطلاق.

" حيث أنه يمكن الحكم بالطلاق بين الزوجين بسبب نشوز الزوجة من طرف القاضي ولو أمر الزوج على رفض الطلاق وذلك تباديا ومنع لتعسف أي طرف في إطار الرابطة الزوجية وأن تعدد الخصومات ومراحل التقاضي بين الطرفين جعلت استمرار الحياة الزوجية بينهما في الإطار العادي أمرا غير ممكن."³

كذلك نجد في القرار " حيث أن القاعدة الشرعية تقرر أن العصمة بيد الزوج ولهذا وجب الاستجابة لطلب المدعي الخاص بالطلاق لكن وجب تحميل المسؤولية هذا الطلاق للزوجين معا، فالزوج شرع في طلب الطلاق، والزوجة برفضها لجلسة الصلح الرجوع لعصمة زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت

¹ فضيل سعد، المرجع السابق، ص 334.

² م ع، غ أش، 1986/1/27، ملف رقم 39731، م ق، 1993، عدد 1، ص 61.

³ م ع، غ أش، 1986/2/14، ملف رقم 40351 (غير منشور).

الزوجي حيث بالنظر إلى المسؤول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول، المدعى عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها من هذا الطلاق لذلك قضت لها المحكمة 20.000 دج. مقابل المتعة للمطلقة.¹

وفي حالة نشوز الزوجة تتحمل مسؤوليتها وتفقدتها كافة حقوقها وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها: " من المقرر قانوناً أن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها أصبحت نهائية يعتبر نشوزاً منها و بالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها".²

فالطلاق إنما شرع لرفع الضرر عن الزوجة والتعويض ما هو إلا حق لكل من ثبت تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق فأصابها ضرر والحكم بالتعويض يتطلب شرطين أساسيين وهما:

الشرط الأول: أن يثبت للقاضي أن الزوج قام بالطلاق ليس من أجل حل مشكلة معينة وإنما لمصلحة خاصة أو قصد الإضرار فهنا يخرج صاحب الحق عن الغاية التي وضع لأجلها الحق.³

ونجد مثال عن ذلك أنه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضاً أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم 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 وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".⁴

إذن نستنتج مما سبق أن الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق الزوجة المطلقة التعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فهو الذي يتحمل مسؤولية الطلاق ومن ثم فإن انعدام التعسف كأن تطلب الزوجة التطليق فإنها تتحمل المسؤولية وتفقد حقها في التعويض ولو تم الطلاق بالتراضي.

الشرط الثاني: أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي ونقصد بالضرر المادي لأن الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، ويقع على الزوجة إثبات الضرر المادي ومثال ذلك أن تكون الزوجة عاملة وتزوجها على شرط ترك الوظيفة بعد الزواج ثم طلقها من غير أن ترتكب خطأ .

¹ محكمة عين الصفراء ، غ أش 15 /02/2004، قضية رقم 03/208، نقلا عن مسعودة إلياس، المرجع السابق، ص 354.

² م ع ، غ أش 05//05/1986 ، ملف رقم 41718 ، (غير منشور).

³ مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص 284.

⁴ م ع ، غ أش ، 21/07/1988 ، ملف رقم 192665 ، إق، غ أش ، عدد خاص ، ص116.

إذا كان الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق فالقاضي ليس عليه سوى جبر الضرر عن المطلقة بمنحها التعويض فالزوج مهما كان متعسفا فليس للقاضي سوى إجابة طلبه مهما كان الضرر الذي يلحق المطلقة وإنما له الحق فقط في تقدير الضرر ومنح التعويض للمطلقة.

وبالنسبة لقضايا الطلاق التعسفي وما ينجم عنه من أضرار فإنه لا حاجة لإثبات الضرر لأنه في الغالب عنصر الضرر مفترض وذلك لأن الزوج قام بالطلاق من غير مبرر.

ويخرج الطلاق عن القواعد العامة في الإثبات التي تقتضي أن البينة على من ادعى حيث أن القاضي يقضي بالطلاق للزوج ولو لم يتم بينة أو يفصح عن الأسباب سواء لتجنب الحرج أو تخطي قواعد الإثبات والقاضي لا يعاب بالطلاق بالقصور في التسيب لأنه مجرد مسجل لإرادة الزوج.

وإذا قام الزوج بالطلاق على إخلال أو تقصير من الزوجة فعلية إثبات صحة ادعائه وهنا يتدخل القاضي بسلطة التقديرية باتخاذ القرار المناسب بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفعاتهم.

وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر في 2000/02/22 بقولها " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق¹ نستنتج أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة التعويض هو تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية لأن هذه الأخيرة تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا لا يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالزوج له الحق شرعاً في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و لكن لا يجب عليه إلحاق الضرر بالمطلقة سواء أكان ذلك من قصد أم غير قصد، لأنه لو كان الضرر الذي يلحق المطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق اعتبر متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق ووجب لها بالتعويض، فلو أدى الطلاق إلى إلحاق الضرر لا يمكن أن يكون خطأ يترتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق مكفول شرعاً وقانوناً للزوج.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في بعض القوانين العربية

كما تم الإشارة فإن أغلب الدول العربية تطرقت إلى المتعة بدل التعويض عن الطلاق التعسفي ومن الدول التي نصت على التعويض المشرع الأردني في نص المادة 155 " إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل على نفقة سنة، ولا

¹ م ع ، غ أش ، 2000/02/22، ملف رقم 235456 ، م ق ، 2000، عدد 1، ص 282.

يزيد عن نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا، ويدفع جملة إذا كان زوج موسرا وأقساطا إذا كان الزوج معسرا، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى.¹

ويستنتج من المادة السابقة أن المطلقة تستحق التعويض عند الإضرار بها إذا كان الطلاق دون سبب معقول وهذا هو المعمول به في قانون الأحوال الشخصية الأردني وهناك قاعدة يعتمدها القضاة في اعتبار أن هذا الطلاق فيه إضرار بالمطلقة، وهي كل طلاق لا يكون برضا أو بسبب الطرف الآخر (الزوجة) فهو إضرار بها .

كذلك المعمول به لدى المحاكم الأردنية أن الضرر مفترض، ولا تكلف الزوجة المطلقة إثبات الضرر، وإنما على قاعدة أي طلاق يصدر من الزوج وبالإرادة المنفردة هو طلاق يضر بالمرأة ما لم يدفع الزوج بالدفع المقبول ويثبت ذلك²، وهنا يتفق المشرع الأردني مع المشرع الجزائري وعليه إذا طلق الزوج زوجته دون علمها أو أرسل لها بورقة الطلاق مع المحضر دون سابق إنذار فإنه يكون متعسفا في طلاقه لها، ويحق لها إقامة دعوى لتعويضها عن هذا الطلاق الذي قد يصيبها بسبب آثار كثيرة منها الفاقة والبؤس وما سيصيبها من الآثار المادية والمعنوية³، وهنا أيضا نجد التوافق بين المشرع الجزائري مع المشرع الأردني.

وحسب نص المادة 155 من القانون الأردني فإن المطلقة تستحق التعويض بالطلاق البائن ولا فرق بين البينونة الكبرى ولا الصغرى، وهذا ما بينته القرارات الاستثنائية حيث أن المقصود من نص المادة 155 هو الطلاق البائن الذي يزيل العقد بين الزوجين.

وهذا يفهم ضمنا من نص المادة ولم ينص عليه صراحة لأن الطلاق الرجعي لا يزيل العقد بين الزوجين وبالتالي ليس هناك مجال للتعويض وإنما يصبح الطلاق بائنا بينونة صغرى بعد انتهاء العدة وهنا يحق رفع دعوى التعويض وليس في الطلقة الأولى والثانية إلا بعد انتهاء العدة أما الطلقة الثالثة فلها حسب القانون طلب التعويض قبل انتهاء العدة فإذا رفعت الدعوى ومازالت في عدة الطلاق الرجعي ترد الدعوى إذا دفع بذلك المدعى عليه لأنها سابقة لأوانها.⁴

¹ قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010.

² الأبراهيم، بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، 2008-2009، ص102.

³ رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، 2014م، 1435هـ، ص80.

⁴ ساجدة عفيف عتيبي، المرجع السابق، ص124.

يستحق التعويض بناء على طلب المطلقة.

تستحق الزوجة المطلقة التعويض، سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده وهذا يؤخذ من عموم نص المادة 155 ولها طلبه قبل الدخول بعد الطلاق مباشرة حيث يعتبر الطلاق بائنا. كما أن وفاة المطلق لا يسقط حق المطلقة بالمطالبة بالتعويض على اعتبار أن التعويض هو حق مالي للمطلقة لا يسقط بوفاة الزوج.

والمشرع الأردني لم ينص على المدة التي تستطيع الزوجة خلالها إقامة دعوى بالتعويض كأن تكون المدة سنة من تاريخ علم الزوجة أو تبليغها بالطلاق فيجوز لها خلال هذه السنة أن تقيم الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الإضرار بها، والغرض من ضرورة تحديد مدة كي لا تبقى الحقوق معلقة بين الزوجين، وليكون أسهل إثبات الإضرار بالمطلقة.¹

- أما المشرع السوري اعتبر الطلاق تعسفياً وأجاز للمرأة التعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات إذا أصابها بؤس وفاقه من هذا الطلاق وذلك من خلال نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري.² فمن خلال نص هذه المادة فالتعويض لا يجوز إلا عند تحقق شروط ثلاثة وهي أن يقع الطلاق من قبل الرجل بإرادته المنفردة، وأن يكون هذا الطلاق تعسفياً، وأن يصيب المرأة من هذا الطلاق بؤس وفاقه. فهنا المشرع السوري يتفق مع المشرع الأردني في حالة أن التعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات ويختلف من حيث إصابة المرأة بالبؤس والفاقه ومما يستنتج من نص المادة أن المرأة لا تستحق التعويض إلا في حالة تعرضها للبؤس والفاقه.

كما أن المشرع السوري لم ينص على التعويض في حالة الخلع والتفريق القضائي مثلما فعل المشرع الجزائري.³

¹ رحاب الحميدي حميد المطيري، المرجع السابق، ص 81-82.

² المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري "إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة التعسف بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمتالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهرياً حسب مقتضى الحال."

³ نص المشرع الجزائري على التعويض في نص المادة 53 مكرر من ق أ "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

والمادة 55 ق أ "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

مما دفع بالكثير من الرجال إلى تنغيص حياة نساءهن بدل طلاقهن حتى يفتدين أنفسهن بالمخالعة، وفي هذه الحالة حتى لو أساء الزوج فيسقط حقها في التعويض وهذا مخالف لإرادة المشرع لأن التعويض هو إكرام للمرأة وعدم تطليقها لسبب غير مشروع.¹

أما الشرط الذي انفرد به المشرع السوري عن المشرعين الجزائري والأردني فهو استحقاق المطلقة للتعويض لا بد من أن يصيبها جراء هذا الطلاق بؤس وفاقة وهذا يعني أن الزوجة لو كانت غنية أو عاملة فليس لها الحق في التعويض وهذا ما تم الإقرار عليه صراحة في نص المادة 117 وما كرسه القضاء السوري من خلال قرارته.

وهنا المشرع السوري باشتراطه حصول البؤس والفاقة للزوجة المطلقة حتى تستحق التعويض فهنا خرج عن المفهوم العام للتعويض الذي له في الحقيقة وظيفة إصلاحية عما لحق المطلقة من أضرار، والضرر ليس بالضرورة دائما مادي فقد أنكر المشرع السوري من خلال هذا الشرط الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة وهو ما يصيب مشاعرها وعواطفها لفراق زوجها.

من خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الأردني قام بتحديد شروط استحقاق المطلقة التعويض وكان أكثر وضوحا، أما المشرع الجزائري نص على التعويض ولم يقيد بشروط وترك السلطة التقديرية للقاضي كذلك نجد المشرع السوري يتفق تماما مع المشرع الأردني فيما عدا شرط البؤس والفاقة .

المطلب الثاني

مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

حسب نص المادة 52 من ق أ فقد نص المشرع على استحقاق المطلقة التعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق إلا أنه لم يبين كيفية تقدير هذا التعويض هل يراعي في ذلك حجم الضرر؟ وهذا بالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني أم أنه يراعي في تقديره مسائل أخرى نظرا لطبيعة وخصوصية الدعاوى المتعلقة به؟ وهل يراعي في تقديره مثلما يراعي في حالة تقدير النفقة؟ وذلك بالنظر إلى حال الزوجين وظروف المعاش لذلك سنتطرق إلى كيفية تقدير التعويض (فرع الأول)، ثم الأسس التي يعتمدها القاضي في تقدير التعويض (فرع ثان)، ثم تحديد طريقة دفع التعويض (فرع ثالث).

¹ محمد فهد شفقة، المرجع السابق، ص 429.

الفرع الأول: كيفية تقدير التعويض

لا نجد من خلال نصوص قانون الأسرة ما يحدد قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي ولم يحدد له حد أدنى أو أعلى فقط استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد أن الاجتهاد القضائي مستقر على أن تحديد مبالغ التعويض خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع الذين يملكون تقدير بينات الأطراف، وعلى ضوءها تنشأ قناعاتهم.

نجد في قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن تقدير 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."¹

وفي قرار آخر قضت بأن: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم."²

وفي قرار آخر قضت: "إن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية."³

وعلى خلاف المشرع الجزائري نجد المشرعين السوري والأردني قد تركا للقاضي حرية تقدير التعويض إلا أنه قيده بحد أعلى لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثال المرأة.⁴

وقد استند القانون الأردني في ذلك فيما استند إليه الفقهاء والقائلون بالتعويض من أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يستعمل إلا للحاجة أو لسبب معقول، فإذا استعمل حقه بدون حاجة أو مصلحة أو سبب مشروع، كان استعماله مناقضا لما شرع الحق من أجله فكان متعسفا.⁵

كما استندوا إلى استحباب المتعة للمطلقة، فقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية: "أخذ المشرع بمبدأ التعويض على المرأة في حالة الطلاق التعسفي في استحباب المتعة للمطلقة، وإن للحاكم أن يأمر بالمندوب أو المباح فإن كانت فيه مصلحة شرعية فيصير واجبا عند فقهاء الحنفية."⁶

¹ م ع، غ أ ش، 1991/6/18، ملف رقم 75029، م ق، 1992، عدد 1، ص 65.

² م ع، غ أ ش، 2006/7/12، ملف رقم 368660، م ق، 2006، عدد 1، ص 487.

³ م ع، غ ق خ، 1969/5/29، ن س، 1969، ص 306.

⁴ انظر المادتين 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري والمادة 155 من قانون الأحوال الشخصية الأردني 2010.

⁵ ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 111.

⁶ السباعي، المرجع السابق، ص 267.

وحسب نص المادة 155¹ من ق أ ش الأردني فالعمل معتمد بها أيضا في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية، مع العلم أن هناك مشروع قانون أحوال شخصية فلسطيني مقترح منذ سنوات عدة ولكن لم يتم إقراره، وقد نص المشروع على استحقاق المطلقة التعويض بل ذهب إلى أكثر من ذلك بالسعي إلى مشاركة الزوجة أمواله².

أما المشروع السوري فنجده من خلال نص المادة 117 جاء الحكم بالتعويض جوازا للقاضي فلو ثبت التعسف والفقر والفاقة معا فإن بإمكان القاضي منحه وكان الأجدر أن يكون وجوبيا يلزم القاضي بالحكم به متى توفرت شروطه.

وقد وضع المشروع السوري من خلال نص المادة السالفة الذكر الظروف الشخصية للمطلق معيارا لتقدير التعويض، دون أن يراعي ظروف المطلقة، كما يراعي درجة تعسفه وهذا المعيار الشخصي للتعويض، وقيمة التعويض لا تتجاوز نفقة ثلاث سنوات يمكن أن تدفع جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال.

والمشروع السوري بذلك يكون قد أجحف بحق المرأة في تحديده لأعلى مقدار التعويض حيث لا يمكن الزيادة عليه مع مراعاة حال الزوج المادية، دون النظر إلى حجم الضرر الذي سيصيب المرأة خصوصا أن مبلغ التعويض هو مبلغ زهيد لا يتناسب وتكاليف الحياة اليومية، وماذا تفعل بعد انتهاء مدة ثلاث سنوات إذا لم تكن قادرة على الكسب أو لم يكن هناك معيل لها، لذا كان بالأجدر على المشروع عدم تحديد سقف للتعويض وأن يترك للقاضي حرية تقديره مثلما فعل المشروع الجزائري، وهذا حماية للمرأة وحفاظا على هدر حقوقها³.

وهناك من نادى بمراجعة وتغيير المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري وذلك لأن الشروط فيها تعجيزية، ولن تنال المطلقة هذا التعويض الذي لن يكون أكثر من مجرد إعالة مادية لتدبر شؤونها، فشرط البؤس والفاقة صعب التحقق بوجود الأب أو الأخ أو أحد الأقارب حتى الدرجة الرابعة القادرين على إعالة المرأة، وخاصة إذا كان الطلاق بعد مرور أكثر من عشرين عاما على الحياة الزوجية، فذلك يؤثر سلبا على المرأة التي لن يفيدها التعويض مهما كان كبيرا فلن يفني بشراء حتى منزل أو تسيير عمل معين ويمكن أن تكون قد

¹ تقابلها المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية القديم رقم 61 لسنة 1976.

² ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 112.

³ لؤي إسماعيل، الطلاق التعسفي، مقال متاح على موقع www.amanjordan.org/a، تاريخ الولوج 2019/11/6.

تنازلت عن حقها في الميراث ، ولذلك وجب تعديل المادة بما يسمح للمرأة أن تأخذ نصف بيت الزوجية أو نصف ما يملك الزوج إن مضى على زواجهما فترة طويلة وذلك بتحديد من المشرع.¹

والتعويض عن الطلاق التعسفي في القانون السوري ما هو إلا تعويض عن العمل غير المشروع، لذا يتقادم بعد مرور ثلاث سنوات حسب نص المادة 173 من قانون المدني السوري، وتبدأ من تاريخ علم الزوجة بالطلاق، وإن لم تعلم يتقادم طلب التعويض بمرور 15 سنة من تاريخ الوقوع، وتستحق المرأة التعويض بمجرد الطلاق ويسقط بالرجعة، ولا يمكن الادعاء بطلبه بعد البينة ، ولذلك الإبراء من الحقوق الزوجية بعد الطلاق يشملها.²

ومن القوانين التي نصت على التعويض القانون التونسي فقد ذهب إلى التعويض على الزوجة حتى دفع الفقر عنها ووجوب الإنفاق عليها مادامت على قيد الحياة ما لم تتزوج أو تستغنى بوسيلة أخرى.

ومن خلال الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية³ نستنتج التهرب الحكومي من المسؤوليات الملقاة على عاتقها، فقد نقل القانون التونسي الحق الواجب على المجتمع بكفالة كل فرد محتاج إما بتأمين العمل أو توفير العيش الكريم له عن كاهل المجتمع ليضعه على كاهل الزوج، فأوجب التعويض للمطلقة إلى أن تستغنى بعمل أو ميراث أو غير ذلك من وسائل الكسب أو تستغنى بزواج آخر.

أما المحاكم المصرية فقد أخذت بعضها بالتعويض وحكمت به ورفضته بعض المحاكم حيث أن القانون لم يرد فيه ما يثبت التعويض أو ينفيه.

وقد اعتبرت قوانين الأحوال الشخصية العربية مبدأ التعويض زيادة لما أحله الله في شرعه الحنيف للمطلقات، ويبدو من عدم نصهم على التعويض هو أنهم اكتفوا بإيجاب المتعة لكل مطلقة إذا طلقها بدون رضاها.⁴

فعلى سبيل المثال نجد قانون الأحوال الشخصية الإماراتي "إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحققت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبمالا يجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من

¹ نور عويس، حق التعويض في الطلاق التعسفي، مقال منشور على موقع ijihadnet.net. تاريخ الاطلاع 2019/10/7.

² محمد فقد شفقة، المرجع السابق، ص 436.

³ مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفصل 31 المعدل عام 1982

⁴ ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 116.

ضرر"¹. وهذا هو التعويض الشرعي للطلاق وأمام هذا التباين والاختلاف في تقدير التعويض في التشريعات العربية، كان للمشرع الجزائري موقف مغاير إذ أجاز لقاضي الموضوع بموجب سلطته التقديرية دون تحديد حد أقصى أو أدنى.

ويجب على القاضي ذكر الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض خاصة في حالة الحكم بما هو غير مألوف كأن تكون مدة الحياة الزوجية طويلة، وإذا حكم القاضي بتعويض معين سواء بالزيادة أو النقصان فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب².

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا في 18/06/1991 بأنه " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"³.

وجاء في قرار آخر "من المقرر قانونا أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة بخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة و ليست عليه رقابة فيه"⁴.

وفي قرار آخر " حيث ثبت من القضاء المستقر للمحكمة العليا أنه لا يمكن الحكم بالزيادة في النفقات والتعويضات للمستأنف عليه في حالة ما إذا كان هذا الأخير لم يقيم باستئناف فرعي (م 107 و 2/233 و 5 ق إ م)⁵"

الفرع الثاني : الأسس التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض

تقدير تعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في موضوع الطلاق وهو يخضع لسلطته التقديرية ولكن القاضي لا بد له من أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات والتي لم ينص عليها قانون الأسرة صراحة ولكن يمكن استنتاجه من ما تم العمل به في القضاء الجزائري وكذلك ما تم العمل به في القوانين العربية.

¹ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 28/2005، المادة 140.

² المادة 277 ق إ م إ فقرة 1 " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه و يجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع و القانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة". والمادة 358 من نفس القانون " لا يبيى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية.. -9 انعدام التسبيب - 10 قصور التسبيب".

³ م ع، غ أش، 18/06/1991 ملف رقم 75029، م ق 1992، عدد 1، ص 65.

⁴ م ع، غ، أش، 05/05/1986 ملف رقم 40853، (غير منشور).

⁵ م ع، غ أش، 24/02/1986 ملف رقم 40178، (غير منشور).

أولاً- تناسب التعويض مع حالة الزوج المالية : ويؤخذ بعين الاعتبار حالة الزوج المالية عسرا ويسرا ، وما يمتلكه من أموال منقولة وغير منقولة، وما يتقاضاه من راتب ، ويقع عبء إثبات اليسر على عاتق الزوجة بكافة طرق الإثبات وكذلك ارتفاع الأسعار وتغييرها بالإضافة إلى عدد سنوات العشرة الزوجية.

ثانياً- مراعاة جسامته الضرر عند تقدير التعويض: في حالة تعسف الزوج في الطلاق حيث يؤخذ في الحسبان الظروف الملازمة وهي الظروف الشخصية للمضرور لأن التعويض يقابل الضرر ويقدر على أساسه وهو أساس موضوعي وليس ذاتي.

ثالثاً- مراعاة سوء نية الزوج حيث أن مسألة حسن النية: هي مسألة موضوعية يرجع تقديرها للقاضي من خلال مشتكلات القضية المطروحة أمامه ومن وقائع الدعوى المعروضة عليه وتمثل مسألة سوء النية من خلال استناده في طلب الطلاق إلى مبررات واهية و أسباب غير مشروعة ومؤسفة ويمكن للقاضي الاستعانة بخبراء في تقدير التعويض في حال عدم التراضي عليه بين الطرفين.

وهذه العناصر يستأنس بها القاضي ما دامت المسألة ترجع لتقديره واجتهاده و إلا فإن استمداد الحكم لمعالجة الفراغ التشريعي في قانون الأسرة دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لا ينهض على أساس قانوني سليم عملاً بنص الإحالة الوارد في المادة 222 ق أ ج¹ والمادة 1 من نفس القانون².

وفي حقيقة الأمر أن المشرع الجزائري أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض وترك الحكم للقاضي بما يراه مناسباً لرفع الضرر عن المطلقة ، حيث أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى، والقانون في حالة تحديده لقيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش³.

ومن ثم فإن إقرار بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي يعتبر وسيلة للحد من ظاهرة الطلاق، وحتى لا تصبح المرأة عرضة للطلاق من غير سبب وبالتالي تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة.

الفرع الثالث: تحديد طريقة دفع التعويض

سكت المشرع في قانون الأسرة الجزائري عن طريقة دفع التعويض هل يدفع جملة واحدة ؟ أم على أقساط ؟ في حين ذهب المشرع الأردني والسوري والمصري وكذلك العراقي إلى إمكانية دفعه جملة واحدة أو على أقساط.

¹ المادة 222 "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

² المادة 1 " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق ، ص 304.

ويجب أن يتضمن حكم المحكمة بيان مقدار كل قسط من الأقساط حتى يكون معلوما ومحدد عند التنفيذ، كما يجب أن يكون معلوما وموثقا في أي يوم من أيام الشهر يصبح ذلك القسط مستحقا حتى لا يكون الحكم غامضا ويؤدي إلى الاختلاف عند تنفيذه.¹

وأمام هذا الغموض نرجع إلى القواعد العامة للقانون المدني المادة 132 ق م التي تنص على أنه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا." وجواز الترخيص للمطلق بالتعويض على أقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلقة، وفيه مصلحة المطلق بالتيسير عليه وذلك حسب قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾² وذلك لكي لا يتناسى الزوجان العشرة بعد الطلاق، وفي التقسيط مصلحة للمطلقة وهذا التقسيط يضمن لها دخلا إلى ما بعد انتهاء النفقة المقرر لها.³

وتحديد التعويض على أقساط بالنسبة للمرأة المطلقة أفضل من أن تأخذه على دفعة واحدة فتسرف في إنفاقه ، فلا يكفيها لمدة طويلة خاصة إذا لم يكن لها معيل أو مدخول أو عمل معين ولعل في الصلة المتتابعة لدفع الأقساط أن يرجع الوثام وترجع الحياة الزوجية إلى طبيعتها. ومهما يكن فطريقة تسديد التعويض متروك للقاضي بما يراه مناسبا ، إلا أن الحكم بدفع التعويض في شكل إيراد مرتب يمكن أن يؤول إلى إضفاء صبغة معاشية على هذا التعويض ، بهدف ضمان استمرار مستوى العيش الذي اعتادت عليه الزوجة المطلقة أثناء حياتها الزوجية، إلى غاية الاستغناء عن ذلك بزواج جديد، ولاشك أن ذلك خروج على مبدأ التعويض عن الضرر إلى الإلزام برفع الفقر والحاجة عن المطلقة ، فذلك عبء يجب أن تتحمله الدولة.

المطلب الثالث

المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وقانونا، جبرا للمطلقة ورعاية للحقوق وتحقيقا للعدل، والطلاق التعسفي عبارة عن ضرر ألحقه الزوج بزوجه مما يجب عليه أن يدفع تعويضا عما لحقها من ضرر والتعويض هو عبارة عن حق مالي للزوجة جبرا للضرر الذي أصابها وتمثل هذه الحقوق المالية في متعة الطلاق ونفقة العدة

¹ ساجدة عفيف، المرجع السابق ، ص 117.

² سورة البقرة ، الآية 237.

³ نفقة الإهمال : حيث يحكم بما القاضي لمدة سنة ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى غاية النطق بحكم الطلاق.

وكذا المهر المؤجل فما علاقة هذه الحقوق بالتعويض عن الطلاق التعسفي ؟ وهذا ما ستنم دراسته في الفروع التالية المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (فرع أول) ثم نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (فرع ثان) ثم المهر المؤجل وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي (فرع ثالث).

الفرع الأول: المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

لقد شرع الإسلام الطلاق ورتب عليه مجموعة من الآثار ، ومنها متعة الطلاق التي شرعت تعويضا عما لحق المرأة من ضرر ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على متعة الطلاق وأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي وهذا حسب نص المادة 52 من ق أ ، مما يترتب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص قانوني ، لذلك سنتطرق إلى تعريف المتعة (أولا) ثم حكم المتعة (ثانيا) ، ثم العلاقة بين المتعة والتعويض (ثالثا) ، ثم موقف القضاء من متعة الطلاق (رابعا).

أولا : تعريف المتعة نتطرق إلى تعريفها لغة وشرعا ثم قانونا

- 1- **المتعة لغة** : من الفعل متع والمتاع وهو السلعة وهو أيضا المنفعة وما تمتعت به ، وقد تمتع به أي انتفع¹
- 2- **المتعة شرعا** : فهي مال مدفوع من قبل الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما معناه بشروط² .
ويلاحظ على هذا التعريف أن المرأة الحق في المتعة شرعا والتي يدفعها الزوج إذا حصل التفريق بينهما بسبب منه كالطلاق، والفرقة بالإبلاء واللعان ، والعيوب المستحكمة بالرجل والتي تحول دون تحقيق الغاية من الزواج.³
- 3- **المتعة قانونا** : لم ينص القانون الجزائري على المتعة وإنما أورد مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي ، وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي.

ثانيا : حكم المتعة⁴

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق واستحقاقها إلى أربعة أقوال:

¹ الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، ج1، تحقيق محمود خاطر ، مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان ، 1415 هـ ، ص 256.

² الشريبي ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 241.

³ عبد المجيد بن يكن ، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة) ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، عدد 11 ، جوان 2017 ، ص 664.

⁴ أنور محمد الشلتوني ، المتعة والتعويض في الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه والقانون (قانون الأحوال الشخصية الأردني نموذجاً) ، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية ، المجلد العاشر ، العدد 1 ، 11/9/2011 ، ص 268.

1- **القول الأول:** حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى وجوب المتعة لمن طلقها زوجها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا، غير أنه يستحب لمن دخل بها ولا يجبر على ذلك.

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر ووافقهم في ذلك الثوري والحسن بن صالح والأوزاعي¹ وقد ذهب إلى ذلك الحنابلة² في قول عندهم واستدلوا بذلك على قوله تعالى: " لا جناح عليهم"³ إذن فالمطلقة غير المدخول بها إما يكون سمي لها وفي هذه الحالة نصفه، والتي لم يسم لها المهر فتجب لها المتعة وهذا من عظمة الخالق وعدله، وأما باقي المطلقات فاستحباب المتعة مأخوذ من عموم الأدلة التي قررت المتعة للمطلقة.⁴

ومن الأدلة: إن المتعة بدل الواجب وهو نصف المهر- واجب للمطلقة قبل الدخول ولها مهر مسمى- وبدل الواجب واجب لأنه يقوم مقامه.

2- **القول الثاني:** وأما مالك وأصحابه والقاضي شريح فذهبوا إلى عدم استحبابها واعتبروها مندوبة لكل مطلقة ولو حصل الدخول ، إلا إذا لم يدخل بها وقد فرض لها ، فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها ، والإمام القرطبي المالكي رجح بوجوبها⁵ ، ومن الأدلة التي اعتمدوا عليها:

قوله تعالى " حقا على المحسنين"⁶ " وحقا على المتقين"⁷ فلو كان واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين. إذ أن تعليقها بالإحسان ليس واجب⁸ ودليل على استحبابها فقط وإن لم تستحب عند المالكية في حق المطلقة قبل الدخول التي سمي لها صداق لأن نصف الصداق المستحق هو الذي يعتبر تعويضا لها.

وعليه فوجه الدلالة من خلال قوله تعالى: **" وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"** حيث دلت الآية على العموم حيث أن لكل مطلقة متعة على سبيل الندب والاستحباب لأنها قيدت بالمتقين دون

¹ الحصص أحمد بن علي الرازي أبو بكر ، أحكام القرآن ، ج 2، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان 1405هـ ، ص 137.

² ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 7، ص 303.

³ سورة البقرة ، الآية 236-237.

⁴ الكاساني المرجع السابق ، ج 2، ص 303.

⁵ القرطبي ، المرجع السابق ، ج 3، ص 200.

⁶ سورة البقرة ، الآية 236 .

⁷ سورة البقرة ، الآية 241.

⁸ الشريبي ، المرجع السابق ، ص 155.

سواهم فلو كانت واجبة لما اختصت بأحد لأن الجميع على حد سواء أمام الأحكام الشرعية خاصة التي تتعلق بالغير.¹

وعليه ذهب آخرون في رأيهم أن تقييد أداء المتعة بالمحسنين والمتقين لا يدل على أن أدائها محتسب، بل كان هذا القيد على أدائها مماثلة حيث ذكره بالصفات التي ينبغي على المسلم أن يتخلق بها ليدفع به إلى الامتثال وحسن الأداء .

كما ذهب أغلبية الفقهاء أن من طلقها زوجها قبل الدخول وحصول الخلوة الصحيحة ولم يسم لها المهر فيجب لها المتعة.

وعليه فهم يرون في عموميات الأمر بالإمتناع إيهن بلام التمليك، ويتضح ذلك من خلال قوله تعالى "وللمطلقات متاع" بأظهر في الوجوب منه في الندب وقوله تعالى: "حقا على المحسنين" جاءت تأكيداً للإيجاب لأنه يجب على كل شخص أن يتجنب المعاصي ويتقي الله² لقوله تعالى: "هدى للمتقين" أن المتعة لو كانت فرضاً واجباً لكانت معلومة كسائر الفرائض من الأموال حيث خرجت من حد الفرض إلى الندب والاختيار وصارت كالصلة والمهدية.³

3- القول الثالث: ذهب الشافعية إلى وجوب المتعة لكل مطلقة ما عدا من طلقها زوجها قبل الدخول وقد سمى لها مهر فلها نصفه⁴ وورد عن الشافعي أن لكل مطلقة متعة دون استثناء وهذا الرأي الراجح عند ابن حجر العسقلاني⁵ واستدلوا بما يلي:

قوله تعالى: "ومتعوهن"، حيث نصت الآية على المتعة على العموم لكل مطلقة إلا التي لم يفرض لها مهر وطلقت قبل الدخول وهذا هو الاستثناء في الآية.

¹ - عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام الشريعة...، المرجع السابق، ص 70.

² - القرطبي، المرجع السابق، ج2، ص 106-107.

³ - القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، ط 2، مجلد 6، تعليق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002، ص 121.

⁴ - الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 241.

⁵ - ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي أبو الفضل الشافعي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 9، تحقيق محب الدين الخطيب دار المعرفة، بيروت، لبنان، د س ن، ص 496.

وقوله أيضا: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" ¹ وهذا نص عام ولا يخرج منه إلا ما استثنى بنص آخر وقد خرج بقوله تعالى في الآية السالفة الذكر، المطلقة قبل الدخول وقد فرض لها المهر والتعبير بكلمة "حقا" يفيد الوجوب.

واستدلوا أيضا بأن من وجب لها النصف فلا متعة لها، لأنه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي نصف المهر للإباحاش، ولأن الله لم يجعل لها سواه لقوله تعالى "فنصف ما فرضتم" و أما وقد حصل دخول فزوجها قد استوفى متعة بضعها وهي في مقابلة المهر فتجب المتعة للإباحاش. ²

وتم الاستدلال أيضا بقوله تعالى: ﴿أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ ³. و كانت هذه الآية في نساء تم الدخول بهن. ⁴

4- القول الرابع: حيث ذهب فقهاء الظاهرية إلى القول بوجوبها لكل مطلقة وطئت أم لم توطأ فرض لها المهر أم لم يفرض، ويجبره على ذلك الحاكم شاء أم أبي ⁵ وهو قول عند الحنابلة أيضا. ⁶

وهذا ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وسعيد بن جبير، والزهري والحسن، وأبي قلابة ⁷ وقتادة والضاحك ومزاحم ⁸ واحتجوا بقوله تعالى في الآيتين 236 و 241 من سورة البقرة وما جاء في الآية 49 من سورة الأحزاب فهي آيات عامة تدل على وجوب المتعة لكل مطلقة عملا بإطلاق الآية وإيجاب المتعة للمدخول بها المسمى لها في الثانية، وتقريرها حق المطلقة قبل الدخول والفرض في الثالثة وبهذا يشتمل أمر التمتع لجميع المطلقات.

¹ - سورة البقرة، الآية 241.

² - زكريا الأنصاري، أبو يحيى بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1418 هـ، ص 102.

³ - سورة الأحزاب، الآية 49.

⁴ - الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، دس ن، ص 63.

⁵ - ابن حزم، المرجع السابق، ج 10، ص 245.

