

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
مخبر الدراسات القانونية المتوسطة



تفعيل المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه حقوق تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. حميدو زكية

من إعداد الطالبة:

بن أحمد رانيا

لجنة المناقشة:

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د. تشوار جيلالي
مشرفاً ومقرراً	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د. حميدو زكية
ممتحناً	جامعة تلمسان	أستاذة محاضرة قسم "أ"	د. خدام هجيرة
ممتحناً	المركز الجامعي مغنية	أستاذة محاضرة قسم "أ"	د. بلعباس أمال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى: ﴿.. لَا تَكُلِّفْ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...﴾

سورة البقرة، الآية 233.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ﴾

ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الأحكام من بنى في حقه ما يضر جاره، 784/2، رقم الحديث (2341)، قال الألباني: حديث صحيح الألباني، رواه، الغليل، ج3، ص.408.

سُحُورٌ وَقَعْدَةٌ

بعد الصلاة والسلام على خير الأنام شفيع الأمة الحبيب المصطفى المختار محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله الطيبين وصحابته الكرام، ومن تبعهم بإحسان وإيمان إلى يوم الدين، ابتغاء مرضاة الله ذو الجلال والإكرام، وبعد:

مصادقا لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي

لَشَدِيدٌ﴾

سورة إبراهيم، الآية 07.

وإعمالاً لقول رسول الله الكريم صلى الله عليه وسلم الذي لا ينطق عن الهوى:

﴿مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ﴾ (رواه الترمذي)

أولاً وبادئ ذي بدء، أحمد الله رب العالمين حمداً طيباً مباركاً كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، على توفيقى في إنجاز هذا البحث العلمي الأكاديمي المتواضع، كما أخص بالذكر خالص الشكر وجزيل العرفان للأستاذة الدكتورة "حميدوزكية" التي كان لها الفضل بعد الله عز وجل لقبولها أولاً الإشراف على هذه الرسالة، فضلاً عن مساندتها لي وتوجيهي في إعدادها بخبرتها ونصائحها القيمة التي ساهمت في تحريري للبحث بالشكل الذي ينبغي أن تكون عليه، فشكراً لها على تعاملها الطيب وجهدها الدائم الذي لم تبخل عليّ به، وجزاها الله عني كل خير.

كما لا أنسى أن أخص بالذكر كل أعضاء المناقشة بالشكر كل باسمه وكل بمقامه وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور الفاضل "تشوار جيلالي" لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع.

بي أحمد رافيا

هَدَاة

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما ورزقهما الصحة والعافية ورزقي برهما وطاعتها.

إلى كل أفراد عائلتي صغيراً وكبيراً.

إلى الأخت والصديقة العزيزة "بن داوة صارة"

إلى كل الزملاء والزميلات.

أهدي هذا العمل.

بني أحمد رافيا .

قائمة أهم المختصرات

إ.ق.	إجتهاد قضائي
تح.	تحقيق
تق.	تقديم
ج.	جزء
ج.ر.	الجريدة الرسمية
د.د.ن.	دون دار نشر
د.س.ن.	دون سنة نشر
ص.	صفحة
ط.	طبعة
ع.	عدد
غ.أ.ش.	غرفة الأحوال الشخصية
ق.أ.	قانون الأسرة
ق.ش.أ.	قسم شؤون الأسرة
م.	ميلادي
م.ع.	المحكمة العليا
م.ق.	المجلة القضائية
م.م.ع.	مجلة المحكمة العليا
مج.	مجلد
ن.ق.	نشرة القضاة
هـ.	هجري

مقدمة

لطالما كان "مبدأ الانتقام" المبدأ الحاكم للمجتمعات وعلى فترات وحقب زمنية طويلة، حيث كان الأفراد يقابلون الأفعال الضارة التي تقع عليهم سواء أكانت عن عمد أم لا بنظيرتها، فكان كل من أصابه ضرر من الغير، يقتص لنفسه بنفسه، أو يعتمد على عشيرته في ذلك تحت مسمى "أخذ الحق أو الثأر". فكان الثأر آنذاك واجبا، ودلالة على هيبة القبيلة وقوتها، كما أنه يحفظ ماء وجهها أمام القبائل الأخرى، لأن التنازل عنه يعد بمثابة الفضيحة ودلالة على جبن وضعف المضرور وكذا عشيرته. غير أن هذا الوضع الغرائزي ألقى بظلاله الوضيعة، من استراقة للدماء وحصر للأفراد في حلقة مفرغة من الحروب والاحتقانات الدموية التي لا حد لها ولا فائدة ترتجى منها¹.

غير أنه ومع التطور الذي عرفه الفكر الإنساني، ظهرت فكرة التخلي كبديل للثأر، ومفادها تسليم المعتدي إلى الطرف المضرور أو عائلته²، كنوع من الاعتراف بخطئه ومسؤوليته وتضامنا مع المضرور، كما يمكن أن نقول عنها أنها محاولة لجبر الضرر كيفما كان نوعه جسديا أو ماليا أو مساسا بالشرف وكذا إثباتا لنيتهم الحسنة، فيكون بناء على ذلك للمضرور أو عائلته الاقتصاص من الفاعل، إما بذات الفعل الذي قام به أو بعقوبة أشد أو أخف، كما يكون لهم الحق في استرقاقه³.

¹ - بن زيطة عبد الهادي، التطور التاريخي والتشريعي للمسؤولية المدنية، مداخلة بيوم دراسي بعنوان "الاتجاهات الحديثة في

نظرية المسؤولية المدنية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ادرار، يوم 23 ماي 2013، ص 87.

2- لفقيري عبد الله، "أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح"، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016، مج 13، ع 01، ص 348.

3- زنون عمار، تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2021/2022، ص 13.

هذا النظام كان من شأنه إيقاف الحروب التي كانت قائمة فيما سبق، وإحلال الصلح محلها كما مهد الطريق أمام طرح آخر لحل هذه النزاعات والصراعات الدموية والمتمثل في "الدِّية" والتي يُراد بها تقديم نصيب من المال للمضرور أو أهله كنوع من الترضية والمصالحة وجبر لما وقع عليه من ضرر¹، إلا أنها كانت اختيارية وقليلاً ما كان يلجأ إليها، غير أنه ومع تبلور فكرة الدولة ونشأتها باكتمال مقوماتها، تدخلت الدولة بمؤسساتها في تنظيم المواطنين وضبط أفعالهم وتصرفاتهم، كما أنها أدرجت ترسانة قانونية لحماية الأفراد وحقوقهم. فنجم عن ذلك إلزام المواطنين التابعين لنظامها الاحتكام إلى القضاء لحل النزاعات، فلم تعد الفوضى والغريزة والنظام القبلي الحاكم لهم، وذلك بعد أن تم النص على أنواع الأفعال المجرمة وكذا تقسيمها إلى نوعين عامة وخاصة، عامة تتدخل الدولة فيها بفرض العقاب على الجاني نيابة عن المجتمع، وخاصة تتقيد فيها سلطة الدولة في فرض دية على الجاني لصالح المتضرر.

من هذا المنطلق يمكن القول أنّ الدِّية أصبحت أمراً مفروضاً في حالة الإضرار بالغير، وتم استبدال الغرامة بالتعويض والذي يعد لازماً في الجرائم التي تمس الأفراد في ممتلكاتهم أو كجزاء للإخلال بالتزامات تعاقدية... الخ. غير أن هذا الوضع لم يدم طويلاً حيث توالى التطورات على المجتمعات وعلى الدولة ككيان، ليتم التوصل إلى استنباط فكرة المسؤولية المدنية للتخلص من استبداد المسؤولية الجماعية، وتعزيز فكرة المسؤولية الفردية².

¹ - جمال احمد زيد الكيلاني، حكم الزام الجاني بنوع من الدييات في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الإسلامية، الشارقة، 2019، المجلد 16، العدد 02، ص. 03.

² - زنون عمر، المرجع نفسه، ص. 31.

مما أوجب الفصل بين المسؤولية الجنائية¹ والمدنية وإزالة التداخل واللبس الذي كان يسودهما. وكنتيجة تبعية لذلك تم التفرقة بين التعويض والعقوبة، بعد أن ميز القانون بين الخطأ الجنائي والعقدي والتقصيري²، لأن لكل منهم جزاء يقابله ويكون مختلفا عن الآخر. غير أن مسؤوليتين العقدية والتي تقوم متى تم الإخلال بالتزامات تعاقدية، والتقصيرية التي تقوم متى تم الإخلال بالواجب القانوني المتمثل في واجب الالتزام بالسلامة³، كانتا متداخلتين ولم يكن من السهل التفرقة بينهما في التطبيق القضائي، على الرغم من التفرقة في أنواع الخطأ.

وظل الوضع على ما هو عليه الى غاية حلول القرن 17م، أين ظهرت المسؤولية التقصيرية إلى النور بفضل الفقيه الفرنسي "دوما" Domat⁴ في مؤلفه الموسوم بـ "القوانين المدنية". وعلى هذا الأساس من التفرقة تم تأسيس المسؤولية التقصيرية على الخطأ، أين يُلزم كل من تسبب بخطئه في ضرر للغير، بأن يجبر هذا الضرر بالتعويض⁵، أي أن التعويض هنا بمثابة جزاء مدني عن الخطأ الغير جنائي.

¹ - يُراد بالمسؤولية الجنائية: "المسؤولية المترتبة متى تم الإخلال بالتزام عام يفرضه المشرع على الافراد كالتزام بالحيطه والحذر فيما يباشر فيه من نشاط وذلك حرصا على المصالح التي يحميها القانون".

² - يتمثل مفهوم الخطأ الجنائي في كونه " اخلال بالتزام عام يفرضه المشرع على الافراد كالتزام بالحيطه والحذر فيما يباشر فيه من نشاط وذلك حرصا على المصالح التي يحميها القانون"، أما الخطأ العقدي فيكمن مفهومه في أنه " عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد"، والخطأ التقصيري هو "اخلال بالتزام قانوني يتمثل في عدم الاضرار بالغير"

³- بلحاج العربي، المساهمة العامة في القانون المدني الجزائري، مج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.32.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول: مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1970. ص.ص 632 .

⁵- قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2015، ص.03.

إذن يكون للتعويض بناءً على ذلك وظيفتين عقابية وإصلاحية، إصلاح للضرر من جهة وعقوبة للمتسبب في الضرر عن خطئه من جهة أخرى، دون أن ننسى دوره في تقويم سلوك الأفراد داخل المجتمع الواحد لاعتبارها حسب الدراسات الفلسفية قاعدة سلوك اجتماعي، بل أنه يتعدى ذلك ليعتبر نظاماً قانونياً وقائياً من الأخطار¹.

إلا أن الفصل النهائي بين المسؤولية العقدية والتقصيرية لم يتحقق على أرض الواقع إلا في القرن 19م، حيث أقيمت المسؤولية على أساس الخطأ وهي ما عُرفت بـ "المسؤولية الخطئية"، حيث ينقسم الخطأ فيها إلى نوعين أولهما خطأ واجب الإثبات والثاني خطأ مفترض، فالأول يكون عبء الإثبات فيه ملقى على كاهل المضرور، إلا أن الإثبات قد يصعب في أغلب الأحيان إثباته مما قد يدفع المضرور إلى التراجع والاحجام عن المطالبة بالتعويض لعدم قدرته على إثبات الخطأ، أو قد يرفض القاضي الدعوى لعدم تأسيسها في حق المدعى عليه لعدم كفاية الأدلة وإثبات خطئه، وفي هذا إهدار للحقوق وضياعها. هذا ما دفع الفقهاء إلى البحث عن حل آخر يمكن أن يساهم في التقليل من عبء الإثبات يتمثل في تبني الخطأ المفترض كأساس قانوني لقيام المسؤولية التقصيرية²، ومفاد هذا الأساس القانوني افتراض قيام العلاقة السببية بين خطأ المعتدي والضرر ولا يتوجب إثبات هذه العلاقة من طرف المضرور، وذلك لمحاولة الحفاظ على حق المضرور من الضياع.

1- معزي جهاد، "التطور الوظيفي للمسؤولية المدنية التقصيرية: توجه نحو تعزيز الوظيفة الوقائية في ضوء التصورات الجديدة"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، 2021م، ع 5، ع 2، جامعة عمار ثليجي الأغواط، ص. 323.

2 - بن قردى أمين، الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث الإثبات والانتفاء، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015، ع 07، ص. 386.

الا أن تبني الخطأ المفترض كأساس قانوني لقيام المسؤولية التقصيرية لم يحقق الهدف المرجو منه حقيقة، وتغيرت نظرة فقهاء القانون لهذا الأساس القانوني وكان ذلك بفعل تطور نشاط الدولة وكذا التطورات الاقتصادية وظهور أخطار وأضرار جديدة لم تكن معروفة سابقا، وأيضا بروز فقهاء بتفكير حديث متشبع بالعصرنة، تم استحداث أساس قانوني آخر مختلف تماما يتمثل في المسؤولية الموضوعية التي تقوم على أساس الضرر وليس الخطأ، أي أنها تنشأ بنشوء الضرر فيكفي لاستحقاق التعويض اثبات وقوع الضرر فعلا دون الحاجة الى اثبات خطأ المعتدي وعلاقة السببية بينه وبين الضرر¹.

هذا التغيير والتطور الذي طرأ على نظام المسؤولية التقصيرية، مس حتى تسميتها حيث أطلق عليها مصطلح "الفعل المستحق للتعويض"، والأهمية التي أضحت تكتسي المسؤولية التقصيرية في شكلها النهائي دفعت المشرع القانوني فيما بعد الى اعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام، كونها تُنشأ علاقة غير إرادية بين المضرور ومرتكب الفعل الضار، يترتب عنها التزام أساسي بالتعويض. كما أن هذه الأهمية أيضا جعلت من هذا النظام القانوني مادة دسمة للدراسة أمام فقهاء القانون ورواده. حيث ساهمت هذه الدراسات الفقهية والقانونية للموضوع في اتساع تطبيقات المسؤولية التقصيرية عن الأضرار لتشمل العديد من العناصر التي تدخل التقنين بتنظيمها. فنجد المشرع الجزائري نص على هذه العناصر في فصل كامل هو الفصل الثالث "الفعل المستحق

¹ - براجيم يمين، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، مجلة القانون الجزائري والمقارن، جامعة جيلالي اليابس، 2021، مج07، ع02، ص214.

للتعويض" من الباب الأول "مصادر الالتزام" وذلك من المادة 124 من القانون المدني¹ إلى غاية المادة 140 مكرر واحد من ذات القانون. أين شملت المسؤولية عن الأفعال الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء. وتخللت هذه العناصر أقسام ثانوية أخرى كالتعسف في ممارسة الحق ومسؤولية حارس الحيوان ومسؤولية مالك المباني... الخ²

ولكون فروع القانون كلها متداخلة مع بعضها البعض، والعلاقة التي تربطهم يمكن القول أنها علاقة تكاملية، فنجد تطبيقات للمسؤولية في مختلف فروع القانون في حال وقوع ضرر. ومن أمثلتها نجد قانون الأسرة الذي يعد مجالاً خصباً للبحوث الفقهية والقانونية متى تعلق الأمر بالمطالبة بالتعويض عن الفعل الضار. فنجد أنها تركز في غالب الأحيان على مبدأ التعسف في استعمال الحق الذي يعد عنصراً من عناصر المسؤولية التقصيرية (الفعل المستحق للتعويض)، حيث يعرف التعسف على أنه: "ممارسة الشخص فعلاً مشروعاً بالأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار"³، أي وبمفهوم آخر "أنه إساءة استعمال الحق، أما الحق فيقصد به استئثار يقره القانون لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو قيمة معينة وفق حماية يحميها القانون"⁴.

¹-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 /09/ 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج مؤرخة في 30/11/1975، ع78.ص.990 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20/06/ 2005.ج.ر.ج.ج مؤرخة في 26/06/2005. ع44.ص.21.

²-علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط02، دار موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص.40.

³-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، 1988، ص.45.

⁴-هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للحق وتطبيقهما، د.م.ن، منشورات دحلب، د.س.ن، ص.141.

كما أن نظرية التعسف في استعمال الحق تبلورت عبر مراحل مختلفة وسعت من نطاق تطبيقاتها لتصل إلى مجال شؤون الأسرة كونها في بادئ الأمر لم تكن معروفة بالشكل الذي هي عليه الآن، وعلى الرغم من أن جذور نشأتها يعود إلى الدولة الإسلامية بسيادتها الشرعية، فإن النظرية ظهرت واعتمدت على أصول شرعية طبعت على صبغتها. فالتشريع الإسلامي ربط الحق بمشروعيته من جهة، وبمآله من جهة أخرى. بمعنى آخر الحقوق في ضوء الشريعة الإسلامية لم تعد مطلقة، بل وجب أن تكون مطابقة لمقتضيات الشرع وعدم إلحاقها ضرراً بالغير حتى يكون مسموحاً للفرد ممارستها. وعليه، اعتُبرت ممارسة الحق بما فيها إضرار أو تحقيق لمصلحة غير مشروعة تعسفاً. من هذا المنطلق بالذات، تم تعريف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي على أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.

ثم أتى العهد الروماني ليضيف للنظرية مستجدات من خلال ما قدمه الفقيه الروماني "إليبيان Ulpian" فكان من أول أقواله في الموضوع: "من حفرًا بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين جاره، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر إنما يكون مسؤولاً إذا ما كان التعمق من شأنه أن يسقط حائط جاره" وهذه المستجدات يمكن القول عنها أنها مختلفة نوعاً ما عما قدمه الفكر الإسلامي.

لكن هذا التطور لم يدم طويلاً، حيث تراجعت النظرية تراجعاً كبيراً في ظل الثورة الفرنسية وتأثير النزعة الفردية عليها، وظل الوضع على ما هو عليه إلى مطلع القرن العشرين وظهور الفقيهان الفرنسيين سالي Saleilles وجوسران Josserand ، اللذان كان لهما الفضل في نفذ الغبار

عنها وإعادة إحيائها من جديد، فوضع جوسران سنة 1905 مؤلفا سماه "عن التعسف في استعمال الحق"، ثم كتب سنة 1927 مؤلفا آخر سماه "في روح الحقوق ونسبيتها- النظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق"¹ « de l'esprit des droits et de leur relativité théorie dite de l'abus des droits والذي يمكن القول عنه أنه من أشمل المراجع وأعمها، لذا اعتبره الفقه القانوني فيما بعد مرجعية فقهية في تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق. وتوالت من بعده القوانين والمؤلفات الفقهية منها والقانونية لتصل بالنظرية إلى ما هي عليه الآن من تطبيقات، ومن أبرز تطبيقاتها مجالا، كما سبق لنا القول نجد مجال الأحوال الشخصية.

فالأزواج على الرغم من كونه عقد الا أنه ليس عقدا بمفهومه الكلاسيكي المتعارف عليه بل يعد عقدا من نوع خاص وهذه الخصوصية تستمد من كونه يعتبر ميثاقا غليظا حسب الوصف الذي أطلقته عليه الشريعة الإسلامية²، لكونه الوسيلة الشرعية لنشأة المجتمع وبنائه والذي يتم من خلال تأسيس أسرة قوية الأواصر وإنجاب الأطفال لاعتبارهم العنصر البشري المكون للمجتمع. فضلا عن كونه يحقق مقصدين شرعيين دعت بهما الشريعة الإسلامية ألا وهما حفظ النفس والنسل، فحفظ النفس من خلال الابتعاد عن الزنا وما لها من آثار سلبية، أما حفظ النسل يكون من خلال

¹ - Josserand Luise : De l'esprit des droits et de leur relativité (théorie dite de l'abus des droits). 2^m édition. Librairie Dalloz. Paris. 1927. p. 17

² - هذا هو الوصف الذي ورد في الآية 21 سورة النساء بقوله تعالى: " وأخذن منكم ميثاقا غليظا" وهذا فيه دلالة على قدسية رابطة الزوجية وخصوصيتها

الإنجاب في إطار علاقة شرعية بخلاف ما كان عليه الأمر في الجاهلية¹. كما أنه ومن المفترض أن تحكم العلاقة الزوجية كل من المودة والرحمة والألفة، فالزوجين سكن لبعضهما البعض، سكن أين تسكن الروح وتهدا من صخب الحياة وصعابها وهذا ما قال به الله عز وجل في كتابه الكريم: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾²، كما أن هذه الخصوصية تمتد إلى طريقة التعويض عن الأضرار التي تقع في حالة قيام العلاقة الزوجية أو في حالة فكها، لذا لا يمكن أن نستند في التعويض عنها على أساس المسؤولية التقصيرية في شقها العقدي لأن ذلك غير ممكن.

ومن بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع من أجل تناوله بالدراسة والبحث كموضوع لأطروحة دكتوراه رغبتنا في معالجة موضوع مختلط بين القانون المدني وقانون الأسرة. كما أننا حاولنا إزالة اللبس الذي يقع في العلاقات الزوجية الناتج عن جهل الزوجين لحقوقهما ولحدود ممارسة هذه الحقوق، مما قد يوقعهما في تعسف يلحق ضرراً.

كم حاولنا أن نبين أن لكل طرف من طرفي علاقة الزوجية الحق في المطالبة بتعويض في حالة الإصابة بأضرار من الطرف الآخر، فالمرجع من خلال سنه لمواد قانون الأسرة سواء في صيغته الأولى بموجب القانون 84-11 أو بموجب التعديل 05-02، نجد أنه أقر وأعطى لكل من الرجل والمرأة الحق في المطالبة بجبر الضرر الذي وقع عليهما في أي مرحلة من مراحل الزواج أو الطلاق سواء في مرحلة الخطبة التي تعد مرحلة استباقية تمهد لإبرام عقد الزواج ولا تقل في أهميتها

¹- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير الأشياء التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 121-122.

²- سورة الروم، الآية 21.

عن أهمية الزوج. ومن مظاهر وقوع الضرر خلالها وقوعه في حالة العدول عنها بطريقة قد تسبب ضررًا للطرف المعدول عنه. فعلى الرغم من أن الإنسان لا يمكن أن يُرغم على الزواج بشخص لا يريده، فله أن يعدل عن خطوة الزواج إذا لم يقتنع بها، أو بالطرف الذي كان من المفترض أن يكون شريك حياته. إلا أنه ومن جهة أخرى ليس له أن يمارس حقه في العدول عن الخطبة بطريقة منافية حد الإضرار بالطرف الآخر.

ومن جهة أخرى، قد تقع أضرار على الرجل والمرأة خلال قيام العلاقة الزوجية، فرابطة الزوجية فضلاً عن كونها ترتب التزامات في ذمة كل طرف اتجاه الآخر فإنها أيضاً ترتب حقوقاً لكلا الطرفين، غير أنهما ليسا حرين في ممارسة هذه الحقوق واستعمالها بطريقة تعسفية، من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر في العلاقة، لأن الأصل في هذه الرابطة أن يملأها الحب والاحترام والألفة. فأى ضرر يقع خلالها فإنه يتعارض مع المقاصد الشرعية التي من أجلها شرع الزواج. هذا ما قالت به الشريعة الإسلامية وسار على خطاها القانون الوضعي.

أما الطلاق أو المفارقة بجميع أنواعها سواء الذي يكون بناء على إرادة الزوج أو الزوجة، على الرغم من اعتباره حقاً مكفولاً لكلا الطرفين، إلا أن ممارسته قُيدت على اعتباره أبغض الحلال من جهة لأنه يهدم العلاقات ويفكك الأسرة وله تبعات وخيمة على الأسرة وعلى الأطفال وعلى المجتمع ككل. لذا يفضل الابتعاد عنه قدر الإمكان واللجوء إليه إلا في حالات الضرورة القصوى

عند استفحال الوضع وعدم القدرة على الاستمرار فيكون هو السبيل الوحيد¹، كما يجب من عدم ممارسة هذا الحق على وجه متعسف فيه من جهة أخرى وإلحاق الضرر بالطرف الذي تمت مفارقتة.

فأي ضرر يقع في أي مرحلة من هذه المراحل يُوجب للطرف المضرور، رجلاً كان أم امرأة وسواء أكان الضرر الذي لحق به مادياً أو معنوياً، الحق في المطالبة قضائياً بتعويض يجبر ضرره. ويكون للقاضي الحكم بذلك متى تبين له وقوع الضرر فعلاً وقيام المسؤولية على المتسبب في الضرر بجميع أركانها.

نستشف من هذا الطرح، أن قواعد قانون الأسرة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك حماية لحقوق طرفي علاقة الزواج وفقاً للقواعد العامة. أي أنّ العلاقة بين قانون المدني وقانون الأسرة علاقة تكاملية.

هذه العلاقة وأهميتها من الأسباب التي دفعتنا للبحث في الموضوع وتناوله بالدراسة من خلال هذه الأطروحة التي ارتأينا عنوانها ب: "تفعيل المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري" بعد أن تبادرت إلى ذهننا إشكالية كانت هي المنطلق الأساسي في الدراسة والتي تمثلت في: هل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق؟ كما قمنا بطرح مجموعة من الإشكاليات الفرعية التي ساهمت في إنجاز البحث

¹ -عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة، 2014/2015، ص12.

بتسلسل منهجي قانوني. حيث تساءلنا عن: هل فعلا القانون المدني مرجعية عامة أم لا؟ هل نطبق أركان المسؤولية على أحكام الطلاق؟ ما هو الأساس القانوني الذي يحتكم إليه القاضي في فصله للنزاع وتقريره للتعويض؟

وفي خضم معالجتنا الموضوع اعتمدنا على مجموعة من المناهج، منها الاعتماد على كل من المنهج الوصفي وذلك في دراسة الإطار المفاهيمي لكل من الزواج والطلاق من خلال إعطاء مفاهيم وتعريف، وكذا المنهج التحليلي المقارن لتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية ومقارنة ما تقدم به كل من الفقه الإسلامي والقانون، بحكم أن الدراسة اعتمدت على كل منهما، وأخيرا على المنهج الاستقرائي والاستنباطي من أجل استنباط قصد المشرع من النصوص القانونية وقراءة ما بين السطور. وكذا استخلاص ما أتى به الفقه الإسلامي من قواعد، فضلاً عن استقراء القرارات والاجتهادات القضائية لاستخلاص التطبيقات القضائية المتعلقة بالموضوع.

ومما لا يمكن إنكاره أن البحث في الموضوع والخوض في غماره لم يكن بتلك السهولة،

كونه لم يخلو من الصعوبات، والتي نجد من أهمها قلة المراجع القانونية الجزائرية المتعلقة

بالموضوع بشكل مباشر. فأغلبها تطرق له بشكل هامشي، وحتى الدراسات السابقة لم تُفصل فيه

بشكل كافٍ، مما صعب الحصول على المادة العلمية. على خلاف المراجع الفقهية الشرعية التي

عالجت موضوع الزواج والطلاق ومتعلقاتهما بشكل عام ومسهب دونما تفصيل في الموضوع على

وجه مخصوص.

ومن بين أهم الدراسات السابقة التي وظفناها في بحثنا:

- كتاب نظرية التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عيبر ربحي شاكر القادومي، أين شرحت الباحثة نظرية التعسف في استعمال الحق واسقطتها على بعض مسائل الأحوال الشخصية.
- حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2021/2020. خاضت فيها الباحثة في كل المسائل المتعلقة بالتعسف ومظاهره في علاقة الزوجية.
- زنون عمار، تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2022/2021. عالج الباحث من خلال هذه الدراسة التعويض في المسؤولية العامة بشكل عام وتطوره التاريخي وفصل فيه على اعتباره نظام قانوني.
- سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019/2018. يبين الباحث في دراسته مجالات تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق الاسرية وبين مدى إمكانية التوسعة في تطبيق النظرية على هذه الحقوق.
- كما نجد أيضا من الصعوبات قلة الاجتهادات القضائية التي تتناول موضوع التعسف في ممارسة الحقوق الزوجية بل نكاد نجزم بانعدامها، خاصة خلال قيام الرابطة الزوجية. وذلك راجع ربما لطبيعة المجتمع وخصوصية الأسرة الجزائرية وصعوبة رفع دعوى قضائية للمطالبة بتعويض، مع استمرار العلاقة. فرفع دعوى يعني انحلال الزواج، مما صعب علينا الاستناد إلى الاجتهادات

القضائية في مواطن عديدة. وسكوت المشرع عن تنظيم بعض المسائل وعلى الرغم من أنه أحالنا إلى الاستناد إلى الشريعة الإسلامية وأحكامها وإلى ما تضمنه الفقه الإسلامي من قواعد وتحليلات في حالة غياب النص القانوني، إلا أن ذلك لم يكن كافياً بل أن ذلك صعب المهمة نوعاً ما، خاصة عند محاولتنا لدراسة الموضوع من جانب قانوني محض والذي يوجب علينا الابتعاد عن الجانب الشرعي.

ولدراسة الموضوع بشكل أكاديمي ممنهج ارتأينا تقسيم الأطروحة الى باين:

- الباب الأول: "المسؤولية التقصيرية المتعلقة بأحكام الزواج"
- الباب الثاني: "مكانة المسؤولية التقصيرية في قضايا الطلاق".

الباب الأول:

المسؤولية التقديرية المتعلقة

بمسائل الزواج

من حكم الله عز وجل أنه لم يخلق سيدنا وأبونا آدم لوحده إذ خلق معه أمنا حواء ونيسة ورفيقة في الجنة وعلى الأرض فكانا هما الأساس الأول لنشأة البشرية جمعاء، فالفطرة الطبيعية للإنسان تجعله لا يستطيع أن يعيش منفردا في معزل لوحده، بل يحتاج الى شريكة حياة تؤنس وحدته وتشاطره حلو الحياة ومتاعبها ويكون ذلك من خلال علاقة زواج ولقد تدخلت الشريعة الإسلامية على غرار جميع الديانات بتعاليمها السمحاء في وضع أطرا منظمة لهذه العلاقة وقدستها كونها تحقق مقاصد أساسية تتمثل في حفظ النفس من خلال صونها من الزنى والذي يسبب أمراضا تهلك الجسد، وكذا حفظ النسل من خلال الانجاب والتكاثر والذي بفضلله تتأسس الأمم والدول وتقوم الخلافة وإعمار الأرض. ويكون ذلك من خلال تبيان حدود هذه العلاقة وطرق انشائها وشروط ذلك وكيفية تعامل الزوجين مع بعضهما، فالأصل ان هذه الرابطة أبدية ويفترض أن يسودها الحب والسكينة والتفاهم والود، مصداقا لما ورد في آيات القرآن¹ والتي تؤكد على ذلك وهذا حتى تدوم العشرة الزوجية وتكون الاسرة مبنية على أسس صحيحة وممتينة وراحة نفسية لطرفي العلاقة ولأولادهم بالتبعية. ولعل ما يجب قوله أن من بين أهم التنظيمات التي خصت الشريعة الإسلامية بها هذه العلاقة تخصيص فترة تسبق انشائها تكاد لا تنفصل عنها ومن خلالها يتم بناء علاقات الود والترابط بين طرفي علاقة الزواج وكذا أسرهم، فضلا عن الترتيب والاتفاق على مجريات الزفاف وهذه الفترة هي فترة خطوة في نفس الوقت وهي الخطبة ولا تقل أهمية عن خطوة الزواج في حد ذاتها.

ومما لا يمكن انكاره أن القانون الوضعي لم يكن في منى عن تنظيم علاقة الزوجية من بدايتها أي من اول خطوة والمتمثلة في الخطبة الى غاية ابرام عقد الزواج وذلك من خلال نصوص قانونية تم النص عليها في قانون الاسرة.

ومن خلال هذا الباب سيتم دراسة كل ما يتعلق بالزواج والخطبة من خلال دراسة

الفصل الأول: تفعيل المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخطبة.

الفصل الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية حالة الاخلال بأحكام عقد الزواج.

¹- سورة الروم، الآية 21

الفصل الأول:

تفعيل المسؤولية التقديرية

في المسائل المتعلقة الخطية

يُعد الزواج من أهم الخطوات التي يجريها الإنسان في حياته، بل من أكثرها حساسية، فأهميته البالغة جعلت الشارع يطلق عليه تسمية "الميثاق الغليظ"، لذا وجب على المقبل عليه التدبر والتريث في اختيار شريك الحياة، فحسن الاختيار يبشر بحياة مستقرة أساسها الاحترام والتقدير، ولقد اختص الشارع عقد الزواج على خلاف العقود الأخرى بمقدمة تمهيدية تمهد لإبرامه ألا وهي الخطبة، حيث درج الناس على ألا يقدموا على إبرام الزواج إلا بعد خطوة أولية تتمثل في الخطبة، التي يتاح من خلالها للطرفين التعرف على بعضهما البعض، والتقرب والتفاهم وذلك وفقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية حتى تنشأ رابطة زوجية على أسس ثابتة الدعائم، ملؤها المودة والرحمة التي تعد مقصدا من مقاصد الزواج. والخطبة تمكن الخطيبان أيضا من الاتفاق على كل شكيلات الارتباط من مهر وشروط قد يشترطها الخطيبين على بعضهما أو أحدهما، فضلا على الاتفاق على موعد الزفاف وشكل الاحتفال به، وغيرها من الأمور، وفي حالة عدم الاتفاق أو الإنسجام بينهما، كان للطرفين التراجع عن الخطبة فهما غير مجبرين على إتمام الزواج، كل هذه التفاصيل وغيرها تبين مدى أهمية الخطبة كخطوة سابقة للزواج، وسيتم هذا من خلال دراسة الموضوع وفق التقسيم الآتي:

المبحث التمهيدي: ماهية الخطبة.

المبحث الأول: مكانة المسؤولية التقصيرية في ضوء التكييف الفقهي والقانوني للخطبة.

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية حالة العدول عن الخطبة.

مبحث تمهيدي:

ماهية الخطبة

لقد اعتنى ديننا الحنيف بالأسرة منذ بداية تكوينها فوضع القواعد والأسس التي تبنى عليها وجعل أسس وضوابط تحكمها، ومهد لبنائها من خلال مرحلة سابقة لإبرام عقد الزواج تتمثل في مرحلة الخطبة. ولقد تطرق لتنظيمها كل من الشرع والقانون، فهي تعتبر الجسر الذي يوصل الخطيبين إلى ضفة الزواج، ويكون لهما خلال السير فيه الحرية الكاملة في التراجع عن موضوع، هذه الأهمية تدفعنا إلى تناول موضوع الخطبة بالدراسة وذلك بالتطرق إلى مفهومها (المطلب الأول)، ثم أنواعها وحكمها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم الخطبة

الخطبة مرحلة وسط بين اختيار الشريك وإبرام عقد الزواج، لذا يمكننا القول عنها أنها مرحلة جد مهمة لبناء زواج متين، فمن خلالها يتم تفادي أي فروقات في التفاهم، وكذا تقريب وجهات النظر التي من شأنها التأثير سلبا عليهما بعد الزواج، فالروابط المتينة خلال الخطبة تبني جسرا متينا للزواج ملؤه التفاهم والسكينة، وسوف نتوقف بالدراسة إلى تعريف الخطبة لغة (الفرع الأول) ثم إلى تعريفها اصطلاحا (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التعريف اللغوي

الخطبة بضم الخاء تعني الكلام المسجوع والمنثور الذي يخاطب به المتكلم جمعا من الناس لإقناعهم¹، وجمعها حُطَبٌ، وهي مشتقة من المخاطبة وهي الكلام والمحادثة التي تجري بين المتكلم والسامع، تقول العرب خاطبةً مخاطبة وخطاباً إذا كالمه وحادثه، ولقد جعل العرب الخطبة بضم الخاء لما تلقى من كلمات في المجمع والمحافل تقول حُطِبَ فلان من على منبر المسجد خطبة، إذ ألقى عليهم كلمة منثورة بمواصفات معروفة².

أما الخطبة بكسر الخاء فهي مصدر لفعل حَطَبَ المرأة يُحَطِّبُها خطبا وتعني طلب المرأة للزواج يُقال خطب فلان إلى فلان ابنته أي طلب الزواج بها³.

الخطبة من الحَطَب وهو الشأن والأمر صغر أو عظم، وهي الدعوة إلى التزويج⁴.
فقليل عنها: "هي ما يفعله الخاطب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل مأخوذ من الخطب أي الشأن بما أنه شأن من الشؤون وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري بين جانب الرجل وجانب المرأة"⁵.

¹ - ابن منظور أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، مج4، حرف الخاء، مادة نكح، دار احياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.ص.134

² - الرافعي سالم بن عبد الغني، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2002، ص.214.

³ - ابن منظور، المرجع السابق، م.01، ص.359

⁴ - إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009، ص.63.

⁵ - ابن عادين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الابصار، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج04، كتاب النكاح، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.66

الخطبة مصدر بمعنى الخطب والخطب هو الحاجة، ثم خصت بالتماس النكاح لأنه بعض الحاجات¹.
وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج منهم واختطبها، والاسم الخطبة فهو خاطب، وفي المثل:
ذهب خاطبا، فتزوج² وكذلك يقال لمن يخطب المرأة، خطب، وللمرأة المخطوبة: خطبة، والجمع
أخطاب³.

أيضا خطبته وخطبته بالضم والكسر، وكذلك هو خطيئها وخطيئته، والجمع خطيئون، ولا يكسر،
والخطب، المرأة المخطوبة، كما يقال: ذبح للمذبوح، وقد خطبها خطبا، كما يقال: ذبح ذبحا⁴.
وخطبه وأخطبه: لمن أجاب الخاطب⁵.

ويقال: خطب المرأة إلى وليها: إذا كان الرجل يخطب المرأة لنفسه، ويقال خطب على فلانة كأن يخطبها
لغيره، قال ابن حجر في شرح حديث "بَايَعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- أنا وأبي وجدي وخطب
عليّ فأنكحني، أي طلب لي النكاح، فأجبت"، قال: خطب المرأة إلى وليها، إذا أرادها الخاطب
لنفسه، وعلى فلان إذا أرادها لغيره⁶.

الفرع الثاني:

- 1- عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000، ص.78.
- 2- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيّني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه زكريا، ج05، دار علم الكتب، د.م.ن، د.س.ن، ص.25.
- 3- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والطباعة، عمان، الأردن، 2008، ص.52.
- 4- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص.97.
- 5- جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، د.م.ن، 2008، ص.19.
- 6- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، معجم عربي - عربي، باب الخاء مع الطاء، مج01، مكتبة لبنان، بيروت، 1987، ص.66.

التعريف الاصطلاحي للخطبة

يدخل ضمن التعريف الاصطلاحي كل من التعريف الفقهي للخطبة وكذا القانوني وذلك لمحاولة

الوقوف على تعريف شامل وجامع لمعنى الخطبة وهذا ما سيتم فيما يلي:

أولاً: التعريف الفقهي للخطبة

تحديد مفهوم شامل جامع للخطبة لم يثر أي إشكالات لدى الفقهاء حيث كانت تعاريفهم

تقريباً موحدة، وفيما يلي سنتطرق إلى تعريف الخطبة في الفقه القديم (1) ثم تعريفها وفق الفقه المعاصر

(2)

أ. تعريف الخطبة في الفقه القديم:

سنتناول فيما يلي بعض التعاريف التي قدمها فقهاء المذاهب الأربعة:

عرف الفقه المالكي الخطبة على أنها: "الخطبة بكسر الخاء هي التماس النكاح وهي ما يفعله

من طلب الاستعطاف بالقول والفعل"¹.

وعرفت أيضاً بأنها طلب الزواج أو إظهار الرغبة في الزواج وتكون بألفاظ صريحة أو ضمنية يعبر

بها الخاطب أو وكيله عن الزواج ويجيب الطرف الآخر بالقبول أو الرفض².

1-الخطاب الرعيبي أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تح. زكرياء عميرات،

ج5، كتاب النكاح، دار عالم الكتب، د.م.ن، د.س.ن، ص.25.

2-جميل فخري محمد جاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة، المرجع السابق، ص.20.

كما عرفها الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"¹، وقال عنها الحنفية عن الخطبة أنها: "طلب الزوج ولا يتعين لها ألفاظ مخصوصة"²، فالخطبة في نظر الفقه هي إظهار الرغبة أو طلب الزواج دون استعمال ألفاظ معينة للتعبير عن إرادته.

كما عُرفت أيضا على أنها: "خطبة الرجل للمرأة لينكحها"³، ويعني ذلك إظهار الرجل رغبته لنكاح امرأة معينة بطلبها للزواج أو استدعاء النكاح.

ب. تعريف الخطبة في الفقه المعاصر:

التعاريف الواردة في موضوع الخطبة في الفقه المعاصر لم تبتعد كثير عما ورد عن أسلافه من الفقهاء فنجد من تعاريفهم للخطبة أنها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد"⁴.

كما نجد أن هناك من عرفها بأنها: "توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا"⁵. أو بأنها "عقد النية بين طالبي الزواج أو الخطيبين على أن يختارا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق عقد الزواج فيختار كل منهما الآخر تمهيدا لعقد الزواج مع الإعداد والتجهيز بما يناسب العائلة التي تتطلبها أحكام الزواج"⁶.

¹ الشرييني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، تح. محمد خليل عيتاني، ج3، كتاب النكاح، ط01، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص183

2- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق. ص.66.

3- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي، المغني، ج9، تح. عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، ط03، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص.146.

4- محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص.28.

5- محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ج2، دار قتيبة، بيروت، 1998، ص.726.

6- حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للنشر، الإسكندرية، د.س.ن، ص.275.

وعُرفت بأنها: "طلب الرجل من المرأة أو وليها أن يتزوجا فإن وافقت أو وافق وليها تمت الخطبة وكانت بمثابة اتفاق مبدئي على أن تكون له أو يكون لها، وهي ليست بأكثر من وعد، أما حل التمتع فلا يكون إلا بالعقد، فإذا لم يحصل العقد لا يحصل الحل¹.

ثانيا: التعريف القانوني للخطبة

المشرع نص في المادة 05 الفقرة 01 من قانون الأسرة: "الخطبة وعد بالزواج" أي أنه قام بالنص على تكييفها القانوني فقط، أما المادة 06 من ذات القانون فتعلقت باقتراح الخطبة بالفتاحة. من خلال استقراء هاتين المادتين نجد أن المشرع ترك أمر تعريف الخطبة إلى الفقهاء والشرح، وهذا راجع ربما إلى طبيعة القوانين التي يجب أن تتعلق بالجانب التنظيمي لا بالجانب الشرحي التفسيري، ففي المادة 05 من قانون الأسرة كَيّف الخطبة من خلالها ونظم مسألة العدول عن الخطبة وآثارها على الهدايا وإمكانية استحقاق التعويض إن وقع ضرر جراء العدول.

لكن بالبحث عن التعاريف التي أوردها فقهاء القانون يتم ملاحظة أنهم أجمعوا على تعريف الخطبة على أنها "طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية"².

وعليه ومن خلال كل التعاريف المقدمة نلاحظ أهمية الخطبة وضرورتها على اعتبارها خطوة تمهيدية للزواج، لذا توجب علينا تحديد أنواعها وحكمها الشرعي وهذا ما سيتم من خلال المطلب الموالي.

1- أحمد محمد عساف، الحلال والحرام في الإسلام، ط06، دار إحياء العلوم، بيروت، 1986، ص. 113-114.

2- بن شويخ رشيد، "الخطبة في الزواج، دراسة في أحكام الفقه والقانون والقضاء"، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006، مج08، ع03، ص. 106.

المطلب الثاني:

أنواع الخطبة وحكمها

الخطبة خطوة جد مهمة لإنجاح الزواج، فمن خلالها يتم الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية الخاصة بالزواج، كما من شأنها تعزيز العلاقة بين الخطيبين وعائليتهما، والباحث في موضوعها يجد لها نوعين حسبما ورد في الفقه الإسلامي، كما أن حكمها الشرعي يختلف من حالة لأخرى، سنتطرق فيما يلي لكل مسألة على حدى، في (الفرع الأول) سنعالج فيه أنواع الخطبة، بينما سنخصص (الفرع الثاني) لتحديد حكمها الشرعي:

الفرع الأول:

أنواع الخطبة

لقد تطرق الفقه الإسلامي الى تحديد أنواع الخطبة، في ظل غياب تام للنصوص القانونية التي تعالج هذه المسألة، وتتمثل هذه الأنواع في:

أولاً: الخطبة بالتصريح:

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدل صراحة على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها كأن يقول الرجل لمن يرغب في الزواج بما أريد أن أخطبك، أو إني أريد الزواج بك، إني راغب فيك، أو يقول ولي الخاطب أريدك زوجة لابني فلان،¹ ومن بين العبارات المتداولة في المجتمع

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2006، ص.70.

الجزائري بشأن طلب الخطبة أريد أن أطلب يدك للزواج، أريد أن أحدد موعدا لزيارة أهلك من أجل خطبتك، أو قول أم الخاطب للفتاة تحدثني مع أهلك لتحددني لنا موعدا لزيارتكم من أجل خطبتك.

ثانيا: الخطبة بالتعريض

الخطبة بالتعريض هنا تعني استعمال التلميح، بمعنى أن يستعمل الخاطب جملا يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن والتلميح وهذه الألفاظ تحمل الخطبة وغيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن الرغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كل ما يفهم منه ضمنا رغبته في خطبتها دون أن يصرح بذلك،¹ كأن يقول مثلا: إني أريد أن أتزوج من امرأة صالحة وجيدة في مثل أخلاقك وجمالك، أو أن أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تماما، أو إنك مؤدبة وأنا أتمنى وأريد الزواج بفتاة بمثل أخلاقك، وغيرها من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد من وراء كلامه خطبة.

وتكون الخطبة بالتعريض في الحالة التي تكون فيها الخطبة بالتصريح غير جائزة شرعا لوجود أسباب شرعية، والمرأة التي تخطب بتعريض هي المرأة المعتدة سواء من طلاق أو وفاة، فقال ابن عرفة "صريح خطبة المعتدة حرام"،² والدليل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾³، فالتصريح بالخطبة في العدة قبل انقضاءها محرم، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾⁴

1- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع نفسه، ص.70.

2- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، ج4، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.191.

3- سورة البقرة، الآية 235

4- سورة البقرة، الآية 235.

ف نجد أنّ الفقه الإسلامي نظم مسألة الخطبة بإحكام حيث أنّه بيّن أنواعها استناداً لما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية مما يؤكد على مشروعية الخطبة وإباحتها، ومن خلال الفرع الموالي سنحدد حكمها الشرعي

الفرع الثاني:

مشروعية الخطبة وحكمها

الخطبة أمر مشروع وذلك إقرار من الله عز وجل في شريعته التي أنزلها على عباده ولها أسانيد عديدة تدل على ذلك وهذا ما سيتم تبيانها فيما يلي:

أولاً: أدلة مشروعية الخطبة

تظهر الدلالة على مشروعية الخطبة في كتاب الله في قوله عز وجل: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُؤَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ﴾¹

الآية الكريمة تشير إلى أمر هام هو أن الإنسان قد يسعى إلى تحقيق شيء تحدث به نفسه كالزواج من امرأة معينة لكن للمرأة ظروف خاصة كالمعتدة من وفاة أو طلاق ويتمنى لو تكون من نصيبه، فالمشرع هنا لا يحظر عليه تمنى ذلك أو التعريض بخطبتها، لكن حذر عليه العلاقة غير الشرعية فأمره بالانتظار إلى أن تنتهي العدة ويحول العارض ثم بعد ذلك يتقدم لها صراحة وعلناً.

1- سورة البقرة، الآية 235.

كما دلت السنة النبوية سواء القولية أو الفعلية أو التقريرية على مشروعية الخطبة في العديد من

الأحاديث النبوية منها:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿لا يخطب الرجل على

خطبة أخيه¹.

وعن عروة بن الزبير أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة من أبي بكر، فقال له أبو بكر:

إنما أنا أخوك، فقال: "أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال"².

وعن جابر رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا خطب أحدكم المرأة فإن

استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل"³.

كل ما ورد في القرآن الكريم والأحاديث التي نقلت عن الرسول صلى الله عليه وسلم إن دلت

على شيء فإنها تدل صراحة على مشروعية الخطبة وعلى ضرورتها.

ثانياً: حكم الخطبة

بالنظر إلى ما أتت به الآراء الفقهية الأربعة فإننا نجد أنها اتفقت في الأمر المتعلق بمشروعية

الخطبة استناداً إلى ما ورد في كل القرآن الكريم والسنة النبوية من أسانيد واضحة وصريحة لا يمكن إغفالها

1- أنظر البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم 4848، ص 106.

2- رواه البخاري في كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار، رقم الحديث 5081، ص 909.

3- أنظر أبو داود سليمان بن الأشعث السجاني الأزدي، سنن أبي داود، أعداد وتعليق عزت عبید الدعاس وعادل السيد، ج 02، ط 01، دار ابن حزم، بيروت 1997، ص 309.

أو معارضتها، غير أن الآراء الفقهية اختلفت حول حكم الخطبة، حيث أتى كل مذهب برأي فقهي مختلف.

الفريق الأول: القائلون بأنها مستحبة

رأى جانب من الفقه بأن الخطبة سنه مطلقة¹، وحجتهم في ذلك فعل النبي صلى الله عليه وسلم الذي خطب عائشة من أبي بكر وخطب حفصة بنت عمر بن الخطاب وأرسل عمر بن الخطاب ليخطب له أم سلمة. وكذا ما دأب عليه الصحابة رضوان الله عليهم بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم حيث كانوا يقدمون الخطبة عن الزواج، وهو ما سار عليه المسلمون بعد ذلك².

الفريق الثاني: قائلون بالإباحة:

ذهب جانب آخر من الفقه³ إلى القول بإباحة الخطبة، فكما قال عنها النووي: "لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب وإنما ذكروا الجواز"⁴.

مستدلين في رأيهم بما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه زوج المرأة التي وهبت نفسها إليه لأحد أصحابه دون خطبة، حيث أتى في الحديث عن سهل بن سعد الساعدي قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله جئت أهب لك نفسي، قال فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وحق به ثم طأطأ رسول الله صلى الله عليه وسلم رأسه،

¹ - ذهب إلى هذا القول كل من المالكية والرملي من الشافعية.

² - نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص. 57.

³ - رأي الشافعية.

⁴ - نايف محمود الرجوب، المرجع نفسه، ص. 57.

فلما رأت المرأة أنه لم يقضي فيها شيئاً جلست فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها¹ فزوجه بها صلى الله عليه وسلم بما معه من القرآن.

فوجه الدلالة في الحديث أن الخطبة لو كانت لازمة أو واجبة لما أفلتها النبي صلى الله عليه وسلم، وما قام به الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه الحالة يبين أن الخطبة جائزة فإذا لم تكن لا شيء عليها وهو أمر جائز، بمعنى جائز وقوعها وجائز إغفالها.

الفريق الثالث: القائلون بأن الخطبة تأخذ حكم الزواج.

القائلون بهذا الرأي² يقيسون الخطبة على الزواج، حيث يرون أنه إذا كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة وإن كان الزواج سنة مستحبة فحتى الخطبة سنة مستحبة ومن أنصار هذا القول نجد البحيرمي والجمل في حاشيته حيث قال: "والراجح الاستحباب لمن يستحب له النكاح، والكراهية لمن يكره له الزواج، والحرمة لمن يحرم عليه وإن وجب الزواج وجبت لأنها وسيلة إليه وإن للوسائل حكم المقاصد"³.

الرأي الراجح بين هذه الآراء الثلاثة هي الرأي الأول، كونه اعتبارها مستحبة ففي الأصل هذه الخطوة مهمة جدا لا بد من القيام بها حتى تتاح فرصة للطرفين ولعائلتيهما كي يتعرفا على بعضهما وقياس مدى وجود تفاهم وتقارب بينهما، لأن ذلك من شأنه إعطاء علامات وإشارات على التوافق فيما بعد الزواج، كما أنها تساعد في التجهيز لأمر الزفاف على أكمل وجه.

1- رواه البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، رقم الحديث 5087، ص. 910.

2- الحنفية والحنابلة هم من أخذوا بهذا الرأي.

3- نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص. 56.

أباحَت الشريعة الإسلامية الخطبة لاعتبارها مقدمة للزواج وتمهد لإبرامه بشكل سليم، والتقريب بين الخطيبان، وبما أن الخطبة مقدمة للزواج وخطوة استباقية له كان من اللازم تحديد طبيعتها سواء من الناحية الفقهية أو القانونية درء للبس وحفاظا للحدود والحقوق، وهذا ما سيتم تناوله في المبحث الموالي.

المبحث الأول:

مكانة المسؤولية التقصيرية في ضوء التكليف الفقهي والقانوني للخطبة

تعد الخطبة خطوة ممهدة لإبرام عقد الزواج ففي هذه الفترة يتعرف الطرفان على بعضهما البعض، وكذا عائلتيهما، فيقاس من خلالها نسبة توافقهما التي تبين نجاح العلاقة الزوجية لاحقا، لذا يتم غالبا

الخلط في طبيعة الخطبة لتعلقها بإبرام عقد الزواج، ومن خلال هذا المبحث سنقوم بدراسة التكيف الفقهي القانوني للخطبة (المطلب الأول) ومكانة المسؤولية التقصيرية على ضوء هذا التكيف (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التكيف الفقهي والقانوني للخطبة

لطالما أثارت الطبيعة القانونية للخطبة جدالا واسعا سواء على صعيد الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، كونها تتعلق تكوين عقد آخر وأثارها أيضا متعلقة به، فالترايط الذي بين الخطبة وإبرام عقد الزواج هو ما يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة الخطبة وهذا ماسنقوم به من خلال هذا المطلب، فسنعالج الطبيعة القانونية للخطبة في الفقه في (الفرع الأول) ثم الطبيعة القانونية للخطبة في القانون الوضعي في (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

الطبيعة القانونية للخطبة في الفقه الاسلامي

الخطبة حسب الفقه الإسلامي هي وعد بالزواج وليست عقد، حتى وإن تمت باتفاق الطرفين فهي لا تتيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، ولا يترتب عن ذلك حقوق في ذمة الطرفين حتى ولو

ألبس الخاطب لمخطوبته خاتم الخطبة أو قدم جزءاً من الصداق أو كله أو قدم شيئاً من الهدايا إلى المخطوبة أو أهلها، وعليه فإن الخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الإلزام بإتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية في الزواج، ولكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة، لأن الأمر لا يعدو أن يكون وعداً بالزواج، والوعد في العقود ليست له القوة ذاتها التي يتمتع بها العقد، ولا يترتب عليه أثر ما وهذا الحكم متفق عليه بين المذاهب الفقهية كلها¹. لكن الاختلاف بين الفقهاء ظهر في مدى إلزامية هذا الوعد بحيث انقسموا إلى قسمين:

أولاً: الخطبة وعد ملزم وجب الوفاء به

يذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخطبة وعد ملزم بالزواج ووجب الوفاء به للزوم الوفاء بالوعد شرعاً². وذلك استناداً لما ورد في الشريعة الإسلامية³ من الالتزام بالوفاء بالوعد والحث عليه⁴. وقد استدل هؤلاء الفقهاء بما ورد في قوله تعالى: ﴿وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ إِنَّهُ كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولًا نَبِيًّا﴾⁵، ووجه الاستدلال أن الله سبحانه وتعالى أثنى على سيدنا إسماعيل كونه صادق الوعد.

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.461.

2- محمد أمين بن عابدين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2008، ص.321.

3- قال بذلك ابن حجر العسقلاني في مؤلفه فتح الباري بشرح صحيح البخاري، علق عليه عبد العزيز بن عبد الله بن باز وعبد الرحمن بن ناصر البراك، دار طيبة، د.س.ن، ص.893.

4- جمال الدين عبد الرحمان السيوطي، الحاوي للفتاوى، م01، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.70.

5- سورة مريم، الآية 54.

وكذا قوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ¹، وجاء تفسير ابن كثير لهذه الآية أن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولاً لا يفي به.

أما من السنة النبوية ما ورد عن الرسول الله عليه وسلم: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا ائتمن خان"²

ومن خلال هذا الحديث يتبين أن خلف الوعد من ضمن صفات المنافقين وهذا يدل على التحريم قال في ذلك ابن الشاطب بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا في حالة تعذر الوفاء، حيث يقول: "الصحيح عند القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقاً"³، وعليه يمكن القول بذات الأمر على الوعد بالزواج. فيتعين تأويل ما ينقص ذلك".

ثانياً: الخطبة وعد غير ملزم

1- سورة الصف، الآية 2-3.

2- محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، محمد زهير بن ناصر الناصر، مج1، ج1، دار طوق النجاة، بيروت، 2001، ص.16.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، ط1، 1957، ص.34 و35.

تعتبر الخطبة وفقاً لأنصار هذا الرأي وعد غير ملزم فإذا تم الاتفاق بين رجل وامرأة على الزواج

فإن هذا الاتفاق لا يعتبر زواجاً¹، ولا يمكن إتمامه جبراً بعقد زواج، وقد استدلوا بما يلي:

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

ولقد تعددت آراء الفقهاء بهذا الشأن نجد منها: "وظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن يخیل كونها

عقداً فليس يلزم بل جائز في الجانبين قطعاً"².

ويظهر من خلال تتبع آراء الفقهاء المسلمين أن الخطبة ليست سوى وعد غير ملزم بالزواج

والخطبة تحت هذا التكييف لم تكن محل شك أو تساؤل، فنجد من الأقوال التي وردت في ذات السياق:

"أن الخطبة ليست بعقد شرعي"³. وأيضاً أن الخطبة اتفاق وليست عقداً وحيث لا عقد فلا إلزام ولا

التزام⁴.

كما ذكر بأن الخطبة اتفاق رضائي يتم بإيجاب وقبول ويصدر عن أهله، ويتعلق هذا الاتفاق

بوعد عقد الزواج، فهي ليست عقداً يلتزم فيه الطرفان بالالتزامات لها قوة الإلزام، والخطبة وعد غير ملزم

بعقد الزواج⁵.

¹ - عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985. ص 82.

² - بن زينة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص.72.

³ - زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2012، ص.24.

⁴ - بدران أبوالعينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 2006، ص.18.

⁵ - محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط3، 2010، ص.16.

وعلى غرار الطبيعة الفقهية للخطبة، فالقانون الوضعي هو الآخر لم يغفل عن دراسة طبيعة

الخطبة القانونية وتحديدها نظرا لأهميتها البالغة، وهذا مضمون الفرع التالي:

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للخطبة

فقهاء القانون هم الآخرون تطرقوا إلى موضوع الخطبة محاولين تحديد طبيعتها القانونية، غير أن

الخلاف طال أرائهم فانقسمت إلى اتجاهين:

الأول: يرى أصحابه ان الخطبة ذات طابع عقدي، أي أن نعتبرها عقدا شأنها شأن سائر العقود،

وتترتب عنها آثار عقدية ملزمة للطرفيها، ولقد أسس القائلون بهذا الاتجاه أرائهم على طريقة تكوينها

التي تقوم طبقا للقواعد العامة من حيث الايجاب والقبول...الخ.

كما أنها ترتب إلزاما أساسيا في ذمة الطرفين يتمثل في وجوب إتمام هذه الخطبة، وإبرام عقد

الزواج المتفق عليه منذ البداية¹.

الثاني: على النقيض من الرأي الأول، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة لا تعدو أن تكون مجرد وعد

بالزواج، تخلو من أي إلزامية، أو قيد فالشخص يظل في هذه الفترة متمتعا بحقه في اختيار الشريك،

وأي فرض أو ضغط لإتمام الزواج يُعد خرقا لهذه الحرية التي تعد من النظام العام²

¹ بن عيسى محمد، سالمي موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الاسرة والقانون المدني، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي، الاغواط، مج06، ع01، 2022، ص.2310.

² محمد رشيد بوغزالة، "طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الواد، 2009، مج06، ع02، ص.43.

التناقض الواضح بين الاتجاهين يدفعنا الى طرح تساؤل خاص بمدى إمكانية الأخذ بالنظرية

القائلة بعقدية الخطبة؟

إذا ما حاولنا القول بعقدية الخطبة، فإن ذلك سيجعل من العدول أمراً مستحيلاً كونه يُعد إخلالاً بالتزام عقدي، يقيم مسؤولية الخاطب العادل العقدية، وكجزء لذلك سيقضى بالتنفيذ العيني للالتزام، والذي يُقبله إتمام الزواج في الخطبة، وهذا أمر يتنافى مع مبادئ الحرية الممنوحة لكل الأفراد في اختيار شريك الحياة على أساس المودة والألفة، والتي لا يمكن تصور وجودها في حال أرغم الشخص على الزواج من شخص لا يريده.

كما أن الخطبة حسبما جرت عليه العادات، هي فرصة تمكن الطرفين وعائليتهما من التعرف على بعضهما البعض، لمعرفة إذا ما كان كل منهما مناسباً للآخر أم لا، لذا لا يمكن أبداً الأخذ بما أتى به الرأي الأول، وبالتالي فإن الرأي الراجح من منظورنا سيكون الرأي الثاني بطبيعة الحال، الذي يقضي بأن الخطبة مجرد وعد بالزواج يمكن لأي طرف الإحجام عنها، أي أنها غير ملزمة ولا تقيم مسؤولية العادل في شقها العقدي.

وهذا ما أخذ به المشرع، حيث نص في المادة 05 من قانون الأسرة: "الخطبة وعد بالزواج"، كما نص في الفقرة الثانية من ذات المادة: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، أي أنه كيّف الخطبة صراحة على أنها وعد بالزواج مع خلوه من القوة الإلزامية التي تفرض على الطرفين إتمام الزواج، إذ يمكن للطرفين أو لأحدهما التراجع عن فكرة الارتباط.

فالملاحظ أيضا من تحليل نص المادة المذكورة آنفاً، أن لفظ "الوعد"، الذي إستعمله المشرع يختلف في الخطبة عن الوعد بالتعاقد المتعارف عليه في القواعد العامة للقانون المدني، فهذا الأخير وطبقاً لنص المادة 72 قانون مدني التي تقضي بإمكانية إتمام العقد النهائي متى توافرت جميع عناصره في الوعد، إستناداً على الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد، إلا أن ذلك غير ممكن في الخطبة لأن عناصرها تختلف عن عناصر العقود المدنية، لذا لا يمكن أن نطبق نفس الأحكام، ولا يمكن أن نضفي الصبغة الإلزامية على الخطبة لخصوصيتها، الناشئة من كونها مرتبطة بعقد الزواج، وهذا ما أكدته حتى القرارات القضائية في إجتهاداتها¹.

من جهة أخرى قد تقتن الفاتحة بالخطبة كما جرت عليه العادات والتقاليد العربية، وكما جرى عليه العرف في بلادنا أيضاً على أن تقتن الخطبة بالفاتحة قبل موعد الزفاف لكن هذا الموضوع لطالماً أثار إشكالات عديدة حول طبيعة هذه العلاقة هل لازالت خطبة فقط أم هي زواج، فهذا اللبس والاختلاط في شكل هذه الرابطة والعلاقة احتاج الى توضيح ورسم للحدود الفاصلة فيها، فنجد أن الفقه الإسلامي ميزت آروؤه الفقهية في المذاهب الأربعة بين حالتين في الخطبة المقترنة بالفاتحة:

¹ م، ع، غ، ا، ش، 1989/12/25، ملف رقم 56097، م، ق، 1991، عدد 04، ص. 102.
- م، ع، غ، ا، ش، 2014/07/10، ملف رقم 952658، م، ق، ع، 02، ص. 282.
- م، ع، غ، ا، ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م، ق، ع، 02، ص. 58.
- م، ع، ا، ش، 1989/03/27، ملف رقم 53272، م، ق، ع، 03، ص. 82.

أ. الحالة الأولى:

في حالة ما إذا توافرت أركان عقد الزواج من صيغة وشهود وولي وتسمية للمهر... الخ، وكذا شروطه، وتمت قراءة الفاتحة في جمع من الناس¹، فإننا نكون هنا بصدد عقد زواج شرعي أو كما يطلق عليه أيضا الزواج العرفي، ففي هذا قرينة على اتجاه الإرادة إلى إبرام عقد الزواج وإشهاره وليس التبارك بالفاتحة.

ب. الحالة الثانية:

إذا ما تخلف أحد أركان الواجب توافرها لصحة الزواج، أو إذا لم تتم قراءة الفاتحة في حضور جمع من الناس أي لم تقرأ في مجلس العقد. فلا يمكن اعتبارها فاتحة زواج في هذه الحالة بل مجرد مباركة للخطيبين.

أما موقف المشرع القانوني يظهر جليا من خلال نص المادة 06 من قانون الأسرة وفق آخر تعديل شاهده قانون الأسرة حيث نص فيها: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

وعليه ما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة أن المشرع ساير العرف والفقهاء الإسلاميين في تكييفه للخطبة المقترنة بالفاتحة حيث أنه أخذ بذات المعيار في التفرقة بين فاتحة المبركة وفاتحة إبرام

1- محمد باوني، "الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا (دراسة مقارنة)"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة منتوري قسنطينة، مج 19، ع 01، 2004، ص 68.

الزواج الذي قال به الفقه الإسلامي، والمتمثل في معيار مجلس العقد، فيعد هذا تداركا لما كان عليه الأمر قبل التعديل أين كانت الخطبة والفاقة في مرتبة واحدة في القانون 84/ 111¹.

وكتدعيم لما ورد في كل من الفقه الإسلامي والقانون نجد العديد من الاجتهادات القضائية التي تقضي هي الأخرى بإعتبار الخطبة المقترنة بالفاقة زواجا شرعيا²، كما ميزت هي الأخرى بين الخطبة والخطبة المقترنة بالفاقة في مجلس العقد مسايرة بذلك مقتضيات الشرع والقانون.

الخطبة كما بينها ما هي إلا خطوة تمهيدية لإبرام عقد الزواج، لكن إذا اقترنت بالفاقة في مجلس العقد مع توافر أركان وشروط الزواج، اعتبرت زواجا شرعيا، لكن إذا لم تتوافر هذه الشروط والأركان فتبقى خطبة يحرم تجاوز حدودها وبما أتمها مقدمة للزواج فيمكن الإحجام عنها والعدول عنها متى تأكد الطرفان أو أحدهما أتمها فاشلة، وتبشر بزواج فاشل، والعدول هو الآخر له آثار شأنه شأن الخطبة وهذا ما سنتناوله بالدراسة ضمن المبحث الموالي.

1- حيث كانت المادة 06 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أنه: "يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاقة أو تسبقها بمدة غير محددة، تخضع الخطبة والفاقة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05 أعلاه"، وعليه فإن المشرع قبل التعديل كان يساوي بين الخطبة والفاقة ولم يميز بين حالة الفاقة في مجلس العقد وغير مجلس العقد، ونجد أن المشرع قد أحسن صنعا حين قام بالتعديل وميز بين الخطبة والفاقة وذلك رفعا للبس الذي كلن يقع خاصة في قضايا إثبات الزواج العربي.

2- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/03/17، الملف رقم 81129، إ.ق.غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص.30، م.ق، 1994، ع 03، ص.62.

-م.ع.غ.أ.ش 1993/10/16، الملف رقم 96801، إ.ق.غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص.266.

-م.ع.غ.أ.ش. 2014/07/10، السالف الذكر، ص.282.

-م.ع.غ.أ.ش. 1992/04/01، الملف رقم 81877، إ.ق.غ.أ.ش، ع خاص، 2001، ص.33.

المبحث الثاني:

المسؤولية التقصيرية حالة العدول عن الخطبة

الخطبة ليست إلا وعدا بإبرام عقد الزواج، ولطرفيها كامل الحرية إما إتمامها في حالة الاتفاق والتوافق بينهما، أو التراجع عنها بالعدول في حال لم يتفق الطرفين، وبما أنّ الخطبة على الرغم من كونها مجرد خطوة أولية، إلا أنّها ترتب آثاراً فعدولها أيضاً يترتب آثاراً تستوجب منا الوقوف عليها بالدراسة وذلك من خلال دراسة ماهية العدول (المطلب الأول) ثم آثار العدول (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

العدول عن الخطبة وآثاره

الخطبة مقدمة لعقد الزواج وتعد من أهم المراحل فيه، فهي الركيزة الأساسية لإبرام عقد زواج صحيح، فنجاحها يبشر بزواج ناجح وبناء أسرة متينة، فالتفاهم والاتفاق بين الطرفين المخطوبين سينتقل تلقائياً معهم في زواجهم وهو ما يساهم في التقليل من المشاكل الأسرية التي تعد سبباً من أسباب الطلاق، لكن قد يتعثر الطرفان خلال الخطبة، خاصة إذا غاب التوافق في هذه العلاقة، مما يدفع الطرفين إلى التراجع عن الخطبة والعدول عنها، ويكون ذلك إما بناء على قرار مشترك من الطرفين أو بإرادة أحدهما فقط، هذا ما يجعل من العدول خطوة تستوجب تناولها بالدراسة، وهذا ما سيتم معالجته في هذا المطلب حيث سيتم التطرق إلى ماهية العدول (الفرع الأول)، و(الفرع الثاني) آثار العدول عن الخطبة.

الفرع الأول:

ماهية العدول عن الخطبة

التكييف الفقهي والقانوني يعتبر الخطبة وعداً بالزواج، مما يُمكن لطرفيها العدول عنها، لكن هذا العدول وجب أن يكون مبنيًا على أسباب لأن له آثار على الطرفين معاً، هذا يجعل من العدول خطوة مهمة، مما يدفعنا لدراسة ذلك فيما يلي من خلال الوقوف على تعريفه (أولاً) وذكر أنواعه (ثانياً)

أولاً: الإطار المفاهيمي للعدول عن الخطبة

العدول عن الخطبة حق مكفول للخطيبين بقوة الشرع والقانون بحيث لا يمكن إجبار الشخص على البقاء في علاقة لا يريدّها كما لا يمكن إرغام شخص على الزواج بشخص لا يرغب فيه، هذا ما يضفي أهمية على العدول كخطوة لها تبعاتها وآثارها. وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى مفهومه كخطوة أولى أين يُعرف على أنه:

أ. العدول عن الخطبة إصطلاحاً:

يتمثل معنى العدول بصفة عامة في أنه: "الانصراف عن المعقود عليه إلى غيره"¹.

أما مفهوم العدول عن الخطبة في الفقه الحديث²، يتمثل في أنه تراجع طرفي الخطبة أو أحدهما عنها بعد تمامها، أو التحلل من الوعد الذي بين الطرفين بإبرام عقد الزواج في المستقبل باعتبار أن العدول عن الخطبة حق لخطاب والمخطوبة³، فيجوز لكلا الخطيبين أن يعدلا عن الخطوبة ويمتنعا عن

1- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج1، دار الفكر للنشر، بيروت، 1992، ص.403.

2- أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج1، العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، 2007، ص.44.

3- جميل فخري جاتم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.19.

الاستمرار فيها، كما يجوز أن يكون العدول من أحدهما دون موافقة الطرف الآخر وهو رأي جمهور الفقهاء بما أن الخطبة وعد غير ملزم، إلا أن هناك من رأى بأن العدول عن الخطبة مكروه لأن فيه خلف للوعد¹، ويرى البعض أن العدول عن الخطبة فيه كراهة إذا كان العدول لغرض غير مشروع².

ومن الفقهاء من يرى أن الوفاء بالوعد واجب ديناً وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي العدول عن الخطبة، والوفاء بالوعد التزام خلقي وديني لا قضائي حفاظاً للكرامة أن تهدر، والمشاعر أن تمس وللشبهات أن تثور وللسمعة أن تنال منها الأقاويل³، والفائدة من جواز العدول عن الخطبة هو تمكين الطرفين من تفادي زواج لا يحقق الهدف المنشود منه.

ب. العدول عن الخطبة قانوناً:

المادة 05 من قانون الأسرة وضعت تكييفاً قانونياً للخطبة ونصت على مسألة العدول عنها وذلك بنصها "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وما يفهم من نص المادة وما تحمله في طياتها أن المشرع أقرّ حق العدول لكلا الطرفين مع إجازته له مطلقاً، كون القانون لا يسمح بإرغام أحد على الزواج إذا لم يكن راغباً فيه، لأن في ذلك مساس بالحرية الشخصية التي كفلها القانون على المطلق⁴.

ثانياً: أنواع العدول عن الخطبة وحكمه

- 1- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، مكتب الفكر للنشر، العراق، 2008، ص. 208.
- 2- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المعني والشرح الكبير، ج7، دار الكتب العربي، بيروت، 1347هـ، ص. 365.
- 3- محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ص. 730.
- 4- حاج أحمد عبد الله، "العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مج03، ع04، 2012، ص. 178.

العدول عن الخطبة معناه تراجع أحد المخطوبين عن إتمام إجراءات الزواج مما يلغي خطوة الزواج بشكل تبعي كون الخطبة خطوة تسبق عقد الزواج وتمهد له، وحسب نص المادة 05 من قانون الأسرة، فالعدول عن الخطبة حق مكفول للمخطوبين وقد يقع العدول على وجهين وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أ. أنواع العدول عن الخطبة:

من خلال التعاريف السابقة للعدول عن الخطبة يتبين أن للعدول أنواع تتمثل في:

1. العدول بالإرادة المنفردة:

قد يتم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة للخطيب، كما قد يكون بناء على إرادة المخطوبة وقد يكون العدول إما بالتصريح أو التعريض، فالتصريح هو اللفظ الصريح الذي لا يحتمل معنى آخر سوى التراجع والتخلي عن الخطبة، كأن يقول لها أو تقول له تراجع عن الخطبة، فسخت الخطبة، لا أريد الزواج بك... إلخ، هناك عبارات عديدة صريحة تفيد مدلول العدول عن الخطبة¹.

أما العدول بالتعريض فيكون تلميحاً صريحاً ومن صورته أن يكون حال الخاطبين يدل على ذلك باتخاذ موقف يحمل قرينة تدل على العدول وقد بين الفقهاء ذلك بقولهم عن هذه المواقف ونذكر منها:

1- محمد عبد الهادي عبد الستار، "العدول عن الخطبة وأثره على حقوق الخاطبين، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية"، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، ج3، مج28، القاهرة، 2020، ص.572.

- I. السفر البعيد المنقطع: يعد إعراضاً عن الخطبة من قبل الخاطب سفره البعيد المنقطع الذي تنقطع معه المراسلة بينه وبين المخطوبة لا انقطاع خبره بالكلية¹.
- II. ردة الخاطب: المرتد لا ينكح فلا يخطب، وبالتالي إذا ارتد الخاطب فللمخطوبة حق العدول عن الخطبة.
- III. عدم قبول المخطوبة لما يرسله الخاطب: إذا لم تقبل المخطوبة ما اعتاد الخاطب إرساله إليها من نفقة أو هدايا في الأعياد والمواسم قرينة كرجوعها عن الخطبة.
- IV. إجابة الولي للخاطب الثاني: معناه قبول الخطبة الثانية ففي هذه الحالة تعتبر الخطبة الأولى مرفوضة ومعدولا عنها².
- V. إذا طال أمد الخطبة بعد إجابته: إذا تم إجابة الخاطب وطال الزمن بعد إجابته دون أن يقوم بتقديم ما اتفق عليه من مهر، أو تجهيز لمسكن الزوجية فإن ذلك يشعر المخطوبة بأنه غير جاد في عرضه للزواج، فهذه لا قرينة عن تراجعها عن الخطبة أو دلالة على عدم جديته.

2. العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة للطرفين:

العدول عن الخطبة قد يقع أيضاً باتفاق الطرفين، أي أن تتجه إرادة الخطيبين إلى التراجع عن خطوة الخطبة، وقد يكون ذلك إما لعدم التوافق بينهما أو بسبب وجود نزاعات وخلافات، أو لعدم الاتفاق على شروط الزواج... وما إلى ذلك من أسباب التي تؤكد لهما أن علاقة الزواج لن تكون ناجحة

1- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000، ص. 85.

2- محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص. 573.

إذا استمر في الخطبة وكللاها بالزواج، فالأفضل أن يعدلا عن الخطبة، فخطبة فاشلة أفضل من زواج فاشل كون تبعاته أثقل.

ب. حكم العدول عن الخطبة:

حسبما تُطرق إليه في موضوع طبيعة الخطبة، فهي وكما سبق لنا القول أنها ليست عقدا ملزما، فهي لا تعدوا أن تكون مجرد وعد بالزواج، وفقهاء الشريعة الإسلامية على الرغم من اتفاقهم في تكييف طبيعتها القانونية غير أنهم اختلفوا في الجزئية المتعلقة بمدى إلزاميتها، وفيما يلي محاولة للتطرق إلى حكم العدول عن الخطبة من وجهة نظر الفقه الإسلامي ثم من وجهة نظر القانون:

1. حكم العدول عن الخطبة فقها:

انقسمت الآراء الفقهية بين مجيز للعدول وبين رافض له، وفيما يلي محاولة لايضاح موقف كل رأي وحججه:

I. القائلون بجواز العدول عن الخطبة:

جمهور الفقهاء من الحنفية قالوا بجواز العدول عن الخطبة¹، لكن قولهم هذا لم يكن صراحة إنما استشف ذلك ضمنا من الفتوى التي أفتوها بخصوص الهدايا التي أهديت للمخطوبة ومصيرها بعد العدول فعدم إنكارهم لرد الهدايا يعد إجازة للعدول.

1-الهامام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.354.

