

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق والعلوم السياسية

التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف
أ.د / جيلالي تشوار

إعداد الطالبة
مسعودة نعيمة إلياس

لجنة المناقشة

- أ.د. شكري قلفاط، أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، رئيسا
أ.د. جيلالي تشوار، أستاذ التعليم العالي، جامعة تلمسان، مقررا
أ.د. الرشيد بن الشيخ، أستاذ التعليم العالي، جامعة البليدة، مناقشا
د. عبد الفتاح تقيّة، أستاذ محاضر، جامعة الجزائر، مناقشا
د. عباس بوسندة، أستاذ محاضر، جامعة سيدي بلعباس، مناقشا
د. زكية تشوار حميدو، أستاذة محاضرة، جامعة تلمسان، مناقشا

السنة الجامعية 2009 - 2010

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى روح والدتي الطاهرة رحمها الله
إلى والدي أدامه الله ورعاه
إلى زوجي ورفيق دربي
إلى قرّة عيني بنتاي شيماء وملاك
إلى كل طالب علم

نعيمة الياس

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والسلام على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم. أما بعد.

فقد من الله سبحانه وتعالى علي بإتمام هذه الدراسة، فإنه لي شرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور/ تشوار جيلالي الذي قبل أن يكون مشرفاً على هذه الرسالة ولاهتمامه الذي أولاني إياه في سبيل ظهور هذا البحث بالمظهر اللائق فكان خير مرشد ومعين. جزاه الله عني وعمن ينتفع بعلمه خير الجزاء.

نعيمه الياس

قائمة أهم المختصرات

صفحة	ص ●
غرفة الأحوال الشخصية	غ أش ●
الغرفة المدنية	غ م ●
غرفة الجرح والمخالفات	غ ج م ●
غرفة القانون الخاص للمحكمة العليا	غ ق خ ●
المحكمة العليا	م ع ●
المجلس الأعلى	م أ ●
المجلة القضائية	م ق ●
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية	م ج ●
نشرة القضاة	ن ق ●
النشرة السنوية	ن س ●
قسم الأحوال الشخصية	ق أش ●
قسم شؤون الأسرة	ق ش أ ●
دون سنة النشر	د.س.ن. ●
دون دار النشر	د.د.ن. ●

Principales Abréviations

- C .A Cour d 'appel
- Cass Cour de cassation
- D. Dalloz
- G .P Gazette du Palais
- P. page
- P.U.F Presse universitaire de france
- Trib tribunal
- O.P.U Office de publication universitaire

مقدمة

يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع النزاع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم. ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها، ولا يتحمل التفريط فيها، فإنه لهذا الاعتبار كان متغيرا في طبيعته ومداه، بحسب تغير أوضاع الناس ومراكزهم ومعاشتهم، وما يسود أزمانهم من مفاهيم وأعراف ونظم.

كما كان متنوعا بحسب المصلحة التي ينال منها، وما إذا كانت تلك المصلحة مادية تتعلق بالكيان المالي للشخص، أو أدبية تتعلق بالكرامة والشرف والاعتبار. وهذه الأخيرة تنفرع إلى عدة فروع وأقسام، فمنها ما يصيب الإنسان في شرفه وسمعته، ومنها ما يمس خصوصيات حياته، ومنها ما يقع على عواطفه ومشاعره فيجعله يعيش في ضيق وإضطراب نفسي.

فهذه الأنواع من الأضرار تشكل في حد ذاتها أركانا للمسؤولية، إذا وجدت مع غيرها من الأركان، وجاءت مستوفية للشروط اللازمة، فإن أثرها القانوني يترتب عليها، ويكون لمن وقع عليه ذلك الأذى أن يرفع أمره للقضاء مطالبا بالتعويض عن تلك الأضرار.

والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن أن يكون ماديا، يكون معنويا قد يزلزل كيان من يلحق به، وقد يمنعه من مواصلة حياته كغيره من الناس لما قد يسببه له من إضطراب نفسي، قد يمنعه من الإرتباط مستقبلا.

وعلى إتساع مبدأ التعويض عن الفعل الضار وتطبيقاته التي وصلت حتى أمام المحاكم الدولية فقد قصرته من خلال هذه الدراسة على بعض مسائل الزواج والطلاق والتطبيقات القضائية لذلك. وأن السبب الكامن وراء ذلك هو أولا الميول الشخصي إلى كل الموضوعات التي تمس المرأة بصفة خاصة والأسرة ككل، وثانيا نظرا للكم الهائل من قضايا التعويض التي تطرح يوميا أمام المحاكم، وقد لا يبالي الأزواج إطلاقا بأن تصرفاتهم، قد ألحقت ضررا بالطرف الآخر وذلك لأنها تمت تحت ستار الحق المشروع.

كما أنني رأيت من جانب آخر أن التعويض في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق تحوطه مجموعة من الإعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، وسبب ذلك أن التعويض في هذا المجال لا يجوز أن يكون سببا يمنع أو يقيد حرية إختيار الإنسان بمن يرغب في الزواج منه، وذلك إحتراما لتلك الحرية التي تعتبر أساسا لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة.

كما أن شبح الإلزام بالتعويض يجعل الإنسان يعيش على مضض مع زوج لم يعد يربطه به أي رباط من الألفة والمحبة وفي ذلك ما يناقض قوله تعالى "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"¹.

بالإضافة إلى أن الأضرار الناجمة عن مسائل الزواج والطلاق هي أضرار من نوع خاص، إذ تعتبر ذات تأثير كبير في حياة من تقع به إذ قد يفقد معنى الإحساس بالأمان، فلا يستطيع أن يجيأ كما يجيئ غيره في وسط أسرة، وبصحبة زوج، ويكون مصيره الفشل في الإرتباط بعد ذلك، ولا يجني سوى العزلة والعيش منفردا. وقد تكون تلك العزلة محتملة في ريعان الشباب، إلا أنها عند تقدم السن وإدبار الحياة تصبح جحيما لا يطاق².

فهذه الأضرار وغيرها وما يترتب عليها لها طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، ما يجعل التعويض عنها يختلف عن تعويض الأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

ولقد كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر وأوسع من أي شريعة أخرى، إذ جعله الله سبحانه وتعالى من آياته في خلقه وعده من نعمه على عباده، إذ يقول سبحانه وتعالى في هذا، "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³

¹ - سورة البقرة ، الآية 229.

² - أنظر، عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، 2002، ص 7.

³ - سورة الروم، الآية 21.

فالتزوجية سنة من سنن الله في خلقه لا يشد عنها مخلوق في هذه الأرض، وهي الأسلوب الذي إختاره الله سبحانه وتعالى للتوالد والتكاثر وإستمرار الحياة، ولم يشأ تعالى أن يترك الإنسان كغيره من المخلوقات فيدع غرائزه دون وعي ويترك إتصال الذكر بالأنثى فوضى لا ضابط له.

بل وضع النظام الملائم لسيادته، والذي من شأنه أن يحفظ شرفه ويصون كرامته، فجعل إتصال الرجل بالمرأة بالزواج إتصالا كريما مبنيا على قواعد شرعية لا يجوز إلا بتوافرها، فجعلهما بمثابة اللباس للآخر⁴.

وبذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية قبل أن يكون عقدا، وحتى بوصفه بالعقد فهو عقد من نوع خاص إذ أنه يفترض فيه الدوام، وهو بذلك من أقدس الروابط التي يمكن أن تجمع بين الرجل والمرأة، ويعتبر السبيل الوحيد الذي يحافظ على الأنساب ويمنع إختلاطها، وقد أفرغ الله سبحانه وتعالى عليه صبغة الميثاق الغليظ⁵، وكرست قوانين الأسرة ذلك من خلال نصوصها المحددة لشروط الزواج وآثاره.

ونظرا لما لعقد الزواج من أهمية ومن آثار لا تنطبق على العاقدين فحسب، بل على أسرتيهما وعلى المجتمع ككل، فقد حجب الفقه الإسلامي ورغب بأن تكون له مقدمة تسبق التعاقد النهائي تتمثل في الخطبة، وأحاطها بعناية بالغة، وحدد طبيعة العلاقة بين الخاطب والمخطوبة خلال هذه الفترة. وأعطى لكل منهما الحق في العدول عن هذه الخطبة في أي وقت شاء دون أن يحدد لذلك شرطا أو قيда، غير أن هذا العدول وإن كان حقا لكل من الطرفين، إلا أنه قد يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك، مما يجعل الطرف العادل مسؤولا عن تعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر.

⁴ - قال تعالى "أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم هن لباس لكم وأنتم لباس لهن....."، سورة البقرة الآية، 187.

⁵ - قال الله تعالى ".....وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا"، سورة النساء، الآية 21.

ومع كل القداسة المحيطة بالرابطة الزوجية فإنها تجمع بين شخصين مختلفين في تركيبتهما البيولوجية، وربما أيضا في الطباع والأخلاق، وهذا الاختلاف قد ينجم عنه عدم القدرة على مواصلة الحياة الزوجية، ولهذا شرع الطلاق كوسيلة لفك الرابطة الزوجية.

كل هذه المسائل وإن كانت عبارة عن علاقات ذات طابع شخصي إلا أنه يثور الحديث عن التعويض بشأها. ودعاوى التعويض المطروحة أمام القضاء أصبحت من أكثر القضايا التي تنظر فيها المحاكم، فالتعويض كمبدأ مستقر اليوم لم يكن وليد القوانين الحديثة بل هو متأصل مع الإنسان منذ نشأته.

ومن الجانب التاريخي، إذا رجعنا إلى جميع نواحي الحياة في المجتمعات البدائية نجد فكرة التعويض تسيطر على كل أمر فيها، فالزواج مثلا كان يتم عند الإنسان البدائي عن طريق عدد من الأبقار يقدمه الرجل إلى أهل المرأة وذلك كتعويض عما يصيبهم من ضرر جراء فقدهم لها كيد عاملة ستنتقل إلى الرجل وأهله، وكتعويض كذلك عما تكلفته تلك اليد العاملة في تربيتها وتنشئتها ولم يعد من الممكن الانتفاع بها بعد زواجها⁶.

أما في جريمة القتل ولعلها أكثر الحوادث لفتنا للنظر لأنها الحادث الذي يتحقق بوقوعه أعظم فقد يختلف رد الفعل بحسب النظرة إلى القتل ذاته كحدث، فإن كان في نظر الجماعة جريمة يتحدد إقتضاء التعويض كذلك على أساس ما تتصوره الجماعة من ضرر، وخلاصة الأمر أن الدية كتعويض إرتبطت دائما بمعنى الضرر ومداه .

وقد يترتب على القتل وجوب أخذ الثأر أو ترك الأمر لذوي المجني عليه وقربته إن شاءوا رضوا بالدية وإن شاءوا إقتصوا منه، والإنتقام ليس شعورا غريزيا فحسب لدى الإنسان البدائي، بل هو في بعض المجتمعات القديمة واجب مقدس.

⁶ - أنظر، ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون،الدار الجامعية، 1974، ص 32.

غير أن الإنسان البدائي لم يلبث أن وجد أن الإرضاء النفسي بإشباع الرغبة في الإنتقام لا يكفي وحده لتحقيق الإرضاء الكامل له، وهو ما يسبب له إستمرار الشعور بالمرارة والألم، ولذلك حاول الحصول على وسيلة تحقق له الإرضاء النفسي، فتشبع لديه الرغبة في الإنتقام والرغبة في إصلاح الضرر على حد سواء، وذلك بمحاولة تغطية هذا الضرر بقدر من المال يزداد في مقداره بحسب مدى الإعتداء ومدى رد الفعل الذي تولد في نفسه، وعلى هذا النحو ظهر نظام الدية.

وقد تكون هذه الدية إختيارية، وقد تصبح إجبارية، وقد لا تغني من الأمر شيئاً ويجب معالجة الأمر بالقصاص. وقد يكون الثأر هو المقابل الوحيد للقتل. فالأمر في كل ذلك مرتبط بكيفية جبر الضرر الذي حل بالجاني عليه أو قرابته أو عشيرته أو بالجاني شخصياً⁷.

ولعل عدم وجود قاعدة واحدة يكمن في إختلاف التصرفات والمعتقدات وبالتالي إختلاف الأهداف التي يتجه نحوها السلوك الإنساني، ولذلك يمكن القول أن الإنسان البدائي عرف فكرة التعويض التي أساسها جبر الضرر اللاحق بالمضروب.

ومع تحضر الإنسان البدائي، ظهرت فكرة التعويض في عدد من الحضارات القديمة في التاريخ، وقد كان لهذه الفكرة أثر في الحضارة السومرية والبابلية والآشورية. وقد أشارت إلى التعويض أحد الألواح السومرية التي يوجد المئات منها بمتحف الشرق القديم باستانبول، وهي رغم عدم إكتمالها وفعل عامل الزمن، فيها إلا أنها ذات أهمية في موضوع التعويض على وجه الخصوص، ذلك بأنها تنص على مبدأ الدية بدلا من مبدأ القصاص⁸.

أما الحضارة البابلية فقد كانت أكثر تقدما لأنها عرفت ما يسمى بقانون "حمورابي"، وإذا كان المعروف أن قانون حمورابي قد عرف قانون القصاص "العين بالعين والسن بالسن"، إلا أن إمعان النظر في نصوص هذا القانون يوضح أن قانون القصاص لم يكن في الحقيقة معمولاً به دائماً،

⁷ - أنظر، محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1983، ص 34.

⁸ - أنظر، محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ص 42.

ذلك بأنه حسب هذا القانون كانت المحكمة تطبق التعويضات المختلفة التي تقررها في حالة الحوادث التي تسببها الحيوانات، أو الجروح المتعمدة، حيث لا يكون من تحل به رجلا حراً⁹.

كما أن هذا القانون نص على تدرج التعويضات، وفرق بين حالات العمد وحالات الإهمال والخطأ، ونص قانون حمو رابي أيضا على إستحقاق المستأجر للتعويض إن هو أخرج من مزرعته قبل إنتهاء عقده، وحدد نصيب المالك بثلثي محصول البساتين في حالة الإثمار الكامل، كما نص كذلك على عقوبة من يتسبب في حدوث أضرار تلحق بحقل آخر بسبب إهمال مزارع في صيانة جدوله، فإذا أدى إهمال البساتين إلى نقص الإنتاج، فهو ملزم بدفع ما يتناسب والغلة العادية¹⁰.

من كل ذلك يتضح أن قانون حمو رابي، وهو يمثل مرحلة متقدمة من تاريخ البشرية قد عرف معنى التعويض، وإن كان هذا التعويض قد إختلط بالجزاء الجنائي إلى حدما، ما يعني أن قانون حمورابي كنظام قانوني وإن لم يعرف تنظيما مستقلا للمسؤولية المدنية، إلا أنه عرف مبدأ التعويض، وربطه بالضرر وجعله أساسا له.

ثم تدرجت فكرة التعويض في القانون الروماني القديم الذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون الفرنسي، وما يعبر عنه في الفقه الحديث بالتعويض الذي يعتبر نتاجا للمسؤولية، يعتبر إرتدادا إلى فكرة العقوبة الخاصة المعروفة في القانون الروماني¹¹.

وقد كانت الجريمة الخاصة هي مصدر الغرامة المالية في القانون الروماني، فالفعل الضار لم يكن محلا للجزاء في هذا القانون سواء كان يمثل إعتداء على النفس أو على المال إلا إذا كان منصوبا عليه في القانون كجريمة خاصة.

⁹ - أنظر، محرم كمال، بلاد النهرين، الحضارتين البابلية و الآشورية، ترجمة عن ديلايورت، ص 114؛ مقتبس عن محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ص 39-40.

¹⁰ - أنظر، محرم كمال، المرجع السابق، ص 119-120.

¹¹ - أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، ص 31.

فالقانون الروماني لم يعرف في أي مرحلة من مراحلها مبدأ أن كل فعل ضار يرتب للمضرور حقا في التعويض أو في الغرامة المالية، والجريمة الخاصة في القانون الروماني هي جريمة الاعتداء، وجريمة السرقة وجريمة الاعتداء على مال الغير¹².

على أن قانون الألواح الإثني عشر أبقى على حد الأخذ بالتأثر في بعض الأحوال، مثل السرقة في حالة التلبس إذ ارتكبت ليلا، كما أبقى على الدية الإختيارية في أحوال أخرى مثل جريمة الاعتداء على الشخص بفصل عضو من أعضائه.

وكان لمبادئ الشريعة الإسلامية أثرا كبيرا على فكرة التعويض، فقد تناول الفقه الإسلامي نظرية الجزاء عن الفعل الضار بطريقة تتسم بالموضوعية وبنظرة إجتماعية متقدمة، فتخلى عن التأثر وفكرة الانتقام في تقدير الجزاء، كما عنى الفقه الإسلامي أيضا بوضع تقسيمات وقواعد كلية لأنواع الجزاء دون التقييد بفكرة تعداد الجرائم التي كانت سائدة في الشرائع القديمة.

والأساس الذي يستند إليه فقه الشريعة الإسلامية للترقية بين ما يمكن أن نسميه مجازا المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية هو ما إذا كان العمل غير المشروع واقعا على حق الله أو على حق العبد، وحق الله ما يتعلق به النفع من غير إختصاص لأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. أما الاعتداءات التي تقع على حق من حقوق الله تدخل في فكرة الجريمة العامة وجزاؤها عقوبة عامة¹³.

أما إذا كانت الجريمة تتعلق بحق العبد كالسرقة، فإن الجاني يلزم أيضا بالضمان إلى جانب توقيع الحد عليه، وفيما يتعلق بالإجراءات التي تنقرر عند الاعتداء على حق العبد فتختلف

12 - أنظر، عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الطبعة الخاصة 1966، ص 422؛ مقتبس عن محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 32.

13 - العقوبات العامة في الشريعة الإسلامية هي الحد والتعزير في حقوق الله والكفارة والحرمات من الميراث والحد هو عقوبة مقررة واجبا حقا لله تعالى وهي قطع اليد في السرقة والرجم والجلد في الزنا والجلد السكر والقذف أما الكفارة فتجب في القتل الخطأ وهي عتق رقبة مؤمنة فإن لم يكفها فصيام شهرين متتابعين وفي حالة العجز إعام ستين مسكينا أما الحرمات من الميراث فيوقع على القاتل إن كان يرث المقتول أنظر. في ذلك سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، دار الكتاب الحديث، 1971، ص 101.

حسب ما إذا كان الاعتداء واقعا على النفس أو واقعا على المال، ففي الإعتداء الذي يقع على النفس أو الجسم فإن الجزاء عدا التعزير والقصاص يتمثل في الدية والإرش وحكومة العدل¹⁴.

أما الاعتداء الذي يقع على المال، فجزاؤه في الشريعة الإسلامية الضمان، وهو ما يقابل فكرة التعويض المدني في التشريعات الحديثة، مع إختلاف في بعض الأحكام. فإذا كان الفعل يستوجب عقوبة عامة، فإن هذه العقوبة تجتمع مع الضمان، مثلما تقتزن الدعوى العمومية بالدعوى المدنية في الفقه الحديث.

وكانت عناية الشريعة الإسلامية بنظام الزواج أكثر وأوسع من أي شريعة أخرى وأحاطته بأوسع الضمانات التي تكفل سعادة الزوجين وتأتي بالخير لأسرتيهما، على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين أصبح فصم عرى الزوجية أمر لا مناص منه. وأن التشريع الإسلامي لم يبيح الطلاق إلا عند الضرورة، ورتب للمطلقة حقوقا مالية على مطلقها، فجاء بالمتعة ونظم أحوالها وحالات إستحقاقها بإعتبارها جبرا لأم وفرقة الطلاق¹⁵.

لكن التساؤل الذي يثار هنا هل أن منح الحق في وضع حد للعلاقة الزوجية للرجل والمرأة يعني ذلك إستعمالهما لهذا الحق كيف ما يشاءان دون رقابة عليهما، هل هما مسؤولان عن الأضرار المترتبة عن إستعمال هذا الحق؟ وإذا تقرر المسؤولية فعلى أي أساس قانوني تقوم؟ وهل تجوز المسائلة عن جميع الأضرار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية دون إستثناء؟ وما هو دور القاضي في هذه الأوضاع؟

ثم ما لبثت فكرة التعدي أن تطورت في الفقه الإسلامي، فلم تقتصر على الخروج عن حدود الحق، بل شملت عدم التبصر والإهمال والإساءة في إستعمال الحق، وهو ما إنتهى إلى تقدير التعدي تقديرا شخصيا، بعد أن كان تقديره في الأصل موضوعيا يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق.

14 - أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 59.

15 - أنظر، محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مجلة أضواء الشريعة، كلية الشريعة، الرياض، يونيو 2003، العدد 2، ص 109.

أما عن تقدير الضمان أو مداه في فقه الشريعة الإسلامية، فإنه يوجد اختلاف بين نظام التعويض القائم، والضمان من حيث نوع الأضرار القابلة للتعويض، فإن هذه الأضرار يتم تعويضها بطريقة تتحقق مع الإتجاه الموضوعي للتعويض الذي عرفته القوانين الحديثة.

كما لم تعرف فكرة التعويض عن الضرر الأدبي سندا في الشريعة الإسلامية وذلك أن التعويض لا يكون إلا بالمال على أساس المعادلة أو المكافئة. ولذلك وجب أن يكون الضرر المقابل له ضررا ماليا، أي بفقد المال، أما غير المال، فلا يقوم بالمال ولا يعوض عنه بالمال.

كما أن الفقه الإسلامي يشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا مقوما في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا منه، وبالتالي لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن ربح فاته، يترتب على هذه القاعدة أن الضمان يكون بقيمة ما فقد أو أتلّف أو غصب أو بمقدار النقص في مسلك الفاعل، أو محدث الضرر بمقياس ذاتي أو شخصي، وإنما يقاس الفعل غير المشروع بمقياس موضوعي قوامه أن الإضرار بالغير هو في ذاته عمل غير مشروع يوجب التعويض¹⁶.

هذه الفكرة الإجتماعية التي يستوحىها الفقه الإسلامي في تأسيس المسؤولية، تهدف إلى إقرار حق كل فرد في المجتمع في سلامة جسمه وماله، وهذا التأسيس الاجتماعي والموضوعي لفكرة المسؤولية المدنية في الشريعة الإسلامية يمارس أثره أيضا على تقدير التعويض. ويتقيد بمبدأ رفع الضرر عن المضرور بطريقة شبه موضوعية، ويحدد مسؤولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعي مجرد.

¹⁶-أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 76.

وقد سمح تطور القانون بإستقرار مبدأ التعويض في كل القوانين الحديثة، وقد سمح هذا التطور باستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية، وترتب على ذلك استقلال التعويض المدني عن العقوبة الخاصة، وإندثار فكرة العقوبة الخاصة التي كانت تجمع بين المسؤوليتين في نظام واحد.

على أن الإستقلال بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية وتخصص المسؤولية المدنية بوظيفة جبر الضرر المترتب عن الخطأ، إذا كانت معاملته قد ظهرت في المراحل الأخيرة لتطور القانون الفرنسي القديم، إلا أنه لم يتحقق بطريقة حاسمة ومطلقة إلا في التقنين المدني الفرنسي الصادر في عام 1804 وقد كان هذا التقنين دعامة إستند عليها الفقه والقضاء الفرنسي في القرن الماضي والقرن الحالي لتأكيد وحدة وظيفة المسؤولية المدنية القائمة على جبر الضرر.

وقد سيطرت هذه الفكرة وحدها على واضعي هذا القانون، وقد ظهر ذلك في النزعة الشخصية عند تقدير التعويض، والنظر إليه من جانب موضوعي بحث، فلا تدخل فيه ثمة عناصر شخصية كدرجة جسامة الخطأ، أو شعور المضرور ومدى رغبته في الانتقام، فالتعويض في نظر واضعي هذا التقنين لم يكن له هدف سوى جبر الضرر فحسب.

كما أخذ هذا التقنين بفكرة وحدة الخطأ كأساس لإستحقاق المضرور للتعويض، وبالتالي فإن أي خطأ و لو كان يسيرا يوجب المسؤولية، وهو بذلك قد رفض فكرة بوتيه عن تدرج الخطأ ليأخذ بمعيار موحد، حيث الإنحراف عن السلوك المعتاد يكفي لقيام المسؤولية¹⁷.

فالتعويض في ظل القانون الفرنسي ليس عقوبة مرتكب الفعل الضار وبالتالي لا يجب أن يتوقف في تقديره على جسامة الخطأ المرتكب، فالخطأ الجسيم مثله مثل الخطأ التافه في تقدير التعويض، فالعبرة في ذلك بالنظر إلى الضرر الحاصل، فمن القتل إلى الجرح البسيط، ومن إحراق مبنى إلى إتلاف منقول تافه، كل ذلك يخضع لنفس القاعدة. وقابل للتقدير الذي يعوض المضرور عن الضرر الثابت¹⁸.

¹⁷- Cf . P. JACOMET, Essais sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français, thèse, Paris, 1905, n°10.

¹⁸- Cf. P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les obligations, 2^{ème} édition, Cujas, 1990, n°158.

وبذلك زالت نهائياً من القانون الفرنسي فكرة الجريمة الخاصة التي عرفها القانون الروماني ومن بعده القوانين الجرمانية والقانون الفرنسي القديم، التي تنشأ للمضور حقا في العقوبة الخاصة، وتم إستبدالها بفكرة جديدة مؤداها أن كل من تسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير يلتزم بتعويض هذا الضرر¹⁹.

وخلاصة القول أنه في ظل هذا التقنين لم يعد للتعويض سوى وظيفة واحدة، وهي إصلاح الضرر، وذلك يجبره جبرا متكافئا غير زائد عليه، إذ أن وظيفة التعويض طبقا لهذه النظرية الجديدة ليس معاقبة المسؤول، بل ترضية المضور وجبر مالقه من ضرر.

وأخذ المشرع المصري في التقنين المدني القديم قواعد المسؤولية التقصيرية عن القانون المدني الفرنسي، فأقام المسؤولية التقصيرية الشخصية على خطأ واجب الإثبات، فتنص المادة 151 منه على أن كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر، ثم نص على حالات المسؤولية عن أفعال الغير وعن الحيوان في المادتين 152-153 وأقامها على خطأ مفترض على هدي القانون الفرنسي²⁰. وفي التقنين المدني الجديد سار أيضا على ذات المنهج الذي كان عليه في التقنين السابق، فجعل المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات²¹.

ومن إستقراء نصوص القانون المدني المصري يتضح بجلاء رغبة المشرع في حصر وظيفة التعويض المدني في أمر واحد هو جبر الضرر، فقد نصت المادة 50 منه على أن "لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصه أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"²².

19 - وقد تبلورت هذه الأفكار في نصوص قانونية محددة، فنصت المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي على أن كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه. ونصت المادة 1383 من نفس القانون على أنه كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو عدم تبصره. وتناولت المواد من 1384 حتى 1386 منه المسؤولية عن الغير وعن الأشياء.

20 - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1073.

21 - أنظر، طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2001، ص 45.

22 - وفي مجال القواعد العامة في تقدير التعويض نصت المادة 170 من نفس القانون على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضور طبقا لأحكام المادتين 221-222 ومراعيًا في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضور بالحق في أن يطالب في مدة معينة بإعادة النظر في التقدير"

ونصت المادة 221 من ذات القانون على أنه "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو بنص القانون، فالقاضي وحده هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو التأخر بالوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وإذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة "وقف التعاقد". كما يظهر من نص المادة

ولا شك من ظاهر هذه النصوص أن المشرع المصري قد اعتنق النظرة الموضوعية في تقدير التعويض بما يتطابق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فهذه المبادئ تتلخص في أن أي خطأ يكفي لقيام المسؤولية والإلتزام بالتعويض، وأن التعويض واحد لكل درجات الخطأ، وأن الخطأ لا قيمة له إلا في إسناد المسؤولية ولا علاقة له بتقدير التعويض وأن القاعدة هي دائما التعويض الكامل الذي يشمل الخسارة التي لحقت بالمدين أو ما فاتته من كسب، كما يشمل الضرر الأدبي والضرر المادي وأن التعويض يقدر تقديرا ذاتيا بالنسبة للمضرور حسب ما لحقه من خسارة على وجه الخصوص وتقديرا موضوعيا بحسب بالنسبة للمسؤول، فلا يؤخذ في الاعتبار مدى جسامة الخطأ في جانب المسؤول أو مدى يساره أو ثرائه²³.

ولذلك يمكن القول أن المشرع المصري أخذ بالمبدأ الشخصي المعتدل الذي يعتبر جسامة الخطأ عنصرا من عناصر تقدير التعويض إلى جانب عنصر مدى جسامة الضرر، ولكنه لم يتجه إلى تغليب العنصر الأول على العنصر الثاني أو طغيانه عليه كما هو الشأن في الشرائع البدائية التي كانت تجعل العقوبة الخاصة جزاء للفعل غير المشروع، أو ترجح العنصر الثاني على العنصر الأول إلى حد تجاهله تماما كما ذهب إلى ذلك التقنين المدني الفرنسي.

وكان لفكرة التعويض أثرا أيضا في التشريع الجزائري إذ تضمنت المواد من 124 إلى 133 من القانون المدني المبادئ العامة للتعويض²⁴. ويتضح من هذه النصوص أن المشرع الجزائري جعل التعويض ناجما عن الخطأ الشخصي، وجعل من التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض إذا

222 من نفس القانون أن المشرع المصري قد أقر التعويض عن الضرر الأدبي إذ تنص على أنه "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى إتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء، ورغم ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم جراء موت المصاب".

23- أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 86.

24- فنص المادة 124 منه على أنه كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض وأورد المشرع في المادة 124 مكرر من ذات القانون أنه "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

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

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

بالإضافة إلى ذلك فقد قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض من المادة 182 إلى 187 من نفس القانون.

ألحق بالغير ضرراً، ولم يعط المشرع الجزائري تعريفاً للخطأ ولكن بالرجوع إلى الفقه نجد أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، أي بمعنى الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي مع الإدراك بأن هذا التصرف يضر بالغير²⁵.

ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين أولهما مادي وهو التعدي أو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي²⁶، والثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز، إذ لا خطأ بغير إدراك²⁷.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد اعتمد المعيار الموضوعي لأن الأخذ بالمعيار الشخصي يبنى على إعتبارات ذاتية خفية يستعصى على الباحث كشفها إضافة إلى أنها تختلف من شخص إلى آخر وهذا ما يظهر في كثير من أحكام القانوني المدني الجزائري، فيقاس به الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية (المادة 172 فقرة 2)، ويفرضه المشرع على المستأجر المادة 495، والمستعير المادة 544 وقد استمد المشرع الجزائري هذه الأحكام من التقنين المدني الفرنسي، ناقلاً الفكر الذي إستقر إليه هذا الأخير باعتبار أن وظيفة التعويض هي الإصلاح وليست عقاب المخطئ.

وإن كان الأمر لا يتوضح في الإصطلاح العربي المخصص لفكرة جبر الضرر وهو مصطلح التعويض، ولكن من خلال المواد سالفه الذكر، فإن إستعمال مصطلح "REPARATION" باللغة الفرنسية والذي يترجم إلى العربية بالإصلاح، لا يدع مجالاً للشك حول نية المشرع الجزائري في الأخذ بالمعيار الموضوعي.

²⁵ - أنظر، خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 242.

²⁶ - ويتمثل الركن الأول وهو التعدي في الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص إلتزامها. ففي مثل هذه الأحوال يعتبر هذا الإخلال تعدياً كسائق سيارة يتجاوز السرعة المقررة فيدهس أحد الأشخاص. ولكن ما هو المعيار الذي من خلاله نقيس أعمال الشخص ونحدد ما إذا كانت تمثل إخلالاً بالتزام قانوني أم لا.

إذا أخذنا بالمعيار الشخصي فإننا لا ننظر إلى الشخص الذي وقع منه السلوك، ولإعتبار العمل الذي قام به تعدياً يجب أن نضع في نظرنا عدة اعتبارات، منها السن، والجنس، والحالة الاجتماعية، وظروف الزمان والمكان المحيطة بارتكابه التعدي، أي عند محاسبة الشخص عن أعماله ننظر إلى تقديره للعمل الذي ارتكبه، فالشخص لا يكون مرتكباً لخطأ قانوناً إلا إذا أحس هو أنه ارتكب خطأ، فضميره هو دليله ووزاعه. أما إذا أخذنا بالمعيار الموضوعي يفترض إستبعاد الإعتبارات السابقة، وننظر إلى سلوك الشخص بسلوك الأشخاص الذين يتعامل معهم ويعايشهم، ونقيس هذا السلوك بأوسط الناس، فيعتبر العمل تعدياً أي خطأ إذا كان الشخص العادي لا يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول، ولا يعتبر العمل تعدياً إذا كان الشخص العادي يقوم به في نفس الظروف التي كان فيها الشخص المسؤول. أنظر في ذلك بالتفصيل خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 242.

²⁷ - أنظر، العربي بلحاج النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص 60.

فهذه الأضرار وغيرها وما يترتب عليها لها طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، ما يجعل

التعويض عنها يختلف عن تعويض الأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

وقد أورد المشرع الجزائري التعويض في نصوص متفرقة من قانون الأسرة في مسائل

تتعلق بالزواج والطلاق. ونظرا لأن التعويض عن الضرر وما يتعلق به من أسس ذلك التعويض وكيفيته

يقتضي دراسة نوع المسؤولية التي يتم التعويض على أساسها، سأنتهج لأجل ذلك المنهج التحليلي

الإستقرائي، من خلال التعرض إلى الآراء الفقهية والمواقف القضائية، والوصول من خلالها إلى إبراز صور

التعسف في إستعمال الحق والآثار المترتبة عن ذلك، وسلطة القاضي للتصدي لهذا التعسف، وتقديره

للتعويض عن هذه الأفعال والقيود الواردة عليه في ذلك. كما سأحاول عند التطرق لكل مسألة من

هذه المسائل مقارنة ذلك بالتشريع السوري والمصري وموقف القضاء منها.

لكن التساؤل الذي يثار هنا هل أن منح الحق في العدول عن الخطبة وعدم إتمام

الزواج، أو في وضع حد للعلاقة الزوجية للرجل والمرأة يعني ذلك إستعمالهما لهذا الحق كيف ما

يشاءان دون رقابة عليهما، هل هما مسؤولان عن الأضرار المترتبة عن إستعمال هذا الحق؟ وإذا تقرر

المسؤولية فعلى أي أساس قانوني تقوم؟ وهل تجوز المسائلة عن جميع الأضرار المترتبة عن فك الرابطة

الزوجية دون إستثناء؟ وما هو دور القاضي في هذه الأوضاع؟

للإجابة عن ذلك سأتناول بالدراسة التعويض عن بعض مسائل الزواج والطلاق

وإخترت لأجل ذلك العدول عن الخطبة وكذا فك الرابطة الزوجية، سواء كان ذلك بطلب من الزوج

أو الزوجة أو في التطليق الذي يوقعه القاضي. وذلك عن طريق ثلاث فصول وهي على النحو التالي:

الفصل الأول: العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض

الفصل الثاني: الطلاق كمسألة موجبة للتعويض

الفصل الثالث: سلطة القاضي في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

الفصل الأول
العدول عن الخطبة
كمسألة موجبة للتعويض

إذا كان عقد الزواج يمتاز بالأهمية البالغة لما له من الآثار في حياة الرجل والمرأة على حد سواء، فإنه لا بد أن يكون كلا منهما على بصيرة وعلم بأمر الآخر، والطريق إلى ذلك كله هو الخطبة.

والخطبة التي تسبق عقد الزواج لم يستحدثها الإسلام ولا القوانين الوضعية، وإنما وجدت في المجتمعات البدائية مع اختلاف في الآثار، إذ كان يباح للخاطب معاشرته خطيبته في صورة الحياة الزوجية الكاملة كما استمر وجودها عند العرب في الجاهلية قبل الإسلام. ثم جاء الإسلام لينظم هذه المرحلة التي تسبق عقد الزواج، ويكاد يكون للخطبة أثر في جميع التشريعات الحديثة مع اختلاف في حكمها و آثارها و شروطها.

وقد أبحاث الشريعة الإسلامية، وعلى غرارها التقنينات الوضعية تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة عن إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك، أو وجد ما ينفره منه، وهذا ما يسمى بالعدول عن الخطبة. ويعتبر العدول عن الخطبة من بين الأفعال التي توجب التعويض للطرف المتضرر منها.

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

المبحث الأول

الطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها

يعتبر الزواج أهم حدث في حياة الرجل و المرأة بالنظر إلى ما سيحدثه من آثار التي قد تتعداهما إلى أولادهما، و التي بفضلها يصبح الرجل و المرأة في درجة من الوحدة والإلتئام بمثابة اللباس للآخر، إذ يقول الله سبحانه وتعالى في ذلك "هن لباس لكم و أنتم لباس لهن"²⁸.

ولكي يحقق كل منهما غرضه من الزواج، وهو دوام العشرة، والإستمرار، لا بد أن يكون كل منهما على بصيرة بأمر صاحبه، ولا تتحقق هذه البصيرة إلا بأن يكون لهذا العقد مقدمة، وهي الخطبة. فالخطبة هي تقليد عام على إختلاف في الآثار التي كانت موجودة في المجتمعات البدائية²⁹.

والخطبة بضم الخاء تعني الكلام المسجوع والمنثور الذي يخاطب به المتكلم جمعا من الناس لإقناعهم، وجمعها خطب، أما الخطبة بكسر الخاء فهي تعني طلب النكاح، وأختطبوا فلانا أي دعوه يتزوج صاحبه³⁰.

وتمثل الخطبة في تقاليدنا إجراء أوليا أو تمهيدا من الإجراءات التي يقوم بها الخاطب أو أقربائه للاتصال بالمخطوبة أو أوليائها من أجل التعرف على العروس وعلى أسرتها، وتبادل الهدايا، من أجل تبادل الرضا والقبول بين أسرة الخاطب وأسرة المخطوبة بشأن المصاهرة والتزواج وإقامة العلاقات الطيبة بينهما³¹.

²⁸ - سورة البقرة ، الآية 187.

²⁹ ، كما استمر وجودها عند العرب قبل الإسلام، حيث كانوا يخطبون في الجاهلية المرأة -إذ كان يباح للخاطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صورة الحياة الزوجية الكاملة²⁹ إلى أبيها أو أخيها أو عمها ، وكان الخطاب يقولون إذا أتاهم "انعموا صباحا نحن أكفأؤكم، فان زوجتمونا أصبنا رغبة وأصبتمونا، وكنا بصهركم حامدين، وإن رددتمونا لعله نعرفها رجعا عاذرين"، أنظر في ذلك محمد محدة ، الخطبة و الزواج ، الطبعة الثانية ،دار الشهاب، 2000، ص4 .

³⁰ - أنظر، سعدي أوجيب ، القاموس الفقهي لغة و إصطلاحا ، دار الفكر ، الطبعة الثانية ، 1988، ص 118 .

³¹ - أنظر، عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة، 1996 ، ص 83 .

وقد عرف الفقهاء³² الخطبة بكسر الخاء على أنها طلب الرجل المرأة ليتزوجها. والخطبة تكون بالتصريح أو بالتعريض، فالتصريح إنما هو الإفصاح عما في النفس بمجاهرة كقول الخاطب أريد أن أتزوجك، أو تزوجيني، وأما التعريض فهو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له. فالمعرض بالكلام يوصل إلى صاحبه كلاما غير صريح ولكن يفهم معناه، كأن يقول الخاطب أريد الزواج من امرأة أوصافها كذا، بما ينطبق على من يريد خطبتها، أو يقول لأهلها أريد الدخول في زمرتكم.

فالخطبة بهذا المفهوم وسيلة للتعارف حتى يطمئن كل طرف على سلوك الآخر، وحتى تكون الخطبة محققة لغايتها أباح الشارع الحكيم النظر إلى المخطوبة، لقول الرسول 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"³³.

وقد وصف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة بأنها وعد بالزواج، أي أنها إتفاق يتم بإيجاب وقبول يتعلق بوعدهم بعقد الزواج. و أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه يجوز للطرفين العدول عنها. ومعنى ذلك أنه متى وقع الاتفاق بين الخطيبين كان ذلك إجراء تمهيديا لإتمام عقد الزواج، إلا أنه يمكن لأحدهما أو كلاهما التحلل من هذا الالتزام. فما هي القيمة القانونية لها كإجراء مستقل عن عقد الزواج؟ ومتى يكون العدول عنها سببا موجبا للتعويض؟ أفصل الجواب عن ذلك في مطلبين، أتناول في المطلب الأول الطبيعة القانونية للخطبة، وفي المطلب الثاني إلى حكم العدول عنها.

32 - عرفها الاستاذ بلحاج العربي على أنها التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه الالتماس إليها أو إلى وليها ، أنظر العربي بلحاج أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ج2، ص606 . و عرفها الأستاذ حسن علي السمي بأنها طلب الرجل الزواج بامرأة ليكون كل منهما على بينة بأمر الآخر قبل الإرتباط بعقد الزواج، أنظر حسن علي السمي ، الوجيز في الأحوال الشخصية، دار النهضة للطباعة والنشر، 1999، ص24 . و عرفها الإمام محمد أبو زهرة بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حاله و مفاوضتهم في أمر العقد، أنظر في ذلك ، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1950، ص 28 .

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

الخطبة قديمة جدا قدم عقد الزواج وهي تسايره من وقت أن كان الزواج بالشراء، ولهذا كان للخطبة أحكام في جميع الشرائع المختلفة القديمة منها والحديثة، سواء كانت دينية أو وضعية، وهي باعتبارها عملا قانونيا يمهّد أو يسبق عقد الزواج يكاد يكون لها أثر في جميع القوانين والتشريعات، مع إختلاف في الأثر. وللوصول إلى جوهر الاختلاف لا بد من مقارنة بعض التشريعات ومواقف الفقهاء بشأن الخطبة. وعلى أساس هذه المقارنة يمكن أن تحدد القيمة القانونية للخطبة وما يترتب عليها من حقوق لكل من الطرفين، ثم نحدد نطاق هذه الحقوق، وما قد تخلفه من آثار إذا ما أسيء إستعمالها.

وإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى وصفا للخطبة بأنها وعد بالزواج، فهل يقع عليها مايقع في الوعد بالتعاقد الذي نظمه القانون المدني بشأن العقود والإلتزامات التي ترتبها؟ أم أنها وعد بالتعاقد من نوع خاص، على إعتبار أن المشرع قد أدرج في الشطر الثاني من نفس المادة إمكانية العدول عنها؟ وهل هذا الموقف للمشرع الجزائري يتناقض مع بعض التشريعات العربية؟ وهل أن إقتران الإيجاب والقبول بشأن الخطبة يمكن أن ينتج إلتزاما يرقى إلى درجة العقد؟ هل يمكن إعتبارالخطبة عقدا تمهيدا محله إتمام الزواج؟

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

وقد انقسم فقهاء القوانين الوضعية حول الطبيعة القانونية للخطبة إلى زمرتين إثنيتين، الأولى تراها عقدا والفئة الثانية تراها وعدا. لذلك أتعرض في الفرع الأول الى النظرية العقدية للخطبة، وأخصص الفرع الثاني إلى ماذهبت إليه الفئة الثانية في إعتبار الخطبة وعدا بالزواج، ثم أتناول في الفرع الثالث موقف الشريعة الإسلامية من ذلك.

الفرع الأول النظرية العقدية للخطبة

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين، وهو عقد صحيح وملزم، شأنه في ذلك شأن كافة العقود الملزمة لجانبين. وقد ظهرت هذه الفكرة في الفقه الفرنسي منذ القرن التاسع عشر، حيث إعتبر الخطبة عقدا يرتب إلتزاما بعمل، ويتحول عند الإخلال بالوفاء به إلى تعويض. وذلك ما يتماشى مع نص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه "الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها". وهذا النص لا يمكن تقييده إلا بنصوص خاصة، وفي غياب هذه الأخيرة فإن الخطبة كإتفاق على إبرام الزواج تبقى ملزمة للجانبين.

وبذلك طبق الفقه الفرنسي على الخطبة القاعدة المقررة بالمادة 1134 من القانون المدني وإعتبر الوعد بالزواج إتفاقا صحيحا ملزما لطرفيه³⁴.

بالوعد بالزواج و العدول عن وفي ظل القانون الفرنسي القديم فان عدم الإلتزام بالخطبة كان يترتب عنه الإلتزام بالتعويض طبقا للمادة 1142 من القانون المدني التي تقضي بأنه "كل إلتزام بفعل يرتب التعويض في حالة عدم تنفيذه"، وأن الإلتزام بإتمام إجراءات الزواج بموجب الخطبة كان في نظره إلتزام بفعل، وقد ذهب الفقيه مارلان إلى نفس الإلتجاه³⁵.

ورغم ما ساد هذا التوجه من القول بأن الخطبة عقد صحيح إلا أنه لم يؤثر على أحد من الفقهاء اللذين قالوا بذلك ما يفيد إجبار أحد الخاطبين على التزوج من الآخر، فيجوز له في كل

³⁴-Cf. M. PLANIOL et G.RIPERT ,Traité pratique de droit civil français , 2ème édition , tome 2, L.G.D.J. ,1952,n° 81 .

³⁵ Cf. F. LAURENT, Principes de droit civil Français , tome 2 ,3ème édition, Bruxelles ,1978, n° 404 -405 .

الأحوال أن يعدل ولا يتم الزواج، ولكن يبقى القول في التعويض عن العدول وأساس ذلك التعويض³⁶.

وفي نفس الإتجاه توصل الفقيه جوسران إلى أن الخطبة تكون عقدا من نوع خاص، وأن هذا العقد يمكن فسخه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين. غير أن التعسف في إستعمال هذا الحق كغيره من الحقوق يرتب مسؤولية³⁷. وقد كان لهذا الإتجاه أثر كبير على القضاء فيما بعد.

وذهب الدكتور بشير البيلاي إلى أن الخطبة عقد علي ذو صبغة دينية يتبادل فيه رجل وامرأة الوعد بالزواج الآجل³⁸. وعليه فانه وفقا لهذا الإتجاه، فان للخطبة صبغة عقدية إلزامية بحيث أن ما يدور بين الخاطب والمخطوبة من إيجاب وقبول حول إتمام إجراءات الزواج يعتبر بمثابة عقد. وقد إرتكزت هذه النظرية على أساسين الأول تاريخي والثاني قانوني.

أولا- الأساس التاريخي

إعتمد أنصار هذا التوجه على أن الخطبة تعتبر تقليدا عاما تعود جذوره إلى ما قبل العهد الروماني. وقد كان الزواج في هذا العهد يتم على مرحلتين أولاها الخطبة، ويتم فيها الرضا بشأن الزواج وتحديد كل الشروط والأركان ونتيجة لتلك الإتفاقات والشروط صارت الخطبة بمثابة العقد الذي يلتزم بمقتضاه المتعاقدين تنفيذ ما إتفقا عليه فيما بعد، ذلك لأن الخطبة عندهم كانت تمنح لكل من الخطيبين حق المطالبة بالزواج، فضلا عما يكون لكل منهما من الحق في التعويض عما يحدث له من ضرر بسبب العدول³⁹.

³⁶ Cf. M.PLANIOL et G.RIPERT . op.cit .,n° 81 .

³⁷ Cf. L. JOSSERAND , Le problème de l'abus de droit ,DH 1967,chr 27, cite par J. CARBONNIER, Droit civil, tome 2 , La famille , les incapacités , Presses universitaires de France ,1983 . n°4.

³⁸ - أنظر بشير البيلاي ، قوانين الأحوال الشخصية ، دار العلم للملايين ، الطبعة الأولى ، 1979 ، ص45، عن محمد محدة ، المرجع السابق ، ص42 .

³⁹ -أنظر، سمير أورفلي ، الخطبة و العدول عنها ، مجلة القضاء و التشريع التونسية ، السنة 29 ، جانفي 1978 ، ص 59 .

أما المرحلة الثانية، فهي مرحلة الزواج ونتيجة لما تم الإتفاق عليه أثناء الخطبة لم يبق للزواج سوى عملية البناء أو الدخول الحقيقي، وذلك بانتقال الزوجة من بيت أهلها إلى بيت زوجها و الإستقرار فيه، وتحقيق ما إتفق عليه أثناء الخطبة تحقيقا واقعيا وفعليا

ثانيا- الأساس القانوني

أما الأساس الثاني لهذه النظرية فهو أساس قانوني، إذ يتركز أصحاب هذه النظرية على المفهوم العادي للعقد و الأركان العامة التي يقوم عليها. فالعقد في نظر القانون المدني الفرنسي، لاسيما المادة 110 منه فهو اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر للقيام بعمل أو بعدم القيام بأي عمل.

وبالنظر إلى الخطبة نجدها تستوفي كل شروط العقد ومتطلباته. كما أن المادة 1134 منه تؤكد ذلك أيضا، فهذا النص لا يمكن الإستغناء عنه إلا بنصوص خاصة، ومادام القانون لم ينص على ذلك، تبقى المواعدة بالزواج ملزمة للجانبين في إطارها العقدي المتفق عليه. ولذلك فإن الخطبة عقد يستلزم سنا خاصة وأهلية للتعاقد كغيره من العقود من حيث شروط التعاقد وصحة الالتزام. وهذا التعاقد ينصب على عمل معين، هو عقد النكاح مستقبلا.

وتذهب الطوائف غير المسلمة في مصر إلى نفس المنهج تقريبا، فتعرف الخطبة في المسيحية بوجه عام بأنها عقد بين رجل وإمرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد أو قابل للتحديد بمقتضى العرف⁴⁰. وكذلك في شريعة الأقباط الأرثوذكس، حيث تعرف الخطبة وفقا للمادة 1 من مجموعة سنة 1955 بقولها "الخطبة عقد بين رجل وإمرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد"⁴¹.

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

41 - مجموعة 1955 للأقباط الأرثوذكس .

كما تعرف الخطبة كذلك في شريعة البروتستانت في مصر بأنها "طلب التزوج وتتم بحصول إتفاق بين ذكر وأثنى راشدین علی عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة في باب الزواج في محضر ممضي بشهادة شاهدين علی الأقل"⁴².

ومن خلال هذه التعريفات يمكن الوصول إلى أن الخطبة عقد موضوعه وعد متبادل بالزواج، وطرفا هذا العقد هما الخاطب والمخطوبة، أي الرجل و المرأة راغبي الزواج، وينصرف هذا الأثر في المستقبل وليس في الحال⁴³.

فقد نظمت الشرائع الطائفية الخطبة علی نحو يوحي بأنها عقد ذو طبيعة خاصة وملزمة، بل أنها إستعملت لفظ العقد فعلا عند الحديث عن الخطبة وإستلزمت شروطا معينة لإنعقادها، من هذه الشروط ماهو ذو طبيعة موضوعية، ومنها ماهو ذو طبيعة شكلية⁴⁴.

أ-الشروط الموضوعية

فالخطبة باعتبارها عقدا، يجب أن تتوافر لها شروط، وتتمثل هذه الشروط الموضوعية في تراضي الطرفين وتام الأهلية للتعاقد، وباعتبار أنها عقد يسبق عقد الزواج فانه يجب أن يتم برضا الطرفين وخلوهما من الموانع التي تمنع إنعقاد عقد الزواج.

1-رضا الطرفين

الخطبة عقد يجب أن يتم برضا الطرفين، وأن يكون هذا الرضا سليما. فيمكن القول بأن العيوب التي تتصور بالنسبة للزواج قد توجد بالنسبة للخطبة، فإذا وجدت الإرادة المعيبة لسبب من الأسباب كالغلط أو الإكراه مثلا، يمكن طلب فسخ الخطبة إستنادا إلى ذلك⁴⁵.

2- أن تتوافر الأهلية اللازمة لصحة الخطبة.

⁴² - أنظر، المادة 3 من قانون الإنجيليين الوطنيين .

⁴³ - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، مكتبة الجلاء الجديدة، 2006 ، الطبعة الثانية ، ص 205.

⁴⁴ - أنظر، محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 163.

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

الخطبة تتم عن طريق تعبيرين متطابقين، ولذلك يجب نظرا لطبيعة هذا العقد الذي يتضمن إعتبارا شخصيا ظاهرا، أن يكون الرضا بالخطبة شخصيا، صادرا من المتعاقد نفسه، كما هو الشأن بالنسبة للزواج، فالأمر هنا يتعلق بمسألة لا يملك تقديرها سوى الخطيبين. فإذا كان أحد الطرفين قاصرا وجب أيضا موافقة وليه على ذلك⁴⁶. ومفاد ذلك أن رضا القاصر ووليّه لازمين معا ولا يكفي أحدهما دون الآخر⁴⁷.

3- أن يكون الخاطبان قد بلغا سنا معينة .

يشترط لصحة الخطبة توافر سنا معينة، وتختلف هذه السن باختلاف طوائف المسيحيين في مصر، ولعل السبب في هذا الاختلاف أن الأمر يتعلق بمسألة دينية، إذ لم يرد بشأنها حكم في القوانين الإلهية وإنما هي من المسائل التي يحددها القانون الكنسي طبقا للإعتبارات الإجتماعية، والإقتصادية⁴⁸.

ففي شريعة الأقباط الأرثوذكس تنص المادة 3 من مجموعة سنة 1955 على أنه لا تجوز الخطبة إلا إذا كان الخاطب قد بلغ سبع عشرة سنة كاملة والمخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة. فإذا كان أحد الخاطبين قاصرا يلزم أن يوافق وليه على الخطبة أيضا.

أما في شريعة طوائف الكاثوليك فلم تحدد سنا معينة للخطبة مادام الشخص قد بلغ سن السابعة عشر، مع مراعاة أن الزواج لا يكون قبل سن الرابعة عشر بالنسبة للأنثى. ويستنتج من ذلك أنه قد لا يلزم عند طوائف الكاثوليك أخذ موافقة الولي على الخطبة إذا ما تمت بعد بلوغ السادسة عشر أو الرابعة عشر سنة بالنسبة للطرفين. إلا أنه إذا كان الزواج ينعقد صحيحا في هذه الحالة بدون موافقة الولي، فإن الخطبة تنعقد من باب أولى⁴⁹.

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

47 - المقصود بالولاية هنا، الولاية على النفس و تنتهي في الشريعة الإسلامية بالبلوغ أي بلوغ الحلم أما عند الأقباط الأرثوذكس فتنتهي الولاية على النفس في الحادية والعشرين وفقا للمادة 160 من مجموعة 1955، وهذا هو نفس الحكم بالنسبة للسرطان الأرثوذكس وفقا للمادة 164 وتنتهي عند الإنجيلين ببلوغ سن الثامنة عشر (المادة 23 من قانون الإنجيلين)، أما عند الكاثوليك فالولاية على النفس تنتهي ببلوغ سن الزواج وهي 16 سنة للرجل و14 سنة بالنسبة للمرأة، أنظر في هذا شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين، ج 1، 1957، د.د.ن. ص 76.

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

49. أنظر شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص 77.

أما بالنسبة للإنجلييين فيشترط لصحة الخطبة أن يكون الخاطبان قد بلغا سن الرشد، والمقصود هنا سن الرشد الخاص بالزواج والمنصوص عليه في المادة 10 من قانون الإنجلييين الوطنيين. ومعنى ذلك أن الخطبة لا تصح عند الإنجلييين إلا إذا بلغ الشاب 16 سنة والفتاة سنة 14⁵⁰.

4-عدم وجود مانع شرعي من الزواج

الخطبة تمهيد لعقد الزواج، فإذا كان هناك مانع من الزواج فإن هذا المانع يقوم أيضا بالنسبة للخطبة، فلا تصح الخطبة بين من تمنعهم قرابة أو مصاهرة من الزواج. كما لا تصح في حالة إختلاف الدين في ذلك النطاق الذي يؤدي إلى منع الزواج. وهذا ما قرره المادة 11 من مجموعة السريان الأرثوذكس، حيث تنص على أنه "تصح الخطبة حيثما يصح الزواج" أي متى لا توجد موانع شرعية من الإقتران⁵¹.

5- تحديد الأجل

بالإضافة إلى الشروط السابقة فإن الإتفاق على الخطبة يجب أن يتضمن تحديد أجل لإتمام الزواج، وأن يسجل هذا الأجل في وثيقة الخطبة، ومع ذلك يجوز للطرفين تعديل الميعاد المحدد للزواج في عقد الخطبة، مع مراعاة السن التي يباح فيها الزواج، ويجب أن يؤشر بهذا التعديل في ذيل عقد الخطبة ويوقع عليه كل من الطرفين والكاهن⁵².

ب- الشروط الشكلية

لاتكفي الشروط الموضوعية وحدها لإنعقاد وصحة الخطبة، بل يجب توافر شكل معين تفرغ فيه. فالخطبة عند الطوائف المسيحية تعتبر عقدا شكليا لا يتم إلا بإفراغه في وثيقة رسمية

⁵⁰ - أنظر محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 217 .

⁵¹ - أنظر محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 215 .

⁵² - أنظر محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 218 .

يجررها كاهن من كهنة الكنيسة، ويوقع عليها كل من الخطيبين وولي القاصر منهما، كما يوقع عليها الشهود والكاهن الذي تمت الخطبة على يديه.

وعند الأقباط الأرثوذكس الخطبة لا تتم إلا على يدي كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية، هذا الكاهن يقوم بإثباتها في وثيقة خاصة، ولكنه يلتزم قبل تحرير وثيقة الخطبة التحقق من عدم وجود ما يمنع زواجهما شرعا، وعليه كذلك أن يتحقق من أن الطرفين سيبلغان السن التي يباح فيها الزواج شرعا عند إنتهاء الميعاد المحدد لزواجهما في عقد الخطبة، وينبغي عليه أن يوقع عليها، كما يوقع عليها كل من الخاطب والمخطوبة، وولي القاصر منهما، والشهود، وبعد الفراغ من كتابتها يتلو الكاهن الوثيقة على الحاضرين، وتحفظ بعد ذلك في سجل خاص، وبعد الإنتهاء من ذلك يقوم الكاهن بإتمام الخطبة رسميا بالصلاة الربية، والأدعية الروحية ثلاث مرات⁵³.

أما عند الطوائف الكاثوليكية فقد مرت الخطبة من حيث الشكل بمرحلتين، إذ لم تكن الخطبة في بادئ الأمر تخضع لديهم لأي شكلية حيث كان الرضا كافيا لإنعقادها، وظل هذا الوضع قائما في الكنائس الشرقية، حيث إعتبرت الخطبة صحيحة وقائمة حتى ولو لم يحتفل بها علنيا، ولوم يتم الإعلان عنها، فلم تحكم الكنيسة قط ببطلان الخطبة البسيطة، بل أن الإحتفالية قد ألغتها العادة في الكثير من الجهات⁵⁴.

ولكن ترتب عن هذا الموقف شيوع نتائج إجتماعية ضارة، فعدم الإحتفال أو الإعلان قد يكون سببا لخداع الفتيات ونشوء الخلافات، لذلك عدلت الكنائس الشرقية عن المبدأ السابق، وجاءت الإرادة الرسولية للطوائف الشرقية عام 1949 و جعلت من الخطبة عقدا ذو طابع ديني يخضع لإجراءات شكلية معينة .

⁵³ - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 220 .

⁵⁴ - أنظر ، رمضان أبو السعود ، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين ، دار المطبوعات الجامعية ، 2002 ، ص 230.

فقد نصت المادة السادسة من الإرادة الرسولية للطوائف الشرقية على أن الوعد بالزواج وإن كان مزدوج الأطراف، ويعرف إذ ذاك بالخطبة باطل في كلتا المحكمتين (محكمة الضمير، والمحكمة الكنسية) ما لم يتم أمام الرئيس المحلي، أو أمام كاهن نال من أحدهما الإذن بحضور الخطبة⁵⁵.

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن من يحضر عقد الخطبة من هؤلاء الكهنة يلتزم بتدوين الإحتفال بها في دفتر خاص بالخطبة وعليه أن لا يهمل أن يمنح الخطيبين البركة المرسومة في الكتب الطقسية⁵⁶. فالكتابة المشار إليها بهذا النص إنما هي للإثبات وليس للانعقاد، ورغم ذلك فالخطبة لا تنعقد إلا بهذه الإجراءات الشكلية المشار إليها.

وأخيرا فانه بالنسبة لطائفة الإنجليين الوطنيين فقد أوضحت المادة الثانية من قانون أحوالهم الشخصية وجوب إثبات الخطبة بالكتابة، وتوقيع شاهدين على الأقل على محضر الخطبة، ولكن هذا النص لا يبين بوضوح ما إذا كان من اللازم إجراء الخطبة أمام رجل الدين ومع ذلك فالعبارة القائلة بأن الخطبة تتم بالكيفية والشروط المعروفة في باب الزواج، تفيد وجوب إجراء الخطبة أمام رجل الدين، لأن الزواج عند الإنجليين يتم على يد قسس مسومين قانونا، أو مرشدي الكنائس الإنجيلية الذين يمنحون الرخصة بذلك، وهم ذاتهم الذين يتولون الخطبة⁵⁷.

فالخطبة إذن في الشرائع المسيحية، وان كانت تكيف على أنها عقد شكلي إلا أنه لا يكفي لإنعقاده مجرد رضا الخاطبين بل بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتم هذا العقد على يد أحد رجال الدين المختصين وبالإجراءات والطقوس الدينية، وإلا فلن نكون أمام خطبة تحكمها الشرائع الطائفية وإنما ستخضع الخطبة المجردة من الشكل للقانون العام في مسائل الأحوال الشخصية .

ج- الإعلان عن الخطبة

55 - أنظر، محسن إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 220.

56 - أنظر، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 231 .

57 - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 221 .

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

ووفقا لشرعية الأقباط الأرثوذكس فالكاهن الذي قام بإجراءات الخطبة هو من يقوم بالإعلان عنها، إذ يجب عليه أن يحرر ملخصا من عقد الخطبة في خلال ثلاثة أيام من تاريخ حصوله، ويعلنه في لوحة الإعلانات بالكنيسة، وترسل نسخة إلى كاهن الكنيسة التي يقيم كل من الخطابين في دائرتها ليلقاه في لوحة الإعلانات بالكنيسة، ويجب أن يبقى الإعلان لمدة عشرة أيام تشمل على يومي أحد، وذلك ليتسنى لأكثر عدد من المسيحيين معرفة الخطبة⁵⁸. ولم يرد في قانون الإنجيليين أي نص يشير إلى إعلان الخطبة وشهرها، و لذلك لا لزوم للشهر في تلك الشريعة⁵⁹.

أما شريعة طائفة الكاثوليك فتعرف إجراء المناداة، وهو إعلان توجهه الكنيسة إلى جميع الرعايا التابعين لها لتعلمهم بالخطبة التي يعزم أطرافها على الزواج، ويقصد من المناداة إشهار أمر الزواج وتسهيل إكتشاف الموانع التي تحول دون عقده.

وتقضي القواعد الخاصة بالمناداة والإعلان لدى الكاثوليك بأن المناداة تجري ثلاث مرات مترادفة في أيام الأحد والأعياد المحلية الموصى بالبطالة فيها، ويقصد بالترادف هنا إلا يدع خوري الطائفة يوما من أيام العطلة بلا مناداة. والغرض من إختيار أيام الأحد والأعياد، هو إتاحة الفرصة بين أكبر عدد ممكن من الجمهور كي يعلم بالخطبة، حتى يتسنى لمن له وجه في الاعتراض أن يتقدم به⁶⁰.

بالإضافة إلى المناداة الشفوية التي تتم أثناء القداس أو الصلاة يوجد الإعلان الكتابي الذي يغني عن المناداة وذلك بأن يضع الرئيس الديني إعلانا عاما بإسم المتعاقدين على باب الكنيسة

⁵⁸ - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 223.

⁵⁹ - أنظر رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 236.

⁶⁰ - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق، ص 224.

أو أية كنيسة أخرى، وذلك خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام تتجدد، بحيث تشتمل على يومي أحد⁶¹.

د- المعارضة في الزواج

فور تمام الإعلان عن الخطبة فإن باب المعارضة في الزواج المستقبل بين المخطوبين يفتح أمام من له الحق في ذلك، وهذا للكشف عن الموانع التي تحول دون إتمامه، وما يترتب على ذلك من زعزعة الحياة العائلية، فإن شريعة الأقباط الأرثوذكس تقرر فتح باب المعارضة في الزواج خلال العشرة أيام التي تعلن خلالها الخطبة. ومن لهم حق الاعتراض على الزواج قد حددتهم مجموعة الأقباط الأرثوذكس على سبيل الحصر وهم:
- من يكون زوجا لأحد المتعاقدين.

- الأب و عند عدم وجوده، أو عدم إمكانية إبداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ثم للأُم، ثم للجد للأُم، ثم لباقي الأقارب المنصوص عليهم في المادة 155 بحسب الترتيب الوارد بها .
- الولي الذي يعينه المجلس الملي، وقد حل محل هذا المجلس الآن بعد صدور قانون 1955 محكمة الأحوال الشخصية المختصة.

ويكون الاعتراض عن طريق تقديم تقرير إلى الرئيس الديني المختص في خلال عشرة أيام التي يحدث خلالها نشر الخطبة. ويجب أن ينصب على وجود مانع من موانع الزواج، ويقوم الرئيس الديني برفع الاعتراض خلال ثلاثة أيام من تاريخ وصوله إلى القضاء للفصل في الموضوع، ولا يمكن أن يتم الزواج إلا بعد رفض الاعتراض من طرف القضاء⁶².

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

⁶¹ - أنظر، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع السابق ، ص 226.

⁶² - أنظر ، محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 216.

كما أن النظرية العقدية للخطبة قد وجدت تطبيقات لها في القضاء كذلك، فقد عرفت بعض المحاكم في مصر تطبيقات لهذه النظرية، إذ ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية في حكمها الصادر في 1952/6/17 إلى القول بأن "الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يمكن تجاهلها كما لا يمكن إغفال إعتبارها ولا تجردها من أي إعتبار قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقتزن بقبول على الوعد بالزواج، فهي إرتباط قانوني وعقد قائم، وقد كان هذا الوعد ثابتا بين طرفي النزاع كتابة مما إستلزم لفسخه إجراء خاصا بالإلتجاء إلى المجلس الملي الفرعي بمصر، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، و أنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب الوفاء عينا، أي إجراء التعاقد النهائي. لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الإلتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا، إذ لكل من الطرفين أن يعدل عن وعده"⁶³.

فهذا الإلتجاه من القضاء المصري ذهب إلى تقرير أن الخطبة عقد يسبق عقد الزواج، ولا يتم فسخ هذا العقد إلا بمبرر مقبول. وفي غياب هذا المبرر لا يمكن إبرام الزواج رغما عن إرادة الطرفين وإنما يكون ذلك بمقابل، أي إلتزام الطرف العادل عن الخطبة بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي تترتب عن هذا العدول.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1838/3/30 إلى تحديد مبدأين هامين هما أن الإلتزام بالخطبة كقيد يحدد إرادة المتعاقدين في الزواج التي يجب أن تكون غير محدودة باطل. وأن الضرر المترتب عن الخطبة يستحق التعويض إعمالا لمبادئ المسؤولية المدنية⁶⁴.

ورغم ما ساد ذلك التوجه من القول بأن الخطبة عقد صحيح، إلا أنه لم يؤثر على أحد من الفقهاء اللذين قالوا بذلك ما يفيد إجبار أحد الخاطبين على التزوج من الآخر، فيجوز له أن يعدل ولا يتمم الزواج، لكن يبقى القول في التعويض وأساس ذلك التعويض⁶⁵.

⁶³ - أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية، 1952/6/17؛ مقتبس عن أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، 2001، ص461.

⁶⁴ - Cf. Cass. Civ. ,30/3/1838 ,S.1838,1, 494 ,cité par, J .CARBONNIER, op.cit.,n° 41.

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

وقد سار القانون الفرنسي على ذلك حتى أخذ في التغير خلال القرن العشرين وفقا لما إستقر عليه قضاء محكمة النقض من أن الخطبة عقد غير ملزم، أو غير ذي فعالية، وذلك تحقيقا لحرية الزواج، وأن المسؤولية عن العدول إنما هي مسؤولية تقصيرية وليست مسؤولية عقدية.

ورغم ما تتسم به النظرية العقدية من يسر مضمونها وبساطة مظهرها، فليس هناك أيسر من القول بأنها إتفاق بين طرفين على إبرام زواجهما في المستقبل، وأن العدول عن هذا العقد يرتب مسؤولية عقدية كما هو الشأن في سائر العقود الأخرى .

إلا أنه و لما لعقد الزواج من خصوصيات فإنه لا يمكن التسليم بأن الخطبة ملزمة، على أساس يمكن معه إكراه الخاطبين على إبرام الزواج مستقبلا، و أقصى ما يمكن أن ينتج عن عقد الخطبة من إلزام أنه إلزام أدبي بتنفيذ الوعد بالزواج، إذا ما تمت الخطبة صحيحة. فإذا ما رفع أحد الطرفين دعوى أمام الكنيسة لمطالبة الآخر بتنفيذ وعده بالزواج، لم يكن أمام القاضي إلا أن يستحث الطرف الآخر على إنجاز وعده، لكنه لا يستطيع أن يلزمه بذلك. فإذا تمادى الراض في رفضه، لم يكن أمام القاضي إلا الحكم بفسخ الخطبة، وفرض التوبة على من أحل بإلتزامه، تتمثل في الصدقات وبعض الصلوات والأدعية. ومن ثم لا يتعدى الإلزام في الحقيقة نطاق الإلزام الأدبي⁶⁶.

ومن الناحية الموضوعية، فان الطبيعة العقدية للخطبة لم تسلم من النقد، بل والنقد القوي، لأن القول بأنها عقد من شأن الإخلال بتنفيذه أن يرتب مسؤولية عقدية، إنما هو قول لا يتماشى مع طبيعة الخطبة، لأن الإلزام فيها بإعتبارها عقدا معناه الإلتزام بإتمام الزواج، وهذا أمر لا يمكن إرغام من يعدل عن الخطبة عليه، لأنه لا يمكن أن يتحقق عنها كعقد أثر التنفيذ العيني⁶⁷. لأن معنى ذلك أننا نقيم ما يضاد الشيء مكانه، لأن الزواج سكينه ومودة ورحمة، ومبناها الرغبة في الإرتباط والإقتزان بالطرف الآخر. وقد يظهر أثناء فترة الخطوبة ما يبعث إلى عدم التوافق والإنسجام بين الطرفين، فإذا سلمنا بالزاميتها كعقد، نكون قد أجبرنا الخطيبين على إتمام الزواج بغير رضا، لأن الرضا هنا لن يكون إلا تنفيذا للعقد السابق، ولهذا الغرض فان القضاء الفرنسي قد هجر هذه النظرية

⁶⁶- Cf. L. AYNES, Principes de droit civil français, 3ème éd. T.2, Cujas , 1978, n°404.

⁶⁷- أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص31.

، وقضت بعض أحكامه صراحة بأن "عدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يكون خطأ تعاقدياً، وبالتالي لا تعد المسؤولية عن العدول مسؤولية عقدية"⁶⁸.

وفي مصر تعتبر حرية الزواج من النظام العام، ولهذا فإن المحاكم متفقة على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج وهي صريحة في ذلك ومحمولة على أساس هذا المبدأ، ومن ثم فإنه من غير الجائز أن يقوم أحد الخطيبين برفع دعوى قضائية على الآخر مطالبا بإلزامه بإبرام عقد الزواج. وقد ذهبت محكمة الإسكندرية إلى ذلك صراحة بقضائها بأن "الوعد بالزواج لا يترتب عليه أي إلزام قانوني، وهو لا يخول للمخطوبة شرعا أي حقوق، كما لا يقيد الخاطب بأي إلزام، لأن في إلزام المتعهد به مخالفة للنظام العام الذي يفرض حرية الزواج فرضا لا يحتاج إلى مثل تلك الإلتزامات المقيدة له"⁶⁹.

ولذلك فإن وصف الخطبة بالعقد هو أمر مجازي فقط بعيد عن ترتيب آثار العقد عليها. كما أن المشرع المصري لم ينظم الخطبة وأحكامها بنصوص قانونية خاصة، ولذلك فإنه وفي غياب نص صريح يوضح إتجاه المشرع المصري في هذا الصدد فإنه لا بد من البحث فيما إستقر عليه الفقه القانوني وإتجاهات أحكام القضاء.

وقد ذهب الدكتور عبد الرزاق السنهوري إلى أن الخطبة أو الوعد بالزواج ليس عقدا ملزما، ذلك أنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين فمثل هذا القول يكون مخالفا للنظام العام⁷⁰.

والقول بغير ذلك يعني إجبار أو إكراه طرفي الخطبة على إبرام العقد في المستقبل رغما عنهما خاصة في حالة رغبة كل منهما أو أحدهما في العدول عنها، وفي هذا من الضرر الشرعي ما لا يحتاج إلى بيان. فضلا عن أنه يخالف القواعد العامة المقررة في القانون المدني المصري المتعلقة بسلامة

⁶⁸ -Cf. C.Lyon, 13/7/1926 , S 1926 . 1263 , cité par H.CAPITANT , Les grands arrêts de la jurisprudence civile, D. 1970 , n°56 .

⁶⁹ -أنظر، محكمة الإسكندرية الابتدائية (لغير المسلمين) ، 1956/4/30 ، مجلة الحمامة سنة 12 ، رقم 422 ، ص 855 .

⁷⁰ - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، طبعة 1964 ، ص 937 .

الرضا في العقود بصفة عامة كركن جوهري من أركان العقد⁷¹. وهو منظمته المواد من 89 إلى 130 من القانون المدني المصري، إذ نصت المادة 127 من هذا القانون على أنه "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس".

هذا فيما يتعلق بالعقود بصفة عامة فما بالنا بأهم عقد يبرمه المرء في حياته ويؤثر فيها تأثيرا بالغا، وهو عقد الزواج. فلا يجوز إذن من باب أولى أن يجبر أي من طرفيه على إتمام الزواج و إبرام عقده بناء على وجود خطبة وتخوفا من العدول عنها ومن ثم فانه لا مجال لإعمال أحكام القانون المدني على الخطبة، إذ أنها تتعلق بإبرام العقود المالية التي يجوز التنفيذ فيها عينا وجبرا على المدين. أما في مجال عقد الزواج والتواعد على إبرامه في المستقبل فلا مجال لإعمالها لأن هذا العقد يسري عليه ما لا يسري على بقية العقود المالية الأخرى.

ومن الصعب أن يقع على الخطبة وصف العقد ثم لا يترتب عليه ما يترتب على باقي العقود من إلتزامات وحقوق على طرفيها، لأن ذلك يؤدي إلى نتيجة غير منطقية وهي إلزام طرفا الخطبة على إبرام العقد المقصود وهو الزواج، ومن ثم فإذا فسخت الخطبة لأي سبب كان، ترتب على ذلك مباشرة إلزام الطرف الذي تسبب في الفسخ بالتعويض⁷².

والخطبة تثير في نطاق القانون الدولي الخاص مشكلة تكييفها للوصول إلى القانون الواجب التطبيق عليها، فمن المتصور اعتبارها عقدا و إدخالها في نطاق قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود بصفة عامة، وإخضاعها بالتالي لقانون محل الإبرام. ولكن التكييف الراجح للخطبة هو اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية، فهي و إن كانت وعدا بالتعاقد إلا أنها ليست وعدا بإبرام أي عقد إنما هو عقد زواج ، طالما أن الزواج من مسائل الأحوال الشخصية، فمقدمته وهي الخطبة تعتبر أيضا من مسائل الأحوال الشخصية وتخضع بالتالي لقانون الجنسية، وقد رجح المشرع المصري الأخذ بالتكييف الأخير حينما أورد الخطبة ضمن مسائل الأحوال الشخصية في المادة 13 من قانون نظام القضاء الملغى. ولا يتعلق هذا الإلغاء بتغيير هذا التكييف حسب المستقر عليه في الفقه المصري من إعتبرها

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

72 - أنظر ، سامح سيد محمد ، المرجع السابق ، ص 96 .

من مسائل الأحوال الشخصية⁷³. وفي مقابل ذلك هناك جانب من الفقه والقضاء يعطي للخطبة طبيعة الوعد فقط، فما هي الأسس التي يستند عليها هذا الفريق؟ وهل وجدت لها تطبيقات في القضاء؟

الفرع الثاني الخطبة وعد بالزواج

يرى أنصار هذه النظرية أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد، إنما هي مجرد وعد بالزواج مستقبلاً. ويبدو من تعريف الخطبة في اللغة وإصطلاح الفقهاء أنها لا تعدو أن تكون تعبيراً عن الرغبة في الارتباط بمن يرضاها الخاطب زوجة له، أو يتوسم فيها أنها سوف تكون محققة لرغبته في تكوين أسرة .

ولما كانت الخطبة مقدمة لعقد ذي صفة خاصة، وهو عقد الزواج الذي خصه الله سبحانه وتعالى بمسمى خاص يظهر مدى ماله من إعتبار يفوق كافة الاعتبارات المقررة للعقود الأخرى، حيث سماه بالميثاق الغليظ، في قوله تعالى "وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً"⁷⁴. ولما كانت الخطبة مقدمة لهذا العقد الجليل فقد إكتسبت أهميتها منه، فالخطبة تمهيد لعقد الزواج، ولكنها عمل قانوني له من الآثار ما يعود على كل من الطرفين .

ولذلك فإن هذه النظرية تقوم على إعتبار أن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج ليس لها الصبغة الإلزامية، حيث لا تزيد عن كونها إلتزاماً أدبياً لا غير، وعليه فإذا عدل أحد الطرفين عن خطبته تلك فانه بعدوله هذا لا يعد خارقاً لإتفاق قانوني بينه وبين المعدول عنه⁷⁵.

73 - أنظر، ابراهيم أحمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، طبعة 1990 ، ص 141 .

74 - سورة النساء ، الآية 21 .

75 - أنظر، محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 45 .

ويرجع أصحاب هذه النظرية أساس ذلك إلى مبدأ حرية الشخص في إختيار شريكته في المستقبل دون أدنى ضغط أو إكراه. وهذا المبدأ يتطلب عدم إضفاء الصبغة الإلزامية على الخطبة ذلك لأن إعتبارها عقدا يفقد الطرفين حرية الإختيار، وهذا الأخير من متطلبات النظام العام.

كما أن شبح الغرامة والتعويضات الناجمة عن صفة الإلزام سوف يقيان في مخيلة الطرفين كلما أراد أحدهما العدول عن الخطبة أو أراد فسخها دون موافقة الطرف الآخر مما ينقص حرية إختياره و يعيبها⁷⁶. فعقد الزواج له أركانه وشروطه التي لا يصح بغيرها، وأنه لو شاب أي ركن من أركانه عيب كان العقد فاسدا يمكن إبطاله ممن له مصلحة⁷⁷.

ومن جانب آخر، فإن عقد الزواج يكون صحيحا حتى ولو لم تسبقه خطبة. وكان المشرع السوري متأثرا بهذه النظرية إذ إعتبر العدول عن الخطبة حقا خالصا 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 عن الخطبة بأي قيد أو شرط، بل الأكثر من ذلك أنه لم يتحدث عن التعويض عن العدول مطلقا، بل تناول آثار العدول عن الخطبة فيما يخص المهر والهدايا فقط.

وهذا ما كرسه القضاء السوري أيضا حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض السورية بتاريخ 1960/11/30 بأنه "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض"⁷⁸. وكذلك في القرار الصادر عن نفس المحكمة في 1971/5/27 حين قضت بأنه "لكل من الخاطب والمخطوبة حق العدول عن الخطبة ولا يلزم من يعدل عنها بأكثر من المهر"⁷⁹. وفي قرار آخر لها بتاريخ 1987/12/5 قررت بأنه "دعوى الضرر الناجمة عن العدول عن الخطبة ليست من إختصاص المحاكم الشرعية"⁸⁰.

⁷⁶ - أنظر، محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 46 .

⁷⁷ - أنظر، في هذا المواد 9 ، 10 ، 11 من قانون الأسرة الجزائري .

⁷⁸ - أنظر، محكمة النقض السورية ، 1960/11/30 ، مجلة القانون العام سنة ، 1961، ص 521.

⁷⁹ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1971/5/27، الغرفة الشرعية، قرار رقم 135، نبيل الظواهره الصائغ ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، الطبعة الثانية، دار صناعة الكتاب وتجارته، 1998، ص 44.

⁸⁰ - أنظر، محكمة النقض السورية 1987/12/5، الغرفة الشرعية، قرار رقم 367 ، نبيل الظواهره الصائغ ، المرجع السابق ، ص 45.

فالعدول في القضاء والتشريع السوري أمر مشروع، ولا يترتب عليه أي نوع من أنواع الإلتزامات أو التعويضات، حتى ولو كان لا يستند إلى سبب معقول⁸¹. إلا أنه إذا ادعى أحد الخطيئين وقوع ضرره، فإن ذلك ليس عن فعل العدول في حد ذاته لأنه حق خالص لكل منهما، وإنما يخضع التعويض عن هذا الضرر لقواعد المسؤولية التقصيرية، وتكون مباشرة هذه الدعاوى أمام القاضي المدني.

وكان للمشرع الجزائري نفس إتحام المشرع السوري في تكييف الخطبة، إذ اعتبرها وعدا بالزواج فقط وأجاز العدول عنها. إلا أنه خالف المشرع السوري في تقرير التعويض للطرف المتضرر عن العدول. فالخطبة وفقا لما كيفها المشرع الجزائري فهي وعد بالزواج وليست عقدا وأن تمت بإتفاق الطرفين، لأن الزواج الأساس في الزواج هو الرضا والإختيار، فإذا أجبنا الخطيئين على إتمام الزواج على أساس أن الخطبة عقد ملزم، فمعنى ذلك أننا أكرهنا الزوجين على الزواج بعقد لا يرضى به أحدهما، أو لم يعد يرضى به، وهذا ما ينافي مبدأ الرضائية في الزواج⁸².

فالخطبة بهذا المفهوم وعد غير ملزم، سواء كان مجرد عرض من أحد الطرفين، أو كانت إتفاقا فيه إيجاب من طرف وقبول من الطرف الأخر، وحتى لو تأكدت بتقديم المهر والهدايا.

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 أيضا رد الخاطب الموعد بتزويجها منه"⁸³. وفي هذا النص تكلم المشرع عن الوعد بالزواج في حد ذاته مبينا بأنه لا يمكن أن يكون عقد زواج، ولا ينعقد به النكاح. وعليه فإن هذا النص أراد أن يخلع عن الخطبة صفة الزواج، لاصفة العقد بوجه مطلق.

⁸¹- أنظر، محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998، ص 105.

⁸² - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة بدمشق، 1979، ص 31.

⁸³ - أنظر، مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الكتاب الأول في الأحوال الشخصية، طبع بالمطبعة الشرقية فونتانا، في الجزائر عام 1907؛ مقتبس عن محمد محدة، المرجع السابق، ص 49.

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

وقد كان هذا النص محل تعديل بموجب الأمر 02-05⁸⁴، ولكن التعديل طال جوانب أخرى في الخطبة، أما وصفها القانوني فقد أبقاه المشرع دائما على أنه وعد بالزواج .

وهذا الموقف التشريعي قد وجد تطبيقات في القضاء كذلك، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/12/25 بأنه "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبيح لهما أن يختلطا إحتلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا، ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بتمام العقد إنطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"⁸⁵.

ومادام هذا حالها فان الخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكنهما، أو صبت في قالب رسمي أو شكلي. وذلك لأن المشرع والفقهاء والقضاء في بلادنا لم يرق بها إلى مرتبة العقد، بل أقر لها الصفة الشرعية و هي مجرد وعد بالزواج من الطرفين، مع إمكانية العدول والتراجع عنها، لأنها ليست زواجا وإنما هي من مقدمات عقد الزواج تتم قبل الإرتباط بعقد الزوجية، ليتعرف كل من الزوجين على الآخر ويكون الإقدام على هدى وبصيرة⁸⁶.

⁸⁴ - صدر هذا الأمر في 2005/2/27، الجريدة الرسمية، العدد 15، ص 19. وقد مس القانون الجديد 41 مادة ما بين الإلغاء و التعديل والإضافة

⁸⁵ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1989/12/25 ، ملف رقم 34089 ، م ق 1993 ، عدد 4 ، ص 102 .

⁸⁶ - أنظر، سيد سابق، فقه السنة ، دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع ، ج 6 ، الطبعة الرابعة ، 1983 ، ص 20 .

والخطبة في الإسلام ليست عقدا شكليا كما هو الحال عند غير المسلمين، بل إنها تتم وتترتب عليها أحكامها بمجرد إجابة الخاطب والموافقة على الخطبة من غير توقف على شروط معينة أوصيغة محددة أومكان بعينه⁸⁷.

فالخطبة مهما يتم حولها من مظاهر الإعلان فإن ذلك لا يزيد لها إلا تأكيدا وتثبيتا، ولا يترتب عليها أي حق للخاطب إلا حجز المخطوبة بحيث يحظر على غير الخاطب أن يتقدم لخطبتها⁸⁸. وذلك مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"⁸⁹.

وقد كان المشرع الجزائري سابقا قد أخضع الخطبة والفاثحة لنفس الأحكام من خلال المادة 6 من قانون الأسرة التي كانت تنص على أنه "يمكن أن تقتزن الخطبة بالفاثحة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاثحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

ونجد هنا أن المشرع الجزائري كان متأثرا ببعض التشريعات العربية الأخرى، إذ أن قراءة الفاثحة في بلاد المشرق العربي لا تعدو عندهم مجرد التأكيد على طلب الخاطب و لا تخضع للإجراءات الجاري بها العمل في بلادنا. وهذا ما يستنتج من المادة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنص على أن " الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاثحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا ". إلا أنه وفي مفهوم المجتمع الجزائري⁹⁰ فإن الخطبة تختلف عن الفاثحة من حيث الأحكام والآثار، وذلك لما ألفه الناس في مجتمعا من أن الفاثحة عبارة عن مجلس يحضره ولي الزوجة والزوج أو وكلاهما، وجمع من الأهل و ينتهي بإبرام عقد شفهي يتم فيه تحديد الصداق وأحيانا تقديمه.

⁸⁷ - أنظر، أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، الدار الجامعية ، 1988 ، ص 27 .

⁸⁸ - أنظر، يوسف القرضاوي ، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة ، دار الشهاب، 1993 ، ص 60.

⁸⁹ - منفق عليه ، أنظر، ابن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، شركة ومطبعة مصطفى الحلبي ، الطبعة الرابعة ، 1975 ، ج 2 ، ص 17 .

⁹⁰ - تختلف إجراءات الفاثحة من منطقة إلى أخرى، ففي الشرق الجزائري و خاصة قسنطينة فإن الفاثحة تجرى بحضور الخاطب أو من ينوب عنه و من ولي أو وكيل المخطوبة وتتم في المسجد ومعهم جمع غفير من الرجال ، و يتم في هذا المحضر التزويج ، وذلك أنها تتم بصيغة الزواج، أما في الجنوب فإنه لا يوجد بعد الخطبة إلا العقد الشرعي و يتم ذلك ليلة الدخول وإجراءاته كالفاثحة تماما ، أنظر في هذا محمد محدة، المرجع السابق، ص 51 .

فالفاتحة بهذا المفهوم عقد زواج شرعي مكتمل الأركان، ويرتب جميع الآثار والأحكام، حيث تصير المخطوبة زوجة والخطاب زوجا. أما في بلاد المشرق العربي لا تعدو عندهم مجرد التأكيد على طلب الخطاب و لا تخضع لنفس الإجراءات الجاري بها العمل في مجتمعنا، ذلك أن الفاتحة عند الشرقيين تأتي قبل الخطبة التي تحصل في العادة بين طالب الزواج وبين ولي الفتاة أو وكيلها في حفل صغير يضم نفرا قليلا جدا من أهل الطرفين مجرد التدليل على الرضا بالزواج والوعد به من الطرفين، ولا ترتب هذه المرحلة لأي من الطرفين قبل الآخر حقوقا⁹¹.

وبالتالي فإن الاختلاف واضح بين الواقعتين في المجتمع الجزائري وفي المجتمعات 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 حين أن الخطبة ليست إلا مجرد إجراءات إدارية لا يطلب فيها رضاء الزوجين صراحة ولا يحضر فيها شهود ولا يسمى فيها صداق معين وتقتصر على مجرد إعلان رغبة الجانبين في الزواج والمصاهرة ثم إبرام عقد الزواج في وقت لاحق⁹².

إلا أن القضاء الجزائري قد تحرر من هذا اللفظ من خلال أحكامه التي تتماشى مع ما تنص عليه الشريعة الإسلامية. وخلافا لهذا الموقف للمشرع الجزائري فقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 بأنه "من المقرر أن الأصل في الخطبة أنها مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها تتعدى مرحلة إلتماس النكاح إلى نكاح شرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه، وتحقيق أركانه وهذا بإشتماله على إيجاب وقبول حاملين لصيغة الزواج، ومحضر الأب الذي تولي إنكاح إبنته"⁹³.

وتأكيدا لذلك أيضا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1992/4/14 بأنه "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت النكاح بتوافر أركانه المقررة شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج قد

⁹¹ - أنظر، أنور العمروسي، التعويض عن فسخ الخطبة، مجلة المحاماة التونسية، سنة 5، سبتمبر، 1970، العدد9، ص 68.

⁹² - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 84.

⁹³ - أنظر، م، أ، غ، أش، 1984/11/19، ملف رقم 64043، م ق 1990، عدد1، ص67 وما بعدها.

توافرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم إقتران الخطبة بالفاتححة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه إعتبر الخطبة كالفاتحة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها، وأن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود، والأمر بتسجيله، فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون⁹⁴.

كما قضت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1995/4/4 بأنه "إن إقتران الخطبة بالفاتححة 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 وعدا بالزواج، طبقا للمادة 5 من قانون الأسرة وإنما إقترنت الخطبة بالفاتححة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فان إقتران الخطبة بالفاتححة في هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 9 من قانون الأسرة، وعليه فان قضاة الموضوع بإعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعنة شهودها على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁹⁵.

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 والفاتححة لا تخضع لنفس الأحكام، لأن الآثار التي تترتب عن الخطبة تختلف عن تلك التي تترتب عن فسخ الفاتحة، وأختار لفظ فسخ، لأن إجتهد المحكمة العليا إستقر على أنها زواج شرعي مكتمل الأركان لذلك أستعمل لفظ فسخ ليتماشى مع قيمتها القانونية .

ثم جاء دور المشرع بعد ذلك ليؤكد موقف القضاء ويثبته، وذلك من خلال الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27 المعدل والمتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة والذي أصبح ينص في المادة 6 منه على أنه "إن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون".

⁹⁴- أنظر، م ع ، غ أش ، 1992/4/14، ملف رقم 81877 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 33 .

⁹⁵- أنظر، م ع ، غ أش ، 1995/4/4 ، ملف رقم 11876 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 36 .

وبذلك يكون المشرع قد خطى خطوة إيجابية لإعطاء الوصف القانوني للخطبة المقترنة بالفاتحة، والتي تختلف تماما عن الخطبة من حيث أركانها والآثار المترتبة عنها، وبذلك فقد وضعها في مرتبة عقد الزواج المكتمل الأركان .