⁶ - ابن عطية الأندلسي، أبو محمد عبد الحق بن غالب (ت 546هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج 1، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1413 هـ، ص 319.

⁷ - ابن الحزم، المرجع السابق، ص 247.

⁸ - الأندلسي، المرجع السابق، ص 319.

وقد استدلووا أيضا بما روي عن فعل بعض الصحابة كالحسن بن علي لما متع زوجته عند طلاقه لها وعبد الرحمان بن عوف الذي متع زوجته فاطمة بنت قيس لما طلقها وكتلها من الزوجات اللواتي تم الدخول بهن، فدل على أن المتعة تثبت للمطلقة بعد الدخول وأما المطلقة قبل الدخول قد ثبت بنص القرآن حقها فيه وهذا يعني أنها حق لكل مطلقة.¹

وعليه فإنه مما سبق يمكن المرونة في هذه المسألة لأنه أمر اجتهادي وقع الاختلاف فيه بين الفقهاء من حيث الوجوب أو الندب إليه ومن حيث تقديره، و المتعة في كل الأحوال ليس أجرا لأن عقد الزواج ليس عقد عمل، حيث تعمل المرأة لحساب زوجها ولخدمته وتحت إشرافه بل هي في مقابل الاحتباس طبقا للقاعدة الفقهية "الأصل في الزوجة الاحتباس" والمتعة ليس تأميناً لحياة المطلقة لأن حياتها بمال، وإن لم يكن لها مال فتجب نفقتها على وليها أو الموسر من أقاربها حسب الترتيب والتفصيل المعروف في نفقة الأقارب وإلا كانت نفقتها على بيت المال، ذلك أنها ليست مكلفة.²

والمتعة ليست عقوبة للمطلق، لأن كل فقهاء المذاهب أوجبوها على المطلق واستحبها له وهي لم تفرق بين مطلق مخطئ وغير مخطئ حيث اعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان يدفعها المطلق، امتثالا لأمره سبحانه وتعالى.

وفي الواقع العملي التطبيقي نجد القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب طلاقه لها تعسفا، ومرة يصطلحون عليه متعة وتارة يصطلحون عليه لفظ التعويض حيث شاع استعمال لفظ التعويض في مجال الطلاق التعسفي، أما المتعة فقد وردت في آيات كثيرة من القرآن الكريم. والعلاقة بين المتعة والتعويض لا تظهر إلا من خلال اشتراكهما في مدلول واحد وهي اختصاص القاضي بالحكم حيث يجبر الزوج على دفع مبلغ من المال نقدا أو أوعينا للمطلقة تعويضا عما أصابها من ضرر بسبب الطلاق التعسفي.

واستعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية هي أضيق كثيرا مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، لأن المتعة مخصصة لجبر خاطر الزوجة ومواساتها ويراعي في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلقة والمطلق، وليس هناك حد لأدناها أو أقصاها والتعويض يستعمل لجبر أي ضرر عن فعل غير مشروع

¹ - ساجدة عفيف عتيبي، المرجع السابق، ص 142

² - عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام....، المرجع السابق، ص 72.

ويراعي القاضي في تقدير مقدار الخسارة وفوات الكسب ولا يجوز له الحكم بما يفوق مقدار الضرر أو يقل عنه.

وعليه فالتكليف الصحيح للمتعة هو جبر المطلقة ومواساتها بسبب الفراق لقوله تعالى: "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره" بينما التعويض ما هو إلا نتيجة عن الضرر الحاصل وأساسه المسؤولية التقصيرية التي تقتضي إلزام كل من تسبب ضرر للغير بالتعويض.

إذا كان التعويض أساسه المسؤولية التقصيرية، وبما أن عقد الزواج يكون بين طرفين مما يسلمتزم أن المسؤولية عقدية، وإخلال أحد الزوجين بالواجبات كان السبب في إنهاء العقد، وفي وقوع الطلاق مما يرتب عن هذا التعويض الذي هو نتيجة الإخلال التعاقدية.

بالنسبة للأحكام القضائية وفي نطاق نزاعات الأحوال الشخصية فإن لفظ (التعويض) أكثر استعمالاً من (المتعة) وعلى الرغم من ذلك فإن كلمة المتعة هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض.

والمشروع لم يقدر المتعة التي قدرها الفقهاء¹ بل ترك أمر تحديدها للعرف وهذا خشية الخلط بينها وبين التعويض، وكذلك خوفاً من بلوغها مقدار جسيماً ينوء به الزوج فنكون قد أعطيناه حقا بيد و أخذنا منه حقا آخر وعليه لا يجب أن تفوق المتعة مقدور الزوج و ترهقه بحيث تحول دون الحق الطبيعي المشروع للزوج.

إذن بعد تحديد مفهوم المتعة وحكمه وهذا من خلال مصدرها الشرعي ورأي الفقهاء فإن تأصيل مسألة المتعة يكون في إظهار الفرق بينها وبين التعويض.

¹ - اختلف الفقهاء في مقدار المتعة على أقوال:

* حيث ذهب الحنفية إلى أن الحد الأدنى للمتعة ثلاثة أثواب، درع وخمار، وملحفة على أن لا تقل قيمتها عن خمسة دراهم، وأما أعلاها فنصف مهر المثل.

* وذهب المالكية أنه لا حد للمتعة في قليلها ولا كثيرها.

* أما الشافعية فعندهم روايتين: أحدهما استحبابها على أن لا تنقص عن ثلاثين درهماً وأعلاها خادم وأوسطها ثوبا، ويسن أنما لا تبلغ نصف المهر، وأما الرواية الثانية وهو الراجح عندهم أن يترك أمر تقديرها للحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى المحاكم كسائر الاجتهادات.

* والحنابلة فعندهم رواية أن أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاحها وأوسطها ما بين ذلك، الرواية الأخرى يرجع فيها إلى إجتهد الحاكم كما في سائر الاجتهادات.

* وأما الظاهرية فيقولون بما أن القرآن الكريم ولا السنة حددت مقدار المتعة فوجب الرجوع إلى ما صح عن الصحابة - رضوان الله عليهم - فكان كل منهم يتمتع حسب حالة ووسعه وبما هو معروف عندهم عادة.

ثالثا : العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق

بعد تطرقنا لموضوع التعويض ، وبحثنا في متعة الطلاق ببيان معناها وحكمها وآراء الفقهاء في ذلك ، وما ذهب إليه المشرع الجزائري ، فإنه يبدو جليا أن هناك علاقة وطيدة بين المتعة والتعويض ، تتضح هذه العلاقة ببيان أوجه الشبه بين المتعة والتعويض ثم ما تتميز به المتعة عن التعويض.

1-أوجه التشابه بين المتعة والتعويض¹ :

أ- أن كلاهما يكونان في حالة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ويكونان في الطلاق البائن، لأن الرجعي لا يزيل عقد النكاح وبالتالي لا يوجد تعويض ولا متعة .

ب- يقدر المتعة والتعويض القاضي وله السلطة التقديرية في ذلك حيث يقدرها حسب الظروف وحال الزوج.

ج- في حالة طلب المرأة الطلاق فليس لها الحق في المتعة والتعويض، عكس الرجل الذي قام بالتعسف في طلاقه فيلزم لها التعويض وتجب لها المتعة.

د- التعويض والمتعة هما حق للمطلقة وجبرا لحاظرها عن الضرر الذي لحقها سواء أكان ماديا أم معنويا.

هـ- إن كلا المتعة والتعويض يجبان على الزوج ولا يؤثران على الحقوق الزوجية كالنفقة والمهر وغيرهما.

2- ما تتميز به المتعة عن التعويض :

أ- أن وجوب المتعة على الزوج للزوجة جاء بنصوص من القرآن الكريم ظاهرة الدلالة في وجوبها، أما التعويض فهو الجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق، إذن فالمتعة واجبة في الفقه الإسلامي² أكثر من التعويض.

ب- المتعة حق للزوجة سواء طلقت بسبب أو غير سبب وسواء تضررت من الطلاق أم لا، أما التعويض فيكون في حالة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب معقول مما يدل على أن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض فالتعويض مقيد بحالة الطلاق التي يوقعها الزوج، أما المتعة فنطاقها عند جمهور الفقهاء في جميع حالات الفرقة من طلاق أو فسخ.

ج- في التعويض يقع على الزوج إثبات الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، أما وجوب المتعة للمطلقة في الفقه الإسلامي، لا يسمح للمطلق أن يثبت الأسباب التي دفعته للطلاق.³

¹ - ذياب زياد صبحي علي ، المرجع السابق ، ص 113.

² - المرجع نفسه

³ - ساجدة عفيف، المرجع السابق ، ص 149-150.

التعويض بهذه الطريقة يعمل على تقاذف التهم بين الزوجين لكي يدافع كل منهما عن نفسه ويثبت أنه على حق، فالزوج في حالة إيقاعه للطلاق وذكره الأسباب فلو كانت مقنعة للقاضي، يمكن أن تسبب ضرر للزوجة تفوق المصلحة المتحققة له بدفع التعويض، وذلك يكون في كشفه لأسرار زوجية كانت ينبغي أن تكون في طي الكتمان. ولو لم تكن أسبابه مقنعة وكان كاذبا، فيلحق لزوجته التهم من أجل تحقيق مصلحته وهذا يؤدي إلى العداوة والبغضاء في المجتمع وما يترتب عليه من آثار سلبية عن التعويض.

وبالتالي فالتعويض في كثير من الحالات لا يكون جبرا للضرر وإنما لزيادة الضرر واتساع نطاقه، مما يترتب على ذلك مفسد، ودرء المفسد أولى من جلب المنافع، فإن كان الفعل يؤدي إلى عمل غير مشروع ومحظور فينبغي عدم الأخذ به.

يتضح مما سبق أن العلاقة بين المتعة والتعويض أن كلاهما يجب على المرأة المطلقة لزوجها بعد الطلاق عن الضرر الذي أصابها فهما يشتركان في علة واحدة وهو رفع الضرر وذلك بدفع المال إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة أو عن طريق التعويض كما قرره القانون.

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد الزحيلي " إن 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"¹.

وبالنظر إلى كلام الزحيلي وقوله بالمتعة لكل مطلقة، فمن باب أولى الأخذ بالمتعة للمطلقة التي أضر بها الطلاق.

ويتضح من ذلك أن المتعة هي تعويض للمرأة عما أصابها من ضرر، سواء كان هذا الضرر معنويا أو ماديا، حيث أن الطلاق من قبل الرجل ودون سبب فيه ضرر على المرأة.

إذن فالمتعة هي تعويض يجب للمطلقة على مطلقها، جبر خاطرها المنكسر بالطلاق وتسليتها لها عن الفراق، وتخفيفا من إحاش الطلاق.²

إن في تشريع المتعة تعويض للمرأة، وإعانة لها في بداية مرحلة جديدة لم تعتد عليها، بعد أن كانت نفقتها مسؤولية زوجها، فهي مرحلة تمهيدية لمرحلة اعتمادها.

¹ محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام، عدد 5، 1982، ص 87.

² ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 116.

إن في الأخذ بالمتعة للمطلقة التي أضر بها الطلاق يحقق لها العيش الكريم ويحفظها من الضياع ، لأن تشريع المتعة يعتبر مظهر من مظاهر إنصاف الإسلام للمرأة ، فالمتعة تؤثر على باقي الحقوق الزوجية الأخرى .

رابعا: موقف القضاء من المتعة

يكمن موقف القضاء في الجزائر فيما يتعلق بالمتعة من خلال قرارات المحكمة العليا ، باعتبار أن المحكمة العليا كأصل عام لا يعينها إلا حكم القانون¹ وحمايته ، فتتدخل في حالة الطعن بالنقض ، حيث تنقض الحكم أو القرار المطعون ، فيه بعد أن تكشف عن وجه الخلل، ومخالفة القانون للإجراءات الجوهرية أو تناقض بين تسبب القرار، وبين منطوقه أو قصور في التسبب.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل تغني المتعة عن التعويض ؟ وهل يمكن القضاء بالمتعة والتعويض في آن

واحد ؟

بالنسبة لاستغناء المتعة عن التعويض ، حيث اختلف الفقهاء في هاته المسألة على قولين² :

1- **القول الأول:** حيث ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل هي الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى وتحفظ للمرأة كرامتها التي تمس قبل الحكم بالتعويض.³

ومن هؤلاء الفقهاء المعاصرين نجد محمد الزحيلي حيث قال: إن الإعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل تلك وغيره تسوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق ، مع أن القرآن الكريم، قد تبين ذلك قبل أربعة عشر قرناً، ثم حذر منه الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الإعراض والإغفال عن هذا الحق".⁴ وافق هذا الرأي فقهاء آخرون مثل محمد أحمد الصالح⁵ ومحمود السرطاوي⁶ وسامي صالح⁷ وغيرهم.

¹ عمار بوضيف ، النظام القضائي الجزائري ، دار ربحانة للنشر والتوزيع ، ط2003، ص261-262.

² ساجدة عفيف عتيلي ، ربحانة بنت الحاج ، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في

الشريعة الإسلامية ، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة ، ماليزيا ، مجلد 2، عدد 4 ، 2012، ص 26.

³ ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق ، ص 180.

⁴ محمد الزحيلي ، المرجع السابق، ص 87-89.

⁵ الصالح محمد بن أحمد ، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض

السعودية ، 1398 هـ عدد 9، ص 56.

⁶ السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 48.

⁷ صالح سامي ، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية ، 1986 ، ص 31.

2- القول الثاني: كما سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لسنة 1984 المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي 02/05 وحسب نص المادة 52 قد استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي، إلا أنه في القرارات القضائية نجد القضاة تارة يحكمون بالمتعة، وفي قرارات أخرى نجد مصطلح التعويض فهل يمكن الأخذ بهما معا في قرار واحد؟ على اعتبار أن المتعة لكل مطلقة دون تحديد طلاقها حسب القرآن الكريم أما التعويض فهو يقتصر فقط حسب القانون للمطلقة طلاقا تعسفيا.

حيث جاء في إحدى القرارات المحكمة العليا في 1986/4/7 حيث قضت " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض الذي 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 إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي."¹

كذلك جاء في قرار آخر بتاريخ 1982/11/12 من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة."²

حيث أن القرارين ذهبا إلى إعطاء المطلقة متعة و تعويض في آن واحد، وذلك لأن المطلقة لها الحق في التعويض عن الطلاق التعسفي من جهة، وتستحق نفقة المتعة كغيرها من النفقات (عدة، إهمال) وفقا للشرعية الإسلامية.

وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها بإرادتها لا تستحق المتعة وهو نفس الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض، لأنه لو جمعت المتعة مع التعويض في آن واحد، فتكون المطلقة قد أخذت تعويضا عن نفس الضرر مرتين.

وجاء في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا " من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

¹ م ع ، غ أش ، 1986/4/7 ، ملف رقم 41560 ، م ق ، 1989 ، عدد 2 ، ص 69.

² م ع ، غ أش ، 1982/11/12 ، ملف رقم 28784 ، ن ق ، 1986 ، عدد 2 ، ص 32.

ولما كان من الثابت في -قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التطليق و استجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية .

ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار جزئيا فيما يخص المتعة ¹

وذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر في 1989/3/27 " إلى أنه من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته، ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته ، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها بها، فالحكم غير شرعي ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون .ولما كان من 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 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 الإهمال. ²

من خلال هذا القرار يتضح أن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه في المتعة المستحقة للمطلقة هو لجر لخاطرها بعد الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلافا لرغبتها، فإن كان بناء على طلبها ورضيت به، تفقد حقها في المتعة، وبذلك تشترك المتعة مع التعويض في مدلول واحد، وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض لجر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق. ³

حيث يختص قاضي الحكم بإجبار الزوج بدفع مبلغ من المال إلى مطلقته تعويضا عن الضرر الذي أصابها كلما كان الطلاق تعسيفا .

مما سبق يمكن أن يتبادر إلى ذهننا السؤال الآتي: هل يمكن أن تحصل المطلقة على متعة لتضررها من الطلاق وتحصل في نفس الوقت عن التعويض عن أضرار معنوية أخرى غير تلك الناجمة عن الطلاق ؟ أي هل يمكن الجمع بين المتعة والتعويض؟

¹ م ع ، غ أش ، ملف 43860 ، م ق ، 1993 ، عدد 2، ص 41 ، تعليق حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، ص 168-169.

² م ع ، غ أش ، 1989/03/27 ، ملف رقم 50317 ، م ق 1991 ، عدد 1 ، ص 56

³ نبيلة بوشفرة ، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعقمة في القانون الخاص ، جامعة سيدي

محمد بن عبد الله ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، فاس ، المغرب ، 2005-2006، ص 31 .

حيث جاء في قرار المحكمة العليا في 1985/4/8 بأنه "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".¹

يتضح لنا من هذا القرار أن المحكمة لم تميز بين المتعة والتعويض حيث تعتبر المتعة تعويضاً وهذا ما تضمنه القرار حرفياً إذ جاء فيه "إن نفقة المتعة.... وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً" في نفس سياق القرار يعرف المتعة ضمناً على أنها "...تخفيفاً عن ألم الفراق..." ويعتبر القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.

- نجد هذا القرار يتناقض ويتعارض من وجهتين وهما

1- حيث يعرف المتعة، على أن القصد منها التخفيف عن ألم الفراق.

2- يعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضاً.

مما سبق أين الوصف الشرعي للمتعة باعتبارها من أحكام آثار الطلاق شرعاً؟ وإذا كانت المتعة هي نفسها التعويض فعلى أي أساس شرعي يخضع هذا التكييف؟

إذن كان هذا القرار يتناقض من الوجهتين أعلاه، عندما اعتبر المتعة تخفيفاً عن ألم الفراق، وتعويضاً في نفس الوقت، والقضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة، وعلى الرغم من ذلك فإن الوصف الشرعي للمتعة في صلب القرار غامض ويشوبه عيب، حيث أنه أبطل ضمناً وصفاً شرعياً جاء به نص شرعي وهو المتعة التي تقتضي الوجوب والاستحباب، قيد القبلية والبعدية في الدخول. ذلك لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ حيث أوجبها لكل المطلقات واستحبها للبعض الآخر بقوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾² كذلك قضت المحكمة العليا في قرار صادر : 2000/02/22 بأن "الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق".³

¹ م ع ، غ أش ، 1985/4/8 ، ملف رقم 35912 ، م ق ، 1989 ، عدد 1 ، ص 89.

² عبد الفتاح تقيبة ، الطلاق بين أحكام التشريع.....، المرجع السابق ، ص 75-76.

³ م ع ، غ أش ، 2000/2/22 ، ملف رقم 235456 ، م ق ، 2000 ، عدد 1 ، ص 282.

استحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في استعمال الحق في الطلاق وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت من أجله المتعة.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا أين ذهبت فيه إلى حرمان المرأة التي تحصل على التطليق من المتعة حيث جاء فيه " المتعة لا تستحق في حالة التطليق"¹

إذن الاجتهاد القضائي لم يميز بين مصطلحي المتعة والتعويض ، و هو يكرس العمل بمبدأ التشريع الذي نص على الحق في التعويض ولم يشر إطلاقاً إلى المتعة حيث أن سبب الحق في المتعة هو الطلاق باعتباره الواقعة المنشأة لالتزام المطلق بها ، ولكون الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة وفيها ما يحقق المعونة المادية لها على نتائج الطلاق وهي بهذا المعنى لا تنصرف إلى التعويض ، لأن التعويض شيء والمتعة شيء آخر . إذن مما سبق فإن موقف الشريعة من المتعة سواء أكانت مندوبة أم واجبة هو موقف صائب لأن الفقه الإسلامي انطلق من مبدأ جوهرى المتمثل في القاعدة الشرعية الأساسية للزواج هي أن الزواج مبني على المكارمة، ومنه أيضا أن الأصل في الطلاق الحظر كون أن الأمر في الزواج مبني على الأخلاق والدين اللذين لا غنى عنهما.²

أما القول بالتعويض على المطلقة يحتاج إلى إعادة نظر من صائغي القانون لأن المطلقة أصابها ضرر معنوي، لاعتبار منها أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المماثلة أو المعادلة مما يستوجب أن يكون الضرر المقابل له ضررا ماليا، أما غير المالي في نظرها فلا يقوم بالمال، ولا يعوض عنه بالمال ومن ثمة فلا تعويض عن الضرر المعنوي باعتبار أن الصلح عندها في مجال الطلاق مبدأ جوهرى وأساسى، ولكون أن الطلاق أسبابه قد تكون نفسية، وقد تكون مال يوجب ستره، وفي كل أحوالها أو معظمها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم شدا وجذبا، إذ أن المسؤولية التعاقدية على قدر ما تفهم، تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج أي ما اقتضته الشريعة الإسلامية، ذلك أن طبيعة عقد الزواج على ما هو قرر لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت ، إلا إذا أوجبت لها المتعة ، أو مؤخر الصداق.³

¹ م ع غ أ ش ، قرار مؤرخ في 1986/12/29 ، ملف رقم 43860 ، م ق ، عدد 2 ، 1983.

² عبد الفتاح تقي ، الطلاق بين أحكام، المرجع السابق ، ص 77.

³ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 333-334.

وعليه ما ذهب إليه محمد أبو زهرة، في هذه المسألة هو رأي صائب، لكون أن قوله مؤسس على قواعد أصولية في الفقه ذلك أن الطلاق التعسفي، لم يشرعه الشارع لسبب معقول، و يمنعه لسبب غير معقول وإنما أباح الطلاق فقط.

وإباحته عامة والعام يبقى على عمومته كما يقول علماء أصول الفقه، ولا يجوز تخصيصه إلا بنص شرعي، لا بوجهة نظر عقلية.

فالتعويض المالي لم يشرعه الإسلام مقابل أمر معنوي، إلا في نصوص كبديل المتلفات، وإرش الأعضاء، والتعويض عن الضرر الملحق بالغير، وهذا ورد فيها نصوص باعتبارها أضرار مادية، و لكونها أعمالاً تستحق التعويض.

وعليه فالتعويض عن الضرر المعنوي ما تعلق بالطلاق التعسفي جراء ما لحق الزوجة من ضرر في هذا الصدد هي مسألة أنشأتها التشريعات الوضعية، أما الشريعة الإسلامية فقد أنشأت المتعة، حيث تكون المتعة حسب حال الزوج من الغنى والفقر واليسار والإعسار لقوله: " وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ " وهذا هو المقياس وهي من حيث التقدير تتوقف على حسب حال الزوج وحده لأنها لو قدرت بحال الزوجة أو حال الزوجين معا فتكون زيادة على النص ولم يعد المقياس¹ الذي حدده سبحانه وتعالى في الآية السالفة الذكر.

وعليه يلزم التقييد بالإطار الذي رسمه الشارع الحكيم في تقديره المتعة، وعن الاختلاف في مقدراتها، بين الزوج ومطلقاته، يرجع في ذلك إلى الجهة القضائية المختصة، لينظر في حال الزوج ويقدرها، لأنه أمر اجتهادي بحاجة إلى نظر بالحال التي يجري التقدير على أساسها.

وعليه فإن المتعة من حيث المفهوم والأحكام، ومن حيث تحديد المقدار ومن حيث مقاصدها الشرعية هي تطيب لخاطر الزوجة فقط، مما يستلزم أن هناك فرقا بين المتعة والتعويض.

الفرع الثاني : نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

تعتبر نفقة العدة من الحقوق المالية المستحقة للمطلقة، والتي أقرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

¹ محمد سمارة، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها.

وفي هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف كل مصطلح على حدة وتتناول المفهوم الشرعي والقانوني لنفقة العدة والحكمة من تشريعها، ولمن تجب من المطلقات؟ وعلى أي أساس تقدر، ثم نتطرق للعلاقة بين نفقة العدة والتعويض عن الطلاق التعسفي وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

أولاً: تعريف النفقة والعدة

نتطرق لتعريف اللغوي والشرعي والقانوني للنفقة والعدة

1- النفقة

أ- لغة: من الفعل الثلاثي نفق وهي اسم من الإنفاق، والنفقة هي ما أنفقت على عيالك ونفسك.¹
ب- شرعاً: فهي الطعام والكسوة والسكن ونحو ذلك مما يكون على الشخص اتجاه زوجته وعياله ومن تكفل بهم.²

3- قانوناً: وردت أحكام النفقة ككل في الفصل الثالث من الباب الثالث في انحلال الزواج وهذا في المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

حيث نصت المادة 78 بقولها " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

بين الاصطلاح الشرعي والقانوني: نجد أن كلا من الفقه والقانون يجعلان النفقة فيما هو من ضروريات

العيش الكريم، دون تبذير أو إسراف، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ

لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا﴾³

2- العدة: أ- لغة: مأخوذة من العد والحساب، والعد إحصاء الشيء، وسميت بذلك لاشتغالها على العدد من الإقراء أو الأشهر غالباً، وعدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال، وقبل تربصها المدة الواجبة عليها، وجمع العدة، عدد، كسدره وسدر.⁴

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج 10، ص 358.

² محمد بن فراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج 4، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، 1929، ص 453.

³ سورة البقرة، الآية 233.

⁴ الفيومي، المرجع السابق، ج 2، ص 395.

ب- شرعا : هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة زوجها ، أو للتعبد ، أو لتفجعها على زوجها .¹
ج- قانونا: العدة هي المدة أو الحيز الزمني الذي تكون الزوجة المطلقة ملزمة باحترامها امتثالا لأوامر الشرع والقانون قبل إقدامها على الزواج من جديد، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ نطق الحكم بالطلاق.

ويجب الإشارة أن هناك عدة للمتوفى عنها زوجها وكذا عدة زوجة المفقود²

3- نفقة العدة: بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة، أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة ثلاثة أشهر، أما إذا كانت من ذوات الحيض يحكم لها بنفقة ثلاثة قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة ثلاثة أشهر في كلا الحالتين، وتكون مده نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل، وأن تقدير قيمة النفقة يرجع إلى اختصاص القاضي، وهو في هذه الحالة يراعي حال الطرفين وظروف المعاش.³

وعند المالكية المطلقة التي يملك رجعتها لها السكنى والنفقة حاملا إذا كانت أو غير حامل ما دامت في عدتها، والمبتوتة لها السكن ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا فإن كانت حاملا كان لها السكن والنفقة .⁴
وتتمثل مقادير العدد في قانون الأسرة الجزائري في المواد التالية:

المادة 58 " تعند المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق "

المادة 59 " تعند المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ."

المادة 60: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، ج29، مطابع دار الصفاة ، مصر، 1404 هـ، ص 5.

² آثار الطلاق وفق قانون الأحوال الشخصية الجزائري، 2011/08/14 ، مقال منشور بموقع: www.startimes.com ، تاريخ الولوج 2019/7/22

³ نصت المادة 79 من قانون الأسرة " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من تاريخ الحكم".

⁴ أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي ، الكافي في فقه أهل المدينة ، ج 2، ط2، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني ، مكتبة الرياض الحديثة ، السعودية ، الرياض ، 1400 هـ ، 1980م، ص627.

ثانيا : الحكمة من مشروعية نفقة العدة

حيث إن الله سبحانه وتعالى كرم المرأة وكفل لها ضمان حقوقها ومن بين تلك الحقوق النفقة ، فقد أوجبها للمرأة سواء كانت زوجة أو مطلقة .

قد فرض الله سبحانه وتعالى العدة على المطلقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة حتى تنقضي عدتها ولكن لم يتركها دون أن يضمن لها مؤونة طعامها وشرابها ومسكنها وملبسها، وأوجب على مطلقها الإنفاق عليها، لأنها ممنوعة من الزواج حتى تنقضي عدتها صيانة وحفظا لنسله.

حيث يقول الكاساني في هذا " المرأة المحبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا إليه فكأن كفايتها عليه ، لقوله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " ¹ ولأنها إذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة من الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ، كالقاضي جعل له رزق في بيت مال المسلمين لحقهم ، لأنه محبوس لجهتهم ممنوع من الكسب فجعلت نفقته في ما لهم وهو بيت المال".²

ثالثا: نفقة المعتدات

إن اختلاف أنواع العدة عند النساء من عدة طلاق وفاة عدة حامل وعدة اليأس من الحيض، أقوال كثيرة للفقهاء وباختلاف أنواع العدة عند النساء تتنوع النفقات للمعتدات وهذا ما سيتم دراسته من خلال نفقة المعتدة من طلاق رجعي ثم المعتدة من طلاق بائن وهي حامل ثم المعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل.

1- نفقة المعتدة من طلاق رجعي

حيث أجمع أهل العلم في نفقتها على ما يلي:

أ- لا نفقة للمطلقة قبل لأنه لا عدة لها وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾³

ب- وجوب النفقة للمطلقة رجعيا: لا خلاف بين علماء الأمة أن اللواتي لأزواجهن عليهن الرجعة لهن النفقة وسائر المؤونة على أزواجهن، حوامل كن، أو غير حوامل، لأنهن في حكم الزوجات⁴ في النفقة والسكنى والميراث مادمن في العدة.⁵

¹ الحاكم ، المرجع السابق ، ج 2176 ، ج 2، ص 18 ، حديث صححه الحاكم وابن حبان وقال الترمذي ، حديث حسن صحيح.

² الكاساني ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 14.

³ سورة الأحزاب ، الآية 49.

⁴ لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراة دولة في القانون، جامعة الجزائر ، يوسف بن خدة كلية الحقوق، الجزائر، 2006، ص 46.

⁵ عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النفائس ، الأردن ، عمان ، ص 288-289.

2- إن كانت معتدة من طلاق بائن وهي حامل :

اتفق جمهور الفقهاء¹ على وجوب نفقة البائن الحامل ما دامت في العدة سواء بانت بطلاق ثلاث، أو خلع أو فسخ نكاح بغير معصيتها واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾²

3- إن كانت معتدة من طلاق بائن وهي غير حامل

أ-اختلف الفقهاء في ذلك فقد ذهب الشافعية³ والمالكية⁴ إلى أن لها الحق في السكنى بكل الأحوال ولا نفقة لها ما دامت ليست حاملا.

ب-وذهب الحنابلة⁵ والظاهرية⁶ أنه ليس للبائن الحائل نفقة ولا سكنى واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس - رضي الله عنها - قالت أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت أنا بنت خالد، وإن زوجي فلانا أرسل إلى بطلاقي، وإني سألت أهله النفقة والسكن فأبوا علي، قالوا: إنه قد أرسل إليها بثلاث تطليقات: قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها إليها الرجعة"⁷

ج-وذهب الحنفية⁸ أن لها النفقة والسكنى مثل المطلقة رجعيا لأنها محتبسة في بيت الزوجية ومكلفة بقضاء مدة العدة في بيت الزوجية.

4- إن كانت معتدة من زواج فاسد أو شبهة لا نفقة لها لأنه لا نفقة لها في الزواج الفاسد فلا نفقة لها أثناء العدة..

أوجب المالكية لها إن كانت حاملا النفقة على الواطئ لأنها محتبسة بسببه⁹.

¹ السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 202.

² سورة الطلاق، الآية 6.

³ الشافعي، المرجع السابق، ج 5، ص 237.

⁴ الإمام مالك، المرجع السابق، ج 4، ص 189.

⁵ المارودي، المرجع السابق، ج 9، ص 361.

⁶ ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري أبو محمد، المحلي، ج 10، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، لبنان، بيروت، د س ن، ص 282.

⁷ سنن النسائي، كتاب الطلاق، باب الرخصة في ذلك ح 3403، ج 6، ص 144 صححه الخطيب البغدادي وابن منده و الدارقطني

وغيرهم.

⁸ السرخسي، المرجع السابق، ص 201.

⁹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 459.

رابعاً: نفقة العدة في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري على نفقة المعتدة في المادة 61 منه حيث جاء فيها ما يلي: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."

وهذا يعني أن المطلقة المعتدة تستحق النفقة مادامت في منزل الزوجية، وهي النفقة التي يراعي فيها حال الزوج يسارا أو إعسارا، شرط عدم خروجها من منزلها، أما إذا خرجت من منزلها بدون مبرر شرعي، فتعتبر حينئذ ناشزا و تسقط نفقة العدة.

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا:

"متى كان المقرر شرعا نفقة العدة تظل واجبة على زوجها سواء أكانت ظالمة أم مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما يقضي به، ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه، حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹.

أما بالنسبة إلى تقدير النفقة فقد سار المشرع الجزائري على غرار الفقه المالكي وهذا حسب نص المادة 79 من قانون الأسرة "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعلى هذا الأساس فإن تقديرها هو مسألة تقديرية من اختصاص قضاة الموضوع انطلاقا من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج، تبعا لحال الزوجين يسارا أو إعسارا، وظروف المعيشة زمانا ومكانا على ألا تقل على حد الكفاية تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة"².

وبديهي القول إن تقدير النفقة من قبل القاضي إنما يكون في حالة النزاع القضائي أما في الحياة الزوجية العادية فإن الأمر موكل إلى مدى قدرة الزوج وكذا إلى مدى شعوره بمسؤولية الأسرة.

¹ م ع، غ أش، 1984/10/22، ملف رقم 34327، م ق، 1989، عدد 3، ص 69.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص 348.

والنفقة الشهرية التي يحكم بها القاضي للزوجة بموجب حكم قضائي لا تقبل المراجعة إلا بمضي سنة كاملة ابتداء من تاريخ صدور الحكم¹.

والمشعر المغربي² اتفق مع المشعر الجزائري على إعطاء السلطة التقديرية للقاضي في تقدير النفقة مع مراعاة حال الملمزم بأدائها و لكن المشعر المغربي أضاف بعض الإجراءات مثل الاستعانة بخبراء وأكد على مسألة التوسط في تقدير النفقة وهذا ما لم ينص عليه المشعر الجزائري صراحة.

والمشعر التونسي³ أيضا أعطى السلطة التقديرية للقاضي في تقديره للنفقة و قد اتفق مع المشعر المغربي في التفرقة بين حال النفقة بعد الطلاق و بين النفقة في الأحوال العادية، علما أن المشعر المغربي كان أكثر تفصيلا في ذلك حيث نص على نفقة العدة و نفقة المتعة التي يراعي في تقديرها فترة الزواج و الوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق و مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

وصحيح أن المشعر الجزائري تطرق إلى نفقة العدة من خلال نص المادة 61 السالفة الذكر إلا أنه لم يضع معايير لتقديرها خلافا للمشعر المغربي الذي فصل في المسألة.

خامسا: العلاقة بين نفقة العدة و التعويض عن الطلاق التعسفي

حيث يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون ذلك إذا بنى الزوج طلبه على سبب تافه أو منعدم ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة (م 52 ق أ)

غير أن المشعر الجزائري لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته وذلك خلافا لبعض القرارات الصادرة عن المحاكم بالتعويض والنفقة، لأن هذه الأخيرة في حد ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار، والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقر للمطلقة بحق النفقة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأنه في هذه الحالة لها الحق في نصف المهر⁴.

¹ سليمان ولد خسال ، المرجع السابق، ص 97 .

² المادة 84 من مدونة الأسرة المغربية "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، و نفقة العدة، و المتعة التي يراعي القاضي في تقديرها فترة الزواج، و الوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق و مدى تعسف الزوج في توقيعه".

³ الفصل 52 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية "تقدر النفقة بقدر وسع المنفق و حال المنفق عليه و حال الوقت و الأسعار".

⁴ عبد المجيد بن يكن ، المرجع السابق، ص 15

إن نفقة العدة وإن كانت مبلغا ماليا تلي فيه المطلقة احتياجاتها من الطعام والسكن والملبس، وإن كان يخفف عنها قليلا، فلا تخرج من بيتها ولا تسقط نفقتها بمجرد الطلاق بل تستغل فترة العدة لترتيب أمورها فلا تصبح مشردة بين عشية وضحاها.

ولكن هذه النفقة لا تغني عن المتعة المقررة شرعا و لا على التعويض عن الطلاق التعسفي إن وقع الطلاق تعسفيا -حسب القانون- و لا تحتسب قيمة النفقة من مقدار التعويض بل يبنى التعويض عن الطلاق حسب القانون على مقدار النفقة المقررة سابقا-إن وجدت- فهي معيار لتقدير التعويض لا جزء منه و لا تغني عنه.