الشافعية كان قولهم في الأمر "والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي وإن تخيل كونها عقد فليس بلازم بل جائز من الجانبين"¹، معنى ذلك أن الخطبة ليست بعقد لازم عندهم فالعدول عنها جائز. أما الحنابلة فقولهم صريح حيث جاء في المعنى "ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى مصلحة لها في ذلك"²، غير أن الحنابلة اشتروا أن يكون العدول لمسوغ ومن المعاصرين من يوافق قول الحنابلة منهم: محمود شلتوت³، محمد رأفت عثمان⁴... وغيرهم، استدلل القائلون بالجواز بأدلة من السنة النبوية وهي كالتالي:

عن أبي عمر رضي الله عنهما، كان يقول: "نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أن يأذن له الخاطب"⁵. والمستشف من الحديث أن العدول عن الخطبة جائز ولو كان مكروه لنبه إليه النبي صلى الله عليه وسلم، وقوله حتى يترك دليل قاطع على جواز العدول ويكون بطريقتين، إما الترك أو إعطاء الإذن للغير.

- 1- زكريا الأنصاري، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ج3، دار الحلبي، القاهرة، 1950، ص. 118-119.
- 2- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي المعروف بابن قدامة، المغني، ج9، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968، ص. 571.
- 3- محمود شلتوت، الفتاوى، ط18، دار الشروق للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2001، ص. 26.
- 4- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الاعتصام، القاهرة، 2007، ص. 40، حيث يقول هذا الفقيه: "العدول عن الخطبة جائز لكل من الخاطب والمخطوبة إذا كانت مصلحة أحدهما تقتضي ذلك، لأن الخطبة ليس عقداً للزواج ولا شيء على الذي يعدل عن الخطبة، إلا أن العدول يكون مكروهاً إذا لم يكن له غرض صحيح فيه، وذلك لأن العدول في إخلاف للوعد بإتمام الزواج"
- 5- رواه البخاري وأخرجه في صحيحه، كتاب النكاح باب لا يخطب على خطبة أخيه، رقم 5142.

وجاء في الحديث أن علي خطب بنت أبي جهل، فسمعت بذلك فاطمة، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت يزعم قولك، أنك لا تغضب لبناتك، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسمعت حين تشهد يقول أما بعد أنكحت أبا العاص بن الربيع فحدثني وصدقني وإن فاطمة بضعة مني، وإن أكره أن يسوؤها والله لا تجتمع بنت رسول الله وبنت عدو الله عند رجل واحد فترك علي الخطبة¹. ونستنتج من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العدول عن الخطبة.

وعن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيُكْفِرْ عَنْ يَمِينِهِ، وَلْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ﴾² هذا الحديث يؤكد إجازة النبي صلى الله عليه وسلم للعدول.

II. القائلون بكراهة العدول عن الخطبة:

ذهب المالكية³ إلى القول بكراهة العدول عن الخطبة، حيث جاء في أقوالهم "هل لمن ركنت له امرأة وانقطع عنها الخاطب بركونها إليه أن يتركها أو يكره؟ فأجاب فقال والظاهر أنه يكره..."⁴

1- رواه البخاري وأخرجه في صحيحه، كتاب فضائل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب ذكر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، رقم 3729.

2- رواه مسلم وأخرجه في صحيحه، كتاب الإيمان، باب نذب من خلف يمينه، رقم 1650.

3- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج3، دار الفكر، دمشق، 1992، ص. 103.

4- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، تح. زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، 2002، ص. 31.

وكذا قولهم: "...ولا يحرم على المرأة ولا على وليها الرجوع نعم هو مكروه لأنه من إخلاف الوعد..."¹.

حتى الحنابلة لهم قول آخر²، فهم قيدوا الكراهة إذا كان العدول لغير مسوغ، وجا في المغني: "وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف للوعد"³. وورد عنهم أيضا: "...وإلا يكن الرجوع لغرض صحيح كره منه ومنها، لما فيه من إخلاف لوعد"⁴.

فكانت أدلتهم من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁵. فقد دلت الآية على أن الله عز وجل يذم من يلزم نفسه أو يعد بفعل ثم يخلف وعده⁶.

أما أدلتهم من السنة عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ﴿آيَةُ الْمُنَافِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا اتَّخَذَ حَاخًا﴾⁷. وقد وصف النبي صلى الله عليه وسلم مخلف الوعد بالمنافق، وأنها من صفات النفاق فيتأخاها والاتصاف بها مكروه، والخطبة

1- بن خلف علي المتوفي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي القيرواني، تحقيق أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، 1989، ص.40.

2- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي المعروف بابن قدامة، المرجع السابق، ص.571.

3- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهره الرحيباني، أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج5، ط2، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دمشق، 1994، ص.25.

4- بن خلف علي المتوفي المالكي، المرجع السابق، ص.103.

5- سورة الإسراء، الآية 34.

6- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق الصادق القمحاوي، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص.334.

7- البخاري، أخرجه في صحيحه، كتاب الإيمان باب علامة المنافق، رقم 33.

وعد بالزواج والعدول عنها يعد إخلافا للوعد، لذا يمكن اعتباره مكروها، حيث ذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن¹:

- I. الخطبة ليست بعقد ملزم لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أو أن يتزوج رغما عنه.
- II. أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.
- III. أنه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

2. حكم العدول عن الخطبة قانونا:

إذا ما حللنا نص المادة 05 من قانون الأسرة نجد أن المشرع قد أقر صراحة على اعتبار الخطبة وعدا بالزواج ولم يعتبرها عقدا ملزما، حيث أتى في نص المادة على أنّ "الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..." وهذا النص يدل صراحة على إجازة العدول عن الخطبة، ولقد قضى المشرع بذلك في قانون الأسرة سواء قبل التعديل أو بعده².

فالعدول عن الخطبة أمر مباح وجائز شرعا وقانونا كونه حق ولا يؤثم الممارس لحقه، كما أن العدول شرع لحكمة تتمثل في التراجع عن إبرام زواج قد لا يحقق الغاية التي شرع من أجلها بل قد تكون له تبعات وخيمة على الطرفين في حد ذاتهما أو قد تتعداهما لتمس الأطفال والمجتمع ككل³.

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.687.

2- القانون رقم 84-11، السالف الذكر.

3- أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر والإعلان، ليبيا، 1990، ص.43.

ولكون العدول عن الخطبة حق شرعي وقانوني يكون لصاحبه ممارسته كيفما أراد ومتى شاء، شريطة ألا يلحق عدوله ضررا بالطرف الآخر، وعلى اعتباره حقا فذلك يرتب عليه آثاراً، وهو ما سنقوم بدراسته من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

الآثار المترتبة عن العدول

من المفترض ألا تثور بخصوص العدول أي إشكالات على اعتباره ممارسة لحق قانوني وشرعي، لكن في بعض الأحيان قد تثور نزاعات وإشكالات فيما يخص مسألة المهر إذا ما تم تقديمه خلال فترة الخطبة كما جرى عليه العرف، أو بخصوص الهدايا التي يتبادلها الخطيبان، وهذا ما سيتم معالجته خلال هذا الفرع بحيث سيتم التطرق إلى مصير الهدايا في حالة العدول (أولا) ثم حكم المهر في حالة العدول (ثانيا).

أولا: آثار العدول عن الخطبة على الهدايا

الخطبة تمكن الخطيبين وعائلتيهما التعرف على بعضهما البعض والتفاهم والتشاور على إجراءات الزواج من مراسيم الزفاف والتجهيز لمسكن الزوجية...وما إلى ذلك من الأمور الخاصة بحفل الزفاف، لكن قد تطول فترة الخطبة أو قد لا تطول وذلك حسب اتفاق الطرفين وحسب جاهزيتهم المادية والنفسية¹. وخلال هذه الفترة يتم تقديم هدايا سواء للخاطب أو المخطوبة في المناسبات، كما جرى العرف في بلادنا وكل حسب مقدوره المادي، فإذا أبرم عقد الزواج لا يكون هناك أي إشكال لكن إذا

1- الحاج أحمد عبد الله، "العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر الوادي، ع04، يناير 2012، ص.181.

لم يتم هذا الأخير وتم العدول بين الطرفين هنا يتم التساؤل عن مصير الهدايا المقدمة. لذا سيتم معالجة حكم استرداد الهدايا من وجهة نظر الفقه ثم من وجهة نظر القانون من خلال مايلي:

فالفقه لاسلامي لم ينظر خلال معالجته لمسألة الهدايا ومصيرها عند العدول عن الخطبة، الى نقطة وجود مبرر من عدمه، إنما نظر للأمر بصفة عامة للفصل في الأمر، وبشأنها ذهب جزء من الفقهاء¹، إلى القول بتطبيق أحكام الهبة على الهدايا المقدمة من الطرفين لبعضهما البعض²، أي أنهم قالوا بضرورة رد الهدايا ما لم يستهلك منها أو يُتصرف فيه ببيع أو هبة، كون الهبة يُمنع الرجوع فيها بقواعد³، واختلف جانب من الفقه مع هذا الرأي على الرغم من أخذهم هم الآخرون بضرورة تطبيق أحكام الهبة على الهدية، غير أنه لا يمكن ردها مطلقا لأن الهبة حسبهم لا يمكن الرجوع فيها⁴.

بينما قضى آخرون بوجوب التفرقة بين الشخص العادل إذا ما كان الخاطب هو العادل أم المخطوبة، فإن كان هو العادل لا يكون له إسترداد شيء مما أهداها إياه، تفاديا لإجتماع ألم الفراق وألم الخسارة المادية معا. وإذا كانت هي العادلة كان لها الحق في إسترداد ما قدمته له من هدايا، لأن حقها مازال متعلقا بها⁵.

ويمكن القول إن الرأي الأخير وهو الرأي الأصح كونه حاول التخفيف من آلام المخطوبة، وعدم الزيادة فيها بتحميلها عبء رد الهدايا وتكليفها ماديا، فضلا عما خسرت في سبيل تجهيز نفسها.

1 - أخذ بهذا الرأي الفقه الحنفي فهم يرون بإمكانية الرجوع في الهبة.

2 - شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها-دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء، المرجع السابق، ص347.

3 - سعادى لعلی، الزواج والخلاله في قانون الاسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، ص534.

4 - الحنابلة هم من خالفوا الحنفية في إمكانية الرجوع في الهبة.

5 - قال بهذا الرأي الفقه المالكي.

من جهة أخرى نجد أن الفقه المعاصر هو الآخر تطرق إلى حكم الهدية، حيث قالوا بأنه وفي بعض الحالات تكون الهدية المقدمة قيمة جدا وغالية الثمن فقد تكون من المجوهرات فهل تأخذ حكم الهدية أو الصداق خاصة إذا لم يبين الخاطب نيته من بعثها إذا اعتبرها صداقا أم هدية.

وفي ذلك يرى أحد الفقهاء المعاصرين أن يحكم العرف أو اليمين بينهما في حال انعدام البينة فإذا كان لأحدهما بينة قضى له، وإذا قام كل منهما البينة على دعواه رجحت بينتهما لأنها أثبتت خلاف الظاهر والظاهر هنا مع الزوج لأنه يجب عليه المهر دون الهدايا وإذا عجز عن إقامة البينة حكمنا العرف فإذا جرى بأن ما قدم يكون مهرا قضى للزوج إذا حلف اليمين وإن كان جاريا على أنه يعتبر هدية قضى لها مع اليمين فإن لكل أحدهما عن اليمين حكم للآخر، وإذا لم يوجد عرف في ذلك فالقول له مع اليمين لأنه المعطي وهو أدري بما أداه إن كان مهرا أو هدية إلا إذا كان ما أعطاه لا يستساغ في عرف الناس أن يكون مهرا كالأشياء المأكولة مثلا¹

اما المشرع فنص في المادة 05 في الفقرة الثالثة منها على ما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته²."

باستقراء نص المادة نجد أن المشرع قد سار على ما ذهب إليه المذهب المالكي فهو الآخر ميز بين الحالتين أي بين الحالة التي يكون فيها العدول من جانب الخاطب وبناء على إرادتها وبين الحالة

1- مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط02، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 1982، ص.76.

2- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، ط02، دار الوعي، الجزائر، 2015، ص.67.

التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة وبناء على إرادتها المنفردة¹، فأقر بأنه إذا كان العدول من طرف الخاطب فلا حق له في استرداد الهدايا التي قدمها إلى خطيبته بمناسبة الخطبة، سواء أكانت هذه الهدايا قائمة أو استهلك، أيضا بالنسبة للمخطوبة فإذا هي من عدلت عن الخطبة فيكون لازما عليها إرجاع الهدايا إلى خاطبها تلك التي لا تزال قائمة عينا، أما التي تكون مستهلكة فلا ترجعها وليس للخاطب طلب استردادها.

ولقد أتت القرارات القضائية على نفس النهج الذي قضى به القانون وذلك في العديد من قراراتها ومنها:

— جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/04/23 من المقرر شرعا

وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهده إن كان العدول منه.

ولما كان ثابت، في قضية الحال، أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن².

مضمون القرار يقضي بأن الخاطب ليس له الحق في استرداد الهدايا التي قدمها للخطيبة المعدول عنها، إذا كان هو المتسبب في ذلك، وهذا يتوافق مع مقتضيات القانون وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 05 فقرة 03 من قانون الأسرة، والقضاة في هذه القضية طبقوا صحيح القانون، فرفض استرداده

1- شندارلي توفيق، "الخطبة والعدول عنها، دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء"، المرجع السابق، ص. 347.

2- م، ع، غ، هـ، ش، الملف رقم 73919، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993، ص. 58.

للهدايا وتمليكها للمخطوبة يعتبر بمثابة تعويض لها عن العدول، لأنّ ذلك سيحز في نفسها وسيؤثر عليها سلباً.

– جاء في القرار المؤرخ في 1993/07/13: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة

المخطوبة وحسبما جاء في اتفاق الآراء الفقهية الشرعية استوجب إرجاع المهر إلى الخاطب"

القضاة سايروا في قرارهم ما أتى به الفقه الإسلامي وما سار عليه التشريع، فالمهر يقدم في الزواج

وهو يعد شرط من شروط صحة الزواج من ناحية القانون، بينما يعتبر ركناً من وجهة نظر الفقه الإسلامي

غير أن تقديمه خلال فترة الخطبة، عرف اعتاد عليه الناس من أجل تجهيز الفتاة لنفسها ولمنزل الزوجية،

فإذا تم العدول وجب بطبيعة الحال إرجاعه للخاطب لأنّ الخطبة لم تتكامل بالزواج، لذا نجد أن قضاة

الموضوع طبقوا صحيح القانون.

ثانياً: أثر العدول عن الخطبة على الصداق

إذا ما عدل الخطيبان أو أحدهما عن الخطبة وكان المهر قد قدم خلالها فإن الفقه الإسلامي

اتفقت آراء فقهاء في المذاهب الأربعة على وجوب استرداد الخاطب له، حيث نص الحنفية على أن

للخاطب أن يسترد ما دفعه على حساب المهر عينا إن كان قائماً، أو عوضه إن كان قد هلك أو

استهلك، فيما قال المالكية بأنّ الصداق ركن من أركان الزواج ولا يتعلق حق المخطوبة به، إلا إذا كان

قبل الدخول وكان بينهما عقد الزواج هنا يكون لها نصف الصداق، بينما تستحقه كاملاً بعد الدخول،

لذا وجب على الخطيبة رده متى وقع العدول، أما الشافعية فقالوا بأنّ المهر يُوجب في الزواج وفيما عداه لا يجب فالخطبة حسبهم لا تُحل للمرأة أخذ المهر بل وجب إعادته¹.

فيما ذهب الحنابلة إلى القول بأن الصداق يكون في الزواج ويوجب بالدخول كاملاً أو نصفه قبل الدخول، أما الخطبة فلا نكاح فيها لذا تستحق الخطيبة المهر ووجب عليها رده.

هذا من جهة أما من جهة أخرى نجد أقوال الفقهاء المعاصرين تسير في ذات النهج الذي سلكه فقهاء المذاهب الأربعة، حيث اعتمدوا ذات الرأي القائل بوجوب رد المهر إلى الخاطب مرجعين العلة في استرداده حسب قول أحد الفقهاء إلى كون الصداق قدم على أساس أنه تنفيذ لحكم من أحكام العقد ليكون دليلاً على تمام الرغبة، وما دام العقد لم يتم وانصرف الطرفان عنه فإنه لا معنى لتنفيذ حكم عقد أصبح بعيد الوقوع².

بينما ذهب فقيه آخر إلى القول: "مبادئ العدالة وتغير الأوضاع الاجتماعية يقتضي التفريق بين عدول الخاطب وبين عدول المخطوبة، فإن العدول إن كان من جهة الخاطب كان من الظلم أن تلزم المرأة برد مثل النقد أو قيمته، وهي في الغالب تنصرف في المهر بعد الخطبة فتشتري به جهازها من ثياب وأثاث وغير ذلك، فإذا ألزمتها عند عدول الخاطب بأن ترجع الجهاز أو الأثاث فإن في ذلك تعجيز لها، وإن كان العدول من جهتها فمن العدل أن تتحمل هذه الخسائر لأنها كانت سبباً فتكون راضية بالخسارة³.

1- بلبشير يعقوب، "الطبيعة القانونية للخطبة وآثار العدول عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، حويلات كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02، مج 07، ع 03، د.س.ن، ص. 296.

2- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 80.

3- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 1، دار الرواق للنشر والتوزيع، دمشق، 2001، ص 58.

وبالنظر الى ما جرى عليه العرف في الجزائر فإنه وفي حالة قبول أهل الفتاة بالرجل المتقدم لخطبتها والزواج بها وكذا رضا الفتاة نفسها، وإتمام مراسيم الخطبة بعد الاتفاق بين أهل كل من الفتى والفتاة على الشروط الشكلية لمراسيم الزفاف وكذا الشروط الموضوعية التي يطلبها أهل الفتى أو الفتاة كمواصلة تعليمها بعد الزواج، أو بقائها في عملها أو أن يطلب الرجل منها أن تتوقف عن عملها، وغيرها من الشروط التي قد يشترطها الطرفان، يتم تقديم المهر المتفق عليه للمخطوبة معجلا وذلك لكي تقوم بتجهيز نفسها وتجهيز منزل الزوجية وذلك كي يكون المهر كمساعدة للمخطوبة في التجهيز، فإذا تكللت الخطبة بزواج كما هو مطلوب، فلا يثور حولها إشكالات، إلا أنه وإذا لم يقع ذلك تم العدول عنها هنا يمكن أن تقع إشكالات خاصة كون الصداق في أصله شرط من شروط صحة الزواج، مع خاصية تعجيله أو تأجيله وذلك حسب اتفاق الطرفين (أهل الخطيبين) في هذه الحالة إذا تم العدول والتراجع عن الخطبة سواء بناء على إرادة الخاطب أو المخطوبة، فالواجب في هذه الحالة أن يتم إرجاع المهر سواء تم تعجيله كله أو جزء منه في الخطبة، فالمرأة تستحق الصداق بعقد النكاح لا بالخطبة¹.

بالرجوع إلى النصوص التشريعية في قانون الأسرة نجد أن المشرع لم ينص صراحة على أي نص قانوني على النقطة الخاصة بتقديم المهر فيفترة الخطبة ونظم فقط شروط استحقاقه بموجب نص المادة 16 من قانون الأسرة لكنه أحال بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة إلى ما ورد في أحكام الفقه الإسلامي²، وعليه وحسبما جاء في اتفاق الآراء الفقهية فإنه يتوجب إرجاع المهر إلى الخاطب، القائم منه والمستهلك مع تحميل التبعة لمن صدر عنه العدول فإذا كان العدول من الخاطب فللمخطوبة

1- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ص. 153.

2 - عبد المالك رقاني، محمد عبد القادر عقباوي، مصير الصداق بعد العدول عن الخطبة -دراسة فقهية مقارنة - مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلة حسيبة بنبو علي، شلف، 2023، مج 09، ع 01. ص. 69.

الخيار بين تسليم الجهاز أو مثله بينما إن كان العدول من المخطوبة فهي بالخيار بين رد مثل الصداق أو قيمته¹.

ممارسة حق العدول على الشكل الذي تم إيضاحه يعتبر جائزا شرعا وقانونا، ويترتب عليه استرداد المهر، وكذا الهدايا مع التفصيل في ماهية العادل من غيره لتحديد مدى أحقيته في استردادها، غير أن العدول إن حاد عن الحدود المرسومة له وتسبب في ضرر للطرف المعدول عنه، هنا نكون أمام مسألة أخرى تستوجب الدراسة وهذا ما سنقوم به في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

حكم التعويض المبني على أساس التعسف في استعمال الحق في العدول.

الشرع والقانون أقر للخطيبين الحق في العدول عن الخطبة، متى إرتئى الطرفين أو أحدهما أن التراجع عن فكرة الارتباط أفضل من إتمامه، فالعدول في مجمله لا يثير أي إشكالات، غير أنه وفي بعض الحالات قد يلحق هذا العدول أضرارا بالطرف المعدول عنه. وكما سبق لنا القول ان إلحاق الضرر بالغير يُقيم مسؤولية المتسبب فيه المدنية، ويتوجب عليه جبر الضرر، طبقا للقواعد العامة. هنا نتساءل عن إمكانية تطبيق مضمون هذه القواعد على مسألة العدول؟؟ هل يمكن للطرف المتضرر من العدول عن الخطبة المطالبة بتعويض يجبر هذه الأضرار؟؟ هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال إيضاح موقف الفقه والقانون من مسألة التعويض عن العدول (الفرع الأول)، ثم سنتطرق الى الأساس القانوني والفقه

1- شندارلي توفيق، "الخطبة والعدول عنها، دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء"، المرجع السابق، ص. 346.

المعتمد للتعويض عن العدول (الفرع الثاني)، أما (الفرع الثالث) فسنعالج من خلاله الآثار المترتبة عن العدول التعسفي عن الخطبة.

الفرع الأول:

الموقف الفقهي والقانوني والقضائي من التعويض عن العدول

بما أن الخطبة وعد بالزواج، فيكون لطرفيها التراجع عنها، شريطة ألا يسبب هذا العدول ضرراً بالطرف الآخر، لكن في بعض الحالات قد يتسبب هذا الأخير في أضرار كثيرة، أو قد يصاحبه إساءة للسمعة والشرف، أو أي فعل من شأنه الإضرار بالطرف الآخر في العلاقة وهذا ما يستوجب التعويض عنه، غير أن الفقه الإسلامي كانت آراءه متباينة ومنقسمة حول مشروعية التعويض إلى قسمين، سنحاول التطرق إليها للوقوف فيما يلي:

أ. الاتجاه الرافض التعويض:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بعدم التعويض عن العدول عن الخطبة مطلقاً لإعتبارهم أن الخطبة تواعد بين طرفين على إتمام الزواج ليس إلا، والعدول عنها حق شرعي ثابت لكلا الخطيبين دون قيد أو شرط، والحكم بالتعويض عقوبة والأمر المباح لا يترتب عن تعاطيه أي عقوبة¹.

1- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص. 54.

حيث ذهب البعض إلى القول ان الأحاديث النبوية الواردة في الخطبة، أقرت إمكانية العدول عنها صراحة وضمنا، دون أن تتطرق إلى مسألة التعويض فلو كان التعويض يُستحق عند العدول عن الخطبة لأشارت إليه الأحاديث المتواترة في هذا الخصوص ولقالت بضرورته¹.

ويقول أحد الباحثين أنه: "لا شك أن القول بالتعويض لمجرد العدول يؤدي ضمنا إلى الإكراه على الزواج خاصة في الحالة التي يكون فيها مبلغ التعويض كبيرا لا يستطيع الناكل عن الخطبة أن يتحمله فيستغني عن ذلك بإتمام زواج غير مقتنع به ومكره عليه لتجنب أداء مبلغ التعويض المسلط عليه، وهو أمر مخالف لما هو مقرر في الفقه الإسلامي وفي جميع الشرائع والقوانين².

فالحكم بالتعويض حسب فقهاء هذا الاتجاه يفقد الخطبة مزاياها، والحكمة من مشروعيتها، فالتعويض حسبهم يعطيها صفة الإلزامية كعقد الزواج، بينما هي في الأصل ليست إلا مرحلة للتعارف بين الخطيبين فمن خلالها يتعرف كل خاطب على الآخر ويقيسان مدى درجة التوافق بينهما والتي تمكنهما من بناء رابطة زوجية متينة الروابط و مخافة العدول تعد نوعا من الإكراه كونه يلزم الخاطب أو المخطوبة على إتمام الخطبة بالزواج مخافة العدول وما يترتب عنه من أثر مادي قد يرهق العادل عن الخطبة، إلا أن ذلك يؤدي في حقيقة الأمر إلى إلحاق ضرر أكبر من الضرر الذي يراى دفعه، بحيث يؤدي إلى إنشاء أسرة مبنية على أواصر غير سليمة لأن أحد طرفي العلاقة الزوجية ملزم ومرغم عليها

1- محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمه لخضر الوادي، ع 8، جوان 2009، ص.44.

2- فؤاد بن شكرة، المرجع السابق، ص.54.

فتكون نهاية هذه العلاقة الانهيار لا محالة، وبالتالي يكون ضرر الطلاق أكبر بكثير من ضرر العدول عن الخطبة، فالأجدد أن تكون خطبة فاشلة أقل ضرر من زواج فاشل¹.

ب. القائلون بالتعويض:

يرى أصحاب هذا الاتجاه، ان التعويض يجب للطرف المعدول عنه، لكنهم إنقسموا حول أسباب إستحقاقه، فمنهم من قال بأحقية الطرف المعدول عنه للتعويض مطلقا دون تفصيل في المسألة²، ومنهم من قال بأن العدول في حد ذاته لا يوجب تعويضا لانه حق وممارسة الحق لا يُعوض عنها، بل الضرر المادي الذي يمكن أن يصاحبه إذا وقع يُمكن للطرف المضور المطالبة بجبر ضرره من خلال التعويض³، إلا أن القائلين بهذا الرأي لم يعترفوا بالضرر المعنوي أو بأحقية المضور ضررا معنويا من المطالبة بجبر ضرره وفي هذا تهميش للأضرار المعنوية وتقليل لأهميتها⁴.

بينما رأى الجانب الثالث⁵ منهم بوجوب التعويض عن الضررين متى وقع، أي متى وقع على الطرف المعدول عنه ضرر سواء أكان مادي أو معنوي، كان له المطالبة بالتعويض.

الرأي الثالث هو الأرجح في نظرنا كونه يحمل في طياته إعتدالا، حث أنه أقر التعويض من جهة لكن ليس عن فعل العدول في حد ذاته، وإنما عن الأفعال المصاحبة التي قد تضر بالطرف المعدول عنه أكثر من العدول ذاته. وأقر من جهة أخرى بإمكانية التعويض عن الضررين المادي والمعنوي معا.

1- جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، المرجع السابق، ص.125.

2 - الشيخ محمد شلتوت رحمه الله هو من قال بهذا الرأي.

3 - رأي الشيخ محمد أبو زهرة.

4 - شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، المج01، الع02، سنة2018، ص340 و341.

5 - صاحب هذا الرأي هو الدكتور مصطفى السباعي.

فضلا عما أورده الفقه من أحكام فالمادة 05 من قانون الأسرة تنص على: "الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها. إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"، فالمستشف من هذا النص أن المشرع أقرّ مبدأ التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن العدول عن الخطبة سواء أكانت مادية أو معنوية¹، كما نستنتج أيضا أن في هذا تأكيد لإقرار المشرع لمبدأ العدول عن الخطبة، لكنه قيده بشرط عدم الإضرار بالغير، أي أن المشرع أتى على النص على مبدأ التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول أو الأفعال المضرة المصاحبة له، وليس عن فكرة العدول في حد ذاتها، فالعدول الذي لا يترتب ضرراً لا تثور حوله أي إشكالات قانونية، كما يكون للطرف المعدول عنه المطالبة بالتعويض ما لم يلحقه ضرراً فمطالبته هنا باطلة من الناحية القانونية².

أما القضاء من جهته لم ينكر على المتضرر حقه في التعويض، بل سار على نفس النهج الذي سلكه القانون وأقر بحق المتضرر من العدول عن الخطبة في رفع دعوى قضائية لاستحقاق التعويض، وهذا ما قضت به الأحكام القضائية³.

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.82.

2- نضيرة عتيق، "تعويض ضرر العدول عن الخطبة دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، 2020، مج13، ع01، ص.520.

3- م.ع.غ.أ.ش، 2014/07/10، الملف رقم 952658، م.م.ع، 2014، ع02، ص.282.

- م.ع.غ.أ.ش، 1985/12/30، الملف رقم 39289، (غير منشور).

- م.ع.غ.أ.ش، 1984/11/19، الملف رقم 34046، م.ق، 1990، ع01، ص.67.

- م.ع.غ.أ.ش، 1985/12/02، الملف رقم 38341، ن.ق، ع44، ص.190.

الاتجاهات الفقهية القانونية والشرعية أقرت مبدأ التعويض عن الضرر الذي يسببه العدوان، لكن يجب أن يبنى هذا الاستحقاق على أساس إما فقهي أو قانوني، لأن ذلك في غاية الأهمية، لأنه العماد الذي يبنى عليه القاضي تقديره للتعويض، وفي الفرع الموالي سنتعرض لهذه المسألة.

الفرع الثاني:

الأساس القانوني والفقهي للتعويض عن العدوان

العدول عن الخطبة كحق إذا كانت ممارستها وفق الحدود المرسومة له، ولم يترتب عنه أي أضرار للطرف المعدول عنه، فلا يمكن القول أنه يثير نزاعات، غير أنه وإذا كانت ممارستها على الوجه المغاير لتلك الحدود وألحقت ضرراً بالطرف الآخر، فإن ذلك يعتبر تعسفاً في ممارسة الحق في العدول عن الخطبة، هذا يستوجب منا التطرق إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق (أولاً) ثم معايير التعسف في استعمال الحق (ثانياً)، ثم تطبيق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على الخطبة (ثالثاً).

أولاً: مفهوم التعسف في استعمال الحق

سنقف أولاً على مفهوم الحق كمصطلح منفرد ثم مفهومه مركباً.

أ. تعريف الحق:

فيما يلي سنتعرف على الحق وفق تعريفات الفقه الكلاسيكي أولاً ثم الفقه المعاصر ثانياً، ثم وفقاً لمقتضيات القانون ثالثاً.

1. مفهوم الحق في الفقه الإسلامي:

لم يُعَنَّ الفقهاء المسلمون بوضع تعريف جامع مانع للحق¹، وإنما درجوا على استعمال لفظ "الحق" بمعاني مختلفة مأخوذة من المعاني اللغوية للكلمة، وقد حاول بعض الفقهاء المتأخرين وضع تعريف له، فعرفوه بأنه "الحكم الثابت شرعاً" ولكنه تعريف غير جامع ولا شامل لكل ما يطلق على الحق عند الفقهاء، فقد يطلق الحق على المال المملوك وهو ليس حكماً، ويطلق على الملك نفسه، وعلى الوصف الشرعي كحق الولاية والحضانة والخيار، ويطلق على مرافق العقار كحق الطريق والمسيل والمجرى، ويطلق على الآثار المترتبة على العقود كالالتزام بتسليم المبيع أو الثمن²، وحاول أحدهم يضع تعريف للحق بقوله: "الحق ما يستحقه الرجل"³، لكي ما يلاحظ على هذا التعريف أنه يكشفه الغموض، كما أن الاستحقاق الوارد متوقف على تعريف الحق.

2. مفهوم الحق في الفقه المعاصر:

لقد أتى بعض الفقهاء المعاصرين على ذكر جملة من التعريفات للحق، نجد من بينها:

- 1- الحق بفتح الحاء: جمعه حقوق، وهو الصواب ضد الباطل. يقال: حق الأمر حقاً وحقه وحقوقاً أي صح وثبت وصدق، وحقه بالقانون والعدل: غلبه على الحق وأثبتته عليه.
- 2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية)، ج4، المرجع السابق، ص.08.
- 3- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق زكريا عميرات، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.227.

الحق مصلحة مستحقة شرعا¹، وهذا التعريف عليه مأخذان:

I. أنه عرف الحق بالغاية لمقصودة منه وهي المصلحة، فالحق بذاته ليس مصلحة بل وسيلة إليها.

II. أنه يلزم منه الدور²، حيث لا يمكن معرفة الحق إلا بفهم كلمة "مستحقة" وهذه الأخيرة لا

يفهم معناها غلا بمعرفة الحق، فيلزم بذلك الدور³.

وعُرف الحق أيضا على أنه: "الحق اختصاص يقربه الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من

آخر تحقيقا لمصلحة معينة"⁴.

بتحليل ما قدمه الدكتور فتحي الدريني من تعريف للحق وتحليله للتعريف الذي قدمه نجد أن

تعريفه يعتبر شاملا جامعا لكل ما يقتضيه الحق، فهو الأنسب والأدق من ناحية صياغة التعريف كونه

فرق بين الحق في حد ذاته وبين غاية الحق، على خلاف ما قام به غيره من الفقهاء وأساتذة القانون،

فهذا التفريق في المفهوم بين جوهر الحق الحقيقي والغاية منه بشكل دقيق وواضح.

3. مفهوم الحق في الفقه القانوني:

1- علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص.57.

2- الدور معناه أن يؤخذ في التعريف الشيء المراد تعريفه أو بعض مشتقاته، كما لو قيل مثلا في تعريف العلم (العلم هو معرفة المعلوم)، إذ يتوقف عندئذ فهم التعريف على معرفة سابقة بالعلم المراد تعريفه، بينما هذه المعرفة متوقفة على فهم التعريف، وهذا ممنوع في التعاريف، أنظر محمد الأمين الأرمي، الكوكب المشرق في سماء علم المنطق، دار المناهج، بيروت، 2015، ص.262.

3- محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط03، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، 1984، ص.191.

4- محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع نفسه، ص.193.

على الرغم من إقرار الفقهاء لوجود الحق وتسليمهم بفكرة وجوده إلا أنهم اختلفوا اختلافاً واسعاً، حول تحديد مفهوم واحد شامل جامع للحق، وظهرت في هذا الخصوص اتجاهات قديمة تقليدية وأخرى حديثة حاولت إعطاء مدلول للحق وتمثلت هذه الاتجاهات في:

I. الحق عند الاتجاهات التقليدية:

ركزت الاتجاهات التقليدية في تحديد مدلول الحق على جانب من جوانبه مهمة بذلك عناصره وخصائصه المميزة، فالمذهب الشخصي عرف الحق بالنظر إلى صاحبه، في حين أن المذهب الموضوعي عرف الحق بالنظر إلى موضوعه والغاية التي تحقق منه مباشرة، أما المذهب المختلط فقد حاول الجمع بينهما ونظر فيه إلى صاحب الحق والغاية منه.

• المذهب الشخصي:

نشأ هذا المذهب في القرن التاسع عشر بألمانيا على يد الفقيه سافيني Savigny وتولى الدفاع عنه وتطويره الفقيه وينشيد Wincheid، ويعرف هذا المذهب الحق بأنه "القدرة أو السلطة إرادية تستمد من القانون"¹

حسب منطق هذا الاتجاه فإنه يعرف الحق بالنظر إلى صاحبه وهو يتصل بالمذهب الفردي وما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً، لكن هذا التعريف الذي أتى به أنصار هذا الاتجاه تعرض للانتقاد، وأهم هذه الانتقادات:

1- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص. 23-24.

— ربط وجود الحق بالإرادة يؤدي إلى حرمان بعض الأشخاص كالصبي غير المميز والمجنون من كل الحقوق¹.

— هذا التعريف يحول دون استيعاب حالات كثيرة يثبت فيها الحق لصاحبه رغم عدم عمه ودون تدخل إرادته كحال الموصى له، والوارث، كما أن هذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقة لها .

— هذا التعريف يخلط بين الحق واستعماله أو بين وجود الحق ومباشرته فوجود الحق لا يتوقف على قدرة إرادية لصاحبه، ولكن استعمال هذا الحق يستلزم في الغالب وجود هذه الإرادة مع العلم أنه بعض الأحيان لا يلزم من استعمال الحق وجود الإرادة فعديم الأهلية مثلاً يستعمل حق الملكية بالرغم من عدم وجود إرادة لديه².

• المذهب الموضوعي:

اختلف تعريف الحق حسب أنصار هذا الاتجاه عن سابقه، حيث عرف الفقيه إهرنج Ihreng، الحق بأنه ليس إلا "مصلحة يحميها القانون" وهو بهذا ركز على موضوع الحق والغاية منه هي المنفعة التي تعود على صاحبها، وهو بذلك أعمل كلية الإرادة في تعريف الحق، إضافة إلى ذكره وحرصه على الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة والمتمثلة في الحماية القانونية (أي الدعوى)، فحسبه مجموع

1- يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون نظرية الحق)، عوميت للتوزيع، القاهرة، 1997، ص.161.

2- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط05، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1974، ص.431-432.

هذين العنصرين (المنفعة والحماية القانونية) يمثل الحق¹، هذا التعريف لاقى قبولا واسعا في الأوساط القانونية، إلا أنه لم يسلم من النقد شأنه شأن الاتجاه الذي سبقه، وأهم ما وجه له من انتقادات:

— عرف الحق بغايته وهي المصلحة، واعتبرها معيار وجود الحق، وهي ليست كذلك دائما لأنه لا يلزم من وجود المصلحة وجود الحق، فقد توجد المصلحة ويتخلف الحق، فلو فرض أن الدولة أوجبت رسوما جمركية على البضائع الأجنبية حماية للمصنوعات الوطنية ففي هذا مصلحة للتجار، ولكنه ليس حقا لهم².

— التعريف غير مانع لأنه يدخل الحريات والحقوق العامة، إذ الإباحة مصلحة يحميها القانون مع أنها ليست حقا بالمعنى الدقيق الذي يمتاز بخاصية الاستثناء.

— الحماية ليست عنصرا تكوينيا في قيام الحق بل هي صفة تلحق الحق بعد قيامه، فهي صفة بعدية تضيفي على قيمة معينة لأنها حق³.

● المذهب المختلط:

حاول هذا المذهب التوفيق بين المذهبين السابقين الذكر لذا سمي بالمذهب المختلط وذلك كونه جمع في تعريفه للحق بين عنصري الإرادة والمصلحة، وقد اختلف أنصار هذا التعريف فيما بينهم من حيث تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر، فبعضهم رجح عنصر الإرادة فعرف الحق بأنه: "القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون"، وبعضهم رجح عنصر

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 26.

2- حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 433-434.

3- محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص. 56-57.

المصلحة فعرف الحق "الحق هو المصلحة التي يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والذود عنها قدرة إرادية معينة"¹

لكن هذين التعريفين لم يسلموا من سهام الانتقادات على غرار سابقه، فقد وجهت لهما مجموعة من الانتقادات، ولعل أهمها:

— أنه لم يعرف الحق ولم يبين جوهره، فالحق ليس إرادة كما أنه ليس مصلحة وليس هما معا بطبيعة الحال².

II. الحق في نظر الاتجاهات الحديثة:

بعد فشل الاتجاهات التقليدية في صياغة تعريف جامع مقنع للحق، ظهر على أعقاب هذه الاتجاهات، اتجاه أو مذهب جديد عرف بالفقه الحديث، وحاول هذا الأخير تعريف الحق بالكشف عن جوهره وخصائصه الذاتية المميزة له.

وهنا برزت للوجود نظرية الفقيه البلجيكي "جان دبان Jean Dabin" الذي رأى بأن الحق يكون أساسا من عنصري الاستئثار والتسلط³.

● **الاستئثار:** هو الذي يميز الحق، فالحق هو ما يختص به صاحبه، أي هو استئثار بشيء يمس الشخص ويهمه، ليس بصفته مستفيدا أو له أن يستفيد، ولكن بصفة أن هذا الشيء يخصه

1- أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص.26.

2- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.28.

3- نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص.29.

وحده، والاستثناء هنا يكون للشخص الطبيعي والاعتباري، ويشمل القيم المادية كالعقارات، والمعنوية كسلامة الجسم¹.

● **التسلط:** وهو النتيجة الطبيعية للاستثناء، ويقصد به سلطة صاحب الحق في التصرف الحرفي الشيء محل الحق²، وهذا التسلط بالنسبة لعدم الأهلية يكون تصوريا واقعي³.

تعريف الحق وفق نظرية دابان لم يتلافها الانتقاد بل حتى هي طالها ووجهت له مجموعة من الانتقادات، أبرزها:

— إذا كان تعريف الحق كاستثناء وتسلط تماما مع الملكية إلا أنه يحتاج لبعض المجهود ليتلاءم مع بعض الحقوق وبصفة خاصة عنصر التسلط باعتباره سلطة التصرف الحرفي الشيء محل الحق بحيث يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أي نوع من أنواع التصرف، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص، كالحق في الحياة أو الحريات.

— إن فكرة الاستثناء والتسلط كما عرضها دابان تؤدي في الواقع إلى فكرة موسعة للحق ويبدو أن هذا هو السبب في الصعوبات التي واجهت تطبيق هذه النظرية⁴.

على عقب هذه الانتقادات التي وجهت لدابان ونظريته في تعريف الحق ظهر تعريف آخر للحق، ولذلك تبعا لنظرية "روبيه Roubier"، فقد اقترح هذا الأخير تحديد نطاق الحق على نحو ضيق ليحفظ للفكرة إتجاهها ودقتها، فإذا كان هناك غموض يحيط بلفظ الحق، فإن ذلك راجع إلى

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص. 29.

2- محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص. 57.

3- أحمد محمود الخولي، المرجع السابق، ص. 28.

4- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 32.

إستخدام هذا اللفظ على نحو واسع جدا وبمعاني مختلفة، ولذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار وتبنى لغة فنية محددة، فوفق منطق هذا الفقيه فإن الإصرار الشديد على اصطلاح الحقوق، أدى إلى تكوين نظرية جزئية جدا للواقع القانوني، فالقانون كفل الحماية أيضا لقيم قدر أن لها أهمية مع أنها تفرض واجبات معينة، ومن ناحية أخرى فإنه غالبا لا توجد ميزة خالصة تماما، ولا واجب يقابله أي ميزة فالحقوق والواجبات تتقاطع في المركز القانونية، لذلك فهو يؤخذ كأساس لهذا المركز من الحقوق والواجبات، حيث أنه يتلاءم أكثر مع تطبيق القواعد الوضعية على الأفراد¹.

4. مفهوم الحق في القانون المدني:

باستقراء كل النصوص والمواد القانونية، نلاحظ أنه لا يوجد فيها تعريف أو شرح لمفهوم الحق، فالمشرع لم يقيم بتعريف الحق بل ترك الأمر بيد فقهاء القانون وشراحه، غير أن ما يستشف من خلال تحليل النصوص القانونية، أن المشرع إتبع في تحديده للإطار العام للحق نظرية دابان أي نظرية الإستثثار، حيث جعل الحق من الأمور المتعامل فيها والتي يمكن الإستثثار بحيازتها وذلك بحماية قانونية واضحة، وهذا في حد ذاته جوهر نظرية دابان التي تتركز على عنصري الاستثثار والحماية القانونية.

ب. تعريف التعسف:

1- نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص.33.

لم يرد مصطلح التعسف¹ في الفقه الإسلامي القديم بل كانوا يستعملون مصطلح "المضارة" بدلا منه²، وقد ورد هذا المصطلح أيضا في القرآن الكريم لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾³ والمقصود به كان ضرر، مقياسا لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف: ﴿لا ضرر ولا ضرار﴾⁴. أما في القانون فالمشرع على الرغم من أنه استعمل مصطلح التعسف في مجموعة من المواد القانونية إلا أنه لم يتطرق لتعريف التعسف كمصطلح مستقل، بل نص عليه فقط لكن ما يمكن أن يعرف به التعسف أنه تجاوز للحدود المرسومة للشخص وتعيديها، وهناك من عرفه بأنه "استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع"⁵

- 1- مأخوذ من التعسف بفتح العين وإسكان السين، يعني السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف. وَعَسَفَ فلان فلانا أي ظلمه، وَعَسَفَ السلطان يَعِيفُ واعتسف وتعسف، وبمعنى ظلم وفي الحديث الشريف "لَا تَبْلُغْ شَفَاعَتِي إِمَامًا عَسُوفًا" أي جائرا ظلوما.
- 2- عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في فسخ العقود، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، 2018/2017، ص. 58.
- 3- سورة النساء، الآية 12.
- 4- عبد المجيد بالطيب، المرجع السابق، ص. 59.
- 5- عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 36.

بتحليل هذا التعريف الأخير يستخلص أن مصطلح التعسف غالبا ما يقتزن بمصطلح آخر هو الحق أي مصطلح مركب من مصطلحين قانونيين التعسف واستعمال الحق، وعلى هذا الأساس يتم تعريف التعسف في استعمال الحق على أنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل¹.

كذلك عرفه جانب من الفقهاء والقانون بأنه استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير².

وهناك من عرفه بأنه: "استعمال صاحب الحق سلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير"، بمعنى أن استعمال الحق في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه وأعراضه غير مقبولة³.

بتحليل التعاريف المقدمة نستنتج أن ممارسة الحق أمر مشروع شرعا وقانونا لجميع الأشخاص لكن ممارسة الحق ليست مطلقة بل مقيدة بحدود هي عدم تجاوز الحدود الشرعية أو القانونية للحق، فإذا تم ذلك اعتبر ذلك التجاوز تعسفا خاصة إذا ألحق هذا التجاوز ضررا بالغير، فحق الفرد ينتهي عندما تبدأ حقوق الآخرين.

ثانيا: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق

القانون يكفل لجميع الأفراد ممارسة حقوقهم كيفما أرادوا، هذا كقاعدة عامة، غير أنه وكاستثناء للقاعدة وجب عدم الإضرار بالغير خلال ممارسة الحق، لأن ذلك أمر غير جائز، ولتبيان وجود التعسف

1- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، 1977، ص.54.

2- عمر فخري الحديثي، المرجع السابق، ص.36.

3- عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هوم، الجزائر، 2011، ص.79.

من عدمه بتوجب علينا تناول معايير نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال التعرض لمعاييرها في الفقه الإسلامي (أ) ثم في القانون الوضعي (ب)، وهذا ما يتناوله فيما يلي:

أ. معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

الفقه الإسلامي لم يغفل عن ضبط الحق وممارسته، فكان هو السباق في وضع الحدود التي تحكم الحق حتى لا يكون مخالفا في ممارسته للمقاصد الشرعية، ولقد قسم الفقه المعايير التي أتى بها لضبط ممارسة الحق إلى: معايير شخصية ذاتية، ومعايير موضوعية:

1. المعايير الذاتية أو الشخصية:

يقصد بها "النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة"¹. ولهذا تقسم هذه المعايير إلى قسمين هما:

I. قصد الإضرار:

المراد به ألا يكون لصاحب الحق غرض من استعمال حقه غاية هدف إلا الإضرار بالغير والإساءة إليه، وهذا ممنوع في الشريعة الإسلامية، ومخالف لمبادئ الأخلاق لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، ومن الأقوال الفقهية التي تطرقت للموضوع نجد: "لا إشكال في منع القصد إلى

1- جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 32-33.

الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام¹، وقول آخر: "استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير لا ريب في قبحه وتحريمه"².

II. قصد غرض غير مشروع:

المراد به أن يكون قصد صاحب الحق من استعمال حقه لتحقيق غرض غير مشروع كتحليل محرم، أو إسقاط واجب، وفي هذا تحايل على الشريعة، وقد بين أحد الفقهاء حقيقة الحيلة بأنها: "تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها تحريم³ قواعد الشريعة في الواقع⁴."

2. المعيار الموضوعي:

أضافت الشريعة الإسلامية إلى جانب المعيار الذاتي معياراً آخرًا لتحديد ماهية التعسف في الحق، وهذا المعيار المضاف يتمثل في معيار التوازن بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، وهذا المعيار يقوم على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلة في ذلك الموازنة بين المصالح والمفاسد، فإذا كانت المفسدة

1- أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص. 428.

2- زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الرحمن الملقب بابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الفكر، بيروت، 2015، ص. 812.

3- خرم يقصد به جعل المفسد في الحيل، أنظر في ذلك، الشاطبي، ص. 841.

4- الشاطبي، المرجع السابق، ص. 841.

مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل فهو معيار موضوعي مادي، ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها في حد ذاتها، وهو مشتق من أصل النظر في مآلات الأفعال¹، وهذا المعيار يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض، ومن باب أولى الحق الفردي مع المصلحة العامة، وينطوي هذا المبدأ على الضوابط التالية:

I. عدم التناسب بين المصلحة المقصودة لصاحب الحق والضرر اللاحق بالغير:

هذا المعيار مادي بحت، لا ينظر فيه إلى قصد صاحب الحق من التصرف بحقه بل يقوم على الموازنة بين الأمور الواقعية المادية، وهذا هو الحكم في كل حالة يقضي الشرع فيها بتقديم المصلحة العامة، كما هو الحكم في كل مصلحة خاصة مشروعة إذا لزم عنها مفسدة مساوية أو راجحة تلحق بالأفراد، أي أن المفسدات الراجحة اللازمة عن الأفعال المشروعة في الأصل يمنع ما يؤدي إليها، دون النظر إلى النية أو القصد².

II. الضرر الفاحش:

هذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لاسيما في العلاقات الجوارية، ولا شك في أن تصرف المالك على نحو يلحق بجاره أضرارا فاحشة، يُخل بالتوازن بين المصالح الفردية، ومآل ذلك الإخلال بالمصلحة العامة لحساب الصالح الفردي وذلك إنحراف بالحق عن غايته، والانحراف تعسف³.

1- حفصية دونه، "التعسف في العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمه لخضر الوادي، مج18، ع02، 2020، ص.114.

2- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.142-143.

3- حفصية دونه، "التعسف في العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص.115.

III. إستعمال الحق استعمالاً فيه إهمال أو خطأ ينشأ عنه ضرر بالغير:

إن إستعمال الإنسان لحقه على وجه ليس فيه إحتياط وإحتراز وتثبت، وأضر بالغير، عد متعسفاً أو مسؤولاً مسؤولية تقصيرية، سواء أكان خطأ في القصد كما لو رأى الصياد شبحاً من بعيد، فظنه صيداً، فأطلق عليه النار، فإذا هو إنسان، أو كان خطأ في الفعل، كما إذا سدد الصائد الرمية على صيد، فانحرفت وأصابت إنساناً فإن ذلك كله إساءة وتعسف في إستعمال الحق، ويترتب عليه تعويض الضرر الذي أصاب الغير لأنه كان يجب عليه التثبت والإنباه والإحتراز في كل من القصد والفعل، فإذا قصر في ذلك تحمل مسؤولية فعله¹.

وهناك حالتان لا تطبق فيهما هذه القاعدة:

- **الأولى:** إذا كان إستعمال الحق لا يمكن فيه الاحتراز والتثبت عادة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية على النحو المعتاد، فأفضى ذلك إلى تلف عضو أو نفس فلا يكون ضامناً.
- **الثانية:** إذا اتخذ الشخص للاحتياطات، ومع ذلك وقع الضرر، فلا يضمنه كما إذا قام إنسان بالتدرب على إطلاق النار في ملكه، ووضع لافتات على أرضه بعدم الدخول، فلا ضمان عليه إذا أصاب أحد دخل أرضه².

ب. معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني:

1- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخریجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية)، المرجع السابق، ص. 37.

2- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 240.

المشرع لم يأتي بتعريف للتعسف في استعمال الحق وإنما قام بالنص عليه في مواد القانون المدني، منها المادة 124 مكرر منه المتعلقة بالمسؤولية عن العمل الشخصي، معتبرا إياها صورة من صور الخطأ التقصيري، حيث وضع على ذلك ثلاثة معايير، ونص فيها على أنه: "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

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

وعليه وباستقراء نص المادة وتحليلها نجد أن المشرع سار في تقديره للتعسف في استعمال الحق على نفسه نهج ما أتى به الفقه الإسلامي، وأنه أيضا قد أخذ بكلا المعيارين، الذاتي حسبما جاء في الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي فيما تضمنته الفقرة الثانية والثالثة من ذات المادة، بمعنى أن المشرع اعتمد المعيارين معا¹.

ثالثا: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على العدول عن الخطبة

1- المشرع الجزائري قد عدل المادة 124 من القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 الموافق لـ 20 يونيو 2005، حيث نقل المادة 41 إلى المادة 124 مكرر حيث كانت تنص. في صياغتها القديمة على: "يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية: -إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ إلى الغير - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة حيث أنه بنقله للمادة من ترتيبها السابق مع الأشخاص الاعتبارية، فلم يعد هناك قطع للتسلسل المنطقي لنصوص، وإعادة صياغة النص. وتغيير الجملة بإضافة لاسيما في الحالات الآتية "حيث غير نص. المادة بعدما كانت المعايير على سبيل الحصر أصبحت على سبيل المثال يمكن أن تتسع دائرة المعايير حسب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

العدول عن الخطبة حق وشرع لمصلحة، فإذا لم يتفق الخطيبين ولم يحدث بينهما انسجام وتوافق كان لهما التراجع بدل إتمام الخطبة وتكليفها بالزواج، ففي غالب الأحيان سيكون هذا الزواج فاشلا، وقد ينتهي بالإنفصال، وعليه يمكن القول أن العدول وجب أن يتأسس على مسوغ وسبب جدي، فيما عدا ذلك اعتبر تعسفا في استعمال الحق خاصة إذا ألحق ضرراً بالطرف المعدول عنه، وفيما يلي سنحاول إسقاط معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على حالة العدول عن الخطبة، وذلك من خلال تطبيق المعايير الشخصية (أ)، ثم المعايير الموضوعية (ب)

أ. تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة:

طبقا للقواعد العامة لهذه النظرية، فإن هذا المعيار يبحث في قصد صاحب الحق في إلحاق الضرر بالغير، والدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، ونجد له مجالا أيضا في قضايا الأسرة وعلى رأسها العدول عن الخطبة، وتتجسد هذه المعايير في حالة العدول في:

1. معيار قصد الإضرار:

قياسا لنظرية التعسف في استعمال الحق وفقا للقواعد العامة على مسألة العدول فإن معيار قصد الإضرار يظهر عند العدول في الحالة التي يكون العدول بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر مثلا، كما يظهر أيضا في قرينة تكليف الطرف الآخر بأمور أو اشتراط شروط¹، بينما تكون نيته أن هذا التكليف أو الاشتراط المراد منه هو إلحاق الضرر بالطرف الآخر فقط، كأن يطلب الخاطب من خطيبته ترك وظيفتها، وهو في نفسه قاصد فقط جعلها تترك عملها ليعدل بعدها عن الخطبة، أو أن يشترط

1-عباس حفصي، "آثار التعسف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، مج05، ع01، 2022، ص.701.

عليها التوقف عن الدراسة بحجة الزواج، ثم يعدل عن الخطبة بعد تأكده من أنها توقفت عن دراستها وهذا كلها إضرارا بها فقط.

2. معيار المصلحة غير المشروعة:

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشراح، كما أنه أوسع مجالا في تطبيقاته العملية ومفاده أن الحقوق وسائل لتحقيق الغايات المشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وعلى ذلك فإن إستعمال صاحب الحق لحقه مع انتفاء مصلحة في هذا الاستعمال أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة ضئيلة بحيث لا تبرر الأضرار الناجمة عن ذلك الإستعمال، أو كان الإستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في إستعمال حقه، وفي موضوع الخطبة فإن الحكمة من مشروعيتها أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وقناعة تامة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجا له¹، أو أنه غير مرتاح في هذه العلاقة ولا يستطيع مواصلتها وتكليفها بالزواج، بل أن العلاقة إذا اكتملت بالزواج ستتعدد وسيكون الاتفاق فيها مستحيل وهذا يتنافى مع مقاصد الزواج، هنا تكمن المشروعية في العدول عن الخطبة لأنه يدرأ فشل العلاقة الزوجية فيما بعد، لكن إن كان العدول لغير هذه الغاية فإنه يعد مناقضا لمقصد الشارع هذه المشروعية، أو إن كان العدول بغرض تشويه سمعة الطرف الآخر حتى يُعرض الناس عن التزوج بها أو

1- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، المرجع نفسه، ص.94.

تزويجه أو مصاهرته، كأن يكون العدول عن الخطبة بفترة قليلة قبل موعد الزواج وبدون سبب يذكر، مما يترك تأويلات لدى الناس مما يسمح لهم بتأليف إشاعات تمس بشرف الفتاة أو سمعة الفتى¹.

ب. تطبيق المعيار الموضوعي على العدول عن الخطبة:

مما سبق معالجته حول هذا المعيار مسبقاً، فإننا نجد أنه يعتمد على ضابط التناسب والقياس بين المنفعة المحصلة وبين المضرّة الموقّعة، فإذا قيسّت المنفعة التي تمّ تحصيلها مع المفسدة أو المضرّة التي تمّ إيقاعها، واستغرقت المضرّة المنفعة أو كانت مساوية لها، اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق.

وعليه يظهر جلياً أن المعيار المادي يعتمد في أساسه على ضابطين أساسيين هما:

1. اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

هذا المعيار أو الضابط يقوم على الموازنة بين المصالح المتعارضة فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للغير أعظم منها، كان ذلك صورة من صور التعسف في استعمال الحق².

وعلى هذا الأساس وفي مسألة العدول عن الخطبة فإنه إذا قام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة لأسباب التي يعتقد بأنها دوافع ومبررات لهذا العدول، ولتحقيق مصالح خاصة به، لكن هذه المصالح يترتب عنها مفسد وأضرار³ تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر وكانت الأضرار المتوقعة أشد وطئاً وأعظم خطراً من المصلحة المراد تحقيقها من العدول، فإن هذا الأخير يعد تعسفاً لأن دفع الضرر

1- أحمد الصويغي شلييك، "التعسف في استعمال الحق قصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ع38، ص21.

2- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص269.

3- عباس حفصي، المرجع السابق، ص702.

أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية القائلة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح"¹، ومثال ذلك أن يعدل الخاطب عن خطوبته من أجل السفر إلى بلد آخر من أجل العمل، فحتى وإن كان هذا العمل الجديد سيحسن من المستوى المادي للخاطب إلا أنه سيؤثر سلبا على المخطوبة على المستوى النفسي وكذا على سمعتها خاصة والكلام الذي قد يقال عنها والذي سيؤثر على سمعتها، وهذا الضرر أثره أقوى بكثير من المنفعة المادية التي سيجلبها العمل الجديد، وعليه اعتبر ذلك تعسفا لتعارض المصالح، وذات الأمر إذا قامت المخطوبة بالعدول عن الخطبة من أجل العمل أو الهجرة إلى بلد آخر اختيارا وتفضيلا منها على إتمام الزواج دون أن تأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي سيلحق بالطرف الآخر، فهذا يعتبر تعسفا منها في حق الخاطب.

2. معيار الضرر الفاحش:

بقياس هذا المعيار على مسألة العدول عن الخطبة فإنه يتبين في الحالة التي يقدم فيها أحد الخاطبين على فعل يمس بالطرف الآخر مساسا فادحا له آثار وخيمة على الطرف المعدول عنه، ومثال ذلك أن يطيل الخاطب في الخطبة بحجة الدراسة، أو أن يسافر إلى بلد آخر على أساس تحسين الوضع المادي لفترة معينة ثم يعود لإبرام عقد الزواج، فتطول المدة ليقوم هذا الأخير وبدون سبب وبدون سابق إنذار بالعدول عن الخطبة، أو يتزوج بفتاة أخرى دون أن يعلم خطيئته فيكون ذلك كالفاجعة على المخطوبة وما يخلفه ذلك من أضرار نفسية عليها، فضلا عن السنوات التي أمضتها في انتظاره، أو أيضا في الحالة التي يكتشف فيها الخاطب أن خطيئته مرتبطة بعلاقة غير شرعية مع شخص آخر، فهذا الفعل

1- حفصية دونه، "التعسف في العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري"، المرجع السابق، ص. 119.

يعد هادماً لأواصر الثقة التي هي أساس العلاقة خاصة أنه كان يرى في المخطوبة زوجته المستقبلية، والمفروض أنها تصون عرضه وشرفه.

ومتى أسقطنا معايير نظرية التسعف في استعمال الحق على مسألة العدول عن الخطبة، وتؤكد وجود تعسف في العدول، وألحق هذا العدول ضرراً للطرف المعدول عنه، ترتب عن ذلك آثار قانونية تعد في ذات الوقت حماية للمضروب، مما يوجب علينا إيضاحها، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثالث:

الآثار القانونية للتعسف في العدول عن الخطبة

ممارسة حق العدول على الوجه المنافي له، أو تجاوز حدود ممارسته التي أقرها كل من الفقه الإسلامي والقانون، إذا ألحقت ضرراً للطرف المعدول عنه، يعد تعسفاً في ممارسة الحق، وهذا الضرر يستوجب جبره عن طريق التعويض، وفيما يلي سنحاول الإلمام بجوانب الأثر المترتب في حالة التعسف في الإحجام عن الخطبة، وذلك بدراسة استحقاق التعويض (أولاً)، ثم التطرق إلى عناصر التعويض (ثانياً).

أولاً: استحقاق التعويض

نظراً لغياب الوعي القانوني لدى الأفراد سابقاً، فإن أروقة المحاكم لم تكن تعرف قضايا التعويض عن العدول عن الخطبة، غير أنه ومع التطور الذي شهدته المجتمعات، فإن الأفراد أصبحوا أكثر إدراكاً

ووعيا بأحقيتهم في الحماية القانونية، ومدى إستحقاقهم للتعويضات في حال أصابهم ضرر، ومسألة العدول شأنها شأن جميع المسائل، تستوجب جبر الضرر، لما للعدول من آثار نفسية ومادية، مما يعطي الحق للمعدول عنه أن يرفع دعوى قضائية موضوعها المطالبة بجبر الضرر الذي وقع عليه، وذلك بناء على أساس التعسف في ممارسة الحق، وهذا استشهدا بما ورد في القواعد العامة التي جاء النص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني، حيث نصت صراحة على أن "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ"، فإعتبرت هذه المادة بنص صريح أن الإستعمال الذي يتجاوز الحدود القانونية للحق يعد صورة من صور الخطأ.

وهذه المسألة أثارت اختلافا فقها حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية، وذلك حتى بعد أن إتفقوا على إدراج مسألة العدول عن الخطبة والتعويض عنها في إختصاص المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، وذلك بعد تسببهم لذلك بالتكييف القانوني للخطبة على أنها وعد بالزواج وليست عقدا، والوعد إذا وقع فيه ضرر قامت المسؤولية التقصيرية خاصة بتوافر أركانها الثلاث معا خطأ وضرر وعلاقة سببية.

فجانب من الفقه ذهب إلى إعتداد الخطأ التقصيري كأساس للتعويض، وجانب آخر اعتمد الضرر كأساس لذلك، سنفصل في الأساسين فيما يلي:

أ. الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في استعمال حق العدول:

التعسف في ممارسة الحق صورة من صور الخطأ التقصيري، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني، وعليه ما يمكن قوله أنّ من أسّس قيام المسؤولية التقصيرية في حق

العادل عن الخطبة وموضوعها يتمثل في التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة، وهذا ما ذهب إليه فقهاء القانون، أيضاً من أقوالهم نجد: "فسخ الخطبة يترتب عليه التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، لأنّ الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً، فالخطأ الذي يرتكبه العادل هو الانحراف على السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول"¹.

وعليه، يمكن القول أن المعيار المتبع لقياس مدى تعسف الخاطب في ممارسته لحقه في العدول هو معيار الشخص المعتاد الذي لا يمارس حقه بنية الإضرار بالغير، ولا يستعمل حقه لتحقيق غرض غير مشروع أو مصلحة ضئيلة مقارنة مع الضرر الذي سيتسبب فيه متى حاد عن الصواب ومارس حقه في أي صورة من هذه الصور اعتبر متعسفاً في حق الطرف الآخر، إلا أن فكرة تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري تعرضت لانتقادات عديدة، خاصة على اعتبار أنها قومت الأساس على الخطأ بينما العدول عن الخطبة في أصله هو ممارسة حق مشروع شرعاً وقانوناً وليس خطأ.

ب. الضرر التقصيري كأساس للتعويض عن العدول عن الخطبة

الجانب الثاني من الفقه ذهب إلى أن حق العدول حق كباقي الحقوق مقرر لحكمة تقتضيها مقاصد الشريعة الإسلامية تتمثل في عدم إرغام شخص على إبرام عقد لا يريده وعليه لا يمكن إرغام شخص بالتزوج من شخص لا يريده، ومتى تحقق الخروج عن هذه الحكمة، فإن قواعد المسؤولية تصبح

1- شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، "تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث المركز الجامعي أفلو، 2018، مج 01، ع 02، ص. 342-343.

واجبة التطبيق خاصة إذا كان الضرر قد وقع على الطرف المعدول عنه، فيكون له المطالبة بجبر هذا الضرر، فالضرر وقع بعد أن تم تجاوز حد ممارسة الحق، وهذه الممارسة المغلوطة هي التي أدت إلى التسبب في الضرر، إذن العبرة حسب هذا الاتجاه بالنتيجة ألا وهي الضرر، الذي يقاس عليه تجاوز الحدود المرسومة لاستعمال الحق، وهذا المقياس أسهل إثباتاً من سابقه (الخطأ التقصيري) حيث يكون الضرر إذا وقع جراء استعمال حق، يبين بكل تأكيد أن طريقة استعماله كانت انحرافاً عن الطريقة المفترضة إتباعها¹.

وعليه، إذا ما قلنا بمسألة العدول عن الخطبة فإن إثبات وقوع ضرر جراء العدول تبين أن استعمال الخاطب لحقه في العدول كان على غير الطريقة المفترضة استعماله له، مما سبب ضرر للطرف المعدول عنه وهذا أمر يسهل تبيانه من خلال الوقائع وملابسات القضية هذا من جهة.

ومن جهة أخرى يظهر لنا موقف المشرع من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة فقرة 03 التي نصت في مضمونها: "...إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"

هذه المادة تبين صراحة أن المشرع قد أقر التعويض عن الضرر الذي قد يلحق أحد الطرفين جراء العدول، وتبين أيضاً وصراحة أن المشرع أقر التعويض عن الضرر بنوعيه المادي والمعنوي.

إلا أنه وفي قوله: "جاز الحكم له بالتعويض" هنا نستشف أن هذا الأخير أوكل السلطة التقديرية في تقدير التعويض إلى قاضي الموضوع، فإذا رأى القاضي وجود ضرر وتأكد من أن الضرر كان نتيجة

1- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص. 82.

فعلية لخطأ العادل عن الخطبة وذلك تبعا لملازمات القضية كان له أن يحكم بالتعويض الذي يراه متناسبا مع الضرر الذي وقع وحتى نص المادة 124 مكرر من القانون المدني جاءت لتعزز ذلك حيث تنص على ضرورة تعويض الطرف المضرور متى تأكد وقوع الضرر عليه من طرف المخطئ¹.

ثالثا: عناصر التعويض عن العدول

طبقا لمقتضيات المادة 05 من قانون الأسرة فقرة 03 بقولها: "إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي" وهو يتفق مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، وبهذا النص نجد أن المشرع أقر التعويض على أساس الضرر المادي (أ) ثم المعنوي (ب)، وسنحاول تناول كل واحد منهما على حدة.

أ. الضرر المادي:

يمكن أن يتجسد الضرر المادي في العدول عن الخطبة الذي يمس الطرف المضرور في ماله، في الحالة التي يكون فيها الطرف المعدول عنه قد أنفق أموالا في سبيل التجهيز للزفاف وعند إقتراب مواعده، عدل الطرف الآخر دون سبب²، فالفتاة مثلا إعتادت حسب العادات على شراء مستلزمات العرس من ملابس وحلي وتجهيزات مسكن الزوجية قبل موعد الزفاف، فإذا عدل الخاطب قبل موعد الزفاف بفترة قصيرة فإن ذلك سيكلف الفتاة خسائر مادية³، الأمر ذاته إذا كان الخاطب تكلف عناء تجهيز منزل الزوجية من أدوات كهرومنزلية، أو قام بتأجير مسكن الزوجية ثم تعدل المخطوبة عن الخطوبة فإن

1- شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، المرجع السابق، ص. 345.

2- سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، 2004، مج 05، ع 09، ص. 03.

3- عز الدين مرزا ناصر، "الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة"، مجلة الراصد للحقوق، العراق، 2005، مج 03، السنة العاشرة، ع 26، ص. 230-231.

ذلك سيسبب للخاطب خسائر مادية، هذا الضرر يوجب للطرف المضرور استحقاق التعويض على أساسه.

أما الأضرار المادية الأخرى التي من المحتمل أن تمس الطرف المعدول عنه قد تكون أضراراً جسمانية تصاحب العدول ولا تترتب عن العدول في حد ذاته، أي أن الأفعال المصاحبة للعدول هي التي يمكن أن تتسبب في ضرر جسماني للطرف الآخر، مثل ذلك أن يكون هناك اعتداء جسماني على الطرف المعدول عنه فضلاً عن العدول، وفي هذه الحالة تقوم المسؤولية الجزائية جنباً إلى جنب مع المسؤولية التقصيرية، فالإعتداء الجسماني يعد جريمة يوجب قيام المسؤولية الجزائية¹، ويتم العقاب عليه وفقها، ويكون للطرف المضرور أيضاً استحقاق التعويض على أساسه أيضاً².

ب. الضرر المعنوي:

يشمل التعويض عن الضرر المعنوي طبقاً للقواعد العامة في المادة 182 مكرر من القانون المدني على أن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالشرف والسمعة والحرية، فقياساً على ذلك فإن العدول عن الخطبة له نفس الأثر على الشخص ويلحق به نفس النوع من الأضرار المعنوية زيادة عن الضرر الذي

1- المادة 264 من القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتعلق بقانون العقوبات، تقضي بأنه: "كل من أحدث عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج، إذا نتج عن هذه الأنواع من العنف مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر (15) يوماً".

2- أسامة السيد عبد السمیع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامع الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 68.

قد تلحقه الأفعال المصاحبة للعدول أو ما ترتب عنه كضياع فرص الزواج أو المساس بشرف الشخص وسمعته¹.

1. الضرر المعنوي الناتج عن العدول في حد ذاته:

يفترض أن تتكامل الخطبة بالزواج، غير أنه وفي أحيان كثيرة قد لا يحدث ذلك، فيحجم الطرفان أو أحدهما عن فكرة الارتباط مما يولد في نفس الطرف فالعدول عنه خيبة أمل، فعلى الرغم من أن العدول حق مكفول لكلا الخطيبين كما رأينا، إلا أن ممارسة الحق على نحو فيه تجاوز للحدود الشرعية والقانونية يعتبر تعسفا في استعمال الحق، حيث قال بعض الباحثين: "إذا صاحب العدول أضرار سواء نجمت عن العدول في حد ذاته بسبب تقصير أو إهمال أو إخلال بواجب الحيطة أثناء العدول أو بسبب تصرفات أجنبية عنه، فهي واجبة التعويض"².

فمثلا الخطبة الطويلة إذا تم العدول بدون مسوغ شرعي اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، خاصة إذا كان من عدل عن الخطبة هو من طلب إطالة الخطبة، فوجب عليه التعويض، وقد جاء في ذلك قرار المحكمة العليا الذي أقر بذلك سنة 1991³.

1- عبد الله مبروك النجار، "ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، ع28، ص22.

2- عابدي عبد الله، محامي مختار، "التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة (بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)"، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2015، مج 16، ع 27، ص73.

3- م.ع. غ.أ.ش 1991/04/23، الملف رقم 73919، المجلة القضائية، 1993، ع1، ص54.

ومحتوى القرار هو أن "استطالة أمد الخطبة والإحجام عن إتمامها، ثم العدول عن الخطبة كل ذلك أمور لا تفيد العدول عن إتمام الزواج، ولا تعد أفعالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول، فمجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة، إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه ألحقت الضرر بأحد الخطيبين"

2. الضرر الناتج جراء تفويت الفرص:

القاعدة الشرعية القائلة "لا ضرر ولا ضرار"¹ تحرم الإضرار بالغير وهو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، فالخاطب أو المخطوبة بمجرد الخطبة ليس لهما أن يرتبط بشخص آخر فخطبة المخطوبة حرام شرعا تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ﴾ رواه البخاري، وحتى الخاطب ليس له أن يخطب فتاة أخرى وهو خاطب فحتى وإن كان ذلك غير محرم إلا أن ذلك غير جائز أخلاقيا وإنسانيا، وعليه إذا كانت الخطبة قد دامت لفترة زمنية وبالتزام الطرفين بالعلاقة فإن ذلك قد يضيع على الفتاة فرص الارتباط برجل آخر بمواصفات أحسن، فيقول أحد الفقهاء²: "ولا شك في أن المخطوبة قد تتضرر أدبيا أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها، كأن يفوت الخاطب عليها خاطبا آخر كان مستعدا لأن يدفع لها مهرا أكثر، أو يعيش معها في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم، أو كان صاحب منزلة اجتماعية أرقى وأعلى، وإذا استمر الخاطب في خطبتها سنين - كما يقع كثيرا - فإنه يفوت عليها الخاطبين بعد أن تصبح في سن يقل الراغبون في زواجها³.

فإن تفويت الفرصة، وما تتركه في النفس من معاناة الخيبة وسوء الحظ، يشكل نوعا من أنواع الضرر الجدير بالاهتمام، والذي يستحسن أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض⁴.

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.142.

2- قال بذلك مصطفى السباعي.

3- مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.84.

4- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.142.

وفي هذا السياق جاء قرار المحكمة العليا لسنة 2006 المتعلق بالطلاق قبل الدخول أنه: "يحق للمطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها، وفقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة"¹

يمكن أن نقول عن منطوق القرار أن قضاة الموضوع أعطوا للمطلقة قبل الدخول الحق في استحقاق التعويض عن ضياع الفرص، لكن المطلقة قبل الدخول لها الحق في المتعة، كما أنّها تستحق نصف الصداق، ففي هذا إثقال لزمة المطلق المالية، خاصة إذا كانت نية الزوج إتمام الزواج وعدم الفراق، لكن الظروف هي التي أدت إلى الطلاق، كما أن تفويت الفرصة لا يمكن أن نطبقها في حالة الزواج، بل يمكن تطبيقها في حالة الخطبة الطويلة فقط، فالزواج يختلف عن الخطبة.

هذا القرار تعلق بالطلاق قبل الدخول، لكن قياسا عليه يمكن بناء دعوى التعويض عن العدول على الخطبة على أساس تفويت الفرص خاصة إذا كانت الخطبة دامت لسنوات عديدة وتم العدول بدون سبب جدي.

3. الضرر الناتج جراء المساس بالسمعة والشرف:

المفروض في الأصل هي السمعة الطيبة للإنسان التي يحاول قدر الإمكان الحفاظ عليها، فأى اعتداء على الكيان المعنوي للشخص يكون في أغلب الأحيان اشدّ ألما من الاعتداء على الجسد الذي

1-م.ع.غ.أ.ش 2006/11/15، الملف رقم 372290، م.ق، ع1، 2007، ص.487.

يحتمل شفاؤه بالتداوي والعلاج، لذا وجب احترام الكيان المعنوي للشخص والذي يتحقق بالمحافظة على اعتبار الشخص وكرامته وشرفه بين أفراد أسرته ومجتمعه¹.

وعليه، يمكن القول أنّ العدول عن الخطبة في حد ذاته أمر يحز في نفس الطرف المعدول عنه، إلا أن العادل قد يصحب العدول بضرر من نوع آخر وذلك بتعدي الطرف العادل على شرف الطرف المعدول عنه أو العكس فقد يقوم الطرف المعدول عنه بالاعتداء معنويا على الطرف العادل انتقاما منه على عدوله وذلك بطعنه في شرفه وسمعته، كأن يقوم بإطلاق إشاعات من شأنها المساس به².

فالمخاطب العادل مثلا فضلا عن عدوله قد يقوم بنشر صورها التي كانت تبعثها خلال فترة الخطوبة للملأ³، ويتهم الفتاة بأمور مشينة من شأنها المساس بها، وهذه الإدعاءات ما هي إلا افتراءات كاذبة فقط لتشويه صورتها أما الغير، وهذا من شأنه أن يجعل الخطاب يعزفون عن الزواج بها لسمعته التي شوهت⁴، والأمر ذاته إذا كانت هي من عدلت عن الخطبة فيدعي المخاطب بقول أمور زائفة في حقها ليديم حياتها، أو قد تقوم الفتاة إذا عدل المخاطب عن الخطبة انتقاما منه بقول أمور كذب فقط لتشويه صورته، فيتسبب ذلك في رفض الناس تزويج بناتهم له، ويرفضون مصاهرته.

وفي هذا الصدد، أتى قرار المحكمة العليا لسنة 1999 في قضية تتعلق بإساءة سمعة فتاة لإبعاد الخطاب عنها، حيث جاء فيها "إن إخبار الغير بأن الضحية عاهرة وتقديم صورتها له وثلاث أشرطة

1- فرقاني قويدر نور الإسلام، التعويض عن الضرر المعنوي في ضوء القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018/2017، ص.106.