أما من جانب الفقه الفرنسي فقد ذهب "بوتيه" إلى أن للزواج تقاليد لا بد أن تحترم، وإن لم تكن ملزمة، وتتمثل هذه التقاليد في الخطبة. وذهب إلى تعريف الخطبة على أنها إتفاق متبادل قائم بين الرجل والمرأة لإبرام عقد الزواج⁹⁶.

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

وقد إتفق بعض فقهاء القانون المصري مع فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة عدم إعتبار الخطبة عقدا ملزما لطرفيها بإبرام عقد الزواج في المستقبل، فالخطبة أو الوعد بالزواج ليست عقدا ملزما، وقيل في تبرير ذلك أنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين، فمثل هذا التقييد مخالف للنظام العام⁹⁷.

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

⁹⁶-Cf . POTHIER , Traité du contrat de mariage, n° 23 , cité par, L.AYNES, op .cit., n° 404-405 .

⁹⁷ - أنظر ، أحمد عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص 937 .

أما من الناحية القضائية، فإن القضاء في مصر لم يستقر على رأي واحد إلا بعد تأرجح و إضطراب بخصوص التكييف القانوني للخطبة، فقد قضت محكمة سوهاج الكلية بتاريخ 1948/5/30 في هذا الصدد بأن الخطبة عقد ملزم، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض⁹⁸. وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها كما لا يمكن إغفال إعتبارها ولا تجريدتها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو إرتباط قانوني وعقد قائم، وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، و أنه وإن كان ليس ثمة ما يوجب وفاء الإلتزام عينا، أي إجراء هذا التعاقد النهائي، لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقا شخصيا، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الإلتزام يوجب التعويض. وهذا الإتجاه من القضاء يتفق مع جانب الفقه الذي كَيّف الخطبة على أنّها عقد كما سلف ذكره في الفرع الأول من هذا المبحث .

ولكن هذا الجانب من القضاء كان محل نقد كبير من الفقه في مصر، لأنه أعطى للخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج ما لا تحتمله من الوصف، وخرج بها عن الحكمة من تشريعها، ورتب عليها أحكاما وإلتزامات ترهق كلا من الطرفين لم ترتبها الشريعة الإسلامية، ولم يقلل بها أي من فقهاء الشريعة القدامى.

ثم تغير إتجاه القضاء بعد ذلك إلى تكييف الخطبة على أنّها وعد، وقد إستقر القضاء الشرعي في مصر قبل إلغائه على أن الخطبة شروع في الزواج ومقدمة له، إذ جاء في أحد أحكامه "أنه لا جدال في أن الخطبة شروع في الزواج و مقدمة له ومتعلق من متعلقاته، وتقديم الشبكة للزواج هو مقدمة له ومتعلق من متعلقاته أيضا"⁹⁹.

وقد ذهب هذا الحكم إلى إعتبار الخطبة مقدمة للزواج وشروع فيه، وإن كان هذا الحكم لم يحدد بالضبط الطبيعة أو الوصف القانوني للخطبة هل هي وعد بالزواج أم هي عقد، إلا

⁹⁸ - أنظر، محكمة سوهاج الكلية في 1948/5/30 ، رقم 434، مجلة الخامة، عدد 28 ، ص 1056 ؛ مقتبس عن أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، هامش ص 939 . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في ص 43 من هذه الرسالة .

⁹⁹ - أنظر، محكمة كفر الشيخ الجزئية ، دعوى رقم 54 ، سنة 1933 ، جلسة 1934/4/14 ، مجلة الخامة الشرعية ، السنة العاشرة ، ص 170، مقتبس عن أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية ، 1986 ، طبعة 3 ، مبدأ رقم 1، ص 504 .

أنه قد أثبت أن القضاء قد تراجع وبدأ يتخلى عن فكرة أو مبدأ أن الخطبة عقد. ذلك أن هذا الحكم وصفها بأنها مقدمة للزواج فقط لا ترقى لأن تكون عقدا يصعب التحلل منه، حتى وإن تأكدت بتقديم الخاطب للمخطوبة الشبكة مثلما هو عليه الحال في تقاليد المجتمع المصري.

وجاء في قرار آخري 1930/6/30 "إن 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 إجتماعي منوط به توفير السعادة للزوجين، وإستتباب الأمن العائلي، وهو لا يتحقق إلا بالرضا الخالص بين الطرفين، الأمر الذي يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق"¹⁰⁰.

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

هذا وقد إستقرت أحكام النقض، وحسنت هذه الإتجاهات المتعارضة بقرارها الصادر في 1939/12/14 حين قررت بأن "الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض. ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه بإعتبار أنهما مجرد وعد فعدول، قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة

100 -أنظر، محكمة إستئناف القاهرة ، 1930/6/30؛ مقتبس عن توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 31، هامش 3 .

للتضمنين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول
المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض¹⁰¹.

ويظهر من ذلك أن القضاء في مصر قد إستقر وحسم الجدل الدائر حول الطبيعة
القانونية للخطبة، وأكد أنها تمهيد لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج ليس له أي صفة إلزام على
كل من المتواعدين. ورتب القضاء المسؤولية ليس على الوعد بالزواج والعدول عنه ولكن عن
الظروف المحيطة بهذا العدول. فهذه الظروف هي التي من شأنها أن تلحق الضرر بأحد الطرفين.
أما إعتبار التعويض ناجم عن الوعد في حد ذاته فهذا فيه تهديد لحرية المتعاقدين في الزواج، وهذا
العقد بالذات لما له من أهمية في حياتهما لا بد أن يكون المقبل عليه حراً حرية مطلقة من كل
قيداً أو شرط .

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

-الخطبة ليست بعقد ملزم.

-مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

-إذا إقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جازاً لحكم بالتعويض
على أساس المسؤولية التقصيرية¹⁰².

وكان رأي هذا الفقيه موافقاً لما إستقرت عليه محكمة النقض في شأن الطبيعة
القانونية للخطبة. ولذلك فإن أحكام المحاكم في مصر تقف على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء
عقد الزواج، و الأحكام صريحة في ذلك، وهذا تحقيقاً لمبدأ حرية الزواج. و منه فإنه لا تصح

¹⁰¹ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني/في 1939/12/14، طعن رقم 13 لسنة 9 قضائية؛ مقتبس عن أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، مبدأ رقم 2،

ص 504.

¹⁰² - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 940.

دعوى ترفع بطلب إتمام الزواج تنفيذا لوعده متبادل، أو خطبة سابقة، لأن حرية الزواج في نظر القضاء من النظام العام.

كما تتفق هذه الأحكام أيضا على إنكار صفة العقد للخطبة، وهو ما يجعلني أقول بأن أحكام القضاء في مصر قد جردت الخطبة من كل إعتبار قانوني، وهو ما ينتج عنه أن العدول عن الخطبة لا يترتب أي مسؤولية، بل أن ذلك يترتب عما قد يصاحب العدول من أفعال تكون قد ألحقت ضررا بأحد الخاطبين، لأنها لا تعتبر الخطبة في حد ذاتها صلة قانونية تقوم عليها إلتزامات وتكاليف، ولا يؤخذ بمبدأ إعطاء تعويض عن فسخها.

الفرع الثالث

الخطبة في الشريعة الإسلامية

الخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل المرأة ليتزوجها، وهي مقدمة لعقد الزواج ووسيلة إليه، والخطبة في الشريعة الإسلامية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، ففي الكتاب قوله عز وجل "ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم، علم الله أنكم ستذكروهن، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"¹⁰³. ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله عز وجل أباح خطبة المعتدة من وفاة تعريضا، فإباحة خطبة غيرها من المحرمات جائزة من باب أولى.

وفي السنة قوله صلى الله عليه وسلم "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"¹⁰⁴. وهذا الحديث يدل على أن الخطبة مشروعّة للخاطب الأول وأنه يجب احترام حقه في الخطبة.

وفي السنة الفعلية وردت الآثار بأن النبي صلى الله عليه وسلم خطب بعض زوجاته كأم سلمة وجويرية رضي الله عنهما. وفي السنة التقريرية ثبت أن الصحابة مارسوا الخطبة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقرها ولم ينكرها، بل قال لبعض من خطبوا كالمغيرة بن شعبه، "أنظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما"¹⁰⁵. فدل هذا كله على مشروعية الخطبة، كما أنها مندوبة في الأصل عند جمهور علماء المسلمين¹⁰⁶.

ولذلك كانت صحة الخطبة في الشريعة الإسلامية مشروطة بجل الزوج، أي لا يجوز إلا خطبة المرأة التي يجوز العقد عليها، وإن كانت محرمة عليه مؤبداً إمتنعت خطبتها للأبد، وإلا فمتى يجل له نكاحها¹⁰⁷.

فلا تحل خطبة المتزوجة، ولا المطلقة طلاقاً رجعيّاً في إجماع المذاهب الفقهية، وذلك لبقاء أحكام الزواج في الطلاق الرجعي، فهولا يرفع لالحل ولا الملك، وأما معتدة الوفاة فتحل خطبتها تعريضاً إجماعاً، وأما المعتدة من طلاق بائن فعلى مذهب الإمام مالك يجوز التعريض لخطبتها¹⁰⁸، وكذلك على المذهب الحنبلي¹⁰⁹. وعلى مذهب أبي حنيفة لا يجوز التعريض بخطبة المعتدة لطلاق إطلاقاً¹¹⁰.

¹⁰⁴ - أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 10.

¹⁰⁵ - معنى أن يؤدم بينكما أي تحصل الملائمة بينكما، و أخرى أي أجدر وأحق ومنه فلان حري بذلك أي خليق و جدير به، أنظر، الشوكاني، المرجع السابق، ص 15.

¹⁰⁶ - أنظر، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، ج 7، ص 368؛ ابن رشد، المرجع السابق، ص 255.

¹⁰⁷ - أنظر، السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 90.

¹⁰⁸ - أنظر، أبو عبد الله محمد عبد الرحمن المعروف بالخطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، (د.س.ن)، ج 3، ص 417.

¹⁰⁹ - أنظر، منصور ابن يوسف البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، 1972، ج 3، ص 10.

¹¹⁰ - أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، 1995، ج 2، ص 852.

وأما عند الشافعية فقد اختلفوا فيما إذا كان يجوز التعريض بخطبة معتدة من طلاق بائن، فعلى قول يجوز وهو الأظهر عندهم، وعلى قول لا يجوز ذلك¹¹¹. وإذا صرح الخاطب بخطبته وركنت المخطوبة أو وليها إلى هذه الخطبة، أي قبلتها، فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يحل لغيره أن يتقدم لخطبتها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه"¹¹².

وقد فرقت الشريعة الإسلامية بين الخطبة والزواج، فالزواج عقد وثيق وميثاق غليظ، أما الخطبة فليست أكثر من إعلان الرغبة في الزواج من امرأة معينة، والخطبة مهما يقيم حولها من مظاهر الإعلان فإنها لا تزيد على كونها تأكيداً وتثبيتاً لشأنها، لا يترتب عليها أي حق للخاطب إلا حجز المخطوبة، فلا يحل لغيره أن يخطبها إذا صرح بخطبتها وركنت إليه.

وعلى ذلك فالخطبة في الشريعة الإسلامية ماهية إلا إظهار الرغبة من جانب أحد الطرفين في الزواج بالآخر، ولا يترتب الفقهاء على مجرد إظهار الرغبة في الزواج أي أثر قانوني. ذلك أن الخطبة شرعاً ليست عقداً كما هو الحال لدى غير المسلمين، وإلا كانت ملزمة إلزاماً يستتبع حتمية عدم العدول عنها، وهذا ما لم يقل به جمهور الفقهاء¹¹³.

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

والمواقع أن الخطبة خالية من كل هذا، فلم يكن التراضي في الخطبة على أساس أن كل واحد منهما لا يحيص له عن العدول ولا يسوغ له العدول، بل كان التراضي على أساس أن هذا كان تمهيداً للعقد، والإلتزام في العقد لا في التمهيد¹¹⁴. حيث أنه لا يمكن القول بأن التراضي في الخطبة

¹¹¹ - أنظر، محمد أبو العباس بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، تحاية المحتاج الى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي و أولاده، 1967، ج 5، ص 156.

¹¹² - متفق عليه، أنظر ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص 17.

¹¹³ - أنظر، محمد محدة، المرجع السابق، ص 46.

¹¹⁴ - أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 68-69. ¹¹⁴

كان على أساس أنه لا يجوز لأحدهما أن يعدل على الخطبة، بل أن جواز العدول يجب أن يتوقعه كل واحد منهما مادام العقد لم يتم نهائياً.

المطلب الثاني حكم العدول عن الخطبة

الخطبة مرحلة تسبق عقد الزواج فهي مقدمة لعقد أبدي يجمع بين المرأة والرجل، ولذلك فإنه يمكن للخطبة أن تنتهي. وأسباب إنتهاء الخطبة عديدة، فقد تنقضي بإتمام عقد الزواج وهذا هو الأصل فيها ولكنها قد تنقضي دون ذلك بوفاة أحد طرفيها، وقد تنتهي بتراجع أحد الطرفين عن مواصلة إتمام إجراء الزواج أي بالعدول عنها.

فالعدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر. والتوقف تماماً عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططاً في أول الأمر بعد إتمام الخطبة¹¹⁵.

للعدول عن الخطبة مزايا ومساوئ، وأهم مزاياه أنه يحول دون إتمام زواج فاشل قد يصعب التخلص منه، وبغيره قد يعيش الزوجان في تعاسة وشقاء، والعدول وقاية من هذا الشقاء. ولهذا يجب الإعراف لكل من الخاطب والمخطوبة بحرية إتمام الزواج حتى لا يجبر أحدهما على معاشرته زوج لا يرضاه.

أما مساوئ العدول عن الخطبة فأهمها ماقد يلحق بسمعة أحد الخاطبين وخصوصاً المخطوبة من أقاويل. وقد يصيب أحدهما من مغارم مالية أنفقها في الإستعداد لزواج لن يتم وما قد يضيع عليه من منافع، كفرصة لزواج آخر موفق، أو فرصة لإستكمال دراسة أو الإلتحاق بعمل¹¹⁶.

¹¹⁵ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 85 .

¹¹⁶ - أنظر، عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1987، ص 99 .

وبسبب هذه المساوئ أتساءل عن حكم العدول في حد ذاته، هل هو حق لكل من الخاطب والمخطوبة على حد سواء؟ هل هو حق للعادل يمارسه كيفما يشاء؟ وما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذا العدول؟ هل للخاطب حرية مطلقة في العدول عن الخطبة؟ هل هذا العدول يدخل ضمن المباحات العامة؟ أم هل تقع عليه قيود وضوابط؟ وإن كان كذلك فما هي هذه القيود؟

الفرع الأول

حكم العدول عن الخطبة ديانة

كما سبقت الإشارة إليه فإن الطبيعة القانونية للخطبة تختلف إختلافا بينا بين المسلمين وغير المسلمين، وذلك بالنظر إلى الطبيعة والوصف القانوني لها لدى كل من المسلمين أو غيرهم، ولذلك سأعرض في هذا الفرع إلى حكم العدول أن الخطبة لدى المسلمين (أولا) ثم لدى غير المسلمين (ثانيا).

أولا: حكم العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية

الخطبة في الشريعة الإسلامية كما بينته أعلاه هي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، وبتمام هذا الطلب يقال أن فلان خطب فلانة. وقبول المخطوبة أو وليها لهذا الطلب لا يجعلها عقدا ملزما بالزواج، لا بالنسبة لطرفيها ولا بالنسبة لغيرهم، سواء كان هناك مبرر لعدوله أو لم يكن هناك مبرر، وإذا خطب شخصا آخر المخطوبة فعدلت عن خطبة الأول، وتزوج الثاني بها كانت خطبته محرمة لكن زواجه بها صحيحا¹¹⁷.

¹¹⁷ - أنظر، عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 99.

ومعنى هذا أن تحريم الخطبة على الخطبة لا يرجع إلى أن الخطبة ملزمة للخطاب أو للمخطوبة أو للغير، و لكن يرجع إلى أن في ذلك إضراراً بالخطاب الأول وإستقرت مبادئ الشريعة الإسلامية على أنه لا ضرر و ضرار.

فإذا وعد كل من الخطاب أو المخطوبة الآخر بالزواج منه، فهذا الوعد لا يمكن إعتباره ملزماً وإنما يجوز التراجع عنه لأن هذا يتفق مع الهدف الأساسي للخطبة وهي التمهيد لعقد الزواج والبحث والتحري من إمكانية التوافق والإنسجام بين الطرفين أو عدمه.

وإذا سلمنا بأن الخطبة وإن لم تكن عقداً فهي وعد بالزواج، والوعد بالزواج وإن لم يكن لازماً إلا أن الوفاء به واجباً أخلاقياً، والنزول عنه مذمة دينية وأخلاقية. وقد يكون الوفاء به واجباً في بعض الحالات كما لو أدخل الواعد الموعود في بعض الإرتباطات المالية، أو غير المالية المتصلة بالوعد أو الناشئة عنه وذلك على ما ذهب إليه بعض فقهاء المالكية إذ قالوا بأنه إذا كان الوعد مقروناً بسبب سواء دخل الموعود في السبب أم لا، كما لو قال الواعد للموعود تزوج وأنا أعطيك المهر، أو أهدم دارك وأنا أمنحك قيمة البناء ففي هذه الحالة يجب الوفاء بالوعد¹¹⁸.

وكما هو المشهور من مذهب المالكية فإنه لا يكفي لوجوب الوفاء أن يكون الوعد مقترباً بالسبب، وإنما لا بد أن يكون الموعود قد دخل فيه. ففي المثالين السابقين يجب للوفاء أن يكون الموعود قد قام بالهدم فعلاً، أو شرع في الزواج عملاً، وبدون ذلك الدخول في السبب لا يجب الوفاء¹¹⁹. أو إذا كان الوعد معلقاً كما ذهب إليه بعض فقهاء الحنفية كما لو قال الواعد، إذا لم يوف لك مدينتك بدينك سوف أوفيك به¹²⁰. ومنهم من قال أنه لازم مطلقاً وهو ما رجحه الشافعي، حيث قال الوعد كله لازم ويقضي به على الواعد ويجبر¹²¹.

118 - أنظر، أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج4، عالم الكتب، -بيروت - ، ص23 وما بعدها .

119 - أنظر، القرافي، المرجع السابق، ص 24 .

120 - أنظر، ابن نجيم، شرح الأشباه والنظائر، ج 3، دار الكتب العلمية، ص 237 .

121 - أنظر، ابن حزم الظاهري، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، ج 8، د.س.ن.، ص 377 .

وقد إستبدل القائلون بإلزام الواعد بما وعد بأدلة كثيرة من كتاب الله وسنة رسول الله. فمن الكتاب قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"¹²²، وقوله تعالى "وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم"¹²³. فتدل هاتين الآيتين على أن الوفاء بالعقود والعهود واجب، وفي قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لم تقولون مالا تفعلون كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تفعلون"¹²⁴. فتدل هذه الآية على ذم فعل من يقول ولا ينفذ، وذلك من خلال وصفه بأنه أكبر المقت، وهذا دليل على التحريم، وما يمنع الحرام واجب، ولهذا يتعين الوفاء بالوعد خروجاً من إحتمال الوقوع في المحرم الذي دل عليه وصف الشارع لمن يقول ما لا يفعل بالمقت في الآية الكريمة.

ومن السنة ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان"¹²⁵. فقد دل هذا الحديث الشريف على أن خلف الوعد من ضمن صفات المنافقين، وهذا ذم له يدل على التحريم، لأن ذكر خلف الوعد في سياق الذم يدل على تحريمه.

فهذه الأدلة وإن كانت تدل على وجوب الوفاء بصفة عامة، إلا أن ذلك العموم يعتريه التخصيص الوارد على الإلزام بأنه أخلاقي يؤخذ من أخلف الوعد فيه يوم القيامة وليس إلزاماً في الدنيا، ولا يوجد ما يدل على وجوب الوفاء به قضاء¹²⁶. ولكن مع ذلك التخصيص يبقى الإلزام به قائماً سواء كان الوعد مقترناً بسبب أم لا.

ورغم إختلاف الفقهاء في مدى إلزام الوعد، إلا أن كلامهم لا يعدو نطاق العقود المالية ولا يرد بالقطع على عقد النكاح أو مقدماته، فلا يثار الكلام في الوعد أو الإلزام به في باب النكاح، لأن الإلزام به يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راضي به، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير¹²⁷.

¹²² - سورة المائدة، الآية 1.

¹²³ - سورة النحل، الآية 91.

¹²⁴ - سورة الصف الآيتين 2-3.

¹²⁵ - متفق عليه، أنظر، شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المنار، 1999، ج 1، ص 89.

¹²⁶ - أنظر، ابن حزم، المرجع السابق، ج 8، ص 378.

¹²⁷ - أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 26.

فالخطبة ليست عقدا شكليا كما هو الحال عند غير المسلمين بل إنها تتم وتترتب عليها جميع أحكامها بمجرد إجابة الخاطب والموافقة على الخطبة من غير توقف على شكل معين، أو صفة محددة أو مكان بعينه. كما أنها تتم دون تدخل رجال الدين وليست قراءة الفاتحة ولباس الخاتم شرطا في صحتها وإن تعارف الناس على ذلك كما هو الحال في زماننا.

وإذا لم تكن للخطبة قوة الإلزام لأحد الطرفين فلكل منهما أن يتحلل من هذه الخطبة ويتراجع عنها، وإن فعل ذلك فليس لأحد من سبيل عليه، لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، ولا تقبل الدعوى التي ترفع من أحدهما لطلب إتمام الزواج، تأسيسا على سابقة الخطبة. لأن المصلحة العامة والخاصة توجب أن يكون كلا من الطرفين على حرية تامة قبل إبرامه، لأنه عقد يدوم العمر أحيانا، ومن المصلحة التروي وترديد الأمر فيه قبل الإقدام عليه. ومن ثم فإن أي إلزام به يعتبر تدخلا في حرية الاختيار، وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد لأن حرية الزواج من النظام العام .

فإذا لم يكن للقضاء سلطان على الخاطب لإلزامه بإتمام عقد الزواج وأنه لكل من الخاطب أو المخطوبة أن يعدل عن خطبته متى شاء، فهل يلزم الخاطبان بإتمام العقد وإلا كانا قد إرتكبا معصية أو وزرا فيما بينهما وبين الله تعالى؟ و هل العدول عن الخطبة من المباحات العامة التي لا جناح عليهما إذا قاما به؟

لقد جاء في الفقه الحنبلي أنه لا يكره للولي ولا للمرأة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح. لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها. والولي قائم مقامها في ذلك، وإن لم يكن الرجوع لغرض صحيح كره منه ومنها. لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولا يحرم لأن الحق بعد لم يلزم¹²⁸.

وفي الفقه المالكي لا يكون حراماً أن ترد المرأة أو وليها الخاطب بعد الركون إليه ما لم يكن الرد لأجل خطبة الثاني¹²⁹. وفي الفقه الظاهري للمرأة أن ترد خاطبها ولو بعد الركون إليه وإذا ردت فعلية عدم التعرض لها، لأن التعرض بعد الرد يعتبر معصية لما فيه من ظلمها والإضرار بها¹³⁰.

والرجل كالمرأة في العدول إحتياطاً لنفسه ونظراً لحظه، فالمنصوص عليه فقها أنه لا يكره الرجوع عن الخطبة سواء أكان من الرجل أم من المرأة أم من وليها، إذا كان لغرض صحيح، أما إذا لم يكن للرجوع مسوغه وغرضه الصحيح فإنه يكون مكروهاً عند الله تعالى، لما فيه من خلف الوعد ونقض العهد، والوفاء بالعهد من حسن الخلق ومكارمه كما جاء في النصوص التي أسلفت ذكرها من الكتاب والسنة، والمكروه هو الفعل الذي لا يثاب فاعله ولا يؤثم بفعله وبالتالي فلا يعاقب عليه بشيء .

وقد سؤل الدكتور يوسف القرضاوي عن حكم العدول عن الخطبة، فقال "مادام الزواج لم يتحقق بعد، تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها، لا يحل له الخلوّة بها، وإذا ترك الخاطب مخطوبته بعد فترة طالت أو قصرت، فلا يجب عليه إلا ما توجهه الأخلاق والتقاليد من لوم وتأنيب الضمير¹³¹ .

وهذا ما يدل على أن العدول من المباحات العامة التي لا يترتب على فعلها أو تركها إستحقاق أي ضمان لما هو مقرر في الشريعة الإسلامية أن الجواز ينافي الضمان. ومن ثم يكون الحكم بالتعويض على الخاطب بمجرد العدول أمر لا تقره الشريعة الإسلامية ولودون ضرورة ظاهرة، لأنه قد يبني على أسباب نفسية لا يمكن تجاهلها في عقد يقوم على المودة الدائمة.

¹²⁹ - أنظر، أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، ص 193 .

¹³⁰ - أنظر، ابن حزم، المرجع السابق، ج 11، ص 226 .

¹³¹ - أنظر، يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 60-61 .

لذلك يجب أن يكون للهوى والميول أثر في العدول، لأن الزواج إرتباط نفسي وليس عقدا ماديا محضا، وليس هناك خطأ مفترض في جانب من يعدل عن الخطبة، وليست هنا مسؤولية عقدية لعدم إكمال عقد الزواج¹³².

ولأن أساس التعويض هو الضرر، والضرر في خطبة المسلمين معدوم لأن الإسلام يمنع بل يحرم إجتماع الإثنين لكونهما مازالا أجنبيين عن بعضهما. كما أن الشريعة الإسلامية تقضي في حالة الطلاق قبل الدخول، وهو خطوة أبعد من العدول عن الخطبة التي يعقبها عقد زواج بأن لايتحمل الزوج فيه إلا خسارة نصف المهر، فكيف يصح إلزامه بتعويض قد يزيد عن نصف المهر إن هو عدل عن الخطبة فقط¹³³.

كما سؤل فضيلة الشيخ محمد بجيت¹³⁴ مفتي الديار المصرية سابقا، هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أحل بوعده الزواج، إذ قد حكمت بعض المحاكم الأهلية بالتعويض، فهل هذا جائز شرعا؟ فأجاب بأن الخطبة ليست إلا وعدا لا يجب شرعا الوفاء به، إذ لا يقيد واحدا من الخاطب أو المخطوبة بشيء للآخر، ولا يمنع كل واحد منهما من أن يعدل عن أن يتزوج بالآخر. ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء .

فالعدول عن الخطبة أمر جائز في الشريعة الإسلامية، كما أن العدول بغير مبرر هو أمر غير ممنوع إذا ظلت الخطبة مرحلة تمهيدية للزواج، إلا أن هذا العدول مكروه بما فيه من إخلال بالوعد. لكن ما مدى أثر هذا العدول على استرداد المهر أو الهدايا إذا كانت قد قدمت؟

¹³² - أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 63 وما بعدها .

¹³³ - أنظر، السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، الجامعة المصرية، كلية الحقوق،

1936، ص 88-89 .

¹³⁴ - فتوى في 19 صفر سنة 1334 هجرية .

المهر من أحكام الزواج وبالتالي لا تستحق المخطوبة مهرا، لأن المهر حق من حقوق الزوجة، فإن لم يتم الزواج إسترد الخاطب المهر، لأن إحتفاظ المخطوبة به يكون بغير سبب شرعي¹³⁵. أما بالنسبة للهدايا فقد وقع إختلاف بين الفقهاء هل ترد هذه الهدايا عند العدول أولا ترد؟

فذهب الحنفية إلى إمكانية الرجوع في الهبة إلا مانع من الموانع ومن هذه الموانع هي خروج العين الموهوبة من ملك الموهوب له، أو هلاك الشيء الموهوب أو إستهلاكه، أو تغير وصفه أو صورته، وبتطبيق حكم الهبة على هدية الخطبة، إن حصل عدول عنها، يكون حكم هذه الهدية أنها إن كانت قائمة بعينها، لم يحصل تغير فيها وهي في ملك المهدى إليه، فإن للمهدى أن يستردها بعينها، وإن حصل تغيير فيها أو هلكت أو أستهلكت أو خرجت من ملك المهدى إليه، فإنه لا يرجع المهدى على المهدى إليه لحدوث مانع من موانع الرجوع، وذلك بصرف النظر عن عدل عن الخطبة، وعمّا إذا كان هذا العدول بمبرر أو بغير مبرر¹³⁶.

وأما في المذهب الشافعي فإن هدايا الخطبة مقيدة بشرط الزواج، لذلك عدت من ضمن هبات الثواب التي يحق لصاحبها طلب ردها متى لم يتحقق ذلك المقابل¹³⁷.

غير أن المالكية ذهبوا إلى أن من تسبب في عدم إتمام الزواج بعدوله عن الخطبة لا يصح له أن يسترد هداياه أو يحتفظ بهدايا الآخر، لأنه إذا كان قد وهب بشرط إتمام الزواج فقد كان هو المتسبب في عدم تحقيق هذا الشرط، وبالتالي لا يجوز عندهم لمن عدل عن الخطبة أن يسترد هداياه ما لم يوجد عرف أو شرط يقضي بغير ذلك¹³⁸.

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

¹³⁵ - أنظر، عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 102 .

¹³⁶ - أنظر، أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، 1980، ص 130-131 .

¹³⁷ - أنظر، أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، الشافعي الأم ، دار الفكر، بيروت، 1980، ج 4، ص 61-62 .

¹³⁸ - أنظر ، أحمد بن محمد الدردير ، المرجع السابق ج 2 ، ص 210 .

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

ويعنى أدق أن عدم إسترداد الهدايا عند العدول عن الخطبة لا يراعي فيه ما إذا كان بمبرر أو بغير مبرر، وإنما يراعى فيه أن الهدية هبة بشرط الزواج ولم يتحقق الشرط، ولا تسترد الهدية إلا إذا كان عدم تحقق الشرط راجعا إلى الواهب، فلا يسترد هديته ولا يحتفظ بهدية الآخر.

أما ما ورد في مذهب الإمام مالك في حالة العدول من جهة المخطوبة فهو إلزامها برد الهدايا القائمة وبدل الهالك أوالمستهلك منها، فإنه وإن كان إستثناء من القاعدة الأصلية في مذهبه بشأن الرجوع في الهبة، فإن هذا الإستثناء له ما يبرره من المصلحة، لأن الأخذ بالمصالح المرسله من أصول مذهب الإمام مالك، وذلك منعا للتغريب بالناس والتلاعب بهم، وأخذ ما لهم بلا مقابل.

ثانيا: حكم العدول عن الخطبة في شرائع غير المسلمين.

تطورت أحكام الخطبة طبقا للتشريع الكنسي فقد كانت تعتبر أول الأمر عقدا قانونيا ملزما للطرفين بعقد الزواج، وهذا العقد يخضع في شروطه لأحكام باقي العقود، وبمقتضاه كان لكل من الطرفين أن يقاضي الطرف الآخر طالبا الوفاء بتعهده. ولم تكن هناك صعوبة إلا من حيث إيجاد الوسيلة لإكراه المدعي عليه على إتمام الزواج، فقد كانت مقصورة على الطرد من العشيرة. وفضلا عن ذلك فقد كان يترتب على الخطبة عدم جواز تزوج الخاطب بغير من خطبها وحرمة المصاهرة بالنسبة لأقارب كل منهما على الآخر¹³⁹.

إلا أن هذا الأثر القانوني للخطبة قد ألغي في القانون الكنسي من قرارات مجمع ترنت "concile de trent" الذي عقد في الفترة من سنة 1543 إلى 1563 وبذلك لم تعد الخطبة ملزمة ولا يترتب عليها منع الخاطب من التزوج بغير من خطبها ولا حرمة المصاهرة، وكل ما يترتب عليها هو إرتباط وجداني فقط، ولا يعتبر هذا الإرتباط أساس لرفع أي دعوى بقصد عقد هذا

النكاح¹⁴⁰. وهذا التشريع الأخير هو الذي إستقر عليه الرأي عند البحث في توحيد قوانين الكنيسة الشرقية الكاثوليكية فقد أقر هذا المبدأ بالقانون 1017.

وقد أحاطت الشريعة المسيحية الخطبة بمجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية، بالإضافة إلى شرط العلانية إلا أنه لهذا الإتفاق خصائصه الذاتية، حيث يتدخل القانون ليحفل منه إتفاقا غير ملزم لطرفيه، ولهذا يمكن لكل خطيب أن يعدل عن إتمام الزواج، ولا يحتاج في هذا العدول إلى موافقة الطرف الآخر كي ينتج العدول أثره، ولا يغير ذلك من طبيعة الخطبة وأغراضها على الإطلاق، حيث أن غرضها إتمام الزواج مستقبلا إذا ما تم التوافق بين الطرفين.

كما أن الشكل الذي تصب فيه الخطبة ليس من شأنه أن يغير من طبيعتها ويجعلها عقدا ملزما، بل تظل كما هي وعدا غير لازم، فالغرض الحقيقي من صياغة الخطبة في شكل معين وإتمامها أمام رجل الدين والشهود هو إشهارها والإعلان عنها، وإعطائها طابع الجدية، ولهذا أهميته في المسيحية، إذ ييسر لمن له سبيل في الإعتراض على إتمام الزواج بين الخاطبين أن يتقدم، كما يتيح الفرصة للكشف عما يكون هناك من موانع تحول دون إنعقاد الزواج بين الطرفين¹⁴¹.

وبالنسبة لطائفة الكاثوليك فالخطبة تنقضي بالعدول أيضا حيث أنه لا مجال لدعوى المطالبة بالإحتفال بالزواج بناء على الوعد به وفقا للمادة 782 من قانون الكنائس الشرقية.

وقد جاء في المادة التاسعة من المشروع الموحد للأحوال الشخصية للطوائف المسيحية في مصر بأنه يجوز الرجوع في الخطبة بإتفاق الطرفين أو بإرادة أحدهما، ويثبت ذلك بمحضر يحرره رجل الدين ويوقع عليه ممن عدل، ويفرق بعقد الخطبة، ويتولى رجل الدين إخطار الطرف الآخر بهذا العدول بخطاب موصى عليه بعلم الوصول في ظرف شهر من تاريخه.

¹⁴⁰ -أنظر، السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق ص 50 .

¹⁴¹ -أنظر، عبد الحميد إبراهيم البيه ، المرجع السابق ، ص 228 .

يتبين مما تقدم من نصوص أن كافة الشرائع المسيحية قد قررت مبدأ العدول عن الخطبة، وأن الخطبة لا تنشئ إلتزاماً على الخاطب بإبرام عقد الزواج لأن الأصل فيه الحرية والرضا. إلا أن مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد فرقت بين العدول بمقتضى والعدول بغير مقتضى¹⁴².

إذ تذهب إلى إعتبار العدول بغير مبرر من قبيل الخطأ الذي يستوجب الحكم بالتعويض للطرف المعدول عنه بغض النظر عن الضرر الذي أصابه، فهي تفرق بين العدول بمبرر والعدول بغير مبرر، وتلزم من يعدل بغير مبرر بالتعويض، ولا حق له في إسترداد ما يكون قد قدمه من مهر أو هدايا¹⁴³.

فللخاطب إذن أن يسترد ما قدمه من المهر والهدايا غير المستهلكة، هذا فضلاً عما لكل من الخاطبين من الحق في مطالبة الآخر أمام القضاء بتعويض الضرر الذي لحقه من جراء عدوله عن الخطبة.

كما تنص المادة الثالثة من قانون الإنجليدين الوطنيين بأنه إذا عدل أحد الخطيبين عن الزواج بعد الخطبة بدون سبب حكمت عليه السلطة المختصة للآخر بتعويضات، ويخصم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع نقداً من الخطيبين، وأما الهدايا العينية فتضيع عن الناكث و تبقى للآخر. وأوضحت المادة الرابعة من نفس القانون أن السبب الكافي لفسخ الخطبة هو أحد الأسباب التالية :

- 1- إذا ظهر في أخلاق أحدهما فساد فيما يخص العفة ولم يكن معلوماً للآخر قبل الخطبة.
- 2- إذا وجد بأحدهما مرض معد قاتل.
- 3- إذا أعتنق أحدهما ديناً آخر بعد الخطبة .
- 4- إذا ظهرت بأحدهما عاهة سابقة على الخطبة ولم تكن معلومة للآخر.
- 5- إذا إرتكب أحدهما جريمة مهينة للشرف مهما كان الحكم المدني الذي حكم به عليه.

¹⁴² - أنظر، رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 254.

¹⁴³ - أنظر، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 170 .

- 6- إذا ارتكب أحدهما جريمة غير مهينة للشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة.
- 7- إذا غاب أحد الخطيبين إلى جهة غير معلومة للآخر أو بدون رضائه وطالت مدة الغياب حتى بلغت سنة، علاوة على الأجل المحدد للزواج.

وبالنسبة لطائفة الكاثوليك فلم يتحدث قانون الكنائس الشرقية عن الأسباب المبررة للعدول أو الفسخ، وإنما حرص في الفقرة الأولى من المادة 782 على أن يؤكد أن الوعد بالزواج حتى ولو كان صحيحاً، ولم يرر عدم إنجاز سبب معقول، لا يخول إلا الحق في طلب تعويضات إن وجب منها شيء ما.

وبالنظر إلى هذه النصوص أستخلص بأن الخطبة في شرائع غير المسلمين ماهي إلا مقدمة لعقد الزواج، وطبيعتها التعاقدية لا تغير من هذا الوصف لأنها عقد غير لازم لأن إمكانية التنفيذ فيه تتنافى ومبدأ حرية الزواج و لذلك يمكن فسخ عقد الخطبة هذا. أو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بالعدول، إلا أن انعدام المبرر في العدول عن الزواج من أحد الخطيبين هو خطأ يبني عليه التزام العادل بالتعويض¹⁴⁴.

فالعدول في المسيحية هو حق للعادل، ولكنه حق مقيد بأحد الأسباب التي تتيح له التحلل من عقد الخطبة والالتزام بإتمام الزواج، وفي غياب هذا المبرر فإن العدول يعتبر خطأ يستوجب التضمن قضاء، لأن العدول وإن كان مباحاً إلا أن الخطبة تبقى كما هو عليه الحال لدى المسلمين مقدمة لعقد الزواج غير أن هذه الإباحة ليست مطلقة، فالعادل لا يمارس حقاً وإنما رخصة أبيض له إستعمالها في ظروف معينة، أي توفر الأسباب الكافية التي تسمح له بالتحلل من إلتزامات الخطبة.

الفرع الثاني

حكم العدول عن الخطبة تشريعاً و قضاءً

إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططا في أول الأمر بعد إتمام الخطبة¹⁴⁵.

وفي هذا تنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27 على أن "الخطبة وعد بالزواج يجوز لكل من الطرفين العدول عن الخطبة عنها، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمتها".

فالخطبة وإن تمت بتوافق الإيجاب والقبول من الطرفين، فإنها لا تخرج عن كونها وعدا بالزواج في نظر المشرع الجزائري، ولكن الرجوع عن هذا الوعد هل هو حق خالص لكل من الطرفين يستعمله كيفما شاء ولا تضمن عليه؟ أم هو رخصة يستعملها في حدود معينة أو ظروف محددة؟

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

فالمشرع كان يستعمل عبارة الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وقد إستعمل 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 مقرونا بأي شرط أو قيد، 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

نص المادة 5 بعد التعديل "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة" فقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 5 المعدلة لتضيق عمومية اللفظ الوارد في النص سابقا.

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

وما يمكن قوله أنه يحق لكل من الخاطب أو المخطوبة 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 بإزادته المنفردة، دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك العدول لكونه مباح شرعا وجائز قانونا¹⁴⁶.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 1989/12/25 حيث قضت بموجبه بأنه "من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، وإن تمت بالإتفاق بين الطرفين وهي لا تبيح لهما أن يختلطا إختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الإلتزام بتمام العقد إنطلاقا من مبدأ الرضائية في العقد"¹⁴⁷.

ومن ثم فإن العادل عن الخطبة يمارس حقا خالصا له، و ليس لأحد من سبيل عليه لأنه عدول عما يدوم الضرر فيه، ولا تقبل الدعوى التي يرفعها أحدهما للمطالبة بإتمام الزواج تأسيسا على سابقة الخطبة، لأن المصلحة العامة والخاصة توجب أن يكون كلا من الطرفين على حرية تامة قبل إبرامه، لأنه عقد يدوم العمر أحيانا ومن المصلحة التروي وترديد الأمر قبل الإقدام عليه، لأن أي تدخل من القضاء يعتبر إكراها على الزواج وتدخل في حرية الإختيار.

¹⁴⁶ - أنظر، محمد محدة، المرجع السابق، ص 57 .

¹⁴⁷ - أنظر، م ع، غ أش، 1989/12/25، ملف 34089، م ق 1990، عدد 4، ص 102.

وكل من المرأة و الرجل سواء في العدول عن الخطبة إحتياطاً لنفسه في عدم الإقدام على زواج لم يعد يجد فيه الإستقرار النفسي، لأن الشريك الذي إختاره، وتواعد على الزواج معه بموجب الخطبة لا يوافق أهواءه و طباعه.

وإذا جاز لكل من الخاطب أو المخطوبة العدول عن وعده وعدم الإلتزام بإتمام الزواج، إلا أنه من مكارم الأخلاق أن لا ينقض المؤمن وعده وفقاً لما سبق ذكره من أسانيد من الكتاب والسنة، ولهذا كان خلف الوعد من الرذائل المنهي عنها ما لم يترتب عن الوفاء به ضرر بين.

ولذلك فقد إلتفت المشرع الجزائري إلى إمكانية العدول في حالة وقوع ضرر لأحد الطرفين لأن العدول حق مقرر لكل من الطرفين، إلا أنه كغيره من الحقوق قد يساء إستعماله فيترتب عنه ضرر للطرف الآخر، ولذلك فقد أجاز العدول.

وإن كانت مسألة التوافق النفسي والإجتماعي بين الخطيبين من أدق الأمور الشخصية التي يصعب على القاضي تقديرها، إلا أنه من غير الجائز أن يعدل الخاطب عن عزمه لمجرد طيش أو نزوة فردية بغير مبرر منطقي أو معقول، حتى يكون هذا العدول لغرض صحيح، وسأعود لاحقاً لشرح الغرض الصحيح من إستعمال حق العدول¹⁴⁸. ويستحسن التعجيل في العدول إذا ما بدا سبب واضح يقتضي ذلك، ويبقى تقدير هذا السبب لسلطة القاضي والذي قد يختلف من شخص إلى آخر.

ويذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن الخطبة لا تتجرد من أي أثر قانوني، وإنما تعتبر إتفاقاً ينشأ عنه إرتباط، وأن العدول عنه حق، وأن إستعماله مقيد بوجود أن يكون مطابقاً للحكمة المبتغاة التي من أجلها شرع .

¹⁴⁸ -أنظر، ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة ، ص 70 من هذه الرسالة .

فإذا أسيء إستعمال هذا الحق، أي حق العدول، لم يكن الفعل تطبيقيا لهذا الحق الذي يكون غير قائم بعدم قيام وجوبه، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا لتعهدده، وموجبا لمسؤوليته على أساس العقد، وإنما هذا التوجه يتفق في مجمله مع إتجاه الشريعة الإسلامية، حيث تنقيد الحقوق فيها بصفة عامة بعدم إساءة استعمالها¹⁴⁹.

وفي القضاء المصري نجد بعض الأحكام قد عولت على فكرة التعسف في إستعمال الحق، ومن ذلك حكم لمحكمة الإسكندرية الصادر في محكمة الإسكندرية، 1931/10/24، والذي جاء في تسببيه بأنه إذا كان للخاطب الحق في العدول، فإنه يسأل إذا أساء استعمال هذا الحق و أضر بمخطوبته¹⁵⁰.

وبذلك أيضا حكمت محكمة استئناف القاهرة في 1931/6/30 والذي جرى تسببيه هو الآخر على أساس سوء إستعمال حق العدول، حين قضى بأنه "من أساء إستعمال حقه في العدول عن الخطبة يجب عليه التعويض، حيث كان ذلك سببا للأضرار التي لحقت بالمخطوبة، حين طالت مدة الخطبة مما صرف الراغبين في زواجها وأصبحت فرصتها فيه معرضة للضياع والخطر، فضلا عن إيلاام عواطفها، والمساس بكرامتها وتعرضها للضنون والأقاويل"¹⁵¹.

وطبقا للقضاء المصري فإنه ليس العدول عن الخطبة مجرد إباحة صرفة يستعملها الطرف الذي يعدل وهو في مأمّن من المسؤولية، وإنما هو حق مقيد في إستعماله بوجود مسوغ يقتضيه، عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المرجوة، وأن عدم التقيد بالخطبة لا يبرر استعماله حق العدول بغير الغرض الذي شرع من أجله ويكون في ذلك إضرارا بالغير، و هذه الإساءة تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من أضرار.

¹⁴⁹ - أنظر عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 42

¹⁵⁰ - أنظر، محكمة الإسكندرية، 1931/10/24، المجموعة الرسمية، س 32، ص 73 رقم 30؛ مقتبس عن السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 80.

¹⁵¹ - أنظر، محكمة استئناف القاهرة في 1931/6/30؛ مقتبس عن توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 44.

وقد كان قضاء محكمة النقض الفرنسية قد استقر على هذا المبدأ قبل ذلك، إذ ذهبت إلى أن الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الأخلاق للإنسان فلا ينقض وعده، ويرجعه في عزمه، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملحة تبرر نقض وعده¹⁵².

وينص المشرع السوري 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 مهرا نقدا أو إشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيارين بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز. وإذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته. تجرى على الهدايا أحكام الهبة". يتضح إذن من خلال هذا النص أن المشرع السوري جعل من العدول حقا خالصا لكل من الخاطب والمخطوبة على حد سواء، ولم يرتب على العدول في حد ذاته كفعل أي حق في التعويض ولو كان في ذلك تعسفا من جانب أحد الطرفين وتضررا للطرف الآخر.

وقد ذهب جانب من الفقه في سوريا بإمكانية التعويض عن الخطبة ولكن في حدود نصف المهر جاعلا من العدول عن الخطبة بمثابة فسخ للزواج قبل الدخول¹⁵³. وذهب جانب آخر إلى عدم جواز التعويض، حتى ولو كان العدول عن الخطبة دون سبب معقول، والحجة في ذلك أن العدول عن الخطبة حق شرعي للطرفين ومن المعلوم فقها أن الجواز الشرعي ينافي الضمان¹⁵⁴.

وعلى ذلك أيضا استقر القضاء في سوريا إذ جاء في قرار لمحكمة النقض السورية في 1970/11/30 أنه "إن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة دون أن يكون للفريق الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض، ولا تلزم المخطوبة بأكثر من إعادة المهر وفقا للأحكام المبينة في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية"¹⁵⁵.

¹⁵² - Cf. Cass. , Civ. ,30/5/1838 ,S.1838 , n°31 .

¹⁵³ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص52-53.

¹⁵⁴ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 113 .

¹⁵⁵ - أنظر، محكمة النقض السورية 1970/11/30، مجلة القانون عام 1971، ص 521 .

ولقد كثرت في الوقت الحالي حالات العدول عن الخطبة لعدة أسباب لم تكن موجودة في السابق، منها التسرع في إتمام الخطبة قبل استعمال البحث والتحري عن الطرف الآخر، وكثرة الرياء والغش في الزواج، وتنوع مطالب كل من الخاطب والمخطوبة.

كما أدى إختلاط الخاطب بالمخطوبة إلى اكتشاف كل منهما بعض عيوب الآخر التي يرى معها العدول عن الخطبة. ولذلك فإن لهذا العدول مزايا ومساوئ، فأهم مزاياه أن يحول دون زواج فاشل، قد يصعب التخلص منه فيكون العدول وقاية من شقاء الزوجين مستقبلا، و لهذا ينبغي الاعتراف بحق العدول لكل من الخاطب والمخطوبة على حد سواء .

أما مساوئ العدول عن الخطبة فأهمها ما قد يلحق بسمعة أحد الخطيبين وخصوصا المخطوبة من أقاويل أو ضياع لفرصة الزواج مستقبلا، ولذلك فإن إمكانية العدول احتمال وارد الوقوع، وهي حق لكل من الطرفين إلا أنه يجري في استعمال هذا الحق ما يجري على الحقوق الأخرى من ضرورة استعماله لغرض مشروع وعدم الإضرار بالغير .

المبحث الثاني

المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة

دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة هي دعاوى حديثة، وهي دعاوى نسائية في غالب الأحيان، لأنها ترفع من المخطوبة أو من ينوب عنها. وقليلًا ما يرفع الخاطب دعوى تعويض بسبب عدول المخطوبة عن الزواج به.

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

وقد سبق القول أن الخطبة لا تلزم الخاطب أو المخطوبة بإتمام الزواج، فهي وعد بالزواج. وقد أجاز الشرع والقانون لكل منهما العدول عنها. ولذلك فإن العدول في حد ذاته لا يعتبر مجلبة للضرر. فلم يثبت عن الفقهاء القدامى في آثارهم التعرض لهذه المسألة سواء طالت فترة الخطوبة أو قصرت، وسواء كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة.

فإن كان العدول حق لكل طرف، فمتى تصبح ممارسة الحق مجلبة لضرر الطرف الآخر؟ وما طبيعة هذه الأفعال التي يأتيها الخاطب أو المخطوبة أثناء العدول فتترتب مسؤوليته عنها؟ ثم ما طبيعة هذه المسؤولية؟

من خلال المطلب الأول سأعالج مسؤولية العدول عن الخطبة، وأبين عناصرها، وأعالج من خلال المطلب الثاني إتجاهات أحكام القضاء في الجزائر والمصري في تقرير مسؤولية العدول عن الخطبة، ومدى موافقة هذه الإتجاهات لأحكام الشريعة الإسلامية؟

المطلب الأول

عناصر المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج وتمهيدا له، ولا تزيد على أن تكون وعدا بعقد، وحتى مباشرة الكاهن والوعد بالعقد ليس له قوة الإلزام بين طرفيه، وعلى الأخص في مسألة الزواج. لعقد الخطبة وتوليته لها عند المسيحيين لا يغير من هذه الحقيقة ولا يرتفع به إلى مستوى عقد الزواج من حيث الإلزام لأن عقد الخطبة يختلف عن عقد الزواج في آثاره، فلا ينشئ إلتزامات متبادلة بين الطرفين كوجوب النفقة على الزوج، والطاعة على الزوجة.

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

الزواج، وتنوع مطالب كل من الخاطب والمخطوبة، كما أن إختلاط الخاطب بالمخطوبة يؤدي الى إكتشاف بعض العيوب في الطرف الآخر والتي يرى معها العدول. وإن كان العدول حق لكل من الطرفين إلا أن الطرف العادل ليس دائماً بمنأى عن المسؤولية. والمسؤولية كما أقر بها القانون المدني فإنها تقوم على ثلاث عناصر، خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر.

ولأجل ذلك أحاول في هذا المطلب أن أبحث عن عناصر المسؤولية في العدول عن الخطبة، فأتعرض في الفرع الأول لفكرة الخطأ وصورها في فعل العدول عن الخطبة، ثم أتعرض في الفرع الثاني إلى الضرر وصوره في العدول عن الخطبة، وعلاقة السببية بينه وبين الخطأ.

الفرع الأول

ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة .

تمثل فكرة الخطأ أهم موضوعات المسؤولية المدنية لأنها تمثل الركيزة الأساسية في ترتيب الآثار الناشئة عن تلك المسؤولية، إلا أن النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية لم تتضمن تعريفاً يحدد مفهوم الخطأ بصفة عامة.

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

والخطأ في اللغة ضد الصواب، وهو بمعنى الذنب، كما يطلق الخطأ على اللفظ يراد به العمد، والخطأ من قصد ما لا ينبغي، والمخطيء في دينه من سلك الخطيئة عمداً¹⁵⁶.

وفي الإصطلاح القانوني لا تخرج فكرة الخطأ عن كونه إتيان فعل لا يجوز قانوناً، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه الإخلال بواجب قانوني سواء كان إلزاماً بالمعنى الدقيق أو واجباً عاماً تترتب المسؤولية التقصيرية عن الإخلال به¹⁵⁷. وعرفه جانب آخر بأنه الإخلال بواجب قانوني يقترب بإدراك فاعله له¹⁵⁸.

فكل شخص ملزم بأن يسلك في المجتمع مسلك الشخص اليقظ والمتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب الإتيان، وكان مدركاً لذلك، فإن ركن الخطأ في هذه الحالة يتحقق.

ومن هنا يكون للخطأ عنصران، العنصر المادي، والذي يتمثل في إنحراف السلوك، حيث يخرج صاحبه عن الوضع المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب إلزامها فيؤدي إلى التعدي على حق الغير أو مصلحة مشروعة له. أما الركن الثاني فهو أن يكون المعتدي مدركاً لما يفعله.

والعدول عن الخطبة في حد ذاته لا يترتب أي أثر من جهة الضمان لأنه حق لكل من الطرفين، ولكن العادل عن الخطبة قد يخالف السلوك المألوف للرجل العادي عند فسخ الخطبة، فيترتب على ذلك وصف الخطأ. إذ ليس العدول في حد ذاته خطأ لأن العدول حق لا يترتب عليه أي أثر من جهة الضمان¹⁵⁹.

ولكن العادل عن الخطبة قد يخالف السلوك المألوف للرجل العادي عند فسخ الخطبة فيترتب عن ذلك وصف الخطأ على العدول.

157- أنظر، حسن فرج ، النظرية العامة للإلتزام ، المصادر غير الإرادية ، مطبعة الفجر الجديد ، 1983، ص13 .

158- أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص576 .

159- أنظر، ص49 من هذه الرسالة.

وفي مجال العدول عن الخطبة يجب أن يكون الخطأ مصاحبا للعدول، وبتعبير آخر يجب أن يكون مقتربا به، والاقتران يعني وقوع الخطأ في الفترة الزمنية التي يقع فيها العدول أو بعده بفترة لا تنفي عنه وصف الاتصال به أو لا تنقطع فيها الصلة بينهما.

والمراد بالصلة هنا أن يكون العدول بعد وقوعه أو حال وقوعه باعثا لإرتكاب الخطأ بحق الطرف الآخر بحيث يجني ذلك الخطأ لحقده عليه وغيضه منه، ويكشف ذلك عن الرغبة المستكنة بين الجوانح في الانتقام منه والكيد له، لأن العدول في ذاته يهيأ بيئة صالحة لارتكاب مجموعة من الحماقات التي أصبحت من عادات الناس في ظل أعرف انحسرت فيها القيم، وإنزوى منها الأدب، وأصبح العيب طاغيا وذاحصور على ساحة الحياة، ولم يعد يبقى للود أثر، وذلك من شأنه أن يكون باعثا للخطأ ومذكرا به¹⁶⁰.

وقد أجاز المشرع الجزائري العدول ولم يقيده بشرط ولا بقيد، ومع ذلك فإنه يمكن الحصول على تعويض في حالة العدول، ولذلك فإن الإشكال يبقى في العدول في حد ذاته بالنظر إلى الهدف الذي أستعمل من أجله هذا الحق أو بالطريقة التي مارس بها صاحب الحق حقه، ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في هذا المجال أن العدول عن الخطبة قد يشكل في بعض الأحيان خطأ تقصيريا، ومعيار الخطأ هنا هو السلوك المؤلف للرجل العادي، فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المؤلف للشخص العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، كان فسح الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية¹⁶¹.

وبما أن العدول لا يقتضي توفر شروط فهو في حد ذاته كفعل لا يوجب التضمين، وإنما يكون ذلك نتيجة ما صاحب العدول من أفعال ألحقت ضررا ماديا أو معنويا بالمعدول عنه، هذه الأفعال تكون ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها، وتعد من ضمن آثارها، وقد تكون أجنبية عنها.

¹⁶⁰ - أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 76.

¹⁶¹ - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 575.

أولاً: أفعال ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها

هناك نوع من الأفعال يأتيها الخاطب والمخطوبة والتي تكون مرتبطة بالخطبة في حد ذاتها، كتلك الأعمال التحضيرية لعقد الزواج، مثل كراء الفندق أو الإعداد لحفلة الزفاف، أو إعداد بيت الزوجية على شكل معين، أو لتحضير المخطوبة للمبوسات على مقاسها والتي من شأن العدول عن الخطبة أن ينقص من قيمتها بعد ذلك، أو أن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك عملها أو دراستها حتى تتفرغ للزواج، ثم يعدل بعد ذلك عن خطبتها .

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

أ- يرى أنصار الرأي الأول¹⁶² أن الخطبة وإن لم تكن عقداً ملزماً في نظر القانون إلا أنها إلزام من نوع خاص لإحتوائها على مقومات العقد من إيجاب وقبول، ومادامت كذلك فإن أي إخلال أو ضرر يحدث عن هذا الإلتزام يكون محل تعويض أساسه ذلك الإلتزام ، وفي هذا السياق لا يعتبر حسني نصار الوعد بالزواج عقد مرتبط بتنفيذه المتعاقدان تنفيذاً عملياً فيدخلان في علاقة يمهدان بها للزواج¹⁶³ .

ويرى سمير أورفلي من جانبه أن الخطبة عبارة عن إيجاب يصدر من الخاطب يقترن بقبول على الوعد بالزواج يصدر عن المخطوبة. فهو اتفاق أراد الطرفان فيه أن ينشأ علاقة قانونية بينهما بهدف اجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم، ولذلك فلكل من الطرفين أن يطالب الآخر بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد¹⁶⁴ .

¹⁶²-من ضمن من ناصر هذه الفكرة و تمسك بما رجوعا الى طبيعة الخطبة " حسني نصار " ، المرجع السابق، ص 270 وما بعدها ، "سمير أورفلي" ، المرجع السابق ، ص 50

وما بعدها .

¹⁶³-أنظر، حسني نصار ، المرجع السابق ، ص 278 .

¹⁶⁴- أنظر، سمير أورفلي ، المرجع السابق ، ص 59 .

وسارت في هذا الإتجاه أيضا بعض المحاكم المصرية كمحكمة سوهاج الكلية، معتبرة أن الخطبة تنشئ علاقات بين الأفراد لا يمكن تجاهلها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب يقتزن بقبول على الوعد بالزواج، فهو إرتباط قانوني، والعدول عن الوفاء بهذا الإلتزام يوجب التعويض، وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقا ولكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده، ولكن إذا جرى ذلك في تهور أو خال مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى فإن ذلك يوجب التضمين¹⁶⁵.

ب- بينما يرى أنصار الرأي الثاني¹⁶⁶ أن الخطبة أصلا أمر مباح ولا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية ممارسة حق مشروع وتبرير ذلك مايلي:

1- أن العدول عن الخطبة أمر مباح، فكيف يمكن تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية أمر مباح، لأنه قد إستعمل حقه، وذلك تبعا لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وأن من يدعي حصول ضرر له من جراء هذا العدول كان يعرف مقدما أن العدول جائز للطرف الآخر، فكان يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس. كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرر أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه، وفضلا عن ذلك فإن القول بالتعويض قد يؤدي إلى الاجبار للاقدام على الزواج، مع أنه عقد يجب أن يباعد بينه وبين أي نوع من الإجبار أو عدم الرضا.

2- أن العدول حق ثابت لكل من الخاطب والمخطوبة، فاذا إستعمل كل منهما حقه فلا يعقل تضمينه، لأن ذلك لا يكون إلا عن فعل مخالف لأحكام الشرع والقانون، ووجب التفريق في هذا المجال بين الأفعال التي تشكل غررا، والأفعال التي يكون صاحبها مغترا لا مغررا به. ومثال ذلك ترك المخطوبة لعملها حتى تتفرغ لشؤون الزواج، فهنا المخطوبة مغترة لا مغرر بها لأنها تركت عملها بمحض إرادتها من غير إيعاز من الخاطب أو التأثير، وذلك لأن من أصابه الضرر كان علما بأن

¹⁶⁵ - أنظر، محكمة سوهاج الكلية، 1948/5/30، مجلة المحاماة المصرية 28، رقم 434، ص 105.

¹⁶⁶ - ذهب الى هذا الإتجاه عبد العزيز عامر، أنظر في ذلك، عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1984.

للطرف الآخر الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت شاء، فإذا ما أقدم على شيء بناء على الخطبة، كإعداد المسكن أو الجهاز فهو الذي قصر ولم يحتط لنفسه لما عساه أن يلحقه من ضرر إذا فسخت الخطبة بعدول الطرف الآخر عنها .

إذا كان الإحتياط يوجب عليه أن يطلب فسخ الخطبة أو إتمام العقد قبل الإقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له، فاذا لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم إحتياطه¹⁶⁷. فهو في هذه الحالة مغترا لا مغررا به فليتحمل نتيجة عدم إحتياطه من غير أن يشرك غيره في ذلك.

ج - غير أن الرأي الثالث يقف وسطا بين هذين الرأيين ، فيذهب أنصاره¹⁶⁸ إلى أن الخطبة وعد ملزم يجوز لأي من الخطيبين العدول عنها، ولكن إذا صاحبت العدول أضرارا سواء نجمت عن العدول في حد ذاته بسبب تقصير أو اهمال أو إخلال بواجب الحيطه أثناء العدول، أو بسبب تصرفات أجنبية عنه، فهي واجبة التعويض لا عن مجرد العدول في حد ذاته، لأنه حق لكل من الطرفين، وإنما لأن صاحبه تعسف في إستعمال حقه¹⁶⁹ .

فيمكن إذا في حالة العدول عن الخطبة الحصول على تعويض، ولكن الإشكال يبقى في العدول في حد ذاته بالنظر إلى الهدف الذي أستعمل من أجله هذا الحق، أو بالطريقة التي مارس بها صاحب الحق حقه.

فسسخ الخطبة وإن كان حقا إلا أنه مقيد، وأن إساءة إستعماله تستوجب على الطرف المسيء التعويض، ذلك أن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذي يراه، بل أصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة إستعمالها¹⁷⁰ .

167- أنظر، عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 29 .

168- من أنصار هذا الرأي عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ؛ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ؛ جون كاربوني ، المرجع السابق .

169- أنظر، محمد محدة ، المرجع السابق ، ص 74 .

170- أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 89 .

وإستعمال حق العدول لا بد أن يكون في حدود هذا الحق، أي لغرض تحقيق مصلحة مشروعة أو لتفادي الوقوع في ضرر لأن جواز العدول هو لتفادي زواج لا يحقق الغاية المرجوة منه، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشا خاليا مما يبرره¹⁷¹.

وقد كان القضاء في فرنسا متأثرا بالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1838/3/30 الذي يطرح مبدئين أساسيين "أن الوعود بالزواج باطلة في حد ذاتها إذا كانت تصل إلى غاية الحد من الحرية المطلقة للزواج، ولكن الضرر المترتب عن العدول يشكل فعلا يسمح بالتعويض في إطار المبادئ العامة للمسؤولية المدنية"¹⁷². وما يلاحظ على هذا القرار أنه يقضي بالتعويض على أساس الخطأ ولكن على ماذا يقوم أو يرتكز هذا الخطأ؟

إن الخطأ يكون مفترضا في العدول في حد ذاته في مجال العقود، ولكن على إعتبار أن الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، فان إثبات التعسف في مجال حق العدول يكون من خلال ملاسبات هذا العدول، إما من تاريخ العدول في حد ذاته إذا وقع في تاريخ قريب من التاريخ المحدد للزواج وهو العدول المفاجيء أو المتأخر¹⁷³. أو في العدول الطائش أو الذي يقع بإستخفاف، مثلما قضت به محكمة إستئناف كولمار في قرارها الصادر في 1970/6/12، حيث قضت بالتعويض على الخطيب العادل الذي أعلن لخطيبته العدول عن خطبتها بواسطة رسالة خالية من كل ما تقتضيه قواعد المجاملات¹⁷⁴.

وإذا لم يكن الخطأ واضحا في الطريقة التي تم بها العدول يمكن أن يكون في عدم وجود أي مبرر شرعي لهذا العدول، وقد قضت المحاكم الفرنسية بوجود المسؤولية عن العدول غير المبرر¹⁷⁵. ولكن ينبغي التفريق هنا بين سببين للعدول، العدول الطائش أو المتهور الذي يشكل خطأ، والعدول بسبب إنعدام دافع الحب والذي يعتبر تصرفا عقلانيا ولا يمكن المؤاخذة عليه.

¹⁷¹ - أنظر، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 71.

¹⁷² - Cf. Cass. Civ.,30/3/1838.1.494.cité par J.CARBONNIER,op. cit., n°41.

¹⁷³ - Cf. C. A. Paris,8/11 1957,cité par P.COURBE ,Droit de la famille, éditions Arnand Colin, Paris, 1997, n°33

¹⁷⁴ - Cf.C.A. Colmar,12/6/1970,cité par, P. COURBE,op. cit. n°33 .

¹⁷⁵ - Cf.Cass. Civ. ,2ème,22/2/1972,J.C.P., 1972,2,17111,cité par ,J. CARBONNIER,op.cit., n°42.

كما أن قضاء المحكمة العليا في الجزائر إستقر على تعويض الأضرار الناجمة عن العدول، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/4/23 "على العادل عن الخطبة بتعويض المخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة إنتظارها مدة 4 سنوات كخطيبة"¹⁷⁶. بالتالي فقد كانت هنا فترة الخطبة طويلة إذ أن أربع سنوات كافية لاعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة تعسفيا، وأن انتظار الخطبة لمدة 4 سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج مع علمه بعدم إمكانية توفير بيت الزوجية وظل متماطلا طوال هذه الفترة يشكل خطأ من جانبه ألحق ضررا بمخطوبته التي انتظرت طوال هذه الفترة ويعطي لها الحق في التعويض .

وفي الواقع فإن العدول ليس دائما تعسفيا بل هناك حالات يكون فيها العدول مبررا، وهذا لا يستوجب التعويض، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الجيش توجب عليه الحصول على رخصة الزواج، وما دام أنه لم يتمكن من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبها عدة مرات وقبول طلبه بالرفض، فبالتالي عدوله عن الخطبة يكون مبررا لأنه ليس في استطاعته إتمام إجراءات الزواج¹⁷⁷ .

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

¹⁷⁶ - أنظر المحكمة العليا ، غ أش ، 1991/4/23 ، ملف رقم 73919، م ق 1993 ، عدد 1 ص 54 .

¹⁷⁷ - Cf. J. CHAPPION, Droit des femmes, Masson ,Paris, 3ème édition, 1984 , n°72.

ثانيا: أفعال أجنبية عن الخطبة .

أجاز المشرع العدول عن الخطبة وإعتبره حقا لكل من الخاطب والمخطوبة ولهذا فالوعد بالزواج والعدول عنه بوصفها هذا لا يقوم عليهما أية مسؤولية، لكن إذا لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين فإنها تكون مستوجبة للتعويض على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بعض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض¹⁷⁸ . وذلك على أساس القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية وعملاً بنص المادة 124 من القانون المدني "كل خطأ يرتكبه الشخص ويلحق ضرراً بالغير يلزم مرتكبه بالتعويض". وتقابلها المادة 163 مدني مصري بقولها "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض".

وقد قضت في هذا الشأن محكمة النقض المصرية بأن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج و هي لا تقيد أحد المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصاً وأنه يجب في هذا العقد أن يتوفر للمتواعدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع. وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج، والعدول عنه، بإعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتها أفعالاً مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة للتضمين على من وقعت منه وذلك على أساس أنها في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتعويض¹⁷⁹ .

وقد يتخذ ذلك الخطأ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على مخطوبته فينال بتلك الإشاعة من سمعتها، كأن ينسب لها مرضاً عضالاً يجعل من يعلم به ينفر منها ولا يفكر في الإقتران بها، أو أن يدعي أن لها رائحة كريهة لا يطيقها من يقرب منها، أو أنها لا تحتاط في ما يتعلق بسمعتها

¹⁷⁸ - أنظر، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 72 .

¹⁷⁹ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني في، 14/12/1939، مجلة المحاماة، عدد 20، ص 293.

وشرفها، أو أنها لا ترد يد لامس، أو غير ذلك من النعوت المتعلقة بسمعة المخطوبة وخصوصيات حياتها¹⁸⁰. أو أن ينسب أحد الطرفين للآخر أفعالا تعتبر قدفا أو أن يفشي سرار من أسراره.

وقد يكون الخطأ متعلقا بأهل المخطوبة قصدا، لتأثرها به وامتداد الأذى إليها من خلاله، حيث لا يخفى صلة الأهل بسمعة الفتاة في مجال الروابط الاجتماعية، إذ أنهم يشكلون ميزة الحسب التي تنكح من أجلها المرأة فإذا طعنت تلك الميزة بما يجرحها، ويذهب قيمتها في حياتها يكون في ذلك أبلغ الضرر لها. ومن أمثلة ذلك أن يرمي أهلها بأنهم لا يتورعون عن إرتكاب الفواحش، أو أن عيشتهم من مال حرام، أو أن ينسب لأحدهم جريمة محلة بالشرف والإعتبار، أو غير ذلك من النعوت والأوصاف التي تجعل ضحيتها عرضة للإحتقار الإجتماعي والمعرة بين الناس، فإن تلك الأمثلة وغيرها تمثل حالات للخطأ عند العدول عن الخطبة، كما تمثل خطأ قائما بذاته¹⁸¹.

وقد يكون الخطأ في جانب المخطوبة، حيث تنسب لمن عدلت عن خطبته ما يسيء إلى سمعته، أو يحقره بين قومه وذويه ومعارفه، و يجعل الناس يفرون منه فإن الخطأ يكون متوافرا من جانبها، ويكون وجوده عنصرا من عناصر المسؤولية عن التعويض¹⁸².

ومعيار تقدير الخطأ في مجال العدول عن الخطبة معيار شخصي، وذلك لأن الذي يقدر الخطأ ويستشعر وجوده ويتقدم للقضاء طالبا التعويض عنه هو من حل به ذلك الخطأ، أو هو المتضرر منه. وهو وحده من له حق التقاضي وهو حق خالص له. وإن وقع الخطأ وآلمه إنما يصيب من وجه إليه، ومن شأن المصاب أن يبدي ما يعبر عن ألمه، فإن سكت عما وجه إليه وآثر العفو فذلك شأنه. وأساس ذلك أن حق الإنسان على سمعته وخصوصيات حياته يمثل حقا قائما بذاته وعنصرا في إبراز كيانه وذلك الحق يجب أن يحمى بدون توقيف على ما يراه صاحبه، ولذلك قيل أن لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذي أقام بالمنزل وهو خال من أهله، حتى ولو لم يترتب على إقامته ضرر، بل حتى إذا ترتب على تلك الإقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل و تهويته¹⁸³.

180- أنظر، عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص76 .

181- أنظر، عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص 77 .

182- أنظر، عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص78 .

183- أنظر، عبد الحي حجازي ، نظرية الحق في القانون المدني ، مكتبة سعد عبد الله وهبة، 1957، ص 27 .

كما أن الناس يتفاوتون منزلة، فمنهم الشريف ومنهم الوضيع، وما يسيء إلى شخص ربما لا يسيء بالضرورة إلى الآخر، وما يراه شخصا ماسا بشرفه وسمعته قد لا يراه آخر. ونظرا لإختلاف فهم الناس وبيئاتهم ومنزلهم الإجتماعية كان لابد من الأخذ في تقدير الخطأ من جهة وجوده ومقداره بالإعتبار الشخصي، بحيث يراعي القاضي في تقديره كل حالة يثار فيها موضوعه على حدى.

كما لا يشترط في مجال العدول عن الخطبة أن يكون الخطأ فعلا وهو الذي لا يقوم به سبب من أسباب الإعفاء التي يمكن أن يعتصم بها المخطأ من مسألتته عنه. ويمكن إبراز فكرة الخطأ الفعال في العدول عن الخطبة من خلال بعض الأمثلة التي تدل عليها، مثل تفريط المعتدي عليه في حق نفسه ورضاه بما وقع عليه من خطأ كأن يسمع الشخص ذكر مساوئه بنفسه ثم يسكت أو يقرأ الفضائح المنشورة عنه في أحد الجرائد أو المجلات و لا يحرك ساكنا .

وقد يكون إتيان الخطأ جاء في سياق المحافظة على مصلحة عامة توجهه، وهذا كما لو كان الخطأ أداء شهادة أمام القضاء يجب أداؤها، أو حماية المجتمع من مرض معدي تحتم المصلحة العامة إبلاغ الجهات المعنية عنه حتى يتسنى لها اتخاذ التدابير اللازمة للوقاية منه، كأن يذكر الخاطب أن مخطوبته تعاني من مرض السيدا فيعدل عن خطبتها ويعلم المصالح المعنية بذلك، فإن هذه الحالات وأمثالها يكون إتيان الخطأ في وجودها سببا للإعفاء من المساءلة عنه، وذلك لرجحان المصلحة فيها على جانب المفسدة الناشئة عن الخطأ المقترف بحق الفرد¹⁸⁴. ومن المعلوم بداهة من قواعد الفقه أن المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة و من ثم يؤول الإحتكام لها وتحدد مبادئ المسؤولية عن الخطأ من خلالها .

إلا أن الشرع لا يستظل بحمايته من يخالفه، فإذا خرجت المخطوبة مع خاطبها إلى المنتزهات والنوادي ودور اللهو وعرضت بذلك سمعتها إلى الأقاويل، ثم جاءت بعد ذلك تدعي أن العدول قد ألحق بها ضررا، فإن دعواها لا تقبل، لأن الضرر مبناه مخالفة الشرع وأحكام القانون.

وفي هذا يرى الدكتور يوسف القرضاوي بأنه ما دام أن الزواج لم يتحقق بعد، تظل المخطوبة أجنبية عن خاطبها لا تحل الخلوة بها وإذا ترك الخاطب مخطوبته بعد فترة طالت أو قصرت، فلا يجب عليه شيء إلا ما توجبه التقاليد من لوم و تأنيب الضمير¹⁸⁵.

فلا تعويض إذن عن أضرار كان أساس الخطأ فيها مخالفة الشرع والقانون . وهذا ما يستنتج كذلك من القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/10/13 حيث قضى بأن "الشرع والقانون لا يسمح بإقامة النسب الشرعي لولد ناتج عن علاقات ما قبل الزواج الشرعي و ذلك أنه لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا كان هناك عقد للزواج بصفة صحيحة وشرعية"¹⁸⁶.

وجاء في قرار لاحق للمجلس ذاته في 1984/12/17 بأنه "من المقرر شرعا بأن الاتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا، وأن ابن الزنا لا ينسب لأبيه، ومن كان كذلك يستوجب رفض الطعن"¹⁸⁷.

فلا يمكن بأي حال من الأحوال إعتبار العلاقات الجنسية لفترة الخطبة أخطاء موجبة للتضمين، فإذا تجرأ الخاطب والمخطوبة على إرتكاب ما حرمه الله، ثم جاءت بعد العدول تطالب بالتعويض فلا حق لها في ذلك، لأن أساس التعويض هو مخالفة أحكام الشرع والخروج عن حدود القانون. وأن هذه الأفعال وإن كانت خاصة بالخطيبين إلا أنها أجنبية عن الخطبة كفعل في حد ذاته يرتب إلتزامات معينة. على أن الخطأ وحده لا يرتب مسؤولية للعدال إلا إذا إقترن بركنين آخرين، هما الضرر وعلاقة السببية.

¹⁸⁵ أنظر، يوسف القرضاوي ، المرجع السابق ، ص 60-61 .

¹⁸⁶ - أنظر ، المجلس الأعلى ، غ أش ، 1984/10/13 ، ملف رقم 11236 ، م ق 1990 ، عدد 1 ، 23 ،

¹⁸⁷ - أنظر، المجلس الأعلى ، غ أش ، 1984/12/17 ، ملف 11287 ، م ق 1992 عدد 1، ص 69.

الفرع الثاني

الضرر وعلاقته السببية في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

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

أولاً: ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

يقصد بالضرر كل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية¹⁸⁸. ويستوي في ذلك أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بكيانه الأدبي أو بحقوقه المادية، شرط أن يكون هذا الحق أو هذه المصلحة مشروعة وغير مخالفة للقانون، ولو لم يكفلها القانون بدعوى خاصة.

أ- تعريف الضرر

عرف بعض الفقهاء القدامى الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي، أو بنقص المانع، أو زوال بعض الأوصاف¹⁸⁹.

وقد عرف بعض الفقهاء المحدثين الضرر بأنه إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلاً أو بعضاً¹⁹⁰.

188- أنظر، جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1986، ص 44.

189- أنظر، ابن حجر الهيتمي، فتح المبين لشرح الأربعين، دار إحياء الكتب العربية، 1352 هـ، ص 237.

190- أنظر، شفيق شحاته، النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية، ص 229.

وتعريف الضرر بالإتلاف قاصر، لأنه لا يشمل الجراحة التي لا تفقد كل المنفعة أو بعضها، ويجب فيها التعويض ولو بأجرة الطبيب وثن الأدوية. ويشمل غير الجراحة مما لا يفقد الشيء منفعة كلها ولا بعضها، وإنما يؤثر في كماله، كالخرق اليسير في الثوب. كما أنه لا يشمل الإضرار بالقول، كما في سب الآخرين وشتمهم، فإن فيه ضررا لهم ولا يسمى إتلافا¹⁹¹.

وقد أشار فقهاء المالكية إلى التفرقة بين الإتلاف والإفساد و مثلوا الإتلاف بقتل الحيوان، وتمزيق الثوب، وقطع الشجر، وذكروا أن الإفساد على نوعين، أحدهما يذهب المنفعة المقصودة من الشيء كمن قطع يد عبد أو دابة، والثاني يسيرا كثقب الثوب¹⁹². وقد عرف الحنفية الإتلاف بأنه إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة عادة وهذا إعتداء وإضرار¹⁹³.

كما أن تعريف الضرر بالنقص الذي يدخل على الأعيان قاصر أيضا لعدم شموله للإتلاف الكلي، وإن كان يمكن أن يدخل فيه بطريق الأولى، كما أنه لا يشمل بنصه جميع الأضرار الأدبية، ولذلك فالأقرب هو تعريف الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير في ماله أو نفسه أو شرفه أو إعتباره أو مشاعره، وهذا التعريف قريب مما قرره فقهاء القانون .

ب- أنواع الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

وقد أجمع الفقه والقضاء على تنوع الضرر بصفة عامة إلى نوعين، ضرر مادي وضرر أدبي، فالأول هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية، وذلك كالإعتداء على حق شخص في سلامة جسمه، أو إصابته بجروح تترتب عليها خسارة مالية كعدم القدرة على الكسب، أو تحمل نفقات العلاج. كما يعتبر ضررا تعدي على أي حق من الحقوق المالية، كحق الملكية كأن يقوم شخص بإحراق منزل الآخر أو يخرب أرضه أو يتلف زرعه ، أو يدمر منقولات مملوكة له، كالأثاث والسيارات والأجهزة والأدوات فإن هذا كله يعتبر ضررا ماديا يصيب المضرور في حق من حقوقه المالية¹⁹⁴.

191- أنظر، فوزي فيض الله ، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون ، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة ، جامعة الأزهر ، سنة 1992 ص 117 .

192- أنظر، ابن جزىء ، القوانين الفقهية ، ص 91 .

193- أنظر، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، 1982، ج 2 ، ص 164 .

194- أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 856 .

والضرر المادي إذا لحق أحد الخطيبين جراء العدول عن الخطبة كان قابلاً للتعويض، ولكن يشترط فيه أن يكون محققاً، و الضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو أن يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد¹⁹⁵. كأن يقوم الخاطب باستئجار الفندق لإقامة حفل الزفاف وتوزيع الدعوى على المدعويين ثم تأتي المخطوبة لتعلن عن عدولها.

فتكون هذه النفقات التي تكبدها الخاطب ضرراً مادياً محققاً قابلاً للتعويض بسبب العدول أو أن تكون المخطوبة قد أعدت الجهاز والملبوسات على مقاسها ثم يأتي الخاطب و يعدل عن الخطبة فتكون النفقات الخاصة بإعداد الجهاز والملبوسات ضرراً مادياً قد لحق بها من جراء العدول وهو ضرر محقق لأنه قد وقع فعلاً .

أما الضرر الأدبي فهو ذلك الضرر الذي لا يلحق ذمة الإنسان المالية، بل يلحق ذمته المعنوية، والضرر المعنوي أنواع منه ما يمس الكيان الاجتماعي للشخص كخدش الشرف، ومنه ما يمس حقاً ثابتاً للإنسان كإسمه وخصوصياته، ومنه ما يمس الشعور والعواطف، كالألم الذي ينتاب الشخص لوفاة أحد أحبائه¹⁹⁶.

فالضرر الأدبي هو الذي لا يمس المال، ولا يمس مصلحة مالية، وهو في الجملة عبارة عن الألم والحزن الذي يلحق الإنسان جراء فعل صادر من الغير. وعلى ذلك يكون ألم الفراق في العدول عن الخطبة ضرراً معنوي لاحقاً بأحد الخطيبين، كما قد يكون إفشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول كذلك ضرراً معنوي يمس خصوصيات كل منهما. والضرر الأدبي هنا هو ضرر غير مالي، أي المصلحة المعتدى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصداً، وإن كان تقويمها بالمال ممكناً وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر المضرور ومواساة المعتدى عليه¹⁹⁷.

195- أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 93 .

196- أنظر، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، ص 486 .

197- أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 96 .

ويشترط في الضرر الأدبي كذلك أن يكون واقعا فعلا، ولحق بالمضروب، لأن محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الواقع عليها يشمل إختلال الجانب النفسي في حياته من جراء الضرر الحاصل بإتلاف معنى من معاني الحياة في الانسان. وهذه المعاني في واقع الأمر تمثل قيما تعلق فوق قيمة المال، ولا تقدر به أصلا وإن كان يمكن إعتباره مقياسا لقيمتها لأن تقرير المسؤولية في هذه الحالة تستهدف حماية تلك القيم في الإنسان والمجتمع حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها.

ج- الضرر المحتمل في مجال العدول عن الخطبة

وإذا كان الضرر المستقبل المحقق الوقوع، فإنه يختلف عن الضرر المحتمل، وهو الذي يمكن أن يقع أو لا يقع، فلو أن شخصا أصاب منزلا لآخر، وأدى إلى تشقق الجدران، فإن هذا الضرر يعتبر محققا، لكن ما يؤدي إليه في المستقبل من جهة أن ذلك سوف يترتب عليه إهدام المنزل في المستقبل، فذلك ضرر محتمل لا يستحق التعويض إلا إذا وقع بالفعل.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه كما سبق إلا إذا تحقق، فإن الفرصة وإن كانت بدورها أمرا محتملا، إلا أن تفويت هذه الفرصة يعتبر أمرا محققا يترتب عليه ضرر حال، وليس ضررا محتملا يجب التعويض عنه. ومن هذا القبيل تفويت فرصة الزواج مستقبلا على المخطوبة التي أساء إليها خطيبها بعد العدول عن خطبته لها، وقد جرى على ذلك الحكم القضاء المصري في التعويض عن تفويت الفرصة إذا كانت حقيقية وجدية. وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض أن "القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضروب من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع وذلك أنه إذا كانت الفرصة أمرا محتملا فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه"¹⁹⁸.

فالقضاء غالبا ما يرجح احتمال الكسب في هذه الحالات ومنها ما قضت به محكمة إستئناف ران في قرار لها سنة 1925 بإعطاء الخطيبة حق طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية من المسؤول عن موت خطيبها لحرمانها من فرصة الزواج به، وقد أثبتت الخطيبة في هذه القضية بأن أوراق

198-أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 1977/3/22، مجموعة أحكام النقض، عدد 37، ص133.

الدعوى لحفلة عقد القران قد وزعت، وأن تاريخ الزواج قد حدد، وأن بعض المصروفات قد أنفقت لهذا الغرض¹⁹⁹.

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

وفي قرار آخر قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1952 بأن المدعية قد تحملت بسبب موت خطيبها ضررا مباشرا وحالا، ولهذا لها الحق في طلب التعويض²⁰⁰.

فالتعويض عن تفويت الفرصة في إتمام زواج وشيك تثبت جديته بالدلائل التي تؤكد قرب وقوعه، فهو ضرر مباشر وحال يلحق بالخطيبة ويتم التعويض عنه على أساس الحرمان من الكسب المحقق من زواج. فيتولى القاضي تحديد قيمة الكسب النهائي بداية ثم يقدر ما للفرصة من درجة إحتمال لتحقيق ذلك الكسب النهائي. ويقوم بتقدير التعويض بما يعادل قيمة تلك الفرصة بالنسبة للكسب النهائي²⁰¹.

فالتعويض عن تفويت الفرصة مبدأ إستقر و ثبت عمليا إستجابة للضرورة والحاجة العملية إلى تقرير التعويض عنها، حفاظا للحقوق واستجابة لمقتضيات العدالة. ولكن تكمن الإشكالية في التعويض عن تفويت الفرصة في العدول عن الخطبة في تحديد عناصر هذا التعويض لا في تقدير هذا التعويض.

¹⁹⁹ -Cf .C.A.Rennes,Ch.Civ. ,18/5/1925 ,D.,1953, n°13.

²⁰⁰ Cf.Cass. Pénale ,13/6/1956 , D., 1956 ,n° 216.

²⁰¹ - أنظر، خليل سعيد خليل، التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهيّة و القانونيّة، الأردن،

ثانيا: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة

علاقة السببية بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه المسؤول، والضرر الذي أصاب المضرور، وبمعنى آخر أن يكون الضرر ناشئا عن الخطأ مباشرة. فالضرر الذي يجب على المسؤول أن يعرضه هو الضرر المباشر. وهو الذي تقوم بينه وبين الفعل الضار رابطة السببية، فلا يكفي أن يخطيء المدين وأن يضر الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في ذلك الضرر، إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسؤولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسؤولية تفرضه بداهة المنطق ومقتضيات العدالة²⁰². وعبء إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق الدائن، وذلك طبقا للقاعدة العامة في تحميل المدعي عبء إثبات ما يدعيه.

فإذا إنتفت علاقة السببية، فإن المخطئ لا يلزم بالتعويض وذلك وفقا لما تقتضي به المادة 165 مدني مصري والمادة 124 مدني جزائري إذ تنص الأولى على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجيء أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك".

وفي مجال العدول عن الخطبة وجب التفريق بين الأفعال التي تشكل ضرا والأفعال التي يكون صاحبها مغترا لا مغررا به. ومثال ذلك ترك المخطوبة لعملها حتى تتفرغ لشؤون الزواج وتربية الأولاد . فهنا المخطوبة مغترة لا مغرر بها، لأنها تركت عملها بمحض إرادتها من غير إيعاز من الخاطب أو التأثير، وذلك لأن من أصابه الضرر كان عالما بأن للطرف الآخر الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت شاء، فإذا أقدم على شيء بناء على الخطبة ، كإعداد المسكن أو الجهاز، فهو الذي قصر ولم يحتط لنفسه لما عساه أن يلحقه من ضرر إذا فسخت الخطبة بعدول الطرف الآخر عنها. إذ كان الاحتياط يوجب عليه أن يطلب قطع الخطبة أو إمضاء العقد قبل الإقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له إذا ما فسخت الخطبة، فإذا لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم إحتياطه²⁰³.

²⁰² - أنظر، عبد الله مبروك النجار ، المرجع السابق ، ص 100 .

²⁰³ - أنظر أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 100 .

وذلك أن من يدعي حصول ضرر له من جراء هذا العدول كان يعرف مقدما أن العدول جائز للطرف الآخر، فلذا يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس، كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرراً أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه حتى لا يكون مغترا²⁰⁴. و الفرق بينه وبين المغرر به أنه يتحمل وحده نتيجة عدم إحتياطه من غير أن يشرك غيره في ذلك . أي أن يكون سلوك الطرف العادل وتصرفه في استعمال حق العدول هو وحده ما ألحق ضرراً بالطرف الآخر دون أن يكون لهذا الأخير أي إشتراك في المسؤولية، أو أن يكون بيده توقي الضرر اللاحق به من جراء هذا العدول. أو أن يكون العدول لسبب أجنبي عن إرادة كل من الطرفين وهذا لا يوجب التعويض، كما في حالة عدول الخاطب عن وعده بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الجيش توجب عليه الحصول على رخصة للزواج، وما دام أنه لم يتمكن من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبها عدة مرات، وقبول طلبه بالرفض، فبالتالي عدوله عن الخطبة يكون مبرراً لأنه ليس في إستطاعته إتمام إجراءات الزواج²⁰⁵. فهذا العدول كان لسبب خارج عن إرادة العادل حتى وإن لحق المخطوبة ضرر من جراء هذا العدول فلا يمكن نسبته للخاطب وبالتالي فلا مسؤولية عليه.

في حين يظهر أن القضاء في مصر يرفض التعويض على طول أمد الخطبة. فقد قضت محكمة النقض في 1962/11/15 بأن "إستطالة أمد الخطبة، والإحجام عن إتمامها، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد العدول عن إتمام الزواج ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول، فمجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجبا للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة، إلا إذا إقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت الضرر بأحد الخطيبين"²⁰⁶.

وإختلف القضاء الجزائري عن القضاء المصري حين قضى بمنح التعويض عن إستطالة أمد الخطبة. حيث قضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتاريخ 23/4/1991 على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية و المعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته

²⁰⁴ - أنظر عبد العزيز عامر ، المرجع السابق ، ص 29 .

²⁰⁵ - Cf. J. CHAPPION ,op .cit.,n° 72.

²⁰⁶ - أنظر، محكمة النقض المصرية ، نقض مدني في 1962/11/15 ، طعن رقم 174 لسنة 28؛ مقتبس عن أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، مبدأ رقم 6، ص 507.

عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة، وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة إنتظارها مدة 4 سنوات كخطيئة²⁰⁷. ولعل مرجع هذا التعويض هو فوات الفرصة، وهو مبدأ قد إستقر في القضاء منذ القدم.

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

فلتحديد عناصر المسؤولية في مجال العدول عن الخطبة وجب فحص العدول باعتباره تصرف محظ من حيث الطريقة التي وقع بها هذا العدول، هل تم بطريقة فجائية أم هناك أسباب دفعت إليه؟ و متى وقع هذا العدول؟ وهل إستغرقت الخطبة زمنا طويلا؟ وهل كان الخطيب ينوي فعلا الإضرار بمخطوبته، أم أنه إستعمل حقه في إطاره المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟ وهل كان للمخطوبة إمكانية تفادي وقوع الضرر؟ وهل كان هذا الضرر أثرا مباشرا لتصرف الطرف العادل؟

جميع هذه الظروف وغيرها، التي تمكن القضاء من تحديد بعضها، هي التي تعتمد لتحديد التصرف الموجب للتعويض الذي لا يترتب عن العدول في حد ذاته وإنما عن ظروف هذا العدول.