الفرع الثالث: المهر المؤجل و علاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي

لقد سبق و أن تطرقنا للتعسف في المهر و مظاهره و ذلك لأن الناس يريدون في المهر المؤجل وكأنه ضمان لمستقبل الزوجة إذا حدثت فرقة أو تعويض لها من الطلاق.

وذلك يحدث عندما تطلب الزوجة أو وليها عند عقد النكاح مهرا مؤجلا كبيرا غير المعروف في بلدهم والمهر المؤجل يستحق للزوج عند الطلاق أو الوفاة فمتى طلقها الزوج في المستقبل أزم بدفع هذا المهر، ويكون حقا ثابتا للمرأة تنتفع به كما تشاء¹.

وهذا في اعتقاد الكثير من الناس أن هذه الوسيلة تضمن للمرأة حقها في المستقبل ليعوض عنها مضار الطلاق، إن هو وقع، و في هذه الحالة تستحق المبلغ بناء على المسؤولية العقدية، و قد بدأ هذا الحل يشيع في الكثير من البلدان.

ومع كون المهر المؤجل مباح شرعا و قانونا كما بينا سابقا، وبالرغم من أن عدم تحديد مقدارا لأكثر المهر أمر متفق عليه بين الفقهاء إلا أن هذا أدى إلى مشاكل كثيرة عندما أصبح الناس ينظرون إليه من وجهة واحدة هي تعويض المرأة عما قد يصيبها من الطلاق، ولم يراعوا الغاية التي شرع من أجلها تأجيل المهر، و هي تيسير الزواج للشباب و عدم إلزامه دفع المهر كاملا قبل الدخول.

وبالنسبة لعلاقة المهر بالتعويض فبما أن الصداق هو عوض عن الاستمتاع فهو كغيره من التعويضات يجوز أن يكون كله أو مؤجلا أو بعضه مؤجل و بعضه حال.

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 74.

والمطلقة المفروض لها صداق و كان منه الصداق المؤجل، فلها بقية صداقها كاملا، لأنه دين لها في ذمة الزوج تستحقه عند نهاية الأجل الذي ضرب له سواء أكان طلاقا أم موتا أو غير ذلك . ولقوله تعالى: ﴿وإن أردتُمْ استبدالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا¹ .

كما أن المهر المؤجل لا يغني عن التعويض حسب القانون و لا عن المتعة حسب الشريعة.

¹ سورة النساء، الآية 20

المبحث الرابع

التعسف في استعمال الحق على آثار الطلاق

نص المشرع على آثار الطلاق ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني وهذه الآثار هي مادية المتمثلة في النفقة والنزاع في متاع البيت وآثار معنوية متمثلة في العدة والحضانة.

وبما أننا تطرقنا إلى العدة ونفقتها ضمن موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، ننتقل إلى أثر معنوي مهم جدا وهو الحضانة حيث تثار قضيتها مباشرة بعد انحلال الرابطة الزوجية، ويظهر موضوع التعسف في استعمال الحق ممن يؤول إليه من أقارب المحضون .

كذلك هناك حق من حقوق المطلق والذي لم يتحدث عليه المشرع بشكل واضح كما فعلت بعض القوانين العربية وهو حق الرجعة وما يتجلى فيه من تعسف من قبل المطلق لذلك لابد من معالجة هذا الموضوع بالإحالة إلى الشريعة الإسلامية ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى التعسف في استعمال حق الحضانة (مطلب أول)، ثم تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة (مطلب ثان).

المطلب الأول

التعسف في استعمال حق الحضانة

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الحضانة (فرع أول)، ثم تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة في (فرع ثان)، ثم ننتقل إلى المسائل المؤثرة في معيار التعسف في استعمال حق الحضانة في (فرع ثالث)، ثم الضمانات القانونية للحماية من التعسف في استعمال حق الحضانة في (فرع رابع).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

نتطرق فيه إلى تعريف الحضانة لغة (أولا) واصطلاحا (ثانيا) كما يلي.

أولا: الحضانة لغة:

بفتح الحاء وكسرها مصدر من الفعل الثلاثي حَضَنَ والحِضْنُ يجمع على أحضان وفي اللغة له إطلاقات

متعددة¹

1- يطلق على ما دون الإبط إلى الكشح ، ويقال احتضنت الشيء أي جعلته في حضني .

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج 13، ص 122

2- يطلق على الصدر والعضدان وما بينهما ، ومنه الاحتضان و هو احتضان الشيء وجعله في الحضن كما تحتضن المرأة ولدها.

3- يطلق على جوانب الشيء ونواحيه ، ونواحي كل شيء أحضانه.

4- يطلق على أصل الشيء ، فالحضن من الجبل أصله وما أطاف به وما ضم بينهما.

الحضانة في اللغة تأتي بمعنى احتواء الشيء وضمه ، والحاضن أو الحاضنة كأثم يتخذون المحضون في جنبهم أو حضنهم رعاية واهتمامًا.

ثانيا: الحضانة اصطلاحا

نتعرض في تعريف الحضانة إلى الاصطلاح الشرعي والقانوني على النحو التالي:

1- **الحضانة في الاصطلاح الشرعي**: تعددت عبارات العلماء في وضع تعريف للحضانة على النحو التالي:

أ- **الأحناف**: عرفها الكاساني: الحضانة: " ضم الأم ولدها إلى جنبها واعتزلها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه." ¹

ب- **المالكية**: عرفها الدسوقي: هي " حفظ الولد والقيام بمصالحه " ².

ج- **الشافعية**: " حفظ من لا يستقل بأموره عما يضره وتربيته بما يصلحه ." ³

د- **الحنابلة** هي: " حفظ صغير ومجنون ومعتوه عما يضرهم وتربيتهم بعمل مصالحهم " ⁴

وعند النظر في تعريفات الفقهاء السابقة نجد أن التعريفات كلها متقاربة في دلالتها على معنى الحضانة

في الاصطلاح، لكن الراجح هو تعريف الفقه الشافعي وذلك لأنه اشتمل على الحفظ والرعاية والاهتمام الجسدي من منع الإيذاء والاعتداء وغيره.

2- **الحضانة في الاصطلاح القانوني**:

حيث نصت المادة 62 من ق الأسرة الجزائري: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على

دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا." حيث يبدو مدى حرص القانون على إبراز مهمة الحاضن

حيث توسع في تعداد واجباته نحو المحضون إضافة إلى إرادة عازمة أظهرها المشرع اتجاه هذا العمل الخطير

¹ الكاساني ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 40

² الدسوقي ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 526.

³ الشريبي ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 425.

⁴ البهوتي ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 495.

وأحاطه بقيود يكاد يذهب معها معنى الحضانة عن كل تربية تهمل الجانب الروحي والعقائدي للطفل أو تضعف فيه الجانب العقلي لحساب الجانب الجسدي أو العكس ، وأراد لفت انتباه الحاضن لما هو مقدم عليه من واجبات نحو المحضون¹.

الحضانة اصطلاحاً: هي " إلزام شرعي وقانوني بتدبير شؤون الطفل ورعايته جسمياً وروحياً وعلمياً ممن له الحق في ذلك شرعاً " فهي تشتمل النقاط الآتية:

-أتمها سلطة شرعية للحضانة على المحضون لتحقيق مصلحة المحضون العاجلة والآجلة.

-أتمها تشتمل كل ما يحتاج إليه المحضون من ماديات ومعنويات.²

أما في مدونة الأسرة المغربية فنجد المادة 97 تنص على أن " الحضانة هي حفظ الولد مما يضره قدر المستطاع، والقيام بتربيته ومصالحه " أما بالنسبة للقانون التونسي فنجد المادة 54 من مجلة الأحوال الشخصية تنص " حفظ الولد في بيته والقيام بتربيته".

الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة

فالتعسف هو " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعاً بحسب الأصل " أما الحضانة: فهي " حفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل و كبير ومجنون".

وعند الجمع بين التعريفين نجد مفهوم التعسف في استعمال حق الحضانة كمفهوم مركب وهو: "استعمال الشخص لحقه في الحضانة بقصد الإضرار بالآخرين على وجه يناقض قصد المشرع من هذا الحق"

شرح التعريف:

استعمال الشخص لحقه في الحضانة: تشتمل استعمال جميع الحقوق التي تتعلق بالحضانة من الحق في النفقة والرؤية والسفر والزيارة والولاية على المحضون التي تتضمن الحفظ والرعاية والتربية والتعليم. وتم التعبير بالشخص لتشمل جميع من يتعلق بهم حق الحضانة من حاضن أو قريب أو ولي أو منفق.

¹ فضيل سعد، المرجع السابق ، ص 370.

² يوبكر لشهب ، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة ، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، العدد 9 ، الجزائر، ص480.

بقصد الإضرار بالآخرين : تشمل جميع صور الإضرار التي يمكن أن تلحق باستعمال الحق في الحضانة مثل الماطلة في دفع النفقة من قبل المنفق ، أو حرمان من السفر بالمحضون من قبل الولي أو المنع من رؤية المحضون من قبل الحاضن وغيرها من صور الإضرار.

ويخرج بهذا القيد استخدام الحق دون قصد الإضرار بالآخرين ، ويخرج أيضا التعدي ذلك أن التعدي إضرار مباشر ومخالفة دون وجه حق .

على وجع يتناقض قصد المشرع من هذا الحق : وهو ما نقصد به الإضرار بالآخرين سواء أكان إضرار مباشر أم غير مباشر.

الفرع الثالث : المسائل المؤثرة في معيار التعسف في استعمال الحق في الحضانة

إذن لا بد من عرض أهم المسائل الفقهية التي لها تأثير في معيار التعسف في استعمال حق الحضانة حيث إن التعسف هذا يبنى معياره على بعض المسائل الفقهية ، ونحاول إجراء مقارنة بينها وبين ما أقره المشرع في قانون الأسرة وهي تتمثل في شروط الحاضن(أولا)، ثم التعسف في التنازل عن الحضانة (ثانيا)، ثم التعسف في رؤية وزيارة المحضون(ثالثا) ، ثم التعسف بالسفر بالمحضون(رابعا)، ثم التعسف في نفقة المحضون (خامسا) كما يلي:

أولا : شروط الحاضن

الحاضن هو الذي يرعى المحضون ويقوم بحقوقه المعنوية والحسية ولذا فقد اشترط فيه الفقهاء جملة من الشروط منها المتفق عليها ومنها المختلف فيها وكلها تدور حوله مصلحة المحضون.

1- الشروط المتفق عليها:

تشتترط في الحاضن خمسة شروط متفق عليها بين الفقهاء وهي¹ :

أ- **العقل** : فالحاضن إذا كان فاقدا لعقله سواء كان جنونه مطبقا أو منقطعاً فهو لا يستطيع أن يقوم بحقوق نفسه، كذلك المعتوه وهو ناقص الأهلية ، لأن ترك الولد عند هذا الحاضن سواء (المجنون أو الصغير أو المعتوه) فيه ضرر كبير ، لأن الحضانة هي تحقيق مصلحة المحضون بجلب النفع له ودفع الضرر عنه.²

ب- **البلوغ** : فإذا لم يبلغ الحاضن لا تصح حضانته لأنه لا يكون قادرا على تسيير شؤونه.

¹ ابن حزم ، المرجع السابق ، ج 10 ، ص 143.

² عبد المطلب عبد الرزاق حمدان ، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008 ، ص

ج- ألا يكون الحاضن فاسقا فسقا يضر بالمحضون: فلا تصح حضائته اتفاقا لأن الفسق في هذه الحالة

سيمنعه عن رعاية المحضون ، وهو غير موثوق في أداء الواجب من حق الحضانة .

وقد شدد الشافعية¹ والحنابلة² واشترطوا العدالة في الحاضن فقالوا بأن الفاسق مطلقا يمنع من الحضانة

سواء ضر فسقه بالمحضون أم لم يضر به .

د- القدرة على الحضانة: والقدرة عامة تشمل الاستعداد الحاضن والتفرغ له والرغبة في ذلك، وعدم

الانشغال عنه بما يعود عليه بالضرر.

هـ- السلامة من العيوب المانعة من الحضانة أو المضرة بالمحضون: فإذا كان بالحاضن عيب أو مرض لا

يرج شفاؤه كالفالج و السل بحيث أن الأم لم يشغله عن كفالة المحضون وتدير أموره فلا تصح حضائته.

وبعض الحنابلة وغيرهم لم يقبل حضانة الأعمى ، وضعيف البصر لأن ذلك يمنع من كمال مصالح المحضون³

وقال ابن تيمية أن الأم إذا كان بها برص أو جذام فإنه يسقط حقها في الحضانة لأنه يخشى على المحضون من

لبنها ومخالطتها ولأن الجذمي ممنوعون من مخالطة الأصحاء ، فمنع الحضانة من الحضانة أولى .

2- شروط الحاضن المختلف فيها

هذه الشروط اختلف فيها الفقهاء وهي :

أ- الإسلام : لا حضانة للمرتد سواء كان رجلا أو امرأة لأن الردة تبيح دم المرتد سواء أكان رجلا أم امرأة

وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الاستنابة فلا ولاية له .

ب- يرى الحنفية⁴ والمالكية⁵ أن الإسلام لا يشترط في الحاضن لأن مدار الحضانة هو الشفقة على المحضون وهي

لا تختلف باختلاف الدين ولكن يمنع على الأم إذا كانت كتابية تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر ونحوه، وتبقى

هذه الحضانة حتى يبدأ الطفل يعرف معنى الدين عندها تسحب منها الحضانة حتى لا تلقنه دينها.

ج- أما الشافعية⁶ والحنابلة⁷ فيشترطان الإسلام في الحاضن لأن الحضانة جعلت لحظ الولد، ولا حظ للولد

المسلم في حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه وذلك أعظم ضرر.

¹ الشريبي ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 195.

² البهوتي ، المرجع السابق ، ج5، ص 498- 499.

³ المرجع نفسه.

⁴ الكاساني ، المرجع السابق ، ج4، ص 43.

⁵ الدسوقي ، المرجع السابق، ج2، ص529.

⁶ الشريبي ، المرجع السابق ، ج5، ص195.

⁷ ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 8، ص 237.

-أما الظاهرية¹ لا يشترطوا الإسلام ويحق للكافرة حضانة ابنها حتى يبلغ ابنها من السن والاستغناء مبلغ الفهم ، ثم تسقط حضانتها.

ولابد من رعاية مصلحة المحضون في كل الأحوال ، فمن رأى أن الكافر ليس بأهل لرعاية مصلحته، أو أن الكفر مانع بنفسه من تقدير المصلحة تقديرا صحيحا قال بالمنع، ومن رأى مجرد الكفر لا يمنع من الحضانة وأن مصلحة المحضون تكون مع أمه كافرة كانت أو مسلمة ومن هنا قدر ابن حزم أن مصلحة المحضون تكون مع أمه الكافرة مدة عدم استغنائه عنها.

ب- الحرية : اختلف الفقهاء في اشتراط الحرية على ثلاثة أقوال هي :

القول الأول: الحرية شرط في الحضانة وهو قول الحنفية²، والشافعية³ والحنابلة⁴ لا يقدر على الحضانة مع خدمة مولاه .

القول الثاني: أن الحرية ليست بشرط وهو قول المالكية⁵ وابن حزم⁶ يرون أنه لا يوجد نص في القرآن ولا السنة يدل على التفريق بين الحرة والأمة، فالحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى.

القول الثالث : أن الحرية ليست بشرط لمن كانت أمة ولها ولد من سيدها إلى غاية بلوغه سبع سنين، ثم تنتقل الحضانة للسيد وهو قول أبو حامد الإسفراييني .

وفي كل ذلك يراعى مصلحة المحضون سواء أكان الحاضن حرا أملا.

ج- ألا تزوج الأم بزواج أجنبي عن المحضون : إن كانت المرأة متزوجة من أجنبي عن الصغير أو متزوجة بقريب غير محرم له فلا حق لها في الحضانة، وإن كانت خالية من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة، والحكمة أن الزوج يمقت ولد زوجته من غيره وهذا لا يتحقق إذا كان الزوج محرما للصغير لأنه يعطف عليه ولا يتضرر من وجوده لوجود القرابة الباعثة على الشفقة⁷.

¹ ابن حزم ، المرجع السابق ، ج 10 ، ص 143 .

² ابن نجيم ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 185 .

³ الشربيني ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 195 .

⁴ البهوتي ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 498-499 .

⁵ سيدي أحمد الدردير، أبو البركات، الشرح الكبير، ج 2، د ط، تحقيق: محمد عليش، د س ن، د ب ن، ص 528-529.

⁶ ابن حزم ، المرجع السابق، ج 10، ص 145 .

⁷ عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 1، دار الكتب القانونية ، مصر، 2006، ص 272.

وبالنسبة للمشرع الجزائري بالرجوع إلى قانون الأسرة نلاحظ أن المشرع لم يفرد مادة بعينها للحديث عن شروط الحضانة¹ لا بشكل مفصل وبصورة موجزة وإنما اكتفى بالإشارة في المادة 2/62 من قانون الأسرة بقوله: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك"، والذي يتبين من هذه المادة أن قانون الأسرة جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة هي الأهلية وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي البلوغ والعقل والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا وإلى غيرها من الشروط².

ثانيا : التعسف في التنازل عن الحضانة :

إن حضانة الأم لولدها قد تكون واجبة عليها بالاتفاق، وذلك في حال كان الولد سيتعرض للخطر فيما لو تركت رضاعته وحضانتها.

وفي غير تلك الحال فإنه يجوز لها أن تتنازل عن حق الحضانة والتربية فيكون لمن بعدها.

وقد يكون التعسف :

1-تنازل الحاضنة الأم عن الحضانة عمدا إضرار بالولي:

قد تعتمد الحاضنة الأم في استخدام حقها في عدم إجبارها على الحضانة و إمكانية أن تتنازل عنها إلى تعتمد إسقاط الحضانة عنها إضرارا بالولي بأن لا يكون لديه القدرة على رعاية وتربية الصغير وحضانتها خاصة إذا كان هو من يلي الأم في ترتيب الحاضنين المستحقين للحضانة فنكون بذلك قد أضرت به³ ويظهر ذلك في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾⁴ أي تدفعه لتضر أباه بتربيته.

والمشرع ينص في المادة 66 من قانون الأسرة " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون "

أي أن المشرع أجاز التنازل عن الحضانة وقيدتها بعدم الضرر بمصلحة المحضون وإلا اعتبر التنازل عن

الحضانة تعسفا في استعمال حقه.

¹ وهذا على عكس القانون التونسي والمغربي حيث ورد فيهما ذكر ما يشترط لأهلية الحضانة راجع مجلة الأحوال الشخصية التونسية الفصل الجديد 05 ص 17 ومدونة الأسرة المغربية الفصل 98، ص 30.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة.....، المرجع السابق، ص 391.

³ اسماعيل غازي مرجبا، التعسف في استعمال حق الحضانة، حقيقته-بعض صورته، علاجه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، 1436 هـ، ص 21.

⁴ سورة البقرة، الآية 233.

2- إجبار الولي للحاضنة الأم عن التنازل عن الحضانة

قد يستعمل الولي حقه في الولاية على الصغير، بأن يضغط على الحاضنة الأم بأي وسيلة من وسائل الإكراه بأن يهددها ويخوفها، أو أن يجرمها من نفقتها بقصد التضييق عليها وإجبارها عن التنازل عن حقها في الحضانة، فيكون الولي في هذه الصورة قد تعسف في استعمال حقه من خلال إضراره بالحاضنة لأنها لها الحق في حضانة الصغير.¹

ثالثا: التعسف في زيارة ورؤية المحضون

الطفل يتأثر سلبيا بعد طلاق والديه وفقدان العلاقة مع أحدهما، إلا أنه من غير العدل أن يجرم من أحدهما إذا افترقا.

وبالتالي من حق غير الحاضن زيارة أولاده و رؤيتهم وحق الزيارة بشكل عام متفق عليه بين الفقهاء. ونصت المادة 64 من قانون الأسرة " على القاضي عند الحكم بإنشاء الحضانة أن يحكم بحق الزيارة. ونجد أن القضاء في المحكمة العليا قد كرس حق الزيارة حيث جاء في أحد القرارات "متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإن من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار فمن حق الأب أن يرى الأبناء على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون إليه والتعاطف معهم، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق الزيارة للأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"² والمشرع لما نظم حق الزيارة لم يوضح معناها ولا الهدف منها ولا كيفية استعمال هذا الحق ولا حتى مدة ممارسة هذا الحق وترك ذلك بيد القاضي في تقديرها بما يتناسب ومصلحة المحضون وبالتالي حق الزيارة لا ينبغي أن يستعمل تعسفا للإضرار بالطرف الثاني ومن أشكال التعسف في حق الرؤية و الزيارة.³

1- عدم إحضار المحضون للحاضن:

تكتسي مسألة الحضانة والزيارة صعوبات على مستوى التنفيذ لأنها من قبيل التنفيذ على الذات ، وتتعلق هذه الصعوبات بالبعد العاطفي والنفسي الذي يتداخل مع البعد القانوني الذي يؤدي إلى عدم احترام

¹ سناء عماري، عبد الرؤوف، دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جلد 10، العدد 2، جامعة بسكرة، سبتمبر 2019، ص 178.

² م ع ، غ أش ، 16 / 04 / 1990، ملف رقم : 59784 ، م ق ، عدد 4 ، 1991 ، ص 126.

³ سناء عماري ، عبد الرؤوف دبابش ، المرجع السابق ، ص 178-179.

القرارات القضائية وافتعال الأعداء لعدم تنفيذها مثال ذلك تعسف المحضون له في إرجاع المحضون لحاضنته تحت حجة رغبة المحضون البقاء مع وليه غير الحاضن.

2-امتناع الولي الحاضن من ممارسة حق الزيارة :

عندما لا يلتزم الولي بمواعيد الزيارة ويقطع بذلك الصلة بينه وبين المحضون فهذا يؤثر سلبا على الطفل ويولد لديه عقد نفسية وعادة يبرر الأولياء هذا التصرف من أجل نسيان تجربة زواج فاشل كذلك التوتر بين المطلقين أثناء مواعيد الزيارة يجعل الطفل رهينة للصراعات بين أبويه.

3-مماطلة الحاضن في تنفيذ حق الرؤية:

قد يتعسف صاحب الحق في الحضانة على غير الحاضن وذلك بالمماطلة في تنفيذ حق الرؤية وقد يغير محل إقامته ويختلق الأسباب والذرائع من أجل الانتقام وإلحاق الضرر بالطرف الآخر (غير الحاضن) وهذا يعد تعسفا في استعمال الحق يعود بالضرر عليه وعلى الأبناء ويعودهم على القطيعة لصلة الرحم.

4-إطالة الزيارة : وهو ما أشار إليه علماء الشافعية والحنابلة ومنه قول ابن قدامة في المغني: "ولا يطيل ، ولا يتبسط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر".

وأیضا لا يستعمل حق الزيارة تعسفا لإفساد المحضون على حاضنه ومحاولة إيقاع الفتنة بينهما بكلام أو أفعال تولد الكره والبغضاء بين الطرفين.

رابعا: التعسف بالسفر بالمحضون

للولي الحق في الإذن بسفر ولده ، ولا تسافر الأم بالصغير وإن كانت حاضنة له إلا بإذن وليه، لينظر وجه المصلحة في سفره من عدمها، ولكن إن استخدم الولي حق ولايته على الصغير تعسفا، بأن منع الأم من سفره مع حاجتها لذلك دون داع لذلك مع أمن الطريق، وتيسر أمره وحاجة الصغير للبقاء مع أمه فهذا تعسف في استعمال الحق وقد اختلف الفقهاء في مسألة السفر بالمحضون، فذهب الحنفية¹ إلى أن الأم إذا أرادت الانتقال بالمحضون فإن كان البلد الذي تريد السفر إليه هو أصل النكاح فهي أحق به، وإن كان بلدا آخر فالأب أحق به.

¹ الكاساني ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 44.

وذهب المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ إلى أن الأم إذا أرادت السفر بالمحزون وأبوه مقيم فالمقيم أحق بحضانتها لأن في السفر إضرار بالصغير.

واختلف الفقهاء في الحق بالحضانة في حال سفر أحد الأبوين قائم على تقدير المصلحة للمحزون ومبني على الظروف التي كانوا فيها مع ما يترتب عن السفر من مخاطر وما يلزم منه من ابتعاد المحزون عن وليه المسؤول عن تربيته ومتابعته .

أما الآن وقد تساهلت الطرق ، وكان السفر للزوجة لقضاء حاجة لفترة وجيزة ، والصغير في حضانتها لا يستغني عنها ، فإن إعطاء الولي في هذه الحالة كامل الحق في منع الأم من السفر بالصغير فيه تعسف في استعمال الحق فالولي يرى أن ذلك حق من حقوقه ، ولكن باعثة من استعمال حقه غير مشروع كقصد التفريق بين الأم وولدها ، فلا يمكن من حقه في هذه الحالة لأن الضرر الذي يترتب على المنع أحيانا يفوق الضرر المترتب على السفر بالمحزون خاصة مع تغير الظروف مع وجوب مراعاة النظر في مصلحة المحزون لمنع الضرر عنه.⁴

فالسفر حاليا ، مع أمن الطرق ، وتقارب المسافات ، وقلة الوقت المطلوب للسفر ، فإن احتمال المخاطرة بالصغير نادر جدا ، والمقابل فإن منع الولي للأم من السفر بالصغير فيه تعسف زائد لأنه يحرم الأم من صغيرها دون حق، إضافة إلى احتياج الأب لحاضنة بديلة عن الأم في فترة السفر وهذا يوقع المشقة وزيادة التكلفة.

وفي قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري في نص المادة 69 " إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي ، رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحزون

نجد المشرع من خلال هذه المادة ركز على أن الشخص الحاضن إذا أراد أن يستوطن في بلد أجنبي يسقط حق الحضانة إلا إذا رأى القاضي أن ذلك يضر بمصلحة المحزون أما في حالة الانتقال من منطقة إلى

¹ السوقي ، المرجع السابق ، ج2، ص. 531.

² الشريبي ، المرجع السابق ، ج 5، ص 201.

³ ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 8، ص 242.

⁴ علي عبد الله عون ، المرجع السابق ، ص 657.

أخرى داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة.¹ وهذه لم ينص عليها بشكل صريح مثلما فعل في حالة ممارسة الحضانة خارج التراب الوطني .

وأمام هذا الفراغ التشريعي فالمشرع ترك الأمر للقضاء بالرجوع إلى أحكام الشريعة المادة (222) و أنه يعتبر المسألة مفروغ منها لا تتطلب إسقاط الحضانة عن صاحبها مادامت تمارس داخل القطر الجزائري.²

ونص المادة 69 (ق أ ج) جاء متماشيا مع الحكمة من الحضانة وهي مراعاة مصلحة المحضون ومصالحته تقضي بتعليق انتقال الولد إلى بلد أجنبي على إذن القاضي ومن ثم بعدم تحويل الأب حق التمتع بمنح هذه الرخصة ، فيمنح القاضي السلطة لصيانة وحفظ المحضون، فالقاضي يعطي ترخيصه مراعاة لمصلحة المحضون.³

وقد نص المشرع الجزائري في قرارات قضائية عن التفسير لعبارة " البلد الأجنبي " فنجد قرار للمجلس الأعلى " من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة "⁴ . وكذلك في قرار آخر: "تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الولد في الجزائر"⁵ .

فالإقامة في بلد مسلم لا يعد مسقطا للحضانة فالمادتين 62 و 69 على صلة وثيقة ببعضهما وذلك فيه حرص على تربية الطفل على دين أبيه، وعليه الرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة .⁶

أما في قوانين الأحوال الشخصية فنجد المشرع الأردني قد فرق بين السفر بالمحضون داخل البلد وخارجه ففي المادة 175 : " لا يؤثر سفر الولي أو الحاضنة بالمحضون إلى بلد داخل المملكة على حقه في إمساك المحضون ما لم يكن لهذا السفر تأثير على رجحان مصلحة المحضون بمنع سفره وتنتقل حضانته مؤقتا إلى من يليه من أصحاب الحق في الحضانة."⁷

¹ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 142.

² نسرين شريفي ، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 10.

³ محمد أبو زهرة ، التعسف في استعمال الحق ، باب عسف الإمام أبو زهرة، أسبوع الفقه الإسلامي ، ص 45.

⁴ م أ ، غ أش ، بتاريخ 1989/01/02 ، ملف رقم 52207 ، م ق ، 1990 ، عدد 4 ، ص 74.

⁵ غ أش ، بتاريخ 2001/12/26 ، ملف رقم 273526 ، م ق ، 2004 ، عدد 1 ، ص 264.

⁶ تشوار حميدو زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغربية ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان

2004/2005 ، ص 573.

⁷ المادة 175 من قانون الأحوال الشخصية الأردني .

نجد أن القانون راعى العرف في هذه الحالة ، وظروف ومتغيرات الزمان ، فلم يعتبر السفر داخل المملكة مانعا للأُم من الحضانة ابنها ، لعدم اعتباره سفرا حاليا ، أو للحاجة المستمرة إليه ، إلا إن كان السفر فيه تأثير على مصلحة الصغير ويكون تقدير ذلك للقاضي .

أما في حالة السفر خارج المملكة فقد نصت المادة 176 من نفس القانون " إذا كان المحضون يحمل الجنسية الأردنية فليس لحاضنته الإقامة به خارجا أو السفر به خارج المملكة لغاية الإقامة إلا بموافقة الولي وبعد التحقق من تأمين مصلحة المحضون"¹ .

وفي حال كان غرض السفر مشروعاً وكان السفر مؤقتاً ، وتعسف الولي فمنع الحضنة من السفر به فقد نص القانون على : "إذا كان السفر بالمحضون خارج المملكة لغاية مشروعة مؤقتة ولم يوافق الولي على سفره، فللقاضي أن يأذن بالسفر بالمحضون بعد أن يتحقق من تأمين مصلحته وبيان مدة الزيارة وأخذ الضمانات الكافية لعودته بعد انتهاء الزيارة."²

حيث نجد المشرع الأردني كان أكثر تفصيلاً من المشرع الجزائري حيث فرق بين السفر خارج الوطن وداخله وأفرد لكل حالة مادة خاصة بما عكس المشرع الجزائري الذي ركز فقط على السفر خارج الوطن والمشرع الأردني قيد السفر بالمحضون بموافقة الولي وبعد التحقق من مصلحة المحضون وذلك بإعطاء السلطة التقديرية للقاضي كذلك في حالة عدم موافقة الولي يأذن القاضي وذلك بعد التأكد من مصلحة المحضون وبيان مدة الزيارة وأخذ الضمانات الكافية لعودته بعد انتهاء مدة الزيارة.

ولذلك نقترح على المشرع صياغة مادة جديدة: "يجوز للشخص الموكل له حق الحضانة أن يسافر بالمحضون لأي جهة من إقليم الوطن ، مع مراعاة مصلحة المحضون، وإن منعه الولي من السفر يجوز للقاضي أن يمكنه من السفر إذا تبين له أن من له حق الإذن قد تعسف في استعمال الحق"

وفي حال تعسف الحاضن كأن يسافر بالمحضون ولا يرجع وهذا الأمر لم يعالجه المشرع الجزائري لذلك نقترح عليه إضافة مادة جديدة: " في حالة تعسف الحاضن بالسفر بالمحضون بإبعاده نهائياً عن وليه فللمحكمة معنه من السفر بالمحضون متى كانت الأسباب معقولة".

¹ المادة 176 من قانون الأحوال الشخصية الأردني

² المادة 177 / أ ، من نفس القانون.

خامسا: التعسف في نفقة المحضون

النفقة واجبة على الأب أو من يقوم مقامه ، تتابها عدة حقوق وبالتالي عدة تعسفات محتملة فالأب من حقه الواجب أن ينفق على ولده بشرطه المذكور في كتب الفقهاء وللحاضنة الحق في قبض النفقة نيابة عن المحضون وهو أمر متفق عليه عند الفقهاء .

وقد نص المشرع على نفقة المحضون حسب نص المادة 72 من ق أ قبل التعديل : " نفقة المحضون وسكناه من ماله إذا كان له مال و إلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته " .

وقد استمد المشرع وجوب نفقة المحضون من مال أبيه إذا لم يكن له مال وهذا ما ذهب إليه أئمة المذاهب الأربعة في الشريعة الإسلامية أن الأب ملزم بالنفقة على الأولاد في إطار عمود النسب.¹

وقد نص المشرع على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب"²

فلا بد أن يكون الأب قادرا على الإنفاق من ماله كما يجب أن يكون الابن المستحق للنفقة فقيرا ولا مال له، أو ذا عاهة ومزاولا للدراسة إلى أن يستغني عنها بالكسب فيما تظل البنت محلا للنفقة من طرف الأب إلى غاية زواجها لتصبح نفقتها واجبة على زوجها، هذا وتسقط النفقة على الأب المعسر وتنتقل إلى الأم إذا كانت قادرة على ذلك وهذا ما نصت المادة 76 من ق الأسرة: "في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها على نفقة البنت " تبقى نفقة البنت على والدها ملازمة لها ولا تسقط عنها إلا بالدخول أو الاستغناء عنها بالكسب "³.

هذا وتعتبر النفقة من الأمور التي يفصل فيها عن وجه الاستعجال حيث تطالب بها الحاضنة على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة تقدمها إلى قاضي شؤون الأسرة أمام المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها

¹ عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 413.

² المادة 75 ق أ ج ..

³ م ع . غ أش ، 2005/02/23 ، ملف رقم ، 318418 ، م ق ، عدد 1، ص 283 ، نقلا عن سايس جمال ، الإجتihad القضائي في

مادة الأحوال الشخصية ، ج 3 ، ط 1، منشورات كليك ، الجزائر ، ص 1266.

مكان وقوع الإشكال في التنفيذ أو التدابير المطلوبة ، وقد ترفع دعوى مستقلة لطلب النفقة بعد صدور الحكم والطلاق أمام المحكمة موطن الدائن بها.

وقد نص المشرع حسب المادة 57 مكرر " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن ".
ومن صور التعسف في النفقة:

1- التعسف من قبل المنفق :

أ- أن المنفق قد يتعسف بحقه بالإففاق على ولده قاصدا إحقاق الضرر بالحاضنة فيطلب منها أن تأتي بولدها ليأكل عنده وهو يشير إلى ما ذكره علماء المالكية " وليس لأبي المحضون أن يقول لها : ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك ، لما فيه من ضرر بالطفل والإخلال بصيانتته والضرر على الحاضنة للمشقة ".
فيكون هذا التعسف ، إلا أن يظهر عدم التعسف في طلب المنفق أن يكون طعام الأولاد عنده لفقره أو غير ذلك ، فعندها يجاب إلى طلبه .

ب- أو يتعسف المنفق فيطلب من الحاضنة أن تأتي هي لتستلم النفقة ولا يذهب هو ليسلمها.

2- التعسف من قبل قابض النفقة :

أ- قد تعتمد الحاضنة إلى استعمال حقها في قبض النفقة تعسفا لتلحق الضرر بالمنفق وذلك بأن تأكل وتضيع النفقة ، وهذا التعسف يدفع بأن تمنع من قبض النفقة التي يمكن لها أن تتعسف فيها، دفعا لهذا التعسف.
ب- وقد يكون التعسف من الحاضنة بأن تطلب النفقة كل يوم بيومه مع بُعد مسكن المنفق مع وجود الأخطار في الطريق ، ويدفع هذا التعسف برد الأمر للقاضي لينظر المناسب للحال والزمان ويحكم به.

الفرع الرابع : الضمانات القانونية للحماية من التعسف في الحضانة

المشرع من خلال الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة سعى إلى الإلمام بمشاكل وظروف الطفل بعد فك الرابطة الزوجية حيث جاء بنصوص قانونية تهدف إلى حمايته وحفظ حقوقه، ولل قضاء دور واسع بماله من سلطة تقديرية واسعة في مراعاة مصلحة المحضون، وتمثل الضمانات القانونية في دعاوى مدنية وهي دعوى إسناد الحضانة ودعوى إسقاطها ، وكما سعى بموجب قانون العقوبات بوضع جزاء وعقوبات ردعية على مخالفة كل ما يتعلق بمصلحة المحضون وتعتبر ضوابط للحماية من التعسف في استخدام حق الحضانة ولذلك سنتطرق للآليات المدنية للحماية من التعسف (أولا) ، ثم الآليات الجزائية (ثانيا).