2- فرقاني قويدر نور الإسلام، المرجع نفسه، ص.106.

3- بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.55.

4- عابدي عبد الله، محامي مختار، المرجع السابق، ص.76.

تؤكد علاقته بها ونصحها بالابتعاد عن هذه العائلة وعدم خطبة الضحية يشكل مساساً بالاعتبار والشرف¹.

هذه الحالة فيها اعتداء صريح على سمعة الفتاة لإبعاد الخطاب عنها وهذا اعتداء معنوي يمس بسمعتها وكرامتها، فيكون لها المطالبة بالتعويض مع إمكانية رفع دعوى جزائية واتهام الشخص بالشهير. المشرع أوكل مهمة الفصل في النزاعات المتعلقة بمسألة العدول عن الخطبة وتبعاته، من استرداد للهدايا والصدقات وما إلى ذلك من آثار العدول، فضلاً عن الفصل في مسألة التعسف في استعمال حق العدول والتحقق من وقوعه فعلاً من عدمه، وعن مداه ونوع الضرر الذي وقع على الطرف المتضرر إذا ما كان مادي أو معنوي إلى قاضي الموضوع.

فالقضاء أجاز هو الآخر المطالبة بالتعويض من الطرف المتضرر من العدول التعسفي، لأن العدول في حد ذاته لا يلحق ضرراً، لكن العدول التعسفي أو العدول الذي صاحبه أفعال تضر بالطرف المعدول عنه، هي التي تستوجب التعويض، هذا ما نص عليه القرار رقم 56097، حيث نص منطوق القرار على: "من المقرر قانوناً أنّ الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجية قاطعة على المعني، ومن المقرر أيضاً أنّه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرراً مادياً أو معنوياً لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض..."²، من مضمون القرار نجد أنّ القضاء أقرّ بحق المعدول عنه في التعويض سواء المادي أو المعنوي، ويكون ذلك إما بناء على إقرار واعتراف المدعى

1- م.ع.غ.ج، المؤرخ في 1999/05/04، الملف رقم 177731، قرار غير منشور، نقلاً عن أطروحة فرقاني قويدر نور الإسلام، المرجع السابق، ص.110.

2- م.ع.غ.أ.ش، القرار رقم 56097، الصادر بتاريخ 1989/12/25، م.ق، ع4، 1990، ص.102.

عليه، أو إثبات الطرف المضرور لوقوع التعسف وإثبات أيضا العلاقة السببية بين الضرر وخطأ المعدول عنه.

فيكون الإثبات بادئ الأمر متعلقا بإثبات الخطبة إما بالإقرار أو ببشهادة الشهود أو الرسائل، أو الصور وما إلى ذلك من وسائل الإثبات ثم إثبات الضرر، فتخضع هذه الوسائل للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع¹، أين يراعي تناسب الضرر مع الخطأ ووجود العلاقة السببية بينهما فعلا، مستعينا في النظر في ذلك بتطبيق المعايير الموضوعية والذاتية².

كما يكون القاضي هو المسؤول الأول عن تقدير قيمة التعويض لأن التشريع لم يتدخل بتحديداتها تاركا الأمر بيد القضاء³، ولقد أحسن المشرع فعلا بذلك، لأنه لو تدخل بتحديد قيمته سيكون ذلك بمثابة تقييد وحصر، فتكون القيمة المنصوص عليها بمثابة قاعدة جامدة قد لا تخدم المضرور أو قد لا تخدم المتسبب في الضرر لأن الأصل أن كل حالة وكل قضية تختلف عن الأخرى، فكل قضية ملابسات ووقائع مختلفة، وحجم ضرر وخطأ مختلف عن الآخر، فالقاضي هو وحده من يستطيع تقدير التعويض المتناسب مع كل قضية ومع مراعاة ظروف الطرفين الاجتماعي.

1- شندارلي توفيق، "الخطبة والعدول عنها، دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء"، المرجع السابق، ص.356.

2- فاروق خلف، "أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة حمه لخضر الوادي، 2016، مج02، ع01، ص.97.

3- عابدي عبد الله، محامي مختار، المرجع السابق، ص.80.

خلاصة الفصل:

الخطبة هي الخطوة الأولى للزواج، تمهد له من خلال إعطاء فرصة لكل من الطرفين على التعرف على بعضهما البعض وعلى عائلات بعضهما، وذلك وفقا للضوابط الشرعية للشريعة الإسلامية، وتعد وفقا للتكييف القانوني والفقهى لها مجرد وعدا بالزواج فقط، إلا إذا اقترنت بالفاصلة في مجلس العقد المتوفر على أركان وشروط صحة الزواج، فذلك يعتبر زواجا شرعيا، فإذا اكتملت الخطبة بالنهاية المرجوة لها وتكملت بالزواج فلا تثور أي إشكالات، إلا أنه قد لا يتم الزواج لعدم توافق الخطيبين وعدم اتفاقهما فيكون لهما طبقا للحق الشرعي والقانوني، والمتمثل في حق العدول التراجع عن الخطبة شريطة أن لا يسبب ضررا للطرف المعدول عنه، وأن يكون العدول مبينا على أسباب ومسوغات، وإلا اعتبر ذلك تجاوزا وتعسفا لممارسة حق العدول، فإذا سبب العدول المتعسف فيه ضررا للطرف المعدول عنه سواء ضررا ماديا أو معنوي، كان له أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها التعويض عما أصابه من ضرر، وفقا

لقواعد المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في استعمال حق العدول، ويكون لقاضي شؤون الأسرة الذي يعرض عليه النزاع أن يحكم بالتعويض الذي يراه متناسبا مع حجم الضرر وجسامة الخطأ، مراعيًا في ذلك ملائسات القضية وظروف الطرفين ومدى تفعيل معيار التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة في قضية الحال. وفي الفصل الموالي سندرس العقد الذي مهدت له الخطبة، وذلك لتحديد إطاره التنظيمي ومكانة المسؤولية المدنية فيه.

الفصل الثاني:

تفعيل المسؤولية التقديرية حالة

الإخلال بأحكام عقد الزواج

عنت كل من الشريعة الإسلامية والقانون بعلاقة الزوجية، لاعتبارها حجر الأساس في تكوين الأسرة، التي تعد هي الأخرى أساس قيام المجتمع والأمة ككل، وهذه العناية كفلت لها من خلال تنظيم هذه الرابطة، من أول خطواتها ومصاحبتها بترسانة من الحدود والضوابط في الإبرام، فضلاً عن تحديد ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات، وذلك تأكيداً وحرصاً على تحقيق المرجو منها، كما أنهما من خلال تحديد الحقوق والالتزامات، أكدوا على حماية الطرفين من تعسف بعضهما البعض أو أحدهما اتجاه الآخر، والذي من شأنه التسبب في أضرار تؤثر على العلاقة، وسنتطرق فيما يلي إلى معالجة الموضوع على ثلاث مباحث:

مبحث تمهيدي: ماهية الزواج

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بركن الرضا.

المبحث الثاني: المسؤولية المدنية بين العقدية والتقصيرية حالة الإخلال بالحقوق الزوجية.

مبحث تمهدي:

ماهية الزواج

على الرغم من إطلاق مصطلح "العقد" على رابطة الزوجية، إلا أنه وبسبب اعتبارات عديدة، لا يمكن أن نقول عنه أنه عقد حسب الشكل الكلاسيكي للعقود، لأنه يعتبر عقد ذو طبيعة خاصة تنفرد به عن غيره من العقود، فهذا العقد ليس عقد مادي فقط إنما هو عقد روحي بين الطرفين، يكون نتاجه أسرة وأولاد ومجتمع، لذا خصت هذه العلاقة بسياج خاص من التنظيم انعكس عليها منذ الوهلة الأولى في ترتيبها، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه من خلال تحديد الإطار المفاهيمي لعقد الزواج (المطلب الأول) ثم تبيان حكمه الشرعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم الزواج

الزواج علاقة شرعية تربط الرجل بالمرأة، ويكون الهدف منها تأسيس أسرة وإحسان النفس وإنجاب الأطفال فهذا هو عماد المجتمع والأمة ككل، هذا ما يضيف عليه أهمية كبيرة تدفعنا إلى محاولة الوقوف على مفهومه لغة (الفرع الأول) واصطلاحاً (الفرع الثاني)، ثم قانوناً (الفرع الثالث)، وهذا ما سيتم فيما يلي:

الفرع الأول:

تعريف الزواج لغة

يعرف الزواج أو النكاح بأنه الضّم والجمع، ومن أمثالهم: أنكحنا الفرس وسنرى: أي جمعنا بين حمار الوحش والآثان لننظر ما يتولد منهما¹.

لفظ الزواج مأخوذ من ضم الأشجار مع بعضها البعض، حيث يقال تناكحت الأشجار، أي تشابكت مع بعضها.

وقولهم نكح المطر الأرض إذا اختلط بترابها أو اعتمد عليها².

يعرف الزواج لغة أيضا بأنه الاقتران والارتباط، فيقال زوج الشيء بالشيء وزوجه إليه، قرنه به³، ومنه قوله تعالى: ﴿كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾⁴.

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾⁵ أي يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله، فيقرن الصالح مع الصالح والفاجر مع الفاجر، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أي ردت إليها⁶.

1- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلاحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، باب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 1937، ص.03.

2- محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، الجامعة الإسلامية للطباعة والنشر، الرياض، 2004، ص.202.

3- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.23.

4- سورة الدخان، الآية 54.

5- سورة التكويد، الآية 07.

6- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص.45.

الزوج في اللغة يقصد به الشكل الذي يكون له نظير كالأصناف والألوان، أو يكون له نقيض

كالرطب واليابس، الذكر والأنثى، الليل والنهار... الخ

يطلق على الزواج لفظ النكاح، بل إن هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعاً في الشريعة

والفقه¹، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ

أَعْجَبْتَكُمْ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ

إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾²

وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتًى

وُثْلًاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾³.

معنى النكاح: نكح فلان امرأة، ينكحها نكاحاً، إذا تزوجها ونكحها وينكحها باضعها

أيضاً، وكذلك دَحَمَهَا وَحَجَّأَهَا لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ

أَوْ مُشْرِكٌ﴾⁴ تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية، وكذلك الزانية لا يتزوجها إلا زان ومعنى النكاح هنا هو

الوطء⁵.

1- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.72.

2- سورة البقرة، الآية 221.

3- سورة النساء، الآية 03.

4- سورة النور، الآية 03.

5- ابن منظور، لسان العرب، مج2، المرجع السابق، ص.625.

الفرع الثاني:

تعريف الزواج اصطلاحاً

المفاهيم التعريفية للزواج تعددت عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فنجد أنها اتفقت في السياق

لكن اختلفت في الألفاظ، وتمثلت هذه التعاريف في:

أولاً: الزواج في الفقه القديم:

عرفت الآراء الفقهية الأربعة الزواج على أنه:

النكاح حسب الفقه المالكي مفاده الوطء، "نكح الرجل امرأته أي أنه وطأها أي جامعها"¹،

أي أنه عقد على مجرد تلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها، إن حرمتها

الكتاب على المشهور أو الجماع على قول الآخر².

كما عرفه الحنابلة على أنه عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص به الوطء، لأن الزوجين في حالة

الوطء يجتمعان وينظم كل واحد منهما إلى صاحبه حتى يصير كالشخص الواحد، وقد يستعمل في

العقد مجازاً، إنما هو في الحقيقة يرد في الوطء، فمتى أطلق النكاح في الشرع يراد به الوطء³.

بينما قال عنه الفقه الشافعية على أنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو

ترجمته⁴.

1- علي الصعيد العدوي، الحاشية على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، ج2 (باب النكاح)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1994، ص.39.

2- الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ط1، دار الغرب الإسلامي للنشر والتوزيع، لبنان، 1993، ص.235.

3- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلاجي، (باب النكاح)، المرجع السابق، ص.03.

4- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج، باب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.200.

الاختلاف الذي يبدو على ألفاظ التعاريف المقدمة من طرف الآراء الفقهية، لا تخفي اتفاقها في المعنى، حيث أجمعت على أن الزواج عقد يبيح استمتاع الرجل بالمرأة، غير أن ما يعاب على هذه التعاريف أنها ربطت الزواج بفكرة واحدة تتمثل في الاستمتاع، بينما عقد الزواج أشمل وأعم من ذلك أيضا جعلوا الاستمتاع من جانب الرجل دون المرأة، بينما الشارع بتحليله للزواج ونصه عليه جعل منه رباطا يفيد استمتاع الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل، أي استمتاع متبادل بينهما.

ثانيا: تعريف الزواج في الفقه المعاصر:

تعددت التعاريف المعاصرة للزواج فكانت كالاتي:

عرفه أحد الفقهاء بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، ويفيد تعاونهما، ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات"¹. كما عُرِفَ بأنه: "عقد يُنشئ بين الرجل والمرأة حقوقا شرعية تقوم على المودة والرحمة والمعروف والإحسان"². وعُرِفَ أيضا بأنه: "عقد يفيد اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها"³.

الملاحظ من هذه التعاريف أنها وسعت من مفهوم الزواج، كما أنها أعطت تعاريف شاملة لعقد الزواج مع محاولة تبيان مقاصده خلافا على الفقه القديم الذي حصر المبتغى من الزواج في الإستمتاع فقط.

1- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.18.

2- محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.م.ن، دار الفكر، د.س.ن، ص.217.

3- محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.47.

الفرع الثالث:

تعريف الزواج قانوناً

عرّف الزواج وفقاً لنص المادة 04 من قانون الأسرة على أنه: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

بتحليل نص المادة المذكورة أعلاه نستنتج أن المشرع عرف الزواج إستناداً إلى ما ورد في الفقه الإسلامي، بقوله: "...بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، كما أنه عدّد الأهداف المرجوة من الزواج بقوله: "...من أهدافه تكوين أسرة المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"¹

كما أننا نلاحظ التعديل الذي طرأ على نص المادة، وذلك بإضافته مصطلح "رضائي" بنصه على "الزواج عقد رضائي" هذا المصطلح أضيف وفقاً للتعديل الذي عرفته نصوص قانون الأسرة بموجب الأمر 05-202، وهذه الإضافة أتت كتأكيد للتعديل الذي عرفته أركان عقد الزواج والتي جعلت من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج فمصطلح الرضائي أكدت وبينت مكانة الرضا في إبرام عقد الزواج.

1- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.75.

2- الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، المتضمن لتعديل قانون الأسرة، ج.ر، ع 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

المفاهيم المعطاة لعقد الزواج تدل صراحة وضمنا على مشروعيته والحكمة منه في بناء الأمة، وصيانتها وترسيخ المقاصد الأساسية المرجوة منه، وفيما يلي سنتطرق إلى محاولة تبيان هذه المشروعية، فضلا عن تحديد حكمه الشرعي من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

مشروعية الزواج وحكمه

الزواج فطرة إنسانية جُبل عليها الإنسان ونظمتها الشريعة الإسلامية وفق ضوابط، ووردت العديد من الأسانيد في الكتاب والسنة التي تدل على ضرورة الزواج، فضلا عن تبيان حكمه وهذا ما سيتم التطرق إليه في (الفرع الأول) مشروعية الزواج، مع إيضاح الحكمة من هذه المشروعية من خلال (الفرع الثاني)، أما (الفرع الثالث) فسنقف على حكمه الشرعي.

الفرع الأول:

مشروعية الزواج

دلت النصوص القرآنية والأحاديث النبوية على مشروعية النكاح، ويمكن أن نوجز دلالة النصوص على مشروعية النكاح في النقاط الآتية:

وردت العديد من الآيات في القرآن الكريم الدالة على مشروعية الزواج زمن هذه الآيات: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾¹.

1- سورة النساء، الآية 03.

وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾¹.

وقوله: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنَ وَحَفْدَةٍ وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَةِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾².

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾³.

وقوله أيضا: ﴿فَاطِرُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَمِنَ الْأَنْعَامِ أَزْوَاجًا يَذُرُّكُمْ فِيهِ لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ الْبَصِيرُ﴾⁴.

وقوله أيضا: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁵.

ويقول تعالى أيضا: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ﴾⁶.

كل هذه الآيات وغيرها جاءت لتدل صراحة على مشروعية الزواج وضرورته وأهميته، فالزواج سكن وراحة وطمأنينة لكلا الطرفين فضلا عن ضرورته للحفاظ على النسل وتحقيق الحماية للنوع

1- سورة النور، الآية 32.

2- سورة النحل، الآية 72.

3- سورة النساء، الآية 01.

4- سورة الشورى، الآية 11.

5- سورة الروم، الآية 21.

6- سورة الرعد، الآية 38.

الإنساني على وجه الأرض، وحماية النفس من الفواحش وإبعادها عن الرذيلة وإحصائها وهذا من أهم المقاصد الخمس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

أما من السنة ما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من الأحاديث النبوية العديدة والتي تؤكد على مشروعية الزواج نجد منها قوله:

﴿يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ﴾¹.

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: ﴿تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ، فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ﴾².

وقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ

لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ﴾³.

وقوله أيضا: ﴿إِذَا أَتَاكُمْ مِنْ تَرْضَوْنَ حُلُقُهُ وَدِينُهُ فَرُجُوهُ، إِلَّا تَفْعَلُوا تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَفَسَادٌ

عَرِضٌ﴾⁴.

وعن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿إِنَّ مِنْ سُنَّتِنَا

النِّكَاحِ، شِرَارِكُمْ عَزَائِبُكُمْ، وَأَرَادِلُ أُمَوَاتِكُمْ عَزَائِبُكُمْ﴾⁵.

هذا الحديث الشريف مفاده أن النكاح من سنن الإسلام وألحق المعرض عن الزواج القادر

عليه بالشيطان ووصف العزاب القادرين على مؤونة النكاح بالأشرار الأراذل¹.

1- رواه البخاري، باب الصوم لمن خاف على نفسه، 673/2، ورواه المسلم في باب استحباب النكاح، 128/4.

2- أخرجه أحمد في كتاب النكاح، 158/4.

3- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش، الزواج العربي (حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به)، دراسة فقهية مقارنة، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005، ص. 17.

4- رواه الترمذي وابن باجه.

5- أبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعائي، المصنف، تح: أيمن نصر الدين الأزهرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص. 171.

كما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله أيضا: ﴿النِّكَاحُ مِنْ سُنَّتِي فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي﴾²

ولما رواه الترميذي عن أبي أيوب قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿أربعٌ من سننِ المرسلينَ الحياءُ والتَّعَطُّرُ والسَّوَاكُ والنِّكَاحُ﴾³

وخرج النبي صلى الله عليه وسلم على فتيته فقال: ﴿مَنْ كَانَ مِنْكُمْ ذَا طَوْلٍ، فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَا فَالْصَوْمُ لَهُ وَجَاءٌ﴾⁴

وقوله أيضا صلى الله عليه وسلم: ﴿مِسْكِينٌ مِسْكِينٌ؛ رَجُلٌ لَيْسَ لَهُ امْرَأَةٌ وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا، وَمِسْكِينَةٌ مِسْكِينَةٌ؛ امْرَأَةٌ لَيْسَ لَهَا زَوْجٌ﴾

من جهة أخرى وفضلا عما ورد في كتاب الله وسنة نبيه الكريم صلى الله عليه وسلم فإنَّ المسلمون قد أجمعوا من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن الزواج مباح ومشروع وترك الزواج باطل شرعا، لأن طريقة الأنبياء عليهم السلام، والتي ارتضاها الله تبارك وتعالى للناس هي إصلاح الطبيعة، ودفع اعوجاجها، ويكون ذلك بتعمير الأرض والإستخلاف فيها عن طريق الزواج والتناسل⁵. كما قال البهوتي: "وهو مشروع بالإجماع"، وقال ابن قدامة: "أجمع المسلمون على أن النكاح مشروع"⁶.

1- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للنشر، الجزائر، 2013، ص.94.
2- أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5063.
3- أخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب من لم يستطع منكم الباءة فليصم، حديث رقم 1066.
4- أخرجه النسائي، في سنن النسائي، كتاب النكاح، باب الحث على النكاح، ص.496.
5- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.94.
6- عبد الملك بن يوسف المطلق، الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها: دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006، ص.58.

الفرع الثاني:

الحكمة من مشروعية الزواج

كل حكم من أحكام الشريعة الإسلامية شرع لمصلحة، وهي ما ترتب عليه من تحقيق منفعة أو دفع لمفسدة عن العباد، وللزواج الكثير من الحكم منها ما يعود على المجتمع ومنها ما يعود على الفرد في حد ذاته.

حيث يرى الغزالي أن في الزواج فوائد خمس: الولد-كسر الشهوة-تدبير المنزل من قبل النساء-كثرة العشيرة بالمناسلة والمصاهرة-مجاهدة النفس الأمانة بالقيام بهن والصبر عليهن (وكان يقصد النساء)¹، فالزواج هو العماد الأول للأسرة التي تعد اللبنة الأساسية في بناء المجتمع الإسلامي، فهي الخلية التي تتربى فيها الأجيال، وفيها يعرف كل واحد ماله من حقوق وما عليه من واجبات، وفيها تتكون مشاعر الألفة والرحمة والمودة الإنسانية.²

الفرع الثالث:

حكم الزواج

لا يأخذ الزواج حكماً واحداً، بل ترد عليه الأحكام الشرعية الخمسة، الوجوب، الحرمة، الكراهة، الندب، الإباحة، ويختلف الحكم حسب اختلاف حالة الفرد، وسيتم إفراد كل حكم على حدة فيما يلي، حيث يكون الزواج:

1- محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 54.

2- عبد الله محمد خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في الفقه والشريعة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص. 15.

أولاً: يكون الزواج فرضاً:

متى كان الشخص قادراً على تكاليف الزواج ووثاقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته وألا يلحق بها ضرراً وأن يتيقن أنه لو لم يتزوج لوقع في الفاحشة وأنه لا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة، لأن ترك الزنى مفروض عليه والمانع من الوقوع فيه هو التزوج فيكون وسيلة إلى الفرض، ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً¹، وإذا لم يتزوج رغم أن الزواج إحصان له هنا يعتبر آثماً مستحق للعقاب².

إذا ما خاف الشخص الوقوع في الزنا إن لم يتزوج ويغلب على ظنه ذلك، وكان قادراً على الإنفاق وأقام العدل مع من يتزوجها والواجب أقل درجة في الإلزام³.

ثانياً: يكون الزواج واجباً:

بمعنى آخر إذا كان خوفه من الزنا لا يصل إلى حد اليقين فزواجه واجب وإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في حالة إذا كان الزواج فرضاً⁴.

ثالثاً: يكون الزواج مندوباً:

متى كان المكلف في حال الاعتدال لا يقع في الزنا ولا يخاف أن يقع فيه إن لم يتزوج، وكانت له رغبة الزواج، واعتبرها الفقه سنة يحسن فعلها، ولا يؤثم تاركها⁵.

1- إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية: فقه النكاح، دار المسيرة للطباعة والنشر، الأردن، 2010، ص.31.

2- أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والزواج والخلع، دار المسيرة للنشر، د.م.ن، 2009، ص.31.

3- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.82.

4- أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص.31.

5- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.83.

فيكون مندوبا عند وجود المقدرتين (المالية والبدنية) مع عدم قيام الخوف في وقع الخطيئة أو ظلم الزوجة كما في حالة انشغال الشخص بالدراسة وصرف إرادته إلى تحقيق أهدافه العلمية¹.

رابعاً: يكون الزواج مكروهاً:

إذا كان المكلف يغلب على ظنه أنه سيظلم الزوجة في المعاشرة إن تزوج، وأن يتيقن من ظلمه للمرأة، فإنه يحرم عليه الزواج والقاعدة أنه إذا تعارض المندوب مع الحرام، كان ترك الحرام مقدماً على فعل المندوب².

يكون مكروهاً إذا كان الوقوع في الظلم إما لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه أو عدم قدرته على المخالطة الجنسية فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزويج كراهة التحريم³.

خامساً: يكون الزواج محرماً:

في حالة ما إذا كان الشخص غير قادر على تكاليف الزواج أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان ظلمها بالإيذاء أو بعدم القدرة على المخالطة الجنسية، وذلك لأن الظلم حرام⁴.

إذا كان المكلف غير قادر على نفقات الزواج أو يقع في الظلم قطعاً إن تزوج، يكون الزواج حراماً، لأنه طريق للوقوع في الحرام وكل ما يتعين ذريعة للحرام يكون حراماً¹.

1- مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2011، ص. 17.

2- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 83.

3- أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص. 31.

4- إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص. 31.

بعد الوقوف على حكم الزواج التي تؤكد مشروعيتها، وجب تبعا لذلك دراسة المقوم الأساسي الذي يقوم عليه الزواج وأثر تخلفه، لأن في ذلك ترابط وثيق بين المقوم وبين تحقيق المقاصد المرجوة من الإقدام على خطوة الزواج، والتي سبق لنا الحديث عنها، وهذا ما سندرسه في المبحث الموالي.

المبحث الأول:

المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بركن الرضا

يقوم الزواج على ركيزة أساسية تتمثل في الرضا، فرضا الزوجين ببعضهما من شأنه تعزيز أواصر المودة والمحبة والألفة، والتي تعد في ذات الوقت المقصد الأساسي من الزواج، وفي غياب الرضا لا يمكن أن يتحقق المراد من الزواج، لذا يمكن القول أن الرضا يحتل مكانة مهمة في عقد الزواج، وانعدامه أو شوبه بعيب من شأنه التأثير على الزواج بشكل كبير وعلى آثاره، وهذا يستوجب منا دراسته لمحاولة تحديد مكانته في عقد الزواج، وكذا الأثر المترتب حال غيابه، وهذا ما سيتم في (المطلب الأول) الذي سنتطرق فيه إلى انعدام ركن الرضا، ثم سندرس عيوب الرضا في (المطلب الثاني) لما لها من تأثيرات على صحة الرضا، كما سنعالج مسألة عضل الولي في (المطلب الثالث) لتعلقها أيضا بالرضا في عقد الزواج.

1- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 23.

المطلب الأول:

الاطار العام لركن الرضا في عقد الزواج

قبل الحديث عن انعدام الرضا في عقد الزواج، وما يتضمنه من معطيات، وجب أولاً دراسة عناصره في عقد الزواج بداية (الفرع الأول)، ثم محاولة تحديد طرق التعبير عنه (الفرع الثاني)، وهذا ما سيتم فيما يلي:

الفرع الأول:

عناصر الرضا في عقد الزواج

الرضا حسب التعاريف الفقهية التي وردت بشأنه، يُراد به "الاختيار"، حيث عُرف على أنه: "القصد إلى إنشاء التصرف بإصدار العبارة الدالة عليه، طلباً في آثاره، ورغبة فيها، بحيث تكون تلك العبارة ترجمة صادقة عما في النفس"¹. أما المراد به وفقاً للفقهاء القانونيين "اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين، بمعنى إنعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد"².

وفيما يخص مفهومه في عقد الزواج، وفي ظل غياب تعريف خاص به في الزواج، يمكن لنا أن نعرفه على أنه: "اتجاه إرادة كل من الرجل والمرأة، إلى إبرام عقد الزواج، وتأسيس أسرة هدفها إحسان النفس، وتحقيق التناسل في إطار شرعي، مع إدراك تام منهما بآثار الزواج وعواقبه".

¹ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1996، ص.193.

² - ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، مج01، نظرية العقد، دار الوائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2002، ص.171..

فضلا عن مفهومه الذي يدل على أهميته البالغة في عقد الزواج، فهو من جهة أخرى يتضمن عناصر مختلفة تخص هذا العقد سكت المشرع عن تنظيمها فهو نظم المسألة على عمومها دون تفصيل فيها مما يحيلنا للبحث في المسألة في منظور الفقه الاسلامي، ونجد من بين هذه العناصر:

أولا: الرضا بشخصية طرفي عقد الزواج

الزواج من العقود الخاصة التي تستوجب تعيين طرفيه منعا للجهالة، فضلا عن وجوب تراضيها ببعضهما البعض، وذلك لتحقيق مقصد المودة والرحمة، وهذا يتحقق برؤية كل طرف للآخر وإقتناعه به حتى يكون رضاه به سليم، وهذا ما إتفق عليه الفقه الإسلامي¹، وكذا القانون الذي إشتراط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق للتعبير عن رضاها، وفي هذا تأكيد لرؤية بعضهما وبأن رضاها سليم.²

ثانيا: الرضا بالمهر

المهر حق وواجب في ذات الوقت، حق من جهة الزوجة وواجب في ذمة الزوج، ووفقا لما ورد في الفقه الإسلامي، لا يشترط ذكره في عقد الزواج، فإذا لم يذكر صُحح العقد بمهر المثل، أما إذا تم تحديده وتسميته من طرف الزوج لولي الزوجة، هنا انقسمت الآراء الفقهية³ بين من اشترط على الولي أن يستأذن موليته بقيمة المهر المسمى حتى يكون رضاها كاملا، فحسبهم تسمية الزوج والسكوت

¹ - قال جمهور الفقهاء بضرورة تعيين الزوجين تعيينا كافيا يمنع الجهالة.

² - بخوش رزيق، المرجع السابق، ص.12.

³ - هذا رأي الحنفية والمالكية.

عن تسمية المهر من طرف الولي يجعل من الرضا ناقص فقد ترفض المرأة الزيجة بعد اطلاعها على قيمة المهر المسمى، وبين من قال بعدم ضرورة تسمية المهر في الاستئذان¹.

الفرع الثاني:

التعبير عن الرضا في عقد الزواج

الرضا أمر باطني ونفسي بحت، لا يمكن معرفة وجوده من عدمه، إلا إذا تم التعبير عنه بأي وسيلة وذلك طبقا للقاعدة القائلة بأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، وعقد الزواج شأنه شأن العقود الأخرى يجب أن يتم التعبير فيه عن الرضا، وسنتكلم فيما يلي عن طرق التعبير عن الإرادة فيما يتعلق منها بعقد الزواج:

أولا: التعبير بالطرق الإيجابية

بالرجوع إلى القواعد العامة لطرق التعبير عن الإرادة، فإنه وعادة ما يتم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة²، وتتجسد هذه الطرق في الخطوة الأولى للتعبير عن الإرادة وتتمثل في الإيجاب ثم تليها الخطوة الثانية التي بمجرد حدوثها ينعقد العقد ألا وهي القبول، فبمجرد تطابق كل من الإيجاب³ مع القبول⁴ وتوافر أركان العقد وشروطه فإن العقد يقوم صحيحا، وبالرجوع إلى عقد الزواج فإن التعبير عن الإرادة يكون فيه كما يلي:

¹ - رأي جزء من الحنفية والحنابلة والشافعية.

² - هذا ما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

³ - الإيجاب: يقصد به ما يصدر عن أحد المتعاقدين ابتداء (أي أولا) لأنه يوجب الجواب على المخاطب إما بنعم أو لا، ويكون الإيجاب في عقد الزواج إما من الرجل أو وليه وكذا الزوجة.

⁴ - القبول: هو ما يصدر ثانيا كرد للإيجاب يبين موافقته على عرض الموجب.

أ. التعبير عن الإرادة باللفظ:

طبقا لما جاء في نص المادة 10 من قانون الأسرة: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا،" فالملاحظ أن المشرع لم يتدخل في تحديد الصيغة التي يمكن إعتبارها إيجابا للنكاح، بل ترك الباب مفتوحا لأي صيغة يستشف منها معنى ذلك، ولقد أقر الفقهاء بإمكانية إصدار الإيجاب من الرجل أو المرأة، فلا حرج من صدوره من المرأة، كما يلاحظ أيضا من نص المادة أن كلا من الإيجاب والقبول يعدان دلالة على الرضا ما لم يثبت العكس.

1. الصيغة اللفظية لعقد الزواج.

المستقرى للمواد القانونية يلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى موضوع الصيغة التي يتم بها إبرام عقد الزواج أو التعبير عن الرغبة فيه، بل ترك المجال مفتوحا لذلك، حيث تطرق فقط إلى موضوع الرضا كركن في العقد، دون أن يتطرق إلى تفاصيله لكن بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن الفقهاء تناولوا موضوع الصيغة أو الألفاظ التي يتم بها كل من الإيجاب والقبول تارة بالتصنيف وتارة بالتوسعة فكانت آرائهم كالتالي:

I. مذهب الحنفية: لقد قسم الحنفية للألفاظ التي يمكن أن يعتقد بها الزواج إلى أربعة أقسام.

— الأول: ما لا خلاف في المذاهب عليها وهي الصدقة والتمليك والجعل والهبة¹.

1- عبد الغفار إبراهيم صالح، الزواج وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي المحاكم المصرية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2006، ص.95.

– الثاني: ما اختلفوا فيه والصحيح أنه ينعقد به الزواج وهو لفظ البيع والشراء نحو بعت نفسي منك بكذا أو اشتريت بكذا.

– الثالث: ما اختلفوا فيه والصحيح أنه لا ينعقد به الزواج، وهو لفظ الإجارة كأجرتك نفسي بكذا.

– الرابع: ما لا ينعقد به الزواج بلا خلاف في المذهب وهو لفظ الإعارة والإحلال والإباحة والتمتع والوصية.

II. مذهب المالكية: المذهب المالكي شأنه شأن الحنفية قسم الصيغة إلى أربعة أقسام أيضا:

– الأول: ما ينعقد به الزواج مطلقا سواء سُمي الصداق أو لا، وهو أنكحت وزوجت.

– الثاني: ما ينعقد به إن سُمي صداق وإلا فلا وهو وهبت فقط.

– الثالث: وهو كل لفظ يقتضي البقاء، أي تملك الذات-مدى الحياة- فهذا لا يعقد به الزواج

ولو سمي الصداق من أمثله: بعت لك بنتي بصداق قدره كذا، أو ملكت إياها... الخ.

– الرابع: ما لا ينعقد به الزواج مطلقا بالإجماع¹.

III. الشافعية والحنابلة: اقتصر لفظ أو صيغة إبرام عقد الزواج عند كل من مذهب الشافعية

والحنابلة على لفظي النكاح والتزويج فقط، محتجين في ذلك إلى إعتبار أن التزويج بغير هاذين

اللفظين كناية، والكناية لا تقتضي الحكم إلا بالنية والنية في القلب لا تعلم ولما كان العقد لا

1- عبد الغفار إبراهيم صالح، المرجع نفسه، ص. 96.

يصح بدون الإشهاد عليه لم يصح العقد بالكناية لأن النية لا يمكن الإشهاد عليها¹، أما فيما

يخص القبول فإن التعبير عنه اختلف حوله الفقهاء فكانت آراؤهم منقسمة إلى قسمين:

— رأي الحنابلة والشافعية: اشترط رواد هذا الرأي أن يتم التعبير عن القبول شأنه شأن الإيجاب

بألفاظ صريحة مبتعدة تماما عن الكناية ويختصرون الألفاظ في "قبلت هذا النكاح" أو "وافقت

عليه" وما إلى ذلك من العبارات الصريحة التي لا تترك مجالا للشك.

— رأي الحنفية والمالكية: رواد هذا الرأي فتحوا المجال في الألفاظ التي تعبر عن القبول شأنه

شأن الإيجاب فيصح حسبهم بكل لفظ يفيد الموافقة² على الإيجاب بالزواج³.

2. شروط الصيغة اللفظية: يشترط في الصيغة اللفظية توافر عدة شروط حتى تكون صحيحة

ونافذة اتجاه الموجهة إليه وتتمثل هذه الشروط حسب الفقه الإسلامي في:

— يشترط في صيغة العقد الفورية أي فورية اللفظ الدال عليه بأن يكون الإيجاب والقبول في آن

واحد، ويجوز الفصل اليسير في الوقت للمشورة.

— أن يكون الإيجاب والقبول في آن واحد في مجلس العقد.

— أن يتضمن الإيجاب والقبول الرضا الصحيح من الطرفين⁴.

— أن يكون العقد على الدوام (عدم وجود نية التأقيت في الزواج).

1- عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص. 88.

2- لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2018/2019، ص. 194.

3- أوجب الفقهاء أن يكون الإيجاب والقبول في صورة ينتفي معها احتمال يؤثر في صحة العقد، وأفضل صيغة يمكن أن يكون عليها الإيجاب والقبول صيغة الماضي.

4- مفاد ذلك أن يكون الرضا غير مشوبا بعيوب الإرادة (الإكراه والتدليس...)

— أن يكون القبول موافقا للإيجاب¹ من كل وجه².

ب. التعبير عن الإرادة بالكتابة:

من غير الصيغة اللفظية يمكن أن ينعقد الزواج عن طريق الكتابة، وذلك إن كان الزوج أو الزوجة مصاب بعجز كعدم قدرته على النطق، وقد يكون غير عاجز لكن يريد أن يعبر إما عن إيجابه أو قبوله بالكتابة.

فإذا كان العاقد عاجز عن النطق لعجزه بسبب عاهة مثلا، فيجوز إبرام الزواج بالكتابة الواضحة الصريحة التي لا تثير مجالا للشك، هذا ما قال به الفقهاء عامة، أما إذا كان المقبل على الزواج رجلا أو امرأة كان، وكان غير عاجز عن الكلام فإنه لا يجوز له إبرام عقد الزواج بالكتابة عند عامة الفقهاء وذلك لعدم الحاجة إليه³.

ج. التعبير عن الإرادة بالإشارة:

تطرق المشرع إلى الطرق الأخرى للتعبير عن الإرادة في عقد الزواج، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 10 من قانون الأسرة بقوله: "ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة"، فيمكن أن يعبر بجميع الطرق الممكنة في النكاح، فيمكن له أن يعبر بالكتابة إن كان قادرا عليها أو بالإشارة فهي تعد بديلا للنطق عند العاجز الذي لا يستطيع النطق ولا يعرف الكتابة، المهم أن يعبر عن إرادته ورضاه بالزواج.

1- المتعارف عليه طبقا للقواعد العامة أن القبول إذا تضمن أوجها جديدة يعتبر إيجابا جديدا.

2- بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، الجزائر، د.س.ن، ص. 158.

3- لموشي عادل، المرجع السابق، ص. 219-220.

ثانيا: التعبير عن الإرادة بالطرق السلبية

قد لا يتخذ العاقد موقفا إيجابيا يعبر عن إرادته وبأي وسيلة من الوسائل المتعارف عليها، بل يكتفي بالسكوت عن التعبير فيعد هذا الأخير المظهر السلبي للتعبير عن الإرادة، ويكون السكوت عن القبول فقط، فلا يرد الشخص الموجه له على الإيجاب الموجه إليه، لا باللفظ ولا بالإشارة ولا بالكتابة.

في هذا الصدد هناك من يقول حسب القاعدة العامة أنه "لا ينسب للساكت قول" بينما هناك من يعتبر السكوت عن الإجابة في عرض الزواج على الرضا، وعليه فإن الآراء الفقهية انقسمت في حسمها للموضوع إلى رأيين معتمدين فيه على حالة الفتاة الموجه إليها الإيجاب فإن كانت بكراً كان السكوت علامة على رضاها¹، فهي تسكت حياءً من وليها عند سؤاله لها، أما إذا كانت المرأة ثيباً لا يعتبر سكوتها رضا بل يشترط نطقها أو تعبيرها بالكتابة أو الإشارة عن موافقتها².

الراجح حول التعبير عن الإرادة في الزواج سواء بطرق إيجابية أو سلبية، أن التعبير يكون لفظاً وهذا هو الراهن الآن، فحتى إن كان العاقد عاجزاً لا يستطيع النطق أو التعبير فإنه يمكن أن يعبر عن إيجابه أو قبوله وليه، فذلك ك تأكيد لصحة الرضا لوجوده، فاللفظ هو الذي لا يترك مجالاً للتأويل أو الشك مقارنة بالطرق الأخرى.

1- هذا ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الشريف: "لا تُنكحُ البكرُ حتى تُستأذنَ، ولا الثيبُ حتى تُستأمرَ فقيلاً: يا رسولَ الله، كيفَ إذنها؟ قال: إذا سَكَتَتْ"، رواه أبو هريرة.

2- لموشي عادل، المرجع السابق، ص. 238.

ثالثا: التعبير عن الإرادة في الزواج إلكترونيا

المعاملات الإلكترونية أضحت واقعا لا يمكن إنكاره، حيث ألفت بضلاها على أغلب العقود، وذلك لكون المعاملات الإلكترونية سهلة وسريعة التعامل وتختصر الوقت وتقرب المسافات، ونجد أن عقد الزواج هو الآخر حاول مسايرة التطور التكنولوجي، ولكن ببطء شديد وذلك حماية للقدسية التي تكتسي الزواج، فنجد أن التطور التكنولوجي كان له تأثير على موضوع التعبير عن الإرادة أو الرضا في الزواج أين إكتستهما الصبغة الإلكترونية وأطلق عليه مصطلح "الزواج الإلكتروني"، ويتمثل مفهومه بأنه: "ذلك العقد الذي يبرم بين رجل وامرأة عن طريق الوسائل الحديثة، أي عن طريق الكتابة الإلكترونية أو الاتصال الإلكتروني"¹.

لكن الآراء الفقهية الشرعية منها والقانونية اختلفت حول مدى جواز إبرام عقد الزواج عن طريق الوسائل الإلكترونية، خاصة أن الآراء الفقهية المعاصرة هي من تناولت الموضوع بالدراسة، فكانت الآراء منقسمة بين مُجيز وبين رافض للفكرة من أصلها، فكانت آراؤهم كالتالي:

1. الأول: ذهب رواده إلى عدم جواز إبرام الزواج بوسيلة إلكترونية مكتوبة قياسا على الرأي

القائل سابقا بعدم جواز الزواج كتابة، مؤكدين قولهم بقدسية الزواج وخطورته لذا يستوجب أن

يتم بعناية خاصة لا يمكن توافرها في العقد الإلكتروني².

1- مزوزي أحمد بن يوسف، "مسايرة قانون الأسرة للتطور التكنولوجي في مجال إبرام عقد الزواج"، مجلة مالك بن نبي للبحوث والدراسات، الملحق الجامعية قصر الشلالة، تيارت، 2001، مج3، ع1، ص14.

2- آمنة تازير، كريمة محروق، "الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، 2020، مج06، ع01، ص524.

ونفس الأمر تم قياسه بالنسبة لإبرام الزواج شفاهة أو بالكاميرا محتجين بأنه يمكن التلاعب والخداع، فدفعاً لكل هذا وحفاظاً على قدسية عقد الزواج كل الوسائل الإلكترونية التي يمكن استعمالها للتعبير عن الإرادة في الزواج أو إبرامه منافية للشرع لا يمكن الاعتداد بها في الزواج¹.

2. الثاني: بالاعتماد على آراء هذا القول فإن إبرام الزواج عن طريق الوسائل الإلكترونية جائز،

خاصة إذا توافرت جميع الشروط والأركان الأخرى لعقد الزواج من ولي وشاهدان وتسمية للصدّق... الخ، معتبرين ذلك زواجا تم في مجلس حكمي².

الراجح من القولين هو القول الثاني لمواكبته للتطور التكنولوجي والذي اختصر المسافات وسهل المعاملات، خاصة في عقد الزواج الذي ساهم في تسهيل إبرامه أو التعبير عن الإرادة حوله بين المتعاقدين الغائبين خاصة عندما يكون الطرفين من مكانين مختلفين كدولتين مختلفتين... الخ، وذلك لتقليص المصاريف وما إلى ذلك من الأمور التي قد تعطل الزواج.

وعلى النقيض من ذلك فإن المشرع لم يتطرق إلى معالجة هذه المسألة بنصوص قانونية، وعليه وبناء على الإحالة المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة، فإنه وجب الرجوع إلى مقتضيات الفقه الإسلامي كما أن المشرع فضلا عن هذه الإحالة قد ترك السلطة التقديرية في حالة قيام أو نشوب نزاع أن يعتمدوا ويعتبروا عقد الزواج المبرم إلكترونيا صحيحا خاصة إذا كان موقعا

1- آمنة تازير، كريمة محروق، المرجع نفسه، ص. 525.

2- إبراهيم رحمان، "إبرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية الحديثة: دراسة فقهية مقارنة"، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، 2016، مج 02، ع 03، ص. 91.

إلكترونيا وسلطة الاعتراف بمدى حجية التوقيع تعود لقاضي الموضوع مع استئناسه في ذلك على القواعد القانونية المنظمة للعقد الإلكتروني بصفة عامة، ومدى تماشيها مع عقد الزواج¹.

من خلال كل النقاط التي طرحناها بخصوص الرضا في عقد الزواج من عناصر وطرق التعبير عنه سواء الكلاسيكية أو الإلكترونية، بينت وأكدت على ضرورة الرضا في عقد الزواج وأهميته البالغة فيه، وأي اختلال فيه أو انتفاؤه من شأنه التأثير بكل تأكيد على إرادة الافراد وعلى صحة عقد الزواج في حد ذاته، ومن خلال الفرع الموالي سنوضح هذه المسألة بالتفصيل.

الفرع الثالث:

انعدام الرضا في عقد الزواج

الأهمية البالغة التي تكتسي الرضا في عقد الزواج، دفعت الفقه الإسلامي لإعتبار الصيغة ركنا من أركان الزواج، كما دفعت المشرع إلى تعديل النص القانوني، ليجعل من الرضا الركن الوحيد في هذا العقد، وهذا بنصه في المادة 09 من قانون الأسرة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهذا فيه تأكيد لرضائية عقد الزواج المنصوص عليها بموجب نص المادة 04 من ذات القانون التي تنص: "الزواج عقد رضائي"، كما أن الأثر المترتب حال تخلف ركن الرضا والمتمثل في بطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا، يؤكد ويصادق على هذا القول، حيث اتى مضمون نص المادة 33 من ذات القانون على: "يبطل الزواج اذا إختل ركن الرضا". كما أن نص المادة 10 من قانون الأسرة تبين طريقة التعبير عن الرضا، حيث نصت على: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول الطرف الآخر بكل

1- فردوس بن عبد النبي، قتال جمال، "عقد الزواج في ثوبه الجديد ووسائل إثباته الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمارست، 2022، مج 11، ع 01، ص 240.

لفظ يفيد معنى النكاح شرعا، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح، لغة أو عرفا كالكتابة والاشارة". أي أن ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول هو ما يؤكد وجود الرضا، وعليه وبمفهوم المخالفة يُمكننا القول أن عدم تطابقهما سيُلغي وجود فكرة الرضا في الزواج، وبالتالي سيُبطل العقد بطلانا مطلق¹.

وأثر البطلان المقرر في غياب الرضا، حكم قالت به حتى الآراء الفقهية الشرعية، حيث إتفقت كلها على بطلان عقد الزواج في غياب الرضا وعلى ضرورة التفرقة بين الزوجين، وعلى إعتبار العلاقة التي تجمعهما زنا²، كما ذهب بعضهم إلى التشديد والقول بإقامة حد الزنا في حالة علم الطرفين بحرمة العقد ولم يفترقا³.

أي أن عقد الزواج يُعتبر باطلا ولا أثر له متى اختل ركن الرضا، وذلك ما سار عليه القضاء في قراراته⁴، الا أن اعتبار العقد باطلا كأن لم يكن، يدفعنا إلى التساؤل عن مسألة أخرى: في حالة ما عُدنا للقواعد العامة للعقود، التي تقضي بإمكانية المطالبة بتعويض في حال التضرر من بطلان العقد خاصة إذا كان الطرف حسن النية، هل يمكن أن نطبق ذات القول في حالة بطلان عقد الزواج؟

على الرغم من أن عقد الزواج عقد ذو طبيعة خاصة والأصل فيه أن تحكمه قواعد خاصة، إلا أنه وحسب تحليلنا يمكن الاستناد في مسألة التعويض عن التضرر من بطلان الزواج إلى القواعد العامة

¹ - بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021م، ص.160.

² - شامي أحمد، بن شنوف فيروز، "الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، 2020م، ص.57، ع.04، ص.292.

³ - شامي أحمد، نفس المرجع، ص.293.

⁴ - م.ع.غ.ا.ش، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.ع.غ، ع.01، 2008، ص.275.

للمسؤولية، في ظل غياب تام لأي نص قانوني في قانون الأسرة ينظم المسألة المثارة، وللجهات السلطة في قبول الدعوى من رفضها.

وذلك حتى لا ننكر على المتضرر حقه في التعويض خاصة اذا كان الطرف حسن النية وغير عالم ببطلان عقد الزواج، فكما سبق لنا الحديث عن عناصر الرضا والذي وجب فيه تطابق الايجاب مع القبول بداية على عقد الزواج ذاته، وعلى طرفيه، وعلى القصد من العلاقة، وهنا تظهر لنا مسألة الزواج الصوري إلى الواجهة كمثال لما نثيره من تساؤل، فالزواج الصوري والذي يسمى أيضا "زواج المصلحة" أو *mariage blanc*، هو الزواج الذي يكون بين رجل وامرأة، ينوي أحدهما الارتباط بالآخر من أجل تحقيق مصلحة تتمثل غالبا في الحصول على جنسية بلد الطرف الاخر في العلاقة، فهذا النوع من الزواج يكون غالبا في الزواج من الأجانب من أجل الحصول على جنسية البلد الأجنبي، فإذا كان الطرفين متفقين من البداية وعلمين بحقيقة الزواج، هنا لا يمكننا التحدث عن الضرر¹، لكن ماذا لو كان الطرف الأجنبي غير عالم بأن الطرف الآخر أقدم على الزواج به من أجل الحصول على الجنسية فقط، فهل يحق للطرف الأجنبي هنا فضلا عن مطالبته ببطلان عقد الزواج كونه رضا بمقصد الزواج منتفي، المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر؟

من المفترض أن يكون له الحق بأن يُضمّن دعواه بالمطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر معنوي وأذى نفسي، كونه كان حسن النية وأقدم على الزواج وهو غير عالم بأن الزواج صوري. ويكون

¹ - لا يمكننا القول بوجود الضرر لأن الأمر يعتبر في حد ذاته جريمة يعاقب عليها القانون، وهذا ما تضمنته المادة 48 من القانون 11/08 المؤرخ في يوم الأربعاء 21 جمادى الثاني 1429هـ الموافق لـ 25 يونيو 2008، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم فيها وتنقلهم فيها، ج ر، ع36، الصادرة في 02 يوليو 2008.

له أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي كون معرفته للحقيقة وتعرضه للغش أثر في معنوياته وحتى قرار بطلان الزواج سبب له أذى معنوي، كما يكون له المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية.

من جهة أخرى نجد حالة انتفاء شرط كمال الأهلية كمثال آخر لانعدام الرضا في الزواج، فالرضا حتى يتم التعبير عنه وجب أن يكون الطرفين أهلا للتعبير عن إرادتهما ورضاهما بإبرام عقد الزواج، ولهذا يُشترط أن يصدر كل من الإيجاب والقبول في عقد الزواج من شخصين بالغين راشدين كاملي الأهلية، والسن القانونية المطلوبة هي 19 سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة التي تنص بعد تعديلها: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة" مع وجود استثناء يخص زواج القصر، قضت به ذات المادة بقولها: " وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، أي أن الأصل في سن الزواج بلوغ 19 سنة كاملة، مع إمكانية إبرامه قبل ذلك بترخيص من القاضي متى إرتئ وجود مصلحة أو ضرورة للزواج، لكن المشرع سكت عن تفصيل مسألة الضرورة والمصلحة ولم يبين المقصود منهما، كما أنه سكت عن تبيان أثر الزواج المبرم حال عدم بلوغ السن القانونية وانعدام الترخيص، فالقاضي له السلطة التقديرية في منح الترخيص أو الامتناع عن ذلك إذا لم يجد ضرورة تدفعه لذلك، لكن الآراء الفقهية على الوجه المقابل قضت ببطلان العقد، وربطوا الأهلية بالرضا، ومدام أن الرضا لم يصدر عن شخص أهل له فهو باطل¹. لاعتبار الاهلية من النظام العام. هنا نتساءل مرة أخرى عن إمكانية المطالبة بالتعويض عن بطلان العقد للضرر؟

¹ - بلعباس امال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المرجع السابق، ص 171/172

القاعدة العامة وفقا لنص المادة 103 من القانون المدني تنص: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل"، فالتعويض حسب مقتضيات هذه المادة يكون مستحق متى استحالة إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، هذا الأمر يطبق في العقود بصفة عامة إلا أنه وفي حالة الزواج إذا ما تم الحكم ببطلانه لإنتفاء السن القانوني وعدم وجود ترخيص قضائي، فإنه وإذا ما تم الدخول بالزوجة، أو إذا نتج عن الزواج أطفال، فإنه ومن المستحيل إعادة الطرفين لما كان عليه قبل الزواج، فهل نستند إلى نص المادة 103 السابقة الذكر للمطالبة بتعويض لاستحالة إعادة الطرفين للحالة التي كانا عليها قبل الزواج؟ هل هناك إمكانية لذلك في ظل غياب نص قانوني خاص بهذه الحالة؟

حسب تحليلنا وعلى الرغم من محاولتنا للبحث في الاجتهادات القضائية التي تتضمن تعويضا عن بطلان عقد الزواج دون نتيجة ترجى فالقرارات على إختلاف مواضيع قضاياها التي تخص البطلان كانت تقتصر في حكمها على بطلان عقد الزواج فقط¹، فضلا عن تثبيت الزواج العرفي الذي يلجأ إليه غالبا كحيلة قانونية لتزويج القصر. لكن ليس هناك ما يمنع الطرف المضرور من الإحتكام إلى القضاء إستنادا على ما تضمنته هذه المادة، فقاضي الموضوع هو الوحيد الذي يملك الصلاحيات التي تخوله قبول الدعوى من رفضها.

بعد معرفة الأثر القانوني لانتفاء ركن الرضا وجب بعد ذلك التعرّيج على مسالة عيوب الرضا لارتباطها الوطيد بالرضا فالرضا هو التعبير عن الإرادة وعيوب الإرادة هي عيوب الرضا بطبيعة الحال

¹ م.ع.غ.أ.ش، 1984/09/24، ملف رقم 34438، م.ق، 1990، عدد 1 ص 64. نص منطوق القرار (....من المقرر شرعا، ان الزواج الذي لا يتوافر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا...).

- م.ع.غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 51107، م.ق، 1992، ع 03، ص 53.

والتي من شأنها هي الأخرى التأثير على صحة عقد الزواج ومن خلال المطلب الموالي سنقف على عيوب الإرادة لتحديد أثرها على عقد الزواج.

المطلب الثاني:

عيوب الإرادة في الزواج

أقر كل من الفقه الإسلامي والقانون بأهمية الرضا البالغة في زواج، لدرجة اعتباره ركنا فيه، بل الركن الوحيد حسب مقتضيات القانون، لذا يُشترط بطبيعة الحال أن يكون تاما وسليما أي خاليا من العيوب التي تؤثر في صحته والتي من شأنها التأثير على صحة العقد بالتبعية، وهذا التأثير يدفعنا لدراسة عيوب الإرادة (الفرع الأول) لمحاولة إيضاح هذا التأثير على عقد الزواج (الفرع الثاني)، وهذا ما سيتم فيما يلي:

الفرع الأول:

عيوب الإرادة

تتعدد عيوب الإرادة وتتنوع، ولكل منها تأثيره الخاص على عقد الزواج، وتتمثل هذه العيوب

في:

أولا: الغلط

يُعرف الغلط على أنه: " توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعا، فيحمله ذلك على إبرام عقد

لولا هذا التوهم لما أقدم عليه"¹. ويكون الغلط في عقد الزواج في صور عديدة تتمثل في:

¹ -مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم للنشر، دمشق، سوريا، 2004، ص.473.

أ. غلط في ماهية عقد الزواج:

المقصود بالغلط في هذه الحالة أن تتجه إرادة أحد الطرفين إلى إبرام عقد الزواج، بينما تكون إرادة الطرف الآخر أونيته إلى شيء آخر مخالف لما في نية الطرف الأول. مثال ذلك أن يريد الولي تأجير إبنته عند رجل للعمل فيسبق لسانه إلى ذكر الزواج دون قصد منه، فيقبل الرجل هذا الإيجاب الذي ظاهره زواج¹.

ب. غلط في تسمية أحد الزوجين:

مفاده أن يُخطئ أحد الزوجين في تسمية الطرف الآخر، كأن تظن الزوجة أن زوجها اسمه محمد فإذا باسمه يوسف، أو أن يظن هو بأن اسمها مريم فإذا اسمها صارة.

أ. غلط في صيغة عقد الزواج:

يقع الخطأ في الصيغة التي تُوجه للطرف الآخر من أجل إبرام الزواج، أي الإيجاب الموجه للطرف الآخر، كأن ينسب الولي الإيجاب لنفسه بدلا من المولى عليه، مثال ذلك أن يقول لولي الفتاة زوجني ابنتك بدلا من أن يقول له زوج ابنتك لابني.

ب. غلط في ذاتية الزوجين:

يقع هذا الغلط إذا أقدم شخص على الزواج من امرأة فإذا به يجد نفسه متزوجا بأخرى، أو العكس صحيح، مثال ذلك: يقدم رجل على الزواج من مريم فإذا به يكتشف أنه تزوج من أختها أحلام.

¹ - بخوش رزيق، المرجع السابق، ص. 48.

• حكم الزواج المشوب بعيب الغلط وأثره القانوني:

ميّز الفقه بين حالتين في الغلط في عقد الزواج، الأولى أقروا فيها أن الغلط إذا وقع في جنس المعقود عليه، كان العقد باطلا بطلان مطلق، لانتفاء الرضا وعدم تطابق الإيجاب مع القبول. وفي الحالة الثانية اعتبروا الغلط في وصف المعقود عليه أو في تسميته غلطا غير مؤثر، ويكون الزواج على هذا الأساس قابلا للإبطال، ومتوقفا على إجازة من وقع فيه¹.

أما من الناحية القانونية فقد اعتبر المشرع الزواج باطلا متى أبرم في ظل وجود غلط في شخص المتعاقد لانعدام الرضا المنصوص عليه في المادة 33 من قانون الأسرة، إلا أن هذا الأمر يمكن القول أنه غير ممكن الحدوث في ظل التعديلات القانونية التي يُقضى فيها بضرورة حضور طرفي عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق للتعبير عن رضاها بإبرام العقد، ومن جهة أخرى أقر القابلية للإبطال في حال وقوع أحد طرفي العلاقة في غلط في صفة جوهرية في الشخص الآخر، لأن هذا الغلط مفسد للرضا لكن لا يعدمه².

ثانيا: الإكراه

يعتبر الإكراه عيبا آخر من العيوب التي يمكن أن تشوب رضا طرفي عقد الزواج أو كليهما، مما يجعل إرادتهما معيبة ورضاها بالعقد غير صحيح، ويُعرف الإكراه على وجه العموم على أنه: "اسم

¹ - بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري -دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية-، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2019، مج5، ع01، ص. 403.

² - بلعربية خالدية، أثار عيوب الرضا على عقد الزواج، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015،

لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه رضاه"¹.

أي أن الاكراه يراد به إستعمال طرق اما قولية أو فعلية من شأنها بعث الرهبة في نفس الطرف الآخر وحمله على فعل أمر لا يريده كالتهديد بالضرب أو القتل او هتك العرض...الخ.

ففي الزواج قد يكره الرجل المرأة ويرغمها على الزواج به بتهديدها باي وسيلة كتهديدها مثلا بتشويه سمعتها امام الناس لمنعهم من التقدم لها، أو قد يتجسد في صورة أخرى فيكون الولي هو الطرف المكره اين يرغم موليته ويجبرها على الزواج بشخص هي رافضة له.

• أثر الزواج المشوب بعيب الاكراه وحكمه:

عالج الفقهاء عيب الإكراه باستعمال مصطلح الإكراه، وانقسموا في تقريرهم لحكم الزواج المشوب بهذا العيب إلى قسمين، الأول: اعتبروا الزواج في هذه الحالة فاسدا وليس باطلا مما يستدعي تصحيحه فقط، أما الثاني: فاعتبروا الزواج الذي يقع تحت الاجبار باطلا بطلان مطلق كونه يعدم الرضا².

بينما أقر المشرع طبقا للقواعد العامة، أثر البطلان على العقد المبرم في ظل الإكراه، وحتى القواعد الخاصة الواردة في نص المادة 13 من قانون الاسرة، تفيد منع الولي من إجبار موليته على

¹ - رجال عبد القادر، "الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"،

مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2016، مج 08، ع 11، ص. 168.

² - بوخاتم اسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون

والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2017، مج 03، ع 02، ص. 51/50.

الزواج بغير رضاها، كما أن القانون قضى في نص المادة 326 من قانون العقوبات¹، بتجريم مسألة الخطف أو الإبعاد كم أنه أعطى الحق في رفع دعوى بطلان زواج المخطوفة من خاطفها من ذوي الصفة، حماية لمصلحة المخطوفة .

ثالثاً: التدليس أو التغيرير

يُراد بالتغيرير على إعتباره عيباً من عيوب الإرادة هو الآخر: "التغيرير عيب من عيوب الإرادة يتمثل في إغراء العاقد باستخدام طرق احتيالية قولية كانت أو فعلية كاذبة لإيهامه بأن العقد في مصلحته والواقع خلاف ذلك، مما يحمله على إبرامه"².

أما فيما يخص التدليس في عقد الزواج، فيقصد به: "استعمال وسائل احتيالية قولية كانت أو فعلية من قبل أحد الزوجين أو أوليتهما أو من الغير، لخداع الطرف الآخر وحمله على إبرام عقد النكاح بما لم يكن ليرضى به بغيرها"³. ومن صوره في عقد الزواج:

أ. التغيرير في الكفاءة:

الكفاءة من الشروط الواجب توافرها في كل من الرجل والمرأة المقبلين على الارتباط، ويُراد بها "المقاربة والمماثلة والمساواة بين الزوجين في كل من الدين والنسب والحرية واليسار... وغيرها من المواصفات".

¹ - الامر 66- 156، المؤرخ في 08/ 06/ 1966، المتضمن قانون العقوبات. ج.ر.ج.ج. 11/06/1966، ع49. المعدل والمتمم.

² - مصطفى احمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، بيروت، 1998، ص.463.

³ - رحمة خالد عبد الله، أثر التغيرير على عقد النكاح، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2011، ص.09.

يقع التغير في الكفاءة في حالة ما إذا غرّر أحد طرفي العقد بالطرف الآخر وأوهمه بأنه كفء له، أو إذا كتم غياب خصلة من خصال الكفاءة¹.

ب. التغير في السلامة من العيوب:

يشترط في الزواج السلامة من العيوب التي قد تحول دون تحقيق المقاصد المرجوة من الزواج، فإذا كان بأحد الطرفين عيب ويكون هو عالماً به، فيتعين عليه اخبار الطرف الآخر ولهذا الأخير الخيار بين إتمام الزوج أو الاحجام عنه، أما اذا تم إخفاء العيوب عمداً فإن ذلك يعتبر تغيراً².

ج. التغير في موانع الزواج:

يكون ذلك باستعمال الحيل من أجل إخفاء أو كتمان مانع من موانع النكاح، من نسب أو رضاع... الخ، ومن أمثلته:

✓ إخفاء الرضاع بين الزوجين.

✓ إخفاء الزواج: كأن يخفي الزوج عن زوجته أنه متزوج من غيرها.

✓ إخفاء العدة: ويتصور في المطلقات والأرامل مخافة تضييع فرصة الزواج برجل آخر³.

¹ - وجب الإشارة إلى أن عذرية المرأة لا تعتبر شرط كفاءة في الزواج ما لم يشترطها الزوج، ولا يمكن له طلب فسخ عقد الزواج لغيب بكارتها وهذا ما قضت به العديد من الاجتهادات القضائية:

- م.ع.غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، م.ق، عدد خاص، ص.109.

- م.ع.غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م.م، 2009، ع01، ص.283.

- م.ع.غ.أ.ش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م.ق، 1989، ع04، ص.99.

² - عدلان مطروح، "التدليس وأثره على رابطة الزوجية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2021، الجزائر، مج35، ع03، ص.369.

³ - بخوش رزيق، المرجع السابق، ص.282.

• حكم الزواج المشيب بعيب التدليس وأثره:

اتفق الفقه الاسلامي على اعتبار الزواج الذي وقع تحت التغير، قابلا للإبطال أو للإجازة، وأقروا بان للمتضرر الخيار بين المطالبة بإبطاله أو إجازته له¹.

أما بخصوص الأثر القانوني الذي يقع في حالة شاب عقد الزواج عيب التدليس، فقد قال المشرع بقابليته للإبطال قياسا على ما ورد في نص المادة 86 من القانون المدني².

كل الصور السابقة الذكر والتي بينا فيها صور إصابة إرادة طرفي عقد الزواج او كليهما بعيب من عيوب الرضا وكذا حكم وقوع هذه العيوب على عقد الزواج من الناحية الشرعية وكذا اثره القانوني، تدفعنا لتساؤل عن مدى إمكانية التعويض عن الاضرار التي قد تقع اثر وقوع هذه العيوب وتأثر عقد الزواج بها، وهذه النقطة بالذات ستكون محل دراستنا في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

إمكانية التعويض عن الأضرار اللاحقة حال بطلان الزواج أو إبطاله:

بما أن القانون قضى ببطلان عقد الزواج في حالات، وقابليته للإبطال في حالات أخرى متى شاب الرضا عيب من العيوب، فإنه ومن المفترض بطبيعة الحال ووفقا للقواعد العامة التي تم الاستناد عليها في تقرير الأثر القانوني اللازم، وجب أيضا الاستناد إليها في ضرورة تعويض الطرف المضرور من هذا البطلان أو القابلية للإبطال، على اعتبار أن بعض العيوب تُعتبر في ذات الوقت أعمالا غير

¹ - حكيمة كيجل، عيوب الرضا وأثره على صحة الزواج، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس ميانة، 2022، مج04، ع01، ص.71/70.

² - حكيمة كيجل، المرجع السابق، ص.71.

مشروعة تُوجب تحميل القائم بها مسؤوليته المدنية في شقها التقصيري، ولجبر الضرر الذي تسبب فيه، يتعين عليه تعويض الطرف المضرور، ومن هذه العيوب نجد كلا من التدليس والإكراه. مع إستبعاد للغلط وذلك كون التعديلات القانونية أصرت على وجوب حضور الطرفين وتعبيرهما عن رضاها مما يتيح لهما رؤية بعضهما وبذلك سيتأكد كل طرف من هوية الشخص الذي سيتزوجه، كما أن حالة الغلط في صفة جوهرية في المتعاقد صورة مستبعدة من التعويض أيضاً، لكون العاقد الذي وقع في الغلط وقع فيه من تلقاء نفسه بدون تدخل من الطرف الآخر، فبطبيعة الحال لا يمكن تحميل هذا الأخير مسؤولية خطأ لم يرتكبه. كما أن عنصر الخطأ الذي يعد ركناً لقيام المسؤولية المدنية منتفياً في هذه الحالة.

على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يقضي بإمكانية تعويض الزوج المضرور من هذه الأفعال أو من الأثر الذي تقرر في حق الزواج، إلا أنه وجب إيجاد حل وذلك بالنص على قواعد قانونية خاصة لجبر الأضرار التي تقع، فغالبا ما يتضرر أحد الطرفين إما ماديا بسبب الإنفاق ودفع مصاريف في سبيل التحضير للزواج أو خلال الحياة الزوجية، أو ضرر معنوي كالأذى النفسي أو تفويت فرص الزواج بزواج أفضل.¹

خصوصية عقد الزواج تقتضي توافر طرف ثالث من جهة الزوجة يتولى تزويجها وهذا الطرف هو وليها وذلك حتى يحرص على حسن اختيارها لزوجها لما له من كفاءة وخبرة بالرجال وكون لهاذ الطرف علاقة برضا الطرفين وجب أيضا أن نبين حدود تدخله في الزواج وما لتدخله من أثر على إبرام عقد الزواج وهذا سيتم من خلال المطلب الموالي.

¹ - بخوش رزيق، عيوب الرضا في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، 2017/2018، ص. 406.

المطلب الثالث:

تعسف الولي في ممارسة حق الولاية

الأصل في الزواج أنه عقد رضائي يتم بكل حرية ورضا تام وبات، إلا أنه وفي بعض الحالات قد يتدخل الولي لإرغام موليته على الزواج، كونه وليها وهو أعلم منها بمصلحتها، لكن ذلك يتعارض مع مقومات الزواج من جهة، ومع حقها في إختيار شريك حياتها من جهة أخرى، هنا لنا أن نتساءل عن مدى تأثير ذلك على صحة عقد الزواج؟ وهل يحق للمولية رفع دعوى أساسها المطالبة بتعويض جراء عضلها؟ هذا ما سنعالجه من خلال المطلب حيث سندرس مفهوم عضل الولي في (الفرع الأول) ثم ندرس المسؤولية المدنية الناشئة في حق الولي المتعسف في ولايته في (الفرع الثاني) :

الفرع الأول:

عضل الولي

الأهمية البالغة لدور الولي في إبرام عقد الزواج، دفعت كلا من الشرع والقانون إلى اشتراط وجوده¹، وفي هذا الاشتراط تكريم للمرأة وتشريف لها، وحرص على صون حقوقها وإختيار الأنسب لها، فالولاية يمكن اعتبارها حقا وواجبا في ذات الوقت، إلا أن الولي في بعض الأحيان قد يتجاوز حدود هذا الحق، أي أنه يمارس حقه في الولاية بشكل متعسف فيه، وهذا من شأنه إلحاق ضرر بالمولية، ومن خلال ما يلي، سنحاول تسليط الضوء على هذه المسألة من خلال إيضاح صور

¹ - ذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة إلى اعتبار الولي ركن من أركان الزواج والمشرع الجزائري هو الآخر كان يعتبره كذلك في المادة 09 من قانون الأسرة في صيغتها القديمة.

التعسف في ممارسة حق الولاية (أولا)، ثم قياس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على حق الولاية لتأكد من وجود التعسف من عدمه (ثانيا):

أولا: صور التعسف في ممارسة حق الولاية:

من الصور التي يعتبر فيها الولي متعسفا في ممارسة حقه في الولاية في عقد الزواج، أو عاضلا كما اطلق عليه شرعا، نجد:

أ. منع المولية من الزواج بكفاء:

يتجسد ذلك متى رفض الولي زواج موليته العاقلة البالغة، من رجل يتحلى بالكفاءة، ويكون الرفض دون وجه حق، ودون وجود سبب أو مسوغ شرعي يدعوه لذلك¹.

ب. منع المولية من الزواج بكفاء من اختيارها وتزويجها بكفاء آخر:

قد ترغب المرأة في الزواج من رجل ويكون بالفعل كفؤا لها إلا ان وليها يرفض هذا الرجل، ويقبل تزويجها من رجل آخر من اختياره هو، ويكون الرجل الثاني أيضا كفؤا لها.

ج. امتناع الولي من تزويج موليته بسبب المهر:

قد يرفض الولي زواج موليته برجل كفاء لها وذلك بسبب نقصان المهر، والمهر المراد هنا هو مهر المثل، أي انه يرى أن ما قُدم لها من مهر أقل بكثير مما يُقدم لمثيلتها².

¹ - هاجرة عمير، حاج علي محمد، دور قانون الأسرة الجزائري من حماية المرأة من التعسف - التعسف في استعمال حق الولاية نموذجاً -، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2020، المجلد 06، العدد 02، سنة 538

² - عميرة هاجر، حاج بن علي محمد، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج -دراسة تأصيلية مقارنة-، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، المجلد 13، ع 28، ص 332.

د. إجبار الولي على الزواج مطلقا:

الولاية في قواعدها تنقسم إلى قسمين: ولاية اختيار، وولاية إجبار، وهذه التفرقة تعود لأسباب منها ما هو بسبب السن¹، ومنها ما هو بسبب حالتها². فالولي في حالة ما كان متمتعا بحق ولاية الإجبار، قد يُجبر موليته على الزواج دون أن تكون هي رغبة فيه³.

ثانيا: تعسف الولي في ممارسة حق الولاية

الولاية حق إلا أن هذا الحق وجب ممارسته وفق الحدود المرسومة له شرعا وقانونا، وإلا اعتبر ذلك تعسفا في ممارسة الحق، ومن خلال ما يلي سنحاول تطبيق معايير نظرية التعسف على ممارسة حق الولاية، لنبين وجود التعسف من عدمه:

أ. معيار قصد الإضرار:

يظهر معيار الإضرار خاصة في الصورة التي يُجبر فيها الولي موليته على الزواج مطلقا إذا لم تكن رغبة فيه، فذلك يتعارض مع حريتها المطلقة في الزواج من عدمه، فعلى الرغم من أن في الزواج مصلحة لها، لكن أن يكرهها عليه فذلك فيه إضرار بها فكيف لها أن تؤسس أسرة ملؤها المودة والرحمة، بينما هي مكرهة من الأصل على الزواج، كما أن إرغامها سيؤدي بها إلى النفور من زوجها.

¹ - يُراد بالسن هنا إذا ما كانت المولية صغيرة ام كبيرة، قاصرا أو بالغة.

² المراد بحالتها هنا، هل هي بكر أم ثيب.

³ عميرة هاجر، حاج بن علي محمد، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج-دراسة تأصيلية-، المرجع السابق، ص. 539.

أو قد تظهر صورة الإضرار متى امتنع الولي عن تزويج موليته بكفاء من اختيارها، ويزوجها بكفاء من اختياره، فالإضرار هنا سيقع متى أرغمت على الزواج من رجل ليس من اختيارها، فعلاقتها به لن يسودها سوى النفور والشقاق لأنها مكرهة وقد يكون قلبها متعلق بالرجل الآخر فلا يجوز ذلك، فيكون من الأفضل لها ان تتزوج بمن هو من اختيارها مدام هو الآخر يتحلى بصفات الكفاءة ولا يعيبه شيء.

ب. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة المولية تكون في عدم الزواج متى لم تكن رغبة به، أما مصلحة الولي تكمن في تزويجها، فالزواج حتى وإن كان فيه مصلحة للمولية، إلا أن الارغام والاجبار هو الذي سيؤذيها معنويا، كما أنه سيؤثر بالسلب على علاقتها بزوجه، سيؤدي إلى اختلال التوازن بين المصالح، وبطبيعة الحال سيكون عدم تزويجها، أفضل من إرغامها وفرض الأمر عليها.

من جهة أخرى تكمن مصلحة المولية من الزواج بالكفاء الذي من اختيارها، والولي مصالحته تكمن في تزويجها بمن يراه هو الأنسب لها ومن اختياره هو، كونه يري بأنه أكثر يتحلى بالكفاءة بأن تتزوج بمن هو من اختيارها، لأن ذلك سيعزز أواصر العلاقة بينهما، وسيكون لذلك تأثير على زواجهما بشكل إيجابي، وعلى العكس من ذلك متى لم تكن المرأة رغبة في رجل وأرغمت على الزواج منه، فمن المتوقع أن علاقتهم ستتأثر، وسيكون النفور هو السائد على علاقة الزوجية، وهذا ما يتعارض مع المقاصد التي شرع الزواج من أجلها.

ج. معيار الضرر الفاحش:

الضرر الفاحش يظهر جليا في التأثير السلبي الذي يوقعه الإجبار سواء المطلق بالزواج، أو في اختيار الزوج، لأن ذلك سيُلقي بظلاله على علاقة الزوجين، فكيف للعلاقة أن يسودها المودة والألفة، والزوجة مكرهة إما على زوجها الذي ليس من اختيارها أو وعلى علاقة الزوجية ككل وهي غير راغبة فيها، فيكون النفور والشقاق المستمر الغالبين في العلاقة، مما سيؤدي في غالب الأحيان إلى الطلاق، فالأضرار ستكون وخيمة على الطرفين وعلى الأولاد إن وُجدوا.

د. معيار المصلحة غير المشروعة:

تظهر المصلحة غير المشروعة متى كان القصد أساسا من إرغام المولية على زواج من شخص معين، أو على الزواج مطلقا. تحقيق مصلحة شخصية للولي، فقد يريد الولي أن يُصاهر رجلا غني ويرى بأن ذلك سيعود عليه بالمنفعة، أو إذا كانت نيته الانتقام من الرجل الذي اختارته هي زواجا لها، لوجود خلافات بين الولي وبين الرجل المتقدم، أو لأي سبب من الأسباب، فمصلحته هنا تكون غير مشروعة بطبيعة الحال وتتناقى مع مقتضيات الولاية من جهة، ومع مقاصد الزواج من جهة أخرى.

الولاية حق لذا وجب ممارسته وفق الحدود المرسومة له وإلا أعتبر الولي متعسفا متى تجاوز حدود حقه فيها، وكأي حق متى تُعسف في ممارسته من شأنه أن يقيم مسؤولية المتعسف وللطرف المضروب المطالبة بجبر ضرره، ومن خلال الفرع الموالي سنحاول أن نبين مسؤولية الولي المتعسف وكذا أثر التعسف في الولاية على عقد الزواج وصحته.

الفرع الثاني:

أثر عضل الولي

الولي شرط من شروط صحة الزواج سواء شرعا أو قانونا بموجب نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة غير أنه غير محول بممارسة حقه هذا بشكل متعسف فيه، فالفقه الإسلامي أقر في حالة رفض الولي زواج موليته بمن هو كفاء لها مطلقا، أو يرغمها على من هو كفاء من اختياره ويرد الذي من اختيارها، أو في الحالة التي يمتنع عن تزويجها بسبب نقص المهر... الخ. بأن الولي يعتبر عاضلا مع تباين في بعض الحالات¹، ويعد أثما وله عقوبة شرعية، كما يعطون لها الحق في الإحتكام للسلطان أو الحاكم لتزويجها، ورفع الولاية عن الولي²، خاصة وإن كانت ولايته ولاية اختيار.