المطلب الثاني

إتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة

ومدى موافقتها للشريعة الاسلامية

لما كانت مسألة التعويض عن الأضرار المترتبة عن فسخ الخطبة قد باتت ظاهرة في القضاء تستدعي الإلتباه لكثرة القضايا المنظورة أمام المحاكم في الآونة الأخيرة، والمتناولة لذلك الموضوع،

²⁰⁷أنظر، م ع، غ أش، 1991/4/23، ملف رقم 73919، م ق 1993، عدد 1، ص 54.

فقد رأيت أن أتناول هذا الموضوع في مطلب خاص، لبيان إتجاهات المحاكم في تقرير المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة، والتي بمقتضاها يتقرر التعويض، وذلك لأهمية تلك المسألة من الناحية العملية والنظرية على حد سواء وكذلك لبيان مدى موافقة إتجاهات المحاكم في هذا الخصوص للشريعة الاسلامية.

الفرع الأول

إتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة

لبيان إتجاهات أحكام القضاء في تقرير المسؤولية عن العدول عن الخطبة وتحليل

أحكامها في هذا الموضوع، نجد أنها إتجهت الى أربع وجهات:

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

ب - ومنها ما قضى بإعتبار الخطبة عقد ومن ثم فسخها يعتبر اخلال بواجب عقدي يستوجب التعويض.

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

د . ومنها ما قضى بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الإساءة في إستعماله تستوجب الحكم على المسيء بالتعويض. وذلك على التفصيل التالي:

أولا: الإتجاه الأول

وهو الإتجاه الذي يقضي بأن لا مسؤولية مطلقا على الخاطب الذي يعدل عن إتمام عقد

الزواج، إذ أن العدول عن الخطبة طبقا لهذا الإتجاه هو إباحة صرفة، لا يمكن أن يترتب عليها أية مسؤولية. وهذا ما برز من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية في 1962/11/15 والذي قرر بأن "مجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة، إلا إذا إقترن هذا

العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين²⁰⁸. وأهم الأسباب التي يبني عليها هذا الاتجاه هي:

1- أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يسبق لهم أن قرروا حقوقاً للمخطوبة التي يعدل عنها الخاطب، بل قصرُوا بحثهم في تتبع حق الخاطب فيما يكون قد دفعه لها قبل العدول من مهر وهدايا، فيفهم من هذا أن العدول أمر مباح إباحتها صراحة²⁰⁹. لأن هذه المسألة لم يتعرض لها الفقهاء القدامى إما لعدم حدوث مثل ذلك في عصورهم وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها و سلوك الطرفين أثنائها لا يترتب على فسخها ضرر متى إلتمز الطرفان هذا السلوك، وإنما جاء الضرر نتيجة إنحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليداً لغير المسلمين فيما يفعلون²¹⁰. فليس إذن من سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسؤولية عمل مشروع، لا سيما وأن الشريعة الإسلامية لا تحمّل الزوج الذي يطلق زوجته قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه، مع أن الزواج خطوة أبعد من الخطبة.

2- طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يجوز للخاطب أن يعدل، وأن هذا العدول حق ثابت لكل من الطرفين، والعاقل إنما يستعمل حقه، ولا ضمان في استعمال الحق تطبيقاً للقاعدة الفقهية الجواز الشرعي ينافي الضمان، لأن العدول عن الخطبة من الحقوق التي لا يتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها. فلا يملك القاضي تقييدها بأي وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد أو الجماعات، إذ أنّها من المباحات التي لا يترتب على تركها إستحقاق أي عقاب²¹¹.

فالخطبة هي وعد بإتمام عقد الزواج وأهم شرط في عقد الزواج هو خلو الرضا من كل

شائبة وقت إبرام العقد، وأهم شوائبه تقييده بوعده سابق لما يجره هذا التقييد من منازعات عند تغيير الظروف بين تاريخ الوعد وتاريخ إبرام العقد²¹². وهذه الإعتبارات أولى بعقد الزواج إذ يعتبر في حقيقته من عقود المعاملات، بل هو بناء إجتماعي منوط به توفير السعادة للزوجين و الإستقرار العائلي، مما لا

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

سبق الإشارة إليه في ص 89 من هذه الرسالة.

209- أنظر، سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 135.

210- أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1977، ص 29.

211- أنظر، محكمة استئناف القاهرة في 1930/6/30، رقم 313، مجلة المحاماة سنة 11، ص 626.

212- أنظر، سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 137.

يتحقق إلا بإ انعقاده بخالص الرضا بين الطرفين، وهذا الشرط يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق و التعرض للتضمينات²¹³.

وبناء على ذلك الرأي الذي يعتبر عدول الخاطب من المباحات العامة التي لا يستطيع القضاء أن يحد منها، لأنه لا يوجد واجب قانوني يقضي بإلزام الخاطب بالعقد، فقد قررت محكمة النقض المصرية بحكمها في النقض بقرارها الصادر في 1939/12/14 بأن "الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من خطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض²¹⁴.

كما قضت كذلك محكمة الزقازيق الإستئنافية في 1924/11/3 بأن "الأضرار المادية التي تلحق المخطوبة من جراء عدول الخاطب كالجهاز الذي تكون قد أعدته، أو ما يستوجب التعديل فيه، لا يسأل عنه الخاطب الذي عدل، لأن المخطوبة مجازفة قانونا بإعداده، وأما شرعا فما كان عليها إلزام بالجهاز، وأما عن الضرر الأدبي فإن بحثه يقتضي التدخل في أدق الشؤون الشخصية اللصيقة بحرمات الناس، وهي تسع كل الإحتمالات وفيها مجال للأعدار الوجيهة التي تقوم في سبيل قران شخص بأخرى، فليس إذن من الإنصاف ولا من الحكمة أن يفتح هذا الباب لتأويلات الخصوم وقضاء المحاكم"²¹⁵. وبهذا فقد رفض هذا الجانب من القضاء كل تعويض عن ضرر سواء كان أدبيا أو ماديا ينشأ عن فسخ الخطبة لأي سبب كان.

ثانيا: الاتجاه الثاني

العدول عن الخطبة هو عدول عن عقد يستوجب المسؤولية العقدية والتعويض، وإلى ذلك ذهب البعض القليل، إن لم يكن النادر من المحاكم إلى إجازة التعويض على أساس أن الخطبة عقد ملزم، العدول عنها يرتب مسؤولية عقدية على الطرف العادل. فقد قررت محكمة سوهاج الكلية في 1948/5/30 بأن الوعد بالزواج إرتباط قانوني وعقد قائم يوجب إلتزامات على كل من الطرفين بإجراء

²¹³ -أنظر حكم محكمة الاستئناف، القاهرة، في 1930/6/30

²¹⁴ -أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني في 1939/12/14، طعن رقم 13، مجلة الحمامة، سنة 15، ص 258

²¹⁵ -أنظر، محكمة الزقازيق الاستئنافية، 1924/11/3، المجموعة الرسمية رقم 75، ص 132.

التعاقد النهائي في الوقت الملائم²¹⁶. وبذلك فقد أباح هذا الحكم التعويض عن الضرر المادي والأدبي المترتب عن مجرد فسخ الخطبة، ولعل هذا الإتجاه القضائي جاء مكرسا للمبدأ الفقهي الذي إعتبر الخطبة عقدا ملزما.

ثالثا: الإتجاه الثالث

لا ينشأ عن العدول أية مسؤولية، وإنما أساس المسؤولية هو الفعل الضار، فقد ذهب بعض المحاكم إلى القول بأنه وإن كانت الخطبة في حد ذاتها غير ملزمة وأن مجرد العدول عنها لا يترتب عليه في حد ذاته أي حق في التعويض، وذلك إبقاء على حرية الزواج. إلا أنه إذا إقترن هذا العدول بخطأ من جانب من عدل في حق الطرف الآخر، سبب لهذا الأخير ضررا، فإن من عدل يلزم بتعويض هذا الضرر²¹⁷.

فطبقا لهذا الحكم لا يعتبر الإخلال بالوعد بالزواج المتبادل مستوجب في ذاته للتعويض، لأنه لا مسؤولية عن فسخ الخطبة، حتى ولو أعتبرت هذه الخطبة عقدا، وإنما المسؤولية هنا مترتبة عن ما يرتكبه أحد الطرفين من خطأ في حق الطرف الآخر يسبب له ضرما، فيلزم بتعويض هذا الضرر²¹⁸. وهذا طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 151 من القانون المدني المصري. وهذا الإتجاه القضائي يتماشى مع جانب الفقه الذي أباح العدول عن الخطبة، ولا يمكن وصف هذا العدول بأنه حق يمكن أن يساء إستعماله لأن التسليم بوجود الحق في العدول يستلزم القول بأن الخطبة أنشأت إرتباطا وذلك يتنافى مع القاعدة التي بني عليها هذا الرأي²¹⁹.

كما أن هذا يقتضي أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلا بالخطبة، وينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطىء غير طرفي الخطبة. كما أنه لا يتحتم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج، بل من الجائز أن يكون من الطرف الآخر، وأن يكون عدول شريكه بسبب هذا الخطأ. فيكون لهذا الأخير رغما عن عدوله الحق في طلب التعويض من الطرف الآخر، وكلا نوعي الضرر يدخل تحت نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري فيشملة التعويض.

²¹⁶-أنظر، محكمة سوهاج الكلية، 1948/5/30، رقم 434، مجلة الحمامة، السنة 28، ص 1056.

²¹⁷- أنظر، محكمة القيوم الجزئية الأهلية، 1929/11/30، رقم 110، مجلة الحمامة، السنة 11، ص 181.

²¹⁸- أنظر، سامح محمد السيد، المرجع السابق، ص 139.

²¹⁹-أنظر، سامح سيد محمد، المرجع السابق، ص 140.

رابعاً: الإتجاه الرابع

الخطبة تنشأ عنها إرتباطات والعدول عنها حق مقيد الإستعمال بحكمة خاصة. فقد قررت بعض المحاكم أن العدول عن الخطبة ليس مجرد إباحة صرفة للشخص الذي يعدل عن الخطبة، يمارسها وهو في مأمن من المسؤولية، إنما هو حق مقيد في إستعماله بوجود مسوغ يقتضيه، عندما يظهر أن الزواج المزمع عقده لا يحقق الغاية المرجوة منه. وإستعمال حق العدول لغير الغرض المشروع يكون إضراراً بالغير. وقد ذهبت محكمة الإسكندرية الكلية في حكم لها في 14/11/1930 إلى أن "عدم التقيد بالخطبة لا يبرر إستعمال حق العدول لغير الغرض الذي شرع من أجله ويكون في ذلك إضراراً بالغير وبغياً على الأعراس، فلم تقرر الشرائع الحقوق للأفراد يلهون بها ويعبتون، وإنما قررتها وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نضامية سامية، وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايته لتلك الحقوق"²²⁰.

وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في الجزائر بقرارها الصادر في 23/4/1991، حيث قضت على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات. لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت للزوجة، وأن الضرر قد أصاب الطاعنة نتيجة إنتظارها مدة 4 سنوات كخطيبة "²²¹. وبالتالي فقد كانت هنا فترة الخطبة طويلة إذ أن أربع سنوات كافة لإعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة تعسفياً. وأن إنتظار الخطيبة لمدة أربع سنوات كاملة دون أن ينتهي إنتصارها بالزواج ضرر معتبر من جانبها. وعلى ذلك فإن من يتقدم للخطبة ويتمادى فيها لمدة 4 سنوات، ويعلم أنه لا يستطيع توفير مسكن تأوي اليه الزوجة، لا يكون بمنأى عن المسؤولية.

وعلى هذا الأساس يبني هذا الإتجاه المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة الى الإساءة في إستعمال الحق في العدول عن الخطبة، والمحاكم التي تقضي بذلك تقرر أن المسؤولية هنا ليست بالمسؤولية التعاقدية، وإنما هي مسؤولية عن الفعل الضار. وتعتبر هذه الأحكام العدول عن الخطبة بأنه حق، وبأن

²²⁰-أنظر، محكمة الإسكندرية الكلية في 14/11/1930، رقم 30، المجموعة الرسمية، السنة 32.

²²¹-أنظر، م ع، غ أش 1991/4/23، ملف 73919، م ق 1993، عدد 1، ص 54.

إستعمال هذا الحق مقيد بالحكمة التي شرع من أجلها، فإن خرج عن هذه الحكمة كان إساءة تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من ضرر. والتعبير عن العدول بأنه حق يستلزم القول بأن الخطبة ينشأ عنها إرتباطات وإلا لما وجد حق العدول، إذ أن إعطاء شخص حقاً في أن يعدل معناه تمكينه من أن يتحلل مما هو فيه، وهو في غير حاجة لذلك اذا كان لم يرتبط بشيء من أول الأمر. و بعبارة أخرى من العبث أن نقول بوجود حق في العدول إذا لم يكن قد نشأ إرتباط قانوني، ما يستدعي التفكير في العدول عنه، ومن ثم فإن هذه الحاكم تعتبر أن الخطبة غير مجردة من كل أثر شرعي، وإنما هي منشئة لإرتباط لحد ما²²².

فقد قررت هذه الأحكام بأن للقاضي أن يبحث وراء سبب العدول كنتيجة لما قرره من أن العدول مقيد بالحكمة التي شرع هذا الحق لأجلها، وهي ظهور ما يخشى منه أن الزواج المراد إبرامه لا يحقق غايته المأمولة.

ومن إستعراض الآراء السابقة نجد أن القضاء لم يكن مستقراً وأن أحكامه كانت مضطربة ومتناقضة في بعض الأحيان بشأن تحديد أساس المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة والمستوجبة للتعويض. إلا أنه من خلال تصنيف هذه الأحكام القضائية يمكننا أن نخلص إلى وجود إتجاهين كبيرين، الإتجاه الأول منها يرى عدم ترتيب أية مسؤولية عن فسخ الخطبة على أساس أنها من المباحات العامة، والإتجاه الثاني ما يرى جواز ترتيب المسؤولية، وبالتالي التعويض عن فسخ الخطبة ولكن على خلاف في أساس المسؤولية. فمن المحاكم من يرجعها إلى المسؤولية العقدية، ومنها ما يرجعها إلى نظرية الفعل الضار، ومنها ما يرجعها إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق. ولكن ما مدى موافقة هذه الإتجاهات لأحكام الشريعة الإسلامية؟

الفرع الثاني

مدى موافقة أحكام القضاء للشريعة الإسلامية

²²² - أنظر، محمد علي محبوب، نظام الأسرة و أحكامها في الشريعة و القانون، ج 1، طبعة 1997، ص 38 وما بعدها.

في تقرير مسؤولية العدول عن الخطبة.

بعد أن بينت في الفرع السابق إبتجاهات القضاء في تقرير المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة، وتوصلت إلى أن منها ما يقرر المسؤولية عن العدول عن الخطبة مع إختلاف في تحديد أساس المسؤولية، ومنها ما ينفي هذه المسؤولية ويجعل العدول عن الخطبة من المباحات العامة، وأحاول في هذا الفرع أن أتعرض إلى مدى موافقة هذه الإبتجاهات لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالحق هو الثابت الموجود، فأقول هذا حقي أي أمر ثابت لي، ولي حق على فلان، أي موجود في ذمته، وهو أحق بماله أي لا حق لغيره فيه، بل هو مختص به من غير شريك.

والإنسان من حيث هو عبد مخلوق لا يملك حقاً من الحقوق، ولكن شئت رحمة الله الذي أفاض عليه نعمة الوجود أن يجعل له ما شاء من الحقوق، فالحق منحة إلهية منحها الواهب عطية لعباده فضلاً منه ونعمة.

وقد أحاطت الشريعة الإسلامية الحقوق بالحماية ورسمت لها ما تتحقق به المصلحة وتدرأ به المفسدة. ولما كان الإنسان بما إشتمل عليه من النقائص عرضة لأن يسيء إستعمال حقه أو يفرط فيه فيضر بغيره، أو يأتي بما ينافي المصلحة الراجحة أو تأباه المروءة. فقد نبهه الشارع إلى ذلك إذ أن إساءة إستعمال الحق ظلم لما فيه من الإضرار بالغير، إذ من حق غيرك عليك ألا تلحق به ضرراً من إستعمالك لحقك. كذلك الإفراط في إستعمال الحق ولو لم يكن فيه ضرر بالناس فهو بغيض إليهم لما جبلت عليه النفوس من بغض الشح، وحب التسامح، والنفور من كل شخص تجرد من المروءة ومن مكارم الأخلاق، فقد قال سبحانه وتعالى "لا تنسو الفضل بينكم"²²³. فلا ينبغي أن يقف الإنسان في معاملته مع غيره عند حد العدل الجاف بل يلفظه بشيء من الإحسان ما إستطاع إلى ذلك سبيلاً، لقوله تعالى "إن الله يأمر بالعدل والإحسان"²²⁴.

²²³ -سورة البقرة، الآية 237.

²²⁴ -سورة النحل، الآية 90.

والعدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين، وله التراجع عنه، إلا أنه قاصر على الحالات التي يستعمل فيها صاحب الحق حقه فيما أعد له بغير بغي ولا عدوان. فإذا تعدى هذه الحالات ترتبت عليه مسؤولية عن الإخلال بوعد الزواج، مرجعها المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، ونصوص القانون²²⁵. وقد بينت في الفرع الأول إتجاهات أحكام القضاء في تقرير المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة، وكانت كل محكمة تأخذ برأي، وخلصت إلى وجود إختلاف حول أساس المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة، وبالتالي الحكم بالتعويض عن العدول عنها. فهل تتماشى هذه الإتجاهات القضائية مع ما إستقرت عليه الشريعة الإسلامية من أحكام فقهية ومبادئ؟

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

كان هذا إتجاه محكمة إستئناف مصر في حكمها الصادر في 1930/6/30 الذي سبقت الإشارة إليه، وقد ظهرت في هذا الحكم نقطتين، الأولى أنه تعرض لسوء إستعمال الحقوق في القانون والشريعة الإسلامية، كما تعرض لماهية الخطبة شرعا.

إلا ان الدكتور محمد علي محبوب يرى بأن هذا الحكم لم يوفق فيما ذهب إليه ولم يكن إستدلالة موافقا للشريعة الإسلامية، لأنه بدأ بأساس غير قويم، إذ جاء فيه أن مجال تطبيق نظرية سوء إستعمال الحق في الفقه الإسلامي أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعا، فيرى الحكم أن القاضي يجوز له أن يقيد هذه الحقوق بالقيد الذي يرفع الضرر عن كلا الخصمين. أما الحقوق التي لا تتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها بها فلا يملك القاضي تقييدها بأي وجه من الوجوه، مهما نجم عنها من المضار.

لكن هذه الحالة التي قصدتها المحكمة وقصرت تطبيق النظرية عليها ليست الحالة الوحيدة لتطبيق نظرية سوء إستعمال الحقوق، بل إنها في الواقع تخرج عن حيز سوء إستعمال الحقوق

²²⁵ - أنظر ، الشيخ أحمد إبراهيم ،تعويض الزوجة عن الإخلال بوعد الزواج ،مجلة الجريدة القضائية ،السنة الأولى ، العدد 4 ، ص 2 .

بالمعنى الدقيق، لأن البحث فيها موضوعي يرجع إلى معرفة مدى ما يتقيد به كل من الحقين²²⁶. فالقضاء يكون له بحسب أحكام الشريعة الإسلامية أن يقيد الحقوق في ثلاث حالات هي:

- 1- مخالفة العمل للحكمة الغائية من الحق الذي جاء العمل تطبيقاً له.
- 2- إذا ترتب على هذا العمل ضرر بشخص معين قبل الآخر، غير الحق العام الذي لكل إنسان في أن لا يضر.

3 - إذا ترتب على هذا العمل ضرر لشخص له حق معين، كان في استعمال الأول لحقه إعتداء عليه²²⁷.

وبالإضافة إلى ما تقدم، فقد خلط الحكم بين أمرين متباينين وهما تعارض الحقوق، وإساءة استعمال الحق، فإن تعارض الحقوق أمر موضوعي يشمل تقييد الحقوق لبعضها البعض، وأما نظرية استعمال الحق فتقوم على عامل شخصي، هو استعمال الحق لغير الحكمة الغائية منه.

وفضلاً عما جاء في هذا الحكم من تناقض فقد جرد الخطبة من كل إعتبار قانوني يتنافى مع القول بوجود حق في العدول، إذ جاء في حيثيات هذا الحكم " أن الخطبة مجردة شرعاً من كل إعتبار قانوني وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة". فالقول بوجود حق في العدول يستلزم أن يكون للخطبة إعتبار قانوني، وتجريدها من كل وصف قانوني يستتبعه تجريد العدول منه كذلك.

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

هذا الإتجاه جاء به حكم محكمة سوهاج الكلية الصادر في 1948/5/30 إذ قضى أن "الخطبة عقد ملزم، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض"²²⁸.

²²⁶ - أنظر، محمد علي المحجوب، المرجع السابق، ص 45.

²²⁷ - أنظر، فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 1967، ص 569.

²²⁸ - أنظر، محكمة سوهاج الكلية في 1948/5/30، رقم 434، مجلة المحاماة، عدد 28، ص 1056؛ مقتبس عن أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، هامش ص 939. وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في ص 44 من هذه الرسالة.

ولم يقل بهذا القول أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، ذلك أن العقد والإخلال به هو ما يترتب المسؤولية التعاقدية على الطرف المخل، وإن كان يجوز القول به في مجال العقود كافة، إلا أنه لا يمكن الأخذ به عند الكلام عن عقد الزواج وما يسبقه من مقدمة وهي الخطبة. لأنه لا يترتب عن عقد الزواج ما يترتب عن باقي العقود الأخرى من إلتزامات، هذا فضلا على أن القول بوجود إلتزام بإبرام العقد في المستقبل على إعتبار أن الخطبة عقد يعني تكوين أسرة على الرغم منهما، فما الذي نتظره من تلك الأسرة في المستقبل إذا أجبرنا طرفيها على إبرام عقد الزواج، وقد بات جليا عدم رغبة أي من طرفيها أو كلاهما في عدم إبرامه إذا إنكشفت لطرفي الخطبة أمور، كعدم التوافق، والألفة بين الطرفين وفي هذا دون شك إكراه يشوب ركن الرضا. أليس من الأولى أن يبيح فسخ الخطبة بدلا من أن يفسخ عقد الزواج بعد إبرامه جبرا على طرفيه بالطلاق؟

فلا جدال في أن الآثار المترتبة على فسخ الخطبة مهما بلغت من جسامته، فهي أقل بكثير من الآثار التي يمكن أن تترتب على حدوث الطلاق والفرقة. والقاعدة الشرعية تقتضي أن درأ المفاسد مقدم على جلب المنافع²²⁹.

ولا يجد هذا الإتجاه القضائي أي أساس له في الشريعة الإسلامية، وربما يكون مرجعه ما تذهب إليه بعض الشرائع غير الإسلامية من إعتبار الخطبة عقد شكلي له مظاهره الدينية. **ثالثا : القول بأن العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض ولكن الظروف التي تلابس ذلك الفسخ قد تكون موجبة للتعويض .**

هذا الرأي أول ما يوجه إليه من نقد هو أنه مجرد الخطبة من كل أثر قانوني، وهو ما يقوم على أساس غريب عن الشريعة الإسلامية. فهو أقرب ما يكون إلى القانون الفرنسي منه إلى قواعد الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي في هذا الموضوع .

هذا بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا الرأي يقتضي أن يلتزم بالتعويض كل من يرتكب خطأ متصلاً بالخطبة، و ينشأ عنه ضرر للغير، ولو كان هذا المخطيء شخصاً غير طرفي الخطبة، لأن هذا الإتجاه لا يستلزم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذي عدل عن إتمام الزواج.

وما يمكن قوله بشأن هذا الإتجاه أنه يلغي كل أثر للخطبة لأنه لا يمكن الفصل بين الخطبة وبين الخطأ الذي يقع من أي من طرفيها بناء عليها. فلولا وجود الخطبة لما ثار التساؤل حول أساس مسألة الطرف العادل عنها بالتعويض، ولا يتماشى هذا الإتجاه إطلاقاً مع ما ذهبت إليه قواعد الشريعة الإسلامية في شأن الخطبة وآثارها التي سبق ذكرها²³⁰.

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

هذا الرأي وجيه إلى حد ما في تقرير المسؤولية، وذلك أن الحق في العدول عن الخطبة قد وضع لتحقيق غاية معينة، عندما يظهر أن الزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه. فهو موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية بكونه لم مجرد الخطبة من كل أثر قانوني، بل إن الخطبة وفقاً لهذا الإتجاه تعتبر إتفاقاً مستحياً ينشأ عنه إرتباط.

إلا أن هذا الرأي يخالف المستقر عليه فقهاً من أن العدول حق لطرفي الخطبة ولا ضمان في استعمال الحقوق. وأن الطرف الذي لحقه الضرر يجب أن يكون متوقفاً لهذا الضرر، لأنه يعلم أن لآخر الحق في العدول في أي وقت شاء.

وقد قضت في هذا الشأن محكمة النقض المصرية بتاريخ 15/11/1962 بأن "إستطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة، ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة، على ما جرى

به قضاء محكمة النقض، لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة، إلا إذا إقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضررا بأحد الخطيبين²³¹.

ولذلك أجد القضاء المصري أقرب إلى مقتضيات الشريعة الإسلامية، لأن طول أمد الخطبة لا يعتبر إساءة في إستعمال حق العدول، لأن المخطوبة كان بإمكانها أن تقطع هذه الفترة بأن تطلب من الخاطب إتمام إجراءات الزواج وإلا فسخ الخطبة. وكان إتجاه محكمة النقض المصرية حاسما في ذلك عندما قرر بأن إستطالة أمد الخطبة، والإحجام عن إتمام الزواج، لا يعتبر موجبا للتعويض، لأن الطرف الذي لحقه الضرر كان يجب عليه أن يحتاط لنفسه.

وبعد إستعراض جميع هذه الإتجاهات في تقرير المسؤولية عن العدول عن الخطبة ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية يمكن القول بأن العدول عن الخطبة متفق على جوازه، وهو حق لكلا الطرفين في الخطبة، ولا ضمان في إستعمال حق من الحقوق. وأن الطرف الذي يلحقه الضرر عن العدول يجب أن يكون متوقعا له، لأنه يعلم أن للآخر حق العدول في أي وقت شاء، وإن أقدم أي منهما على أي عمل بعد الخطبة، ثم وقع العدول وترتب عليه ضرر، فالضرر نتيجة لإغتراره. ومن المقررات الفقهية أن من يقع في ضرر بسبب إغتراره ليس له أن يضمن أحدا، كمن يشتري شيئا يضمنه على حال، ولم يشترطها في العقد، ولم يذكرها له العاقد الآخر ثم تبين أن المعقود عليه على غير هذه الحال، وتضرر بذلك فإنه ليس له أن يرجع على أحد بتعويض الضرر، لأنه جاء نتيجة لإغتراره هو من غير تغيير أحد²³².

والعدالة تقتضي جبر الضرر الناجم عن التغيير، ومن المقررات الشرعية أيضا أن الضرر يزال ولا شك أن من يناله ضرر يتسبب فيه غيره يكون ذلك الغير ضامنا لما أحدثه. ولكن ليس عن مجرد العدول حتى ولو طالت فترة الخطبة، ولكنه إذا إستعمل الخطبة لإدخال الطرف الآخر في إلتزامات أو مصروفات، ثم جاء هو بعدوله يحدث ضررا بالطرف الآخر الذي يجد نفسه متحملا لتلك المصروفات، أو الإلتزامات، لأن أسباب الضمان في الفقه الإسلامي بشكل عام تعود إلى أحد أمرين، إما أن يكون الضمان نتيجة عقد، وإما أن يكون الضمان نتيجة التعدي. ولا شك أنه لا يوجد في مسألة الخطبة

²³¹ - نقض مدني في 1962/11/15 - مدني - ، الطعن رقم 474 لسنة 72 القضائية ، مجموعة المكتب الفني السنة 13 ، العدد 3 ، ص 1038 .

²³² - أنظر ، أحمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 73 .

تعاقدًا يوجب الضمان لأنه سبق بيان ذلك في الطبيعة القانونية للخطبة، وموقف الشريعة الإسلامية من ذلك. ويبقى النظر في الفقه من ناحية ضمان التعدي.

وعند الكلام على أساس ضمان التعدي يجب أن نفرق بين أمرين بين ضرر ينزل نتيجة لإغترار من نزل به الضرر، وهذا لا ضمان فيه، وضرر نزل نتيجة لتغيير الطرف الآخر، فالمغرر ضامن لما لحق المغتر من ضرر²³³.

وبتطبيق هذه القاعدة على الخطبة نجد أن العدول عن الخطبة في حد ذاته لا يكون سببا للتعويض، لأنه حق، والحق لا يترتب عليه التعويض، وربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة أو العكس، لا بمجرد الخطبة والعدول. فلسنا أمام نظرية الفعل الضار، كأن يطلب نوعا من الجهاز مثلا ثم يكون العدول والضرر، فالضرر في هذه الحالة نزل بفعل من الطرف الذي عدل، فيعوضها في هذه الحالة.

وعلى ذلك يكون الضرر قسامين، ضرر ينشأ لأحد الطرفين دخل فيه كالمثال السابق، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير أن يكون للعادل يد فيه، كأن تترك المخطوبة عملها أو دراستها لتتفرغ لشؤون الزواج فالأول يعوض، والثاني لا يعوض، لأن الأول فيه تغيير، والتغيير يوجب الضمان، والثاني لا يعوض، لأن الضرر كان مغترا لا مغرا به.

ومن ثم فإن أساس المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة في إعتقادي هو المسؤولية التقصيرية المترتبة أو الناشئة عن أفعال مرتبطة أو مستقلة عن الخطبة، وكانت هذه الأفعال ألحقت ضررا ماديا أو معنويا بأحد المتواعدين، فتكون مستوجبة التعويض على من وقعت منه. فهل تسري نفس هذه الأحكام على الطلاق؟

الفصل الثاني

الطلاق كمسألة موجبة للتعويض

يعتبر الزواج عقداً أبدياً بين الرجل والمرأة قدسته الشريعة الإسلامية وإعتبره الله سبحانه وتعالى ميثاقاً غليظاً بينهما²³⁴، فهو خير نظام إنساني يجمع بين الرجل والمرأة للمحافظة على النوع البشري وضمان السكينة لكل منهما. غير أن الأليق والأوفق لطبيعة الإنسان أن يكون لهذا العقد نهاية عند عدم تحقق الغاية منه، أو عدم التوافق بين الرجل والمرأة، أو عند الإخلال بنظام الزواج في حد ذاته، وتمثل هذه النهاية في الطلاق .

وقد عرفت المجتمعات القديمة والحديثة الطلاق على حد سواء، مع الاختلاف في درجة حدته ودوافعه من مجتمع لآخر تبعاً للظروف التاريخية، والسياسية، والإقتصادية لكل مجتمع، شأنه في ذلك شأن باقي الظواهر الإنسانية التي تعرضت للتطور إلى أن وصل إلى ما هو عليه في الوقت الحالي.

وقد أصبحت الأسرة في مجتمعنا اليوم، وفي المجتمعات العربية تعيش مرض التفكك الأسري. وعند مراجعة أسباب هذا التفكك نجد قائماً على الخطأ في فهم نظام الأحوال الشخصية بصفة عامة

234 - ".....وأخذنا منكم ميثاقاً غليظاً..."، سورة النساء، الآية 154.

ونظام الطلاق بصفة خاصة. وهذه الإساءة إنما هي ناتجة عن نقص في الوعي أو عدم إكمال النضج الفكري لمدى مسؤولية الطلاق والزواج على حد سواء.

ومن جهة أخرى فإن المجتمع الإسلامي أصبح غذائه الأفكار والتقاليد الغربية التي أبعدت الأمة عن رسالتها الحقيقية في المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة. ومن ضمن المفاهيم التي أخطأ البعض فيها "حق الطلاق"، الذي أعطاه الله سبحانه وتعالى للرجل دون المرأة لما في ذلك من حكمة إلهية، ولما للرجل من قدرة على تحكيم العقل هيأه بها الله، وليس لعيب في المرأة أو تفضيلاً للرجل عليها. ولكن رغم ذلك نجد الرجال في كثير من الأحيان يجيدون عن ذلك، ويوقعون طلاقاً يلحق أبشع الأذى وأوبخ الآثار على النساء وعلى الأسرة ككل.

ولهذا وذاك سأتطرق من خلال هذا الفصل للطلاق كظاهرة إجتماعية أولاً، كيف كان في المجتمعات القديمة وكيف نظمتها الشريعة الإسلامية، ومن ثم عرفه المشرع الجزائري بالأشكال التي هي عليه الآن (المبحث الأول). وعند معرفة طبيعة هذا الحق وحدوده لنا أن نتساءل متى يكون الرجل متعسفاً في استعماله؟ وما معيار التعسف وما أشكاله؟ وما هي الآثار والأضرار المترتبة عن التعسف في استعمال هذا الحق كتصرفات موجبة للتعويض؟ وما هي سلطة القاضي في تقدير التعويض للطرف المتضرر (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التطور التاريخي للطلاق والقيود الواردة عليه

تنتهي الرابطة الزوجية بالوفاة أو بالطلاق، ويعتبر هذا الأخير بمعناه الضيق حقاً للرجل دون المرأة، ومع ذلك فإن من حق المرأة طلب إنهائها ولكن بشروط حددها المشرع.

وقبل الحديث عن التعسف في استعمال الطلاق وجب الوقوف أولاً عند هذه الظاهرة الإنسانية وكيف عرفت حضارات الشعوب القديمة؟ و هل كان لتطور البشرية تأثير عليها؟ وكيف نظمتها

الشريعة الإسلامية ؟ وما موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية من ذلك ؟ و هل هذا الحق خالص للرجل يستعمله كيفما شاء أم هناك ضوابط وقيود تحكم ذلك؟

للإجابة عن ذلك سأتناول في المطلب الأول التطور التاريخي للطلاق والأشكال التي يتم بها حاليا إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين العربية، وأتناول في المطلب الثاني طبيعة حق الرجل في الطلاق والحكمة من جعله بيده دون المرأة، والقيود الواردة عليه في ممارسة هذا الحق.

المطلب الأول

الطلاق في الشرائع القديمة و الشريعة الإسلامية

قبل الخوض في موضوع الطلاق وجب الرجوع أولا الى أصل هذه الكلمة في اللغة العربية، فكلمة طلق: الطاء واللام والقاف لفظ يدل على التحلية والإرسال، يقال إنطلق الرجل، ينطلق إنطلاقا، ومن هذا الباب عدا الفرس طلقا، وإمرأة طالق: طلقها زوجها²³⁵. ويقال في الصحاح أطلقت الأسير أي خلتيه، والأسير الطليق الذي أطلق على إيساره وخلي سبيله. وبغير طلق أي غير مقيد، وحبس فلان طلقا أي بغير قيد، وطلق الرجل إمرأة تطليقا، وطلقت هي تطلق طلاقا فهي طالق وطارقة. وناقاة طالق، أي مرسله ترعى حيث شاءت²³⁶.

والطلاق من الظواهر العامة التي عرفتھا المجتمعات القديمة والحديثة على حد سواء، ويتعين البحث في موضوع الطلاق أن أتناول أولا وضعية الطلاق لدى الشعوب قديما وحديثا. فقد ترددت في الآونة الأخيرة آراء المستشرقين و الحاقدين على الإسلام في أن تشريع الطلاق ظلم للمرأة فهو كالسيف

²³⁵-أنظر، أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم المقاييس ، كتاب الطاء ، تحقيق و ضبط عبد السلام هارون ، ج 3 ، الطبعة الثانية، مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ، 1980 ، ص 420-421.

²³⁶- أنظر، إسماعيل بن حماد الجوهري ، تاج اللغة و صحاح العربية ، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار ، ج 4 ، الطبعة الثانية ، دار العلم للملايين - بيروت - 1499هـ - 1979م ، ص 1518-1519 .

الماسك على رقبتها يمكن أن يوقعه الرجل وقت ما شاء، وهي ليس بيدها حول ولا قوة، وفي هذا غاية الظلم و الإهانة للمرأة .

وقد نقل الأستاذ قاسم أمين في كتابه تحرير المرأة عن الأديب الفرنسي فولتير قوله "إن الطلاق قد وجد في العالم مع الزواج في زمن واحد تقريبا، غير أنني أضن أن الزواج أقدم ببضعة أسابيع بمعنى أن الرجل ناقش زوجته بعد أسبوعين من زواجه ثم ضربها بعد ثلاثة، ثم فارقها بعد ستة أسابيع، ثم يصفه قائلا أن الطلاق قديم في العالم، و أنه يكاد أن يكون من الأعراض الملازمة للزواج وهذا حق لا يرتاب فيه. فقد دل تاريخ الأمم على أن الطلاق كان مشروعا عند اليهود والفرس واليونان والرومان وأنه لم يمنع إلا في الديانة المسيحية بعد مضي زمن من نشأتها"²³⁷.

وتؤكد هذه المقولة أن ظاهرة الطلاق هي ظاهرة قديمة لم يستحدثها الدين الإسلامي، بل على العكس من ذلك نظمها و جعل لها قيود و ضوابط تحمي كل من الزوج والزوجة على حد سواء، و لذلك سأعرض أولا إلى الطلاق في الشرائع القديمة(الفرع الأول) و ثانيا في الشريعة الإسلامية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق في الحضارات والشرائع القديمة

إن الطلاق ظاهرة قديمة قدم عهد الإنسانية بالزواج، وقد عرفته المجتمعات القديمة، وتعرض للتطور مثل باقي الظواهر الإنسانية، وقد كان معروفا و معمولا به حتى قبل الميلاد.

أولا: الطلاق في الحضارات القديمة

عرفت حضارة مصر الفرعونية الطلاق، إذ إكتشف البروفيسور "فيتشر" بين لفائف برديات حفريات يرجع تاريخها الى الأسرة الرابعة²³⁸ . وجاء في نص وثيقة طلاق، "لقد هجرتك ولم تعد لي حقوق

²³⁷ - أنظر، قاسم أمين ، تحرير المرأة ، ضمن سلسلة المواجهة ، نشر الهيئة المصرية للكتاب ، ص 123 . مقتبس عن أحمد الغزالي ، الطلاق الإنفرادي و تدابير الحد منه في الفقه الإسلامي و الشرائع اليهودية و المسيحية و الوضعية و التقنيات المعاصرة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، 2000، ص7 .

²³⁸ - طبقا لحسابات المؤرخين فان الأسرة الرابعة حكمت مصر في الفترة ما بين 2476-2192 قبل الميلاد أي مدة 284 سنة و إشتهرت بإسم بناء الأهرام ، ومن أشهر ملوكها الملك سنفرو و خليفته الملك خوفو ، أنظر في ذلك بالتفصيل ، ناصر الأنصاري ، الجمل في تاريخ القانون المصري ، الهيئة العامة للكتاب ، ص 42 و ما يليها .

عليك كزوج، إبحثي عن زوج غيري لأنني لا أستطيع الوقوف إلى جانبك في أي منزل تذهبين إليه، ولا حق لي عليك من اليوم فصاعدا، إذهي في الحال بلا إبطاء ولا تأخير²³⁹.

وهذا النص كما يظهر منه فهو يفيد بأن الطلاق بيد الرجل، وهو مانصت عليه قوانين "أحمس" حيث جعلت للرجل أن يطلق زوجته الحالية ولا يعني هذا أنهم كانوا يمنعون التعدد، فقد عرف عليهم عكس ذلك، فقد وجدت بعض النقوش لأحد ملوك الأسرة الرابعة ومعه إحدى زوجتيه تضع يدها على كتفيه و الأخرى تلمس ساقه²⁴⁰.

وحسبما يذكر المؤرخون فإن من الجماعات من كان يقرر حق الطلاق للرجل وحده وبعضها الآخر من كان يقرره لكلا الزوجين، أما ملكية المرأة للطلاق فكان أساسه ما للمرأة من حق إشتراط أن تكون العصمة بيدها، فضلا على أنهم عرفوا نظاما شبيها بنظام الخلع في الإسلام²⁴¹.

وعلى الرجل اذا طلق زوجته دون مبرر أن يعوضها عن هذا، وذلك بأن يعطيها إثنين دبن من الفضة، وثلاثين كرا من الحنطة، هذا فضلا عن نصيبتها من كل مكسب قد حصل معها، ومن المبررات التي تجيز الطلاق دون تعويض زنا الزوجة وعقمها وجشعها. وإذا أرادت المرأة الطلاق دون مبرر إلتزمت برد المهر مضافا إليه ضعفه أو أكثر، مع فقداها حقها في الأموال المشتركة²⁴².

كما ثبت عن قدماء المصريين أن الطلاق كان يدون في وثيقة تثبته، يشهد عليها أربعة شهود، ومن الإلتزامات المالية والإجراءات الشكلية إستقى الباحثون أن الفراعنة عمدوا الى تقييد الطلاق، ووضع التدابير الضرورية للحد منه وعدم العجلة فيه²⁴³.

²³⁹ - أنظر، أحمد الشتاوي ، عادات الزواج و شعائره ، دار المعارف المصرية ، 1956 ، ص 129 .

²⁴⁰ - أنظر، عادل بسيوني ، تاريخ القانون المصري ، مكتبة نصر ، د.س.ن. ، ص 75 .

²⁴¹ - أنظر، صوفي أبو طالب ، تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية ، دار النهضة العربية 1996 ، ص 51 .

²⁴² - أنظر، صوفي أبو طالب ، المرجع السابق ، ص 52-53 .

²⁴³ - أنظر، عادل بسيوني ، المرجع السابق ، ص 76 .

كما عرفت حضارة الرافدين قانون حمورابي، الذي حكم هذه البلاد في الفترة الممتدة ما بين 1768 الى 1686 قبل الميلاد، و مما تضمنه هذا القانون الشهير، نظام الطلاق وقد نضمه على النحو التالي :

أ- الطلاق مسموح به للرجل و المرأة، غير أن للرجل أن يطلق دون التقييد بأسباب الطلاق، أما المرأة فعلى العكس منة ذلك، فلا بد أن تبرر أسباب طلاقها للرجل مع حق القضاء المحتم في التدخل في هذا الطلاق
ب- للطلاق تبعات، فعلى المطلق أن يدفع لمطلقة مبلغا يتفاوت بمقدار ما لها من الأولاد، وإن لم يكن لها أبناء أعطاهما مثل ما دفعه صداقا لها، وإن لم يكن قد دفع صداقا فلها ما يناسب مكانته الإجتماعية.
ج- على المطلق أن يرد للمطلقة بائنتها، وهي المال والمتاع وكل ما يكون مع المرأة عند ذهابها الى بيت زوجها، فهو ملك لها²⁴⁴.

كما أن شريعة حمورابي كانت تحرم الطلاق اذا كانت الزوجة مريضة، بل يكلف الرجل بعنايتها وهي عنده، وله أن يتزوج عليها ولها أن تغادر بيته اذا لم ترض بزواجه عليها. فنظام الزوجة الواحدة معترف به ولا يجد من شدته الا حق تأمين الذرية للرجل، ولذلك فإن عقم الزوجة ومرضها من أسباب الطلاق الشرعية، غير أنه يحق للزوجة العاقر أن تهدي زوجها أمة بمثل خليلة تفاديا للطلاق، وإذا لم ينجب الرجل من زوجته ولا من خليلته فإن القانون يسمح له أن يتزوج من زوجة ثانية، وعلى هذه الأخيرة أن تحترم أفضلية الزوجة الأولى²⁴⁵.

أما في الهند و سيلان (سيريلانكا حاليا) وما حولهما، فقد سادت في هذه البلاد الديانات البرهمية والبوذية، وشريعة مانو، وقد عرف براهما الهند نظاما شبيها بنظام الانفصال الجسدي عند الكاثوليك، غير أن للرجل أن يتزوج بأخرى ويترك مسكن الأولى. وعند البوذيين الطلاق بيد الرجل أو بإتفاق الطرفين، ويكفي الرجل في طلاق زوجته أن يقول لها إنها إتصفت بصفة سيئة يقدرها هو، كأن تملأ البيت دخانا، أو تكثر الكلام، أو تزعج الكلاب بصوتها. أما في شريعة مانو فلا تهجر الزوجة زوجها حتى ولو أصيب بالحنون أو الشلل²⁴⁶.

²⁴⁴ - أنظر، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 56-57.

²⁴⁵ - أنظر، بينتام، أصول الشرائع، ج، 1 ص 161-162؛ مقتبس عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 211.

²⁴⁶ - أنظر، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 55.

ثانيا: الطلاق في بلاد الغرب القديمة

عرف قدماء اليونان نظام الطلاق كوسيلة لإنهاء عقد الزواج، وكان عندهم بيد الرجل يوقعه لأي سبب دون إجراءات. وبعد تطور التشريع في العهد الكلاسيكي إكتسبت المرأة حق الطلاق ولكن بقيود، إذ كان عليها التقدم بطلب للقاضي والذي كان يستجيب لطلبها في حال ثبوت مجون زوجها وهجره لبيت الزوجية. ويؤكد حق الزوج في طلاق زوجته عاملان، أولهما العقم لأن قصد الزواج هو النسل، فإذا لم تلد المرأة بعد الزواج لمدة عشر سنين إنفسخ العقد، ووقع الطلاق من تلقاء نفسه. وثانيهما الزنا، بل إنه اذا شاع فسق الزوجات، وتغاضى عنه الأزواج فإن الزواج ينفسخ بقوة القانون. وفي عصر أفلاطون كان الطلاق معروفا غير أنه مكروه، وقد إعتبره أفلاطون ظاهرة شادة²⁴⁷.

أما عند الرومان فنميز بين مرحلتين :

أ- المرحلة الأولى: قبل صدور قانون الألواح الاثني عشر سنة 451 قبل الميلاد كان الطلاق مكروها عند الرومان، فكانوا يجاربونه، إن لم يدع إليه داع مثل زنا المرأة، وقد كان الطلاق بيد الرجل يوقعه بالطريقة التي تزوج بها المرأة²⁴⁸.

ب- المرحلة الثانية : بدأت هذه المرحلة بصدور قانون الألواح الإثني عشر، والذي أباح حرية الطلاق بدون قيد أو شرط. فكثرت الطلاق كثرة هائلة، حتى كانت النساء يعددن أعمارهن بعدد مرات طلاقهن، وقد بلغ من تساهلهم في شأن الطلاق أن أجاب أحد النبلاء لما سئل عن طلاق زوجته مشيرا الى حذائه قائلا "أليس هذا الحذاء جميلا، أليس جديدا، ولكن لا يعرف أحد منكم أين يؤلني". كما إشتهر من المطلقين يوليوس قيصر، وأنطونيوس، وأوكتافيوس وغيرهم. فلما كانت ولاية أغسطس أصدر "قانون جوليا" قبل ميلاد المسيح بأربعة عشر سنة للحد من الطلاق، وإشترط لإجازه إعطاء المرأة وثيقة به أمام سبعة من الشهود البالغين²⁴⁹.

وفي عام 546 م أصدر جيستيان "Justiniens" مرسوما يحدد أسباب الطلاق المشروع وهي:

²⁴⁷ -أنظر، صوفي أبو طالب، المرجع السابق، ص 56 .

²⁴⁸ -أنظر، محمد زناقي، المرأة عند الرومان، ص 230 وما بعدها؛ مقتبس عن العربي بلحاج المرجع السابق، ص 212 .

²⁴⁹ -أنظر، عبد المنعم بدر، تاريخ القانون الروماني، ص 75؛ مقتبس عن أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 13 .

1- زنا الزوجة أو معاشرة الزوج لعشيقته في منزل الزوجية.

2- محاولة أحد الزوجين الإعتداء على الآخر.

3- هجر منزل الزوجية.

4- الجنون و العجز .

وفي غير هذه الحالات يعاقب المطلق. فاذا طلق الرجل يفقد ما يعادل ثلث ثروته فضلا عن البائنة والمهر ويؤول ذلك الى المرأة .وإذا كانت المرأة فقدت بائنتها وكل أموالها، على أن يؤول النصف إلى الدير الذي ستعيش فيه، و الباقي إلى أقاربها²⁵⁰.

وفي القرنين الثامن والتاسع الميلاديين أصدر الإمبراطور البيزنطي "ليو الثالث" مجموعة جديدة من القوانين أسماها مختار القوانين "Ecloga legun" عدل بها كثيرا من مبادئ جيسستينيان، أهمها جعله الزواج غير قابل للفسخ، فحرم الطلاق، وبذلك حاربت المجتمعات المسيحية الطلاق ونددت به، وأعتبرته كبيرة الكبائر، إذ لا يصح أن يفرق الإنسان ما جمعه الله²⁵¹.

ثالثا: الطلاق عند اليهود و النصارى

جاء في سفر التثنية إصحاح 2،1،24 أن موسى عليه السلام قال "إذا إتخذ رجل إمراة و صار لها بعلا، ولم تحظ عنده لعيب أنكره عليها، فليكتب لها كتاب طلاق، ويدفعه إلى يدها، ويصرفها من بيته". ومعنى ذلك أن الطلاق عند اليهود جائز، ولكن لا يجوز للرجل أن يتزوج مرة أخرى بمن طلقها إذا تزوجت برجل آخر و طلقت منه. وعند الربانيين تحرم المرأة على مطلقها أيضا إذا كان سبب الطلاق عقم مظنون، أو إشاعة كاذبة حول سلوك المرأة. وعلة التحريم حمل الرجل على التريث بتهديده بأن الطلاق إذا وقع يكون بلا رجعة²⁵².

وفي العهود القديمة لم يكن للمرأة حل و ثاق الزوجية أو طلب الطلاق إلا في أحوال إستثنائية. ولكن بعد إحتلال الرومان لفلسطين بعد عام 65 قبل الميلاد أخذت عادة تطليق المرأة لزوجها تشيع بين

250-أنظر، عادل بسبوني، المرجع السابق، ص 262 الى 265.

251-أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون (أحكام الطلاق و أسبابه)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع - الجزائر - 2000، ص 14.

252-أنظر، ثروت أنيس الأسبوطي، نظام الأسرة بين الإقتصاد و الدين (الجماعات البدائية)، دار الكتاب العربي، د.س. ن.، ص 235.

اليهوديات شيئاً فشيئاً بتأثير العادات الرومانية ولأسباب متعددة تتعلق بقدرة الرجل الجنسية، أو حالته الدينية، أو معاملته لزوجته بقسوة، أو مبالغته في الفسق و الفجور، أو إمتناعه عن الإنفاق عليها أو إصابته بمرض خبيث، أو إشتغاله بتجارة غير مشروعة بعد الزواج.

أما الطلاق فييد الرجل و له أن يوقعه أمام السلطة الشرعية ولو بدون عذر ولكن يحسن عندهم شرعا الطلاق لعيب خلقي كسوء المعاملة، وشدة المنازعة، والعناد، والإسراف، أو لعيب خلقي كالنمش و الجذري، والرائحة الخبيثة، وكل عاهة لا يرجى برؤها²⁵³.

وحيثما ظهرت المسيحية، كانت كل من الديانة اليهودية والقانون الروماني السائد في ذلك الوقت يبيحان الطلاق على النحو السالف ذكره. وكانت الديانة اليهودية تبيح الطلاق بعبارة الرجل، والقانون الروماني يجعل الطلاق حقا لكل من الرجل والمرأة.

وعندما جاءت المسيحية حاملة لتعاليم سامية، وداعية إلى المحبة والتسامح لم تتعرض كثيرا لقواعد المعاملات. ولكنها بالرغم من هذا جاءت بمبدأ جديد في الزواج يعارض ما كان قائما قبلها، وهو مبدأ عدم قابلية الزواج للإنحلال، علما أن هذا المبدأ لم يتفق المسيحيون على مداه وكان مبعثا للخلاف بينهم.

وعندما إنقسمت المسيحية الى مذاهب وطوائف مختلفة، كان مبدأ عدم قابلية الزواج للإنحلال من المبادئ التي إختلف مصيرها لدى كل كنيسة. فالكنيسة الكاثوليكية قد إلتزمت بهذا المبدأ إلتزاما تاما، و بالتالي فقد حرمت الطلاق تحريما تاما ولأي سبب من الأسباب ، وفي هذا تنص المادة 107 من الإرادة الرسولية على أن الزواج الصحيح المقرر والمكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري أيا كان، ولأي سبب كان ماعدا الموت، والزواج المكتمل هو المتبوع بالدخول وما يباح هو فقط الإنفصال الجسماني الذي لا يحل الرابطة الزوجية، وإنما مجرد إنفصال الزوجين في المعيشة المشتركة²⁵⁴.

²⁵³ -أنظر، أحمد الغزالي ، المرجع السابق ، ص 16.

²⁵⁴ -أنظر، محسن عبد الحميد البيه ، المرجع السابق ، ص 616 .

أما الكنيسة البروتستانتية فقد أخذت موقفا وسطا، حيث أجازت التطليق، ولكن لسببين فقط هما الزنا وتغيير الدين. ولكنها من ناحية أخرى تميز الحكم بالإنفصال الجسماني إذا لم يرد طالبه حل رابطة الزواج حلا نهائيا. وهذا هو الموقف الذي أخذ به قانون الإنجليد الوطنيين المعمول به بالنسبة لطوائف البروتستانت في مصر²⁵⁵.

وعلى العكس من ذلك فإن الكنائس الأرثوذكسية ظلت مخلصا لإعتبار الزواج سرا مقدسا، إلا أنها لم تقصر إجازة الطلاق على حالة الزنا، وهي تلك الحالة التي ورد النص عليها في "إنجيل متى" بإجازة الطلاق فيها. بل سمحت بالطلاق بصفة عامة، وأن الزنا مجرد مثال للأسباب المبررة للطلاق²⁵⁶.

وحيث أن الكنيسة الأرثوذكسية قد أباحت الطلاق منذ البداية فإنها لم تعرف نظام الإنفصال الجسماني الموجود عند كل من الكاثوليك والبروتستانت. ثم جاءت الشريعة الإسلامية ناسخة لما قبلها من الشرائع، وعرفت الطلاق و ضبطت آثاره وحدوده.

الفرع الثاني

الطلاق في الشريعة الإسلامية .

كلمة الطلاق في اللغة تطلق ويراد بها معاني الإرسال والتخلية ورفع القيد والمفارقة، ويستعمل في العرف اللغوي طلق في رفع القيد المعنوي وأطلق في رفع القيد الحسي²⁵⁷. وفي الإصطلاح الشرعي اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الطلاق إلا أنها إتفقت في مضمونها على أنه "رفع قيد النكاح بألفاظ مخصوصة ويتضح ذلك في التعريفات التالية:

فقد عرفه الكمال بن الهمام وهو من الحنفية بأنه "رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص"²⁵⁸. وعرفه الإمام النووي من الشافعية بأنه "تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح"²⁵⁹. وعرفه الحطاب

²⁵⁵ - أنظر، عبد الناصر توفيق العطار ، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين ، المؤسسة العربية الحديثة ، الطبعة الثالثة ، 1985 ، ص 617 .

²⁵⁶ - أنظر، محسن عبد الحميد البيه ، المرجع السابق ، ص 618 .

²⁵⁷ - أنظر، ابن منظور ، المرجع السابق ، ج 10 ، ص 225-226 .

²⁵⁸ - أنظر، محمد بن عبد الواحد الشهير بالكمال هم ، شرح فتح القدير على الهداية ، ج 3، دار إحياء التراث ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ص 463 .

من المالكية بأنه " صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم²⁶⁰ وعرفه ابن قدامة من الحنابلة بأنه " حل قيد النكاح"²⁶¹ .

وبالنظر الى هذه التعريفات نجد أنها كما سبق القول، وإن اختلفت في عباراتها إلا أن مضمونها واحد وأنها تتفق فيما يلي :

أولاً: أن الطلاق يترتب عليه رفع قيد النكاح الثابت بين الزوجين وإزالته مع تردد عبارتهم بين الحل والرفع وكلاهما بمعنى الإزالة.

ثانياً: أن حل عقد النكاح أو رفعه لا يكون إلا بطريق شرعي، لأن عقد النكاح نفسه لا يثبت إلا بطريق شرعي، فوجب أن يكون رفعه ثابتاً بطريق شرعي. وكما أن النكاح لا يتحقق إلا بألفاظ مخصوصة فكذلك الطلاق لا يقع إلا بألفاظ مخصوصة، منها الصريح ومنها الكناية .

ثالثاً : أن عقد النكاح الذي يرفعه ويزيله الطلاق لا بد أن يكون نكاحاً صحيحاً فيخرج النكاح الفاسد من هذا الحكم.

وهذه التعاريف وإن لم تشر إلى طرفي الطلاق وهما المطلق والمطلقة بإعتبارهما ركنين أساسيين في الطلاق، بإستثناء تعريف الإمام النووي السابق الذي إعتبر الطلاق تصرفاً مملوكاً للزوج، فإنها مع ذلك لم تسلم من النقد بإعتبار أن الطلاق لا يقع إلا ممن يملكه وهو الزوج على محل لإيقاعه وهي الزوجة.

ومن جهة أخرى، فإن رفع قيد النكاح قد يتم في الحال أو المآل، فالذي يرفعه في الحال هو الطلاق البائن، والذي يرفعه في المآل هو الطلاق الرجعي إذا إنقضت العدة، أو إنضمت طلقتان إلى الطلقة الأولى، كما أن قصد الطلاق والأثر المترتب عليه أمر ينبغي ملاحظته. ولذا يرى البعض تعريف الطلاق بأنه "رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص قصداً يقع من أهله في محله حالاً أو مآلاً"²⁶² .

259- أنظر، يحيى بن شرف النووي، شرح المنهاج، الطبعة الثانية، ج 3، دار الحديث، ص 323 .

260- أنظر، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر تحليل، ج 4، دار الفكر الثانية، بيروت، ص 28 .

261 أنظر، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 8، ص 233 .

262- أنظر في هذا، محمود مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 491، فوزي فيض الله، الطلاق ومذاهبه، دار الكتاب الحديث، 2005، ص 7 .

وقد ورد ذكر الطلاق في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى "الطلاق مرتان فإمساك
بمعروف أو تسريح بإحسان"²⁶³، وقوله تعالى "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن"²⁶⁴.

وكذلك ورد الطلاق في السنة النبوية فعلا وقولا، فالرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة
بنت عمر ثم راجعها، كما أنه قال صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال الى الله الطلاق"²⁶⁵.

وإنعقد الإجماع منذ عصر الصحابة والتابعين على مشروعية الطلاق كما جاء في القرآن
والسنة، إلا أنهم اختلفوا حول الأصل في الطلاق، هل هو الحظر والمنع، أو هو الإباحة والجواز، فإنقسموا
بذلك إلى فريقين:

أ- فريق يرى بأن الأصل في الطلاق الإباحة و الجواز: وقد إستدلوا على ذلك بما يلي :

**1- إطلاق النصوص الشرعية كقوله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"²⁶⁶. وكذلك
قوله تعالى " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوهن لهن فريضة"²⁶⁷. وكذلك في قوله
تعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان "²⁶⁸. فهذه الآيات الكريمة ذكرت الطلاق
بمجردا من أي قيد، كما نصت على نفي الجناح، ونفي الجناح ورفعته يعني عدم الإثم، وهذا ما يفيد الإباحة.**

**2- ماروي أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة، ثم راجعها وكذلك فعل كثير من الصحابة رضوان الله
عليهم. فقد طلق عمر أم عاصم، وطلق عبد الرحمن بن عوف زوجه تماضر، كما روي أن الحسن بن علي**

²⁶³ - سورة البقرة، الآية 229 .

²⁶⁴ - سورة البقرة، الآية 236 .

²⁶⁵ - أخرجه أبو داوود و ابن ماجة عن ابن عمر ، وأخرجه الحاكم عن ابن عمر أيضا بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق. أنظر

أبو داوود، السنن، ج 6، الدار المصرية اللبنانية، 1988، ص 309 .

²⁶⁶ - سورة الطلاق، الآية 1 .

²⁶⁷ - سورة البقرة، الآية 237 .

²⁶⁸ - سورة البقرة، الآية 229 .

رضي الله عنهما كان يكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال علي رضي الله عنه على المنبر "إن إبني هذا مطلق، أي كثير الطلاق، فلا تزوجه، فقالوا إنا نزوجه ثم نزوجه" ²⁶⁹.

ب- فريق ثان يرى بأن الأصل في الطلاق الحضر والمنع، فلا يجوز إلا لسبب يدعو إليه أو حاجة أو ضرورة تستدعيه، وإستدلو على ذلك بما يلي :

1- أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطال له، وإبطال المصلحة مفسدة، فيكون الطلاق دون سبب يقتضيه مفسدة، والله تعالى لا يحب المفسدين ²⁷⁰.

2- ماروي عن الرسول صلى اله عليه وسلم في قوله "أبغض الحلال الى الله الطلاق". فقد وصف صلى الله عليه وسلم الطلاق بأنه من أبغض المباحات، ولا معنى لذلك سوى أنه محذور إلا لحاجة أو ضرورة تدعو إليه ²⁷¹.

3- أن الزوجة إذا كانت مطيعة لزوجها لا تفرط في حق من حقوقه، تحفضه في عرضها وماله، ثم طلقها فإنه ولا شك قد أضر بها أيما ضرر، وفي ذلك يقول الله سبحانه وتعالى "فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا" ²⁷². وكلمة "سبيلا" نكرة وقعت في سياق الشرط و النفي، فتقيد العموم، فيكون معنى الآية إذا أطاعت المرأة زوجها في جميع ما يريد منها مما أباحه الله، فليس له من سبيل عليها من ضرب أو هجر أو طلاق من باب أولى، لأن نفي الأقل من الضرب أو الهجر نفي للأكثر من ذلك وهو الطلاق من باب أولى ²⁷³.

²⁶⁹-أنظر، محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المسوط، دار المعرفة، 1978، ج 6، ص 3. حيث ذكر هذه الروايات جميعا و هو بصدد ذكر أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة .

²⁷⁰ - قال الله تعالى " إن الله لا يحب المفسدين"، سورة البقرة، الآية 205 .

²⁷¹-أنظر، الهادي السعيد عرفة، إساءة إستعمال حق الطلاق، دراسة فقهية مقارنة لحق الطلاق و الضوابط الشرعية لإستعماله وأحكام إساءة إستعماله وآثارها، مطبعة الأمانة، القاهرة 1989، ص 15 .

²⁷² - سورة النساء، الآية 34 .

²⁷³-أنظر، أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الفكر، لبنان 2002، ج 1، ص 446 .

والراجح هو ما ذهب إليه القائلون بأن الأصل في الطلاق المنع والحظر إلا للحاجة أو ضرورة أو سبب يدعو إليه، لأن الطلاق بغير سبب هو كفر بالنعم. كما أن الشريعة الإسلامية أحاطت عقد الزواج من بين غيره من العقود بالعديد من الشروط والقيود، وقد وصفه الله سبحانه وتعالى بأنه "ميثاق غليظ" ليس من السهل حله أو نقضه لأي سبب كان.

وكما أن الطلاق لغير سبب يدعو إليه لا شك أن فيه إضراراً بالزوجة، والرسول صلى الله عليه وسلم نهي عن ذلك في قوله "لا ضرر ولا ضرار"²⁷⁴. كما أنه يكون تجاوزاً للمعروف المأمور به في قوله تعالى "فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف"²⁷⁵. وفي قوله تعالى كذلك "فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف"²⁷⁶.

وذلك حتى لا يستهين بعض ضعاف الدين، وبعض ضعاف النفوس بأمر الطلاق، فيستعملونه لغير سبب أو لسبب تافه، مما يؤثر بغير شك سلباً على الأسرة والمجتمع ككل. وهذا ما تأباه الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى إقامة مجتمع قوي ومتماسك. ولذلك فإنه لا يجوز الإقدام على الطلاق إلا لسبب يقتضيه، والأسباب تختلف في قوتها وضعفها، ومن هنا اختلفت صفة الطلاق باختلاف البواعث عليه، وينبغي التفرقة في هذا المقام بين شرعية الطلاق وبين إيقاعه.

فالطلاق من حيث مشروعيته، فهو مشروع بمقتضى الأدلة التي تعرضت لها سابقاً من الكتاب والسنة والإجماع، ومن حيث إيقاع المكلف له يختلف حكمه تبعاً للحاجة أو للسبب الذي يقتضيه، فتارة يكون واجباً، وتارة يكون مندوباً، وتارة يكون حراماً، وتارة يكون مكروهاً وتارة يكون مباحاً وذلك على التفصيل الآتي:

²⁷⁴ رواه البخاري ومسلم وأبو داود، السنن، ج 5، الدار المصرية اللبنانية 1988، ص 376.

²⁷⁵ - سورة الطلاق، الآية 2.

²⁷⁶ - سورة البقرة، الآية 231.

الطلاق الواجب : يكون الطلاق واجبا في حالة العجز الجنسي المستحکم كالعنة ونحوها للإخلال بمقصود الزواج الذي هو إنجاب الولد، وإحصان الزوجة، ففي هذه الحالة تجب التفرقة²⁷⁷. وذلك مصداقا لقوله تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"²⁷⁸.

الطلاق المكروه وهو الطلاق لغير حاجة، لما فيه من إلحاق الضرر بالزوجة، وتفويت للمصلحة الحاصلة بالزواج من غير حاجة داعية إليه²⁷⁹.

الطلاق المباح : اذا دعت الحاجة إليه ففسدت العشرة بين الزوجين وأستحكم النفور، فيكون الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران والمتباغضان من قيد الزواج عند خشيتهما عدم إقامة حدود الله. بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وينقلب مضرة، وقيام هذه الحكمة شرط لإباحة الطلاق²⁸⁰.

الطلاق الحرام : يكون الطلاق حراما اذا طلق الزوج زوجته في الحيض أو طلقها في طهر واقعها فيه، وهو ما يعرف شرعا بطلاق البدعة -وهو نوع من إساءة إستعمال الزوج لحقه في الطلاق، وسأعرض لذلك تفصيلا في حينه²⁸¹. وكان هذا الطلاق حراما لأن الطلاق المشروع يجب أن يكون في العدة عملا بقوله تعالى "فطلقوهن لعدتهن". أي مستقبلات العدة وذلك لا يكون إلا إذا طلقها في طهر لم يمسه فيها، ومخالفة ذلك يكون مخالفة لواجب ومخالفة الواجب حرام²⁸². وهذا هو الطلاق البدعي الذي نهى الشارع عنه ودليل ذلك أن ابن عمر طلق إمرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال "مره فليراجعها أو ليطلقها طاهرا أو حاملا"²⁸³.

ولذلك لا ينبغي أن يفهم من كون الطلاق مشروعاً في الشريعة الإسلامية أن الحبل فيه متروك على الغارب، أو أنه خلو من القيود والأسباب، أو أن فيه إحتقار للمرأة وهضم لحقوقها، بل على العكس

277- أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 19 .

278 - سورة النساء، الآية 130 .

279- أنظر، أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 35 .

280- أنظر، السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 232 .

281- أنظر، ص 130 من هذه الرسالة .

282- أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 20 .

283- رواه الجماعة إلا البخاري، أنظر الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 221 .

من ذلك تماماً أقرت الشريعة الإسلامية الطلاق الذي كان موجوداً في العهود السابقة ونظمته وجعلت له قيوداً وقواعداً لا يصح إلا بها، وأنه وإن كان حلالاً، إلا أنه مبعوض عند الله تعالى لما فيه من تشتيت للأسرة.

وعليه فإن إرادة الزوج ليست دائماً حرة في إيقاع الطلاق، بل تقع عليه قيود وضوابط وهذا ما سأتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الثاني

القيود الواردة على الحق في إيقاع الطلاق

لكل نظام روح تسوده، إما أن تتصف بالشدّة والقسوة وإما اللين والتساهل، فمثلاً نظام الزواج سهل الشارع أمره، حيث إعتبر الأصل فيه رضا الزوجين، ويكون صحيحاً إذا ماتم أمام شاهدين، دون قيود وعقبات.

أما الطلاق فليس سهلاً بهذا القدر، إذ اشترطت له الشريعة الإسلامية شروطاً، ووضعت له القوانين الوضعية قيوداً، وذلك للتضييق منه لماله من عواقب على الأسرة والمجتمع ككل. ولذلك فقد حرص الشارع على وضع العقبات أمام المطلق للتروي والتفكير، بحيث لا يقدم المرء على إنفصال الحياة الزوجية التي قدسها الله سبحانه وتعالى إلا لحاجة تدعو إليها الضرورة. ولهذا استحسّن القرآن الكريم إلحاح الرسول صلى الله عليه وسلم على زيد بأن يمسك عليه زوجته بالرغم من إستمرار الشقاق بينهما في سورة الأحزاب " وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك زوجك وأتق الله "284.

وبهذا فقد فاعتبر القرآن الكريم الإمتناع عن الطلاق نوع من البر والتقوى. ومن جهة أخرى نفر القرآن الكريم من الطلاق في قوله تعالى "فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا"²⁸⁵.

فالشريعة الإسلامية لم تبح الطلاق في أي وقت، ولم تمنعه كذلك، بل هي وسط بين الإثنين. وقد نشأ عن الخلاف في أصل الطلاق هل هو الحضر أم الإباحة، كما سبق بيانه في المطلب الأول، إختلاف في التشريعات الوضعية العربية وكذلك في الإجتهد القضائي كمحاولات منها لتقييد الطلاق .

فإذا كان الأصل في الطلاق الإباحة، والرجل طالما ملكه الشارع حق الطلاق بالإرادة المنفردة، فهو حر التصرف، ولا تجوز الرقابة عليه فيما يفعل، وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما إستعمل حقا منحه إياه الشرع والقانون، وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فهذا الحضر ديني لا يخضع لسلطة القضاء. فمن طلق زوجته فهو آثم ديانة لقوله صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال الى الله الطلاق"²⁸⁶. أما قضاء فلا يجوز تحميله بأي نوع من المسؤولية.

ولكن الطلاق ليس حقا مطلقا كما رجح الفقهاء، لأن الأصل فيه الحضر فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته أي بحكمة تشريعه، وما لأجله شرع، ولا فرق في هذا سواء أكان هذا القيد الذي يقع عليه قيدا دينيا أو تشريعا أو قضائيا، ولذلك أفصل الحديث عن هذه القيود في فرعين، أتناول في الفرع الأول القيود الدينية، وأتناول في الفرع الثاني القيود التشريعية والقضائية .

الفرع الأول

القيود ذات المصدر الديني.

285 - سورة النساء، الآية 19 .

286 - أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عمر، وأخرجه الحاكم عن ابن عمر أيضا بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق". أنظر، أبو داود، المرجع السابق، ص 309.

حثت الشريعة الإسلامية كلا من الزوجين الى التفكير والتروي قبل الإقدام على الطلاق، وكان من الحكمة أن يملك أمرالطلاق الرجل، حتى يحكم العقل و المنطق، تحقيقا للإستقرار وتوفيرا لأسباب الراحة الزوجية²⁸⁷. ولقد حاول بعض المستشرقين ورجال القانون ممن ولعوا بالثقافة الغربية النيل من نظام الأسرة الإسلامي، مدعين بأن الإسلام يشجع الطلاق وهذا ظلما للمرأة، وتشريدا للأطفال، وهما لدعائم الأسرة²⁸⁸.

والحقيقة أن هؤلاء بعيدين كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية، فكما منح الشارع للرجل حق إيقاع الطلاق فقد جعله أيضا في يد القاضي إذا كان بطلب من المرأة. بل على العكس من ذلك جعل على الرجل تبعات مالية في حالة إيقاعه الطلاق بإرادته المنفردة، ولم يوجب على المرأة شيئا إذا ما تحقق القاضي من أسباب التطليق.

فالمرأة بما فطرت عليه، وبما خلقها الله تعالى سريعة الغضب والتأثر، والإنفعال، تدفعها طبيعتها غالبا إلى الجري وراء عاطفتها، أما الغالب في الرجال فهو الأناة والتروي في عواقب الأمور، وقياس ما يكون من المنفعة والضرر بمقياس حكيم، فلهذا جعل الله تعالى الطلاق بيد الرجل والذي يستطيع أن يوقعه دون رضا الزوجة²⁸⁹.

ولكن يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تتقيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجود أن يكون إستعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من ألم فك الرابطة الزوجية.

وقد تحدث فقهاء الشريعة الإسلامية طويلا في ذلك في بحثهم فيما إصطلحوا على تسميته بطلاق السنة وطلاق البدعة، كما أطلوا في بيان ما يترتب على الخروج عن هذه القيود من نتائج وسأفصل الحديث عن هذه القيود كما يلي :

²⁸⁷ - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 215 .

²⁸⁸ - أنظر، سناء الخولي، الأسرة و الحياة العائلية، دار النهضة العربية، 1984، ص 259 .

²⁸⁹ - أنظر، محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1983، ص 244 .

أولاً: يجب أن يتقيد استعمال الزوج لحق الطلاق بوجوب مطابقته للحكمة التشريعية التي دعت إليه:

ويتمثل هذا القيد بأن يوقع الرجل الطلاق تحقيقاً لغاية مشروعة وهي الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وظهور البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى، بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وهو السكينة والإستقرار وينقلب مضرة²⁹⁰.

وحتى وإن كان الطلاق حقاً للزوج فيجب أن يكون إستعماله بمعروف أو بإحسان. والمعروف ضد المنكر، والإحسان ضد الإساءة، فإذا خالف المعروف في إستعماله لحق الطلاق يكون قد أتى منكراً، وإذا خالف الإحسان في إستعماله له يكون قد أساء إستعماله²⁹¹. وذلك مصداقاً لقوله تعالى "فأمسكوهن بمعروف أو سرهوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"²⁹².

كما أن عقد الزواج عقد أبدي فالقياس أن لا ينهيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة إلا لحاجة، فإذا قامت الحاجة فبها، وإلا فالقياس هو منع الطلاق²⁹³. لأن إستمرار الحياة الزوجية بين الزوجين حق لهما وواجب عليهما ماداماً يقيما حدود الله، أي شرعه وأحكامه المتعلقة بالحقوق الزوجية المتبادلة بين الزوجين من حسن العشرة ونحو ذلك.

ولكن قد تطرأ أحيانا على العلاقة الزوجية أمور تجعل الحياة الزوجية بين الزوجين مصدر شقاء وخصام وشقاق، ومن ذلك أن يتبين للمرء أنه قد أخطأ في إختيار شريكة حياته، فيجد فيها أخلاقاً وطباعاً تخالف أخلاقه وطباعه ولا يستطيع أن يتلائم معها. فإن خاف الزوج أن لا يقيم حدود الله مع زوجته تلك أباح له الشارع إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق، إلا أن إيقاع الطلاق بغير سبب شرعي حرام ومكروه²⁹⁴.

²⁹⁰ -أنظر، السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 232.

²⁹¹ -أنظر، الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 92.

²⁹² - سورة البقرة، الآية 231.

²⁹³ -أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 266.

²⁹⁴ -أنظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1968، ص 87-88.

وقد أمر الإسلام الزوجين أن يصبر كل منهما للآخر ما إستطاع إلى ذلك سبيلا في قوله تعالى "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا"²⁹⁵. ولكن إذا لم يجد العلاج وتعذر الشفاء فإستحالة إنقاذ الحياة الزوجية، وعودتها إلى مايجب أن تكون عليه، فنكون أمام ثلاثة حلول :

أ- بقاء الحياة الزوجية بهذه الحالة التي وصفت بعضها منها، وبالتالي تضرر كل من الزوجين.

ب- الانفصال الجسدي، حيث يعيش كل من الزوجين بعيدا عن الآخر، مع بقاءه مرتبطا بعقد الزواج، بحيث لا يستطيع أحدهما أن يتزوج، وهذا عند المسيحيين .

ج- الطلاق، وهو حل عقدة النكاح، وقد إختار الإسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها صلح، حيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح لأن وجوب الإستمرار فيه ظلم لكل من الزوجين، بل قد يكون وسيلة لإرتكاب ما حرم الله من أمور في سبيل التخلص من هذا الجحيم، وقد قال تعالى في ذلك "وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما"²⁹⁶.

ثانيا: قيد العدد و الوقت في الطلاق:

يقول الله سبحانه وتعالى " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا، إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما إفتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره"²⁹⁷.

يتضح من نص الآية الكريمة أن الله سبحانه وتعالى شرع أمد الطلاق وبين حده، وأن الطلاق المشروع ما وقع مرة بعد مرة، حتى يمكن الإستدراك بإرجاع المرأة الى عصمته كما يشهد لذلك سبب نزولها

298

²⁹⁵ - سورة النساء، الآية 19 .

²⁹⁶ - سورة البقرة، الآية 231 .

²⁹⁷ - سورة البقرة، الآيتين 229-230 .

²⁹⁸ - في رواية عن عروة بن زبير رضي الله عنهما قال : كان الرجل يطلق 'مرأته ثم يراجعها قبل أن تقضي عدتها ، فغضب رجل من الأنصار على امرأته ، فقال لا أقربك ولا تحلين مني ، قالت كيف ، قال أطلقك حتى إذا جاء أهلك راجعتك ، فشكت ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم ، فأنزل الله سبحانه وتعالى قوله " الطلاق مرتان ... " أنظر في ذلك ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن بتحقيق وتخريج د محمد إبراهيم الحفناوي ، دار الحديث ، الطبعة الثانية، 1996، ج 3 ، ص 129 .

ومع إتفاق العلماء على هذا المعنى، وعلى أن التفريق واجب ديانة إلا أنهم اختلفوا في وقوع الطلاق المتكرر لفظاً أو إشارة، كأن يقول لها طلقك ثلاثاً، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. أو يقول أنت طالق ويشير بأصابعه الثلاث.

وقد ذهب جمهور الفقهاء بوقوع هذا الطلاق ثلاثاً سواء إقترن بالثلاث أو تكرر اللفظ ثلاث مرات²⁹⁹. وذهب ابن تيمية ومن وافقه إلى أن الزوج يملك على زوجته ثلاث طلاقات، وأن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة³⁰⁰. في حين قال بعض الشيعة الإمامية لا يقع مطلقاً، لأنه بدعة والشريعة أجاز الطلاق متفرقاً غير مجتمع، فمن جمع فقد إبتدع، وطلاق البدعة لا يقع³⁰¹.

وقد إستدل أصحاب المذهب القائل بأن طلاق الثلاث بكلمة واحدة، كما ذكره المطلق، بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول. فمن الكتاب كان سندهم إطلاق الآيات القرآنية التي لم تفرق في إيقاع الطلاق بين أن يكون ثلاثاً متفرقاً أو مجموعة فوجب العمل بها على إطلاقها³⁰². ومن السنة ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : طلق رجل امرأته ثلاثاً، فتزوجها رجل ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل للأول؟ قال لا، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول³⁰³.

ووجه الدلالة منه أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل عن كيفية إيقاع الطلاق الثلاث أكان متفرقاً أو مجموعاً، ولو كان الحكم في الحالتين مختلفاً لسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الكيفية، أما وأنه لم يسأل فدل على عموم الحكم وفقاً للقاعدة الأصولية التي تقول "إن ترك الإستفصال في حكاية

²⁹⁹ أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، المرجع السابق، ج 6، ص 228.

³⁰⁰ -أنظر، ابن تيمية، الفتاوى الفقهية الكبرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1403هـ، المجلد الثالث، ص 17.

³⁰¹ -حكى ذلك عن بعض التابعين، وروي عن ابن علي وهشام ابن الحكم، وبه قال أهل الظاهر، وسائر من يقول أن الطلاق البدعي لا يقع، أنظر في ذلك محمد بن علي بن

محمد الشوكاني، المرجع السابق، ص 231.

³⁰² -أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 170.

³⁰³ -رواه البخاري ومسلم، أنظر، محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج 7، ص 43.

الحال مع قيام الإحتمال ينزل منزلة العموم في المقال³⁰⁴. كما أن المعقول يقتضي أن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح إزالته مجتمعا كسائر الأملاك، وبأن الطلاق يجوز تفريقه فيجوز جمعه³⁰⁵.

أما القائلين بأن طلاق الثلاث يقع واحدة فقد إستدلوا بقوله تعالى "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"، ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الطلاق المشروع الذي أراده الله سبحانه وتعالى وشرعه لا يكون بإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة بل مرتبة كما ورد في الآية مرة بعد مرة، لأن معنى قوله تعالى مرتان أي مرة بعد مرة، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وهذه الثالثة.

وأما من السنه فإستندوا على رواية لابن عباس قال: طلق ركانه بن عبد يزيد أخو بني المطلب إمرأته ثلاثا في مجلس واحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم "إنما تلك واحدة فأرتجعها"³⁰⁶. وفي هذا صريح الدلالة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم إعتبرالطلاق الثلاث طلقة واحدة .

أما الفئة الثالثة والقائلة بأن طلاق الثلاث لا يقع فدليلهم من الكتاب "فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" ووجه الإستدلال بها أنها اشترطت في وقوع الثالثة أن تكون في حال يصح من الزوج فيها الإمساك، لأن من حق له شيئين مخير أن يصح كل واحد منهما وإذا لم يصح الإمساك إلا بعد المراجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها كذلك. وإذا لزم في الثالثة، لزم في الثانية³⁰⁷. كما إستدلوا بالمعقول فقالوا أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد بدعي منهي عنه فلا يعتد به، و بالتالي لا يقع³⁰⁸.

أما بالنسبة لقيود الوقت الذي تضعه الشريعة الإسلامية على الطلاق حتى يكون صحيحا ومنتجا لآثاره، فإن الطلاق لا يقع في حيض أو في طهر حدث فيه وطء للزوجة محل الطلاق، وهذا هو الطلاق السني، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته في حال الحيض أو في طهر جامعها فيه، كان الطلاق طلاقا بدعيا، فماحكم هذا الطلاق؟ هل يقع؟ أم لا؟

³⁰⁴ -أنظر، الأسنوي، التمهيد في تخریج الفروع عن الأصول، ص 337؛ عن الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 170.

³⁰⁵ -أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ج 8، ص 240 - 243.

³⁰⁶ - أخرجه الإمام أحمد و أبو يعلى بسنده عن عكرمه مولى ابن عباس، أنظر الشوكاني، المرجع السابق، ج 7، ص 11 حيث عرض الروايات التي ورد بها الحديث.

³⁰⁷ -أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 169.

³⁰⁸ -أنظر، الشوكاني، المرجع السابق، ص 19-20.

ذهب الجمهور وعلى رأسهم الأئمة الأربعة إلى أن طلاق الزوج زوجته حال حيضها يقع ويحتسب على الزوج من عدد الطلقات التي يملكها على زوجته، ويؤخذ بأحكام هذا الطلاق من حيث الرجعة، والعدة والنفقة، إلى غير ذلك من أحكام الطلاق وآثاره المتعددة³⁰⁹. وإستدلوا على ذلك بآيات الطلاق الكثيرة والواردة في القرآن الكريم التي تكلمت عن إيقاع الطلاق مطلقاً، ولم تقيده بوقت دون وقت، أو بمطلقة دون مطلقة، فدل ذلك على وقوع الطلاق في عموم الأوقات والأحوال، مادام لم يوجد نص يقيد إطلاق هذه الآيات، فتبقى على إطلاقها، ومن ثم وجب القول بوقوع الطلاق سواء كان في حيض أو في طهر³¹⁰.

أما من السنة فإستدلوا برواية ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق إمرأته وهي حائض، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال "مره فليراجعها أو ليطلقها طاهراً أو حاملاً"³¹¹. في حين ذهب الشيعة والظاهرية وأيدهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن هذا الطلاق لا يقع، ولا يترتب عليه أثر من آثار الطلاق، ولا يعتد به أصلاً، لأنه طلاق منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد، فلا يكون هذا الطلاق صحيحاً³¹².

وقد إستدلوا على ذلك بقوله تعالى "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة"³¹³. ووجه الإستدلال بهذه الآية أن الطلاق للعدة هو الطلاق في الطهر الذي لم يحدث فيه وطء، والمطلق حال الحيض لم يطلق للعدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء فلا يعتد بطلاقه، لما قرر علماء الأصول أن الأمر بالشيء نهي عن ضده، وأن المنهي عنه لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضي الفساد، والفساد لا يثبت حكمه، وعلى هذا فالطلاق في الحيض لا يعتد به ولا يقع، وإن كان صاحبه آثماً عاصياً لمخالفته المشروع في إيقاع الطلاق³¹⁴.

³⁰⁹ - أنظر، ابن قدامة، المغني، ج 7، ص 237. الشوكاني، المرجع السابق، ص 7-8-9.

³¹⁰ - أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 136.

³¹¹ - رواه الجماعة إلا البخاري، أنظر الشوكاني، المرجع السابق، ص 74.

³¹² - أنظر، ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 10، ص 161-162.

³¹³ - سورة الطلاق، الآية 1.

³¹⁴ - أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 66.

أما من السنة فإستدلوا برواية سعيد بن منصور عن طريق عبد الله بن مالك عن ابن عمر أنه طلق إمرأته وهي حائض فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس ذلك بشئ" ³¹⁵ .

ثالثا: قيد الأهلية و الوعي و القصد

بالإضافة الى الوقت والعدد فقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط شرعية لإيقاع الطلاق تتمثل في صيغة الطلاق بالصرحة والوضوح، والقصد إلى إيقاع الطلاق، ويتفرع عن مسألة القصد حكم الهازل والسكران والمخطىء. إذ لا بد لكل تصرف من صيغة أو وعاء يظهر الإرادة الباطنه، ويدل عليها في خارج النفس.

وقد ذهب الجمهور إلى أن الطلاق يقع باللفظ الصريح المنجز غير المعلق، دون حاجة الى نية الطلاق، ولكن إن وجدت قرينة تصرف الطلاق عن معناه فلا يقع، وذلك كالتلفظ بالطلاق في حالة الإكراه ³¹⁶ .

ومن فقد العقل أصلا، أفترض فيه ذلك لصغر سنه فليست له أهلية الأداء البتة، ومن ثم فكل تصرفاته باطلة ومنها الطلاق. فتلفظ غير المميز بالطلاق يقع لغوا، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث، عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق" ³¹⁷ . ولكن هل لوليه أن يوقع عنه الطلاق؟

³¹⁵ - أنظر، الهادي سعيد عرفة ، المرجع السابق ، ص 146-147 .

³¹⁶ - أنظر، أحمد الغزالي ، المرجع السابق ، ص 81-82 .

³¹⁷ - أخرجه أبو داوود و الترميذي ، أنظر ابن قدامة ، المرجع السابق ، ص 110 .

يرى جمهور الفقهاء في ذلك أن الولي أبا كان أو غيره لا يطلق عن الأهلية³¹⁸، وحثهم في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق". ولا يأخذ السفية نفس هذا الحكم حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق السفية واقع، وذلك أنه مكلف مالك لمحل الطلاق فيقع طلاقه كالرشيده، والحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه كالمفلس³¹⁹.

أما بالنسبة لمن ذهب وعيه وقت إيقاع الطلاق فقط كالسكران والغضبان فقد ذهب الجمهور إلى القول بوقوع طلاق السكران لعموم الأدلة الواردة في الطلاق، وم تخصص بعدم وقوع طلاق السكران، وذلك لأن السكران مكلف بدليل حده للسكر، إذ لو كان غير مكلف لما حد بما أتاه، ولا كان مؤاخدا به، وفي مؤاخذته دليل على تكليفه، فإذا ثبت أنه مكلف وجب أن يقع طلاقه كالصاحي³²⁰. في حين ذهب الجعفرية، وأهل الظاهر، وبعض الزيدية إلى أن طلاق السكران لا يقع لقوله تعالى "لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون"³²¹. ومن قال في شأنه الله تعالى أنه لا يدري مايقول، فلا يحل أن يلزم شيئاً من الأحكام، لا طلاق ولا غيره.

أما بالنسبة للغضبان الذي يصل به الغضب حدا لا يعلم معه ما يقول، فلا يقع طلاقه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا طلاق في إغلاق"³²².

أما بالنسبة لمن لم يكن له قصد في إيقاع الطلاق كالمكره والهازل فقد وضعت الشريعة الإسلامية قيوداً للطلاق في هاتين الحالتين، فيرى جمهور الفقهاء بأن المكره لا يقع طلاقه لقوله تعالى "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"³²³. فالشرك أعظم من الطلاق، وقد وضع الله الكفر عمن تلفظ به حال الإكراه، وأسقط عنه أحكام الكفر، فيسقط عن المكره مادون الكفر كالطلاق³²⁴.

³¹⁸—أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 66.

³¹⁹—أنظر، أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 96.

³²⁰—أنظر، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 114.

³²¹— سورة النساء، الآية 43.

³²² أخرجه الحاكم في المستدرک وأخرجه البيهقي والدارقطني، أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 9، الطبعة الأولى، دار السلام -

الرياض - 1997، ص 470

³²³— سورة النحل الآية 106.

³²⁴—أنظر، أحمد الغزالي، المرجع السابق، ص 104.

في حين خالف الحنفية ذلك فقالوا بوقوع طلاقه، أما بالنسبة للهازل فقد أجمع الفقهاء على أن طلاقه واقع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق"³²⁵.

وعلى ذلك أيضا سار المشرع الجزائري وكذلك معظم التشريعات العربية التي جعلت لإستعمال حق الطلاق ضوابط وقيود، والتي كان للقضاء الفضل في وضع بعضها، وأتناول ذلك بالتفصيل في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

القيود التشريعية والقضائية التي تقع على حق الطلاق

ذكرت فيما سبق أن إستعمال الزوج لحق الطلاق ليس مطلقا، وإنما هو مقيد في إستعماله بالحدود والقواعد والآداب الشرعية، بأدلة من السنة والكتاب، وإلا كان متجاوزا ومتعديا لحدود الله، ومسيئا في إستعمال حقه الذي خوله له الشارع، وبالإضافة إلى ذلك تضع التشريعات العربية الحديثة وكذلك تطبيقات المحاكم قيودا أخرى لإستعمال حق الطلاق والتي أفصل الحديث عنها وفقا لما يلي:

أولا: عدم إستعمال حق الطلاق إلا بعد إستنفاد وسائل الإصلاح المشروعة .

إذ تنص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري، على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى". وقد كانت هذه المادة في السابق قبل تعديلها تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر". ومعنى ذلك أن القاضي، وفي أي دعوى طلاق

³²⁵ أخرجه الترمذي وأبو داود وابن ماجة، أنظر، إبن حزم، المرجع السابق، ص 582.

معروضة أمامه لا يستطيع الفصل فيها إلا بعد إستدعاء الأطراف إلى جلسة سرية لإجراء محاولات الصلح بينهما، فهل هذا الإجراء من النظام العام؟

فإذا قلنا بأنه من النظام العام فإن الحكم الصادر بالطلاق دون أن تسبقه محاولة الصلح يعتبر باطلا لمخالفته إجراء جوهريا، ويثيره القاضي من تلقاء نفسه، ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وإذا قلنا بأنه ليس من النظام العام يقع الحكم القاضي بالطلاق دون القيام بمحاولة الصلح صحيحا ومنتجا لآثاره. وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية نجد نص على أن الصلح جوازي في جميع المواد وهو وجوبي و إلزامي في المنازعات الإدارية. فقد نصت المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية³²⁶ على أنه "يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أي مادة كانت". فالقاضي هنا إما أن يلجأ إلى محاولة الصلح بين طرفي النزاع أولا، ولا يوجد ما يلزمه إلى إتيان ذلك الإجراء، وقد يلجأ إليه عندما يتبين له تقارب طلبات أو دفعو الطرفين.