أولاً : الآليات المدنية للحماية من التعسف في الحضانة

تتمثل هذه الآليات في دعوى إسناد الحضانة ودعوى إسقاط الحضانة كمايلي:

1- **دعوى إسناد الحضانة:** حيث يعتبر الحق في الحضانة من أهم الحقوق التي أقرتها القوانين الوضعية للطفل فهي في حاجة لمن يرعاه ويقوم بشؤونه وذلك من أجل حفظ حياته والقيام بمصالحه وذلك بإسناد الحضانة إلى من هو أجدر بها ولذلك ينبغي على طالب الحضانة أن تتوفر فيه شروط استحقاقها، والقاضي يتأكد من هذه الشروط من جملة الوقائع المعروضة عليه فإذا اجتمعت أسندت الحضانة لطالبتها أما إذا تخلف شرط منها أسقطت الحضانة عنه لأن فقدان شرط يؤدي إلى خلل في تربية الصغير¹ وقد نص المشرع على ذلك في نص المادة 64 في فقرتها الأخيرة " وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة " والهدف من ذلك هو مراعاة مصلحة المحضون من التعسف المعنوي الذي قد يصدر من الحاضن كإهماله للمحضون والإضرار به .

2- **دعوى إسقاط الحضانة:** قد يقوم الحاضن تحت ذريعة الحفظ والتربية بالتعسف في الحقوق المعنوية للطفل بأمور مخالفة لمفهوم الحضانة ففي هذه الحالة يتأكد من توافر الأسباب من خلال الوقائع المعروضة عليه ، فإذا اجتمعت تسقط الحضانة على الحاضن لانتفاء المصلحة المراد تحقيقها وتسند الحضانة لطالبتها أي لرافع الدعوى إذا كان أهلاً للحضانة ولا يتم ذلك إلا باللجوء للقضاء واستصدار حكم بإسقاط الحضانة.

ومن مسقطات الحضانة حسب قانون الأسرة الجزائري

أ- حسب نص المادة 66 ق أ " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ."

ب- تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من ق أ (الأهلية) وهذا حسب نص المادة 67 ق أ ج.²

ج- كذلك تسقط الحضانة إذا لم يطلبها الحاضن مدة تزيد عن سنة بدون عذر وذلك حسب نص (المادة 68 من ق أ ج)³

¹ عبد الفتاح تقيبة ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 214.

² المادة 67 " تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

³ المادة 68 ق أ ج " إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

د- تسقط الحضانة عن الجدة أو الخالة في حالة السكن بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم (المادة 70).¹

وكل ما تم ذكره في المواد السابقة تدخل تحت حماية المحضون من التعسف في استعمال حق الحضانة لأنها تتضمن إسقاط حق المحضون في رؤية الطرف الآخر له وتتضمن إسقاط حق الطرف الآخر في رؤية المحضون، وهذه الصور من التعسف في استعمال حق الحضانة تخول القاضي أن يسقط الحق في الحضانة ويمنحه للطرف الآخر لكن المشرع لم يبين مدة إسقاطه للحضانة عن الحاضن حيث نجد المشرع الأردني جعل سقوط الحضانة مؤقتا لمدة لا تزيد عن ستة أشهر وتعود له الحضانة وإنما اكتفى المشرع الجزائري أن الحق في الحضانة يعود إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري وذلك حسب نص المادة 71 من ق أ.

ثانيا : الآليات الجزائية للحماية من التعسف في الحضانة

وتتمثل هذه الآليات في جريمة عدم تسليم المحضون المحكوم بحضنته إلى حاضنه والعقوبة المقررة وجريمة خطف المحضون والعقوبة المقررة له وجريمة الامتناع عن أداء النفقة.

1- جريمة عدم تسليم المحضون المحكوم بحضنته إلى حاضنه والعقوبة المقررة:

حيث إن قاضي شؤون الأسرة بعد النظر في قضايا الطلاق والحكم بإسناد الحضانة، أن يحكم بزيارة المحضون في أوقات محددة يتم النص عليها ضمن الحكم أو الأمر الاستعجالي وذلك للحفاظ على الروابط الأسرية وضمان التوازن النفسي للطفل. وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد هذه المسائل بما يراه أصح للمحضون لذلك وضع ضوابط وسلط على من لا يلتزم بها جزاء حيث نصت المادة 328 ق ع ج " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة مالية من 20000 إلى 100000 دج الأب أو الأم أو أي شخص آخر لا يقوم بتسليم قاصر قضى في شأن حضنته بحكم مشمول بالنفذ المعجل أو بحكم نهائي إلى من له الحق بالمطالبة به."

فالامتناع عن تسليم المحضون هو سلوك إجرامي سلبى يتمثل في الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي نافذ يفصل في إسناد الحضانة، يرتكبه الشخص الذي وضع المحضون تحت رعايته ضد الشخص الذي صدر لصالحه الحكم ويشترط في هذا السلوك أن يكون واعيا وإراديا ليس لظرف قاهر.²

وحسب نص المادة 328 من قانون العقوبات نجد توافر الركنين المادي والمعنوي

¹ المادة 70 ق أ ج " تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم".

² عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 2000 ، ص 36.

أ- **الركن المادي** : وهو الامتناع عن تسليم القاصر امثالاً لما جاء في الحكم القضائي، وهي جريمة مستمرة ومتجددة، وبالتالي يجوز محاكمة الشخص الذي امتنع عن التسليم مرة ثانية لاستمرار حالة الامتناع عن تسليم القاصر¹ ويشترط أن يكون الجاني أحد أبويه أو الأقارب الذين لهم الحق في الحضانة شرعاً في حالة الامتناع عن التسليم، لكن مع ضرورة استصدار حكم يقضي بمنع الحضانة للمطالب بها . أما القاصر المشار إليه في المادة 328 ق العقوبات نرجع للمادة 65 من قانون الأسرة لتحديد سنه وبالتالي فإن الطفل الذكر لا بد أن يكون سنه أقل من 16 سنة والفتاة أقل من 19 سنة.²

ب- **الركن المعنوي**: ويتمثل القصد الجنائي في جريمة عدم تسليم المحضون للحاضن وذلك يحدث خلال فترات الزيارة فيمنع المحضون من الرجوع إلى الحاضن وذلك قصد قطع الصلة بينه وبين أهله ممن لهم الحق في حضانته.

2- جريمة خطف المحضون والعقوبة المقررة:

حيث يعد المساس بحرية الطفل اعتداءً خطير وذلك بنزع حريته ممن لهم الحق في رعايته مهما كان الدافع لارتكاب الجريمة سواء كان الانتقام بسبب الحقد بينهما أو التعسف في استعمال الحق. وحماية لمصلحة المحضون ومصلحة الحاضن وتدعيماً لأحكام القضاء نصت المادة 328 ق العقوبات على أنه : "كل من خطفه ممن وكلت إليه حضانته أو من الأماكن التي وضعه فيها الحاضن وأبعده عنه أو عن تلك الأماكن أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده حتى ولو وقع ذلك دون تحايل أو عنف " ويعرف الخطف بأنه سلوك إجرامي إيجابي يشترط فيه تحقق النتيجة ويقوم المتهم لإبعاد المحضون وتحويل خط سيره.³ وتتمثل أركان هذه الجريمة:

أ- **الركن المعنوي**: ويتحقق القصد الجنائي في جريمة خطف الأطفال فيعمد الجاني إلى قطع الجني عليه بأهله وذلك بتعمد انتزاع المخطوف من أيدي ذويه الذيم لهم الحق في رعايته وقطع صلتهم به.⁴

¹ عادل عبد العليم ، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق ، د ط ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2000 ، ص 213.

² مكي دردوس ، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005 ، ص 149.

³ عنتر بك ، جريمة الاختطاف ، د ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2013 ، ص 91.

⁴ محمد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات القسم الخاص ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1989 ، ص 252.

ب-الركن المادي : يتم الخطف بانتزاع الطفل من بيئته و نقله إلى مكان آخر واحتجازه وإخفائه¹ عن من لهم الحق في المحافظة على هذا الطفل وعلى ذلك يتوافر الركن المادي على نشاط إرادي يأتيه الفاعل وهو خطف الطفل ونقله إلى مكان بعيد عن بيئته.²

ج-توفر الحكم القضائي: حيث إن تطبيق المادة 328 يتطلب وجود حكم قضائي، قد يكون مؤقتاً أو نهائياً، ولكن يجب أن يكون نافذاً كما هو الحال بالنسبة للأوامر القضائية وهو عنصر مطلوب توفره في هذه الجريمة لأن الشخص المخطوف منه الطفل لا يستطيع أن يزعم أن الطفل له حق حضائته وحق المطالبة باسترداده من حاطفه إذا لم يستند في طلبه إلى أساس قانوني يدعمه حكم قضائي قابل للتنفيذ حالاً.

وتنطبق هذه الجريمة بشكل عام على كل من خطف المحضون ممن وكلت إليه الحضانة أو من الأماكن التي تم وضعه فيها أو أبعد عنها، أو حمل الغير على خطفه أو إبعاده وعلى قاضي الحكم أن يبرز في حيشاته على كل هذه العناصر مجتمعة حتى لا يكون حكمه مشوباً بعدم كفاية التسيب وحسب نص المادة 328 ق ع فإن العقوبة تكون بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة 20000 إلى 100000 د ج بالإضافة إلى العقوبة التكميلية المقررة للجنح وتصل عقوبة الحبس إلى سنتين إذا أسقطت السلطة الأبوية عن الجاني .

3-جريمة الامتناع عن أداء النفقة:

حيث نصت المادة 331 من ق العقوبات " كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين على تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المحكوم بها لصالح زوجته أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300.000 د ج ".³

ويفترض المشرع أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس و نلاحظ خروج المشرع عن القواعد العامة المتعلقة بإثبات القصد الجنائي من خلال نص المادة 331 ق ع ج .

ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد عن سوء السلوك أو الكسل عذراً مقبولاً من المدين في أي حالة من الأحوال و المحكمة المختصة بالجنح هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة.⁴

¹ عبد الملك حندي ، الموسوعة الجنائية ، ج 3 ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، 1932 ، ص 265.

² محمد سعيد نور ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص) ، ج1، ط1، دار الثقافة ، عمان ، 2005 ص 60.

³ عدلت بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (ج 84-ص 24).

⁴ سليمان ولد خسال ، المرجع السابق ، ص 98.

والإدانة تقوم على توافر أركان الجريمة التأسيسية لا سيما وجود العلاقة الشرعية، وأن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القضائي بالنفقة، والأجل المحدد بأكثر من شهرين لقيامه ومن المعلوم أن جريمة عدم تسديد النفقة (أو الإهمال العائلي) هي جنحة مستمرة إلى حين التخلص التام من دفع المبالغ المقررة على المتهم، كما أن سحب الشكوى أو التنازل عنها لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليست شرطا لازما للمتابعة.¹

المطلب الثاني

تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الرجعة ومشروعيتها وحكمها في (فرع أول)، ثم نتطرق إلى شروط صحة الرجعة في (فرع ثان)، ثم الإشهاد على الرجعة وكيف تحصل في (فرع ثالث)، ثم أخيرا نتطرق إلى التعسف في استعمال حق الرجعة وموقف المشرع الجزائري وهذا في (فرع رابع).

الفرع الأول: تعريف الرجعة ومشروعيتها وحكمها

نتطرق فيه إلى تعريف الرجعة (أولا) ث، م مشروعيتها (ثانيا)، ثم حكمها (ثالثا)

أولا: تعريف الرجعة

نتطرق إلى تعريف الرجعة في اللغة والاصطلاح كما يلي:

1- لغة: الرجعة بفتح الراء وكسرهما والفتح أفصح من الرجوع، وفعلها رجع، يقال رجعته إلى أهله وأرجعه إليهم بمعنى رده إليهم، ويقال ارتجع إلى الأمر، أي رده إلي وارتجع المرأة وراجعها ورجاعا: رجعتها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة بتشديد الراء مع الفتح²

2- اصطلاحا: عرف فقهاء المذاهب الرجعة بتعاريف تكاد تتفق فيما بينهم على معنى واحد وهو أن الرجعة هي إبقاء على عقد الزواج ومنع لزواله، وذلك من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص³ كما تم التعريف على أنها: "إعادة المطلقة طلاقا غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بغير عقد".⁴

إذن الرجعة هي إبقاء للزواج السابق على الطلاق الرجعي، وليست إنشاء لعقد جديد ولا إعادة للزواج السابق بعد زواله بالطلاق.

ثانيا: مشروعية الرجعة

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة...، المرجع السابق، ج 1، ص 343.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 115.

³ الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 181.

⁴ البهوتي، المرجع السابق، ج 3، ص 147.

الرجعة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

1-الكتاب : فقد دلت آيات عديدة على مشروعيتها منها قوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾¹

ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى بين للأزواج لهم الحق في مراجعة الزوجات المطلقات رجعيا في العدة ، وغير الزوج لاحق له ، وذلك يدل على بقاء النكاح .

ب-السنة : فقد وردت أحاديث عديدة منها : ما روي عن عمر رضي الله عنه أن "الني صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها"²

وأیضا ما روي أن ابن عمر طلق امراته وهي حائض فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "مرة فليراجعها"³

ج-الإجماع فقد أجمع الفقهاء على أنه من طلق زوجته طلاقا رجعيا بعد الدخول فهو أحق برجعها ولو كرهت المرأة ذلك ، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة صارت أجنبية عنه فلا تحل له إلا بعقد جديد.⁴

د- المعقول : هو أن الحاجة قد تمس الرجعة حين يقع الطلاق ثم يندم المطلق على فعله ويرغب في إعادة زوجته إليه ، فكانت الرجعة فتحا لباب التدارك.

ثالثا: حكم الرجعة عند الفقهاء⁵

1-ذهب عطاء وقتادة والشافعي في القديم وأحمد في رواية إلى أنها تبني على العدة السابقة مطلقا قصد أم لم يقصد .

2-وذهب الأكثرون ومنهم أبو قلابة والزهري والثوري وأبو حنيفة ومالك ، والشافعي في الجديد وأحمد في رواية إلى أنها تستأنف مطلقا.

3-وذهب ابن تيمية إلى أن الرجعة لا تثبت إن قصد بها المضارة ويرفع أمرها للحاكم.

4-فنجد أن الكثير من الفقهاء نظروا في الرجعة إلى الباعث والقصد منها ، فمنهم من جعلها لا تثبت إن كانت بقصد الإضرار وتبني على العدة السابقة ، بل ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يفرق بين قصد وغير

قصد فتبني على العدة السابقة مطلقا سد لذريعة الإضرار فكل ما أمكن أن يؤدي إلى الإضرار ممنوع.

¹ سورة البقرة ، الآية 288.

² حديث سبق تخريجه ص 156.

³ ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 10 ، ص 547.

⁴ علي عبد الله عون ، المرجع السابق ، ص 654.

⁵ ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 8 ، ص 471.

الفرع الثاني : شروط صحة الرجعة

حتى تكون الرجعة صحيحة لا بد من توافر شروط أهمها أن تكون قبل انقضاء العدة الشرعية وأن تكون منجزة وأن يكون الطلاق بعد الدخول وأن لا يكون الطلاق بعوض وذلك كما يلي:

1-الشرط الأول: أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدة الشرعية - الطلاق الرجعي - فإذا انقضت العدة صار الطلاق بائنا ، ولا يحق للمطلق الرجعة ، بل لا بد من عقد جديد ومهر جديد في حالة البينونة الصغرى لأن البينونة الكبرى لا رجعة فيها حتى تنكح زوجا غيره .¹

2-لشرط الثاني: أن تكون منجزة لأنها استدامة للملك وكل تصرف يفيد الامتلاك لا يقع إلا منجزا ، فإذا كانت الرجعة مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط فلا تصح لأن الرجعة وإن لم تكن إنشاء زواج فهي شبيهة بالزواج من حيث أنها إنشاء لما يفيد دوام الزواج واستمراره.

3-الشرط الثالث: أن يكون الطلاق بعد الدخول ، فإن كان قبله فلا رجعة فيه لأنه لا عدة على غير المدخول بها ولا تربص في حقها يرتجعها فيه، والرجعة تملك في العدة² لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ۗ ۝۳ ﴾³

4-الشرط الرابع : أن لا يكون الطلاق بعوض ، لأنه يكون عندئذ طلاقا بائنا لافتداء المرأة نفسها من الزوج بالعوض، والعوض لمنع الرجعة، فلو له حق الرجعة لم يكن له فائدة .⁴

ولا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها أو رضاها لأن الرجعة ليست إنشاء لعقد زواج جديد بل هي استدامة ملك الزوج الأول، غايته أنه يستحب للزوج أن يحيطها علما بأنه راجعها حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء العدة ظلما منها أنها بانت بانقضائها.⁵

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 471

² ابن قدامة، المرجع نفسه، ص 470

³ سورة الأحزاب، الآية 49.

⁴ الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص 369.

⁵ الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 181.

الفرع الثالث : الإشهاد في الرجعة وما تحصل به

نتطرق إلى الإشهاد في الرجعة (أولاً) ثم ماتحصل به (ثانياً)

أولاً: الإشهاد في الرجعة : والإشهاد أن يشهد الزوج على أنه أرجعها إلى عصمته¹ واختلف العلماء فيه إلى اتجاهين :

1-الاتجاه الأول: ذهب الحنفية في المشهور والشافعية في الجديد والمالكية في المشهور عندهم والحنابلة في

أصح الروايتين إلى أن الإشهاد في الرجعة غير واجب وليس شرط لصحتها وأدلتهم قوله تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾² كذلك قوله: ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ وقوله: " فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾³ وهي جاءت لبيان مشروعية الرجعة بصورة مطلقة ولم تقيدها باشتراط الإشهاد، ومن المقرر في أصول الفقه على وجوب العمل بالنص ما لم يرد ما يقيده.

2-الاتجاه الثاني : ذهب الظاهرية والشافعية في القديم إلى أنه يجب الإشهاد على الرجعة وإلا لم تصح

وأدلة هذا الاتجاه هو قول الله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾⁴ وهي دالة على الوجوب.

وقد حمل الجمهور الأمر في الآية المذكورة على الندب والاستحباب لأن قوله تعالى: ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ

مِنْكُمْ ﴾ ورد عقب قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۖ ﴾.

ثانياً: ما تحصل به الرجعة

1-تصح الرجعة بالقول: بلا خلاف أهل العلم ، وأن اللفظ في الرجعة صريح وكناية، فالصريح، ما يدل

على الرجعة صراحة مثل: (راجعتك في حال خطابها) و(راجعت امرأتي في حال غيبتها أو حضورها) أو مثل لفظ (رددتك أو أمسكتك) وهي لا تحتاج إلى نية أما الكناية فهي الألفاظ التي لا تعطي معنى الرجعة صراحة وتحتاج إلى نية.

ب-تصح الرجعة بالفعل : تحصل بفعل كالوطء ، والمباشرة سواء أكان بنية أو غير نية وإذا صدر الفعل من الزوجة ولم يمنعها منه يكون ذلك رجعة .

¹ ابن رشد، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 464.

² سورة البقرة، الآية 229.

³ سورة البقرة، الآية 230.

⁴ سورة الطلاق الآية 2.

وذهب الشافعية إلى أن الرجعة لا تكون إلا بالقول، وعند المالكية لا بد من نية الارتجاع مع القول أو الفعل، خلافاً للحنفية والحنابلة، فتحصل عندهم الرجعة بالفعل أو القول ولو بدون نية.¹

الفرع الرابع: التعسف في استعمال حق الرجعة وموقف المشرع الجزائري

نبين التعسف في استعمال حق الرجعة (أولاً) ثم موقف المشرع الجزائري (ثانياً)

أولاً: التعسف في استعمال حق الرجعة :

الزوج أعطاه الله سبحانه وتعالى حق الرجعة، حفظاً لكيان الأسرة ولتستمر الحياة الزوجية، لكن هذا الحق منوط بأن يستعمل فيما شرع لأجله، بعد مراجعة النفس، لاستئناف الحياة الزوجية بعيدة عن المشاكل التي تهدد استمرارها .

وقد يلجأ بعض الأزواج إلى إساءة استخدام الحق المشروع لهم، فيراجع زوجته، ويكون باعته لذلك مخالف لما شرعت لأجله الرجعة، إما لإطالة العدة عليها بأن يراجعها حين تقترب نهاية عدتها ثم يطلقها لتطول عليها العدة، وإما لقصد إساءة معاملتها حتى تفتدي منه فهذا محرم وإن كانت الرجعة في أصلها حق من حقوق الزوج، إلا أن الباعث إلى المراجعة كان الإضرار بالزوجة، وكان تعسفاً في استعمال هذا الحق ولذلك تحول من الجواز إلى الحرمة.²

وذلك لأنه قبل الإسلام وحصر الطلاق في ثلاث، يطلق الرجل امرأته ثم يتركها حتى تقارب عدتها، ثم يراجعها ثم يطلقها ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية، فيدع المرأة معلقة، لا مطلقة ولا ممسكة وأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الرجعة

كما أشرنا سابقاً على أن الزوج يملك حق الطلاق بالإرادة المنفردة حسب نص المادة 48 من قانون الأسرة، ويقع بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق قاصداً غير مكره، وتترتب عليه آثاره، والتي تتمثل أهمها في بدء حساب العدة وغيرها من الآثار.

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 465

² علي عبد الله عون، المرجع السابق، ص 653.

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن المشرع لم يعترف بالطلاق الرجعي، ومن ذلك قول عبد العزيز سعد " أن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاقاً بائناً ولا يقبل الطعن بالاستئناف"¹

وقد انتقد هذا الرأي، بأن المادة 50 هي نص صريح على الطلاق الرجعي إلا أن صياغتها ركيكة إذ قرنت الرجعة بفترة الصلح.

وهناك حالات تكون فيها العدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى الذي يطابق بداية سريان المدة التي يبدأ القاضي فيها إجراء محاولات الصلح، وعند الربط بين تاريخ رفع الدعوى وتاريخ نطق الزوج بالطلاق وتاريخ إجراء الصلح من طرف القاضي، نجد هذه التواريخ لا تتطابق مع بعضها البعض، فقد تنقضي فترة العدة ولا يصبح للزوج حق الرجعة ويستوجب في هذه الحالة عقد ومهر جديدين ورضا الزوجة وبذلك المشرع يؤكد في نص المادة 2/50 "ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

والأصل أن تكون العبارة " من راجعها بعد فوات العدة وقبل صدور الحكم أو بعده، يحتاج إلى عقد جديد" والذي يستوجب هو ركن الرضا إن وافقت على الرجوع فهذا هو الصلح الحقيقي بمعنى توافق إرادتين وليس الرجعة أثناء عدة الطلاق الرجعي.²

ونجد التعارض بين أحكام الشريعة والمشرع الجزائري من خلال نص المادة 50 من خلال أثر الطلاق الرجعي والبائن، ذلك أن المطلق لا يحتاج إلى عقد ومهر جديدين في قانون الأسرة إذا راجع زوجته في فترة الصلح دون تفريق في الطلاق البائن والرجعي ودون تفريق انتهاء العدة أو بقائها.

لذلك نقترح صياغة المادة 50 على النحو التالي: " كل طلاق يعتبر رجعياً إلا ما كان قبل الدخول أو الطلاق ثلاثاً أو بناء على عوض تدفعه الزوجة، أو الطلاق البائن بمقتضى نص في القانون، للزوج حق مراجعة مطلّقه بالقول أو الفعل أثناء العدة، وليس لرضا الزوجة شرط في الرجعة، لكن لا بد من إعلامها ولا يلزم لذلك عقد جديد."

وإضافة فقرة للمادة 51: "الطلاق البائن المنصوص عليه في مادة 50 أعلاه يزيل الزوجية في الحال وإذا

كان الطلاق بائناً بطلقة أو طلقتين، لا مانع من تجديد العقد بعده برضا الطرفين"

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون...، المرجع السابق، ص 316.

² هنان مليكة، بواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، المركز الجامعة نور البشير بالبيض، عدد: 19، جوان 2018، ص 743.

وبمقتضى المادة 49 من قانون الأسرة نجد أنه حدد مدة الصلح ورتب عليها آثارا من خلال نص المادة 50 من نفس القانون ونستنتج من ذلك أن محاولة الصلح إن نجحت لا يكون لازما على الزوج استصدار عقد جديد وعكس ذلك إذا فشلت محاولة الصلح ، ووفقا لنص المادة 49 ق أ ج ، فإن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ، فالزوج إذا استعمل حق الرجعة أثناء فترة العدة في الطلاق الرجعي والتي تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لمحاولة الصلح، ولو حصل الرجوع بغير رضا الزوجة فيكون الزوج قد مارس حق الرجعة، فلا بد للمشرع أن يتدخل باستبدال مصطلح الصلح بلفظ العدة طالما أن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة، فلا يعتبر صلحا في حالة مراجعة الزوجة بحكم القاضي وإنما استعمل الزوج حقه في الرجعة ولا مكان للصلح في هذه الحالة .

فكيف يعتبر إرجاع الزوج لزوجته أثناء العدة صلحا لأن رضا الزوجة لا يغير من الأمر شيئا ، فيجب التمييز بين أحكام الرجعة والصلح .¹

والمشرع لم يقيد فترة الصلح والرجعة دون مهر وعقد جديدين حيث قد تطول إجراءات الحكم طبقا للمادة 49 وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية (التي يبدأ احتسابها من تلفظ الزوج بالطلاق) ولم يتم رفع الدعوى إلا بعد انتهاء العدة ، فإذا نجحت جلسة الصلح وراجع الزوج زوجته طبقا لنص المادة 50 بلا عقد جديد ، فيحدث تعارض بين القانون وأحكام الفقه الإسلامي حيث أن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى من الناحية الشرعية يحتاج المطلق لإرجاع زوجته لعقد جديد بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من قانون الأسرة ، في حالة لم تنجح محاولة الصلح .

كذلك نجد ازدواجية العدة والتي تكمن في عدة شرعية تبدأ من تلفظ الزوج بالطلاق وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وهذا يؤدي إلى تعارض بين الشريعة والقانون من عدة أوجه:

- 1- لزوم المطلقة لبیت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا لنص المادة 61 من قانون الأسرة .
- 2- حلول مؤخر الصداق شرعا لا قانونا .
- 3- يستحق الحي منهما ميراث المتوفى قانونا لا شرعا لعدم انحلال الرابطة الزوجية قضائيا.
- 4- في مجال النسب حسب المادة 43 حددت حكم المطلقة أو المتوفى عنها زوجها على أنه يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة لكن المشرع لم يميز بين الطلاق الرجعي

¹ هنان مليكة، بواب بن عامر، المرجع السابق، ص 744.

والبائن ، فالرجعي لا يرفع قيد النكاح إلا بانقضاء العدة ، فإن راجع الزوج زوجته وحملت زوجته وتمضي 10 أشهر على وقوع الطلاق ولم يمض 10 أشهر على المراجعة الفعلية للزوجة أما الطلاق البائن مثله مثل الموت يرفع قيد النكاح في الحال .

الزوج عند ما يرفع على الزوجة دعوى طلاق إلى القضاء، ويكون احتساب الطلاق ابتداء من صدور حكم المحكمة بالطلاق الذي يكون بعد أشهر عديدة من تلفظ الزوج به يعود بالضرر على المطلقة بحكم تعسف الزوج فقد يطلب الزوج إلزام زوجته المطلقة بالرجوع وتكون عدتها قد انقضت، ففي حالة الرفض يطالب الزوج بالتعويض رغم أن ذلك ليس من حقه وينطق القاضي بطلاق الشوز وتبقى المطلقة طيلة فترة العدة في حكم غير المطلقة.

لذلك لا بد من إعادة صياغة المادة 49 " لا يثبت الطلاق لا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها

القاضي، ويصدر القاضي حكم الطلاق بأثر رجعي يعود إلى تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق".

ومن أجل منع الزوج من تعسفه في حق الرجعة يمكن القول بإيجاب توثيق الرجعة في المحكمة، كما قيل في الطلاق لينظر القاضي في حال الزوج ودوافعه لمراجعة زوجته، وأخذ التعهد منه بعدم الإضرار بها إن لزم ذلك، فإن راجعها بعلم المحكمة ثم طلقها بعد ذلك، فمن الممكن النظر في القرائن لمعرفة باعته من الطلاق إن كان تعسفاً، ليحكم القاضي لها بالبناء على عدتها السابقة، وإلا استأنفت عدة جديدة .

وهذا التدبير من الممكن أن يستند إلى ما ذهب إليه الكثير من العلماء السابقين والمعاصرين بوجوب الإشهاد على الرجعة وذلك حفظاً للحقوق، ومنعاً للتناكر، ومن ذهب لهذا الرأي ابن عباس ومن التابعين السدي ومن المعاصرين أبو زهرة وعلي الخفيف ومصطفى الزرقا، فأخذ المحاكم بهذا الرأي فيه ضمان أكبر لمنع أي تعسف أو إضرار بالزوجة.

وبتتبع التشريعات المعاصرة نجد أن القوانين لم تشترط الإشهاد على الرجعة حتى تقع ، وإن كان بعضها

قد أوجب توثيق الرجعة في المحكمة إلا أن ذلك لا يمنع من وقوعها .

في قانون الأحوال الشخصية الأردني نص على وجوب تسجيل الطلاق وتسجيل الرجعة أمام القاضي

وأن من لم يسجل يعاقب حسب قانون العقوبات وذلك حسب نص المادة 97 من ق أش الأردني: " يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي و إذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع

المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات.¹

ووافقه قانون الأسرة القطري في توثيق الرجعة في المحكمة فنص على أن: "توثق الرجعة، وتعلم بها الزوجة في الحال."²

ونجد المشرع المغربي نص في المادة 124 من مدونة الأسرة المغربية: "للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة . إذا رغب الزوج في إرجاع زوجته المطلقة طلاقاً رجعيًا أشهد على ذلك عدلين ويقومان بإخبار القاضي فوراً.

يجب على القاضي قبل الخطاب على وثيقة الرجعة ، استدعاء الزوجة لإخبارها بذلك ، فإذا امتنعت ورفضت الرجوع يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 أعلاه."³

فنجد المشرع المغربي كان واضحاً في النص على الإشهاد على الرجعة وتوثيقها لدى المحكمة وذلك حتى لا يتعسف الزوج في استعمال حقه ولا تضيع حقوق الزوجة حيث توسع في الإشهاد ونص أن يتم الإشهاد بواسطة عدلين ممن تتوفر فيهم شروط الشهادة ويقومان بإخبار القاضي في الحال حتى يتم توثيقها. والمشرع السوري أعطى الزوج المطلق رجعيًا الحق في ارتجاع زوجته قولاً أو فعلاً⁴ ولم يبين هل يشترط الإشهاد على هذه الرجعة أم لا ؟

إذن فالإشهاد على الرجعة في قانون الأحوال الشخصية السوري تحكمه المادة 305 التي تنص " كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي " وإذا رجعنا إلى المذهب الحنفي نرى أن الرأي الراجح فيه على أن الإشهاد على الرجعة ليس شرطاً لصحتها ولكن يستحب للمراجع أن يشهد على رجعته خوفاً من النكران.⁵

إذن فالإشهاد في قانون الأحوال الشخصية السوري هو على سبيل الندب والاستحباب وهذا ما ذهب إليه القضاء السوري حيث أن من قواعده " الإثبات بالشهادة جائز في جميع القضايا الشرعية إلا التي تخالف أو تجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي " .

¹ المادة 97 من قانون الأحوال الشخصية الأردني 2010.

² المادة 116 من قانون الأسرة القطري 2006.

³ المادة 124 من مدونة الأسرة المغربية 2004.

⁴ أنظر المادة: 118 من قانون الأحوال الشخصية السوري .

⁵ السرخسي ، المرجع السابق ، ج 5، ص 19.

وبالنظر إلى ما تم طرحه من مواقف لقوانين الأحوال الشخصية نجد أن المشرع لم ينص صراحة على الإشهاد على الرجعة مثلما فعلت بقية القوانين الأخرى .

لذلك نقترح أمام هذا النقص التشريعي فيما يخص الرجعة والإشهاد عليها صياغة نص قانوني ضمن نص المادة 49 من ق أ أو إضافة مادة مستقلة تحكم مسألة الإشهاد على الرجعة على ضوء ما ذهب إليه الفقه الإسلامي .

وتكون كالآتي " ويشترط في الرجعة الإشهاد عليها " .

وإضافة مادة 49 مكرر " لا يقع الطلاق ولا تصح الرجعة إلا بتوثيقهما عند موثق معتمد به قانوناً " .

وهذا الإجراء في القوانين إلا لمنع التجاحد ، وسدا لباب التعسف في استعمال حق الرجعة ، ففوق

الرجعة دون إشهاد لا يمنع من تسجيل الرجعة حفظاً للحقوق، وتحسباً من الإنكار من قبل الزوج .

الفصل الثاني

تعسف الزوجة في استعمال حق

الخلع

لقد جعلت الشريعة الإسلامية ، الطلاق بيد الرجل يوقعه عند وجود ما يقتضيه أو إذا ساءت العشرة وأصبح يبغض زوجته ولكن الشارع الحكيم لم يهمل جانب المرأة وشرع لها طريقة لحل الرابطة الزوجية إذا أصبحت الحياة غير مستقرة، فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه إلى زوجها تعويضا له لما دفعه لها وهذا الافتداء ما يسمى بالخلع¹، ويكون بالإرادة المنفردة للزوجة وبذلك لا يكون الزوج دائما في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية على العكس قد تكون هذه المسؤولية على عاتق الزوجة.

وبما أن الخلع يقع بالإرادة المنفردة للزوجة فإنه كسائر الحقوق يخضع للقيود العام وهو عدم التعسف في استعماله ويجوز للزوج المخلوع تعسفا المطالبة بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية وستتناول في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الخلع

المبحث الثاني : الأحكام والأسس الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالخلع

المبحث الثالث : الأحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع

¹ - سجلت المحاكم الجزائرية 133 ألف امرأة جزائرية خلعت زوجها سنة 2018 ما يمثل نسبة 19 % من العدد الإجمالي لحالات الطلاق في المجتمع الجزائري.

المبحث الأول

مفهوم الخلع

لقد شرع واضعوا القانون على غرار الفقه الإسلامي الطلاق علاجاً للخلافات بين الزوجين إذا استحالت العشرة الزوجية بينهما ومن ثم فإن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق بل فتحوا لها طريقاً من خلاله تستطيع أن تتخلص من الحياة الزوجية تنفذ منها إلى حياة الراحة من زوجة بائسة فيسروا لها أن تنفق مع زوجها على إنهاء الرابطة الزوجية دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء على هذه الفرقة.

فتقدم لزوجها مالا لتفتدي به نفسها عندما لا تطيقه دون إيذاء أو ضرر، هذا ما يطلق عليه فقها وقانونا تسمية المخالعة أو الخلع.

لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الخلع وحكمه في (مطلب أول)، ثم دليل مشروعية الخلع في (مطلب ثان)، ثم الحكمة من تشريع الخلع في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

تعريف الخلع وحكمه

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة حيث يعتبر المخرج والمنفذ الشرعي والقانوني الوحيد الذي تتمسك به في حالة بغضها لزوجها خوفاً من ألا تقيم حدود الله، وعليه تستوجب هذه المعالجة مفهوم الخلع بالمعنى الدقيق إذا أن أي موضوع لا بد من تعريفه ابتداءً حتى يتسنى لنا معالجته معالجة شاملة وكاملة بالإضافة إلى حكمه، ومن ثم فقد تنوعت تعاريف الخلع بين فقهاء الشريعة والقانون ومنه نتطرق إلى تعريف الخلع في (فرع أول)، ثم حكم الخلع في (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الخلع

للخلع له تعريفان لغوي (أولاً) واصطلاحاً (ثانياً) لذلك سنبين كل منهما من خلال الشرح الموالي.

أولاً- لغة: الخاء واللام والعين أصل واحد، وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه¹ والخلع النزاع والتجريد والإزالة، فخلع الرجل ثوبه أي: أزاله.²

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة، ط1، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، 1997، ص 47.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 86.