أما قانون الأسرة فمنع الولي بموجب نص المادة 13 من قانون الأسرة، أن يجبر موليته القاصر على الزواج، هذه الحالة تخص ولاية الإجبار على الصغيرة، أما البالغة فأعطاه حق اختيار وليها، مع التأكيد على ضرورة رضاها التام في ابرام عقد زواجها.

كما اعتبر الزواج الذي يتم في ظل اختلال الرضا والذي يعد الركن الوحيد في العقد طبقا لما اشتملت عليه نص المادة 09 من قانون الأسرة، باطلا يطلان مطلق، كما لو شابه عيب الاكراه وهذا ما نصت عليه المادة 13 من ذات القانون.

¹ - هناك من الفقهاء من قال بأن الاب لا يُعد عاضلا بل ممارسا لواجب الولاية، كونه اعلم منها وأكثر منها خبرة، فهو يحميها من اتخاذ قرار خاطئ، وهو الاجدر بأن يختار لها من يراه مناسبا لها.

² - أبوبكر لشهب، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - ولاية الزواج والقصر نموذجاً - ، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2009، ص76.

فالتعديل الذي عرفه قانون الأسرة قلص من دور الولي حيث أعطى البالغة حق إختيار وليها، فنصت المادة 11 من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو ابوها، او احد اقاربها أو أي شخص تختاره"، فالمستشف من قول المشرع "تعقد المرأة الراشدة زواجها"، أن الراشدة البالغة هي صاحبة القرار في زواجها، وهي من تتولى إبرامه والتعبير عن رضاها أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية، كما أن قول المشرع في نفس المادة المذكورة "أو أي شخص تختاره"، فضلا عن استعماله لأداة التخيير "أو"، تؤكد على إعطاء الخيار للبالغة في اختيار الولي، فإذا رفض وليها تزويجها كان لها الحق في اختيار شخص آخر يحضر معها إبرام عقد الزواج¹. كما نجد أن القرارات القضائية هي الأخرى قضت ببطالان الزواج الذي يلزم فيه الولي موليته على الزواج، سيرا على ما قال به القانون في نصوصه².

من خلال ما أقره المشرع في النصوص القانونية لا يمكن التحدث عن إمكانية قيام المسؤولية في حق الولي المتعسف في ممارسة حقه في الولاية، فالقانون أعطى للراشدة الحرية في الزواج وفي التعبير عن ارادتها الحرة التامة بدون أي ضغط أو اكراه، وهذا ما يتأكد منه ضابط الحالة المدنية خلال إبرامه لعقد الزواج، وفي حالة أراد الاب ممارسة نفوذه الادبي على ابنته أو ممارسة اي نوع من انواع الاكراه سواء برفض الزواج او بإكراهها عليه كان لها أن تختار وليا آخر يتولى حضور زواجها، أو التعبير صراحة عن رفضها بالزواج³.

¹ - عميرة هاجر، حاج بن علي محمد، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج، المرجع السابق، ص 331/300.

² - م.ع.غ.أ.ش، 1999/06/29، ملف رقم 232095، غير منشور.

- م.ع.غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، ع 02، ص 267.

³ - م.ع.غ.أ.ش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م.، 1998، ع 03، ص 66.

عقد الزواج بعد تكوينه تترتب عليه مجموعة من الآثار المتمثلة في الحقوق والالتزامات التي تنصرف إما للطرفين إما للغير والغير هنا هم الأولاد، ومن خلال المبحث الموالي سنبين جميع هذه الحقوق والالتزامات وكذا المسؤولية المترتبة عن ممارسة هذه الحقوق بشكل متعسف فيه.

المبحث الثاني:

المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بالحقوق الزوجية

بما أن عقد الزواج من العقود ثنائية الأطراف فإن آثاره تكون متقابلة حيث يكون لكل طرف في العلاقة حقوقا يتمتع بها وواجبات عليه تنفيذها، وكما هو متعارف عليه قانونا أن ممارسة الحقوق ليست مطلقة إنما مقيدة بممارسة الحق في الإطار القانوني والشرعي المسموح به وإلا أعتبر المتجاوز لهذه الحدود متعسفا في ممارسة حقه، والحقوق الزوجية ليست في منى عن هذا القول و سيتم التفصيل في المسألة من خلال دراسة المسائل المتعلقة بالحقوق المشتركة للزوجين في (المطلب الأول)، والمسائل المتعلقة بحقوق الزوج في (المطلب الثاني)، ثم المسائل المتعلقة بحقوق الزوجة في (المطلب الثالث):

-أ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص ص 47 تعليق ا.د علي فيلاي امتناع الاب عن تزويج ابنته، المجلة الجزائرية سنة 2000، ع01، ص71.

المطلب الأول:

المسائل المتعلقة بالحقوق المشتركة للزوجين

الحقوق المشتركة تفترض تحقيقها بتشارك الزوجين معا وليس طرف دون الآخر، وهذه الحقوق تستمد تأصيلها بنص الشرع والقانون، ويكون الهدف منها السير بسفينة الحياة الزوجية إلى بر الأمان، تنقسم الحقوق المشتركة للزوجين الى قسمين منها ما هو أصلي ينشأ بمجرد الزواج ومنها ما هو إتفاقي لا ينشأ إلا باتفاق الطرفين عليه، وهذا ما سنعالجه من خلال دراسة الحقوق الاصلية (الفرع الاول) ثم دراسة الحقوق الاتفاقية (الفرع ثاني) ثم دراسة مظاهر التعسف في هذه الحقوق في (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الحقوق الاصلية

يُراد بالحقوق الأصلية تلك الحقوق التي تجب للزوجين تلقائيا بمجرد الزواج، أي أنها تبعية في نشأتها لنشأة عقد الزواج، و تجد مصدرها إما وفقا لمقتضيات الفقه الإسلامي أو القانون، وفيما يلي سنتطرق لجميع هذه الحقوق، سندرس حق استمتاع الزوجين ببعضهما (أولا)، حق الوارث(ثاني)، حق النسب(ثالثا)، حسن المعاشرة (رابعا):

أولا: حق الاستمتاع بين الزوجين:

يكون للزوجين الحق بموجب عقد الزواج الاستمتاع ببعضهما بكل أنواع الاستمتاع المباحة شرعا، وذلك تحقيقها للهدف الأساسي من الزواج وهو الإحصان والحفاظ على النفس من الزنى، فيكون على الزوجين عدم الامتناع عن بعضهما، فليس للزوجة أن تمنع نفسها عن زوجها إذا طلبها

وإلا اعتبرت بمقام الناشز، ولا يكون للزوج هجر زوجته وحرمانها من حقها الشرعي بدون مبرر شرعي، وحق الاستمتاع يوجب على الزوجة التزين والتجمل لزوجها والتعطر لإبعاده عن المحرمات ودفعه على غض بصره¹.

ثانيا: الحق في التوارث:

رابطة الزوجية تمكن الزوجين من التوارث فيما بينهما²، فب وفاة أحدهما خلال فترة قيام الزوجية، فإن حق الزوج أو الزوجة يتعلق بذمة الميت منهما ويكون ذا فرض، يأخذ نصيبه من التركة حسبما نصت عليه الشريعة الإسلامية أما إذا كانت رابطة الزوجية لم تعد قائمة بسبب الطلاق، فإن الحي منهما لا يرث الميت، لانقضاء سبب الميراث مع احترام الاستثناءات الواردة بخصوص الميراث في الشريعة الإسلامية³.

ثالثا: المعاشرة بالمعروف:

جاء في القرآن الكريم التأكيد على حبّ الله عز وجل على حسن المعاشرة وكف الأذى في: قوله تعالى: "... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ.." ⁴ ، وقوله تعالى: "... وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ..." ⁵.

¹ - جميل فخري محمد جاسم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.54.55.

² - مع الأخذ بعين الاعتبار الطلاق البائن والطلاق الرجعي واحتساب العدد والطلاق في مرض الموت.

³ - عطا الله غريبي، المرجع السابق، ص.546.

⁴ - سورة النساء، الآية 19.

⁵ - سورة البقرة، الآية 228.

فالسكينة والمودة التي تكون بين الزوجين تقوم في أساسها على حسن المعاشرة وهذا الحق مشترك بين الزوجين، فالزوج عليه واجب وله حق بذات الوقت فعليه معاشرة زوجته بالمعروف وكف أذاه عنها، والزوجة سيات.

وتقتضي المعاشرة بالمعروف الأمانة من الزوجين ووفاء كل طرف للآخر فلا يخونه ولا يفشي سره، وأن ينصح أحدهما الآخر، وأن يحفظ بعضهما في الغياب والحضور وفي الفقر والغنى والصحة والمرض، فالزواج يقوم على المصاحبة والمودة بين الزوجين¹.

رابعاً: الحق في الانجاب

يتربع حفظ النسل على عرش المقاصد التي تهدف مؤسسة الزواج الى تحقيقها، وذلك من خلال التناسل والانجاب في إطار علاقة شرعية، وهذا ما أكد عليه المشرع بدوره بموجب نص المادة 04 من قانون الاسرة بقوله: "...من أهدافه، وحفظ النسل.."، فالزوجين يشتركان في هذا الحق فالزوج له الحق في لأن يصبح أباً والزوجة لها ذات الحق في أن تصبح أمّاً، وفي حالة تعذر ذلك لأسباب صحية كان لهما البحث والسعي وفق السبل الطبية المشروعة المتاحة وتحقيق ذلك، ويكون ذلك بالتدواي والعلاج أو باللجوء الى التلقيح الاصطناعي² الذي أقره المشرع ونظم شروط اللجوء

¹ - عبد المنعم نعيمى، الحقوق المشتركة بين الزوجين في الشريعة والقانون، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة1، 2012، مج01، ع13، ص.439

² - يُراد بالتلقيح الاصطناعي " عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بمبي زوجها أو بخلية جسدية وبويضة مفرغة النواة في ظل علاقة زوجية قائمة سواء ثم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو خارجه ثم تعاد للرحم بعد تخصيبها بغرض الانجاب الذي لم يتيسر انجابه بالطريق الطبيعي"، أنظر سعيدي نجيب، الممارسات الطبية الحديثة على الجسم البشري في ظل التطور القانوني، أطروحة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2024/2023، ص.18

إليه، وذلك بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة وكذا قانون الصحة 18-11¹، وعليه لا يكون لأي طرف من علاقة الزواج الحق في حرمان الطرف الآخر من هذا الحق، حتى وإن كان السبب طبياً محض كان عليه السعي للعلاج في ظل التطور الطبي. وقد يظهر التعسف في هذا الحق على النحو التالي:

أ) معيار قصد الاضرار:

يظهر قصد الاضرار من طرف أحد الزوجين، متى امتنع عن الإنجاب دون وجود مبرر لذلك أو إذا وجد بالفعل بسبب طبي يحول بينه وبين الإنجاب، إلا أنه يرفض العلاج قطعاً أو رفض التفكير في التلقيح الاصطناعي كحل بديل، فتضيع فرصة الأمومة على الزوجة خاصة وإن المرأة لها سن معين للحمل والوضع، فإذا دخلت المرأة في سن اليأس لم يعد بمقدورها الإنجاب.

ب) معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

قد تتضارب مصالح الزوجين من حيث الحق في الإنجاب إذا ما كانت الزوجة غير قادرة على الحمل بطريقة طبيعية ويكون التلقيح الاصطناعي هو السبيل الوحيد لذلك، لكن الزوج يرفضه إما لكونه بالأصل متزوج وله أولاد فيكتفي بأولاده ويقرر من تلقاء نفسه عدم الإنجاب مرة أخرى، أو قد يفكر في الزواج مرة أخرى كونه يرى أنه غير معني بعيب الإنجاب وأن التلقيح الاصطناعي فرصه ضعيفة وقد لا ينجح، بل قد يعتبر تكاليفه المالية مصاريف دون جدوى وأن الحل هو التعدد وليس التلقيح.

¹ - قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة، ج.ر.ع. 46، المؤرخة في 2018/07/29، المعدل والمتمم.

هنا مصالح الزوجين متعارضة لكن إذا ما قارنا حلم الامومة وإمكانية تحقيقه بفضل التطور الطبي مع فكرة التعدد التي تقتصر منفعتها على الزوج فقط، ستكون مصلحة الزوجة هي الأسمى.

(ج) معيار المصلحة غير المشروعة:

متى اتجهت نية الزوج من حرمان الزوجة من الانجاب سواء بتعنت منه بعدم العلاج اذا كانت حالته تستدعي ذلك أو إذا كانت الزوجة بحاجة الى التلقيح الاصطناعي الا أن الزوج يرفض ذلك ويفضل الطلاق أو التعدد بدلا من ذلك، فإذا قرر بالفعل طلاق زوجته هنا ما هو مصيرها؟ وهل ستكون لها فرصة الزواج مرة أخرى والحمل والانجاب؟ كل هذه الأمور ستلحق بها اضرار وخيمة بكل تأكيد. أو اذا قرر ان يتعدد وبالفعل قام بذلك وأنجب من زوجته الثانية، هنا ما هو مصير الزوجة الأولى؟ اكيد ستلحقها اضرار نفسية بسبب التعدد من جهة وبفعل التمييز بين الزوجتين بسبب الانجاب من الثانية.

(د) معيار الضرر الفاحش:

يكمن الضرر الفاحش إذا كان تفويت فرص الانجاب بفعل تعنت الزوج وتمر السنوات وتعجز الزوجة على الانجاب بسبب بلوغها سن اليأس، بينما يقوم الزوج بإعادة الزواج من بأخرى أصغر سنا تنجب له أولاد، هنا المتضرر الوحيد هو الزوجة الأولى التي ضاعت سنوات حياتها دون أن تتمكن من تحقيق حلم الامومة في ظل توفر العلاج والسبل البديلة المشروعة.

فضلا عن هذه الحقوق التي تطرقنا لها فإن المشرع نص زيادة عن ذلك في المادة 36 من قانون

الأسرة على الحقوق التالية:

1. المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة الزوجية.

2. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.
3. حسن معاملة كل منهما لأبوي الطرف الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.
4. المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن بالمعروف.
5. زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.¹

الفرع الثاني:

الحقوق الإتفاقية :

على خلاف الحقوق الأصلية التي تنشأ تلقائياً نجد الحقوق الإتفاقية التي لا تترتب إلا بإتفاق الزوجين واتجاه إرادتهما لإنشائها فيمكن القول أن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس قيامها ومصدرها، ويمكن الاتفاق حولها إما في عقد الزواج ذاته أو في عقد لاحق وذلك حسب رغبة الطرفين ومن خلال ما يلي سنتطرق لدراسة هذه الحقوق، وذلك بدراسة حق الإشتراط (أولاً)، واستقلالية الذمة المالية (ثانياً):

أولاً: الإشتراط:

بما أن طبيعة عقد الزواج تؤكد على أنه عقد رضائي، يحكمه مبدأ سلطان الإرادة فإن للطرفين الاتفاق على الشروط التي يمكن إضافتها سواء إلى عقد الزواج في حد ذاته أو في عقد لاحق له، فلكل من الطرفين اشتراط شروط يراها واجبة التنفيذ من الطرف الآخر والتي من شأنها ضمان

¹ - عبد المنعم نعيم، المرجع السابق، ص. 440.

الحقوق، لذا يمكن أن نلخص مفهوم الاشتراط في عقد الزواج على أنه: "ما يشترطه أحد الزوجين في العقد على الآخر مما له فيه من غرض"¹

ولقد تم تنظيم الاشتراط في مسألة الزواج، حيث وضعت له ضوابط تتمثل في:

1. عدم مخالفة النظام العام: الشرط المخالف للنظام العام هو الشرط الذي يقصد به الوصول

إلى أمر ممنوع بنصوص القانون بتشويه هذه النصوص أو بالاحتيايل عليها.

فعليه ليس للزوجين أو لأحدهما اشتراط شرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق به مخالف

لنظام العام، لأن ذلك وطبقا للقواعد العامة في القانون يُعد باطلا بطلانا مطلقا.

2. عدم مخالفة الآداب العامة: يُقصد بالآداب العامة مجموعة القواعد الخلقية التي تدين بها

الجماعة في بيئة معينة وزمن معين، يبعثها الدين والعرف والتقاليد في المجتمع.

الاشتراط في حالة مخالفة الآداب العامة يكون بوضع شرط الهدف منه التوصل إلى منفعة أو

أمر، إلا أن هذا الأمر يُعد منافيا للآداب العامة، وهذا الأمر يمنعه القانون منعاً باتاً وحتى مقتضيات

الشريعة الإسلامية، وعليه أي اشتراط مخالف للنظام العام يُعد باطلا بطلانا مطلقاً.²

3. عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة: أباح المشرع بموجب نص المادة 19 من قانون الأسرة

تضمين بنود عقد الزواج بأي شروط يريدانها لكنه قيدها بمجموعة من الحدود، فهذه الإباحة مقيدة

بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد منصوص عليها في قانون الأسرة، ومن أمثلة ذلك تضمين عقد

الزواج بنودا تقضي باشتراط عدم الاستمتاع بين الزوجين، وهذا يتعارض أساسا مع مقتضيات عقد

¹ - سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد الزواج وأثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة

الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، جامعة

وهران 2011/2012، ص. 23

² - سي ناصر بوعلام، المرجع السابق، ص. 102.

الزواج، وهذا ما اقتضاه مضمون قانون الأسرة الجزائري الذي نجده يؤكد على ضرورة وجود أحقية الاستمتاع بين الزوجين . وعلى هذا الأساس يعتبر أي شرط يقضي بذلك باطلا بطلاناً مطلقاً.

من جهة أخرى إذا تكلمنا عن أثر الاشتراط في عقد الزواج فإن الأصل في الاشتراط أنه جائز شرعا وقانونا ويمكن للزوجين تضمين عقد الزواج أو أي عقد لاحق به، أي بند يشترط من خلاله مصلحة لأحدهما أو كلاهما، لكن ما يستوقفنا هنا هو عن مدى إلزامية هذه الشروط بالنسبة للطرفين، أو ما مصير عقد الزواج إذا ما لم يتم الوفاء به؟ هنا انقسمت الأقوال الفقهية إلى قولين رئيسيين:

I. الأول: إذا ما كانت الشروط المتفق عليها غير منافية لمقتضيات عقد الزواج، التزم الزوج المشتراط عليه بالوفاء بالشرط كونه قبل بها عند الاشتراط، وإذا لم يقم بذلك كان للطرف المشتراط الخيار إما فسخ العقد أو الإكمال فيه ويعتبر ذلك تنازلاً ضمناً عن الاشتراط، ومن الشروط التي تعتبر غير منافية لمقتضيات عقد الزواج، نجد اشتراط الزوجة مواصلة عملها بعد الزواج أو اشتراط الزوج توقفها عنه بعد الزواج. أيضاً نجد إمكانية اشتراط الزوجة توفير مسكن خاص لها، أو اشتراطها أن لا يتعدد الزوج (أي لا يتزوج عليها امرأة أخرى)¹.

¹ - سميرة عبدو، الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الاحياء، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، مج 122، ع 2010، 01 ص. 466.

II. الثاني: أما إذا كانت الشروط المنصوص عليها سواءً في عقد الزواج ذاته أو في عقد رسمي

لاحق، وكانت منافية لما اقتضاه الشارع في عقد الزواج، هنا اتفقت الآراء الفقهية على أن العقد يعتبر صحيحاً بينما يعتبر الشرط باطلاً¹.

يستخلص موقع المشرع بخصوص الإخلال بالالتزام بتنفيذ الاشتراط المتفق عليه، من خلال

نص المادة 53 من قانون الأسرة، حيث جاء نصها في الفقرة 09 منها: "...يجوز للزوجة أن تطلب

التطليق للأسباب التالية: -مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، إذن المشرع أعطى للزوجة إذا

تعنت الزوج عن تنفيذ ما تم اشتراطه من قبلها في عقد الزواج وفي عقد لاحق، أن تطلب التطليق،

فضلاً عن أنه أعطاها الحق في التعويض عن الضرر اللاحق بها، وبذلك يستشف من نص المادة 53

مكرر من ذات القانون بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض

عن الضرر اللاحق بها"، وهذا التعويض جاء في صياغة قانونية عامة تتضمن حالة التطليق لمخالفة

الاشتراط، وفي هذا ضمان لحق الزوجة سواءً من التعويض أو تنفيذ الاشتراط².

● مظاهر التعسف في استعمال حق الاشتراط:

يكون للزوجين شرعاً وقانوناً حق اشتراط أي شروط يرونها مناسبة وتستوجب تنفيذها، غير أن

حق الاشتراط حق مثله مثل الحقوق الأخرى التي لا يمكن أن تخرج ممارستها على الإطار المسموح به،

لتدخل ضمن ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق، ويمكن أن نستشف ذلك من خلال قياس

¹ - بوراق فتيحة، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص.100.

² - خدام هجيرة، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، جامعة تسمسيلت، 2014 مج06، ع01، ص.350349.

معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على حق الاشتراط لمعرفة الحد الفاصل بين ممارسته كحق وبين التعسف فيه.

أ. معيار قصد الإضرار:

الاشتراط إذا كان في إطاره الشرعي والقانوني فلا يعد ذلك تجاوزاً، لكن لا يمكن لهما التوسع في الاشتراط والإكثار منه، خاصة إذا كان الاشتراط من جانب واحد، مما سيجعل الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج المثقل بالاشتراط، غير متكافئة ستكون كفة المشتراط أخف من كفة المشتراط عليه، وقد يكون القصد أو النية من كثرة الاشتراط الإضرار بالطرف الآخر وذلك يظهر في استغلال إضرار الزوج مثلاً على الزواج من فتاة معينة وتستغل حبه لها، وذلك باشتراط شروط كثيرة وقد تكون شروط مادية، وهذا كله يكون المتبعي منه الإضرار بالطرف الآخر فقط.

ب. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

تكمن مصلحة الزوج المشتراط في الاشتراط الذي يتطلب الوفاء به من الطرف الآخر، فمثلاً الزوجة إن كانت قد اشترطت ألا يتزوج عليها زوجها، فإن مصحتها تكمن في هذا الاشتراط بينما لا تكمن مصلحة زوجها في ذلك، إذا ما ظهرت له رغبة في التعدد فيما بعد، فإذا لم يوفي ما اشترط اعتبر بمثابة التهرب من الوفاء بما تعهد به، وإذا وفاه وامتنع عن التعدد فإن ذلك من شأنه حرمانه من مصحته التي لم يكن يراها سابقاً.

الأمر ذاته إن اشترط الزوج على الزوجة التوقف عن العمل بعد الزواج وأقدمت بالفعل على التوقف عنه، لكن بعد مدة زمنية أدركت أنها أخطأت في ذلك وأن مصحتها تكمن في الاستمرار في

العمل وكلن في الجهة الأخرى مصلحة الزوج تكمن في توقف الزوجة عن عملها وبقائها في المنزل وقيامه بشؤون المنزل والأولاد.

هنا المصلحتين متعارضتين لكل طرف مصلحة مختلفة تماماً عن الآخر فكل منها وزن مصلحته بميزان وبوجهة نظر مختلفة، هنا العبرة تكون بالأكثر أهمية والأعلى درجة، فإن كانت مصلحة الزوجة في العمل أثقل وزناً وأهمية من بقائها في المنزل اعتبر الزوج متعسفاً إن أجبرها على التوقف عن العمل.

الأمر ذاته في مسألة التعدد إن كانت مصلحة الزوج تكمن في التعدد خاصة إن تحققت حالته كالخوف من الفتنة... الخ فإن مصلحته تكون هي الغالبة مقارنة بالمصلحة الضئيلة من اشتراط الزوجة لعدم التعدد، وبذلك تكون الزوجة متعسفة في شرطها.

ج. معيار الضرر الفاحش:

إذا اشترطت الزوجة على زوجها في عقد الزواج ألا يتزوج عليها، لكن وبعد استمرار الحياة الزوجية علمت المرأة أنها لا تلد لأي سبب من الأسباب، ومع ذلك رفضت أن يتزوج عليها زوجها لوجود مبرر شرعي يدعوه لذلك، وذلك لتمسكها بما اشترطته في العقد وهذا فيه إضرار فاحش بالزوج كونها تحرمه من حقه الشرعي وهو أن يكون أباً مع تمسكه بها وأنه لا يريد أن يطلقها فيكون بين ضررين لأخفهما صعب بالنسبة له.

د. معيار المصلحة غير المشروعة:

مصلحة الزوج المشتراط قد تتعارض تماماً مع مصلحة الطرف الآخر كما لو اشترطت الزوجة من زوجها ألا يخرجها من بلدها غير أن هذه المصلحة التي تترتب عن ذلك تتعارض من مقتضيات

الزواج التي قد تقضي أن تتواجد حيث يتواجد زوجها، فذلك وإن كان جائزا من الناحية القانونية والشرعية، إلا أن ذلك يتحقق للزوج مصلحة غير مشروعة كونها تحرمها من نفسها بطريقة غير مباشرة، وتعارض أوامره التي تقضي أن تمتثل الزوجة لأوامر زوجها، فبذلك تعد الزوجة متجاوزة لحفها في الاشتراط تجاوزا صريحا.

ثانيا: الاتفاقات المالية بين الزوجين

تحكم العلاقات المالية بين الزوجين كأصل عام قاعدة استقلال الذمة المالية، سواء كانت أموال الزوجين منقولات أو عقارات وسوء اكتسابها قبل علاقتهما الزوجية أو بعدها، ويقصد بالذمة المالية: "الوعاء الاعتباري الذي يعني الديون الثابتة على الإنسان"¹

كما عرفها البعض بأنها: "وصف يصير به الإنسان أهلا لما له عليه.

عرفت أيضا بأنها: "مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية أو بمعنى آخر هي حاصل جميع الحقوق المالية والالتزامات المالية للإنسان، فالحقوق هي العنصر الإيجابي للذمة المالية بينما الالتزامات تمثل العنصر السلبي، فإذا زاد العنصر الإيجابي على السلبي يعتبر ميسرا، أما إذا زاد العنصر السلبي على الإيجابي يعتبر معسرا"²

وبالنظر إلى أهمية المعاملات المالية خلال الحياة الزوجية، ومالها من تأثير على علاقة الزوجين

من خلال الثقة والائتمان، فنجد أن كلا من القانون والفقه الإسلامي أولى عناية وتنظيما لهذه

المسألة، حيث أقر الفقه الإسلامي مبدأ استقلال الذمة المالية، ويظهر ذلك من خلال الأحكام التي

تتناول العلاقات المالية بين الزوجين والقواعد التي تخضع لها حقوقها المالية، ومن الدلائل على

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، مدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، سوريا، 1999، ص. 193.

² - حمزة خشاب، مدخل للعلوم القانونية ونظرية الحق، ج2، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 197.

استقلالية الذمة المالية للمرأة قوله صلى الله عليه وسلم روي عن الليث عن ابن عجلان عن سعيد القبري عن أبي هريرة قيل لرسول الله: أيُّ النساء خير؟ قال : التي تسرُّه إذا نَظَرَ وتُطِيعُه إذا أَمَرَ ولا تُخالِفُه في نفسِها ولا في مالِه بما يكره" ¹

كما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للمرأة الراشدة ذمة مالية مستقلة، فلها حق التصرف في مالها كله أو بعضه كيفما تشاء، سواء بالهبة أو الوصية... الخ، لأن عقد الزوجة لا يبرر للزوج الضغط على الزوجة في مالها أو فيما تراه أو تعتقده ².

كما سار مشرع على نفس النهج الذي قضى به الفقه الإسلامي، حيث أنه تبنى مبدأ استقلالية الذمة المالية بين الزوجين كمبدأ عام حسب المادة 37 فقرة أولى من قانون الأسرة، حيث جاء النص فيها على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..."، فلكل من الزوجين حسب نص هذه المادة الحق في التصرف بأمواله بكافة أنواع التصرفات المالية المشروعة ³، فالتصرفات القانونية المالية التي تصدر عن الزوجة العاقلة الرشيدة من أموالها الخاصة سواء اكتسبتها قبل الزواج أم أثناءه هي تصرفات نافذة ولا تحتاج الإذن من زوجها، كون هذا الأخير ليس له أي حق في مالها ⁴، كما أن مشتملات الذمة المالية لكل من الزوجين هي:

¹ - ابن حزم، المحلى بالاثار، تحقيق البنداري عبد الغفار، ج08، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003، ص.315

² - مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2006، ص.104.

³ - دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية جامعة أحمد باي، تيسمسيلت، 1994، ع01، ص.47

⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد، المرجع السابق، ص.411.

I. بالنسبة للزوجة:

- الأموال المنقولة والعقارات المكتسبة قبل وبعد إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير والديون التي بذمتها لفائدة الغير.
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.
- الصداق والهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعن إبرام عقد الزواج.
- ما تحضره لبيت الزوجية من أثاث وأمتعة ومجوهرات ومواد أخرى¹.

II. بالنسبة للزوج :

- الأموال المنقولة والعقارات المكتسبة قبل وبعد إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة له اتجاه الغير والديون التي في ذمته لفائدة الغير.
- ما قد يؤول إليه عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو ما في حكمها أو عن طريق تعويض شخصي.

كما تجدر الإشارة أنه وتماشيا مع ما تضمنته اتفاقية "سيداو" التي حاولت الحفاظ على

حقوق المرأة الشرعية والقانونية، خاصة إعطائها الحرية التامة في الذمة المالية، وعليه فلا يكون للرجل

مطالبة زوجته براتبها الشهري، وإذا قام بذلك اعتبر ذلك خرقا للقانون، وتعديا على حرية المرأة

واستقلاليتها في ذمتها المالية².

¹ - بن يحيى أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر «النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري»، دراسة نقدية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016، مج 01، ع 03، ص. 119.

² - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 413.

وعلى الرغم من أنّ الأصل في الذمة المالية للزوجين هي الاستقلالية، غير أنه يكون

للزوجين الاشتراك في نظام المالي، والتشارك في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

وهذا ما فعلته خديجة بنت خويلد حينما سلمت مالها إلى الصادق الأمين ليتاجر به على أن

يكون له شيء من الربح، وكانت نية خديجة حسبما قيل هو التودد إلى رسول الله صلى الله عليه

وسلم وقد أكد ذلك النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "وَوَاسْتَنِي بِمَالِهَا"، وهذا الاشتراك يؤكد مبدأ

التعاون والتكافل بين الزوجين لمواجهة ظروف الحياة¹.

أما من الناحية القانونية فإنه طبقا لما اشتملت عليه المادة 237 من قانون الأسرة، فإنّ المشرع

أقرّ هو الآخر باستثناء التشارك في الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية، ويكون ذلك عن طريق

اتفاق بينهما، ويكون هذا الاتفاق تعاقديا مفرغا في وثيقة تبين قيمة الأموال المشتركة ونصيب كل

واحد منهما فيها، وإذا كانت الأموال المشتركة قابلة للاستثمار فيها، فيجب توضيح من هو المسؤول

عن مهمة إدارة هذه الأموال وطريقة تقسيم الأرباح².

هذه الحقوق يتعين على الزوجين أن يمارساها وفق الحدود الشرعية والقانونية المرسومة لها، وإلا

اعتبر المتجاوز لها خلال ممارسته لحقه "متعسفا"، ومن خلال الفرع الموالي سنوضح مظاهر التعسف

التي يمكن أن تقع على ممارسة الحقوق المشتركة للزوجين.

الزواج علاقة ثنائية وبالتالي اثاره هي الأخرى ثنائية الجانب، فالزوج هو الآخر تنصرف له آثار

عقد الزواج وله ان يمارس حقوقه وفق حدود سببها في المطلب الموالي.

¹ - قيدوم بوزيان إيمان، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2013/2014، ص.43.44.

² - محمدي بوزينة أمنة، الاتفاق على تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين قراءة في مضمون المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، مع 02، ع 01، 2016، ص 39.40.

المطلب الثاني:

المسائل المتعلقة بحقوق الزوج

الزوج هو الآخر بما أنه طرف في علاقة الزوجية يتمتع بمجموعة من الحقوق تكون له في ذمة زوجته ويكون عليها تنفيذها، ولا تبرء ذمتها إلا بتنفيذها أو بإسقاطها عنها، وفيما يلي سيتم الوقوف على الحق في القوامة (الفرع الأول)، الحق في التعدد (الفرع الثاني):

الفرع الأول:

حق القوامة:

تعد القوامة من أهم الحقوق التي ينفرد بها الزوج وأولها، وتتميز القوامة بأنها حق وواجب في ذات الوقت كما أنها حق يتفرع عنه مجموعة من الحقوق الأخرى، وفيما يلي سنعالج هذا الحق بالتفصيل:

أولاً: ماهية القوامة

طبيعة الرجل الخلقية والصفات الشخصية من عمق تفكير وقدرة على تحمل المسؤولية وصلابة وقلة الانفعال... الخ، والتي حتى وإن توافرت في المرأة إلا أنها تكون بنسبة أكثر عند الرجل، ومن أجل ذلك فقد جعل الله عز وجل حق القوامة من حق الرجل، وهذا الحق ليس تشريعاً تمييزياً بين الرجل والمرأة بل هو تكليف له حفاظاً على الأسرة وعلى المرأة في حد ذاتها¹. ويمكن تعريف القوامة على

¹ - جميل فخري جاتم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2009، ص. 16.

أنها: "قوام قيامهم عليهن بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة"¹ كما عُرفت على بأنها: "قيام الرجل على المرأة بالحفظ والدفاع والاكتساب والإنتاج المالي"²

فمفاد هذه التعاريف أن الشارع عز وجل أعطى للرجل الحق في القوامة وبمقتضاه يقع على عاتق الرجل الالتزام بالحفاظ على الزوجة، والدفاع عنها والاتفاق عليها وبالمقابل بل يكون على الزوجة طاعته، وفي حالة تعنتها أو نشوزها يكون للزوج الحق في تأديتها.

ثانيا: مقتضيات القوامة:

تقتضي القوامة للرجل حقوقا عديدة وواجبات تقع على عاتقه، ويكون للزوج حقوقا تقتضي على الزوجة تليبيتها، وتكمن هذه الحقوق فيما يلي:

I. حق الطاعة الزوجية :

العلاقة بين الزوجين تقوم في أساسها على الاحترام والتقدير المتبادلين بين الزوجين، هذا من شأنه أن يوطد أواصر المودة والرحمة بين الزوجين ويبعد عنهما الشقاق المستمر الذي قد يكون من أسبابه عدم احترام الزوجين لبعضهما أو أحدهما للآخر، فالعشرة الطيبة تقتضي الاحترام المتبادل.

— مفهوم الطاعة الزوجية:

الاحترام من المقتضيات طاعة الزوجة للزوج، حيث يمكن أن تعرف الطاعة على أنها: "موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته وطلب مرضاته، في غير معصية الله تعالى"¹

¹ - رميساء حوحو، شهرزاد بوسطلة، حق القوامة والتعسف في استعمالها، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020م، ع17، ص136.

² - حاج إسماعيل ابن لولو، القوامة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والإباضي وقانون الأسرة الجزائري، دار الأيام للنشر والتوزيع، 2018، ص24.

وطاعة الزوجة لزوجها مفروضة من قبل الشارع بالنص القرآني وبالأسانيد الواردة عن رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، وذلك ما ورد في قوله تعالى: "... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"²

فوجه الدلالة من الآية الكريمة أن الزوجة ملزمة بطاعة زوجها، وإذا ثبتت طاعتها له، فليس له أن يظلمها أو أن يهجرها... الخ، أما ما ورد عن سنة نبينا الكريم صلى الله عليه وسلم قوله: " لو كُنْتُ أَمْرًا أَحَدًا أَنْ يَسْجُدَ لِأَحَدٍ، لَأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِرَوْجِهَا"³

والمقصود على وجه الدلالة من الحديث الشريف من السجود المرأة هو سجود احترام وتقدير، أي كتعبير مجازي لضرورة احترام الزوجة لزوجها وتقديرها له، فالزوجة مطالبة بطاعة زوجها وتأدية كامل حقوقه، فإن الله تعالى يقبل حقوقه المؤدات من المرأة إذا أدت حقوق زوجها، فعن معاذ بن جبل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " وَالَّذِي نَفْسُ مُحَمَّدٍ بِيَدِهِ لَا تَوَدِّي الْمَرْأَةَ حَقَّ رَجُلًا حَتَّى تَوَدِّيَ حَقَّ زَوْجِهَا وَلَوْ سَأَلَهَا نَفْسَهَا وَهِيَ عَلَى قَتَبٍ لَمْ تَمْنَعُهُ "⁴

فوجه الدلالة مما ورد في الحديث الشريف أن الزوجة عليها طاعة زوجها تحت أي ظرف كان، وهو نوع من التشديد على وجوب الطاعة.

ومن مظاهر الطاعة التي يجب أن توليها الزوجة لزوجها نجد:

¹ - عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 196.

² - ورة النساء، الآية. 34.

³ - رواه الترمذي، سنن الترمذي، الحديث رقم 1159.

⁴ رواه عبد الله بن أبي أوفى، صحيح ابن ماجه، الحدث رقم 1515.

● الطاعة في الفراش: فلا يجوز لها شرعا الامتناع عن زوجها والامتناع عن إعطائه حقه الشرعي بدون وجه حق وبدون وجود مبرر¹.

● ألا تدخل أحدا بيته إلا بإذنه: فهو مالك البيت ولا يمكن لها أن تسمح بدخول الأغراب أو حتى الأقارب إلا بموافقته.

● طاعة الزوج في السفر: فلا يمكن لها السفر بدون إذنه، ويكون عليها السفر معه في حالة سفره وليس لها الامتناع عن ذلك دون وجه حق².

● الطاعة في الصوم والنوافل: فحق الزوج مقدم على أجر النوافل، وإذا منعها عنها فليس لها أن تؤديها رغماً عنه³.

● حفظ الزوج في دينه وعرضه: فعلى الزوجة صون شرفها وشرف زوجها ومحرم عليها خيانتها، وحتى إفشاء أسرار بيتها إلى الغير حتى إلى المقربين.

على النقيض من ذلك اذا ما بحثنا في النصوص القانونية سنجد وأنه وبموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المشرع ألغى فكرة وجوب طاعة الزوجة لزوجها على اعتباره رب العائلة، فالتعديل الذي طرأ على قانون الأسرة أكد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ولا سلطة للرجل على المرأة، أي لم يعد هو رئيس العائلة بل الزواج والعائلة شراكة بينهما يتعاونان فيما بينهما ويتفقان على ما فيه صلاح لهما ولأولادهم، وعليه لم يعد هناك معيار يقاس به مدة استجابة الزوجة لزوجها بموجب القانون، غير أن المادة 55 من ذات القانون تعطي الحق للقاضي بالحكم بالطلاق في حالة نشوز

¹ - عبد الله عبد المنعم العسيلين المرجع السابق، ص. 208.

² - عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص. 209.

³ - جميل فخري جاتم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 81.

أحد الزوجين، مما يستشف منه أن القانون لا زال يحيلنا إلى ما جاء به الفقه بنص المادة 222 من قانون الأسرة، فالقاضي له بالرجوع إلى ما ورد في الشريعة الإسلامية للنظر في قضية الحال والنظر إذا ما كان أحد الزوجين نشزّ وامتنع عن القيام بواجبه اتجاه الآخر.

II. : حق تأديب الزوجة:

إن حق تأديب الزوجة حق تبعية لحق الطاعة الزوجية، كون الزوج في حالة ما إذا لم تقم الزوجة بواجب طاعتها اتجاهه كان له الحق في تأديبها، ويتمثل هذا الحق في:

- مفهوم حق التأديب:

"إن من لوازم القوامة حق الزوج في تأديب أهل بيته عند نشوزهم ومخالفتهم للأمر الذي فيه صلاحهم ولم يجعل الله تعالى هذا الحق ليستعلي به على المرأة وبذيقها مرارة الذل والمهان، بل هو حق مقيد في حالة نشوز المرأة¹. هذا هو التعريف الذي ورد بخصوص التأديب ومفاده أن حق التأديب حق مكفول للزوج في حالة نشوز الزوجة وامتناعها عن طاعة زوجها، ويكون التأديب بأساليب مختلفة ولا يكون القصد منه إذلال الزوجة أو إيذائها إنما حملها على تأدية واجباتها اتجاه زوجها بما يرضي الله سبحانه وتعالى.

والمقصود بالنشوز الموجب للتأديب: "العصيان والخروج عن طاعة الزوج والامتناع عن أداء

الحقوق المقررة للزوج شرعا"²

¹- عبد الله عبد المنعم العسيلي، المرجع السابق، ص. 231.

²- حاج إسماعيل بن لولو، المرجع السابق، ص. 98.

- مقتضيات حق التأديب:

إن حق التأديب لا يكون بإتباع وسيلة واحدة كما هو راسخ في الأذهان إنما له أساليب مختلفة لأنه محاولة لمعالجة نشوز الزوجة وإعادتها إلى صوابها عند حيادها عنه، وهذه الأساليب مرتبة ترتيباً شرعياً يجب مراعاته، وقد نص عليها في قوله تعالى: "... وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً" ¹

الوعظ: جاء الوعظ في مقدمة وسائل التأديب لقوله تعالى: "فَعِظُوهُنَّ"، فالنساء مختلفات في طباعهن وطريقة تفكيرهن هناك من تعود إلى رشدتها بمجرد كلمة، وهناك من يجب أن ترد إليه بطريقة أخرى ².

والمراد بالوعظ تذكير الزوجة بما أوجبه الله عز وجل عليها من حسن صحبة وجميل عشرة للزوج، وكون رضا الزوج من رضا الله، وأن أثر نشوزها سيكون بالسلب على علاقتهم الزوجية، وقد يؤدي إلى فك رابطة الزوجية لا قدر الله ويستوجب أن يكون بالوعظ بأسلوب لين معين، لا بالغلظة والقساوة المنفرة لها.

الهجر في المضجع: في حالة ما إذا لم تتعظ الزوجة ولم تعد إلى صوابها، فإنه وبمقتضى الآية الكريمة "وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ"، فإن للزوج هجر زوجته كنوع من التأديب، ويكون الهجر إما:

بالقول: مفاده أن يترك كلاهما لمدة لا تزيد عن ثلاثة أيام.

بالفعل: ويكون ذلك بأن يهجرها في فراش النوم، وذلك بأن يوليها ظهره ولا يجامعها .

¹ - سورة النساء، الآية. 34.

² - أحسن زقورو، الغوط عبد الكريم، "سلطة تأديب الزوجة، دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة عمر ثليجي، 2017 الأغواط، مج 05، ع 09، ص. 87.

ومدة هذا الهجر كان للفقهاء فيها قولين: الأول¹ قضى بأن تكون المدة من شهر إلى أربعة

أشهر، بينما قضى الثان²ي بأن المدة يرجع تقديرها إلى الزوج³.

الضرب: إذا أخفق الزوج بعد إتباعه الطريقتين السابقتين، ولم يجدي الوعظ أو الهجر نفعا

فإنه وطبقا لنص الآية الكريمة، فإن للزوج إتباع الوسيلة الأخيرة، ألا وهي الضرب "واضْرِبُوهُنَّ"، لكن

هذا الضرب يقيده شروط لكيلا يخرج عن هدف التأديب، وأهم شروطه:

✓ أن يكون التأديب لغرض الإصلاح لا لغرض الإيذاء والانتقام.

✓ أن يكون ضرب الزوجة على معصية لم يرد في شأنها حد مقدر.

✓ ألا يلجأ الزوج إلى الضرب إلا بعد استعمال وسيلتي الوعظ والهجر في المضجع،

فيجب أن يبدأ الزوج بالأيسر والأخف من الأفعال.

✓ أن يكون الضرب غير مبرح وهو الذي لا يدمي ولا يشوه الجسم ولا يكسر العظم.

✓ أن يتقي الوجه والرأس والمقاتل لأن المقصود هو التأديب لا التشويه.

✓ أن يباشر الزوج حق التأديب بنفسه لا أن يوكله لغيره⁴.

✓ ألا يزيد في ضرب الزوجة عشرة أسواط كما قال بعض العلماء⁵.

¹-مذهب المالكية.

²-قول جمهور الفقهاء.

³- حاج اسماعيل بن لولو، المرجع السابق، ص.103.

⁴-سميرة براوي، سعاد يحياوي، المسؤولية المدنية والجزائية للزوج المتعسف في استعمال حق التأديب دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مج13، ع02، 2022، ص.223.

⁵- عبد الله بن سليمان العجلان، أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي، مجلة العدل، الرياض، ع52، 1432، ص.83.86.

إن المشرع بمصادقته على ما احتوته اتفاقية "سيداو"¹ التي نصت في فقرتها "ج" المادة 10 على أن الطاعة الزوجية تكيف على أنها كالتسلط الأبوي الذي يمارسه الزوج على زوجته كما يمارسه الأب على أبنائه، وعليه فإن المشرع انطلاقاً من ذلك لم يعترف بحق تأديب الزوجة، ولم يأخذ به بجميع وسائله الواردة طبقاً للشرع، وكان الحل في حالة النشوز هو فك الرابطة الزوجية²، فالملاحظ من ذلك أن المشرع لم يحسن صنعا بذلك كونه حتى وإن كانت نيته حماية المرأة من التعدي الجسدي في حالة ضربها لمحاولة تأديبها من زوجها إلا أنه لم يترث بل ارتئى أن حالة النشوز يكون حلها راجع إلى السلطة التقديرية للقاضي لفك الرابطة بين الزوجين، وذلك إغفال وتجاهل للطرق الودية التي يمكن أن تحل التعنت بين الزوجين، وتجنبهما فك رابطتهما الزوجية.

• تعسف الزوج في استعمال الحق على حق الطاعة والتأديب

قوامه الزوج على الزوجة تفرض له حقوقاً عديدة على رأسها حق الطاعة، فإذا تعنتت الزوجة في القيام بواجب طاعتها اعتبرت في حكم الناشز، ويكون للزوج بناءً على ذلك الحق في تأديبها لإرجاعها عن تعنتها وحيادها عن الصواب، ويكون التأديب على مراحل مرتبة تتناسب مع جسامة خطأ الزوجة وتعنتها وعصيانها، وكون حق التأديب مخول بيد الزوج فلا يعني ذلك أن يمارس حقه على نطاق مفتوح، إنما له ممارسته دونما الخروج عن إطاره، وإذا تم الخروج عنه اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق ويمكن القول بذلك إذا طبقنا عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق:

¹ - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في ديسمبر 1979.

² - عبد الله غريبي، الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، حويلات جامعة الجزائر 1، ع32، الجزء الأول، ص.550.549.

أ. معيار قصد الإضرار:

يكون التأديب حقا للزوج متى عصته الزوجة وامتنعت عن أداء واجبها اتجاهه بالطاعة والتأديب درجات يبدأ بالوعظ ثم إذا لم ينفع انتقل إلى الهجر في المضجع ثم إذا أصرت على عصيائها كان له ضربها ضربا ليس بالضرب الوحشي الذي يكون فيه أذى جامع لها ، فإذا كان عصيائها لطاعته لا يعتبر عصيانا كبيرا وقابله الزوج بالضرب مباشرة وكان ضربه مبرحا، هنا قصده واضح بالإضرار بها، كما أن الضرب بدون أي سبب واضح من الزوجة، وبدون نشوزها يعد أيضا قصدا واضحا بالإضرار بها وضوح الشمس، لانعدام المبرر لاستعمال التأديب بل قصده الإذلال والتحقير، كما أن الهجر في المضجع بدون سبب جدي يدعو إليه أو إذا كان مقابلا لفعل ليس بالجسيم قامت به الزوجة ولا يستدعي هجرها، ففي هجرها وحرمانها من حقوقها الشرعية إضرار بائن بها.

ب. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوج تكمن في طاعته ومصلحة الزوجة تكمن في عدم هجرها وعدم ضربها لذا يستوجب ذلك منها طاعته، غير أنها قد يتم تعنيفها حتى وإن لم تكن قد أقدمت على فعل أو تعنت منها يستوجب تأديبها ولا يمكن أن تكون في ذلك مصلحة للزوجة ولا للزوج، فضلا عن أن التأديب إذا كان في صوري الهجر والضرب يجب أن يتوقف عنه الزوج عند رجوع الزوجة عن عصيائها، فإذا استمر ذلك رغم تراجعها عن موقفها ورجوعها إلى طريق الصواب فإن ليس في ذلك مصلحة لهما، وحتى وإن كان في ذلك مصلحة للزوج فإن ذاك ليس فيه منفعة للزوجة بل إضرارا بها فقط.

ج. معيار الضرر الفاحش:

حق التأديب حق انشق عن حق القوامة يكون للزوج بموجبه حق إرجاع الزوجة على تمردها وخطأها بوسائل متعددة، فإذا استعمل الضرب المبرح كوسيلة للتأديب وكان الضرب وحشيا فيه ضرر واضح بجسم المرأة ونفسيته، فإن ذلك فيه إضرار كبير وليس فيه من ممارسة الحق من شيء خاصة إذا كان الزوج يقوم بضرب زوجته لأتفه الأسباب، فالتأديب غايته الإصلاح وليس الإضرار وإيذاء فقط، أو إذا كان الهجر لفترات طويلة لأتفه الأسباب فيه ضرر أيضا.

د. معيار المصلحة غير المشروعة:

يقصد به استعمال الحق على الوجه غير المشروع باستعمال الحق مناقضة لقصد الشارع من تشريعه وسنه على هذا الحق، فالشارع أقر بحق التأديب للزوج في حالة نشوز الزوجة تحقيقا لمصلحة معينة هي إرجاعها عن تعنتها ونشوزها، لكن استعماله بقدر مبالغ فيه أو استعمال هذا الحق في غير موضعه اعتبر ذلك تعسفا لأنه أبان عن نيته بالإضرار بزوجته، ويظهر ذلك عند انعدام المصلحة من التأديب خاصة إذا كان التأديب متمثلا في الضرب بدون وجه حق، أي أن الزوجة لم تقم بأي فعل بدل على نشوزها أو تعنتها ورفضها طاعة زوجها وتعرضت للضرب فإن ذلك يكون خارجا عن حدود ممارسة الحق .

فضلا عن ذلك فإن الزوج حتى وإن اتخذ الهجر كوسيلة للتأديب ليس له أن يتجاوز الحد المعقول في الهجر، لأن الهجر إذا وصل إلى مدة الإيلاء يعد ضرراً بالزوجة، كونه يمنعها من أولى الحقوق التي تنبثق عن عقد الزواج ألا وهو حق الاستمتاع، والذي يعتبر في ذات الوقت محل عقد الزواج، لذلك فإن الزوج وإن استعمل الهجر لغرض التأديب ليس له الاستمرار فيه إن هي عادت إلى

رشدتها، وإن حصل وبقيت متعنتة في نشوزها وعصيانها وتمردها كان له أن يطلقها كأخف ضرر من حرمانها من حقها والتعسف في استعمال حقه.

الفرع الثاني:

حق الزوج في التعدد

فكرة تعدد الزوجات ليست بالفكرة الحديثة، إنما هي نظام كان معروف منذ القدم

كون الزواج والتناسل فطرة إنسانية جُبل عليها الإنسان، إلا أن التعدد بصيغته القديمة لم يكن مضبوطا حيث كان عشوائيا، لكن بقدم الإسلام تم وضع حدود وضوابط تهذيبية لفكرة تعدد الزوجات، وكون هذه الأخيرة تُعد نظاما اجتماعيا مرغوبا فيه، فإن ذلك يستوجب دراسة ماهيته (أولا)، ثم تبيان الضوابط أو الشروط التي ضمنه إياها الإسلام (ثانيا).

أولا: مفهوم التعدد:

تعدد الزوجات مصطلح مركب يتكون من مفردين "تعدد" و "الزوجات"، لكل واحد منهما

معنى مستقل عن الآخر، سنقوم بتحديد مفهوم كل واحد منهما على حدة، ثم إعطاء المفهوم الشامل للمصطلح ككل.

الفقه الإسلامي القديم لم يتطرق إلى تعريف تعدد الزوجات إنما اكتفى بتبيان حكمه وأسبابه

وشروطه وأحكامه، وعلى خلاف ذلك نجد تعاريف عديدة لدى الفقه المعاصر نجد من بينهما:

عُرف على أنه: "نظام يباح للرجل بمقتضاه أن يكون في عصمته أكثر من زوجة واحدة على ألا يتجاوز العدد أربع زوجات" ¹

عُرف أيضا بأنه: "أن يتزوج الرجل بأكثر من واحدة في حدود الأربع" ²

2. شروط التعدد:

رجوعا إلى كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة نجد أن هناك شروط تضبط التعدد وهذا لجعله منظما وفق حدود شرعية وقانونية، وذلك راجع لحساسية رابطة الزوجية وأهميتها، وتمثل هذه الشروط فيما يلي:

ثانيا: شروط التعدد في الفقه الإسلامي:

تمثلت الشروط التي أتت بها الشريعة الإسلامية بخصوص التعدد في:

عدم تجاوز الحد الأقصى لعدد الزوجات: قيد الله سبحانه وتعالى تعدد الزوجات بأن تكون

مثنى وثلاث ورباع، ولا زيادة عن هذا القدر في الإسلام، فجعل أقصى عدد يمكن جمعه من النساء

أربعا، وذلك مصداقا لقوله تعالى: ... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ

خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا" ³ فالمقصود من نص الآية أن

التعدد مباح في حدود الأربعة.

¹- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 144.

²- وليد ضيف، علي دهمانية، قيود تعدد الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، مج08، ع01، 2022، ص. 569.

³- سورة النساء ، الآية 03.

وحتى ما ورد عن سنة نبي الله صلى الله عليه وسلم أنه هو وحده من أجاز له التعدد بأكثر من أربعة فيما عداه غير جائز تجاوز الحد الأقصى المسموح به.

عدم الجمع بين المحارم: حتى وإن كان التعدد حالاً ووفق الحد الأقصى إلا أنه حتى وإن كان

كذلك يشترط في الزوجات ألا يكن من ذوي المحارم فيما بينهم، حيث لا يجوز:

– الجمع بين الأختين.

– الجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها.

– تحريم الجمع بسبب الرضاع¹.

القدرة على الإنفاق: من واجبات الزوج الإنفاق على الزوجة، ومن شروط التعدد أن يكون

الزوج قادراً على الإنفاق على زوجاته مما يؤكد وجوب يسار الزوج، فإن لم يكن قادراً على الإنفاق

ازداد بزواجه وأولاده عدد الفقراء والبائسين، والإنفاق في زماننا لا يقتصر على المأكل والملبس

والمسكن فقط، بل يتعداه إلى التعليم ومستلزمات الأطفال².

العدل: قيد الشارع مسألة التعدد بأهم شرط ألا وهو العدل، فأتى النص في القرآن الكريم

الذي يعد الدستور الأساسي للمجتمع الإسلامي في الآية 03 من سورة النساء: "... فَأَنْكِحُوا مَا

طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ

أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"

¹ - أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006، ص.184.

² - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص.186.

فالتأكيد في هذه الآية على العدل، والمقصود به في الآية الكريمة هو العدل الذي يستطيع الإنسان توفيره وتحقيقه، ويتمثل في التسوية بين الزوجات في المأكل والمشرب والملبس والمسكن والمبيت والمعاملة بما يليق بكل واحدة منهن¹، فإذا خاف الرجل من عدم قدرته على العدل هنا عليه الاقتصار على زوجة واحدة لقوله تعالى في سورة النساء في الآية 03 المذكورة سابقا، فالشارع في هذه الآية نص على أن الزوج عليه الاكتفاء بزوجة واحدة إذا كان في التعدد ظلم للزوجات، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر أما المحبة القلبية فبطبيعة الحال لا يمكن أن يحاسب عليها إلا إذا كان فيها أذى واضح للزوجة.

II. شروط التعدد في قانون الأسرة:

قيد المشرع مسألة تعدد الزوجات من خلال نص المادة 08 من قانون الأسرة حيث نص فيها على: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل"

فضلا عن إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يريد الزواج بها، مع تقديم طب الترخيص بالزواج إلى رئيس محكمة الواقع بها مقر مسكن الزوجية"

فالمستخلص أن الشروط الواجب توافرها وفقا للقانون هي:

المبرر الشرعي: وفقا للنصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة، نجد أن المشرع اشترط وجوب توفر المبرر الشرعي لإجازة التعدد، لكن المشرع لم يتطرق إلى تبيان مفهوم المبرر الشرعي، بل

¹ - صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مج05، ع09، 2004، ص.124.127.

ترك المهمة في يد قضاة الموضوع، هم من يملكون السلطة التقديرية لتحديد توافر المبرر شرعي من عدمه¹.

لكن ما يعاب على ذلك هو أن القاضي لا يمكنه إدراك كل ملابسات التعدد الحقيقية إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي ويخفي الناس عادة عنه ذلك السبب².

شروط ونية العدل: أخذ المشرع بشرط العدل الوارد في الشريعة الإسلامية قوله في المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري: "وتوفرت شروط ونية العدل"

لكن دونما تحديد لا لمفهوم النية أو ذكر لشروطه، وهل هذه الشروط يتم إثباتها إثباتاً مادياً أو شفهاً للقاضي الموكل له مسألة تقديم رخصة التعدد³.

فالعدل المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية هو التقسيم العادل لمتطلبات الحياة الزوجية مع توفير لأساسيات الحياة الزوجية (نفقة المأكل، الملبس...) فكيف يعقل أن يكون هناك شرط لإثبات العدل مع طريقة تبيانه، فالقاضي يصعب عليه التأكد من نية الزوج الخالصة في العدل بين زوجاته إبان طلب الترخيص بالتعدد، فهذا الأمر يمكن أن يتداركه المشرع من خلال صياغة المادة القانونية صياغة واضحة لا تترك مجالاً للشك أو التأويل.

إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد: وفقاً لنص الفقرة 02 من المادة 08 من قانون

الأسرة، فإن المشرع اشترط إخبار الزوج لكل من الزوجة السابقة والزوجة المراد التعدد بها، فيكون لهن

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.190.

² - حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وأثاره، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2002، ص.60.

³ - نسيمه أمال حيفري، تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بين الإباحة والتجريم، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مج08، 2021، 03، ص.594.

إما قبول التعدد أو للزوجة السابقة رفض التعدد وطلب التطليق، وللمرأة المراد الزواج بها رفض الزواج بشخص متزوج أو قبوله.

لكن الإخبار المنصوص في نص المادة لم يتضح من الصياغة هل الإخبار يكون شفاهة أو كتابيا أو عن طريق تبليغ، وكون موافقة الزوجة الأولى ضرورية لإبرام عقد الزواج الثاني، فإن ذلك يدفع الكثير من الرجال إلى إبرام عقد زواج عرقي ثم بذلك يقدم طلب تثبيت الزواج وهذا يعد نوعا من التحايل على القانون.

الحصول على ترخيص قضائي إذ يتوجب على الزوج الراغب في التعدد أن يحصل على ترخيص قضائي بالتعدد، ولقاضي السبطة في منحه الترخيص متى استند الى أسباب ومسوغات، كما يكون له رفضه متى تأكد من عدم توافر الشروط في الزوج الراغب في التعدد.

• التعسف في استعمال حق التعدد

تعدد الزوجات حق من الحقوق المكفولة للزوج له أن يمارسه متى شاء ومتى توافرت الشروط المنصوص عليها شرعا وقانونا، وشأنه شأن الحقوق الأخرى على الزوج أن يراعي فيها عدم تعديه حدود ممارسة الحق ليصل إلى مرحلة التعسف في ممارسة حقه في التعدد، ويكون كذلك متى توافرت معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في قياس ممارسته لحقه، ويكون ذلك حسب ما يلي:

أ. معيار القصد بالإضرار:

يكون قصد الإضرار واضحا في مسألة التعدد إذا أقدم الزوج على الزواج بزوجة أخرى غير زوجته أو زوجاته بدافع الأنانية وإرضاء رغبة نفسية فقط، دونما وجود مبرر شرعي أو سبب جدي يدفعه إلى التعدد، كما قد يظهر عنصر الإضرار من خلال نية إذلال الزوجة الأولى، وذلك بتركها

كالمعلقة ويكتفي بالبقاء عند الزوجة الثانية، وهنا قصد الإضرار يظهر بانعدام نية العدل أو فعل العدل في حد ذاته، كما أن قصد الإضرار قد يظهر أيضاً في حالة ما إذا كان الزواج بالزوجة الثانية عرفياً دون إعلامها هي ولا الزوجة الأولى، فيكون كنوع من الإخفاء ليقوم فيما بعد بتثبيت الزواج بحكم قضائي، فيضع بذلك الزوجتين أمام الأمر الواقع فهو بذلك يحرم الزوجة الثانية من خيار رفض الزواج لكونه متزوج من قبل، فلا يكون لها بعد ذلك سوى طلب التطليق للتدليس ولا يكون لها حق الرفض كونها أصبحت متزوجة كما أن الزوجة الأولى هي أيضاً متضررة كون الزوج بزواجه خفية دون رضاها ودون علمها إضراراً بها من الناحية النفسية، وهذا فيه دليل على سوء نية الزوج وتحايله على الزوجتين معاً.

ب. معيار المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوج قد تكمن في التعدد إذا كان مبرر أو لوجود سبب جدي، وخاصة إذا كان بإمكانه توفير العدل بين نسائه وقدرته المادية تمكنه من التعدد، غير أن الزوجة بطبيعة الحال لا تكمن مصلحتها في تعدد زوجها وزواجه بأخرى، ففطرة المرأة تمنعها من تقبل الفكرة حتى وإن كان للزوج دافع قوي للزواج مرة أخرى كدافع الإنجاب خاصة إذا كانت الزوجة الأولى لا تنجب.

إلا أن مصلحتها لا تكمن في زواج زوجها مرة أخرى خاصة من ناحية العدل كونها تخاف أن يذرهما زوجها كالمعلقة ويقوم ذلك إذا فضّل الزوج الزوجة الجديدة عليها أو عليها إن كان قد تزوج بعدة زوجات من قبل، وعدم العدل يشكل بالدرجة الأولى ضرراً للزوجات.

ج. معيار الضرر الفاحش:

إذا كان التعدد حقا في أصله فإن المعاشرة بالمعروف وعدم الإضرار بالطرف الآخر في الزواج أيضا حقوق، فلا يكون للزوج أن يتزوج على زوجته لإرضاء رغبته في إذلالها وإهانتها، والتستر بذلك بممارسة حقه في التعدد خاصة إذا كان الزواج الأول قد مرت عليه السنين وكانت الزوجة تعاشر زوجها بالمعروف وتتقي الله في معاملتها له، إلا أنه يتخذ التعدد ذريعة للإضرار بها وتركها كالمعلقة بعدم عدله بين الزوجات هذا فيه إضرار فاحش للزوجة وسيلقي بضلاله عليها وعلى جانبها النفسي والمعنوي ، مما يجعلها تحقد عليه وتنقلب في معاملتها معه وهذا منهي عنه.

د. معيار المصلحة غير المشروعة:

مسألة التعدد مباحة في أصلها لوجود المبرر الشرعي الذي يتيح للزوج الزواج بأخرى مع التأكد من عدله، إلا أنه إذا كان زواجه بأخرى دون وجود مبرر أو عدم قدرته على العدل أي عدم قدرته على الإنفاق على زوجتين وعدم استطاعته تحمل أعباء الحياة. وبذلك سيظلم الزوجتين معا بكل تأكيد وإن كان له مبرر شرعي يسمح له بالتعدد ومصلحته تكمن في التعدد، إلا أن مصلحته تعد غير مشروعة مقارنة مع الضرر الذي سينجم عن هذا التعدد، وعليه يمكن القول أن التعدد مع عدم إمكانية تحمل أعبائه يعد مصلحة غير مشروعة والزواج هنا يعد متعسفا في استعمال حقه تعسفا واضحا.

قد ينفرد أحد الزوجين بالتمتع بحقوق زوجية دون الطرف الآخر، وذلك راجع لطبيعة الحق وتعلقه بجنس المتمتع به رجل ام امرأة، أو بطبيعة الحق ذاته، ومن خلال المطلب الموالي سنتطرق للأمور المتعلقة بحقوق الزوجة.

المطلب الثالث

المسائل المتعلقة بحقوق الزوجة

إذا ما تفصلنا في مسألة الحقوق الناجمة عن عقد الزواج فإننا نجد أن الزوجة هي وحدها من تنفرد بحقوق مالية دون الزوج كما تجب لها حقوق معنوية أخرى، تقع على عاتق الزوج كالتزامات لا تبرء ذمته منها إلا بتنفيذها، أو بتبرئته منها، ومن جهة أخرى وجب على الزوجة الا تمارس حقوقها بشكل متعسف فيه والحاق الضرر بالزوج لأن ذلك يقيم مسؤوليتها المدنية، ومن خلال ما يلي سنحاول الوقوف على جميع هذه النقاط لمحاول تبان حقوق الزوجة وكذا حدود ممارستها، وذلك بدراسة حقوق الزوجة من خلال دراسة، الحق في المهر (الفرع الأول)، الحق في النفقة(الفرع الثاني) الحق في العمل (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

الحق في المهر

الباحث في موضوع اثار عقد الزواج وما يترتب عنه بالنسبة للطرفين، يلاحظ أن الزوجة تتمتع بحقوق تجمع في طبيعتها بين المالية والمعنوية على خلاف الزوج، وتعتبر في ذات الوقت التزامات على عاتق الزوج. يعتبر المهر أول حق مالي للزوجة يتعلق بذمة زوجها اتجاهها، ويعتبر في ذات الوقت شرطاً من شروط صحة الزواج وفقاً للقانون الوضعي¹، بينما يعتبر وفقاً لمقتضيات الفقه الإسلامي من أركانه، فثبتت حقها فيه واستيفائها كامل الشروط اللازمة لتحقيقه كان لها أن تقبضه من زوجها ما لم

1-المشرع قبل التعديل الذي عرفه قانون الأسرة سنة 2005، كان يعتبر المهر ركناً في عقد الزواج.

تتنازل عنه بإرادتها¹، فإن هو امتنع عن تقديمه لها وتبرئة ذمته كان لها الامتناع عن تسليم نفسها له حتى يدفعه لها أو الامتناع عن الانتقال إلى مسكن الزوجية في حالة ما إذا لم يتم البناء بعد².
إلا أن الزوجة عليها مراعاة ظروف زوجها المادية عند مطالبتها بحقوقها في الصداق فإن كان في مرحلة إعسار كان عليها من باب حسن المعاشرة والمعروف أن تؤجل المطالبة إلى أن تتيسر أوضاعه المادية.

ومن الأسباب التي تؤكد لها الحق في المهر نجد:

أ. **الدخول الحقيقي:** ويقصد به الوطء أو الاتصال الجنسي، فيستقر المهر في ذمة الزوج متى استوفى حقه بالدخول بها، ويكون الدخول صحيحاً متى كان في العقد الصحيح.

ب. **وفاة الزوج:** يتأكد المهر للزوجة في حالة وفاة الزوج قبل الدخول في النكاح الصحيح وقبل الخلوة³.

هاذين الشرطين اتفق فيهما الفقه الإسلامي والمشرع الذي نص على استحقاق الزوجة الصداق كاملاً إذا ما تم الدخول بها، أو توفي عنها زوجها وما أتت به المادة 16 من قانون الأسرة في نصها.

وفضلاً عن هاذين الشرطين أضاف الفقه المالكي حالة أخرى تتمثل في انتقال الزوجة إلى بيت زوجها والإقامة به سنة كاملة لكن لم يحدث دخول بها مع أنها مطبقة للوطء وانتفاء سبب يمنع

1- اختلف الفقهاء في مسألة الامتناع عن تسليم الزوجة نفسها لزوجها أو الامتناع عن الانتقال بين مؤيد ومعارض (أقره الحنفية والحنابلة) وأنكره (المالكية والشافعية)

2- عمر سدي، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست، مج08، ع02، 2019، ص. 63-64.

3- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص. 114.

الزوج من ذلك، فإقامتها سنة كاملة تحل محل الوطاء عند المالكية يكون للزوجة بموجبها استيفاء مهرها كاملاً. أما الأسباب التي تسقط عنها حقها فيه نجد:

أ. إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول الحقيقي أو حكماً بسبب من الزوجة كما ارتدت عن الإسلام.¹

ب. إذا أبرت زوجها من صداقها قبل الدخول أو بعدها.

ج. إذا قتلت الزوجة نفسها أو زوجها، فإذا قتلت نفسها حرمت منها فلا يكون لورثتها استحقاق المهر كميراث إن كان مؤجل القبض، أما إذا قتلت زوجها وقياساً على أنها لا تترث فإنها لا تستحق المهر.

• التعسف في استعمال الحق في المهر

المهر أول حق مالي يتقرر للزوجة، فهو عطية من الزوج يقدم لها نحلة، ويعتبر بموجب القانون الوضعي شرط من شروط صحة عقد الزواج، وكونه حق خالص للزوجة وهي مالكة التصرف فيه، فإنه لا يمكن لها أن تتعسف في استعمال حقها فيه من خلال المغالاة فيه، بطلب منها أو من وليها فذلك فيه إضرار بالزوج وبالغير.

أ. أوجه إضرار المغالاة في المهر:

المغالاة بالمهر لا تضر الزوج وحده، إنما تتعداه إلى الإضرار بالغير أيضاً:

1- محمد بن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص. 301.

1. إضرار بالزوج:

المرأة إذا طلبت مهراً غالياً مبالغاً فيه ويفوق مقدرة الرجل المادية فإن ذلك يعد تعجيزاً له، وتحميلاً لعبء يفوق طاقته، مما قد يدفعه في بعض الأحيان إلى الإستدانة وهذا من شأنه إثقال الذمة المالية للرجل بديون هو في غنى عنها .

2. إضرار بالغير:

المقصود من الغير هنا هو المجتمع بصفة عامة، كون المغالاة في المهور من شأنه دفع الشباب إلى العزوف عن الزواج، لما فيه من أعباء مالية التي لا يستطيع الكثير من الشباب دفعها خاصة مع الغلاء المعيشي، فضلاً عن أن عزوف الشباب عن الزواج سيؤدي كنتيجة حتمية إلى زيادة نسبة العنوسة، وظهور الآفات الاجتماعية كجرائم الزنا والأفعال المخلة بالحياء.

ب. تطبيق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في المهر:

من أول الحقوق التي تتعلق بذمة الزوجين بمجرد إبرام عقد الزواج الحق في المهر فهو أول حق مالي يضمن للزوجة ويقع كواجب على عاتق الزوج، واجب دفعه لها، ولكن ذلك يقتضي عدم التعسف في استعماله وإلا خرج عن إطار الحق، ويمكن أن نطبق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في المهر، فيكون ذلك كالاتي:

I. معيار قصد الإضرار:

يستشف من خلال طلب المرأة أو وليها مهراً قيمته تعجيزية للرجل لا يستطيع توفيره، قرينة واضحة على قصد المرأة للإضرار بالرجل وبالغير على حد سواء، فبفعلها هذا فإنها تريد هدم مصلحة شرعية قائمة بموجب الزواج وباشتراطها مهراً مبالغاً فيه فإنها تدفع الرجل أو الرجال

بصفة عامة إلى العزوف عنها ورفض الارتباط بها إن كان قبل الزواج، أما إذا كان بعد الدخول بها وكان المهر مؤجلاً فمن شأنه إثقال كاهل الزوج بأعباء مادية¹.

II. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

الأصل في المهر ألا يقل عن الحد الأدنى المطلوب فيه، وقد حثنا ديننا من خلال سنة نبينا الكريم على عدم المغالاة في المهر، وذلك لدفع الشباب وتحفيزهم على الزواج كون الظروف المادية غالباً ما تكون الحاجز الذي يمنعهم من الإقدام على الزواج، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم قد قال في الموضوع: "خيرُ نساءِ أمتي أصبَحُهُنَّ وجَهًا، وأقلُّهُنَّ مهرًا"²، كما ورد عنه حديث شريف مفاده "إِنَّ مَنْ يُؤْمِنُ الْمَرْأَةَ تَيْسِيرُ خِطْبَتِهَا وَتَيْسِيرُ صَدَاقِهَا وَتَيْسِيرُ رَحِمِهَا"³، لكن المهر القليل قد لا يساعد المرأة في شراء مستلزمات بيت الزوجية كون غالباً وما جرت عليه العرف والعادات أن المرأة تشتري مستلزماتها من الصداق، فيكون ضرر المهر القليل أقل من ضرر المهر الغالي الذي يدفع الرجل المتقدم لخطبتها إلى الإحجام عن فكرة التزوج بها، فضلاً عن الضرر الذي يؤدي إلى عزوف الشباب عن الزواج، فيجب الأخذ بالضرر الأخف وطأً فيكون المهر القليل أخف ضرراً من المهر المبالغ فيه، لأن هذا الأخير يكون وطؤه يخص الرجل المتقدم بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة⁴.

¹ - عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر لنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص.112.

² - أنظر صحيح جامع الالباني، الجامع الصغير وزيادته رقم الحديث 2928، ص.3248.

³ - أنظر صحيح جامع الالباني، الجامع الصغير وزيادته، رقم الحديث 2235، ص.3998.

⁴ - حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2021/2020، ص.123.

III. معيار الضرر الفاحش:

يظهر أثر المغالاة في المهر على الإحصائيات التي تؤكد وتبين من خلال الدراسات الاجتماعية الميدانية على عزوف الشباب عن الإقدام على الزواج، مما أدى إلى ارتفاع نسبة العنوسة¹، وفي ذلك ضرر فاحش يلحق بالمرأة والرجل على حد سواء وذلك سيؤدي كنتيجة تبعية لذلك لجوء الشباب إلى الحرام، لأنه أسهل وأقل تكلفة وفي هذا هدم صريح لمقاصد الزواج التي تعتمد في أساسها على الإحصان وحفظ النفس والنسل، هذا التعارض بشكل واضح في مسألة المغالاة لما له من أثر فاحش على العام والخاص .

IV. معيار المصلحة الغير المشروعة:

قد يكون اشتراط المهر الكثير من أجل مبتغى تريده الزوجة في قرارة نفسها أو وليها، ويكون بغرض المباهاة أمام الغير، فتهدف المرأة إلى التباهي أمام قريناتها من الأقارب والصدقات فقط دونما تفكير منها في عواقب الأمر، وهذا التغالي في المهر بهدف التباهي والتفاخر ما هو إلا إضرار بالزوج فقط والهدف منه غير مشروع.

¹ - بلغت نسبة العنوسة 5% من مجموع سكان الجزائر بحصيلة تبلغ 12 مليون امرأة عانس وأكثر من 05 ملايين رجل أعزب، وهي حصيلة ثقيلة حذر منها أساتذة عم الاجتماع حسب مقال بقلم علي يحيى نشر بجريدة independent العربية، المنشور في موقع www.indepentarabia

الحق في النفقة الزوجية

أولاً: مفهوم النفقة الزوجية:

كما عُرِفَتْ بأنّها: توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت

غنية²¹

2- السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1977، ص.169.

ثانيا: مشتملات نفقة الزوجة ومقدارها:

اتفق كل من القانون الوضعي وآراء الفقهاء على أن النفقة الزوجية واجبة على الزوج بمجرد توافر الشروط الواجبة لاستحقاقها، وفيما يلي سيتم تبيان ما تشتمل عليه، والمقدار الواجب توفيره حتى تعتبر نفقة.

1. مشتملات النفقة الزوجية:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على وجوب النفقة على الزوج والمتمثلة في إطعام الزوجة وكسوتها وإسكانها¹ مصداقا لقوله تعالى: "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا..."²، كما نصت المادة 78 من قانون الأسرة على أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، فالمرجع أوجب الزوج بتوفير المأكل والملبس والسكن والعلاج، معتبرا إياها من الضروريات التي تقوم عليها الحياة الزوجية، أما الأمور الأخرى فترك تقديرها إلى العرف والعادة مطابقا في ذلك قول الفقه الإسلامي.

2. مقدار النفقة الزوجية: سيتم التفصيل فيها شرعا وقانوناً:

I. تقدير النفقة وفقا للفقه الإسلامي: لقد اختلف الفقهاء في تقدير النفقة وانقسمت أقوالهم إلى عدة أقوال منها:

1- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 1996، ص. 135.

2- سورة البقرة، الآية 233.

– **القول الأول:** حسبهم¹ النفقة مقدرة بالكفاية فليس هناك مقدار معين حدده الشارع، سواء تعلق ذلك بالإطعام أو الكسوة... الخ إنما أوجب الشرع على الزوج القيام بالإنفاق على زوجته بالقدر الذي يحقق لها الكفاية وهذا يقتضي مراعاة أمور كثيرة تختلف باختلاف البلاد والأزمنة².

– **القول الثاني:** فالنفقة حسب هذا القول³ مقدرة بمقدار محدد، ويكون ذلك حسب حال الزوج يساراً أو إعساراً وقاسوا مقدارها على الكفاية⁴.

بالنظر إلى القولين نجد أن الرأي الراجح هو الرأي الأول كون النفقة يجب عدم تحديدها بمقدار، فهي تخضع لمعايير كثيرة تتغير باختلاف الأمكنة والأزمنة فلا يمكن تعميم مقدار على الجميع، والتعميم أصلاً أمر غير ممكن، لذا وجب ترك التقدير لكل حالة حسب حاجاتها وكفايتها.