أما بخصوص محاولة الصلح المنصوص عليها في قانون الأسرة فهي إلزامية للقاضي، وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل نص على عدم إثبات أو إقامة الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح. ثم جاء بعد ذلك الأمر 02-05 ليجعل منها محاولات صلح، وليس محاولة واحدة، لكن بشرط أن لا تتجاوز مدتها 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، ولقد سبق للمحكمة العليا أن تعرضت لهذا القيد، ويمكن القول أن موقفها تحدد على مرحلتين :

أ - المرحلة الأولى : قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أوالتطليق أوالخلع، فالصلح كان جوازيا للقاضي بتطبيق نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية المعمول به سابقا، وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1968/10/16 بأنه "إن قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة فيما يخص مصالحة الزوجين"³²⁷. ومعنى ذلك أنه كان للقاضي الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك، ويتركه إن تعذر عليه الأمر، ولا يأخذ عليه إن هو تركه.

³²⁶ - تم إستحداث هذا الإجراء بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتمم.

³²⁷ - أنظر، م أ، غ أش، 1968/10/16، م أ ج، 1، ص 55، ن س، 1968، ص 121.

إلا أن هذا الموقف القضائي لم يكن مستقرا إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1970/10/16 بأنه "من المقرر شرعا وقضاء بأن يكون الطلاق مسبقا بمحاولة صلح"³²⁸. وفي قرار آخر لنفس المجلس بتاريخ 1970 /10/21 قضى بأنه "من المقرر فقها وقضاء أن يكون الطلاق مسبقا بمحاولة صلح"³²⁹.

ب - المرحلة الثانية: بعد صدور القانون 84-11 المؤرخ في 9/6/1984 المتضمن لقانون الأسرة، والذي جاءت المادة 49 منه صريحة في إعتبرها محاولة الصلح إجراء جوهريا بقولها "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ودون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة شهور". كما إعتبرت المحكمة العليا محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا، ومن النظام العام، ففي قرارها الصادر في 1989/12/25 بأنه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49-55-56 من قانون الأسرة، يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز إختصاصه. ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"³³⁰.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة بتاريخ 1991/6/18 بأنه "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومنى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"³³¹.

³²⁸ -أنظر، م أ، غ ق خ، 1970/10/16، ن ق، 1969، عدد 2، ص 44.

³²⁹ -أنظر، م أ، غ ق خ، 1970/10/21، ن ق، 1972، عدد 1، ص 65.

³³⁰ -أنظر، م ع، غ أش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م ق، 1991، عدد 3، ص 71.

³³¹ -أنظر، م ع، غ أش، 1991/6/18، ملف رقم، 75141، م ق، 1993، عدد 1، ص 65.

وبذلك يعتبر نص المادة 49 من قانون الأسرة نصا إجرائيا أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه. ويستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق³³².

ولكن يؤخذ على المشرع الجزائري هنا أنه أغفل ما يمكن أو يجب على القاضي أن يفعله بعد فشل محاولة الصلح أو بعد نجاحها. ولذلك كان هذا النص محل تعديل بعد صدور الأمر 05-02 المؤرخ في 2005 /2/27 فأصبح نص المادة 49 "لا يثبت الطلاق الا 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، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

ومن زاوية القانون المقارن، كان للمشرع السوري نفس الموقف، إذ ينص قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 88 منه على أنه "إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهرا أملا بالصلح، إذا أصر الزوج بعد إنقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالعة دعا القاضي الطرفين وإستمع إلى خلافهما وسعى إلى إزالته ودوام الحياة الزوجية، واستعان على ذلك بمن يراهم من أهل الزوجين وغيرهم ممن يقدرون على إزالة الخلاف، إذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة وأعتبر الطلاق نافذا من تاريخ إيقاعه".

ويظهر من خلال هذا النص أن المشرع السوري قد جعل محاولة الصلح التي يجربها القاضي قيدا على إستعمال حق الطلاق، ولكنه كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري إذ أنه بين المدة اللازمة لإجراء الصلح بين الطرفين، وأوضح الإجراء اللازم إتخاده عند فشل محاولة الصلح.

وجاء هذا القيد في القانون المصري أيضا، إذ أسند المشرع المصري في إطار تعزيز وتأكيده دور القاضي الإيجابي في مجال الأحوال الشخصية مهمة الصلح بين الخصوم بموجب القانون رقم 1 لسنة 2000

³³²-أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 324.

المتعلق بتنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية و الذي تنص المادة 18 منه على أنه "تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح -مع علمه بها- بغير عذر مقبول رافضا له".

وإن كان المشرع المصري في هذا النص لم يبين الإجراءات الواجب على المحكمة إتباعها في عرض الصلح، إلا أن مفاد هذا النص يلزم المحكمة بتحديد جلسة لعرض الصلح وإعلام الخصوم بها، ولكن لا يشترط آلية معينة لإعلام الخصم الغائب بجلسة عرض الصلح، فيكفي أن تقرر المحكمة في إحدى جلساتها أن الجلسة القادمة سيتم فيها عرض الصلح حتى يتحقق علم الخصوم بهذه الجلسة.

وقد قررت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 2002/2/9 بأنه "من المقرر قانونا أن يقوم القاضي بعرض الصلح في الجلسة المحددة للصلح في حضور الخصوم أنفسهم أو حضور ممثلي الخصوم أو أحدهم بناء على تفويض خاص بالصلح تطبيقا لأحكام المادة 72 مرافعات"³³³.

وإن لم يبين النص المرحلة التي يتعين على المحكمة فيها عرض الصلح، هل يكون في بداية جلسات المرافعة أم في وقت لاحق في أي مرحلة من مراحل الخصومة، إلا أنه من الأفضل حتى تتحقق الغاية من عرض الصلح أن يتم التبكير في عرض الصلح لمحاولة إنهاء النزاع صلحا دون الفصل في موضوعه³³⁴. وفي حالة نجاح مساعي المحكمة للصلح بين الأطراف يثبت القاضي ذلك في محضر الجلسة ويصادق على هذه المصالحة. ويعد هذا المحضر سندا تنفيذيا تطبيقا لأحكام المادة 280 فقرة 2 من قانون المرافعات³³⁵.

كما اعتبر المشرع المصري الخصم المتخلف عن جلسة الصلح رافضا له ولكن بشرط توفر أمرين، الأول هو عدم حضوره لجلسة الصلح رغم علمه بذلك، والثاني أن يكون تخلفه بدون عذر مقبول. وتوفر هذين الشرطين يعتبر عدم الحضور رفضا ضمنيا للصلح من طرف الخصم المتخلف.

³³³ -أنظر، محكمة النقض المصرية، طعن رقم 716، جلسة 2002/2/9؛ مقتبس عن أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، 2001، ص

1031.

³³⁴ -أنظر، سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 206.

³³⁵ - تنص المادة 280 فقرة 2 على أنه "و السندات التنفيذية هي ومحااضر الصلح التي تصدق عليها المحاكم"

وسواء حضر الخصمان ورفضاً كليهما أو أحدهما الصلح، أو تخلف أحدهما دون عذر مقبول مع توافر علمه بالجلسة، على المحكمة أن تثبت ذلك في محضر الجلسة وتصدق على هذه المصالحة، ثم تنتقل لنظر القضية تمهيداً لإصدار حكم فيها. وقد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1995/12/18 بأنه "إن تضمين الحكم أن محاولات للصلح قد بذلت ورفضها أي من الخصوم دون أن يكون لذلك أصل ثابت بمحاضر الجلسات يعيب الحكم بمخالفة القانون ويرتب البطلان"³³⁶.

وفي دعاوى الطلاق والتطليق أورد المشرع المصري حكماً خاصاً فلا يكفي عرض الصلح على الخصوم على النحو السابق بل يتعين أن تبذل المحكمة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد على ستين يوماً".

وبذلك فقد اعتبر المشرع المصري أن وجوب إجراء الصلح في دعاوى الطلاق يعتبر إجراءً جوهرياً، ولا يمكن للقاضي أن ينطق بحكم الطلاق إلا بعد إجراءه. كما اعتبره المشرع المصري ضرورياً كذلك في جميع الدعاوى الرامية إلى فك الرابطة الزوجية. ففي المادة 19 من نفس القانون ذهب إلى أنه "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القاضي ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله -قدر الإمكان- في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكماً عنه. وعلى الحكمين المثول أمام المحكمة في الجلسة التالية لتعيينهما ليقررا ما خلاصا إليه معاً، فإن اختلفا أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وللمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما، أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى".

ويظهر من ذلك أن المشرع المصري كان له موقف خاص بشأن الصلح في دعاوى التطليق التي ترفعها الزوجة لتطلب من القاضي فك الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها، ولا يكون ذلك إلا بناءً على

³³⁶ -أنظر، محكمة النقض المصرية، طعن رقم 264، س 63، أحوال شخصية، جلسة 1995/12/18؛ مقتبس عن عن أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقاً للقانون رقم 1 لسنة 2000، دار المطبوعات الجامعية، 2000، ص 127.

أسباب محددة في القانون سلفا. وفي مثل هذه الدعاوى فإن محاولة الصلح بين الطرفين لا يقوم بها القاضي وإنما يندب لذلك حكمن وفقا لنص المادة 19 سالفة الذكر³³⁷.

وقد خصص المشرع المصري المادة 20 من نفس القانون للصلح في دعاوى الخلع، والتي تنص على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعوها بطلبه وإفدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع الا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمن لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لإستمرار الحياة الزوجية وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض".

ويظهر من هذه النصوص أن قيام القاضي بعرض الصلح على الخصوم في الدعاوى الرامية إلى فك الرابطة الزوجية ليس أمرا إختياريا متروك للسلطة التقديرية للمحكمة وفق ما يتراءى لها من ظروف وملابسات الدعوى، وإنما أمرا وجوبيا على المحكمة، بحيث لا تفصل في النزاع قبل محاولة إنهائه صلحا وعجزها عن ذلك وإلا أعتبر الحكم مبنيا على إجراءات باطلة.

وتلتزم المحكمة بإجراء محاولة ثانية للصلح في حالة وجود الأبناء، وحتى لا تكون محاولتي الصلح سبيلا لتأخير الفصل في الدعوى تضمنت الفقرة الثانية من المادة 18 قيدا زمنيا. ويترتب على مخالفة المحكمة لهذا الإلتزام بطلان الحكم لأنه بني على إجراءات باطلة، وقد قررت محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 2003/2/22 أنه "يعتبر السعي للإصلاح اجراء جوهرى لصيق بالنظام العام، فإذا تبين من

³³⁷ أنظر، نبيل محمد عبد اللطيف، تعليق على القانون رقم 1 لسنة 2000، دار النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة 2000، ص 47.

الحكم أن المحكمة لم تعرض الصلح إلا مرة واحدة رغم وجود أبناء كان الحكم باطلا لخطأ في تطبيق القانون مما يستوجب نقضه³³⁸.

ومما لا شك أن إسناد مهمة الصلح بين الطرفين للقاضي يعد أحد مظاهر الوظيفة القضائية في التشريعات الحديثة، ويعول القانون في مباشرة القاضي مهمة الصلح بين الخصوم على هيئة القضاء وحسن نية الخصوم، إذ يخاطب القاضي إرادة الخصوم ويستحثها على إنهاء المنازعة صلحا، وتخويل القاضي مباشرة الصلح بين الخصوم يعد تأكيدا على الدور الإيجابي المسند إلى القاضي في خصومة الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعين على القاضي عدم الإكتفاء بمجرد طلب الصلح بين الخصوم أو القاء سؤال عابر عن مدى استعدادهم للصلح وإنما يجب عليه أن يحيط بأسباب الخلاف، وأن يبذل جهدا حقيقيا وكافيا لمحاولة إيجاد سبل إزالة هذه الأسباب³³⁹.

ثانيا : لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي

نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وذلك واضح في المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"³⁴⁰. ولذلك فإنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة.

ونصت المادة 57 المعدلة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى بأنه "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية". وينص المشرع في المادة

³³⁸ - أنظر، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 517، جلسة 2003/2/22؛ مقتبس عن يحي اسماعيل، إرشادات قضائية في منازعات التنفيذ الموضوعية ومسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاة الفصلية، ملحق السنة التاسعة والعشرون، نادي القضاة، ص 18.

³³⁹ - أنظر، سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005، ص 202.

³⁴⁰ - كان تسجيل أحكام الطلاق في السابق يتم وفقا لأحكام الأمر الصادر في 1970/2/9 ويسجل حكم الطلاق بعد ثلاثة أيام على هامش عقد الزواج، وكذا هامش الميلاد لكل من المطلقين. أنظر في ذلك المادة 59 من الأمر المؤرخ في 1970/2/9 و المادة 23 من المرسوم الصادر في 1959/9/17.

50 من نفس القانون على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وينص في المادة 51 من نفس القانون على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو يموت عنها بعد البناء".

من خلال هذه النصوص يمكن القول أن المشرع الجزائري فرق بين فرضين، الأول أن الطلاق الرجعي يثبت بدون حاجة إلى صدور حكم قضائي. أما الفرض الثاني فهو أن الطلاق البائن لا يثبت إلا بحكم قضائي، ويقصد به الطلاق البائن بينونة صغرى، بمعنى أنه لا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة³⁴¹.

فإن كان المشرع الجزائري ذهب إلى وضع قيود على طريقة إيقاع الطلاق حتى لا يبقى عبثاً، إلا إنه بموقفه هذا لو طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً وصدر حكم من المحكمة بإثبات الطلاق قبل إنقضاء العدة، فليس للزوج حق المراجعة إلا بعقد جديد وبموافقتها. وهذا ما يتناقض مع الوصف الشرعي للطلاق الرجعي، إذ أن المشرع يجعل بذلك كل طلاق هو طلاق بائن ولا يعتد على الإطلاق بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة، وهذا مخالف لمقتضيات الشريعة الإسلامية.

ومقارنة مع المشرع الجزائري فقد ذهب المشرع المصري في المادة 5 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 إلى أنه "على المطلق أن يوثق بإشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق. تعتبر الزوجة عاملة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة من إشهاد الطلاق إلى المطلقة، أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدرها قرار من وزير العدل. وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

³⁴¹ -أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، 2005، ص 222 .

وبذلك فقد بنى المشرع المصري موقفه من القاعدة التي قررها جمهور الفقهاء في ترتيب آثار الطلاق فور وقوعه، ومن رأي بعض الفقهاء الأحناف في حال إخفاء الزوج الطلاق الواقع منه على زوجته، فقرر أن لا تبدأ آثاره إلا من يوم علمها به زجرا له، ومعاملة له بنقيض قصده³⁴².

وبذلك يكون المشرع المصري قد ذهب في نفس إتجاه المشرع الجزائري في وضع قيد على إستعمال الزوج لحق الطلاق، حتى لا يكون فيه تعسف يضر بالزوجة ولكن بما يتماشى وقواعد الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للمشرع السوري فإنه قد مر بمرحلتين، خلال المرحلة الأولى لم يكن يحتاج تسجيل الطلاق لدى المحكمة الشرعية إلى أية إجراءات وإنما كان يكفي أن يتقدم الزوج بإستدعاء إلى المحكمة يطلب فيه سماع إقراره بالطلاق ويرفقه بخلاصة عن صك الزواج وإخراج قيد مدني للطرفين وسند إقامة للزوجة، فيسمع القاضي الإقرار ويأمر بتسجيله في سجلات المحكمة الشرعية وإبلاغ الزوجة. وترسل نسخة عنه الى سجلات الأحوال المدنية لتسجيله على صحيفة الزوج³⁴³.

أما بعد التعديل وبصدور القانون رقم 34 لسنة 1975 أصبح الطلاق وفقا لنص المادة 88 من هذا القانون يحتاج إلى إتباع الإجراءات التالية :

أ- يتقدم الزوج الى المحكمة بإستدعاء يظهر فيه رغبته بطلاق زوجته، ويرفقه بصورة عن صك الزواج وإخراج قيد الطرفين و يبين مكان إقامة زوجته.

ب- يؤجل القاضي المعاملة شهرا أملا بالمصالحة.

ج- بعد مضي الشهر إذا راجع الزوج المحكمة مصرا على طلب الطلاق قرر القاضي تبليغ الزوجة وعين لهما موعدا للحضور أمامه، أما إذا إنقضى الشهر ولم يحضر الزوج فتبقى المعاملة في الديوان إنتضارا لمراجعته مدة ثلاثة أشهر من تاريخ تقديمها، فإن لم يراجع قرر القاضي شطبها.

د- إذا لم تحضر الزوجة في الموعد المحدد بعد تبليغها وأصر الزوج على إيقاع الطلاق سمع القاضي إقراره به وأمر بتسجيله أصولا وإبلاغ الزوجة و ترسل نسخة عنه الى سجلات الأحوال المدنية لإجراء اللازم.

³⁴² - أنظر، أحمد نصر الجندي ، الطلاق و التطلق وآثارهما ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 470 .

³⁴³ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق ، ص 412 .

هـ . إذا حضرت الزوجة فوافقت على الطلاق بذل القاضي جهده للإصلاح، فإن تعذر ذلك سمع إقرار الزوج بالطلاق.

و- إذا حضرت الزوجة وعارضت بالطلاق بذل القاضي جهده بالإصلاح واستعان بحكمين للتعرف على أسباب الشقاق ومحاولة تقريب وجهات النظر، ويمكن أن يعقد لأجل ذلك عدة مجالس عائلية، فإن تعذر الإصلاح وأصر الزوج على الطلاق سمع القاضي إقراره به وأمر بتسجيله أصولاً.

هذه هي الإجراءات المعمول بها في سوريا بعد التعديل، وإن كان نص المادة 88 قد شابه بعض الغموض والقصور في الصياغة مما يوحي على أن الإمهال شهراً وبذل القاضي جهده للإصلاح والإستعانة بالحكمين يأتي بعد إيقاع الزوج للطلاق بدليل ما جاء في الفقرة 3 من هذه المادة. وذلك حين نص المشرع على أنه إذا لم تفلح هذه المساعي (أي مساعي الصلح) سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة. وإعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه مما يفيد أن وقوع الطلاق كان قبل إجراءات المصالحة والتحكيم أي قبل تقديم طلبه إلى المحكمة، وهذا أمر لا ينسجم مع القواعد الشرعية الثابتة في شأن الطلاق.

وذلك لأن الإصلاح بعد وقوع الطلاق إما أن يتم قبل إنتهاء العدة أو بعدها. فإن تم قبل إنتهاء العدة فيحتاج الأمر إلى مراجعة المطلق لزوجته وتسجيل طلاقه على المطلق. وإن تم بعد إنتهاء العدة فهو زواج جديد يحتاج إلى عقد جديد ومهر جديد، وتسجيل للطلاق وللزواج الجديد. لأنها بإنتهاء عدتها تكون قد بانت منه. مع أنه هناك حالات تنتهي فيها العدة خلال أيام معدودات لا يستطيع خلالها القاضي أن يتدخل للإصلاح إذا كانت الزوجة المطلقة حاملاً ووضعت حملها في فترة وجيزة من تسجيل الزوج لمعاملة الطلاق.

فإذا كان التشريع والقضاء يضع هاته القيود على إستعمال الزوج لحقه في الطلاق ليس لأجل منعه من ممارسة حقه، وإنما تفادياً ومنعاً للإضرار بالطرف الآخر، ولكن ما حكم الطلاق الذي يقع مخالفاً لهذه القيود؟ وماهي الآثار التي يترتبها؟

المبحث الثاني صور الطلاق الموجب للتعويض

قد يردد بعض الناس كلمات دخيلة على المجتمع الإسلامي وهي أن الطلاق مشكلة إجتماعية في حاجة إلى الحل، ويحاولون بشتى الطرق أن يثيروا الغبار عن تشريع الطلاق في الإسلام فيصرون الطلاق على أنه امتهان لكرامة المرأة، وتصور بعض وسائل الإعلام المسألة على أنها حرب ضروس بين الرجال والنساء، وأنه على النساء أن يقاتلن بشراسة لإنتزاع حقوقهن من بين أنياب الرجل، وكأن الأمر معركة حربية شرسة بين جنس الرجال وبين جنس النساء اللذين خلقهما الله تعالى من نفس واحدة، وشرع لهما من الأحكام ما فيه صلاحهما، وجعل كلا منهما مكملًا للآخر لا يستطيع أن يعيش من دونه.

ومن أصدق من الله حديثًا إذ يقول "يا أيها الناس إتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام، إن الله كان عليكم رقيبا"³⁴⁴، وإذ يقول تعالى كذلك "هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها"³⁴⁵، ويقول أيضا "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³⁴⁶.

هذا هو المجتمع الإنساني، مجتمع قوامه الذكر والأنثى، الرجل والمرأة كلاهما مكمل للآخر، وقد تكفل المولى سبحانه وتعالى منذ بداية الخليفة بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة عن طريق الزواج بصريح القرآن "وخلق منها زوجها"، "وجعل منها زوجها"، "خلق لكم من أنفسكم أزواجا". غير أن عقد الزواج الذي يربط الرجل بالمرأة وإن كان ميثاقا غليظا إلا أنه لا يمكن أن يكون عقدا أبديا - وإن كان يفترض فيه

344 - سورة النساء، الآية 1 .

345 - سورة الأعراف، الآية 189 .

346 - سورة الروم، الآية 21 .

ذلك- لأنه يربط بين جنسين مختلفين، وشخصين متغايرين في التركيبة والطباع، قد يقع التوافق بينهما، وقد لا يقع التوافق والإنسجام، فيكون الانفصال حلاً لما يقع بينهما من مشاكل .

وإن كان الأصل في الطلاق الحضر لقوله صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"³⁴⁷. فإن الله تعالى حينما شرع الطلاق، جعله حلاً جذرياً للمشاكل الزوجية التي استعصت على العلاج ولم تفد معها وسائل الإصلاح التي وضعها الله تعالى قبل اللجوء إلى الطلاق ووضع له قيوداً وظوابطاً، ورتب عليه إلتزاماتاً وحقوقاً تجعله محققاً لمصلحة كل من الزوجين مصداقاً لقوله تعالى " وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيماً"³⁴⁸.

فالطلاق قد يقع من الرجل، أو يوقعه القاضي بطلب من المرأة في الخلع والتطليق، وإن كانت نتيجته واحدة وهي فك الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة، إلا أن القصد منه يختلف من وضع إلى آخر. وهنا يبرز التعسف في استعمال الحق الذي يقاس بالغاية من استعمال صاحب الحق لحقه، فإذا جانب غاية الحق عند استعماله كان متعسفاً. وهذا التعسف في استعمال حق الطلاق قد يتخذ عدة صور، حصرتها في إثنين، هما طلاق المريض مرض الموت، والطلاق من غير مبرر مشروع، مع محاولة تبيان معيار التعسف في كل حالة (المطلب الأول). وقد يقع الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين مما ينبغي تبيان حالات النشوزكسبب موجب للتعويض، وسلطة القاضي من خلالها في الحكم بالتعويض(المطلب الثاني)

المطلب الأول

الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة

ذكرت في المبحث السابق الضوابط الشرعية لإيقاع حق الطلاق من الزوج، وأن الطلاق لا بد وأن يبرأ عن أي قصد للإضرار بالزوجة بأي وجه من وجوه الإضرار بها. فإذا طلق الرجل زوجته وهو

³⁴⁷ -أخرجه أبو داوود و ابن ماجة عن ابن عمر، وأخرجه الحاكم عن ابن عمر أيضا بلفظ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"، أنظر

أبو داوود ، المرجع السابق، ص 309 .

³⁴⁸ - سورة النساء، الآية 130 .

صحيح، في طهر لم يمسه فيها، طلقة واحدة رجعية، وأشهد على ذلك كان طلاقه مشروعاً وطلاق سنة، مادام قد إستعمله لحاجة إليه، فطلاقه يقع، وتترتب عليه آثاره من وقت إيقاعه.

أما إذا كانت غاية الزوج من طلاق زوجته هو حرمانها من ميراثه في حالة ما صدر الطلاق في وقت المرض، فهذه أبرز صورة لقصد الإضرار بالزوجة عند إستعمال حق الطلاق في مرض الموت. ومرض الموت هو عارض يصيب الإنسان فيؤثر على قواه البدنية وحتى العقلية ويترتب عليه شرعاً تغير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته، لأنه قد يتصرف وهو مريض تصرفاً يقصد به اضراراً بدائناً أو هروباً وفراراً من وارث.

فتقتضي إذن مصلحة من تنصرف إليه آثار هذا التصرف أن تختلف تصرفات المريض مرض الموت عن أحكام تصرفات الأصحاء، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"³⁴⁹.

والذي يعينني في هذا المقام من تصرفات المريض مرض الموت هو الطلاق، ولذلك سأقوم ببيان مرض الموت وموقف القضاء منه ثم الإنتقال إلى حكم الطلاق الواقع فيه وآثاره. ثم أتناول في المطلب الثاني الطلاق الذي يوقعه الزوج دون مبرر معقول أو بقصد الإضرار بزوجه وهو الطلاق التعسفي.

الفرع الأول

طلاق المريض مرض الموت فقها وقضاء وأحكامه .

مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً بمرض أو غيره ويعقبه الموت³⁵⁰. أو هو المرض الذي به الموت وكان من الأمراض التي يتغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد عن سنة، أو الذي يجعل الإنسان

³⁴⁹ - رواه البخاري ومسلم و أبو داود ، أنظر، أبو داود ، المرجع السابق ، ص 376 .

³⁵⁰ - أنظر ، أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 95 .

يعجز عن القيام بمصالحه خارج البيت، و يحول دون قيامه بواجباته³⁵¹. ومرض الموت يتحقق فيه أمران الأول أن يتصل به الموت فعلا، والثاني أن يكون المرض مخوفا، أي يغلب فيه الهلاك عادة.

وذلك أن الأمراض على أربعة أقسام، أولها مرض غير مخوف كوجع العين والضرس ونحوها، وحكم صاحبها حكم الصحيح. ثانيهما أمراض ممتدة كالجدام والفالج في إنتهائه والسل في إبتدائه وهذا النوع أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف، وإن لم يكن صاحبه في فراشه بل كان يذهب و يجيء، فعطاياها من جميع المال كالصحيح، وفي قول أن صاحب الأمراض الممتدة كالصحيح لأنه لا يخاف تعجيل الموت. ثالثهما من تحقق تعجيل موته فينظر فيه، فإن كان عقله قد إختل فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته، وإن كان ثابت العقل كمن اشتد مرضه ولم يتغير عقله فتصرفه صحيح وتبرعه من الثلث. رابعها مرض مخوف لا يتعجل موت صاحبه يقينا لكنه يخاف ذلك كله كالرعاف الدائم، وذات الجنب، والبرسام، ووجع الرئة والقلب وعطايا هذا الضرب صحيحة³⁵².

أولا : مفهوم مرض الموت فقها وقضاء

لم يأت المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له. فجاء في مجلة الأحكام العدلية أن مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة. صاحب فراش كان أو لم يكن، وإن إمتد مرضه دائما على حال ومضت عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات، فيعد حاله من وقت التغير الى الوفاة مرض موت³⁵³.

³⁵¹ - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

³⁵² - أنظر، الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 218.

³⁵³ - أنظر، المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية، عن أديب اسطانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، 1989، ص 437.

وقد أخذ قانون الموارث المصري رقم 77-1943 بذلك في المادة 11 منه ونص على أنه "تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات في ذلك المرض وهي في عدته". كما عرفه المشرع الأردني بأنه "المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن إمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح"³⁵⁴.

ورغم هذا الفراغ التشريعي حول مرض الموت، لم يقف القضاء الجزائري عاجزا عن ذلك، فقد إستقر اجتهاد المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/4/9 على أن "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي اثبات ذلك وقت التصرف"³⁵⁵. كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/6/15 الى ابطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء في قرارها "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية"³⁵⁶.

وعلى ذلك مايلي: أن المدعين في الطعن تقدموا بوثائق رسمية تفيد مرض مورثهم مرضا عضالا ومزمنًا واستشهدوا على ذلك بوثائق رسمية وصحيحة، ولكن المجلس لم يتطرق إليها ولم يناقشها بل ذهب الى القول بأن المادة 204 من قانون الأسرة يتعذر تطبيقها ولكن لم يبين كيفية هذا التعذر، ذلك أن المورث اذا كان مريضا وأجرى هذه الهبة بعد خروجه من المستشفى بأربعة أيام فقط. كما أن المورث لم يشف من مرضه هذا الذي أصيب به، بل أعقبته الوفاة مباشرة مما يجعله شرعا وقانونا مرض موت، ومادام مرض موت فإن التصرف فيه ولو كان هبة فإنه في نظر القانون يعتبر وصية، ومادام بحكم قانون الوصية، فإن الوصية لو ارث غير جائزة مما يجعل القرار مخالفا لعدة نصوص قانونية وقواعد إجرائية جوهرية تؤدي حقيقة الى نقضه وإلغائه.

³⁵⁴ -أنظر، المادة 543 من القانون المدني الأردني.

³⁵⁵ -أنظر، م، أ، غ أش، 1984/4/9، ملف رقم 33719، غير منشور؛ عن العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

³⁵⁶ -أنظر، م، ع، غ أش، 2005/6/15، ملف رقم 014813، نشرة القضاة عدد 59، ص 231.

ومن جانب القضاء المقارن ذهبت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1978/5/14 إلى أن "المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض الموت إلا إذا اشتدت وطأته، وهولا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة، إذ أن فيها ما يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض من أمور الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع"³⁵⁷.

كما تعرض القضاء السوري أيضا إلى مسألة مرض الموت فجاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1972/3/6 "إن مرض الموت يجب أن يغلب فيه خوف الموت فلا تكفي ملازمة الدار بالمرض أقل من سنة ، وإن كان المرض إمتد أكثر من سنة ولكن تغيرت الحال وتفاقت، وطراً الخوف في وقت ما، فتغير السنة من تاريخ تغير الحال " ³⁵⁸.

وفي قرار آخر ذهب نفس المحكمة إلى أن "تغير حال المريض واشتداد وطأة المرض عليه يستدعيان اعتبار حاله من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت ولو إمتد لأكثر من سنة، هذا وأن إستخلاص إشتداد وطأة المرض أو تغير حال المريض هو إستخلاص موضوعي مناط بقاضي الموضوع"³⁵⁹.

وعلى الرغم من ذلك فإن مريض الإيدز قد لا تظهر عليه الأعراض إلا بعد سنين قد تصل الى عدة سنوات يبقى خلالها قادرا على ممارسة أعماله المعتادة إلا أن مجرد علمه بإصابته بهذا المرض يؤثر تأثيرا شديدا في نفسيته، ليقينه، كما هو ثابت واقعا، من دنو أجله و أنه مائت لا محالة، فينصرف عن متابعة أعماله، أو يمارس بعضها دون اهتمام لإنشغال فكره بمصيره المحتوم، ولإستنفاد جزء من وقته في مراجعاته الطبية والمخبرية، ولإهتمامه الشديد بمتابعة أخبار المرض والمرضى من فصيلته، ولا يكفي أن يقعد المريض عن القيام بأعماله المعتادة، بل يجب أيضا أن يغلب فيه الهلاك فيكفي كثرة الخوف من الهلاك، لا غلبة الهلاك من المرض، لأنه ليس كل مرض، ينتهي إلى الموت غالبا، فعلى الرغم من أن الموت و الحياة بيد الله سبحانه وتعالى إلا أنه وفي حدود معرفة العقل البشري، فإن الرمد والرشح وغيرهما من الأمراض العادية

³⁵⁷ -أنظر، محكمة النقض المصرية ، جلسة 1978/5/14 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 29 ، ص 835 ، عن أنور العمروسي ، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ص 465.

³⁵⁸ -أنظر، محكمة النقض السورية، جلسة 1972/3/6 ، مجلة المحامون لعام 1972 ، عن مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية و السورية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1999 ، ص 1274 ..

³⁵⁹ -أنظر، محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية الأولى ، قضية رقم 407 ، 1974/5/17 ، مقتبس عن مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية و السورية ، ص 1275 .

لا يغلب فيها الموت، بخلاف أمراض سرطان الدم أو الدماغ، فهذه أمراض ينذر الشفاء منها، إن لم يكن متعذر كلية، وتعتبر هذه المسألة من الأمور الفنية التي يرجع الفصل فيها لأهل الإختصاص من الأطباء، وقد أجمعوا على أن مرض الإيدز لا يبقى على وتيرة واحدة بل هو في تزايد مستمر وحالة المريض تتطور الى أسوأ فإن مرور السنة على الإصابة به لا ينفي كونه مرض موت³⁶⁰.

ومع ما وصل اليه العلم الحديث فان رأي الطبيب هو الذي يميز بين الأمراض، وأيها يقبل الشفاء، وأيها أدى الى الموت، وتحديدما إذا كان سببا للوفاة أم لا .

ويلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه من كان صحيحا وفي حالة يتغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في برائته، وأودع السجن لتنفيذ العقوبة بالفعل، ومن كان أسيرا في دولة أجنبية عرف عنها قتل الأسرى، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج وتغلب فيها اليأس على الرجاء، فكل هذه الصور يعامل صاحبها معاملة المريض مرض الموت ويحكم على تصرفاته بحكمه³⁶¹.

ومن المعلوم أن مرض الموت هو حالة قانونية فيتغير فيها حكم التصرفات الضارة بالدائنين، وبالورثة، فيحتاط لهم³⁶². فإذا كان مرض الموت بمفهومه هذا فليس معنى ذلك أنه يتعلق بالتصرفات المالية فحسب والتي يحق لورثته طلب إبطال نفاذها، بل أن لطلاقه أحكام تختلف عن أحكام الصحيح، وتترتب عليه آثار غير تلك التي تترتب عن الطلاق في الأحوال العادية

ثانيا : أحكام طلاق المريض مرض الموت

ما يهم في هذا البحث هو طلاق المريض مرض الموت دون تصرفاته الأخرى، ذلك أن الطلاق في مرض الموت يختلف عن الطلاق الواقع في الأحوال العادية، ولذلك سأتناول أولا شروط طلاق المريض مرض الموت، وثانيا الآثار المترتبة عن هذا الطلاق .

³⁶⁰ - أنظر، محمد أحمد البديرات ، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقہ الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و

القانونية ، العدد 1، سنة 2006 ، ص 68 .

³⁶¹- أنظر، الهادي سعيد عرفة ، اساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة ، القاهرة ، 1989، ص 219 .

³⁶² - أنظر، واصل علاء الدين أحمد ابراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية و القانون ، معلق عليها بأحكام المحكمة الدستورية ومحكمة النقض ، دار الجمهورية للصحافة ، الطبعة الخامسة، 2003، ص 329.

أ- شروط إعتبار المريض مرض الموت فارا من إرث زوجته بطلاقه لها .

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا مادامت أهليته للتصرف موجودة فإنه لا حجر عليه في ذلك³⁶³. فإن كان الشخص مريضا وإستعمل حق الطلاق وهو مريض سواء كان هذا المرض مخوفا وهو ما يسمى بمرض الموت، أو كان مرضا عاديا، فإن طلاقه واقع لا خلاف بين الفقهاء في ذلك، ولكنهم إختلفوا في تورثها منه، وسبب الإختلاف بينهم هو إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع.

ولما لطلاق المريض من آثار تختلف عن طلاق الصحيح، فإنه لا يعتبر المريض قاصدا الفرار من ميراث زوجته، وهو الحياد عن غاية إستعمال الحق الذي يعتبر أساس قيام نظرية التعسف في إستعمال الحق إلا إذا تحقق في طلاقه لها شروط أوجزها فيما يلي :

1- أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء كان برضاها أو بغيره مادامت في العدة³⁶⁴. وإن كان المشرع الجزائري يعتبر أن الطلاق الواقع بين يدي القاضي في المحكمة طلاقا بائنا إذ لا يمكن مراجعة الزوجة بعد النطق به إلا بموجب عقد جديد، فعلى ضوء المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري فإن كل طلاق يصدر من الزوج وقت مرضه المخوف الذي يعقبه موته، فهو طلاق فرار من الميراث وهو طلاق تعسفي قصد به الزوج حرمانها من الميراث وذلك بقصد إضرارها.

2- أن يكون الزوج طائعا مختارا، غير مكره على هذا الطلاق، لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به، فلا يكون فارا³⁶⁵.

3- أن يكون الطلاق البائن دون رضا الزوجة، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق أو إفتدت نفسها منه بالمال، فرضاها بالفرقة ينفي مضنة فراره من ميراثها، كما لو أنها طلبت منه الطلاق مختارة

³⁶³ - أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 515 .

³⁶⁴ - أنظر، العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ج 2، ص 635 .

³⁶⁵ - أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 518 .

فأوقعه فلا ترث لأنها رضيت بإسقاط حقها³⁶⁶. وكذلك الحال إذا دفعت إليه مالا كي يطلقها، أو رفعت أمرها للقاضي تطلب التطليق.

4- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، لا تستحق ميراثا لعدم تحقق الفرار منه، لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق وذلك لقوله تعالى "يأيتها الذين آمنوا إذا نكحتكم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن، فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعهن وسرحوهن سراحا جميلا"³⁶⁷.

كما أن الميراث أثر من آثار الزواج، ولا يمكن بقاء شيء من آثار الزواج إلا في حالة وجود الزواج أو العدة، فإن كانت البينونة بعد الخلوة الصحيحة، فلا تستحق الزوجة الميراث أيضا لأن العدة وإن وجدت فهي للإحتياط محافظة على الأنساب، والميراث حق مالي لا يثبت للإحتياط³⁶⁸.

5- أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة³⁶⁹. فإذا لم تكن أهلا للميراث وقت إيقاع الطلاق بأن كانت كافرة وهو مسلم، فلا يثبت لها الميراث، لأن القصد غير المشروع لإستعمال حق الطلاق وهو حرمانها من الميراث غير متحقق، لكونها محرومة منه بإختلاف الدين، وكذلك لو خرجت عن أهليتها للميراث قبل موت الزوج بعد أن كانت أهلا له وقت الطلاق، بأن كانت مسلمة وقت الطلاق ثم إرتدت عن دين الإسلام، وبقيت مرتدة حتى مات زوجها³⁷⁰. فإذا أوقع المريض طلاقه بهذه الشروط فإن ذلك ينعكس على الآثار التي تترتب عليه، والتي لا تترتب عن الطلاق الذي يقع في الأوضاع العادية.

ب- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت .

إن طلاق المريض مرض الموت طلاق واقع، وأن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق. وقد سار القضاء الجزائري في هذا الإتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/3/17

³⁶⁶ -أنظر، حسن علي السمني، المرجع السابق، ص 376 .

³⁶⁷ - سورة الأحزاب، الآية 49 .

³⁶⁸ -أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ج 1، ص

381- 382 .

³⁶⁹ -أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 636 .

³⁷⁰ -أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ج 2، ص 80 .

بأنه "من المقرر شرعا وقانونا بأن مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون"³⁷¹.

يتضح إذن من خلال هذا الموقف القضائي أن الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع كما في الأحوال العادية، مهما كانت خطورة هذا المرض، ولا يمكن الطعن في صحة هذا الطلاق. فمرض الموت لا يمكن أن يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، ولهذا فطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعا وقانونا ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال الأخرى إلا في استحقاق المطلقة للميراث، لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث، حتى ولو وقعت الوفاة بعد إنقضاء العدة في نظر بعض الفقهاء، ذلك أنه وقع خلاف بين المذاهب الفقهية في وقت إستحقاق المطلقة في مرض الموت للميراث، هل بعد إنقضاء العدة؟ أو أثناء العدة؟ وأوجز هذه الأحكام، لأنه ليس مقام ذكرها في هذا البحث، إذ أنني بصدد الحديث عن صور التعسف في استعمال حق الطلاق.

ذهب المالكية إلى أن حق الزوجة في الميراث لا ينقطع ولو تزوجت قبل الموت، لأن القصد الآثم مردود على صاحبه وقد قصد حرمانها من الميراث، فيرد عليه قصده، وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها. وإذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فإن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة، لأنه هو الذي أسقط ما كان بيده. ولو ماتت فإن المرأة ترثه لأنه فار بطلاقه حينئذ من الإرث، سواء كان مدخولا بها أو غير مدخول إنقضت عدتها أولا³⁷².

في حين ذهب الحنفية إلى أن زوجة الفار مادامت في العدة فإنها ترث، حتى ولو كان طلاقها بائنا، خلاف الأصل، وقد جاء أنه إذا طلق المريض إمرأته ثلاثا أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه في القياس، ولكن في الإستحسان ترث منه لإتفاق الصحابة رضي الله عنهم، والقياس يترك بإجماع الصحابة³⁷³.

³⁷¹-أنظر، م، ع، غ، أش، 1998/3/17، ملف 179696، م ق 2001، عدد خاص، ص 98.

³⁷²-أنظر، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج 3، برواية سحنون ابن السعيد التنوخي، مطبعة السعادة، 1323هـ، ص 34-35.

³⁷³-أنظر، شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، المجلد الثالث، ج 5-6، ص 154.

وإختلف كل من الشافعية والحنابلة في أحكام طلاق المريض مرض الموت، فقال الحنابلة بأن الزوجة ترث مادامت في العدة واختلفوا فيها لو انتهت العدة، أو كان الطلاق قبل الدخول، فإنها لا ترث. وعند الإمام أحمد رحمه الله ترثه ما لم تتزوج³⁷⁴. فأحكام طلاق المريض مرض الموت تختلف عن غيرها من أحكام الطلاق، لاسيما فيما يخص الميراث، لذلك فإن للقاضي معايير يعتمدها ليحدد إن كان الطلاق الواقع في مرض الموت كان واقعا بنية حرمان المطلقة من الميراث.

ثالثا: معيار التعسف في استعمال المريض مرض الموت لحق الطلاق

شرح الطلاق في الشريعة الإسلامية إزالة للضرر ورفعاً للحرَج عند استحكام الشقاق بين الزوجين، وإنعدام أي حل آخر إلا الفرقة بينهما لقوله تعالى "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"³⁷⁵.

فالطلاق إذن حق مشروع كما سبق بيانه بالكتاب والسنة ولكنه لم يمنح للرجل ليتخذه وسيلة للإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث، فإن كان إستعماله لهذا الحق قصد الفرار من ميراثها، عومل بنقيض قصده ذلك دفعا للظلم.

ومرض الموت في حد ذاته قرينة على سوء نيته، وعن قصده الإضرار بالزوجة. فحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت أن طلاقها وقع في مرض الموت دون حاجة إلى تبيان التعسف من عدمه.

ولذا وجب أن تكون كل عناية القاضي الذي ينظر في أمر يتعلق بتصرف طعن فيه بصدوره في حال المرض، في البحث عن الأمارات والشواهد التي تدل على حال المريض النفسية، ليعلم أهى حال يأس من الحياة صدر التصرف تحت تأثيرها، أم هي حال إطمئنان وقرار نفس، ورجاء في الحياة، وأمل فيها قد إستغرق النفس وإستولى عليها، لأنه إذا جعل القاضي كل عنايته في تعرف ذلك فقد سار على سمة الفقه

³⁷⁴ - أنظر، ابن رشد المرجع السابق، ج 2، ص 137؛ ابن حزم الظاهري، المرجع السابق، ص 220-222-223؛ سيد سابق، المرجع السابق، ص 278-279.

³⁷⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

وروحه ولبه ومعناه في مرض الموت، إذ المناط في تقييد تصرفات المريض مرض الموت، هو الخشية من أن يكون قد تصرف فيما تصرف، لينال من حقوق الورثة أو الدائنين ما يقيدهم بعد الوفاة³⁷⁶.

ومن ثم فإن كان الطلاق حقا للرجل فليس معنى ذلك أن يستبد في استعمال هذا الحق دون مراعاة للغاية التي لأجلها وضع، وأتسائل هنا أي غاية يجنيها المريض في مرض الموت من طلاق زوجته لا سيما وأنه سيفارق الحياة؟ بل وأي ذنب إرتكبته الزوجة وزوجها مريض ميووس منه يدفعه إلى إيقاع الطلاق؟ لاهداف من استعمال حق الطلاق في هذه الأحوال سوى حرمان الزوجة من الميراث، أي إلحاق الضرر بها، وهذا هو التعسف بعينه.

ويرجع سبب إختلاف الأئمة في توريث المطلقة في مرض الموت إلى إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان مريضا يفترض فيه أنه طلق زوجته في مرضه ليقطع ميراثها، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع و لحظ وجوب الطلاق، لم يوجب لها ميراثا و ذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع، فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا أنه لا يرثها إن ماتت، وإن لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها³⁷⁷.

ويرى الدكتور فتحى الدريني أن "تطبيق مبدأ سد الذرائع هنا للحيلولة دون تنفيذ الباعث غير المشروع لدى المريض مرض الموت على تطليق زوجته، وهو قصد حرمانها من حقها في الإرث، يقضي بعدم وقوع التصرف الذي أتخذ وسيلة إلى ذلك، أي بعدم إيقاع الطلاق"³⁷⁸.

لكن التصرف واقع في هذه الحالة وإنما يخالف القصد في الأثر فقط. فالطلاق من الأوضاع الشرعية التي لا يمكن تغييرها، فإن أوقع الزوج الطلاق مريدا إياه، وقع مهما كانت الدوافع إليه ولو كان الدافع غير مشروع.

³⁷⁶ -أنظر، راشد محمد، مرض الموت دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008، ص9.

³⁷⁷ -أنظر، ابن رشد، المرجع السابق، ص 68-69.

³⁷⁸ -أنظر، فتحى الدريني، المرجع السابق، ص399.

وينصرف سد الذريعة لا إلى إبطال هذا التصرف، لأنه وقع فعلا، بل إلى الحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع، أو المصلحة غير المشروعة التي أراد الزوج المريض مرض الموت تحقيقها من خلال إستعماله لحقه في الطلاق وحرمانها من الميراث³⁷⁹.

وعندما ذهب المالكية إلى توريثها ولو لم يقصد المطلق حرمانها من الميراث فإنهم لا ينظرون إلى أوضاع فردية فحسب، بل إلى مظنة هذا القصد وهو مرض الموت، فقطعا لدابر الفساد في المجتمع، قال مالك بتوريثها في مرض الموت إكتفاء بهذه المظنة³⁸⁰.

وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور من تطبيقات لنظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي منعا للإضرار بالغير عند إستعمال الحق. فالتعسف محرم في الشريعة الإسلامية، ولهذا تقتضي هذه النظرية بجرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي، وبذلك تدفع الضرر قبل وقوعه وتصون الحقوق.

فطلاق الفرار يقصد به صاحبه هضم حق الزوجة في الميراث، عن طريق إستعمال حق الطلاق، وهذا يوجب أن يرد على المتعسف قصده ويعامل بنقيضه، إذ الطلاق لم يشرع لذلك³⁸¹. وهذا يعتبر بمثابة التعويض عن الطلاق للمطلقة في مثل هذه الحالة. على أن إضرار الزوج بزوجه عند الطلاق قد يقع وهو في كامل صحته وخارج إطار المرض، ولكن يرى القاضي أنه لم يقدم من الأسباب الكافية التي تدفعه إلى طلب فك الرابطة الزوجية، فكيف يقف القاضي على معايير التعسف في هذا الطلاق؟

الفرع الثاني

الطلاق من غير مبرر مشروع

379- أنظر، راشدي محمد، المرجع السابق، ص 11.

380- أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 319.

381- أنظر، فتحي الدين، المرجع السابق، ص 403-404.

أتاحت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري أن يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54. وفرضت المادة 49 من هذا القانون أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر إبتداء من تاريخ رفع الدعوى، ويتعين على القاضي في هذا الشأن تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الصبب والطرفين. كما أن أحكام الطلاق تسجل وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

إذن فقد أعطى المشرع الجزائري للزوج حق إيقاع الطلاق من جانبه وحده، وأعطى للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية بالتطليق الذي تطلبه من القاضي إذا توافرت الأسباب الواردة في نص المادة 53، أو بالخلع ولو دون موافقة الزوج وفقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 52 من ذات القانون أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. كما نص في المادة 53 مكرر أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. ونصت المادة 54 من ذات القانون على أن الخلع يتم دون موافقة الزوج وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وفي المادة 55 ينص المشرع على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

من ذلك يتبين أن المشرع الجزائري قد فسح المجال للقاضي للحكم بالتعويض في حالة تعسف الزوج في إستعمال حق الطلاق، وعند طلب الزوجة للتطليق أو الخلع، وفي حالة الطلاق للنشوز، وسوف أتعرض لكل حالة من هذه الحالات على حدى، وإلى وموقف بعض التشريعات العربية والقضاء منها. وهل يعتبر مقابل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية؟ وهل يمكن أن تكون المختلعة متعسفة في إستعمال حقها في الخلع؟

أولاً: الأسباب المؤدية الى الطلاق

شرح الطلاق لوضع حد أونهاية للرابطة الزوجية التي تربط بين الرجل والمرأة، ومن خلال تفحص الأسباب المؤدية اليه نجد منها ما هو إجتماعي(أولاً) ومنها ما هو طبيعي(ثانياً)، وسأتناول كل نوع على حدى .

أ- الأسباب الإجتماعية المؤدية الى الطلاق

هناك جملة من الأوضاع الإجتماعية التي تؤدي نتيجة تراكمها على الزوجين الى الوصول الى السداد وبالتالي اختيار الطلاق عن العيش في دوامة هذه المشاكل الإجتماعية والتي من بينها:

1-مشكل السكن :

يعتبر هذا المشكل من بين أهم الأسباب المؤدية الى الطلاق في الآونة الأخيرة، تشهد الجزائر حسب إحصائيات حديثة للديوان الوطني للإحصاء 150 ألف زوجة، 80% من هؤلاء الأزواج بدون مسكن خلال سنة 2007³⁸². فالزوجة كثيرا ما لا ترغب في البقاء مع أسرة الزوج، وتطلب أن يكون لها سكنا منفردا³⁸³. وقد استقر القضاء على إقرار هذا الحق للزوجة إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/11/4 بأنه "متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهلها، ولو لم تكن قد احتفضت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق وأن سكنت مع أقارب زوجها، ثم إشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، وعليه يتوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة بإستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهلها بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة"³⁸⁴.

ثم كرست المحكمة العليا ذلك لاحقا وإعتبرته بصراحة حق لها إذ جاء في قرارها الصادر في 1997/5/13 بأنه "من المقرر شرعا أنه يحق للزوجة أن تطلب سكا منفردا عن أهل الزوج وذلك لقول خليل

³⁸² - وقد وزعت الحكومة الجزائرية 34500 سكن إجتماعي تساهمي حسب حصيلة للصندوق الوطني للسكن، وفي نفس السنة خصصت الدولة غلافالا ماليا لنفس الغرض يقدر

ب155 مليار دينار أستهلكت في المساعدات المخصصة للسكن. أنظر بالتفصيل، Djazairnews.info

³⁸³ - أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 37-74

³⁸⁴ - أنظر، م أ، غ أش 1985/11/4، ملف رقم 13383، مق 1989، عدد 1 ص 101.

في مختصره في باب النفقة(ولها أن تمتنع أن تسكن مع أقاربه) ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما حكموا في قضية الحال بعدم إمكانية تلبية طلب الزوجة في الإنفراد بالسكن عن عائلة زوجها، والذي يعتبر بمثابة حق لها، فإنهم خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وعرضوا قرارهم للنقض³⁸⁵.

أما المشرع المصري فقد سكت عن حق الزوجة في السكن بعيدا عن أقارب زوجها، إلا أن الفقه ذهب إلى أن تحديد المسكن وإختياره متروك للزوج بحسب ما يراه ملائما تبعا لمقدرته. وذلك مرجعه إلى أنه بحكم رياسته للأسرة هو الذي يعرف المكان اللائق لها والذي فيه تستقر المعيشة الزوجية الواجبة. وحق الزوج هذا يتقيد بوجود أن محققا لهذا الغرض له ولزوجته معا، فإذا كان المسكن الذي إختاره بحالة لا تمكن الزوجة من إستيفاء حقوقها المشروعة من الزواج لا يكون مسكنا شرعيا ولا تلزم الزوجة بالقرار فيه³⁸⁶.

وقد إستقر القضاء في مصر على أنه "تعتبر الزوجة ناشزا إذا إمتنعت عن طاعة زوجها في المسكن الذي أعده لها إذا كان هذا المسكن مناسبا لحال الزوج المالية والإجتماعية، وبين جيران صالحين تأمين فيه على نفسها ومالها، وخاليا من سكنى الغير، وأن يشتمل على جميع المرافق المنزلية والأدوات الشرعية، وفقا لحال أمثال الزوج حسبما يجري به العرف"³⁸⁷.

كما ذهب القضاء المصري كذلك إلى أنه "للزوج أن يسكن ولده الصغير غير المميز مع زوجته ولو كان من غيرها، لأن المعاشرة لا تتعطل بوجوده"³⁸⁸. إلا أن القضاء المصري إختلف عن الجزائري فيما إذا سكنت الزوجة مع أهل زوجها في السابق ثم طالبت بعد ذلك بسكن منفرد، إذ ذهب القضاء المصري إلى أنه "إذا إرتضت الزوجة إقامة أحد من أهل زوجها معها في مسكن الزوجية، كان ذلك الرضا مسقطا لحقها في الإدعاء بإنتفاء شرعية المسكن لإنتقاص إستمتاعها بالمعاشرة الزوجية"³⁸⁹.

³⁸⁵ -أنظر، م ع ، غ أش ، 1997/5/13، ملف رقم 159732 ، م ق 1997، عدد2، ص 100.

³⁸⁶ -أنظر، السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، ص 170.

³⁸⁷ -أنظر، محكمة النقض المصرية، جلسة 1997/4/7، الطعن رقم 22 ؛ مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق ، ص 482.

³⁸⁸ -أنظر، محكمة أبوب الشرعية ، جلسة 1982/3/9، المحاماة الشرعية، السنة 17 ،العدد 10، ص 58؛ مقتبس عن أنور العمروسي ، المرجع السابق، ص 480.

³⁸⁹ -أنظر محكمة القاهرة الابتدائية، جلسة 1986/4/23، القضية 2735، مجموعة المكتب الفني، السنة 18، العدد 1، ص189؛ مقتبس عن عمرو عيسى الفقي، الموسوعة

الشاملة في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث ، 2005، ص 623.

في حين أن المشرع السوري كان أكثر صراحة من نظيره الجزائري والمصري، حيث نص في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيداؤهم لها". ويثبت من ذلك أن عدم إسكان الأقارب في المسكن الزوجي شرطه وجود الإيذاء، وإثبات ذلك يقع عبؤه على الزوجة، فإن لم تستطع إثبات الإيذاء فإن القاضي يحكم بشرعية المسكن مع وجود الأهل، أما وجود ولد الزوج الصغير غير المميز فإنه لا يقدر في شرعية المسكن وإن ثبت إيداؤه لها³⁹⁰.

وقد إستقر القضاء السوري على أن للزوج إسكان زوجته مع أهله إذا لم يثبت إيداؤهم لها بشرط أن يكون لها بيت مستقل (غرفة)، ولا يشترط في الإيذاء حتى يمنع شرعية المسكن أن يشكل جرماً معاقباً عليه في القانون، بل يكفي أن يكون منغصاً للحياة الزوجية، ونافياً للهناء والسلام في دار الزوجية، وأن كل ما يعد في العرف أذى لها من سب و شتم لها ولأهلها يمنع صلاح المسكن³⁹¹.

وبهذا فإن حق الإسكان المنفرد مكرس للزوجة حتى ولو لم تشترط ذلك في العقد أو تضررت من العيش مع أهله وفقاً للقضاء الجزائري، وللقضاء والتشريع السوري. فإن صممت على ذلك، ولم يتمكن الزوج من تحقيق رعبتها في العيش بعيداً عن أهله نظراً لأزمة السكن المنتشرة في الوقت الحالي، ولظروفه المادية المحدودة، فإنه كثيراً ما يختار حلاً يخرج من هذه الدوامة، وهو إيقاع الطلاق، ولكن ما مدى مشروعية هذا السبب الدافع إلى الطلاق؟

في الحقيقة حتى وإن كان الطلاق في مثل هذه الأوضاع حلاً للمشاكل الأسرية والاجتماعية، إلا أن مبرراته غير مشروعة، لأن إستعمال الرجل لحق الطلاق في هذه الحالة ليس لأجل وضع حد للنزاع والشقاق القائم بينه وبين زوجته، وإنما هو تهرب من تحقيق مطلب وحق شرعي للزوجة، وبالتالي فإنه يحقق مصلحة قليلة، وهي راحته النفسية ولو إلى حين، مقابل ضرر جسيم يلحق بزوجه وأسرته، وهو تشتيت

³⁹⁰ - أنظر، فهدشقة، المرجع السابق، ص 302.

³⁹¹ - أنظرالمهية العامة لمحكمة النقض بدمشق، قرار رقم 147، بتاريخ 1978/4/24، مجموعة القواعد الشرعية السورية، القاعدة 197-201-202، عن محمد فهد شقفة

، المرجع السابق، ص 302-303.

هذه الأسرة، وهذا تعسف في استعمال الحق يستنتج بالمقارنة بين المصالح التي يجنيها صاحب الحق من استعمال حقه والضرر اللاحق بالغير من جراء هذا الإستعمال.

2-مشكل تدخل الأقارب : كثيرا ما يتدخل الأهل من جانب الزوج أو الزوجة في الحياة الشخصية للزوجين، ويلاحظ بأن هذا التدخل قد يكون بحسن نية وبهدف المصلحة، إلا أن الطرف الآخر يرى العكس فتثور الخلافات ويبدأ كل فريق في محاولة التأثير على ابنه أو ابنته، ولا يشعر إلا حينما يصطدم أخيرا بواقع الطلاق.

ويلاحظ في بعض الحالات أن بعض الأزواج متحيزين لرأيهم، حتى أن بعضهم يطلق زوجاتهم نزولا عند رغبة أهله. وفي غالب الأحيان يكون هذا السبب مرتبط بالسبب السابق وهو أزمة السكن، وبالتالي إضطرار الزوجين إلى العيش مع الأهل، ومن ثم تدخل هؤلاء في الحياة الشخصية للزوجين بمرر أو بدون مبرر. كما يرجع ذلك أيضا لبعض التقاليد والأعراف التي مازالت تهيمن على معظم العائلات، فالأزواج غالبا ما يعانون من مشاكل لأنهم لم ينفصلوا حقيقة عن عائلاتهم، ولا يتعلق الأمر هنا بصعوبة إلزام النفس بحياة جديدة، بل كذلك بعدم إستعداد العائلة للتخلي عن علائق الحياة القديمة، فتجد نفسك لا تتعامل مع زوجة، بل مع شبكة إجتماعية كاملة³⁹².

فيجد الزوج نفسه في هذه الحالة أمام صراعات عائلية لا تنتهي، فلا يكون المخرج بالنسبة إليه إلا بالطلاق، فهل شرع الطلاق فعلا ليكون حلا في مثل هذه الأوضاع؟ فالطلاق حق للزوج، وكغيره من الحقوق وضع لتحقيق غاية معينة، وأيا كانت هذه الغاية فإنها ليست إرضاء أهل الزوج على حساب زوجة ستجد نفسها مطلقة مجردة من حقوقها، لا لسبب إلا لأن الزوج لم يتمكن من مواجهة صراعات أسرية مع أهله، وهذا هو التعسف بعينه.

ب- الأسباب الطبيعية المؤدية إلى الطلاق

هناك بعض الأسباب التي تكون دافعا إلى الطلاق، منها ماهو نفسي يتعلق بالتوافق والإنسجام بين الطرفين ومنها ما هو جسدي، يتعلق بعلة جسدية بأحد الأطراف .

³⁹² -أنظر، جابر ابراهيم، الطلاق في الواقع العربي، مجلة الجيل العصرية، فبراير 1991، ص 114 .

1-عدم التوافق و الإنسجام بين الزوجين : إن عدم الإنسجام بين الزوجين و انعدام التوافق الجنسي أو النفسي بينهما، وعدم فهم كل منهما الآخر، يؤثر على مواصلة الحياة الزوجية، ويجعلها عديمة القدرة على الإستمرار، وبالتالي فالطلاق لا مفر منه في مثل هذه الأوضاع.

فعادة ما يتزوج المرء من شخص خطأ إنطلاقاً من رغبة الوالدين، لكن قد يحدث أحيانا أن تتزوج فتاة من شاب رغما عن إرادة والديها فيتولد لديها شعور بالذنب، وإحساس بضرورة الرجوع الى كنف والديها، كما أن سوء الإختيار في الزواج و قيامه على أسس غير واضحة، كأن يقوم على دوافع الحب المثالي، أو المنفعة، أو التغير، أو التورط دون مراعاة الإتفاق النسبي في الميول أو الطباع، أو كفاءة كل من الزوجين للآخر، فيعد هذا أيضا من العوامل المؤدية للطلاق³⁹³.

ففيما يخص دوافع الحب المثالي فإن العديد من المتزوجين والشباب منهم خاصة يخلطون بين الحب الحقيقي والدافع الجنسي، خصوصا داخل المجتمعات التي لا تبيح علاقات جنسية خارج الزواج. وأمام هذه الغريزة، فإنه يقدم على الزواج دون مراعاة لمشاكل الحياة التي يصادفونها، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تمكنهم من تخطيها³⁹⁴.

وعادة ما تؤدي هذه الإضطرابات النفسية أثناء الحياة الزوجية إلى الزواج بإمرأة أخرى، وإن لم يكن يلجأ إلى الخمر والقمار وتعاطي المخدرات، وبالتالي إهماله لواجباته نحو زوجته وأسرته، ليجد نفسه في الأخير أمام الطلاق. وبذلك فقد يتحول الطلاق من ضرورة يلجأ إليها أحد الزوجين كحل أخير، إلى خيار سهل يتناسى فيه صاحب القرار ما يخلفه من أضرار وآثار سلبية على أسرته وعلى المجتمع .

ومهما يكن من أمر فما ذنب هذه الزوجة التي تفانت في خدمة زوجها ومراعاة بيتها وتربية أبنائها إلا أنها لم تتمكن من موافقة طباع زوجها النفسية والجنسية لأن أهله إختاروها له أول الأمر. فإذا وقع الطلاق في مثل هذه الأحوال ما دوافعه؟ هل لأنها خرجت عن طاعته أو أنها كانت ناشزا؟ أو أخلت

³⁹³-Cf. M. ANDREE ,Femme,sexisures et société, P.U.F, Paris, 1977, n° 193.

³⁹⁴-أنظر، سيد محمد بدوي ، علم الإجتماع ، دار المعارف ، مصر ، طبعة 4 ، 1976 ، ص 381 .

بواجباتها؟ لا شيء من هذا كله . ومهما يقدم الزوج من تبريرات إلا أنه يفتقد للبيئة، لاسيما وأن هذه الأمور تعتبر من خصوصيات الإنسان ومكوناته، وتبقى مطالبه حججا واهية و غير مؤسسة قانونا بل أن طلاقه غير مبرر أصلا.

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى في 1982/11/12 بأنه "من المقرر شرعا وقانونا إذا كان الطلاق غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"³⁹⁵. فالطلاق وإن كان حق للزوج إلا أنه يجب عليه تبرير إستعمال هذا الحق ولماذا أوقعه وما الأسباب الدافعة إليه وإلا أعتبر طلاقا تعسفيا.

وتنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". ولما للقاضي من سلطة واسعة فله أن يتبين إن كانت الأسباب النفسية الدافعة إلى الطلاق فعلا مبررة أم هي مجرد أوهام في نفس المطلق، ولا يد للمطلقة فيها.

وحتى إذا سكت الزوج المطلق عن ذكر تلك الأسباب أصلا أعتبر كذلك متعسفا يتحمل التعويض، وفي ذلك قضت المحكمة العليا بقرارها في 1999 /6/15 بأنه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون"³⁹⁶.

كما أن المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري قد إعتبرت الطلاق تعسفيا إذا وقع من غير سبب معقول وأن يصيب الزوجة من وراءه بؤس وفاقة. وذهبت محكمة النقض السورية في قرار لها

³⁹⁵-أنظر، م أ ، غ أش 1982/11/12 ، ملف رقم 28784 ، ن ق 1986 ، عدد2، ص32 .

³⁹⁶-أنظر، م ع ، غ أش ، 1999/6/15 ، ملف رقم 223019 ، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، ص 103 .

صادر في 1982/1/27 الى أنه "إذا تمت البيئونة بغير إرادة الزوج المنفردة فلا يعتبر متعسفا وبالتالي لا يلزم بتعويض عن الطلاق التعسفي"³⁹⁷.

وعليه فإنه وفقا للتشريع السوري فان الطلاق لا بد أن يكون لسبب معقول وأن تتضرر الزوجة منه ماديا، وعدم التوافق والإنسجام النفسي بين الزوج والزوجة يعتبر سببا معقولا للطلاق، ولكن تبقى المشكلة في إثبات ذلك أمام القضاء، وهذا ماذهب إليه القضاء السوري حين قضى بأنه "على المحكمة أن تسأل الزوج عن أسباب الطلاق، حتى إذا وجدته مشروعا كلفته بإثباته، أو تكلف الزوجة بإثبات البؤس والفاقة بسببه، وذلك قبل الحكم بتعويض الطلاق التعسفي"³⁹⁸.

أما من جانب القضاء المصري فقد ذهبت محكمة إستئناف القاهرة بجلستها المنعقدة في 1957/2/23 إلى أنه "إن القول بأن الشريعة الإسلامية تجيز الطلاق بمجرد رغبة الزوج في الخلاص من زوجته، وأنه لا يترتب عليه أية مسؤولية غير التي حولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة أو متعة، لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية، وهي التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة بحسب رأيه هو، لأنها مسألة نفسية يجب سترها، ولا يجوز أن تعرض على القضاء، هذا القول ليس صحيحا على إطلاقه في دين الله و لا سنة رسول الله، فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التمهل في الطلاق، وفيه أيضا مخلة بمقتضى الفطرة، و لما منّ الله به على عباده في الآية الكريمة "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³⁹⁹. فإن الزوجة إذا كانت معيبة في خلقها أو خلقها لا تسكن إليها النفس، ولا تكون مصدرا للمودة والرحمة، فإستمرار المعيشة معها يجعل العيش لا يطاق"⁴⁰⁰.

فيظهر من هذا الموقف القضائي أن للأسباب النفسية مبرراتها في إيقاع الطلاق، لأن الأصل في العلاقة الزوجية الإستقرار النفسي لكل من الزوجين والذي أساسه المودة والرحمة، وفي غياب ذلك يكون الطلاق الواقع مبررا وغير تعسفي.

³⁹⁷ -أنظر، محكمة النقض السورية ، 1982/1/27 ، قرار رقم 261 ، مجلة المحامون ، 1982، عدد1، ص 412 .

³⁹⁸ -أنظر، محكمة النقض السورية ، 1982/10/16 ، قرار رقم 62 ، مجلة المحامون ، 1983، عدد 2 ، ص 162 .

³⁹⁹ -سورة الروم، الآية 21.

⁴⁰⁰ -أنظر، محكمة إستئناف القاهرة، جلسة 1958/2/23 ؛ مقتبس عن أنور العمروسي ، ص 623 .

2-العقم :

عرف الدكتور عبد الرحمن الصابوني العقم على أنه "العجز عن الإنسال مع إستكمال المتعة الجنسية بين الزوجين، ولكن إذا لاحظنا أن غاية الزواج وهدف الزوجين هوأسمى من أن يكون متعة جنسية لا ثمرة لها، بل أن في جعل الزواج في هذه المنزلة نزولا عما وضعه الله فيه. فالزواج في الإسلام وسائر الشرائع عقد مقدس، ليكون نواة لأسرة طيبة، فإن تعذر تحقيق ذلك، كما لو كان أحد الزوجين عقيما، فإن أمل كل منهما قد تلاشى، حيث كان يرغب في أن يرى له بنين هم زينة الحياة الدنيا"⁴⁰¹.

ويعتبر العقم من الحالات التي يصاب بها الزوجان معا أو أحدهما، ولا تستقيم الحياة الزوجية في نظر البعض بدون أبناء، وأن مثل هذه الحالات سواء كانت مرضية أو طبيعية قد تؤدي إلى الطلاق، حتى مع إفتراض إمكانية الزواج من أخرى، فإن الزوجة الأولى قد لا ترضى بهذا الوضع وتطلب التطلق للضرر⁴⁰².

فكثيرة هي تلك الحالات التي يستمر فيها الزواج لفترة معينة دون إنجاب إلى أن يتبين أن الزوج أو الزوجة عاقر فيطلب الطلاق لأن الحياة الزوجية في نظره لا تستمر دون أبناء، وإن كان هذا من الأسباب الطبيعية التي لا يد لأحدهما فيه إلا أنها كثيرا ما تجر إلى الطلاق. فهل طلاق الرجل لزوجته لعدم إنجابها دافع مشروع لإيقاع الطلاق؟ وهل يعتبر متعسفا في هذه الحالة ويستوجب طلاقه التعويض؟ أم أن الدافع إلى الطلاق مشروع ولا تعويض للمطلقة في هذه الحالة؟

سكت المشرع الجزائري عن الإجابة عن ذلك وكذلك المشرعين المصري والسوري، مع أن بعض المواقف القضائية فصلت فيه، فذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها المؤرخ في 1992/12/22 إلى أنه "من المقرر فقها وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطلق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج كتكوين أسرة وتربية أبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية الإنجاب إستنادا إلى نتائج الخبرة التي خلصت إلى عقم الزوج فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية

⁴⁰¹ -أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 617 .

⁴⁰² -أنظر، لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص81 .

الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئياً في هذا الجانب لإعدام حالة التعسف⁴⁰³.

وبالتالي فإن القضاء الجزائري من خلال هذا القرار يعتبر أن عقم الزوج يعيق تحقيق أهداف الزواج وبالتالي فإن طلب الزوجة للتطليق مبرر، وقياساً على ذلك من حق الزوج أن يوقع الطلاق بسبب عقم الزوجة بناءً على نتائج خبرة طبية، وبالتالي يكون قد إستعمل حقه في حدود ما وضع له، ولا تعسف من جانبه في هذه الحالة.

وكان للقضاء السوري نفس الموقف، حيث ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 1966/10/5 إلى أنه "يعتبر عقم الزوجة سبباً مبرراً للطلاق ينفي عن الزوج قصد التعسف"⁴⁰⁴. فكان بذلك موقف القضاء السوري صريحاً في إعتبره عقم الزوجة وعدم قدرتها على الإنجاب سبباً كافياً لإيقاع الزوج الطلاق، ولا يعتبر في هذه الحالة متعسفاً في إستعمال حقه طالما أن العقم مبرر مشروع

إلا أن محكمة النقض السورية قد تراجعت لاحقاً عن موقفها هذا بأن قضت في قرار لها بتاريخ 1976/6/1 بأنه "العقم وحده لا يعتبر سبباً مشروعاً للطلاق"⁴⁰⁵. وفي قرار آخر قضت نفس المحكمة بأنه "لقد إستقر الإجتهد أن عقم الزوجة لا يبرر إيقاع الطلاق عليها، فيجعل الطلاق مشروعاً، بل قد يكون تعسفياً لأن الزوج يستطيع أن يتزوج زوجة ثانية في هذه الحالة"⁴⁰⁶.

3- عدم عذرية الزوجة :

قد يذهب الزوج في بعض الأحيان إلى إيقاع الطلاق لإكتشاف أن زوجته غير عذراء عند الدخول بها، فهل يعتبر ذلك تعسفاً من جانبه أم هو إستعمال مشروع لحق الطلاق؟

⁴⁰³ -أنظر، م ع ، غ أش 1992/12/22 ، ملف رقم 87301، م ق 1995 ، عدد2 ، ص 98 .

⁴⁰⁴ -أنظر، محكمة النقض السورية ، الغرفة الشرعية، 1966 /10/5، رقم 394 ؛ مقتبس عن عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج 2، منشورات جامعة دمشق، 1994 ، ص 58.

⁴⁰⁵ -أنظر، محكمة النقض السورية، 1976/ 6/1، قرار ، 195، مجلة المحامون ، سنة 1977 ، عدد2، ص 160 .

⁴⁰⁶ -أنظر، محكمة النقض السورية ، 1979/12/16 ، قرار ، 109، مجلة المحامون، سنة 1990 ، عدد3، ص 158.

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة، إلا أن المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/6/25 قضى بأنه "من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج قد إشتراط ذلك في عقد الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله، ويتوجب الرفض، ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها إلى إكتشاف أن زوجته كانت قبل الزفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسيا كما يزعم، فإن قضاة الإستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة إلتموا بتطبيق الأحكام الشرعية، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁴⁰⁷.

يظهر من خلال هذا القرار أن الزوج إذا لم يشترط العذرية عند العقد فلا يمكنه أن يطالب بهذا الشرط بعد الدخول بزوجه، لأن المباشرة الجنسية لها هي التي أدت إلى إكتشاف أنها غير عذراء، إذ لا توجد وسيلة أخرى للتحقق من ذلك، ومجرد الدخول بها ينفي كل دفع من جانبه. فطلاقه لها بعد البناء بإكتشاف عدم عذريتها غير مبرر قانونا، إذا لم يكن قد إحتفظ بهذا الشرط عند إبرام عقد الزواج، وبالتالي يكون طلاقه لها طلاقا تعسفيا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/5/23 إذ قضت بأنه "إن عدم إشتراط العذرية في العقد لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض، لأن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية"⁴⁰⁸. فإيقاع الطلاق من الزوج بعد الدخول بزوجه إذا أسسه على فقدان بكارتها يكون طلاقا تعسفيا يستوجب التعويض للمطلقة، لأن البكارة لا بد أن تكون شرطا حتى يتمسك بها الزوج بعد الدخول.

كما أن الزوج إذا لم يتمكن أن ينفي البناء والدخول بزوجه لا يستطيع أن يجعل من عدم عذريتها سببا مبررا للطلاق، وفي هذا قضت محكمة معسكر في حكم لها بتاريخ 2006/5/21 بتمكين المطلقة من مبلغ 120.000 مائة وعشرون ألف دينار، وهو مبلغ معتبر كتعويض عن الضرر اللاحق بها من الطلاق التعسفي. وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن "قصرمدة الزواج، وإصرار الزوج على الطلاق على أساس عدم عذرية زوجته رغم كل ما قدمته من حجج دامغة تنفي مزاعمه، وتمسكها بالرجوع طيلة مراحل

⁴⁰⁷-أنظر، م أ، غ أش، 1984/6/25، ملف رقم 53021، م ق 1989، عدد4، ص 86 .

⁴⁰⁸-أنظر، م ع، غ أش، 2000/5/23، ملف رقم 243417، م ق 2002، عدد1، ص 301 .

الدعوى، يجعل الزوج في موضع المتعسف، والزوجة متضررة ضررا بالغاً تستحق عنه تعويضاً إجمالياً واحداً مناسباً من مجمل ما طالبت به⁴⁰⁹.

وأما قانون الأحوال الشخصية السوري فلم يتعرض من جانبه لتلك المسألة، ولذلك تطبق القواعد الفقهية التي يراها القاضي أكثر موافقة للعرف. وقد نصت الأسباب الموجبة للقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 والمتضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "إن الشريعة الإسلامية باعتبارها هي المصدر الرئيسي للتشريع تبقى منبعاً لا ينضب، تصلح أساساً لتنظيم روابط الأسرة إذا ما أختير منها من أقوال الفقهاء ما هو أكثر موافقة للعرف ومطابقة للمصلحة الزمنية، وهي أسس إعمالها قانون الأحوال الشخصية النافذ حالياً في أسبابه الموجبة".

وقد إعتبر القضاء السوري أن الثبوة والبركارة لا تؤثر في عقد الزواج، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1978/10/15 " أن الثبوة والبركارة في الزوجة لا تؤثر في عقد نكاحها فساداً أو إبطالاً، فمن تزوج امرأة على أنها بكر فوجدتها ثيباً، صح العقد ولا فساد فيه"⁴¹⁰.

ثانياً: معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر مشروع

التعسف هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دونما تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق بالغير، أو لأن صاحبه قصد إستعماله الإضرار بالغير وفقاً لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

وقد جاء في نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري أنه "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وأتساءل هنا كيف يتمكن القاضي من تفحص أسباب الطلاق؟ وكيف يوازي بين إستعمال الزوج لحق الطلاق ونتائج هذا الإستعمال؟

⁴⁰⁹ - أنظر، محكمة معسكر، ق أش، 2006/5/21، رقم الفهرس 534، أنظر، ملحق رقم 3.

⁴¹⁰ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1978/10/15، مقتبس عن أديب إستانبولي، المرجع السابق، ص 78

أ- كيفية تفحص أسباب الطلاق قضائياً

للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور وتبين دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفعاتهما، ولكن خلافاً للإجراءات المتبعة أصلاً في المسائل المدنية فإنه في دعاوى شؤون الأسرة لا سيما دعاوى الطلاق فإن القاضي ملزم بإجراء جلسات صلح سرية لا يحضرها سوى طرفي الخصام (الزوج والزوجة)، و يعتبر هذا الإجراء جوهرياً بموجب نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر إبتداءً من تاريخ رفع الدعوى"

كما إستقر القضاء على ذلك قبل صدور قانون الأسرة، إذ قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1968/10/16 بأنه "قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة فيما يخص مصلحة الزوجين"⁴¹¹.

ولذلك فجلسات الصلح أو كما يسميها بعض رجال القانون المقابلة الشخصية ليست مجرد إجراء شكلي في دعوى الطلاق، بل هي إجراء جوهري لا بد للقاضي القيام به حتى ولو لم يطلب ذلك الأطراف. وقد نقضت المحكمة العليا وأبطلت الحكم الذي قضى بالطلاق دون مراعاة القاضي القيام بجلسة مصلحة بين الطرفين، وذلك في قرارها الصادر في 1991/6/18 إذ قررت بأنه "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁴¹².

ولهذا الإجراء هذه الأهمية بمكان لأنه في الحقيقة يتيح للقاضي بما له من سلطة تقديرية من تفحص موقف الزوج أو الزوجة بعيداً عما هو مدون في العرائض أو دفعاتهما، وذلك أنه يستطيع

⁴¹¹ - أنظر، م أ، غ أش ، 1968/10/16 ، ن س ، ص 55؛ مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال

أربعين سنة، 1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 213.

⁴¹² - أنظر، م ع ، غ أش ، 1991/6/18، ملف رقم 75141، م ق ، 1993، عدد 1، ص 65.

إستعراض أدق الأمور معهما والتي يمكن إعتبرها من الأمور الشخصية التي لا يكشف عنها الزوج أمام الملاء، ليتمكن القاضي من تحديد التعسف من عدمه.

ب- الأساس القانوني لقيام التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي

من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع الباعث إلى إستخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الإستعمال. وقد يستنتج القاضي ذلك عندما تنازل الزوجة عن موقفها وتتشبت بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتصلب⁴¹³.

وهذا ما ذهبت اليه بعض المحاكم في بلادنا، إذ قضت محكمة سعيدة في حكمها الصادر بتاريخ 2008/5/21 بأن الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا ويعطي للمطلقة الحق في التعويض. وقد جاء في حيثيات هذا الحكم أن المحكمة سعت إلى إصلاح ذات البين بين طرفي الدعوى إلا أنها فشلت بسبب إصرار الزوج على الطلاق، وحرر محضر عدم الصلح بجلسة 2008/4/30، حيث أن المدعي لم يقدم سببا جديا لحل عقدة النكاح مما يجعله متعسفا في ذلك، ومنه يكون طلب المدعى عليها للتعويض طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة طلبا مؤسسا يتعين الإستجابة إليه مع خفض المبلغ للحد المعقول⁴¹⁴.

وذهبت نفس المحكمة من خلال حكمها الصادر في 2009/7/1 إلى إعتبر الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا، وذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالهما المحكمة لإصلاح ذات البين، إلا أن محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له في ذلك مطالبة بالرجوع إلى البيت الزوجي، ما يجعل طلبها للتعويض مؤسس يتعين الإستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها⁴¹⁵.

⁴¹³ -أنظر، العربي بلحاج، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 237 .

⁴¹⁴ - محكمة سعيدة، ق ش أ ، 2008/5/21، رقم الفهرس 08/1983، أنظر، ملحق رقم 4.

⁴¹⁵ - محكمة سعيدة، ق ش أ ، 2009/7/1، رقم الفهرس 09/2321، أنظر، ملحق رقم 5.

وذلك أن الزوج لو كان يريد تأديبها فقد إتعضت، ورجعت عن موقفها، وتمسكت بالعودة إلى منزل الزوجية، في حين نجده هو يرفض إستمرار الحياة الزوجية رغم إدعائها له، وهذا ما يتناقض مع قوله تعالى "فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً"⁴¹⁶.

وبهذا يخرج الطلاق عن الحكمة التي إقتضت إباحته فيصبح ذلك تعسفا في إستعمال حق الطلاق الذي شرع علاجاً لما صعب علاجه بالطرق الأخرى⁴¹⁷.

ومن ثم يظهر التعسف من طبيعة إستعمال الحق في حد ذاته، فإن إستعمال الزوج حقه في الطلاق لوضع حد لمشاكل إجتماعية وأسرية صعب حلها بالطرق الودية، لاسيما إذا ما وافقت الزوجة على ذلك، كان هذا إستعمالاً للحق في إطار ما وضع له، ولا يؤاخذ الزوج في هذه الحال، وتلك هي الحكمة الإلاهية التي لإجلها شرع الطلاق.

فالتعسف إذن مستبعد في طلاق تثبت فيه مسؤولية كل من الزوج والزوجة، حتى ولو لم يكن طلاقاً بالتراضي لأنه جاء نتيجة تراكم المشاكل وأصبح الحل الوحيد بعد إستفحال الشقاق والنزاع بين الطرفين، إلا أن رفضهما للصلح الذي يسعى إليه القاضي في جلسة الصلح، يجعل كلا منهما مسؤولاً عن هذا الطلاق.

كما يستنتج القاضي التعسف كذلك من دوافع الزوج هل هي جدية أم غير جدية؟ وهل هي مبررة أو غير مبررة؟ فإذا لم يبرر الزوج طلبه للقاضي كان ذلك تعسفاً في إستعمال الحق ويتحمل وحده تبعه هذا الطلاق. وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها الصادر في 1982/11/12 بأنه "من المقرر شرعاً وقانوناً إذا كان الطلاق غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"⁴¹⁸.

416 - سورة النساء، الآية 34 .

417 - أنظر، فضيل سعد، المرجع السابق، ص336 .

418 - أنظر، م، أ، غ، ش، 1982/11/12، ملف رقم 28784، ن ق، عدد2، ص 32 .

ويستخلص من هذا القرار أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون أن يقدم أي تبرير لذلك، إما لعلمه بأنه غير قادر على تقديم حجج كافية عن دفوعاته، أو لأنه يرى بأن ذلك من الأمور الشخصية التي يجب أن يحتفظ بها لنفسه، فهنا يقضي القاضي بالطلاق على مسؤوليته وحده، ووجب عليه تعويض المطلقة في هذه الحالة .

أما إذا كان في الزوجة عيب يحول دون مواصلة الحياة الزوجية كعقمها مثلا، فقد ذهب القضاء الجزائري إلى أن الطلاق الواقع بسبب العقم لا يعتبر تعسفيا⁴¹⁹. ولكن يجب في هذه الحالة على الزوج تقديم الأدلة الكافية عن ذلك لاسيما إذا كانت من الأمور التي يمكن الفصل فيها من طرف أهل الخبرة كالأطباء مثلا. كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار أيضا تصميم الزوج على الطلاق رغم محاولة الصلح بينهما، وكذلك طول فترة الحياة الزوجية أو قصرها، وسن الزوجة، وإن كان هناك أطفال بينهما أولا. من خلال هذه المعايير يمكن للقاضي الموازنة بين الآثار المترتبة على الطلاق ودوافعه من قبل الزوج، ذلك أن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على أساسين، الأول أنها تعطي صاحب الحق ممارسة حقه ولا تمنعه منه، والثاني أنها تمنع الإضرار بممارسته لهذا الحق.

على أنه يجب أن لا يبقى الزوج دائما في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية، لأن هذه الأخيرة لا تنفك بإرادة الزوج في كل الأحوال، وقد يخضع ذلك للإرادة المنفردة للزوجة فقط، وحتى دون موافقة منه. فهل يمكن أن تلحق الزوجة ضررا بزوجها في مثل هذه الأحوال؟ وهل تلتزم بالتعويض؟

المطلب الثاني

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

سبق أن تعرضت إلى الطلاق، وعرفته بأنه حق للزوج يوقعه في أي وقت عند وجود ما يقتضيه. والسر في جعله بيد الرجل دون المرأة أن الرجل هو الملزم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق، بالإضافة إلى ما يمتاز به من عوامل طبيعية تتمثل في الآناة وقوة التحمل. وبناء على ذلك يستطيع الزوج أن

⁴¹⁹-أنظر، م ع ، غ أش ، 1992/12/22 ، ملف رقم 87301، م ق 1995 ، عدد2 ، ص 92 .

يفك الرباط الذي يربطه بالمرأة إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق. ولكن الشارع الحكيم لم يهمل جانب المرأة بل شرع لها طريقا للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها وإستقرارها، فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضا له لما دفعه إليها، حتى لا يضار هو الآخر. وهذا الإفتداء هو المسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء.

وهذا من رحمة الله بها لأن الزوجة قد تبغض زوجها ولا تجد في المقام معه ما كانت تنشده، وتشتد كراهيتها له بحيث تخشى ألا توفيه حقه، أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته، وهي لا تملك الطلاق، فأخرجها الشارع من هذا الحرج، وشرع لها الإفتداء للتخلص من رابطة الزوجية على وجه لا رجعة فيه للزوج إلا برضاها⁴²⁰.

إلا أنه لا يمكن أن يكون الزوج دائما في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية، على العكس من ذلك قد يكون هو المتضرر عند إستعمال الزوجة لحقها في الخلع لإنهاء الرابطة الزوجية. فهل يمكن أن تتعسف الزوجة في إستعمال الخلع؟ وهل يمكن أن يطالب الزوج بالتعويض عما يلحقه من ضرر عند طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع؟

الفرع الأول

التعريف الفقهي للخلع وشروطه العامة و الخاصة

قبل الخوض في مسؤولية الزوجة عند طلب الخلع، وما ينجم عن ذلك من أضرار موجبة للتعويض، لابد من التطرق أولا لمدلول مصطلح الخلع، ودليل مشروعيته، وشروط صحته.

أولا: تعريف الخلع وشروطه الخاصة

الخلع لغة من خَلَعَ، وهو النزع فيقال خلع ثوبه أو نعله، أي نزعه وجرده، وتُخلَع الوالي بضم الخاء أي نزع،⁴²¹ . ولما كان كل من الزوجين كاللباس للآخر كما ورد في قوله تعالى "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن"⁴²² فقد استعار الفقهاء لفظ الخُلْع لحل ما بينهما من الروابط التي جعلت أحدهما لباسا للآخر، فالخلع بضم الخاء مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكنه يستعمل في الحقيقة في إزالة الزوجية أو مجازياً باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس، وقد قال الفقهاء أن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية ، والخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية⁴²³ .

وقد منع القرآن الكريم الزوج من أن يأخذ شيئاً مما أتاه زوجته عند الطلاق، إلا في حالة خوف الزوجين أن لا يقيما حدود الله وذلك لقوله تعالى "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتما ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها"⁴²⁴ . فهذه الآية الكريمة منعت الزوج أن يأخذ شيئاً مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله، حيث رفع الجناح عنهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها، فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ⁴²⁵ .

ثم جاء في السنة تطبيقاً لذلك فيما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت يا رسول الله : إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت نعم، فقال رسول الله "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁴²⁶ . وقال الفقهاء أن هذا أول خلع حدث في الإسلام وإتفق العلماء على شرعيته، فيكون الخلع بذلك مشروعاً بالقرآن والسنة والإجماع، ولكن لا ينبغي أن يكون الخلع إلا لسبب يقتضي وقوعه، لما رواه أصحاب السنة عن ثوبان قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁴²⁷ .

421- أنظر، أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، المرجع السابق، ج 8، ص 76 .

422 - سورة البقرة، الآية 187 .

423 - أنظر، محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 532 .

424 - سورة البقرة، الآية 229 .

425 - أنظر، محمد مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 530 .

426 - رواه البخاري، أنظر، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، ج 9، دار الفكر، ص 395، حديث 5275.

427 - أنظر، أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988، ص 662، حديث 2055.

وكما بغض الإسلام الطلاق إلى الرجل بقوله صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁴²⁸، وحذر المرأة من الخلع بغير سبب، وفوق ذلك يرشد القرآن الأزواج إلى مواضع جهلهم بالعاقبة في قوله تعالى "وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا"⁴²⁹.

وذهب المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة إلى أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم".
ومن خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ذلك ضرر.

ثم نص المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة أن الإتفاق بين الزوجين يكون في شأن المقابل المادي للخلع فقط، وليس في شأن الخلع في حد ذاته. وإذا لم يتفقا يتدخل القاضي ليحكم بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل وقت صدور الحكم. فهل يمكن إعتبار المقابل المالي للخلع تعويضا؟ وإذا كان كذلك فلماذا يحدد القاضي قيمته في حالة عدم الإتفاق؟

ونلاحظ هنا أن المشرع سلب الزوج حق الموافقة على الخلع، وهذا ما قد يلحق به ضرر، ومن ناحية أخرى سلب حقه في التعويض، بأن حدد قيمته القصوى. فهل يتماشى ذلك حقا مع الشريعة الإسلامية؟ وما كان موقف التشريعات العربية منه؟ هل سارت على نفس الإتجاه؟ وهل تطبيقات القضاء تتماشى مع ما ذهب إليه الفقه والقانون؟

428 - أنظر، ابن ماجة، المرجع السابق، ج 1، ص 650، حديث 2017.

429 - سورة النساء، الآية 19.

للإجابة على هذه الأسئلة، يتضح من قراءة النصوص أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع، بل إكتفى فقط بالإشارة إلى أنه يتم ولو دون إرادة الزوج، وأن سلطة القاضي في شأنه تنحصر في الجانب المادي فقط، وذلك في المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة، وهو النص الوحيد الذي تعرض لمسألة الخلع

وشروط الخلع هي نفس شروط الطلاق، لأنه على كل حال طلاق بائن، فيشترط أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، كما سبق بيانه⁴³⁰، أي أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق بأن تكون زوجة شرعية حقيقة أو حكماً.

وبما أن الخلع طلاق على مال فإنه يشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة لكليهما، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما أيضاً، فإن كانت الزوجة التي خالعت زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني، لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك⁴³¹.