والخلع هو أيضا: الإختلاع¹ ، وخلع ابنه : تبرأ منه² وللخلع معان لا تعد ولا تحصى . وعموماً أن الشائع في الخلع هو بفتح الخاء مصدر قياسي " خلع " ويستعمل في الأمور الجنسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى: ﴿ فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَىٰ إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى.﴾³ والخلع في الآية بمعنى النزع، وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذا أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكن الخلاف في أنه حقيقي في إزالة الزوجية أو ما جاز اعتبار أن المرأة للرجل والعكس صحيح، لقوله تعالى: ﴿ هُنَّ لِيَاسٍ لَّكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٍ لَّهُنَّ ﴾⁴ فاستعير لفظ الخلع فحل ما بينهما من الرابطة التي جعلت أحدهما لباسا للآخر.

إن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية والخلع بالضم ومن خلال هذا التعريف يتضح أن مصطلح الخلع ينطوي على عدة معان إلا أن المتداول بين رجال القانون هو استعماله للدلالة على فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة بمال تدفعه إلى زوجها تعويضا لما دفعه لها .

ثانياً- الخلع اصطلاحاً:

1- الاصطلاح الشرعي: الخلع في الاصطلاح هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه في مقابل بدل مع قبول الزوجة⁵ ويقول الإمام أبو زهرة في تعريفه له " الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة فيراد به أحيانا معنى عام وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو كالمبارأة أو كان بلفظ الطلاق ، وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن، وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة وهذا كان شائعا على ألسنة المتقدمين من الفقهاء ... ونحن نختار إرادة المعنى العام⁶.

¹ أحمد فراج حسن، أحكام الفقه الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية دار الجامعة الجديدة ، مصر، الأزاريطة ، 2004 ، ص115.

² آيت شاوش دليمة ، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية)، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2014 ، ص 298.

³ سورة طه ، الآية 11-12

⁴ سورة البقرة الآية 187.

⁵ عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 303.

⁶ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 329.

ويعرف أيضا على أنه : إزالة ملك النكاح المتوقعة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة والمباينة والمفارقة¹ وعرفه الدكتور بلحاج العربي: " هو أن يتفق الرجل مع المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها وذلك كأن تقول الزوجة لزوجها (خالعني على صداقي أو على 5000 دينار فيقول قبلت ، تحقق الخلع) ولا فرق في إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على الطلاق بعوض لا يستحق العوض بدون القبول² . وقد أفادت هذه التعاريف أمورا وهي :

أ- أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما ، فلا يصح الخلع في الزواج الفاسد كخلع المرتدة أو خلع المطلقة طلاقا بائنا.

ب- قبول المرأة الخلع لأنه يعتبر معاوضة من جانبها والمعاوضات يلزم فيها قبول من يلتزم بدفع العوض.

ج- أن يشتمل على بدل من الزوجة لأنه ركن لصحة الخلع

د- أن يذكر لفظ من الألفاظ الصريحة في معنى الخلع أو الكنايات عنه كالإبراء والافتداء حتى يختلف عن الطلاق على مال لأنه لكل منهما أحكامه³.

وقد عرف الفقهاء الخلع بقولهم "فراق الرجل زوجته ببدل يحصل له"⁴ حيث عرفه:

-المالكية: الخلع طلاق بعوض⁵

-الحنفية : عرفوه بأنه " هو إزالة ملك النكاح متوقف على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه"

-الشافعية : في تعريفهم : " الخلع هو اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض".

-الحنابلة عرفوه بقولهم : " فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو غيرها بألفاظ مخصوصة صراحة أو كناية"⁶

2-الاصطلاح القانوني: نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري : " يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".

¹ أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام ، المرجع السابق ، ص 134.

² بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص 362.

وكان الخلع بهذا التعريف قبل تعديل (ق أ ج) بالأمر 02/05 لكن بعد التعديل لم يعد اتفاقي بل بإرادة الزوجة المنفردة .

³ بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ، ط2، مطبعة دار التأليف ، مصر، 1961 ، ص 269.

⁴ سيد سابق ، المرجع السابق ، ص 319.

⁵ يحيى بن يحيى الليثي ، موطأ الإمام مالك ، د ط ، دار النقاش للطباعة والنشر النوزيع ، د ب ن ، دس ن ، ص 384.

⁶ عبد الرحمان الجزائري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج2 ، دار المعارف الإسلامية ، 1990، ص387.

لكن بعد التعديل بموجب الأمر 02/05 لسنة 2005 أضيفت عبارة: "دون موافقة الزوج" فأصبحت تنص على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري في وقت متأخر يعتبر أن الخلع شرع لمصلحة الزوجة في صورة رخصة لها لتمكينها من طلب التطليق أو الطلاق من الزوج الذي أصبحت تبغضه ولم تعد تحتل العشرة معه ولم يمنح لها في صورة حق من الحقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

والتعديل الحالي لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع وإنما أقر تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة "إذا لم ينفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم" (المادة 2/54 ق أ ج).

فإذا لم يقبل الزوج بقيمة المبلغ المالي المقدم من الزوجة فلا عبرة لعدم قبوله وأنه يجوز للقاضي في مثل هذه الحالة أن يترك إرادة الزوج جانبا وأن يحكم له مبلغا لا يجوز أن يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم سواء رضي بالطلاق مقابل الخلع أو لم يرض وسواء قبل بالمبلغ المعروض عليه أم لم يقبل.¹

والمعلوم أن الحكم الصادر في إطار الخلع لا يقبل الطعن بالاستئناف وإن كان يقبل الطعن بالنقض وذلك حسب نص المادة 57 من قانون الأسرة: "الأحكام الصادرة في دعاوى التطليق والطلاق والخلع غير قابلة للاستئناف".

بمعنى أن التعديل الذي جاء به قانون الأسرة ينص على عدم الرضائية في الخلع.

وقد أخذ بذلك القانون المصري في تعديلاته الجديدة، حيث قام المشرع المصري بضبط مواد الخلع فنص عليه في المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 بقوله: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها منه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها الحكام لموالاتة الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر".

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 130.

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 وتحشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا الغرض.¹

الفرع الثاني: حكم الخلع

اختلف الفقهاء في حكم الخلع ، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي ويحتمل كلام الحنبلي تحريمه إذ قال : " الخلع مثل سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهو خلع " وهذا دليل على أن الخلع لا يكون صحيحا في هذه الحال وذلك أيضا قول ابن المنذر وداوود ، وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لقوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۚ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ إِنِ خِفْتُمَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾²

فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلط بالوعيد ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير الحاجة لقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "

والشافعي قال بأن الأصل في الخلع الكراهية ويكون مستحبا إذا أساءت المرأة المعاشرة ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراما ولا يكون واجبا³

والخلع بعد ثبوت أن الأصل فيه هو الكراهية، فهو تصرف شرعي، وإن لكل تصرف حكما شرعيا فهو حكم تكليفي تعتريه الأحكام الخمسة وهي:

- الوجوب: ما كان الطلب فيه على سبيل الإلزام.
- الإباحة: هي حالة ما كان المكلف فيها مخيرا بين فعل شيء أو تركه.
- الكراهة: هو حالة ما يطلب فيها الكف عن فعل شيء على سبيل الترجيح لا الإلزام.

¹ كمال صالح البنا ، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ للمصريين وغير المسلمين ، ط1، عالم الكتب ، مصر ، القاهرة ، 2001 ، ص 41.

² سورة البقرة، الآية 229 .

³ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 396-397.

- التحريم: هو ما نهى عنه الشرع على سبيل الإلزام.

- الندب: وهو ما كان طلب الشارع فيه على سبيل الترجيح الإلزام وبيان ذلك :

بالنسبة للزوجة: يكون حراما إذا كان من غير سبب (تعسف الزوجة) ويكون مباحا إذا كرهت زوجها وخافت ألا تقيم حدود الله فتكون عاصية لأمر الله تعالى.

بالنسبة للزوج: يكون حراما إذا عضل زوجته أو أضر بها لأجل أن تفتدي منه وتطلب الخلع (تعسف الزوج). ويكون مباحا إذا طلبت منه الخلع ولو بدون سبب فطلبه حينئذ يعتبر سببا يبيح له الطلاق ويكون مباحا في حالة النشوز أو الفاحشة المبينة.

ويكون مكروها لكليهما إذا إحتلعا والأحوال ملتزمة والأخلاق مستقيمة وقد يكون مندوبا عند الحاجة كأن يلحق بالطلاق الثلاث على عدم فعل ما لا بد من فعله كالأكل مثلا فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه فيكون وسيلة للتخلص من وقوع الثلاث¹.

المطلب الثاني

دليل مشروعية الخلع

الخلع مشروع بدليل من القرآن (فرع أول) والسنة (فرع ثان) والإجماع (فرع ثالث)

الفرع الأول: دليل مشروعية الخلع من القرآن

- قال تعالى ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۗ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾²

ووجه الدلالة: لا يحل للزوج أخذ المال من زوجته إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما مثل: بغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها ففي هذه الحالة التي يحدث فيها الشقاق والنشوز، وإذا تعذر الإصلاح والوفاق أجاز الإسلام للزوج أخذ المال من زوجته لتملك عصمتها.³

¹ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق، ص 397.

² سورة البقرة ، الآية: 229.

³ عامر سعيد الزبياري ، المرجع السابق ، ص 55.

— وأيضاً نجد قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۝¹﴾

ووجه الدلالة: لا يجوز للزوج إلحاق الضرر بزوجه حتى تفتدي معه، إلا إذا أتت بفاحشة من زنا أو مطلق العصيان على خلاف فحينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطاه لها.²

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع من السنة

لقد ذكر علماء الحديث روايات كثيرة تدل على مشروعية الخلع ، وكلها تدور حول مسألة واحدة، وهي أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو كراهية زوجها وتريد مفارقتها، فقد روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه " أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"³

وفي رواية أكثر تفصيلاً عن ابن جرير أنه سأل عكرمة، هل كان الخلع أصل؟ قال كان ابن العباس يقول: " إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله ابن أبيّ ، أنها أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً، إني رفعت جانب الخباء فرأيتَه قد أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً وأقصرهم قامه، وأقبحهم وجهاً "، فقال زوجها: " يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي، حديقة لي فإن ردت عليّ حديقتي " ، قال: "ما تقولين ؟

قالت نعم، وإن شاء زدته "، ففرق بينهما النبي (صلى الله عليه وسلم).⁴

¹ سورة النساء ، الآية: 19.

² - عامر سعيد الزبياري ، المرجع السابق ، ص 55.

³ رواه البخاري، في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق، حديث رقم 5273، ج9، ص306. والنسائي، في الطلاق، باب ما جاء في الخلع، ج6، ص169، وابن ماجه في الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطها، حديث رقم 2056، ج1، ط3، دار السلام للنشر والتوزيع الرياض، 2000، ص663.

⁴ حيث فرق الرسول صلى الله عليه وسلم بين جميلة وثابت بن قيس (رضي الله عنه) على الرغم من أنه كان من كبار الصحابة ، وهو من الأنصار وشهد غزوة أحد وما بعدها وبشره النبي بالجنة ، وكان أول خلع في الإسلام وهذا ما يدل على أن الخلع جائز شرعاً.

فمن خلال هذين الحديثين الشريفين يمكن الاستدلال أنه يجوز للمرأة أن تطلب الخلع من زوجها إن خافت ألا تقيم حدود الله تحت عصمته ، فإن لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة طلبها لقوله : صلى الله عليه وسلم : "أبما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة" .¹

الفرع الثالث: دليل مشروعية الخلع من الإجماع

اتفق أهل العلم على جواز ومشروعية الخلع ، ولم يخالف هذا الإجماع إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي ، وليس لديه حجج دامغة، عدا ما ظن أن الآية في سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ منسوخة بقوله: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾²

ولعل أحاديث الخلع لم تبلغه ، لكن الخلع يبقى مشروعاً بالقرآن والسنة والإجماع .³

المطلب الثالث

الحكمة من تشريع الخلع

لقد جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الرجل ، وله الحق في ايقاعه إن شعر بأنه لا يستطيع العيش مع زوجته، ولم تنجح محاولات الصلح في التوفيق بينهما.

والزوجة مثلها مثل الزوج تملك مثلما يملك من مشاعر وعواطف وتحس مثلما يحس هو وربما تحس الزوجة بالنفرة من زوجها كما في حالة ثابت بن قيس مع زوجته، وعند تعذر الوصول إلى حل بينهما من مشاكل وذلك بمختلف الطرق والوسائل، فإن الشارع الحكيم مثلما جعل بيد الرجل الطلاق ليتخلص منها إذا أحس بنفرته منها وظن استحالة العيش معها ، كذلك شرع سبحانه وتعالى الخلع للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها ببذل ما قدمه لها من صداق أو زيادة عليه أو نقصان منه حسب الاتفاق.⁴

¹ ابن ماجة، السنن، كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع للمرأة ، حديث رقم 2055 ، حدثنا أحمد بن الأزهر ، حدثنا محمد بن الفضل ، عن حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي قلابة ، عن أبي أسماء ، عن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أبما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها ريح الجنة " .

² سورة النساء، الآية 20

³ محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 531.

⁴ المستاري نور الهدى، الخلع - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، القانون المقارن ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2013- 2014، ص 24.

وحسب رأي الفقهاء فإن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنما لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا بغض المرأة جعل الخلع بيد المرأة، إذا أبغضت الرجل.

ومما تقدم يتبين لنا مدى سماحة الإسلام وحكمته في تشريعاته عند مقارنته ببعض الأديان السماوية وبعض الأنظمة الحديثة، فلا وجه للمقارنة وكيف يقارن بين الحق والباطل وبين ما هو من عند الله وبين ما هو من وضع البشر، فهو لا يجعل الرابطة الزوجية قيد في العنف لا يحله إلا الموت أو في حالة الزنا كما نسب إلى شريعة عيسى عليه السلام أو عن طريق المحاكم وإبراز الوثائق التي تبيح التحلل من هذا العقد وقد لا تبيح فتبقى حياتها تعاسة وشقاء وهما مرغمان عليها.

الإسلام يراعي جميع الحالات الواقعية التي تعرض للناس ويراعي جميع المشاعر التي لا حيلة للإنسان فيها ولا يقوم الزوجين على حياة ينفرا منها، والخلع دليل على واقعية الشريعة الإسلامية فإذا كانت المرأة كارهة لزوجها لا تستطيع الحياة معه لسبب تعوضه من تحطيم بيته بلا سبب منه¹.

إذن الحكمة من الخلع بأن تضمن الزوجة حرمتها في إنهاء الزواج الذي تضررت منه، والخلاص من زوجية استحالت العشرة فيها وهذا منتهى العدالة والمنطق اللذين يقضيان أن يكون لها هي الأخرى حرية الافتراق عن زوجها وتلزم بأن تؤدي لزوجها ما دفعه لها من مهر، وتتنازل عن حقوقها كنفقة العدة، ونفقة المتعة.

¹ عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص 63-65.

المبحث الثاني

الأحكام والأسس الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالخلع

سنتطرق في هذا المبحث إلى الأسس والأحكام الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالخلع حيث سنتناول بالدراسة موضوع الخلع من الناحية الموضوعية وذلك من خلال قانون الأسرة الجزائري وبعض قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية ثم نتطرق إلى موضوع الخلع من الناحية الإجرائية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك لغياب قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية في الجزائر لذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية للخلع في (مطلب أول)، ثم موقف المشرع الجزائري من الخلع في (مطلب ثان)، ثم موقف بعض التشريعات العربية من الخلع و أحكامه في (مطلب ثالث)، ثم (إجراءات التقاضي في دعوى الخلع) في (مطلب رابع).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للخلع

إذا كان الخلع، أحد طرق فك الرابطة الزوجية¹ وهو من حقوق الزوجة، مقابل حق الزوج في الطلاق² فهل هو عقد رضائي تجري عليه أحكام العقد العادية، أم أنه يكتسي طبيعة أخرى خاصة؟ حيث يعتبر الخلع في طبيعته القانونية عقد ثنائي الأطراف، لأنه يتم عن طريق اتفاق بين الزوجين، وذلك بأن تدفع الزوجة مبلغا من المال لقاء طلاقها وذلك يتم بإيجاب وقبول بين الطرفين، ويشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما.³

ومن هنا فتكليف للخلع أنه كطلاق على مال⁴ يعتبر يمينا في جانب الزوج ويعتبر معاوضة في جانب الزوجة⁵، وهي تشبه التبرع من جانب الزوجة وقد تطرقنا سابقا إلى أن السنة النبوية قد دلت في الكثير

¹ وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها (... حيث أن الخلع يعد وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبالتالي بتعين إصدار حكم بشأنه وقد يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين). ملف رقم 477546، غرفة الأحوال الشخصية تاريخ 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2009.

² وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها، ملف رقم 656259، غرفة شؤون الأسرة والموارث، قرار بتاريخ 2011/09/15، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2012، (الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج).

³ فالخلع هو عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين.

⁴ المالكية يعرفونه بأن طلاق بعوض، وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال.

⁵ الحنفية يعتبرون الخلع يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أما أبو يوسف ومحمد تلاميذ أبو حنيفة يرون أنه يمينا من الجانبين.

أحاديثها أن المرأة في حالة بغضها وكرهها لزوجها، خوفا منها ألا تقيم حدود الله وعدم تأديتها لحقوقها الزوجية، فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها، كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ عنها ما تفتدي به نفسها وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يكره للزوجة أن تطلبه كما سبق توضيح ذلك، لكن إذا اعتبرنا أن الخلع طلاق رضائي فلا يجب الخلط بينه وبين الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 ق أ ج لأن الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض¹، أو هو طلاق على مال بينما الطلاق بالتراضي لا يكون بمقابل. وفي القضاء لا يعتبر الخلع عقد بل يعتبره حقا للزوجة وهذا ما أقره في بعض القضايا منها قراره الصادر بتاريخ 1996/07/30 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق حولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا"².

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من الخلع

نتطرق في هذا المطلب إلى التطور التشريعي للخلع في الجزائر وذلك بتمهيد له قبل صدور قانون (11/84) ثم في ظل القانون رقم (11/84) وهذا في (فرع أول)، ثم في ظل قانون (05/02) في (فرع ثاني) ثم على ضوء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في (فرع ثالث).

بعد الاستقلال بقي العمل بالتشريعات الأجنبية إلى حين 1975/07/05 حيث تم تعديل التشريع الجزائري ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام الخلع إلى غاية صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 المعدل بالأمر 10/05³ حيث نصت المادة الأولى منه: "...وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية".

وتجدر الإشارة إلى أنه في هذه المرحلة كان رضا الزوج شرطا ضروريا لوقوع الخلع حيث يتجلى ذلك من خلال قرار المجلس الأعلى في ملف رقم 21305 بتاريخ 1980/02/25: "وبناء على ذلك فإن الخلع لا

¹ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 132-135.

² قرار رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30 نقلا عن آيت شاولي دليله، المرجع السابق، ص 352.

³ القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتعم المنشور ف (ج ر) رقم 44 سنة 2005.

يتم إلا برضا الطرفين واتفقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه ، وهذا يتوقف على الإيجاب والقبول من كليهما"¹

الفرع الأول : الخلع في ظل قانون رقم 84/11

في بداية الثمانينات ومع تضارب النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية صدر قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 وحسب نص المادة 54 منه : " يجوز للزوجة أن تخالغ نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم " فهذه المادة جاءت غامضة لم يتعرض فيها المشرع إلى تكييف الخلع في كونه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أو أنه حق خالص للزوجة واكتفى بالقول أنه في حالة النزاع على بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم فاتجه بعض الفقهاء إلى أن الخلع نوع من طلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها. ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول ويمكن لكلا الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الطرف الآخر.

وقد سائر هذا الاتجاه عبد العزيز سعد حيث يرى أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة وليس حقا من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.²

ويرى بلحاج العربي: " إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال ..."³.

ومن خلال ما سبق فالمشرع الجزائري في ظل قانون رقم 11/84 اعتبر الخلع عقدا رضائيا وهذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة خاصة في السنوات الأولى لصدور قانون الأسرة فجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضی الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المطعون ضدها طلبت التطبيق ولم يكن لها سبب فيه أظهرت استعداد لمخالعة

¹ باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 72-73.

² مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص 179.

³ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح (ق أ ج) ، المرجع السابق ، ص 264.

زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع"¹

نفس الحكم جاء في قرار آخر: "...من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به

بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون."²

إلا أن المحكمة العليا غيرت من اجتهادها قبل تعديل 2005 وهذا في سنوات التسعينات حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينات وهذا يدل دلالة واضحة أن المشرع أراد إقرار حق الزوجة بالخلع بالإرادة المنفردة لها في المادة 54 ولذلك استدرك القضاة الخطأ وغيروا اجتهادهم ومن بين قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن:

" إن الخلع أحازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أم لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج."³

الفرع الثاني : الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005

أراد المشرع من خلال هذه المرحلة تحديد الإطار الحقيقي للخلع، حيث اعتبره حقا للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة، توازي حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة حيث نص المشرع في المادة 54 المعدلة بالأمر 05/02 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع حكم قضائي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". وإذا كان المشرع الجزائري صريح في اعتبار الخلع حقا للزوجة تستعمله دون موافقة الزوج مقابل دفع عوض مالي قدره القاضي ولا يتجاوز

¹ م ع ، ملف رقم 51728 ، بتاريخ 1988/12/21 ، م ق ، 1990 ، عدد3، ص 72.

² م ع ، ملف رقم 73885 بتاريخ 1991/04/23 ، آيت شاوش دليلة ، المرجع السابق ، ص 352.

³ م ع ، ملف رقم 103793 ، بتاريخ 1994/04/19 ، ن ق ، عدد 51 ، المرجع نفسه ، ص 353.

قيمة صداق المثل وكذا أصبح الزوج لا أثر له في إيقاع حق الخلع ولا في تقدير البدل الذي أصبح لا يتجاوز صداق المثل وهذا إجحاف في حق الزوج.¹

وجاء مؤكدا لهذا قرار المحكمة العليا رقم 656259 بتاريخ 2015/09/15 قضية (ب ع) ضد (ط ي)².

أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري منذ الوهلة الأولى بتبنيه للاتجاه القائل يعد طلاق لا فسخ وذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث وضعه للمادة 54 من خانة الفصل الخاص بالطلاق لأن الخلع يلحق عقد الزواج الصحيح بينما يكون بطلانا أو فسخ يلحق عقد يشوبه عيب يتمثل أساسا في إخلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف في الخلع إذ يرد على علاقة صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد، وقد أكد هذا اجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في 1969/02/05 حينما نوه أنه لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح.³

والمشرع بتعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 جعل الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا أنه اكتفى بالنص عليه في مادة واحدة وهي المادة 54 في الأمر المتعلق بحق المرأة المنفرد والإرادي في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.⁴

الفرع الثالث : الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية

لم تستقر المحكمة العليا سابقا على اجتهاد مجتمع عليه، فمن يقول على الزوجين أن يتراضيا على إنشاء عقد الزواج بالخلع، وهناك من يقول بأن الخلع حق للزوجة منحتها لها الشريعة الإسلامية من أجل فك الرابطة الزوجية.⁵

ولهذا تناقضت قرارات المحكمة العليا الصادرة سابقا واختلفت فيما بينها فجاء بعضها أن الخلع عقد رضائي وفي البعض الآخر جاء باعتباره حقا خالصا للزوجة دون الحاجة لموافقة الزوج وفيما يلي بعض القرارات على اتجاهين:

¹ مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص 181.

² قرار المحكمة العليا ، ملف 65259 بتاريخ 2011/09/15 ، مجلة المحكمة العليا 2012 ، عدد 1 ، ص 318.

³ باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 71.

⁴ المرجع نفسه ، ص 81.

⁵ المرجع نفسه ، ص 71.

أولاً: الإتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع

لقد وجد تطبيقه في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

- 1- القرار الصادر بتاريخ 1982/02/8 ملف رقم 26709 والذي قضى بـ: " من المقرر شرعاً أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات، ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها ، إن قبل تم الخلع و طلقت منه ."¹
- 2- القرار الصادر بتاريخ 1985/4/22، ملف رقم 367/09 " الخلع " الحكم بالتطليق بين الزوجين خلع مبلغ مالي قدره 3000 دج طعن بالنقض لعدم رضی الزوج بالخلع - قبول الطعن - إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن للقاضي فرضه عليه "².

ثانياً:الاتجاه الذي لا يشترط رضا لصحة الخلع

- 1- قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 يوليو 1996 والذي جاء فيه ما يلي: "لكن وحيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه، وأن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب المطعون ضدها في الخلع وقضى به، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة 54 من ق أ ج "³.
- 2- قرار المحكمة العليا في 1999/03/16 ، ملف رقم 216239 والذي جاء فيه: " من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليس للقاضي سلطة مخالفة رأي الزوجين، فالزوج الطاعن لم يوافق على الخلع والحكم المطعون فيه قضى بما يخالف رضا الزوج مما يعرضه للنقض، فقررت المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث ، قبول الطعن شكلا ورفض موضوعه "⁴.
- 3- قرار المحكمة العليا رقم 252994 الصادرة بتاريخ 2000/11/21 ، قضية (ف) ضد (ر) خلع - عدم دفع مبلغ الخلع - رفض الدعوى لمخالفة القانون، إن قبول الزوج أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا

¹ ملف رقم 26709 ، قرار بتاريخ 1982/2/8 ، نشرة القضاء ، عدد خاص ، ص 258 ، نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص 181.

² ملف رقم 36709 ، قرار بتاريخ 1985/04/22 ، م ق ، عدد 1، لسنة 1989 نقلا عن دلاندة يوسف ، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، دار هومة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص 53.

³ ملف رقم 14 1262 ، قرار بتاريخ : 1996/07/30 نقلا عن الحسين بن الشيخ آت ملويا ، المرجع السابق ، ص 425.

⁴ الحسين بن الشيخ آت ملويا ، المرجع السابق ، ص 412-414.

وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين ، فعن الوجه الوحيد المأخوذ من مخالفة المادة 54 من قانون الأسرة قررت المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا وموضوعا¹

لأن رفض طلب الزوجة للخلع من طرف القضاة فيه خطأ في تطبيق المادة 54 ق أ ج فرغم أنها لم تعرض بدل الخلع إلا أنه تبقى السلطة للقاضي في تقديره أما قبول الزوج للخلع ليس مشروط .

4- قرار المحكمة العليا رقم 83603 الصادر بتاريخ 1992/07/21 ، قضية (ع م) ضد (ب ، د ، ن) خلع، تطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج - تطبيق صحيح للقانون من المقرر قانونا أنه لا يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن².

المطلب الثالث

موقف بعض التشريعات العربية من الخلع وأحكامه

نصت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية على الخلع استنادا إلى ما سبق من أسانيد شرعية، مع الاختلاف فيما بينها على مبدأ الخلع في حد ذاته، وفي بعض إجراءاته وكذا آثاره وسنتطرق لموقف كلا المشرعين المصري (فرع أول) والسوري (فرع ثان) فيما يلي:

الفرع الأول : موقف المشرع المصري من الخلع وأحكامه

لعل من أبرز الدول التي عرفت ضجة سياسية واجتماعية وقانونية حول موضوع الخلع هي جمهورية مصر العربية ، وقد حدث هذا بعد رفض البعض لمبدأ الخلع الذي يحكم به القاضي رغم رفض الزوج له على أساس أن الخلع بهذه الصورة هو أمر غير مشروع وأنه وليد قانون 01-2000³.

¹ غ أش ، م ع ، ملف رقم 252594 الصادر بتاريخ 2000/11/21 ، م ق ، عدد1، 2001 ، ص 293، نقلا عن جمال سايس الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج2، ط1، منشورات كليك، المحمدية ، الجزائر ، 2013، ص989-990.

² قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 83603 ، الصادر بتاريخ 1992/07/21، نشرة القضاء ، عدد خاص ، 2001 ، ص 134 ، نقلا عن جمال سايس ، المرجع السابق، ص 1053-1054.

³ آيت شاوش دليلة ، المرجع السابق ، ص 333.

وحسب رأي المالكية فإن الخلع يكون نوعين أحدهما خلع بالتراضي والثاني الخلع بالتقاضي، ويتفق النوعان في أن كلاهما يقع بطلقة واحدة بئنة، ويحل معه للزوج ما حصل عليه من بدل خلع أو ما أسقط عنه أو ما أبرأت ذمته بموجبه من حقوق الزوجة المالية الشرعية ولكنهما يختلفان في شرط أساسي من شروطهما: -فالأول يعتمد التراضي كركن أساسي من أركانه ، وتتفق في هذا مذاهب الفقه الإسلامي المعتمدة كاملة ، فإذا تبين أن الزوجة ما عقدته إلا للخلاص من إضرار الزوج بها وأثبتت بعد الخلع ضررها غير المشروع من زوجها قبله ، بطل الخلع واستردت بدل الخلع ، والطلاق ماض ، في حال عادت الزوجية كما كانت في رأي آخر.

-أما النوع الثاني من الخلع - فصل أحكامه المالكية- فيعتمد الشقاق والضرر وينبغي حتى يوقعه القاضي جبرا على الزوجين وبخاصة على الزوج، أن يثبت عند القاضي بالبينة والإقرار إساءة الزوجة لزوجها كلياً أو جزئياً، أو لا يعرف المسيء منهما أو أيهما أكثر إساءة للآخر، فإذا لم يثبت عند القاضي ، ذلك بالبينة والإقرار، لم يجز للقاضي أن يوقعه إلا بناء على قرار حكيمين يبعثها بالصفة المطلوبة شرعاً في الحكمين.¹ والقانون المصري 25 سنة 1929 معدلاً عام 1985 ، عالج النوع الثاني ، أي الخلع القضائي بالصياغة الشرعية عند المالكية تحت عنوان التطليق للضرر ، وكان أكثر التزاماً بمذهب المالكية في تقنين أحكام هذا النوع من الخلع.

واكتفى بالنسبة للنوع الرضائي ببيان أنه الأصل في الخلع دون أن يذكر شيئاً من أحكامه من يقتضي الرجوع بشأنها إلى الراجح بمذهب الحنفية بدلالة المادة 3 من القانون المصري بإصدار القانون 1 سنة 2000 إضافة إلى هذين النوعين فقد عالج المشرع المصري بالقانون 1 سنة 2000 في المادة 20 نوعاً جديداً من الخلع القضائي استحدثته بشروط مغايرة للخلع القضائي في المذهب المالكي.

واكتفى فيه بتنازل المرأة عن حقوقها المالية الشرعية ورد معجل صداقها وأن تصرح شخصياً بأنها تبغض زوجها ولا تستطيع بسبب هذا البغض استمرار الحياة الزوجية معه وتخشى ألا تقيم حدود الله، وهذا النوع من الخلع لم نجد له أصلاً شرعياً وقد تبين لنا أن هذا النوع من الخلع لا أصل له في الشريعة، ولم يقل به أحد من فقهاء المذاهب الإسلامية كافة ، وحتى المالكية الذين انفردوا بتقرير الخلع القضائي والتفريق للشقاق والضرر

¹ أمين أبو العيال ، الخلع في القانون المصري رقم 01 لعام 2000، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالتفريق للشقاق والضرر في قانون

الأحوال الشخصية السوري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة الميزان. Musawasyr.org/p.1464

اشترطوا له أن تشتكي المرأة الضرر وتعجز عن إثباته وأن يثبت بعد ذلك ولو بالعلم الشخصي لدى الحكام حتى يستطيعا الحكمان الحكم بتطليقهما جبراً على زوجها.

خلاصة القول أن المشرع المصري أعطى للزوجة حقاً أصيلاً في إنهاء الرابطة الزوجية بشرط التنازل عن حقوقها المالية والشرعية دون أن تؤثر عدم موافقة الزوج في ذلك .

الفرع الثاني : موقف المشرع السوري من الخلع وأحكامه

أخذ المشرع السوري بالخلع كوسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية ونظمه في الباب الثاني من الكتاب الثاني في القانون رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 عام 1975 تحت عنوان المخالعة وذلك من المادة 95 إلى المادة 104.

ونص المشرع السوري على الخلع بموجب القرار رقم 2437 الصادر بتاريخ 2007/06/07 من الكتاب الرابع بعنوان انحلال الزواج الباب الثالث بعنوان المخالعة من المادة 181 إلى المادة 198.

حيث نص في المادة 181 على أن: "الخلع هو عبارة عن عقد بين الزوجين يتم الاتفاق فيه على إنهاء الزواج ببدل تدفعه الزوجة لزوجها أو غيره قبل الدخول أو بعده".

ونص في المادة 182 أن: "المخالعة هي فسخ لعقد الزواج إذا لم ينو الطلاق ولا تحسب من عدد الطلاقات".

ونص في المادة 183¹ على شروط الزوج المخلوع وشروط الزوجة المخالعة إضافة إلى المادة 184.² حيث نستنتج من المادتين 183-184 أنها تشترط أهلية الزوج لإيقاع الطلاق وأهلية الزوجة للالتزام ببدل الخلع .

أما المادة 185 فنصت " أن لكل من الزوجين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر. فنصت هذه المادة على صيغة الخلع أخذاً بالمذهب المالكي والشافعي في كون الخلع معاوضة ويظهر هذا من نفس المادة أنه يمكن لأي طرف من الزوجين أن يبدأ بالإيجاب، فالخلع ليس حقاً خالصاً للزوجة وإنما يتحقق بمبادرة من الزوج.

¹ المادة 183 : " يشترط في المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق ، والمرأة محلاً له ومن أهل التبرع ودون إكراه أو ضرر."

² المادة 184 : " المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال ، ويقع الطلاق رجعيًا ويثبت لها المهر."

ونستنتج أيضا من المادة أن الزوج موافقته ضرورية لإتمام المخالعة، وهذا ينفي أن يكون الخلع حقا خالصا للزوجة في مقابل ما للزوج من حق في الطلاق بإرادته المنفردة.

أما باقي المواد في قانون الأحوال الشخصية السوري فقد نصت على أحكام بدل الخلع وهي المواد¹ 186،² 187،³ 188،⁴ 189،⁵ 190.

ونستنتج من هذه المواد أن بدل الخلع يصح في كل ما يلتزم به شرعا ولا يتجاوز مهر الزوجة، ولا يتم إثبات البديل بأي وسيلة من وسائل الإثبات كما أنه يعتبر من الديون ذات الامتياز كالمهر والنفقة.

أما المادة 187 فنصت على أن الخلع لا يتم تسجيله إلا إذا قبض الزوج البديل، كما أنه يعفى من الرسوم القضائية والمالية أما المادة 188 فنصت على أن بدل الخلع إذا كان على مال غير المهر أو لم يسم المتخالعان شيئا سواء كان مهرا أو غيره، فإن ذمة الزوجة تبرأ من دفع النفقة الزوجية، كما نصت ذات المادة على أن نفقة العدة لا تسقط إلا بالنص صراحة على ذلك.

ونصت المادة 189 على أنه إذا نفى المتخالعان البديل وقع الطلاق محضا أما فيما يتعلق بحقوق المحضونين وما يجوز كبديل للخلع وما لا يجوز فقد نصت المواد 191 إلى 196.

ويظهر من هذه المواد السابقة أن المشرع السوري قد أجاز إسقاط بعض حقوق المحضونين كبديل للخلع ولم يجز البعض الآخر، فقد أجاز التنازل عن الحقوق التي يمكن لغير الأب أن يقوم بها كأجرة الإرضاع والإنفاق

¹ المادة 186 : 1- كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا في الخلع على ألا يتجاوز مهر الزوجة- 2- البديل يعد حقيقيا وبالتراضي ولا يقبل إثبات العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات- 3- يعد بدل الخلع من الديون ذات الامتياز كالمهر ونفقة الزوجة.

² المادة 187: "1- لا يسجل الخلع في المحكمة قبل قبض الزوج بدل الخلع المتفق عليه- 2- يعفى بدل المخالعة من الرسوم المالية والقضائية."