II. تقدير النفقة وفقاً للقانون: نجد أنه أخذ برأي جمهور الفقهاء، حيث نص في المادة 79 من قانون الأسرة على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش..."، فالواضح من نص المادة أن تقدير النفقة في التقنين يخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص، ويعتمد في تقدير هذه الأخيرة على مراعاة كل الظروف والملابسة كالحالة الاجتماعية ومتطلبات الحياة وظروف الطرفين... الخ.

1- قول جمهور الفقهاء.

2- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 138.

3- قال بهذا الرأي كل من الشافعية والحنابلة.

4- محمد يعقوب، طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر، الرياض، 2004، ص. 44.

أ. نفقة الزوجة العاملة:

من المفترض ووفقا لما تقتضيه أحكام النفقة الزوجية أنها واجب يقع على عاتق الزوج كأصل عام، لكن متطلبات الحياة وضرورتها التي تغيرت مع مرور الأزمنة، أصبحت المرأة امرأة عاملة لها كسبها الخاص، ولم تعد تلك المرأة الماكثة بالبيت بدون مصدر مادي خاص، وهذا الوضع المستجد يدفع بنا إلى التساؤل عن مدى استحقاق الزوجة العاملة للنفقة كون وضعها الجديد يمكنها من الإنفاق على نفسها دون الحاجة إلى النفقة الزوج.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن أحقية المرأة العاملة في النفقة خاصة بعد سكوت المشرع عن تنظيم هذه المسألة، فكان رأيهم بالإجماع أنها إذا خرجت للعمل في وظيفة أو حرفة بدون إذن زوجها، سقط حقها في النفقة لاعتبارها بحكم الناشز، فالناشر لا نفقة لها وقياسا على ذلك المرأة العاملة بدون إذن زوجها لا نفقة لها¹.

أما إذا كان خروجها للعمل بموافقة زوجها وإذنه، هنا انقسمت الآراء الفقهية إلى قولين:

— الأول: المرأة إذا خرجت للعمل بإذن زوجها وبرضاه وجبت لها النفقة².

— الثاني³: المرأة حتى وإن خرجت بإذن زوجها وكحاجة نفسها سقطت عنها النفقة⁴.

1- صفاء السيد لولو الفار، "نفقة المرأة العاملة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مج35، ع03، سبتمبر 2020، ص.752.

2- قال بهذا الرأي كل من الحنفية والمالكية والشافعية.

3- قال بهذا القول كل من الحنابلة وجزء من الشافعية.

4- صفاء السيد لولو الفار، المرجع السابق، ص.752.

مفاد هذا القول أن الأصل هو وجوب النفقة على الزوج، والمرأة ليس لها الخروج للعمل خاصة في وجود زوجها وقدرته على الإنفاق، فإذا خرجت للعمل سقط حقها في النفقة، إلا إذا كان عملها في حالة غياب زوجها أو مرضه هنا تحقق لها النفقة.

الراجح من القولين أن نفقة الزوجة تجب للزوجة العاملة إذا كان زوجها عالما بعملها ورضاه به، وهذا أمر منطقي في وقتنا الحال إذ لا يتصور جهل الرجل بعمل زوجته خاصة مع أوقات العمل التي لا تقل عن 08 ساعات و 05 أيام في الأسبوع، فلا يعقل عدم علمه بها أما إذا كان رغما عنه اعتبرت في حكم الناشز لذا تسقط عنها النفقة.

ثالثا: تعسف الزوجة في الحق في النفقة

الحق في النفقة حق مالي يوجب للزوجة ويتعلق بذمة الزوج بمجرد الدخول بها أو الدعوة إليه وعدم نشوزها على اعتبار أن النشوز من أسباب سقوط الحق في النفقة، ونجد أن معايير نظرية التعسف في استعمال الحق تنطبق على الحق في النفقة على صعيدين، الأول يخص الزوجة التي يفرض لها الحق في النفقة شرعا وقانونا، غير أنها إذا مارست هذا الحق خارج حدوده يعد تعسفا ، خاصة في حالة إعاقة الزوج وعدم تمكنه من الإنفاق، وعلى صعيد آخر يكون الزوج أيضا متعسفا في أداء واجبه اتجاه زوجته بالإنفاق، وذلك عند امتناعه عن أدائه أو عند إجحافه فيه¹، ويكون تطبيق المعايير الخاصة بالنظرية كالاتي:

¹ - هاجر عميرة، محمد حاج بن علي، "دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف: التعسف في استعمال الولاية نموذجاً"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي، مج06، ع02، 2020، ص.545.

أ. معيار قصد الإضرار:

يظهر قصد الإضرار جليا من جانب الزوجة عند ممارستها لحقها في النفقة في حالة إعسار زوجها وعدم قدرته على توفير جميع المتطلبات التي تطلبها منه، وبالأخص إذا كانت ما تطلبه من الكماليات وليس من الضروريات التي يمكن الاستغناء عنها فهذا دليل على عدم تقديرها لعسره، بل يمكن أن تزيد منه إذا أقدم الزوج على الاستدانة من أجل توفير ما تطلبه، فهذا من شأنه إثقال ذمته المالية بأعباء هو في غنى عنها، وبالأخص إذا كانت الزوجة عاملة ولها مدخول مادي يمكن لها أن تصرف به على نفسها ومساعدة زوجها في الإنفاق على الأطفال والتخفيف من الأعباء المالية الملقاة على كاهل الزوج، لكنها بامتناعها من الإنفاق من مالها الخاص وتطلبها من زوجها وهي عالمة بإعساره، فهذا فيه قصد إضرار واضح بالزوج.

أما من ناحية الزوج فهو يكون ملزما بالإنفاق على زوجته، غير أنه قد يتعسف في حق زوجته عند امتناعه عن تسديد ما يتوجب عليه ويقع في ذمته من التزام بالنفقة¹، وهذا التعنت يعد تعسفا من الزوج في حق زوجته².

ب. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

تكمن مصلحة الزوجة في النفقة كون هذه الأخيرة ضرورية للعيش، فللنفقة مشتملات عديدة (مأكل، ملابس، سكن) وكلها تعد من الضروريات والأساسيات، وتكمن مصلحة الزوج المعسر في

¹ - الامتناع عن أداء النفقة الواجبة اتجاه الزوجة يعتبر فضلا عن اعتباره تعسفا في حق الزوجة والأولاد جريمة أسرية تقيم مسؤوليته الجزائية، بموجب نص المادة 331 من قانون العقوبات لاعتبار المشرع الزوج في هذه الحالة متخليا عن أداء التزاماته الأسرية، وفي هذا اعتداء صريح على نظام الأسرة مما يستوجب المعاقبة عليه عقوبة قد تصل إلى عقوبة بدنية (إكراه بدني) بعد استيفاء الشروط الواجب توافرها لذلك.

² - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الجزائرية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.162.

الإنقاص من الأعباء المالية الملقاة على عاتقه فيكون من الأفضل له أن ينفق على حسب مقدرته أي بالقليل فقط، وهذا القليل قد يكون أقل بكثير مع ما يكفي الزوجة، فمصلحتها هنا متعارضة، الزوجة مصلحتها في الإنفاق والزوج مصلحته في الإنقاص من الإنفاق إلى حد كبير.

لكن الحد الفاصل بينهما يتطلب تضحية من الزوجة بالصبر على مرحلة الإعسار التي يمر بها الزوج، وعلى الزوج عدم صب ضغوطه المالية على الزوجة، والإجحاف في واجبه أو محاولة التخفيف من أعباءه من خلال الامتناع عن الإنفاق من منطلق أن سداد الدين أو فك الأزمة المالية أفضل وأوجب من الإنفاق متغافلاً ومتناسياً أن دين الزوجة بالنفقة أسبق من حيث الأولوية على الديون الأخرى¹.

ج. معيار الضرر الفاحش:

إذا كان الزوج ميسور الحال وامتنع عن الإنفاق على زوجته فإن ذلك فيه إضرار واضح وصريح اتجاه الزوجة، فمن أين لها أن تنفق على نفسها، فهو عالم بحالها وأنه يتوجب عليه الإنفاق عليها لكنه يمتنع عن ذلك إضراراً بها.

الأمر ذاته إذا اختلفت الصورة وكانت الزوجة عالمة بأن زوجها في حالة إعسار لكنها تعتمد إقبال كاهله بطلبات يمكن اعتبارها من الكماليات أو حتى وإن كانت من الضروريات لكن يمكن تأجيلها إلى غاية مرور مرحلة الإعسار، هذا قد يشكل ضغطاً نفسياً ومادياً على الزوج على اعتباره مقصراً في حقها، وهذا من شأنه دفع الزوج الاستدانة لتقديم ما تطلبه الزوجة منه.

د. معيار المصلحة الغير مشروعة:

¹ - بالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري المادة 993 التي اعتبرت نفقة الزوجة حق ممتازاً يسدّد بأسبعية من الديون الأخرى سواء الممتازة أو العادية.

إذا طالبت الزوجة بالإنفاق عليها فذلك حقها الشرعي والقانوني، إلا أنها إذا طالبت بذلك خلال فترة الإعسار وتكون مطالبتها به تتجاوز حد الضروريات إلى الكماليات التي يمكن الاستغناء عنها إلا أنها تعتبرها ضرورية فقط من باب التفاخر ومتغافلة بذلك الأوضاع المادية المتعسرة لزوجها، فإن مصلحتها في التفاخر والعيش في مستوى لا يتناسب مع قدرة الزوج وذلك تقليدا لقريبتها وصديقاتها في حياتهن فقط تعتبر مصلحة غير مشروعة.

الفرع الثالث:

حق الزوجة في مسكن مستقل

حق الزوجة في المسكن من الحقوق التي قالت بها الشريعة الإسلامية في مقتضياتها وسار عليها المشرع الوضعي كون الحق في توفير مسكن آمن وصحي يعد من الضروريات خاصة في وقتنا الراهن، وفيما يلي محاولة للوقوف على ماهيته:

أولاً: مفهوم السكن الشرعي:

يقصد به مسكن الزوجة الذي يعده الزوج لإسكان زوجته وعياله، لما له من شروط ومواصفات خاصة¹، كما يقصد به: "المكان الذي يكون مشتملاً على كل ما يلزم للسكن من أثاث وفرش ومرافق وغيرها مما تحتاج إليه الأسرة وتراعي في ذلك حالة الزوجة والزوج من يسار وإعسار ووضع اجتماعي²."

1- ماجدة عفيف عتبلي، رجانة حاج عبد الله، "اختيار الزوجة لمسكنها: دراسة في الشريعة الإسلامية مقارنة باتفاقية سيداو الدولية"، مجلة الفقه، إيران، ع12، 2015، ص162.

2- محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص455.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في مسكن الزوجية:

يشترط في المسكن الذي يقيم به الزوجة توافر مجموعة من الشروط وهي:

1. أن يحتوي المسكن على المنافع الضرورية وبه باب للغلق.
2. أن يحتوي على مستلزمات العيش الضرورية من كسوة وغطاء.
3. أن يكون آمنا أي في مكان به سكان وليس بمكان مهجور تأمن فيه على نفسها.
4. أن يكون منفردا مستقلا عن أهله وأهلها¹.

باستقراء نص المادة 78 من قانون الأسرة: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته..." فالملاحظ من نص المادة أن المشرع اعتبر السكن من مشتملات النفقة، فيمكن القول بناءً على ذلك بأن الحق في مسكن مستقل حق ثابت للزوجة بموجب الشرع والقانون، ويسقط عن الزوج واجب توفيره إلا برضاها مع مراعاة حالته المادية، وفي هذا السياق جاءت العديد من الاجتهادات القضائية التي أكدت حق الزوجة فيه، وتعتبر الزوجة التي ترفض الرجوع إلى مسكن الزوجية الذي يكون مع أهل الزوج إلى حين توفير مسكن مستقل عنهم غير ناشز².

1- بلقاسم شتوان، "حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، العدد الخامس، 2003، ص. 32-73.

2- من المقرر شرعا بأنه للزوجة حق مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم. ومن قرارات المحكمة العليا التي كان موضوعها بهذا الصدد:

- م.ع.غ.ق.خ، 1971/03/03، ملف رقم 1971، ن.ق، 1972، ع2، ص.35.
- م.ع.غ.أ.ش، 1998/05/19، ملف رقم 189339، إ.ق.غ.أ.ش، ع خاص، ص.216.
- م.ع.غ.أ.ش، 1985/11/04، ملف رقم 38331، م.ق، 1989، ع1، ص.101.
- م.ع.غ.أ.ش، 1987/02/23، ملف رقم 44664، م.ق، 1990، ع3، ص.58.
- م.ع.غ.أ.ش، 1971/02/10، م.ق، 1972، ع02، ص.37.
- م.ع.غ.أ.ش، 1997/05/13، ملف رقم 159732، ن.ق، 1997، ع02، ص.100.

الفرع الرابع:

الحق في العمل

من الآثار الأساسية للتطور الذي عرفه العصر الحديث على مختلف مجالات الحياة خروج المرأة إلى عالم الشغل والذي بات ضروريا من أجل التكسب المادي نظرا للظروف الاقتصادية التي تعرفها الدول، ومن شأنها التأثير بشكل كبير على دخل الفرد والأسرة، فضلا عن المرأة وبناءً على مبادئ المساواة فإن المرأة المتعلمة أصبحت تفرض نفسها في عالم الشغل على اعتباره المبتغى الأساسي من تعلمها وتكريسها سنوات من حياتها للوصول إلى مبتغاها للوصول إلى منصب عمل يتناسب مع دراستها كدراساتها لتخصص الطب لتكون بعد تخرجها طبيبة، أو دراستها لتخصص الحقوق لتكون بعد تخرجها إما محامية أو قاضية... الخ، وهذا الحق يكون لها وهي عزباء وهي متزوجة خاصة إذا كانت قد اشترطته في عقد الزواج، فلا يكون للزوج بناءً على ذلك توقيفها عن عملها إلا إذا كان ذلك برضا الزوجة، فعليها بناءً على رضاها التوقف عن العمل. وقد اشترط العلماء لخروج المرأة للعمل توافر ما يلي:

1. اللباس الشرعي: ويقصد به الحجاب الذي يزيد المرأة وقاراً وعزة، ويستترها عم أعين الناس.
2. ألا تخرج غير متزينة أو متعطرة: وذلك حتى لا تثير الفتنة لدى الرجال.

— م.ع.غ.أ.ش، 1999/11/16، ملف رقم 230617، إ.ق.ع.أ.ش، عخاص، ص.311.

— م.ع.غ.أ.ش، 1982/04/02، ملف رقم 32653، م.ق، 1989، ع02، ص.59.

— م.ع.غ.أ.ش، 1987/02/09، ملف رقم 44630، م.ق، 1990، ع03، ص.55.

— م.ع.غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 71727، ن.ق، 1993، ع02، ص.47.

3. أمن الفتنة وعدم الاختلاط: يجب على الزوجة أن تكون علاقتها مع زملائها في العمل مضبوطة وفقا للقواعد الشرعية للحول دون انجراف العلاقة بين الجنسين، وتفاديا للشبهة وانتشار الفواحش.
 4. أن يأذن لها زوجها في الخروج للعمل: وذلك حتى لا تكون في حكم الناشز التي تخرج دون إذن زوجها.
 5. أن يكون عملها مباحا وغير منافيا للأخلاق: أي ألا يكون عملها في أماكن مشبوهة كالملاهي وأماكن بيع الخمر والمخدرات... الخ
- إذا ما حاولنا البحث عن موقف المشرع سنجد أنه أقر بحق المرأة في العمل وكفل لها المساواة مع الرجل، كما أنه كفل لها الحق في الترقية والسلامة الجسدية... الخ، هذه المساواة والحماية تعد حماية دستورية كونه نص عليها في المادة 69 من الدستور¹ بقوله: " لكل المواطنين الحق في العمل"، هذا النص القانوني آتى بصياغة عامة تفيد بأن جميع المواطنين لهم الحق في العمل بدون تمييز أو استثناء، وعليه يمكن قياسا على نص المادة استشفاف موقف المشرع من عمل المرأة المتزوجة إذ لم يفرق في عمل المرأة على وجه العموم بين المتزوجة وغير المتزوجة، كما أقر للفتاة عند إبرامها عقد الزواج الحق في اشتراط عملها أو البقاء فيه بعد الزواج بموجب المادة 19 من قانون الأسرة.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 1996/12/07، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في الاستفتاء 1996/11/28، ع76، ص.6، المعدل بالقانون رقم 16-01، مؤرخ في 2016/03/06، ج.ر.س.ج.ج.، مؤرخة في 2016/03/07، ع14، ص.3، المعدل والمتمم بالامر رقم 442/20، المؤرخ في 2020/12/30، ج.ر.ج.ج. عدد82.

• تعسف الزوجة في حق العمل

يقوم الزواج في أساسه على الإحسان المتبادل بين الزوجين وكذا الثقة المتبادلة بينهما وهذه الثقة تخول للزوجة حق الخروج من بيت الزوجية وذلك للخروج للعمل الكسبي، إلا أن الزوجة شأنها شأن الزوج عليها أن تمارس حقها في الإطار الشرعي والقانوني له وليس لها أن تتعسف في استعمال حقها من خلال تعدي حدود الممارسة المشروعة، ويمكن أن نقيس عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق فيكون ذلك كما يلي:

أ. معيار قصد الإضرار:

يقتضي أن يكون خروج الزوجة للعمل الكسبي مشروعاً، وأن يكون مأذوناً به من طرف الزوج حيث يقصد بأن يكون العمل مشروعاً أن لا يكون منافياً للأخلاق وأن لا يتنافى مع طبيعتها الأنثوية وتركيباتها الجسمية، وأن لا يسيء بسمعتها وبسمعة الزوج والأولاد، كالعمل في الملاهي والمراقص... الخ، فمتى كان خروجها للعمل غير مأذوناً به من طرف الزوج أو إذا كان عملها غير مشروع بالدليل المثبت أعتبر خروجها تعسفاً في استعمال حقها .

كما أن نية الإضرار تظهر جلياً إذا كان عمل الزوجة يتطلب سفرها الدائم مما يؤدي إلى إهمالها لزوجها وبيتها وكذا أطفالها بسبب غيابها، مما يجعلها تقتصر في أداء واجباتها اتجاه زوجها وأولادها.

كما يظهر قصد الإضرار إذا كانت الزوجة عند خروجها من العمل لا تراعي في لباسها الحدود الشرعية المطلوبة فيه، بحيث يكون لباسها فاضحاً لا يتناسب مع طبيعتها الأنثوية المحتشمة خاصة كونها امرأة متزوجة .

ب. معيار المصالح المتعارضة:

تكمن مصلحة الزوج في مكوث الزوجة في بيتها وتفرغها لخدمته وخدمة أولادها، فهذا هو الأصل الذي جاءت به مقتضيات الشريعة الإسلامية مصداقاً لقوله تعالى: "وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ"، حيث أن الشريعة الإسلامية دعت النساء إلى البقاء في المنزل والقيام بواجباتهن الأساسية المتمثلة في القيام بواجباتها اتجاه الزوج من إعداد الطعام والتنظيف... الخ

إلا أن التوجه الحديث ومتطلبات الحياة والمستوى التعليمي الذي استطاعت المرأة الوصول عليه، فضلاً عن أن المبادئ الأساسية التي جاءت بها فكرة المساواة ساهم في خروج المرأة إلى عالم الشغل شأنها شأن الرجل، وتكمن مصلحة المرأة في العمل كونه مصدر دخل مادي، فضلاً عن أن السبب الدافع إلى العمل هو أن المرأة تحاول فرض نفسها والوصول إلى طموحها.

لكل من الزوجة والزوج مصلحة مختلفة عن الآخر غير أنها قد تتعارض إذا طغت مصلحة الزوجة عن مصلحة الزوج، وأثرت بشكل كبير في قيامها بما عليها من واجبات، فإذا طغت مصلحة الزوجة في العمل مما قد يؤدي إلى إهمالها لزوجها وبيتها مما من شأنه إثارة المشاكل بين الزوجين، هنا يظهر تعسف الزوجة في استعمال حقها ظهوراً جلياً واضحاً.

ج. معيار الضرر الفاحش:

يكمن الضرر الفاحش في خروج المرأة للعمل إذا كان فيه إهمال واضح لأولادها وزوجها، والذي يظهر جلياً من الآثار التي قد تنجم عن هذا الإهمال إذا تراجع الأولاد في دراستهم عن المستويات التي من الممكن أن تكون أعلى إذا قامت بواجبها اتجاههم، أو إذا كانت صحتهم في خطر

أو كانوا كثيري المرض لأن مناعتهم ضعيفة، وكان عملها يتطلب المبيت خارج المنزل لأيام أو العمل لساعات عديدة، تكون فيه مصلحة الأولاد تتعارض فعلا مع مقتضيات هذا العمل.

د. معيار المصلحة غير المشروعة:

يكون عمل المرأة وخروجها لأجله تعسفا في استعمال الحق متى كانت المصلحة المحققة منه منافية لمصلحة أسرتها، ويمكن أن يثبت الزوج ذلك إذا ترتب عن عمل الزوجة إهمال لزوجها وأولادها مما من شأنه التأثير سلبا عليهم، مما قد يؤدي إلى انحراف سلوك أحد الأولاد، أو قد يؤدي إلى إصابة أحدهم بمرض لا يظهر إلا نتيجة للإهمال وعدم الرعاية الجيدة بهم، وتراجع مستواهم الدراسي جراء إهمال الزوجة لأداء واجباتها كأم مهمتها الأساسية رعاية أولادها والقيام على شؤونهم، فضلا عن إهمالها لزوجها خاصة إذا كان عملها يتطلب بقاءها خارج المنزل لفترات طويلة أو يتطلب سفرها الدائم.

هنا يمكن القول يتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج للعمل تعسفا واضحا لأن المصلحة المرجوة منه متعارضة تماما مع واجباتها ومصلحة أسرتها التي هي في الأصل مصلحة فطرية مثبتة بقوة القانون الطبيعي والفطري والوضعي وحتى الشريعة الإسلامية أقرته بنصوص الشرع والسنة النبوية.

المطلب الثالث:

الأثر المترتب حال التعسف في استعمال الحقوق الزوجية

عقد الزواج عقد ذو طبيعة خاصة إلا أنه شأنه شأن العقود الأخرى يترتب عنه آثار متمثلة في حقوق والتزامات، إلا أن هذه الحقوق بشكل عام يجب ألا يتجاوز في استعمالها أو التمتع بها الحد المسموح به وإلا اعتبر ذلك تعسفا في استعمال الحق، وبطبيعة الحال فإن التعسف في استعمال الحق يستدعي قيام المسؤولية التقصيرية في حالة حدوث ضرر جراه، فإذا تعسف أحد الزوجين في ممارسة حق من حقوقه الزوجية فيكون التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التعسف هو الجزء المقرر في الأصل إلا أنه قد يصاحبه جزاء آخر في حالة ما إذا قامت مسؤولية الزوج الجنائية¹، وذلك كون الضرر المتسبب فيه في بعض الأحيان يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون.

لكن ما يفرضه الواقع العملي والتطبيق القضائي في وقوع ضرر جراء تجاوز أحد الزوجين الحد الشرعي والقانوني لممارسة حقه ليصل إلى حد التعسف والإضرار بالطرف الآخر حال قيام الزوجية يعطي الحق بالتطليق مع التمتع بالحق في التعويض عن الضرر إذا كانت الزوجة هي المتضررة، كما هو

1- ويكون ذلك في حالة الامتناع عن الإنفاق على الزوجة والأولاد حيث يعتبر ذلك جريمة يعاقب، أيضا إذا تسبب الزوج في ضرر جسماني لزوجته فإن ذلك يقيم مسؤوليته الجنائية بجانب التعويض المدني، ويكون ذلك بإثبات طبي (شهادة طبية) ومن القرارات القضائية التي كان القول فيها بصدد التعسف في استعمال حق الزوج في التأديب نجد القرار :

— م.ع.ق.خ، 1971/03/03، ن.ق، ع02، ص33. والتي قضت بها المحكمة من خلال قرارها بفك الرابطة الزوجية بناءً على الضرر الذي لحق الزوجة جراء ما لحقها من ضرر جراء الضرب المبرح لها والذي أثبتته المدعية بشهادات طبية.

— القرار الآخر الذي جاء بنفس الصدد: م.ع.غ.خ، 1971/03/10، ن.ق، 1972، ع02، ص48.

— م.ع.غ.أ.ش: 1988/11/21، ملف رقم 51614، م.ق، 1990، ع04، ص67. اشترطت وجود شهادة طبية تثبت فعل الضرب.

الحال في حال تعسف الزوج في ممارسة حق التعدد، وهذا ما جرت عليه الأحكام القضائية في أغلبها.¹

وكذا الأمر إذا تمت مخالفة ما تم الاشتراط عليه في عقد الزواج، فإن ذلك يعطي الحق للزوجة في طلب التطليق مع استيفاء حقها في التعويض، كما أن الهجر في المضجع لفترة تفوق الأربعة الأشهر والذي يعتبر وسيلة من وسائل التأديب يعتبر ضرراً يعطي بموجبه للزوجة المتضررة من الهجر الحق في التطليق مع الحق في التعويض.²

إذن فالملاحظ تطبيقاً أن التعسف حال قيام العلاقة الزوجية تقضي بالتطليق مع استيفاء الحق المدني فلم تكن هناك تطبيقات تقضي باستيفاء زوجة حقها أو الزوج حقه في التعويض عن الضرر المصاحب لتعسف أحدهما في ممارسة حقه دون فك الرابطة الزوجية، وذلك ربما يرجع إلى أنه لا يتصور رفع دعوى مطالبة بتعويض عن ضرر لحق ونستمر بعدها العلاقة الزوجية كأن شيئاً لم يكن، فإن ذلك سيؤثر بكل تأكيد على العلاقة بين الزوجين وسيكون فك الرابطة الزوجية هو النتيجة الطبيعية لذلك.

كما أن خصوصية العلاقة الزوجية تقتضي التسامح وعدم إيصال الأمور إلى أروقة المحاكم إلا إذا كان ذلك هو الحل الأخير مع استحالة الحياة الزوجية أو جسامه الضرر الذي يلحق الزوج المضروب، مما يجعله غير قادر على الاستمرار في هذه العلاقة، كما أن العلاقة الزوجية يتدخل فيها العرف والتقاليد التي لا تسمح برفع دعوى لاستيفاء حق مدني والسماح بعد ذلك باستمرار العلاقة،

¹ -م.ع.غ.أ.ش، 20/02/1991، ملف رقم 75588 م.ق 1993، عدد 4، ص 78..

² -مخالفة نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تعطي للزوجين حق اشتراط الشروط التي يريانها صورية في الزواج يعطي الحق في التطليق للزوجة وذلك بموجب نص المادة 53 من ذات القانون.

حيث لا يتصور ذلك حسب منطق الواقع، فالراجع والمعمول به أنه إذا رفعت دعوى ستكون تلك هي الحد الفاصل في العلاقة.

خلاصة الفصل:

رابطة الزوجية رابطة خصوصية لا تجمع فقط بين رجل وامرأة في علاقة فقط إنما تؤسس لبناء مجتمع تكون فيه هذه الأسرة الصغيرة اللبنة الأساسية لبنائه، هذا ما دفع كل من القانون الوضعي والشرعية الإسلامية المحاولة جاهدين في سبيل بنائها بناءً صحيحاً سواء من خلال إرساء القواعد والشروط اللازم توافرها لإبرام عقد الزواج الذي يعد الخطوة الأساسية لبناء الأسرة، والتأكيد على رضا الطرفين رضا تام وبات ولم يتدخل أي طرف آخر في تكوينه مهما كانت سلطته، أو من خلال تحديد الآثار المتعلقة بهذا العقد التي تتيح لكل زوج معرفة حقوقه وواجباته اتجاه الآخر، وهذا من شأنه أيضاً تحديد متى تجاوز أحد الزوجين حدود الممارسة الشرعية والقانونية لحقوقه جميعها أو حق منها، هذا من شأنه وضعه موضع المتعسف في ممارسة الحق ويستوجب منه جبر الضرر الذي حدث إثر هذا التعسف بناءً على الجزاء المدني لقيام المسؤولية التقصيرية التي يكون معيارها نظرية التعسف في استعمال الحق، لكن هذا الجزاء في حالة قيام الدعوى القضائية في حالة وقوع الضرر في تطبيقاته يصاحبه الحق في التظليق، أي تعويض مصاحب لفك الرابطة الزوجية، وذلك راجع لأسباب تعود إلى الحالة النفسية للأطراف التي تستأثر بسبب الدعاوى القضائية والذي من شأنه على حسن المعاشرة والعفو والصفح عند المقدرة وعلى الاحترام المتبادل وعدم الإضرار بالطرف الآخر لأن ذلك قد يؤدي بالطرف المضروب أيضاً إلى فك رابطة الزوجية، وهذه الخطوة حاولت الشريعة الإسلامية الحث على الابتعاد عنها قدر الإمكان لأن عواقبها وخيمة، وفي الفصل الموالي سنتطرق لمعالجتها متى صدرت من طرف الرجل.

الباب الثاني:

مكافة المسؤولية التقصيرية

في قضايا الطلاق

المفترض أن يسير مركب الحياة بالزوجين الى آخر محطة فيه، كما يُفترض أن يملئ حياتهما الحب والموودة والاحترام كما قد شُرع لها وذلك حتى تستمر العلاقة الزوجية وحتى يحقق الزواج الغاية المرجوة منه، إلا أنه وفي بعض الأحيان تجري الرياح بما لا تشتهي السفن، وموكب الحياة الزوجية قد يتعثّر ولا يستطيع اكمال الطريق الى المحطة الأخيرة، وقد تختلف الأسباب التي تؤدي لاختلاف الزوجين وعدم قدرتهما على الاستمرار في علاقة الزوجية، مما يستدعي انفصالهما عن طريق الطلاق الذي قد تتنوع صيغه فقد يكون بإرادة الزوج وقد يكون بناء على طلب الزوجة أو قد يكون باتفاقهما معا، كما نجد أن الشريعة الإسلامية وعلى غرارها قانون الأسرة تدخلا للتصدي وتنظيم الطلاق على اعتباره خطوة تبلغ في أهميتها أهمية الزواج وقد تفوقه كون تبعاتها لا تقتصر على الطرفين فقط بل يتعداهما الى الأولاد والى المجتمع ككل، ونظرا لهذه الأهمية التي تستدعي منا دراسة هذه الخطوة من خلال

الفصل الأول: التعسفات الواردة على أحكام الطلاق والحق فيه

الفصل الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخلع

الفصل الأول:

التعديلات الواردة على أحكام

الطلاق وعلى الحق فيه

بناءً على رابطة زوجية شرعية وصحيحة يتأسس كل من الأسرة والمجتمع، والمفترض في هذه العلاقة أن تبنى على أساس الاحترام والمودة، كما يكون المقصد منها الديمومة إلا أن ذلك قد يستحيل لأي سبب من الأسباب فبدل أن تكون الحياة الزوجية راحة وسكن، تؤول إلى جحيم بسبب إستحالتها لذا يكون الطلاق هو الحل الأنسب لذلك، إلا أن الطلاق شأنه شأن الزواج يخضع لقواعد شرعية وقانونية تنظمه لأن آثاره وتبعات ممارسته على اعتباره حق لا تقتصر على طرفيه فقط، إنما تتعداهما لتؤثر على أولادهما وعلى المجتمع ككل، ونظرا لهذه الأهمية التي يكتسيها الطلاق وجب علينا تناوله بالدراسة لمحاولة الوقوف على جميع جوانبه وآثاره من الناحية الشرعية والقانونية وذلك من خلال دراسة:

مبحث تمهيدي: الإطار المفاهيمي للطلاق.

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بأركان الطلاق وشروطه.

المبحث الثاني: التعسفات الواقعة حالة ممارسة الطلاق.

مبحث تمهيدي:

الإطار المفاهيمي والقانوني للطلاق

الطلاق هو السبيل لفك رابطة الزوجية التي استحال استمرارها لأي دافع مهما كان نوعه، لذا حاولت الشريعة الإسلامية إحاطته بعناية خاصة لأنه يحل الميثاق الذي وصفته بالميثاق الغليظ، لذا وجب أن يكون الأمر منظماً بمجموعة من القواعد، وقد سار القانون على نفس النهج وهذا من أجل حماية رابطة الزوجية من أي استهتار أو تهكم في حلها، وفيما يلي سنقوم بالوقوف على كل ما يتعلق بالطلاق وأحكامه وذلك من خلال (المطلب الأول) الذي خصصناه لماهية الطلاق أما (المطلب الثاني) أنواع الطلاق وشروطه.

المطلب الأول:

ماهية الطلاق

يمكن القول أن الطلاق من أجراء الخطوات أو التصرفات التي يقوم بها الشخص بل وأخطرها، وهذا راجع لما لها من تأثيرات عليه وعلى الزوجة والأولاد وحتى على المجتمع، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن ماهيته، وذلك كمحاولة لفهمه وفهم أحكامه وتوضيح الصورة عنه، وهذا ما سنتناوله بالدراسة في هذا المطلب وذلك من خلال (الفرع الأول) مفهوم الطلاق (الفرع الثاني) حكم الطلاق ومشروعيته.

الفرع الأول:

مفهوم الطلاق

إذا استحالت الحياة بين الزوجين لأي سبب من الأسباب، فإن الغاية المرجوة من الزواج والمتمثلة في السكن والمودة والطمأنينة قد تخلفت، فيكون الطلاق هو الحل الأنسب، وفيما يلي سيتم الوقوف على مفهومه من خلال تعريف الزواج لغة (أولاً)، ثم اصطلاحياً (ثاني) وقانوناً (ثالثاً):

أولاً: التعريف اللغوي للطلاق

الطلاق من فعل طلق، يُطلق طلقاً طلوفاً، والطلاق اسم مصدر لفعل طَلَّقَ، فالطلاق حسب مفهومه اللغوي يحمل دلالة عديدة منها:

التخلية والإرسال: حيث يقال طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت¹، ويقال أطلق الأسير أي خلاه².

الطلاق هو الترك أو المفارقة: يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها، وطلقت القوم أي فارقتهم³، كما يقال: طلقت المرأة بفتح اللام وفتح الميم أي بانث من زوجها فهي طالق⁴.

وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً أي تحررت من قيد الزواج وخرجت من عصمته ويكون حل القيد معنوياً في هذه الحالة¹.

1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد 2، المرجع السابق، ص. 2692.

2- عروة صبري، "الطلاق التعسفي، دراسة فقهية مقارنة"، مجلة جامعة المحكمّة، أكاديمية قاسمي للنشر للفقّه الإسلامي، ع13، القاهرة، 2009، ص. 167.

3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص. 207.

4- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 208.

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للطلاق:

سندرس فيما يلي تعريف الطلاق فس الفقه الإسلامي الكلاسيكي، ثم تعريفه في الفقه المعاصر:

1. تعريف الطلاق في الفقه الكلاسيكي:

على الرغم من الاختلاف في الألفاظ التي تدل على مفهوم الطلاق شرعا والتي أتى بها الفقه

الإسلامي إلا أن التعاريف على اختلافها كانت تؤكد على معنى واحد، فكانت تعريفهم كالآتي:

عرفت الآراء الفقهية في المذاهب الأربعة الطلاق على أنه:

صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكررها مرتين للحر ومرة للرق حسب

المالكية²، أما الحنفية فهو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص³، أما عند الشافعية فهو

حل عقد النكاح بلفظ الطلاق وغيره⁴، أما عند الحنابلة فهو يعني حل قيد النكاح أو بعضه بوقوع ما

يملكه من عدد الطلقات أو بعضها⁵، وبعضهم قيد النكاح إذا طلقها طلقة رجعية.

2. تعريف الطلاق في الفقه المعاصر:

أما من التعاريف الفقهية المعاصرة للطلاق نجد أنه:

1- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي: دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والحاكم الفلسطينية، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 2009، ص.22.

2- شمس الدين أبو عبد الله محمد (الخطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، ط3، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1992، ص.18.

3- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ج4، المرجع السابق، ص.424.

4- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.455.

5- عروة صبري، المرجع السابق، ص.168.

عُرف على أنه: "رفع قيد الزواج الصحيح في الحال بين الزوج وزوجته بلفظ ينحل به العقد سواء كان ذلك صراحة أو كناية أو بالكتابة أو بالإشارة"

كما عُرف بأنه: "حل رابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج باللفظ المخصوص له أو ما يقوم مقامه"¹

الملاحظ أن الفقه المعاصر لم يبتعد عما جاء به الفقه الإسلامي الكلاسيكي، بل لم يضيف عليه جديداً، والراجح من التعاريف أن الطلاق هو: رفع لقيد الزواج وفق لفظاً مخصوص له مع احتساب عدد الطلقات التي لا يمكن أن تتجاوز الثلاث.

ثالثاً: التعريف القانوني للطلاق:

تناول المشرع مفهوم الطلاق بموجب نص المادة 48 من قانون الأسرة بنصها: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في مادتين 53 و54 من هذا القانون"، فالملاحظ من نص المادة أن المشرع قد تناول كل من التعريف مع أنواع الطلاق معاً²، وما استهل به في التعريف من استعماله لمصطلح "حل" يدل على أن المشرع استند في تعريفه القانوني على التعريف الشرعي "حل قيد النكاح" الحل هنا كان بمثابة تعبير مجازي على اعتبار الزواج قيد والطلاق حله.

مفاهيم الطلاق تدل على أنه حل لقيد الزوجية ورباطها الذي يتسم بالقدسية والخصوصية، فالحل هنا يُعد خطوة جريئة وصعبة الاتخاذ، لذا حاولت كل من الشريعة الإسلامية والقانون التخفيف

1- مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.471.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص.230.

من اللجوء إليها قدر الإمكان، ويظهر ذلك من خلال الحكم الذي أعطي له، وهذا ما سنقوم بتوضيحه في الفرع الموالي

الفرع الثاني:

حكم الطلاق ومشروعيته

الشرعية الإسلامية حثت على الزواج وعنته بعناية خاصة وأكدت على الترغيب فيه مع حرصها الشديد على الإبقاء على رابطة الزوجية قائمة، فالزواج في أصله وكقاعدة عامة علاقة يحكمها التأييد، إلا أن الأحوال تتغير والأنفس أيضاً، فمع العشرة قد تصبح هذه العلاقة مرهقة للطرفين فيكون الحل هو الطلاق.

وقد كان للطلاق مواضع عديدة في كل من السنة النبوية والقرآن الكريم مما يتبين من خلاله حكم الطلاق ومدى مشروعيته، وهذا ما سيتم من خلال ما يلي: دراسة مشروعية الطلاق (أولاً) ثم حكمه (ثانياً)، ثم الأحكام الشرعية الخاصة به (ثالثاً)، وكذا القيود الواردة عليه الشرعية منها والقانونية (رابعاً).

أولاً: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع وجائز شرعاً وسنة وإجماعاً ومعقولاً، والدليل على ذلك موجود في كتاب الله عز وجل وسنة نبيه الكريم.

حيث قال الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾¹، وقال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾²، وقاله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾³ وقال الله تعالى أيضا: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْوَعِ قَدْرُهُ﴾⁴

وجه الدلالة من الآيات أن الله عز وجل شرع الطلاق وجعله مجازا إذا ما كانت في المفارقة حل للطرفين، فالفرقة أحسن بكثير من حياة ملؤها الشقاق المستمر والخصام، فبدل المودة والرحمة التي من أجلها رخص الله عز وجل الزواج، تصبح الحياة جحيما لا يطاق فالأرحم للزوجين فك هذه الرابطة التي أضحت تشكل عبئا كبيرا عليهما.

كما أنّ الطلاق في السنة ثابت بفعل الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم وقوله، حيث روي عن ابن ماجه وأبو داود أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها⁵. وعن ابن عمر قال: كانت تحتي امرأة وكنت أحبها وكان عمر يكرهها فقال لي طلقها فأبيت، فأتى عمر النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ﴿طَلِّقْهَا﴾⁶.

1- سورة البقرة، الآية 229.

2- سورة الطلاق، الآية 01.

3- سورة النساء، الآية 130.

4- سورة البقرة، الآية 236.

5- ورد في حديث عن أبو داود في كتابه صحيح السنن، الطلاق، باب الرحمة، رقم 38، مج 6، بين الأفكار الدولية، الأردن، د.س.ن.

6- أخرجه أبو عبد الرحمن أحمد النسائي، السنن الصغرى للنسائي، كتاب الطلاق، باب الرجعة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، دمشق، 1986، ص. 213.

فوجه الدلالة من الحديثين السابقين أن الطلاق جائز وأن الرسول صلى الله عليه وسلم في حد ذاته طلق زوجته ثم راجعها، وأمر به في حالات.

قوله صلى الله عليه وسلم أيضا: ﴿أَبْعَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ﴾¹، فوجه الدلالة من هذا الحديث أن الحلال في حد ذاته وفيه أمور مبعوضة من بينها الطلاق، فالأجدر ألا يتم التسرع والتصميم على الطلاق إلا في الحالات القصوى لاستحالت الحياة الزوجية لكونه مبعوضا.

ولقد أجمع المسلمون من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحالي على جواز الطلاق، وقد أقدم عليه حتى الصحابة الكرام رضوان الله عليهم على تطبيق نساءهم²، فهذا إن دل فإنه يدل على جوازه لأنه لو ما كان كذلك لما أقدم عليه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا صحابته الكرام.

1) الحكمة من مشروعية الطلاق:

الشريعة الإسلامية حاولت صون العلاقة الزوجية قدر المستطاع وحاولتها بسياج متين، حيث أنها من خلال تشريعها على الخطبة وحسن الاختيار ومشروعية النظر إلى المخطوبة حاولت بناء زواج متين وصحيح من الوهلة الأولى، ثم صاحبت هذا الاختيار بضرورة التأكيد على بناء أواصر زوجية أساسها المودة والرحمة والاحترام، من خلال تبيان حقوق كل من الطرفين وواجباتهم هذا كله كان الغرض منه محاولة لتحقيق الديمومة والأبدية المرجوة من الزواج، إلا أنه في حالات كثيرة عند مرور مدة من الوقت على العلاقة الزوجية قد تتنافر القلوب ويكون الشقاق المستمر هو البديل الذي حل محل

1- رواه أبو داود في كتابه، رقم الحديث 2178، المرجع السابق، ص. 272.

2- حيث طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجه أم عاصم، وطلق الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر.

المودة والسكينة، فلا يمكن بطبيعة الحال إجبار الطرفين على إكمال الحياة بهذه الطريقة التي استفحلت فيها المشاكل والتنافر، فيكون الحل لكل هذا اتخاذ خطوة الطلاق وإنهاء علاقة لم تحقق المقصد من بنائها وإعطاء كل طرف منهما الحق في بناء حياة زوجية جديدة مع شخص آخر، وهذا ما أشار إليه الله عز وجل في قوله: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾¹

ثانيا: حكم الطلاق

مشروعية الطلاق أصلا لا نقاش فيه حتى منذ القدم، إذ اتفق الفقهاء جميعهم على ذلك إلا أنهم اختلفوا في حكمه، وهذا الاختلاف أدى إلى انقسامهم إلى فريقين، الأول يقول بإباحته بينما يذهب الآخر إلى القول بحظره، وتباينت بينهما الآراء وكانت لكل منهما أسس يعتمد عليها في تدعيم رأيه، وفيما يلي محاولة لتبيان هذه الآراء وأسانيدها.

أ. مذهب المجيزين للطلاق:

القائلين بهذا الرأي² يرون بأن الطلاق في أصله مباح وليس محظور³، وقد استدلو في قولهم هذا بالأدلة التالية:

قول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ

1- سورة النساء، الآية 130.

2- هذا الرأي ذهب إليه بعض من الحنفية والمالكية والحنابلة.

3- عبد اللطيف بومبي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014/2015، ص.27.

4- سورة البقرة، الآية 236.

مِنْ بُيُوتِهِمْ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا¹

كما قد أخذوا بطلاق الرسول صلى الله عليه وسلم لحفصه رضي الله عنها ومراجعتها لها بوحي من الله عز وجل كونها صوامة قوامه.

ب. مذهب المنكرين للطلاق

حسبهم² الطلاق ليس جائزا إلا في الحالة القصوى والحاجة الملحة له لأن الأصل في رابطة الزوجية هو التأييد³، وقد استندوا في قولهم هذا على الأسانيد التالية:

قوله تعالى: ﴿... فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁴ وقوله أيضا:

﴿... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾⁵

كما أخذوا بما ورد عن أبي موسى الأشعري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تُطْلِقُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنْ رِبْيَةٍ فَإِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الذَّوَاقِينَ وَالذَّوَاقَاتِ"⁶، فمفهوم الحديث يدل على كراهة الطلاق وتبدل الأزواج، وقد تصل الكراهة إلى حد التحريم إن أصر عليها⁷.

1- سورة الطلاق، الآية 01.

2- قال بهذا الرأي الجزء الباقي من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

3- جميل فخري محمد جاتم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض على الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009، ص.38.

4- سورة النساء، الآية 34.

5- سورة النساء، الآية 19.

6- سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، ج8، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ، ص.24.

7- العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأسرة، كنوز الحكمة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص.83.

ثالثا: الأحكام الشرعية الخاصة بالطلاق

الطلاق تصرف شرعي بإرادة منفردة في غالب الأحيان، وبما أنه تصرف شرعي فإن الفقهاء

أجمعوا على أنه تحكمه أحكام تكليفية حسب ظروف كل حالة، وتكون أحكامه كالتالي:

أ. يكون الطلاق واجبا: متى توفر سبب جدي يستدعيه كما لو:

1. علم الزوج أن بقاء الزوجة في عصمته يوقعه في محرم، كتقصيره في النفقة أو غيرها¹.

2. إذا علم الزوج بفجور زوجته².

ب. أن يكون الطلاق مكروها: يكون كذلك إذا لم يكن هناك حاجة إليه، كما لو كان:

1. للزوج رغبة في النكاح أو يرجو به نسلا ولم يمنعه بقائها عنده عن عبادة واجبة ولم يخشى

الوقوع في الزنا إذا طلقها³.

2. الزوجة الصالحة المستقيمة في دينها وأخلاقها، لكنه راغب في طلاقه معها، في هذه الحالة

الطلاق مكروه إلى حد استحرامه عند الحنابلة⁴.

ج. يكون الطلاق مباحا: عند الحاجة إليه نظرا لسوء عشرة الزوجة والتضرر بها من غير حصول

الغرض منها⁵.

1- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 29.

2- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 210.

3- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 30.

4- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 230.

5- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 211.

د. يكون الطلاق مندوبا: يكون كذلك عند تفريط الزوجة في حقوق الله الواجبة عليها كتركها للصلاة ونحوه، أو أن تكون غير عفيفة¹.

هـ. أن يكون الطلاق محرما ومحظورا: يكون كذلك إذا وقع في فترة الحيض أو في ظهر جامعها فيه².

رابعا: القيود الواردة على إيقاع الطلاق

ترد على الطلاق قيود شرعية وأخرى إجرائية تتمثل فيما يلي:

أ. القيود الشرعية:

بما أن الطلاق في أصله هو حل لقيود رابطة الزوجية، والتي اعتبرتها الشريعة الإسلامية رابطة في غاية الأهمية والقدسية، فقد وضعت هذه الأخيرة له قيودا تتمثل في:

1. أن يكون الطلاق لحاجة:

الزواج وثاق وطيد يجب درء حله إلا للضرورة القصوى، أي أن يكون لجوء الزوج إلى إيقاع الطلاق إلا في حال وجود سبب مقبول شرعا، كتعذر الإستمرار في الحياة الزوجية للشقاق المستمر أو إذا كانت معاملة الزوجة سيئة لزوجها، فلم يعد قادرا على مجاراتها في ذلك رغم اتخاذ جميع الوسائل المخولة له في التأديب إلا أنها لم تتعظ ولم تحد عن طباعها³، كان له أن يطلقها. أما إذا كانت الزوجة حسنة العشرة وليس هناك خلافات تنغص حياتهما فلا يكون هناك داعي للجوء إليه، لأن الآثار التي

1- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1968، ص.75.

2- عبد الرحمن الصابوني، المرجع نفسه، ص.76.

3- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.226.

تترتب عنه من شأنها هدم الأسرة وتشريد لأطفال، وحتى وإن استبعدنا تشردهم لوجود منزل يأويهم وكانت الظروف مواتية لعيشهم عيشة كريمة، إلا أن ذلك سيؤثر حتما في نفسياتهم، لأن الطفل يحتاج إلى الاستقرار وهذا سيستحيل في حال افتراق الوالدين.

2. أن يكون إيقاع الطلاق مفرقا:

يتفق الفقهاء على أن الطلاق يجب أن يكون مفرقا وألا يجمع الزوج الطلاقات الثلاث دفعة واحدة، لأن التلفظ بها دفعة واحدة يعد طلاق بدعيا وهو محظور عند أغلب الفقهاء، وقد اختلفوا في وقوعه فهناك من قال بعدم وقوعه¹، وهناك من قال بأنها تعد طلاقا واحدة²، وهناك من قال³ بأنها تعد ثلاث طلاقات وتبين منه المرأة بينونة كبرى⁴.

3. أن يكون إيقاع الطلاق في الطهر:

ألزم الفقه الإسلامي الزوج في حال أراد فك رابطة الزوجية أن يتلفظ بلفظ الطلاق في أوقات محددة تخص حالة الزوجة والمتمثلة في أن يطلقها في حالة طهر من الحيض أو النفاس، وأيضا حالة الطهر من الجنابة لأن الطلاق الذي يوقعه الزوج في هاتين الحالتين يعد طلاقا بدعيا وهو مكروه ومرفوض من الناحية الشرعية.

1- ذهب إلى هذا القول الشيعة الجعفرية.

2- قول كل من الزيدية وابن تيمية وأكثر الإمامية.

3- قول جمهور الفقهاء.

4- كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، "محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، مج8، ع2، جامعة الموصل، بغداد، 2009، ص.127.

أما فيما يخص حكمه فقد اتفق الفقهاء على أن نفس الحكم يسري على الحالتين معا، فقد اتفق الفقهاء على أن الطلاق في حال الحيض أو النفاس يقع¹، على الرغم من وجود رأي آخر يقول بأنه لا يقع².

ب. القيود القانونية والإجرائية الواقعة على حق الطلاق:

1. القيود القانونية:

فضلا عن القيود الشرعية التي سبق ذكرها فإن المشرع أضاف إلى ذلك إشتراطه إستيفاء الشكل القانوني للتعبير عن إرادته في الطلاق، فالمستقرى للنصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة بما فيها المادة 49 و 50 يلاحظ ويستنتج أن المشرع لم يأخذ بالطلاق اللفظي لأنه اشترط صراحة أن يكون الطلاق قضائي وإلا فلن يعتد به، فالعبرة بالنسبة للمشرع أن يتم رفع دعوى قضائية يكون موضوعها فك رابطة الزوجية حتى يمكن القول أن الزوج يريد تطليق زوجته، إذا وتبعاً لذلك فإن إرادة الزوج في إيقاع الطلاق بناء على رغبته ودون مصاحبتها برفع دعوى قضائية تصبح لا معنى لها وتصبح غير قادرة عن ترتيب الأثر القانوني مادام الشكل القانوني لها لم يتم استيفاءه³.

كما أن المشرع إعتبر الحكم القضائي بمثابة الطلقة الواحدة، فعدد الأحكام القضائية الثلاث هي نفسها الثلاث طلقات التي تعتبر المرأة بعدها مطلقة طلاقاً بائناً من زوجها.

1- قول كل من ابن تيمية وجزء من الحنابلة.

2- كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، المرجع السابق، ص. 130-131.

3- عبد الفتاح تقيّة، "عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2011، مج 46، ع 02، ص. 214.

يمكن قول أن الحكم القضائي يعتبر بمثابة إلهاد أو إثبات للطلاق به تحتسب عدد الطلقات والعدة... وترتيب الحقوق، إلا أن الملاحظ أيضا أن نصوص القانونية قد تكون متعارضة وغامضة في شق منها ومتناقضة مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تكون العبرة بالنسبة لها في موضوع الطلاق بمجرد التلفظ به ولا عبرة للقضاء في هذه المسألة¹.

2. القيود الإجرائية:

فضلا عن قيد رفع الدعوى القضائية حتى يمكن الإعتراف والإعتداد بوجود طلاق إشتراط المشرع وأقر بفكرة الصلح، فالزم القاضي بوجوب إجراء محاولات صلح، هذا ما قال به المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 43 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، فالقاضي حسب مقتضيات القانون ملزم بأن يجري محاولات صلح، قرر القانون أن تكون ثلاث جلسات على الأقل، يقوم من خلالها بمحاولة تقريب وجهات النظر بين الزوجين ومحاولة الإصلاح، كما يمكن الإستعانة بحكم من أفراد عائلة الطرفين بناء على طلبهما، فإذا تغيب أحد الطرفين عدة مرات عن حضور الجلسة كان القاضي ملزم بالفصل في الدعوى، ويتم خلال كل جلسة تحرير محضر بمضمون الجلسة سواء صلح أو إذا باءت المحاولة بالفشل، ويتم الإمضاء عليه من قبل الطرفين فإذا كانت نتيجة الجلسات إيجابية وتم صلح يتم التأكيد على ذلك من طرف القاضي من خلال حكم قضائي مفاده

1- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة، 2014/2015، ص.124.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.120.

تراجع الزوجين عن قرار الطلاق، أما إذا كانت النتيجة سلبية كان على القاضي أن يفصل في القضية ويقضي بفك رابطة الزوجية¹.

القيود الشرعية الضابطة لخطوة الطلاق، بينت وجود أنواع وأشكال من الطلاق التي كانت معروفة في السابق، لتلغيها الشريعة الإسلامية بتعاليمها، وذلك تنظيماً منها لمؤسسات الزواج، وحتى تكون كل خطواته من بدايتها إلى فكها شرعيةً وصحيحةً وفق شروط وضوابط، وهذا ما سنبينه من خلال المطلب الموالي:

المطلب الثاني:

أنواع الطلاق

على الرغم من أن الطلاق تصرف واحد ويقضي بفك رابطة الزوجية، إلا أن فيه أنواع منها ما هو معروف على مستوى الفقه الإسلامي وتختلف أنواعه حسبها بسبب الحكم الشرعي لكل منها، ومنها ما هو قانوني يتم التفريق بينهما بإرادة الطرف المتخذ لخطوة رفع قيد النكاح، سيتم فيما يلي تطرق إلى أنواع الطلاق المعروفة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم على مستوى القانون (الفرع الثاني).

1- عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص. 126.

الفرع الأول:

أنواع الطلاق في الفقه الإسلامي

تختلف أنواع الطلاق في الفقه الإسلامي وذلك راجع لأسباب عدة منها ما هو متعلق بالصيغة، ومنها ما هو متعلق بمدى مطابقتها لأحكام السنة... الخ، ومن خلال ما يلي سنقف على كل نوع مع تبيان حكمه الشرعي:

أولاً: أقسام الطلاق من حيث اللفظ:

ينقسم الطلاق من حيث اللفظ إلى قسمين:

1. طلاق صريح: هو الذي يستشف ويفهم منه مضمون الكلام ومعناه عند التلفظ به ولا

يحتمل غيره ولا يترك مجالا للشك أو التأويل، كقوله: أنت طالق أو مطلقة، وكل لفظ مشتق

من لفظ الطلاق ويدل عليه صراحة¹، وحكمه يقع حال التلفظ به بإجماع الفقهاء.

2. الطلاق الكنائي: يكون كذلك عندما يكون اللفظ مما جار به العرف أن يتم الطلاق به لغة

وشرعا، وألفاظه كثيرة ومتنوعة مثل: أنت خلية وبرية وبائن وبنة وحرام، أمرك بيدك (أي أن

زوجها ملكها عصمتها بيدها) ... وغير ذلك من الألفاظ التي تواتر العرف على استعمالها في

معنى الطلاق².

والحكم الشرعي للطلاق الكنائي اختلف الفقهاء في تحديده، فانقسمت آرائهم إلى:

1- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 46.

2- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 248.

I. الأول: حسب هذا الرأي¹ هذا الطلاق يقع فالعبرة بنية الزوج عند تلفظه بتلك الألفاظ الدالة

عليه، فإذا كانت نيته الطلاق كان ذلك، ويقع أيضا إذا دلت قرينة الحال على إرادة الزوج

على إيقاع الطلاق نوى أم لم ينوي (أي العبرة في هذه الحالة بالملايسات المصاحبة لا النية)².

II. الثاني: لا يقع هذا النوع من الطلاق إلا بالنية فقط ولا يعتد فيه بملايسات الحال أو القرائن

المصاحبة³.

الراجح من القولين وتجنبنا لتحطيم الأسر وحفظها من التفكك وجب الأخذ بالطلاق الصريح

فقط، فالكناية بحر شاسع يسهل من تفكيك الأسر فلا يمكن الحد منه إذا اتبعنا هذا القول فإننا

سنفتح باب الطلاق على مصراعيه وازدياد نسبة الطلاق أكثر مما هي عليه.

III. الثالث: حسبهم⁴ الطلاق لا يقع كناية أبداً بل يقع صراحةً فقط

ثانياً: أقسام الطلاق من حيث مطابقته للسنة:

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة إلى:

1. الطلاق السني:

معناه أن الطلاق وقع على الوجه الذي ورد الشرع بإيقاعه عليه، فطلاق السني ما أذن فيه

الشارع⁵.

1- كل من الحنفية والحنبلية.

2- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 48.

3- هذا الرأي أخذ به كل من المالكية والشافعية.

4- قول الظاهرية والشيعة.

5- منيرة عواد حامد المريطب، فقه عبد الله بن مسعود في النكاح، الطلاق، الفسخ، الخلع، الرجعة، الإيلاء: دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، الرياض، 1417هـ، ص. 240.

فيكون الطلاق في هذه الحالة في طهر لم يصبها فيه، ويكون طلقة واحدة، وتتمثل شروطه

فيما يلي:

- أن يكون طلقة واحدة لا أكثر.
- أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة، كنصف طلقة.
- أن يكون واقعا في طهر لا في حيض أو نفاس.
- ألا يطاء المطلق مطلقته في الطهر الذي طلقها فيه.
- ألا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق.
- أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها¹.

2. الطلاق البدعي:

يكون الطلاق بدعيا متى كان مخالفا لكتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم،

ويكون في صور هي كالاتي:

- الأولى: أن يطلق الرجل امرأته وهي حائض.
- الثانية: أن يطلقها في طهر جامعها فيه
- الثالثة: إذا وقع في عدة من طلاق رجعي سبقه².
- الرابعة: إذا وقع في نفاس³.

1- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، 2005، ص. 26-27.
 2- أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، تمام السنة في فقه الكتاب وصحيح السنة، كتاب الطلاق وأحكام الأسرة المتعلقة به، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص. 53.
 3- الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص. 28.

والحكم الشرعي للطلاق يتمثل في كونه محرماً عند جمهور الفقهاء في صوره الثلاثة: (الطلاق في زمن الحيض وفي زمن النفاس وفي زمن الطهر الموطئة فيه قبل أن يتبين الحمل) ويكون مكروهاً إذا وقع زمن طهر الموطئة فيه بلا حمل¹.

وهذا الطلاق يؤدي إلى تداخل العدد كونه قد يزيد فيها، ويؤدي إلى الإضرار بالمرأة وهذا مخالف لأمر الله عز وجل².

ثالثاً: أقسام الطلاق من حيث إمكانية المراجعة:

ينقسم الطلاق من حيث إمكانية مراجعة المطلق لمطلقته إلى:

1. الطلاق الرجعي:

يكون الطلاق رجعياً متى كان للرجل إرجاع زوجته إلى عصمته وهي لا زالت في عدتها من غير اللجوء إلى عقد ومهر جديدين، فالطلاق الرجعي لا يلغي الزوجية بل لا زالت قائمة بموجب العدة التي لم تنتهي، فإذا انتهت قبل أن يردّها إلى عصمته تغير وصف الطلاق هنا وتكون الرجعة إما قولاً أو فعلاً، وقولاً يكون إما صريحاً كقوله: رددتك إليّ ورجعتك وارتجعتك... الخ.

أما الكناية فتكون بكل لفظ يفيد رجوع المرأة إلى زوجها، أما فعلاً فيكون بالوطء مع اشتراط توافر نية الزوج في رجعة زوجته إليه عند وطئه لها³.

1- أحمد بن علي موافق، الطلاق البدعي زمننا، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص.32.

2- من الدلائل في القرآن الكريم على وجوب أن يكون الطلاق لعدة وإلا كان بدعياً محرماً، قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ..." سورة الطلاق، الآية 01، تؤكد وجوب الطلاق لعدة، ومن الدلائل في سنة الرسول صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام "في قول الله فطلقوهن لعدتهن، فليطلقها طاهراً من غير جماع أو حاملاً قد استبان حملها"

3- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.249.

2. الطلاق البائن: يكون الطلاق بائنا ما لم يكن للمطلق مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر

جديدين، وهو نوعان:

I. الطلاق البائن بينونة صغرى: يقصد به الطلاق الذي لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته بعد

انقضاء العدة إلا بمهر وعقد جديدين، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى

والثانية¹.

II. الطلاق البائن بينونة كبرى: يكون ذلك متى استوفى أو إستنفذ الزوج عدد الطلقات المسموح

به شرعا، فلا يكون له أن يراجعها إلا إذا تزوجت رجلا آخر وطلقت منه²، أو توفي عنها،

وهنا يمكن له أن يراجعها لكن يكون زواجا جديدا بمهر وعقد جديدين³.

أ. الطلاق من حيث الصيغة: ينقسم الطلاق من حيث الصيغة إلى:

1. الطلاق المنجز:

يقصد به الطلاق الذي يكون بصفة مطلقة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى مستقبل⁴،

فيكون هذا الطلاق عندما يقصد بالتلفظ به إيقاع الطلاق في الحال من غير تقييد بصفة ولا بيمين،

كقوله: أنت طالق أو طلقتك ونحو ذلك، ويسمى هذا النوع من الطلاق طلاقا مرسلا وطلاقا

مطلقا، وهذا هو الأصل في الطلاق⁵.

1- محمد بيومي، تحفة العروس، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007، ص.37.

2- يشترط في الزواج الثاني أن لا يكون محلا بنية الزواج بالمرأة ثم تطبيقها ليراجعها زوجها الأول، لأن ذلك غير جائز شرعا.

3- محمد بيومي، المرجع السابق، ص.37.

4- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.43.

5- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية: دراسة فقهية مقارنة، دار هومو للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص.161.

2. الطلاق المعلق:

مفاده أن هذا النوع من الطلاق يكون متى علق الزوج تلفظه بلفظ الطلاق على حدوث أو وقوع أمر معين، وينقسم هذا النوع من الطلاق في تعليقه بدوره إلى قسمين:

I. **تعليق لفظي:** يكون متى تعلق الطلاق لحصوله وقوع أمر معين في المستقبل¹ باستعمال أداة الشرط².

مثال ذلك: أن يقول الرجل لزوجته إن أنت خرجت من المنزل دون علم مني فأنت طالق، أو إذا أنت ذهبت لزيارة فلانة فأنت طالق.

II. **تطبيق معنوي:** يطلق عليه بالحلف بالطلاق أو اليمين بالطلاق، كقول الرجل: عليّ الطلاق لأسافر غدا.

3. الطلاق المضاف:

يكون كذلك متى اقترنت صيغته بزمن يقصد وقوع الطلاق فيه³، كأن يقول الرجل لزوجته أنت طالق غدا أو أنت طالق مطلع الشهر القادم.

I. **الحكم الشرعي للطلاق من حيث الصيغة:** اختلفت آراء الفقهاء حول كل حالة ونوع من أنواع الطلاق من حيث الصيغة فكانت آرائهم كما يلي:

– **الحكم الشرعي للطلاق المنجز:** الأصل في صيغة الطلاق أن تكون منجزة فمتى كان كذلك وقع الطلاق كما هو.

1- من أدوات الشرط التي يمكن استعمالها لتعليق الطلاق نجد أن وإذا ونحوهما.

2- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 164.

3- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص. 43.

– الحكم الشرعي للطلاق المضاف: اختلفت الآراء الفقهية حول حكم هذا النوع من الطلاق،

حيث قال أغلبهم¹ أنه إذا أضيف للطلاق أجل فإن الزوجة تعتبر مطلقة عند حلول الأجل

حسب رأي القائلين به، بينما ذهب جزء من الفقه² إلى القول أنّ الطلاق المضاف إلى زمن

مستقبل يقع حالا ولا ينتظر حلول الوقت المضاف إليه لإيقاعه³، فيما رأى جزء آخر⁴ أنّ

هذا النوع لا يقع لا عند حلول الأجل المضاف إلى الصيغة ولا قبله⁵.

– الحكم الشرعي للطلاق المعلق: إنّ الطلاق المعلق يقع عند تحقق الشرط المعلق عليه عند

جمهور الفقهاء⁶، بينما ذهب جزء آخر من الفقه⁷ إلى القول أن الطلاق المعلق على شرط لا

يقع⁸.

على غرار الأنواع التي تطرق إليها الفقه الإسلامي هناك أنواع أخرى عاجلها القانون تختلف في

طبيعتها عما أتى به الفقه الإسلامي، وهذا ما سندرسه في الفرع الموالي.

1- رأي جمهور الفقهاء.

2- رأي المالكية.

3- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.246.

4- رأي الظاهرية والجعفرية.

5- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.251.

6- رمضان علي السيد الشرنجباني، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في

الفقه الإسلامي والقانون والقضاء: دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، القسم الثاني، الفرقة بين الزوجين وحقوق

الأولاد، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 2006، ص.41.

7- الشافعية والظاهرية.

8- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص.45.

الفرع الثاني:

أنواع الطلاق حسب قانون الاسرة

باستقراء النصوص القانونية نجد أن المشرع لم يتطرق إلى الأنواع التي عرفها الفقه الإسلامي في الطلاق ما عدى الرجعي والبائن لكن وفق ضوابط أخرى، فالمشرع لم يأخذ بما أخذ به الفقه الإسلامي في أنواع الطلاق ولم يتوسع في نطاقها، إنما أخذ فقط بأربعة أنواع لكنه ترك باب الرجوع إلى مقتضيات الفقه الإسلامي طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة في حال وقع القاضي أمام حالة لم ينص عليها القانون، وتتمثل أنواع الطلاق من حيث القانون في:

أولاً: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

نص المشرع بموجب نص المادة 48 من قانون الأسرة على حالات الطلاق قانوناً، فنص على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بقوله: "مع مراعاة أحكام نص المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..." فلاحظ من نص المادة أن المشرع تخلص من إعطاء مفهوم لأنواع الطلاق واكتفى فقط بالنص على حالاته، تاركاً المهمة في ذلك إلى الفقه.

ثانياً: الطلاق بالتراضي:

التخيير الذي استعمله المشرع في نص المادة 48 من ذات القانون يبين أن الطلاق بالتراضي يعد الصورة الثانية لانحلال عقد الزواج بنصه "...أو بتراضي الزوجين..."، وقد نص عليه المشرع دون تطرق منه لمفهومه لكن بالرجوع إلى الفقه الذي توكل إليه مهمة تحديد المفاهيم في أغلب الأحيان نجد

أن الطلاق بالتراضي يقصد به اتجاه إرادة كلا الزوجين إلى فك رابطة الزوجية عن اقتناع تام، وذلك لاتفاقهما على استحالة الاستمرار في الحياة الزوجية¹.

ثالثا: التطليق (الطلاق بطلب من الزوجة):

الصورة الثالثة التي نص عليها المشرع بموجب نص المادة 48 من قانون الأسرة بقوله: ".... أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، المادتين المذكورتين في المادة 48 ينصان على حالات طلب التطليق، وذلك حسب ما جاء في نص المادة 53 من ذات القانون.

يمكن أن نضع مفهوما للتطليق في غياب النص القانوني الذي يقوم بذلك على أنه: "فك رابطة الزوجية بناء على طلب من الزوجة من خلال القضاء وذلك استنادا إلى الأسباب المحددة قانونا في نص المادة 53 من قانون الأسرة، ويكون للقاضي السلطة في قبول طلب فك الرابطة من عدمه²."

رابعا: الخلع:

يعد الخلع صورة أخرى من صور الطلاق يكون بناءً على طلب الزوجة ونص عليه المشرع في المادة 54 من قانون الأسرة³

أما الأنواع التي أتى الفقه الإسلامي على تنظيمها لم يرد أي نص قانوني بشأنها ما عدا النوع المتعلق بأنواع الطلاق من حيث إمكانية المراجعة والمتمثلة في الطلاق الرجعي والطلاق البائن بنوعيه، هنا المشرع قام بنص على هذه الأنواع بموجب المواد 50-51 من قانون الأسرة لكن مع وجود

1- باديس بوقرة، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص.28.

2- منصور نور، التطليق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.16.

3- وسيتم التفصيل فيه في الفصل الثاني.

إختلاف مع ما قال به الفقه الإسلامي، فالعبرة في الطلاق من الناحية القانونية ليست باللفظ إنما بصدور حكم قضائي بذلك فالحكم الواحد يعد طلاقاً¹، وعليه نكون أمام طلاق بائن بينونة صغرى وجب من أجل مراجعة الزوجة إبرام عقد جديد بمهر جديد. أما إذا تم استيفاء ثلاث أحكام قضائية فلا يمكن مراجعة الزوجة إلا بعد زواجها مرة أخرى لتطلق أو يموت عنها زوجها وهو الطلاق البائن بينونة كبرى.

كما يلاحظ من نص المادة 50 من ذات القانون التي أتت بالنص على الطلاق الرجعي والتي كان نصها: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فالشطر الأول يتحدث عن الطلاق الرجعي، وشطرها الثاني يتعلق بالطلاق البائن بينونة صغرى، لكن الإشكال الذي يمكن أن يقع في هذه الحالة إذا ما كان الزوج تلفظ بالطلاق قبل مدة من رفع الدعوى أمام القضاء وما تستتبعه من فترة لتسجيلها وإجراءاتها، فكيف تحسب المدة في حال ما انقضت العدة منذ رفع الدعوى أو منذ التلفظ بالطلاق، خاصة أن المادة 49 من ذات القانون أكدت على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، هذا يؤكد توجه المشرع إلى الاعتداد فقط بالحكم القضائي دون أن يأخذ بالطلاق اللفظي، فالإشكالية التي تتبادر إلى الأذهان في هذه الحالة حول مهمة الحكم القضائي في هذه الواقعة هي يعتبر حكماً كاشفاً لإرادة الطرفين والمصادقة عليها فقط، أم محدثاً له بحيث تكون سلطة القاضي في تقدير الطلاق هي الأولى درجة هنا.

1- عماد حميدة، موسى مرمون، إشكالية تيقين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة والحداثة: دراسة مقارنة"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2020 مج30، عد5، ص.254.

المشرع ربط عدة الرجعة بمدة محاولات الصلح والتي لا تتجاوز الثلاث أشهر، وقد تتداخل عدة في حال الحمل والوضع واليأس من المحيض... الخ، هذا من جهة كما أن المشرع لم يفرق بين أنواع الطلاق وعلاقة ذلك بالرجعة إذا ما كان طلاقاً بإرادة الزوج أو بالتراضي أو خلعا لأن عدة وهنا تختلف، فمثلاً عدة المختلعة شهراً ولا رجعة فيه¹، بخلاف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، هنا المشرع تناقض مع نفسه ويمكن اعتبار ذلك ثغرة قانونية لأنه على الرغم من هذا التناقض إلا أن الحكم بالطلاق لا يمكن القول عنه أنه حكم منشئ للطلاق إنما كاشف عنه فقط لأن القاضي ليس له سوى المصادقة على حكم الطلاق بعد التأكد من إرادة الزوج في فك رابطة الزوجية حتى بعد إجراء محاولات الصلح والتي إذا باءت بالفشل كان للقاضي النطق بحكم الطلاق، والأمر سيان إن كان الطلاق بالتراضي فإدارة الأطراف هي التي تتجه لإحداث الأثر القانوني المتمثل في حل رباط الزواج وما للقاضي سوى التصديق عليه².

إلا أن الأمر يختلف في حال كنا بصدد فك رابطة الزوجية على أساس التطليق، هنا حكم القاضي يعد منشئاً لا كاشفاً، لأن الزوجة تؤسس دعواها على توافر سبب من الأسباب المنصوص عليها قانوناً، وللقاضي واسع النظر في قبول الدعوى أو رفضها خاصة مع صعوبة إثبات بعض الأسباب كالشقاق المستمر وغيرها، كما قد يعطي القاضي في بعض الحالات مهلة للعلاج إن كنا بصدد وجود عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كما هو منصوص عليه في

1-أكلي نعيمة، "في إشكالات الطلاق الكاشف بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020 مج 12، ع03، ص.175.

2-محمد توفيق قاديري، "أهمية تحديد طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الكشف والإنشاء في القانون الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة، 2021 مج 07، ع03، ص. 919-920.

المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة، وخاصة إن كان المرض الذي يعاني منه الزوج قابل للشفاء فلا يتقرر التطليق إلا بموافقة القاضي وقبوله للدعوى.

الأمر ذاته بالنسبة للخلع فحتى وإن كان القاضي يكشف عن رغبة الزوجة في مخالعة زوجها واستمرارها على طلبها خلال فترة قيام الدعوى قضائياً إلا أنه لا يكون للخلع أثر قانوني إلا بقبول القاضي للدعوى وفصله فيها بفك رابطة الزوجية على أساس الخلع من خلال دراسته لملف القضية وملابساتها¹.

بهذا الصدد أتت العديد من الأحكام القضائية التي تبين هذا القول بخصوص دور القاضي في القضاء، ومن بينها نجد قرار المحكمة العليا لسنة 1986² والتي نص في منطوقه: "من المتفق عليه فقه وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو طلاق رجعي وأن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه لا يتدخل إنما نزل عند رغبة الزوج في طلب الطلاق".

الطلاق شأنه شأن الزواج من التصرفات البالغة الأهمية، فالزواج ينشئ أسرة ورابطة، بينما الطلاق يحلها ويفكها، لذا وعلى اعتباره تصرفاً خطيراً وجبّ توافر ضوابط تحكمه من خلال وجوب توافر مجموعة من الأركان والشروط والتي يشترط أن تكون صحيحة وأي اختلال فيها من شأنه ان يؤثر على الطلاق وعلى طرفيه، ومن خلال المبحث الموالي سنتطرق لدراسة الهيكل التنظيمي للطلاق وأثر اختلاله.

1- محمد توفيق قاديري، المرجع نفسه، ص. 922.

2- م.ع.غ.أ.ش، 1986/01/27، الملف رقم 39731، المجلة القضائية، ع. 04، 1993، ص. 61.

المبحث الأول:

المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بأركان الطلاق وشروطه

سبق لنا القول أن الشريعة الإسلامية أولت عناية خاصة لعقد الزواج وصاحبه من الخطوة الأولى فيها، فمن الطبيعي أن تستمر هذه العناية وأن تطال الطلاق على اعتباره السبيل لفك رابطة الزوجية، لذا نجد أن الفقه الإسلامي تدخل ليضع مجموعة من الشروط والأركان حتى يعتد بصحة الطلاق، والمشرع هو الآخر سار على نفس المنوال، ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن ندرس الهيكل التنظيمي للطلاق والأثر المترتب حال إخلاله، فسنخصص (المطلب الأول) لدراسة أركان الطلاق، أما (المطلب الثاني)، فسنخصصه لدراسة شروط الطلاق.

المطلب الأول:

أركان الطلاق وشروطه

حتى يكون الطلاق صحيحا ومنتجا لأثاره وجب أن يتأسس على أركان شرعية وقانونية ومن خلال هذا المطلب سنبرز هذه الأركان في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

أركان الطلاق

تنقسم أركان الطلاق إلى قسمين منها ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ومنها ما هو منصوص عليه في القانون، ومن خلال ما يلي سنتطرق لدراسة أركان الطلاق في الفقه الإسلامي (أولاً)، ثم أركان الطلاق في القانون (ثانياً):

أولاً: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي:

تتمثل في أربعة أركان وهي:

1. **ركن المطلق:** الزوج بموجب عقد الزواج يعد هو المخول شرعاً وقانوناً لإيقاع الطلاق لاعتباره

مالك العصمة وعقدة النكاح بيده، فلا يمكن للرجل الأجنبي الذي لا تربطه مع امرأة عقد

زواج أن يطلقها، فالطلاق يصدر من الزوج أو من وكيله¹.

2. **ركن المطلقة:** وهي الزوجة التي تم العقد عليها ولا يهتم إن كان الدخول بها قد تم أم لا، ما

يهم أن العلاقة التي تربطها بالرجل الذي تلفظ بالطلاق هي علاقة زوجية فلا يمكن تطليق

امرأة أجنبية عن الزوج. مثلاً إذا كان عمار متزوج من هند إلا أنه تلفظ بطلاق من مريم هنا

هذا الطلاق لا يقع².

1-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.250.

2-عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.237.

3. ركن صيغة الطلاق: يقصد بالصيغة اللفظ الدال على حل عقد النكاح¹، حيث لا يقع

الطلاق بمجرد عقد النية قلبيا فقط دون الإفصاح عنها بمختلف صور التعبير²، وذلك عملا

بالقاعدة الفقهية "العبرة بالألفاظ".