وأما المشرع السوري فهو أوضح من نظيره الجزائري، إذ تنص 95 من قانون الأحوال الشخصية السوري، على أنه "يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، والمرأة محلاً له، والمرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلزم ببديل الخلع، إلا بموافقة ولي المال، فيصح الخلع ممن يصح طلاقه، ويصح بدل الخلع ممن يصح تبرعه". ومن خلال هذا النص يمكن القول أن شروط الخلع في القانون السوري تتمثل في:

أ-المحل الصحيح: لصحة المخالعة يجب أن تكون المرأة محلاً للطلاق، أي تكون محلاً صحيحاً وصالحاً لإيقاع الطلاق، ولا تكون المرأة كذلك إلا إذا كانت متزوجة بعقد صحيح أو معتدة من طلاق رجعي في عقد صحيح. فإن خالعتها من نكاح فاسد أو باطل فلا يصح الخلع ولها أن تسترد ماأخذته منها⁴³².

430 - أنظر، 132 من هذه الرسالة.

431 - أنظر، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 265.

432 - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 447.

وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 296 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه "إذا خالغ الزوج إمرأته وأخذ منها بدلا بغير حق بأن كان النكاح فاسدا من أصله، لا يقبل الخلع ولها أن تسترد ما أخذته"، وذلك أن النكاح الفاسد ينتهي بالفسخ وليس بالطلاق أو الخلع لأن النكاح الفاسد لا يفيد ملك المتعة⁴³³.

ب-صيغة المخالعة : وهي الإيجاب والقبول، وهو اللفظ الدال على إرادة الطرفين⁴³⁴. ويشترط أن يكون بلفظ الخلع أو فيما معناه كالإبراء والإفتداء، كأن يقول لها خالعتك على كذا أو بارأتك على كذا أو فارقتك على كذا، أو إفتدي نفسك بكذا وتقول المرأة قبلت⁴³⁵.

ولا يشترط في الإيجاب أن يصدر من طرف معين، فقد يصدر من الزوج كما قد يصدر من الزوجة، فإن قال الزوج خالعتك على ألف فقالت قبلت كان الزوج موجبا والزوجة قابلة، وإن قالت الزوجة خالعتك على ألف فقالت قبلت كان كلامها إيجابا وكلامه قبولا. ويقع الخلع باللفظ الصريح الدال عليه وهو خالعتك كما يقع باللفظ المؤدي إلى معناه كالفدية والمبارأة والإبانة⁴³⁶.

ثانيا: البذل ومكانة التعويض منه

كل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون بدلا في الخلع⁴³⁷. وهو أهم شرط من شروط المخالعة، لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه⁴³⁸.

والأصل فيه أن يتفقا عليه الطرفان، أو أن يكون بإيجاب من أحدهما وقبول الآخر. ويذهب المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 54 من قانون الأسرة إلى أنه "إذ لم يتفق الزوجان على المقابل

⁴³³ -أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 532.

⁴³⁴ -أنظر، أديب إستانبولي، المرجع السابق، ص 315.

⁴³⁵ -أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 532.

⁴³⁶ -أنظر، محمد فهد شفقة، المرجع السابق، ص 449.

⁴³⁷ -أنظر، العوي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 113.

⁴³⁸ -أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 267.

المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فإذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي به، وإذا لم يسم فللقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم⁴³⁹.

ويذهب المشرع السوري من خلال المادة 98 من قانون الأحوال الشخصية إلى أنه "إن كانت المخالعة على مال غير المهر لزم أدائه وبرئت ذمة المتخالعين من كل حق يتعلق بالمهر والنفقة الزوجية". وتنص المادة 99 من نفس القانون على أنه "إذا لم يسم المتخالعان شيئاً وقت المخالعة برىء كل منهما من حقوق الآخر بالمهر والنفقة الزوجية". وهذا بأن لم يصرحا بنفي البدل وإنما سكتا عنه، كأن قال الزوج لزوجته، خالعتك من عصمتي وعقد نكاحي، فقالت رضيت. أما إذا صرح المتخالعان بنفي البدل كانت المخالعة في حكم الطلاق المحض ووقع بها طلاق رجعية وهو ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 100 من نفس القانون

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يسقط مقابل الخلع النفقة الواجبة على الزوج في حال العدة، ولا يبرأ الزوج من هذه النفقة إلا إذا إتفقا صراحة على إسقاطها⁴⁴⁰.

وقد ذهب المشرع المصري في المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 الصادر بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه، وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه".

وبالتالي فإنه في نظر المشرع المصري فإن الزوجة لا تفقد حقوقها المالية بالخلع بما في ذلك النفقة إلا بتنازلها عنها وإعتبارها مقابلاً للخلع أو بدلاً له. ولكن ما حكم أن يتفق الطرفان على مقابل للخلع غير قابل للتقويم بالمال كحضانة الأطفال الصغار؟

439- أنظر، الغوي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 113.

440- أنظر، محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 459.

يظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 سالفه الذكر، إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لإرتباطها بالأمور الشخصية ولا المادية للطلاق، ولأن كلمة "مال" الواردة في المادة المذكورة تبرهن أتم البرهان أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا إذا كان مقابلها مالا ومن ثم، كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل خلع. وللتأكيد على ذلك، بعد أن نصت المادة 57 من ذات القانون على عدم إجازة الإستئناف في الأحكام الخاصة بالخلع فيما عدا جوانبها المادية، "تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف".

ولاريب أن لهذه النصوص سرها، فقد أراد مشرعنا من وضعها أن يقضي على كل متاجرة ومساومة تقع من جانب الزوجين نحو الأطفال، إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها ولكن إهدارا لمصالح الطفل وإجحافا لحقوقه، لذلك كان من الضروري أن يسد هذا الباب من الأصل صيانة لحقوق الطفل وحماية لمصالح المجتمع ككل⁴⁴¹.

وذهب القضاء الجزائري في أحكامه إلى القول بأن مقابل الخلع أو بدله لا بد وأن يكون مالا، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/2/8 بأنه "من المقرر شرعا أنه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه"⁴⁴².

كما أن المشرع السوري كان صريحا في شأن هذه المسألة، إذ فصل فيها بموجب المادة 103 من قانون الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه "إذا اشترط الرجل في المخالعة إمساك الولد عنده مدة الحضانة صحت المخالعة وبطل الشرط وكان لحاضنته الشرعية أخذه منه ويلزم أبوه بنفقته وأجرة حضانتها إن كان الولد فقيرا"⁴⁴³.

⁴⁴¹ -أنظر، زكية حميدو، مصلحة الخوضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص 483.

⁴⁴² -أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1982/2/8، ملف رقم 26709، ن ق، 1982، عدد خاص، ص 258.

⁴⁴³ - تم تعديل هذا النص بموجب المادة 12 من القانون رقم 34 الصادر في 1975/12/31. وقد كان النص قبل التعديل "إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجرة إرضاع الولد أو إشرط إمساك أمه له مدة معلومة وإنفاقها عليها فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد يرجع الزوج بما يعادل أجرة رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية.

وقد إستقر القضاء السوري على هذا المبدأ أيضا، إذ قضت محكمة النقض السورية في قرار لها بتاريخ 1976/2/11 "إن حق الأم في حضانة أولادها الصغار لا يسقط بالإسقاط لأنه حق يتجدد يوما بعد يوم، وتعتبر من النظام العام لتعلقها بحق المحضون والحاضن"⁴⁴⁴.

وكان للمشرع المصري نفس الموقف من خلال الفقرة 3 من المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 بقولها "ولا يصح أن يكون مقابل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم".

وكان الإجتهد القضائي المصري قد ذهب إلى ذلك حتى قبل صدور القانون 1 لسنة 2000 وذلك في حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية في 1956/3/18 حين قضت بأنه "إذا إختلعت المرأة عن زوجها على أن تترك ولدها عند الزوج، فالخلع جائز، والشرط باطل إذ أن الأم تكون أحق بالولد فإن كون الولد عندها أنفع له"⁴⁴⁵.

وعليه، إذا قيدت هذه التشريعات أن يكون بدل الخلع مالا، غير أن الزوجة قد تتعسف في طلبها للخلع وقد يتضرر الزوج من ذلك. فهل يعتبر هذا المال الذي يتلقاه الزوج من الزوجة عند المخالعة تعويضا عما لحقه من ضرر جراء فك الرابطة الزوجية؟

الفرع الثاني الطبيعة القانونية للخلع

عرف المشرع الجزائري تحولا في شأن الطبيعة القانونية للخلع بعد صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة. حيث كان ينص المشرع الجزائري قبل التعديل في المادة 54 من قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا

⁴⁴⁴ -أنظر، محكمة النقض السورية، قرار بتاريخ 1976/2/11، رقم 12/85، مجلة القانون العام، سنة 1976، ص 210.

⁴⁴⁵ -أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية، حكم بتاريخ 1956/3/18؛ مقتبس عن أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 396.

على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم ". فكان المشرع الجزائري بذلك ينظر إلى الخلع على أنه نوع من الطلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها، ولا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، وقبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر.

وقد كان إتجاه بعض الفقهاء مسائرا لذلك إذ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة تمكنها من طلب التطلق من زوج أصبحت تبغضه وتكرهه، واستحالت المعاشرة معه، وليس حقا من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة⁴⁴⁶.

وكانت سلطة القاضي تنحصر في تحديد بدل الخلع إذا لم يتفق الطرفان عليه، إلا أن الخلع لا يكون واقعا مبدئيا إلا بموافقة الزوج على ذلك وقد كان المشرع الجزائري منفردا بهذا الموقف خلافا لبعض التشريعات العربية.

وفي الحقيقة إن إعطاء صفة العقد للخلع فيه تعزيز لموقف الرجل الذي يعتد بإرادته في هذا الطلاق، والذي لا يقع بدونها، فيتم بإرادته وتلتزم الزوجة في المقابل بالبدل ولا سلطة للقاضي إلا في تحديد الجانب المالي فقط. وهذا ما يعطي للخلع طبيعة خاصة تقترب من الطلاق ومن الطلاق بالتراضي، فالزوجة هي التي تسعى إلى فك الرابطة الزوجية فيما لا يكون الزوج طالبا الطلاق، وفي هذه الحالة فإن الطلاق بالخلع يختلف عن الفسخ لأنه بائن، و لأنه يقوم على مبدأ التعويض والمقابل وقبول الزوجة الذي على أساسه يتم دفع بدل الخلع. وهو بذلك يختلف عن الطلاق بالتراضي لأن هذا الأخير لا يشترط التزامات مالية على عاتق الزوجة تلتزم بها للزوج⁴⁴⁷.

وقد كان إجتهد القضاء في بدايته مسائرا لذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في 12/3/1969 بأنه "ليس الخلع في القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوجة المنفردة، يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا

⁴⁴⁶ _ أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 219 - 220.

⁴⁴⁷ - Cf. Fatima Zohra SAI 'le khul' dans le Code de la famille algérien et la moudawwana marocaine, droit de la famille, regards croisés, laboratoire de droit et des nouvelles technologies, faculté de droit, Oran, 2007, n° 61.

يقدر بإتفاق الطرفين. غير أن عرض الزوجة الخلع لا يحولها أي حق ولا أثر له على إبقاء روابط الزوجية إذا لم يرض الزوج به، ولا يمكن إعتبره كطلب مقدم إلى القضاة ويكون عليهم الفصل فيه، ومن ثم فإن هذا الوجه غير مبرر⁴⁴⁸.

وذهب المجلس ذاته في قراره الصادر بتاريخ 1982/2/8 إلى أنه "من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات، ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه"⁴⁴⁹.

وذهبت المجلس ذاته في قراره الصادر بتاريخ 1988/11/21 إلى أنه "من المقرر فقها وقضاء بأن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"⁴⁵⁰.

كما كان للمحكمة العليا نفس الموقف في قرارها الصادر في 1991/4/23 حيث قضت بأنه "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 الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الإتفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون"⁴⁵¹.

إلا أن قضاء المحكمة العليا تحول لاحقا بعد ذلك إلى إعتبر الخلع حقا للزوجة تستعمله لعداء نفسها من زوج لم تستطع مواصلة الحياة الزوجية معه، وذلك في قرارها الصادر في 1996/7/30 بقولها

448 - أنظر، م، أ، غ، م، 1969/3/12، م، أ، ج، 1، ص 170؛ مقتبس عن العربي بلحاج سنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2006، ص 286.

449 - أنظر، م، أ، غ، أش، 1982/2/8، ملف رقم 26709، ن، ق، عدد خاص، ص 258.

450 - أنظر، م، أ، ع، أش، 1988/11/21، ملف رقم 51728، م، ق، 1990 عدد 3، ص 72.

451 - أنظر، م، ع، غ، أش، 1991/4/23، ملف رقم 73885، م، ق، 1993 عدد 2، ص 55.

أنه "من المقرر قانونا وشرعا بأن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدا رضائيا، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا، في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا، وحفظ حق الزوج في التعويض، رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة"⁴⁵².

ودأب بعد ذلك اجتهاد المحكمة العليا على تكريس حق الزوجة في طلب الخلع بأنه رخصة لها تستعملها لفاء نفسها من زوج لم تستطع العيش معه ولولم يوافق على ذلك وكان ذلك في قرار آخر لها بتاريخ 1999/3/16 إذ قضت بموجبه بأن "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁴⁵³.

وكان لهذا الموقف القضائي للمحكمة العليا الأثر البالغ في إتجاه المشرع الجزائري، إذ جاءت بعد ذلك المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 05/02 والتي تنص على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، و إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وكان بذلك المشرع الجزائري صريحا في إعتبار الخلع حقا للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية حتى دون موافقة الزوج في مقابل أن تلتزم بدفع مقابل مالي و الذي تنحصر سلطة القاضي في تقديره، بل وأكثر من ذلك في تقديره بقيمة لا تتجاوز قيمة صداق المثل.

ولا يظهر أثر لإرادة الزوج في الطلاق بالخلع إلا في الجانب المالي، وحتى إرادته في هذا الجانب مقيدة، إذ أنه إذالم يوافق فإن القاضي يحكم بقيمة مالية لا تتجاوز صداق المثل. فهل في ذلك إجحاف في حق الزوج؟

⁴⁵² - أنظر، م ع ، غ أش ، 1996/7/30 ، ملف رقم 141262 ، م ق 1998 عدد 1 ص 121 .

⁴⁵³ - م ع ، غ أش ، 1999/3/16 ، ملف رقم 216239 ، الإجتهد القضائي ، 2001، عدد خاص ، ص 138 .

قد يجيب البعض عن هذا التساؤل بأن امرأة ثابت بن قيس عندما جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله طلاق زوجها أعطاها ذلك دون حاجة إلى موافقة ثابت بن قيس، وقال لها ردّي عليه حديقته، إلا أنني أجد نص المادة 54 من قانون الأسرة قد وضع حق المرأة في طلب الخلع في نفس مرتبة حق الرجل في طلب الطلاق، لأنه لم يشترط موافقته عند ذلك.

فالزوجة إذن حرة في طلب الخلع وقت ماشاءت، وهي غير مجبرة على اثبات دوافعها لذلك أمام القاضي. فإن وافق الزوج على المبلغ المعروض عليه من طرف الزوجة كان لها ذلك وإن لم يوافق يتدخل القاضي هنا لتحديد بدل الخلع فقط. وقد وضع عليه نص المادة 54 قيدا بأن لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

وبذلك فإن الزوجة تمارس حقا، وقد تكون متعسفة في استعماله، فيلحق بذلك الزوج ضررا من استعمالها لهذا الحق، فيجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض، ولا يمكن أن يحدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إذ قد يكون الضرر الذي أصابه أكبر من ذلك، لأن المشرع إذا كان قد سوى بين الطرفين في الحق في الطلاق فكان لا بد أن يسوي بينهما أيضا في الحصول على التعويض.

وقد يجيب البعض بأن الضرر الذي لحق الزوجة هو الذي دفعها إلى طلب الخلع، فيجب أن يضيق على الزوج بأن يحدد له بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل فقط، وذلك حتى لا يضيق عليها ويسيء عشرتها كي يرغمها على طلب الخلع ليحصل على البدل.

ولكن هذا القول مردود عليه كذلك لأنه في حالة سوء العشرة وتضرر الزوجة من معاشرة زوجها فإن المشرع أجاز لها أن تطلب التطلاق للأسباب التي حددتها المادة 53 من قانون الأسرة، وجاء المشرع في الفقرة 10 من هذه المادة وجعلها واسعة، بحيث سمح للزوجة أن تطلب التطلاق على أساس "كل ضرر معتبر شرعا".

فإن كان للزوجة من الأسباب الكافية التي تجعلها لا تستطيع مواصلة الحياة الزوجية فإنها تلجأ إلى القاضي لطلب التطلاق وتحصل في المقابل على جميع حقوقها، بل ويمكنها الحصول على التعويض أيضا،

لما تنص عليه المادة 53 مكرر من قانون الأسرة "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وعلى إعتبار أن لها هذا الحل، فإنها من باب أولى تلجأ إلى طلب التطليق، وهو طلاق يوقعه القاضي بناء على الأسباب التي تعرضها الزوجة عليه، وإن ثبت ذلك كان لها طلبها، بالإضافة إلى حقوقها وكذا التعويض. ولكنها تلجأ إلى الخلع فقط في حالة واحدة أنها عجزت أن تثبت الضرر اللاحق بها، أو أن هذا الضرر غير موجود أصلاً لما قد يكون من عوامل نفسية فقط تدور في خلدتها، كأن تكون كارهة للعيش معه فقط، مع أنه قد وفر لها كل متطلبات الحياة ولم يؤذيها أو يلحق ضرراً بها، ففي هذه الحالة فإنها تطلب الخلع، ولا يملك الزوج حق الموافقة عليه.

ولكن في مقابل ذلك كان أولى بالمشرع أن لا يحدد مقدار بدل الخلع بأن يتركه بقدر ما لحق الزوج من ضرر مثلما جعل التعويض في الطلاق بقدر ما لحق الزوجة من ضرر.

وعالج المشرع السوري الخلع من خلال المواد 95 الى 104 من قانون الأحوال الشخصية ويستشف من هذه المواد أنه قد إعتبر الخلع عقداً رضائياً يتم بين الطرفين، ولكل منهما الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر. وذهب الفقه السوري إلى أن الأصل في المخالعة أنها لا تتم إلا برضاء الطرفين، لأنها من العقود الملزمة للجانبين، ولذلك فالخلع الواقع بالإكراه باطل، والبديل متوجب الرد⁴⁵⁴.

وهو في حقيقته عقد بين الزوجين على خلاص المرأة من زوجها نظير بدل، فهو طلاق يشترك فيه الزوجان، ولا يتم من جانب واحد كالطلاق المجرد الذي يوقعه الزوج أو توقعه الزوجة بتفويض من الزوج لها⁴⁵⁵. وعلى أساس مبدأ الرضائية فإنه لا يمكن الحديث عن الضرر والتعويض عن الخلع في القانون والقضاء السوري.

454- أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 448؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري... المرجع السابق، ص 239.

455- أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 533.

ولم يتعرض المشرع المصري للخلع إلا بصدر القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، ورغم ذلك كانت المحاكم تطبق المذهب الحنفي فيما يعرض لها من قضايا في هذا الخصوص عملاً بالمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي ألغاه القانون المذكور⁴⁵⁶.

وتنص هذه المادة على أنه "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالات مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية، وأنه لا سبيل لإستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار، أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع الخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن".

يظهر من هذا النص أن المشرع المصري قد أحاط بجميع جوانب الخلع وأحكامه، فجعله حقا للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية مثله مثل حق الزوج في الطلاق، ولا يملك الزوج حق الموافقة مثله في ذلك مثل المشرع الجزائري في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري. وفي مثل هذه الحالة قد تتعسف الزوجة في إستعمالها لهذا الحق، فيرتب ذلك مسؤوليتها في تعويض الزوج عما لحقه من أضرار .

الفرع الثالث

الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع

إن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقا خالصا لها يقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق، إذ لا تملك المحكمة رفض طلبها، وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط. وهو ما يستخلص صراحة من نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

وطالما أن الخلع حق للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها، ومردده دائما لإرادتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط إستعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق، أي حق كان، دائما محدود بما ليس فيه مساسا بالغير، بإساءة إستعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة، وبناءا عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية إستخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى إتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة⁴⁵⁷.

وقد تعرضت سابقا لموقف المشرعين المصري والجزائري⁴⁵⁸ ولاحظت عند الحديث عن الطبيعة القانونية للخلع أن كلاهما قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة، فإذا ما نفرت من زوجها ووجدت إستحالة في مواصلة الحياة الزوجية إستعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار في رفض طلبها إذا ما إستوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وفي هذه الحالة أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في إستعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسئوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟ وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة مهر المثل وقت الحكم تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟

رأيت سابقا في معالجاتي لأحكام الطلاق⁴⁵⁹، أن الرجل يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق، بل مثبتا فقط لإرادة الزوج، وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن

⁴⁵⁷ -أنظر، أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية - القاهرة -، 2004 ،

ص 58-59 .

⁴⁵⁸ -أنظر، ص 188-191، هذه الرسالة.

⁴⁵⁹ -أنظر، ص 134 من هذه الرسالة .

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، إذ لم يقيد المشرع بأي شرط أو التزام، فما على القاضي إلا الإستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق⁴⁶⁰.

على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج إستعمل حقا خالصا له، ولكنه تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق.

وقد أعطت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري وصف الخطأ للتعسف في استعمال الحق إلا إذا إتخذ ثلاث حالات وهي:

- 1 - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- 2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير .
- 3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وحتى إذا أقدم الزوج على طلب الطلاق ولم يتمكن من تبريره فهو طلاق تعسفي. وقد إستقر الإجتهد القضائي على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي. وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة كذلك أن تبرر أسباب لجوئها إلى طلب الخلع، وأن إستعمالها لحقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني السالفة الذكر.

فمن الطبيعي والمنطقي أن المرأة شأنها في ذلك شأن غيرها يمكن أن تتعسف في إستعمال 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، وإمثاله للصالح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه.

ألا تعتبر الزوجة في هذه الصورة قد أساءت إستعمال حقها المقرر، وإنخرفت عن غايته ومرماه. ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها؟ وبصيغة أخرى ألا تتوافر هنا العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟ أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لإستعمال هذا الحق؟

ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط إستعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية، واجتماعية، وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله. ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسله التي عرضت بصدور هذا التشريع⁴⁶¹.

إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة والتي إستعرضتها سابقا في إستحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي. وكما أن إساءة إستعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة إستعمال الخلع يقابله كذلك إلتزام بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر. وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الإلتفاق بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم، فهل يعتبر صدق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة؟

ما ألاحظه على نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري أنها قد أجمعت بحق الزوج في التعويض، إذ أن صدق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج في حالة تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع. فإن إدعى الزوج أنه قد تضرر من إستعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف. ويرخص له في ذلك بإستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد إنخرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم

يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها، أو التقتير عليها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها، ولدوافع ذاتية فقط، وأن هناك أضرارا جمة قد لحقت به وبإستقرارأسرته.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر. وإما أن الزوجة قد إستعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعته، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

ولكني أرى بأن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا وذلك لسببين، أولهما أنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسبابا ودوافعا كافية، أو كان طلبها للخلع بغير مبرر قانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر. وثانيهما أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا في قانون الأسرة بنص المادة 54 .

ومن جانب القضاء فقد قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1992/7/21 بأنه "من المقرر فقها وقانونا أنه يسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم إتفاقهما بتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز و التعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع، في قضية الحال، لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁴⁶².

فإن كان هذا القرار قد ذهب إلى أن تحديد قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند إستعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للإبتزاز والتعسف، فهو من جهة أخرى لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل

طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى. لأن إستحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها. ويقضي به القاضي سواء كان مناسباً للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.

ومن جانب الفقه أن معيار إحتلال التوازن بين المصالح المتعارضة يظهر تعسف الرجل في مطالبته بزيادة على المهر كبديل للخلع، وذلك لأن الضرر اللاحق بالمرأة في تكليفها رد المهر وزيادة، مع ألم الفشل في حياتها الزوجية يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن رُدَّ إليه مهره دون زيادة حيث سلم له ماله، ومن هذا المعيار يدفع أعظم الضررين وهو الضرر اللاحق بالمرأة المخالعة بتحمل أيسرهما، وإن كان الضرر معنويًا بالنسبة إلى الرجل فلا يقال بالزيادة⁴⁶³

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على أن يكون بدل الخلع صداق المثل، فإن المشرع المصري في المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 جعل بدل الخلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي أعطاه لها.

فإذا إستمرت الحياة الزوجية سنين طويلة تم جاءت الزوجة بعد عشرين سنة، إذا صار الزوج شيخاً ومقعداً بعد أن كان شاباً قادراً على تلبية طلباتها، وطلبت من المحكمة أن تحتلع نفسها مقابل أن ترد عليه صداقه الذي أصبح اليوم مبلغاً زهيداً، فإن القاضي لا يملك إلا أن يقضي بالخلع وردّ الصداق للزوج، وفي ذلك إجحاف بحق الزوج وعدم إعترافه بالضرر الذي لحق به من إستعمال الزوجة لحق الخلع.

وأتسائل هنا كيف أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة في حالة الطلاق ويعطى للقاضي سلطة واسعة في تقدير تعويضه دون أن يحدد أدناه أو أقصاه، ثم لا يعترف للزوج بالضرر الذي يلحقه في حالة الخلع، ويحدد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل، وكأنما يرى

المشعر أن الحسارة الوحيدة للزوج في زواج لم يحقق غايته ويستمر هي ما قدمه لها من صداق، وليس إستقرار أسرة بأكملها، وسنوات من الحياة الزوجية أفناها الزوج في خدمة أسرته وتلبية متطلباتها.

المطلب الثالث

الطلاق الذي يوقعه القاضي

لتوافر أسباب محددة

أعطى المشعر الجزائري وكذلك المصري والسوري للقاضي حالات يوقع فيها الطلاق لأسباب محددة سلفا، فيكون ذلك بطلب من أحد الزوجين، وللقاضي سلطة مطلقة في قبول طلب الطلاق أو عدم قبوله وفقا للحالات التي حددها المشعر.

ويأخذ هذا الطلاق صورتين، الأولى تتمثل في النشوز الذي يجعل أيا من الزوجين يتقدم بطلب الطلاق للقاضي، الذي له سلطة فحص أسباب النشوز، ومن ثم يقضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر سواء الزوج أو الزوجة(الفرع الأول).

والصورة الثانية لهذا الطلاق هي التطلق الذي تطلبه الزوجة وفقا لحالات حددها المشعر على سبيل الحصر، و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، ويترتب على وقوع الطلاق التعويض أيضا(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطلاق للنشوز

يعتبر الطلاق للنشوز أحد الأسباب الموجبة للتعويض في مجال الأحوال الشخصية، والطلاق للنشوز هو طلاق يوقعه القاضي، و لذلك ينبغي البحث عن المقصود بالطلاق للنشوز، وما معنى حالة النشوز في حد ذاتها؟ وكيف يمكن إعتبارها سببا موجبا للتعويض؟

أولاً: المفهوم اللغوي والفقهي للنشوز

النشوز مصدر نشز ينشز (بضم الشين وكسرهما في المضارع)، وهو مأخوذ من النشز بوزن الفلس، وهو المكان المرتفع من الأرض وكذا النَّشَزُ (بفتحتين) وجمعه أنشاز، ويجمع النشز مطلقا على أنشاز ونشوز، وقيل بجمع ساكن الشين على نشوز، ومفتوحها على أنشاز، ونشاز بكسر النون⁴⁶⁴.

ويطلق النشوز على الغليظ الشديد، قال أبو عبيد"النشز والنشز الغليظ الشديد، ودابة نشيزة إذا لم يكد يستقر الراكب عليها والسرج على ظهرها، ويقال للدابة إذا لم يكد يستقرالسرج والراكب على ظهرها إنها لنشزة"⁴⁶⁵. ونشزت المرأة إستعصت على بعلها وأبغضته وخرجت على طاعته وفركته، ونشز بعلها عليها ضربها وجفأها⁴⁶⁶. وذلك لقوله تعالى " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا"⁴⁶⁷ وقد تكرر ذكر النشوز في أكثر من آية من القرآن الكريم والأحاديث، وهو حالة تكون بين الزوجين، فنشوز الزوجين هو كراهية كل منهما صاحبه، وهو المسمى بالشقاق أيضا.

وقد عرف الفقهاء نشوز الزوجة بتعريفات كثيرة ومتقاربة، وكلها تدور في فلك واحد وهو خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة عليها لزوجها. وقد عرفه الحنفية على أنه"خروج الزوجة من بيت زوجها بغير حق"⁴⁶⁸. وهذا التعريف غير جامع لأسباب النشوز، لأنه اقتصر على سبب واحد من أسباب نشوز الزوجة وهو خروجها من بيت زوجها بغير حق، ولم يذكر بقية أسباب النشوز.

464 -أنظر، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ج3، دار مصر للطباعة، ص 299 . -أنظر، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، ج3، دار مصر للطباعة، ص

299

465 -أنظر، جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، المرجع السابق، ج 5، ص 418 .

466 - أنظر محمد بن أبي بكر الرازي، المرجع السابق، ص 299؛ المعجم الوسيط للجنة من علماء مجمع اللغة العربية، دار البشري للإعلانات الشرقية، وهو من إصدارات

مجمع اللغة العربية بمصر، الطبعة الثالثة، ج 2، ص 959 .

467 - سورة النساء، الآية 128 .

468 - أنظر، محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع ابن عابدين، حاشية رد المختار، ج 3، دار الفكر، 1995، ص 633.

وقد عرفه الزيلعي بقوله "الناشز هي الخارجة من بيت زوجها بغير إذنه، المانعة نفسها منه"⁴⁶⁹. وهذا التعريف أكثر شمولاً لأسباب نشوز الزوجة من سابقه، لأنه ذكر علاوة على خروجها من بيت زوجها بغير إذنه منعها نفسها من إستمتاعه بها.

وعند المالكية عرفه الشيخ الدردير بقوله "النشوز هو الخروج عن الطاعة الواجبة كأن منعه الاستمتاع بنفسها أو خرجت بلا إذن محل تعلم أنه لا يأذن فيه، أو تركت حقوق الله تعالى كالطهارة والصلاة أو أغلقت الباب دونه، أو خانتته في نفسها وماله"⁴⁷⁰. وهذا التعريف جامع لأسباب النشوز، لأن أي خروج منها عن طاعة زوجها فيما لا معصية فيه لله عز وجل يعد نشوزاً منها وقد ذكروا أمثلة لهذا الخروج .

وعند الشافعية عرفه الماوردي بقوله "الناشزة هي الخارجة عن طاعة زوجها" والنشوز عند الشافعية يستوي أن يكون من غير المكلفة أو من المكلفة لاستواء الفعلين في التفويت على الزوج، وسواء أقدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً أم لا"⁴⁷¹. وهذا التعريف قريب من تعريف المالكية .

أما عند الحنابلة عرفه ابن قدامة، فقال "معنى النشوز هو معصية الزوجة فيما فرض الله عليها من طاعته، وهو مأخوذ من النشز، وهو الارتفاع، فكأنها ارتفعت وتعالى عما أوجب الله تعالى عليها من طاعته"⁴⁷²

ويستخلص من هذه التعريفات أنها إقتصرت على نشوز الزوجة فقط، ولم تعتبر النشوز حالة تصيب الرجل والمرأة على حد سواء كما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة.

ثانياً: أسباب النشوز

469 - أنظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق لشرح كنز الدقائق، ج 3، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.س.ن. ص 52 .

470 - أنظر، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، ص 343 .

471- أنظر، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج 12، طبعة المكتبة التجارية، دار الفكر، 1994 م- 1414 هـ، ص 237 .

472 أنظر، موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 162 .

عقد النكاح كسائر العقود الشرعية، فهو يرتب حقوقاً متقابلة لكل من الزوجين في مواجهة الآخر، ومن هذه الحقوق طاعة الزوجة لزوجها، وذلك فيما ليس فيه معصية لله عز وجل. وخروج المرأة عن هذه الطاعة يعتبر نشوزاً. وتتخذ أسباب النشوز عدة صور أوجزها فيما يلي:

أ- خروج الزوجة من بيت الزوجية :

أوجب الشرع الإسلامي على الزوجة وفاءاً بمسؤولية الطاعة ألا تخرج من بيت الزوجية دون إذن زوجها، سواء كان ذلك في أمور العبادات أو الحاجيات، على أن يكون إذن الزوج صريحاً، فإن خرجت دون إذنه كانت ناشزة⁴⁷³. غير أن خروجها من بيت الزوجية دون إذن زوجها يعتره حالتان:

الحالة الأولى: خروج الزوجة من بيت الزوجية بغير إذن الزوج لعذر غير شرعي. وقد ذكر الفقهاء أن الزوجة إذا خرجت من بيت زوجها بدون إذنه لغير عذر شرعي فإنها تعد ناشزة، لأنها بهذا الخروج قد تعدت حدود الطاعة الواجبة عليها، وفوتت عليه حقه الثابت عليها في الاحتباس بموجب عقد النكاح.

وقال الدسوقي "أو خرجت بلا إذن لمحل تعلم أنه لا يأذن فيه، أخرجت من محل طاعته بلا إذن، ولم يقدر عليها، أي على ردها بنفسه أو رسوله، أو حاكم ينصف"⁴⁷⁴. وجاء للرملي في نهاية المحتاج "والنشوز خروج من بيته، أي من محل رضي بإقامتها فيه، ولو بيتها، أو بيت أهلها، كما هو الظاهر، وإن كان غائباً بلا إذن منه ولا ضمن رضاه عصيان"⁴⁷⁵. وذهب البهوتي في كشاف القناع إلى أنه "ويحرم على الزوجة الخروج بلا إذن زوجها، لأن حق الزوج واجب، فلا يجوز تركه بما ليس واجب"⁴⁷⁶.

وقد إستدل الفقهاء على ضرورة إذن الزوج لإباحة خروج الزوجة بالقرآن الكريم والسنة المطهرة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى "وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"⁴⁷⁷. فهذه الآية تدل دلالة واضحة على أن أصل المرأة هو لزوم إستقرارها في البيت، وعدم الخروج منه إلا بعذر شرعي وبإذن الزوج.

⁴⁷³-أنظر، علي محمد علي القاسم، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 17.

⁴⁷⁴-أنظر، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص 344.

⁴⁷⁵-أنظر، شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، مطبعة الحلبي، ص 680.

⁴⁷⁶-أنظر، منصور ابن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 197.

⁴⁷⁷ - سورة الأحزاب، الآية 33.

وقال الشيخ سيد قطب أن قوله تعالى "وقرن في بيوتكن" من قر يقر، أي ثقل وإستقر، وليس معنى هذا الأمر ملازمة البيوت فلا يرحنها إطلاقاً، وإنما هي إيماء لطيفة إلى أن يكون البيت هو الأصل في حياتهن وهو المقر، وما عداه استثناء يعتبر طارئاً لا يثقلن فيه ولا يستقرن، وإنما هي الحاجة تقضى وبقدرها⁴⁷⁸.

ومن السنة المطهرة ما رواه البخاري عن سالم عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "إذا إستأذنت المرأة أحدكم إلى المسجد فلا يمنعها"⁴⁷⁹. وهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أنه ينبغي للزوج أن يأذن لزوجته بالخروج إلى المسجد إذا أرادت ذلك. ويقاس على ذلك حالات الخروج من بيت الزوجية لأي مصلحة شرعية ولهذا ترجم الإمام البخاري لهذا الحديث بقوله "باب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره".

"حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه فإن فعلت لعنتها ملائكة الله وملائكة الرحمة وملائكة العذاب حتى ترجع إلى بيتها وتثوب"، قيل يارسول الله: وإن ظلمها؟ قال: وإن ظلمها⁴⁸⁰. فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أن من حقوق الزوج على زوجته، القرار في بيت الزوجية وعدم خروجها منه إلا بإذنه، فإن خالفت أمره حلت عليها اللعنة وصارت في موضع النشوز.

الحالة الثانية: وهي خروج الزوجة من البيت بدون إذن زوجها لعذر مشروع، فلا تعد ناشزة في هذه الحالة، وهذا ما صرح به بعض الفقهاء⁴⁸¹. إذا يعتبر مثل ذلك الخروج من قبيل الضرورات، وكما هو معلوم أن الضرورات تبيح المحظورات إلا أنها تقدر بقدرها⁴⁸². ومن أمثلة ذلك خروجها لطلب العلم، أو لزيارة أهلها أو لقضاء حوائجها المعتادة، التي يقتضي العرف خروج مثلها له لتعود عن قرب، للعرف في

478- أنظر، سيد قطب، في ظلال القرآن، ج 5، دار الشروق، الطبعة الشرعية الخامسة والثلاثون، 2005، ص 2759.

479 - أخرجه البخاري، أنظر أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419 هـ - 1999 م - ج 9، ص 400، حديث رقم 5238 كتاب النكاح، ب: استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى المسجد وغيره.

480 - أنظر، أبي بكر بن الحسن بن علي البهقي، السنن الكبرى، دار احياء التراث العربي، بيروت، ج 7، ص 293 - كتاب القسم والنشوز.

481 - أنظر، ما تعرضت إليه في تعريف الفقهاء للنشوز وتقيده أو إطلاقه، ص 185 من هذه الرسالة.

482 - أنظر، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 1968، ص 75-76.

رضا مثله بذلك⁴⁸³. ولأن خروجها في مثل هذه الأحوال من قبيل الضرورة، فلا يملك الزوج منعها من ذلك.

فإذا كان خروج المرأة مقيد بالضرورة والحاجة، بالإضافة إلى موافقة الزوج على ذلك، فهل يعتبر خروج المرأة للعمل من هذه الضرورات الملحة، أم أن خروجها للعمل ممنوع لأنه فرع من منعها من الخروج على الإطلاق وبقائها في منزلها؟ وإذا قلنا أن خروجها للعمل من الضرورات فهل تجب لها النفقة إن عملت أم أن كفايتها تصير من مالها؟ ثم ما الحكم فيما إذا منعها الزوج من العمل وأصررت عليه هل تعتبر ناشزا أم أن العمل حق من حقوقها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات أقول أن الفقهاء القدامى لم يتوسعوا في فكرة خروج المرأة للعمل بما كان يغلب في زمانهم من التزام النساء وبقائهن في بيوتهن لرعاية مصالح الأولاد، والتزام الزوج بالتكسب للإتفاق على زوجته وعياله، إلا أن ذلك لا يعني عدم تعرضهم لمسألة إحتراف المرأة وخروجها لذلك، لما وقع في زمانهم من وجود المحترفات الطالبات للخروج ولكن ليست بالضرورة الواسعة الموجودة في زماننا.

ويمكن أن يقال بالنسبة للفقهاء الحديث أنه توجد آراء مختلفة، وأن فحوى هذا الخلاف يتجلى في مضمون العمل وطبيعته. فإذا كان للمرأة أن تعمل خارج المنزل فعليها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، ودون الإخلال بواجباتها⁴⁸⁴

وإذا كان خروج المرأة للعمل من الضرورات الملحة، فإن ذلك يختلف باختلاف الوقائع والحالات، فخروجها للعمل ضرورة، لفقدانها المعيل من زوج أو ولي أمر، وحاجتها للتكسب لتكفي نفسها ومن تعول من بنيتها أو إخوانها أو غير هؤلاء، أو من يعجز زوجها عن العمل لعدة أو ضعف جسمي أقعده عن العمل ومنعه من السعي، أو لإعسار في النفقة، فتتظير المرأة ذات الحرفة للخروج إلى العمل فإن

⁴⁸³ -أنظر، موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج 3، ص 437.

⁴⁸⁴ أنظر، محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعة، دار الشروق، القاهرة 1980، ص156.

منعت من ذلك لحقها ضرر، والضرر ممنوع، شرط أن يكون العمل ضمن الحدود الشرعية، وأن تلتزم المرأة بقواعدها الشرعية وأدائها التزاما كاملاً⁴⁸⁵

ولكنه ولما تحضى به المرأة اليوم من مكانة في المجتمع، فإنه ليس من الممكن إغفال مسألة عمل المرأة ولا صرف النظر عنها، لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها، لم يعد دخيلاً عليه، بل ضرورياً في مشاركتها في تنميته⁴⁸⁶.

كما لا يمكن للمجتمعات العربية أن تنمو إقتصادياً أو تنهض حضارياً إذا ظلت إذا ما ظلت نصف القوة الإنتاجية في المجتمع -المتثلة في المرأة- قوة معطلة أو مهمشة أو محضرة عليها المشاركة في تنمية القطاعات الإقتصادية⁴⁸⁷.

وأما إذا كان الخروج لقضاء وقت أمتع، والإلتقاء بالغير، أو شعورها بفراغ في نفسها يدفعها للإلشغال بالخروج للعمل أو غير ذلك من الدوافع، فإنه مرفوض لما قد يترتب عن الخروج من أضرار تفوق المنافع التي تتوهم تحصيلها.

ولكن ما يهمني في هذا المقام هو ما حكم منع الزوج زوجته بعد الموافقة لها على العمل؟ ومن ثم فإن خالفت وخرجت للعمل فهل تعتبر ناشزاً؟ وإذا طلب الطلاق لنشوزها هل يستحق تعويضاً؟

قد يتزوج الرجل بإمرأة عاملة، ويوافق على خروجها للعمل لحاجة أولت تحقيق أمر ضروري، ثم يعرض له أن يمنعها من الخروج للعمل لأمر في نفسه، ويصر على استخدام حقه في منعها من الخروج وحبسها في بيته مع ما قد يترتب على منعها من أضرار تلحق بها وبمن تعول، كأن تكون قد ارتبطت مع مؤسسة أو هيئة معينة على العمل مدة محددة، ثم يطلب منها الزوج الإنقطاع عنه، مما يترتب عليه تغريمها أو معاقبتها قانوناً لعدم الالتزام بالعقد.

485- أنظر، عبير ريجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، 2007، ص 138.

486- أنظر، حميدو زكية، المرجع السابق، ص 440.

487- أنظر، عبد الملك سلمان، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية، www.amanjordan.org

وأما الأضرار التي تلحق غيرها، فإن المرأة إذا ما خرجت للعمل لحاجة ملحة ولتوفير متطلبات الأسرة، فإن هي تنازلت عن هذا العمل نقص دخل الأسرة، وفي ذلك إرباك لها وتحويلها من الاكتفاء إلى ما دون ذلك، وفي ذلك من الضرر لا يخفى، وبتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على واقعة منع الزوج زوجته الخروج للعمل بعد الموافقة عليه دون إبداء أسباب معقولة نستخلص ما يلي :

-1- معيار قصد الإضرار:

إن الزوج قد تظهر منه قرينة تدل على إلحاق الضرر بالمرأة في حالة منعها الخروج للعمل، خصوصاً وأنه قد وافق لها ابتداءً. إذ أن كثيراً من الرجال يتزوجون المحترفات رغبة في استثمارهن، حتى إن عجزوا عن تحقيق هذه الرغبة طلبوا إليهن ترك العمل بقصد الإضرار⁴⁸⁸.

كما لو كانت الزوجة مشرفة على التقاعد، فإنه يكون في تركها لعملها ضرر كبير لها بجرمانها من حقوق التقاعد، ويكون للقاضي هنا دور كبير في الموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة عن موافقته لزوجته بالعمل⁴⁸⁹.

-2- معيار إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

فإن الزوج إذا إستعمل حقه في منع المرأة من الخروج للعمل لغير مبرر شرعي، ودون وقوع تقصير منها، وبعد أن وافق لها على ذلك، ومن منطلق هذا المعيار، يدفع الضرر الأعظم، وهو منعها بعد الموافقة لها على الخروج، بتحمل الضرر الأقل والمترتب على القول بخروجها⁴⁹⁰.

-3- معيار المصلحة غير المشروعة :

فالزوج بطلبه من زوجته ترك عملها فهولاً يحقق مصلحة ما، بل هدفه مصلحة غير مشروعة وهي معاقبة المرأة، وذلك مع أنها قائمة على خدمة بيتها ورعاية أسرتها وأولادها دون إهمال أو تقصير، فأى

488- أنظر، بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت 1978، ص 243.

489- أنظر، واصف البكري، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الأردني، www.mizaangroup.org/studies.htm

490- أنظر، عبير يحي شاعر القدومي، المرجع السابق، ص 141.

فائدة هذه التي سيحنيها من حرمانها ممارسة عملها، وبالتالي فهو متعسف في إستعماله لحقه، ولا تعتبر الزوجة ناشزة في هذه الحالة.

غير أن الزوجة قد ترغب في التأكيد على ضمان زوجها لحقها في العمل وعدم منعها من ممارسته، فتلجأ إلى تضمين هذا الشرط في عقد الزواج، وقد أولى المشرع الجزائري هذا الشرط أهمية خاصة بالنص عليه في المادة 19 من قانون الأسرة، متى قبل الزوج بهذا الشرط فيجب عليه الوفاء به، ولا يكون من حقه منع زوجته من العمل مادام قد أذن لها بذلك، لأن هذا الإذن يعتبر إذنا دائما يدوم بدوام العلاقة الزوجية بينهما، فإذا طلب منها أن تمتنع ورفضت ذلك فلا تعد ناشزا⁴⁹¹.

ويعتبر الطلاق الواقع من الزوج في هذه الحالة طلاقا تعسفيا، فإذا إجتمع هذا العنصر مع الضرر الذي لحق بالزوجة المطلقة كان هذا الضرر ماديا ومعنويا.

ب- إمتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر أو السفر معه:

الحياة الزوجية يفترض فيها إشتراك الزوجين في أمور الحياة، وواجب الطاعة الذي يقع على الزوجة إتجاه زوجها يوجب عليها تمكينه من نفسها، و السكن معه، بل وحتى التنقل معه إلى حيث طاب عيشه وإستقر عمله، إلا أنه ولما قد يطرأ على علاقة الزوجة بزوجها من مستجدات وأحداث قد تمتنع عن القيام بواجب الطاعة، وهذا ما يجعلها في وضع الناشز.

مما لا شك فيه أن الفطرة التي خلق الله الناس عليها أن يميل كل من الذكر والأنثى إلى الآخر رغبة في الإستمتاع، وإجابة لداعي الطبيعة البشرية، ولقد رسم الله عز وجل الطريق المشروع لهذا الاستمتاع ألا وهو الزواج، فبين حدوده، ووضع أسسه التي ترفع الخطر وتضع الاثم، وتمنع الخطيئة. وحرّم الله عز وجل كل استمتاع خارج عن سياق عقد الزواج الصحيح .

⁴⁹¹ -أنظر، مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار 2006-2007، ص

فإذا ثم هذا العقد كان على كل من الزوجين أن يجيب داعي الفطرة، ويستمتع بصاحبه، لأنه إذا تزوج الرجل، وكانت المرأة أهلاً للجماع وجب تسليمها نفسها بالعقد إذا طلب ذلك، ويجب عليه أيضاً إذا عرضت نفسها عليه⁴⁹².

فالطاعة في قانون الزواج الإسلامي تعني مجموعة من الأحكام الشرعية المركبة التي يصعب تجزئتها وفصلها، فكل حكم من أحكام العلاقة الزوجية يكمن خلفه أهداف وغايات، لاتقف عند حدود التقابل المادي والحسي بين الأحكام الشرعية التي إختص الله ذاته العليا المقدسة بتنظيمها والإشراف عليها، وذلك على نحو لا يدع مجالاً لتأويل حكم أو وقفه أو تعليقه تحت أي مسمى دون نص صريح من الكتاب أو السنة.

وواجب التمكين وضوابطه يؤكد مدى خطورة المسؤولية الشرعية الواقع عبء تنفيذها على عاتق الزوجة، خاصة في مجتمعنا الحضاري المعاصر، والذي أصبح فيه تمكين الزوجة مصطلحاً واسعاً نظراً لإختلاف القسمة الطبيعية بين الجنسين، والتي تقتضي الإجابة والإستجابة والقبول من جانب الزوجة، ليتحقق الإلتقاء الذي هو وسيلة من وسائل المودة والرحمة التي جعلها الله لمن يأخذ بأسبابها⁴⁹³.

ولذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الاستمتاع بالوطء حق ثابت لكل من الزوجين، ولا يجوز أن يمنع أحدهما الآخر من هذا الحق إلا بعذر شرعي كالحيض والنفاس والإحرام، وغير ذلك من موانع الجماع فمن حق الزوج أن يطالب الزوجة متى شاء، وللزوجة أن تطالب به أيضاً⁴⁹⁴. واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى "والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون"⁴⁹⁵. واستدلوا من السنة المطهرة قول الرسول صلى الله عليه وسلم "إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع"⁴⁹⁶.

492 - أنظر، إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2005، ص 94.

493 - أنظر، ملكة يوسف محمد زرار، طاعة الزوجة لزوجها بين الحق والواجب في الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 480.

494 - أنظر، محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 215؛ منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 192.

495 - سورة المؤمنون، الآيات 5-6-7.

496 - عن أبي هريرة رضي الله عنه، رواه البخاري ومسلم، أنظر أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري، المرجع السابق، ص 349. حديث رقم 5193

وقال ابن حجر في شرحه لهذا الحديث، "قال ابن أبي حمزة: الظاهر أن الفراش كناية عن الجماع، وظاهر الحديث اختصاص اللعن بما إذا وقع منها ذلك لقوله حتى تصبح، وأن سرتأكد ذلك الشأن في الليل، وقوة الباعث عليه، ولا يلزم من ذلك أن يجوز لها الامتناع نهاراً، وإنما خص الليل بالذكر، لأنه المظنة لذلك⁴⁹⁷ .

فمن مقاصد الزواج أن يعف المرء نفسه ويقيها موارد الفتنة، وبالتالي ينبغي عليها أن تقوم بهذا الحق عن رضا وطيب نفس، لأن هذا هو الذي تقتضيه حسن المعاشرة بالمعروف التي ينبغي أن تكون بين الزوجين ولكن إذا وصلت الأمور بين الزوجين إلى حد أن الزوج لا يستطيع الحصول على حقه إلا بإكراهها على ذلك، فإن الحياة الزوجية بينهما تكون مضطربة غير مستقرة، ولا يسودها الحب والوئام، كما كان مرجوا لها، وليس هناك نشوز وعصيان من الزوجة أكثر من أن الزوج لا يستطيع الوصول إلى هذا الحق إلا بإكراهها وبالتالي فإن مثل هذه الزوجة بمسلكها هذا تعتبر ناشزاً⁴⁹⁸ . إلا إذا كان امتناعها عن التمتع بها بعد شرعي⁴⁹⁹ .

ج- امتناع الزوجة عن الانتقال مع زوجها إلى مسكن آخر أو السفر معه:

من صور إمتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها، والتي يحكم بنشوزها فيها هو امتناعها عن الزفاف إلى بيت الزوجية، وذلك بعد استيفاء مهرها المعجل، أو كان المهر مؤجلاً، أو كانت وهبت مهرها للزوج وكان المسكن شرعياً مناسباً⁵⁰⁰ . أما لو كانت ساكنة في منزلها، ومنعته من الدخول عليها لكنها قد طلبت منه أن ينقلها إلى منزله، أو يكتري لها منزلاً لأنها محتاجة إلى منزلها، فلا تعتبر ناشزة، لأن امتناعها عن الزفاف في بيتها إنما هو لغرض التحويل إلى منزله، أو منزل الكراء، وهو امتناع بحق⁵⁰¹ .

497 - أنظر، ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى الفقهية، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1983، باب القسم والنشوز، ص 197.

498 - أنظر، علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 88.

499 - وقد ذكر الشافعية أمثلة للأعداء التي لا تعد الزوجة بموجبها ناشزة إذا منعت الزوج الوطاء أذكرها على سبيل المثل لا الحصر منها : - الحيض والنفاس والاستحاضة أو أن يكون بما مرض يضر معه الوطاء سواء أضر به أو بما . أن يكون لعذر شرعي كالإحرام أو القيام، أنظر في ذلك، شمس الدين بن محمد الشافعي، المرجع السابق، ص 603؛ تاج الدين عبد الوهاب السبكي، المرجع السابق، ص 267.

500 - أنظر، علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 98.

501 - أنظر، علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 20.

ومن أسباب نشوز الزوجة أيضا وتعتبر من الصور الشائعة التي تحدث كثيرا، خاصة في هذا العصر، امتناع الزوجة عن السفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى المسكن الذي يريده فإذا ما طالب الزوج زوجته بالانتقال إلى المكان الذي يريده، أو السفر إلى بلد معين فامتنعت عن ذلك، فإن هذا الامتناع يكون على حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان امتناع الزوجة عن السفر أو الانتقال معه مبني على سبب بأن كان امتناعها لاستيفاء مهرها العاجل، فلا تعتبر ناشزة، لأنه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها، فلم يوجد منها الامتناع من التسليم قبل وجوبه⁵⁰².

الحالة الثانية: إذا كان امتناعها عن السفر أو عن التنقل مع الزوج إلى حيث يريد بغير حق، بأن كان الزوج قد أوفاه مهرها العاجل، أو كان المهر مؤجلا، أو رفضت البقاء معه في مسكنه رغم توافر شرعيته، على النحو الذي سبق فيه الحديث عن مسكن الزوجية ووصفه⁵⁰³، و الجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي قد اختلف إزاء هذه لحالة في مدى إعتبار الزوجة ناشزة.

فذهب المالكية إلى أن للرجل السفر بزوجه إذا كان مؤمونا عليها بشرط أمن الطريق والموضع المنتقل إليه، فلو كان الطريق أو الموضع المنتقل إليه مخوفا، لم يجبرها على السفر، فلو رضيت بالسفر معه للموضع المخوف، صارت هي المختارة للسفر⁵⁰⁴.

كما ذهبوا أيضا إلى أن النشوز من عدم طاعة الزوجة لزوجها، وهذا الامتناع عن السفر، أو الانتقال إلى المسكن الجديد يعتبر خروجا عن طاعة الزوج، وتعد الزوجة بذلك ناشزا⁵⁰⁵.

وذهب الشافعية إلى أن عدم تمكين الزوجة لزوجها تمكينا تاما يعد نشوزا منها، بمعنى أنه ليس لها الامتناع من استمتاع دون استمتاع، أو في منزل دون منزل، أو في بلد دون بلد⁵⁰⁶. وهذا ما يقتضي أن للزوج أن يسافر بزوجه إلى أي مكان يكون موردا لرزقه وأن ينتقل بها إلى أي مكان يريده.

502 - أنظر، موفق الدين ابن قدامة، المرجع السابق، ج 9، ص 246، 247.

503 - أنظر، ص 161 من هذه الرسالة، في الحديث عن مواصفات المسكن الشرعي وإعتبار عدم توفره سببا إجتماعيا للطلاق.

504 - أنظر، أبو عبد الله بن محمد المغربي، المعروف بالخطاب، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، الطبعة الثانية 1398 هـ - 1978 م، دار الفكر، ج 3، ص 518.

505 - أنظر، أحمد بن محمد الدردير، المرجع السابق، ج 2، ص 511.

وذهب الحنابلة إلى أن إمتناع الزوجة عن السفر مع زوجها يعتبر نشوزا، فقد جاء في كشف القناع "وللزوج أن ينتقل إلى حيث يشاء إذا أوفاهما مهرها ولم تشتترط عليه البناء في بلدها"⁵⁰⁷ . ونص المتقدمون من الحنفية على أن للزوج أن يسافر بزوجته، وليس لها الامتناع عن السفر مادامت قد أخذت صداقها، وإلا أعتبرت ناشزة وسقطت نفقتها، وهذا هو ظاهر الرواية⁵⁰⁸ . وقد إستدل جمهور الفقهاء لذلك بما سبق ذكره من أن امتناع الزوجة عن تمكين زوجها منها يعد نشوزا وبالتالي فإنها تلتزم بطاعة زوجها وعدم عصيانه طالما أنها طاعة في معروف.

وقد ألغى التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري حق الزوج في الطاعة بإلغاء المادة 39 التي كانت توجب على الزوجة طاعة زوجها، وهذا يشكل مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية التي أوجبت على الزوجة طاعة زوجها بالإنقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، ولكن بشرط أن يكون ذلك بالمعروف وفيما أمر به الشرع، فحق الزوج في الطاعة ليس مطلقا، بل هو مقيد بعدم تجاوز الأحكام الشرعية، وينطوي هذا الحق على جانبان هامين وهما الانتقال إلى بيت الزوجية والقرار فيه، وإستئذان الزوج والإستجابة لحاجاته⁵⁰⁹ .

ثالثا : التكييف القانوني والقضائي للنشوز

ورد النص على هذا النوع من الطلاق في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر". وهذا النص الوحيد الذي يتناول فيه المشرع الجزائري الطلاق للنشوز، إذا أنه لم يعط تعريفا لمعنى النشوز ولا شروطا لتحقيق حالته بما يجعله أساسا لاستحقاق التعويض لأحد الطرفين.

والنشوز كما عرفه الأستاذ العربي بلحاج، هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك. وكما يكون النشوز من الزوجة كأن تمتنع عن الإلتحاق ببيت

⁵⁰⁶ - أنظر، أبو زكريا محمد بن شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب، طبعة دار الفكر 1417 هـ - 1996 م، الطبعة الأولى، ج 19، ص 344

⁵⁰⁷ - أنظر، منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص 199 .

⁵⁰⁸ - أنظر، الكاساني، المرجع السابق، ج 4، ص 19 حيث جاء ما نصه و إن كان بغير حق بأن كان الزوج قد أوفاهما مهرها أو كان مؤجلا فلا نفقة لها لإنعدام التسليم حال وجوبه فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب، ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة .

⁵⁰⁹ - أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 318.

الزوجية أو تغادر بيت الزوجية دون أي سبب مشروع، فإنه قد يكون من الزوج، ومثاله أن يغادر الزوج بيت الزوجية، أو يتخلى عن الواجبات الزوجية كأن يتماطل في ارجاع زوجته إذا صدرحكم بذلك وألزمه بالسعي في إرجاعها وكذا عدم توفيره للسكن الشرعي⁵¹⁰.

ويلاحظ أن النص الفرنسي للمادة 55 جاء بعبارة "مغادرة أحد الزوجين لبيت الزوجية"، ويكون بذلك قد ضيق من حالات النشوز وقصرها في حالة واحدة إذ يقول:
".cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des deux epoux En"

فالنص العربي أوسع من الفرنسي ويتقبل التفسير، خاصة وأن النشوز يشمل جميع الحالات التي يتخلى فيها أحد الزوجين عن واجباته المنبثقة عن عقد الزواج.

ففي حالة ثبوت الزواج بإمكان الزوجة طلب الطلاق مع التعويض عند ثبوت الضرر أيضاً، ويكون الحكم الصادر بالطلاق نهائياً لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية، من معارضة أو استئناف، كما أن الطلاق الذي يوقعه القاضي لنشوز أحد الزوجين هو طلاق بائن وليس رجعيًا⁵¹¹.

ومن جانب القانون المقارن لم ينص القانون السوري على النشوز كحالة مستقلة موجبة للحكم بالطلاق، ولكن جعل للقاضي التفريق بين الزوجين للشقاق، ويكون هذا التفريق طلاقاً بائناً، وهذا تبعا للمادة 112 من قانون الأحوال الشخصية بقولها "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر بما لا يستطيع معه دوام العشرة، يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق، إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التطلاق طلاقاً بائناً. إذ لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعى على الشكوى، ولم يتم الصلح، عين القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على الإصلاح بينهما وحلفهما يمينا أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة".

⁵¹⁰ -أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 309 وما بعدها.

⁵¹¹ -أنظر، لحسن بن شيخ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ص 315.

و قد كان للمشرع المصري نفس الموقف تقريبا، إذ كان المذهب الحنفي هو المعمول به في مصر قبل صدور القانون 25 لسنة 1929، ولم يكن في أحكامه ما يمكن للزوجة أن يخلصها من الشقاق الذي يقوم بينها وبين زوجها ولا ما يرجع هذا الزوج عن غيه، فكان كل منهما يحتال لإيذاء الآخر قصد الإنتقام منه، حتى أن الزوجة تطالب زوجها بالنفقة ولا غرض لها من ذلك إلا إحراجه بتقديم المال، ويطلب الزوج بالطاعة ولاغرض له إلا أن يتمكن من اسقاط نفقتها، وأن تناهها يده فيوقع بها ما يشاء من ضروب التعسف والجور، يضاف إلى ذلك إشكالات لاحصرها من الإقامة على التنافر، من حبس في النفقة، وتنفيذ في الطاعة، وهو ما يدفع إلى إستمرار الشقاق والخلاف بين الزوجين⁵¹².

ثم جاء بعد ذلك نص المادة 5 من القانون 25 لسنة 1929 التي تنص على أنه "إذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة، إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7-8-9-10-11".

ويتضح من هذا العرض بأن المشرع الجزائري قد انفرد بالطلاق للنشوز، بالمقارنة مع التشريعين السوري والمصري اللذين اعتبرا نشوز الزوج ضررا يلحق بالزوجة يدفعها إلى إقامة طلب التطبيق للضرر.

أما القضاء فقد كان له موقف آخر، حيث قضت المحكمة الأعلى في الجزائر في قراره الصادر في 1987/3/9 بأنه "من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعا من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضا أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية، ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن الزوج لم يقيم بواجب الإسكان المنفرد عن الضرة لزوجته الطاعنة الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها، ومن ثم فإن قضاة المجلس اللذين اعتبروها ممتنعة عن الرجوع

ومؤاخذتها بجرماتها من حقوقها الواجبة لها شرعا، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁵¹³.

ويظهر من هذا القرار أن موقف القضاء كان أكثر وضوحا، وقد حدد حالة النشوز بامتناع الزوجة عن الرجوع إلى البيت الزوجية، ولكن بعد صدور أحكام تلزمها بالرجوع وامتناعها عن تنفيذ هذه الأحكام. في هذه الحالة فقط يثبت النشوز ويكون الطلاق على مسؤوليتها وتلتزم بدفع تعويض للزوج عن الضرر اللاحق به وفقا لنص المادة 55 من قانون الأسرة.

أما إذا كان إمتناعها عن مواصلة الحياة الزوجية بسبب معقول فإنها لا تكون في وضع الناشز، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/2/17 بقولها أنه "من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة، وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية، مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة. ولما كان من الثابت -في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا يجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة بإعتبارها ناشزا، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون والشرع، لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁵¹⁴.

فإشترط الزوجة أن يحضر الزوج إلى بيت أهلها لإرجاعها لبيت الزوجية ما هو إلا شرط لحفظ كرامتها ووصون كبريائها، ولا يعتبر إمتناعا منها عن مواصلة الحياة الزوجية أو خروجا عن طاعة زوجها حتى تعتبر في وضع الناشز، كما أن اشتراطها لبيت منفرد بعيدا عن أهل الزوج إنما هو مطلب مشروع لها، وتمسكها بهذا الطلب أيضا لا يعتبر نشوزا منها.

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/2/6 حيث قضت بموجبه بأنه "من المستقر عليه قضاء أن للزوجة الحق في سكن مستقل عن أهل الزوج والثابت في قضية الحال أن الزوج لم

⁵¹³ -أنظر، م ع ، ع أش ، 1987/3/9 ، ملف رقم 45311 ، م ق 1990 ، عدد 3 ، ص 61 .

⁵¹⁴ -أنظر، م ع ، غ أش ، 1998/2/17 ، ملف رقم 184055 ، م ق 1998 ، عدد 2 ص 85 .

يوفر لزوجته سكنا مستقلا عن أهله، مما جعلها ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم نشوز الزوجة طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن⁵¹⁵.

وقضت نفس المحكمة لاحقا في قرار آخرها بتاريخ 2000/11/21 بأنه "إمتناع الزوجة عن السكن مع أقارب الزوج لا يعد نشوزا، وأن القضاء بإيقاع الطلاق على الطاعنة يعد تعسفا في حقها وتستحق التعويض لجبر الضرر"⁵¹⁶.

فلابد إذن على قاضي شؤون الأسرة أن يتحقق ويبحث عن سبب إمتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية، إذ لا يعتبر مجرد إمتناعها نشوزا، وعلى القاضي أن يناقش ويتفحص جيدا الدفع التي تثيرها الزوجة التي تدفع بها إدعاء الزوج بأنها ناشز. فإذا كان سبب إمتناعها عن الرجوع لمحل الزوجية هو عدم توفير الزوج لزوجته سكنا زوجيا منفردا، فإن هذا يعتبر مبررا شرعيا للزوجة وليست في حالة نشوز، ولا يغتبر ذلك مساسا بواجب الطاعة⁵¹⁷.

أما القضاء المصري فيذهب إلى إعتبار الزوجة ناشزا ويسقط حقها في النفقة بتحقيق أربعة شروط :

- 1- أن يكون بيد الزوج حكم طاعة نهائيا.
- 2- أن يكون الزوج قد حاول تنفيذ حكم الطاعة بغير إكراه بدني وأخفق.
- 3- أن تكون الزوجة هاربة من الامتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مسوغ، ولا تعتبر الزوجة ناشزا لمجرد الحكم بالطاعة، بل لا بد من طلبها إلى المنزل بعد الحكم بالطرق الودية
- 4- أن يتضمن حكم الطاعة النهائي التأشير من القاضي، أو من رئيس المحكمة، يحث الزوجة على الإمتثال لطاعة زوجها حتى لا يترتب على امتناعها سقوط نفقتها⁵¹⁸. وإذا كان المسكن غير مهيا للسكن لا تعتبر الزوجة ناشزا بالامتناع عن طاعة زوجها فيه⁵¹⁹.

⁵¹⁵-أنظر، م ع ، غ أش ، 1999/2/6 ، ملف رقم 213669 ، الإحتهاد القضائي ، 2001 ، عدد خاص ، ص 219 .
⁵¹⁶-أنظر، م ع ، غ أش ، 2000/11/21 ، ملف رقم 251682 ، غير منشور ، عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05المرجع السابق، ص

300 .

⁵¹⁷-أنظر، سويس فييحة ، المرجع السابق ، ص 29 .

⁵¹⁸-أنظر، أنور العروسي ، المرجع السابق ، ص 492 .

⁵¹⁹-أنظر، محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية ، جلسة 1936/5/11 ، مجلة المحاماة الشرعية عدد 9 ، ص 339 .

ويذهب القضاء في مصر كذلك ألى أنه "لإعتبار الزوجة ناشزا لا بد أن يكون حكم الطاعة نهائيا، سواء بفوات مواعيد الطعن فيه بالاستئناف، أو بتأييده استئنافا، ذلك أن المقرر شرعا وقانونا أن الاستئناف يعيد طرح النزاع من جديد بما أبدى في الدعوى من دفع وأوجه دفاع، ومنها أمانة الزوج على زوجته ومالها، واستيفاء مسكن الطاعة شرعيته من حيث خلوه من سكنى الغير، وإحتوائه على المتطلبات الشرعية، واستمرار هذه الشرعية إلى حين قبول الزوجة لتنفيذ حكم الطاعة والدخول في مسكن الطاعة المعد لذلك بالفعل، بحيث إذا لم يتم، يقوم بإعلانها بالحكم النهائي الواجب التنفيذ طبقا للأصول الشرعية في تنفيذ الأحكام الشرعية، وذلك بعد التنبيه عليها في صلب الحكم، وبعد إعلانها بهذه الصورة، فإنها إذا لم تمتثل وتدخل في طاعة زوجها المحكوم له عدت ناشزا وسقطت نفقتها، ومن تاريخ هذا التنبيه يبدأ ميعاد سقوط النفقة، وفي هذه الحالة وحدها تعتبر ناشزا"⁵²⁰.

وقد إشتراك القضاة المصريين والجزائري في ثبوت حالة النشوز بعد صدور الأحكام بالرجوع والامتناع عن تنفيذها، فهذه الحالة تثبت الخروج عن واجب الطاعة المفروض للزوجة على زوجها، وتجعل الزوجة في وصف الناشز، ويعتبر الطلاق في هذه الحالة واقعا على مسؤوليتها يلزمها التعويض وفقا لنصوص القانون. ولكن هناك حالات يكون فيها إمتناع الزوجة وعزوفها عن مواصلة الحياة الزوجية له من الأسباب مايرره و ليس مجرد نشوز منها. فهنا ترفع أمرها إلى القاضي ليخلصها من هذا الزوج، وهذه هي الحالة الثانية للطلاق الذي يوقعه القاضي، فماهي أسبابه؟ وكيف يعتبر موجبا للتعويض؟

الفرع الثاني التطبيق

⁵²⁰ محكمة دمياط الابتدائية ، الدائرة الأولى للأحوال الشخصية ، جلسة 1984/1/26 ، القضية رقم 27 ، سنة 1983 ؛ مقتبس عن أنور العمروسي ، المرجع السابق ،

التطليق هو أن تلجأ المرأة إلى القاضي لطلب فك الرابطة الزوجية، وقد حدد المشرع في المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري الحالات التي تشكل سببا لطلب الزوجة للتطليق، كما نص على "أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وبذلك فإن التطليق يعتبر من بين المسائل الموجزة لطلب التعويض والحكم به من طرف القاضي، وبتفحص هذه الحالات يتضح أنها تحتوي على أضرار تلحق الزوجة من جراء عقد الزواج، ولا يمكن معها إستمرار الحياة الزوجية مما يدفعها إلى أن تطلب من القاضي إنهاء هذه الرابطة. ومن ثم بإمكانها الحصول على التعويض، ولكن هل هذا التعويض هو تعويض عما لحقها من ضرر ودفعها إلى طلب التطليق؟ وإذا لم تقرر الطلاق بإرادتها المنفردة بل كانت مدفوعة إليه بفعل أسباب معينة فهل يعتبر هذا تعويض عن فك الرابطة الزوجية كما في حالة الطلاق؟ أم هو تعويض عما لحقها من ضرر دفعها لطلب التطليق؟ للإجابة عن ذلك سأعرض أولا إلى حالات التطليق وأوضاعه وثانيا إلى الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق.

أولا : حالات التطليق

الطلاق كما أسلفت ذكره هو ملك للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة إذا تضررت من إستمرار الحياة الزوجية أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها. فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطليق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى والضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج، حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر والتنافر، ويكون التفريق هو خير من الإمساك مع الضرر. فإذا أثبتت الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق بينهما⁵²¹.

وقد حدد المشرع الجزائري الأوضاع التي تجعل المرأة تلجأ خلالها إلى القاضي لطلب التطليق، وذلك في نص المادة 53 من قانون الأسرة، وبغير توفر هذه الحالات المحددة على سبيل الحصر لا يحق للزوجة أن تطلب التطليق، وتعرض لكل حالة على حدى.

⁵²¹ -أنظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما،..... المرجع السابق، ص 167 .

1-عدم الانفاق بعد صدور الحكم وجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون .

وقد ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد إلى جواز التفريق بين الزوجين إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته النفقة الضرورية من غذاء وكساء وسكنى، لأن النفقة حق للمرأة على زوجها⁵²² .

وإذا كان الضرر أن يفرق القاضي من أجل العيب بالزوج فإن عدم الانفاق يعد أشد إيذاء للزوجة وظلما لها من وجود عيب بالزوج، ولذلك كان التفريق لعدم الإنفاق أولى⁵²³ . فعدم الانفاق يعد إيضارا بالزوجة وقد منع الله سبحانه وتعالى ذلك في قوله "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا"⁵²⁴ .

وخالفهم في ذلك الأحناف إذ ذهبوا إلى عدم جواز التفريق لعدم الانفاق سواء كان سبب الإمتناع عن الإنفاق مع اليسر أم كان مع الإعسار، وللمرأة في هذه الحالة أن تستدين أو تنفق عن نفسها إذا كان لها مال على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، وإذا تبين للقاضي أن الزوج ممتنع عن الانفاق ظلما ولم يتمكن من التنفيذ جبرا عنه في الإنفاق، حكم عليه بالحبس لإرغامه على الانفاق⁵²⁵ . وقد استدلت الحنفية عن ذلك بقوله تعالى " لينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه، فلينفق مما آتاه الله، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها"⁵²⁶ .

وقد ذهب ابن القيم الجوزية إلى أنه يجوز التفريق في حالتين فقط وهما حالة قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عن ذلك، وحالة تغرير الزوج بالزوجة أثناء عقد الزواج على أنه غني والحال أنه فقير⁵²⁷ .

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الأئمة الثلاث في التفريق لعدم الانفاق وكذا برأي ابن القيم الجوزية، وذلك عندما أضاف عبارة ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج. وانطلاقا من نص الفقرة 1 من

522 - أنظر، أبو عبد الله بن عبد الرحمن المعروف بالخطاب، ج 4 ، المرجع السابق، ص 196 .

523 - أنظر، السيد سابق، فقه السنة ، المجلد الثاني، الأجزاء 6-7-8-9-10 ، الطبعة الرابعة، دار الفكر، 1403هـ-1983م، ص 118 .

524 - سورة البقرة ، الآية 231 .

525 - أنظر، أبو بكر محمد بن أحمد بن سهل السرخسي ، المرجع السابق، ص 187 .

526 - سورة الطلاق ، الآية 7 .

527 - أنظر، ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ، دار الفكر، د.س.ن ، ج 4 ، ص 151 .

المادة 53 من قانون الأسرة فإن الزوجة لا يمكنها طلب التطليق لعدم الانفاق ومن ثم التعويض إلا بتوافر الشروط التالية:

أ- إمتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا، ويثبت ذلك بأن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدر حكما من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذ هذا الحكم وأصر على عدم الانفاق⁵²⁸.

ب- أن لا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره، لأن الزوج إن كان معسرا لا يعد ظلما لها، أما إذا كان موسرا وله مال ظاهر، وامتنع عن الانفاق، فهنا أمسك زوجته إضرارا بها وظلما لها.

ج- أن لا تكون الزوجة عاملة بإعساره وقت الزواج، فإن كانت عاملة بحالته المالية سقط حقها في التطليق لعدم الانفاق بسبب رضاها بحاله، ويقع عبء الإثبات هنا على عاتق الزوج بكافة وسائل الإثبات. أما إن استطاعت الزوجة أن تثبت حالة تغرير الزوج بها أثناء عقد الزواج بحيث تظاهر بأنه غني، والحال أنه فقير، أو أن عسره جاء بعد زواجهما، وأصر الزوج على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال⁵²⁹.

وهذا هو نفس ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه "يجوز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة. وإن ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما".

ويظهر من خلال هذا النص أن قبول القاضي لدعوى التفريق لعدم الانفاق في يتطلب ثلاث شروط هي: أولها إمتناع الزوج الحاضر عن الإنفاق؛ وثانيها قدرة الزوج عن الإنفاق؛ وثالثها عدم وجود مال ظاهر لدى الزوج .

528- أنظر، العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 276 .

529- أنظر، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 277 .

فإن كان للزوج مال ظاهر ردت دعوى التفريق وألزم بالإفراق من ماله وحجز هذا المال تأميناً لنفقتها. وإن ثبت عجزه عن الإفراق أو كان غائباً أمهله القاضي مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر للإفراق، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما⁵³⁰.

واختلف المشرع السوري عن الجزائري في التأكيد على أن الزوج حاضراً، وفي المدة التي أمهلها للزوج لدفع النفقة الواجبة عليه، والتي إن عجز خلالها قضى القاضي بالتطليق. أما المشرع الجزائري فجعل عدم الإفراق لا يثبت إلا بعد صدور حكم بوجوبه. ومعنى أدق فعلى الزوجة في التشريع الجزائري بأن ترفع في البداية دعوى نفقة، وتنتظر حتى يصبح الحكم نهائياً ثم تسعى في تنفيذه بالطرق القانونية، فإن رفض الزوج دفع النفقة بعد تبليغه قانوناً وثبت إمتناعه بموجب محضر إمتناع عن التنفيذ يجره المحضر القضائي في هذا الشأن أقامت بعدها دعوى التطليق. ولم يحدد المشرع الجزائري أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة وتاريخ إقامة دعوى طلب التطليق.

وتطبيقاً لذلك ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/11/19 إلى أنه "من المقرر فقهاً وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإفراق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبرراً لطلبها التطليق عن زوجها، وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم بقوله الزوج إن عجز عن إفراق لأجل شهرين ذو إستحقاق بعدهما الطلاق لأمن فعله وعاجز عن كسوة كمثلته، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائياً من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي، وحكم عليه غيائياً بسنة حبس نافذة، فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعة المتعلقة بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعة في هذا الشأن⁵³¹.

أما في مصر فكان العمل بالمذهب الحنفي الذي لا يجعل للقاضي التطليق على الزوج إلا لعيب فيه وكان يقتصر على العيوب التناسلية⁵³². وإستمر القضاء في تطبيق هذا المذهب حتى

⁵³⁰ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 486.

⁵³¹ - أنظر، م أ، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م ق 1989، عدد 3، ص 76.

⁵³² - أنظر، أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 167.

صدور القانون 25 لسنة 1929 المتعلق ببعض أحكام الأحوال الشخصية، فنصت المادة 4 منه على أنه "إذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر، ولم يقل أنه معسر أو موسر، ولكن أصر على عدم الانفاق، طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادعى العجز، فإن ل يثبت طلق عليه حالا وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".

وتضيف المادة 5 من نفس القانون "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي، وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها، أو لم يحضر للإنفاق عليها، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. فإن كان بعيد الغيبة لايسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل، أو كان مفقودا، وثبت أنه لا مال له تنفق منه زوجته طلق عليه القاضي. وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة".

وذهبت محكمة النقض في مصر إلى أنه "التفريق لعدم الانفاق وفقا لنص المادة 4 من القانون 25 لسنة 1929 مناطه إنتفاء وجود مال ظاهر للزوج يمكن التنفيذ عليه بالنفقة، وعدم إدعاء الزوج العسر أو اليسر، وإصراره على عدم الانفاق على زوجته"⁵³³.

وبتحليل هذه النصوص وما سبقتها يتبين بجلاء إختلاف كل من التشريعين السوري والمصري مع التشريع الجزائري في طبيعة التطلق الذي يوقعه القاضي لعدم الإنفاق. إذ ذهب المشرع المصري في المادة 6 من قانون رقم 25 لسنة 1929 إلى القول أن "تطبيق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا، وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره، واستعد للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت يساره، ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة". والمشرع السوري في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية إلى أنه "تفريق القاضي لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته في العدة بشرط أن يثبت يساره ويستعد للإنفاق". فإن المشرع الجزائري قد نص في المادة 50 من قانون الأسرة على أنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". فإذا كان الزوج لا يستطيع

مراجعة زوجته بعد الطلاق حتى ولو كانت في عدتها إلا بعد موافقتها، وبعقد جديد، فذلك الطلاق البائن. وعليه فإنه وفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري فإن كل طلاق يقع بين يدي القاضي فهو طلاق بائن بما في ذلك التطلق.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة بأنه "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. ولم يحدد المشرع الجزائري في هذه المادة إن كانت تلك العيوب جنسية أو غيرها في الزوج، ولكنه كان واضحا بأن جعلها تمنع من تحقيق الهدف من الزواج، والمقصود بهذه العيوب، تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر.

والسر في ذلك هو أن من الأهداف التي شرع من أجلها الزواج هي التناسل، وإنجاب الأولاد، وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، أو لا يمكن ذلك إلا بعد زمن طويل، ولا يمكن القيام معه إلا بضرر فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد⁵³⁴.

وعليه فإذا اكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلوما قبل الزواج، أو اطلعت على مرض حدث له بعد الزواج ومن شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية مثل الخصى والعين، أو من شأنه الحيلولة دون إنجاب الأولاد مثل العقم، أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والإشتمزاز من مرضه أو الخوف من أذاه وخطر تصرفاته مثل أمراض الجذام والبرص وغيرها من الأمراض الدائمة والمعدية، ومثل الجنون والصرع المتكرر المستمر فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء من أجل وضع حد لحياتها الزوجية، وطلب الحكم بتطليقها من زوجها المريض أو المعيب أو العليل⁵³⁵.

⁵³⁴ - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 280.

⁵³⁵ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 261.

وفي هذا السياق ذهب المشرع المصري من جانبه في المادة 9 من القانون 25 لسنة 1920 إلى أنه "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البريء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر، كالجنون والجدام والبرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أو حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجت عاملة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق".

يظهر من ذلك أن المشرع المصري قد أخذ بالتفريق للعيب في الزوج، وأجاز للزوجة طلب التفريق بسببه، ووضع ضوابط خاصة به. ولم يحدد المشرع المصري العيوب التي يجوز للزوجة طلب التطليق بسببها، وإنما توسع فيها، إذ قال "عيب مستحکم لا يمكن البريء منه" و "عيب يمكن البريء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها الإقامة معه إلا بضرر" مع ضرب أمثلة لهذه الامراض، الجنون والجدام والبرص⁵³⁶.

وعالج المشرع السوري ذلك أيضا في المواد من 105 إلى 107 من قانون الأحوال الشخصية⁵³⁷. ويستنتج منها أنه لم يأخذ بمذهب الجمهور لناحية خيار الفسخ للعيوب، وإنما أخذ بمذهب الأحناف فأجاز للمرأة فقط طلب التفريق إذا وجدت في الرجل أحد العيوب المانعة من الدخول، أو جن الزوج بعد العقد⁵³⁸. كما اشترط لقبول الإدعاء بالتفريق ألا تكون المرأة عاملة بالعيب قبل العقد أو رضيت به بعده، ولم يستثن من ذلك إلا مرض العنة⁵³⁹. إذ يبقى للمرأة طلب التفريق بسببه في أي وقت من الأوقات ولو رضيت به بعد علمها بوجوده. وكما فرق بين العلل غير القابلة للزوال كالجلب أو الخشاء، إذ أوجب التفريق لأجلها في الحال، وبين العلل الغير قابلة للزوال كالشكاز⁵⁴⁰، إذ أوجب على القاضي تأجيل الدعوى لأجلها مدة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل هذه العلة فرق بينهما وفقا للمادة 107.

⁵³⁶ - أنظر، أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 187.

⁵³⁷ - فنص المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين : I - إذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها . 2 - وإذا جن الزوج بعد العقد". ونصت المادة 106 من نفس القانون على أنه "يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بما قبل العقد، أو رضيت بما بعده، على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط بحال". وتضيف المادة 107 من نفس القانون أنه "إذا كانت العلل المذكورة في المادة 105 غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل العلة فرق بينهما".

⁵³⁸ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 477.

⁵³⁹ - العنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة وهي عجز الرجل عن الوصول إلى النساء ويقال الرجل عنيبا .

⁵⁴⁰ - الجلب بفتح الجيم وهو استئصال عضو التناسل ويلحق بالحبوب من كان ذكره صغيرا، و الشكاز، وهو ما ينزل قبل مخالطة المرأة ثم لا ينتشر بعد ذلك لجماعها، أنظر في تعريف هذه العلل، عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 1998، ص 39 .

ويقع عبء إثبات ذلك على المرأة طالبة التطلاق. ويتحقق ذلك بإقرار الزوج أو بالخبرة الطبية، وإن كان بقاءها بكرًا لا يعني مطلقًا عدم قدرة الزوج على إتيانها، لأن ذلك قد يكون لعدة أسباب مانعة من الدخول كأن تكون بكارتها من النوع الذي لا يزال إلا بالتدخل الجراحي الطبي.

هذا عن التشريع، أما من جانب القضاء فقد قرر المجلس الأعلى في الجزائر بتاريخ 1984/11/19 بأنه "من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطلاق وعليه فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقًا للشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية، واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقًا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جنسيًا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها، فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضاوا به، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسًا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن" ⁵⁴¹.

وما يلاحظ أنه وإن كان المشرع الجزائري قد سكت عن إمهال الزوج مدة محددة، وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع السوري، إلا أنه يظهر من خلال القرار سالف الذكر أن قضاء المحكمة العليا قد أقر ذلك صراحة، مما يتنافى ذلك بما قرره المذهب المالكي في هذا الإطار.

كما ذهب نفس القضاء إلى اعتبار العقم عيبًا، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار آخر لها بتاريخ 1999/02/16 حين قضت بأنه "من المقرر قانونًا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعًا، ومتى تبين في قضية الحال، أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالًا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلاق لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقًا سليمًا ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" ⁵⁴².

541- أنظر، م، غ، أش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م ق 1989، عدد 3، ص 73.

542- أنظر، م، ع، غ، أش، 1999/02/16، ملف رقم 213571، الاجتهاد القضائي، غ، أش، عدد خاص، 2001، ص 119.

فاعتبر القضاء الجزائري أن عدم القدرة على الانجاب -العقم - يعتبر عيبا يمنع من تحقيق الهدف من الزواج الذي يقوم لأجل بناء أسرة، ويحق للزوجة طلب التطليق بناء على ذلك.

وقد ذهب القضاء المصري في القرار المؤرخ في 1985/11/19 بأن "تقرير وجود العيب المستحكم بالزوج الذي لا يرجى زواله ولا يمكن البرىء منه إلا بعد زمن طويل ويجول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة، وهو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، متى كان قضاؤهم يقوم على أسباب سائغة، كان البيان من التقرير الطبي الشرعي الذي أحذه به الحكم المطعوم فيه بأن عدم تعاون المطعون عليها معه في ممارسة العملية الجنسية سببت له الكثير من الضيق، وكان له أسوأ الأثر في نفسيته، وقد نتج عن ذلك تغير في قوة الانتصاب، كما أثبت التقرير في نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين، فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية، وكان الحكم المطعون فيه يعقب على ذلك التقرير بقوله : فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لاشك تضرر بالزوجة المستأنفة ضررا بليغا، وقد تسبب لها أضرار جراء هذه الحالة، فإن أضيف إلى ما تقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج، ولمدة طويلة وهي حوالي أربع سنوات دون أن يشفى أو تتحسن حاله، يؤدي إلى التعاسة، والضرر، وينتقي معه الغرض السامي من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة"⁵⁴³.

ويستخلص من هذا القرار أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لا يرجى زوالها، وهي حالة نفسية تمنع الزوج من وطء زوجته، وهي عيب يبيح لها طلب التطليق، لأنه لا يتحقق معه الهدف من الزواج، وهي من الأمور التي يبقى تقديرها لقضاة الموضوع، وكان ذلك بناء على خبرة طبية.

وإستقر القضاء السوري من جانبه على أن "الإجتهد مستقر على أنه إذا لم تظهر الزوجة الرضا بجنون الزوج، وتربصت ولو طويلا بأمل الشفاء، لا يسقط حقها في التفريق، وذلك أخذا بالمذهبين المالكي والحنبلي اللذين أجازتا المذكورة الإضاحية لقانون الأحوال الشخصية الرجوع إليها للمصلحة والرحمة ودفعت الضرر"⁵⁴⁴.

⁵⁴³ -أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، جلسة 1985/11/19، طعن رقم 8 لسنة 43، مجموعة المكتب الفني، السنة 34، العدد 3، ص 972.

⁵⁴⁴ -أنظر، محكمة النقض السورية، 1968/9/12، القرار رقم 256، مجلة المحامون، عدد 5، ص 327.

والقاضي هنا لا يملك حق التفريق بين الزوجين بما له من ولاية رفع الظلم. ففي حالة العلل أو العيوب أو الأمراض لا يكون إلا بعد إثبات العيب أو المرض من طرف الزوجة. ويمكن للمحكمة أن تستعين بأهل الخبرة من الأطباء المختصين في معرفة العيب. كما أنه يشترط في العيب أن يكون من العيوب المانعة من تحقيق الهدف من الزواج، وأن يكون مستحكما لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن ولكن بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر عام يشمل ضررها وضرر نسلها⁵⁴⁵.

وعلى هذا فإن التطليق لا يكون إلا بحكم القاضي، وهو طلاق بائن في الفقه، وعلى الزوج في التطليق للعلل كل الصداق، وعليها العدة إن خلا بها، ولا يجوز للزوج مراجعة زوجته ولو كانت في العدة، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدتها بالتطليق، ولأن المراجعة شرعت لفوائد ومقاصد ولا تتحقق في مثل هذه الحال.

3- الهجر في المضجع:

ويعتبر من الأسباب التي أجاز قانون الأسرة⁵⁴⁶ للزوجة أن تطلب التطليق لأجله، وهو الهجر في المضجع فوق 4 أشهر. والهجر يعني أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الإهتمام المطلوب منه كزوج. فلا يعتبرها زوجة موجودة بجانبه، وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة نوم الزوجية لينام في فراش آخر، أو في غرفة أخرى، ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي، لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة قصد الإضرار بها⁵⁴⁷.

والمقصود بالهجر في المضجع كنوع من أنواع التأديب، هو هجر الزوج فراش الزوجية مع المبيت معها في بيت واحد، وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها، في حدود الشرع، لقوله تعالى "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن في المضاجع"⁵⁴⁸.

545- أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 286.

546- أنظر المادة 53، الفقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري.

547- أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 263.

548- سورة النساء، الآية 34.

وقد شرع الله سبحانه وتعالى هذا التأديب القائم على هجر الزوج فراش الزوجية بهدف الإصلاح، وكعقوبة يرجو من ورائها الزوج تهذيب زوجته حتى تعود إلى طاعته، فإن أساء الزوج إستعمال حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضي، وطلب تطليقها منه جراء الضرر الذي لحقها من هذا الهجر.

فإذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني، كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة العسكرية، أو في مكان آخر من أجل القيام بوظيفته، أو كان الهجر لا يتجاوز الأربعة أشهر، أو كان لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة ومتفرقة، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في مثل هذه الحالات، لأن الهجر شرعي ولأسباب معقولة⁵⁴⁹.

ولذلك يشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاثة شروط أولها هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والإعراض عنها وعدم قربانها. وثانيها أن يكون هذا الهجر عمديا، ومقصودا لذاته، وليس له ما يبرره من الناحيتين الشرعية أو القانونية، وهو ما يسمى بالهجر غير المشروع الذي يتجاوز حدود الحق. وثالثها أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر متتالية، وأن لا يقع أي إتصال بينهما خلال هذه الفترة، وهذا ما يستدل منه أن الهجر ليس هدفه الإصلاح، لأن بهذه المدة فقد الهجر مفهومه الإنساني كوسيلة من وسائل التأديب للمحافظة على استمرار الحياة الزوجية بل أصبح مصدر إضرار بالزوجة.

ولهذا فإذا ادّعت الزوجة أمام المحكمة أن زوجها قد هجرها في المضجع أكثر من أربعة أشهر، وتمكنت من إثبات ذلك، فإن القاضي حسب ظاهر النص يمكنه إذا إقتنع بثبوت واقعة الهجر لمدة تجاوزت أربعة شهور أن يحكم بالتطليق بين الزوجة وزوجها، دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن توفر أو عدم توفرية الإضرار بالزوجة أونية الإصلاح، ودون أن يكلف نفسه عناء البحث عن سبب الهجر أهو سبب شرعي أو قانوني أو غير ذلك⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 289.