³ المادة 188 " 1- إذا كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه، و برئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية وما اتفق على تسميته- 2- "لا تسقط نفقة العدة إلا بنص صريح."

⁴ المادة 189 : " إذا صرح المتخالعان بنفي البديل أو ببطلان فاسد كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية، واستحقت الزوجة مهرها."

⁵ المادة 190 " نفقة العدة والسكنى لا تسقط ولا يبرأ الزوج المخالع منها، لو نص عليهما صراحة في عقد المخالعة "

إذا كانت الأم موسرة، أما التنازل عن الحق في الحضانة من طرف الزوجة أو اشتراطها من طرف الزوج ، فلم يجزه المشرع السوري لأن من الصعب جدا أن يحل الأب محل الأم فيها وبالتالي راعى فيها مصلحة المحضون¹

ونصت المادة 197² على خلع المريضة مرض الموت الصحيح ولا نجد لهذا أي أثر في التشريع الجزائري .

أما المادة 198³ فنصت على أن المخالعة تصح خارج المحكمة وتنتج جميع آثارها.

وما يلاحظ على موقف المشرع الجزائري في المادة 54 الخاصة بالخلع ما يلي :

- أول ما نلاحظه على المادة 54 من ق أ هي ملاحظة شكلية بحيث وخلافا للتشريعات العربية، فإن المشرع الجزائري أفرد الخلع في مادة واحدة فقط كانت قبل التعديل فقرة واحدة وأصبحت بعده فقرتين تخص الأولى حق الزوجة في المخالعة دون موافقة الزوج وتخص الثانية تدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، وهذا عكس المشرعين العرب الذين نظموا الخلع في أكثر من مادة، ما عدا المشرع المصري الذي خصص له مادة واحدة لكن من فقرات طويلة ومكونة من اثني عشر سطرا .

- إن مادة واحدة مقتضبة في الخلع ليست كافية لأنها تقر حقا أساسيا للمرأة⁴ له من الأهمية والحساسية ما يستدعي تخصيص أكثر من مادة للتعرض لشروط الالتجاء إليه، وربما وضع بعض القيود حتى لا تتعسف المرأة

¹ المواد 191: " إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره إرضاع الولد ، أو اشترط إمساك أمه له مدة معلومة و إنفاقها عليه ، فتزوجت أو

ترك الولد ، يرجع الزوج على الزوجة بما يعادل أجره إرضاع الولد أو نفقته على المدة الباقية "

المادة 192: " إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة ، أو اعسرت فيما بعد يجبر الأب على نفقة الولد وتكون دينا له على الأم "

المادة 193: " إذا توفي الولد قبل انتهاء مدة الرضاع تسقط الأجرة المتبقية في ذمة الزوجة".

المادة 194: " إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجره حضانته إن كان الولد فقيرا مع مراعاة المادة (302) من أحكام الحضانة".

المادة 195: " يرعى في نفقة وأجره حضانته ونفقة مسكنه وضع الزوج المادي وعدد أفراد أسرته ومن يعوله وحال الزوجة".

المادة 196: " إذا طلبت الزوجة الطلاق قبل الدخول أو الخلو الصحية وأعاد ما قبضته من مهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من

أجل الزواج ، وامتنع الزوج عن ذلك وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ، حكم القاضي بالتفريق خلعا بطلقة بائة ، ويعد فسخا للزواج "

² - المادة 197 " خلع المريضة مرض الموت الصحيح

1- فإن كان على مال يعتبر من ثلث مالها عند عدم إجازة الورثة.

2- وإن ماتت وهي في العدة فزوجها الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث المال.

3 - وإن ماتت بعد انقضاء العدة أو قبل الدخول فله الأقل البديل ومن الثلث.

4- وإن برئت من مرضها للزوج جميع البديل المسمى لعدم ثبوت المرض.

³ - المادة 198 " كل مخالعة جرت خارج المحكمة صحت وترتبت آثارها ، وتطبق عليها المادة (86) من هذا القانون".

⁴ - ومن أمثلة الأحكام القضائية حكم صادر من محكمة سيدي عيش ، ولاية بجاية بتاريخ 2008/12/7 (غير منشور) و" الذي التمس فيه

المدعية فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بمبلغ بقدر ب 1200 د ج الصداق العربي بالمنطقة ، ورغم رفض الزوج مطلب التطبيق من الأساس فإن

القاضي قضى بالتطبيق خلعا وبالمبلغ المقترح من الزوجة ، مع منحها حق الحضانة وإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ 5000 دج شهريا عن كل واحد

من الأبناء الأربعة كنفقة معاش تسري من تاريخ النطق بالحكم إلى غاية سقوط الحضانة شرعا..."

في استعمال حقها في الخلع دون سبب ودون تحقق الجانب النفسي الذي من أجله أمر الرسول صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس أن يطلق زوجته، وهو الخوف من عدم إقامة حدود الله، فالمشرع لم يذكر هذا الضابط، وقد ذكره غيره من المشرعين العرب رغم أن القاضي لا يستطيع أن يتأكد من وجوده عند الزوجة.

- كما أن المشرع الجزائري لم يذكر أي شرط يخص طرفي المخالعة وهذا طبعا يستدعي تطبيق القواعد العامة في الطلاق، لكن الخلع عنصر إضافي لا يوجد في الطلاق أو التطليق وهو دفع المقابل المالي، فكان لا بد أن يذكر شرط أهلية الزوجة في الالتزام بالبدل.

- كما م يتعرض المشرع الجزائري للأمر التي لا ينبغي أن تكون بدلا في الخلع كعدم جواز التنازل عن حضانة الأولاد أو نفقتهم.

- وبالمقارنة بالتشريعات العربية نجد المشرع السوري لم يجعل الخلع حقا أصيلا للزوجة ، أما المشرع المصري جعله حقا خالصا للزوجة وهذا ما فعله المشرع الجزائري، لكن المشرع المصري ضبط الخلع ببعض الإجراءات، وفرض على الزوجة الإقرار ببغض الزوج والخوف من عدم إقامة حدود الله ، وذلك بعد فشل عملية الصلح أما المشرع الجزائري فلم يضع قيودا لهذا الحق الذي تمارسه الزوجة وبكل حرية.

المطلب الرابع

إجراءات التقاضي في دعوى الخلع

إن قانون الأسرة رغم معالجته للأحوال الشخصية والقواعد الأساسية المنظمة للأسرة وأحكامها إلا أنه لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب اتباعها في حالة إثارة نزاع بين زوجين وخاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة اختصاص المحاكم في دعوى الخلع (فرع أول)و، كيفية سير الدعوى (فرع ثان)، وهل للقاضي السلطة في ذلك؟ وهل الصلح ضروري في الخلع؟ وما هو دور الحكّمين؟ ثم نتطرق في الأخير إلى طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع(فرع ثالث) .

الفرع الأول : اختصاص المحاكم في دعوى الخلع

المحكمة المرفوع أمامها الدعوى هي المختصة يجب تحديدها لأنه قد تكون محل بحث واجتهاد قانوني ويجب ذكر اسمها على وجه التحديد وبشكل لا يدع المجال للشك فيه واختصاص المحاكم في دعوى الخلع اختصاصين وهما اختصاص نوعي (أولا) واختصاص إقليمي(ثانيا) .

أولاً: الاختصاص النوعي :

يستند الاختصاص بالنسبة لقسم شؤون الأسرة إلى مضمون قانون الأسرة الذي يضبط الجانب الموضوعي المتعلق بقضايا الأسرة في حين ينظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الشق الإجرائي، فالمادة 1/423 قانون اجراءات مدنية وإدارية ذكرها المشرع باعتبارها أهم الدعاوى التي يرفعها القضاء والتي تنص على: " ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

ثانياً: الاختصاص الإقليمي

تحدد المادة 426 قانون إجراءات مدنية وإدارية الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة كل نزاع، إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي بناء على اختيار الطرفين أما في القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها إلى قواعد الاختصاص. ونصت المادة 3/ 426 ق إ م إ : "في موضع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".¹

الفرع الثاني: سير دعوى الخلع

لتكون سير دعوى الخلع صحيحة يجب اتباع إجراءات تتمثل في: سلطة القاضي في الخلع (أولاً) والصلح (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في دعوى الخلع

إن أي دعوى ترفع أمام المحكمة يكون لها قاضي مختص يفصل فيها وهنا تظهر أهميته في تطبيق القوانين والفصل في النزاع المنشأ بين الأطراف فله دور كبير في هذا المجال. تتم دعوى الخلع أمام المحكمة المختصة وذلك يرفع دعوى قضائية من طرف الزوجة أي المدعية التي تخالع زوجها مقابل مال ويتم ذلك أمام المحكمة ويبلغ الزوج المدعى عليه بالعريضة الافتتاحية التي رفعتها الزوجة ضده.

¹ براءة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 328 – 329.

ويعطى له مهلة للإجابة عن العريضة بمذكرة جوابيه، وبعد تبادل المذكرات ، يتم وضع القضية للنظر فيها والنطق الخاص بالحكم من طرف قاضي شؤون الأسرة¹ .

ثانيا: الصلح في دعوى الخلع

الصلح هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصافاه ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، و صلح الشيء إذا زال عنه الفساد وهو اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل تنازل الآخر عن ادعائه أو مقابل أداء شيء ما هو عقد ينهي به الطرفين نزاعا قائما و محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل.

حيث عرفه أحسن بوسقيعة، أنه يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام بأنها تسوية للنزاع بطريقة ودية.²

وفي جميع الحالات يجب عقد جلسات الصلح بين الزوجين بشكل إلزامي وإجباري يقوم بها القاضي من تلقاه نفسه قبل النطق بالحكم النهائي تحسبا لعدم تفكك الأسرة وتشتت الأولاد .
وحسب نص المادة 49 ق أ " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه من كاتب الضبط والطرفين."
ويجب على المحكمة أن تتدخل وتثبت ذلك بمحاضر جلسات، على اعتبار أنها عرضت الصلح على الزوجين.

كما استقر الرأي لدى المحكمة العليا على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعمزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما والقضاء دون احترام المادة 49 من قانون الأسرة يشكل مخالفة للقانون.

فالصلح إذن في مادة شؤون الأسرة إجراء وجوبي يتم في جلسة سرية سواء تعلق بالطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين أو بالتراضي والأصل أن يباشر القاضي بنفسه إجراءات الصلح وله أن يسند تلك المهمة للحكيمين³ .

¹ عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، دار النشر، أنسكلوبيديا ، ص 162.

² نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، قانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير سنة 2008

(الخصومة، التنفيذ التحكيم)، دار الهدى ، عين ملية ، الجزائر ، ص 542.

³ المادة 439 ق إ م إ: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح.¹

أما حضور الغير جلسة الصلح وهو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظر لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته ومراعاة لتقاليد الأسرة .

ويمنح القاضي للزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن وفي جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 49 ق أ.ج.²

وإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ، جاز للقاضي إما تحديد لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر سماعه بموجب إنابة قضائية غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحجر القاضي محضرا بذلك.³

- في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى طبقا لنص المادة 4/443 ق إ م⁴ أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحجر أمين الضبط تحت إشراف القاضي، محضرا بذلك في الحال ويوقع عليه من طرف القاضي و أمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ويعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

بالنسبة لدور الحكامين:

نص عليه المشرع في المادة 56 ق أ ج " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكامين للتوفيق بينهما .

¹ م 440 ق إ م إ : "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح ، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا.

ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح."

² م 442 ق إ م إ : "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق".

³ م 441 ق إ م إ " 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 شخصيا يحجر القاضي محضرا بذلك."

⁴ م 4/443 ق إ م إ: "في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له ، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى."

يعين القاضي الحكيم ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكيمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين".

قانون الأسرة لم يوضح جليا كيفية تعيين الحكيمين فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أو شفهي ومتى يتم اللجوء إلى هذا الإجراء ؟

أبعد فشل محاولة الصلح أو أثناء اجراءات الصلح وكذلك لم يتطرق في حالة رفض الزوجين التحكيم أو عدم وجود من يقبل التحكيم ؟ فماهي سلطة القاضي في ذلك ؟

ولم يتطرق المشرع إلى الشروط الواجب توافرها في الحكيمين ولذلك وجب الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وهي محصورة في العدالة والإسلام وفهم المقصد الذي وجه إليه .

رغم أن هذا الإجراء قليل العمل به في الجهات القضائية إلا أنه يمكن القول بأن تعيين الحكيمين يكون بأمر من القاضي المكلف بالأحوال الشخصية على أن يتم في مراعاة الاختيار درجة القرابة من كلا الزوجين وتختصر مهمتهما في التعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين ثم بذل قصار جهدهما في رفع هذا الخلاف والشقاق . وبعد انتهاء مهمتهما عليهما رفع تقرير إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ التعيين بحيث يتم تقديمه على نسختين الأولى توضع بالملف والثانية بكتابة الضبط للاطلاع عليها وعلى القاضي الأخذ بعين ما هو مدون في التقرير ولكن هذا ما لا يعمل به في الميدان العملي وإن كان إجباري وهذا راجع إلى أن القضاة لا يريدون إطالة الإجراءات ويكتفون بالصلح فقط.¹

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض على الإجراءات الخاصة التي لا بد للقاضي أن يسلكها للصلح بين الزوجين ، وذلك فيما يتعلق بتعيين حكيمين لمحاولة الصلح قبل الحكم بالخلع ، وهذا لا يعني عدم تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي تخص ضرورة اللجوء من طرف القاضي إلى محاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق، وهذا ما أكدته قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14 والذي قضى بأن: "القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من ق أ ج".²

وما عدا ذلك لا توجد إلا الفقرة 5 من المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على مايلي: "يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة " ويظهر

¹ عبد المؤمن بلباقي ، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي ، ط2000 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص 120.

² ملف رقم 477546، مجلة المحكمة العليا ، عدد2، 2009، ص279، نقلا عن آيت شاوش دليلة ، المرجع السابق ، ص355.

أن المقصود من هذه المادة ليس إدراج إجراءات خاصة بالتطبيق عن طريق الخلع وإنما مراعاة القواعد العامة في الحكم بالتطبيق، ومنها ما تم ذكره فيما يخص محاولات الصلح.

الفرع الثالث: طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع

تنتهي دعوى الخلع بصدور حكم قضائي يفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام القضائية لذا انقسمت إلى قسمين: أحكام لا تقبل الطعن بالاستئناف (أولاً) في قراراتها والثانية تقبل الطعن فيها (ثانياً).

أولاً: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف :

يرى هذا الاتجاه أن أحكام الخلع تصدر بصفة ابتدائية نهائية إلى المادة 57 قانون أسرة جزائري: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية". وهذا ما أكدته المشرع المصري في نص المادة 20 قانون رقم 1 لسنة 2000 " ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل الطعن ".

واستناداً إلى أن الخلع هو حق حولته الشريعة الإسلامية للزوجة عند الاقتضاء وليس عقداً رضائياً بين الزوجين.¹

ثانياً: أحكام الخلع القابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للاستئناف حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقتضي برفض طلب التطبيق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف أنهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع ، كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييداً لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا قد قضت ضمناً بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي على درجتين عن تلك الدعوى وأن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعوى الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة.

ومن المستحسن أن الاتجاه الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما لظروف مؤقتة تجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته ويدفعها ذلك إلى مخالفته إلا أنه وبزوال تلك الظروف قد تتدارك خطئها وتندم

¹ عمر زودة، المرجع السابق ، ص 162.

على طلبها عندما يبرز لها جليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب تلك الفرقة والانفصال وهذا نظرا للفطرة الإنسانية، التي زرعها الله في نفس الرجل والمرأة والتي يغلب عليها العاطفة والرجعة أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة من جهة.

ومن جهة أخرى أجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاقا بائنا واعتبروه بينونة كبرى لتناقض البديل مع الرجعة ولو اشترط الزوج فالخلع في نظر الفقهاء يصلح والشرط يبطل وفيما رأينا أن البينونة المقصودة هي الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعه بمهر وعقد جديدين لكن هذا جعل الخلع ابتدائيا قابلا للاستئناف أما بينونة الكبرى تكمن في التفريق باللعان والطلاق المكمل للثلاث.¹

¹ عمر زودة، المرجع السابق، ص 161.

المبحث الثالث

الأحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع

لما صارت الزوجة صاحبة حق خالص وأصيل فيما تعلق بالخلع يقابل حق الزوج بالطلاق بإرادته المنفردة، فإن احتمال تعسفها فيه خروجها عن سلوك الزوجة السوية وارد واحتمال تضرر الزوج وارد وبشدة. ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى كافة الأحكام المتعلقة باعتبار الخلع تعسفيا وذلك من خلال المطالب الآتية: تطبيق معايير التعسف على الخلع في (مطلب أول)، ثم مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع في (مطلب ثان)، ثم مدى الاعتراف بأحقية الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي في (مطلب ثالث).

المطلب الأول

تطبيق معايير التعسف على الخلع

في هذا المطلب سيتم إسقاط معايير التعسف على الخلع لإظهار مدى إمكانية التعسف فيها كونها بالإرادة المنفردة للزوجة، بما أن الخلع حق شرعي للزوجة و نظرا لما يترتب عن سوء استعماله من أضرار لأن محور الدراسة يتركز على التعسف في الخلع، فارتأينا أن نقوم بتطبيق معايير التعسف على الخلع بنوعيتها وذلك في الفرعين الآتيين: تطبيق المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في الخلع (فرع أول)، ثم تطبيق المعايير الموضوعية (المادية) للتعسف في الخلع في (فرع ثان).

الفرع الأول : تطبيق المعايير الذاتية (الشخصية) للتعسف في الخلع

كما سبق القول فالمعايير الذاتية تتمثل في : معيار قصد الإضرار ومعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة .
أولاً: معيار قصد الإضرار: يتعلق هذا المعيار بالقصد ونية الإضرار التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، ولأنها مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع والأصل أن الخلع شرع عند الضرورة ، وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الخلع تعسفيا ويظهر ذلك من خلال تعرض الزوجة للإضرار وتمسكها بالخلع في جلسات الصلح الثلاث على الرغم أن الزوج قد لا يرضى بالفراق ونذكر كأمثلة عن هذا المعيار أن توقع الزوجة الخلع قصد الإضرار بزوجها أو أهله انتقاما منهم أو توقعهم في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث ، وقد يكون السبب تافه لا يتناسب مع ما

يترتب من أضرار هذا الذي يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوج والضرر ممنوع ومثل ذلك أن تحتلع الزوجة لمجرد أن الزوج يمنعها من الخروج من البيت بدون سبب إلا بإذنه .

ثانيا: معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة

إذا كانت الزوجة تهدف من خلال الخلع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا فإنها بذلك تكون متعسفة فيه ذلك لأن الشرع وإن جعل أمر الخلع بإرادة الزوجة المنفردة كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية¹ إما أن تستعمله من غير سبب² قد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي من المفروض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى انعدام الأسرة ومن أمثلة ذلك : استعمال الزوجة حقها في الخلع في مرض الموت بغرض حرمانه من الميراث لأنها لم تستعمل الخلع فيما شرع له إنما تقصد منه مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا.

الفرع الثاني: تطبيق المعايير الموضوعية (المادية) للتعسف في الخلع

وتتمثل المعايير الموضوعية في اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة وكذلك معيار الضرر الفاحش.

أولا : معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

حيث تقوم الزوجة أحيانا بإيقاع الخلع بناء على أسباب تعتبرها مبررات وذلك لدفع الضرر عن نفسها وبالموازنة بين ما ينتج من إيقاع الخلع من مصالح وما ينتج عنه من مفسد وأضرار تلحق كل من الزوج والأولاد نجد أن المفسد والأضرار الناتجة أكبر من المصالح المراد تحقيقها وبذلك تكون الزوجة متعسفة في حقها وإسقاط الخلع على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد زياد صبحي يقول : "إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق وألحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا"³

ومنه نستنتج أن الزوجة الموقعة للخلع بسبب فائدة قليلة مقارنة بالضرر اللاحق بالزوج تكون متعسفة.

¹ بن زينة الهادي ، المرجع السابق ، ص 170 .

² طاري سعيد ، التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير ، شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية جامعة وهران، السانية، 2012-2013، ص 144-146 .

³ جميل فخري محمد جاتم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، دار حامد ، الأردن ، 2009، ص 1989 .

ثانيا: معيار الضرر الفاحش

إن قيام الزوجة بخلع زوجها قد يضره ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا وكان الزوج يبذل ما في وسعه للإنفاق عليها وبعد أن تقدم به العمر قامت الزوجة بمخالعته ، وهو في أمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه ويخفف عنه ألم الوحدة ومشاق الحياة الزوجية بذلك تكون حتما قد أضرت به ضررا فاحشا وخاصة إذا أفنى شبابه في تلبية رغباتها وبعد أن هرم اختلعت منه وتركته ، وأصبحت فرصته في الزواج مرة أخرى ضئيلة وبالتالي سيعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى نظرة المجتمع المحففة في حقه.¹

المطلب الثاني:

مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع

يعتبر الخلع من أهم صور فك الرابطة الزوجية، الدالة على قوة المركز القانوني للمرأة² وذلك لسهولة الإجراءات ووضوحها.

وتعتبر المادة 54 من ق أ ج وصياغتها تدل على المعنى الاستبدادي الذي أصبح بابا واسعا من أبوابا هدم البيوت، وتشريد الأطفال دون عوائق تماما كما يفعل الرجل حين يستبد في طلاقه لزوجته ، وذلك على اعتبار أن يمارس حقه الديني المشروع بينما يلقي بنفسه وأبنائه إلى التهلكة.³

إذن فالخلع يخضع للإرادة المنفردة للزوجة لكن لا بد لها من ضوابط وقيود لمنع التعسف من استعمال هذا الحق، وهذه الضوابط هي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وقد كفل لها القانون الحماية الواجبة، وعليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة هذا الحق، بشكل لا يكون تعسفيا وكيف يكون سلوكها سويا في مثل هذه الحالة.⁴

ومن خلال موقف المشرع المصري والجزائري من الطبيعة القانونية للخلع نلاحظ أن كلاهما قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة إذا ما نفرت من زوجها ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية

¹ بن نقعوش فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص 66-67.

² بودفع علي، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق (قانون الأسرة الجزائري نموذجاً) ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية ، عدد خاص ، ص 199.

³ بن الشويخ الرشيد ، المرجع السابق، ص 213.

⁴ أحمد حسام النجار ، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه ، د ط ، دار الكتب القانونية ، مصر 2004، ص 58-59.

استعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار في قبول طلبها إذا ما استوفت دعوى الخلع كافة الشروط الإجرائية.

وفي هذه الحالة يمكن أن تتعسف الزوجة في استعمال حقها وإذا توافرت عناصر التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟ وهل قيام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة المهر وقت الحكم يعتبر تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟ من خلال أحكام الطلاق نرى أن الرجل يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق بل مثنى فقط لإرادة الزوج وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج بقوله " ويتم بإرادة الزوج " فالزوج يفصح عن إرادته في الطلاق أي فك الرابطة الزوجية إذا لم يقيده بشرط أو التزام ، فما على القاضي إلا الاستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها ، فالزوج استعمل حقا خالصا له ولكنه تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

إذا أقدم الزوج عن الطلاق ولم يستطيع تبريره فهو طلاق تعسفي، وقد استقر القضاء على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة، كذلك تبرير أسباب لجوئها إلى الخلع وأن استعمال حقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 من ق مدني.¹

من الطبيعي والمنطقي أن المرأة شأنها شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع كما لو كان الزوج رجلا ناجحا صالحا قائما بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل ثم تعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها وحبها لها وامتنالا للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه ألا تعتبر الزوجة قد أساءت استعمال حقها المقرر وانحرفت عن غايته ومرماه، ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها لتوفر العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟

ليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق؟ ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما لا يتعارض مع الشرع والمنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق.

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 186.

تفاعلا مع معطيات الواقع اللامتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية واجتماعية وقانونية تضبط إيقاع هذا الحق في حالة إساءة استعماله، ولا شك أن في هذا المسلك ما يتقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو ما نعتبره من قبيل المصالح المرسلّة التي عرضت بصدور هذا التشريع.¹

إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة لاستحقاق الزوجة التعويض عند الطلاق التعسفي، كما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة استعمال الخلع يقابله تعويض أيضا، حيث تلتزم المرأة المخالعة بدفع بدل الخلع للزوج تعويضا له عما لحقه من ضرر وقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صدادق المثل وقت الحكم.

ومن صور تعسف الزوجة في الخلع نجد:

الصورة الأولى: لجوء الزوجة إلى طلب الخلع دون مبرر شرعي ولأتفه الأسباب ولدوافع ذاتية فقط أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة قاصدة من وراء ذلك الإضرار بالزوج و إلحاق به صفة الزوج المخلوع، أو بدافع الانتقام والإهانة ويعتبر كل منها معيارا لوجود التعسف في استعمال الحق كما يمكن الاستدلال على وجود تعسف من خلال طبيعة استعمال الحق نفسه، وذلك في حالة مخالفة صاحب الحق القصد الذي من أجله شرع هذا الحق، فإذا كان مناط الخلع الكراهية أي استحالة استمرار الحياة الزوجية لدرجة تجعل الزوجة تخاف ألا تقيم حدود الله، فإذا قصدت الإضرار بزوجها عند استعمالها حق الخلع اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق وفي مخالفة لقصد الشارع في تشريع الخلع كحق لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة.²

وبالرجوع إلى واقع المجتمع الجزائري نلاحظ تفاقم ظاهرة الخلع بشكل غير مسبوق مقارنة مع سنوات نهاية الألفية الفارطة.

حيث اعتبر مسؤولون بوزارة العدل أن حالات الخلع ارتفعت إلى 3500 حالة سنة 2007، وهو ارتفاع محسوس، ففي السنوات الأخيرة الممتدة بين 2004 و 2006 تم تسجيل 3460 حالة، فبينما سجلت 813 حالة سنة 2004 قفزت إلى 1477 حالة في 2006، وهذا من أصل 300 ألف عقد زواج.

¹ أحمد حسام النجار، المرجع السابق، ص 61-62.

² نبوب فاطمة الزهراء، التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 100.

سنة 2010 وصفها المختصون بسنة الزلزال الأسري، فقد بلغت قضايا الطلاق 50 ألف قضية، وهو ما لم تسجله الجزائر خلال 30 سنة أعقبت الاستقلال، حيث أن 11 ألف امرأة طلبت الانفصال عن زوجها في المحاكم عن طريق الخلع والتطليق وأصبح 100 ألف طفل ضحية التشرد وانفصال الوالدين، كما ارتفع الخلع خلال الأربع سنوات الماضية التي سجلت أزيد من 15 ألف قضية بوتيرة متزايدة، حيث ارتفعت من 2466 حالة سنة 2007 إلى 5628 حالة سنة 2010، كما قدرت في 2019 بأكثر من 13 ألف حالة، لتتجاوز 15 ألف حالة في 2020 وتصل خلال السداسي الأول فقط من 2021 إلى أكثر من 10 آلاف حالة¹

كما ارتفعت أيضا نسب التطليق بإرادة من المرأة من 2721 سنة 2007 إلى 5135 سنة 2010 وبين المختصون أن المرأة هي السبب الرئيسي في الكثير من حالات الطلاق لافتقادها لحسن المعاشرة الزوجية وكونها واثقة في نفسها وتعرف حقوقها أكثر من أي وقت مضى، إلا أنها في السابق، كانت تحتل الظلم والقهر من أجل أبنائها، وكانت تفضل الموت على الطلاق، أما اليوم فتخلع المرأة زوجها لأتفه الأسباب، وإن قانون الأسرة الحالي شجع على ارتفاع معدلات الخلع لعدم اشتراطه موافقة الزوج على طلب الخلع لأن الرجل الجزائري لم يتزوج كي يطلق².

ويستشف من هذه الإحصائيات ملاحظة أنه إذا كان المشرع الجزائري قد تراجع عن الخلع الرضائي لكي يضع حدا لتعسف الزوج في إجازه للخلع، فإن المشرع بإقراره للخلع الإلزامي دون ضوابط أو تقييد قد عالج خطأ بخطأ وتعسف بتعسف أكبر.

حيث أصبح الرجال يفاجئون بخلعهم غيابيا، حين يمتنع الزوج عن مقابلة زوجته في جلسات الصلح، وبعد مراعاة المدة القانونية من طرف القاضي يصدر الحكم بالخلع. ويكون الحكم ابتدائيا وبإمكان الزوج معارضة الحكم الغيابي إلا أن المعارضة تتعلق بالتعويض الذي ستدفعه له في حالة طلبه لمبلغ أكبر فقط دون مبدأ الخلع، خصوصا أن بعض الرجال يعتقدون أن لجوء الزوجة للخلع إعفاء له من الحقوق المادية كنفقة العدة وبدل الإيجار.

¹ نقلا عن موقع الجزائر News ، WWW.Jazaier.com تاريخ الإطلاع 2020/8/5.

² طاري سعيد، المرجع السابق، ص 149.

في حين أنه هو ملزم بتسديدها وقد تكون أكثر من بدل الخلع ، ثم تترسخ لدى الزوج فكرة الانتقام من الزوجة المختلعة وتحويل حياتها إلى جحيم حتى بعد الطلاق لأن صفة الزوج المخلوع تزلزل مكانته بالمجتمع خاصة إذا كان الحكم غيابيا.

الصورة الثانية: من صور التعسف الزوجة أيضا أن تجعل من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج ، فنجدها تدفع القليل من المال الثابت في عقد الزواج في صورة الصداق.

وتأخذ الكثير الذي يكون الزوج قد منحه لها بدافع الود والمحبة¹ ، وحتى نص المادة 54 ق أ ج يسمح للزوجة التي قد تعتمد عدم الاتفاق مع الزوج ، على بدل الخلع حتى يحكم القاضي وقت صدور الحكم بصداق المثل ولو دفع الزوج صداقا يفوق ذلك بكثير .

الصورة الثالثة: قد تتعسف الزوجة في استعمال الحق في الخلع في مرض الموت قصد الإضرار بالورثة، وقد عاجلت الشريعة الإسلامية هذه الصورة، حيث قال الإمام مالك " يجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها فإن زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها" أما الحنابلة في حالة مخالعة الزوجة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع فيه وإن خالعتة بزيادة بطلت هذه الزيادة.²

وبهذا الخصوص يقول عبد الرحمان الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة:

" إن مريض مرض الموت له أن يتصرف في ماله بغير التبرع أما التبرع فليس له أن يتبرع بما يزيد عن الثلث وعلى هذا يكون في الجواب تفصيل وهو أن العوض إن كان يساوي مهر المثل فإنه ينفذ بلا كلام، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إذا كانت الزيادة أقل من الثلث فإنه يأخذها وإن لم يجز الورثة أو كان الثلث أقل منها فسخ العوض المسمى ورجع مهر المثل وإما أنها تكون وصية فتجرى عليه أحكام الوصية".³

وإذا توفيت الزوجة في المرض قبل انقضاء العدة من خلعتها فاللمخالع الأقل من بدل الخلع ومن ثلث مالها ولا ينظر في هذه الحالة إلى مقدار نصيبه من تركتها ميراثا.

¹ علي محمد حسنين حماد ، الخلع في القانون المصري ومدى موافقته للأصول الفقهية ، ط1، المكتبة المصرية ، الإسكندرية، 2004 ، ص 80.

² السيد سابق، المرجع السابق ، ج2، ص326.

³ عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ، ص 357.

لأن الإرث بين الزوجين غير قائم من كل وجه عند وفاتها، حيث أنها توفيت بعد انقطاع كل أثر من آثار الزوجية التي هي سبب التوارث فلا يمكن اعتبار المخالغ وارثاً منها.¹

والمشرع الجزائري لم يورد حكماً بخلع المريضة مرض الموت لكن التقنيات العربية تعرض بعضها لهذه المسألة ومنها:

- حيث نصت المادة 199 من القانون الكويتي " يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر العوض من ثلث مالها عند إجازة الورثة، فإن ماتت وهي في العدة فالمخالغ الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال وإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال."²

- كما نص القانون الليبي في المادة 19 " يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر البديل عند عدم إجازة الورثة ومن ثلث مالها ، وإن ماتت وهي في العدة أو بعد انقضائها فلمخالغها الأقل من بدل الخلع ومن ثلث المال وإن برئت من مرضها أو أجاز الورثة فله جميع البديل المسمى ".³

المطلب الثالث

مدى الاعتراف بأحقية الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي

وستتناول في هذا المطلب شروط الضرر الموجب للتعويض في (فرع أول) ، ثم إثبات الضرر الموجب للتعويض في (فرع ثان) ، ثم مدى اعتبار يدل الخلع تعويضاً للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع (فرع ثالث).

الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض

لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط وقد تطرقنا إليها بالتفصيل فيما سبق ولكن سيتم إعادة إسقاط هذه الشروط على الخلع وهي أن يكون الضرر يمس حق أو مصلحة مشروعة (أولاً) ، وأن يكون محقق الوقوع (ثانياً) وأن يكون مباشرة (ثالثاً) وأن يكون شخصياً (رابعاً) وأن لا يكون سبق التعويض عن الضرر (خامساً).

¹ ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 7 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1999 ، ص 200.

² المادة 119 ، القانون رقم 51/ 1984 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي .

³ المادة 19 قانون رقم 176 لسنة 1972 بتاريخ 1972/12/23 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي.

أولاً : أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة

سواء كان هذا الحق مادياً أو معنوياً فيجب لمساءلة المتعدي أن يمس هذا الاعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون¹، أي أن تكون المصلحة التي أخل بها الضرر مصلحة مشروعية غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض²، فكل ضرر يلحق بالزوج من جراء تعسف الزوجة بخلعها له لتحقيق مسألة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوجة.

ثانياً: أن يكون الضرر محقق الوقوع certain

لا يكفي الإخلال بمصلحة مشروعة للمضور للمطالبة بالتعويض بل لابد أن يكون هذا الإخلال محققاً، بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلاً *dommage réalisé* أو سيقع حتماً لأن الضرر غير المحقق قد يقع وقد لا يقع³، وقد أجمع الفقه والقضاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفى وقوعه مؤكداً ولو تراخى إلى المستقبل⁴، فيعيد بالضرر المستقبل دون الضرر المحتمل حيث لا صعوبة في التعويض عن الضرر الذي تحقق فعلاً بأن اتضحت معالم حدوده بصورة نهائية مما يسهل تحديده والحكم بالتعويض الذي يجبره⁵ ويكون الضرر في الخلع محققاً إذا وقع فعلاً ومثال ذلك إصابة الزوج المختلع تعسفاً بصدمة نفسية من جراء طلاقه الذي هو بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الانفصال وما سينجر عن ذلك من تبعات أما الضرر الاحتمالي وهو الضرر الذي 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 تفويت الفرصة فهو موجب للتعويض.

ومثال ذلك تقليل الفرصة على الزوج المختلع بالزواج بسبب عجزه أو كبير سنه وأن الزوج المخلوع لا بد أن هناك سبب كي تخلعه زوجته فمن تقبل الزواج به وقد اختلعت زوجته بعد 25 سنة من الزواج فضلاً عن ذلك من نكران للعشرة الزوجية الطويلة وعلى كل فإن في تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالة والحكم

¹ بلجاح العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 157-158.

² أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 974.

³ أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، د د ن، الجزائر، 1994، ص 249.

⁴ السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 40.

⁵ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية والغير إدارية دراسة فقهية وقضائية، (د ط)، (د د ن)، (د ن)،

ب ن، 2002، ص 260-261.

باستحقاق التعويض من عدمه أمر نسبي وينبغي معالجة كل حالة على حدة إلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط وقواعد لتكون مرجعا وأساسا يبنى عليها ويحتج بها.

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرة

الضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالمباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر غير المباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به فيكون الفعل الأصلي عاما لازما حصول الضرر ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تدخل أسباب أخرى.¹

وحتى يكون الضرر مباشرا يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية.² والضرر المباشر هو الذي يستطيع الشخص المضرور أن يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي.³

والضرر المباشر في الخلع هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الخلع كأن تمارس الزوجة بعد وقت قصير عن الزواج دون سبب أو دون سابق إنذار فيسبب للزوج ضررا ماديا ومعنويا من جراء الانفصال.