4. ركن القصد: يكون القصد في الطلاق متى تطابقت إرادة الزوج في إيقاع الطلاق مع التلفظ

به مطابقة صحيحة، وهناك حالات يتلفظ فيها بالطلاق دون وجود قصد لإيقاعه ونجد

منها:

I. طلاق الهازل: يقصد بالهازل الشخص الذي يتلفظ بالكلام على سبيل المزاح واللهو دون أن

يرتب الأفكار قبل نطقها أو التفكير بما يقول وأخذه على محمل الجد، فإذا تلفظ بألفاظ تدل

على الطلاق كأن يقول: زوجتي طالق مني أو يا فلانة أنت طالق، هنا وقياسا على قوله صلى

الله عليه وسلم في الحديث الشريف: "ثلاثة جدهن جد وهزلن جد، النكاح والطلاق

والرجعة"³، فإن الطلاق حتى ولو تلفظ به على سبيل اللهو واللعب فإنه يقع⁴، وذلك لحرمة

رابطة الزوجية وقدسيتها، فلا يجوز المساس بها أو الاستهزاء بها فذلك يعتبر كعقاب لمن يحاول

اللهو واللعب والمساس بهذه القدسية وإنذارا للغير بذلك.

II. طلاق المخطئ: المخطئ في الطلاق من سبق لفظ الطلاق في لسانه إلى كلام لم يقصده،

فمثلا بدل أن يقول لزوجته أنت طاهرة سبق لسانه إلى قول أنت طالقة، هذا الطلاق لا يقع

1- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 251.

2- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 237.

3- أخرجه أبو داود في باب الطلاق، طلاق الهازل، رقم الحديث 2194، كتاب سنن أبو داود، ج2، ص. 643.

4- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 244.

لانتفاء القصد فيه عند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية الذين قاسوه على طلاق الهازل فإنه يقع حسبهم¹.

III. طلاق الفضولي: الفضولي غالبا هو من يتدخل في شؤون الغير، وفي حالته الطلاق يكون بإيقاع طلاق على زوجة الغير بغير إذنه أي ليس مفوضا بذلك، هذا الطلاق يقوم مقام بيع الغير متوقف على إجازة هذا الأخير له أي إذا أجاز الزوج فإنه يقع، وإلا فلا يقع لأنه ليس أهلا لذلك.

IV. طلاق الجاهل: الجاهل في الطلاق يكون إذا جهل المعنى الحقيقي من الألفاظ، أي أنه لا يدرك أو لا يعلم أن هذه الألفاظ مدلولها ومعناها هو فك رابطة الزوجية، هذه الحالة تكون إذا كان الزوج أجنبيا لا يفقه اللغة العربية فيتلفظ بلفظ الطلاق باللغة العربية دون علم منه بأنه طلق زوجته، وهنا وباتفاق الفقهاء الطلاق لا يقع لانتفاء النية فيه².

ثانيا: أركان الطلاق في قانون الأسرة:

المتصفح للنصوص القانونية التي نظم المشرع من خلالها موضوع الطلاق يلاحظ أن المشرع لم يأتي على النص على أركان الطلاق أو شروطه بخلاف الفقه الإسلامي، مما يستوجب منا الرجوع إلى هذه الأخيرة للإستدلال بأحكامها في هذه المسألة، وذلك بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة³، إلا أن ما يمكن استنتاجه من خلال نص المادة 49 و48 من ذات القانون بقولها: "الطلاق

1- عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص.244.

2- الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ص.43.

3- محمد الطاهر دوح، أثر نية في الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 01، 2016/2015، ص.58.

يقع بإرادة الزوج " فالإرادة يراد بها أن يكون الزوج عاقلا، وبالتالي يستبعد طلاق المجنون لأنه لا يقع لاعتباره فاقدًا للإرادة، كما أن الإرادة المطلوبة في الطلاق تقتضي خلوها من العيوب كعيب الإكراه، وعليه فإنه يمكن القول أن الطلاق المكروه لا يقع لاعتبار إرادته شابها عيب.

أما البلوغ (الأهلية) فإنه وطبقا للقواعد العامة وعلى اعتبار الأهلية شرطا من شروط الزواج فإنه يشترط تبعا لذلك أن يكون الزوج بالغًا سن 19 سنة وخاليا من عوارض الأهلية، كما نلاحظ أنه لم يتطرق إلى طلاق الهازل أو المخطئ أو السكران... الخ وغيرها من أنواع الطلاق التي تكون محل خلاف في مسألة الإرادة والعقل بل ترك الأمر بيد الفقه الإسلامي واعتبره مرجعيته في حال غياب نص قانوني.

أما فيما يخص ركن المطلقة فإن المشرع لم يأتي على تنظيم هذه المسألة ولم يتطرق إليها مما يحيلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة في غياب النص، كما أنه لم يتطرق أيضا إلى ألفاظ الطلاق أو طرق التعبير عنه مما يحيلنا بطبيعة الحال إلى الفقه الإسلامي كوجهة أولى أو إلى القواعد العامة لطرق التعبير عن الإرادة، فيما يخص التعبير عنها بالكتابة أو الإشارة، غير أن طبيعة عقد الزواج الخاصة تلزمنا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بشكل أولى لأنها تناولت الموضوع بدراسة شاملة ومعمقة لا تترك معه مجالا للشك¹.

أركان الطلاق وحدها ليست كافية لصحة الطلاق بل وجب أيضا توافر مجموعة من الشروط، كما أن تخلف شرط من هذه الشروط أو انتفائها من شأنه التأثير على صحة الطلاق وذلك لارتباط هذه الشروط بالأركان ارتباطا وطيدا، ومن خلال الفرع الموالي سندرس المسألة بالتفصيل

1- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 240.

الفرع الثاني

شروط الطلاق

أي تصرف مهما كانت طبيعته وجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط حتى يعتبر صحيحاً ومنتجاً لآثاره فإذا إنتفت اختلت صحته، والطلاق هو الآخر وجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط وانتفاؤها من شأنه أن يؤثر على صحة الطلاق من جهة، وأن يؤثر على الطرفين من جهة أخرى وهذا ما سنبينه من خلال هذا المطلب من خلال دراسة شروط الطلاق في (الفرع الأول)، ثم طرق التعبير عن الطلاق في (الفرع الثاني):

أولاً: الشروط الواجب توافرها في المطلق:

الرجل أو الزوج هو المخول في الأصل بإيقاع الطلاق على اعتبار العصمة في يده، وعليه فإنه وحتى يكون طلاقه صحيحاً وجوب توافر مجموعة من الشروط:

1. **البلوغ:** وجب توافر شرط البلوغ في الزوج، لذا فإنّ الطلاق الواقع من الصبي لا يقع سواء كان مميزاً أم لا¹، وذلك راجع إلى أن الطلاق يعد من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، لذا يشترط فيها أن يكون موقعه أهلاً لذلك².

2. **العقل:** يعد العقل شرط تكليف حتى يقع الطلاق، وعليه فإن الفقهاء اتفقوا على عدم وقوع الطلاق ممن لا عقل له كالمجنون والحقوا حكمه بحكم طلاق الصبي¹، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل فكانت آرائهم كالآتي:

1- ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.

2- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية: الطلاق، دار إقرأ للطباعة والنشر، دمشق، 2007، ص. 21.

I. طلاق الغضبان: عُرف أيضا بطلاق الإغلاق، الغضب درجات وأقصى درجاته الإغلاق

حيث يغيب فيه الإدراك ويصل فيه الغضبان إلى درجة تشبه الجنون². في هذه الحالة إذا

تلفظ بالطلاق فإن طلاقه يقع على قولين:

— الأول: إذا كان الغضب شديدا بحيث لا يعقل معه ما يقول ويفعل يكون طلاقه غير معتد به

مصدقا لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا طلاق ولا عِتَاقَ في إِغْلَاقٍ"³

— الثاني: أما إذا كان الغضب بحيث يعقل معه ما يقول ويفعل فهنا الطلاق يقع لأن الزوج

مدرك لما يفعله⁴.

II. طلاق المكره: الإكراه عيب من عيوب الرضا كما سبق وأن تطرقنا له⁵، فالزوج إذا أكره على

تطبيق زوجته فطلاقه لا يقع⁶، لانتفاء القصد من الطلاق ولإرغامه عليه، لقوله صلى الله عليه

وسلم: " إنَّ الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"⁷

III. طلاق السكران: المسكرات من المحرمات وتعتبر معصية لأنها من مُذهبات العقل، فإذا تلفظ

الزوج بالطلاق وهو تحت تأثير السكر هنا كان القول على رأيين:

1- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 239.

2- عبد القادر داودي، المرجع نفسه، ص. 239-240.

3- رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، الحديث رقم 2046.

4- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 193.

5- أنظر عيوب الرضا، فصل الزواج.

6- باتفاق جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية.

7- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 218.

– **الأول:** إذا كان تناول المسكر لضرورة أو مرض أو جهل أو إكراه وتلفظ بالطلاق هنا اتفقت الآراء الفقهية على أن طلاقه لا يقع، حيث يطلق على هذه الحالة حالة السكر المباح لأنه لم يكن عن معصية¹.

– **الثاني:** إذا أسكر الرجل عمدا وعن معصية منه فإن طلاقه يقع حتى وإن كان السكر قد أثر على عقله وذلك عقابا له على معصيته².

IV. **طلاق السفية:** السفية هو خفيف العقل الذي يتصرف تصرفات تخالف مقتضى العقل السليم ويعد طلاقه إذا تلفظ به نافذا باتفاق المذاهب الفقهية، ولو تم دون إذن وليه فطلاقه صحيح³.

V. **طلاق المدهوش:** المدهوش من إذا اعتزته حالة من الانفعال واختلطت عليه الأمور فلا يعرف ماذا يقول أو ماذا يتصرف، درجة الانفعال هاته والتي قد تكون لأي سبب كان كالخوف الشديد أو الحزن أو الغضب الشديدين فإن طلاقه إذا تلفظ به لا يقع قياسا على الإغلاق في الطلاق لكونهما يفقدان الإدراك⁴.

VI. **طلاق الموسوس:** يقصد بالموسوسة الإنشغال بالتفكير في مجموعة من الأفكار أو بفكرة معينة، ويكون التفكير بطريقة غير منطقية مما تدفع الإنسان إلى التصرف بسلوك قد يكون خارجا عن المؤلف، هذا إن دل فإنما يدل على أن عقل الرجل في هذه الحالة يكون مشوشا

1- رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه للحافظ ابن عبد الله، كتاب الطلاق، باب الطلاق المكره، ص. 659.

2- مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، دار إحسان للنشر والتوزيع، بغداد، 2014، ص. 136.

3- المصري مبروك، المرجع السابق، ص. 190.

4- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 218.

وغير صافي الذهن، لذا اعتبر الفقه الإسلامي الطلاق الذي يصدر من الزوج في حالة الوسوسة لا يقع لعدم صحة العقل والإرادة، لاعتبار الوسوسة فعل من عمل الشيطان¹.

VII. طلاق الغائب: إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها فإنه يقع ما دامت الزوجة قد علمت به وعلم به الغير².

VIII. طلاق الكافر: إذا كان الرجل أثناء تلفظه بالطلاق في حالة كفر فلا يقع طلاقه، والأمر ذاته إذا كانت الزوجة مسلمة وزوجها كان غير مسلم حين تلفظ بالطلاق فلا يقع عليها طلاقه³.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في المطلقة:

لكي يقع الطلاق يجب أن يوجه من رجل إلى امرأة تتوفر فيها مجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

1. أن تجمعها مع الزوج المتلفظ بالطلاق علاقة زواج شرعية صحيحة.
2. أن تكون الزوجية لا زالت قائمة وقت التلفظ بالطلاق، أو أن يكون أثناء عدتها من الطلاق الرجعي.
3. ألا تكون منتهية العدة أو مطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى⁴.
4. ألا تكون موطئة بملك اليمين أي أمة أو زوجته في زواج باطل كالجمع بين الأختين أو الخامسة على أربعة نساء....الخ¹.

1- أحمد الذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق: قواعد وضوابط مالكية مذيبة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر، 2015، ص.53.

2- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.219.

3- أحمد الذيب، المرجع السابق، ص.62.

4- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.250.

ثالثا: شروط صيغة الطلاق: يشترط في الصيغة أمران:

1. الأول: أن تكون واضحة إذا كانت في إحدى صورها الثلاثة (اللفظ، الكتابة، الإشارة)،

بحيث لا مجال للطلاق بالأفعال كإرسال الزوجة في حالة غضب إلى بيت أهلها فهذا لا يعد طلاقا، أو النوم في غرفة أخرى لا يعد أيضا من قبيل الطلاق، حيث يعد المهجر في المرجع تأديبا.

2. ثانيا: القصد أي أن يصاحب الصيغة القصد من إيقاع الطلاق أي أن تتجه إرادته في الأصل إلى اختيار الطلاق².

• طرق التعبير عن الإرادة في الطلاق

يتم التعبير عن الصيغة أو الإرادة في الطلاق بإحدى الطرق التالية:

1) التعبير عن الإرادة في الطلاق باللفظ

يتم التعبير عن الإرادة في موضوع الطلاق متى تلفظ الزوج بألفاظ أو عبارات تدل على فك

قيد الزوجية، أو ما يدل على ذلك، وينقسم التعبير باللفظ في الطلاق من حيث دلالاته إلى نوعين:

أ. اللفظ الصريح:

الصريح من اللفظ هو ما تكون عباراته في ظاهرها مطابقة لنية الزوج عند تلفظه بها، وقد

عرف اللفظ الصريح في الطلاق على أنه اللفظ المستعمل في حل عقدة الزواج ولا يستعمل في غيره³.

1-محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.55.

2-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.257.

3-محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص.244.

أما الألفاظ الصريحة التي تدل على الطلاق فقد اختلف الفقهاء في تحديدها وانقسموا بين القائل بأن الطلاق صراحة يكون بالألفاظ المشتقة من لفظ الطلاق في حد ذاته، كأنت طالق أو طلقتك أو أنا طالق منك، وما إلى ذلك من المشتقات¹، وبين من وسع نطاق الألفاظ ليشمل لفظي السراح والفراق وما يشتق منهما من ألفاظ كأنت مسرحة أو أنت مفارقة، فارقتك²، سرحتك... الخ³. حكمه: مما لا غبار عليه أن الطلاق الصريح يقع باتفاق الآراء⁴.

ب. اللفظ الكنائي:

بداية يمكن تعريف الكناية في اللفظ على أنها "أن تتكلم بشيء وتقصد غيره"⁵، أما المقصود باللفظ الكنائي في الطلاق ذلك اللفظ الذي يحتمل غيره ولا يكون طلاقاً إلا بنية المتلفظ، كما أنه ينقسم في صيغته إلى قسمين:

1. كناية ظاهرة: تتمثل ألفاظها في أنت بائن، حبلك على غاربك، أنت بتة أو أنت بتلة، أنت برية، أنت خلية⁶.

2. كناية خفية: تكون بأي لفظ، ك: اذهبي، انصربي عني، فارقتك، وهي غالباً ما تكون ألفاظاً تستعمل في العموم أي لا نجد استعمالاته في الطلاق.

1- قال بهذا الرأي كل من الحنفية والمالكية وجمهور الحنابلة.

2- ذهب إلى القول بهذا الرأي جمهور الشافعية وبعض الحنابلة.

3- عبد العظيم مرزوق حمد محرم، التعبير عن الإرادة في الزواج والطلاق مفهومه ووسائله، رسالة ماجستير في (الفقه وأصوله)، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2013/2014، ص. 44-45.

4- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 258.

5- عبد العظيم مرزوق حمد محرم، المرجع السابق، ص. 46.

6- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة، ج 9، ط 4، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1997، ص. 6901.

حكمه: الألفاظ المستخدمة على وجه الكناية الظاهرة تأخذ حكم الطلاق الصريح فيقع على الزوجة، أما الألفاظ المستخدمة في الكناية الخفية فإذا لم يصاحبها نية الطلاق لا تقع، أما إذا نوى به طلاقاً وفراقاً فإنه يقع شأنه شأن الطلاق الصريح¹.

(2) التعبير عن الإرادة في الطلاق بالكتابة

قد يتم التعبير عن الإرادة في الطلاق من خلال الكتابة، لكن مسألة الكتابة في الطلاق مختلفة عن اللفظ لأن مسألة إيقاعه من عدمه كانت محل اختلاف فقهي:

أ. **الرأي الأول:** رأى بأن الكتابة إذا كانت مستبينة وواضحة لا تترك مجالاً للشك فإن الطلاق يقع حتى وإن كان المطلق قادراً على النطق.

ب. **الرأي الثاني:** اشترط أن تكون الكتابة مستبينة وأن يكون المطلق غير قادر على النطق كوجود عاهة... الخ حتى يقع الطلاق، فإذا كان المطلق غير قادر على الكلام فإن طلاقه لا يقع.

ج. **الرأي الثالث:** يقع الطلاق إذا كانت الزوجة غائبة عن المجلس أو إذا كان المطلق غير قادر على الكلام، فإذا كانت حاضرة فإن المطلق إذا كان قادراً على الكلام فإن الكتابة لا تقوم مقام اللفظ، أما إذا كان غير قادر فإن طلاقه يقع².

(3) التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة

قد يعبر الزوج عن إرادته في الطلاق بالإشارة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير حكم الطلاق الذي يقع من خلال الإشارة إلى القائل بوقوعه إذا ما كان الطلاق وقع من الزوج الذي لا يستطيع

1- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص. 249.

2- عبد العظيم مرزوق حمد محرم، المرجع السابق، ص. 68-69.

الكلام أو التعبير عن إرادته باللفظ كالأخرس، وعدم قدرته على التعبير عن إرادته بالكتابة لجهله لها، وبين الذي لم يقر بوقوعه إذا كان الزوج قادراً على الكلام لأن اللفظ أقوى من حيث ثبوتيته، فيجب أن لا يلجأ الزوج إلى الإشارة للتعبير عن إرادته مادام قادراً على التعبير عنها باللفظ، وبين من قال أيضاً بعدم وقوعه إذا كان الرجل غير قادر على الكلام لكنه قادر على الكتابة لأن الكتابة أضبط من الإشارة وأولى في الاعتداد بها من الإشارة¹.

فالعبرة من الآراء الفقهية بقدرة الزوج على التعبير عن إرادته من خلال الإشارة أو بالوسائل التي تسبقه لأنها أولى درجة وأسهل في إثبات قصد الزوج ونيته، فلا يتم اللجوء إلى الإشارة إلا في حال كان الزوج غير قادر عن التعبير عن إرادته باللفظ والكتابة.

4) التعبير عن الإرادة في الطلاق إلكترونياً

عرف مجال التكنولوجيا خاصة تكنولوجيا الاتصالات تطورات ملحوظة والتي ألفت بظلالها على جميع المجالات والعلاقات بما فيها علاقات الأفراد والتعبير عن الإرادة، سواء لإبرام عقد الزواج أو إنحائه وهو ما عرف في العصر الحديث بمصطلحي "الزواج والطلاق الإلكتروني"، حيث يمكن أن يعرف الطلاق الإلكتروني على أنه: "إزالة عصمة الزوجية برسالة مرئية أو صوتية أو مكتوبة عبر الآلات المبتكرة لنقل الكلام والرسائل بين الطرفين"²، وتكمن صور التعبير عن الطلاق إلكترونياً إما لفظاً أو كتابة.

1- عبد العظيم مرزوق حمد محرم، المرجع نفسه، ص. 75-77.

2- طه أحمد الزبيدي، حكم الطلاق عبر أجهزة الاتصال الحديثة، دار الفجر للنشر والتوزيع، بغداد، 2007، ص. 11.

أ. التعبير عن الإرادة من خلال اللفظ الإلكتروني:

تقع هذه الصورة إذا تلفظ الزوج بكل لفظ يفيد حل قيد الزوجية إما باستعمال الهاتف عن طريق اتصال غير مرئي أو عن طريق الاتصال المرئي عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي أو عن طريق رسالة صوتية مسجلة voice message، يكون الزوج قد سجل فيها تلفظه بطلاق زوجته¹.

(5) حكمه: هذا الطلاق يقع شأنه شأن الطلاق المتلفظ به بغير الوسائل الإلكترونية².

ب. الطلاق الإلكتروني كتابيا:

يمكن أن تتجلى صورة الطلاق الإلكتروني كتابيا في شكل الرسائل عن طريق الهاتف المحمول أو البريد الإلكتروني أو مواقع التواصل الاجتماعي كالفيسبوك وغيرها من المواقع، هذه الصورة من الطلاق تختلف في حكمها الفقهاء المعاصرين بين مقرر بوقوعه أو اشتراطه أن تكون الكتابة واضحة مستبينة وأن يصاحبها قصد الطلاق حتى يمكن القول بوقوعه، كما اشترط أن تكون إرادة الزوج حقيقية وخالية من العيوب، وبين رافض له وذلك لصعوبة حجته لإمكانية الغش في شخص الزوجة المطلقة أو الزوج المطلق، بمعنى آخر إمكانية ألا يكون الزوج هو من أرسل الرسالة أو أراد الطلاق من أصله، لأن حيازة الهاتف المحمول أو فتح حساب في المواقع التواصل باسم شخص بعينه لا يكفي

1- حوحو رميساء، بوسطلة شهرزاد، "الطلاق الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2022، مج السابع، العدد الثاني، الجزائر، ص. 675.

2- صفاء السيد لولو الفار، "أحكام الطلاق بالوسائل الحديثة: دراسة فقهية مقارنة"، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، 2019، مج 06، ع 35، الإسكندرية، ص. 178.

لاعتباره هو ذات الشخص، أو من الإمكان اختراق الحساب وبعث الرسالة إلى الزوجة دون علم من الزوج¹.

على أساس هذا الاختلاف الفقهي الذي كان معتمدا على أسانيد لكل جانب من الفريقين يمكن أن نرجح القول أنه إذا ثبت أن الزوج هو من بعث الرسالة كأن يؤكد ذلك بنفسه، هنا يمكن القول أن الطلاق يقع لاعترافه بإيقاعه وقصده ذلك من خلال الرسالة، أما إذا أنكر ونفى أنه هو من بعث الرسالة مع عدم وجود إثبات بأنه هو من قام ببعث الرسالة لأنه لا يقع².

من خلال ما سبق قوله نلاحظ أن الطلاق نُظم بشكل محكم وأُحيط بمجموعة من الأركان والشروط، كل هذا يؤكد على أهمية الطلاق البالغة، كما أن هذا التنظيم سواء الشرعي منه أو القانوني عالج جميع المسائل بما فيها حالة تخلف الأركان التي أوردها وكذا حالة تخلف الشروط أو اختلالها، وهذا ما سنعالجه في المطلب الموالي:

1-ميدون مفيدة، عبد الرؤوف دبابش، "الطلاق كتابة عبر البريد الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2020 مج 12، ع خاص رقم 22، الجزائر. ص. 375.

2-لطيفة بهي، "الطلاق الإلكتروني ومدى صحته"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، 2015 مج 02، ع 04، ص. 268.

المطلب الثاني:

المسؤولية المترتبة حال انتفاء شروط الطلاق وأركانه

المستشف والملاحظ من دراسة التنظيم الفقهي والقانوني للطلاق، أن أركانه وشروطه تجمعهم علاقة ترابط وتكامل، فالشروط عبارة عن تفصيل وتحليل لما حملته الأركان، كونها أتت في صيغة عامة فركني المطلق أو المطلقة تكمله شروط العقل والبلوغ... الخ، وركن القصد تكمله شروط الصيغة من وضوح ووجوب تطابق النية مع اللفظ... الخ، وبالتالي أي اختلال لهذه الشروط التي سبق دراستها سيؤثر على الأركان ووجودها، والعكس صحيح، فعلاقة التكامل هذه هي علاقة تبعية.

ومن مظاهر هذه العلاقة التكاملية، نجد صوراً عديدة لاختلال شروط الطلاق والتي تخل معها ركنا من أركانه، ولعل أبرز صورة لذلك نجد الطلاق الصوري والذي يعد نوعاً مستحدثاً للطلاق، مفاده أن تتجه إرادة الزوج من إيقاع الطلاق، أو إرادة الزوجين معاً، إلى تحقيق مصلحة خاصة بأحدهما أو بكليهما، كأن يتلفظ الزوج بالطلاق ويتم إجراءاته القانونية وذلك ليضمن أن الطلاق اتسم بالصيغة الرسمية من خلال الوثائق، وذلك ليتزوج بامرأة أخرى ويوهمها بأنه رجل مطلق وذلك للحصول على قبولها بالزواج، طمعا في مالها أو حسبها... الخ، وهو عالم بأنه لو ظل متزوجاً لرفضته رفضاً قاطعاً¹، لكنه في الحقيقة يراجع زوجته سرا ويخفي ذلك عن الزوجة الثانية.

أو إذا اتفق الزوجين على إيقاع الطلاق وتثبيتته لتحصل الزوجة على منحة التقاعد المنقول، أو على سكن اجتماعي... الخ، ثم يتراجع الزوجين بعد الحصول على المنفعة.

¹ - يوسف صلاح الدين نصر، المستجدات الفقهية في الطلاق، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، د.ت.ن، ص 4479.

إذن المراد من تلفظ الزوج بالطلاق وإيقاعه يتنافى تماما مع ارادته ونيته الباطنية، فهو لا ينوي المفارقة فعلا، خاصة إذا تم الطلاق الرسمي وبعدها قام بالزواج منها عرفيا مرة أخرى إذا ما اعتبرنا أن صدور الحكم القضائي بالطلاق يجعل منه طلاقا بائنا بينونة صغرى، فلا تطابق للنية مع اللفظ، وفي هذا انتفاء لركن القصد، من شأنه اضرار بالزوجة إذا لم تكن عالمة بنيته.

أيضا نجد طلاق الهازل والسكران، من ناحية حكم طلاقهما فيقع، فالطلاق من الأمور التي جدها جد وهزلها هو الآخر جد، لكن لو حللنا شروط الطلاق في هذه الحالة سنجد انتفاء شرطي القصد والعقل عند السكران، فاذا تلفظ هذا الأخير بالطلاق تحت تأثير المسكرات فيكون غير عالم بما يقوله، كما انه لا يقصده ولا ينوي مفارقة زوجته فعلا، والهازل هو الآخر لا يقصد المفارقة إنما استزل لسانه مازحا بلفظ الطلاق، في كلتا الحالتين سيلحق بالزوجة اذى ليس بالهين، خاصة إذا تكرر التلفظ بالطلاق واستنفذ الزوج عدد الطلقات، ليؤول الطلاق بعدها الى طلاق بائن بينونة كبرى، لا يمكن معها المراجعة إلا بزواجها من رجل اخر فيطلقها أو يموت عنها، دون أن تتوافر في هذا الزوج نية التحليل. هذه الصور تطرح علينا تساؤلا عن إمكانية رفع دعوى تعويض من طرف الزوجة المطلقة لتأذيها معنويا أو ماديا؟

النصوص القانونية تخلو من أي تنظيم لهذه المسائل على وجه الخصوص، لكن يمكن أن تستحق المطلقة التعويض عن الأذى الذي لحقها، لكن على أساس الطلاق التعسفي وليس على أساس انتفاء ركن من أركان الزواج أو شروطه، لأن القول بالتعويض عن بطلان الزواج لانتفاء ركنه أو اختلال شروطه لا يمكن أن نقول به في الطلاق لأن طبيعة الزواج تختلف عن الطلاق تماما، وحتى الاجتهادات القضائية تعوض عن الطلاق التعسفي فقط.

الزوج مالك العصمة وله أن يحل رباط الزواج متى أراد، لكن حرية ممارسة هذا الحق ليست مطلقة إنما مقيدة باعتبارات عديدة، فقدسية الزواج تؤكد على ضرورة حله إلا في الحالات التي تستدعي ذلك، ومن خلال المبحث الموالي سنوضح ونبرز حدود ممارسة هذا الحق، وعواقب ممارسته بشكل متعسف فيه.

المبحث الثاني:

الطلاق التعسفي

الطلاق بمجرد إيقاعه تترتب عنه حقوق إما معنوية وإما مالية تخص كلا الطرفين وتمتد إلى الأولاد، وهذه الحقوق يشترط في ممارستها أن لا يخرج صاحب الحق في ممارستها لحقه الحد الشرعي والقانوني لذلك، وإلا اعتبر متعسفا في ممارسة حقه فإذا ألحق ضررا بالغير قامت مسؤوليته اتجاهه مما يترتب عن ذلك أثر قانوني، ليكون للقاضي تقديره حسب مقتضيات القضية، وفيما يلي إيضاح لجميع النقاط المتعلقة بما ينجم عن الطلاق من حقوق ومدى حرية ممارستها، وذلك من خلال دراسة الحقوق المترتبة عن الطلاق (المطلب الأول) ودراسة التعسفات الواردة على الطلاق وآثاره (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

التعسفات الواردة على حق الطلاق

الزوج له أن يطلق زوجته إذا لم يستطع الاستمرار في حياته الزوجية معها، هذا حق مكفول له شرعا وقانونا حتى وإن كان هذا الحق مبغوضا لا يتم اللجوء إليه إلا للضرورة القصوى، إلا أن الزوج ليس له ممارسة حقه على غير الوجه المسموح به وأن يلحق ضررا بالزوجة لأن ذلك يعد طبقا للقواعد العامة تعسفا في استعمال الحق، فضلا عن ذلك قد يمتد التعسف ليطال آثار الطلاق والحقوق المترتبة عليه، وفيما يلي سنحاول تبيان مدى وقوع التعسف من خلال دراسة تعسف الزوج في ممارسة الحق في الطلاق (الفرع الأول) و صور الطلاق التعسفي (الفرع الثاني)، ثم التعسفات الواردة في تبعات الطلاق (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

تعسف الزوج في ممارسة الحق في الطلاق

للقول أننا بصدد التحدث عن ضرر وقع جراء التعسف في استعمال الحق وجب أولا التأكد من وجود تعسف في ممارسة الحق، وللقيام بذلك وجب تطبيق معايير نظرية التعسف للنظر في مدى حياد الشخص عن الحد المسموح في ممارسة الحق، وهذا ما سنقوم به فيما يخص مسألة الطلاق.

أولاً: معيار قصد الإضرار

يظهر معيار الإضرار أو نية الزوج المطلق في الإضرار بمطلقته متى أوقع طلاقه دون وجود مبرر قوي يدفعه لذلك، كون رابطة الزوجية رابطة المفترض فيها أن تكون صلبة ومتينة لا تفك إلا للضرورة القصوى، فإذا لم يكن هناك سبب وجيه وقوي يدفعه لذلك فإن نيته في الإضرار بها تكون واضحة¹، خاصة إذا كانت الحياة الزوجية قد استمرت سنين طوال، وخلال هذه الفترة لم ترتكب الزوجة أي خطأ يجعل الزوج يقدم على خطوة الطلاق، بل بالعكس كانت الزوجة مطيعة وعشرتها حسنة، وهنا نية الزوج السيئة تكون واضحة والضرر يكون واضحاً وجلياً خاصة إذا كان إيقاع الطلاق بعد أن كبرت الزوجة في السن ولن تتمكن بعد الطلاق من إعادة بناء حياتها من جديد بزواج جديد، كما أنه سيلحق بها ضرراً معنوياً لأن ذلك سيحز في نفسها وسيؤثر عليها كثيراً والإضرار بالغير ممنوع شرعاً وقانوناً. كما أنه سيؤثر عليها مادياً إذا لم تكن عاملة أو لها معيل أو مدخول.

ثانياً: معيار المصلحة غير المشروعة

الطلاق شرع في حال استحالة الحياة الزوجية ولم يستطع الزوجان السير بسفينة الزواج إلى بر الأمان في خضم الخلافات الزوجية والشقاق المستمر الذي يؤثر سلباً سواء على الزوجين أو على الأطفال، فيكون الطلاق الحل الأمثل في هذه الحالة والمصلحة المرجوة منه تكون مشروعة كونها ستحل الأزمات وتفك النزاعات، لكن إذا كان الطلاق بدافع كراهية الزوج لزوجته وتكون مصلحته من إيقاعه متمثلة في إذلال الزوجة وإخراجها من منزلها أو تشريدتها أو أنه طلقها بعد أن قضى منها

1- عبير ربحي شاكراً القدومي، التعسف في استعمال الحق، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص. 206.

غرضه كالاستيلاء على أموالها أو مصوغها فإن الطلاق هنا فيه إضرار بالزوجة لأن المصلحة المرجوة منه غير مشروعة.

ثالثاً: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يوقع الزوج الطلاق لمصلحة يرجوها كأن يريد استبدال زوجة مكان زوجة دون أن يكون ذلك في إطار التعدد المسموح به شرعاً وقانوناً، فيقوم بفك رابطته الزوجية مع زوجته ليتزوج أخرى، هنا مصلحته تكمن في الزواج الجديد خاصة إذا كانت حياته الزوجية مع الزوجة الأولى قد استمرت فترة معتبرة من الزمن، فتكون الزوجة قد كبرت في السن خلالها فيطلقها ليتزوج الأصغر منها سناً، فهذا حتى وإن كان من حقه إلا أن المصلحة التي سيحققها من الزواج الجديد إذا تمت مقارنتها بما سيخلفه الطلاق مع الزوجة الأولى من آثار سواء على الزوجة أو على الأولاد، فإن كفتهم هي التي ستميل لأن ضرر الذي سيقع أقوى وأشد بكثير مع ما سيحققه الزوج من مصلحة، فإذا عملنا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" سيكون رفض الطلاق أحسن وأهون من الزواج بامرأة جديدة¹.

بل بالعكس يمكن طرح فكرة التعدد التي ستكون أحسن حل مقارنة بالطلاق لكن هذا الحل قد يرفضه الزوج لاعتبار الأعباء المادية التي ستكون على عاتقه إذا ما تحمل الإنفاق على عائلتين، فإذا رفض الرجل التراجع عن الطلاق وأصر عليه فإن طلاقه يكون تجاوز حدود الحق، ويمكن اعتبار ذلك تعسفاً.

1- سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2018/2019، ص.275.

أيضاً إذا كان الزوج في الأصل متعدد الزوجات فبلغ نصاب الأربع زوجات فيطلق واحدة ليستبدلها بأخرى هنا أراد الزوج تحقيق مصلحة هي استبدال الزوجات، لكن في ذلك اختلال لمصالحهما لأن لا مصلحة تذكر للزوجة في طلاقها.

رابعاً: معيار الضرر الفاحش

الطلاق إذا وقع بعد استمرار الحياة الزوجية سنوات طوال بلغت خلالها الزوجة من العمر عتياً أو اقتربت من ذلك، وكانت بلا معيل أو مدخول مادي يسد نفقتها إذا ما لم تكن عاملة، فضلاً عن عدم وجود مسكن يأويها فإنها بطلاقها ستكون في حالة يرثى لها¹، أو إذا طلقت الزوجة وهي بدون عمل وحتى وإن كانت في سن صغير ولم تكن متحصلة على شهادة علمية تساعد على إيجاد منصب عمل يضمن لها تأمين نفقاتها هنا أيضاً يظهر الضرر الذي لحقها جلياً، خاصة إذا اضطرت إلى العمل في الأعمال الشاقة أو في خدمة تنظيف المنازل لإعالة نفسها وأطفالها، إذا ما قارنا قيمة نفقة المحضون وبدل الإيجار الذي يتم الحكم به وبين ما تتطلبه تربية المحضون في حقيقة الأمر، فالزوج بإصراره على الطلاق يكون في هذه الحالة مضراً بالزوجة إضراراً فاحشاً تكون له تبعات مادية ومعنوية وخيمة.

وقياساً بنظرية التعسف في استعمال الحق، فضلاً عن الحالات التي قلنا بوجود ضرر واضح فيها عند إيقاع الطلاق بطريقة متعسف فيها، هناك صور للطلاق التي يظهر فيها التعسف واضحاً وجلياً لأنه يخالف مقاصد الشرع والقانون، وهذا ما سنوضحه في الفرع الموالي.

1- عبير ربحي شاكراً القدومي، المرجع السابق، ص. 207.

الفرع الثاني:

صور الطلاق التعسفي

هناك حالات من الطلاق يظهر من خلال الاطلاع عليها تجاوز الزوج حدود ممارسة حقه في

الطلاق إلى حد الإضرار بالزوجة.

أولاً: طلاق المريض مرض الموت

قد يمارس الزوج حقه في الطلاق خلال فترة مرضه لكن هذا المرض يكون مختلف في طبيعته

عن الأمراض الأخرى، بحيث سمي فقها بمرض الموت بسبب إقعاد الزوج عن أداء أعماله اليومية،

ويكون الشفاء منه مستحيلاً بحيث يغلب عليه الهلاك لا محالة¹، هنا هذا الطلاق عرف في الفقه

باسم " طلاق الفار"، لأن الزوج تتجه نيته من الأساس في إيقاع الطلاق إلى حرمانها من الميراث

فيكون طلاقه مناقضاً للشرع كون الزوج تجاوز حدود ممارسة الحق إلى حد الإضرار بالزوجة²، فإذا

أسقطنا معيار نظرية التعسف في استعمال الحق على طلاق المريض مرض الموت تكون صورته كالاتي:

أ. معيار قصد الإضرار:

يكمن قصد الإضرار في إيقاع الزوج للطلاق خلال الفترة التي يدرك فيها أنه هالك، فيفكر في

حرمان زوجته من الميراث لسوء نيته فيطلقها وفي هذا الأمر عدوان غير مقبول شرعاً وعرفاً، لأن ذلك

1- الأمر ذاته بالنسبة للزوجة إذا ما خالعت نفسها في مرض الموت أو إذا طالبت بذلك من الزوج، هنا هي أيضاً إذا كان قصدها منه حرمان الزوج من الميراث اعتبرت هي الأخرى فارة بطلاقها أو خلعه.

2- أحمد عادل علي العازمي، "الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية: دراسة فقهية مقارنة"، مجلة دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2018، مج45، ع4، ملحق4، ص.271.

يتنافى مع مقتضيات الشهامة والرجولة¹، لأن المفروض أن الزواج ميثاق غليظ تكتسيه المودة والرحمة فكيف للمودة والرحمة أن تنقلب إلى سوء نية تجعل الزوجة تُحرم من الميراث بتهرب من الزوج واستعماله للطلاق كوسيلة لذلك، في حين أن فترة مرض الموت من المفترض أن تكون الزوجة مساندة لزوجها في مرضه ومراحله الأخيرة من الحياة وتكون مؤنسته ومساعدته، فكيف للزوج أن يطلق زوجته فقط ليكون الهدف من ذلك حرمانها من حقها في تركته فهذا فيه قصد بالإضرار لأن سوء نيته ظاهر ظهوراً جلياً.

ب. معيار المصلحة غير المشروعة:

المصلحة التي يروجها الزوج من تطليقه لزوجته في فترة مرضه مرض الموت لا يتصور أن تكون مصلحة مشروعة بطلاقه منها، لأن الطلاق بطبيعته الحال سيترتب عليه حرمانها من حقها في الميراث، فالطلاق هنا كان الغرض منه هدم مصلحة في الأصل مشروعة وهذا التناقض يجعل من الزوج متعسفاً في ممارسة حقه في الطلاق².

ج. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوجة تكمن في تمكينها من حقها في الميراث لأن مصطلحتها في أصلها حق مشروع بموجب الشريعة الإسلامية والقانون، بينما تكمن مصلحة الزوج في تطليق زوجته تهرباً من تمكينها من هذا الحق، فإذا وازنا بين المصلحتين نجد أن مصلحة الزوجة شرعية من جهة أولى أن تُحقق مقارنة مع

1- سنوسي علي، المرجع السابق، ص. 277.

2- تواتي نورة، "تعسف الزوج في الطلاق وأثره في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج 07، ع 02، 2021، ص. 333.

المصلحة التي يريد الزوج تحقيقها لأنها غير مشروعة من جهة وفيها ضرر واضح وجلي اتجاه الزوجة، والأصل أن لا ضرر ولا ضرار¹.

د. معيار الضرر الفاحش:

رابطة الزوجية قوامها الأمانة والرحمة والسكينة يكون خلالها كل طرف سنداً للآخر فكيف لهذا السند أن تسوء نيته ويفكر في حرمان زوجته من حقها في الميراث خاصة إذا كان زواجهما قد مر عليه السنوات لتصبح الزوجة مطلقة بدون أي حق لها في تركه زوجها الذي هو في فراش الموت، فالزوج بتطبيقه لها هضم حقها المتعلق في تركته التي قد يساعدها في تأمين نفقتها أو إذا كانت التركة ذات قيمة معتبرة كان بإمكانها توفير مسكن لأبيها وإعالة نفسها خاصة إذا كانت بدون مأوى أو معيل بسبب الطلاق².

ثانياً: الطلاق بدون وجود مسوغ جدي

فك رابطة الزوجية بناء على إرادة الزوج حق مكفول له شرعاً وقانوناً على اعتبار أنه مالك للعصمة، غير أن هذه الرابطة في أصلها رابطة قوية عنت بها الشريعة الإسلامية قدر الإمكان، لذا جعلت الطلاق الحل الأخير حينما تنقطع سبل إصلاح العلاقة بين الزوجين، فلا يكون للزوجين الذهاب إلى فك هذه الرابطة إلا إذا وجد سبب جدي وقاطع لذلك فإذا لم تكن كذلك حاجة كان هذا الطلاق منافياً للشرع، ويعتبر الزوج متعسفاً في استعماله حقه في الطلاق وتطبيق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في هذه الحالة نجد:

1- عبير ربحي شاكراً القادومي، المرجع السابق، ص. 245.

2- تواتي نورة، المرجع السابق، ص. 334.

أ. معيار قصد الإضرار:

الطلاق وجد لسبب وحاجة فإذا انعدمت هذه الحاجة كان الطلاق مكروها كراهة وصلت لحد التحريم فالكثير من الفقهاء قالوا بحظره لا بإباحته إذا لم ترتكب الزوجة أمر يدفع الزوج إلى تطليقها، واعتبروا طلاقه منفيًا لمقصد الزواج، كما أن الزوج إذا طلق زوجته بدون سبب فإن ذلك يلحق أضرار نفسية ومادية، أو حتى إذا وجد سبب لكن ذلك سبب منافي لحل الطلاق كأن يطلقها لرفضها ارتكابه لمعصية أو رفضت قبول الانصياع لأوامره التي هي في مقصدها إضرارًا بها أو بالغير فإن طلاقه في هذه الحالة يعتبر مضرًا بها، واعتبر هو متعسفًا في ممارسة حقه في الطلاق¹.

ب. معيار المصلحة غير المشروعة:

يكون الطلاق السبيل الأمثل والحل الأخير الذي يلجأ إليه الأزواج في حال استحالة الحياة الزوجية لأي سبب من الأسباب، كالشقاق المستمر أو عدم القدرة على حل المشاكل الأسرية وغيرها، هنا الطلاق يكون لتحقيق مصلحة مشروعة فإذا لم يوجد على النقيض من ذلك أي سبب يدفع الزوج لهذا الحل فإن طلاقه لا يحقق أي مصلحة يمكن القول عنها مشروعة لأنه يريد هدم عائلة وفك رابطة الأصل فيها التأييد، لأن الشريعة الإسلامية اعتبرتها ميثاق غليظ واستصعبت حله، لذا لا يتصور وجود مصلحة مشروعة في الطلاق الذي لا يكون له أي سبب.

1- عمري رشيد، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، مج 19، ع 01، 2018، ص 245.

ج. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوجة غالبا لا تكمن في الطلاق إلا في الحالة التي تكون الزوجة متضررة من عشرتها مع زوجها ولا تريد الاستمرار بها، أما الزوج فقد يظن أنه بإيقاعه للطلاق سيحصل على مصلحة خاصة إذا كان يظن أن الأسباب التي أسس عليها طلاقه أسبابا قوية وأنه بطلاقه سيرتاح أو سيتزوج بأخرى أحسن من زوجته لكن حتى وإن كان ذلك صحيح فإن هذه المصلحة التي ستنتج إذا ما قارناها بالأضرار التي سيلحقها الطلاق سواء بالزوجة أو بالأولاد إن وجدوا ...، فأي مصلحة ترتجى من هدم البيوت والعلاقات !!

لذا وإعمالا للقاعدة التي تقضي بأن درء المفسد أولى من جلب المصالح فإن دفع الطلاق والتمسك بالعلاقة محاولة لإنجاحها قدر الإمكان أولى بكثير من فك رابطة الزوجية في سبيل تحقيق مصلحة ما¹.

د. معيار الضرر الفاحش:

الزوجة بطلاقها قد يلحقها ضرر فاحش جراء فك رابطة الزوجية خاصة إذا كانت العلاقة الزوجية قد مضت عليها سنوات وكانت الزوجة معتمدة عليه من حيث النفقة وتوفير حاجيات الحياة، فبطلاقها ستتضرر كثيرا في غياب من ينفق عليها لأن النفقة التي تكون على عاتق الزوج تتعلق بالمحزون، فإذا لم يكن هناك أطفال أو كان سنهم القانوني لا يسمح باستحقاق النفقة أو وجود

1- عمري رشيد، المرجع نفسه، ص. 246.

سبب من الأسباب التي تسقط عنهم النفقة¹، فإنها لن تحصل على نفقة ولا على بدل إيجار أو مسكن يأويها فيتضرر حالها المادي، فضلا عن الآلام النفسية التي تترتب عن الطلاق جراء الفراق². في بعض الأحيان قد لا يطل التعسف حق الطلاق في حد ذاته، إنما قد يتعداه ليطل تبعاته وآثاره، وقد لا يقع التعسف في ممارسة حق الطلاق بل يقع في تبعاته فقط، وذلك حسب كل قضية حال، وفي الفرع الموالي سنتطرق إلى الحالات أو الصور التي يمكن أن تعتبر كتبعات للطلاق ويتعسف في ممارستها.

الفرع الثالث:

التعسف في آثار الطلاق

فضلا عن إمكانية التعسف الزوج في ممارسته لحق الطلاق فإن التعسف يمكن أن يطل حتى آثار وتبعات الطلاق باختلاف شخص المتعسف سواء كان المطلق أو المطلقة، فإذا طبقنا معيار نظرية التعسف على تبعات الطلاق ستكون صورها كالاتي:

أولا: التعسف في المطالبة بحق التعويض عن الطلاق

المرأة التي طلقت طلاقا تعسفيا يكون لها الحق في التعويض الذي يتناسب مع الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج في ممارسة حقه في فك رابطة الزوجية، غير أنها مقيدة في استعمال هذا الحق

1- من المعلوم قانونا أن المحضون يستحق النفقة إلى بلوغه سن الرشد وتمتد الفترة بعدها إذا كان الولد أو البنت في حال الدراسة إلى غاية إتمامها.

2- جميل فخري محمد جاسم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر، الأردن، 2009، ص.198.

بعدم ممارسته بشكل مناقض من شأنه الإضرار بالغير، ويمكن أن نقول بوجود تعسف من طرف الزوجة متى قسنا معيار نظرية التعسف في استعمال الحق على ممارسة الزوجة لهذا الحق فتكون كالاتي:

أ. معيار قصد الإضرار:

تظهر نية الإضرار من المطلقة بالزوج المطلق متى طالبت بتعويض تكون قيمته لا تتناسب أبدا مع المستوى المادي للمطلق لكنها تعتمد ذلك كراهية منها له لتطليقها، كما قد لا يتناسب التعويض مع الضرر الذي لحقها لأن الضرر يؤخذ فيه بعين الاعتبار كل من سنوات العشرة الزوجية وكذا سن الزوجة وحالتها المادية وإذا ما كانت موظفة أو لديها دخل مادي أو لا ولم يمضي على زواجها مدة طويلة، فإذا كانت موظفة وصغيرة في السن لكنها طالبت بتعويض في حقيقة الأمر لا يتناسب مع حالتها، إنما يتناسب مع ظروف المطلقة العاطلة عن العمل وليس لها مدخول، كما أنها أمضت سنوات طوال في حياتها مع زوجها ففي هذا سوء نية وقصد واضح في الإضرار بالزوج.

ب. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

تكمن مصلحة الزوجة المطلقة في استحقاق تعويض مادي معتبر كمحاولة منها لتعويض كل السنوات التي ضاعت هباء منثورا، أو الإضرار بالزوج المطلق لأنه طلقها وكذا حصولها على مال منه، أما مصلحة الزوج فتكمن في دفع تعويض يتناسب مع دخله المادي ويكون بقيمة معقولة، فإعمالا بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" وبما أن القاضي هو من يملك سلطة تقدير التعويض فإنه ينظر في ملف القضية وإلى جميع الظروف الملابسة لها ليقدر قيمة التعويض، بحيث لا يكون هناك إضرارا بأي طرف.

ج. معيار المصلحة غير المشروعة:

الزوجة عند طلاقها إذا طلبت بتعويض ذو قيمة كبيرة مع علمها بحال زوجها المادي وإدراكها تمام الإدراك أنه غير قادر على دفعه فإنها تنوي تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهذا أمر غير جائز شرعا وقانونا لأنها تنوي الإضرار به لأنه قد يضطر إلى الاستدانة من أجل دفع التعويض الذي قد يكون مبالغاً فيه والذي لا يتناسب مع ظروفه المادية، وفي هذا إثقال لكاهله وزيادة في أعبائه المالية وهذا أمر غير مشروع.

د. معيار الضرر الفاحش:

التعويض إذا كان مبالغاً فيه قد يضطر الرجل إما إلى الاستدانة من أجل تسديده أو إلى بيع بعض ممتلكاته خاصة إذا كان وضعه المادي لا يسمح له بدفع التعويض على اعتباره ديناً مستحق الدفع وهذا من شأنه الإضرار به وإثقال ذمته المالية بديون أو إضعافها من خلال بيع الممتلكات، وهذا قد يلحق به ضرراً فاحشاً.

ثانياً: التعسف في حق الرجعة

حق الرجعة هو حق ثابت للرجل دون المرأة يقصد به رد المرأة في النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص¹، كما يقصد بها إعادة المطلقة غير البائن إلى عصمة زوجها بلا تجديد للعقد².

¹ - سعادي لعلی، المرجع السابق، ص. 355.

² - عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 323.

وتتم الرجعة إما عن طريق اللفظ الذي يفيد ذلك ويستوي في ذلك أن يكون اللفظ صريحا أو كنائيا مع اشتراط النية في الكنائي، كما تصح مع الكتابة أو الإشارة، كما تتم عن طريق الفعل مع وجود النية لذلك، كأن يطأها بنية الرجعة لاعتبار الوطء فعل يوجب حرمة المصاهرة¹.

ولقد تطرق المشرع لمسألة الطلاق الرجعي أو الرجعة بشكل ضمني في نص المادة 50 من قانون الأسرة بقوله: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدر الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فالطلاق حسب نص المادة هذه الرجعي يكون قبل النطق بالحكم القضائي بالطلاق فبعد صدوره يصح الطلاق بائنا، فالمشرع أخذ بالمراجعة قبل صدور الحكم وليس بالعدة وانقضائها من الناحية الشرعية².

أما الشروط الواجب توافرها لصحة الرجعة نجد:

- أ. أن يكون الطلاق رجعيا وليس بائنا.
- ب. أن تكون الرجعة قبل انقضاء العدة .
- ج. أن يكون المرتجع أهلا لذلك بالغا عاقلا مختارا.
- د. أن تكون الزوجة مدخول بها ومطلقة من نكاح صحيح.
- هـ. أن تكون رجعة منجزة وليست معلقة.

الرجعة حق مخول بيد الزوج، حتى يستأنف الزوجين حياتهم الزوجية والتراجع عن قرار الطلاق وحفاظا على استقرار العلاقات الزوجية والأسرية، لكن هذا الحق ليس مطلقا في ممارسته، فالزوج ليس

¹ - سعادى لعللى، المرجع السابق، ص.357.

² - هنان مليكة، بواب بن عامر، "النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، 2017. مج10، ع19، ص.742.

له أن يمارسه على الوجه غير المشروع وأن يضرر بالزوجة، ويمكن القول أن الزوج متعسف في استعمال حقه في الرجعة إذا قسنا معايير نظرية التعسف على ممارسة هذا الحق وستكون كالآتي:

أ. معيار قصد الإضرار:

قد لا تتجه نية الزوج من مراجعة زوجته إلى استئناف الحياة الزوجية ولم الشمل إنما تكون نيته من إمساكها إضراراً وتعسفاً لإذلالها وإهانتها، أو تهرباً من إعطائها حقوقها في حال تم الطلاق نهائياً، فيراجعها حتى يحرمها من ذلك ويدفعها هي إلى استعمال حقها في الخلع أو التطليق ليفتدي منه، أو قد يراجعها حين اقتراب نهاية عدتها ثم يطلقها لإطالة عدتها، فهذه الصور كلها فيها إضرار بالزوجة وتبين سوء نية الزوج¹.

ب. معيار المصلحة غير المشروعة:

إذا ما كانت نية الزوج تكمن في إرجاع زوجته إلى عصمته من أجل دفعها هي إلى مخالعة وذلك من خلال إذلالها والإساءة إليها أو هجرها أو تعنيفها بعد استئناف الحياة الزوجية فإن المصلحة المرجوة من ذلك تعد غير مشروعة، لأن النية كانت سيئة والمصلحة التي يريد تحقيقها فيها إضرار بالغير، أو إذا كانت نيته مراجعتها ليزورها كالمعلقة فيما بعد فهذا أيضاً يعد تحقيقاً لمصلحة غير مشروعة.

ج. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوجة قد تكمن في مراجعتها خاصة إذا كان لها أبناء فهي تريد استئناف حياتها مع زوجها، كما أن المرأة في طبعها كأنتى قد تحاول تفادي الطلاق، فتكون الرجعة أحسن بكثير من

1- حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 241.

الطلاق وخاصة لما للطلاق من آثار عليها وعلى أولادها، إلا أن المراجعة التي تكون من صالح الزوجة هي المراجعة التي تكون بنية صادقة في استئناف الحياة الزوجية وليس التي تكون بقصد الإضرار والتي تحمل في طياتها خبثاً من الزوج، لأن المصالح هنا ستتغير فمصلحة الزوجة ستكون في الطلاق وليس في رجعة يكون مصيرها فيها الإذلال والإهانة والإساءة والتي قد تدفعها إلى مُحالعة نفسها لتفتك من ذلك، فإذا قارنا مصلحة الزوجة بمصلحة الزوج فإنّ مصلحة المفارقة تكون أحسن للزوجة¹.

د. معيار الضرر الفاحش:

يلحق الزوجة التي راجعها زوجها رجعة بنية الإضرار بها، ضرراً فاحشاً فهي قد تكون بين مطرقة مواصلة الحياة كالمعلقة أو كالمهانة إذا قام بذلك، وبين سندانة أخذ خطوة الخلع والتي قد لا تكون قادرة على أخذها إما لظروفها المادية أو النفسية أو العائلية، فتتحمل حياة هي لا تريدها وعلاقة مضرة بها مخافة مفارقة زوجها لأي سبب من الأسباب فيستغل ذلك ضدها لإلحاق الضرر بها لكن في ذلك آثار نفسية وخيمة عليها.

ثالثاً: التعسف في استعمال حق الحضانة

تعد الحضانة ثالث حق شخصي يترتب للمطلقة بموجب الطلاق، وهذا الحق مزدوج فلا يكون للمرأة المطلقة فقط، وإنما هو حق الأطفال أيضاً فالمحضون تكمن مصلحته في غالب الأحيان إلى أن تؤول حضانتهم إلى أمه كونها الشخص الأكثر حناناً عليه، وهي فقط من يمكن لها معرفة ما يحتاجه ابنها، وفيما يلي سنفصل في مقتضياتها، وإلى مظاهر التعسف التي تطالها.

1- علي عبد الله العون، "التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه، مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، مج 43، ع 02، 2016، ص. 653.

أ. خاصية الحق في الحضانة:

الملاحظ والمستشف من التعريفات أن الحق في الحضانة لا يتعلق بالمرأة المطلقة فقط كأثر من آثار الطلاق، خاصة إذا لم تتقرر الحضانة في حقها إما لسبب من الأسباب كتنازله عنها أو عدم توافر الشروط المطلوبة لتقررها لمصلحتها فتؤول الحضانة لشخص آخر، وذلك حسب الترتيب الذي أقره القانون بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة، إنما تتعلق بالطفل المحضون أيضا كونها تتعلق برعايته والوقوف على شؤونه، هذه الازدواجية تدفعنا إلى التساؤل عن خاصية الحضانة هل هي حق للحاضن؟ أم هي حق للمحضون؟ انقسمت الآراء في تقدير ذلك إلى خمسة أقوال:

– **الأول:** حسب القائلين بهذا الرأي¹ فإن الحضانة حق لله تعالى كونها شرعت حفظاً للنفس التي هي في أصلها حد من حدود الله وضرورة من ضروريات الخمسة التي بينها الشريعة الإسلامية في مقاصدها².

– **الثاني:** القائلون بهذا الرأي³ يرون أن الحضانة حق للحاضنة إن كانت الأم أو الحاضنة بصفة عامة، إذا لم تتقرر الحضانة للأم أو تنازلت عنها برضاها أو غيرها من الأسباب التي تؤول الحضانة لأي حاضن آخر كل حسب أحقيته في ذلك، هذا الحق يخول لصاحبه امتيازات أخرى كالوصاية القانونية ومنع حق الأب إذا كانت الأم هي الحاضنة من أخذ الطفل

¹ قال بهذا الرأي كل من المالكية والإباضية.

² -يويي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018/2019، ص.18.

³ -قال بهذا الرأي ك من الشافعية والحنفية والحنابلة وبعض من المالكية.

المحزون دون رضاها أو السفر به دون ترخيص منها، والعكس صحيح أيضا إذا كان الأب هو الحاضن¹.

كما أن أصحاب هذا الرأي رجحوا أن تكون الحضانة مقررة للأم فهو حق خالص لها إعمالا بالقاعدة الشرعية القائلة " ألا تضر والدة بولدها" كونه جزء منها حملته وهن على وهن، شاركها جسمها وغذائها فهي الأحن عليه من غيرها².

— **الثالث:** رواد هذا الاتجاه³ يرون أن الحضانة حق المحزون وهذا الحق يفرض على الحاضن واجب رعاية المحزون والسهر على رعايته، فإذا ثبت تقاعس الحاضر عن ذلك أو ثبت إهماله له سقطت عنه الحضانة، وبما أن الحضانة حق للمحزون فإنه لا يجوز أن يتم الاتفاق بين الأبوين على إسقاط تبعات الحضانة من النفقة والمسكن أو بدل الإيجار، لأنها حق مخول للمحزون وفقط، أو أن يتم الاتفاق على أن تكون تبعات الحضانة بدلا للطلاق أو الخلع لأن ذلك غير جائز لا شرعا ولا قانونا⁴.

— **الرابع:** ذهب القائلين بهذا الرأي إلى القول أن الحضانة حق مشترك بين الحاضر والمحزون مع ترجيح أن يكون الحاضن هو الأم، لأن مصلحة المحزون تكمن في أن يكون تحت رعاية أمه

¹ -يوي سعاد، المرجع السابق، ص.21.

² -أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.13.

³ -قول جزء من الحنفية والمالكية والإباضية.

⁴ -يوي سعاد، المرجع السابق، ص.21.

لأنها الأمن عليه من الكل، كما أنها الأدري بطريقة الرعاية به من غيرها¹، هذا الرأي يرجح مصلحة المحضون لأن مصلحته تكون في أن تكون حضانته مقررة لأمه².

— الخامس: الحضانة حق ثلاثي الأطراف حق للمحضون والأم وللأب مع تقديم مصلحة المحضون ووضعها في الرتبة الأولى، ومحاولة التوفيق بين مصلحة الأم والأب، فإذا استقرت الحضانة لأي منهما وجب حماية الطرف الآخر وعدم الإضرار به.

أما رأي المشرع فيستشف من خلال نص المادة 66 من قانون الأسرة، التي تقضي أن الحضانة تسقط عن الحاضنة متى تزوجت بغير قريب محرماً وبتنازل منها، فهذا إن دل فإنه يدل على أن الحضانة حق للمحضون طبقاً للفقرة الأولى كونها غلبت مصلحته في حال زواج حاضنته بغير قريب المحرم، مما يؤدي إلى حرمانها من الحضانة، كما أن المشرع أكد على مراعاته لمصلحة المحضون وتغليبه لها في جميع المسائل وذلك بذكره في كل من المواد 64-65-66-67-69 من ذات القانون عبارة "مصلحة المحضون"، فما يمكن استنتاجه من هذه العبارة أن موقف المشرع يتمثل في إقراره أن الحضانة حق للمحضون ومصلحته هي الأولى.

ب. عناصر الحضانة وآثارها:

تستند الحضانة بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة المعدلة³ التي غير المشرع بموجبها مراتب أصحاب الحق في الحضانة، ما عدا الأم التي تظل هي الأولى بحضانة ابنها ما لم تتنازل عنها

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص. 13.

² - إقرار الحضانة للأم كونها الأحق بذلك وكون ذلك يرجع لمصلحة المحضون، رأي سار عليه القضاء في قرار م.ع.غ.أ.ش، 2002/02/13، ملف رقم 265727، م.ق، 2002، ع2، ص. 433-434.

³ - تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، السالف الذكر.

برضاها أو وُجد سبب يمنعها من ذلك¹، وعليه إذا تم إسناد الحضانة للأم أو لأي أحد آخر ما عدا الأب فإن هذا الأخير تكون عليه التزامات اتجاه الطفل المحضون، يكون عليه إيفاءها للحاضن، وتتمثل هذه الالتزامات التي تعتبر في ذات الوقت حقوقا للطفل المحضون فيما يلي:

1. نفقة المحضون:

النفقة كما سبق وأن أوضحنا انه يقصد بها توفير كل ما يحتاج إليه الإنسان لإقامة حياته من طعام وكسوة وسكن وخدمة، وكل ما يلزم للشخص بحسب ما جرى عليه العرف²، هذا ما أكدته المادة 70 من قانون الأسرة بنصها: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، فالمستنتج من نص المادة أن المشرع عندما نص على مشتملات النفقة لم يحصرها في مشتملات التي نصها في بداية الفقرة "الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته" بل ترك الباب مفتوحا لتشمل النفقة كل ما يعتبر من الضروريات حسب كل شخص وكل حالة. وهذا ما أكدته بموجب عبارة "وما يعتبر من الضروريات" هذه الضروريات يراد منها تحقيق مصلحة الطفل المحضون التي سبق وقلنا أن المشرع جعل منها أولوية في جميع المسائل، وذلك راجع لأن نفقة الطفل تعد التزاما في ذمة الأب³، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من ذات القانون بقولها: "تجب نفقة الولد على الأب"، وتحال كالتزام في ذمة الأم إذا ثبت إعسار الأب

¹ - من الأسباب التي يمكن أن تسقط الحضانة عن الأم اتهام الأم الحاضنة بحكم قضائي نهائي في قضايا تمس الشرف، إذا كانت الأم خلال فترة قيام الزوجية مهملة لأولادها وأثر ذلك عليهم سلبا مع قدرة الأب على إثبات ذلك، أن تكون حاضنة مصابة بمرض عضوي أو نفسي يمنعها من تربية أطفالها (عبء الإثبات يكون على الأب)

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 169.

³ - هذا ما ذهب إليه الشريعة الإسلامية، وأقوال جمهور الفقهاء وسار عليه المشرع.

بموجب نص المادة 76 من ذات القانون بقولها: " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

كما أن المشرع أسند مهمة تقدير النفقة التي يحتاجها المحضون إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي يكون له في تقديرها مراعاة حالة الطرفين وظروف المعاش هذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري¹.

2. سكن المحضون:

بالرجوع إلى مشتملات النفقة التي نص عليها القانون في نص المادة 78 من قانون الأسرة نجد أن السكن أو بدل الإيجار يُعد من مشتملات النفقة الواجبة على ذمة الأب، كما أن نص المادة 72 من نفس القانون تنص صراحة على أن: " في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار"

من الأسباب التي دفعت المشرع لاعتبار السكن من مشتملات النفقة والتزاما في ذمة الأب في حالة الطلاق هو حماية الطفل من التشرد والبقاء دون مأوى، وهذا يتنافى تماما مع ما يتماشى مع مقتضيات مصلحة المحضون، كما أن إسكانه يعد مظهرا من مظاهر رعايته ووسيلة لحفظ كرامته ومصدرا أساسيا لحفظ سلامته وأمنه².

¹- بلحاج العربي، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص. 387.

²- شامي أحمد، "نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 02-05 والقانون 01-15"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع18، 2017، ص. 62.

كما أن المشرع وضع استثناء في حالة لم يتمكن الأب من توفير مسكن لممارسة الحضانة بأن يدفع بدل الإيجار للحاضنة، هذا ما أكدته نص المادة 72 من قانون الأسرة في قولها: "وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار" كما نجد العديد من الأحكام القضائية التي سارت على نفس السياق¹. كما أن الاجتهادات القضائية صدت الباب أمام تملص الأب من توفير مسكن أو دفع بدل الإيجار إذا ما كانت الأم تملك مسكنا خاصا بها حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 31 جويلية 2002 بإلزامه بدفع بدل الإيجار أو توفير مسكن لممارسة الحضانة حيث جاء نص قرارها: "لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدلا للإيجار باعتبارهما من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن"²

ولقد أحسن القضاة صنعا في قرارهم، فذلك هو المفترض لحماية حق الطفل المحضون. وكون بدل الإيجار والذي يدفع أو المسكن الذي يوفر هو حق المتعلق بالطفل المحضون وليس له علاقة بالحاضنة وعبء الإنفاق هو في الأصل واجب على عاتق الأب، لذا لا يمكنه التهرب من أداء التزاماته اتجاه ابنه أو أبنائه إن تعددوا.

3. الحق في زيارة المحضون ورؤيته:

بعد الطلاق يتم إسناد حضانة الولد أو الأولاد إلى أحد الوالدين، وغالبا ما تسند للأم لاعتبارات تخص المحضون، فيكون تبعا لذلك للأب حق زيارة الأبناء، ويقصد بزيارة المحضون: رؤيته

¹- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 14 جانفي 2009، ملف رقم 481857، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2009، ص.234.

— م.ع.غ.أ.ش، 15/09/2011، ملف رقم 636432، م.م.ع، ع02، 2012، ص.231.

— م.ع.غ.أ.ش، 23/01/2001، ملف رقم 256857، م.ق، ع2، ص.294.

²- المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 31/07/2002، ملف رقم 288072، م.ق.، ع01، 2004، ص.285.

والاطلاع على أحواله المعيشية والتربوية والتعليمية والصحية والخلقية في نفس المكان الذي يوجد به¹، أي يمكن اعتباره حقاً وأداة رقابة في ذات الوقت.

وبفضل حق الزيارة الذي يكفله كل من القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي يقف الأب على كل ما يخص محضونه ويتأكد من رعايته الصحيحة، سواء من ناحية الأخلاق والتربية أو من ناحية الرعاية الصحية.

كما أن العلاقة التي تربط الأبناء بأبيهم تظل قائمة بفضل زيارته لهم، فلا تنقطع صلة الرحم بينهم، لذا يمكننا القول أن حق الزيارة حق مزدوج يكون لكل من المحضون والطرف غير الحاضن الاستفادة منه.

كما أن حق الزيارة ورؤية المحضون لا يقتصر على الطرف غير الحاضن فقط إذا كان الأب، بل حتى عائلته من أجداد وأعمام وأخوال وذلك لتقوية الروابط الأسرية للمحضون مع عائلته وتعزيزها فقد أتى قرار المحكمة العليا بنفس السياق، حيث كان نص القرار: "... بل أن مصلحة المحضون تقتضي رؤية الأجداد والأعمام والأخوال وغيرهم للمحضون لما في ذلك من صلة رحم وخلق وسط أسري يعوض الفراق بين الوالدين..."²

ولقد تطرق المشرع إلى مسألة زيارة المحضون بناء على نص المادة 64 من قانون الأسرة بقوله: "على القاضي عند الحكم بإنشاء الحضانة أن يحكم بحق الزيارة دون أن يبين أي مسائل أخرى فما يلاحظ من هذه الفقرة أن المشرع أوكل مهمة التفصيل في مسألة الحضانة ومقتضاها لقاضي

¹- زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في قوانين الأحوال الشخصية المغربية، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2021/2020، ص.347.

²- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 189181، الصادر بتاريخ 1998/04/21، م.ق، ع خاص، 2001، ص.192.

الموضوع فيكون له السلطة في تقرير موعد الزيارة إذا لم يتفق الطرفين على ذلك مراعيًا في ذلك مصلحة المحضون وظروفه¹.

ج. مظاهر التعسف في ممارسة الحق في الحضانة:

الحق في الحضانة هو الآخر قد تطاله فكرة التعسف على اعتباره أثرا من آثار الطلاق، وقد يكون ذلك وفق صور مختلفة تكون كالاتي:

أ. التعسف في حقوق المحضون المالية:

المحضون له حقوق مالية تتمثل في النفقة والمسكن المخصص لممارسة الحضانة أو بدل الإيجار في حال تعذر توفيره، فيمكن للحاضن أن يتعسف في ممارسة هذين الحقين على اعتباره الوصي على الطفل المحضون، فتكون صور التعسف في ممارسة حقوق المحضون على الوجه الآتي:

1. التعسف في المطالبة بالنفقات المحضون:

سبق لنا الخوض في مسألة نفقة المحضون وقلنا أنها وفقا لمقتضيات الشرع والقانون تكون على عاتق الأب بالدرجة الأولى، على اعتباره القوام على أولاده، إلا أن مسؤولية الإنفاق تنتقل إلى ذمة الأم في حالة إعسار الأب أو غيابه إذا كانت قادرة على ذلك، إلا أن الأم يمكن لها أن تتعسف في المطالبة بالنفقة التي تكون للمحضون في ذمة الأب إذا كانت هي الحاضنة، وذلك كله إضرارا بالأب، ويظهر ذلك إذا ما طبقنا معيار نظرية التعسف على هذه الصورة.

¹ - بن عامر يزيد، "زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله تيبازة، مج3، ع06، 2019، ص.162.

I. معيار قصد الإضرار:

يظهر قصد الإضرار متى طالبت الأم بنفقة بقيمة مبالغ فيها مقارنة مع الوضع المادي للأب، كما أن النفقة التي يحتاجها المحضون في الواقع الأمر قد تكون بقيمة أقل مما تطالب به الأم، لكن الأم تريد من مطلبها الإضرار بالأب والزيادة في أعبائه المادية كونها عالمة بحاله وبظروفه وأن المبلغ الذي تطالب به من شأنه إفقاره ذمته، وفي هذا إضراراً واضح.

II. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الأب على اعتباره المنفق على أولاده تكمن في دفع نفقات تتناسب مع ظروفه المالية والتي إذا دفعها ليس من شأنها إفقاره ذمته أو إثقالها، لكن مصلحة الأم تكمن في استحقاق نفقة معتبرة خاصة بالمحضون والذي يحقق لها مصلحة في الإضرار بالأب، كأنه نوع من الانتقام منه على طلاقه منها¹.

المصلحتين متعارضتين لكن بالرجوع إلى صاحب الحق نجد أن مصلحة المحضون هي الأسمى وهي التي تأخذ بعين الاعتبار بالدرجة الأولى مع المالبسات المصاحبة في تقدير النفقة².

III. معيار المصلحة غير المشروعة:

المبتغى الذي تنوي الأم تحقيقه من مطالبتها بنفقة مبالغ فيها هو الإضرار بالأب جراء طلاقها منه مستغلة نفقة المحضون لذلك خاصة إذا كانت متطلبات الطفل أو الأطفال المحضونين أقل مما تطالب به، أو إذا كانت هي أيضاً عاملة يمكنها الإنفاق على أولادها لكنها تريد إثقال كاهل الأب

1-غازي مرجبا، "التعسف في استعمال حق الحضانة: حقيقته-صوره-علاجه في الفقه الإسلامي المقارن"، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، الرياض، ع09، 2015، ص. 445.

2-لكن مما لا يمكن أن القانون والقضاء حاول دائما تغليب مصلحة المحضون على اعتبارها المصلحة الأسمى وفوق كل اعتبار.

بمصاريف هو غير قادر على توفيرها، وتكون هي عالمة بذلك فتستغل ذلك، فيعتبر ذلك تحقيقاً لمصلحة غير مشروعة حتى وإن كانت النفقة ستؤول إلى المحضون وستصرف عليه غير أن في ذلك إضراراً بالغير.

IV. معيار الضرر الفاحش:

يكمن ضرر الفاحش حال المطالبة بنفقة مبالغ فيها متى كان الأب غير قادر على دفعها نظراً لظروفه المادية خاصة إذا كانت قيمة النفقة لعدة أطفال وكان مدخوله الشهري لا يغطي هذه النفقات، فضلاً عن التزاماته الشخصية الأخرى.

2. التعسف في المطالبة بالسكن المخصص للحضانة:

الأب فضلاً عن النفقة مُطالب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة، وفي حالة تعذر عليه ذلك يكون عليه توفير بدل الإيجار حماية للطفل المحضون ومصلحته خوفاً عليه من التشرّد، والأم إذا كانت هي الحاضنة ليس لها التعسف في استعمال هذا الحق إضراراً بالأب، كأن تطالب بتوفير مسكن بمعايير خاصة أو أن تطالب بأن يكون مسكن الزوجية هو ذاته مسكن ممارسة الحضانة أو في حال كان بدل الإيجار هو الحل في حال لم يتمكن الأب من توفير مسكن أن تطالب ببديل إيجار بقيمة مبالغ فيها أو كانت قيمة البدل أعلى بكثير مما هو مطلوب لكراء منزل لأن في ذلك محاولة صريحة منها للإضرار به، ويظهر ذلك إذا ما أسقطنا معايير التعسف على هذه الصورة فتكون كالتالي:

I. معيار قصد الإضرار:

إذا كان عدد الأطفال المحضونين طفلاً واحداً أو اثنين والأم الحاضنة طالبت بتوفير مسكن متعدد الغرف وهي في الأصل غير محتاجة لهذا السكن لأنه يفوق احتياجاتها، فإنها بهذه المطالبة

تحاول الإضرار بالزوج المطلق من الناحية المادية لأن توفير مسكن بهذه المواصفات سيكون باهض الثمن خاصة إذا كان السكن غير مملوك للأب وسيحاول تأجيره فقط من أجل المحضونين، كما يظهر معيار الإضرار جليا إذا كانت الأم مالكة لمنزل في الأصل أو متوفر لديها مسكن لممارسة الحضانة كالمنزل العائلي لكنها تتعنت وتطالب بتوفير مسكن من طرف الأب وهنا القصد في ذلك إضرارا الأب ماديا وزيادة الأعباء على كاهله كونه المسؤول عن إعالة أولاده بالدرجة الأولى¹.

أيضا إذا تعذر على الأب توفير مسكن فتقرر دفع بدل الإيجار عن ذلك فتحاول الأم المطالبة بقيمة بدل الإيجار عالية جدا لا تتناسب أبدا مع ما يمكن للأب دفعه نظرا لمدخوله ففي هذه المطالبة المتعسفة إضرارا به وهذا أمر غير جائز.

II. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الأب ستكون بطبيعة الحال في دفع بدل الإيجار أو توفير مسكن يتوافق مع متطلبات المحضون من جهة وألا يضر ذلك به من الناحية المادية من جهة أخرى، أما مصلحة الأم فتكمن في توفير مسكن يكون حسب ما تريده وتطلبه أو في دفع بدل إيجار ذو قيمة معتبرة يؤمن لها مسكن كما تريد أو يساعدها في المصاريف إذا كان لها مسكن يأويها ويمكنها من ممارسة الحضانة. المصلحتين متعارضتين لكن المصلحة الأسمى والتي تؤخذ بعين الاعتبار هي مصلحة المحضون مع الأخذ بعين الاعتبار أيضا ظروف الأب المادية.

1- محمد علي سعود الهدية، "تعسف الولي مع الحاضن: دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الكويتي"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، 2021، مج 17، ع 2، ص 112.

III. معيار المصلحة الغير مشروعة:

الحاضنة إذا ما طلبت توفير مسكن بامتيازات تفوق احتياجات المحضون أو ببدل إيجار يفوق في قيمته ما يوفر، لها مسكن يتناسب مع ما تحتاجه لممارسة الحضانة فإنها تحاول الإضرار بالأب فقط، بما أنها كانت زوجته وعالمة بحاله، وفي هذا تحقيق لمصلحة غير مشروعة والقانون أو الشرع لا يسمحان بتحقيق أي مصلحة غير مشروعة من شأنها إلحاق الضرر بالغير.

IV. معيار الضرر الفاحش:

المطالبة المبالغ فيها في توفير مسكن أو بدل إيجار من شأنه أن يضر بالزوج خاصة إذا ما كان هذا الأخير ذو دخل محدود لا يغطي هذه الالتزامات المادية المبالغ فيها والتي من شأنها أن تدفعه في الدخول في دوامة الديون هو في غنى عنها، أو حتى إذا كان مدخوله يتناسب مع هذه الأعباء إلا أنها لن تترك له إذا ما دفعها ما يكفيه لمتطلباته الشخصية.