⁵⁵⁰ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 265.

وقد إنفرد المشرع الجزائري بهذا السبب للتطليق دون بعض التشريعات العربية، ولكن ليس معنى ذلك إنكار هذا السبب في طلب الزوجة للتطليق، إذ يمكن أن يندرج هذا السبب في الضرر المعتبر شرعا، لأن التشريعات العربية أجازت للزوجة أن تطلب التطليق إذا ما لحقها ضرر من زوجها ينغص العلاقات الزوجية ويستحيل معه استمرارها. كما يمكن أن نلاحظ أن المهر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة الجزائري كسبب من الأسباب التي تسمح للزوجة طلب التطليق يتفق في بعض الأمور مع الإيلاء⁵⁵¹.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 53 على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الحكم عليه عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، ولم يشترط المشرع الجزائري مدة معينة للحبس حتى تطلب التطليق ولكن مع ذلك فإنه لممارسة الزوجة لحقها في طلب التطليق لا بد من توافر شروط تتمثل في :

أ- يجب عليها قبل كل شيء أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجها الذي تريد أن تنفصل عنه بالتطليق قد ارتكب جريمة معينة، وأنه قد صدر ضده حكما قضائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، أي أنه نهائيا ولم يعد يقبل طرق الطعن العادية وتقدم إلى المحكمة نسخة من هذا الحكم لتدعم بها طلبه

ب- لم يشترط المشرع أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو عقوبة موقوفة التنفيذ، أو غرامة وإنما إستعمل المشرع عبارة "جريمة فيها مساس بشرف الأسرة"، أي تعلق الفعل بأعمال شائنة منافية للأخلاق، وأن تكون ماسة بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها، مثل جرائم السرقة والإعتداء على العرض، والإغتصاب، والاحتيال، وهي جرائم يتقزز منها المجتمع ومن مرتكبها.

⁵⁵¹ - الإيلاء هو ترك وطء الزوجة، وعدم الإقتراب منها لمدة أربعة شهور وإلحاق الضرر بالزوجة بهذا المهر.

وهذا ما قضت به محكمة سعيده في حكم لها صادر في 2001/4/7، حيث قضت بتطبيق المدعية لأن زوجها أدين بجناية هتك عرض ومتواجد بالمؤسسة العقابية وذلك تطبيقاً للمادة 53 من قانون الأسرة⁵⁵²

ج- كما إشرط المشرع أنه بسبب هذه العقوبة تستحيل مواصلة الحياة الزوجية. وهذا يعني أن تتوتر العلاقات بين الزوجين بسبب هذا الحكم وآثاره، وأن يتحول الحب بينهما إلى بغض وكراهية، وتنتج عنه خلافات حادة، وخصومات مستحكمة، تحول راحتها إلى فتنة وسعادتهما إلى شقاء، وتصبح الحياة الزوجية كلها جحيم لا يطاق⁵⁵³.

لذلك إذا توفرت للزوجة وللمحكمة هذه الشروط كلها وكانت مجتمعة غير منقوصة، فإنه يصبح من الجائز أن ترفع دعوى أمام المحكمة لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها وفقاً لأحكام الفقرة الرابعة سالفة الذكر.

ويعتبر الحكم على الزوج بالحبس سبباً للتفريق في التشريعين المصري والسوري كذلك مع إختلافهما مع المشرع الجزائري في نوع العقوبة ومدتها وإمكانية المراجعة .

وبتعبير أدق، ذهب المشرع المصري في المادة 14 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 إلى أنه "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائناً للضرر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه" .

لما كان المناط في تطليق الزوجة لغياب الزوج سنة فأكثر هو تضرر الزوجة ببعدها عنها. فإن هذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس، لأن حال المحبوس لا يختلف عن حال الغائب سنة فأكثر. وقد صرحت المذكرة الإيضاحية للقانون بأن مذهب الإمام مالك هو المصدر التشريعي لحكم المادة سالفة الذكر.

552 - محكمة سعيده، ق أ ش، 2001/4/7، قضية رقم 2000/2543، أنظر، ملحق رقم 6.

553 - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 266 .

والملاحظ أن المحبوس وإن كان غائبا بعذر، لا يكون جديرا بالعطف أجرا له عن الجريمة، ورفع الضرر عن المرأة، وهو ما حدا بالشارع إلى إعطاء المرأة حق التفريق بسبب الحبس⁵⁵⁴.

وكان المشرع المصري أكثر وضوحا من نظيره الجزائري عند تحديده لمدة العقوبة التي تلحق الزوج وتبيح للزوجة طلب التطلق، إذ لم يجعلها واسعة كالمشرع الجزائري، وإن كان هذا الأخير قبل صدور الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27 المعدل لقانون الأسرة يحددها بسنة على الأقل.

أما المشرع السوري فقد أعطى للزوجة حق التطلق للحبس، وذلك بنص المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية، والتي تنص على أنه "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه. هذا التفريق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها". فقد حدد المشرع السوري مدة عقوبة الحبس المحكوم بها على الزوج بثلاث سنوات حتى تستطيع الزوجة المتضررة من ذلك طلب التطلق.

5- الغيبة:

جاء في نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجوز للزوجة أن تطلب من القاضي الحكم لها بالتطلق من زوجها في حالة الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة. وعليه، فإن غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان لها أن تطلب التطلق بينها وبينه، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الإنحراف⁵⁵⁵.

ويظهر من أحكام هذا النص أنه لا يمكن أن تجعل الزوجة من غياب زوجها سببا لطلب التطلق إلا إذا توافرت في ذلك شروط تتمثل في:

⁵⁵⁴ - أنظر، عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 61.

⁵⁵⁵ - أنظر، العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 297.

أ- أن يتغيب عنها الزوج غيبة طويلة تفوق السنة ابتداءً من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه، لأنه لا يجوز لها أن ترفع دعوى ضد زوجها الغائب لتطليقها إذا كان غيابه لم يمض عليه سنة من الزمن⁵⁵⁶. وقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 114 من قانون الأسرة إلى أنه يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له المصلحة، أو النيابة العامة. وبعد صدور الحكم بالفقدان أو الغيبة فإنه وفقاً لنص المادة 112 من نفس القانون لزوجة الغائب أو المفقود أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون.

ب- أن يكون هذا الغياب بدون عذر مقبول فلو كان الزوج غائباً للعمل أو في الخدمة العسكرية أو لطلب العلم سقط حقها في طلب التطليق.

ج- أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته دون أن يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها. وقد إتفقت بعض التشريعات العربية على جعل الغيبة سبباً لطلب التطليق مع اختلاف في شروط هذه الغيبة. فإشترط المشرع المصري لتطليق الزوجة لغيبة زوجها عملاً بالمادتين 12 و13⁵⁵⁷ من القانون 25 لسنة 1929 توافر الشروط الآتية :

أ- غياب الزوج مدة سنة فأكثر، والمراد بغيبة الزوج عن الزوجة بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي يقيم فيه. والحكمة من هذا النص أن الزوج قد تغيب عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول، ثم لا يحمل زوجته إليه ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره. وأن مقام الزوجة في هذه الأحوال أمر لا تختمله الطبيعة حتى وإن ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه، ويستوي أن تكون الغيبة قريبة أو بعيدة يمكن وصول الرسائل إلى الزوج فيها أو لا يمكن⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، 269.

⁵⁵⁷ - فذهب المشرع المصري في المادة 12 من القانون 25 لسنة 1929 إلى أنه "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها طلقاً بائناً إذا تضررت من بعده عنها. ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". وتنص المادة 13 من نفس القانون أنه "إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلاً، وأعزز إليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه وإلا يطلقها، فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذراً مقبولاً فرق القاضي بينهما بتطليقها طلقاً بائناً. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضي عليه بلا إعدار أو ضرب أجل".

⁵⁵⁸ - أنظر، عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص 58، 59.

ب- أن يكون الغياب بلا عذر مقبول، أما الغياب لعذر كطلب العلم أو التجارة أو إنقطاع المواصلات، فلا تطليق لأجله.

ج- أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها عنها، وبهذا فالمشعر المصري يشترط للتفريق للغبية أن تتضرر الزوجة من غيبة زوجها عنها، كأن تخشى على نفسها الفتنة، والقول قولها مع يمينها لأنه أمر لا يعرف إلا من جهتها، فلا تكلف بإثباته ويكفي أن تذكر في صحيفة دعواها أنها تتضرر من غيبة زوجها. ولا يحول دون طلب التطليق أن يكون الزوج قد ترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه، لأن التطليق هنا يقوم على تضررها من غيابه عنها لا لعدم الإنفاق⁵⁵⁹.

ومن باب المقارنة يمكن القول أن كلا من المشعر المصري والسوري قد إتفقا على شروط الغيبة التي تكون سببا لطلب الزوجة للتطليق، إذ تنص المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه "إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، أو حكم عليه بعقوبة السجن لأكثر من ثلاث سنوات، جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

غير أن المشعر الجزائري قد خالفهم في ذلك بحيث وضع شرطا خاصا أضافه للغبية المسببة للتطليق وهو عدم الإنفاق. والأصل أن ضرر الزوجة هو في عيشها وحيدة دون زوجها، وليس في عدم الإنفاق، لأن عدم الإنفاق وحده يعتبر سببا موجبا للتطليق، وقد تتضررت الزوجة من غياب زوجها حتى ولو كان ينفقها، لأن إحتياجاتها ليست فقط مادية بل معنوية أيضا.

د- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8: أجاز المشعر الجزائري الزواج بأكثر من زوجة واحدة وذلك بنص المادة 8 من قانون الأسرة ولكن بشروط وذلك حيث تنص على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي، وتوفرت شروط ونية العدل. إذ يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة

لمكان مسكن الزوجية، ويمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

فقد قيد المشرع الجزائري التعدد بضرورة موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، وأن تكون هذه الموافقة بين يدي القاضي رئيس المحكمة حتى يمنح ترخيصا لإبرام عقد الزواج مع الزوجة الثانية. وفي مقابل ذلك أعطى المشرع الجزائري، لكل من الزوجة الأولى والثانية في حالة التدليس الحق في المطالبة بالتطليق في المادة 8 مكرر من قانون الأسرة. ثم أعاد النص على حق الزوجة في طلب التطليق في الفقرة 6 من المادة 53 عند تحديده للحالات التي يجوز فيها للزوجة طلب التطليق.

وإن كان النص على هذه الحالة قد جاء به المشرع الجزائري بموجب الأمر 02-05 إلا أنها كانت سابقا تدرج في مفهوم التطليق للضرر المعتبر شرعا. كما يمكن هنا أن يؤخذ على قانون الأسرة أنه منح الضرة طلب التطليق بسبب عدم إخبارها، أو سبب إخفاء الزوج عنها دون أن يحدد مهلة معينة لممارسة هذا الحق ما بين تاريخ العلم بالزواج الخفي وبين تاريخ طلب التطليق، الأمر الذي يجعل من هذا الحق سيفا مسلطا على رقبة الزوج تستعمله الزوجة متى شاءت بعد شهر، أو بعد سنة، أو بعد عدة سنوات. وحبذا لو أن المشرع كان قد قرر مهلة معينة لتقادم دعوى التطليق، ووضع شرطا لإمكانية الحيلولة دون التعسف في استعمال حق طلب التطليق⁵⁶⁰.

وأما المشرع المصري معترفا هو الآخر بتعدد الزوجات، ذهب من خلال المادة 11 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 إلى التنصيص على ما يلي "على الزوج أن يقر في وثيقة الزواج بحالته الإجتماعية فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار إسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن، وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل بعلم الوصول، ويجوز للزوجة إن تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها، ولو لم تكن إشتربت عليه في العقد ألا يتزوج عليها، فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقة بائنة، ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا

كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا، ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى، وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج سواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك".

بينما نص المشرع السوري في المادة 17 من القانون رقم 59 لعام 1953 والمعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم 24 سنة 1975 على أنه "للقاضي أن لا يأذن للمتزوج على إمرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي، وكان الزوج قادرا على نفقتهما". فقد تعرض المشرع السوري لحالة الزواج بأخرى بشرط الإذن من القاضي بعد توفر المبرر الشرعي، وليس موافقة الزوجة الأولى، ولم يجعله مبررا لطلب التفريق بينها وبين زوجها. ومع ذلك فإنه في مثل هذه الحالة يجوز للمرأة طلب التطليق للضرر وفقا لنص المادة 112 من ذات القانون والتي تنص على أنه "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التفريق طلاقه بائنة".

ومن زاوية القضاء فقد إستقر إجتهد المحكمة العليا في الجزائر على إعتبار عدم رضا الزوجة بالتعدد سببا للتطليق حتى قبل صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، وذلك في قرارها الصادر في 1995/9/26. حيث جاء في حيثيات هذا القرار أن السيدة (أج) أقامت طعنا بواسطة محاميها، والرامي إلى نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ 1993/4/14 والذي قضى بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة في 1992/5/12 والذي قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس. حيث أستند محامي الطاعنة في عريضة طعنه على وجهين : الوجه الأول المأخوذ من القصور في التعليل، المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية بدعوى أن القرار المطعون فيه، لم يعلل طلبات المستأنفة المتعلقة بالتطليق بسبب إعادة المطعون ضده الزواج مرة ثانية. أما الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة المادة الثامنة من قانون الأسرة والتي تشترط للزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية علم الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا، بدعوى أن الطاعنة قدمت شهادة شهد فيها بأن الزوج قد تزوج بإمرأة ثانية وبدون علم ورضا الزوجة السابقة الطاعنة، ومع ذلك فإن المجلس إعتبر هذا الزواج بإمرأة ثانية لا ضرر فيه، وهذا مخالف لنص المادة 8 من قانون الأسرة ما جعل القرار معرضا للنقض.

وعليه قررت المحكمة العليا "إن المادة الثامنة من قانون الأسرة تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق عندما لا يخطر بها الزوج بالزواج الجديد، وفي حالة عدم رضاها يمكنها أن تلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتطليق، وأن قضاة الإستئناف بقضائهم بعدم الاستجابة لطلب الطاعنة للتطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من قانون الأسرة مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه، ولذلك فإن قضاة الإستئناف بقضائهم بعدم الإستجابة لطلب الطاعنة للتطليق، يكونوا قد خرقوا قواعد الشريعة الإسلامية، وكذا المادة السالفة الذكر من قانون الأسرة مما يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه"⁵⁶¹. ولذلك نقضت المحكمة العليا القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء سطيف في 1993/4/14، وإحالة القضية والطرفين على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

6- إرتكاب فاحشة مبينة

من بين الحالات التي تضمنتها المادة 53 من قانون الأسرة بإعتبارها سببا من أسباب التطليق ونصت عليها في الفقرة السابعة منها هي حالة إرتكاب فاحشة مبينة، وهي حالة أو سبب من أسباب التطليق التي يكاد ينفرد بالنص عليها المشرع الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية الإسلامية الأخرى، وإن كانت هذه الحالة يمكن أن تكون ضمن الفقرة 4 من المادة 53 من ذات القانون، لأن الفاحشة جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، ومعاقب عليها قانونا بالحبس، والمقصود بالفاحشة في هذه الفقرة هو فعل الزنا، مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة، وعليه فإذا تبين للزوجة أو ثبت لديها أن زوجها قد إرتكب فاحشة بهذا المعنى، وأنها لم تعد تطيق العيش معه، فإنه يجوز لها إذا رغبت في إنحلال العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها أن ترفع دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم بتطليقها من هذا الزوج، وما عليها بعد ذلك إلا أن تقدم إلى المحكمة من الأدلة والحجج ما يكفي لإثبات فعل الفاحشة وجعل القاضي يقتنع بذلك⁵⁶².

وذهب الدكتور العربي بلحاج إلى تعريف الفاحشة هنا على أنها "الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف، والضمير الإجتماعي"⁵⁶³. وقد وردت في

⁵⁶¹- أنظر، م ع ، غ أش ، 1995/9/26 ، ملف رقم 122443 ، نشرة القضاة ، العدد 55 ص 171 وما بعدها .

⁵⁶²- أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 275 .

⁵⁶³- أنظر، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 305 .

القرآن الكريم آيات عديدة تصور الفاحشة في المسائل التي تخل بالسلوك وبالأنظمة إخلالا كبيرا، كقوله تعالى "ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا"⁵⁶⁴. وقوله عز وجل "ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف، إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا"⁵⁶⁵.

وعليه فإنه في حالة إرتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله أو الردة، أو الإعتداء على قاصرة، أو الإنحراف عن الطريق السليم وإرادة المجتمع، فإنه في كل هذه الفرضيات يجوز للزوجة أن ترفع الأمر إلى القضاء وتطلب التطليق⁵⁶⁶.

وقد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق، وهذا تبعا لسياسته التشريعية في حماية حقوق المرأة وإعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها، وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت إرتكاب الفاحشة، وكان الفعل إخلالا جسيميا وخطيرا يؤدي إلى إستحالة إستمرار العيش المشترك بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن، وسأتعرض لذلك لاحقا⁵⁶⁷.

7- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

نص المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/2/27 على أنه "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقدرسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورة ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناقى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فالإشترط جائر في العقود بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ولكن الأمر يختلف نوعا ما بالنسبة لعقد الزواج⁵⁶⁸. وذلك نظرا لما لهذا العقد من خصوصية، وهذا صونا وضمانا لهذا العقد من أن يتعرض إلى شروط قد تتناقى مع مقتضى العقد نفسه أو تتعارض مع مقاصد المشرع، لكن ذلك لا يمنع المتعاقدين من أن يتبادلا أثناء إبرام عقد الزواج شروطا تتفق مع الآثار التي رتبها المشرع على

564 - سورة الإسراء، الآية 32.

565 - سورة النساء، الآية 22.

566 - أنظر، فضل سعد، المرجع السابق، ص 298-299.

567 - أنظر، ص 252 من هذه الرسالة.

568 - أنظر في ذلك بالتفصيل، رشدي شحاته أوزيد، المرجع السابق.

الزواج، ولا تتنافى مع مقتضياته، وخاصة إذا كانت هذه الشروط تحقق منافع شرعية لأحد الزوجين أو تضمن له مصالح شخصية مستقبلية⁵⁶⁹.

ولذلك يمكن أن تشترط الزوجة على زوجها أن يوفر لها سكنا منفردا خاصا بها، وإن كانت تتابع دراستها تشترط مواصلة دراستها إلى أن تنال الشهادة العلمية التي تطمح إليها. كما قد تشترط الزوجة على زوجها عند إبرام العقد ألا ينقلها من بلدها الذي تم به الزواج، أولا يسافر بها لأي مدينة أخرى أو بلد أجنبي.

ومن الناحية الأخرى يمكن للزوج أن يشترط على الزوجة شروطا أيضا في عقد الزواج، ذلك أن المادة 19 من قانون الأسرة نصت على حق الزوجين في وضع الشروط التي يرونها ضرورية ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة. ويستخلص من هذه المادة أنه يحق للمرأة كطرف في العقد وضع أي شرط يبدو لها أنه سيحميها من تعسفات الزوج أو قيامه بأعمال تنعكس على حياتها خلال مرحلة قيام الزوجية⁵⁷⁰. ويرى الأستاذ صالح باي في تحليله لهذه المادة قبل تعديلها أنه يمكن للمرأة أن تضع شرط منع التعدد وتحتفظ بحق الطلاق⁵⁷¹.

فالإشتراط حق لكل من المتعاقدين، ولكني أبقى في إطار الشروط الموضوعية من طرف الزوجة لأن مخالفتها سببا من الأسباب التي تبني عليها الزوجة طلبها للتطليق، وذلك حتى لا أخرج عن الموضوع. وأتساءل هنا هل المرأة حرة في وضع أي شرط تراه أثناء إبرام عقد زواجها؟ وهل مخالفة أي شرط من شروطها يؤدي إلى طلب التطليق؟

ومن إستقراء نص المادة 19 من قانون الأسرة فالشروط كثيرة ومتنوعة ولا يمكن حصرها أو تحديدها، والمشرع قد أعطى على سبيل المثال لا الحصر شرطين هما أن تشترط المرأة عدم الزواج عليها أو أن تبقى في وظيفتها.

⁵⁶⁹ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 167.

⁵⁷⁰ - أنظر، لوكيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2004، ص 60-61.

⁵⁷¹ - C.F. Mohamed SALAH BEY, Le droit de la famille et le dualisme juridique, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, 1997, 3.n°240.

وفي هذا السياق يمكن القول أن المشرع الجزائري كان واضحا حين وضع في نص المادة 19 من قانون الأسرة عبارة "ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، أي أنه لا يعد هذا الإشتراط في مضمونه تحريما لشيء محلل شرعا أو محلا لشيء محرم شرعا، وعدم تنفيذ هذا الشرط يعطي لها الحق صراحة في طلب التطليق، وقد إنفرد المشرع الجزائري بهذا السبب في التطليق دون باقي التشريعات العربية، وذلك لا يعني أنها لا تأخذ بعين الإعتبار هذه الشروط، ولكن قديؤسس التطليق في هذه الحالة على أساس الضرر المعبر شرعا الذي أخذت به جميع التشريعات العربية. لأن عدم تنفيذ هذه الشروط من طرف الزوج يلحق ضررا بالزوجة يجعلها تتمسك بالتطليق.

وأما القضاء الجزائري فقد إستقر على هذا الموقف، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى في 1971/3/3 بأنه "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز إشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما، وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع إستنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية، أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر محلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي إلتم بها، مما يترتب عليه فك العصمة، وعليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الاسلامي، ويعتبر الوجه غير سديد"⁵⁷².
ثم صدر بعد ذلك الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ليجعل من هذا الاجتهاد القضائي نصا قانونيا ملزما بموجب الفقرة 9 من المادة 53 من قانون الأسرة .

غير أن حق الإشتراط لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، وإلا أصبحت الزوجة متعسفة في إستعماله مما قد يعود بالضرر على الزوج، فلو إشتطت ألا يخرجها من بلدها، أو قيدت حريته بإشتراطها عدم سفره، فإن هذا الشرط قد لا يكون في صالح الزوج ولو قبل به إبتداء، لأنه قد يجد نفسه مضطرا الى مغادرة بلدة زوجته لصدور أمر إداري بتحويلها الى بلد آخر لممارسة وظيفته، فيكون عندئذ أمام خيارين، إما أن يحافظ على أسرته وأولاده من الضياع بإخترام الشرط ويتحمل فقدانه لمصدر رزقه، وإما أن يخالف الشرط ويحافظ على مصدر رزقه، الأمر الذي قد ينجم عنه وقوع الطلاق.

في حقيقة الأمر فإنه يجب أن يكون الغرض من إحترام الوفاء بالشروط والعهود هو تحقيق منفعة مقصودة للزوجين، والمساعدة على تحقيق ترابط الأسرة، ولهذا فيجب ألا يؤثر الوفاء بالشروط على التضامن الزوجي عند إنتفاء المصلحة المرجوة من الزوجة وتعذر الوفاء بالشرط من جانب الزوج لظهور مصلحة جديدة يتعين على الزوجين السعي نحو تنفيذها بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية⁵⁷³.

8- كل ضرر معتبر شرعا: تنص الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة على هذه الحالة التي تتيح للزوجة طلب التطليق، وقد كانت عبارة واسعة "كل ضرر معتبر شرعا"، بحيث أن المشرع أعطى تسع حالات لطلب الزوجة للتطليق في المادة 53 من قانون الأسرة وكل هذه الحالات كما سبق التعرض لها تلحق ضررا بالزوجة، وتعيق إستمرار الحياة الزوجية بل وتجعلها مستحيلة أيضا.

وتفاديا من المشرع لما قد يثور من حالات أخرى، أورد في الفقرة العاشرة "ولكل ضرر معتبر شرعا"، وهي شاملة جدا بحيث أنه لم يتقيد بضرر محدد، وسلطة تقدير القاضي للضرر في هذا المجال هي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة، لا يقيدتها أي قيد ولا يحدها أي حد، وهي مسألة وقائع لا رقابة للمحكمة العليا فيها .

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة السادسة من القانون 25 لسنة 1929 إذ نص على أنه "إذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طليقة بائنة إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب تم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر، بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7-8-9-10-11.

وعلى وجه العموم فإنه يجوز للزوجة التي تزعم أن زوجها قد قام بعمل اتجاهها نتج عنه ضررها، سواء في معاملته لها⁵⁷⁴، أو في إهانتها، أو في عدم القيام بواجباته نحوها، أن تقوم برفع دعوى

⁵⁷³ - أنظر، مسعودي يوسف ، المرجع السابق، ص 93.

⁵⁷⁴ - أنظر في ذلك، إبراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق؛ ملكة يوسف محمد زرار، المرجع السابق.

أمام المحكمة لتطلب الحكم بتطليقها دفعا للضرر الذي حل بها، وعليها هي بصفتها مدعية أن تثبت الضرر بكل الطرق القانونية الممكنة، وعلى القاضي أن يقدر بعناية وإهتمام ما تزعمه من ضرر، وإذا استطاعت أن تقنع القاضي بما لحقها من ضرر وأن تقدم بين يديه كل الحجج والأدلة المؤيدة لذلك فإن القاضي سيحكم بتطليقها من زوجها ليس إستنادا إلى رغبته، وإنما استنادا إلى رغبة الزوجة المدعومة بالقانون⁵⁷⁵.

وقد تعرض المشرع السوري لهذه المسألة في المادة 112 منه حيث نص على أنه "إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق، إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً، وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، فإن أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح، عين القاضي حكماً من أهل الزوجين، وإلا من يرى فيه قدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يمينا على أن يقوموا بمهمتهما بعدل وأمانة".

فقد سمح المشرع السوري لكل من الزوجين طلب التفريق للضرر المؤدي إلى إستحالة إستمرار العشرة الزوجية، ويفسر الضرر بأنه إيذاء الزوجة بالقول أو الفعل، كالشتم والتقييح، والتهجين، والضرب، وغير ذلك من ضروب الإيذاء الناتج عن عمل غير مشروع من الزوج⁵⁷⁶.

وقد أعطى القانون السوري لكل من الزوجين حق طلب التفريق للشقاق والضرر خلافاً للقانون المصري والجزائري لأنهما أعطيا هذا الحق للزوجة دون الزوج لأنه يملك حق الطلاق. وحسنا ما فعل القانون السوري لئلا يتخذ الزوجان العناد والشقاق وسيلة للفراق وتقبض مع هذا مؤخر مهرها والذي قد يكون فاحشا⁵⁷⁷.

وكل من التشريع الجزائري والسوري والمصري لم يحصر الضرر الذي يكون من أسباب طلب التطلاق، فالمشرع الجزائري إستعمل لفظ "الضرر المعتبر شرعا"، أما المشرع المصري والسوري إستعملوا لفظ "بما لا يستطيع معه دوام العشرة"، وكلاهما واسعا يحتمل أكثر من تفسير.

⁵⁷⁵ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 270-271.

⁵⁷⁶ - أنظر، محمد فهد شقفه، المرجع السابق، ص 490.

⁵⁷⁷ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 88.

وفي ذلك تطبيقات قضائية عدة فذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 1986/1/13 إلى أن "التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صيرت علاقتهما الزوجية أمرا مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها والمصادقة على الحكم المعاد، وعليه فالقرار لم يخالف قواعد الفقه فيما يتعلق بالطلاق وإثباته"⁵⁷⁸.

وقضت نفس المحكمة في قرار آخر لها بتاريخ 1986/5/5 بأن "إن تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرا، ومع ذلك يحتفظ بها دليل على أنها لم تكن كذلك، وأن القصد هو تلطيخ سمعتها، والظعن في شرفها لا غير، ومن ثم فالحكم بتطليقها هو الجزاء الشرعي في القضية عما أصابها من ضرر، وموافقة المجلس على الحكم هو ما تقرره القواعد الشرعية"⁵⁷⁹.

ولذلك على القاضي التثبت أولا من وجود الضرر وعلى الزوجة طالبة التطلاق أن تثبته بكل ما أتيح لها من وسائل حتى لا تبقى دعواها الخاصة بالتطلاق مجرد إدعاءات أو تصريحات. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 1989/11/27 حين قضت بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطلاق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي إكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطلاق"⁵⁸⁰.

فإذا كان الضرر الذي تدعيه الزوجة هو ضرب الزوج لها أوجبت المحكمة العليا التأكد من ذلك، ولا يكون ذلك بالشهادات الطبية فقط بل بحكم جزائي يدين الزوج على جنحة الضرب، أو على الأقل بشهادة شهود حضروا واقعة الضرب، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/1/2 حيث قررت بأنه "من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطلاق لا يعمل بها، بإعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب، وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان،

⁵⁷⁸ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1986/1/13 ، ملف رقم 39025 ، غير منشور ؛ مقتبس عن العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05.... المرجع السابق، ص

266.

⁵⁷⁹ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1986/12/2 ، ملف رقم 38341 ، ن ق ، عدد 44 ، ص 190 .

⁵⁸⁰ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1989/11/27 ، ملف رقم 56490 ، غير منشور ، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 276 .

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية والقانونية، لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة، بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها، دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار دون إحالة⁵⁸¹.

وذهبت في قرار آخر لها صادر في 2001/1/23 إلى القضاء بأنه "إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتررة شرعا التي تستوجب التطليق دون إشتراط صدور حكم جزائي، حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، وإلى عريضة الطعن ووقائع الملف يثبت أن قاضي الموضوع عندما قضى بالتطليق للمطعون ضدها، تأكد لديه توفر الضرر المعتر شرعا، وذلك بإعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وذلك ما اعترف به الطاعن شخصا أمام المحكمة، وصرح نادما على ما وقع منه على شخص المطعون ضدها بالضرب والجرح العمدي، وفيما يخص نعيه على أن قاضي الموضوع رفض إرجاء الفصل في دعوى التطليق إلى حين صدور الحكم الجزائي ببراءته، فهذا الدفع غير ملزم به قاضي الموضوع، فهو دفع مردود، وعليه فالحكم محل الطعن جاء مسببا تسبيبا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجه الوحيد غير مؤسس ويتعين رفضه، حيث مما تعين معه رفض الطعن"⁵⁸².

كما عرف القضاء المصري تطبيقات للتطليق على أساس الضرر المعتر شرعا، إذ جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1984/2/20 بأنه "إذا كان الثابت أن الزوج قد بعث إلى زوجته خطابا مليئا بمختلف ألوان الشتائم وإتھمها فيه بالبرود الجنسي، وأنه إعترف في تحقيقات النيابة بمحتوى هذا الخطاب ووجه إليها أثناء التحقيق لفظا نابيا أثبتته المحقق بالمحضر، فإن ذلك كله يكفي للقضاء بتطليقها عليه"⁵⁸³.

⁵⁸¹-أنظر، م ع ، غ أش 1989/1/2 ، ملف رقم 52278 ، م ق 1991 ، عدد 4 ، ص 95 .

⁵⁸²-أنظر، م ع غ أش ، 2001/1/23 ، ملف 258555 ، م ق 2002 ، عدد 2 ، ص 419 .

⁵⁸³-أنظر، محكمة النقض المصرية، مدني وأحوال شخصية ، جلسة 1984/2/20 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 35 ، ص 479 .

وكذلك ذلك قضت في قرار آخر لها بتاريخ حين قضت بأنه " إذا كان الثابت أن الزوجان صرف الزوج المدعى عليه إلى تعاطي الخمر والإدمان عليها، وإهمال شؤون زوجته، والإلتجاء إلى التصرف بالبيع في مقتنيات الزوجة والأولاد حين تعوزه شريكها، فإن في ذلك من هو أشد ضررا بالزوجة المدعية من سبها وسب أبيها، ما يجعلها في عسر من أمرها حين ترغم على معاشرة زوج فاسد عرييد وسكير- إذا كان ذلك، وكان الإتفاق بين الفقهاء أن أوجه الضرر وأسبابه متعددة، وتختلف باختلاف طبائع الناس وعاداتهم وتقاليدهم ومانشؤوا عليه من قيم ومعايير خلقية- وإذا كان ذلك فإن الضرر الذي حاق بالزوجة المدعية من جراء أفعال وتصرفات زوجها المدعي عليه يستحيل معه دوام العشرة بينهما ويتعين لذلك القضاء بتطليقها عليه طلاقه بائنة"⁵⁸⁴

وقد ذهب القضاء السوري الى أن المعاشرة الزوجية الشاذة تعتبر ضررا يعطي للزوجة الحق في التطلاق، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1958/8/28 بأنه "من المقرر أن المعاشرة الزوجية الشاذة تعتبر من الأضرار المؤدية للتفريق وعلى المحكمة فسح المجال لإثباتها"⁵⁸⁵.

ثانيا: مدى إعتبار التطلاق مسألة موجبة للتعويض

جميع الحالات التي تعرضت لها سواء في التشريع الجزائري أو المصري أو السوري، والتي يمكن للزوجة إذا ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها. وبتفحص هذه الحالات فكلها أنواع من الأضرار التي تصيب الزوجة أثناء قيام الرابطة الزوجية و التي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وعلى القاضي أثناء نظر دعوى التطلاق أن يتأكد أولا من وجود هذا الضرر، ولكن كيف يمكن للقاضي ذلك وما معيار الضرر؟ هل هو شخصي أو معنوي، وهل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطلاق؟ وهل يشترك في ذلك المشرع الجزائري مع التشريعات العربية؟ .

أ- تاريخ المسألة في القضاء والتشريع

⁵⁸⁴ أنظر، محكمة النقض المصرية، مدني وأحوال شخصية، جلسة 1974/6/5، مجموعة المكتب الفني، السنة 25، ص 979، مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 608 .
⁵⁸⁵ -أنظر، محكمة النقض السورية، قرار مؤرخ في 1958/8/28، مجلة القانون، عام 1958، ص 514، مقتبس عن محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 507.

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بصدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الذي تنص المادة 53 مكرر منه على أنه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ولم يكن في قانون الأسرة سابقا أي نص يميز إمكانية التعويض عن التطليق بل حدد المشرع حالات التطليق فقط، وسكت عن مسألة التعويض. ولأجل ذلك تضاربت الأحكام القضائية بين ما يميز التعويض ومن لا يميزه في حالة التطليق.

فقد دأب اجتهاد المحكمة العليا في السابق على أنه لا يمكن للزوجة طالبة التطليق الحصول على التعويض، إذ ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 1986/12/29 إلى أنه "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، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق، وإستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"⁵⁸⁶.

وفي قرار لاحق لنفس المحكمة بتاريخ 1988/11/21 قضت بأنه "من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف فيه القاضي بتطليق المطعون ضدها من الطاعن، والحكم بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية"⁵⁸⁷.

يظهر من ذلك أن قضاء المحكمة العليا كان يعتبر التعويض أثرا من آثار الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة فقط، وأن الزوجة لو تضررت من إستمرار الحياة الزوجية فبإمكانها أن تطلب التطليق،

586 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1986/12/29 ، ملف رقم 43860 ، م ق 1993 ، عدد 2 ، ص 41 .

587 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1988/11/21 ، ملف رقم 51614 ، م ق 1990 ، عدد 4 ، ص 67 .

وهذا التطليق في حد ذاته هو تعويض لها، وهذا ما أكدته في قرارها الصادر في 1991/10/1 حين قضت بأنه " إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليقا، يحكم لها به عند الإقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض" ⁵⁸⁸ .

وهو أيضا ما ذهبت إليه في قرارها الصادر في 1992/12/22 حين قضت بأنه " من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة طلب التطليق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة وتربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد إستنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ما عدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لإنعدام حالة التعسف" ⁵⁸⁹ .

وذلك أن قضاء المحكمة العليا ربط التعويض بطلب الزوج للطلاق فقط، ولا يمكن لطالبة التطليق الحصول عليه وهذا ما قضت به في قرارها الصادر في 1993/2/23 حيث قضت بأنه "إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاة الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي" ⁵⁹⁰ .

إلا أن قضاء المحكمة العليا بعد ذلك تحول عن هذا المبدأ إذ تراجع وأعتبر أنه يمكن القضاء بالتعويض في حالة الحكم بالتطليق وذلك ما قضت به في قرارها الصادر في 1996/4/23 حين قضت بأنه "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن" ⁵⁹¹ .

588 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1991/10/1 ، ملف رقم 73992 ، ن ق 995 ، عدد 47 ، ص 153 .

589 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1992/12/22 ، ملف رقم 87301 ، م ق 1995 ، عدد ، ص 92 .

590 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1993/2/23 ، ملف رقم 92674 ، ن ق عدد 48 ، ص 171 .

591 - أنظر، م ع ، غ أش ، 1996/4/23 ، ملف رقم 135435 ، م ق 1998 ، عدد 1 ، ص 130 .

وأكدت ذلك أيضا في قرارها الصادر في 1997/12/23 حين قررت بأنه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه وتعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁵⁹².

وذلك أن الزوج بما قد ألحقه بزوجه من أذى وظلم وضرر يدفعها إلى طلب الخلاص منه عن طريق رفعها لدعوى التطليق، فيكون التطليق بسبب عدم إمكانية مواصلة الحياة الزوجية في مثل هذه الأوضاع، ويكون التعويض عن الضرر اللاحق بها من إضرار زوجها لها، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/7/21 حين قضت بأنه "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"⁵⁹³.

وهو نفس ما ذهبت إليه في القرار الصادر في 1999/3/16 حين قضت بأنه "من المقرر قانونا أنه يحق تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا، مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن"⁵⁹⁴.

⁵⁹² - أنظر، م ع ، غ أش ، 1997/12/23 ، ملف رقم 181648 ، م ق 1997 ، عدد 1 ، ص 49 .

⁵⁹³ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1998/7/21 ، ملف رقم 192665 ، اجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص 116 .

⁵⁹⁴ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1999/3/16 ، ملف رقم 217179 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ، ص 122 .

وكذلك في قرارها الصادر في 15/6/1999 حين قضت بأنه "من المستقر عليه أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت من طول مدة الخصام مع الزوج ، وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن" ⁵⁹⁵.

وفي غياب نص تشريعي يميز الحكم بالتعويض في حالة التطليق إستقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة والذي نص صراحة في المادة 53 مكررا على إمكانية تعويض الزوجة عند طلبها للتطليق، ولم يشر المشرع المصري ولا السوري إلى إعتبارالتطليق موجبا للتعويض ، ولم تعرف تطبيقات القضاء كذلك إمكانية منح الزوجة التعويض في حالة التطليق.

ب- الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق .

لقد أورد نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري عشر حالات إذا تحققت إحداها يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق، و إن كان المشرع الجزائري قد ذكر هذه الحالات دون أن يحدد كيفية إثباتها، إلا أنه وبالرجوع إليها كما سبق ذكره فإنها كلها تعتبر حالات تتضرر فيها الزوجة من إستمرار الحياة الزوجية.

والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها، أم هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف، ولا يعاشر بإحسان .

لم يحدد المشرع الجزائري أي معيار أو ميزان للتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج إتجاه زوجته يشكل ضررا للزوجة أم لا، و هذا يعني أن تقييم الفعل و معرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر إجتماعية و ثقافية محضة، لأن ما يعتبر ضارا و جارحا لزوجة ما قد لا يكون ضارا

⁵⁹⁵ -أنظر، م ع ، غ أش ، ملف رقم 224655 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص 2001 ، ص 129 .

ولاجارحا لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار و غيرالضار مهمة شاقة وصعبة⁵⁹⁶. وقد توسع المشرع الجزائري في حالات التطليق إذ ذكر تسع حالات محددة بدقة لطلب التطليق، وكانت الحالة العاشرة هي الأوسع و الأعم -لكل ضرر معتبر شرعا- وهذا تبعا لسياسته التشريعية في حماية حقوق المرأة، وإعطائها الوسائل القانونية التي يمكنها بواسطتها دفع الضرر عن نفسها، خاصة و قد كثرت الشكوى في بقاء الطلاق بيد الرجال، يتلاعب به أشرارهم، ويستعملونه سلاحا للإنتقام من المرأة بشتى الوسائل⁵⁹⁷.

ولذلك يقال طلق عليه القاضي، فالزوج في هذه الحالة لم يسعى إلى فك الرابطة الزوجية، بل ألحق أذى و ضرر بالزوجة دفعها إلى رفع أمرها إلى القاضي لإزالة هذا الضرر، فالتعويض هنا يكون عما لحقها من ضرر من الزوج، وليس عن ألم فراق الزوج عند فك الرابطة الزوجية لأنها هي من سعت الى ذلك.

وبتفحص حالات التطليق التي سبق ذكرها، نجد الأضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو معنوية، فالتطليق لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة، كونها مسؤولة من زوجها الذي يفترض فيه النفقة بمشتملاتها حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة، من لباس وغذاء أو سكن أو علاج.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار إذا كانت الزوجة عاملة أو لا ليسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق، بل وضع شرطا واحدا، ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، اذ كان لزاما على المشرع أن يضع نصوصا خاصة يعالج فيها الحالة التي تكون فيها الزوجة عاملة، وهذا بالنظر إلى مقتضيات العصر وإقتحام المرأة عالم الشغل إلى جانب الرجل، وبالنظر الى كون أن حق المرأة في العمل وتولي المناصب العليا أصبح حقا دستوريا، وبالنتيجة ينظم حقها في العمل باعتبارها كزوجة وليس كإمرأة كما فعل ذلك في قانون العمل أو قانون الوظيف العمومي⁵⁹⁸.

لأنني إذا قلت بأن الضرر الذي يلحقها من عدم الإنفاق عليها لأن الزوج في هذه الحالة يمسك زوجته إضرارا بها مصداقا لقوله تعالى "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدو"⁵⁹⁹. فلا هو يتولى الإنفاق عليها

⁵⁹⁶ -أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 271 .

⁵⁹⁷ - أنظر، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 307 .

⁵⁹⁸ - أنظر، جيلالي تشوار ، حق الزوجة في الطلاق بين النفاذ القانونية و التطور الإجتماعي ، مخبر القانون و التكنولوجيات الحديثة ،وهران، 2007، ص 69 .

⁵⁹⁹ - سورة البقرة ، الآية 231 .

بماله من سلطة القوامة على البيت، ولا هو يسرحها فتتزوج غيره أو تتولى شؤونها بنفسها، فهذا ضررمادي يتمثل في بؤسها و حاجتها لسد متطلباتها. أما إن كان لها مال أو دخل فلا يلحقها ضرر من إمتناع زوجها عن الإنفاق عليها.

أما بالرجوع إلى فقرات المادة 53 من قانون الأسرة من الفقرة 2 الى الفقرة 9 فكلها أضرار تلحق الزوجة تمنع من إستمرار الحياة الزوجية، وكلها أضرار معنوية لأنها تمس الزوجة في عاطفتها وكرامتها و شرفها، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الضرر المعنوي المعتبر أساسا لطلب الزوجة للتطبيق

فالضرر الذي يترتب عليه إستحالة العشرة بين أمثال الزوجين، معياره شخصي لامادي، فهو يختلف باختلاف بيئة الزوجين وثقافتهما ووسطهما الإجتماعي، ففعل معين قد يكون أمرا ماديا عاديا في وسط معين، وقد يكون ضرا جسيما في وسط آخر، وتقدير ما إذا كان الضرر من شأنه إستحالة دوام العشرة بين أفعال الزوجية من الأمور الموضوعية، دون رقابة عليه من محكمة النقض، متى أقام قضاءه على أسباب سائغة⁶⁰⁰.

والضرر وفقا لما جاء في النصوص السالفة الذكر هوالضرر الناتج عن إيذاء الزوج زوجته، وهذا الإيذاء إما أت يكون إيجابيا أو سلبيا، ماديا أو معنويا، وهو مايجاوز حق التأديب المباح شرعا ولا ترى الزوجة الصبر عليه و يستحيل معه دوام العشرة.

وقد حددت محكمة النقض المقصود من عبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر، من أنه لا بد أن يصل الضرر إلى الحد الميؤوس منه، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيئ فيها أحد الزوجين إلى الآخر وأن يكون متعمدا من جانب الزوج⁶⁰¹

600 -أنظر، عائشة محمود حاسم الداودي،المرجع السابق، ص 376.

601 - أنظر، محكمة النقض المصرية، جلسة 1991/5/7، طعن رقم 131 لسنة 59 مقتبس عن عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، ص 75.

وهذا الضرر يختلف من حالة تطليق إلى أخرى، ومتى ثبت فإنه يجيز للزوجة طلب التفريق ويكون معياره عاما وواحدا لجميع الزوجات، لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي، فيما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فإنه يعتد به من غير الإلتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين فالمعيار فيه شخصي يتوقف على مكانة الزوجة بين أمثالها⁶⁰².

وقد كان لأحكام القضاء في مصر موقف خاص في هذا المجال، فقد قضت محكمة إستئناف القاهرة في 1986/2/6 بحكم جاء فيه "حيث أن إعتداء الزوج على الزوجة بالسب لا يعد بالنسبة لوسطها الاجتماعي ضررا يوجب التطليق"⁶⁰³.

وهذا ما قضت به أيضا محكمة أسيوط الشرعية في 1932/7/27 حيث جاء في حكمها "إن إعتداء الزوج على زوجته بالضرب أو السب قد لا يعد ضررا تستحيل معه دوام العشرة بين أمثالها، إذا كانا من الطبقة الدنيا التي ألفت المعاملة على هذا النحو، وأصبح ذلك أمرا لا يثير الإشمئزاز"⁶⁰⁴.

وأرى أن أحكام محكمة النقض في هذا السياق مخالفة في إتجاهها لمقاصد الشريعة الإسلامية، لأن الضرر هو ما لا يجوز شرعا، ولأن من أسس الشريعة الإسلامية الحفاظ على كرامة الإنسان، وكل خروج على الشرع يعطي الحق في طلب التطليق جزاء على هذه المخالفة. و على كل حال فإن تقدير الأفعال إن كانت من قبيل الأضرار أو لا تبقى من إختصاص قاضي الموضوع ، فما هي حدو

602 - أنظر، حسن علي السمني، المرجع السابق، ص 463.

603 - أنظر، محكمة إستئناف القاهرة، جلسة 1986/2/6 ، قضية رقم، 454 لسنة 102 ق مقتبس عن ،حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني ، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية،الدار العربية للموسوعات ، ج 8 ص 427.

604 - أنظر، محكمة أسيوط الشرعية، 1932/7/27الدعوى رقم248؛ مقتبس عن جلال سعد عثمان، أحكام الأسرة بين الشرع و القانون، ج1، منشأة المعارف، ص247.

الفصل الثالث

سلطة القاضي في تقدير التعويض

في قضايا الزواج و الطلاق والقيود الواردة عليه

كثيرة هي الأضرار التي تلحق أحد الزوجين نتيجة ما يقوم به الزوج الآخر في استعماله لحقه في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق، وما ينجم عن هذه التصرفات من آثار مادية أو نفسية. ويعتبر هذا النوع من القضايا الأكثر طرحاً أمام قاضي شؤون الأسرة.

والتعويض لغة هو العوض، بمعنى البدل أو الخلف، وجاء في لسان العرب أن العوض هو البدل والمستعمل⁶⁰⁵، ويختلف المعنى اللغوي عن المعنى الإصطلاحي للفظ التعويض عند شراح القانون وفقهائه، فالتعويض عندهم هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية إتجاه من أصابه بضرر⁶⁰⁶. وقد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري والتي يقابلها نص المادة 163 من القانون المدني المصري على أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" كما تضمنت المواد من 164 إلى 178 من ذات القانون نفس المعنى وهي المواد التي عاجلت موضوع المسؤولية المدنية. ونجد نفس الشيء في القانون المدني السوري في المواد من 164 إلى 179.

ويبدو أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تفتنوا إلى عدم الدقة اللغوية في لفظ التعويض إذا أطلقت بمعنى جبر الضرر، ولذلك نجدهم يستعيضون عنها بتعبير الضمان والتضمنين، فالضمان عندهم يقترب إلى حد ما من المسؤولية عند فقهاء القانون الوضعي⁶⁰⁷.

وإذا كانت أسباب الضمان عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا تخرج في الجملة عن الإلتلاف والإعتداء وتفويت الفرصة، والغضب، والتعيب، والتغيير، والحيلولة، والشرط، والتسبب، وهي فضلا عن تداخلها في بعض صورها، يمكن أن تندرج تحت ما تعارف الفقه الوضعي على تسميته بالفعل الضار أو بالمسؤولية التقصيرية⁶⁰⁸.

والتعويض على كل حال هو الهدف في النهاية إذا ما تقررت المسؤولية أو تحقق الضمان، وقد يغني عن عدم الدقة اللغوية التي أشرت إليها سابقا في معنى التعويض إذا قصد جبر الضرر.

605 - أنظر، ابن منظور، المرجع السابق، ص 50 وما بعدها.

606 - أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 78.

607 - أنظر، محمد نصر الدين محمد، المرجع السابق، ص 214.

608 - أنظر، فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 85؛ أحمد الزرقاء صياغة قانونية لنظرية التعسف بإستعمال الحق في قانون إسلامي، دار البشيربعمان الطبعة الثانية،

1987، ص 26؛ الإمام الغزالي، المرجع السابق، ص 211.

وإذا كانت وظيفة التعويض كقاعدة عامة هي إصلاح الضرر، وذلك بترضية المضرور، ومحاولة إعادته إلى الوضع الذي كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، وذلك حتى يمكن إعادة التوازن في العلاقات الإجتماعية التي إحتلت بسبب الفعل غير المشروع، فلا بد لكي يحقق التعويض هذه الوظيفة، أن يكون عادلا، بأن يغطي كل عناصر الضرر، وأن يكون سريعا، فضلا عن وجود ذمة مالية قادرة على الوفاء به⁶⁰⁹.

وقد رتب المشرع الجزائري وكذا السوري والمصري التعويض عن عديد من الحالات في قوانين الأحوال الشخصية، غير أن الواقع يثبت أن المضرور في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق تصادفه العديد من المشاكل التي تحول دون إستيفاء حقه في التعويض الكامل، وترجع هذه المشكلات إما إلى طبيعة الضرر الذي لحقه أو إلى عجزه عن إثبات هذا الضرر، لا سيما وأنها من المسائل الشخصية بين الزوجين.

ومن ناحية أخرى أجد أن مسألة تقدير التعويض متعلقة بوقائع الدعوى، يترك الأمر فيها لسلطة قاضي الموضوع في جميع عناصرها، وهذا ما ترتب عنه إختلاف مبالغ التعويض المحكوم بها من قضية إلى أخرى بالرغم من تشابه مظاهر الضرر في كل منها، وذلك مرجعه إلى إعتبرات تحكيمية، مردها إلى سلطة القاضي التقديرية، والتي تحكمها في النهاية إنتماءاته الإيديولوجية أو الإجتماعية .

وسأحاول في هذا الفصل أن أتطرق إلى العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض في المسائل الخاصة بالزواج والطلاق والقيود التي تحكم هذا النوع من الدعاوى، ولذلك أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سأتطرق في الأول منها إلى سلطة قاضي شؤون الأسرة فتقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق، وفي الثاني إلى الإجراءات القضائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الزواج و الطلاق.

المبحث الأول

سلطة قاضي شؤون الأسرة

في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق

الزواج صلة حميمة، فهو سكن وسكينة للنفس، تنبثق من غريزة طبيعية ينظمها التشريع والعرف الإجتماعي، وعلاقة المعاشرة بين الذكر والأنثى هي أساس الأسرة التي تعتبر خلية المجتمع الأساسية ودعامته. ومن البديهي أن يكون لكل من الزوجين حقوق في إطار هذه العلاقة، وحدود لتلك الحقوق.

ولقد أولى الإسلام عناية فائقة لسلامة الأسرة ودعم هئائها وإستقرارها، فخاطب الضمائر الواعية والعقول السوية في شأن الخطبة في قوله تعالى "واوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً"⁶¹⁰، وجعلها تستبشع الطلاق لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁶¹¹، ففي هذا الحديث الشريف من الترهيب ما يكون خير عاصم من الإقدام على فعل ما هو بغيض للمولى جل شأنه.

ويكمن السر في إعتبار الطلاق بغيضا كونه تغييرا لما أنعم به الخالق على عباده من حياة الطمأنينة وسكينة النفس. ومع ذلك فالإسلام من مناقبه عدم إرهاب البشر بما لا طاقة لهم به، ولذلك كان العادل عن الخطبة أو المطلق موكولا لضميره في إقدامه على أمر هذا الحلال البغيض، بإعتباره هو أدرى بنتائجه وعواقبه، وهو المسؤول دينيا وخلقيا وإجتماعيا عن مضاره بما لها من إنعكاسات على الأسرة والمجتمع.

610 - سورة الإسراء، الآية 34.

611 - أخرجه أبو داوود وابن ماجة عن ابن عمر، أنظر، أبو داوود، المرجع السابق ، ص 309.

ولذلك لم يهمل ما يترتب عن الطلاق وعن الخطبة من مضار، لا سيما الجانب النفسي منها. وهو ما يسمى حالياً بالضرر المعنوي، فقد جاءت آيات عديدة تنص على إلزام المطلق بأدائه لمطلقاته متعة الطلاق، والذي يعتبر إثباتاً لمبدأ التعويض عن الطلاق في الشريعة الإسلامية.

وعند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته، حتى ولو تبين للقاضي أنه قد ظلم زوجته وأولاده باستعمال هذا الطلاق، وكذلك الحال بالنسبة للمختلعة والعاقل عن الخطبة، وحتى ولو كان تعسف هؤلاء واضحاً وجلياً فإنه ليس للقاضي في هذه الحال سوى جبر الضرر اللاحق بالطرف الآخر.

المطلب الأول

أساس تقدير التعويض

المسؤولية المدنية هي إلتزام بتعويض الضرر المترتب على الإخلال بالإلتزام أصلي سابق، والإلتزامات الأصلية ينشأ بعضها من العقد والبعض الآخر من القانون. لذلك يميز الفقه بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام قانوني مسؤولية تقصيرية. ويفترض النوع الأول من المسؤولية قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمضروب، أما المسؤولية التقصيرية فتقوم حين تنتفي هذه الرابطة بينهما. ومتى أحل شخص بالإلتزام مقرر في ذمته وقع تحت طائلة أحد نوعي المسؤولية المدنية وإذا ترتب على هذا الإخلال ضرر بالغير أصبح بالتالي مسؤولاً عن تعويضه عما لحقه من ضرر.

ولقد كان الإلتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المخطيء في ظل الشرائع البدائية والقانون الروماني⁶¹². ثم بدأ التعويض يقتصر على الوظيفة الإصلاحية التي

612 - أنظر، ثروت أنيس الأسيوطي، المرجع السابق، ص 34.

تهدف إلى جبر الضرر وهذا في ظل فقه الشريعة الإسلامية من ناحية، وفيما توصل إليه القانون الفرنسي، والذي سارت على نهجه معظم التقنيات الوضعية الحديثة، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض، وتنفصل بذلك المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية .

وتقدير التعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح أحيانا، أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى أحيانا وهو التقدير القانوني للتعويض. وقد يتركه لإتفاق الأطراف يقومون به وفقا لما يبدوا لهم من ظروف المعاملات وملابساتها، وهو التقدير الإتفاقي للتعويض وفي كلتا هاتين الحالتين يكون القاضي ملزم بهذا التحديد.

وأخيرا قد يمنح المشرع حرية مطلقة للقاضي لتقديره، وهو ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض. فأى وسيلة من هذه الوسائل تحكم قاضي شؤون الأسرة عند تقديره للتعويض المطروح عليه في بعض مسائل الزواج والطلاق؟

وقد وجدت خلال النقاط التي تعرضت لها في هذه الرسالة أن قاضي شؤون الأسرة ليست له نفس السلطة الممنوحة لأي قاضي آخر عند الفصل في دعاوى التعويض المعروضة عليه. ولتبيان ذلك سأعرض أولا إلى الأساس القانوني لتقدير التعويض بصفة عامة، ثم إلى الأساس القانوني الذي يعتمد عليه قاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة في تقديره للتعويض.

الفرع الأول

التقدير القانوني للتعويض

الأصل الغالب في تقدير التعويض أن يتم بمعرفة القاضي، غير أنه يمكن أن يكون القاضي عند الحكم بالتعويض ملزماً بمبلغ معين، وذلك نتيجة لوضع المشرع لأحكام وقواعد يسمح تطبيقها بالوصول إلى مبلغ جزافي يكون هو التعويض، كما فعل بالنسبة لبعض القوانين الخاصة كقانون التعويض عن حوادث العمل⁶¹³، وكذا قانون التعويض عن حوادث المرور⁶¹⁴.

وقد يعمد المشرع في بعض الأحيان إلى تحديد المسؤولية، فيقوم بوضع أسس لتقدير التعويض، ولو بصفة غير مباشرة، من خلال تحديد الحد الأقصى الذي لا يمكن أن يتجاوزه التعويض المحكوم به، وذلك حتى لو كان الضرر الواقع يتجاوز هذا المقدار، لأن القاضي في هذه الحالة أمام تقدير قانوني للتعويض. وعادة ما يرتبط هذا النوع من تحديد للمسؤولية بالجانب الإقتصادي، كتحديد مسؤولية الناقل البحري من خلال القانون البحري، وتحديد مسؤولية الناقل الجوي في قانون الطيران المدني. ويعود ذلك إلى أنه لو تم إلزام هؤلاء المسؤولين عن تعويض كل الأضرار لأدى ذلك إلى إفلاسهم، ولذلك سأتناول أولاً التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي)، ثم أتعرض ثانياً للتحديد القانوني للمسؤولية.

أولاً: التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي)

يقصد بالتحديد القانوني للتعويض أن نصوص القانون هي التي تحدد التعويض وفقاً لما تعالجه من حالات، وقد أورد المشرع الجزائري عدة نصوص قانونية من هذا القبيل⁶¹⁵.

⁶¹³ - تم تنظيمه بموجب القانون 83- المؤرخ في

⁶¹⁴ تم تنظيمه بموجب الأمر 74-15، والقانون 88-31.

⁶¹⁵ - فقد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديداً إجمالياً، ومن تطبيقات هذا التعويض الأمر 74-15 الصادر في 1974/01/30 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات. ويتميز هذا التعويض بأنه تلقائي، بمعنى أنه متى كان هناك حادث سبب ضرراً لضحية ما، استحققت هاته الضحية التعويض تلقائياً، حتى ولو ارتكبت خطأ، وحتى بغض النظر عن إرتكاب السائق المتسبب في الضرر للخطأ.

فالتعويض الذي يترتب كجزاء للمسؤولية المدنية من خصائصه أيضا أن وظيفته الإصلاح كما سبق التطرق⁶¹⁶، بمعنى أن يكون جابرا للضرر، لكنه في هذه الحالة يتحول إلى تعويض جزائي قد لا يغطي جميع الأضرار، مما يمكن القول في هذه الحالة أن التعويض طبقا للأمر 74-15 لا يقوم على أساس المسؤولية المدنية فقط وفقا للقانون 83-13.⁶¹⁷

وهو ما إستقر عليه إجتهد المحكمة العليا كذلك⁶¹⁸. وهدف المشرع من تقرير هذا النظام هو تحقيق عدالة إجتماعية⁶¹⁹. ولأجل ذلك فإن الأمر 74-15 إتجه إلى تحديد الأضرار المعوض عنها، كما قرر طريقة يمكن معها حساب التعويض عن كل ضرر، سواء كان ماديا أو معنويا⁶²⁰. وهذا يعتبر ما يعتبر تقديرا قانونيا للتعويض⁶²¹.

ويعتبر من تطبيقات هذا المبدأ كذلك القانون 83-13، إذ يعتبر هذا القانون من تطبيقات التقدير القانوني للتعويض أو التعويض الجزائي، الذي يعطي للعامل الحق في التعويض عن الأضرار الناتجة عن إصابته في العمل، دون إشتراط خطأ من رب العمل.

616 - أنظر، ص 258 من هذه الرسالة.

617 - جاء القانون 83-13 المؤرخ في 1983/7/2 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 1996/7/6 بنظام آخر للتعويض، يقوم على أساس الضمان وتحمل التبعة بدلا من المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ. وقد حدد المشرع من خلال هذا القانون كيفية حساب التعويض الجزائي المستحق للعامل المتضرر جراء حادث العمل، وهذا التعويض هو تعويض قدره القانون ويلتزم به القاضي عند الحكم، ويتضمن التعويض الجزائي في حالة حادث العمل، وأداءات عينية أخرى تمثل في مصاريف العلاج وإعادة التأهيل الوظيفي، والتعويضات اليومية في حالة العجز المؤقت أو في شكل إيراد مرتب مدى الحياة في حالة العجز الدائم .

618 - وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/7/9 عن الغرفة الجنائية حيث قررت بأن التعويض عن حوادث المرور يقوم على أساس الخطر، وإعتبرته خارجا عن إطار المسؤولية⁶¹⁸. وقد جاء في حثيات هذا القرار أنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 74-15 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي يشترط على الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق، كون هذا الخطأ هو الذي كان سببا في الضرر الذي لحقها، ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المقررة في الأمر 74-15 وقانون 88-31.

619 - إذ لوحظ أنه نتج عن تطبيق قواعد المسؤولية المدنية طبقا للقواعد العامة، وذلك قبل صدور هذا الأمر، حرمان جزء هام من ضحايا حوادث المرور من الاستفادة من التعويض بسبب مسؤوليةهم في الحادث، مما جعلهم يعيشون مشاكل إجتماعية حادة في غياب تشريع يحميهم، وقد جاء

620 - فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي جعله المشرع يساوي ثلاث مرات قيمة الأجر الشهري المضمون عند تاريخ الحادث، وكذلك التعويض عن مصاريف الجنائز يكون في حدود خمس مرات الأجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث.

621 - وهناك حالات إستثنائية أسس فيها المشرع المسؤولية على الخطأ، وجعله يلعب دورا في التعويض، منها حالة ما إذا كان سائق المركبة هو المتسبب في الضرر بخطئه، بأن كان تحت تأثير سكر أو كحول أو مخدرات أو منومات مخظورة، وكان هو المتضرر في آن واحد ولكن متى تجاوزت نسبة العجز الدائم النسبي اللاحق به من جراء الحادث 66%، كما أنه في حالة وفاته يعوض ذوي حقوقه بإعتباره ضحية لحادث مرور.

وقد بدأ ظهور هذا النظام في نهاية القرن التاسع عشر⁶²² كمظهر لإستجابة المشرع الفرنسي لما نادى به بعض الفقه الفرنسي من تأسيس التعويض على فكرة تحمل التبعة بدلا من الخطأ، وقد كانت إصابات العمل هي المجال الهام الذي أظهر قصورالنظرية الشخصية للمسؤولية عن ملاحقة التطور الصناعي السريع الذي أدى إلى إزدياد عدد حوادث العمل، وصعوبة إثبات الخطأ فيها⁶²³. وقد حدد المشرع من خلال هذا القانون كيفية حساب التعويض الجزائي المستحق للعامل المتضرر جراء حادث العمل، وهذا التعويض هو تعويض قدره القانون، وعلى القاضي الإلتزام به عند الحكم بالتعويض⁶²⁴.

على أنه وإن كان هذا النظام لا يقوم على المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ كمبدأ، إلا أن هناك حالة إستثنائية تترتب فيها المسؤولية المدنية لصاحب العمل، ومع ذلك يستحق العامل التعويض الجزائي، وفي هذه الحالة يعد تقديرا قانونيا للتعويض في المسؤولية المدنية، وتتعلق هذه الحالة على الخصوص بالخطأ المرتكب من طرف رب العمل إذا كان غير معذور أو متعمد⁶²⁵.

ثانيا :التحديد القانوني للمسؤولية .

يتم تقدير التعويض في هذه الحالة في الحدود الموضوعية من طرف المشرع، إذ يقوم المشرع في حالات معينة بوضع حد أقصى لا يمكن أن يتجاوزه التعويض الذي يستحقه المتضرر، ولو كان الضرر الذي أصابه يفوق المبلغ المحدد، وهذا التحديد القانوني للمسؤولية

622 -وقد صدر أول تشريع لتعويض إصابات العمل في فرنسا في 1898/4/9 يقضي بمسؤولية رب العمل عن حوادث العمل ، تأثر به المشرع الجزائري ، وأخذ بنفس النظام عنه من خلال الأمر 1/66 الصادر في 1966/1/21 ثم القانون 13/83 مع بعض التعديلات .

623 -أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 294 .

624 - ويتضمن التعويض الجزائي في حالة حادث العمل أداوات عينية وأخرى نقدية فتتمثل الأداوات العينية في دفع مصاريف العلاج، وإعادة التأهيل الوظيفي ، إلى غير ذلك وهي محددة في القانون 13/83 . أما الأداوات النقدية فتكون إما في شكل تعويضات يومية تحسب على أساس أجر العامل في حالة العجز المؤقت ، أو في شكل إيراد مدى الحياة في حالة العجز الدائم ، وذلك بحسب نسبة العجز المحددة في الخبرة الطبية

625 - إعتبرت المادة 45 الخطأ غير المعذور والصادر عن صاحب العمل إذا توفرت فيه الشروط التالية خطأ ذو خطورة استثنائية ، خطأ ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد ، خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه ، عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر . حسبما هو منصوص عليه في المادة 47 من قانون 83-13 المؤرخ في 1983/7/2 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الإجتماعي وقد بينت هذه المادة في فقرتها الأخيرة بأن العامل في هذه الحالة يستحق التعويض طبقا للقانون 83-13 . ويعتبار أن هذا التعويض الجزائي المنصوص عليه قانونا يقل عن التعويض الكامل فقد أجازت نفس المادة للعامل المصاب أو ذوي حقوقه المطالبة بالتعويض الإضافي لكي يصبح التعويض المتحصل عليه كاملا وجابرا لجميع الأضرار وذلك على أساس المسؤولية المدنية.

يختلف عن التقدير الجزافي للتعويض، وذلك أنه لا يستحق بطريقة تلقائية دون إعتبار للضرر الحقيقي اللاحق بالمتضرر، وإنما هو بمثابة حد أقصى لما يدفعه المسؤول من تعويض.

ومن جهة أخرى فإن أنظمة التعويض التلقائية لا تقوم على المسؤولية المدنية كما بينته سابقا في المطلب الأول، ولا يقع على المتضرر إثبات أركانها، وإنما بمجرد ما يتبين أنه قد لحقه ضرر ترتب تعويضه.

بينما فيما يتعلق بالتعويض وفقا للتحديد القانوني للمسؤولية، فإنه لا يعطى للمطالب به إلا بعد أن تقوم المسؤولية، وتحقق أركانها وهذا بغض النظر عن أساسها إن كانت مسؤولية موضوعية أو مسؤولية على أساس الخطأ بحسب أنواعه⁶²⁶. غير أن هذا التحديد للمسؤولية يجد مجال تطبيقه الظاهر في مسؤولية الناقل الجوي⁶²⁷، يترتب على كل نقل جوي إبرام عقد نقل، أهم ما يترتب هذا العقد من إلتزامات على عاتق الناقل الجوي، الإلتزام بضمان سلامة الركاب، وبالمحافظة على البضاعة والعناية بها، وأخيرا بعدم التأخير⁶²⁸ وكذلك فعل المشرع في التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري⁶²⁹. فحتى وإن فاق الضرر هذا الحد،

⁶²⁶ - والأمثلة في هذا الشأن عديدة لتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق كما بينته المادة 599 في فقرتها الثانية من القانون المدني.

⁶²⁷ - جاء القانون 83-13 المؤرخ في 1983/7/2 المتعلق بمحوادث العمل والأمراض المهنية المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 1996/7/6 بنظام آخر للتعويض، يقوم على أساس الضمان وتحمل التبعة بدلا من المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ.

⁶²⁸ - لقد تناول المشرع الجزائري مسؤولية الناقل الجوي من خلال القانون 98-06 المؤرخ في 1998/6/27 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، وقد اشترك الأحكام المنظمة لها من قواعد إتفاقية فاروسفيا المؤرخة في 1929،/10/12 وبروتوكول لاهاي المؤرخ في 1955/09/28، والمصادق عليه من طرف الجزائر. على أنه " تمارس مسؤولية الناقل الجوي إزاء كل شخص منقول طبقا لقواعد إتفاقية وارسو المؤرخة في 1999/10/12 وبروتوكول لاهاي في 1955/09/28 والمصادق عليهما من طرف الجزائر، وتحدد قيمتها بمائتي وخمسين ألف و250.000 وحدة حسابية كحد أقصى عن كل مسافر⁶²⁸. فهذا القدر من التعويض الذي حددته المادة 150 السالفة الذكر، لا يستحق بطريقة تلقائية دون النظر إلى الضرر الحقيقي الذي لحق المسافر، وإنما هو لا يعدو عن كونه حدا أقصى، بمعنى أنه متى ثبت أن الضرر أقل من هذا الحد، لم يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذا الضرر. ومتى أحل الناقل الجوي بإلتزاماته وأخفق في إقامة الدليل على انتفاء خطئه، انعقدت مسؤوليته، وإلتزام بتعويض الضرر الذي يلحق بالركاب، والأصل أن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر، غير أن المشرع الجزائري خرج عن هذا الأصل، ووضع للتعويض الذي يتحملة الناقل حدا أقصى، إذ نصت المادة 150 من قانون الطيران المدني ولما كانت المسؤولية هي جزء الإخلال بالإلتزام سواء كان هذا الإلتزام عقدي أو غير عقدي، ترتب عن ذلك مسائلة الناقل عن الأضرار الناشئة عن وفاة الراكب أو جرحه أو إصابته بأي أذى بدني آخر، وكذلك مسائلته في حالة هلاك البضاعة أو ضياعها، وكذلك عن الأضرار الناتجة عن التأخير في نقل الركاب أو البضائع

⁶²⁹ - عالج المشرع الجزائري مسؤولية الناقل البحري من خلال الأمر 76-80 المؤرخ في 1976/10/23 المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 1998/6/25 والمتعلق بالقانون البحري، ويرتب عقد النقل البحري على عاتق الناقل التزامات تتمثل في أخذ الناقل البضاعة على عاتقه ونقلها وتسليمها إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني، ومتى تم الإخلال بهذه الإلتزامات، ترتبت مسؤولية الناقل البحري، ولما كان إلتزامه التزاما ببدل عناية تتمثل في نقل البضاعة إلى ميناء الوصول، وتسليمها إلى المرسل إليه سليمة في الميعاد المتفق عليه فإنه يكون مسؤولا عن بذل عناية في نقله للبضاعة، ويكون مسؤولا عن الأضرار التي تنتج عن عدم تسليم البضاعة أو تلفها، ولا ترتفع المسؤولية عنه إلا إذا أثبت أن عدم قيامه بتنفيذ إلتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، يتمثل في إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 803 من القانون البحري، وأنه قام بجميع الإجراءات الضرورية لمنع تحقق النتيجة فإذا ترتبت المسؤولية في جانب الناقل، إلتزم بالتعويض في هذه الحالة، ويكون هذا التعويض متناسبا مع الضرر اللاحق، مادام أن هذا الضرر لم يتعد الحد الأقصى الذي حدده المشرع.

لم يكن للمتضرر الحق في التعويض إلا بهذا الحد الأقصى دون زيادة، لأن التعويض في هذه الحالة يحدد حسب قيمة البضاعة المصرح عنها⁶³⁰.

الفرع الثاني

التقدير الإتفاقي والقضائي للتعويض

أجاز المشرع للمتعاقدين اللجوء إلى تقدير مسبق للتعويض في العقد الذي يرتب إلتزاماتها المتبادلة في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ الإلتزامات المترتبة في ذمته عينا، أو تأخر في تنفيذها ويستحق هذا التعويض للدائن متى ثبت إن إخلال المدين بالإلتزامات قد ألحق به ضررا. وهذا النوع من الاتفاق يعرفه الفقه بالشرط الجزائي فما هو مفهوم هذا الشرط في العقد، وكيف يتم الإتفاق عليه؟ وهل للقاضي سلطة في تعديله؟ وكيف يمكن للقاضي تقدير التعويض إذا لم تحدده النصوص القانونية ولا المتعاقدان في العقد؟

أولا: مفهوم الشرط الجزائي و شروط إستحقاقه وسلطة القاضي في تعديله.

قد يتبين للمتعاقدين من ظروف وملابسات العقد، ومدى إلتزاماتها المتقابلة أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة بمعرفة القاضي عن الإخلال بأحد الإلتزامات التي يرتبها العقد لا يكون عادلا بالنسبة لهما، فيتفقان على تحديد قيمة التعويض مسبقا بما يتفق مع ما يريانه عادلا من وجهة نظرهما المشتركة.

أ- مفهوم الشرط الجزائي: نظم المشرع من خلال المادة 183 وما يليها من القانون المدني هذا الشرط وأحكامه. ولذلك فقد يلجأ المتعاقدان إلى الإتفاق مسبقا على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا لم يرقم الآخر بتنفيذ إلتزامه، وهذا ما يعرف بالتعويض عن عدم

⁶³⁰ ويتم التعويض في هذه الحالة طبقا للمادة 805 من القانون البحري، والتي تنص على أنه " لا يعد الناقل مسؤولا عن الخسائر أو الأضرار التي تصيب البضائع، أو التي تتعلق بها بمبلغ يزيد عن 10.000 وحدة حسابية عن كل طرد أو وحدة شحن أخرى أو 30 وحدة حسابية عن كل كيلو غرام يصاب بخسائر أو أضرار من الوزن الإجمالي للبضاعة للحد الأدنى المطبق، وبمقدار يعادل مرتين ونصف من أجرة النقل المستحقة الدفع عن البضائع المتأخرة التي لم تسلم في الوقت المتفق عليه، أو في الوقت المعقول المطلوب من ناقل حريص أن يسلم فيه البضائع ولكن لا تزيد عن مجموع أجرة النقل المستحقة بموجب عقد النقل البحري، وقد حددت قيمة الوحدة الحسابية كما هو الشأن لقانون الطيران المدني.

التنفيذ، كما قد يتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا تأخر الآخر في تنفيذ التزامه، وهذا التعويض عن التأخير وهذا الإتفاق المسبق على التعويض يعرفه الفقه بالشرط الجزائي⁶³¹. وقد سمي بالشرط الجزائي لأنه يرد عادة كشرط من شروط العقد الأصلي، ويرتبه المتعاقدان كجزاء في حالة إخلال المدين بالتزاماته سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخر في التنفيذ⁶³².

والشرط الجزائي بإعتباره بندا في العقد الذي يربط الدائن بالمدين بحسب الأصل، وأنه لا يستحق إلا في حالة إخلال المدين بالتزامه المحدد في العقد، فإن هذا يترتب عنه أن الإلتزام بالشرط الجزائي هو إلتزام تابع وليس إلتزاما أصليا⁶³³.

ب- شروط إستحقاق الشرط الجزائي

إن شروط إستحقاق الشرط الجزائي بإعتباره تعويضا حدده المتعاقدان سلفا، هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وذلك على أساس أنه لا يستحق إلا في حالة إخلال المدين بالتزامه، وهذا يترتب قيام المسؤولية المدنية، وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين⁶³⁴، وضرر يصيب الدائن⁶³⁵، وعلاقة سببية تربط الخطأ بالضرر⁶³⁶، ويضاف إليها شرط

631 - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 2، ص 851.

632 - تنص المادة 183 من القانون المدني. على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق". ويتضح من هذا النص أن التعويض الإتفاقي المسبق يمكن أن يتضمنه إتفاق لاحق للعقد، ولكن بشرط أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر الذي قرر هذا الشرط الجزائي للتعويض عنه. والأصل في الشرط الجزائي أن يطبق بصدد المسؤولية العقدية، مثلما وضحته المادة 183 من القانون المدني بأن يتفق المتعاقدين على التعويض مسبقا في العقد، من أمثلة ذلك أن ينص المتعاقدان في عقد البيع عن إلزام البائع بدفع مبلغ معين إذا تأخر عن تسليم البضاعة في الموعد المحدد، أما بخصوص المسؤولية التقصيرية، فلا يمكن في الغالب تصور أن يتم الإتفاق على التعويض إلا بعد تحقق المسؤولية، بإعتبار أن المسؤول المتسبب في الضرر لا يعرف المضرور إلا من وقت وقوع الفعل الضار. أنظر، حللو غنيمية، محاضرات في القانون المدني أقيمت بالمعهد الوطني للقضاء على طلبه السنة الثالثة، الدفعة الثانية عشر، 2003-2004.

633 - بمعنى أنه إلتزام تابع لما إلتزم به المدين أصلا بالعقد، وطبقا لأشكال الإلتزام المحددة قانونا، ثم يتفق الطرفان على مبلغ معين يقدران به التعويض إذا ما أحل المدين بالتزامه ويترتب على ذلك نتيجتين، الأولى هي عدم إستحقاق الشرط الجزائي إذا كان تنفيذ الإلتزام الأصلي ممكنا، إذا كان الإتفاق على إستحقاق الشرط الجزائي يتعلق بحالة إستحالة تنفيذ الإلتزام. وأما النتيجة الثانية فهي أن بطلان الإلتزام الأصلي يترتب عنه بطلان الشرط الجزائي.

634 - واشترط الخطأ كركن للمسؤولية التقصيرية مكرس قانونا بنص المادة 124 من القانون المدني، أما بخصوص المسؤولية العقدية فلم يرد نص يتضمن قاعدة عامة يشترط الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية في المسؤولية التعاقدية، غير أنه يستشف من خلال عدة نصوص قانونية متفرقة إشتراط فيها المشرع صراحة الخطأ في بعض العقود لاستحقاق التعويض وفي هذه الحالة يقوم الخطأ في ركنه المادي بمجرد عدم تحقق النتيجة أو بعدم تحققها على الوجه المتفق عليه في العقد، بما فيه التأخر في تحقيقها، وأفرق هنا بين حالتين: الحالة الأولى إذا لم يقم المدين أصلا بالعمل المطلوب فهنا تطبق المادة 176 من القانون المدني، وذلك بأن يفترض أن عدم القيام بالإلتزام يعود خطأ المدين، ويترتب على ذلك إلزام هذا الأخير بالتعويض ما لم يثبت وجود سبب لا يد له فيه جعل القيام بالإلتزام مستحيلا. أما الحالة الثانية فتتمثل في أن المدين قام بالعمل المطلوب منه، ولكن ثار نزاع بين طرفي العقد حول مدى بذل المدين العناية اللازمة في القيام بذلك العمل، فهنا المدين قد ارتكب إهمالا جعله ينحرف عن السلوك الواجب للشخص العادي، ويقع على الدائن إثبات إهمال المدين، وإعتباره أن الإهمال واقعة مادية فإنه يتم إثباتها بكافة الطرق.

635 - وقد نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه " لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، فإذا لحق الدائن أي ضرر لم يكن التعويض الإتفاقي مستحقا، إذ أن هناك حالات يتحقق فيها خطأ المدين دون أن يصاب الدائن من جرائه بضرر، كما لو تأخر البائع عن تسليم البضاعة في ميعادها، ولا يترتب عن هذا التأخير أي ضرر أو ضياع فرصة عن المشتري، فلا تقوم المسؤولية، ولا يستحق التعويض الإتفاقي المسبق. وأشار عند هذه النقطة أن القانون

ج-سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

طبقا لما سبق فإنه يجوز الإتفاق المسبق على مقدار التعويض في حالة إستحالة تنفيذ الإلتزام أو التأخر في تنفيذه، ويكون هذا التعويض ملزما للقاضي يتعين عليه الحكم به متى تحقق من توفر شروطه سالفة الذكر، ولكن هل سلطة القاضي مطلقة في هذا الشأن ولا رقابة عليه فيها؟ أم أنه يجوز له الخروج عن هذا المبدأ فيقوم بتعديل الشرط الجزائي بالزيادة أو بالنقصان؟

تنص الفقرة الثانية من المادة 184 من القانون المدني على أنه "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه" وتنص المادة 187 من نفس القانون على أنه "إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتفاق أولا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر فيتبين لنا من خلال هذين النصين أنه يجوز للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في ثلاث حالات هي:

- إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي كان مفرطا⁶³⁸.

المدني الجزائري حذا حذو المشرع المصري، إذ تنص المادة 224 من القانون المدني المصري على أنه "لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر". في حين اختلف عنهما المشرع الفرنسي، إذ أن القانون المدني الفرنسي في تنظيمه للشرط الجزائي إحتزم إرادة الطرفين إحتراما كاملا، إذ تنص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي على أنه "إذا إشتراط في الاتفاق أن الطرف الذي يخل بإلتزاماته يلتزم بدفع مبلغ معين على سبيل التعويض، فلا يسمح للطرف الآخر بإقتضاء مبلغ أقل أو أكثر".

⁶³⁶ - فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر، بأن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، ومتى إنتفت هذه العلاقة ينسب الضرر إلى السبب الأجنبي، أو بأن كان الضرر غير مباشر أو غير متوقع، عندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يتحقق الشرط الجزائي.

⁶³⁷ - ويكون الإعذار شرطا لإستحقاق الشرط الجزائي، في جميع الأحوال التي يجب فيها إعذار المدين، وما دام التعويض لا يستحق إلا بالإعذار في الأحوال التي يجب فيها، فإنه إذا لم يتم الدائن بإعذار المدين في هذه الأحوال، لم يكن التعويض الإتفاقي مستحقا كما أن القضاء إعتبره شرطا إجرائيا يترتب على عدم القيام به بطلان دعوى المطالبة بالتعويض، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر في 2002/07/25 إذ قررت بأنه "مراجعة أوراق الملف تبين أن الطاعن كان قد أثار أمام مجلس قضاء الجزائر دفعا يتمثل في أن المطعون ضدها لم يتم توجيحه إعذار مسبق قبل مقاضاته طبقا للمادة 180 من القانون المدني، لكن هذه الجهة القضائية لم تقم بتسجيل هذا الدفع، إذ اكتفت بمجرد التصريح بخصوصه بما يلي: حيث أن التمسك بالمادة 180 من القانون المدني ليس من شأنه أن يجعل الدعوى غير مقبولة شكلا، وفي هذه الحالة يستوجب إبطال القرار". أنظر، م ع، غ م، 2002/07/25، ملف رقم 215762، م ق، 2002، عدد 1، ص 279.

⁶³⁸ - وتبرير منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي المتفق عليه بين الدائن والمدين أن الدائن قصد تقدير الشرط الجزائي تقديرا مفرطا، وجعله شرطا تمديديا لحمل المدين على الوفاء بإلتزامه، فيكون بمثابة عقوبة فرضها الدائن على المدين ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا. مقدما أنه محجف، إما تحت تأثير ضغط الدائن، وإما عن إندفاع وتسرع ليقينه بأنه سيقوم حتما بتنفيذ إلتزامه، فلن يتعرض لتوقيع الشرط الجزائي عليه، ففي جميع الأحوال يجب تخفيض الشرط الجزائي إلى الحد الذي يتناسب وحجم الضرر ويتدخل القاضي بتقدير التعويض وفقا للقواعد العامة دون رقابة من المحكمة العليا عليه، فإذا إتضح بعد إبرام العقد أن الضرر الذي وقع لم يكن بالقدر الذي توقعه الطرفان، وأن تقديرهما كان مبالغا فيه، فالأمر يتعلق حينئذ إما بغلط في التقدير وقع فيه الطرفان، أو إكراه وقع على المدين، فقبل شرطا يعلم. أنظر، أحمد عبد الرزاق

- في حالة تنفيذ جزء من الإلتزام الأصلي⁶³⁹.
- حالة تسبب الدائن بسوء نية في إطالة أمد النزاع⁶⁴⁰.

كما يمكن للقاضي أن يعدل الشرط الجزائي بالزيادة، إذ تنص المادة 185 من القانون المدني على أنه "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"⁶⁴¹. وهنا تبرز وظيفة الردع للمسؤولية المدنية إلى جانب وظيفة الإصلاح⁶⁴².

ثانياً: التقدير القضائي للتعويض

إذا لم يحدد المشرع أحكاماً لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره كان المجال مفتوحاً أمام القاضي ليقدره، وتعطي المسؤولية التقصيرية وفقاً للمادة 124 من القانون المدني وكذا التعسف في استعمال الحق وفقاً للمادة 125 من نفس القانون سلطة واسعة للقاضي في تقدير التعويض، ولذلك أتعرض أولاً الضوابط التي تحكم تقدير القاضي للتعويض وأتعرض ثانياً إلى طريقة حساب هذا التعويض.

⁶³⁹ - إذا ما قام المدين بتنفيذ جزء من إلتزامه، فمن العدل ألا يلتزم بكل المبلغ المتفق عليه كشرط جزائي، ويكون القاضي قد إحترم إرادة المتعاقدين إذا حفظ الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من الإلتزام، ويتم التخفيض على أساس المبلغ المقدر في الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من إلتزام. أنظر، لولو غنيم، المرجع السابق.

⁶⁴⁰ - وتقوم هذه الحالة على مبدأ التعسف في استعمال الحق، وذلك أن الدائن متى تسبب بسوء نية في إطالة أمد النزاع فهو يتعسف في استعمال الإجراءات المقررة له قانوناً.

ويشترط في ذلك أن يتم إطالة النزاع من طرف الدائن بلا مبرر وكذا بسوء نية، ومتى تبين ذلك للقاضي قام بتخفيض التعويض الإلتقائي إلى حد معقول عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر، ونكون هنا أمام مسؤولية مشتركة بين الدائن والمدين، فالمدين تأخر في الوفاء بإلتزامه والدائن قابل هذا التأخر بإطالة أمد. أنظر، لولو غنيم، المرجع السابق

⁶⁴¹ فيتضح من هذا النص أن الضرر إذا زاد عن التعويض المقدر في الشرط الجزائي، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، حكم القاضي بالزيادة في التعويض، حتى يصبح معادلاً للضرر الذي وقع، ولا يمنع من ذلك أن التعويض مقدر في الشرط الجزائي، لأن الدائن في إتفاقه مع المدين على تقدير التعويض لم يدخل في حسابه غش المدين أو خطئه الجسيم. أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 878.

- ويتمثل الردع في التفرقة بين مدين وآخر حسب جسامته الخطأ الصادر منه، وفي الإرتفاع بالتعويض أو الإصلاح إلى التعويض الكامل الذي يحقق وظيفة الردع وجبر الضرر ويمكن تفسير هذا بأن الشرط الجزائي يكفي لجبر الضرر ولا يشترط أن يكون كاملاً، إلا أنه في حالة ما إذا كان الضرر الحقيقي يجاوز بكثير قيمة الشرط الجزائي فلا يحق للدائن المطالبة برفعه، وهنا يمكن تفسير عدم رفع التعويض الإلتقائي إلى التعويض الكامل بأن إرادة الدائن قد إتجهت مسبقاً إلى قبول تعويض محدد، لأن مدى الضرر في هذه الحالة يكون قد تجاوز ما إرتضاه الدائن. أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج2، ص 878.

أ- الضوابط التي تحكم القاضي عند تقديره للتعويض

ينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر، فالمعيار في ذلك موضوعي كما سبق الإشارة إليه⁶⁴³ ولذلك أتطرق أولاً إلى طبيعة وشروط الضرر المستحق للتعويض، ثم أتعرض ثانياً إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض ورقابة المحكمة العليا عليه في ذلك .

1-وجوب وقوع ضرر لإستحقاق التعويض.

الضرر هو بذاته مناط تقدير التعويض ومحلّه، وهو إما أن يكون مادياً أو معنوياً، وإن كان الضرر المادي لا يثير إشكالا في وجوب التعويض عنه بموجب النصوص الصريحة التي أوردها المشرع في القانون المدني الجزائري، فالحال ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي⁶⁴⁴ . فالضرر المادي هو ما يصيب الشخص من ضرر يتمثل في المساس بجسده، أو ماله، أو بانتقاص حقوقه المادية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له تقدر فائدتها مالياً⁶⁴⁵ .

ويتضح من هذا التعريف أن للضرر المادي وجهان، أولهما يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته، ويعرف بالضرر الجسدي، والثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص فيكون له إنعكاس على ذمته المالية، فالضرر المادي هو الذي يمس حياة الإنسان أو سلامته أو مصالحه.

ويتمثل ذلك في جرح في الجسد، أو إحداث عاهة، أو إزهاق روح، أو التسبب بعجز جزئي أو دائم عن العمل. وقد يصحب هذا الضرر الجسدي إنتقاص في الذمة المالية للضحية إن تطلب علاجه نفقات، أو حرم المصاب من القدرة على العمل. أما الضرر الذي يمس بحقوق أو مصالح مالية فهو الذي يصيب الشخص في كيانه المالي، فيمس بمصالح له

⁶⁴³ -أنظر، ص258 من هذه الرسالة

⁶⁴⁴ - أنظر، في ذلك بالتفصيل، مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي _دراسة مقارنة_، مجلة الشريعة والقانون، 2009، العدد 39؛ عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996، ص192؛ سعدون العامري، تعويض الضر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981 .

⁶⁴⁵ أنظر، حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر، 1997. ص 33 .

ذات صفة مالية أو إقتصادية كخسارة تحصل، أو مصاريف تنفق، أو تفويت فرصة، أو ضياع كسب⁶⁴⁶.

أما الضرر المعنوي فهو الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية⁶⁴⁷. فيلحق بما يسمى الجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، وقد يكون مقترنا بأضرار مادية، فيلحق العاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، وقد يستقل عن الضرر المادي، فيلحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية⁶⁴⁸.

وللضرر المعنوي عدة صور، فقد يصيب الجسم، إذ أن الجروح التي تصيب الوجه والألم الذي ينجم عن ذلك، وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء، كل هذا يشكل ضررا ماديا ومعنويا إذا نتج عنه إنفاق المال في العلاج، أو نقص عن الكسب المادي، ويكون ضررا معنويا فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك⁶⁴⁹. كما قد يتصل بشخصية المرء وحقوقه العائلية، وما يؤدي الشعور والأحاسيس، وبما يمس العرض أو السمعة أو الإعتبار من قذف أو تشهير، أو ما يصيب العاطفة من حزن أو حرمان⁶⁵⁰.

والأضرار المادية الناتجة عن الضرر المعنوي أو المختلطة به تقبل التقييم ولا تتبرر صعوبة بذاتها، ولكن الضرر المعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض، وبإعتبار أنه لا تترتب عليه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه لصعوبة تقويمه مما أثار جدلا كبيرا حول مبدأ التعويض عنه⁶⁵¹. وفي هذا الشأن حسم المشرع المصري الخلاف في المادة 222 من القانون المدني المصري بأنه يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا، في حين جاءت المادة 124 من القانون المدني الجزائري عامة لا تميز بين الضرر المادي والأدبي.

646 - أنظر، عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الدار الجامعية، د س ن، ص 258.

647 - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 864.

648 - أنظر، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 52.

649 - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 864.

650 - أنظر، حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 341.

651 - أنظر، مهدي عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق.