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، فيجب أن يصيب الشخص المطالب بالتعويض ضررا (سواء كان ماديا أو معنويا) ويكون هذا الضرر شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة ويجب أن يثبت المضرور ما أصابه من أضرار.⁴

ومسألة الضرر الشخصي تثير إشكالية أخرى وهو الضرر المرتد وهو الأذى الذي يصيب الغير كالأضرار التي تصيب الخلف نتيجة وفاة السلف، فالورثة لهم الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق مورثهم. وبالنسبة للخلع لا مانع من جواز مطالبة ورثة الزوج المحتلح بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا أثناء حياته، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله عن التعويض الناتج عن التعسف في إيقاع الخلع

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 260.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 170.

³ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296.

⁴ حياة خطاب، المرجع السابق، ص 50.

وبعد مطالبته به، ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة لأن التعويض (بدل الخلع) يدخل في الذمة المالية للورثة بعد وفاة مورثهم.

خامسا: أن لا يكون سبق التعويض عن الضرر

وهذا الشرط بديهي، ذلك أننا نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر حريا بالتعويض عنه فإذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه فلا مجال للنظر فيه.¹

فلا يجوز للمضور الحصول على أكثر من تعويض للضرر بعينه إذا قام محدث الضرر بمحض إرادته فيعتبر أنه وفى بالتزامه ولا يحق للمضور المطالبة بالتعويض، إلا أنه يحق له بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لم يشملته التعويض.²

الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض

وعلى ذلك يبنى إثبات التعسف

أولا: عبء الإثبات

عملا بالقاعدة العامة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"³ ويقع عبء الإثبات على المضور والأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية استعمال حقه ذلك أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه حتى يقوم الدليل على العكس.⁴

وبالرجوع إلى القواعد العامة يتضح أن عبء الإثبات في المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق في الخلع يقع على عاتق المضور وهو الزوج طالب التعويض الذي لا يستطيع السير في المسؤولية قبل إثبات الضرر.

ثانيا: وسائل الإثبات

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الإثبات في دعوى المسؤولية عن الأفعال الشخصية فإن الإثبات يتم بكافة طرق الإثبات وخاصة البينة، القرائن لكن غالبا ما يثبت الضرر الناتج عن الخلع سواء كان ماديا أو معنويا بالمعاينة المادية أو الشهادة الطبية أو وصل دفع مبالغ تجهيز حفل الزفاف أو تقدير الخبراء، وإثبات

¹ محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية، الرياض، 2011، ص 129.

² بن نعوش فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 81.

³ إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 232.

⁴ حسن كيرة، المرجع السابق، ص 79.

حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقرها محكمة الموضوع كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا.¹

الضرر الموجب للتعويض بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض ويمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا وبالنسبة للضرر الناشئ عن الخلع فإنه مفترض ولذلك يلزم على الزوج الذي يدعي أن زوجته خالعه تعسفا ، أن يثبت التعسف في إيقاع زوجته الخلع بكافة طرق الإثبات.

حق الزوج المضرور يعتبر في حكم العدم ويتجرد من كل قيمة إذا لم يقيم الدليل على الحادث المنشئ له وهو الخلع. لأن الأصل افتراض أن الزوجة استعملت حقها استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن نية. وعليه يمكن للزوج إثبات تعسف الزوجة في إيقاع الخلع بكافة طرق الإثبات و عليه يكفي وجود دافع سيء في استعمال الحق لاعتباره تعسفا وإن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الضرر وقيام المسؤولية التي تستوجب التعويض.

ويستطيع القاضي الأخذ بالقرائن القضائية لاستنباط نية الإضرار بالغير لدى من يشرع باستعمال الحق استعمالا غير مشروع ومن أهم هذه القرائن انعدام كلي للمصلحة أو تحقيق منفعة ضئيلة، كما أن تحقيق انتفاء نية الإضرار في حالة حدوث ضرر لا يتناسب مع المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق.

الفرع الثالث: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

للتعرف على طبيعة بدل الخلع فإنه يمكن القول بأنه كل ما يصحح أن يكون مهرا صحح أن يكون بدلا للخلع²، ولا تقدير فيه باتفاق جمهور الفقهاء، فيصحح أن يكون من النقد أو العقار أو المنقول، كما يصحح أن يكون دينا في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بمال، كما يصحح أن يكون بإرضاع الزوجة لولدها منه مدة معينة، أو على حضانتها المدة المقررة لها دون أن تأخذ منه نفقة عليها، أو تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك، فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن ذلك كان لمن خالعه الرجوع عليها فيما يقابل المدة الباقية³.

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 289، قرار م ع صادر في 18 نوفمبر 1986، ملف رقم 46297 (غير منشور)، كما أن تقدير مبالغ التعويض ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع الغير خاضعين لرقابة المحكمة العليا، 6 مارس 1985، ملف رقم 34034 (غير منشور) أخذ عن بلحاج العربي ، المرجع نفسه، ص 169.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 267-268.

³ محمد مصطفى شلي، فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانوني أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، ص 565-566.

وإذا لم يستوف الزوج ما اتفق عليه يرجع على الزوجة ببقية حقه أو على ورثتها إن ماتت أثناء المدة المتفق عليها.

إذا خالعتها على ما هو حلال وتبين أنه حرام كما لو قالت له اخلعني على ما في الإناء من خل، فتبين أنه خمر، فالمالكية والحنبلة، يرجع عليهما بمثله خلا والحنفية يرجع عليها بالمهر المسمى، وأضاف الشافعية يرجع عليها بمهر المثل.

وإذا خالعتة على مال باعتقاد أن البديل ملك للزوجة و ظهر أنه لغيرها، فالحنفية والمالكية قالوا بأنه: "إذا أحاز المالك صح الخلع وأخذ الزوج المال، وإن لم يجز كان البديل له من المثل أو القيمة"، كما قال الشافعية: له مهر المثل استنادا إلى ما هو مقرر عندهم متى ذكر البديل الذي لا يصح بدلا يبطل و يثبت بمهر المثل، وقال المالكية يقع الطلاق بائن ويبطل العوض وليس للمطلق شيئا ولو أحاز المالك¹.

وأضافوا أنه يشترط في العوض أن يكون حلالا، فلا يصح الخلع على الخمر أو خنزير أو مال مغصوب مثل المسروق فإذا خالعتة على شيء من ذلك وقع الطلاق بائنا ويبطل العوض². فإذا كان البديل مغصوبا وجب رده إلى صاحبه و إن كان خمرًا وجب إراقته وإن كان خنزيرا وجب قتله ولا شيء للزوج على الزوجة في مقابل ذلك.

أما إذا خالعتة على شيء بعضه حلال وبعضه حرام كما إذا خالعتة على خمر وثوب فإن الخلع ينفذ والعوض يبطل، ولا شيء للزوج مطلقا³، أما إذا علمت الزوجة بالحزمة دون الزوج فلا يلزمه البديل. والمشرع الجزائري أقر بدل الخلع في كل طلاق خلعي سواء تعسفت الزوجة فيه أم لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، يتناهى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر⁴ التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما ألحق به ضررا فقط، نتيجة تعسفه في استعمال حقه وفقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني، معتبرة التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، الموجب للتعويض كما جاءت به المادة 124⁵ من ق م.

¹ عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، ط2، دار المعرفة للنشر، الرباط، المغرب، ص 268 .

² مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي الحنفي، مجمع البحرين و ملتقى النيرين في الفقه الحنفي، ط 1، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان، 2005، ص 580 .

³ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 362 .

⁴ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 188 .

⁵ المادة 124 ق م "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما جعل المشرع الجزائري بدلا الخلع إما متفقا عليه من طرف الزوجين، و إما محمدا قانونا بأن لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم و هذا في حالة عدم الاتفاق بينهما.

وحسب نص المادة 2/54 ق الأسرة، و المشرع من خلال هذه الفقرة لم يراع ما لحق الزوج من ضرر نتيجة تخريب أسرته دون سبب منه و لا رغبة.

وبالتالي يرجع تقديره لسلطة القاضي وحصص قيمته، وهذا يتنافى مع تقدير التعويض الذي وإن كان يخضع إما لاتفاق الطرفين أو القانون، وإلا لتقدير القاضي، ولكن مع مراعاة المادتين 182 و 182 مكرر من القانون المدني.

وكما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري جعل بدل الخلع مفترض في جميع حالات الخلع، إلا أنه لو سلمنا أن الضرر وقع فعلا، فالذي لا يمكن أن نسلم به هو التفاوت في درجة الضرر تكون متفاوتة ومختلفة من زوج لآخر وهذا ما لا يناسب مع تقنين المشرع لبدل الخلع و حصره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند عدم الاتفاق بين الزوجين كون هذه الحالة هي الغالبة عموما¹.

وما نلاحظه على نص المادة 54 من ق أ ج أنها قد أجهت بحق الزوج في التعويض، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج في حالة تعسف الزوجة في استعمال حقها للخلع. فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر بكافة طرق الإثبات، ويلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج و إثبات دوافعها الحقيقية وراء هذا الخلع وللقاضي النظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية بأن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلبها، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر وإما أن الزوجة استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها حققت منه فائدة مشروعة وأن الزوج لحقه ضرر.

وعليه مما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري قد حرم الزوج المخالغ من التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع لكون بدل الخلع لا يعتبر تعويضا فعليا للضرر وذلك لسببين: أولهما: لأنه جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسباب و دوافع كافية، وإن كان طلبها للخلع بغير مبرر قانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر.

¹ محمد لنكار، راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، عدد3، جامعة سكيكدة، ديسمبر، 2019، ص 349.

ثانيهما: أنه حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا في قانون الأسرة الجزائري بنص المادة 54.

لذا وجب على المشرع و إن أبقى على الخلع حقا خالصا و أصيلا للزوجة، أن ينظر للزوج بعين حق وأن ينصفه خاصة فيما يتعلق ببدل الخلع وأن لا يجعل تقديره مرتبط بصداد المثل - في حالة عدم الاتفاق - بل يعود لتقدير القاضي استنادا إلى حجم الضرر الذي لحق بالزوج، ونجد أن المشرع المغربي أقر بأنه في حال اتفاق الزوجين أو اختلافهما على بدل الخلع، أن تراعي المحكمة في تقديره - بعد تعذر الصلح - "مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع أو الحالة المادية للزوجة" وذلك بموجب المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية¹، حيث يجتهد القاضي في حل النزاع بينهما وإن تعذر عليه ذلك فالمحكمة تراعي في تقديرها لبدل الخلع حال الزوجين حتى لا يكون ذلك البديل سببا لإثراء أحدهما على حساب الآخر، ولا سببا لإثقال كاهل أحدهما وإفقاره على حساب الآخر² فلعل ذلك يكون سببا في تقليل حالاته أو على الأقل إنصاف الزوج حال وقوعه وكذا مانعا من التعسف الذي قد يحدث سواء من الزوجة أو من الزوج.

والمشرع باعتناقه مبدأ المساواة بين الزوجين بمصادقته³ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة⁴ وذلك بتحفظ⁵ والتي كرستها بشدة فما الهدف منها، بما أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق بالزوجة جراء الطلاق التعسفي دون مبرر ويمنحها تعويضا، وبالمقابل فإنه لا يعترف بالتعويض للزوج عن الضرر

¹ المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية، ص 418 .

² محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة و نتائجها، ط7، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء 2015، ص 193 .

³ مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 1996/1/22 مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، ج ر بتاريخ 1996/1/24، عدد 6.

⁴ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 3 سبتمبر 1981 بموجب المادة 27 (1) الموقع <http://www.o-hchr.org/AR/ProfessionalInterest/pages/CEDAW.aspx>

⁵ تحفظت الجزائر على المواد 2،9،2،9،15 و 4،16 و 29،29،16 أنظر التقريران الدوريان الثالث و الرابع للجزائر حول تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 18 ماي 2009، ص 3-4، CEDAW/DZA// أنظر في ذلك تشوار الجليلي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتماسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد 12، 2011، ص 3 وما بعدها، غير أن الجزائر رفعت تحفظها على المادة 2/9 سنة 2008 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 8-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2/9 من اتفاقية على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ج ر للجمهورية، عدد 5، 2009/01/21.

الذي أصابه جراء ممارسة زوجته للخلع بشكل تعسفي سوى بدل الخلع الذي لا يحمل معنى التعويض الحقيقي من الضرر¹

المشروع يبقى مجال التعويض عن الطلاق التعسفي (المادة 52 ق أ ج) و عن التطليق (المادة 53 مكرر) مفتوحا على مصرعيه خاضعا لتقدير القاضي، في حين يحصر التعويض عن الخلع في قيمة صداق المثل في حالة عدم الاتفاق عليه رغم اعتراف المحكمة العليا بأن الخلع صار يقابل حق العصمة للزوج² ولهذا نقترح على المشروع إضافة المادة 54 مكرر لقانون الأسرة من أجل تقييد الممارسات التعسفية في استعمال حق الخلع عن طريق منح الزوج المتضرر من هذا الإجراء الحق في التعويض وذلك كما يلي "إذا تبين للقاضي تعسف الزوجة في الخلع كان للزوج المتضرر الحق في التعويض عن الضرر".

ومن جانب الفقه نجد أن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة يظهر تعسف الزوج في مطالبته بزيادة على المهر كبديل للخلع، وذلك أن المرأة في تكليفها رد المهر وزيادة مع ألم الفشل في حياتها الزوجية يفوق الضرر اللاحق بالزوج، إن ترد إليه مهره دون زيادة، ومن هذا المعيار بدفع أعظم الضررين وهو الضرر اللاحق بالمرأة المخالعة بتحمل أيسرهما، وإن كان الضرر معنويا بالنسبة للرجل فلا يقال بالزيادة³.

وعليه يلزم إعادة الدور الإيجابي للقاضي في دعوى الخلع بإلزامه التحري عن الأسباب التي دفعت بالزوجة لطلب الخلع، ولا يستجيب لطلبها إلا بوجود المبرر الشرعي أي التأكد من حقيقة بغض الزوجة لزوجها والبحث عن سيرة الزوج وعلاقته بزوجته.

لأن الطرح الجديد الذي جاء به المشروع عند تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة سلب القاضي جميع سلطاته ولم يبق له إلا تقدير بدل الخلع في حالة الاختلاف بين الزوجين وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي يشترط رضا الزوج وفي حالة ثبوت تعسف الزوجة وذلك بقصد إحقاق الضرر بزوجها فتتحمل مسؤولية الأضرار التي تقع على الزوج سواء المادية أو المعنوية وذلك أسوة بما هو مقرر لها من خلال نص المادة (52 ق أ ج) إضافة إلى ما هو مقرر من بدل الخلع الذي يعتبر شرطا في الخلع لذا لا بد من تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، التي أجازت للزوجة الخلع دون رضا الزوج، من أجل الحد من ظاهرة الخلع التي تفتشت في الآونة الأخيرة خاصة من بداية تعديل قانون الأسرة وإدراج المادة 54.

وهذا التعويض يستمد أساسه من نظرية التعسف في استعمال الحق التي تجد أصلها في الفقه الإسلامي والمؤكدة

من طرف المشروع الجزائري المادة 124 ق م.

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 189.

² م ع، غ أش، 15/09/2011 ملف رقم 656259، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 1، ص 318.

³ عبير ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 265.

ملخص الباب الثاني

إذن فإن الأصل في العلاقات الزوجية أنها تستمر إلى غاية وفاة أحد الزوجين أو كليهما، لكن قد يحدث وتنتهي بغير ذلك وذلك عن طريق انحلال الرابطة الزوجية بإحدى الطرق المقررة شرعا وقانونا، إما بالطلاق بالتراضي أو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وما ينجم عنه من آثار إضافة إلى الخلع بالإرادة المنفردة للزوجة ونظرا لهذه الإرادة فقد تزداد فرضيات التعسف في استعمال الحق بين الزوجين.

حيث أن الشرع والقانون منحا للزوج العصمة، ومقتضى حق القوامة فقد يتعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق دون مبرر وما على القاضي إلا أن يخضع لطلبه ويمنح للزوجة التعويض عن الضرر الذي أصابها إضافة إلى نفقة المتعة والعدة وتوابعهما إضافة إلى ذلك قد يتعسف الزوج في الآثار الناجمة عن الطلاق وخاصة الحضانة والرجعة.

كما أن الشرع والقانون منحا للزوجة حق الخلع و يمكنها التعسف فيه أيضا خاصة وأن المشرع الجزائري بموجب التعديل لم يشترط موافقة الزوج و القاضي يوقعه ومما يلاحظ أن المشرع لم يمنح الزوج حق التعويض عن الضرر كما فعل في الطلاق سوى بدل الخلع الذي لا يتجاوز صداق المثل في حالة عدم الاتفاق. ونستنتج أن التعسف في فك الرابطة الزوجية له آثار جد وخيمة تزيد وبكثير عن تلك الآثار المترتبة عن التعسف أثناء قيام العلاقة الزوجية.

الخاتمة

الخاتمة

تعتبر الشريعة الإسلامية هي السبّاقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، وقد ثار بشأن هذه النظرية خلاف من حيث الأخذ بها وشروطها ومن حيث تسميتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. إن استعمال الحق مقيد بوظيفة الحق ذاتها، فللحق وظيفة اجتماعية ولا يحميّه القانون إلا إذا استعمل في هذا الإطار، فاستعمالها مقيد بعدم الإضرار بالغير، فالقانون لا يحمي الشخص إذا كان متعسفا في استعمال الحق.

وقد تناول هذا البحث المعايير و الضوابط التي يجب التقيد بها في استعمال الحق، بأن يكون مشروعاً وذلك بأن يكون القصد من استعماله عدم إلحاق الضرر بالغير وأن تكون المصلحة مشروعة وتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر وعدم مجاوزة الحق لما جرى عليه العرف.

إن أساس نظرية التعسف كان محل خلاف بين الفقهاء والعلماء، وأرجح آراء أن نظرية التعسف ترتبط بغاية الحق لا بحدوده، لأن من المسلم به أن المتعسف قد لا يخرج عن حدود الحق ولكنه قد يستعمله على نحو يناقض الغاية التي شرع من أجلها.

ونظرية التعسف ترتبط بنظرية الحق لا بفكرة التعدي أو الخطأ المولد من المسؤولية التقصيرية فتجد جذورها في غاية الحق أي المصلحة التي أقرها المشرع وحماها عندما نص على ذلك الحق في القانون.

ونظرية التعسف لا تقتصر على الحقوق المالية بل تتعداها بحسب توافر معيار الوصف التعسفي إلى باقي الحقوق الفردية والتي من أهمها الحقوق بين الزوجين حيث أن ضبط هذه الحقوق وفق مبدأ التعسف في استعمال الحق من شأنه أن يحفظ لكلا الزوجين حقوقه وذلك بتوفير الحماية القضائية الموجبة للتعويض.

ولقد حاولت من خلال هذه الدراسة إبراز خصوصية التعسف بين الزوجين في استعمال حقوقهما على نحو غير مشروع وذلك من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها

المرجع الأساسي المعتمد في حالة غياب النصوص القانونية، كذلك بما اطلعت عليه من قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية وذلك لإبراز نقاط الاتفاق والاختلاف بينها وبين المشرع الجزائري من ناحية وكذلك معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري في معالجة موضوع التعسف في استعمال الحق في الحقوق الأسرية نظرا لطبيعتها الخاصة ومحاولة إبراز النقص التشريعي أو الفراغ القانوني اللذين ميزا قانون الأسرة من خلال عدم معالجته لبعض امواضيع التعسف على الرغم من أهميتها وخطورتها على المجتمع الجزائري.

ومن خلال دراستنا لموضوع نظرية التعسف في استعمال الحق في موضوع الأحوال الشخصية يتضح لنا بأن لهذه النظرية الأثر الواضح في تطبيق أحكامها على الحقوق الأسرية من الناحية القانونية غير أنه من الناحية الشرعية تعد أحكام فقه الأسرة كفيلة بحفظ استقرار الأسرة ودوامها وتحفظ لكل فرد فيها حقوقه مهما تغيرت الظروف أو تغير الزمان والمكان باعتبارها أحكام مقاصدية بنيت على دفع الضرر وحفظ المصالح مهما تغير نوع الضرر وتغلبت أوجه المصلحة.

ومن بين النتائج التي توصلت إليها من خلال معالجتنا لهذا الموضوع ما يلي:

— العدول عن الخطبة حق أقره الشرع لكلا الخطيبين عند عدم وجود الرضا و التوافق بينهما، ويقصد بالتعسف في العدول عن الخطبة، مناقضة قصد الشارع في استعمال الحق المشروع في الأصل في الرجوع عن الخطبة، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في إثبات التعسف في العدول عن الخطبة.

— إن الاشتراط في عقد الزواج جائز شرعًا وقانونًا تطبيقًا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" ، و الوفاء بالشروط التي فيها مصلحة أحد الطرفين لا تناف مقاصد الزواج وليس فيها مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة ، ويعد من قبيل ما يتصل بالحقوق الزوجية ، وحق الاشتراط ليس في عقد الزواج و إنما حتى في عقد رسمي لا حق أثناء قيام الزوجية.

— يعتبر شرط عمل المرأة من أهم الشروط الواردة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، لأنه حق معترف به شرعا، ولا يؤدي بالضرورة لإهمال المرأة لعائلتها وواجباتها فهي تواكب التطورات الحاصلة في المجتمع من خلال إبراز شخصيتها ، وأنها عنصر فعال في المجتمع لأنها نصفه ، و لا يجوز للزوج أن يقايض خروج امرأته للعمل بإعطائه جزءا من راتبها، ويعد بذلك متعسفا في منعها، ذلك أنه قصد المال ولم يقصد منافع الاحتباس، وإذا أعطته جزءا من راتبها عن طيب نفس فلها بذلك الأجر.

— إن التعدد مشروع للزوج و هذا ما تم النص عليه في المادة 8 من ق أ ج، ويشترط في التعدد ألا يقصد منه الإضرار بالزوجة الأولى، كما لا بد أن لا يؤدي إلى أضرار تفوق المصلحة المرجوة، كما لو غلب على ظنه عدم القدرة على العدل والإنفاق، وتعديده مع قصد الإضرار، أو ترتبها عليه مآلا، فإنه يعتبر بذلك متعسفا و يحق لكلا الزوجتين السابقة واللاحقة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وفقا لنص المادتين 8 و 8 مكرر من ق أ ج.

— إذا أذن الزوج لزوجته بالخروج لضرورة ما، كالعمل أو الدراسة مثلا ثم منعها من بعض لوازم هذا العمل دون تقصير منها في شؤون زوجها و بيتها فإنه بذلك يعتبر متعسفا في استعمال حقه في الاحتباس، و ذلك للأضرار الكبيرة التي تعود على المرأة من جراء هذا المنع، وفي ذلك تفويت الكثير من المصالح التي لها أهمية كبيرة في حياتها.

— للزوج الحق في تأديب زوجته في حالة نشوزها، ويندرج في ذلك حسب النص القرآني بالوعظ الحكيم، والهجر الجميل، والضرب غير المبرح، وله حق تأديبها بعد المبالغة في وعظها حتى إذا فاءت إلى طاعته فما جعل الله له عليها سبيلا ، كما أن وسائل التأديب مشروعة للزوج على الترتيب فإذا استعمل التأديب لغير المقصود شرعا، أو ألحق بالزوجة ضررا فاحشا بدنيا ونفسيا، فيعتبر بذلك متعسفا في استعمال حقه و يتحمل

بذلك المسؤولية عن أفعاله ويثبت عليه التعويض مع حق الزوجة في طلب التطليق وقانون العقوبات لم يعترف بهذا الحق واعتبره جريمة في حد ذاتها.

— يجب على الزوجة طاعة زوجها والقرار في بيته لأنها محبوسة للزوج، ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه بشرط ألا يترتب عن ذلك قطيعة رحم أو ترك واجب أو إلحاق ضرر أو أذى بنفسها، أو فوات مصلحة من مصالحها الأساسية، بما أن الشريعة جعلت القوامة بيد الرجل و هي خليط من الحقوق و الواجبات في حقيقتها ويلتزم الزوج برعاية أهل بيته و الإنفاق عليهم وهي ليس مطلقة، فالرجل ليس له قوامة على عقيدة المرأة أو مالها.

— لقد حاول المشرع من خلال نص المادة 52 ق أ ج من التضييق على الزوج من التعسف في استعمال حق الطلاق بالرغم أنه حق مشروع للزوج، ومتى أوقعه بإرادته المنفردة وقع ولكن إن كان ذلك بدون سبب أو مبرر شرعي فيعتبر تعسفا منه، ولقد وضع الشارع الحكيم عقوبات احترازية للحد من الطلاق التعسفي بفرض المتعة على الزوج لزوجته وأدرجت الكثير من القوانين المعاصرة ومنها المشرع الجزائري حق التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك ليفكر الزوج مليا قبل الشروع في الطلاق ولا يوقعه إلا لسبب.

— إيقاع الزوج للطلاق في مرض الموت مع وجود قرائن تدل على قصد الإضرار بالزوجة بحرمانها من الميراث فالراجح عند الفقهاء أن الطلاق يقع، ولكن لا تترتب عليه آثاره فترث المرأة معاملة له بنقيض قصده مع الإشارة أن المشرع الجزائري أغفل هذا النوع من الطلاق رغم أهميته.

— حق الرجعة مشروع لاستئناف الحياة الزوجية، فإن استعمله الزوج للإضرار بزوجه إما لتطويل العدة عليها أو يضرها فتفتدي منه بمالها، فالزوجة لا تستأنف عدة جديدة إن طلقها بعد مراجعتها، بل تبني على العدة الأولى ردا على تعسفه.

— إن الأصل الأصل الذي بنى عليه الفقه والقانون في منع استعمال التعسف في الحضانة هو مراعاة مصلحة المحضون وأن الحكم يدور مع هذا الأصل بحسب ملائمة الواقعة و مستجداتها.

– في حالة ما إذا أبغضت المرأة زوجها أجاز لها الشرع و القانون مخالعة زوجها بمبلغ من المال لا يتجاوز مهر المثل ولكن دون تعسف أو إضرار بالزوج و المشرع الجزائري لم يهتم بهذه المسألة ووضع ضوابط لها حتى لا تتحجج الزوجات بالخلع دون سبب بهدف الانتقام من الزوج.

ومن التوصيات المقترحة:

– إعادة تعديل صياغة قانون الأسرة بما يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية وذلك بالنص صراحة على نظرية التعسف في استعمال الحق، في كل القضايا المتعلقة بالأسرة سواء بين الزوجين أو غيرهما، وضرورة النص على مواد تتعلق بالتعويض عن الأضرار المعنوية عن كل الأفعال التي تلحق الضرر بالطرف الذي وقع عليه التعسف سواء كان الزوجة أو الزوج و ليس في قضايا الزواج أو الطلاق فقط.

– إضافة مواد قانونية ترتب عقوبات على من لا يوثق طلاقه أمام القضاء وتلزم بتسجيل الرجعة في المحكمة حفظا للحقوق من الضياع، ومنعا للجحود والإنكار.

– ضرورة توسيع السلطة التقديرية للقضاة في منع التعسف في استعمال الحق بين الزوجين خاصة في حالة الطلاق نظرا لتزايد حالات الطلاق أمام المحاكم وكذلك بالنسبة للخلع في تحديد بدل الخلع مثلما ذهب بعض التشريعات العربية.

– تكريس حق الزوجة في طلب الخلع مع ضمان حق الزوج في التعويض بحسب حجم الضرر الذي لحقه.

– ضرورة الاهتمام من قبل المشرع الجزائري بظاهرة المغالاة في المهر وذلك بتوعية المجتمع إلى تحديد الصداق أو العمل مثلما فعلت دولة الإمارات بتحديد سقف للمهر وفرض العقوبات على من لا يلتزم بذلك، وهذا من أجل تقليل نسبة العنوسة، وكذلك تقليل زواج الأجانب وما ينجم عنه من آثار.

– تخصيص دراسات علمية تعنى بجمع مستجدات الحضارة المعاصرة ومعالجتها معالجة شرعية وقانونية وتخریجها تخریجا علميا دقيقا.

– من أجل تعزيز آليتي الصلح والوساطة ضرورة تعديل المادة 49 ق أ والمادة 56 من نفس القانون والتي أثبتت محدوديتها وإسناد هذه المهمة إلى هيئة يرأسها قاض مع إمام وطبيب مختص في علم النفس والاجتماع واعتبار هذا الإجراء شرطا أساسيا لقبول أية دعوى قضائية.

– مراعاة حقوق الأبناء المترتبة على الطلاق كالرضاعة والحضانة والنفقات باعتماد التشريعات القانونية كل ما يمنع التعسف في استعمال الحق ممن يولي عليهم ويتولي الإشراف عليهم ورعايتهم.

– أن تفرد دراسات لتناول كل جانب من جوانب التعسف في استعمال الحق ولا يقتصر بين الزوجين فقط بل يتعداه إلى غيرهم كالأبوين والأبناء والقضاة وكذلك الحكمين وذلك على ضوء الشريعة الإسلامية مقارنة بالقوانين المطبقة والإجراءات المتبعة في المحاكم لمنع التعسف لتقييمها والإفادة منها والتوصية بتعديل ما يلزم منها.

وفي الأخير نخلص إلى أن نظرية التعسف كان لها الأثر في ردع التصرفات والتجاوزات التي حدثت داخل الأسرة سواء من طرف الزوج أو الزوجة وذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها ، ومن كثرة الحالات التي عرضت على القضاة هي حالة الطلاق التعسفي والتطليق للضرر والخلع واستعمال الزوج لحق التعدد. ورغم الحماية القانونية والآليات التي وضعها المشرع لحماية الطرف المتضرر من التعسف وذلك بفرض التعويض عن الطلاق أو التطليق إلا أنها تبقى غير كافية والسبب لا يرجع إلى نقص أو قصور من المشرع وإنما البعد عن الوازع الديني والانحراف الأخلاقي هو السبب في حدوث التعسف.

ويبقى الحل الأمثل هو الرجوع إلى الأخلاق المستمدة من الشريعة الإسلامية باعتبارها الأشمل من القانون الوضعي حتى وإن استمد منها قانون الأسرة أحكامه.

وفي الختام أرجو أن تكون هذه الدراسة قد ساهمت ولو بقدر ضئيل في إبراز بعض الملامح عن التعسف بين الزوجين في قانون الأسرة والتي تحتاج إلى مزيد من الدراسة والاهتمام من قبل الباحثين وإعادة تعديل وصياغة القوانين من قبل رجال القانون.

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم برواية حفص

أولاً- تفسير القرآن الكريم:

1- الألويسي، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع مثاني، ج2، ط4، دار احياء التراث العربي بيروت، 1405هـ، 1998م.

2- اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير بن كثير، ج1، ط2، دار الإمام مالك، الجزائر، 2007.

3- الحصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر ، أحكام القرآن، ج 2، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405هـ .

4- السيد محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم المسمى تفسير المنار، ج2، الهيئة المصرية العامة للكتاب .

5- عبد الرحمان الثعالبي، الجواهر الحسان في تفسير القرآن، ج1، الجزائر، 2007.

6- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

7- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج3، تحقيق سامي بن محمد سلامة، ط2، دار طيبة للنشر و التوزيع 1420هـ ، 1999.

8- محمد بن صالح العثيمين، تفسير آيات الأحكام، ج1، ط1، دار الغد الجديدة، القاهرة، 2007.

9- محمد علي الصابوني، صفوة التفسير، ط1، بيروت المكتبة العصرية، 2004.

ثانياً- كتب الحديث وشروحه:

1- أحمد بن شعيب بن علي النسائي (ت 303هـ) ، السنن الكبرى للنسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، ج 8، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.

2- أحمد بن محمد بن حنبل (ت 241هـ) ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج36، ط1، 45، 12، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001.

3- البيهقي، السنن الكبرى، كتاب القسم و النشوز ، ج7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د س ن.

4- الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد (ت 405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، ج2، ط1، مطبعة النصر الحديثة، الرياض، 1990.

- 5- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي أبو الفضل الشافعي، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج 9، تحقيق محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د س ن .
- 6- أبو الحسن، مسلم بن الحجاج بن مسلم القيشاري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: نظر بن محمد الفريابي أبو قتيبة، ج2، ط1، دار طيبة، 1427هـ-2006م.
- 7- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (ت275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، ج2، المكتبة العصرية، بيروت، د س ن .
- 8- سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني (ت360هـ)، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي ج18، ط2، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، د س ن .
- 9- أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج3، دار الفكر، لبنان، 2006.
- 10- علي بن عمر الدارقطني (ت385هـ)، سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج3-4 ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت 2004.
- 11- محمد بن إسماعيل البخاري (ت256هـ)، الجامع الصحيح المختصر، تحقيق: مصطفى ديب البغا، ج1، ط3، دار ابن كثير، بيروت، 1987.
- 12- محمد بن عيسى الترمذي (ت279هـ)، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج3، ط2، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1975.
- 13- محمد بن يزيد بن ماجة (ت273هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، ج1-2، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د س ن .
- 14- يحيى بن يحيى الليثي، موطأ الإمام مالك، د ط، دار النقاش للطباعة والنشر التوزيع، د ب ن، د س ن .
- ثالثاً- مراجع الفقه الإسلامي:
- 1- أحمد بن الشيخ محمد، الزرقاء، (ت1957هـ) شرح القواعد الفقهية، ط2، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، 1409 هـ .
- 2- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، مطبعة دار التأليف، مصدر . 1961 .
- 3- البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.

قائمة المصادر والمراجع

- 4- ابن أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 5- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية الحراني أبو العباس، كتب رسائل و فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، ج 32، ط2، تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي.
- 6- جمال عبد الرحمان، أيها الضاربون للنساء، ط4، مركز شهبان للطباعة و الكمبيوتر، مصر، 2006.
- 7- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، رقم الحديث 1058، دار الفكر، لبنان، 2006.
- 8- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري أبو محمد، المحلي، ج 10، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، دار الآفاق الجديدة، لبنان، بيروت، د س ن.
- 9- حسن العطار، حاشية العطار على جمع الجوامع، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
- 10- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي التمرتاشي (ت1088هـ)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج3، ط2، دار الفكر، بيروت، 1386 هـ.
- 11- الحميدي بن صالح الحميدي، الحقوق الزوجية في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، د س ن.
- 12- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج1، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن.
- 13- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمود بن أحمد (ت 120هـ)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب مالك، ج2، خرج أحاديثه و فهرسه: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، مصر، د س ن.
- 14- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط4، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي، 1975.
- 15- رمضان علي الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، 2001.
- 16- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج7، دار الفكر للطباعة، بيروت، (1404، 1984).
- 17- الزرقاني، محمد بن عبد الباهي بن يوسف (ت 1422 هـ)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ.
- 18- الزركشي، شمس الدين أبو عبد الله | محمد بن عبد الله (ت 772 هـ)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، ج2، تحقيق عبد المنعم خليل ابراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1423 هـ.

قائمة المصادر والمراجع

- 19- زكريا الأنصاري، أبو يحيى بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب يشرح منهج الطلاب، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418 هـ .
- 20- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار المكتب الإسلامي، القاهرة.
- 21- السرخسي، المبسوط، ج 5، ط 3، دار المعرفة للطباعة والنشر، 1398 هـ، 1987 م.
- 22- السيد سابق، فقه السنة، ط 3، دار الفكر، بيروت-لبنان، د.س.ن.
- 23- السيد عمر عبد الله، محمد جامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر.
- 24- سيدي أحمد الدردير، أبو البركات، الشرح الكبير، ج 2، د ط، تحقيق: محمد عيش، د س ن، د ب ن.
- 25- الشافعي، محمد بن إدريس، موسوعة الإمام الشافعي "الأم"، ج 5، ط 1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 2000.
- 26- شيخه زاده، عبد الرحمان بن محمد بن سليمان الكليبولي (ت 1078 هـ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، خرج آياته وأحاديثه خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ.
- 27- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، د س ن .
- 28- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة، ط 1، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، 1997 .
- 29- عباس حسن الحسني، دستور المهن في الإسلام، د.ط، مؤسسة الأسعد القاهرة، د.س.ن.
- 30- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 2، دار المعارف الإسلامية، 1990.
- 31- عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة 1987.
- 32- ابن عطية الأندلسي، أبو محمد عبد الحق بن غالب (ت 546 هـ)، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج 1، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1413 هـ .
- 33- علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج 3، ط 1، تح: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1957.