ب. التعسف في الحقوق المعنوية للمحضون :

فضلا عن الحقوق المادية التي يكون للطفل المحضون التمتع بها فإن له حقوق أخرى معنوية يتعلق جزء فيها به وجزء إما بالحاضن أو بالطرف الآخر من الأبوين، فلا يكون ل كليهما التعسف في ممارسة هذه الحقوق حفاظا على مصلحة المحضون وحماية ل كليهما من الضرر، ومن بين الحقوق التي يمكن أن تطالها فكرة التعسف نجد ما يلي:

1. التعسف في الانتقال بالمحضون إلى موطن آخر:

قد تضطر الحاضنة إلى الانتقال بالمحضون إلى منطقته أخرى وذلك راجع إما لكونها بالأصل من منطقة أخرى غير موطن الزوجية، أو لسبب آخر كظروف عملها أو لأي سبب كان، لكن هذا

الانتقال يكون في ذات البلد الذي يقطنه الأب وليس خارج البلاد لأن هذا الأخير يخضع لأحكام خاصة، كما أن هذا الانتقال فيه مصلحة لها ولمحضونها¹، إلا أن الأب بصفته الولي يحاول منعها من ذلك إضراراً بها متذرعاً في ذلك بحق زيارة المحضون، ويظهر التعسف في هذه الصورة إذا ما قسنا معايير التعسف على هذه الحالة ستكون النتيجة كالاتي:

I. معيار قصد الإضرار:

تظهر نية الإضرار متى منع الأب الأم الحاضنة من الانتقال بالمحضون إلى موطن غير الذي يسكنه الأب بحجة زيارته لابنه أو لأولاده إن تعددوا، وإن انتقلهم سيحرمه من هذا الحق إلا أن انتقال الأم بذات البلد وليس بالمسافة البعيدة التي ستحول دون تمكين الأب من ممارسة حقه كما إذا كان انتقالها فيه مصلحة لها وللمحضون، والأب يريد الوقوف بينها وبين تحقيقها لهذه المصلحة، ومثال ذلك إذا كان هذا الانتقال من أجل الوظيفة.

فيتحجج الأب بحقه في الزيارة لمنعها من تحصيل منصب العمل اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق، كما أن الأب قد يطالب بإسقاط الحضانة عن الأم وإسنادها إليه كونها تريد السفر بالمحضون، وفي هذا حرمان لها من حقها في الحضانة لسبب ليس بالدافع إلى ذلك وفي هذا ضرر واضح بالأم الحاضنة.

II. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

قد تكمن مصلحة كل من الأم الحاضنة والطفل المحضون في الانتقال من الموطن، غير أن الأب يريد منع الأم من تحقيق ذلك بحجة الزيارة والوقوف على شؤون المحضون، فبمنعه لها أو مطالبتها

1- غازي إسماعيل مرجبا، المرجع السابق، ص. 326.

بإسقاط الحضانة عنها قد يدفعها ذلك إلى الإحجام عن فكرة الانتقال خوفا من حرمانها من ابنها وسقوط الحضانة عنها، فمصلحة كلا الطرفين متعارضة أم تريد الاحتفاظ بالحضانة والانتقال بالمحزون من موطن لآخر ما دامت مصلحتها في هذا الانتقال، بينما تكون مصلحة الأب في زيارته لمحزونه والوقوف على رعايته ومسائله والتي يمكن تحقيقها حتى في انتقال الحاضنة بالحاضن لأن هذا الانتقال داخل البلد الواحد يمكن تحقيق ذلك رغم بعد المسافة¹.

III. معيار المصلحة غير المشروعة:

الأم بانتقالها إلى موطن آخر تكمن مصلحتها فيه كالعامل أو السكن بالمنزل العائلي أو لأي سبب آخر فإنها تحاول توفير بيئة ملائمة للحضانة، والأم أدري بما يناسب طفلها وما يحتاجه وهذا الانتقال فيه مصلحة للمحزون، فالمصلحة المرجوة هنا مصلحة مشروعة، غير أن مصلحة الأب التي من أجلها منع الحاضنة من السفر والانتقال للسكن يمكن اعتبارها مقارنة مع مصلحة الأم مصلحة غير مشروعة لأنه يتعنت ويحاول إجبار الأم على البقاء في ذات الموطن الذي يسكنه إرضاء له ولمصلحته تحججا بممارسته لحقه، وذلك من خلال الضغط عليها ومنعها أو محاوله إسقاط الحضانة عنها.

IV. معيار ضرر الفاحش:

الأب له بطبيعة الحال الحق في زيارة طفله أو أطفاله إذا كانوا في حضانة والدتهم وحق الوقوف على شؤونهم وتأكد من رعايتهم وتربيتهم، وحقه هذا يمكن له ممارسته في أي مكان حتى وإن انتقلت الأم إلى مدينة أخرى ما دام الانتقال في ذلك في ذات البلد فيعد تعنته ومنعه للأم من

1- علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص. 658.

الانتقال أو مطالبته بإسقاط الحضانة لدفعهم عن الإحجام عن قرارها وحرمانها من المصلحة التي قد تنالها بانتقالها لتلك المدينة خاصة إذا كان مثلاً منزلها العائلي في تلك المدينة أو وظيفة تساعد على الإنفاق على نفسها وتوفير حاجيتها وحاجيات محضونها، خاصة إذا ما قارنا ما يتقرر لها من مقدار النفقة وبديل الإيجار وبين متطلبات الحياة التي أصبحت تتعقد ومصاريف الحياة تزداد غلاءً، فالضرر في هذه الحالة الجسيم على الأم وعلى المحضون في حد ذاته¹.

2. التعسف في منع غير الحاضن من ممارسة حق زيارة المحضون:

زيارة المحضون حق وواجب في ذات الوقت، فالوالد إذا كان هو الطرف الغير الحاضن يكون له الحق في زيارة محضونه كما يكون عليه فعل ذلك حفاظاً على علاقته معه ووجوب الوقوف على أموره والتأكد من رعايته وتنشئته على الشكل السليم، فيكون للحاضن بناءً على الحكم القضائي أن ينفذ ما اتفق عليه ولا يكون له أن يتعسف في استعمال حقه في الحضانة ويحرم الغير من ممارسة حقه، ويعتبر الحاضن متعسفاً متى قام ببعض التصرفات التي من شأنها حرمان الطرف الغير الحاضن من ممارسة حقه، وفيما يلي محاولة لتبيان متى يكون الحاضن متعسفاً بقياس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على حق رؤية المحضون².

I. معيار قصد الإضرار:

الأم غالباً ما تكون هي الحاضنة فيظهر قصد الإضرار بالأب ما دام هو طرف غير حاضن متى تماطلت عن تنفيذ الحكم القضائي في شقه المتعلق بتمكين الأب من رؤية محضونه وذلك للانتقام

1- أشرف محمود بن كنانة، "التعسف في استعمال حق الحضانة"، مجلة دراسات الشريعة الإسلامية والعلوم القانونية، الجامعة الأردنية، مج02، ع43، 2016، ص.835.

2- أشرف محمود بن كنانة، المرجع نفسه، ص.835.

منه عن طلاقه لها، فتتخذ أي ذريعة لعدم إحضار المحضون للحاضن كالتحجج بمرضه أو بأنه في أوقات الدراسة وأنها تريد مصلحة الطفل وأن مصلحته ألا يزور أباه، وهذه الحجج يمكن اعتبارها واهية فهي تريد منها فقط حرمان الولي من ممارسة حقه، وهذا فيه إضرار لكل من الولي والمحضون في ذات الوقت¹.

II. معيار المصلحة غير المشروعة:

حق الزيارة حق مشروع يحقق مصلحة مشروعة تتمثل في تعزيز أواصر العلاقة بين المحضون ووليّه بعد فراقه مع حاضنته، والذي من شأنه التأثير عليه من الناحية النفسية، كما أن حق الرؤية والزيارة يعد أداة مراقبة للوقوف على أمور المحضون وشؤونهم، لكن المصلحة التي ترجو الأم تحقيقها من خلال حرمان الأب من ممارسته حقه يعد مصلحة غير مشروعة، والمتمثلة في الانتقام منه ودفعه إلى قطع علاقته بمحضونه من خلال كثرة المماطلة والامتناع عن تسليمه له فالتشفي والانتقام يعدان أمراً غير جائز سواء شرعاً أو قانوناً، ولا يمكن أن يحقق مصلحة.

III. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

المصالح التي يمكن التحدث عنها في ممارسة حق الزيارة والرؤية هي ثلاثة مصالح، مصليحتين متطابقتين الأولى مصلحة المحضون والمتمثلة في رؤية أبيه وعائلته من أجداد... الخ وتمضية الوقت معهم وحفظ علاقته بهم ووصل الرحم الذي هو منشود من الناحية الإنسانية والشرعية، كما أن الطفل مثلما يحتاج أمه فإنه أيضاً يحتاج أباه خاصة كونه كان متأقلماً على ظروف حياة كان الأب متواجداً

1- مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2014/2015، ص.38.

دائماً فيها أثناء قيام العلاقة الزوجية، لكن بالطلاق افترق عنه فهذا سيولد شرخاً في نفسيته، فحق الرؤية والزيارة من شأنه التخفيف منه، والمصلحة الثانية تكمن في مصلحة الأب على اعتبار أن هذا الحق يمكنه من رؤية محضونه من جهة ومن التأكد من رعايته رعاية سليمة من جميع النواحي من جهة أخرى¹.

لكن مصلحة الأم التي تريد الانتقام من طليقها وحرمانها من محضونه وتريد قطع العلاقات بينهما كونها الحاضنة فتستغل حقها في الحضانة ومعرفتها بمصلحة محضونها للإضرار بالولي فهذه مصلحة غير مشروعة، يمكن القول أنه إذا وزنا كفة المصالح الثلاثة سنجد أن كفة مصلحة الأب والمحضون هي التي ستطغى لأنها مشروعة وفيها اعتبارات عديدة.

IV. معيار الضرر الفاحش:

يمكن التحدث عن الضرر الذي يقع بالنسبة للطفل المحضون الذي من المفروض أن مصلحته هي الأسمى وما يسببه حرمانه من رؤية أبيه على نفسيته وعلى تنشئته، كما أن الولي هو الآخر سيتأثر من حرمانه من رؤية ابنه أو حتى إذا وجدت الزيارات لكن تكون قليلة ومتباعدة، وهذا فيه قطع للرحم الذي هو من المفروض أنه غير جائز شرعاً².

3. التعسف في التنازل عن الحضانة:

الحاضن بصفة عامة له أن يتنازل عن الحضانة إلى الطرف الآخر لأي سبب كعدم قدرته على مراعاة المحضون أو لأوضاعه المادية التي لا تساعد في توفير معيشة جيدة للمحضون أو لأي سبب

1- إسماعيل غازي مرجب، المرجع السابق، ص. 326.

2- محمد حلمي إبراهيم الحنفاوي، "التعسف في استعمال حق الحضانة"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، القاهرة، مج 38، ع 1، 2023، ص. 914.

كان، فالحاضن لا يجبر على الحضانة لا شرعا ولا قانونا¹، فالتنازل عن الحضانة حق غير أنه حق شأنه شأن باقي الحقوق لا يمكن لمن أقر له أن يتنازل عنه فقط من أجل إلحاق ضرر بالغير، أي ممارسته يشترط فيها أن تتم في إطار حدود ممارسة الحق، فإذا حادت عن ذلك وألحق الضرر بالطرف الآخر كنا أمام حالة التعسف في استعمال الحق، ويمكن التأكد من ذلك بقياس هذه الممارسة مع معايير نظرية التعسف في استعمال الحق فسيكون هذا القياس كالآتي:

I. معيار قصد الإضرار:

إذا كانت الأم الشخص الذي أسندت إليه الحضانة وهذا هو المعمول به غالبا فتقوم بالتنازل عن الحضانة إلى الأب ما دام الترتيب الذي أتى به القانون أن الأب يلي الأم في مراتب الحاضنين، وهذا ما أكدته المادة 64 من قانون الأسرة في فحواها فتتنازل عن حضانتها له إضرارا به، وذلك لتحمله مسؤولية الولد أو الأبناء وهو ليس بمدرك بطرق رعايتهم خاصة إذا كان سنهم صغير جدا والمفروض أن الأم هي الأدرى بذلك، فالأب حسب طبيعته الذكورية تجعله غير عالم بطرق التربية والرعاية خاصة للأطفال حديثي الولادة، فتحاول من تنازلها جعله متخبطا في رعايتهم أو قد تتنازل عن الحضانة إذا كان الأب مقدما على خطوة الزواج من امرأة أخرى فتحاول الانتقام منه من خلال التنازل عن حضانة الأولاد ليتولى هو رعايتهم².

1- مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص. 68.

2- أشرف محمود بن كنانة، المرجع السابق، ص. 836.

II. معيار المصلحة غير المشروعة:

مصلحة الأم في التنازل عن الحضانة ما دامت بنية الإضرار بالأب فإنها مصلحة غير مشروعة لأن المرجو منها هو الانتقام منها على طلاقه لها وعلى زواجه مرة أخرى إذا كان فعلا مقدما على هذه الخطوة فترك رعاية الأولاد للأب الذي يكون غير مؤهل لذلك مقارنة مع طبيعته ومع ما اعتاد عليه المحضون من رعاية من طرف أمه أو ترك الرعاية بيد الزوجة الجديدة التي حتى وإن كانت طبيعتها الأنثوية مساعدة لها في رعاية الأطفال إلا أن غريزة الأمومة مختلفة.

ورعاية الأم لابنها لا يمكن مقارنتها برعاية الأجنبية عنهم، فالأم منبع الأمن والحنان ولا يمكن لأحد تعويضها، لذا لا يمكن القول بوجود مصلحة مشروعة من تنازل الأم عن حضانتها إضرارا بالأب.

III. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة المحضون بما أنها الأسمى والأولى فإنها تكمن في البقاء مع الأم لأنها الأدرى بمصلحته والأنسب لرعايته والأحن عليه من غيرها¹، ومصلحة الأب أيضا تكمن في ذلك لكون الأب غالبا ما تكون مهمته الإنفاق وتوفير كل ما يستلزمه المحضون من متطلبات لكن فيما يخص مسألة رعايته خاصة إذا كان طفلا صغيرا فإنه غالبا ما يكون جاهلا بذلك، وذلك قد يرجع لطبيعته الذكورية مقارنة مع الأم التي تولد غريزتها بطريقة مباشرة وغير مباشرة حنانها الذي يسهل عليها ذلك، أما

1- نوال مجدوب، "آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية"، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية، مج 01، ع 01، 2021، ص 16.

مصلحة الأم التي تريد الانتقام فهي غير مشروعة، فإذا قارنا بين المصالح فستغلب مصلحة المحضون لأنها الأسمى ولأنها هي المشروعة.

IV. معيار الإضرار الفاحش:

الإضرار الفاحش في حال تنازلت الأم عن الحضانة للولي وجعله مسؤولاً مسؤولية كاملة عن رعاية المحضون سيلحق ضرراً بكل من الولي والمحضون معاً، فالأب عند جعله المسؤول عن رعاية الطفل رعاية هو جاهل بها وبطرقها فإن ذلك سيعيقه من ناحية العمل وسيصعب عليه التوفيق في ذلك، مقارنة مع الأم التي تعد مؤهلة للقيام بذلك حتى وإن كانت عاملة ويلحق الضرر أيضاً بالطفل لأن رعاية الأب مختلفة عن رعاية الأم لأنها الأدري بما يحتاجه ابنها أما الأب فإن ذلك يتطلب منه التعلم والتأقلم حتى يستطيع القيام بذلك.

جميع الصور التي سبق التطرق إليها تبين مواطن وقوع التعسف في ممارسة الحق في مجال الطلاق وتبعاته، وتبعاً لذلك في حال وقع تعسف وألحق ضرراً بالغير، فإنّ هذا الفعل يكون مستوجب التعويض، فالقواعد العامة في القانون تقضي بأن من تسبب في ضرر يكون عليه جبره، وفي هذا حفاظ وتأكيد على حماية مصالح الأفراد على الوجه العام خاصة في الحقوق الأسرية، وعليه سنحاول في المطلب الموالي معالجة موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي وعن آثاره.

المطلب الثاني:

المسؤولية المترتبة عن الطلاق التعسفي

أي ممارسة للحق متعسف فيها وملحقة للضرر تعتبر فعلاً مستحقاً للتعويض، والطلاق أو أي من الحقوق المتفرعة عنه شأنها شأن الحقوق في صياغتها العامة، متى تعسف في ممارستها فإنها تقيم مسؤولية ممارستها وتوجب عليه جبر الضرر الذي وقع، ومن خلال ما يلي سنتطرق إلى موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي وكذا عن الحقوق المتفرعة والتي تعسف في ممارستها، وذلك في رأي كل من الفقه الإسلامي والقانون، حيث خصصنا التعويض التعسفي في (الفرع الأول)، ثم الأثر المترتب عن وقوع التعسف في ممارسة الحق في الطلاق والحقوق المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التعويض عن الطلاق التعسفي

الطلاق إذا اعتبر طلاقاً تعسفياً ولحق الزوجة ضرراً جرائه فإن الزوجة تكون مستحقة للتعويض بطبيعة الحال لأن التسبب في ضرر يستوجب جبره. غير أن الآراء الفقهية انقسمت حول مدى استحقاقها له بين مؤيد ومعارض وفيما يلي سنتطرق لرأي كل فريق:

أ. القائلون بوجوب التعويض:

ذهب إلى القول بهذا الرأي مجموعة من الفقهاء المعاصرين¹ معتبرين أن إيقاع الزوج للطلاق في حال لم يوجد سبب مقنع لا يعدو إلا أن يكون تعنتاً منه وتعسفاً في استعمال حقه، وهذا الأخير

1- نجد من بين العلماء الذين قالوا بالرأي الأول: وهبة الزحيلي، أحمد الغندور، إسماعيل الخطيب، مصطفى السباعي، عبد الفتاح عمرو، محمد عبده... وغيرهم كثير.

وجب عليه كجزاء للتعسف أن يعرض مطلقته تعويضا ماليا¹، مستدلين في ذلك بمجموعة من الحجج من بينها:

1. العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وتبيح لولي الأمر أن يقيد المباح وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء².
2. حماية الأسرة من التشتت يقتضي ردع المتسبب في ذلك فيعتبر تعويض زجرا للمطلق بغير سبب وردع للغير أن كان يفكر فيه.
3. قياس التعويض على المخالعة في الإسلام، فالزوج المخلوع أباح له الشريعة الإسلامية أخذ العوض مقابل الخلع فالتعويض مقابل التعسف في الطلاق.
4. الطلاق من شأنه أن يترك المرأة وحيدة بدون سند، وفي ذلك إضرارا بها والضرر يجبر بالتعويض³.

ب. القائلون بعدم وجوب التعويض:

ذهب شق آخر من الفقهاء إلى عدم التعويض عن الطلاق حتى وإن كان متعسفا فيه¹، فالطلاق حسبهم جائز شرعا والتعويض يعتبر عقوبة، فكيف يعاقب أمر جائز، فالقاعدة الفقهية

1- جريدة لخصر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2021/2020، ص. 473.

2- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض على الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 209.

3- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض على الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص. 210.

تقضي صراحة بأن الجواز ينافي الضمان، فلا يجبر الزوج على دفع تعويض على أمر الطلاق الذي أجازته الشرع²، مستدلين في ذلك بمجموعة من الأدلة من بينها:

1. حتى وإن كان الأصل في الطلاق المنع والحضر ويشترط لإباحته ووقوعه حاجة ولسبب، لكن هذا الأخير قد يكون نفسي صعب الإثبات أو من الأسباب التي يعلمها زوجها وتعد من الأسباب القوية لكن إفشائها فيه مساس بكرامة أحد الزوجين³.

2. لم يرد في القرآن أو السنة ما يدل على أن الشريعة أقرت مبدأ التعويض عن الطلاق إلزام الزوج بالتعويض إرغاماً له على الاستمرار في حياة زوجية هو لا يريدتها حتى وإن كان ذلك بطريقة غير مباشرة، وهذا يتنافى مع مقاصد الزواج فلا ألفة ولا محبة في إرغامها على البقاء في علاقة زوجية⁴.

يمكن القول أن الأنسب من الرأيين هو القائل بالتعويض، فالطلاق حتى وإن كان حق فإنه لا يجوز ممارسته بغير وجه شرعي حد الإضرار بالغير، كما أن الطلاق شرع لكن في حال وجود سبب مقنع له فإذا كان بغير سبب اعتبر طلاقاً تعسفياً، وإعمالاً بالقاعدتين "لا ضرر ولا ضرار" و"من تسبب في ضرر للغير كان عليه تعويضه كنوع من جبر للضرر" فإنه يتوجب على الزوج تعويض الزوجة المتضررة.

1- نجد من بين الفقهاء الذين رفضوا فكرة التعويض كل من محمد أبو زهرة، محمد الزحيلي، بدران أبو العينين، محمود السرطاوي، زكي الدين شعبان... الخ.

2- راييس محمد، شامي محمد، "دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع: دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018 مج 1، ع 02، ص. 86.

3- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض على الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص. 214.

4- جرادة لخضر، المرجع السابق، ص. 477.

أما المشرع فتطرق إلى موضوع الطلاق التعسفي في نص المادة 52 من قانون الأسرة بنصه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" يتبين من خلال نص المادة أن المشرع لم يتطرق إلى مفهوم الطلاق التعسفي ولا إلى المعايير التي من خلالها يفهم أن هذا الطلاق تعسفي، إنما اكتفى فقط بإيكال مهمة دراسة ملف قضية الطلاق وموازنة ملابسات القضية لتحديد وجود التعسف من عدمه إلى قاضي الموضوع، كما أنه بذلك لم يقيد القاضي بمقدار تعويض بل ترك له الحرية الكاملة في تقديره بما يتناسب مع جسامته الضرر وظروف الزوج، فالمشرع قد أحسن صنعا بذلك¹.

كما يلاحظ من نص المادة 52 أن المشرع وضع للقاضي حتى يحكم بالتعويض أساسين أو شرطين ضمنيّين يمكن استخلاصهما من ذات المادة:

أ. ثبوت التعسف من طرف الزوج في ممارسته لحقه في الطلاق فإذا ما كان الطلاق بدون سبب أو إذا كان بنية حرمانها من الميراث إذا ما كان الطلاق في مرض الموت والقاضي هو من له مهمة الكشف عن ذلك لقول المشرع "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج".

ب. إصابة الزوجة بضرر جراء الطلاق سواء كان ضرر معنويا أم ماديا، لأن المشرع لم يفرق بينهما وذلك لقوله في ذات المادة القانونية "حكم على المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"²، فعبء إثبات الضرر بنوعيه يكون على عاتق الزوجة .

1- جريدة لخضر، المرجع السابق، ص. 483.

2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996، ص. 366.

من جهة أخرى وبما أن الكلمة الفصل في القول بوجود طلاق تعسفي وتقدير التعويض المتناسب معه كانت للقضاء، فإننا نجد العديد من الاجتهادات والقرارات القضائية التي قالت وأوجبت تعويض الزوجة جراء الطلاق التعسفي في حالتي الطلاق بدون سبب أو الطلاق في مرض الموت، كما أنها أوجبت توريثها في تركة زوجها حالة وفاته متى توافرت الأساس القانوني ومن بين هذه القرارات نجد قرار المحكمة العليا في قرار في الملف رقم 39731 بتاريخ 27 جانفي 1986 حيث نصه من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حال نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالف القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا¹.

المستشف من مضمون القرار أن تعسف الزوج في ممارسة حقه في الطلاق وحده من يتوجب التعويض، وعلى قضاة الموضوع التأكد من وجود التعسف أو النشوز الذي يصدر من طرف الزوج وذلك من خلال ملابسات القضية، فإذا تبين غياب التعسف فلا يجوز لهم تحميل الزوج دفع تعويض للزوجة جراء الطلاق لأن طلاقه كان في إطار ممارسة الحق، ولم يتجاوز حدودها الشرعية أو القانونية، ومن ناحية أخرى نجد القرار رقم 179696 المتعلق بطلاق مريض مرض الموت والذي يعد صورة من

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/01/27، ملف رقم 39731، م.ق، ع.04، 1993، ص.61.
 - م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 39731، قرار غير منشور نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر (05-02)، المرجع السابق، ص.246.
 - م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 216865، ملف قرار بتاريخ 1999/03/16، اج.ق، ع.خاص، ص.257.
 - م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 474897، ملف قرار بتاريخ 2009/01/14، م.ق، ع.01، 2009، ص.255.
 - م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 41560، ملف قرار بتاريخ 1986/04/07، م.ق، ع.02، 1989، ص.69.

صور الطلاق التعسفي، فكان منطوق القرار أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث¹.

فالملاحظ من منطوق القرار أن القضاء في حال استشف من قضية الحال وجود نية للزوج في حرمان زوجته من الميراث متى كان مريضا بمرض يعلم أنه مهلكه لا محل كان للقاضي أن يقضي بالطلاق، لأن الطلاق إذا وقع لا رجعة فيه مع اعتبار هذا الطلاق تعسفيا، وإعطاء الزوجة الحق في استحقاق التعويض مع توريثها .

تقدير القضاء لقيمة التعويض يؤخذ فيه بعين الاعتبار بكل من الظروف المادية للطرفين وظروف التي أدت بالزوج إلى إيقاع الطلاق ليستشف وجود التعسف من عدمه، وحالة الزوجة ومركزها الاجتماعي والثقافي ومدة الحياة الزوجية وسن الزوجة وحجم الضرر وجسامته²، كما أن الضرر بنوعيه يدخل في إطار احتساب التعويض، أي أن القاضي ينظر إلى الضرر سواء كان معنويا أو ماديا ليقدر التعويض متناسب مع قضية الحال، كما أنه قد جرى العمل به بأن التعويض عادة ما يكون مبلغا نقديا مدفوعا بالكامل للمطلقة.

التعويض هنا تعلق بحالة التعسف في ممارسة حق الطلاق، لكن سبق لنا القول أن التعسف لا يقتصر على ممارسة حق الطلاق، إنما يطال حتى الحقوق التي تترتب عنه، لذا وجب علينا أيضا أن نتطرق لمسألة الحقوق المتعسف فيها وحق المتضرر فيها في التعويض، وهذا ما سيتم في الفرع الموالي.

1- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 179696، ملف قرار بتاريخ 1998/03/17، ع خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص.99.

2- اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن ضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2010/2011، ص. 192-194.

الفرع الثاني:

الأثر المترتب عن وقوع التعسف في ممارسة الحقوق المترتبة عن الطلاق

سبق وتحدثنا عن مسألة التعسف الذي طال حتى آثار الطلاق وبين صورها، فإذا وقع

التعسف في أي صورة من الصور المبينة فإن ذلك يترتب أثراً، وفيما يلي سنتطرق للأثر المترتب إذا ما وقع التعسف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والقانون والقضاء.

أولاً: الأثر المترتب في حال تعسف الزوجة في المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

في حال ما إذا طالبت الزوجة حالة تطليقها من قبل زوجها طلاقاً تعسفياً بتعويض مبالغ فيه

لا يتناسب أبداً مع حجم الضرر الذي وقع لها ولا يمكن للزوج دفعه لظروفه المادية.

فإننا لا نجد للفقه الإسلامي قولاً في هذه المسألة على وجه التحديد لأن مسألة التعويض لم

تكن دارجة في الفقه لكن وإعمالاً للقواعد العامة المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق وبالرجوع إلى

القاعدة التي تقتضي بأنه "لا ضرر ولا ضرار" فإن الزوجة ليس لها أن تتعسف في ممارسة حقها أياً

كان، وحتى وإن كان هذا التعسف في المطالبة بالتعويض عن ضرر أصابها إلا أن هذه المطالبة يجب

أن تتناسب مع ما أصابها من ضرر وألا تتجاوز فيها الحدود حد الإضرار بالزوج، لأن الطلاق حتى

وإن كان متعسفاً فيه إلا أنه يبقى حق مكفول للزوج.

أما من الناحية القانونية فإنّ المشرع هو الآخر المشرع لم يتعرض لمسألة التفصيل في مواضيع

الطلاق التعسفي وتبعاته، لأنه أوكل المهمة إلى قاضي الموضوع بموجب نص المادة 52 من قانون

الأسرة للنظر في القضايا والفصل فيها حسب المعايير المعمول بها وحسب السلطة التقديرية للقاضي حسب كل قضية وملابساتها¹.

ثانياً: الأثر المترتب في حال التعسف في استعمال حق الرجعة

في حال تعسف الزوج في ممارسة حقه في مراجعة زوجته إضراراً بها وألحقت بها هذه المراجعة ضرراً، فإنه يعد من الناحية الشرعية آثماً، ويستشف من قوله تعالى: ﴿... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا اللَّهَ نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ﴾².

فمفاد الآية يقضي بأن إمساك عن طلاق الزوجة وإرجاعها إلى العصمة من أجل الإضرار بها أمر غير جائز، ويعد اعتداءً على الغير يؤثم المرء عليه، وحدود الله بنية لا يجوز تجاوزها، لكن فيما عدا اعتباره آثماً نجد أن الفقه الإسلامي سكت عن معالجة مسألة التعويض عن الضرر الذي قد يصيب الزوجة في هذه الحالة لكونه لم يتطرق إلى تطبيق نظرية الضمان في هذه المسائل.

أما من الناحية القانونية فنلاحظ أن المشرع هو الآخر سكت عن معالجة مسألة جبر الضرر الذي يقع في مثل هذه الحالات، لاعتبار أن مسألة التعسف في الرجعة عبء الإثبات فيها يكون على الزوجة المتضررة بعد استئناف الحياة الزوجية واكتشافها لنية الإضرار بها من مراجعتها، لذا قد يكون عبء الإثبات صعباً جداً قد تلجأ الزوجة إلى مفارقة زوجها كحل أسهل من إثبات التعسف.

1-أنظر، مجلس قضاء سعيدة، غ.أ.ش، 2010/14، قضية رقم 09/00528، نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.344.

2-سورة البقرة، الآية 231.

ثالثاً: الأثر المترتب في حال تعسف الأم الحاضنة في المطالبة بحقوق المحضون

سبق لنا وأن تطرقنا إلى مسألة توابع الطلاق بما فيها ما يتعلق بالحضانة وتفصلنا في مقتضياتها وما فيها من حقوق التي تتعلق في جزء منها بالطفل المحضون من جهة وبالحاضن من جهة أخرى، ويكون على كل طرف ممارسة حقوقه وفق الحدود المرسومة لها دون أن يتعسف في ذلك، فإذا ما تعسفت الحاضنة مثلاً في المطالبة بحقوق المحضون المالية مطالبةً مبالغاً فيها على اعتبارها الحاضنة إضراراً بالأب على اعتباره الموكل بواجب الإنفاق، فإنها تُعد آثمة من الناحية الشرعية وعقوبتها التغيير¹.

أما من الناحية القانونية فنجد أن المشرع تدخل تدخلًا استباقياً لمنع وقوع التعسف في مثل هذه المسائل، لأنه من جهة ووفقاً لنص المادة 75 من قانون الأسرة أوكل واجب الإنفاق إلى الأب، كما أنه أوكل من جهة أخرى طبقاً لنص المادتين 76 و79 من ذات القانون مهمة تقدير النفقة المتناسبة مع ظروف المحضون والأب... الخ، وكذا مهمة الفصل في الموضوع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع²، وكذا نجد نص المادة 78 من ذات القانون التي فصلت في مشتملات نفقة المحضون والتي يفصل فيها قاضي الموضوع.

1- غازي إسماعيل مرجحاً، المرجع السابق، ص. 345.

2- سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، "التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، 2019، مج 10، ع 02، ص. 177.

وعليه، يمكن القول ألا مجال لتعسف الحاضنة في المطالبة المبالغ فيها في كل ما يتعلق بحقوق المحضون، لأنها ستقابل بالرفض من طرف القاضي الذي سيأخذ بعين الاعتبار مجموعة من الاعتبارات في تقديره للنفقة ومشتمالاتها¹.

رابعا: الأثر المترتب إثر التعسف في ممارسة الحق في منع الحاضن من الانتقال بالمحضون

الانتقال بالمحضون حق لكل من الحاضن والمحضون خاصة إذا كان فيه مصلحة لأحدهما أو لكليهما، كما ليس فيه مضرة للأب بنية حرمانه من رؤية ابنه فإذا لم تكن هناك نية لذلك لا يكون لهذا الأخير حرمان الحاضنة من السفر بالمحضون أو الانتقال به إلى منطقة أخرى، فهذا الحرمان قد يكون متعسفا فيه.

وعلى الرغم من أنه كان محل خلاف بين الفقهاء، إلا أنهم أجازوه متى توافرت شروط الأمان التي تحقق مصلحة المحضون²، كما ألا تتجاوز المسافة ستة بورود، لذا يمكن القول أن الشرع أباح للأب الحاضنة الانتقال بالمحضون للعيش داخل الوطن الواحد مع الأب، لذا لا يكون لهذا الأخير منعها بحجة ممارسة حقه في زيارة المحضون والوقوف على أموره وأن انتقاهم سيمنعهم من ذلك لأن حاجته

1- م.ع.غ.أ.ش، 1987/02/29، ملف رقم 44630، م.ق، ع03، 1990، ص.55.

— م.ع.غ.أ.ش، 2013/03/14، ملف رقم 729230، م.م.ع، ع03، 2013، ص.276.

— م.ع.غ.أ.ش، 2002/05/08، ملف رقم 282052، م.ق، ع01، 2004، ص.279.

— م.ع.غ.أ.ش، 2006//11/15، ملف رقم 372292، م.م.ع، ع02، 2007، ص.262.

2- الشروط التي أجاز الفقه الإسلامي لأجلها انتقال الحاضنة بالمحضون إلى منطقة أخرى بذات البلد التي يسكن فيها الأب تتمثل في:

. أن يكون السفر إلى البلد وقع فيه النكاح.

. ألا يكون الانتقال من المدينة إلى القرية، ويجوز العكس لاختلاف الطباع والعادات.

. ألا تنقل الأم ولدها إلى دار الحرب، لأن سلامته أولى.

يمكن القول عنها أنها باطلة، لأن الانتقال في ذات البلد لا يسقط حق الرؤية أو الزيارة خاصة إذا كان هذا الانتقال فيه مصلحة لكل من الحاضنة والمحضون¹.

فلا يمكن أن يمارس الأب حقه للضغط على الأم ومنعها من الانتقال إلى مكان آخر لأن استعمال الحق على وجه عام إذا كان في غير موضعه أو إذا حاد صاحبه في ممارسته حد الصواب وأضر بالغير، أعتبر ذلك من الناحية الشرعية ظلم تعاليم الشريعة الإسلامية السمحاء أتت لتكريس مبدأ العدل والحماية بين التعسف والمضارة²، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿من ضار أضر الله به ومن شاق شق الله عليه﴾³.

كما أنه ومن الناحية القانونية نجد أنّ المشرع تطرق لمسألة سفر الحاضن أو الحاضنة بالمحضون سفر النقلة بموجب نص المادة 69 من قانون الأسرة الذي نصت فيها: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون"

فالملاحظ بعد استقراء نص المادة وما يليها من مواد وما يسبقها أن المشرع نص على مادة واحدة فقط ونظم من خلالها مسألة انتقال المحضون إلى بلد أجنبي، أي أنه لم يتطرق إلى مسألة الانتقال به داخل التراب الوطني من منطقة إلى منطقة أخرى غير التي يسكن بها الأب، فهذا السكوت في التنظيم يقبل العديد من التأويلات من بينها أن المشرع اعتاد على إيكال مهمة الفصل

1- مروة خضر عياد، المرجع السابق، ص. 68.

2- إسماعيل غازي مرحبا، المرجع السابق، ص. 437.

3- رواه أبو داود في سننه، الحديث رقم 4645.

في قضايا الخاصة بتبعات الطلاق إلى قاضي الموضوع وحتى المادة 69 السابقة الذكر أكدت ذلك لأن المشرع ترك السلطة التقديرية في إسقاط الحضانة أو إبقائها لقاضي الموضوع.

فيمكن القول أن القاضي يكون له بناء على الصلاحية المعطاة له وأمام القصور التشريعي في هذه الحالة إما أن يحكم بما هو معمول به في الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة أو أن يحكم وفقاً مقتضيات الحال مع تغليب مصلحة المحضون أو يمكن تفسيرها على أن المشرع لم يعتبر الانتقال بالمحضون داخل تراب الوطني من المسائل التي لا تتطلب إسقاط الحضانة¹. لذا يمكن القول أن لا مجال لتعسف الأب في منع الحاضنة من الانتقال بمحضونها.

وفي هذا السياق نجد أنّ العديد من القضايا كان الحكم فيها في حال انتقل الحاضر بالمحضون انتقال الاستقرار والاستيطان حسب مقتضيات الفقه الإسلامي²، إلا أن القرارات القضائية التي اختلفت في مسألة المسافة المقدرة شرعاً والمسموح من خلالها الانتقال بالمحضون بستة بورود، فهناك قرارات لم تعطي أهمية للمسافة خاصة في ظل تطور وسائل النقل التي أضحت تسهل الزيارة وتقرّب المسافات، وقرارات أخرى تنقيد بالمسافة المقررة شرعاً وتمنع انتقال الأم الحاضنة مراعاة لصعوبة زيارة

1- فاطمة حداد، "التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانوناً"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، 2018، مج4، ع01، ص.171.

2- م.ع.غ.أ.ش، 1968/03/27، م.أ.ج1، ص24، ن.س، 1968، ص.106.

— م.ع.غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم32594، م.ق، ع01، 1989، ص.77.

— م.ع.غ.أ.ش، ق.ج، ملف بدون رقم، 1970/11/18، ن.ق، ع01، جانفي1972، ص.67.

المحضون لوجود مشقة السفر وتكاليفهم¹ إذا زادت المسافة التي تريد الحاضنة الانتقال إليها عن ستة بورود².

خامساً: الاثر المترتب في حال تنازل الأم عن الحضانة للأب

الحاضن بصفة عامة له الحق في التنازل عن الحضانة متى توافرت الأسباب والدوافع التي تقضي بذلك، فهذا حق للحاضن حيث لا يمكن إجباره على الحضانة، فحتى الفقه الإسلامي لم يلزم الأم بالحضانة جبراً ولكن راعا من الناحية الأخرى مصلحة المحضون لاعتبارات عديدة، لذا فإن ترتيب الحاضنين كانوا للنساء كون المرأة بطبيعتها الفيزيولوجية أكثر حناناً وإدراكاً لما يحتاجه الطفل مقارنة بطبيعة الرجل، لذا فإن المرأة إذا أرادت التنازل عن الحضانة فإن تنازلها يكون لمن يليها في المرتبة وهي الجدة أم الأم ثم من يليها، وعليه لا يكون لها أن تتنازل عنها للأب لأن ذلك غير جائز شرعاً مصداقاً لقوله تعالى: ﴿... لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ...﴾³، فالمضر هنا يقصد بها تنازلها للأب عن المحضون إضراراً بالأب تعسفاً وإلحاقاً بالضرر، فهذا ممنوع شرعاً وتنازلها مرفوض وغير جائز لأن فيه إضراراً بالمحضون من جهة وبالولي من جهة أخرى، وتلحق بها عقوبة تعزيرية دنيوية وأخرى لنية الإضرار بالغير⁴.

لكن وعلى خلاف هذا الترتيب من الناحية القانونية نجد المشرع في المادة 66 من قانون الأسرة أتاح للحاضنة الحق في التنازل عن الحضانة ومدام الترتيب الذي أتت به المادة 64 من ذات

1- م.ع.غ.أ.ش، 1982/01/25، ملف رقم 26693، ن.ق، ع خاص، 1982، ص.251.

2- راضية بشير، رؤوف قروج، "القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على حق الزيارة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، 2022، مج 07، ع 01، ص.170.

3- سورة البقرة، الآية 233.

4- إسماعيل غازي مرجبا، المرجع السابق، ص.320.

القانون بعد تعديلها تجعل من الأب الملخص المستحق للحضانة بعد الأم، فإن الأم بتنازلها على الحضانة فإن هذا الأخير ستؤول له بقوة القانون لكن المشرع اشترط لصحة التنازل ألا يكون هناك ضرر يلحق بالمحضون جراءه، والشخص المنوط به مهمة التأكد من وجود الضرر من عدمه هو القاضي وفقا للسلطة التقديرية المخولة إليه وفقا للقانون، فإذا استشف القاضي وجود إضرار من الأم للتنازل عن المحضون فإن له واسع النظر في رفض التنازل لأن مصلحة المحضون هي الأولى، ويكون للأب أن يثبت أن الأم تريد التنازل عن الحضانة إضرارا به ويكون للقاضي بناء على ذلك الحرية والسلطة في إقرار التنازل من عدمه

خلاصة الفصل:

الزواج إنشاء رابطة زوجية أما الطلاق فهو على النقيض من ذلك هو يفككها ويحل قيدها ولكونه كذلك فإنّ الشريعة الإسلامية أولته بعناية خاصة من خلال اشتراط شروط وأركان لصحته، كما أنها لم تجزه إلا في حال وجود سبب ومسوغ قوي، فإذا انتفى هذا المسوغ أو كان القصد من إيقاعه نية مخفية اعتبرته طلاقاً تعسفياً خاصة إذا ما ألحق ضرراً بالمرأة المطلقة وأعطته الحق في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي وقع، وقد سار القانون على نفس السياق وأقر هو الآخر ذلك معطياً الصلاحيات والسلطة التقديرية في تقدير التعويض وإقراره للقاضي موضوع، فضلاً عن ذلك فإنّ الحق في الطلاق ليس وحده ما يمكن أن يتعسف في ممارسته بل حتى الحقوق المترتبة عنه والتي تخص إما المرأة على اعتبارها الزوجة المطلقة أو على اعتبارها حاضنة إن آلت الحضانة إليها كما هو معمول به في غالب الأحيان، أو حتى الأب على اعتباره الولي أو الزوج المطلق لكن الأثر المترتب في حال وقع التعسف على تبعات الطلاق يكون مختلفاً عن التعسف في حق الطلاق ذاته لأن الأثر يكون في هذه الحالة بتدخل القاضي استباقياً للحد من هذا التعسف وتوقيفه وإنصاف الطرف المضروب، وسنواصل في الفصل الموالي معالجة ذات المسألة لكن من منظور مغاير، أي عندما يكون طلب فك رابطة الزوجية بناءً على إرادة الزوجة ورغبتها، وما يترتب عن ذلك من آثار وتعسفات.

الفصل الثاني:

تفعيل المسؤولية التقديرية في

المسائل المتعلقة بالخلع

إذا بحثنا في البعد المقاصدي للزواج فإننا نجد أنه يتمثل في بناء علاقة وطيدة بين الزوجين تقوم على أساس المودة المتبادلة والألفة والاحترام لتكون هذه العلاقة أول حجر يتأسس عليه بناء المجتمع، غير أن هذا البعد قد ينتفي لأن العلاقة الزوجية قد تنحرف عن المسار المحدد لها بسبب عدم التوافق بين الزوجين أو لأي سبب آخر مما يجعل فكرة استمرارها أمراً مستحيل، فتكون الفرقة هي الحل الأمثل والأنسب للطرفين، وكما هو الحال بالنسبة للزوج الذي تقرر له الحق في الطلاق متى كان غير قادراً على الاستمرار في علاقته مع زوجته فإن هذه الأخيرة تقرر لها ذات الحق لذات السبب، غير أنها هي الأخرى لا يكون لها التعسف في ممارسة حقها في الخلع وإلحاق الضرر بالزوج لأن ذلك يعد منافياً للهدف الذي أقر من أجله الخلع وانحراف به عن تحقيق مقاصده. وفي هذا الفصل سنتناول بالدراسة :

مبحث تمهيدي: الإطار المفاهيمي للخلع

المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية في ضوء تكييف الخلع، أركانه وشروطه

المبحث الثاني: التعسفات الواردة على الخلع

مبحث تمهيدي:

الإطار المفاهيمي للخلع

إذا لم تكن الحياة الزوجية مريحة للزوجة ولحقها جرائها ضرر فإن الشريعة الإسلامية أقرت لها السبيل في الخلاص من ذلك بالافتداء بنفسها، وذلك باستعمالها حق الخلع فهو حق استثنائي للمرأة من خلاله تتمكن من تخليص نفسها من رابطة الزوجية التي لم تعد قادرة على الاستمرار فيها، ويكون ذلك على عوض وكون هذا الحق يمكن أن نقول عنه أنه يعادل حق الزوج في الطلاق لأن الهدف منهما واحد، فإن ذلك يستدعي منا الوقوف عليه بالدراسة وذلك محاولة تبيان إطاره المفاهيمي فسنناول دراسة مفهوم الخلع في (المطلب الأول)، ثم حكمه ومشروعيته (المطلب الثاني):

المطلب الأول:

مفهوم الخلع

يعد الخلع سبيلاً آخر لحل قيد الزواج ويكون بناء على إرادة الزوجة، لذا يمكن القول أنه من أجراء الخطوات التي يمكن للمرأة اتخاذها فآثاره لا تقتصر عليها لوحدها بل تمس الطرف الآخر في العلاقة وكذا الأولاد كونهم المتضرر الأول من أي خطوة يقدم عليها الأبوين خاصة إذا لم تكن مدروسة بشكل جيد وموزون، ونظراً لأهميته البالغة سنحاول تحديد مفهومه وماهيته، وذلك بدراسة مدلوله اللغوي في (الفرع الأول)، ثم مدلوله الاصطلاحي في (الفرع الثاني):

الفرع الأول:

مفهوم الخلع

لتبيان مفهوم الخلع وجب علينا الوقوف على معناه اللغوي (أولاً) ثم معناه الاصطلاحي

(ثانياً)، وهذا ما سيتمم خلال ما يلي:

الفرع الأول:

تعريف الخلع لغة

يقال الخَلْع (بفتح الخاء) يتكون من ثلاثة حروف كلها أصول وتعود إلى معنى واحد وهو مزيلة

الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه، فهو بمعنى الإزالة¹.

يقصد به النزع والإزالة حيث يُقال: خلع فلان ثوبه وخلعاً، أو نزع وإزالة، والخلع (بضم

الخاء): طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها². ويقال: خلع امرأته خلعا طلقها بفدية من مالها³.

يقال أيضاً: خلع شيء يخلعه، خَلَعَهُ، اِخْتَلَعَهُ، كنزعه، وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعاً

أي جرده.

خُلِعَ امرأته وخُلِعاً (بضم الخاء) وخلعا فاختلعت وخلعته: أزالها عن نفسه وطلقها على بدل

منها وهي (خَالِغٌ) والاسم الخلعة¹.

1- عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الرياض، 1998، ص.26.

2- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه، آثاره، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص.37.

3- عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي والمجمع الفقهي الإسلامي، الرياض، 2006، ص.13.

الخلع في أصل اللغة يعني الفضائل والأخلاق الحميدة، فيقال رجل خليع وامرأة خليعة، كما أن الخلع يعني النزع والعزل، كأن يقال خلع الشعب الملك أي انزله من على عرشه أو خلع الوالي العامل أي عزله وقد يعني الطلاق بفدية كأن يقال تخالع الزوجان أي اتفقا على الطلاق بفدية².

أما الخلع المقصود به مخالعة الزوجة لزوجها فهو مأخوذ من خلع الثوب أي إزالة لأن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها³، مصداقا لقوله تعالى: ﴿... هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنْتُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ...﴾⁴.

بعد تحديد دلالة الخلع اللغوية وجب بعد ذلك أن نوضح مفهومه الاصطلاحي لنتمكن من إيضاح جميع النقاط المتعلقة به، وهذا ما سيتم من خلال الفرع الموالي.

1- ابن منظور، لسان العرب، ج9، المرجع السابق، ص.439.

2- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص.38.

3- عاشور سهيلة، سعيد خنوش، "تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، مج 07، ع 02، 2020، ص.475.

4- سورة البقرة، الآية 187.

الفرع الثاني:

تعريف الخلع اصطلاحاً

سنتطرق خلال محاولتنا لتحديد مفهوم جامع وشامل للخلع اصطلاحياً، إلى تعريفه فقهيًا

(أولاً)، ثم قانونياً (ثانياً):

أولاً: التعريف الفقهي:

عرفه الفقهاء بتعريفات عديدة تتمثل في:

عُرف الخلع عند الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها الزوجة بلفظ الخلع أو فيما

معناه¹. وعند المالكية بأنه "الطلاق بعوض أو بلفظه"²، أما عند الشافعية الخلع هو "فرقة بعوض

مقصود بلفظ الطلاق أو خلع راجع لجهة الزوج"³، بينما عرفه الحنابلة هو "أن يفارق امرأته على

عوض تبذله له"⁴.

1- مفهوم الخلع عند الحنفية.

2- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص. 50.

3- عباس سهيل جيجان، "الطلاق الخلعي"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، بغداد، مج4، ع01، 2012، ص. 279.

4- عاشور سهيلة، سعيد خنوش، "الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج12، ع خاص، 2020، ص. 482.

الخلاصة التي يمكن استنتاجها من التعريفات التي تقدم بها الفقهاء أن الخلع شأنه شأن الطلاق، يراد به فك وحل رابطة الزوجية، لكنه يختلف عن الطلاق في كونه يكون بإرادة الزوجة مع موافقة الزوج عليه وتقديمها بدل لزوجها¹.

ثانياً: التعريف القانوني للخلع:

جاء في نص المادة 54 من قانون الأسرة: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تُخلع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وبهذا النص نستنتج أنّ المشرع نص على تنظيم مسألة الخلع دون تعريفها مع إعطاء صلاحيات والسلطة التقديرية لقاضي الموضوع للفصل في مسألة البدل على ألا تخرج سلطة القاضي في تقديره للبدل في قيمته عن قيمة صداقه المثل. فيمكن القول في هذه الحالة أن السلطة القاضي قيدت نوعاً ما.

لكن يمكن تعريف الخلع على أنه "طريقة من طرق حل رابطة الزوجية والتي تكون بناء على إرادة الزوجة ورغبتها ويقع بتقديم بدل مالي للزوج"

كما يقصد به فك رابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل عوض تلتزم به اتجاه الزوج وصيغته كأن تقول الزوجة لزوجها: "خالعني على صداقي أو على مبلغ كذا" أي بلفظ الخلع صراحة، أو بلفظ مشتق منه أو يؤدي معناه مثل المِباراة¹.

1- بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع: دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، 2013/2014، ص.08.

التعريفات المقدمة في موضوع الخلع حتى وإن اختلفت في شقها التعبيري إلا أنها اتفقت في مفادها ومدلولها على أن الخلع ما هو إلا سبيل لفك قيد النكاح وإزالة عصمة الزوجية، لذا يمكننا أن نعتبره خطوة وسبيلا لا يمكن إتباعه إلا في الضرورة القصوى نظراً لآثاره وعواقبه، ولذا تكتسبه أهمية بالغة تظهر جلية من خلال الحكم الشرعي الذي لحقه والذي سنبينه في المطلب الموالي:

المطلب الثاني:

حكم الخلع ومشروعيته

لقد ثبتت مشروعية الخلع من الناحية الشرعية في الأسانيد الواردة في كل من القرآن الكريم والأحاديث النبوية، كما أن الفقه الإسلامي لم يغفل عن تحديد أحكامه الشرعية التي يستتج من خلالها أهمية الخلع وكذا مدى إلمام الفقه وتطرقه لجميع المسائل الخاصة بالزواج وانحلاله، ومن خلال ما يلي سنبين مشروعية الخلع في (الفرع الأول)، ثم حكمه في (الفرع الثاني):

الفرع الأول:

مشروعية الخلع

الخلع فيه مصلحة للزوجة كونه يدفع عنها الأذى خاصة عند عدم مقدرتها على الاستمرار في حياتها الزوجية مع زوجها، ولا تستطيع لسبب أو لآخر أن تؤدي واجباتها اتجاهه فتكون مفارقتها أحب إليها من البقاء والاستمرار معه، لذا أجاز الله سبحانه وتعالى الخلع وشرعه.

1- بن مالك حسن، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجديد (دراسة مقارنة)"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران، مج 10، ع 13، 2007، ص. 367.

حيث نجد قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا إِلَّا يَقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹.

مدلول الآية الكريمة التي تطرقت للطلاق الذي يكون بيد الزوج بداية واعتبرته حقا من حقوقه، له استعماله استعمالا لا يخرج عن الحد الشرعي المسموح به، ثم تطرقت إلى الكراهية والنفور الذي يكون من جهة الزوجة اتجاه زوجها الذي يكون سببا في إباحة الخلع لها مع افتداء وإعطاء بدل للزوج عن هذه المخالعة².

وقوله تعالى: ﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ...﴾³.

مدلول هذه الآية أنه إذا تشاقق زوجان ولم تقم الزوجة بحقوق الرجل وأبغضته ولم تقدم على معاشرته فلها أن تفتدي منه بما أعطاها ولا حرج عليه في بثها له ولا حرج عليه في قبوله ذلك منه⁴.

وقوله تعالى: ﴿... فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾⁵.

المراد من هذه الآية أنه إذا كانت الفدية من غير إضرار ولا خديعة فهو هنيء مريء، فالمدلول

منها على جواز أخذ الفدية، وبالتالي على مشروعيه الخلع¹.

1- سورة البقرة، الآية 229.

2- منال محمود المشني، المرجع السابق، ص. 47-48.

3- سورة البقرة، الآية 229.

4- عماري نور الدين، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام لقضاء وقانون الأسرة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مج 07، ع 13، 2015، ص. 107.

5- سورة النساء، الآية 04.

أما من سنة نبيه الكريم ما ورد في صحيح البخاري قال: حدثنا أزهر بن جميل، حدثنا عبد الوهاب الثقفي، حدثنا خالد بن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿أَتُرَدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ؟﴾ فقالت: نَعَمْ، قال صلى الله عليه وسلم: أَقْبَلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقًا².

حسب ما ورد عن العلماء أن هذه الواقعة تعد أول خلع في الإسلام، فالزوجة في هذه الواقعة أقرت أنها لا تريد مفارقتها لوجود عيب في خلقه أو في دينه، ولكنها خوفا من الكفر الذي قد تقع فيه جراء تقصيرها في حقه كونها لا تريد عشرته ولا تريد الاستمرار معه فقد يجعلها تقع في معصية تتنافى مع تعاليم الإسلام، والرسول صلى الله عليه وسلم أنصف المرأة وأقر حقها في المخالعة ولم يجبرها على الاستمرار في زواجها مع رجل هي لا تريده لأن ذلك أيضا يتعارض مع مقتضيات الزواج الذي يفترض فيه أنه علاقة مودة ورحمة وألفة بين الرجل والمرأة.

ثبوت مشروعية الخلع في الشرعية الإسلامية أمر مؤكد في القرآن والسنة، أما أحكامه الشرعية فقد تكفل الفقه الإسلامي بتحديددها، وهذا ما سنقف عليه في الفرع الموالي.

1-لمياء شافعة، حل رابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة: دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2012/2011، ص.152.

2-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفري البخاري، الجامع الصحيح المختصر، ج5، ط3، دار ابن كثير، بيروت، 1987، ص.2021.

الفرع الثاني:

حكم الخلع

اختلفت الآراء الفقهية في تأصيلها للحكم الشرعي التكليفي للخلع بين إباحته وكراهته قياساً

على الطلاق وحكمه، فكانت آرائهم كالآتي:

أولاً: الخلع مباح:

يكون الخلع مباحاً متى استند على سبب مشروع فمضى كان للزوجة سبب وجيه لطلب الخلع

كان طلبها مباحاً، كذمامة الزوج أو سوء عشرته أو سوء أخلاقه، فإذا خافت على نفسها أن تقع في

معصية عدم تأدية واجباتها اتجاهه، وألا تكون عشرتها له فيما يرضي الله جاز لها مخالفته¹ لقوله تعالى:

"فَإِنْ خِفْتُمْ إِلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"².

ثانياً: الخلع المكروه:

يكون الخلع مكروهاً متى لجأت إليه الزوجة دون أن تكون هناك حاجة إليه، فإذا كانت عشرة

زوجها لها جيدة ولا يُعاب عليه في شيء فلا يكون لها مخالفته لأنه مكروه كراهة تصل حد التحريم³.

1- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص. 66.

2- سورة البقرة، الآية 229.

3- أحمد هيشور، الخلع بين الشريعة والتشريع، دراسة فقهية حقوقية مقارنة، أطروحة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس، 2014/2015، ص. 73.

ثالثا: الخلع محرم:

يكون الخلع محرما إذا كانت الغاية المرجوة منه غير مشروعة كأن يكون السبب وراء اللجوء إلى مخالعة الزوج لأن قلبها مال إلى غير زوجها فتريد مخالعته للزواج بغيره، فهذا أمر غير جائز مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تُرَحْ رَائِحَةُ الْجَنَّةِ﴾¹. كما يكون محرما إذا كان الزوج هو من ضيق على زوجته ظلما لدفعها إلى الافتداء بنفسها منه وأخذ العوض منها فالخلع باطلا ومحرم في هذه الحالة².

حكم الخلع ومفهومه يجعلان منه وسيلة للمفارقة شأنه شأن الطلاق المخول بيد الزوج، وهذا الأمر يطرح إلى الأذهان تساؤلا، في حالة ما إذا اعتبرناه طلاق هل له نفس أركان الطلاق والشروط أم مختلفة، إجابة هذا السؤال ستكون مضمون المطلب الموالي.

المطلب الثالث:

أركان الخلع وشروطه

الزواج خطوة جد مهمة في حياة المرأة فمن خلاله تستقر حياتها وتؤسس أسرة وتنجب أولادا، والخلع لا يقل أهمية عن الزواج بل قد يفوقه لأنه يحل وثاق الزواج وهدم الأسرة أشد وطئا من بنائها لذا يتعين على الزوجة ألا تقدم عليه إل اوهي عالمة ودارسة لما ستقدم عليه، وفضلا عن التريث

1- رواه الترميذي، سنن الترميذي، ج4، دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص.366.

2- عبد السلام عبد القادر، "الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة 2008، 1، مج 10، ع 01، ص.603.

والتعقل وجب أن تتوافر من الأركان والشروط حتى نقول أن خلع صحيح ويمكن الإعتداد بآثاره فأي إختلال أو إنتفاء من شأنه التأثير على صحة الخلع، لذا وجب علينا أن نبرز هذه الأركان والشروط وهذا ما سنتطرق اليه من خلال دراسة أركان الخلع في (الفرع الأول) وشروطه في (الفرع الثاني):

الفرع الأول:

أركان الخلع

تتوافر في الخلع أركان منها ما تطرق اليه الفقه الإسلامي ونظمه ومنها ما تطرق اليه المشرع، وهذا ما سنتعرض اليه بالدراسة فيما يلي، سنوضح أركان الخلع في الفقه الإسلامي (أولا) ثم في القانون (ثانيا).

أولا: أركان الخلع في الفقه الإسلامي

اتجهت الآراء الفقهية الشرعية إلى تقسيم أركان إلى أربع أقسام تتمثل فيما يلي:

أ. المخالعة :

ويسمى أيضا بالمخالعة وهو الزوج وسمي كذلك لأن كلا منهما يخلع صاحبه¹، نظرا لكون الخلع من التصرفات الخطيرة من ناحية الآثار والنتائج، فإنه لا يقع من كل زوج ولا في كل حال بل يتوجب لصحته أن يصدر من شخص يتوافر فيه مجموعة من الشروط، وتتمثل هذه الأخيرة فيما يلي:

1- إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2007/2008، ص.26.

1. العقل والبلوغ:

عملا بالقاعدة الفقهية القائلة من صح طلاقه صح خلع، فإنه وقياسا على ذلك فإن كمال الأهلية والعقل من شروط الضرورية والواجب توافرها في المخالعة، وذلك لأن نتائج الخلع وتبعاته تحتاج تفكيرا في عواقبها ولا يمكن تصور ذلك إذا لم يكن الشخص بالغاً كاملاً القوى العقلية.

وهذا يطرح علينا تساؤل عن حكم الخلع الصادر عن ناقص الأهلية ومن في حكمه من المحجور عليهم هل هو صحيح؟ وهل يقع؟

I. خلع الصبي والمجنون:

المستقرئ والمتدبر في آراء جمهور فقهاء يستنتج أن الفقهاء باشتراطهم توافر العقل والبلوغ في الزوج المخالعة، فإنهم قد قالوا كلمة الفصل في الموضوع وأن قولهم قاعدة غير قابلة للاستثناء، وعليه كانت أقوالهم حول خلع المحجور عليهم من صبي ومجنون واضحة وصريحة¹.

يمكن القول أن الرأي الذي قال به الفقهاء في عدم إجازة الخلع الصادر عن كل من الصبي والمجنون هو قول صحيح، فالمعقول أن الزوج حتى يكون أهلاً للمخالعة يجب أن يكون مكلفاً، فإذا سقط عنه تكليف سقط عنه الحق في المخالعة لأنه ليس أهلاً للتفكير وفهم التبعات التي ستنتج عن الخلع، على اعتباره وسيلة لفك رابطة قدسية المفترض فيها دوامها وعدم حلها إلى للضرورة قصوى.

1- المالكية: موجب الخلع زوج مكلف لا صبي ولا مجنون.

الشافعية: لا يصح خلع الصبي والمجنون.

الحنفية: خلع الصبي وطلاقه باطل، لأنه ليس له طلاق معتبر شرعاً.

الحنابلة: انقسمت آراء الحنابلة حول خلع الصبي والمجنون إلى قولين: الأول اعتبره غير جائز قياساً على الطلاق وهو قبل ابن

تيمية، أما القول المغني هو إجازة خلعهم وطلاقهم.

II. خلع السفية:

اتفقت الآراء الفقهية جميعها على جواز خلع السفية قياساً على صحة طلاقه¹، لكن اشترطوا تسليم العوض إلى وليه.

ذهبوا إلى القول: "لو كان الزوج سفيهاً فالخلع جائز وطلاقه نافذ لأنه إذا كان له أن يطلق بغير عوض فبه أولى"².

كما قالوا بأن "خلع المحجور بالفلس والسفه صحيح لأن طلاقه ينفذ من غير مال، فهو مع المال أولى ولا حرج عليهم في مقدار العوض وأن نقص عن مهر المثل إذ ينفذ طلاقهم مجاناً"³.

يمكننا القول أن هذا الرأي الذي قال به جمهور الفقهاء هو رأي سديد لأن السفه حتى وإن اعتبرناه آفة من الآفات التي تصيب العقل إلا أنها لا تعدم الإرادة، وبما أن الخلع يكون على عوض مادي تقدمه الزوجة للزوج المخالعة، فإن ذلك سيزيد في ذمته المالية ولن ينقص منها، فيمكن أن ينوب عنه وليه في قبضه مخافة تبديد الزوج السفية لهذا المال غير ذلك فإن خلعه صحيح ولا تثور حوله أي إشكالات.

1- الحنابلة: كان قولهم: "يصح طلاقه وخلعه على مال إلا أنه لا يسلم المال إليه ويدفع إلى وليه".

المالكية: قالوا: "لا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه".

2- أبي عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج4، دار صادر للنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن، ص.817.

3- أبو حسن علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج2، دار الفكر الجامعي، بيروت، 1994، ص.113.

III. خلع السكران:

مسألة خلع السكران كان الحكم فيها على قولين، الأول رأى فيما إذا كان شرب الخمر من غير عمد كحالة المكروه على شربه أو الجاهل به، فحكمه يأخذ حكم المجنون فلا يقع خلعه¹، أما الثاني فقال بأنه إذا كان شرب الخمر عن العمد من أجل السكر وإذهاب العقل، فإن حكمه كان محل خلاف فقهي حيث انقسمت الآراء الفقهية إلى قسمين: الرأي الأول رأى بأن طلاق السكران واقع وخلعه جائز²، أما الرأي الثاني فرأى أنّ طلاق السكران لا يقع أما الخلع الذي يصدر فيه فهو باطل³.

IV. خلع المكروه:

قد يُكره الزوج على الخلع وفي صحة الخلع الذي يصدر عنه اختلفت الآراء الفقهية حوله فانقسمت آرائهم إلى قسمين: الرأي الأول يرى أن الخلع الذي يقع من الزوج المكروه لا يقع⁴، أما الرأي الثاني⁵ فيرى خلع المكروه جائز⁶.

1- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص. 59-60.

2- ذهب إلى هذا الرأي كل من جمهور الفقهاء المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة.

3- هذا الرأي قال به كل من عثمان بن عفان رضي الله عنه عبد العزيز... وغيرهم.

4- قال بهذا الرأي علي بن أبي طالب عبد الله بن عباس.

5- قال بهذا الرأي الحنفية.

6- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، المرجع السابق، ص. 62.

V. خلع المريض مرض الموت:

سبق وأن تكلمنا عن مرض الموت وقلنا أنه: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه ويتصل الموت به فعلاً، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلاً ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض"

خلال فترة مرض الموت قد يتصرف المريض تصرفات من بينها قد نجد الخلع، فقد يخالع زوجته أثناء فترة مرضه وهنا تطرح أمامنا إشكالية هل يقع هذا الخلع؟ أم يقاس حكمه على حكم الطلاق؟

إجابة هذه الإشكالية تكمن في قول الفقهاء، حيث أجمع كلهم على إجازة خلع المريض مرض الموت، فمنهم¹ من أقر بأن للزوجة المخالعة الحق في الميراث في حال وفاته سواء كانت في فترة العدة، وقد انقضت عدتها ويظل حقها قائماً في الميراث حيث في حال زواجها من غيره²، ومنهم من قال أن المريض مرض الموت جائز إذا خالع زوجته خلال فترة مرضه ومات³، لم يعتبر البذل من الثلث سواء حاب أم لم يحابى لأنه ليس من حق الورثة في بضع المرأة، ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث⁴، ومنهم من قالوا بأجازة خلع المريض مرض الموت⁵، أما البعض الآخر فقالوا⁶

1- رأي المالكية.

2- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 1032.

3- قول الشافعية.

4- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 159.

5- قال بذلك الحنفية.

6- قول الحنابلة.

بصحة الخلع مع حقها في الميراث وإذا أوصى لها بأكثر مما كان التاريخ وللورثة أن يعطوها أكثر من ميراثها¹.

الظاهر والواضح من آراء الفقهاء أن المريض مرض الموت له الحق في المخالعة وللزوجة الحق في الميراث، فإذا تجاوز حقها في الميراث النصيب المفروض لها كان متوقفاً على إجازة الورثة.

ب. المخالعة:

الركن الثاني في الخلع هي المخالعة أو المختلعة وهي الزوجة التي يربطها عقد زواج شرعي مع الزوج، والتي تريد فك رابطة الزوجية بناء على إرادتها ورغبتها متى استحالت الحياة الزوجية مع زوجها، وهي شأنها شأن الزوج المخالعة يشترط توافر مجموعة من الشروط فيها حتى يصح خلعها وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1. البلوغ:

يشترط في الزوجة المخالعة أن تكون بالغة والعبرة في الفقه الإسلامي لاعتبار المرأة بالغة هي بلوغ الطبيعي بظهور الأمارات الفيزيولوجية من إنزال وإنبات شعر العانة والحيض، وهذه العلامات تختلف من امرأة إلى أخرى وذلك راجع لأسباب مختلفة لذا يتعذر إلحاقها وتثبيتها بسن معين أو موحد².

هذا يطرح أمامنا إشكالية هل يصح الخلع الصادر عن الصغيرة؟

1- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص. 105.

2- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص. 226-227.

ذهب الفقهاء إلى القول بعدم اجازة خلع الصغيرة وذلك لقصور أهليتها، وذلك خلافا لجوازي زواجها، فمنهم من قالوا بأنه¹: "يصح خلع من الزوجة إذا كانت رشيدة أما الصغيرة إذا خلعت نفسها فخلعها باطل لقصور أهليتها"²، وآخرون رأوا أن خلع الصغيرة غير جائز وهو مكروه³، فإذا خالعت الصغيرة زوجها على عوض دفعته إليه فإن ذلك العوض لا يلزمها ويقع الطلاق بائن ويريد العوض كما يجوز خلع الأب عن ابنته الصغيرة كما ينكحها، فإن خلعت الصغيرة بإذن وليها لازم ذلك العوض ولا يردده الزوج إذا قبضه أما إن فعل ذلك بدون إذنه فللولي رده منه⁴، أما البعض الآخر⁵ فقال بعدم جواز خلع صغيرة سواء إذا صدر الخلع منها أو من وليها⁶، فيما قال الجزء الآخر أن جماع معرفة من يجوز خلعه من النساء أن ينظر إلى كل من جاز أمره في ماله فنجيز خلعه⁷، ومن لم يجز أمره في ماله فنرد خلعه، فإن كانت المرأة صبية لم تبلغ فاختلفت من زوجها بشيء قل أو كثره فخلعها باطل وكل ما أخذ منها مردود عليها⁸.

1- قول الحنابلة.

2- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج7، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص.223.

3- قول المالكية.

4- أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير برشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، ج2، بيت الأفكار الدولية للنشر، عمان، الأردن، 2007، ص.61-62.

5- رأي الحنفية.

6- محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الرسالة، تح: أحمد محمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1947، ص.197.

7- قول الشافعية.

8- محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، المرجع السابق، ص.199.

2. العقل:

اشترط الفقه الإسلامي أن تكون الزوجة المختلعة عاقلة غير مصابة بأي عارض من العوارض التي تصيب العقل فتؤثر على الإرادة إما بإنقاصها أو بإعدامها، هذا يدفعنا إلى تساؤل عن الخلع الذي يصدر من الزوجة المصابة بإحدى العوارض العقلية، هل يصح خلعها؟ ما هو حكمه؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنتطرق إلى الآراء الفقهية والتي كانت كالاتي:

I. خلع المجنونة:

يعد كمال العقل شرطاً لصحة الخلع وذلك لأن تبعاته و آثاره تحتاج تدبراً وتفكيراً عميقاً، فلا يتصور ذلك في الحالة التي تكون فيها فاقدة للعقل، إذا اعتبر الفقهاء الخلع الصادر عن المجنونة خلعا باطلاً.

II. خلع السفينة¹:

السفيه ليس فاقداً للعقل وإنما ناقص للأهلية، إلا أنّ الخلع الصادر من السفينة حسب إجماع الآراء الفقهية غير جائز، إلا إذا أقره وليها لأنها غير أهل للتصرف في مالها²، ومنهم من قال بأنه غير جائز جملة وتفصيلاً حتى وإن أقره الولي³.

1- السفينة هي التي تبذر مالها وتضعه في غير وجه شرعي.

2- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، 1993، ص. 157.

3- قال بهذا الرأي الحنابلة.

3. الإرادة:

يشترط في إرادة الزوجة المخالعة أن تكون إرادة حرة وأن تتجه لإيقاع الخلع دون وجود عيب من العيوب التي تشوب الإرادة فتعيبها.

ومن العيوب التي تغلب ويتصوره وجودها في الخلع نجد الإكراه، وفي حكم الخلع الصادرة عن الزوجة المخالعة والمكرهة، كانت أقوال الفقهاء متفقة جميعا على أن الخلع الذي تكره عليه الزوجة لا يلزمها دفع البدل فيه، أما من ناحية وقوعه عليها فقط انقسمت أقوالهم إلى قولين:

الرأي الأول القائل بأنه لا يقع قياسا على طلاق المكره لأن طلاقه لا يقع كما أن الخلع معلق على استحقاق الزوج للبدل، وما دام في هذه الحالة لا يستحق البدل، فلا يمكن أن يقع الخلع¹، أما الرأي الثاني فرؤوا أن الطلاق في خلع المكرهة معلق على مجرد قبولها، فإذا قبلت يقع ويعتبر طلاقا رجعيا².

— حالات خاصة بالمختلعة:

فضلا عما سبق هناك حالات خاصة بالمختلعة سنتطرق إليها فيما يلي من الناحية الشرعية لغياب التنظيم القانوني لها.

1- هذا الرأي قال به كل من أحمد بن حنبل والشافعي والمالكية.

2- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص. 124-125.

I. خلع المريضة مرض الموت:

المريضة مرض الموت تعتبر من الناحية الشرعية أهلاً لجميع تصرفات، بما أن مرضها لا يجب الحجر، وبما أنها كذلك فإن السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هل الخلع على اعتباره تصرف شرعي هو الآخر يعد من التصرفات الجائزة في مرض الموت؟ هل يقع عليها؟

ولقد اتفق الفقهاء على أن خلعها صحيح، ويقع على عاتقها دفع البدل إلى الزوج، لكن الفقهاء اختلفوا في مسألة مقدار العوض، فمنهم من قالوا بأن المريضة مرض الموت إذا خلع زوجها على مال فإن الخلع يقع ولا يتوارثان فيما بينهما إذا توفي أحدهما ولو كانت الزوجة في العدة حيث قال مالك إن اختلعت منه في مرضها فهو صحيح لم يجز ولم يرثها¹، ومنهم من ذهبوا إلى القول بإجازة خلع المريضة مرض الموت لكنهم قالوا فيما يخص العوض ألا يتعدى في قيمته ثلث التركة إذا زاد على مهر المثل لأنها مالكة لحق التصرف في مالها، ما عدا التبرعية منها لأنها غير مجازة في التبرع بأكثر من الثلث، أما إذا كان العوض بنفس قيمة مهر المثل فإنه نافذ أما إذا زاد عنه اعتبر باطلاً، وإن كان أقل من الثلث أو أكثر لكن الورثة أجازوه في حقهم كان له أخذه²، ومنهم من رأى أن الخلع جائز إذا صدر من المريضة مرض الموت أما العوض الذي تدفعه للزوج فينظر فيه إلى قيمته فإذا ساوى قيمته نصيبه من الميراث فإنه نافذ في حقه، أما إذا زاد عنه فيسقط عنه لأن حق الورثة تعلق به³، أما الجزء الآخر منهم فقالوا بجواز خلع المريضة، أما فيما يخص البدل فإن الزوج المخالع يستحق ما لا

1- رأي المالكية.

2- رأي الشافعية.

3- رأي الحنابلة.

يزيد عن قيمة الثلث من التركة¹، ولا عن قيمة نصيبه في الميراث²، بمعنى آخر فإن للزوج الحق قيمته الأقل من ثلاث فرضيات، أما ثلث التركة أو بدل الخلع نصبه في الميراث.

II. خلع الحائض:

سبق وأن تطرقنا في مسألة الطلاق إلى اشتراط الفقه أن يكون الطلاق في طهر، فإذا لم يكن فيه اعتبار طلاقاً بدعي فهل يمكن قياس نفس القول على الخلع هل يشترط وقوعه في طهر حتى يقال عنه أنه جائز.

إجابة هذا السؤال سبق وأن أجاب عنها الفقهاء حيث اتفق جميعهم على قول واحد في هذه المسألة فأجازوا الخلع الذي يكون في فترة النفاس أو الحيض أو الجنابة ولا يمكن قياس اشتراط الطهر الذي يكون في الطلاق على الخلع لأن إيقاع الطلاق في فترة عدم الطهر فيه ضرر للمرأة لأنه سيطيل العدة على المرأة، أما الخلع فالحكمة من مشروعيتها هي إزالة الأذى الذي تعيشه الزوجة في عدم إطاقتها لزوجها وعدم قدرتها على الاستمرار في حياتها الزوجية معه.

III. خلع المعتدة من طلاق رجعي:

قد تطالب الزوجة بالخلع وهي أصلاً تم تطليقها وتكون في فترة العدة وذلك لاعتبارها لا زالت في عصمة زوجها، يمكن له مراجعتها ما دامت العدة قائمة، أمام هذا الفرض يُطرح أمامنا تساؤل عن مدى جواز الخلع في فترة الطلاق الرجعي؟

1- رأي الحنفية.

2- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص. 108-109.

كانت أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية واضحة وذلك باتفاقهم على قول واحد وهو صحة خلع المعتدة من طلاق رجعي، كون الزوجة لازالت قائمة مع إمكانية مراجعتها فدفعاً لهذه الإمكانية يكون للزوجة الافتداء بالمال لتحرير نفسها من رباط الزواج¹.

IV. الخلع قبل الدخول:

قد يصدر الخلع أو المطالبة به في الفترة التي تكون فيها الزوجة غير مدخول بها بعد أي قبل البناء، وكون الدخول لم يقع هل يجوز الخلع؟

بهذا الصدد كانت الأقوال الفقهية بين من يعارض وقوع الخلع قبل البناء لاعتبارهم أن الخلع أجزى لرفع ضرر الذي وقع على الزوجة خلال حياتها الزوجية والتي لم تعد قادرة على الاستمرار فيها، فكيف يمكن رفع ضرر من حياة زوجية عن امرأة لم تعيش مع زوجها بعد فكيف لها أن تشتكي من عدم قدرتها على الاستمرار في علاقة زوجية.

بينما نجد في الجهة الأخرى أن الإمام مالك أجاز الخلع قبل الدخول معتبراً أن الزوجة من حقها المخالعة في أي وقت حتى وإن لم يتم الدخول بها².

يمكن القول فيما يخص الآراء الفقهية التي أتت بخصوص الأحكام الخاصة التي تخص المختلعة أنها صائبة ومنطقية، فعدم اشتراطهم لوقوع الخلع في طهر أمر معقول لأن الزوجة أدرى بحالها، كما أن ضرر الامتداد العدة أهون مقارنة بما تعيشه من ضرر كونها لم تعد قادرة على تحمل حياتها الزوجية،

1- عامر سعيد الزبياري، المرجع نفسه، ص. 124-125.