فذهب رأي في الفقه إلى أن عدم وجود نص على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري لا يسوغ أن يستنتج منه إنتفاء التعويض عن هذا الضرر، إذ أن الأصل في الأشياء الإباحة، كذلك فإن المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بأن لا نميز بين الضرر المادي والمعنوي طالما أن القانون لم يميز⁶⁵².

لكن بالرجوع إلى النصوص التي خصصها المشرع الجزائري للتعويض نجد المادة 131 من القانون المدني تنص على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر⁶⁵³. وبالرجوع إلى المادة 182 من نفس القانون⁶⁵⁴ يتبين من أن المشرع لا يأخذ إلا بالتعويض عن الضرر المادي، ذلك أن عنصري ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب هما عنصران للضرر المادي⁶⁵⁵.

ولكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أغفل النص على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني بنص مستقل وإنما جاءت المادة 124 عامة ، إلا أنه نص عليه في قوانين خاصة⁶⁵⁶. كما أن المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الرابعة تنص على أنه "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"، وهذا ما يناقض الرأي الأول، ولذلك سكوت المشرع يفيد إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي وليس العكس.

2- الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض

ينبغي أن يتوفر في الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض وتتمثل هذه الشروط فيما يلي :

⁶⁵² - أنظر، علي علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ص 239-240 .

⁶⁵³ - تم تعديل هذا النص بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005.

⁶⁵⁴ - تنص على أنه "إذ لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب".

⁶⁵⁵ - أنظر، مقدم سعيد ، المرجع السابق ، ص 163 .

⁶⁵⁶ - من بين هذه النصوص الأمر 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات، وبرنامج التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-91 الذي جاء في نصوصه التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الوفاة لذوي الحقوق، وكذا التعويض عن ضرر التألم .

- أن يكون الضرر شخصيا : ويعني ذلك أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضرا شخصيا لمن أرتد عليه، كما لو أصيب شخص في حادث بما أعجزه عن القيام بعمله، وبالتالي يحول دون الإنفاق على من يعولهم، فهؤلاء لهم الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي، وهذا التعويض مستقل تماما عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح ما أصيب به هو من ضرر، فيكون للضرر المرتد كيان مستقل عن الضرر الأصلي⁶⁵⁷.

- أن يكون الضرر محقق الوقوع : والمقصود بهذا ألا يكون الضرر إفتراضيا، بل يجب أن يكون قد وقع فعلا، أو أن يكون وقوعه مؤكدا وحتميا ولو تراخى إلى المستقبل⁶⁵⁸. فالضرر الحال هو الذي وقع فعلا، وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه، ومثاله ما أصاب المضرور في جسمه، أو ماله وقت المطالبة بالتعويض⁶⁵⁹. والضرر قد يكون نهائيا عند وقوعه، أو يصبح كذلك وقت الحكم بالتعويض بعد أن إستقر، فيكون تقويم الضرر على أساس ما كان عند الحادث في الحالة الأولى، وعلى أساس ما إستقر عليه في الحالة الثانية. وإذا لم تستقر حالة الضرر، واستمر مختلفا بين الخطورة والتحسن، فللقاضي الحكم بتعويض يناسب ما قدره من ضرر واقع فعلا، وأن يحفظ الحق للمضرور لإستكمال التعويض حسبما تنتهي إليه حالة الضرر، ما دام أنه محقق وليس إحتمالي، وهذا في مدة معينة⁶⁶⁰. وهذا ما يتماشى مع نص المادة 131 من القانون المدني⁶⁶¹.

- أن يكون الضرر مباشرا : فالضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالضرر المباشر هو ذلك الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتب هذا الضرر

⁶⁵⁷ - أنظر، عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص 340 .

⁶⁵⁸ - أنظر، محمد إبراهيم الدسوقي ، المرجع السابق، ص 53.

⁶⁵⁹ - أنظر، عاطف النقيب ، المرجع السابق ، ص 243.

⁶⁶⁰ - أنظر، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المرجع السابق ، ص 334 .

⁶⁶¹ - تنص على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعات الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". إذ أن المبدأ أن الحكم بالتعويض يشمل كل ما ترتب من ضرر وقع فعلا أو سيتحقق وقوعه مستقبلا متى كان متوقعا.

ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر غير المباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة، فيكون الفعل الأصلي عاملا لازما لحصول الضرر، ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تدخل أسباب أخرى وفقا لنص المادة 182 من القانون المدني، التي أكدت أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام، وأن يكون متصلا إتصالا واضحا بالفعل الضار.

– أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة : ويقصد بذلك أنه لا يمكن مسائلة المعتدي إلا إذا مس إعتدائه بحق ثابت يحميه القانون⁶⁶²، سواء كان هذا الحق ماليا أو غير مالي. فلكل شخص الحق في الحياة وفي سلامة جسمه، والتعدي عليهما ينشئ ضررا من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو يؤدي إلى تكبده لنفقات، كما يمكن أن يمس الفعل الضار في عواطفه وشعوره.

ب- كيفية دفع التعويض

متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، وله في ذلك سلطة مطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، وفي تقديره من جهة أخرى، بغير رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك .

فعند رفع دعوى أمام القاضي للمطالبة بالتعويض وجب عليه أول الأمر فحص الوقائع المطروحة أمامه، ثم بعد ذلك تكييف تلك الوقائع بتطبيق النص القانوني الملائم عليها، من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية، ليتأكد له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض على إعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية، ولا تقدير حيث لا تعويض.

662 - يشترط أن تكون المصلحة المشروعة ليتم التعويض عنها أما إذا كانت غير ذلك فلا يعتد بها، إذ لا يمكن تعويض الخليفة عن فقد خليفها الذي كان يتولى الإنفاق عليها لأن هذه المصلحة تقوم على علاقة غير شرعية .

وقد إشتراط إجتهاد المحكمة العليا على القاضي تحديد عناصر التعويض، وذلك من خلال قرارها الصادر في 2000/3/28 الذي قررت من خلاله بأنه "إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي بإعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لارقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك"⁶⁶³.

ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من القانون المدني⁶⁶⁴. و التي تختلف حسبما تكون الظروف الملازمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المضرور في طلباته، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية.

فإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية التعاقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا النوع من التنفيذ إلا بمنزلة الإستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية. فالتنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض المالي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية⁶⁶⁵. والتعويض يكون إما عينيا أو بمقابل، فالتعويض العيني هو إصلاح الضرر بإزالة مصدره من أصله، وهو غير التنفيذ العيني لذا نجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية⁶⁶⁶.

ويتجسد التعويض العيني في المسؤولية التقصيرية من خلال إصلاح الضرر عينا، وليس بمقابل، ومثاله أن يبني شخصا حائطا في ملكه يسد عن جاره الضوء والهواء تعسفا منه، فيكون التعويض العيني عن هذا الفعل بهدم الحائط على حساب الباني.

⁶⁶³ - أنظر، م ع ، غ م ، 2000/3/28 رقم 231419، م ق ، 2003، عدد خاص، ص 627 .

⁶⁶⁴ - تنص المادة 132 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا، ويقدر القاضي التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع". و قد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 2005/6/20 المعدل والمتعم للقانون المدني.

⁶⁶⁵ - أنظر، حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المرجع السابق ، ص 527

⁶⁶⁶ - أنظر، مقدم سعد ، المرجع السابق ، ص 224 .

أما التعويض بمقابل فهو الذي يصلح في المسؤولية العقدية متى إستحال تنفيذ الإلتزام عينا، وهو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لإستحالة التعويض العيني في أغلب الأحيان، وهو قد يكون نقدا أو غير نقدي، فيكون لقاضي الموضوع سلطة كاملة في إختيار نوع التعويض الأنسب لإصلاح الضرر.

فالتعويض النقدي يكون في أغلب حالات المسؤولية التقصيرية، وفي بعض حالات المسؤولية العقدية، وقد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع دفعة واحدة أو مقسما، وهذا حسب الظروف، أو في صورة إيراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة، أو بإيداع مبلغ كاف لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به.

أما التعويض غير النقدي فيأخذ عدة صور ومثاله في مجال المسؤولية العقدية ما جاءت به المادة 119 من القانون المدني، فيكون للدائن مطالبة المدين الذي لم يوف بإلتزامه بعد إعداره بنفس العقد مع التعويض إذا إقتضى الحال ذلك، فيكون الفسخ وسيلة للتعويض غير النقدي. ومثاله في المسؤولية التقصيرية أن يأمر القاضي بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه الذي ارتكب فعل السب والقذف، وهذا النشر يعد تعويضا غير نقدي⁶⁶⁷.

ومتى تبين للقاضي طريقة مناسبة لإصلاح كافة الأضرار اللاحقة بالمتضرر سعى لتقدير التعويض عنه، وله في سبيل ذلك سلطة مطلقة، فهو غير ملزم بنصاب معين أو بمبلغ ثابت لجبر هاته الأضرار، وإنما له كامل الصلاحية. إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم من خلالها القاضي حسب أهوائه وميولاته، فتقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على القاضي عند الإضطلاع بها إستبعاد كل إجحاف أو مغالات، فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره⁶⁶⁸.

667 - أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوي، المرجع السابق، ج 1، ص 967.

668 - أنظر، محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، 446.

وفي سبيل ذلك مكن المشرع القاضي بموجب نص المادة 47 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية من اللجوء إلى ذوي الخبرة والإختصاص إذا إستعصت عليه أي مسألة يكون من شأن الكشف عليها إما إعطاء الوصف الحقيقي للضرر أو تحديد جسامته، ما لم يكن الأمر يتعلق بما يدخل في سلطته. ذلك أن الخصوم ملزمين بتقديم الوقائع في حين يلتزم القاضي بتطبيق القانون على الوقائع المعروضة عليه، ولا يجوز له أن يفوض فيه أحدا غيره .

المطلب الثاني

تقدير القاضي للتعويض في مسائل الزواج والطلاق

إذا كان حساب التعويض وتحديد مقداره يكون إما بنص قانوني، أو وفقا لإتفاق الأطراف، وإن لم يكن كذلك تترك مسألة تقديره للقاضي الناظر في الدعوى، والذي يحدد التعويض مع خضوعه لضوابط معينة. ولكن لا يوجد في هذا السياق ما يحدد حده الأقصى ولا الأدنى. وتعتبر تلك المسألة متعلقة بالوقائع لا رقابة للمحكمة العليا عليه فيها.

وقد نص المشرع الجزائري في مسائل الزواج والطلاق على التعويض في أكثر من موضع، إذ جعل التعويض في حالة العدول عن الخطبة والطلاق والتطليق والخلع، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع ينص على التعويض كمبدأ فقط دون أن يحدد مبلغ التعويض هذا، فهل بإمكانية طرفا العقد أن يحددا التعويض عن فك الرابطة الزوجية عند إبرام عقود الزواج؟ وإذا عرضت دعوى التعويض على قاضي شؤون الأسرة فكيف يتوصل إلى تحديد مقداره؟ وما هي الضوابط التي يعتمد عليها في هذا التقدير؟ وما هو موقف التشريعات العربية من ذلك؟

الفرع الأول

تقديرالقاضي للتعويض عند العدول عن الخطبة

تنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية على أنه "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". فالعادل عن الخطبة إنما يمارس حقا مخولا له، فهو غير مجبر على إتمام عقد الزواج، فما الخطبة إلا مقدمة له كما سبق القول⁶⁶⁹. ولذلك قد يتعسف الخاطب أو المخطوبة على حد سواء في ممارسته لحق العدول مما قد يلحق ضررا بالطرف الآخر، وقد جعل المشرع الجزائري كلا من الضرر المادي والمعنوي من موجبات التعويض .

وكما سبقت الإشارة إليه فإن التعويض مقرر في حالة العدول عن الخطبة لأي من الطرفين، بشرط أن يترتب عن هذا العدول ضرر مادي أو أدبي. ويلاحظ أن مشرعنا ربط الحصول على التعويض بشرط وقوع الضرر لا بالعدول نفسه. والضرر هوكل أذى يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصالحه المشروعة، سواءاكان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية⁶⁷⁰. ولذلك سأعرض أولا إلى إمكانية تعويض الضرر المادي، ثم أعرض إلى تعويض الضرر المعنوي بشأن العدول عن الخطبة.

أولا: التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة .

إذا لم يثر أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما، بحيث إقراره ثابت بنص قانوني ولكن ما يحتاج إلى البحث في هذه النقطة هو تقدير التعويض، وبيان مقداره في حالتي الضرر المادي والأدبي، وذلك لأن المشرع لم يحدد قيمة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة، ولا كيفية حسابه، مما يتطلب من القاضي الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني.

⁶⁶⁹ -أنظر، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 19 من هذه الرسالة.

⁶⁷⁰ -أنظر، جميل الشرفاوي ، المرجع السابق، ص 44 .

أ _ إمكانية وكيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

من المعلوم شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بعقد في المستقبل، وأن هذا الوعد غير ملزم لأحد من الطرفين، وأن لكل من الخاطبين العدول والإمتناع عن إتمام العقد دون مسائلة من أحد، لأنه في ذلك يمارس حقا مشروعاً، ولا شيء عليه في ذلك⁶⁷¹.

1- إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

لقد سبق أن أشرت في بداية هذا الفرع إلى أن التعويض عن الضرر المادي قد يكون إما قانوني أو إتفاقي أو قضائي، وفي مجال العدول عن الخطبة سبق القول أيضا أن الخطبة ليست عقداً، وبالتالي فإنه لا يمكن القول بأن يكون التعويض إتفاقياً، وكذلك لا يوجد في قانون الأسرة ما يحدد هذا التعويض ولا طريقة حسابه، مما يخرج من دائرة التعويض القانوني، إذ إكتفى المشرع بإقرار مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة، ولذلك فإنه يبقى فقط التعويض القضائي التي تمنح فيه السلطة الكاملة للقاضي في تقديره وكيفية دفعه.

فلكي يتقرر التعويض لا بد أن يتوافر شرطان وهما: أولاً أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع أفعاله صفة السلوك الخاطيء المعتبر أساساً للتعويض. وذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصير تنفيذ الزواج مستحيلاً، ولا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه. ويلحق بذلك أيضا إكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولاً قبل قيام الإقدام على الخطبة والثاني أن تكون للعادل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه، كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة وفجأة تنقلب الموازين رأساً على عقب بالعدول المفاجيء، فيحدث ذلك ضرراً ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي⁶⁷².

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، بل وهو وعد غير ملزم، وأن التعويض فيه إكراه ضمني، ولكن يرد على هذا القول بأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة للضرر ليس إكراهاً على إتمام العقد، وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف

671 -أنظر الطبيعة القانونية للخطبة ، ص47 من هذه الرسالة.

672 -أنظر، سوسي جمال، إشكالات إنعقاد وإخلال الزواج، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2004، ص 10-11.

المتضرر في هذه الحالة، خصوصا مع وجوب النظر إلى أن ما قرر مهرا يرد في حالة العدول بغض النظر على الطرف الذي عدل⁶⁷³.

2- كيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة

فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة فلم ينص لا المشرع الأسري الجزائري ولا المصري على كيفية تقدير هذا التعويض، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا". كما نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه " يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بإداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الضار". ويقابل هذا النص المادة 171 من القانون المدني المصري التي تقر نفس المبدأ في شأن كيفية تقديم التعويض .

ويظهر من هذه النصوص أن التعويض القضائي بمعناه الواسع إما أن يكون عينيا وهو التنفيذ العيني وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وإما أن يكون تعويضا بمقابل، وهذا الأخير إما أن يكون نقديا أو غير نقدي .

وفي مجال العدول عن الخطبة، فإن العادل إذا كان قد إستولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة، أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر، فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينيا، وذلك برد الحال إلى ما كانت عليه، وإرجاع ما إستولى عليه الطرف الآخر⁶⁷⁴.

⁶⁷³ -أنظر، عبير يحي شاكرا القدومي ، المرجع السابق، ص 83 .

⁶⁷⁴ -أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق ، ص 105 .

فلو كان المستولى عليه سيارة او أموالا عينية، فإنه يجب ردها، ويجوز إجبار من أخذها على الرد بطريق التهديد المالي. وهو ما يفهم من نص المادة 132 من القانون المدني سالفه الذكر. فالقاضي في هذه الحالة ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني، ولكن يتعين أن يقضي به بشرطين الأول إذا كان التنفيذ العيني ممكنا والشرط الثاني أن يطالب به الطرف المضرور.

أما إذا رأى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن، قضى بالتعويض بمقابل نقدي، وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة. فإن كان الضرر المادي يمكن تقويمه بالنقد، كما لو قامت المخطوبة بإعداد جهاز معين، أو كراء قاعة الحفلات، ودفعت في مقابل ذلك مالا، ففي جميع هذه الحالات يتعذر فيها التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلا التعويض النقدي وهو ما أقره المشرع في المادة 132 من القانون المدني⁶⁷⁵. والأصل أن يكون التعويض النقدي مبلغا معيناً، يعطى دفعة واحدة، ولكن ليس هناك ما يمنع القاضي من الحكم بتعويض نقدي مقسط.

ب- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

لم يتعرض الفقهاء القدامى لمسألة الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة وتعويضها، إمالعدم حدوث ذلك في عصورهم، وإما لأن الخطبة التي رسم الإسلام طريقها، وسلوك الطرفين أثناءها لا يترتب على فسخها ضرر متى إلتمز الطرفين هذا السلوك، وإنما جاء الضرر نتيجة إنحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة تقليدا لغير المسلمين فيما يفعلون⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ - أنظر، عمار بن احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر،

2008-2005، ص 38.

⁶⁷⁶ - أنظر، محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 86-87.

وإذا كان المبدأ المستقر عليه فقها وقضاء هو التعويض عن الأضرار الناجمة عن الخطبة، لا سيما منها الأضرار المادية التي أقر المشرع التعويض عنها صراحة في القانون المدني، فهل يخضع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، أم هناك ضوابط تحكم تقدير هذا التعويض؟

الأصل أن حرية العدول مطلقة لكل من الخطيئين، فلكل واحد منهما العدول متى شاء، لأن الخطبة وعد بالزواج و ليست عقدا ملزما، و الإستثناء هو تقييد هذا الحق إذا أضر بالطرف الآخر. فلا ننكر على الخاطب حقه في العدول، ولكن يلزمه القانون بأن يستعمل هذا الحق بعناية وحرص حتى لا يسبب لمخطوبته ضرر أو أن يستعمله لمجرد الإضرار بها، أو على الأقل بأن تكون الفائدة المرجوة من هذا العدول بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بمخطوبته، إذ أن الشرائع لا تحمي عدولا طائشا لا يبرره مصوغ يقتضيه⁶⁷⁷.

فالتعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس إكراها على إتمام العقد، وإنما هو محاولة لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة التعسف في استعمال حق العدول. فالعدول عن الخطبة وإن كان حقا مشروعاً للطرفين إلا أنه قد يساء إستعماله أحيانا، كأن يتم بدون مبرر معقول، أو أن يلحق ضررا بالطرف الآخر عمدا وتغريمه أو ما إلى ذلك. والمعايير التي يستشف منها القاضي واقعة التعسف في العدول عن الخطبة تكمن في :

1- معيار قصد الإضرار:

وقصد الإضرار من العادل يظهر بقريئة تكليف الطرف الآخر إلتزامات، أو إدخاله في إرتباطات مع رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة، أو البحث عن شريك آخر يفضله بمال أو جاه أو غيرهما، فإستعمال حق الإستمرار في الخطبة أو العدول عنها يحكمه ضابط عدم الإضرار⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ -أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 828 .

⁶⁷⁸ -أنظر، عبير ربحي شاکر القدومي ، المرجع السابق ، ص 85 .

وتسري هذه القيود على المخطوبة أيضا عند إلزامها بالتعويض إن كان العدول منها، وثبت أن لا دخل للخطاب فيه، كأن عدلت رغبة في خاطب أفضل بعد تغريم الأول وتكليفه⁶⁷⁹.

2- معيار الضرر الفاحش:

ونحن بصدد التعويض عن الضرر المادي، فعلى الطرف الذي يطالب بالتعويض أن يثبت الضرر المادي الذي لحقه من جراء العدول، كأن تثبت المخطوبة أنها قد دفعت مصاريف حجز قاعة الحفلات، والتي لا يمكن إستردادها في حالة العدول عن الخطبة، فيكون بذلك قد لحقها ضررا ماديا، لكي يلزم القاضي الخطاب العادل بتعويضها عما تكبدته من نفقات. فالتعويض الذي يقضي به القاضي لا يكون إلا على أساس وجود ضرر وليس عن العدول في حد ذاته.

وقد استقر القضاء الجزائري على تعويض الضرر المادي المترتب عن العدول عن الخطبة. وذلك ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 حيث قضت بأنه "من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو إقرار الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين بعد خرقا للقانون"⁶⁸⁰.

كما ذهب القضاء المصري من جانبه إلى التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية، وذلك في قرار لمحكمة النقض في 1962/11/15 حين قضت بأنه "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية، بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في ذاتها، ومستقلة

679- أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 1، ط 8، مطبعة جامعة دمشق، 1965، ص 73؛ مقتبس عن، عبير ريجي شاکر

القدومي، المرجع السابق، ص 85.

680- أنظر، م ع، غ أ ش، 1989/12/25، ملف رقم 56097، م ق 1991، ج 4، ص 102.

عنه إستقلالاً تاماً، ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنه ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر⁶⁸¹.

وأما الفقه فقد إختلف حول مدى تأثير الظروف الشخصية للمسؤول في تقرير التعويض، ولاسيما الظروف المالية، إذ ذهب رأي منه إلى أنه لهذه الظروف دورها في تقدير التعويض، ويجب على القاضي مراعاتها، كأن يكون المسؤول عن الضرر غنياً أو فقيراً⁶⁸².

وأصحاب هذا الرأي يقررون أن مثل هذه الظروف ماكان ينبغي الإعتداد بها في هذا المجال، لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر. إلا أن النص قد جاء عاماً، ومن ثم لا وجه لأن يقتصر على الظروف الخاصة بالمضروب. كما أن الإعتداد بظروف المسؤول يتفق مع ما كان القضاء يسير عليه من إعتداد بتلك الظروف.

وذهب رأي آخر إلى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول لا تأخذ بعين الإعتبار عند تقدير التعويض⁶⁸³. فإذا كان المسؤول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، وإن كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل. ولذلك فإن العادل عن الخطبة يدفع تعويضاً للطرف الآخر بقدر ما أحدث من ضرر فحسب، دون مراعاة لظروفه الشخصية. إذ أن العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بشخص المضروب وليست تلك التي تحيط بظروف المسؤول⁶⁸⁴.

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذي صدر من المسؤول عند تقدير التعويض، فإذا تحققت المسؤولية، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر، لا بقدر جسامة الخطأ، ومهما كان الخطأ يسيراً، فإن التعويض يجب أن يكون عن كل الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير. ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر

681- أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني، في 15/11/1962، طعن رقم 174 لسنة 67 ق السنة 13، ص 1073؛ مقتبس عن سامح سيد محمد

المرجع السابق، ص 156.

682- أنظر، عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، ص 627.

683- أنظر، أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 973.

684- أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 39.

الجسيم. لأننا بصدد تعويض مدني يراعي فيه مقدار الضرر، ولسنا بصدد عقوبة جنائية يعول فيها على جسامه الخطأ⁶⁸⁵. ولهذا فإن استخدام المشرع في القانون المدني لعبارة الظروف الملازمة تعود على جسامه الضرر

وإذا إستقر الأمر على أن التعويض يكون بحجم الضرر، فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض؟ هل هو وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به، أو أن وقت تقديره يوم صدور الحكم به؟

الواقع أن الضرر المادي المترتب عن العدول عن الخطبة يتعلق بما تكبده أحد الطرفين من مصاريف كما أسلفت القول⁶⁸⁶، ولذلك فإن الضرر الذي يلحق بأحد الطرفين يظل في مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع إلى يوم صدور الحكم. ولا يمكن أن نتصور أن يتغير الضرر في تلك الفترة، فالنتائج المترتبة عن العمل الضار تظل ثابتة لا تتغير، فهي لا تشتد أو تنقص مع مرور الزمن، وعليه فإن تقدير التعويض يكون من وقت وقوع الضرر⁶⁸⁷.

أما فيما يخص قيمة التعويض، ففي الحقيقة هذه الأمور تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ويرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني في هذا المجال بأن "يكون تقدير التعويض مقيدا بنصف المهر، لأنه لا يجوز الحكم بالتعويض على فسخ الخطوبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها يترتب عليه دفع نصف المهر لها، وضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر هو خشية التعسف في تقدير هذا التعويض"⁶⁸⁸.

إلا أن هذا الرأي مردود عليه، إذ قد يكون المهر مبالغ فيه، وأن نصف المهر يجاوز بكثير حجم الضرر اللاحق بأحد الطرفين عند العدول، خصوصا مع ما جرى به العمل

⁶⁸⁵ - أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 113 .

⁶⁸⁶ - أنظر، ص 281 من هذه الرسالة.

⁶⁸⁷ - أنظر، مسعودة نعيمة الياس، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون وإجتهد القضاء، مقال تحت النشر.

⁶⁸⁸ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 53 .

اليوم في مجتمعنا من مغالات في المهور. هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن نصف المهر الذي يدفع في الطلاق قبل الدخول ليس تعويضا بل هو حق للمطلقة⁶⁸⁹.

وعلى العموم فإن ضابط تقدير الضرر هو ما إستقر عليه إجتهااد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/3/16 حين قضت بأنه "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع"⁶⁹⁰. ففي مثل هذه الحالات يرجع تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، وأن الإشكال في الحقيقة هو في إثبات وقوع الضرر في حد ذاته.

ثانيا- تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

يعتبر من الأضرار المعنوية تلك الآلام التي تمس عاطفة الإنسان عن طريق الطعن في سمعته أو شرفه، فيكون في صورة شعور بالحزن، وضيق في الصدر، وإنعدام الطمأنينة. ولم يتطرق الفقهاء سابقا للأضرار الأدبية لأنها ظهرت حديثا نتيجة إنحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة وتأثرهم بالظواهر المادية للمجتمعات الأوروبية⁶⁹¹.

وقد جعل المشرع التعويض عن الضرر الناجم عن الخطبة واسعا ولم يحدد إذا كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، وعلى إتساع هذا النص فإنه يجوز التعويض عن الضرر المادي كما يجوز التعويض عن الضرر المعنوي. إذ أن مجرد العدول عن الخطبة قد يلحق أضرارا معنوية ولو من باب خدش الشعور، وما تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما يؤذي سمعة المعدول عنه ويعرضه لكثير من الشائعات، ويفتح باب التأويلات والضنون السيئة فيه⁶⁹².

أ- إمكانية وكيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

689- أنظر، في ذلك، مسعودة نعيمة إلياس، التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاته في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس،

سيدي بلعباس، 2001-2002، ص 55.

690- أنظر، م ع ، غ أش ، 1999/3/16 ، ملف رقم 216865 ، م ق ، عدد خاص ، 2001 ، ص 256 .

691- أنظر، سويسي جمال ، المرجع السابق، ص 15 ،

692- أنظر، سعاد سطحي ، التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،

قسنطينة، عدد 9 ، سنة 2004.

كما هو معلوم فإن للضرر المعنوي طبيعة خاصة. فهل يمكن أن يكون قابلا للتعويض في مجال العدول عن الخطبة؟ وماهي طريقة دفع هذا التعويض؟ وماهي الضوابط التي تحكم تقدير هذا النوع من التعويض؟

1- إمكانية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

في هذا المجال ذهبت محكمة النقض المصرية في 14/12/1939 إلى أن "الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج، وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما ان يعدل عنه في أي وقت شاء، خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض، ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه بإعتبار أنهما مجرد وعد فعدول قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة عنهما إستقلالاً تاماً، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها، بغض النظر عن العدول المجرد، أفعال ضارة موجبة للتعويض"⁶⁹³.

وهذا أيضا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر في 23/4/1991 حين قضت بأنه "على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جراء فسخ الخطبة التي دامت 4 سنوات، لأن الثابت في القضية أن المدعى عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة وأن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها 4 سنوات كخطيبة"⁶⁹⁴.

من هذا يتضح أن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة أمر ثابت بموجب أحكام القانون وإجتهادات القضاء، يسري عليه ما يسري على الضرر

⁶⁹³ - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض مدني، 14/12/1939، طعن رقم 13 لسنة 9 ق، مجلة المحامات السنة 13 رقم 422، ص 705.

⁶⁹⁴ - أنظر، م ع ، غ أش ، 23/4/1991، ملف رقم 73919، م ق 1993، عدد 1، ص 54.

المادي، فهما على حد سواء، غير أن الإشكال الحقيقي في هذا المجال يكمن في إثبات الضرر المعنوي، إذ غالباً ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطاً بالآلام نفسية تلحق بالمعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته، وذلك لأن الخطبة في طبيعتها ليست بالأمر السري، بل هي محل إشهار بين المحيطين به. ولهذا فمن شأن العدول عنها أن يترك آثاراً في نفسية المعدول عنه.

كما أن نصوص القانون بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادي تجيز التعويض عن الضرر المعنوي، ولكن كيف يمكن أن يصيب العدول عن الخطبة سمعة الطرف المعدول عنه وشرفه؟ هل مجرد العدول عن الخطبة يترتب ضرراً معنوياً؟

إستقر القضاء في مصر على أن العدول عن الخطبة بعد فترة معينة لا يمكن أن يحمل العادل مسؤولية، ولا يمكن أن يترتب عن مجرد العدول ضرراً. وهذا ماجاء في قرار المحكمة النقض بتاريخ 1962/11/15 حيث قضت بأن "إستطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تنفيذ سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول، ومجرد العدول عن الخطبة لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما إستطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين"⁶⁹⁵.

أما القضاء الجزائري فكان له موقف مخالف إذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/4/23 لأنه إعتبر أن فترة الخطبة الطويلة التي دامت 4 سنوات كافية لإعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة تعسفياً، وأن إنتظار الخطيبة لمدة 4 سنوات كاملة دون أن ينتهي إنتظارها بالزواج يترك في نفسها آلاماً وأضراراً معنوية معتبرة⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ - أنظر، محكمة النقض المصرية، جلسة 1962/11/15، الطعن رقم 474 لسنة 72 القضائية مجموعة المكتب الفني، السنة 13، مدني العدد 3، ص

1037؛ مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 456.

⁶⁹⁶ - أنظر، م ع، غ أ ش، 1991/4/23، ملف رقم 73919، م ق 1993 عدد 1، ص 54.

وإن كان هناك جانب من الفقه يذهب إلى عكس ما ذهب إليه هذا الموقف القضائي، وحجته في ذلك أن المخطوبة في هذه الحالة كانت تعلم أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، وأن العدول عنها أمر مباح، وأن من يدعى حصول ضرر له من جراء هذا العدول، كان يعرف مقدما أن العدول جائز للطرف الآخر، فكان يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس. كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ما قد يحصل له بسببه ضرر أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر بالزواج أو بعدمه⁶⁹⁷. إذ كان الإحتياط يوجب عليه أن يطلب فسخ الخطبة أو إمضاء العقد، قبل الإقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له، فإن لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله، ومغبة تقصيره، وعدم إحتياطه⁶⁹⁸.

وكذلك ما يلاحظ على نص المادة 5 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا وإنما جعله جائزا لأنه ليس معقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، وكقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق الطرفين، لكنه جعل التعويض أمر جوازي فقط عند ترتب الضرر، وهذا ما يمكن القول معه بأنه مهما استطل أمد الخطبة فلا تعويض عن مجرد العدول⁶⁹⁹.

ولكن ليست كل الأضرار الأدبية ناتجة عن ألم العدول أو طول فترة الخطبة، إذ من المتصور عملا أن تكون الأضرار الأدبية التي لحقت بالمخطوبة بعد عدول الخاطب عن الخطبة ترجع بسببه هو، وما قام به من إثارة إشاعات حول تلك المخطوبة، كيدا منه لها، وتلويثا لسمعتها، لغرض ما في نفسه إضرارا بها⁷⁰⁰.

2- كيفية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

697 - أنظر، عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص 29.

698 - أنظر، احمد فوج حسين، المرجع السابق ص 71؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 87.

699 - أنظر، سويسي جمال، المرجع السابق، ص 15.

700 - أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 114.

من المعروف أن تعويض الضرر المالي أمره سهل، لأنه مقدر بمقدار الضرر، فهو يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب. أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب مصلحة غير مالية، كالتشهير وتشويه السمعة وهذا ما يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره والتعويض عنه. إذ يجب عليه أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأً يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، والمعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المؤلف للشخص العادي، إذا وجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر، كما أن القاضي يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي⁷⁰¹.

وهذا ما يجعل التعويض عن الضرر الأدبي أمراً مختلفاً، لأن التقدير فيه يقوم على إعتبرات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر، وأشير هنا إلى أن التعويض عن الضرر الأدبي يأخذ شكلين، الشكل الأول يتمثل في التعويض العيني عن الضرر الأدبي، وثانيهما هو التعويض بمقابل نقدي.

أ- التعويض العيني للضرر المعنوي

ومحل الإلتزام بهذا التعويض، قيام المدين به المسؤول عن الفعل الضار بأداء شيء للدائن المضرور يجبر به الضرر الذي لحقه بسبب الفعل الضار، وهذا ما يستشف من نص المادة 132 قانون مدني جزائري في فقرتها الثانية، حين تنص على أنه "يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"⁷⁰².

⁷⁰¹ - أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 8.

⁷⁰² - تقابلها المادة 171 من القانون المدني المصري.

ومن تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي حق الرد، أو التصحيح على ما تنشره الصحف متضمنا ما ينطوي من مساس بحق من الحقوق الأدبية، كأن يكون العادل عن الخطبة قد صرح عن ذلك لوسيلة إعلام، أو صرح أنه قد عدل عن الخطبة لأنه إكتشف أن سلوكات المخطوبة غير مسؤولة أو أن بها عيوب أو غير ذلك مما قد يمس بسمعتها وكرامتها، فيكون تعويض ذلك الضرر بنشر مقال أو تصريح يكذب الأول⁷⁰³.

وقد وضع الفقهاء شروطا للتعويض العيني، إستنبطوها من النصوص القانونية المنظمة للتعويض العيني بصفة خاصة، وأداء الإلتزامات بصفة عامة، وهذه الشروط تتمثل في أن يكون التعويض العيني ممكنا وملائما وغير مرهق للمدين والأهم من ذلك أن يطلب المضرور التعويض العيني⁷⁰⁴.

II - التعويض بمقابل للضرر المعنوي

يعتبر التعويض بمقابل عن الضرر الأدبي هو أحد صور التعويض عنه بل وهو الصورة الغالبة له، والتعويض المقابل قد يكون بمقابل غير نقدي مما يمكن أن يقوم المدين بأدائه، ويندفع به الضرر، كأن ينشر إعتذارا للمضرور في إحدى وسائل الإعلام أو الأمر بنشر الحكم بحد ذاته.

غير أن التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض الملائمة لإصلاح الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، والأصل في التعويض النقدي أن يكون مبلغا معيناً من المال، يعطى دفعة واحدة للمضرور أو مبلغا مقسما، أو إيرادا مرتبا مدى الحياة .

ولذلك فإن التعويض النقدي أحد نوعي التعويض التي يجب أن يحكم القاضي بها للمضرور من العدول، ذلك أن الضرر إذا لم يمكن جبره بما يزيل آثاره السيئة من

⁷⁰³ -أنظر، سعاد سطحي، المرجع السابق، ص 3.

⁷⁰⁴ -أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 140-141 .

نفوس الناس بالتعويض العيني، فإن التعويض بمقابل لهذا الضرر، خاصة إذا كان المقابل نقدياً، يمكن أن يجبره ويمسح من نفس المعتدي عليه أثر الألم الذي حل به. ولا يخفى على أحد مدى ما يحدثه المال في نفس من يتقرر له من جبر خاطره، وإرضاء نفسه⁷⁰⁵.

وربما يكون تقدير الضرر بالنقود في حالة الأضرار الناشئة عن العدول أمراً صعباً، بإعتباره قد ينال من حق أدبي للمعتدى عليه، وهو ما يصعب تقديره بالمال، لكن هذا لا يمنع أن للتعويض بالمال أثر كبير في تخفيف ألم التعدي على شرف الإنسان وإعتباره، مع إمكان حصول التقدير التقريبي بين الضرر والتعويض النقدي⁷⁰⁶.

ب- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة

الأصل أنه في حالة عدم الإتفاق على مقدار التعويض، أو عدم وجود نص قانوني يقدره، فإن المبدأ الذي يحكم مقدار التعويض يتمثل في أنه يجب أن يكون مساوياً لقيمة الضرر المباشر الذي لحق بالمعدول عنه، فلا ينقص عنه أو يزيد.

ولكن المساوات هنا تقريبية فقط، إذ أن الغرض من التعويض هو جبر الضرر، ومن المعروف أن الأضرار تختلف فيما بينها في تقويمها. فالأضرار الأدبية تنطوي على صعوبة بالغة في تقدير التعويض عنها، وهو ما جعل التعويض المساوي على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمراً فوق طاقة القاضي، إذ كيف يمكن للقاضي أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة عدوان المسؤول عن ضرر العدول في الخطبة، مع حساب تأثير هذا العدوان وهذه الآلام على نفسية المتضرر، وإنعكاساتها على حياته بصفة عامة⁷⁰⁷ ولذلك فإن التعويض في هذه الحالة هو تقريبي ولا يمكن أن يصل إلى المساواة المطلقة بينه وبين الضرر.

⁷⁰⁵-أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 144.

⁷⁰⁶-أنظر، عبد الحى حجازي، مذكرات في نظرية الحق، طبعة 1951، ص 45؛ مقتبس عن عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 114.

⁷⁰⁷-أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 9.

وفي هذا المعنى يجب أن يقدر القاضي التعويض تقديرا يكفي لجبر خاطر الطرف المضرور، لما مسه في شرفه وإعتباره من آلام، على أن يقتزن هذا التقدير ببيان عناصر الضرر، ومؤدي ذلك أن يقدر التعويض بقيمة الضرر، كما آل إليه وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت⁷⁰⁸.

وكما لا يجوز أن يكون مقدار التعويض أقل من قيمة الضرر، كذلك لا يجوز أن يستفيد المضرور من العدول عن الخطبة من تعويض أكثر مما يلزم لجبر الضرر، أو ما يجعله في حال خير من الحال التي كان عليها قبله، لأن المقرر قانونا وقضاء هو عدم جواز إثراء المضرور على حساب المسؤول⁷⁰⁹.

وهناك ظروف تؤثر في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة، وملايسات تصاحب حصول ذلك التقدير، وذلك رغم ما تنص عليه ألفاظ القانون. وما إستقر عليه الفقه من أن التعويض يجب أن يكون كاملا، إلا أن القضاء إستنادا إلى سلطته المطلقة في التقدير دون رقابة من المحكمة العليا عليه في ذلك، يتجه إلى جبر الضرر بتعويض عادل، وليس بتعويض كامل، وذلك من خلال مراعات ثلاث إعتبارات:

1-الإعتداد بدرجة الخطأ

من الأمور التي لا يمكن إغفالها في مجال تقدير التعويض عن مضار العدول درجة الخطأ، حيث يعتد بها في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فإذا كان الخطأ بسيطا فإن المحكمة تعتبره من عوامل التخفيف في تقدير التعويض⁷¹⁰.

إلا أن بعض الفقه ينكر هذا الإعتبار لأنه ينطوي على محاباة المسؤول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ، حيث يحرم من جزء من التعويض لسبب لا يد له

⁷⁰⁸-أنظر، سليمان مرقس، المرجع السابق، ج 2، ص 98.

⁷⁰⁹-أنظر، أحمدعبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 972.

⁷¹⁰-أنظر، عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق ص 147.

فيه، ومع ذلك فإن الفقه في مجمله لا يملك إلا التسليم به، وخاصة في مجال التعويض عن الأضرار الأدبية الناجمة عن العدول عن الخطبة⁷¹¹.

وفي هذا السياق يقول الدكتور أنور سلطان أنه "إن كانت القاعدة القانونية عند تقدير التعويض هي عدم الإعتداد بجسامة الخطأ، لأن المسؤولية المدنية لا يقصد بها معاقبة المسؤول، بل تعويض المضرور، إلا أنه من الناحية العملية، ونزولا عند مقتضيات العدالة، يأخذ القاضي في حسابه عند تقدير التعويض عن الضرر المعنوي درجة جسامة الخطأ الواقع من المسؤول"⁷¹². ولعل ذلك راجع إلى التطور الإجتماعي الذي حصل، والذي جعل من الخطأ اليسير أمرا لا يمكن إغفاله أو تحاشيه.

2- الظروف الشخصية للمضرور من العدول

كما أن القاضي وهو بصدد النظر في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي، لن يستطيع تجاهل الظروف المتعلقة بالمعتدي عليه في الضرر الأدبي الناشئ عن العدول وذلك حسبما تقتضيه المادة 131 من القانون المدني في عبارة "مع مراعاة الظروف الملازمة"

ولذلك يخضع التعويض عن الضرر المعنوي للقواعد العامة في القانون المدني، وذلك بإدخال الظروف الشخصية للمعدول عنه كثقافته ومركزه الإجتماعي، وكذلك السن والوظيفة. فالقاضي عليه أن يتبين سبب العدول وظروف المعدول عنه، حتى يكون إقتناعه بإستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم إستحقاقه⁷¹³. فالضرر الأدبي الذي يصيب شخصا عاديا، يختلف في مداه عن الشخص الذي يحتل مركزا إجتماعيا أو أسريا مرموقا، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالمهنة، ودرجة الثقافة.

⁷¹¹ -أنظر، حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، ص 445، عن عبد الله مبروك النجار المرجع السابق، ص 147.

⁷¹² -أنظر، أنور سلطان، المرجع السابق، ص 358.

⁷¹³ -أنظر، سوسي جمال، المرجع السابق، ص 15.

ففي كل هذه الاحوال يجب على القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار تلك العناصر الشخصية الخاصة بالمضروب، فيكون التقدير ذاتيا وواقعيًا. ولهذا يدخل في الإعتبار عند تقدير التعويض حالة المضروب العائلية، فمن ينتمي إلى أسرة كبيرة، ليس كمن ينتمي إلى أسرة متواضعة، وكذلك حالة المضروب المهنية، فالضرر الذي يمس طبيبًا أو محامياً، أو إطاراً في الدولة يختلف عن الضرر الذي يمس موظفاً بسيطاً أو عاملاً مهنيًا يوميًا أو حتى بطالاً⁷¹⁴.

3-حسن النية

ليس لحسن النية أو لسوء النية دخل في مبدأ تقدير التعويض. ومع ذلك فإنه بشأن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن إغفال ذلك، ومسألة حسن النية هي مسألة موضوعية ليس للمحكمة العليا رقابة على القاضي في شأنها، إذا يتمتع في تقديرها بالحرية المطلقة⁷¹⁵.

إلا أن العدول لا ينطوي دائماً على نية سيئة، فقد يكون العادل حسن النية وأن العدول كان أمراً محتوماً عليه، كما في حالة عدول الخاطب عن الوعد بالزواج لأن ظروف عمله كضابط في الجيش توجب عليه الحصول على رخصة للزواج، وما دام أنه لم يتمكن من الحصول على هذه الرخصة رغم طلبها عدة مرات، وقبول طلبه بالرفض، فبالتالي عدوله مبرر لأنه ليس في استطاعته إتمام إجراءات الزواج⁷¹⁶.

فلتحديد هذا الضابط وجب فحص العدول بإعتباره تصرف محض من حيث الطريقة التي وقع بها. هل تم بطريقة فجائية، أم هناك أسباب دفعت إليه؟ ثم هل كان الخطيب ينوي فعلاً الإضرار بالمخطوبة؟ أم أن استعماله لحقه كان في إطاره المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟ جميع هذه الضوابط وغيرها التي تمكن القضاء من تحديد بعضها هي التي تعتمد لتحديد التصرف الموجب للتعويض عن الضرر الأدبي⁷¹⁷.

⁷¹⁴ - أنظر، سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس، مؤسسة شباب الجامعة، طبعة 1990، ص 185.

⁷¹⁵ - أنظر، عمار بن احمد، المرجع السابق ص 9.

⁷¹⁶ - Cf. J. CHAPPION, Droit des femmes, Masson, Paris, 3^{ème} édition, 1984, n^o. 72.

⁷¹⁷ - أنظر، مسعودة نعيمة الباس، المرجع السابق، ص 46.

الفرع الثاني تقدير القاضي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية

عند تصميم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته و لو تبين للقاضي أنه ظلم زوجته وأولاده بإستعمال هذا الطلاق. وكذلك الحال بالنسبة للزوجة عند إستعمالها لحقها في الخلع، حتى و لو كان التعسف واضحا وجليا، ولا يملك القاضي سلطة مراقبة طلب فك الرابطة الزوجية إلا في حالة التطليق.

وليس للقاضي في هذه الأحوال سوى جبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية، وتبرز سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر. ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر من جراء الطلاق سواء كان هذا الطلاق بطلب من الزوجة، أو من الزوج على حد سواء. ولذلك أبحث أولا في الأساس القانوني لإستحقاق التعويض ، ثم كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض، هل يتم ذلك بحجم الضرر اللاحق وفقا للقواعد العامة في الإثبات أم يتم ذلك بحسب وسع الزوج؟ و هل يدفع جملة واحدة أم على أقساط، ولا بد في هذا المجال أيضا التطرق الى المتعة والفرق بينها وبين التعويض، هل هو مجرد إصطلاح لغوي أم فرق قانوني وشرعي؟ وهل يخضع القاضي المصري و السوري لنفس القيود في هذه المسألة؟

أولا- الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية

الطلاق وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة، حتى و إن كان وفقا لإرادة الزوج فإنه يخضع لرقابة المحكمة، ويتم تحت إشراف القاضي. وبالرغم من ذلك، فالتعسف في إستعمال الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسته لهذا الحق، وإنما يترتب عليه لزوجه حقا آخر يقابله هو مبلغ

مالي ينشأ في ذمة زوجها⁷¹⁸. فما هي الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي لهذا التعويض؟
أعرض لهذه المسألة في ظل القانون الجزائري ، ثم القانون المصري والسوري

أ- الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية في ظل القانون الجزائري
لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/1/27 أنه "من المقرر شرعا و قضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"⁷¹⁹.

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

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم فإذا ما تبين للقاضي أن جانب من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملة الزوج وجانب آخر تتحملة الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيض في حكمها الصادر في 2001/5/5، إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما وبالنتيجة إستبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة. ففي هذه الحالة إنعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض⁷²⁰.

وإختلف الموقف لدى محاكم أخرى، إذ ذهبت إلى القضاء أنه إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطلاق وجب إفادة المطلقة بالمتعة بحسب مسؤوليتها عن هذا الطلاق،

⁷¹⁸-أنظر، فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 334 .

⁷¹⁹-أنظر، م ع ، غ أش ، 1986/1/27 ، ملف رقم 39731 ، م ق 1993 ، عدد 1 ، ص 61 .

⁷²⁰-أنظر، محكمة البيض، ق أش ، 2001/5/5، قضية رقم 01/199، ملحق رقم 7.

فقد صدر عن محكمة العين الصفراء حكماً في 2004/2/15 جاء في حيثياته "حيث أن القاعدة الشرعية تقرر بأن العصمة بيد الزوج ولهذا وجب الإستجابة لطلب المدعي الخاص بالطلاق، لكن وجب تحميل مسؤولية هذا الطلاق للزوجين معاً، فالزوج تسرع في طلب الطلاق، والزوجة لرفضها بجلسة الصلح الرجوع لعصمة زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت الزوجي، حيث بالنظر إلى المسؤول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول، المدعى عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها عن هذا الطلاق ولذلك قضت لها المحكمة ب 20.000 دج مقابل المتعة للمطلقة" ⁷²¹.

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

1- أن يثبت للقاضي أن الزوج، طالب الطلاق، لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أولقصده الإضرار بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى. أو يطلقها لأنها رفضت أن تهيء الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق ⁷²².

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1998/11/17 بأنه "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع

⁷²¹ - أنظر، ملحق رقم 4.

⁷²² - أنظر، مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص 141.

قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً⁷²³.

فيتضح إذن من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض. ومعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بإنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولولم يتم الطلاق بالتراضي.

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها، ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها⁷²⁴. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال⁷²⁵.

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

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي إعتد عليه الزوج لطلب

⁷²³ -أنظر، م ع ، غ ش أ ، 1998/11/17 ، ملف رقم 210451 ، م ق 2001 ، عدد خاص ، ص 252 .

⁷²⁴ -أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 306 .

⁷²⁵ -أنظر، فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 366 .

الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما، لأنه إذا إنعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في إستعمال حقه في الطلاق⁷²⁶.

وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1999/6/15، حيث قضت بموجبه بأنه "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون"⁷²⁷.

ولهذا فإنه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من إدعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفوعاته يخسر دعواه. إلا أنه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة وذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج، حتى ولو لم يقيم هذا الأخير البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها، أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد مسجل لإرادة الزوج

أما إذا إعتد الزوج في إيقاع الطلاق على إخلال أو تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في إتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم.

⁷²⁶ - أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 37.

⁷²⁷ - أنظر، م ع، غ أش، 1999/6/15، ملف رقم 223019، م ق، 2001، عدد خاص، ص 104.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 2000/5/23 حيث قضت بموجبه "إن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"⁷²⁸.

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

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في إستعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بقولها "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"⁷²⁹. وذلك أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

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

⁷²⁸ - أنظر، م ع ، غ أش ، 2000/5/23 ، ملف رقم 243417 ، م ق ، 2001 ، عدد خاص ، ص 109 .

⁷²⁹ - أنظر، م ع ، غ ش أ ، 2000/2/22 ، ملف رقم 235456 ، م ق ، 2000 ، عدد 1 ، ص 282 .

أدى إلى الإضرار بالزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يترتب المسؤولية التقصيرية لأنه حق محول شرعا وقانونا للزوج.

ب_ الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية في التشريعين السوري والمصري

عند تنظيم إستحقاق المطلقة للتعويض كان للمشرع السوري والمصري موقفين مختلفين عن المشرع الجزائري، وكان التباين بينهم واضحا في هذه النقطة، و لذلك أتعرض أولا إلى موقف المشرع السوري وثانيا لموقف المشرع المصري .

1- موقف المشرع السوري من تقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية

إعتبر المشرع السوري الطلاق دون سبب معقول تعسفا، وأجاز للمرأة فيه تعويضا لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات إذا أصابها بؤس وفاقه من هذا الطلاق، وهذا مانصت المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والتي جاء فيها "إذا طلق الرجل 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 حاله ودرجة التعسف بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال".

يتبين من إستقراء هذا النص أن التعويض لا يجوز إلا عند تحقق شروط ثلاثة مجتمعة وهي أن يقع الطلاق من قبل الرجل بإرادته المنفردة، وأن يكون هذا الطلاق تعسفا، وأخيرا أن يصيب المرأة من هذا الطلاق بؤس وفاقه.

ويعني ذلك أن التعويض لدى المشرع السوري لا يستحق في حالة المخالعة والتفريق القضائي مثلما هو الحال لدى المشرع الجزائري لأنه يشترط لإستحقاق هذا التعويض عدم رضا المرأة بالطلاق. وقد دفع هذا الأمر كثيرا من الرجال بدلا من طلاق زوجاتهم إلى مكارهتهن وتنغيص عيشهن حتى يفتدين أنفسهن بالمخالعة، أو اللجوء إلى طلب التفريق القضائي. وفي هذه الحالة وحتى ولو ثبتت الإساءة من الزوج فلا تعويض للزوجة، وهذا مخالف لإرادة المشرع الذي رغب من تقرير التعويض إكرام المرأة ومنع العبث بها وتطليقها دون سبب مشروع⁷³⁰.

ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية السوري إلى تعسف الزوجة في إستعمال حقها في الطلاق إذا كانت مفوضة به، وطلقت زوجها دون سبب مشروع، فأوقعت به ضررا كبيرا، في وقت يكون في أشد الحاجة إليها، وخاصة إذا تقدمت به السن، أوضاقت في وجهه الدنيا فكثير عياله، وقل ماله أو ضعفت صحته، والقياس يقتضي إلزامها بالتعويض، لأن تركها له يعتبر إضرارا به ويصدق عليها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار".

ومع ذلك قد كان للقضاء السوري موقف بشأن هذا الوضع، إذ قضت محكمة النقض بتاريخ 1986/1/27 أنه "إذا تمت البينونة بغير إرادة الزوج المنفردة فلا يعتبر متعسفا وبالتالي لا يلزم بتعويض الطلاق التعسفي"⁷³¹.

ويظهر من هذا الموقف أن الزوج إذا فوض للمرأة أمر طلاقها، وأوقعته، فحتى وإن لحقها ضرر، إلا أن الزوج لا يسأل عن هذا الضرر. لأنه وإن كان الوصف القانوني للفعل في هذه الحالة طلاق، إلا أنه ليس طلاقا بالإرادة المنفردة للزوج.

وحتى تستحق المرأة التعويض وفقا للمشرع السوري يجب أن يكون الزوج متعسفا بطلاقها، أي أنه طلقها دون سبب مشروع، وإن وجد سبب للطلاق يشترط في هذا

⁷³⁰ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 429.

⁷³¹ - أنظر، محكمة النقض السورية في 1986/1/27، قرار رقم 261، مجلة الخامون 1986، ص 416.

السبب أن يكون معقولا، وهاما يؤدي إلى الإضرار بالزوج، ومما يصح إعتبره عرفا وشرعا من أسباب الطلاق المشروع.

أما إن كان هذا السبب تافها وبسيطا مما يحدث عادة بين الأزواج وطلقها الزوج، كان متعسفا بطلاقها ويحق لها طلب التعويض. فإن قال لها لا تذهبي اليوم لبيت فلان وذهبت، أو قال لها إغسلي قميصي فلم تغسله، أو قال لها أطبخي لنا اليوم الطعام الفلاني فطبخت غيره، فطلقها لمثل هذه الأسباب كان متعسفا في طلاقها ويحق لها طلب التعويض، لأنه يستطيع في مثل تلك الأحوال أن يتغلب على ذلك بالنصح، والإرشاد، والموعظة الحسنة. فإن أبت فله هجرها في الفراش، وتأديبها، فإن أعجزته أعتبر إصرارها على المشاكسة سببا معقولا للطلاق⁷³².

أما الشرط الثاني والذي إنفرد به المشرع السوري، فإنه لإستحقاق المطلقة التعويض لا بد أن يصيب المرأة من جراء هذا الطلاق بؤس وفاقا. ومعنى ذلك أنه إن كانت محترفة، أو ذات مال، فلا تعويض لها لفوات هذا الشرط، وهذا ما أقره صراحة في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية.

وأكد القضاء السوري هذا الشرط أيضا من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض في 1982/3/20 حيث قضت بأنه "من شروط إستحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس والفاقة، وثبوت إمتلاك الزوجة لقطعتي أرض ودار قيمتها عشرات آلاف الليرات يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة، وبالتالي لا تستحق تعويض الطلاق"⁷³³.

يظهر من خلال هذا القرار أن القضاء السوري قد كرس ما وضعه المشرع من شروط لإستحقاق المطلقة للتعويض، فحتى ولو تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، لا بد أن تثبت المطلقة بأنه قد أصابها البؤس والفاقة من جراء هذا الطلاق، وهذا ما ينتفي إذا كان لها مال أو

⁷³² -أنظر، عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 55-56؛ محمد الفهد شقفة، المرجع السابق، ص 430.

⁷³³ -أنظر، محكمة النقض السورية، 1982/3/20، ق 423، مجلة المحامون 1982، ص 774.

كانت عاملة. وحتى وإن لم تكن كذلك وإنما كان لها ولي أو أقارب يعيلونها سقط حقها في المطالبة بالتعويض، وهو ما أقرته محكمة النقض السورية في قرارها الصادر بتاريخ 1981/9/28 حيث قضت بأنه "قول المطلقة بأن والدها فقير و له راتب تقاعدي فقط، وكون إخوتها الستة جميعا من المكتسبين يفيد إنعدام إصابتها بالبؤس والفاقة لأن نفقتها على أبيها فإن عجز عنها وقعت على إخوتها"⁷³⁴. وهو ما أكدته المحكمة ذاتها في قرار آخر لها بتاريخ 1985/12/7 حيث قضت بأنه "إذا ثبت للمحكمة من البيئة المستعملة وجود معيل للمطلقة، فإن الطلاق لا يوقعها في البؤس والفاقة ولا تستحق مع وجود المعيل تعويض الطلاق"⁷³⁵. وكان لها نفس الموقف في قرارها الصادر في 1987/12/24 حيث قضت بأنه "إن وجود معيل للمطلقة يقيها من الوقوع في البؤس والفاقة يحول دون استحقاقها تعويض الطلاق التعسفي ولوم يثبت المطلق السبب الذي يبرر طلاقه"⁷³⁶.

وبالتالي فإنه إذا استطاع الزوج المطلق بأن يثبت أن للمطلقة ولي يعيلها، يتفادى في هذه الحالة الحكم عليه بالتعويض. لأنه في وجود المعيل لا يتحقق شرط البؤس والفاقة الذي وضعه المشرع.

إلا أنه يجب عليه أيضا إثبات أن هذا الولي قادر فعلا على إعالتها، فإن لم يكن كذلك إستحقت التعويض. وهذا ما أقرته محكمة النقض السورية في قرارها الصادر في 1995/8/28 الذي قضت بموجبه بأنه "حيث أن المقرر نصا وفقها وما عليه الإجتهد أنه إذا توافر ما إشرطه القانون بالنسبة لتعويض الطلاق التعسفي وفقا لما نصت عليه أحكام المادة 117 أحوال شخصية، جاز للقاضي أن يحكم للمطلقة على مطلقها بحسب حاجتها ودرجة تعسفه بتعويض، وبما أن محكمة الموضوع قد راعت الشرطين اللذين يجب توافرها للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وهما أن يكون بغير سبب معقول، وأن يصيب الزوجة بسببه بؤس وفاقة. وقد إستثبتت محكمة الموضوع من شهادة شهود الجهة المدعى عليها من أن والد

⁷³⁴-أنظر، محكمة النقض السورية، 1981/9/28، قرار 279، مجلة المحامون 1981، ص 1407.

⁷³⁵-أنظر، محكمة النقض السورية، 1982/3/20، ق 196، مجلة المحامون 1986، ص 425.

⁷³⁶-أنظر، محكمة النقض السورية، 1987/12/24، ق 244، مجلة المحامون عام 1987، ص 203.

الزوجة فقير الحال، وهو شيخ مسن وعاجز عن العمل، لدليل واضح على أن الزوجة قد وقعت بالبؤس والفاقة نتيجة هذا الطلاق. ولما كان تقدير البينة وترجيح بينة على أخرى من الأمور التي تدخل تحت سلطة المحكمة التقديرية، متى كان ذلك مبنيًا على أساس صحيح وما عليه الإجتهد، وبما أن أسباب الطعن لا تنال من القرار المطعون فيه الذي وجد أنه محمول على أسبابه وعلله القانونية، مما يتعين تصديقه⁷³⁷.

وما يلاحظ على المشرع السوري حين ربط التعويض بضرورة حصول البؤس والفاقة للمطلقة أنه قد خرج عن المفهوم العام للتعويض الذي له في الحقيقة وظيفة إصلاحية عما لحق المطلقة من ضرر. وهذا الضرر ليس دائماً مادياً يتمثل في حصول البؤس والفاقة، فيكون المشرع السوري بذلك أنكر التعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق بالمطلقة أيضاً، والذي يتمثل فيما يصيب مشاعرها وعواطفها من آلام لفراق زوجها.

2- موقف المشرع المصري من تقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية.

كان للمشرع المصري هو الآخر موقف في شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، وفي هذا الشأن نصت المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها، ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً، وظروف الطلاق و مدة الزوجية، ويجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط". يظهر من خلال هذا النص مدى توافق المشرع المصري والسوري لبعضهما، ومخالفتهما معاً للمشرع الجزائري في إستحقاق التعويض عن الطلاق. فقد ربط المشرع المصري التعويض بالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، فتستثنى حالي فك الرابطة الزوجية بالتطليق والخلع لأنهما تقعان بطلب من الزوجة وبرضاها.

⁷³⁷ -أنظر، محكمة النقض السورية، 1995/8/28، قرار رقم 1045، مجلة المحامون عام 1997، ص 417-418.

ولما كان الأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة، وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة الإسلامية فإن المشرع المصري وضع لإستحقاق المتعة شرطين، أولهما أن تكون الزوجة مدخولا بها في زواج صحيح، وثانيهما أن يكون الطلاق قد وقع من المطلق بدون رضا من زوجته و لا بسبب من طرفها.

الشرط الأول:

وضع المشرع المصري في نص المادة 17 مكرر شرطا لإستحقاق المطلقة للتعويض عن الطلاق وهو أن تكون مدخولا بها في زواج صحيح. وهو الزواج الذي يحضره شاهدان، وتكون فيه المرأة محلا للزواج من الرجل المتقدم للزواج بها⁷³⁸.

ويترتب عن ذلك أن الدخول في النكاح الفاسد أو النكاح بشبهة لا يوجب المتعة، ولذلك إذا كان الزوج لم يدخل بزوجه أو يختلي بها خلوة صحيحة فإن حكم المادة 18 مكرر لا ينطبق عليه وذلك مصداقا لقوله تعالى "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فتمتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره، متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"⁷³⁹.

فالمطلقة قبل الدخول إذا لم يسم لها مهر تستحق المتعة على مطلقها، وهذا ما يقابل نصف المهر الذي تستحقه عند الطلاق قبل الدخول إن كانت قبضت المهر أو سمي لها مصداقا لقوله تعالى "إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، وإن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير"⁷⁴⁰.

⁷³⁸ - أنظر، أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 716 .

⁷³⁹ - سورة البقرة، الآية 236 .

⁷⁴⁰ - سورة البقرة، الآية 237 .

والمطلقة بعد الخلوة الصحيحة تأخذ حكم المطلقة بعد الدخول، وذهبت محكمة النقض الى القضاء "أن إستحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة الإعتبار فيه بالطلاق أيا كان نوعه، بإعتباره الواقعة المنشئة لإلتزام الزوج بما" ⁷⁴¹.

الشرط الثاني

أن يكون الطلاق قد وقع من المطلق بدون رضا من زوجته ولا بسبب من طرفها، والطلاق المقصود بالنص هو الطلاق البائن أوالطلاق الذي أصبح بائنا حتى تستحق المطلقة المتعة. لأن المتعة مال يجب على الزوج لمفارقة زوجته. والمفارقة لا تكون إلا بالطلاق البائن أوالرجعي الذي أصبح بائنا. وعلى هذا الأساس، لاتستحق الزوجة المطلقة متعة إذا كانت مفوضة من الزوج بتطبيق نفسها وطلقت هي بنفسها، وأصبح الطلاق بائنا أو وقع بائنا، ولكن أتسائل هنا هل الطلاق الذي يوقعه القاضي يلزم فيه التعويض؟

جاء نص المادة 18 مكرر من القانون سالف الذكر بعبارة "إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها". ومقتضى هذا النص أن شرط إستحقاق المتعة أن يكون الطلاق واقعا من الزوج وليس من القاضي وذلك لصراحة النص.

إلا أن القضاء المصري كان له موقف مخالف لهذا النص، إذ قضت محكمة النقض في 1997/1/28 بأنه " الشريعة الإسلامية قصرت الحق في إيقاع الطلاق على الزوج دون غيره، فإذا طلق القاضي الزوجة على زوجها فإن فعله هذا - وفقا لمذهب الحنفية - يضاف إلى الزوج، فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن إستحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه نيابة شرعية" ⁷⁴².

فيظهر من خلال هذا القرار أن محكمة النقض المصرية سارت على خلاف ما أورده المشرع المصري، إذ أن الشريعة الإسلامية جعلت للرجل الحق في الطلاق وله أن يستقل

⁷⁴¹ -أنظر، محكمة النقض المصرية، 2001/3/24، الطعن رقم 69، مجموعة المكتب الفني، السنة 48، ص 489؛ مقتبس عن حسن الفكهاني وعبد المنعم حسيني، المرجع السابق، ص 569.

⁷⁴² -أنظر، محكمة النقض المصرية، 1997/1/28، الطعن 74 لسنة 63؛ مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 638.

بإيقاعه. فإذا تدخل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة على زوجها، فإن هذا التطليق يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه، مما يستوي معه في شأن إستحقاق المتعة أن يكون الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عن.

ولا يغير من ذلك ما ورد في نص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 بإستحقاق الزوجة للمتعة من عبارة "إذا طلقها زوجها"، لأن هذه العبارة مقررة للوضع التشريعي من أن الطلاق ملك للزوج وحده دون سواه، سواء إستعمل حقه هذا بنفسه، أو بمن ناب عنه نيابة شرعية مثل القاضي. كما أن لجوء الزوجة إلى القاضي لتطلب تطليقها من زوجها بسبب مضارته لها، وثبوت هذا الضرر فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع هذا الضرر عنها بما لا يتوافر به الرضا بالطلاق.

وللزوج المطلق أن يدفع إستحقاق مطلقة للمتعة عليه بأحد السببين، الأول هو رضا الزوجة بالطلاق الواقع عليها صراحة أو ضمنا، بأن يتفقا معا على إيقاع الطلاق، أو حضرته أمام المأذون ووافقت عليه، أو تخالعت معه .

أما السبب الثاني فيتمثل في أن يكون سبب الطلاق من قبلها، وسبب الطلاق الذي من قبل الزوجة هو الذي من أجله وقع الطلاق. ويجوز للزوج المطلق إثبات عكس ذلك بكافة طرق الإثبات⁷⁴³.

وقد إستقر القضاء المصري على إستحقاق المطلقة غيايبا للمتعة، لأن وقوعه غيايبا قرينة على عدم علمها ولا رضاها به، وجاء ذلك في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1991/1/15، حيث قضت بموجبه "إن القضاء بفرض المتعة للمطعون ضدها على ما إستخلصه الحكم من أن إيقاع الطاعن الطلاق غيايبا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون

⁷⁴³ - أنظر، أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 723.

رضائها، ولا بسبب من قبلها، وعدم إقامة الطاعن الدليل على عكس ما تدعيه المطعون ضدها يترتب عنه عكس ما إستخلصه الحكم⁷⁴⁴.

ولكن حتى وإن كان الطلاق غيايبا، فليس معنى ذلك أنه دوما بظلم من الزوج، ولا سبب للزوجة فيه، إذ قد يكون سبب الطلاق من قبلها حتى وإن تم دون رضاها أو علمها، إلا أنها هي التي دفعت الزوج إلى طلاقها و لذلك فهي لا تستحق المتعة في هذه الحالة. و هذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية في 1990/4/17 حيث قضت بأنه "لمحكمة الموضوع سلطتها في الأخذ بالقرائن بشرط أن تؤدي إلى ما إنتهت إليه، فتمسك الطاعن بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، وإقامة الحكم قضائه للمطعون ضدها بالمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيايبا لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه"⁷⁴⁵.

فعلى محكمة الموضوع أن تتحرى في طلبات الخصوم وقرائنهم، فإن قدم الزوج طالب الطلاق ما يثبت أن الطلاق كان بسبب من الزوجة وهو ما دفعه إليه، فلا بد من فحص تلك القرائن وتحري تلك الأسباب. وإذا قضى القاضي بإستحقاقها للمتعة فقط لأن الزوج هو من بادر بإقامة دعوى الطلاق كان حكمه باطلا. وهذا ما جاء في قرار آخر لمحكمة النقض المصرية في 1987/12/29 بقولها بأنه "من المقرر قضاء أنه وإن كان لا تشرب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما إنتهت إليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها، وقدم للتدليل على ذلك مستندات، وإذا لم تحقق محكمة الإستئناف في دفاع الطاعن ولم تتعرض لمستنداته المقدمة و دلالتها، وأقامت قضائها بإستحقاق المطعون عليها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيايبا، وهو ما لا يكفي

⁷⁴⁴-أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، 15/1/1991، الطعن رقم 89 لسنة 57، مجموعة المكتب الفني السنة 42 ص 124؛ مقتبس عن أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية و القانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة النقض، مطابع دار الجمهورية للصحافة، الطبعة الخامسة، 2003، ص 711.

⁷⁴⁵-أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، جلسة 1990/4/17، مجموعة المكتب الفني، السنة 41، ص 1000؛ مقتبس عن أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 811.

وحده لحمل قضائها، مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور ويتعين نقضه⁷⁴⁶. يظهر مما سبق أنه لا خلاف بين المشرع الجزائري ونظيره السوري والمصري في إعتبار الطلاق موجبا للتعويض ولكن يقع الخلاف في شروط إستحقاق التعويض من حالة طلاق لأخرى، إذ أخذ كل مشرع بشروط خاصة. على أن الخلاف ليس فقط في ذلك بل أيضا في تقدير هذا التعويض.

ثانيا: مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية وعلاقته بالمتعة

إذا كان المشرع الجزائري قد نص من خلال المادة 52 من قانون الأسرة على إستحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في إستعمال حق الطلاق، إلا أنه لم يبين كيف يقدر هذا التعويض، هل بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر؟ أم أنه يراعي في تقديره مسائل أخرى تتعلق بإعتبارات شخصية لما لهذا النوع من الدعاوى من خصوصية؟ وهل يخضع هذا التعويض لحسابات معينة مثلما هو الحال أمام المحاكم المدنية؟ أم أنه يمكن أن يقدر القاضي التعويض بالنظر الى حال كل من الزوج و الزوجة ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة؟

على عكس الغموض الذي شاب المشرع الجزائري، فقد ذهب المشرعان السوري والمصري إلى تحديد مقدار المتعة في النصوص الخاصة بالأحوال الشخصية، إلا أنه ما يلاحظ عليهما معا أنهما إستعملا صراحة لفظ المتعة على خلاف المشرع الجزائري الذي إستعمل لفظ التعويض، فهل لكل من اللفظان مدلول واحد أم يختلفان؟ وهل هذا الإختلاف يقع في اللفظ فقط أم هو إختلاف شرعي وقانوني؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي؟

أ- مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية

⁷⁴⁶ -أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، جلسة 1987/12/29، مجموعة المكتب الفني، السنة 38، ص 1197؛ مقتبس عن، أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 812.

لا نجد من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي، إذ إستقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له. وذلك على خلاف ماذهب اليه المشرع السوري الذي ينص في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "... جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال". و بذلك فقد ترك المشرع السوري للقاضي حرية تقدير التعويض، إلا أنه قيده بحد أعلى لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثال المرأة.

وقد إستقر قضاء محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 1998/3/24 على أنه "تقدير تعويض الطلاق التعسفي متروك لقناعة القاضي ضمن الصلاحية المخولة له بمقتضى نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية"⁷⁴⁷.

ومع ذلك يوجد بعض القضاة قد يحكمون بتعويض للطلاق التعسفي لا يتجاوز مائتي ليرة سورية مع أنها في هذا الوقت لا تكفي لشراء حذاء. بينما يحكم آخر بتعويض يزيد عن الألف على زوج تشبه حاله حال الزوج الأول. ولذلك كان الأجدر بالمشرع تحديد الحد الأدنى لمبلغ التعويض بما لا يقل عن نفقة ستة أشهر لأمثال الزوجة دون تحديد لحده الأقصى، ويرتبط مع ما أصاب الزوجة من ضرر، على أن يعلل القاضي قراره ويخضع لرقابة محكمة النقض⁷⁴⁸.

كما يستفاد من نص المادة 117 سالفه الذكر أن الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي جاء جوازيا للقاضي. فلو ثبت التعسف والفقر والفاقة معا فإن بإمكان القاضي منحه، وقد كان الأجدر أن يكون وجوبيا يلزم القاضي بالحكم به متى توفرت شروطه. وقد ذهب القضاء في سوريا من خلال قرار محكمة النقض الصادر في 1981/6/4 على أنه

⁷⁴⁷ - أنظر، محكمة النقض السورية، قرار رقم 226، بتاريخ 1998/3/24، مجلة القانون، وزارة العدل السورية، سنة 1998، العدد 2، ص 108.

⁷⁴⁸ - أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 436.

"ليس للقاضي أن يعتبر بعض الأسباب لتخفيض التعويض، فالطلاق إما أن يكون تعسفياً أم لا، ولا وسط بينهما"⁷⁴⁹.

فإذا إستقر القاضي على أن الطلاق تعسفياً وأن البؤس والفاقة قد أصاب المطلقة وفقاً لما سبق بيانه⁷⁵⁰، جاز للقاضي أن يحكم لها بتعويض بحسب حاله ودرجة تعسفه بما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات. فالمشروع السوري قد وضع الظروف الشخصية للمطلق معياراً لتقدير التعويض، ذلك أنه يراعي حاله وليس حال المطلقة. كما يراعي أيضاً درجة تعسفه وهو المعيار الشخصي في تقدير التعويض. وفي كل الأحوال وأياً كانت درجة التعسف، وحال المطلق من عسر أو يسر، فإن قيمة هذا التعويض لا تتجاوز مقدار نفقة ثلاث سنوات. كما أجاز المشروع صراحة للقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة واحدة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

ويؤخذ على المشروع السوري أنه قد أجحف بحق المرأة عندما حدد السقف أو الحد الأعلى لمقدار التعويض، بحيث لا يمكن للقاضي أن يزيد عنه بأي حال من الأحوال، مع مراعاة حالة الزوج المادية، دون النظر إلى حجم الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة مزاجية الزوج بطلاقه. وذلك أن مبلغ التعويض الذي درجت المحاكم على الحكم به هو مبلغ زهيد لا يتناسب البتة مع تكاليف الحياة خصوصاً إذا لم يكن هناك معيلاً للمرأة أو كانت عاجزة عن الكسب. فأى تعويض ذلك الذي يقيها الحاجة، وماذا تفعل بعد مضي السنوات الثلاث؟ لذلك كان حرياً بالمشروع ألا يحدد سقفاً للتعويض وأن يترك ذلك لتقدير القاضي بحسب درجة تعسف الرجل والفاقة والبؤس اللذان سيصيبان المرأة. على أن يخضع ذلك لرقابة محكمة النقض لحماية للمرأة وحفاظاً على حقوقها⁷⁵¹.

وإذا كان هناك بعض المنادين بضرورة مراجعة المادة 117 من القانون السوري في مقدار التعويض دون حصره بنفقة ثلاث سنوات، إذ لا بد أن يكون التعويض مكافئاً للضرر وليس هناك ما يمنع رفع مقدار التعويض حتى يمكن أن يشمل ما يساوي مقدار المهر المؤجل أو

⁷⁴⁹ - أنظر، محكمة النقض السورية، 1981/6/4، قرار 407؛ مقتبس عن عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في

قضايا الأحوال الشخصية، سلسلة الإجتهد الشرعي، ج 6، المطبعة الجديدة، دمشق، 1987، ص 407.

⁷⁵⁰ - أنظر، ص 305 من هذه الرسالة.

⁷⁵¹ - أنظر، لؤي إسماعيل، الطلاق التعسفي، مقال على موقع www.amanjordam.org/a

ضعفه. وذلك لفقدان القيمة المالية للنقد أولاً، وكون ربط تقدير التعويض بالنفقة ثانياً لا يمكن الحد من خلاله من إيقاع الطلاق التعسفي، فلا بد أن يكون التعويض مكافئاً لحجم الضرر، كما أن قصر مدة الزواج أو طوله لا علاقة له بتقدير التعسف وكذلك وجود مؤجل أو معجل المهر في صك الزواج لا يمنع المطلقة من الاستفادة من حقها في تعويض الطلاق التعسفي⁷⁵².

فتعويض الطلاق التعسفي في ظل القانون السوري هو أمر مشابه لتعويض العمل غير المشروع، ولذلك فهو يتقادم بثلاث سنوات عملاً بأحكام المادة 173 من القانون المدني السوري وتبتدئ المدة من تاريخ علم الزوجة بالطلاق. فإن لم تعلم به فيتقادم طلب التعويض بمرور 15 سنة من تاريخ وقوعه. وتستحق المرأة التعويض بمجرد الطلاق ويسقط بالرجعة، ولا يمكن الإدعاء بطلبه إلا بعد البيونة، ولذلك فإن الإبراء من الحقوق الزوجية بعد الطلاق يشمل⁷⁵³.

وكان ذلك أيضاً نفس ما ذهب إليه القانون المصري، حيث تنص المادة 18 مكرراً من القانون 25 لسنة 1920 على أن "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

ويلاحظ أن المشرع المصري قد خالف المشرع السوري الذي حدد أقصى قيمة للتعويض بنفقة ثلاث سنوات، في حين المشرع المصري حدد أدنى قيمة له بنفقة سنتين. وإذا كان المشرع المصري قد حدد للتعويض حداً أدنى قدره بنفقة سنتين. فإنه قد ترك حدها الأقصى لتقدير القاضي بحسب ما يترأى له من ظروف الطلاق ومدة الزوجية ومدى أحقية

⁷⁵² -أنظر، رامي المالقي، تعويض الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية السوري، مقال منشور على موقع [furat . alwihda.gov/sy](http://furat.alwihda.gov/sy)

⁷⁵³ -أنظر، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 436.

الزوج في إستعماله لحق الطلاق أو إساءة إستعماله له. كما أطلق لسلطان القاضي إيجابه المتعة للمطلقة دفعة واحدة أو الترخيص للمطلق سدادها على أقساط⁷⁵⁴.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 2001/4/21 إلى أنه "لما كان النص في المادة 18 مكررا من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، مفاده أن تقدير المتعة وتقسيت سداد ما هو محكوم به يدخل في سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى في تقديرها بنفقة سنتين على الأقل، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه فيما قضى به من متعة للطاعنة وتقسيت سدادها قد إلتزم صحيح النص المشار إليه فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا تجوز إثارته أمام هذه المحكمة"⁷⁵⁵.

وذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 1993/2/16 إلى أنه "العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، وطلب المطعون ضدها الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبلغ معين أو مدة معينة والقضاء لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات صحيح، لا ينال من ذلك إشارتها بصحيفة إفتتاح الدعوى إلى مطالبتها وديا للطاعن بمتعة مقدارها نفقة سنتين قبل رفع دعواها"⁷⁵⁶.

يظهر من ذلك أن القضاء في مصر سار على غرار المشرع، إذ جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الطلاق ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك لأنها مسألة واقع تدخل ضمن سلطته التقديرية، ولكن بشرط أن لا تقل عن الحد الأدنى له والمحدد قانونا بنفقة سنتين ويدخل في هذا التقدير الإعتبارات التي نص عليها المشرع المصري في المادة 18 مكررا سالف الذكر، وهي حال المطلق عسرا أو يسرا، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية.

⁷⁵⁴ - أنظر، أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص 807.

⁷⁵⁵ - أنظر، محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، الطعن رقم 146، لسنة 65، جلسة 2001/4/21؛ مقتبس عن، أنور العمروسي، المرجع السابق، ص

635.

⁷⁵⁶ - أنظر، محكمة النفس المصرية، أحوال شخصية، 1993/2/16، الطعن رقم 34 لسنة 64، مجموعة المكتب الفني، السنة 44، ص 617.

وإن كان المشرع المصري قد وضع إعتباراً للحالة الإقتصادية للزوج، فإنه قد جعل من ظروف الطلاق ومدة الحياة الزوجية معياراً لذلك، وهو معيار مشترك بين الزوجين. وحسناً فعل المشرع المصري عندما جعل لمدة الزوجية إعتباراً عند تقدير التعويض إلا أنه لم يشر إلى أن هذا التعويض يرتفع مع طول مدة الحياة الزوجية أو ينقص، لأننا قد نجد في حالات كثيرة أن الطلاق الذي يأتي بعد حياة زوجية قصيرة قد يكون له وقع وألم نفسي كبير لدى المرأة المطلقة، يمنعها أن تكرر الزواج بعد ذلك. فهل هذا ما قصده المشرع المصري أم العكس.

وأمام هذه الإختلافات التشريعية بشأن تقدير التعويض، كان للمشرع الجزائري موقف مغاير إذ أنه أجاز ذلك لقاضي الموضوع بموجب ما له من سلطة تقديرية، ولم يحدد له لاحداً أقصى ولا أدنى.

وقد كان للقضاء في بلادنا تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في 1984/4/2 بأنه "من المقرر شرعاً أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكاً لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الإجتماعية، دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما و غناها أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الإستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"⁷⁵⁷.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة⁷⁵⁸. أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب⁷⁵⁹.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/6/18 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"⁷⁶⁰.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2007/7/12 قضت بأن "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"⁷⁶¹.

وذلك أنه قد صدر عن مجلس قضاء بجاية في 2004/7/7 قرارا قضى بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستأنف فيه وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى 300.000 دج. فأقام الطاعن طعنا على أساس القصور في التسبيب، إذ إكتفى بالقول أن العشرة الزوجية دامت مدة طويلة تفوق أربعين سنة، وبالتالي وجبرا للضرر اللاحق بالمستأنفة (المطعون ضدها) حاليا، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 300.000 دج. وأن المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن الذي لا يتقاضى إلا منحة تقاعد لا تكاد تكفيه. ولكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الإدعاء لأن الطاعن لم يقدم إلى قضاة الإستئناف

⁷⁵⁸ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

⁷⁵⁹ - أنظر، المادة 277، فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة". والمادة 358 من نفس القانون "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية..... 9- إنعدام التسبيب. 10- قصور التسبيب.

⁷⁶⁰ - أنظر، م ع، غ أش، 1991/6/18، ملف رقم 75029، م ق 1992، عدد 1، ص 65.

⁷⁶¹ - أنظر، م ع، غ أش، 2007/7/12، ملف 368660، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، ص 483.

وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المتقدم، كما أنه لم يذكر الطلبات التي قدمها ولم يجيبوه عليها، وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الإختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال ، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين مما يستلزم ردهما، وتبعاً لذلك رفض الطعن.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا⁷⁶².

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق حسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا إرتفاع الأسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع. ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة⁷⁶³.

والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى. كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فان مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش.

⁷⁶² -أنظر، عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص38.

⁷⁶³ -أنظر، مسعودي يوسف ، المرجع السابق، ص 134.

أما بشأن طريقة دفع هذا التعويض، هل جملة واحدة أم يدفع على أقساط؟ فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ذلك. أيضا في حين ذهب كل من المشرعان السوري والمصري إلى إمكانية دفعه على أقساط.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في قانون الأسرة إلا أننا نجد ذلك في المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا".

وجواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على أقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلقة، إنما فيه مصلحة للمطلق بالتيسير عليه⁷⁶⁴. وهذا ما يتماشى مع قوله تعالى "ولا تنسوا الفضل بينكم"⁷⁶⁵. وهذا حتى لا ينسى المسلمون الفضل بينهم والمودة حتى بعد ظروف الطلاق، كما أنه قد يكون في التقسيط مصلحة للمطلقة أيضا لأنه قد يضمن لها دخلا متتابعا قد يستمر إلى ما بعد إنتهاء نفقتها⁷⁶⁶.

وقد يكون أفضل لها من أن تأخذ دفعة واحدة فتسرف في إنفاقه فلا يكفيها مدة طويلة، وأيضا لعل في الصلة المتتابة بينهما طوال فترة دفع هذه الأقساط ما يحدث الله أمرا بينهما لعودة الحياة الزوجية، ومهما يكن فإن تقسيط التعويض أو دفعه جملة واحدة إنما هو متروك للقاضي بما يراه من سلطة تقديره.

ب- العلاقة بين المتعة والتعويض

⁷⁶⁴ أنظر، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 522.

⁷⁶⁵ - سورة البقرة، الآية 237.

⁷⁶⁶ - المقصود بما نفقة الإهمال، وما جرى به العمل في محاكمنا أن يحكم بما القاضي لمدة سنة ابتداء من رفع الدعوى وإلى غاية النطق بالحكم بالطلاق.

كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بمتعة، ومرة يصفونه إرشاء، وفي أيامنا هذه وبعد الإستقلال وتخرج عدد كبير من الحقوقيين ورجال القانون من الجامعات العربية والوطنية، تخلى القضاة على إستعمال كلمة متعة وإستبدال كل ذلك بكلمة تعويض⁷⁶⁷.

فهل هناك ثمة علاقة بين المتعة والتعويض؟ هل لهما نفس الدلالة؟ هل الفرق بينهما مجرد إختلاف في اللفظ أم هو إختلاف شرعي وقانوني؟ وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي؟

1- تعريف المتعة ودليل مشروعيتها

ورد النص على كلمة متعة في أكثر من موضع في القرآن الكريم، فجاءت في قوله تعالى "وللمطلقات متاع بالمعروف"⁷⁶⁸. وفي قوله تعالى أيضا "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"⁷⁶⁹.

أما في الإصطلاح، فتعني المتعة ما يقدمه الرجل لمطلقاته بعد الفرقة بينهما من نقود أو ثياب أو غيرها، وسميت متعة لأنها تنتفع بها، وقد يدفع لها بدلها نقودا⁷⁷⁰. لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"⁷⁷¹.

ومن السنة ما رواه النسائي عن فاطمة بنت قيس قالت: طلقها أبو عمرو بن حفص ثم خرج إلى اليمن ووكّل بها عياش بن أبي ربيعة، فأرسل إليها عياش بعض النفقة

⁷⁶⁷ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 308-309.

⁷⁶⁸ - سورة البقرة الآية 241.

⁷⁶⁹ - سورة البقرة الآية 236.

⁷⁷⁰ - أنظر، حسن علي السمنى، المرجع السابق، ص 544.

⁷⁷¹ - سورة الأحزاب، الآية 49.

فسنختها، فقال لها عياش: مالك علينا نفقة ولا سكنى، هذا رسول الله فسليه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما قال. فقال لها: ليس لك نفقة ولا سكنى ولكن متاع بالمعروف وأخرجني عنهم⁷⁷². فهل المتعة بهذا المفهوم واجبة لكل مطلقة في ذمة مطلقها؟

2- المتعة في المذاهب الفقهية:

المتعة كموضوع شامل⁷⁷³ وجدت فيها إختلافات بين الأئمة والفقهاء، فهل تستحقها كل مطلقة؟ وهل هي واجبة أو مستحبة؟

للمذاهب الفقهية في ذلك أقوال، فيرى المالكية أن المتعة مندوب إليها في جميع الحالات، ولا يجبر الرجل المطلق على شيء منها، وإستدلوا على النذب بأن الله تعالى ختم آيات المتعة بأنها حقا على المتقين، فهذه قرائن لصرف الأمر من الوجوب إلى النذب⁷⁷⁴.

في حين ذهب الحنفية والحنابلة على القول المشهور عندهم⁷⁷⁵ إلى أن المتعة نوعان، الأولى متعة الطلاق قبل الدخول إذا لم يسم للمرأة مهر عند العقد، فان هذه المتعة واجبة يقضي بها القاضي على الزوج ويلزمه بها، وإستدلوا على ذلك بالآيتين "ومتعوهن" والثانية "فمتعوهن" وأن الأمر فيها يقتضي الوجوب.

وأما المتعة الثانية التي قالوا بها فهي متعة الطلاق فيما عدا الحالة السابقة، فإنها مستحبة للمطلقة المدخول بها سواء سمي لها المهر أو لم يسم، والمطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهر، وهذه المتعة لا يحكم بها القاضي، وإنما يلتزم بها المطلق ديانة فيما بينه وبين الله⁷⁷⁶.

⁷⁷² -أخرجه النسائي في سننه ، أنظر، النسائي ، المرجع السابق، ج 6، ص 211، كتاب الطلاق.

⁷⁷³ -أنظر في ذلك بالتفصيل، الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق؛السعيد مصطفى السعيد، المرجع السابق، محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة أضواء الشريعة ، كلية الشريعة ،الرياض، 2003 ، العدد 2 ، ص36.

⁷⁷⁴ - أنظر، ابن رشد ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 163-164 .

⁷⁷⁵ -أنظر في ذلك بالتفصيل،منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، المرجع السابق، ج 3، ص 93-94 ؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف ببلبن الهمام الحنفي ، شرح فتح القدير، ج 2، دار إحياء التراث العربي ، ص 448-449.

⁷⁷⁶ - أنظر، السرخسي ، المرجع السابق ، المجلد الثالث ، ج 5-6 ، ص 61-62 .

وذهب الشافعية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، إلا حالة واحدة وهي المفروض لها مهر إذا طلقت قبل الدخول، فإنها تستحق نصف المهر المسمى فقط⁷⁷⁷. وإستدلوا على الوجوب بالآية الكريمة "وللمطلقات متاع بالمعروف"، وهذا خبر بمعنى الأمر، وإستدلوا أيضا بالأمر في الآيتين "ومتعهن" والأمر في أصله للوجوب⁷⁷⁸. وهو ما هو ما إختاره شيخ الإسلام إبن تيمية⁷⁷⁹.

ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق، وذلك ما يتفق مع مقاله المالكية والشافعية من أن الغرض منها جبر إيجاش المطلقة.

ويلاحظ أن الضرر الذي إفترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبي محظ، وهذا ظاهر من قولهم أن المقصود بهاتطيب نفس المرأة عما يردعليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق⁷⁸⁰. وفي ذلك ما يدل أن المقصود بها تعويض الضرر الأدبي ، لأن المطلقة رجعيا في أثناء العدة نفقتها على زوجها، بل أن الزوجية باقية حكما، وإستحقاق المطلقة للمتعة ولوراجعها الزوج يدل على أن المقصود تعويض الضرر الأدبي لأنه هو فقط الذي يصيبها من هذه الحالة.

ولعل السبب في إغفال علماء الشريعة الإسلامية الإشارة إلى تعويض الضرر المادي راجع إلى أن الضرر الأدبي هو الذي يتوافر في كل حالة من حالات الطلاق، أما الضرر المادي فقد يوجد وقد لا يوجد، وهو مع وجود النفقة الواجبة في العدة أقل ظهورا⁷⁸¹. أما تقدير المتعة فقد إختلفوا فيه، والأصح هو أنه لا حد للمتعة وإنما هي على قدر حال الزوجين فيقدرها القاضي بما يراه معتبرا لخالهما⁷⁸².

⁷⁷⁷ -أنظر، إبن رشد ، المرجع السابق، ص163-164.

⁷⁷⁸ - أنظر، ابن قدامة ، المرجع السابق، ج 8 ص 48 ، السرخسي ، المرجع السابق ، ص 61-62 .

⁷⁷⁹ - أنظر، أحمد علاء الدين أبو الحسن، الإختيارات العلمية في إختيارات شيخ الإسلام إبن تيمية، مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى إبن تيمية، المطبعة المنيرية

بالقاهرة، 1328 هـ ، ص 141.

⁷⁸⁰ - أنظر، محمد بن أحمد الصالح، المرجع السابق.