قائمة المصادر والمراجع

- 34- علي محمد قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 35- أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ج 2، ط2، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية، الرياض، 1400 هـ، 1980م.
- 36- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1408 هـ.
- 37- ابن قدامة، المغني على المختصر، ج1، دار الكتاب بالعربي، بيروت، 1972.
- 38- القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخيزة، ج12، ط1، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1996.
- 39- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، ط2، جلد6، تعليق سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002.
- 40- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
- 41- الكمال بن همام، شرح فتح القدير، ج4، دار الفكر العربي، د ط، د س ن.
- 42- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية سحنون، ج4، ط1، دار الكتب العلمية 1415هـ، 1994م.
- 43- الماوردي، الحاوي في الفقه الشافعي، ج11، ط1، دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994.
- 44- محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، باب عسف الإمام أبو زهرة، أسبوع الفقه الإسلامي.
- 45- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2.
- 46- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الجليل، بيروت، د.س.ن.
- 47- محمد بن فراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ج4، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر 1929.
- 48- محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر، د.س.ن.
- 49- محمد مصطفى شلي، فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانوني أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر.

قائمة المصادر والمراجع

- 50- محمد ناصر الدين الألباني، السلسلة الصحيحة ، ج4، مكتبة المعارف، 2006.
- 51- محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته الفتح الكبير، المكتب الإسلامي، 2006.
- 52- مصطفى السيوطي، الرحيباني، مطالب النهي في شرح غاية المنتهى ، المكتب الإسلامي، دمشق، ج5، 1961.
- 53- مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي الحنفي، مجمع البحرين وملتقى النيرين في الفقه الحنفي، ط1، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان، 2005.
- 54- المفيد محمد بن محمد النعمان ابن المعلم، "رسالة في المهر" مصنفات الشيخ المفيد، شبكة الفكر دب ن، د س ن .
- 55- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، دار المعرفة، بيروت، د ط ، د س ن.
- 56- نور الدين عتر، أبغض الحلال، ط3، مؤسسة الرسالة بيروت، 1984.
- 57- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1992.
- 58- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، 1993.

رابعاً- معاجم اللغة:

- 1- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، ج1، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان بيروت، لبنان، 1415 هـ .
- 2- سعدي أوجيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، ط2، دار الفكر، 1988.
- 3- شمس الحق آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داوود، ج18، ط2، دار الكتب العلمية، 1415.
- 4- شوقي ضيف، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003.
- 5- صاحب أبو القاسم اسماعيل بن عباد الطالقاني (الكافي الكفاة) (ت385) ، المحيط في اللغة، ج5، تح: محمد حسن آل ياسين، عالم الكتب، بيروت، 1414 هـ .
- 6- فؤاد إفرايم البستاني، منجد الطلاب، ط6، دار الشرق، بيروت، 1982.
- 7- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1424 هـ، 2003.

8- مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني (ت 1205 هـ)، تاج العروس من الجواهر القاموس ج 26، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية، إنجلترا، 1390 هـ .

9- ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، لبنان، 2005.

خامسا- مراجع قانونية :

1- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر 2002.

2- إبراهيم عبد الرحمان ابراهيم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 7، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

3- أبو الوفاء محمد أبو الوفاء، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000.

4- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون العام، ط7، دار هومة، الجزائر ، 2008.

5- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، د ط، دار الكتب القانونية، مصر ، 2004.

6- أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مصادر الالتزام، ج1 ، د د ن، الجزائر 1994 .

7- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.

8- أحمد شوقي عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الارادية (دراسة فقهية وقضائية) د د ن، مصر، 2002 .

9- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي 1964.

10- أحمد فراج حسن، أحكام الفقه الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع وحقوق الأولاد، نفقة الأقارب وفقا لأحدث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة ، مصر، الأزاريطة، 2004 .

11- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، 1988.

قائمة المصادر والمراجع

- 12- أحمد موسى، اسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والخلع والتفريق، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2009.
- 13- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في ق إ ع م، دار الكتب القانونية، مطابع شنات مصر 2007.
- 14- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 15- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 16- الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر.
- 17- السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1992.
- 18- العوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.
- 19- أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق-دراسة تأصيلية و تطبيقية في القانون المدني و الفقه،- دار الكتب القانونية، مصر، الإمارات، 2014.
- 20- أنور العمروسي، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2004.
- 21- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، د ط، دار الهدى، الجزائر.
- 22- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، ج1، دار النهضة العربية، بيروت، د س ن.
- 23- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.
- 24- بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع الإثراء بلا سبب، القانون)، ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 25- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.

- 26- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول (الزواج والطلاق)، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 27- بلحاج العربي، "قانون الأسرة معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 28- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية الجزائرية، 2007.
- 29- تشوار الجيلاني، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 30- توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة و أساس التعويض في حالة العدول عنها، الدار الجامعية، ط2، 2002.
- 31- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي و القانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 32- جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 33- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد، الأردن، 2009.
- 34- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 35- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998.
- 36- حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، دار النهضة للطباعة والنشر، 1999.
- 37- حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإدارية، مطبعة الفجر الجديد، 1983.
- 38- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، 1993 .

قائمة المصادر والمراجع

- 39- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2011.
- 40- حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 41- خالد بنيس، مدونة الأحوال الشخصية الولادة ونتائجها مع قضاء الحالة المدنية، بابل للطباعة، الرباط، المغرب، 1989.
- 42- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1 ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 43- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 44- ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، عمان، 1992.
- 45- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، د ط دار قنديل، عمان، 2010.
- 46- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، ط2، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1976.
- 47- رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد المهادي سليم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 48- سايس جمال، الإجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، ج(2-3)، ط1، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 49- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2010.
- 50- عادل عبد العليم، شرح جرائم الخطف وجرائم القبض على الناس بدون وجه حق، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2000.

قائمة المصادر والمراجع

- 51- عبد الحليم عبد اللطيف القوي، مبدأ حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري و الفرنسي دراسة مقارنة، 1998.
- 52- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج و الطلاق و آثارهما، ط1، دار النهضة العربية لبنان، 2009.
- 53- عبد الرحمان الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق، المطبعة الجديدة دمشق، 1979.
- 54- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- 55- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2000.
- 56- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهادات القضائية ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 57- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 58- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 1996.
- 59- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2008.
- 60- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي، د ب ن1984.
- 61- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، (1999-2000).
- 62- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر 2007.

قائمة المصادر والمراجع

- 63- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجزائر، 2010.
- 64- عبد الكريم شهبون، مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، ط2، دار المعرفة للنشر، الرباط الغرب.
- 65- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج1، الجزائر.
- 66- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي و القانون، دار النهضة العربية، 2002.
- 67- عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008 .
- 68- عبد الملك جندي، الموسوعة الجنائية، ج 3، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1932.
- 69- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية.
- 70- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، ط2000، دار الهدى الجزائر .
- 71- عبد الودود السريطي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، 1980.
- 72- عبيدي الشافعي، قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 73- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 74- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 75- عدلي خليل، جرح وجنابات الجرح والضرب في ضوء القضايا والفقه والطب الشرعي، دار الكتب القانونية، 1999.
- 76- عزالدين عبد الدائم، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، ط1، دار كردادة للنشر والتوزيع، الجزائر 2014.
- 77- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، ط2، القاهرة، 1988.

- 78- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 79- علي علي سليمان، دعوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث وعن الضرر المرتدق م ج، 1988.
- 80- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 81- علي محمد حسنين حماد، الخلع في القانون المصري ومدى موافقته للأصول الفقهية، ط1 المكتبة المصرية، الإسكندرية، 2004.
- 82- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة للنشر والتوزيع، ط2003.
- 83- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، عمان .
- 84- عمرو زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار النشر، أنسكلوبيديا .
- 85- عمرو عيسى الفهسي، الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية القلعة، 1999.
- 86- عمرو عيسى الفهسي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية، دعوى التعويض، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
- 87- عنتر عكيك، جريمة الاختطاف، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2013 .
- 88- عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2006.
- 89- فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
- 90- كمال صالح البنا، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ للمصريين المسلمين وغير المسلمين، ط1، عالم الكتب، مصر، القاهرة، 2001 .
- 91- لوعيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار هومة، الجزائر 2006.
- 92- محمد أبي زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د ط، د س ن.
- 93- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، انحلال ميثاق الزوجية، الولادة و نتائجها، ط7، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- 94- محمد الكشيبور، أحكام الحضانة دراسة في الفقه المالكي وفي مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2004.
- 95- محمد المليي، عبد الله شريط، الجزائر في مرآة التاريخ، ط1، مكتبة البعث، قسنطينة، 1976.
- 96- محمد بن يحي المطهر، أحكام الأحوال الشخصية في فقه الشريعة الإسلامية، ج2، ط2، دار الفكر صنعاء، 1989.
- 97- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: مصادر الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.
- 98- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2004.
- 99- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989.
- 100- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص)، ج1، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.
- 101- محمد سمارة، أحكام و آثار الزوجية، ط1، الدار العلمية الثقافية، عمان، 2002.
- 102- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول، مصادر الالتزام الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، القانون) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث الجزائر، 2003.
- 103- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع الجزائر، 2004.
- 104- محمد فتح النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2002.
- 105- محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998.
- 106- محمد فوزي فيض الله، الطلاق و مذهب في الشريعة و القانون، د ط، د د ن، الكويت، 1986.
- 107- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مجلد1، شرح محمد زيد الأبياني تحقيق: محمد سراج و علي جمعة، ط2، دار السلام، مصر، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

- 108- محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، لبنان، دون سنة النشر.
- 109- محمد كمال الدين إمام، وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003.
- 110- محمد محدة، الخطبة و الزواج، ط2، دار الشهاب، 2000.
- 111- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابله في الشرائع الأخرى، ط1، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، لبنان، 2003.
- 112- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، مطبعة السعادة مصر ، 1996.
- 113- محمد نجيب عوضين، شروط الرضاع المحرم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 114- محمود اسماعيل مشعل، أحكام المريض في فقه الأسرة، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2013.
- 115- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، منشورات الجامعة الأردنية عمان، 1415 هـ .
- 116- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر ، الأردن، 2007 .
- 117- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، ط6، المكتب الإسلامي بيروت.
- 118- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله، ج1، ط9، دار الوراق بيروت، 2001.
- 119- مكّي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية 2005.
- 120- نبيل الظواهرة الصائغ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب و الأديان، ط2، دار صناعة الكتاب و تجارته، 1998.

- 121- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09/08 المؤرخ في فبراير سنة 2008 (الخصومة، التنفيذ، التحكيم)، دار الهدى، عين مليّة، الجزائر.
- 122- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية، البيع، الهبة، الوقف، الكفالة، الإبراء القرار، الخلع، الطلاق)، درا الهدى، الجزائر، 2008.
- 123- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 124- نسرین شریفی، کمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار بلقيس، الجزائر، 2013.
- 125- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- 126- هلالی عبد الله، خالد محمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، مكتبة الأسرة، ط2008.
- 127- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط1، ج29، مطابع دار الصفة، مصر، (1404 هـ).
- 128- وفاء معتوق، حمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية و المالية في الفقه الإسلامي، ط1، د د ن القاهرة، مصر، 2000.
- 129- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2011.

سادساً- الرسائل الجامعية

أ- الأطروحات:

- 1- آيت شاوش دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 .
- 2- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2005/2004 .
- 3- خيرة قويدري، حالات التطبيق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

- 4- عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة دكتوراه، الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم المدنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، السعودية، 2010
- 5- عبد الفتاح نقيه ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، (2006/2007).
- 6- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ،كلية الحقوق، الجزائر، 2006.
- 7- محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية و العلوم الاجتماعية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 8- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، جامعة تلمسان، (2009-2010) .
- 9- اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري (دراسة نظرية تطبيقية مقارنة) أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2017/10/29.

ب-المذكرات:

- 1- الابراهيم ،بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير ،جامعة آل البيت، الأردن، 2008-2009 .
- 2- أرفة زبيدة، قانون الأسرة بين التأييد و التنديد، دراسة تحليلية لبعض مواد، رسالة ماجستير جامعة العلوم الإسلامية، الجزائر، 1999.
- 3- إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، قدم هذا البحث استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2013.

قائمة المصادر والمراجع

- 4- بن نعوش فاطمة الزهراء، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مستغانم، 2019.
- 5- بوخلف الزهراء، حق الزوجة المالي الثابت بعقد الزواج بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة القانون، جامعة العقيد أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2012-2013.
- 6- بو لعواد زويير، أركان وشروط عقد الزواج و أثر تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.
- 7- جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة القانون، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2004-2005.
- 8- حنان عبد الرحمان رزق الله أبو مخ، أحكام التأديب بالعقوبة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطني، فلسطين، 2005.
- 9- دليلة معروز، اجراءات عقد الزواج الرسمي و طرق إثباته و مشكلة الإثبات في الزواج العرفي مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 10- رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، 2014م، 1435هـ.
- 11- رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1989.
- 12- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيبي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية و لقانون الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لدرجة الماجستير، في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.
- 13- صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشور الجامعة الأردنية، 1986.

- 14- طاري سعيد ، التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير ، شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانية، 2012-2013.
- 15- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر 2002.
- 16- محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية ،كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية، الرياض، 2011.
- 17- المستاري نور الهدى، الخلع - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، القانون المقارن ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان ، 2013- 2014
- 18- نبيلة بوشفرة، 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 والاجتماعية، فاس المغرب، 2005-2006.
- سابعا- المجالات:
- 1- أحمد الصويبي شليبيك، التعسف في استعمال الحق قصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، الإمارات العربية المتحدة ..2008
- 2- أحمد بن حمو كروم، تحديد المهر في الإسلام وأثره في الإصلاح الاجتماعي، الملتقى الدولي الثاني: المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 15 و 16 صفر 1440هـ 24 و 25 أكتوبر 2018م.
- 3- اسماعيل غازي مرجبا، التعسف في استعمال حق الحضانة، حقيقته-بعض صورته، علاجه، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة 1436 هـ .
- 4- أنور العمروسي، التعويض عن فسخ الخطبة، مجلة المحاماة التونسية، العدد9، 5 سبتمبر 1970.

- 5- أنور محمد الشلتوني، المتعة والتعويض في الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه والقانون (قانون الأحوال الشخصية الأردني نموذجاً)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر، العدد 1، 2011/9/11.
- 6- بن عومر محمد، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد، معهد الحقوق، قسم الدراسات الشرعية، المركز الجماعي تامنغست الجزائر، سداسية محكمة، العدد 2، 2 جوان 2012.
- 7- بوبكر لشهب، الحضانة والرضاع بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة مقارنة، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، العدد 9، الجزائر .
- 8- بودفع علي، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق (قانون الأسرة الجزائري نموذجاً)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص .
- 9- تبوب فاطمة الزهراء، التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- 10- تشوار الجيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية عدد 12، 2011.
- 11- حداد فاطمة، حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة العربي تبسي تبسة- جامعة محمد بوضياف المسيلة عدد 7.
- 12- خولة كلفالي، تقييد نظام تعدد الزوجات وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، العدد الرابع، بسكرة، 2007.
- 13- ساجدة عفيف عتيلي، ريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا مجلد 2، عدد 4، 2012.
- 14- سناء عماري، عبد الرؤوف، دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد 10، العدد 2، جامعة بسكرة، سبتمبر 2019.

- 15- شذى مظفر حسين ، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة ، مجلة رسالة الحقوق العلمية ، المجلد الأول ، العدد الأول ، جامعة القادسية ، كلية القانون ، صابر بليدي، ثغرات تكتنف قانون الأسرة في الجزائر، مقال منشور في جريدة العرب ، 9868 ، 2015/03/26.
- 17- الصالح محمد بن أحمد، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة ، جامعة محمد بن سعود، الرياض، السعودية، 1398 هـ عدد 9.
- 18- عادل موسى عوض، حق المحضنون على الحاضن وحق النفقة دراسة فقهية، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ.
- 19- عبد العزيز فهمي باشا، تحريم تعدد الزوجات، مجلة المحاماة المصرية، عدد 1-2، فبراير 1987.
- 20- عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة) ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، عدد 11، جوان 2017.
- 21- علي عبد الله عون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه مسائل فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية ، كليه الحقوق، الجامعة الأردنية، المجلد:43، عدد 2، 2016.
- 22- عمر سدي، الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بتامنغست، المجلد 8، العدد 2، 2019.
- 23- مازن مصباح، الهبة في مرض الموت دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة دراسات الإسلامية) ، مجلد 19، عدد 2، جوان 2011 .
- 24- محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام ، عدد 5، 1982.
- 25- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية و القانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الأول، د.س.ن.
- 26- محمد لنكار، راضية بشير ، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية و السياسية، مجلد 10، عدد3، جامعة سكيكدة، ديسمبر، 2019.

قائمة المصادر والمراجع

- 27- مروان قدومي، جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الإنسانية، المجلد 19 نابلس، فلسطين سنة 2005.
- 28- مصطفى الخالد، مبررات تدخل القاضي في الزواج أو موقف القاضي تجاه الزواج بالثانية، مجلة المحامون السورية، 1 و2.
- 29- هدى عبد الله طاهر، الحقوق الزوجية للرجل والمرأة كلاهما ما لهما وما عليهما، مجلة كلية التربية للبنات، جامعة النهدين، العدد3، المجلد 25، 2014.
- هنان مليكة، بواب بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، المركز الجامعة نور البشير بالبيض، عدد: 19، جوان 2018
- ثامناً- القوانين والأوامر والمراسيم:**
- 1- الأمر المؤرخ في 9 رمضان الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، العدد 24 المؤرخة 12 يونيو 1984. وتم التعديل بموجب الأمر في 27/02/2005 بالجريدة الرسمية، العدد 15
- 2- لقانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
- 3- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 هـ الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر 75/58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المنشور ف (ج ر) رقم 44 سنة 2005.
- 4- الأمر 66/156 مؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات، جريدة رقم 49 مؤرخ في 11 جوان 1966، معدل ومتمم مسبقاً رقم 6-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية 84 مؤرخ في 24 ديسمبر 2006.
- 5- قانون الأسرة القطري 2006.
- 6- الأمر 13 أوت 1957 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية بالرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في 17 أوت 1996 المعدل و المتمم.
- 7- القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم (47) لسنة 1992 في شأن إنشاء صندوق الزواج.
- 8- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة (رقم 28 /2005).

- 9- نشر في الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة في العدد (312) بتاريخ 31 ديسمبر 1997.
- 10- قانون الأحوال الشخصية الأردني ، سنة 2010.
- 11- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
- 12- القانون 1984/51 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي .
- 13- قانون الأحوال الشخصية المصري 1956.
- 14- قانون رقم (19 سنة 2009) قانون أحكام الأسرة البحرين.
- 15- مشروع قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أعدته اللجنة المشكلة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2437/تاريخ 2007/6/7.
- 16- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما مع مذكرته الإيضاحية، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1961.
- 17- مصادقة الجزائر على اتفاقية سيداو بموجب الأمر الرئاسي 51/96 المؤرخ في 1996/1/22 مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979، ج ر بتاريخ 1996/1/24، عدد 6.
- 18- المنشور الثاني لوزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية رقم 85-14 صادر في 1985/08/22 تضمن أيضا كيفية تطبيق المادة 8 من ق أ ج.
- 19- منشور صادر عن وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، رقم 84-102، مؤرخ في 1984/09/23 متضمن كيفية تطبيق المادة 8 ق أ ج.
- 20- قانون رقم 176 لسنة 1972 بتاريخ 1972/12/23 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي.
- 21- مدونة الشغل المغربية، قانون رقم 99-65 صدر في 11 سبتمبر 2003 تم نشر في جريدة رسمية في 8 ديسمبر 2003 ودخل حيز التطبيق في 8 يونيو 2004.
- 22- ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية 2004.
- 23- التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر حول تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، 18 ماي 2009، ص 4، 15-3 CEDAW/DZA// الجزائر رفعت تحفظها على المادة 2/9 سنة 2008 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 8-426 المؤرخ في 28 ديسمبر 2008، المتضمن رفع تحفظ الجمهورية

قائمة المصادر والمراجع

الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2/9 من اتفاقية على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ج ر للجمهورية، عدد 5، 2009/01/21.

24- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979، تاريخ بدء النفاذ 3 سبتمبر 1981 بموجب المادة 1/27.

تاسعاً- الاجتهادات القضائية:

1- المجلة القانونية، عدد 2، 1983.

2- نشرة القضاء، 1986، عدد 2.

3- المجلة القانونية، ، 1989 ، عدد 1،2،3.

4- المجلة القضائية ، 1990، عدد 1،3،4.

5- المجلة القضائية ، عدد 1، 1991.

6- المجلة القضائية ،1992، عدد 1،4.

7- المجلة القضائية ، 1993، عدد 1،3،4.

8- المجلة القضائية 1995، عدد 1.

9- المجلة القانونية، عدد 1، 1998

10- المجلة القضائية ، 2000، عدد 1.

11- المجلة القضائية ، عدد خاص، 2001.

12- مجلة القانونية، 2002، عدد 2.

13- المجلة القضائية ، عدد 2، 2003.

14- المجلة القانونية، ، 2004، عدد 1.

15- مجلة المحكمة العليا 2004 ، عدد 2.

16- المجلة القضائية ،2006، عدد 1 .

17- مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2009.

18- م المحكمة العليا 2012 ، عدد 1.

عاشراً- المواقع الالكترونية:

1- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الموقع

<http://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/pages/CEDAW.aspx>

قائمة المصادر والمراجع

- 2- آثار الطلاق وفق قانون الأحوال الشخصية الجزائري، 2011/08/14، مقال منشور بموقع www.startimes.com؛
- 3- أحمد فهمي أبو سنة، التعسف لاستعمال الحق، محاضرة ضمن فعاليات أسبوع الفقه الإسلامي، منشورة على موقع الألوكة <http://www.alukah.net/articles> asp2706/1
- 4- أمال دراري، الخطبة وآثار العدول في القانون الجزائري، <http://www.norliman.com> forum 01/07/2010
- 5- أيمن أبو العيال، الخلع في القانون المصري رقم 01 لعام 2000، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة بالتفريق للشقاق والضرر في قانون الأحوال الشخصية السوري والفقه الإسلامي المقارن، مجلة الميزان. Musawasyr.org/p.1464
- 6- عبد المالك سلمان، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية، www.amanjondm.org
- 7- فريدة صادق زوزو، معوقات تحقيق مقاصد الزواج، المغالاة في المهور نموذجاً، كلية علوم الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، ذو القعدة 1426هـ، 2 ديسمبر 2005، <http://www.lahaonline.com/articles/view9904.htm>
- 8- لؤي إسماعيل، الطلاق التعسفي، مقال منشور على موقع www.amanjordam.org/a
- 9- www.jazaier.com
- 10- نور عويس، حق التعويض في الطلاق التعسفي، مقال منشور على موقع ijtihadnet.net
- الحادي عشر- المراجع باللغة الأجنبية

1- Cité par laynes, op, cit n° 404-405.23 C.F.POTHIER . Traité du contrat de mariage, n°

2- Gaius.Voltair. Une théorie de droit en droit romain classique، disponible sur: <http://www.secuweb.mcgill.ca>

3- C F.Cass 30/05/1938, S,1938n 31002.

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	شكر وعران
	الإهداء
	قائمة المختصرات
ب	مقدمة
الباب الأول: التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في الزواج	
الفصل الأول: التعسف في استعمال الحق في انعقاد الزواج	
18	المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة
18	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة والعدول عنها
19	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة
27	الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة
31	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن العدول عن الخطبة
37	المطلب الثاني: استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي
39	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق
41	الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسف عن العدول عن الخطبة
43	الفرع الثالث: آثار التعسف في العدول عن الخطبة
54	المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق من خلال مخالفة الشروط المنصوص عليها في المادة 19 من ق أ ج
54	المطلب الأول: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
55	الفرع الأول: شروط عمل المرأة
59	الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في مسألة الخروج إلى العمل
61	المطلب الثاني: التعسف من خلال تعدد الزوجات
61	الفرع الأول: مشروعية تعدد الزوجات

فهرس المحتويات

63	الفرع الثاني: القيود الواردة على حق التعدد
65	الفرع الثالث: تعدد الزوجات في التشريع الجزائري
71	الفرع الرابع: صور المضارة في استعمال حق التعدد دون مراعاة الشروط الشرعية والقانونية
73	الفرع الخامس: تعدد الزوجات في بعض النظم المقارنة
الفصل الثاني: التعسف في استعمال الحق في تنفيذ الزواج	
78	المبحث الأول: تعسف الزوج في استعمال بعض حقوقه الزوجية
78	المطلب الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة
78	الفرع الأول: تعريف الطاعة
79	الفرع الثاني: أدلة مشروعية حق الطاعة
81	الفرع الثالث: الحكمة من مشروعية الطاعة للزوج
81	الفرع الرابع: حدود حق الطاعة
82	الفرع الخامس: تطبيق معايير التعسف على حق الطاعة
83	المطلب الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق التأديب
83	الفرع الأول: حق تأديب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري
86	الفرع الثاني: وسائل استعمال حق التأديب
88	الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق التأديب
95	الفرع الرابع: التعويض عن المسؤولية المدنية سبب التعسف في استخدام حق التأديب
96	المطلب الثالث: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس
96	الفرع الأول: تعريف الاحتباس
98	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الاحتباس
99	الفرع الثالث: صور تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس
101	الفرع الرابع: مدى انطباق معايير التعسف على حق الزوج في الاحتباس
104	المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال بعض حقوقها الزوجية
104	المطلب الأول: تعسف الزوجة بالمغالة في المهر
105	الفرع الأول: مفهوم المهر(الصداق) حسب قانون الأسرة الجزائري

فهرس المحتويات

110	الفرع الثاني: شروط المهر وأنواعه ومقداره في قانون الأسرة الجزائري
117	الفرع الثالث: حالات سقوط المهر وكيفية قبضه والتصرف فيه
123	الفرع الرابع: التعسف في مقدار الصداق (المغلاة في المهور)
128	المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق رضاعة الصغير
128	الفرع الأول: تعريف الرضاع
131	الفرع الثاني: أهمية الرضاعة للصغير
132	الفرع الثالث: وسائل حفظ حق الصغير في الرضاع
136	الفرع الرابع: التعسف في إرضاع الصغير
139	الفرع الخامس: صور التعسف في رضاع الصغير
143	خلاصة الباب الأول
الباب الثاني: التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في انحلال الزواج	
الفصل الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق	
148	المبحث الأول: مفهوم الطلاق
148	المطلب الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته
148	الفرع الأول: تعريف الطلاق
150	الفرع الثاني: مشروعية الطلاق
152	المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته
152	الفرع الأول: حكم الطلاق
154	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق
155	المطلب الثالث: القيود الواردة على مشروعية الطلاق
155	الفرع الأول: القيود المتعلقة بالمطلق
156	الفرع الثاني: القيود المتعلقة بالمطلقة (من حيث محل الطلاق)
157	الفرع الثالث: القيود الواردة على صيغة الطلاق
158	المطلب الرابع: الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق
158	الفرع الأول: سوء الاختيار
159	الفرع الثاني: قلة الوعي بحقيقة الزواج
159	الفرع الثالث: تدخل الأهل بين الزوجين

فهرس المحتويات

159	الفرع الرابع: عوامل اجتماعية واقتصادية وثقافية
160	الفرع الخامس: مشاكل نفسية أو صحية
162	المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي
162	المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي
163	المطلب الثاني: حكم الطلاق التعسفي
164	الفرع الأول: القائلون بان الأصل في الطلاق الحظر وأدلتهم
164	الفرع الثاني: القائلون بأن الأصل في الطلاق الإباحة وأدلتهم
165	الفرع الثالث: مناقشة الأدلة
166	المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي
166	الفرع الأول: الطلاق بغير سبب
172	الفرع الثاني: الطلاق في مرض الموت
181	المطلب الرابع: موقف بعض التشريعات العربية من الطلاق التعسفي
181	الفرع الأول: موقف التشريعات العربية
186	الفرع الثاني: التدابير المتبعة للحد من الطلاق التعسفي
188	المبحث الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي
188	المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
189	الفرع الأول: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري
191	الفرع الثاني: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في بعض القوانين العربية
194	المطلب الثاني: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي
195	الفرع الأول: كيفية تقدير التعويض
198	الفرع الثاني: الأسس التي يعتمدها القاضي في تقدير التعويض
199	الفرع الثالث: تحديد طريقة دفع التعويض
200	المطلب الثالث: المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
201	الفرع الأول: المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
214	الفرع الثاني: نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
221	الفرع الثالث: المهر المؤجل وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي
223	المبحث الرابع: التعسف في استعمال الحق على آثار الطلاق

فهرس المحتويات

223	المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الحضانة
223	الفرع الأول: تعريف الحضانة
225	الفرع الثاني: تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة
226	الفرع الثالث: المسائل المؤثرة في معيار التعسف في استعمال حق الحضانة
236	الفرع الرابع: الضمانات القانونية للحماية من التعسف في الحضانة
241	المطلب الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة
241	الفرع الأول: تعريف الرجعة ومشروعيتها وحكمها
243	الفرع الثاني: شروط صحة الرجعة
244	الفرع الثالث: الإشهاد في الرجعة وما تحصل به
245	الفرع الرابع: التعسف في استعمال حق الرجعة وموقف المشرع الجزائري
الفصل الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع	
253	المبحث الأول: مفهوم الخلع
253	المطلب الأول: تعريف الخلع وحكمه
253	الفرع الأول: تعريف الخلع
257	الفرع الثاني: حكم الخلع
258	المطلب الثاني: دليل مشروعية الخلع
258	الفرع الأول: دليل مشروعية الخلع من القرآن
259	الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع من السنة
260	الفرع الثالث: دليل مشروعية الخلع من الإجماع
260	المطلب الثالث: الحكمة من تشريع الخلع
262	المبحث الثاني: الأحكام والأسس الموضوعية والإجرائية المتعلقة بالخلع
262	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخلع
263	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الخلع
264	الفرع الأول: الخلع في ظل قانون رقم 11/84
265	الفرع الثاني: الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005
266	الفرع الثالث: الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية
268	المطلب الثالث: موقف بعض التشريعات العربية من الخلع وأحكامه

فهرس المحتويات

268	الفرع الأول: موقف المشرع المصري من الخلع وأحكامه
270	الفرع الثاني : موقف المشرع السوري من الخلع وأحكامه
273	المطلب الرابع: إجراءات التقاضي في دعوى الخلع
273	الفرع الأول : اختصاص المحاكم في دعوى الخلع
274	الفرع الثاني: سير دعوى الخلع
278	الفرع الثالث: طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع
280	المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع
280	المطلب الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع
280	الفرع الأول: تطبيق المعايير الذاتية(الشخصية) للتعسف في الخلع
281	الفرع الثاني: تطبيق المعايير الموضوعية (المادية) للتعسف في الخلع
282	المطلب الثاني: مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع
287	المطلب الثالث: مدى الاعتراف بأحقية الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي
287	الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض
290	الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض
291	الفرع الثالث: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع
296	ملخص الباب الثاني
298	الخاتمة
305	قائمة المصادر والمراجع
331	الفهارس
	الملخص

الملخّص

ملخص

تعالج هذه الأطروحة الموسومة ب: "التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري" وفيها تم عرض لما ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما تعلق بموضوع التعسف بين الزوجين وتوضيح موقف قانون الأسرة الجزائري ومناقشته في كل مسألة وعرض مختلف الاجتهادات القضائية التي تخدم موضوع الأطروحة، حيث تعتبر مصدر تفسيري للمواد القانونية، وتسند مختلف الأحكام التي لم ينص عليها قانون الأسرة وتحل الإشكالات القضائية فيها.

وتشمل الدراسة كل أشكال التعسف في استعمال الحق سواء من قبل الزوج أو الزوجة وسواء في حالة الزواج أو الطلاق وما يترتب عليهما من آثار وذلك ببيان مفهوم تعسف الزوج في حق زوجته أو العكس ومظاهره وأسبابه والحلول المقترحة لمشكلات تعسف كلا الزوجين.

وقد خلص هذا البحث إلى أن الزوج أو الزوجة يكون كل منهما متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالطرف الآخر أو استعمال حقه في غير المصلحة التي شرع لها، كما بين مظاهر هذا التعسف في مختلف جوانب الحياة الزوجية ومن أهم العوامل التي تدفع أحد الزوجين إلى التعسف منها عدم الالتزام بالضوابط الشرعية والقانونية وضعف الوازع لديني، والمشاكل الأسرية، والعادات، والتقاليد، والجانب الاقتصادي، وبين أن الإلتزام بالضوابط الشرعية هو الحل السليم لمواجهة هذه الظاهرة.

والموضوع مقسم إلى باين؛ وقد خصص الباب الأول التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في الزواج وفيه فصلان الأول التعسف في استعمال الحق في انعقاد الزواج والثاني التعسف في استعمال الحق في تنفيذ الزواج.

أما الباب الثاني فقد خصص التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في انحلال الزواج وفيه فصلان الأول تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق والفصل الثاني تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

وفي الأخير جاءت الخاتمة ملخصة لأهم النتائج والاقتراحات، وألحقت الأطروحة بالمراجع والفهرس.

وفي الختام الله أسأل أن يكون هذا العمل خالصا لوجهه الكريم فإن أصبت فبتوفيق من الله وحده و إن

أخطأت أو قصرت فمن نفسي، والله الموفق والهادي إلى سواء السبيل.

الكلمات المفتاحية: التعسف، الزوجين، قانون الأسرة الجزائري، استعمال الحق، الضرر، التعويض.

Abstract:

This thesis deals with the subject entitled : “The abuse of the right between spouses in the Algerian family law.” , what was presented by Islamic law regarding the issue of abuse between spouses, clarification of the position of the Algerian family law and its discussion on every issue and the presentation of the various judicial jurisprudence that serve the topic of the thesis As it is considered an interpretive source for legal articles, it covers various provisions that are not stipulated in the family law and solves judicial problems in it.

The study includes all forms of abuse of the right, whether by the husband or wife, whether in the case of marriage or divorce, and their consequences, by showing the concept of the husband’s abuse of his wife’s right or vice versa, its manifestations and causes, and the proposed solutions to the problems of abuse of both spouses.

This research concluded that the husband or wife each of them is abusive in the use of his right if he intends to harm the other party or uses his right in a way other than the interest for which it was legislated, as well as the manifestations of this abuse in various aspects of marital life and among the most important factors that push one of the spouses to abuse Including lack of commitment to legal and legal controls, weakness of religious faith, family problems, customs, traditions, and the economic aspect, and that adherence to Sharia controls is the correct solution to confront this phenomenon.

The topic is divided into two chapters; The first chapter deals with the abuse of the right between the spouses to marry, and it contains two chapters: the first is the abuse of the right to enter into marriage, and the second is the abuse of the right to implement the marriage.

The second chapter deals with abuse of the right between the spouses to dissolve the marriage and it contains two chapters. The first chapter is the abuse of the husband in using the right of divorce, and the second chapter deals with abuse of the wife in using the right of divorce.

In the end, the conclusion was a summary of the most important findings and suggestions, and the thesis was attached to the references and the index.

In conclusion, I ask God that this work be purely for His honorable sake, and if I am wrong, then with success from God alone, and if I make mistakes or fall short, then it is my soul, and God is the Grantor and the Guide to the straight path

Key words: abuse, spouses, Algerian family law, use of right, harm, compensation.