⁷⁸¹ - أنظر، السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق، ص 246،

⁷⁸² - أنظر، ابن رشد ، المرجع السابق، ج 2، ص 252.

3- إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد

إن مقارنة مسألة المتعة بالتعويض لا تخلو من نقاش، ولعل الحديث عن طبيعة المتعة فرضه النقاش الفقهي الواسع من حيث هل أن المتعة جبر لخاطر المطلقة بعد الطلاق الذي يوقعه الزوج، أم هي تعويض عن طلاق تعسفي؟

في الواقع القول بأن الأمر يتعلق بتعويض يحتاج إلى وقفة، ذلك أن التعويض يلزمه عنصر الخطأ كما أنه يقدر وفقا للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ أو التجاوز، في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلقة⁷⁸³.

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه إستعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنني وجدت في بعض القرارات القضائية أن القاضي يحكم بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى مصطلح التعويض عن الطلاق التعسفي، فهل يمكن للمطلقة من جراء الطلاق التعسفي أن تأخذ نفقة المتعة والتعويض في آن واحد؟ على إعتبار أن المتعة كانت لكل مطلقة دون تحديد نوع طلاقها في القرآن الكريم، أما التعويض فقد حصره القانون للمطلقة تعسفا فقط. فهل هذا مبرر أو غير مبرر؟

لقد جاء في هذا الشأن قرارا للمحكمة العليا في 1986/4/7 حيث قضت بمقتضاه بأن "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا

⁷⁸³ -أنظر، بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، فاس، المغرب، 2005-2006، ص 32.

المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي⁷⁸⁴.

نجد إذن أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويض في آن واحد. وذلك على أساس أن المطلقة تستحق التعويض من جراء الطلاق التعسفي، وتستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات من عدة وإهمال وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية. لكن إلى أي مدى يمكن الأخذ بعين الاعتبار هذا القرار القضائي؟

بالرجوع إلى ما سبق من أقوال الفقهاء، وما كان من تعريف للمتعة، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرهما، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة طلاقاً تعسفياً للتعويض. فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد، تكون المطلقة قد أخذت تعويضاً عن نفس الضرر مرتين.

وذهبت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1989/3/27 إلى أنه "من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهماً خاطئاً للقانون. و لما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاً 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 خاطئاً، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ أنظر، م ع، غ أش 1986/4/7، ملف رقم 41560، م ق 1989، عدد 2، ص 69.
⁷⁸⁵ -أنظر، م ع، غ أش، 1989/3/27، ملف رقم 50317، م ق 1991، عدد 1، ص 56.

فمن خلال إستقراء هذا القرار يتضح أن أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس إستحقاق المتعة، فكيف يمكن القضاء بهما معا في آن واحد؟

إن المتعة المستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها. وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد. وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر⁷⁸⁶.

وهذا ما يعني إختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقته، تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق تعسفيا. مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز إستعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه⁷⁸⁷.

وهنا أطرح التساؤل، هل يمكن الجمع بين المتعة و التعويض في آن واحد؟ أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها والتعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير تلك الناجمة عن الطلاق .

ألاحظ أن موقف المحكمة العليا بشأن هذا الجمع بين التعويض والمتعة قد سادته نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في 1986/4/7 بأنه "من الأحكام الشرعية

⁷⁸⁶ -أنظر، بوشفرة نبيلة، المرجع السابق، ص31.

⁷⁸⁷ -أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 309-310 .

أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض عن الطلاق التعسفي⁷⁸⁸.

وخلافاً لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى 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 كتعويض⁷⁸⁹.

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة والتعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضاً واحداً هو نفسه المتعة. وما يدعم ذلك هو قوله تعالى "فتمتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"، فالله سبحانه وتعالى لم يحدد للمتعة مقداراً معيناً ما يجعلها تتسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/2/22 بأن "الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق⁷⁹⁰".

فإستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في إستعمال الحق في الطلاق، وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحديد التعويض الملائم للطلاق التعسفي، ولكن مع تقييدها بضوابط معينة تمثل هذه الضوابط

⁷⁸⁸ -أنظر، م ع، غ أش، ملف رقم 41560، م ق 1986، عدد 2، ص 69.

⁷⁸⁹ -أنظر، م أ، غ أش، 1985/4/8، ملف رقم 35912، م ق 1989، عدد 1، ص 89.

⁷⁹⁰ -أنظر، م ع، غ أش، 200/2/22، ملف رقم 235456، م ق 2000، عدد 1، ص 282.

في فترة الزواج، أي المدة التي إستغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، وكلما كانت هذه المدة طويلة، كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ المتعة قائما. والضابط الثاني هو الوضعية المالية للزوج، وهذا يعني أنه كلما كان الزوج ميسورا كان التعويض مرتفعا.

المبحث الثاني

القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي

في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

للحصول عن تعويض عن أحد من الأفعال التي سبق طرحها في موجبات التعويض في مجال الأحوال الشخصية، والتي حصرتها من خلال هذه الرسالة في العدول عن الخطبة، وفك الرابطة بالطلاق أو التطليق أو الخلع، وجب طرح دعوى قضائية، ولا بد من إحترام جملة من الإجراءات.

ولذلك سأحاول في هذا المبحث أن أسلط الضوء على الجانب الإجرائي في دعوى التعويض في قضايا الزواج والطلاق، ماهي المحكمة المختصة محليا ونوعيا في نظر هذه الدعاوى؟ وهل يقع على هذه المحاكم قيود إجرائية تختلف عن الدعاوى العادية لما لها من خصوصية تتعلق بالحياة الشخصية للمتقاضين؟ وهل السلطة التقديرية في منح التعويض هي سلطة مطلقة؟ أم تقع على القاضي رقابة من المحكمة العليا؟ ومانوع هذه الرقابة؟

للإجابة عن ذلك سأعرض في المطلب الأول للجانب الشكلي والإجرائي في دعاوى التعويض المرتبطة بمسائل الزواج والطلاق، وأتناول في المطلب الثاني رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في هذه المسائل.

المطلب الأول

الجانب الشكلي في دعاوى

التعويض في مجالي الزواج والطلاق

دعاوى التعويض المطروحة أمام المحاكم كثيرة خصوصا في وقتنا الحالي، والتعويض في حقيقته دين يطالب به المدعى في ذمة المدين الذي هو المدعى عليه، والدين في أصله مطلوب وليس محمول وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنه على المدعى في هذه الحال إقامة دعاواه في موطن المدعى عليه⁷⁹¹. ولكن هل ينطبق ذلك على دعاوى التعويض المرتبطة بمسائل الزواج والطلاق؟ وهل أعطى لها المشرع إجراءات خاصة بها، وإختصاصات خاصة بها؟ وما هو الجزاء في حالة مخالفة هذه الإجراءات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات أتناول في الفرع القواعد الإجرائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق، وكذا الإجراءات الشكلية المفروضة في هذه الدعاوى دون غيرها في القانون الجزائري (الفرع الأول)، ثم أتعرض لهذه الشروط و الإجراءات في القانونين السوري والمصري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجانب الشكلي في دعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانون الجزائري

⁷⁹¹ -أنظر، قواعد الإختصاص المحلي، المادة 37 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية .

يعتبر الإختصاص شرطاً لممارسة الدعوى القضائية⁷⁹². ويعني إسناد نظر النزاع إلى قاضي معين وهذا هو الإختصاص النوعي، أو أن تختص محكمة دون غيرها من سائر المحاكم بنظر نزاع لعنصر خاص فيه وهذا هو الإختصاص المحلي⁷⁹³. وأقتصر على معالجة هذا الشرط فيما يتعلق بدعوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق، فأتعرض أولاً إلى الإختصاص النوعي، ثم المحلي لهذه الدعوى.

أولاً: الإختصاص المحلي والنوعي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق في القانون الجزائري:

نص المشرع الجزائري على التعويض عن العدول عن الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بقوله "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". وذلك دون أن يحدد المشرع في قانون الأسرة ما إذا كان هذا الإختصاص يعود إلى قاضي شؤون الأسرة بإعتبارها من المسائل المتعلقة بعقد الزواج، إذ هي مقدمة من مقدماته، أو إلى القاضي المدني بإعتبارها من المسائل المتعلقة بالمسؤولية المدنية، إذ أن الضرر فيها كما سبق القول في الفصل الأول من هذه الرسالة⁷⁹⁴ ناجم عن التعسف في استعمال الحق. والذي اعتبره نص المادة 124 مكرر من القانون المدني خطأً موجباً للتعويض، فتطرح على هذا الأساس دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة أمام القاضي المدني.

أ_ الإختصاص النوعي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق

إذا كان قانون الأسرة لم يشير إلى مسألة الإختصاص، وكان ذلك يطرح إشكالا في هذا المجال⁷⁹⁵، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون

⁷⁹² - قواعد الاختصاص المحلي تتضمنها المواد 37 إلى 44 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الإختصاص النوعي فحاء في المواد

32 إلى 36 من نفس القانون كما تتضمنها بعض القوانين الخاصة التي تحدد قواعد الإختصاص النوعي لبعض الجهات القضائية.

⁷⁹³ - أنظر، بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 33.

⁷⁹⁴ - أنظر، ص 102 من هذه الرسالة.

⁷⁹⁵ - أنظر في ذلك بالتفصيل، حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة

سيدي بلعباس، 1998.

08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، الذي يتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، فإنه جاء بإجراءات خاصة لكل جهة قضائية على خلاف ماكان عليه قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل، إذ ينص في المادة 423 منه على أنه "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: 1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري من خلال المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سألغة الذكر قد أعطى لقاضي شؤون الأسرة الإختصاص بنظر الدعاوى المتعلقة بالخطبة، ودعوى التعويض عن العدول عن الخطبة وإن كانت دعوى تقوم على ضرر سببه تعسف في إستعمال الحق، إلا أنه لا يختص بها القاضي المدني لصراحة نص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. لأنها إحدى الدعاوى المتعلقة بالخطبة، فيختص بنظرها قاضي شؤون الأسرة.

وكذلك يختص نفس القاضي بنظر دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية، لقول المشرع في نفس النص إنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها. فيعتبر التعويض أحد توابع أو آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق، أو التطليق، أو الخلع، وقد سبق لي القول في الفصل الأول والثاني من هذه الرسالة أنها جميعا من موجبات التعويض⁷⁹⁶.

وقد يكون طلب التعويض كطلب مقابل، تتقدم به الزوجة أثناء تقديم الزوج لدعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة. كما قد تكون دعوى مستقلة لذاتها، إذ أن طلب التعويض قد يأتي بعد صدور حكم الطلاق الذي يعتبر حكما نهائيا في شأن فك الرابطة الزوجية مع حفظ حقوق المطلقة، وعلى هذه الأخيرة أن تدرج فيما بعد دعوى أخرى لقصد المطالبة بحقوقها المترتبة عن الطلاق، والتي من بينها التعويض إذا تم هذا الطلاق بصفة تعسفية.

ويعتبر الإختصاص النوعي هنا من النظام العام وفقا للمادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه "عدم الإختصاص النوعي من النظام العام و تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى".

غير أن المشرع كان قد نص في المادة 32 من نفس القانون في فقرتها الخامسة على أنه "في حالة جدولة قضية أمام قسم غير قسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا". وذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام ما هو إلا تنظيم إداري. ورفع دعوى التعويض عن العدول عن الخطبة أو فك الرابطة الزوجية أمام أي قسم آخر من أقسام المحكمة يستوجب من كتابة الضبط بعد إعلام رئيس المحكمة مسبقا إحالتها إلى قسم شؤون الأسرة المختص نوعيا بنظرها وفقا لنص المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- الإختصاص المحلي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق

أما بالنسبة للإختصاص المحلي أو الإقليمي فالأصل أن الدعاوى القضائية ترفع وفقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية. والإدارية، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له. وفي حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

هذا الإختصاص المحلي كأصل عام في جميع الدعاوى التي تنظرها محكمة الدرجة الأولى، غير أن المشرع جاء بإستثناءات عديدة على هذا المبدأ العام. ومن بين هذه الاستثناءات ما جاء في نص المادة 426 من نفس القانون التي تنص في الفقرة الأولى على أنه "تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه". أي أن المشرع أبقى على المبدأ العام في الإختصاص المحلي في شأن الدعاوى الخاصة

بالتعويض عن العدول على الخطبة. وقد عرفت المادة 36 من القانون المدني⁷⁹⁷ موطن كل جزائري بأنه هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن، ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت.

أما في شأن دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج أو من الزوجة، وسواء كان طلب التعويض طلبا مستقلا لذاته أو مرتبطا بالدعوى الأصلية الخاصة بالطلاق، فإن الإختصاص الإقليمي فيه يعود الى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية، وذلك وفقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاءت بمجموعة من الإستثناءات عن المبدأ العام الذي هو موطن المدعى عليه. ومن بين هذه الإستثناءات ما يهم موضوع هذه الدراسة، ماهو مقرر في الفقرة 2 بشأن مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن. وأكد على هذا الإختصاص في المادة 423 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثالثة "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما". ولا يمكن الخوض في مسألة التعويض في حالة الطلاق بالتراضي لأنها تتم بموافقة كل من الطرفين كمبدأ عام، ولا يمكن تصور تضرر أحدهما لأجل رفع دعوى مستقلة خاصة بالتعويض.

ومن خلال إستقراء هذه النصوص، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوى الطلاق، أوترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة إختصاصها مسكن الزوجية. والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة الزوج وذلك أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها. ووفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكاني

⁷⁹⁷ - تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

يحل محلها مكان الإقامة العادي. فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج وهو مسكن الزوجية، وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها⁷⁹⁸

وعليه فلو فرضنا مثلا أن رجلا تزوج بإمرأة من الجزائر العاصمة وفقا للشرع والقانون ودخل بها في مسكن يملكه أو يستأجره في مدينة وهران، وبعد فترة من الزمن حصل بين الزوجين نزاع حاد أين تركت الزوجة على إثره مدينة وهران وذهبت إلى بيت أهلها في الجزائر العاصمة، وهناك حيث مقر أهلها أرادت أن تتقدم إلى محكمة الجزائر لتحكم لها بالتطليق وفقا لأحد الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، وكذا تعويض عن الضرر اللاحق بها من الزوج، فإن هذه المحكمة من حيث الإجراء غير مختصة بالفصل في هذا الطلب لكون أنها ليست محكمة مقر الزوجية الذي تبنى عليه سلطة الإختصاص، ذلك أن المحكمة المختصة في هذه الفرضية هي محكمة وهران ليس إلا. وعليه إذا كانت الإجراءات تلتزم أن تكون سلطة الإختصاص هي المحكمة المختصة في الموضوع، فما هي إذن قواعد الإختصاص في هذا المجال؟ وماذا يترتب عن مخالفتها؟

إن مسألة الإختصاص من حيث الإجراءات قد تبدوا بسيطة لكنها في الواقع العملي تثير إشكالات متنوعة، ومن بينها مثلا أن يتقدم إلى المحاكم زوجان، ولم يستقر زواجهما في مستقر معين، حيث يقومان بتغيير سكنهما مرات متعددة، وفي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الإعتبار؟ إن الرأي الأقرب إلى الصواب في هذه الحالة هو السكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى⁷⁹⁹.

على أنه في حالات أخرى يكون الإختصاص المحلي مرهقا للمتقاضين، ولذلك أجاز المشرع للمتقاضين إذا لم يرغبوا في عرض نزاعهما على تلك الجهة القضائية، فلهما الحق في إختيار جهة قضائية أخرى، وذلك من خلال نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية

⁷⁹⁸ - أنظر، عبد الفتاح تقيية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة، الجزائر 2007، ص 152.

⁷⁹⁹ - وكان هذا هو موقف المشرع في المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية قبل التعديل، ولم يظهر المشرع موقفه في حالة تعدد مسكن الزوجية بعد التعديل.

والإدارية التي تنص على أنه "يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا. يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذ لم تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ويمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

وعليه، فإنه بإمكان أطراف الدعوى الخاصة بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية أو على العدول عن الخطبة الإتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية غير مختصة محليا. فالمادة 46 ليست من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

يجوز لأطراف النزاع الإتفاق على عرض نزاعهما أمام أي جهة قضائية أخرى غير تلك المختصة محليا. إلا أنه يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الإختصاص المحلي أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع. فإذا سبق له تقديم دفع في موضوع الدعوى سقط حقه في الدفع بعدم الإختصاص المحلي وهذا ما جاء في نص المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

وعليه، فإن المشرع الجزائري حسنا ما فعل حينما لم يجعل الإختصاص المحلي من النظام العام، لأنه عند الزواج في أغلب الأحيان، نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه من أجل ذلك بالمحكمة التابع لها مسكن الزوجية، ورغم هذا نجد أن المشرع الجزائري سهل الأمر في هذه المسألة، إلا أن هناك من الأزواج من يتمسك بمبدأ الإختصاص المحلي ويدفع به، ومما يجد القاضي نفسه ملزما بالاستجابة إلى دفعهم لكونها تستند إلى نصوص القانون⁸⁰⁰.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري حدد الإختصاص المحلي في هذا النوع من القضايا لإعتبار منه أن الأسرة لها كيان قانوني خاص بما يفترض أن يكون لها

موطن خاص، لاهو موطن الزوج ولا هو موطن الزوجة، وكان المشرع بذلك قد إعترف للأسرة بالشخصية المعنوية إذ إعتبرها كيانا قانونيا عنوانه مسكن الزوجية.

وتبعاً لذلك فإن مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد إعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق هي محكمة مقر الزوجية، إذ جاء في قرارها الصادر في 1989/11/27 بأنه "من المقرر قانوناً أن دعوى الطلاق من إختصاص محكمة مقر الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"⁸⁰¹.

ثانياً: الإجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة بالتعويض في مسائل الزواج والطلاق

تفترض القواعد الإجرائية العامة لمباشرة الدعاوى القضائية توفر الصفة والمصلحة وفقاً لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له الصفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". وبهذا فقد إعتبر المشرع الصفة شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى، فهي من النظام ويشيرها القاضي من تلقاء نفسه وفقاً لنص الفقرة 2 من نفس المادة. وعليه فإنه لمباشرة دعوى تعويض عن فسخ الخطبة لا بد من أن يكون للمدعى في هذه الدعوى صفة الخاطب أو المخطوبة، أي أنه قبل المطالبة بالتعويض لا بد أن يثبت وجود الخطبة أولاً بكافة وسائل الإثبات المتاحة في هذا المجال.

ولا بد أيضاً من توفر الشرط الثاني وهو المصلحة، وفي هذه الحالة لا بد أن يكون رافع الدعوى متضرراً من فسخ الخطبة ليكون له الحق في التعويض. فلا بد من إثبات الضرر أمام القاضي ناظر الدعوى ليكون له الحق في طلب التعويض، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المصلحة الحالية أو محتملة. وفي هذه الحالة يعتد بالتعويض عن تفويت الفرصة لأن المصلحة فيه محتملة في شأن التعويض عن العدول عن الخطبة

أما في شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، فإن له إجراءات خاصة به،

⁸⁰¹-أنظر، م ع ، غ أش ، 1989/11/27 ، رقم 56249 ، م ق 1992 ، عدد 1 ، ص 50.

ذلك أن الطلاق وإن كان يعتبر تصرفاً إرادياً تترتب عليه آثار شرعية، فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات البشرية تطبيقاً للقواعد العامة.

إلا أن المشرع الجزائري أوجب شرطاً أساسياً حتى يمكن الإعراف بهذا التصرف أمام القضاء، هو أنه لا بد وأن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني وهذا طبقاً للمادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 3 أشهر"⁸⁰².

وتعتبر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجعية الإجرائية في شروط قبول الدعوى القضائية، حيث أن هذه الشروط ضرورية ويجب توافرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة، فإذا إنعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى شكلاً.

كما أن المادة 5 من القانون رقم 63224 الصادر بتاريخ 1963/6/29 تقضي بأنه لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل، أو مقيد، في سجلات الحالة المدنية". ومنه فإنه يشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج.

فالصفة في دعوى التعويض عن الطلاق هي أولاً إثبات أن المتضرر والمطالب بالتعويض هو زوج أو زوجة، وبموجب عقود زواج رسمية. أما إذا كان الزواج عرفياً وتبعه طلاق، ورأت الزوجة أنها قد تضررت من هذا الطلاق، وأنه وقع تعسفياً وبغير أسباب معقولة، جاز لها المطالبة بالتعويض ولكن بعد إثبات ذلك الزواج العرفي، أي حتى تكتسب الصفة لإقامة دعوى التعويض.

وأما المصلحة فهي شرط لقبول الدعوى وسماعها وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة⁸⁰³. فإذا أرادت الزوجة مثلاً أن ترفع دعوى ضد زوجها تطلب التعويض عن الطلاق، فإنه يتوجب عليها إثبات أنها تهدف من الإلتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة⁸⁰⁴.

فالمصلحة شرط لقبول الدعوى وسماعها، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة، ولم يشر المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكر إلى أن المصلحة من النظام العام، لأنه أعطى للقاضي أن يثير تلقائياً إنعدام الصفة في المدعى أو المدعى عليه، ما يفيد أن المصلحة ليست من النظام العام، ولكن إذا أثارها المدعى عليه إستجاب له القاضي.

كما أضاف المشرع الجزائري شرطاً ثالثاً وهو شرط موضوعي لصحة الإجراءات، وهو شرط الأهلية، إذ ينص في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية على أنه "حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي :

- 1- إنعدام الأهلية للخصوم .
- 2- إنعدام الأهلية أو التعويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

وعليه فإذا كان المدعى هو الزوج أو الزوجة أو كان لهما من يمثلهما في مباشرة هذه الدعوى، يجب أن يكون متمتعاً بسن الرشد القانوني وهو 19 سنة، ومتمتعاً أيضاً بقواه العقلية وغير محجور عليه⁸⁰⁵.

803 - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 286 .

804 - أنظر، بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية، سلسلة من المحاضرات ألقين على طلبه الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران 1989.

805 - أنظر في ذلك المواد 40-42-44 من القانون المدني.

ولكن قد يكون سن الزوجة أو الزوج دون ذلك لا سيما إذا حصل على إذن بالزواج من القاضي وهو دون 19 سنة، فهل تكون له الأهلية لمباشرة الدعاوى القضائية المترتبة عن عقد الزواج لا سيما منها دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية؟

لم يكن المشرع الجزائري سابقا يأخذ ذلك بعين الاعتبار في قانون الأسرة، وكنا نقف في فراغ قانوني بين قانون الأسرة الذي سكت عن هذه النقطة القانونية، وبين قانون الإجراءات المدنية الذي يجعلها شرطا جوهريا لقبول الدعوى القضائية⁸⁰⁶.

وقد حاول المشرع تدارك ذلك الأمر بعد صدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث جاء في المادة 7 من هذا القانون التي تنص على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 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"

ولكن يثار الإشكال بشأن الأهلية لمباشرة دعوى المطالبة بالتعويض عن فسخ الخطبة، فقد تكون المخطوبة غير مكتملة الأهلية أي لم تبلغ بعد سن التاسعة عشر فهل تقبل الدعوى المقامة منها أو ضدها لأجل المطالبة بالتعويض؟

الشخص المأذون له بالزواج، رجلا كان أو امرأة وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة لم يرشد بالزواج فيما عدا إكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وفيما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز، كون أنه لم يبلغ سن الرشد المحددة قانونا ب19 سنة

كاملة، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة السابعة من قانون الأسرة بين سن الزواج وسن الرشد⁸⁰⁷.

كان المشرع الجزائري صريحا بقوله " يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات"، وبالتالي فإن القاضي يقبل الدعوى من الزوج غير مكتمل الأهلية فيما يتعلق بما يترتب عنه عقد الزواج من آثار. والخطبة فهي مجرد تمهيد لعقد الزواج، والمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عنها لا تعتبر من آثار عقد الزواج. كما أن القاصر إذا ما أقدم على الخطبة لا يحتاج إلى ترشيد من القاضي، إذ لا يمنح إلا لأجل إبرام عقد الزواج فقط.

وبالتالي فإنه لا بد من إكتمال الأهلية لإقامة هذه الدعوى و إلا ترتب عنها البطلان. وكذلك فيما يخص دعاوى التعويض الناجم عن فك الرابطة الزوجية، إذ لا تعتبر دعاوى الطلاق بما فيها دعاوى طلب التعويض إن رفعت بصفة مستقلة، مما يترتب عنه الزواج من آثار، ولذلك فوجوب إكتمال الأهلية شرط لمباشرة هذه الدعوى، وفي حالة عدم إكتمالها يتدخل الولي.

كان ذلك قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية، لأن المادة 64 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترتب البطلان عن إنعدام الأهلية وليس عن نقصها. و بالتالي فبإمكان القاصر ناقص الأهلية أن يباشر دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن مسائل الزواج والطلاق.

كما أضافت المادة 3 مكرر من قانون الأسرة⁸⁰⁸ شرطا آخر لقبول الدعوى القضائية، وهي ضرورة أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا التي يسري عليها

⁸⁰⁷ - أنظر، تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث الجامعي،

2007، عدد 1، ص 45.

⁸⁰⁸ - أنظر قانون الأسرة الصادر بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

قانون الأسرة. وذلك بقولها "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

ويعتبر هذا الشرط جديداً في إجراءات التقاضي في مجال الأحوال الشخصية، والذي لا يسري على

ولكن ما هي الإجراءات التي تحكم سير الدعوى في قضايا التعويض في

مسائل الزواج والطلاق ؟

عندما تقام الدعوى من طرف الخاطب أو المخطوبة لطلب التعويض، أو من أحد الزوجين ضد الآخر لتعويض الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، لا بد من إحترام طريقة وأسلوب لطرح النزاع أمام الجهات القضائية، ويستوجب ذلك حتماً وجود إجراءات خاصة بهذا النزاع أمام تلك الجهات القضائية.

فباعتبار أن طرح النزاعات أمام القضاء لا يتم إلا بواسطة عرائض افتتاحية تتوفر فيها الشروط السالفة، ولذلك فإنه يجب ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف⁸⁰⁹. ومشملة على جملة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلاً⁸¹⁰.

ثم تقيد هذه العريضة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الإفتتاحية ويسلمها للمدعى بغرض تبليغها رسمياً للخصم الآخر ويجب إحترام أجل 20 يوماً على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون

-أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁸⁰⁹.

⁸¹⁰ -أنظر، المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية: - الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى - اسم ولقب المدعى وموطنه - اسم ولقب وموطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم ، فأخر موطن له - عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى - الإشارة عند الإقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى".

على خلاف ذلك⁸¹¹. ولا تقيد هذه العريضة إلا بعد دفع الرسوم القضائية والمحددة في مسائل الأحوال الشخصية ب 300 دج أيا كانت الدعوى المرفوعة أمام قاضيشؤون الأسرة.

ولكن الأمر لا يقتصر على رفع النزاع إلى القضاء من طرف المدعى فقط، ولكن لا بد من مناقشة طلباته وحجته من طرف المدعى عليه، ولذلك يقوم هذا الأخير بتقديم الإجابة كتابيا وهو ما يسمى بالمدكرة الجوابية. والمدكرات الجوابية التي تقدم أمام الهيئات القضائية ذات الدرجة الأولى والتي تنظر في النزاعات القائمة بين الأفراد سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الأسرة، أو غيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية، ووجود عريضة افتتاحية، وهو ما إستلزم الرد عن تلك العريضة كتابيا، وأن الأسلوب المعتمد أمام المجالس القضائية لا يختلف عن الأسلوب المتبع أمام محاكم الدرجة الأولى، وذلك لأن أي نزاع لا بد وأن ينقل أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية للتقاضي يتم بواسطة عريضة، والتي تتضمن أوجه التبرير لعدم قناعة الخصم بالحكم الابتدائي وكذا أوجه الطعن فيه، وكذا لزاما حينئذ أن يتولى هذا المجلس المعروض عليه النزاع تمكين الطرف الآخر من الإضطلاع على تلك العريضة حتى يتمكن من إيداء دفوعه⁸¹².

وتختلف القضايا المتعلقة بمسائل الطلاق، وما ينجر عنها من طلبات التعويض للطرف المتضرر، أنها تستلزم إجراء خاصا، وهو ضرورة إجراء القاضي لجلسات صلح بين الطرفين قبل النطق بالطلاق. وهذا ما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". ومن ذلك أيضا يظهر أن المشرع الجزائري قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الإعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد محاولة الصلح ومرور فترة زمنية عليها⁸¹³.

⁸¹¹ - أنظر، المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁸¹² - أنظر، عبد الفتاح تقي، المرجع السابق، ص 144 - 145.

⁸¹³ أنظر، عمر زودة، طرق الطعن في الأحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.

وإن كان قانون الأسرة حتى بعد صدور الأمر 05-02 المعدل والمتمم لم يحدد للقاضي الإجراءات الواجب إتباعها في قيامه بإجراء الصلح بين الطرفين، إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 08-09 قد تدارك ذلك النقص، وذلك من خلال وضعه لإجراءات خاصة بدعوى الطلاق حيث إعتبر المشرع أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسات سرية⁸¹⁴. حيث تناول محاولة الصلح بشئ من التفصيل ليغطي بذلك الفراغ التشريعي الموجود في قانون الأسرة.

وفي هذا السياق فإن المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية السالفة الذكرتنص على أن محاولة الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية، أي أنها تتم بعيدا عن الجلسة العلنية التي يتم فيها نظر دعوى طلاق، وعادة ما يتم ذلك في مكتب القاضي بحضور الزوجين دون محاميهما، وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على إنفراد ثم معا، ويمكن بناءا على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح⁸¹⁵. وإذا إستحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز، للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعهم بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرم القاضي محضرا بذلك⁸¹⁶.

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة التفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له إتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وفي جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق⁸¹⁷.

⁸¹⁴ المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية.

⁸¹⁵ -أنظر، المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية .

⁸¹⁶ -أنظر، المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية.

⁸¹⁷ -أنظر، المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية.

فإذا وقع صلح بين الطرفين أثناء الجلسة السرية التي يجريها القاضي بينهما، فإن ذلك يثبت بموجب محضر محرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويوقع على هذا المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط، ويعد محضر الصلح هذا سنداً تنفيذياً. وفي حالة عدم الوصول إلى الصلح بين الطرفين، رغم المساعي التي قام بها القاضي، أو تخلف أحد الطرفين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة لهما، يشرع القاضي في مناقشة الموضوع⁸¹⁸.

فبعد القيام بإجراءات الصلح في الجلسة السرية، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، كما يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلق في حالة تقديمه من طرف الزوجة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها. كما يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بإجراء خبرة، وعليه أن يسبب الإجراء المأمور به في هذه الحالة.

ومما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، من حيث الإدلاء بأسباب الطلاق الشخصية، فإن القانون لا يلزم الزوج بإدلاء الأسباب الشخصية التي تدفعه لطلب الطلاق، فهو ليس مجبراً على ذكر كل الدوافع والأمور، فالزوج بإعتباره يملك العصمة الزوجية ليس ملزماً بتبرير الطلاق، حتى وإن كان ذلك في مصلحته، حتى لا يعد متعسفاً في إستعمال حقه، بينما الزوجة على خلاف ذلك، فإذا هي طلبت التطلق وجب عليها تبرير طلبها حتى يستجاب لها نظراً لأن حقها مقيد بحدود المواد 53-54 من قانون الأسرة⁸¹⁹.

وتعتبر محاولات الصلح إجراءً جوهرياً ومن النظام العام، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته، وإذا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرأها

818 - أنظر، المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية.

819 - أنظر، عبد الفتاح نقيه، المرجع السابق، ص 148.

الصادر في 1991/6/18 حيث قررت بأنه "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁸²⁰.

فعلى القاضي الإبتدائي أن يراعي المادة 49 من قانون الأسرة، والتي تتطلب إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، أيا كانت الوسيلة التي انفصل بها الزوجين سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع. فإذا تغيب أحد الزوجين عن جلسة الصلح هذه، نطق القاضي بحكم الطلاق، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1997/10/23 حيث قضت بأنه "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات، يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 39 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"⁸²¹. وما ينبغي ملاحظته في شأن إجراء الصلح أنه ليس بالأمر المستحدث في قضايا الطلاق، وهو مبدأ أساسي وجوهري لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي، لأنه متأصل في مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية لقوله تعالى "إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً"⁸²².

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايتها من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين، بأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة لينطق بالحكم فيها.

تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية، فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الإستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى به الحكم في شأن العدة والمتعة

⁸²⁰ -أنظر، م ع ، غ أش ، 1991/6/18 ملف رقم 75141 ، م ق 1993 ، عدد 1 ، ص 65 .

⁸²¹ -أنظر، م ع ، غ أش ، 1997/10/23 ، ملف رقم 174132 ن ق ، عدد 55 ، ص 179 .

⁸²² - سورة النساء ، الآية 35 .

والنفقات والحضانة وتوابعها . أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو التطلق أو الخلع فلا يمكن الطعن فيه إلا بالنقض أمام المحكمة العليا، والتي لا يعاد طرح الوقائع أمامها وإنما تراقب مدى إحترام القاضي للقانون أثناء نظره الدعوى فقط دون التدخل في الوقائع من جديد.

وإذا كان يمكن إستئناف جوانب الطلاق المادية من بينها التعويض، فإنه في مرحلة الاستئناف خص المشرع قضايا الأحوال الشخصية بعناية خاصة إذا إستثنائها من ضرورة التمثيل الوجوبي بواسطة محامي في مرحلة الاستئناف⁸²³

الفرع الثاني

الجانب الشكلي لدعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانونين المصري والسوري

على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي جاءت إجراءات التقاضي فيه متفرقة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن كلا من المشرع المصري وكذا السوري قد وضع إجراءات خاصة بهذا النوع من الدعاوى تضمنها قانون إجرائي خاص (بالنسبة للمشرع المصري)، أو قانون الأحوال الشخصية (بالنسبة للمشرع السوري).

⁸²³ -أنظر المادة 538 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أنه "تمثيل الخصوم وجوبي أمام المجلس القضائي من طرف محام وجوبي تحت طائلة عدم قبول الإستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك . لا يكون تمثيل الأطراف بمحام وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة الإجتماعية بالنسبة للعمال، تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الوجوبي بمحام".

أولاً: الجانب الشكلي لدعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانون المصري

بصدور القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية⁸²⁴. فقد أفرد المشرع المصري بابا خاصا برفع الدعوى ونظرها في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، إذ تنص المادة 16 من هذا القانون على أنه "ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

وما يلاحظ على المشرع المصري لا سيما من خلال القانون رقم 1 لسنة 2000 أنه في مسائل الأحوال الشخصية وكذا ما يتعلق بها من جوانب إجرائية، ورغم ما جاء به هذا القانون من إيجابيات عديدة أهمها توحيد إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن التطبيق العملي كشف عن عدم كفاية هذا القانون لتحقيق العدالة.

ولذلك صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 والذي ينص على إنشاء محاكم الأسرة. وتعد محكمة الأسرة محكمة ابتدائية متخصصة في نظر كافة منازعات الأحوال الشخصية دون غيرها من المحاكم الأخرى، وهو إختصاص أضيف إلى الإختصاص النوعي الوارد في قانون المرافعات، ومن ثم يمتنع على المحاكم الأخرى أن تنظر في منازعات تختص بها محكمة الأسرة، كما يمتنع على هذه الأخيرة أن تنظر في غير ما يعهد به إليها من منازعات وقضايا⁸²⁵.

وعلى هذا فإذا رفعت إلى إحدى المحاكم دعوى لا تختص بها وتدخل في إختصاص محكمة الأسرة كان لأصحاب المصلحة الدفع بعدم الإختصاص. كما للمحكمة

⁸²⁴ -أنظر، القانون 1 لسنة 2000، الصادر في 29 يناير 2000، الجريدة الرسمية المصرية العدد 4 مكرر.

⁸²⁵ -أنظر، سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، 2005، ص 26.

أن تحكم به من تلقاء نفسها، فالإختصاص النوعي متعلق بالنظام العام يمكن لإصحاب المصلحة إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى. كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ويكون الحكم الصادر في هذه الحالة حكماً بالإحالة لعدم الإختصاص، فإذا لم تفعل المحكمة وفصلت في الموضوع كان حكمها مشوباً بعيب عدم الإختصاص ويقبل الطعن بالنقض لهذا السبب⁸²⁶.

وقد نصت المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة على أن هذه المحاكم تختص دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الإختصاص بها للحاكم الجزئية والإبتدائية طبقاً لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم 1 لسنة 2000. ولكن ما هو المقصود بمسائل الأحوال الشخصية وما هو مدلول هذا المصطلح؟

إن مصطلح أو عبارة الأحوال الشخصية ليس لها أصل في الفقه الإسلامي، كما لم يرد ذكرها في كتب الفقه الإسلامي وإنما هو مصطلح أقتبس من التشريعات الأجنبية⁸²⁷.

ويتفق الفقه حول صعوبة تحديد مدلول هذا المصطلح، ووضع معيار حاسم في بيان ما يعتبر من مسائل الأحوال الشخصية و ما لا يعتبر منها⁸²⁸. ولقد حاول القضاء في مصر أن يحدد مدلولها، فجاء في قرار محكمة النقض في 1934/06/21 بأن "الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية، التي يرتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الإجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملاً، أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية.

826- أنظر، أحمد مسلم ، أصول المرافعات ، دار الفكر العربي ، طبعة 1989 ، ص 104.

827- أنظر، أحمد نصر الجندي ، محكمة الأسرة واختصاصاتها ، دار الكتب الجامعية ، طبعة 2005 ، ص 29 .

828- أنظر، توفيق فرج ، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين طبعة ثانية ، 1969 ، بند 2 .

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال المدنية، غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف الهبة والوصية، كلها من عقود التبرعات تقوم غالباً على فكرة التصديق المندوب إليه ديانة، فأجأه هذا إلى إعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كما يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التي ليس من إختصاصها النظر في المسائل التي تحتوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها"⁸²⁹.

وقد وضعت المادة 28 من القانون رقم 49 لسنة 1937 الصادر بلائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة التي ألحقت بمعاهدة "منترو" بيانا بالمقصود بالأحوال الشخصية بأنها تشمل المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأقصى الخطبة، والزواج، وحقوق الزوجين، والطلاق، والتطليق والتفريق، والبنوة، والإقرار، والأبوة وإنكارها، والعلاقات بين الأصول والفروع، والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب، والتبني، والوصاية، والقيامة، والحجر والإذن بالإرادة، وكذلك المنازعات المتعلقة بالهبات والموارث والوصايا، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والغيبة، وإعتبار المفقود ميتاً"⁸³⁰.

كما حاول المشرع المصري تحديد مدلول المقصود بالأحوال الشخصية إذ نصت المادة 13 من قانون نظام القضاة رقم 127 لسنة 1949 على أنه "تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة، والزواج، وحقوق الزوجين، وواجباتها المتبادلة، والمهر، ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق، والتطليق، والبنوة، والإقرار بالأبوة وإنكارها، والعلاقة بين الأصول والفروع والإلتزام بالنفقة، وتصحيح النسب، والتبني، والولاية، والوصاية، والقيامة، والحجر، والإذن، والمسائل المتعلقة بالموارث والوصايا، وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت". ويعتبر هذا التعريف أكثر تفصيلاً مما ذهب إليه قضاء محكمة النقض.

⁸²⁹ - أنظر، محكمة النقض المصرية، مدني، 1934/6/21، طعن رقم 40 سنة قضائية، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في 25 عاماً، المكتب

الفني لمحكمة النقض، ج 2، ص 117.

⁸³⁰ - أبرمت هذه الإتفاقية بين مصر وعدد من الدول الأجنبية في 1937/5/8 وكان من بنود الإتفاق نقل الإختصاصات من المحاكم القضائية إلى المحاكم المختلفة في

مسائل الأحوال الشخصية ولذا كان من الضروري بيان المقصود بالأحوال الشخصية.

وفي الواقع، فإن الاختلاف في تفسير مدلول هذا المصطلح وتحديد موضوعاته كان راجعا إلى إعتبارات تاريخية لإختلاف جهات الإختصاص وتعددتها. حيث كانت المحاكم الأهلية تختص فقط بالنظر في المنازعات المالية، بينما تختص المحاكم الشرعية والمجالس المليية بالأحوال الشخصية. وما يهم في هذا المجال هو أن دعاوى التعويض عن فسخ الخطبة وكذا التعويض عن فك الرابطة الزوجية فكلها وفقا لما سبق ذكره من نصوص فإنها تقع ضمن مدلول الأحوال الشخصية حتى ولو كانت متعلقة بالمال، وتنظرها محاكم الأسرة.

ولم يبين المشرع المصري في قانون إنشاء محاكم الأسرة قواعد الإختصاص المحلي المتبعة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية عملا بالمادة 13 من القانون 10 لسنة 2004.

وبالرجوع إلى الفقرة 1 من المادة 15 من القانون لسنة 2000، فإنه ينعقد الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليها. إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة تعطي إستثناء على هذا المبدأ، وهو أنه في قضايا المهر والجهاز والدوطة وما في حكمها، وكذا في قضايا التطليق والخلع والفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية، يكون الإختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى أو المدعى عليه.

فقد راعى المشرع المصري وضع الطرف الضعيف في العلاقة فأعطاه حق الخيار في رفع دعواه أمام أي من المحاكم (موطنه أو موطن المدعى عليه)، فالمشرع في هذه

الحالة يراعي الجانب النفسي للزوجة المطلقة، فحاول التخفيف عنها بإعطائها مكنة إختيار إما محكمتها أو محكمة المدعى عليه حسبما يكون الأسهل، بهدف التيسير عليها⁸³¹.

ووفقا لنص المادة 12 من القانون 10 لسنة 2004 تنفرد محكمة الأسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، حتى ولو كانت تلك الدعوى لا تدخل في إختصاصها المحلي بحسب الأصل، وإختصاص تلك المحكمة تبعا بنظر هذه الدعاوى مرهون بتوافر ضابطين:

1- وجود دعوى مرفوعة من أحد الزوجين.

2- إختصاص محكمة الأسرة محليا بنظر هذه الدعوى⁸³².

فمتى توافر هذين الضابطين تكون هذه المحكمة مختصة محليا دون غيرها بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج، أو الطلاق، أو التطليق، أو التفريق الجسماني، أو الفسخ، وأيضا دعاوى النفقات أو الأجرور وما في حكمها، سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب. ويهدف المشرع المصري من وراء هذا النص إلى تمكين محكمة واحدة من الفصل في أوجه الخلاف المتعددة والقائمة بين الزوجين لإحاطتها بكل عناصر النزاع.

أما في شأن شروط قبول الدعوى القضائية في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق وما ينجز عنها من طلب التعويض، فإن المشرع المصري ذهب إلى تحديد سن الأهلية إذ ينص على أنه "لا تقبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستة عشر سنة أو كان سن الزوج يقل عن ثمانية عشر سنة وقت رفع الدعوى". ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة 1931، ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية. ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو

⁸³¹-أنظر، سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 98.

⁸³²-أنظر، محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002، ص 171.

الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما، إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة، ولا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين متحدي الطائفة والملة، إلا إذا كانت شريعتها تجيزه⁸³³.

ولا يختلف المشرع المصري عن الجزائري في ضرورة عرض الصلح على الأطراف في مسائل الطلاق، إذ ينص على أنه "تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح مع علمه بها، بغير عذر مقبول، رافضا له، وفي دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد، تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوم، ولا تزيد عن ستين يوما"⁸³⁴.

وحتى في حالة فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع أوجب المشرع المصري على القاضي ضرورة إجراء الصلح، وحتى الإستعانة بحكمين، إذ ينص على أنه "لا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لمولات مساعي الصلح بينهما، خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ويقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من الطرق"⁸³⁵.

كما يشترك المشرع المصري مع نظيره الجزائري في إعتبار النيابة طرفا في القضايا المطروحة أمام قاضي الأحوال الشخصية. إذ يتعين تدخل نيابة شؤون الأسرة في جميع الدعاوى والطعون التي ترفع لمحاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية. ولا يكفي في هذه الدعاوى أن تقدم النيابة مذكرة برأيها، وإنما يتعين حضورها في هذه الدعاوى والطعون.

⁸³³ - أنظر، المادة 17 من القانون 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

⁸³⁴ - أنظر، المادة 18 من القانون 1 لسنة 2000.

⁸³⁵ - أنظر، المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000.

كما لا يكفي مجرد الرأي الشفوي للنيابة، أو تفويض الرأي للمحكمة، وإنما يجب إيداع مذكرة بالرأي في كل دعوى أو طعن، وكلما طلبت منها المحكمة ذلك⁸³⁶.

وقد إستقر قضاء محكمة النقض في هذا الشأن على أنه "يترتب على وجوب إيداع النيابة مذكرة بالرأي، أن يتضمن الحكم الصادر في تلك الدعاوى ما يدل على إبداء نيابة شؤون الأسرة لرأيها، ويتعين على المحكمة عند صدور حكم قطعي في النزاع أن تشير إلى رأي النيابة في حكمها وإلا كان باطلا"⁸³⁷.

ومن مظاهر الخصوصية أيضا في إجراءات رفع هذا النوع من الدعاوى أن المشرع المصري قد أعفاها من ضرورة توقيع محام على صحتها إذ نصت المادة 3 من القانون 1 لسنة 2000 على أنه "لا يلزم توقيع محامي على صحف دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحكمة الجزائية" وهذا النص يعد من أوجه الإيجابيات التي إشتمل عليها هذا القانون إذ يتفق مع قصد الشارع الحكيم في رفع الحرج عن الناس، والتيسير عليهم عند إقتضاء حقوقهم⁸³⁸.

ويسري هذا الإعفاء على كافة دعاوى الأحوال الشخصية الداخلة في نطاق إختصاص المحكمة الجزائية، إذ ووردت صياغة النص عامة لا تختص دعاوى معينة، وإنما شاملة لجميع الدعاوى، بما فيها دعاوى التعويض عن فسخ الخطبة أو التعويض عن فك الرابطة الزوجية .

⁸³⁶ -أنظر المادة 6 من القانون 1 لسنة 2000 وكذلك المادة 314 من القانون رقم 10 لسنة 2004.

⁸³⁷ -أنظر، محكمة النقض المصرية، طعن رقم 13 لسنة 59، جلسة 1990/11/20، مقتبس عن سحر عبد الستار إمام يوسف، المرجع السابق، ص 156.

⁸³⁸ -أنظر، محمد فرحات، ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون، يناير 2001، ص 4 (1).

ثانياً: الجانب الشكلي لدعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانون السوري.

لم يفرد المشرع السوري قانوناً خاصاً بإجراءات التقاضي في الدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق، بل جاءت ضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، وفي نصوص متفرقة من قانون أصول المحاكمات⁸³⁹.

ولم يحدد المشرع السوري إختصاصاً بعينه فيما يتعلق بالدعاوى الناجمة عن العدول عن الخطبة وكذلك التعويض عنها. إلا أن القضاء السوري إستقر على أنه "دعاوى الهدايا بين الخاطبين هي من إختصاص المحاكم المدنية، وكذلك دعاوى التعويض، لأن التعويض تستند إلى فكرة المسؤولية التقصيرية القائمة على فكرة العمل غير المشروع، وهو موضوع مدني بحت، وأن القانون المطبق في الموضوعين هو القانون المدني وليس قانون الأحوال الشخصية"⁸⁴⁰.

أما في شأن دعاوى الطلاق بما فيها التعويض عنه، فقد جعلها المشرع السوري من إختصاص المحاكم الشرعية⁸⁴¹.

وفيما يتعلق بشروط ممارسة الدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق، فقد ذهبت المادة 85 من قانون الأحوال الشخصية السوري إلى أنه يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره وفي الفقرة الثانية فإنه يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

839 - الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 الصادر في 1956/9/28

840 - محكمة النقض السورية في، 14/3/1964، مجلة القانون العام، ص 290؛ مقتبس عن، محمد فهد شقفة، المرجع السابق، ص 115.

841 - أنظر، المادة 535 من قانون أصول المحاكمات و التي تنص على أنه "تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائياً في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل:

الزواج وإلحلال الزواج، والمهر والجهاز، والحضانة والرضاع، والنفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه، وصحة شروطه".

يتبين من هذا النص أن المشرع السوري قد جعل الأهلية في الطلاق ببلوغ الرجل 18 سنة كاملة وله أن يأذن له بذلك إذا توافرت المصلحة فيما دون هذا السن، وينطبق الأمر على مباشرة جميع الدعاوى المترتبة على الطلاق بما فيها التعويض عنه. وإن كان المشرع السوري لم يذكر أهلية المرأة في هذا النص، إلا أنه إذا كانت المرأة مفوضة بطلاق نفسها فلا بد عند إيقاع الطلاق من أن تكون أهلا للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لأن الطلاق بالنسبة لها من الأمور الدائرة بين النفع والضرر. على أنه إذا كان الطلاق على مال، أي مخالعة، فإن المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا حولت لا تلتزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال⁸⁴².

فإذا لم تتوفر في المرأة هذه الأهلية كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحتها، على أنه يحق للقاضي أن يأذن لها في التطبيق إذا تبين له وجه المصلحة في ذلك قياساً على إجازته طلاق الرجل البالغ المتزوج الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر إذا تبين له أن له مصلحة حقيقية في الطلاق، ولا يمكن إعتبار الطلاق من حقوق المرأة الزوجية التي يحق لها أن تباشرها مباشرة بعد الزواج ولو كانت غير راشدة، لأن الطلاق هو أصلاً من حقوق الرجل وليس من حقوق المرأة ولو فوضها به⁸⁴³.

ولم يفرد المشرع السوري إجراءات خاصة تتعلق بمباشرة الدعاوى الخاصة بالزواج والطلاق ما يتعين الرجوع إلى قانون المرافعات العامة، ولذلك فهي تخضع في سيرها إلى الإجراءات العادية في التقاضي، ما عدا فيما يخص ضرورة إجراء محاولة الصلح، إذ تنص المادة 88 من قانون الأحوال الشخصية على أنه "إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق، أو معاملة مخالعة، أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح، إذا أصر الزوج بعد إنقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالعة، دعا القاضي الطرفين وإستمع إلى خلافهما، وسعى إلى إزالة ودوام الحياة الزوجية، وإذا لم تفلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه.

⁸⁴² -أنظر، فهد شقفة، المرجع السابق، ص 386.

⁸⁴³ -أنظر، فهد شقفة، المرجع السابق، ص 386.

فلاحظ أنه تقريبا كل من المشرع الجزائري والسوري والمصري يشترك في إعتبار الطلاق لا يقع إلا بين يدي القاضي، وبعد محاولة الصلح التي يجريها القاضي بين الطرفين، مع بعض الخصوصية في كل تشريع من هذه التشريعات لمباشرة الدعاوى الخاصة بمسائل الزواج والطلاق.

وإن كان القاضي مقيدا من الناحية الإجرائية في شأن نظر الدعوى إلا أن سلطته واسعة في تقدير التعويض في مثل هذه القضايا بما له من سلطة تقديرية، فهل تقع عليه رقابة من المحكمة العليا في هذا المجال؟

المطلب الثاني

رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة

في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق

لقد تعرضت في المبحث الأول من هذا الفصل إلى أن لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا⁸⁴⁴. إلا أنه و إن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع. فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض⁸⁴⁵. ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض السابق شرحها بعين الإعتبار.

الفرع الأول

رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه

844 - أنظر، ص 319 من هذه الرسالة.

845 - أنظر، مقدم سعد، المرجع السابق، ص 253.

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض معالضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ولئن كان الثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا. لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع⁸⁴⁶.

ويعتبر إستيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لإستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكليفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه إحتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

وقد كان للقضاء في بلادنا تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/4/2 بأنه "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الإجتماعية، دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناها أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار كذلك لمقدار مايتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت

إلى غير ما هو مألوف، ودون الإستناد الى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"⁸⁴⁷.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض. لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة"⁸⁴⁸.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/6/18 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. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب"⁸⁴⁹.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2010/1/14 بعد الإستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000دج، وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ، بل إكتفى بذكر سبب واحد "حيث أن

⁸⁴⁷ - أنظر، م أ ، غ أش ، 1984/4/2 ، ملف رقم 32779 ، م ق 1989 ، عدد 2، ص 61 .

⁸⁴⁸ - أنظر، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 282.

⁸⁴⁹ - أنظر، م ع ، غ أش ، 1991/6/18 ، ملف رقم 75029 ، م ق 1992 ، عدد 1 ، ص 65 .

المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده⁸⁵⁰.
والأمثلة في هذا صدد كثيرة.

وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيده أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المنفعة تقريبا. فقضت بتاريخ 2008/3/22 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج⁸⁵¹ وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/6/27⁸⁵². وكلها إعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

وكان القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة، وهذا إن كان يسري على إعتبرات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش⁸⁵³، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الأضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/7/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر. وقد جاء في حيثيات هذا القرار "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما ماديا أو معنويا. وحيث أن القضاة لم

⁸⁵⁰ - أنظر، مجلس قضاء سعيده، غ ش أ، 2010/1/14، قضية رقم 09/00528، ملحق رقم 10.

⁸⁵¹ - أنظر، محكمة سعيده، ق ش أ، 2008/3/22، قضية رقم 07/1541، ملحق رقم 11.

⁸⁵² - أنظر، محكمة سعيده، ق ش أ، 2009/6/27، قضية رقم 09/0355، ملحق رقم 12.

⁸⁵³ - تنص المادة 79 من قانون الأسرة على أنه يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.

يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط. وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضائهم ناقصاً⁸⁵⁴.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/3/28 "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معاً، الأمر الذي يشكل قصوراً في التسيب، ينجر عنه النقض"⁸⁵⁵.

وقياساً على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض في إحدى مسائل الزواج أو الطلاق، وجب أن يكون مسبباً تسبباً كافياً، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

الفرع الثاني

رقابة المحكمة العليا على

عناصر تقدير التعويض

إن للمحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، وفقاً لما سبق شرحه، وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد إختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ.

إلا أن هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت، أو نصاب معين، أو قيمة ثابتة، وبين عناصر تقدير التعويض.

⁸⁵⁴ - أنظر، م ع ، غ ج ، 1986/1/8 ، ملف رقم 42308 ، م ق ، 1990 ، عدد 1 ، ص 254 .

⁸⁵⁵ - أنظر، م ع ، غ م ، 2000/3/28 ، م ق ، عدد خاص ، 2003 ، ص 627 .

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا. وتنصب هذه الرقابة على مدى إحترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.

فإذا كان القاضي بصدد تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو تفويت الفرصة، مثلما هو الحال في التعويض عن العدول عن الخطبة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى، التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة، ومن وجوب إعتداد القاضي بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية. فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيّلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب .

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/6/18 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" ⁸⁵⁶.

وقد إتجه قضاء المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني للحكم⁸⁵⁷.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور آنفاً وتوجب ذكر العناصر التي إعتدتها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض، حيث جاء في قرارها الصادر في 2002/07/25 "إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضاً بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال، وإعتدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة وعلى محضر معاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17، وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا"⁸⁵⁸.

وجاء أيضاً في قرار لها صادر بتاريخ 94/05/24 "حيث أنه من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف. وحيث تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم، والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"⁸⁵⁹. لأنه بالرجوع إلى ملابسات القضية نجد أن القرار المطعون فيه منح تعويضات هامة بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات) التي توصل القاضي إلى تقدير التعويض على أساسها، وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم يكون الوجه مؤسساً ويترتب عنه النقص.

كما إشتطت نفس المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملابسة، عند تقدير التعويض، وأناطتها بتلك التي تخص المضرور فقط. مما يمكن معه القول بأن

⁸⁵⁷ - أنظر، م غ، غ، إ، 2001/2/14، ملف رقم 214574، م ق، 2002، عدد 1، ص 195. "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير

التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني"

⁸⁵⁸ - أنظر، م ع، غ م، 2002/7/25، ملف رقم 215762، م ق، 2002، عدد 1، ص 279.

⁸⁵⁹ - أنظر، م ع، غ ج، 1994/5/24، ملف رقم 10956، م ق، 1997، عدد 1، ص 123.

المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الإعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور.

وفي هذا السياق فقد ذهبت من خلال قرار لها صادر بتاريخ 1993/1/6 إلى أنه "ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض، وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"⁸⁶⁰.

كما ذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ 1983/06/07، قضت من خلاله بأنه "بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم الذي أيده، فيتبين أن قضاة الموضوع لم يبينوا فيهما عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتمديد مبلغ التعويض الممنوح للضحية. حيث أنهم أغفلوا فيها الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية، مكثفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للأضرار التي أصابت تلك الضحية بالذات، ووصف تلك الأضرار، وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضا ذكر سن الضحية، الذي هو عنصر من عناصر التقدير، ومدة إنقطاعها عن العمل، ومبلغ أرباحها اليومي أو الشهري، وغير ذلك من عناصر التقدير، ليتأتى للمجلس الأعلى أن يمارس رقابته على القضاء الذي أتى به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد أغفل إبراز كل هذه العناصر، فإنه لم يبرر قضاءه بتسبيب سليم، ولم يرتكز في تحديد مبلغ التعويض عن أي تبرير قانوني، مما يجعل هذا الوجه في محله أيضا"⁸⁶¹.

وجاء في قرار آخر لها بتاريخ 99/07/14 قضت من خلاله بأنه "كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية، أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل، مثل سن الضحية، ومهنتها، ودخلها، ونوع الضرر أو

⁸⁶⁰ - أنظر، م ع ، غ م ، 1993/01/06، ملف رقم 87411 ، ن ق ، عدد 50 ، ص 55 .

⁸⁶¹ - أنظر، م ع ، غ ج م ، 1983/6/7، ملف رقم 25878 ، م ق ، 2003 ، خاص ، ص 59 .

الأضرار اللاحقة بالمستحقين، وأن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين⁸⁶².

هذا فيما يخص الأضرار المادية، أما بخصوص الضرر المعنوي، الذي قد يكون مرتبطاً ببعض مسائل الزواج والطلاق، ولما له من طبيعة خاصة، فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع، والمستعملة في ذلك، لإرتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية، وإنما هو ضرر شخصي محض.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/10 قضت من خلاله بأنه "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي إعتدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي. حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي، الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل. علماً بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساساً إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه"⁸⁶³.

وكذلك ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 92/02/18 حيث قضت بأنه "بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"⁸⁶⁴.

وجاء أيضاً في قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2000/3/28 "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي بإعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"⁸⁶⁵.

⁸⁶² - أنظر، م ع ، غ م ، 1999/07/14، ملف رقم 183066 ، غير منشور أوردة الأستاذ مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل

الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء ، مجلة الإحتهاد القضائي، عدد 2 ، 2000 ، ص 71- 72 .

⁸⁶³ - أنظر، م ع ، غ ج م ، 1981/12/10 ، ملف رقم ، 24500 ، ن ق ، عدد 42 ، ص 87 .

⁸⁶⁴ - أنظر، م ع ، غ م ، 1992/02/18 ، ملف رقم 78410 ، ن ق ، عدد 48 ، ص 145 .

⁸⁶⁵ - أنظر، م ع ، غ م ، 2000/3/28 ، ملف رقم 231419 ، م ق ، 2003 ، عدد خاص ، ص 593 .

خاتمة

إن التعسف في استعمال الحق، أو مجاوزة حدوده، يعتبر من بين الأسس القديمة التي إعتدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، وذلك لأجل تقرير حماية الفرد عند استعماله لحق من حقوقه، وأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير، وأن هذا الأساس القانوني معقول، ويحقق مبادئ العدالة بين الناس ، وأصبح شائعاً في الوقت الحالي في جميع المعاملات، بل وحتى الشخصية منها، ومن ذلك العلاقات المتولدة عن رابطة الزواج، أو انفصالها.

فإن كنا نتصور التعسف والتعويض عن الضرر المترتب عليه في العلاقات ذات الطابع المالي فإنها في وقتنا الحالي أصبحت تمس حتى العلاقات داخل الأسرة.

وإن كان الزواج رابطة مقدسة بين الرجل والمرأة، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب، والأصل أن من يستغل بهذه الرابطة لا يتضرر من ممارسة الطرف الآخر لحقوقه، بل على العكس من ذلك كلاهما يكمل الآخر.

ولكن ما يشهده المجتمع اليوم من دعوة إلى التحرر تجعل المرأة تحس أن كل تصرف من الزوج للحد من حريتها هو إضرار لها يستوجب تدخل القاضي لمنعها من هذا التصرف. وإلزامه بالتعويض.

ولا ألقى باللوم هنا على المرأة فحسب بل على الرجل أيضا الذي نجد في كثير من الأحيان يعتبر أن ما حوله الله سبحانه وتعالى من قوامة على الأسرة هو تسلط وإستبداد، يجعله يحس أن أي تقييد أو منع للزوجة إنما هو حق من حقوقه عليها، وليس عليها إلا الطاعة والإمتثال له، وإلا أوقع الطلاق دون مراعاة لإعتبارات الحياة الزوجية، ومستقبل أسرته.

كما إختلطت المفاهيم على بعض الأزواج، فأصبحوا يرون الطلاق حلا سهلا لكل المشاكل، مع أن الطلاق وإن كان حقا من حقوق الزوج، فمشروعيته من المولى عز وجل لم تكن إلا إذا إستحالت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع.

وإذا كان الأمر خلاف ذلك فإن من حق الطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض، إلا أنني أعتب على مشرعنا فراغه التشريعي في هذا الشأن. فمع إعترافه الصريح للطرف المتضرر بالحق في التعويض، سواء في العدول عن الخطبة، أو في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه لم يضع معايير ولا ضوابط لذلك. ولم يجعل لطول الحياة الزوجية، ولا لوجود الأطفال، ولا لمكانة الطرف المتضرر، أي إعتبار في تقدير هذا التعويض، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

على أنه وإن كانت لهذه المسائل إعتبارات شخصية تجعلها تختلف من شخص إلى آخر، وهذا ما جعل المشرع يبتعد عن تحديد التعويض مع الإعتراف بالمسؤولية فقط.

إلا أنه كان على المشرع أن يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية التي يعتمد عليها في تقدير التعويض في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق، وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى.

الملاحق

تتضمن هذه الملاحق النصوص القانونية الخاصة بالخطبة وفك الرابطة الزوجية في القانونين المصري والسوري، إلى جانب الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة والواردة في هذه الرسالة.

1. المواد الخاصة بالخطبة وفك الرابطة الزوجية والتعويض عنها في قانون الأحوال الشخصية السوري
2. المواد الخاصة بالخطبة وفك الرابطة الزوجية والتعويض عنها في القانون رقم 1 لسنة 2000 المنظم لأوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في مصر.
3. محكمة معسكر، ق أش، 2006/5/21، قضية رقم 143/312.
4. محكمة سعيدة، ق ش أ، 2008/5/21، قضية رقم 08/0431.
5. محكمة سعيدة، ق ش أ، 2009/7/1، قضية رقم 09/0060.
6. محكمة سعيدة، ق أش، 2001/4/7، قضية رقم 2000/2543.
7. محكمة البيض، ق أش، 2001/5/5، قضية رقم 01/85.
8. محكمة العين الصفراء، ق أش، 2004/2/15، قضية رقم 03/208.
9. محكمة سعيدة، ق ش أ، 2007/12/8، قضية رقم 07/0502.
10. مجلس قضاء سعيدة، غ ش أ، 2010/1/14، قرار رقم 09/00528.
11. محكمة سعيدة، ق ش أ، 2008/3/22، قضية رقم 07/1541.
12. محكمة سعيدة، ق ش أ، 2009/6/27، قضية رقم 09/0355.

المراجع

أولاً- المراجع العامة

ثانياً- المراجع الخاصة والرسائل والمذكرات

ثالثاً- المقالات والتعليق

أولا - المراجع العامة

1- باللغة العربية

1. ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دار الجامعة، تنازع القوانين، 1990.
2. ابن القيم الجوزية (شمس الدين محمد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج 4، مطبعة محمد عبد اللطيف، القاهرة، 1928.
3. ابن تيمية (شيخ الإسلام تقي الدين أبي العباس)، الفتاوى الفقهية الكبرى، المجلد الثالث، مطبعة الكردي، القاهرة، 1328هـ.
4. ابن جزىء ، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987.
5. ابن حجر الهيتمي، فتح المبين لشرح الأربعين ، دار إحياء الكتب العربية ، 1352 هـ.
6. ابن حزم الظاهري، المحلى، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ج 8. د.س ن.
7. ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2، شركة ومطبعة دار الحلبي، الطبعة الرابعة، 1975.
8. أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم المقاييس، كتاب الطاء، ج 3، تحقيق و ضبط عبد السلام هارون، مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي و أولاده ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1999 .
9. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير، طبعة المكتبة التجارية ، دار الفكر ، 1994 م - 1414 هـ ، ج 12.
10. أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، ج 2-8، دار صادر، بيروت، 1955.
11. أبو داوود ، السنن ، الدار المصرية اللبنانية، 1988 ، ج 6 ، ج 5.
12. أبو زكريا محمد بن شرف الدين النووي، المجموع شرح المهذب ، طبعة دار الفكر 1417 هـ - 1996 م .

13. أبو عبد الله بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، مواهب الجليل، ج 4، مكتبة النجاح، د.س.ن.
14. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، ج 9، دار الفكر، د. س. ن.
15. أبو عبد الله محمد بن يزيد ابن ماجة، سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988، ج 1.
16. أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، مكتبة الرياض الحديثة، ج7.
17. أبو محمد محمود بن أحمد العيني، البناية في شرح الهداية، مطبعة مصطفى الحلبي، 1980.
18. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الشافعي الأم، دارالفكر، بيروت، 1980، ج 4
19. أبي الفداء الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ج 1، دار الفكر، لبنان 2002.
20. أبي بكر بن الحسن بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
21. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج 4، عالم الكتب - بيروت .
22. ابن نجيم، شرح الأشباه و النظائر، ج1، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1986..
23. أحمد بن محمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ج 2، ج 3، دار الكتب العلمية، د. س. ن.
24. أحمد علاء الدين أبو الحسن، الإختيارات العلمية في إختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، مطبوع مع الجزء الرابع من فتاوى ابن تيمية، المطبعة المنبرية بالقاهرة، 1328هـ .
25. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدارالجامعية، لبنان، 1988.
26. أحمد ماهر زغلول، أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، 2001
27. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، 1989.
28. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
29. العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
30. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996.

31. إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور العطار، ج 4، دار العلم للملايين - بيروت - الطبعة الثانية 1499هـ- 1979م.
32. أنور العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، دار الفكر الجامعية، 2001.
33. بوبشير محمد أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
34. ثروت أنيس الأسيوطي، نظام الأسرة بين الإقتصاد و الدين (الجماعات البدائية)، دارالكتاب العربي. د.س.ن.
35. ثروت أنيس الأسيوطي، مبادئ القانون، الدار الجامعية، 1974.
36. جميل الشرقاوي، دروس في النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 1986.
37. حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية، ج 8، الدار العربية للموسوعات، 1987.
38. حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة الفجر الجديد، 1983.
39. حسني نصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دارالثقافة للطباعة والنشر، د.س.ن .
40. حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية. دار الفكر للطباعة والنشر، 1997.
41. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994 .
42. زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، الطبعة الأولى ، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، 1968 .
43. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981.
44. سعدي أوجيب، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحا، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1988.
45. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، 1971 .
46. سيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني، الأجزاء 6-7-8-9-10، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، 1983.
47. سناء الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار النهضة العربية، 1984.
48. سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، ج 5، الطبعة الشرعية الخامسة والثلاثون، 2005.

49. شفيق شحاته، النظرية العامة للإلتزام في الشريعة الإسلامية،
50. شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، مطبعة الحلبي، د.س.ن.
51. شمس الدين السرخسي، ج3، المبسوط، دار المعرفة، د.س.ن.
52. شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، 1343 هـ .
53. شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج 1، دار المنار، 1985.
54. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، 1996.
55. عادل بسيوني، تاريخ القانون المصري، مكتبة نصر، 1978.
56. عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، مؤسسة شباب الجامعة 1987.
57. عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سعد عبد الله وهبة. د.س.ن.
58. عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، طبعة 1951.
59. عبد القادر الفار، مصادر الإلتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996.
60. عبد المنعم فرج الصده ، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1996.
61. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، دار الكتاب العربي، 1982.
62. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري. 1996.
63. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994.
64. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق لشرح كنز الدقائق، ج 3، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة. د.س.ن.
65. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن بتحقيق وتخريج د.محمد إبراهيم الحفناوي، ج ، 3 دار الحديث، الطبعة الثانية 1996.
66. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بإبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، المطبعة الأميرية القاهرة، 1315 هـ .

67. لحسن بن شيخ آث ملويا، بحوث في القانون، دار هومة، 1999.
68. لخلو غنيمه، محاضرات في القانون المدني أقيمت بالمعهد الوطني للقضاء على طلبة السنة الثالثة،
الدفعة الثانية عشر، 2003-2004.
69. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج 3، برواية سحنون ابن السعيد التنوخي، مطبعة السعادة،
1323هـ.
70. محمد ابن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ج7، دار الفكر، د.س.ن.
71. محمد أبو العباس بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مطبعة الحلبي
وأولاده، 1967.
72. محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، 1995.
73. محمد بن أبي بكر الرازي، المعجم الوسيط، ج 2 دار البشرى للإعلانات الشرقية، الطبعة الثالثة، د.
س. ن. .
74. محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، 1978، ج6.
75. محمد بن عبد الواحد الشهير بالكمال همام، شرح فتح القدير على الهداية، دار إحياء التراث،
بيروت، الطبعة الثانية، ج 3.
76. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار بشرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد
الأخبار، دار الجيل بيروت، د س ن.
77. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر
الثانية، بيروت، د.س.ن.
78. محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، 1981.
79. محمد علاء الدين الحصكفي، الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، مطبوع مع ابن عابدين،
حاشية رد المختار، دار الفكر، 1959.
80. محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة 1980.
81. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، 1995.
82. مصطفى الخشاب، دراسات في الإجتماع العائلي، دار النهضة العربية، بيروت، 1981.
83. منصور ابن يوسف البهوتي، كشاف القناع، دار الفكر، 1972 .
84. محمود حسن، الأسرة ومشكلاتها، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.

85. ناصر الأنصاري ، المحمل في تاريخ القانون المصري، الهيئة العامة للكتاب. د. س. ن.
86. يحيى بن شرف النووي، شرح المنهاج، دار الكتاب الحديث للطباعة، 1347.
87. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة 11، دار البعث، قسنطينة، 1977.
88. يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، دار الشهاب، 1993.

2- باللغة الفرنسية

1. HENRI CAPITANT, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, D., 1970.
2. JEAN CARBONNIER, Droit civil, tome 2 , La famille , les incapacités, P.U.F., 1983.
3. JEAN. CHAPPION, Droit des femmes, Masson, Paris, 3ème édition, 1984.
4. LAURENT AYNES, Principes de droit civil Français, tome 2, 3ème édition, Bruxelles .1978.
5. GHAOUTI BENMELHA, Droit Algérien de la famille, O.P.U.
6. MICHEL ANDREE, Femme, sexesures et société, PUF, paris, 1977.
7. MICHEL PLANIOL, et G RIPERT, Traite pratique de droit civil français , 2ème édition , tome 2, 1952.
8. PAUL JACOMET, Essais sur les sanctions civiles de caractères pénal en droit Français, Th , Paris, 1905.
9. PATRICK COURBE, Droit de la famille, édition Arnand Colin, Paris, 1997.
10. PHILIPPE MALAURIE, Droit civil, Les obligations, 2ème édition, Cujas, 1990.

ثانيا - المراجع الخاصة والرسائل

أ- المراجع الخاصة

1 - المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية

1. إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق غير المادية بين الزوجين، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
2. أحمد الغزالي، الطلاق الإنفرادي وتدابير الحد منه في الفقه الإسلامي والشرائع اليهودية والمسيحية والوضعية والتقنيات المعاصرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.
3. أحمد الشنتاوي ، عادات الزواج و شعائره ، دار المعارف المصرية، 1956.

4. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والمقارن، ج 1، الزواج والطلاق وآثارهما، مطبعة عصام، بغداد 1977.
5. أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق وآثارهما، دار الكتب القانونية، 2005
6. أحمد نصر الجندي، محكمة الأسرة وإختصاصاتها، دار الكتب الجامعية، طبعة 2005.
7. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون رقم 1 لسنة 2000، دار المطبوعات الجامعية، 2000.
8. أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004 .
9. أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة النقض، مطابع دارالجمهورية للصحافة، الطبعة الخامسة، 2003.
10. أديب إسطنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دارالأنوار للطباعة، دمشق، 1989.
11. الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1989.
12. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
13. العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ديوان المطبوعات، الجامعية 2006.
14. الغوي بن ملححة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2008.
15. الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1989.
16. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ج1، 1978.
17. توفيق فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الطبعة الثانية، 1969.
18. جلال سعد عثمان، أحكام الأسرة بين الشرع و القانون، ج1، منشأة المعارف.
19. حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1999.
20. سامح سيد محمد ، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، دار الفكر العربي، 2000.

21. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
22. علي محمد علي القاسم ، نشوز الزوجة، أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
23. عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، 1987.
24. عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة، 1996.
25. عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1984.
26. عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة بدمشق، 1979 .
27. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1968.
28. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج 2، منشورات جامعة دمشق، 1994.
29. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات ثالة، الجزائر 2007.
30. عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، دارالفكر، 2007.
31. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى ، 2005
32. عمرو عيسى الفقي ، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ، المكتب الفني للموسوعات القانونية، 1998.
33. عزة ضاحي ، المبادئ التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية – سلسلة الإجتهاد الشرعي.
34. رمضان أبو السعود، شرح قانون الأسرة لغير المسلمين، دار المطبوعات الجامعية، 2002

- 35.رشدي شحاته أبوزيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى، 2001.
- 36.لحسن بن شيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة،2005.
- 37.لوكيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، 2004
- 38.محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي، طبعة 1950.
- 39.محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة، د.س.ن.
- 40.محمد محدة ، الخطبة و الزواج ، الطبعة الثانية ، دار الشهاب ،2000.
- 41.محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى ،1983.
- 42.محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية،2003
- 43.محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام،دار النهضة العربية،بيروت،الطبعة الثانية،1977.
- 44.محمد علي محبوب ، نظام الأسرة و أحكامها في الشريعة والقانون ،1997، ج 1.
- 45.محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مكتبة الجلاء الجديدة،2006، الطبعة الثانية.
- 46.محمد حسين منصور ، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- 47.محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية ،مؤسسة النوري،1998.
- 48.محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى ، 2002 .
- 49.نبيل محمد عبد اللطيف، تعليق على القانون رقم 1 لسنة 2000، دار النسر الذهبي للطباعة والنشر، القاهرة 2000.
- 50.نبيل الظواهرة الصائغ ، موسوعة الأحوال الشخصية لجميع المذاهب والأديان، الطبعة الثانية، دار صناعة الكتاب وتجارته.

51. واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية ومحكمة النقض، الطبعة الخامسة.
52. شفيق شحاتة، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين المصريين، ج1، 1957.
53. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، طبعة 3، 1986.

2- المراجع الخاصة بالتعويض

1. الهادي السعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، دراسة فقهية مقارنة لحق الطلاق والضوابط الشرعية لاستعماله وأحكام إساءة استعماله وآثارها، مطبعة الأمانة، القاهرة
2. توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، 2002
3. حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، سيدي بلعباس، 1998.
4. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2004-2005 .
5. خليل سعيد خليل ، التعويض عن تفويت الفرصة في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية و القانونية، الأردن، 2004 .
6. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، بغداد، 1981 .
7. سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس، مؤسسة شباب الجامعة ، 1990.
8. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، 2001-2002
9. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية. 1972.
10. مقدم سعد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992.
11. وفاء معتوق حمزة فراس، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية، دار القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.

ب- المذكرات ورسائل الدكتوراه

1. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية و ما تنقيد به في الشريعة الإسلامية و القانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، الجامعة المصرية ،كلية الحقوق، 1936
2. سويسى جمال، إشكالات إنعقاد وإنحلال الزواج، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2004.
3. مسعودة نعيمة إلياس ، التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاته في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2001-2002.
4. 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 والإقتصادية والإجتماعية، فاس، المغرب، 2005-2006.
5. راشدي محمد، مرض الموت دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008 .
6. زودة عمر، طبيعة الأحكام بإتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2002-2003.
7. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
8. سويسى فتيحة،النشوز في ظل أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2003-2004.
9. طه عبد المولى طه إبراهيم، التعويض القضائي عن الأضرار التي تقع على الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، 2001.
10. عائشة محمود جاسم الداودي، التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
11. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008.

12. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في إستعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 1967.
13. فوزي فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 1992.
14. محمد شوقي السيد، معيار التعسف في إستعمال الحق، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1982.
15. محمد نصر الدين إمام ، أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والعراقي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق، 1983.
16. مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار 2006-2007.
17. ملكة يوسف محمد زرار، طاعة الزوجة لزوجها بين الحق والواجب في الشريعة الإسلامية والشرائع الأخرى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1994.

ثالثا - المقالات والتعليق

أ- باللغة العربية

- 1- أحمد إبراهيم ،تعويض الزوجة عن الإخلال بوعد الزواج ،مجلة الجريدة القضائية ،السنة الأولى ،2000، العدد 4.
- 2- أنور العمروسي، التعويض عن فسخ الخطبة، مجلة المحاماة التونسية، العدد9، سنة 5، سبتمبر 1970.
- 3- تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق بين النقائص القانونية و التطور الإجتماعي، مخبر القانون و التكنولوجيات الحديثة ، 2007 .
- 4- تشوار جيلالي،الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني،مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث الجامعي،2007، عدد1.

- 5- جابر ابراهيم، الطلاق في الواقع العربي، مجلة الجيل العصرية ، فبراير 1991.
- 6- زودة عمر ، طرق الطعن في الأحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية ،مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.
- 7- سطحي سعاد، التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، دورية المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، عدد 9 سنة 2004 .
- 8- سمير أورفلي، الخطبة و العدول عنها، مجلة القضاء والتشريع التونسية، السنة 29 ، جانفي 1978.
- 9- محمد أحمد البديرات ، مدى إعتبار مرض الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقہ الإسلامي ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، العدد 1، سنة 2006.
- 10- محمد بن أحمد الصالح، متعة الطلاق في الفقہ الإسلامي، بمجلة أضواء الشريعة، كلية الشريعة، الرياض، العدد 2، يونيو 2003 .
- 11- محمد فرحات، ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 1 لسنة 2000 ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثالثة والأربعون ، يناير 2001.
- 12- مختار رحمان، المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقہ والقضاء ، مجلة الإجتهد القضائي، عدد 2، سنة 2000.
- 13- مسعودة نعيمة إلياس ، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون وإجتهد القضاء، مقال تحت النشر.
- 14- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي -دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، جوان 2009 .
- 15- يحي اسماعيل، إرشادات قضائية في منازعات التنفيذ الموضوعية ومسائل الأحوال الشخصية، مجلة القضاة الفصلية ، ملحق السنة التاسعة والعشرون، نادي القضاة.

ب- باللغة الفرنسية

- 1- FATIMA ZOHRA SَAI ,le keil' dans le code de la famille algerien et la mondauana marocaine, droit de la famille regards croisés . laboratoire de droit et des nouvelles tecnologies ,faculté de droit,Oran 2007
- 2- MOHAMED SALAH BEY, Le droit de la famille et le dualisme juridipue, revue algerienne des sciences juridipues economiques et politiques , volume n 3, 1997.

ج- مقالات من مواقع الأنترنت

- 1 رامي المالاتي، تعويض الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية السوري، مقال منشور على موقع furat.alwihda.gov/sy
- 2 عبد المالك سامان، نحو رؤية جديدة لحقوق المرأة في المجتمعات العربية،مقال منشور على موقع www.amanjordan.org
- 3 لؤي إسماعيل، مقال بعنوان، الطلاق التعسفي ،مقال منشور على موقع www.amanjordan.org/a
- 4 واصف البكري ، تعديلات قانون الأحوال الشخصية الأردني، مقال منشور على موقع www.mizaangroup.org/studies.htm

الفهرس

1.....مقدمة

الفصل الأول

16.....العدول عن الخطبة كمسألة موجبة للتعويض

18.....المبحث الأول : الطبيعة القانونية للخطبة وحكم العدول عنها

20.....المطلب الأول: الطبيعة القانونية للخطبة

21.....الفرع الأول: النظرية العقدية

22.....أولا: الأساس التاريخي

23.....ثانيا: الأساس القانوني

24.....أ-الشروط الموضوعية

27.....ب-الشروط الشكلية

29.....ج-الإعلان عن الخطبة

30.....د-المعارضة في الزواج

35.....الفرع الثاني: الخطبة وعد بالزواج

48.....الفرع الثالث : الخطبة في الشريعة الإسلامية

50.....المطلب الثاني: حكم العدول عن الخطبة

52.....الفرع الأول: حكم العدول عن الخطبة ديانة

52.....أولا: حكم العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية

59.....ثانيا: حكم العدول عن الخطبة في شرائع غير المسلمين

- 63..... الفرع الثاني حكم العدول عن الخطبة تشريعا وقضاء
- المبحث الثاني : المسؤولية القانونية الناشئة عن فسخ الخطبة**
- 69.....
- 70 **المطلب الأول : عناصر المسؤولية القانونية في العدول عن الخطبة**
- 71..... الفرع الأول : ركن الخطأ في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة
- 74..... أولا: أفعال ناجمة عن الخطبة في حد ذاتها.
- 79..... ثانيا: أفعالا أجنبية عن الخطبة
- 83..... الفرع الثاني : الضرر وعلاقة السببية في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة
- 83..... أولا: ركن الضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة
- 88..... ثانيا: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الناشئة عن العدول عن الخطبة
- المطلب الثاني : إتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة و مدى**
- 91 موافقتها للشريعة الإسلامية
- 92 الفرع الأول : إتجاهات أحكام القضاء المقررة للمسؤولية عن العدول عن الخطبة
- 92 الإتجاه الأول
- 94 الإتجاه الثاني
- 95..... الإتجاه الثالث
- 96 الإتجاه الرابع
- الفرع الثاني : مدى موافقة أحكام القضاء للشريعة الإسلامية في تقرير مسؤولية العدول عن الخطبة
- 98.....
- 99..... أولا: القول بعدم ترتيب أي مسؤولية على فسخ الخطبة لأنها من المباحاة العامة
- ثانيا: القول بأن الخطبة عقدا العدول عنها يستوجب التعويض على أساس المسؤولية
- العقدية.....
- 101.....
- ثالثا: القول بأن فسخ الخطبة في ذاته لا يوجب التعويض، ولكن الظروف التي تلابس ذلك الفسخ
- قد تكون موجبة للتعويض.....
- 102.....

رابعاً: الرأي الذي يقرر المسؤولية عن العدول عن الخطبة على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
103.....

الفصل الثاني

- 106.....**الطلاق كمسألة موجبة للتعويض**
- 108.....**المبحث الأول: التطور التاريخي للطلاق و القيود الواردة عليه.**
- 109**المطلب الأول: الطلاق في الشرائع القديمة و في الشريعة الإسلامية.**
- 110**الفرع الأول: الطلاق في الحضارات و الشرائع القديمة.**
- 110**أولاً: الطلاق في الحضارات القديمة.**
- 113,.....**ثانياً: الطلاق في بلاد الغرب القديمة.**
- 114.,.....**ثالثاً: الطلاق عند اليهود والنصارى.**
- 116 .,.....**الفرع الثاني: الطلاق في الشريعة الإسلامية.**
- 123.,.....**المطلب الثاني: القيود الواردة على الحق في إيقاع الطلاق.**
- 124**الفرع الأول: القيود ذات المصدر الديني.**
- 125.....**أولاً: يجب أن يتقيد استعمال الزوج لحق الطلاق بوجود مطابقته للحكمة التشريعية التي دعت إليه**
- 127.,.....**ثانياً : قيد العدد والوقت في الطلاق.**
- 131.....**ثالثاً: قيد الأهلية و الوعي والقصد.**
- 133**الفرع الثاني : القيود التشريعية والقضائية التي تقع على حق الطلاق.**
- 134.....**أولاً : عدم استعمال حق الطلاق إلا بعد إستنفاد وسائل الإصلاح المشروعة.**
- 141.....**ثانياً: لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي**
- 145**المبحث الثاني : صور الطلاق الموجب للتعويض.**
- 147.....**المطلب الأول : الطلاق التعسفي الواقع بإرادة الزوج المنفردة.**

148.....	الفرع الأول : طلاق المريض مرض الموت.....
149	أولاً: مفهوم مرض الموت فقها وقضاء.....
152	ثانياً: أحكام طلاق المريض مرض الموت.....
152.....	أ- شروط إعتبار المريض مرض الموت فإرا من إرث زوجته بطلاقه لها.....
154.....	ب- الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت.....
156	ثالثاً : معيار التعسف في إستعمال المريض مرض الموت لحق الطلاق.....
159.	الفرع الثاني : الطلاق من غير مبرر مشروع
160.....	أولاً: الأسباب المؤدية إلى الطلاق.....
160.....	أ- الأسباب الإجتماعية المؤدية إلى الطلاق.....
164.....	ب- الأسباب الطبيعية المؤدية إلى الطلاق.....
172.....	ثانياً: معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر مشروع.....
172.....	أ- كيفية تفحص أسباب الطلاق قضائياً.....
173.....	ب- الأساس القانوني لقيام التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.....
176.....	المطلب الثاني : الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة
177.....	الفرع الأول : التعريف الفقهي للخلع وشروطه العامة والخاصة
177	أولاً:تعريف الخلع وشروطه الخاصة
181	ثانياً:البدل ومكانة التعويض منه.....
184	الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخلع.....
191	الفرع الثالث : الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع.....
196	المطلب الثالث : الطلاق الذي يوقعه القاضي لتوافر أسباب محددة.....
197.....	الفرع الأول: الطلاق للنشوز.....
197	أولاً- المفهوم اللغوي والفقهي للنشوز.....
199.....	ثانياً : أسباب النشوز.....
210.....	ثالثاً:التكييف القانوني والقضائي للنشوز.....

- الفرع الثاني : التطليق.....216
- أولا : حالات التطليق.....216
- 1- عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوده ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج مع
مراعاة المواد 78-79-80.....217
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج 221
- 3- الهجر في المضجع.....226
- 4- الحكم على الزوج بجرمة فيها مساس بشرف الأسرة 228
- 5- الغيبة 231
- 6- إرتكاب فاحشة مبينة 236
- 7- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج 237
- 8- كل ضرر معتبر شرعا 240
- ثانيا : مدى إعتبار التطليق مسألة موجبة للتعويض..... 245
- أ- تاريخ المسألة في القضاء والتشريع..... 245
- ب- الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق.....249

الفصل الثالث

سلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الزواج والطلاق والقيود الواردة

- عليه..... 253
- المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق... 256
- المطلب الأول : أساس تقدير التعويض..... 257
- الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض..... 259
- أولا: التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزائي)..... 259
- ثانيا: التحديد القانوني للمسؤولية 261
- الفرع الثاني : التقدير الإتفاقي والقضائي للتعويض..... 263
- أولا: مفهوم الشرط الجزائي وشروط إستحقاقه وسلطة القاضي في تعديله..... 263

- أ- مفهوم الشرط الجزائي 263
- ب- شروط إستحقاق الشرط الجزائي 264
- ج - سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي 265
- ثانيا : التقدير القضائي للتعويض 266
- أ- الضوابط التي تحكم القاضي عند تقدير التعويض 267
- 1-وجوب وقوع ضرر لإستحقاق التعويض 267
- 2-الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض 269
- ب- كيفية دفع التعويض 271
- المطلب الثاني : تقدير القاضي للتعويض في مسائل الزواج والطلاق 274**
- الفرع الأول: تقدير القاضي للتعويض عند العدول عن الخطبة 275
- أولاً: التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة..... 275
- أ-إمكانية وكيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة 276
- 1-إمكانية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة..... 276
- 2- كيفية التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة 277
- ب-الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة... 278
- 1-معيار قصد الإضرار 279
- 2- معيار الضرر الفاحش..... 280
- ثانيا : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة..... 283
- أ-إمكانية وكيفية وضوابط تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة..... 283
- 1-إمكانية تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة 284
- 2- كيفية التعويض عن الضرر المعنوي 286
- أ - التعويض العيني للضرر المعنوي..... 287
- ب - التعويض بمقابل للضرر المعنوي..... 288
- ب- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة 289
- 1-الإعتداد بدرجة الخطأ..... 290

- 2- الظروف الشخصية للمضروب من العدول.....291
- 3- حسن النية292

الفرع الثاني: تقدير القاضي للتعويض عن فك الرابطة الزوجية.....293

أولاً: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية293

أ- الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية في ظل القانون الجزائري.....294

ب- الأساس القانوني لتقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية في التشريع السوري

والمصري.....299

1- موقف المشرع السوري من التعويض عن فك الرابطة الزوجية299-2

المشرع المصري من التعويض عن فك الرابطة الزوجية303

ثانياً : مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية وعلاقته بالمتعة.....308

أ- : مقدار التعويض عن فك الرابطة الزوجية.....309

ب- : العلاقة بين المتعة والتعويض.....317

1. تعريف المتعة ودليل مشروعيتها.....317

2. - المتعة في المذاهب الفقهية318

3. إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد.....320

المبحث الثاني : القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في مسائل الزواج

والطلاق.....324

المطلب الأول : الجانب الشكلي في دعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق.....325

الفرع الأول: الجانب الشكلي في دعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانون

الجزائري.....326

أولاً: الإختصاص المحلي والنوعي.....326

أ- الإختصاص النوعي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق.....327

ب-الإختصاص المحلي في دعاوى التعويض في مسائل الزواج والطلاق.....	328
ثانيا: الإجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة بالتعويض في مسائل الزواج والطلاق.....	332
الفرع الثاني : الجانب الشكلي في دعاوى التعويض في مجالي الزواج والطلاق في القانون المصري والسوري	343
أولا: في القانون المصري.....	343
ثانيا: في القانون السوري	350

المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقديره للتعويض في مسائل الزواج والطلاق.....	353
الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه.....	353
الفرع الثاني :رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض.....	357
خاتمة	362
الملاحق.....	365
المراجع.....	401
الفهرس.....	416