2- بن جناح أمين، المرجع السابق، ص. 37.

وكذا خوفها من الوقوع في معصية التقصير، لذا يمكن القول أن مطالبتها بالمخالعة في هذه الفترة وهي عالمة بأن فترة العدة ستطول يعتبر رضا ضمني بذلك وهذا من حقها ما دامت عاقلة وراشدة.

فضلا عن ذلك فإن إجازة الفقه الإسلامي للخلع الذي يكون خلال فترة الطلاق الرجعي قد أحسنوا صنعا لأن طلاق الرجعي لا يعد فكا نهائيا لرابطة الزوجية بل لا زالت قائمه ويمكن للزوج مراجعة زوجته ولكي تدفع عن نفسها إمكانية ردها لعصمته والعودة إلى علاقة هي لا تريدها كان لها الافتداء بنفسها دفعا للضرر.

بينما نجد أن الرأي الأول فيما يخص الخلع قبل الدخول هو الأرجح لأن الخلع فعلا يعد حقا ووسيلة للزوجة المتضررة جراء حياتها الزوجية، وهذه الرخصة والسبب التي من أجلها أجازت الشريعة الإسلامية الخلع غير متوفرة في حال كانت الزوجة لم يدخل بها.

ج. العوض (البذل) :

سنتطرق لمفهوم البذل ومشروعيته فيما يلي:

1. مفهوم العوض:

يقصد بالبذل في الخلع ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع ومؤدى هذا أن الخلع لا يتم بدون العوض¹. كما عرف بأنه كل ما تبذله الزوجة أو من ينوب عنها أو يقوم مقامها للزوج نظيره اختلاعها منه².

1- بن جناحي أمينة، المرجع نفسه، ص.50.

2- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.248.

أيضا نجد تعريفا آخر تعويض الخلع أو بدل الخلع هو ما تفتدي به المرأة نفسها لفك رابطة الزوجية قضاء من غير ضرر تشتكيه¹.

2. مشروعية استحقاق العوض:

إذا خافت المرأة أن تقع في معصية جراء تقصيرها في حقوق زوجها بسبب كرهها له وعدم إطاقتها له وللعيش معه، فإن لها تخلص نفسها من ذلك بطلب الخلع في هذه الحالة يكون للزوج أخذ العوض منها، وهذا ما قالت به الشريعة الإسلامية وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾²

وكذلك ما ورد في حادثه زوجة ثابت بن قيس حيث قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ، قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، فَقَالَ: أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا﴾، وعليه أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الثابت بن قيس أن يأخذ البدل فقط، وانطلاقا من ذلك قالت الفقهاء بعدم جواز أخذ أكثر من المهر وان زادت وجب ردها إلى الزوجة.

د. الصيغة:

تعد الصيغة الركن الرابع في الخلع والمراد بها أن ما ينعقد به الخلع وذلك يتمثل في إيجاب من أحد طرفي العلاقة الزوجية وقبول من الطرف الآخر، حيث قال كل من الحنفية والشافعية

1- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984، ص.301.

2- سورة البقرة، الآية 229.

أن الصيغة هي ما يتحقق به الإيجاب والقبول، أما المالكية والحنابلة فقالوا بأن الصيغة والمتمثلة بداية في الإيجاب هو ما صدر من المالك وهو الزوج، أما القبول فهو ما صدر من المملوكة وهي الزوجة. كما أن الصيغة تقوم على طرق متعددة، حيث تكون وأما بالمعاطاة أو بالإشارة ... وغيرها من وسائل التعبير عن الإرادة¹.

(1) التعبير عن الإرادة في الخلع بالمعاطاة

يقصد بالمعاطاة القيام بأفعال تدل على إرادة الأطراف في إيقاع الخلع، حيث تقوم الزوجة بفعل معين يستشف منه رغبتها في الخلع زوجها والذي يمكن اعتباره إيجاباً، بينما يتصرف الزوج بتصرفات يمكن اعتباره قبولاً كأن يتسلم منها العوض وألا يتدخل لمنعها من المغادرة وترك منزل الزوجية²، أو أن تضع مالا في يد زوجها على أساس أنه عوض ثم تغادر المنزل دون أن يعترض الزوج على خروجها في هذه المسألة كان رأي الفقه الإسلامي مقسماً إلى قولين:

أ. الأول³: كانت من أقوالهم: "وكفت المعاطاة، أي كأن تعطيه شيئاً على وجه يفهم منه أنه في نظير العصمة، ويفعل فعلاً يدل على قبول ذلك، كأن تكون عاداتهم إذا خلعت سوارها من يدها ورفعته له أنه طلاق"⁴

1- حسن عبد السميع إبراهيم، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، د.ن، د.م.ن، 2001، ص.69.

2- حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص.69.

3- أخذ بهذا الرأي المذهب المالكي وبعد الحنابلة والزيدية.

4- عامر سعيد الزبياري، المرجع السابق، ص.145.

ب. الثاني¹: رأوا أن الخلع لا يصح بالمعاطاة، حيث رأوا أيضا أنه لا اعتبار لها في إنشاء المخالعة من أصله حتى ولو اتجهت نية الطرفين إلى ذلك، حيث استدل الفقهاء في قولهم على الأدلة التالية:

— يعتبر الخلع وسيلة لرفع قيد النكاح ويكون بعوض، فإذا انتفى أو غاب اللفظ الذي يحل قيد النكاح فلا يمكن القول بإيقاعه.

— أخذوا بما ورد في حادثة ثابت بن قيس وزوجته، أين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿إِقْبِلِ الْحَدِيثَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِقَ﴾²

الراجح من الرأيين حسب ما جاء في أدلة كل مذهب هو الرأي الثاني، فالعرف حتى وإن اعتبر مرجعية تؤخذ بعين الاعتبار، غير أنه ضعيف مقارنة بما ورد في كل من القرآن والسنة التي أكدت في حادثة ثابت بن قيس على وجوب تلفظه بالطلاق عند قبضه للعوض، كما أن اتخاذ الأفعال التي تدل على نية المفارقة ليست كافية دون لفظ خاصة إذا كان الزوج قادرا على التلفظ بالطلاق.

التعبير عن الإرادة في الخلع باللفظ

تباينت آراء الفقهاء حول هذه المسألة، فأغلب الصيغ التي اتخذوها وقالوا بصحة الخلع بها نجد منها:

1- صرح بهذا القول كل من الشافعية والحنفية وما تبقى من الحنابلة.

2- حسني عبد السميع إبراهيم، الرجوع السابق، ص. 72.

أ. ما اشتق من الخلع كان يقول لها: خالعتك، اختلعي، اخلعي نفسك، اختلعتك، ولهذا قالوا بأنه يقع حتى بدون نية.

ب. لفظ برأتك: فإذا قال لها برأتك على مبلغ مالي مسمى وقبلت، وقع الطلاق بائنا، وألزمها ما تمت تسميته والاتفاق عليه، وإذا رفضت لم يقع الطلاق ولم يترتب في ذمتها شيء.

ج. لفظ باينتك: فإنه موضوع الخلع، فإن لم يسمى العوض وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى اتجهت نيته إلى الطلاق، وإن لم تقبل وكانت نيته الطلاق، طلقت وإلا فلا لأن المباينة لا تقع إلا إذا اتجهت النية إليها.

د. لفظ فارقتك: إذا ما سمى الزوج مالا وذكره وقبلته المرأة بانت منه وكان على عاتقها التزام ما سماه الزوج مع سقوط حقها في المهر، أما إذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولا يترتب في ذمتها أي التزام، أما إذا لم يسمى مالا وقبلته بانت منه وألزمه الطلاق.

هـ. لفظ الطلاق على مال: فإذا قال لها طلقي نفسك على مبلغ معين، فقالت قبلته وقع الطلاق بائنا وألزمها دفع ما تم الاتفاق عليه، أما إذا لم يذكر مالا كان تمليكا للطلاق لا من باب الخلع¹.

أما بخصوص الشروط الواجب توافرها في التعبير باللفظ نجد اتفاق الفقهاء حولها، حيث كانت:

1. أن يتم التعبير عن الإرادة في المخالعة لفظا بالتعبير عن الإرادة عن طريق الإيجابي والقبول.

1-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.1025.

2. أن يتطابق الإيجاب والقبول في ذات مجلس العقد.

3. ألا يعلق الخلع على شرط، لأن الخلع لا يصح في هذه الحالة لكنه يقع ويبطل الشرط.

4. أن يتفق على قيمة البدل.

3. التعبير عن الإرادة بغير اللفظ

إذا ما قلنا بتطبيق القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، فإنّ اللفظ يأتي في المرتبة الأولى كوسيلة للتعبير عنها، ثم إذا تعذر التعبير باللفظ تم اللجوء إلى الكتابة وإذا تعذر التعبير بالكتابة تم اللجوء إلى الإشارة، ومن الأسباب التي تدفع الشخص إلى اللجوء إلى الكتابة والإشارة للتعبير عن إرادته، نجد حالة ذي العاهتين، أما الإشارة فيلجأ إليها إذا كان الشخص غير قادر على الكتابة أو جاهلاً بها، هذا يدفعنا إلى التساؤل عن مدى صحة الخلع الذي يتم التعبير عن الرغبة في إيقاعه بغير اللفظ، وهذا ما سنتطرق لإيضاحه فيما يلي:

أ. التعبير عن الإرادة بالكتابة:

سبق وأن تطرقنا إلى شروط الواجب توافرها في الكتابة حتى تكون معتمدة وذات اعتبار شرعي، ولقد كانت آراء الفقهاء متباينة بخصوص التعبير عن الإرادة في الخلع من خلال الكتابة، حيث أنه وحسب جزء منهم تأخذ حكم اللفظ الصريح ما دامت مستبينة وواضحة¹، فلا حاجة إلى مصاحبتها بالنية لأن الخلع يقع صحيحاً في هذه الحالة، أما الجزء الآخر منهم اعتبروا الكتابة كاللفظ

1- رأي الشافعية وجزء من الحنابلة.

الكناي لا تقع إلا إذا صاحبته نية الكاتب أي صاحبها في إيقاع الخلع¹، واشتراطهم نية لا اعتبارهم أن من كتب العبارات قد لا تتجه نيته إلى إيقاع الخلع، بل كتبها وفقط، أو اتجهت نيته إلى شيء آخر غير الخلع².

والراجع من القولين هو القول الثاني، لأن الكتابة في بعض الأحيان قد لا تعبر عن نية الشخص الحقيقية، إلا إذا صاحبته نية أو أقر شخص وأكد أن رغبته ونيته اتجهت إلى المخالعة، هنا يمكن اعتبارها كاللفظ الصريح.

فقد يتم التعبير عن الإرادة بالكتابة لكن هذا يكون في مجلس العقد بين الحاضرين وطرفي العلاقة الزوجية، فهل يختلف حكم هذه الكتابة عن سابقتها؟

ب. التعبير عن الإرادة بالإشارة :

قد يتم اللجوء إلى التعبير عن الإرادة في الخلع من خلال الإشارة على فرضين الأول من العاجز عن الكلام (ذي العاهتين)، أو من غير العاجز لكن يعبر عن إرادته بالإشارة وفيما يلي سنتطرق لحكم كل حالة:

1. التعبير بالإشارة عند العاجز:

اختلف الفقهاء في إعطاء حكم موحد حول الحالة التي يكون فيها طرفي علاقة الزواج عاجزا عن الكلام فيعبر عن إرادته في الخلع عن طريق الإشارة فكانت أقوالهم مقسمة إلى ثلاثة أقسام:

1- رأي كل من المالكية الحنفية والحنابلة.

2- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص. 159.

— أولها¹: اعتمدوا صحة التعبير عن الإرادة باللفظ وصحة الخلع الواقع به مطلقاً دون أن يتطرقوا

إلى مسألة تفصيلية فيما إذا كان المعبر بالإشارة قادراً وعالمًا بالكتابة أم لا معتبرين التعبير

بالإشارة كأنه تعبير باللفظ، كما أن شرع قضى باعتماد الإشارة والاعتداد بها في العبادات

فوجب الأخذ بها في المعاملات من باب القياس².

— ثانيهما³: فرقوا بين الحالة التي يكون فيها الأخرس قادراً على الكتابة من عدمها، فإذا كان

قادراً على الكتابة فلا يعتد بالإشارة لأن الكتابة أقوى منها من ناحية الاعتداد بها، أما إذا

كان غير قادر يمكن القول بصحتها.

— ثالثهما⁴: قالوا بصحة تصرفات الآخرين التي تكون عن طريق الإشارة مطلقاً⁵.

الرأي الراجح هو الرأي الأول لأن الإشارة المفهومة يمكن من خلالها معرفة رغبة الشخص في

الخلع وكذا التأكد من وجود القصد والنية في ذلك، كما أن حاجتهم المتعلقة بقبول العبادات بالإشارة

فبقياس المعاملات عليها وجب قبول الخلع المعبر عنه بالإشارة حجة منطقية وقوية.

1- أخذ به الحنفية والمالكية والشافعية.

2- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية، تح: شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زادة، ج3، شركة مكتبة معفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، د.س.ن، ص.492.

3- أخذ به كل من الحنفية والشافعية.

4- أخذ به جزء من الشافعية.

5- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تح: علي محمد معوض، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص.461.

2. التعبير بالإشارة من غير العاجز:

إذا كان طرفي العلاقة قادرين على الكلام أو كانا قادرين على التعبير بالكتابة فلا يعتد بتعبيرهما بالإشارة في هذه الحالة ويعد الخلع المعبر عنه في هذه الحالة باطلاً لأسبقية الكلام والكتابة عن الإشارة.

الملاحظ أن كل الطرق التي اوردناها عالجها الفقه الإسلامي أما من جهة القانون فقد تطرق المشرع إلى طرق التعبير عن الإرادة نص المادة 10 من قانون الأسرة حيث نصت: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً، ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفاً كالكتابة والإشارة"، فالمستشف من نص المادة أنها متعلقة بطرق التعبير عن الرضا من خلال الإيجاب والقبول اللذان يتم التعبير عنهما عن طريق اللفظ بالدرجة الأولى، ثم بالطرق البديلة من كتابة وإشارة متى تعذر اللفظ، لكن هذه المادة متعلقة بالتعبير عن الإرادة بالزواج، أما في الخلع فنجد أن المادة 54 من قانون الأسرة لم تنص على تنظيم المسألة المتعلقة بكيفية التعبير عن الإرادة في الخلع، لكنه أحالنا بموجب نص المادة 222 إلى الشريعة الإسلامية التي اعتمدته مسبقاً نفس الطرق المنصوص عليها في نص المادة 10 السابقة الذكر، لكن هذه الطرق المنصوص عليها فقهاً أو السابقة الذكر في نص المادة 10 لا يمكن الأخذ بها في اتفاق الزوجين على الخلع وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة والذي ألغى شرط موافقة الزوج، أين أصبحت الزوجة وحدها من تتولى الخلع وللقاضي الفصل في مسألة العوض إذا لم يتفق الطرفين على تحديد قيمته، لذا لا يمكن القول بوجود حاجة إلى مجلس العقد أو تطابق الإيجاب

مع القبول إلا في مسألة العوض أين أعطى المشرع الخيار لهما للاتفاق عليه، عدا ذلك لا يمكن القول بالأخذ بطرق التعبير عن الإرادة فيما يخص العوض فقط شروط

ثانيا: أركان الخلع في قانون الأسرة

المتصفح لقانون الأسرة والباحث فيه يجد أن المشرع تطرق لموضوع الخلع في المادة 54 من قانون الأسرة بقوله: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي لما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وهذه المادة تعد المادة الوحيدة التي عالج فيها المشرع موضوع الخلع دون التطرق إلى المسائل التفصيلية له تاركا الأمر للفقه الإسلامي بموجب نص المادة 222 من ذات القانون، غير أنه يمكن استنتاج بعض الأحكام العامة من النصوص القانونية الواردة في ذات القانون، فإذا تكلمنا عن طرفي الخلع بما أنهم حسب ما ورد في الفقه الإسلامي يعتبران ركن من أركان الخلع فإن المشرع سبق وأن تطرق إلى مسألة الأهلية الخاصة بطرفي عقد الزواج¹، أين نص في المادة 07 من قانون الأسرة 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"، فإذا كان المشرع قد سبق له اشتراط بلوغ السن القانونية للزواج وجعلها كقاعدة عامة وجوب إتمام 19 سنة مع وجود استثناء بإعطاء ترخيص في حالة القصر متى توافرت الضرورة أو المصلحة، فيمكننا القول أنه وبتبعية يجب أن يكون الزوج والزوجة كاملتي الأهلية في الخلع.

1- مريم سعدون، "الخلع كآلية من آليات فك رابطة الزوجية"، مجلة التربية والتنمية، جامعة أحمد درارية، أدرار، مج02، ع01، مارس 2023، ص.57.

كما أن سن 19 سنة وحده لا يكفي لاعتبار الطرفين كاملي الأهلية، إنما يشترط لاعتبار الشخص كامل الأهلية أن يكون متمتعاً بقواه العقلية، وهذا الشرط أيضاً يكشف طبقاً للقواعد العامة للقانون وذلك بموجب نص المادة 85 من ذات القانون والتي نصت صراحة على: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حال الجنون أو العته أو السفه". وعليه، يمكن القول أن المشرع يعتبر الخلع الصادر عن هذه الفئة باطلاً لأنه اشترط العقل في الزوجين¹.

كما أنه إذا عدنا إلى طبيعة الخلع التي تقوم على المعاوضة بدفع البذل إلى الزوج فإنه التصرفات التي تقوم على المقابل والعوض وطبقاً للقواعد العامة يشترط فيها العقل وتتمام السن القانوني، وهذا ما نصت عليه المادة 203 من قانون الأسرة التي نصت صراحة على أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً 19 سنة وغير محجور عليه، وعليه فإذا كانت الهبة من التصرفات التي يشترط فيها العقل والبلوغ القانوني، فإنه وقياساً على ذلك يشترط في الخلع ذات الشروط².

غير أنه وجب للإشارة إلى الاستثناء الوارد في المادة 07 من ذات القانون والتي قالت بجواز زواج القصر بترخيص من القاضي والتي دعمها المشرع بنص الفقرة الثانية منها بقوله يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات فإذا كانت الزوجة قاصرة ولحقها ضرر من زوجها الذي رخص من المفروض لوجود مصلحة لها فإن للقاضي السلطة التقديرية

1- مريم سعدون، المرجع نفسه، ص. 57.

2- بن جناحي أمينة، المرجع السابق، ص. 45.

في الموافقة على دعوى الخلع المرفوعة من طرفها واعتبارها قاصرة مرشدة وذلك دفعا للضرر الذي يقع عليها من زواجها وعلاقتها الزوجية.

أما فيما يخص العوض فإن المشرع نص بموجب المادة 54 من قانون الأسرة على: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المادي للخلع، يحكم القاضي بالطلاق بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فالمستنتج من نص المادة أن المشرع ترك مسألة تقدير العوض لاتفاق الطرفين بالدرجة الأولى فإذا لم يصل الطرفين إلى اتفاق يرضيهما معا كان للقاضي الحكم بقيمه عوض لا يتجاوز قيمته صداق المثل.

أما فيما يخص الصيغة فإن المشرع ترك مسألة تنظيمها للقواعد العامة للتعبير عن الإرادة دون أن يفصل فيها في مسألة الخلع على وجه التحديد.

الملاحظ من هذا التعليل أن النصوص القانونية العامة وقواعد الشريعة الإسلامية تعد مرجعية في ظل شح النصوص القانونية المنظمة للخلع وهذا يمكن اعتباره ثغرة قانونية تستوجب تداركها من طرف المشرع وذلك بإعطاء المسألة حقها من التنظيم القانوني بزيادة النصوص المفصلة لها.

والأركان وحدها لا تكفي لصحة التصرف، وهذا طبقا للقواعد العامة بل يجب توافر مجموعة من الشروط، لذلك وفي الفرع الموالي سنتطرق للشروط الواجب توافرها لصحة الخلع من الناحية الشرعية والقانونية.

الفرع الثاني:

شروط الخلع

فضلا عن وجوب توافر أركان بقاء الخلع صحيحا وجب توافر مجموعة من الشروط سنتطرق إليها فيما يلي من الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة.

أولا: شروط الخلع في الفقه الإسلامي

اشترط الفقه توافر شروط لاعتباره صحيحا وتتمثل هذه الأخيرة في:

أ. أن تكون علاقة الزوجية قائمة، فمثلا لا يمكن أن يقع الخلع في عقد الزواج الفاسد كما لا

يمكن أن يقع إذا ما كانت المخالعة عن رجل أجنبي، أي أن الزوجة يجب أن تخالع زوجها فلا

يقع خلع الأجنبي¹.

ب. أن يكون تطابق الإيجاب والقبول في مجلس العقد.

ج. أن تكون زوجة محلا للخلع، لا يمكن أن يخالع الزوج زوجته المرتدة².

د. أن يقع الخلع بين زوجين متمتعين بأهلية كاملة.

هـ. أن تتوافر أركان الخلع من صيغة تدل على معنى الخلع وعوض تقدمه الزوجة³.

1- عيد عامر الزبياري، المرجع السابق، ص. 93.

2- آيت شاوش دليمة، إنهاء رابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014/2013، ص. 318.

3- المستاري نور الهدى، الخلع: دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص. 46.

ثانيا: شروط الخلع في القانون

بالعودة إلى تنظيم مسألة الخلع في قانون الأسرة فإنه وكما سبق القول أن المشرع لم يفصل في موضوع الخلع ونص عليه فقط في مادة واحدة، وعليه يمكننا القول أن المشرع لم يتطرق لمسألة الشروط الواجب توافرها في الخلع، غير أنه ومن المعقول وبموجب ما نص عليه المشرع في المادة 222 من ذات القانون التي تحيلنا إلى الفقه الإسلامي ومقتضياته، فيمكننا القول بوجوب تطبيق نفس الشروط فشرط قيام الزوجية شرط منطقي إذ لا يمكن تصور خلع من غير علاقة زوجية وحتى عقد الزواج الفاسد ينحل بقوة الشرع فلا حاجة للمخالعة، كما أن الخلع إذا اشترط في صدوره وقوعه من الزوجين فإنه لا يتوقع أن يتلفظ به لأجنبي (كما هو الحال في الطلاق أن يتوقف على إجازة الزوج).

كما أن شرط الأهلية الواجب توافرها في الزوجين سواء كمالها من ناحية السن أو القوى العقلية فإنه شرط منطقي وسبق وأن تطرقنا إلى هذا الشرط بالتفصيل في أركان الخلع وقلنا بأهميته، لأن الخلع يعد خطوة خطيرة جدا كونه يفك رابطة الزوجية التي تعد رباطا لطالما حافظت عليه الشريعة الإسلامية وأولته أهمية خاصة، لما لفك رابطة الزوجية من توابع وخيمة سواء على الطرفين أو على الأطفال وحتى المجتمع ككل، لذا يجب أن يكون الطرفين على علم ودراية بهذه العواقب فلا يتصور ذلك في حالة عديم الأهلية أو ناقصها إلا في حالة الضرورة التي ترخص لناقص الأهلية بسبب السن المطالبة بالخلع في حال كانت الزوجة القاصر متضررة من زوجها دفعا للضرر عنها.

كما أن شرط أن تكون كل الأركان المتوفرة فإنه وطبقا للقواعد العامة للتصرفات أو العقود أي تخلف لأي ركن من الأركان يؤدي إلى بطلان التصرف فإذا تخلف أي ركن من أركان الخلع يبطل هذا الأخير بالتبعية.

بتحليلنا لجميع الشروط نجد أنها منطقية والمشرع بما أنه ترك المجال أمام الفقه الإسلامي في حالة عدم وجود نص تشريعي ينظم المسألة، فإنه يمكن القول بوجود توفر هذه الشروط قانونيا.

وفضلا عن وقفنا على اركان الخلع والشروط الواجب توافرها لصحته من الناحية الشرعية والقانونية، وجب أيضا كتبعة لذلك معرفة تكييفه الفقهي والقانوني وذلك لما شابه من غموض ونزاعات حوله، ومن خلال المبحث لموالي سندرس هذه المسألة بالتفصيل.

المبحث الأول:

المسؤولية المتناسبة مع الخلع في ظل تكييفه

الخلع وسيلة لفك رابطة الزوجية متى لم تعد الزوجة قادرة على مواصلة الحياة الزوجية ولم تعد راغبة في زوجها، والخلع شأنه شأن الزواج والطلاق خطوة جد مهمة وخطيرة تستوجب توافر أركان وشروط لصحة التصرف وحتى يكون منتجا لأثره من الناحية الشرعية والقانونية وتختلف هذه الأركان أو الشروط من شأنه التأثير على صحة الخلع وعلى أثاره، ومن خلال هذا المبحث سنتطرق لمعالجة تكييف الخلع وتنظيمه القانوني والفقه، سنعالج التكييف الفقهي والقانوني للخلع في (المطلب الأول)، وأركان الخلع وشروطه في (المطلب الثاني)

المطلب الأول:

التكييف الفقهي والقانوني للخلع

مسألة إعطاء تكييف للخلع لطالما كانت مسألة شائكة ومحل اختلاف بين كل من فقهاء الشرع والقانون، فكان ولازال مجالا خصبا للدراسات الفقهية وذلك نظرا لأهمية الخلع البالغة، كونه من طرق فك رابطة الزوجية والتي تعد من أخطر القرارات التي يتخذها الانسان في حياته. وفيما يلي محاولة لتبيان وجهات النظر التي حاولت الفصل في الموضوع.

الفرع الأول:

التكييف الفقهي للخلع

اختلفت الآراء الفقهية في تكييف الخلع فيما إذا كان طلاقاً أو فسخاً فكانت الآراء منقسمة

إلى قولين:

أ. الأول: الخلع حسب هذا الرأي¹ طلاق بائن لا رجعة فيه، ويحتسب من عدد الطلقات

الثلاثة التي يملكها الزوج، ومن ثم إذا كان الزوج قد تلفظ بالطلاق مرتين من قبل، ثم خلعت

زوجته اعتبر الخلع طلاقاً ثالثاً.

لقد استند فقهاء هذا الرأي في تدعيم قولهم إلى قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿اقْبَلِ الْحَدِيثَ

وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً﴾، فالحديث يدل صراحة عن أن الفرقة في الخلع طلاق وليس فسخ².

ب. الثاني: هذا الرأي القائلون به يعتبرون الخلع فسخاً³، معتمدين في قولهم إلى أن النبي أمر

المختلعة أن تعتد حيضة واحدة، فلو كان طلاقاً لاعتدت عدة الطلاق، لكن الشيخ الألباني

اعتبر الحديث المتعلق بعدة الخلع غير صحيح وسنده ليس له أساس من الصحة، فأفتى به بأن

عدة المختلعة هي عدة الطلاق⁴.

1- قال بهذا القول كل من الحنفية والمالكية والشافعية.

2- بن حمودة مختار، "الخلع شروطه وآثاره بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مج 13، ع 02، 2020، ص.720.

3- وهو قول أمير المؤمنين عثمان بن عفان، بن عمر، أحمد بن حنبل، داوود، بن علي الظاهري والمذهب الشافعي.

4- بن حمودة مختار، المرجع السابق، ص.720.

الراجح من القولين بالنظر إلى الأسانيد المعتمدة عليها يمكن القول أنه الرأي الأول، فالخلع طلاق، لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَطَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً﴾ هو دليل قاطع على ذلك، فلو لم يكن طلاقاً لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "طَلَّقَهَا"، فالرسول صلى الله عليه وسلم لا ينطق عن الهوى بل هو وحي يوحى، فلو كان فسخاً لاختلف قوله، ولما أقر أيضاً بالعوض للزوج الذي يمكن اعتباره نوع من التعويض عن الفراق شأنه شأن المتعة التي يعطيها الرجل للمرأة عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فالخلع حق في يد المرأة يكون لها اللجوء إليهما متى خافت التقصير في حق زوجها إذا استحالت الحياة الزوجية بينهما ولم تعد قادرة على الاستمرار في علاقتها الزوجية معه.

على غرار الفقه الإسلامي فالتشريع هو الآخر تطرق لتكييف الخلع وتحديد طبيعته القانونية، وذلك دفعا لأي لبس قد يعتريها وتحديد ما يترتب عنه من آثار وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

التكييف القانوني للخلع

شرع الخلع من طرف الشريعة الإسلامية دفعا للأذى والضرر عن الزوجة الكارهة لزوجها وعشرته، والقوانين الوضعية بما فيها الإسلامية سارت على نفس الخطى مجيزة للخلع، ونجد التشريع الجزائري من ضمن هذه التشريعات إلا أن مسألة تكييف الخلع من الناحية القانونية في التشريع الجزائري كان مسألة خلاف وذلك راجع إلى التعديل القانون الذي عرفه قانون الأسرة والذي مس مسألة الخلع، وفيما يلي سنحاول التطرق إلى المرحلتين والوقوف على الطبيعة القانونية للخلع.

أولاً: طبيعة الخلع القانونية وفقاً لقانون 84-11:

نصت المادة 54 من قانون الأسرة في صياغتها القديمة قبل التعديل على: "يجوز للزوجة مخالعة نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه"، فالنص جاء في صيغة عامة لا تدل ولا توحى في دلالتها على تكيف الخلع إذا ما كان حقاً أصيلاً للزوجة تستعمله متى أرادت، شأنه شأن الطلاق الذي يعد كذلك في يد الزوج، أو هو مقيد بموافقة الزوج عليه ورضاه به، أمام هذا الغموض الذي اكتنف نص المادة اختلفت الآراء الفقهية القانونية حول طبيعة الخلع وكل رأي من الآراء استند على أسانيد مستمدة من الشريعة الإسلامية، وذلك لأن النص المادة 222 من قانون الأسرة يحيلنا إليها في حال غياب السند القانوني وعليه كانت الآراء كما يلي:

1. الرأي الأول: الخلع عقد رضائي، هذا الرأي تبناه أغلب الفقهاء القانون وشراحه، حيث قالوا الخلع يقوم على مبدأ الرضائية¹، بإرادة الزوجة لا تكفي وحدها في الخلع بل يجب أن يرضى به الزوج.

لذا يمكن القول أن الخلع يقوم على إرادة الطرفين معاً، فنجد أن إحدى التعريفات التي أتت في موضوع الخلع والتي تبنت صراحة هذا الرأي "الخلع عبارة عن عقد اتفاقي وثنائي الأطراف ينعقد عادة بدفع الزوجة لمبلغ من المال مقابل طلاقها وقبول صريح من الزوج لهذا الغرض وللطلاق"²

1- شوقور فاضل، "تعديل المادة 54 من قانون الأسرة بين تقييد الطلاق وتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، مج 06، ع 02، 2021، ص. 99.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 248.

هذا التعريف يستنتج منه أن الخلع ما هو إلا عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة والمرجو منه حل رابطة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض يقدمه أحد طرفي العلاقة وقبول الطرف الآخر¹.

2. **الرأي الثاني:** الخلع غير رضائي، بل هو تصرف بإرادة منفردة تلجأ إليه الزوجة متى أرادت ذلك دون الحاجة إلى موافقة الزوج عليه، فالمستنتج أن المشرع في نص المادة 54 السابقة الذكر قصد من الاتفاق المذكور فيها ألا ينصب على الخلع في حد ذاته وإنما ينصب على العوض الذي تقدمه الزوجة للزوج مقابل المخالعة. فإذا لم يتم الاتفاق حوله تم اللجوء إلى القاضي ليفصل في قيمته، وقد وجدت العديد من القرارات القضائية التي سارت على نفس الخطى معتبرة الخلع غير الرضائي².

ثانيا: طبيعة الخلع القانونية وفقا للأمر 05-02:

التعديل الذي مسّ نصوص القانون الأسرة بما فيها نص المادة 54 منه والذي فصل النزاع الذي كان قائم بنصه على: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المادي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

1- عماري نور الدين، المرجع السابق، ص.109.

2- م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 103793، الصادر بتاريخ 19/04/1994، ن ق، ع52، 1997، ص.106.
م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم 115118، الصادر بتاريخ 19/04/1994، م ق، 1998، ص.120.

يظهر جلياً من التعديل الذي مس نص المادة أن المشرع اعترف صراحة أن الخلع حق أصيل بيد الزوجة ولا اعتبار لإرادة الزوج فيه مزيلاً بذلك كل الغموض والتناقض الذي كان موضوع الخلع يتخبط فيه¹.

فيمكن القول أن الخلع شأنه شأن الطلاق حق في يد الزوجة تمارسه متى أرادت دون أن تتقيد بموافقة من الزوج أو من الغير، كما نلاحظ أن المشرع أورد المادة المتعلقة بتنظيم الخلع في الباب الثاني مع الطلاق تحت عنوان انحلال الزواج، وفي سلسلة طرق انحلال الرابطة الزوجية بعد نصه على التطليق كصورة لذلك أيضاً، ففي هذا أيضاً اعتراف صريح منه على أن الخلع طلاق به تنحل رابطة الزوجية. ولقد سارت المحكمة على خطى هذا التعديل وظهر ذلك جلياً في قراراتها²، وذلك راجع إلى أن القضاء مهمته تطبيق النصوص القانونية بما هي عليه في حال وضوحها.

الخلع يختلف في طبيعته عن الطلاق على رغم من أن كلاهما يفك قيد الزواج، وهذا الاختلاف في التنظيم يعتبر الزوج طرفاً في الخلع بخلاف الزوجة في الطلاق التي ليست طرفاً في الطلاق، وفي الفرع الموالي سنوضح مدى اشتراط موافقة الزوج في الخلع.

1- ذبيح هشام، دبابش عبد الرؤوف، "حق التقاضي في الخلع للزوجة بين قانون الأسرة والشرعية الإسلامية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مج 06، ع 01، ص. 248.

2- م.ع.غ.أ.ش، الملف رقم 656259، الصادر بتاريخ 2011/09/15، م.م.ع، ع 01، 2012، ص. 318. م.ع.غ.أ.ش، الملف رقم 336380، الصادر بتاريخ 2005/07/13، ن.ق، ع 61، 2006، ص. 328.

الفرع الثالث:

مدى اشتراط موافقة الزوج على الخلع ومدى تدخل القاضي فيه

بما أن مسألة الفصل وإقرار المخالعة بين الزوجين تكون برفع الدعوى أمام القضاء، فإن القاضي ومن تكون له السلطة في تقييم القضية وله واسع النظر في إيقاع الخلع من عدمه، وهذا هو المفترض في عمل القاضي، لكن هل منحت له هذه الصلاحيات حقاً وهل له الحق في إجبار الزوجة على الخلع بمقتضى سلطته التقديرية؟

قبل التطرق إلى موقف الفقه من مدى إمكانية إجبار قاضي للزوج على المخالعة، وجب أولاً استعراض رأيهم حول دور القاضي في الخلع وعن إمكانية المخالعة دون رفع دعوى أمام القضاء، حيث كانت آرائهم كالتالي:

قال جمهور الفقهاء بصحة الخلع بدون حاكم ولا يشترط صدوره عن حاكم لكي يقع، حيث جاء في قولهم الخلع جائز عند السلطان وغيره لأنه عقد يعتمد التراضي كسائر العقود وهو بمنزلة الطلاق بعوض وللزوج ولاية إيقاع الطلاق ولها ولاية الالتزام بالعوض فلا معنى لإشراك حضرة السلطان¹. قال بهذا الرأي جماعه من التابعين²، حيث ذهبوا إلى القول بأن الخلع لا يكفي فيه تطابق إرادتي الزوجين بل وجب أن يرفع قضيتهما للحاكم لينظر فيها ويحكم بإيقاع الخلع³.

1- محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المرجع السابق، ص.174.

2- من التابعين نجد ابن سيرين، أبو عبيد... وغيرهم.

3- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2016، ص.130.

الراجح من القولين هو الرأي الثاني على الرغم من عدم إنكار صحة الرأي الأول، كون الخلع لا يشترط لوقوعه صحيحاً أن ينظر فيه أمام القضاء، غير أن الاحتكام إلى القاضي وفصله في القضية وبإيقاع الخلع وعلى عوض يتم تسميته باتفاق الطرفين يعتبر بمثابة إسهاد على الخلع. أما فيما يخص موقف الفقه من تدخل القاضي لإجبار الزوج على الخلع فإن الآراء الفقهية تبنت في قولها وانقسمت إلى قسمين:

1. الأول: ذهب إلى القول به جمهور الفقهاء حيث قالوا بأن القاضي ليس له السلطة على إجبار الزوج على الخلع، لأن الخلع لا يقوم إلا على رضا الطرفين به كونه من عقود المعاوضة التي لا تستقيم إلا برضا الطرفين، كما أن الزوج ممنوع شرعاً من إجبار الزوجة على دفع عوض معين لكي تفتدي بنفسها، فقياساً على ذلك لا يكون للزوجة ولا للقاضي إرغام الزوج على قبول العوض¹.

2. الثاني: ذهب إليه بعض من الفقه حيث قالوا بأن للقاضي القدرة على إجبار الزوج على الخلع لأن الخلع حق مخول للزوجة لا يشترط موافقة الزوج عليه، كما هو الشأن في الطلاق فهو حق بيد الزوج ولا يشترط موافقة الزوجة عليه².

الراجح من القولين هو الرأي الأول فالقاضي مهمته لا تكمن في إرغام الناس وإنما في المصادقة على طلباتهم وسلطة القاضي محدودة بقوة القضاء، فهو مخول بتكريس مبادئ العدالة التي يمكن أن تتنافى مع إرغامه للزوج على الخلع.

1- بن جناحي أمينة، المرجع السابق، ص. 73.

2- بن جناحي أمينة، المرجع نفسه، ص. 74.

أما من منظور المشرع فإنه سواء في قانون 84-11 أو الأمر 05-02 نص على حدود سلطة القاضي في الخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة، وذلك بقوله: "...يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، وعليه نجد أن القاضي سلطته تكمن فقط في حالة ما إذا لم يتفق الطرفين على قيمة العوض، أن يقوم بالفصل في القضية بإعطاء الزوجة عوضاً يمثل قيمة مهر المثل وقت صدور الحكم، فبمعنى آخر أن القاضي ليس له أية سلطة للتدخل في القضية أو إرغام الزوجة على الخلع أو على قبول عوض، لأن ذلك يتنافى مع مهمته التي خوله إياها التشريع.

طبيعة الخلع الفقهية أو القانونية تثير معها مسألة أخرى تتمثل في طبيعة المسؤولية التي تحكم الخلع، والتي تستوجب منا الدراسة لأهميتها ولترابطها بموضوع الخلع واعتبارها جزءاً لا يتجزأ منه وهذا ما سنقوم به في الفرع الموالي

الفرع الرابع:

علاقة المسؤولية التقصيرية بالخلع

الخلع حسب كل ما قيل في الأقوال الفقهية أو القانون هو حق، ومخالعة الزوجة لزوجها تدخل ضمن ممارسة الزوجة لحقها هذا، فإذا كانت ممارستها وفق الحدود المرسومة له شرعاً وقانوناً هنا لا يمكن أن تثور أي إشكالات ولا يمكن محاسبة الزوجة، إلا أنه ومتى حادت الزوجة عن الحدود ومارست حقها بشكل فيه إضرار بالزوج هنا تقوم مسؤوليتها المدنية في شقها التقصيري استناداً على التعسف في ممارسة الحق المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني، فيستحق الطرف المضرور

التعويض عن الأضرار التي لحقته سواء المادية منها أو المعنوية، ويكون القاضي هو المسؤول عن تقرير تعويض يتناسب مع الضرر وجسامة الخطأ أخذا بعين الاعتبار ظروف الطرفين وحديثات القضية.

من جهة أخرى وحسبما ورد في التعاريف فإن الخلع يكون على عوض مالي إما يتفق عليه الطرفين وفي حالة اختلافهما حوله كان للقاضي الحكم بصداد المثل، وهذا الاتفاق بين الطرفين هو ما أخلط الأمر على الفقهاء ودفعهم إلى القول برضائية الخلع كما سبق وأن رأينا، لكن هذا الاتفاق متى وقع كان لازما للطرفين فالزوجة ملزمة بتأدية ما أتفق عليه، والزوج ملزم بأخذ ما قبل به في الاتفاق، أي أن الإيجاب والقبول تطابقا على قيمة معينة، هنا لنا أن نتساءل في حالة تم الخلع وأنكلت الزوجة بالاتفاق، ما طبيعة المسؤولية التي تقوم في حقها؟

هنا القول واضح فسنحتكم لقواعد المسؤولية العقدية فيما يخص بدل الخلع وفقط لأن الاتفاق كان بخصوصه وليس على الخلع ذاته، فتبادل الإيجاب والقبول تعلق بمقابل الخلع فقط، فنعتبره عقدا رضائيا هنا وتعتبر الزوجة مخلة بالتزامها متى رفضت تقديم ما اتفق عليه وللزوج المختلع مطالبتها بتنفيذ التزامها وللقاضي أن يحكم بذلك ويلزم الزوجة بدفع العوض المتفق عليه متى تأكد من صحة ادعاء الزوج فعبء الإثبات سيكون على عاتقه بكل تأكيد.

إذن يمكن القول أن الخلع يحمل في طياته نوعين من المسؤولية تقصيرية وعقدية، تقصيرية متى تعلقت بممارسة حق الخلع ذاته أو أحد الحقوق المتفرعة عنه بشكل متعسف فيه، وعقدية متى أخلت الزوجة بالتزامها بأداء العوض المتفق عليه مع الزوج مقابل الخلع والافتداء بنفسها.

بعد تحديد مفهوم الخلع وحكمه الشرعي وكذا طبيعته القانونية والفقهية والمسؤولية التي تحكمه في ظل التكليف الذي كُيف به وجب كخطوة موائية تحديد إطاره التنظيمي من خلال دراسة أركانه وشروطه على اعتبار أنها الأساس في قيامه وهذا سنقوم به في المطلب الموالي.

مما سبق قوله في ماهية الخلع يتبين لنا البعد المقاصدي الذي شرع من أجله الخلع يكمن في حماية الزوجة وتخليصها من علاقة لم تعد قادرة على تحملها، خاصة إذا تعنت الزوج في تطليقها، فلا يمكن من ناحية إجبارها على البقاء والاستمرار في علاقتها معه، ولا إجباره على تطليقها فيكون الخلع هو السبيل لخلاصها، لكن هذا لا يعني أن تتعنت هي الأخرى لتمارس حقها فيه بشكل متعسف فيه وتضر بالطرف الآخر، وللوقوف أكثر على هذه المسألة بذات خصصنا المبحث الموالي لآثار الخلع والتعسفات الواردة عليه.

المبحث الثاني:

التعسفات التي تقع على الخلع

أي تصرف مهما كان سواء تصرفاً شرعياً أم قانونياً له آثار، والخلع هو الآخر له آثار وتبعات، تتطابق وتتداخل في مضمونها مع آثار الطلاق حيث تنقسم هي الأخرى إلى آثار مالية وأخرى معنوية، كما أن هذه الآثار تعد في ذات الوقت حقوقاً قد يرد عليها التعسف إذا لم يتم تجاوز الحد الشرعي والقانوني لممارسة الحق، كما أن لتعسف قد يرد على حق الخلع في حد ذاته، كما قد

يرد من قبل الزوجة أو الزوج، فإذا لحق ضرر بأي طرف استوجب ذلك جبر الضرر عن طريق التعويض، كل هذا وغيره سنتناوله بالتفصيل فيما يلي:

المطلب الأول:

التعسفات الواردة على الخلع

بالرجوع إلى طبيعة الخلع وطبيعته القانونية، واعتباره من قبل المشرع أنه حق أصيل بيد الزوجة يكون لها ممارستها كيفما شاءت ومتى اضطرت إلى ذلك، غير أن الخلع حتى وإن كان حقاً فإنه طبقاً للقواعد العامة في ممارسة الحقوق وجب عدم تجاوز الحدود المسموح بها شرعاً وقانوناً في استعمال الحق والإضرار بالغير لأن ذلك يعتبر تعسفاً، ومن خلال ما يلي سندرس التعسفات الواردة على الخلع (الفرع الأول)، ثم التعسفات الواردة على الحقوق الواردة على حق الخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

التعسف في ممارسة حق الخلع

الخلع نوع من أنواع الطلاق التي أقرها الشرع والقانون، تلجأ إليه الزوجة متى انتهت السبل في الاستمرار في العلاقة الزوجية، بل أن استمرارها سيزيد في نفور الزوجين وكثرة المشاحنات والشقاق، مع رفض الزوج لفكرة الطلاق، لكن هذا الحق المخول لها مقيد بعدم استسهاله واللجوء إليه من أجل الإضرار بالغير، أو دونما وجود سبب حقيقي يدعوها لذلك، وقد لا تلجأ الزوجة إليه من تلقاء نفسها بل يدفعها الزوج إلى ذلك، وهو ما يعرف بمصطلح عضل الزوج، وسنتفصل في هذه المسائل من خلال التطرق إلى تعسف الزوجة في الخلع (أولاً)، ثم عضل الزوج (ثانياً).

أولاً: تعسف الزوجة في المطالبة بالخلع

تعد الزوجة متعسفة في استعمالها حق الخلع متى تجاوزت في ممارستها لهذا الحق الحدود التي رسمها كل من الفقه الإسلامي والقانون، وألحقت هذه الممارسة غير المشروعة ضرراً للغير، والغير هنا هو الزوج، ويظهر التعسف الذي يقع حال الخلع من طرف الزوجة متى اتخذ الصور التي سنعرضها فيما يلي، ثم سنتطرق لموقف الشرع والقانون منها:

• صور التعسف الزوجة في الخلع:

تتمثل صور تعسف الزوجة في الخلع في صورتين متمثلتين في:

1. الخلع دون وجود سبب جدي:

أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة الحق في الخلع، وسار على ذلك المشرع وذلك رفعا للضرر الذي من المحتمل أن يقع عليها، إذا ما كانت كارهة لزوجها أو غير مطيقة للعيش معه، غير أن هذا الحق وجب إسناده إلى أسباب معقولة وجدية، لأن رباط الزواج رباط سمي بالميثاق الغليظ وجب عدم اللجوء إلى فكه إلا لوجود سبب جدي ومقنع، ولتبيان التعسف الذي قد يظهر جليا متى كان اللجوء إلى الخلع دون وجود سبب جدي سنقوم فيما يلي بإسقاط معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على صور الخلع:

I. معيار قصد الإضرار:

المفترض أن عدم وجود سبب جدي مفاده أن الحياة بين الزوجين مستقرة ولا يوجد شقاق أو نقاشات بينهما لكن الزوجة تطالب بالمخالعة، هنا يمكن القول أن نية الزوجة في الإضرار بالزوج

تظهر متى اتجهت إلى تحقيق مصلحة تتنافى مع ما يراد من إيقاع الخلع، كما أن النية الواجب توافرها هو رفع الضرر عن نفسها من خلال اختلاعها لكن قد تنوي الزوجة إيقاع الخلع من أجل اهانة الزوج أو الانتقام منه بإذلاله، فالمتعارف في المجتمع الجزائري أن الرجل مهما كانت طريقته تفكيره وانفتاحه إلا أنه يأبى أن تخالعه زوجته، ويكون في ذلك مساس بكرامته ورجولته أمام المجتمع خاصة إذا كانت له مكانة اجتماعية، فيعتبر لقب الرجل المخلوع وصمة عار عليه، وهذا ما قد تجنح إليه الزوجة من خلال إيقاع الخلع.

أيضا يظهر قصد الإضرار واضحا وجليا إذا ما خالعت الزوجة زوجها بعد كبر سنه وتركه وحيدا دون وجود من يتكفل به، خاصة إذا كانت هي صغيرة السن مقارنة به، فإن الخلع سيضر بالزوج لفقده زوجته وضياح فرص الزواج عليه أو إنقاصها مقارنة مع سنه، كما يظهر الإضرار إذا ما قامت الزوجة في هذه الحالة بالذات برد قيمة الصداق المقدم لها والذي يكون زهيدا لمرور الوقت على الحياة الزوجية وتغير الأزمنة والأعراف في قيمة الصداق¹.

II. معيار المصلحة غير مشروعة:

إذا ما قلنا بمفهوم هذا المعيار والمتمثل في أن الدافع المحرك وراء التصرف يكون المقصد منه تحقيق مصلحة منافية في الشرع²، وإذا ما قسنا هذا المعيار على المثالين السابقين الذكر سنجد أن المصلحة غير المشروعة التي تريد الزوجة تحقيقها مصلحة غير مباحة إطلاقا، ففي المثال الأول تريد

1- بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، مج 22، ع 01، 2019، ص. 694.

2- بن تغري موسى، "إثبات التعسف في دعوى الخلع"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، مج 01، ع 01، 2019، ص. 08.

الزوجة إهانة زوجها وإذلاله سواء أمام نفسه أو عائلته وأهم شيء أمام المجتمع لمساسها بكرامته ورجولته وهذا يتنافى مع المقصد الحقيقي الذي من أجله شرع الخلع.

كما أن في تحقيق المصلحة إلحاق لمضرة واضحة لها عواقب وخيمة على الرجل خاصة من الناحية المعنوية وفيه مساس بالكرامة، أما في المثال الثاني فمصلحة الزوجة غير مشروعة، خاصة إذا ما قلنا بأن الزوج كان يعامل زوجته بما يرضي الله وأنه اشترى لها من الهدايا والمجوهرات ما تفوق قيمته لمهر المثل بكثير أو حتى قيمة مهرها¹، فتسعى الزوجة إلى مخالعة لكبر سنه تملصا من مسؤولياته ومراعاته، فتفتدي بنفسها بما قيمته لا يمكن أن تعوض ما قدمه لها وما سيصيبه من خلعه، ولأنها عالمة بما ستقدمه نظير الافتداء فإنها تتجه إلى المطالبة بالخلع، إذا يمكن القول أن قصدها اتجه إلى التحايل لتحقيق مصلحة منافية للشرع.

III. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

من المفروض أن مصلحة الزوجة عند إيقاع الخلع في دفع الأذى عنها وتخليص نفسها من حياة هي تأبى أن تستمر فيها مع زوجها، لكن على خلاف ذلك قد تستعمل الحق في الافتداء بنفسها بعوض لتحقيق مصلحة مختلفة تماما لا تتناسب لا مع مصلحة الزوج ولا مع مقتضيات الفقه الإسلامي وما أقره في حفاظه على رابطة الزواج وتقديسه، فمثلا في المثال الخاص بإهانة الزوج من خلال مخالعته، هل يمكن أن تكمن مصلحة الزوج في خلعه؟ وهل مصلحة الزوجة الحقيقية المرجوة من الخلع تكمن في ذلك؟ أكيد الإجابة ستكون بالنفي، فالزوجة مصحتها هنا إذلال الزوج واهنته أشد

1- عائشة معروف، "نعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسبية بن بوعليل شلف، مج 08، ع 02، 2021، ص. 191.

إهانة وجرح كرامته والمساس بصورته، بينما تكمن مصلحة الزوج إما في الاستمرار في حياته الزوجية والحفاظ عليها وحماية أولاده من آثار الطلاق، أو تكمن في طلاق يحفظ ماء وجهه ويكون إما بالتراضي أو حتى أن تطلب منه أن يطلقها وليس في أن تختلعه.

أما المثال الثاني فالزوج في حالة كبر سنه ينجح دائما إلى الاستقرار وأن تكون زوجته وأولاده بجانبه، فتكون مصلحته في ذلك فضلا عن مصلحة مراعاته في كبره وقلة صحته، بينما الزوجة خاصة إذا ما كانت صغيرة في السن مقارنة بالزوج ستكون في مفارقتها والتملص من مسؤوليته ورعايته، وقد يتخيل لها أن لها فرصة أخرى في الزواج في شخص آخر أصغر سنا وذو صحة جيدة، فمصلحتهم متعارضة لكن الضرر الذي سيصيب الزوج أشد، والمفروض أن مصلحته هي المشروعة مقارنة مع مصلحة الزوجة لأن مراعاة الزوجين لبعضهما من الأمور المعهودة في الزواج لأن رباطهما يكون على المرض والصحة وعلى جميع الأوضاع، كما أن الاستقرار في الحياة الزوجية هو المطلوب في الزواج، أما ما تنوي الزوجة وتحقيقه فلا يمكن القول بشرعيته.

IV. معيار الضرر الفاحش:

يكمن ضرر الفاحش إذا ما قلنا بذات المثاليين السابقين أن الزوج في المثال الأول يكمن الضرر الفاحش في الإساءة بصورته أمام المجتمع وأمام الأقارب لوصمه بالزوج المخلوع، فضلا على الضرر النفسي الذي يلحقه جراء الإهانة التي لحقت به فضرره معنوي بحث¹.

1- حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 286.

أما في المثال الثاني فإن الزوج كما قلنا قد يقدمه للزوجة هدايا وحلي بقيمة لا تتناسب أبداً مع قيمة صداق المثل إذا ما قامت هي عمداً بالتعنت وعدم الاتفاق على رد صداقها، فيلجأ القاضي إلى الحكم بعوض قيمته صداق المثل، وحتى ولو قبلت رد صداقها فقد تكون قيمته أقل بكثير مما جنته من زواجها، وكأن خلعه وسيلة للشراء على حساب الزوج¹.

كما أن خلع الزوج في كبر سنه سيؤثر عليه من الناحية النفسية لبقائه وحيداً من جهة وتضرره من خلع زوجته من جهة أخرى بعد العشرة الزوجية، كما أنه سيتضرر خاصة إذا لم يجد من يراعيه، فالزوجة هي الأنسب والأدري بذلك مقارنة بغيرها، كما أن فرصته في إعادة الزواج ستقل مقارنة لما كانت عليه سابقاً.

2. الخلع في مرض الموت:

سبق وأن قلنا أن خلع المريضة مرض الموت يقع صحيحاً مع وجود أحكام تخصه فيما يتعلق بالميراث، غير أن الزوجة قد تعتمد إلى إيقاع الخلع عن سوء نية وذلك لحرمان الورثة من الميراث، وذلك لمحاباة الزوج وإعطائه ما قيمته أكثر بكثير مما يجب له إن قلنا أنه يستحق ما قيمته صداق المثل أو الصداق المسمى والمسلم، أو قد تعتمد إلى حرمان الزوج من حقه من الميراث بالتهرب من أخذه حقه الذي تفوق قيمته لما يناله من العوض، وفيما يلي سنقيس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على هذه الصورة لنبين أكثر مظاهر التعسف:

I. معيار قصد الإضرار: يظهر قصد الإضرار على فرضين:

1- بن تغري موسى، المرجع السابق، ص. 06.

— الأول: إذا ما خالعت الزوجة زوجها في مرض موتها وهي عاتمة بهلاكها لا محالة، كون مرض الموت يغلب فيه الوفاة فإنها تحابي زوجها من خلال إعطائه أكثر بكثير مما يناله من الميراث، ففي هذا قصد واضح منها للإضرار بالورثة، وتظهر سوء نية الزوجة واضحة كونها لجأت إلى الخلع متى استندت إلى سبب غير جدي ومسوغ غير شرعي في مطالبتها به، خاصة إذا كانت قيمة التركة قليلة ولها ورثة كثر خاصة الفروع فضلا عن الأصول، فتحاول إعطاء الزوج أكبر حصة إذا ما قلنا أنه يمكن أن ينال أكثر منه ثلث $1/3$ التركة والذي يمكن أن تفوق قيمته ما يناله حسب فرضه شرعا¹.

— الثاني: الأصل أن ميراث الزوج حسب نصيبه وفرضه في الشارع هو على قولين إما فرض النصف $1/2$ إذا لم يكن لها فرع وارث أو الربع $1/4$ إذا كان لها فرع وارث، فإذا كانت التركة التي سينالها الورثة قيمتها كبيرة ومعتبرة، فإن نصيب الزوج سيكون بقيمة معتبرة، لذا قد تجنح الزوجة إلى المخالعة حرمانا له من هذه القيمة لأنها عاتمة أن ما سيناله إذا قلنا بأنه ينال إحدى الفروض الثلاثة (قيمة المهر المسمى، قيمة المهر المثل، قيمة ثلث $1/3$ التركة) ففي هذا إضرار بالزوج وحرمانه لحقه الذي فرض له شرعا.

II. معيار المصلحة غير المشروعة:

مصلحة الزوجة سواء في حرمان الورثة ومحاباة الزوج على عاتقهم، أو حرمان الزوج من حقه في الثالثة تعد مصلحة غير مشروعة، لأن حرمان الورثة أو الزوج أمر غير جائز على الرغم من أن

1-بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، المرجع السابق، ص. 697.

الأصل تبعاً للقواعد العامة أن الشخص حر في التصرف في أمواله كيفما يشاء لكن مع عدم الإضرار بالورثة، وعليه يمكن القول أن الزوجة حرة في الخلع من جهة، وحررة في التصرف في أموالها مع تقييدها بعدم الإضرار بالورثة¹.

III. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الورثة تكمن في أخذ حقوقهم كما يجب أن تقسم حسب الشرع الإسلامي، ومصلحة الزوج تكمن في أخذ حقه حسب ما فرض له شرعاً وألا يحرم من ميراثه، أما الزوجة فمصلحتها تكون حسبما اتجهت إليه نيتها وعلى المصلحة التي تريد تحقيقها إما إعطاء الزوج أكثر من حقه من خلال محاباته بفعل الخلع، أو قد تتجه إلى حرمانه من حقه في الميراث وذلك راجع إلى قيمة تركتها وحسبما يستحقه كل وارث منه، إذن مصلحة كل طرف متعارضة مع مصلحة الآخر لكن يجب أن تكون المصلحة المشروعة هي المتبعة والمأخوذ بها.

IV. معيار ضرر الفاحش:

الضرر الفاحش في هذه الصورة بالتحديد لا يحتاج إلى تحليل أو قول، لأنه يظهر حيث يكمن في حرمان الورثة باختلاف صفاتهم من حقهم وهذا يتنافى مع مقتضيات الشريعة الإسلامية التي سبق لها وأن بينت حدود وطرق تقسيم الميراث لإعطاء كل حقه وذلك إرساء لحدود الله على الأرض.

1- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص. 143.

أ. موقف الفقه والقانون في صور التعسف في الخلع :

مما سبق نبين تبيين أماننا أن التعسف في الخلع يقع على صورتين إما الخلع بدون وجود سبب جدي أو الخلع في مرض الموت، ولقد سبق للفقه التصدي لهذه المسألة وإعطاء حكم للحالتين.

I. موقف الفقه حول مسألة الخلع بدون سبب:

إذا لجأت الزوجة إلى الخلع دون أن يكون لها سبب تؤسس عليه طلبها، كأن تكون حياتها زوجية مستقرة وزوجها يعاشرها بالمعروف ويتقي الله فيها لكنها تصر وتتعت على المخالعة، في هذه الحالة تباينت الآراء الفقهية وانقسمت إلى قولين:

— الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء حيث جنحوا إلى القول بصحة هذا الخلع وجواز المخالعة

بدون سبب مستدلين في ذلك بقوله تعالى: "فَإِنْ طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا

مَرِيئًا"¹، فبتحليلهم لمدلول الآية قالوا بأن الزوجة يكمل يمكن لها أن تبدل مهرها بدون مقابل،

فمن باب أولى أن تفتدي به وتصير مالكة لنفسها سواء في شقاق أو الوفاق.

— الثاني: ذهب إلى هذا الرأي النخعي وابن سيرين، مقرين بعدم جواز الخلع إلا في حالة

الشقاق مستدلين في ذلك بقوله تعالى: "...فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ.." ²، كما استندوا على حادثة زوجة قيس بن ثابت والتي التجأت إلى رسول

1-سورة النساء، الآية 04.

2-سورة البقرة، الآية 229.

الله صلى الله عليه وسلم ليخالعها عن زوجها عندما كسر يدها¹، كما أنه كانت لا تطيقه وتحاف على نفسها الوقوع في معصية لأنها قد لا تقيم حدود الله وألا تعطيه حقوقه الزوجية.

الراجح من القولين هو القول الثاني لأن طلب الخلع دون سبب يضر بالزوجة في حد ذاتها والأولاد، كما أن رباط الزواج يجب ألا يحل لأي سبب، بل وجب التأني والترثيث وعدم اللجوء إلى الخلع إلا إذا استحالة الحياة الزوجية الحقيقية، أما إذا لم يوجد سبب له وجب عدم اللجوء إليه نهائياً لقوله صلى الله عليه وسلم: "أئماً امرأة سألت زوجها طلاقاً في غير ما بأس؛ فحرامٌ عليها رائحةُ الجنة" ²

II. قول الفقه حول مسألة الخلع في مرض الموت:

اتفق الفقهاء واجمعوا على صحة المخالعة في مرض الموت كما سبق وبيننا، وقال المالكية بأنه يقع لكن يعد حراماً³.

بخلاف ذلك فالمشرع لم يتعرض إلى خلع المريضة مرض الموت كما لم يتطرق إلى التفصيل في مسائل الخلع، لكن يمكن الاستنتاج أن القاضي ملزم بإيقاع الطلاق في جميع الحالات مهما كان حال الزوجة، كما أن تصرفات المريض مرض الموت وفقاً للقواعد العامة صحيحة قانونياً بما فيها الطلاق.

1- بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، المرجع السابق، ص. 694.

2- رواه أبو داود، هداية الرواة، الحديث رقم 3215.

3- بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، المرجع السابق، ص. 695.

فقياسا عليه يمكن القول بصحة الخلع وهذا ما سار عليه القضاء¹ أين أقر بالحق في الميراث مع وقوع الطلاق في مرض الموت فيكون قياسا على ذلك إقرار الحق في الميراث في الخلع بما أن الخلع صورة من صور الطلاق.

ثانيا: عضل الزوج

المفترض في الخلع أنه حق للزوجة، وأن هذه الأخيرة هي التي تلجأ إليه متى أصبحت غير قادرة على الاستمرار مع زوجها لأي سبب من الأسباب، غير أن الزوج قد يدفع الزوجة إلى الخلع عن عمد وهو ما يعرف في الشريعة الإسلامية بمصطلح "عضل الزوجة"، ويقصد به شرعا: "إضرار الزوج لزوجته بالضرب ونحوه والتضييق عليها أو منعها كله أو بعض حقها من القسم والنفقة"².

ويمكن القول بوجود العضل متى قسنا معايير نظرية التعسف على هذه الحالة فتكون كالاتي:

أ. معيار قصد الإضرار:

يظهر قصد الإضرار واضحا متى كانت تصرفات الزوج ظاهرة في معاملته لزوجته ومطالبته إياها بأنها إذا كانت تريد تخليص نفسها من معاملته ما عليها إلا مخالطته، لأنه يرفض تطبيقها فحرماتها من كل النفقة أو بعضها وضربها واهانتها وحرمانها من حقوقها ودروها كالمعلقة فيه نية واضحة لا تحتاج إلى تفسيرها، فالحياة الزوجية وجب أن تقوم على المودة والمحبة والألفة وليس الإهانة والضرب وتعنيف، ونزير من الضرب، الضرب الذي يكون للتأديب وهو مختلف عن هذه الحالة.

1- م.ع. غ.أ.ش، صادر بتاريخ 17/03/1998، الملف رقم 17696، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص.96.

2- رحاب مصطفى كامل السيد، "عضل الزوجة للافتداء بنفسها وأثر ذلك على أحكام الخلع وما يشبهه بين الشرع والقانون"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة المدينة المنورة للفقهاء الإسلاميين، ج.06، د.س.ن، ص.194.

ب. معيار المصلحة غير المشروعة:

مصلحة الزوج تكمن في دفع الزوجة إلى الافتداء عن نفسها بدفع عوض، أي أن مصلحته تكون في المال الذي يقبضه وفي مفارقة زوجته التي قد يكون كارها لها، لكن لا يمكن القول أن تصرفات الزوج قد يبررها كره لها، فالمرأة أو الزوجة مكرمة وقال عنها سيد الخلق ﴿رَفَقًا بِالْقَوَارِيرِ﴾¹، فالرسول صلى الله عليه وسلم قال عن النساء أنهن قوارير وأكد على ضرورة الحفاظ عليهن وإكرامهن، وقال أيضا: ﴿أَكْمَلُ الْمُؤْمِنُونَ إِيمَانًا أَحْسَنُهُمْ خُلُقًا وَخَيْرُكُمْ خَيْرُكُمْ لِأَهْلِهِ﴾²

أيضا لا يمكن القول أن الفائدة التي يرجوها زوج من كل ما يقوم به من تصرفات لحمل الزوجة على المخالعة يجلب مصلحة مشروعة، بالعكس هي غير مشروعة وغير جائزة لا شرعا ولا قانونا، فإذا كان كارها لها وجب عليه مفارقتها بالمعروف مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾³، فمدلول الآية أن الزوج إما أن يعاشر زوجته بالمعروف أو يفارقها ويطلقها بالمعروف، والتأكيد على المعروف لأنه المعيار أو المبدأ الذي وجب أن يحكم العلاقات بأسرها بما فيها علاقات الزواج.

ج. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوجة تكمن في أن تعيش حياة كريمة مع زوجها ملؤها الاحترام والتقدير وإذا ما استحالة الحياة الزوجية أن يفارقها على ما يرضي الله وأن لا تتعرض لأي إهانة أو تعنيف، أما الزوج

1- رواه البخاري، صحيح البخاري، رقم الحديث 6209.

2- أخرجه أبو داود، سنن أبو داود، رقم الحديث 4682.

3- سورة البقرة، الآية 231.

سيرجو من خلال عضله لزوجته تحقيق مراده من الافتكاك منها ولكن بقرارها وإرادتها وأن يحصل على بدل العوض منها والذي قد يعادل القيمة الصداق الذي قدمه لها، خاصة إذا كان قيمته كبيرة فإنه بذلك يسترجع ما قدمه أو ما قيمته صداق المثل إذا لم يتفق على قيمة العوض، ففي كلتا الحالتين فإن الزوج يأخذ مقابلًا ماليًا، فضلًا عن أنه كما سبق لنا القول أنه يمكن أن يكون العوض تنازلًا عن ديون تكون للزوجة في ذمة الزوج، فيقوم الزوج بعضل الزوجة لتفتدي بنفسها ويطالبها بالتنازل عن الدين نظير الخلع كبديل للعوض أو التنازل عن الحضانة.

د. معيار ضرر الفاحش:

يقع على الزوجة ضرر الفاحش لأنها من جهة تتعرض للتعنيف والإهانة والحرمان من الحقوق فضلًا عن أنها إذا ما خلعت على عوض وهذا هو المعمول به، فإنها فضلًا عما مرت به من قبل زوجها، ستدفع له مقابلًا للتخلص من الضرر الذي لحقها عوض أخذ تعويض منه أو ستتنازل عن دين دينها له وقد تكون قيمته معتبرة أو التنازل عن حضانة أولادها نظير الخلع، وهنا سيكون ضرر على وجهين حرمانها من الحضانة وما لحقها من ضرر جراء العضل، وبهذا الصدد قال الفقهاء أن العضل يقع على فرضين:

I. الأول: كرهها ولكنه يمسكها لأنه يريد منها تربيته أبنائه ولا يريد تطليقها ليبقوا في حضانته وأمام عينيه كما أنه يقوم بجميع واجباته اتجاهها، هذا الإمساك حتى وفيه كره إلا أنه مباح من طرف الفقهاء كونه يعاملها بما يرضي الله ويقوم بواجباته¹.

1- رحاب مصطفى كامل السيد، المرجع السابق، ص. 215.

II. الثاني: إذا كرهها ولا يريد تطليقها بل يقوم بكل ما يجعلها تطالب بالخلع لتفتدي منهم ويعتبر

بمثابة الزوجة الناشز الذي يسلب الزوجة حقوقها ويعنفها بالعنف المادي والكلامي هذه الحالة

غير مجازة من الناحية الشرعية لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ﴾¹.

أما في حكم الخلع الذي يقع في كره الزوج لزوجته وعضلها لتفتدي منه فقد انقسمت إلى

ثلاثة آراء:

— الأول: إذا كان النشوز من طرف الزوج فلا يكون له أن يأخذ العوض مصداق لقوله تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا

آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾²، وهو ما قال به الحنفية.

— الثاني: إذا وقع النشوز من طرف الزوج وهو عالم بظلمه لها وقع الخلع وبانت من زوجها ويرد

عليها ما أخذه، وهو ما قال به الفقه المالكي.

— الثالث: أخذ بهذا الرأي الفقهاء الشافعية حيث قالوا بوجوب إيقاع الخلع ودفع العوض لأنه

ركن في الخلع، واستدلوا بحادثه الثابت بن قيس حيث اختلعت لأنه كسر يدها وأخذ الحديقة

عوضاً³.

الراجح من الأقوال هو الرأي الأول على الرغم من حجة الفريقين الثاني والثالث، غير أن

الزوج حتى وإن كان مُريدا للخلع وأن تكون الزوجة هي من تخالعه، وإذا كان يريد قبض العوض فليس

1-رحاب مصطفى كامل السيد، المرجع نفسه، ص.196.

2-سورة النساء، الآية 19.

3-سامح عبد السلام محمد، المرجع السابق، ص.97.

له عضلها أو القيام بأي فعل يلحق بها الضرر، لأن الزوج المفروض أن يكون هو مصدر الأمان بالنسبة للزوجة فكيف له ضربها وإهانتها وحرمانها من حقوقها فالأولى تسريحها بإحسان.

كما حاول المشرع جيداً كفل الحماية اللازمة للمرأة على وجه العموم والزوجة على وجه الخصوص فلم يسمح بإهانتها أو تعنيفها، كما أن التعديل الذي أتى به بموجب الأمر 05-02 أتى على ترسيخ مبادئ المساواة والحماية للمرأة مع الرجل، فحتى الزوج الذي كان يعتبر رب العائلة ويوجب له بمقتضى ذلك حق الطاعة والتأديب أصبح هو والزوجة في ذات المرتبة وأصبحت الزوجة مسؤولة هي والزوج على تسيير الأسرة بتشارك والتعاون، فالتعديل ألغى المادة 39 من قانون الأسرة التي كان للزوج بموجبها حق تأديب الزوجة، والتأديب كما سبق لنا القول يكون وفق ثلاث وسائل: (الوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب)، لكن للضرب شروط يبينها الشرع، ومع ذلك فإن الزوج إذا ما أضر بزوجه بالضرب فإن القانون يعاقبه، إذن يمكن القول أن ضرب الزوجة أصبح فعلاً مجرمًا وفقاً لنص المادة 260 مكرر¹، كما أن الامتناع عن النفقة أيضاً أصبح فعلاً مجرمًا فلا يكون للزوج الامتناع عن الإنفاق عن زوجته، وذلك ما بينته المادة 330 من قانون

العقوبات²، ويكون للزوجة بناءً على ذلك إذا طالت المدة في الامتناع عن الإنفاق طلب التطلاق مسببة دعواها على الفقرة الأولى من قانون الأسرة¹.

1- حيث نصت المادة على أنه: "كل من ارتكب العنف اللفظي أو النفسي اتجاه الزوجة أو فعل شيئاً يمس بكرامتها النفسية والجسدية (الضرب) يعاقب بالسجن مدة من سنة إلى 3 سنوات"

2- تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج

لذلك لا يمكن القول أنه يميز مسألة عضل الزوجة على الخلع جملة وتفصيلاً، ونرى أن المشرع رسّخ مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحفظ كرامة المرأة وعزّتها حتى من زوجها².

بما أن الخلع يتشابه مع الطلاق في منازل كثيرة حسبما أوردنا، فإن التعسف يتعدى ممارسة الحق في الخلع ليتعداه إلى الحقوق المترتبة عنه، كما هو الحال في الطلاق وهذا ما سنعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني:

التعسفات الواردة على الحقوق المتفرعة عن الخلع

بما أن الخلع شأنه شأن باقي تصرفات له آثار سبق لنا تبيانها في الطلاق، فإن هذه الآثار وكما قلنا تعتبر في ذات الوقت حقاً وواجباً، بما أنها حقوق فوجب على مستحقيها ممارستها وفق

- 1 - أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية،
 - 2 - الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز شهرين (2) عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي،
 - 3 - أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها.
- وفي الحالتين 1 و 2 من هذه المادة لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك. ويضع صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية".

1- رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2006/2007، ص. 132.

2- بعاكية كمال، حبار آمال، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، جامعة أحمد بن بلة وهران 1، مج 14، ع 02، 2018، ص. 211.

الإطار المسموح به، وأي تجاوز منه لحد الإضرار بالغير يقيم مسؤوليته اتجاهه ويوجبه جبر الضرر، وسنتطرق فيما يلي إلى التعسفات التي يمكن أن تطال الآثار المترتبة عن الخلع.

أولاً: التعسفات التي قد تقع من الزوجة المختلعة

من التعسفات التي يمكن أن تطال الحقوق الخاصة بالمختلعة نجد حقها في النفقة، وكذا حقها في الحضانة وما يتفرع عنه من حقوق خاصة بالمحضون لكن تطالب بها الأم على اعتبارها القائمة بشؤون محضونها، والتي من المفترض أن تمارس في إطار حدودها لكن قد تتعسف الأم في ممارستها، وسبق لنا التطرق للمسألة بالتفصيل¹.

ثانياً: التعسفات التي قد تقع من الزوج المختلعة

الزوج المختلعة هو الآخر شأنه شأن الزوجة المختلعة يكون له حقوق غير أنه مطالب بممارستها حسب ما حدد له ومن الحقوق التي يمكن أن يتعسف فيها الزوج المختلعة والتي سبق وأن تطرقنا لبعض منها في التعسفات الواردة على الحقوق المتفرعة عن الطلاق ومنها تعسف الأب في منع الأم الحاضنة من الانتقال بالمحضون، أما الحقوق التي ينفرد بها الزوج في الخلع ويتصور أن يتعسف فيها الزوج، هي التعسف في ممارسة حقه في المطالبة بعوض الخلع ووجب قبل الحديث عن التعسف في المطالبة بالتعويض، الحديث عن ماهية العوض من خلال تحديد مفهومه وشروطه وهذا ما سيتم من خلال ما يلي:

1- سبق التفصيل في مسألة حق النفقة في فصل الأول من الباب الثاني.

1) ماهية العوض

يعتبر العوض الحق المالي الوحيد الذي يتقرر للزوج وحده¹، أي أنه ينفرد به كأثر للخلع ويقصد بالعوض حسب تعريفه: "ما تلتزم الزوجة ببذله لزوجها وينعقد عليه الخلع"²، ويعتبر العوض بذات الوقت ركن من أركان الخلع، فلا يستقيم هذا الأخير إلا بوجوده كما يعتبر أثراً من آثاره حيث يتقرر للزوج المخالعة في استحقاقه من الزوجة نظير مخالعتها ورفع قيد الزواج عنه، وفيما يلي سنتطرق إلى قيمته وإلى ما يصح أن يعتبر عوضاً وإلى حالة الخلاف الذي قد يثور حوله.

أ. مقدار العوض :

اختلفت الآراء الفقهية حول تقدير العوض الذي يمكن للمرأة أن تخالعه زوجها به حيث انقسمت آرائهم إلى قولين:

1. الأول: اتفق القائلون بهذا الرأي على جواز افتداء المرأة بما اتفقت به مع الزوج لأن عوض

الخلع شأنه شأن المقابل في المعاملات التي تقوم أساساً على رضا المتعاقدين³، لذا لم يتم تحديد

حد معين له، مستندين في ذلك بقوله تعالى: ﴿... فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾⁴

فالمدلول من الآية أن الافتداء غير مقيد بقدر معين.

1-متاع البيت حتى وإن كان حقا ماليا إلا أنه حق مزدوج بين الزوجين.

2-بن جناحي أمينة، المرجع السابق، ص.50.

3- ذهب إلى القول به جمهور الفقهاء.

4-سورة البقرة، الآية 229.

كما قال الفقهاء المتبعون لهذا الرأي أن الخلع معاوضة لذا وجب ألا يتقيد بقيمة معينة، فكما أن للمرأة ألا ترضى عند النكاح إلا بصدّاق كثير فكذا للزوج أن يرضى عند المخالعة إلا بالبدل الكثير¹.

2. الثاني: ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بعدم جواز أخذ الزوج لما هو أكثر مما أعطاه، فإن خلعه على أن يأخذ أكثر مما أعطاه وقع الخلع واستحق الزوج قيمة لا تتجاوز ما قدمها لها وما زاد عنه أرجعه إليها².

ولقد استدل فقهاء هذا الرأي بكل من ما تضمنته الآية الكريمة: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا﴾، والتي يستخلص منها أنه لا يجوز للزوج أخذ أكثر مما أعطاه للزوجة إذا تم الفراق بينهما.

كما استندوا أيضا إلى حادثة خلع زوجة ثابت بن قيس الذي سبق له وأن أهدى زوجته حديقة ولما طلبت الخلع من الرسول صلى الله عليه وسلم قال لها: ﴿أَتُرِيدِينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ الَّتِي أُعْطَاكِ، قَالَتْ: نَعَمْ وَزِيَادَةً، فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَمَّا الزِّيَادَةُ فَلَا وَلَكِنَّ حَدِيقَتَهُ، فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَأَخَذَهَا لَهُ وَخَلًّا سَبِيلَهَا﴾ فيستشفوا من هذه الحادثة من الحديث الذي ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم

1- أحمد ذياب شويح، "مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج"، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية، مج18، ع34، 1426هـ، ص.123.

2- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص.392.

أنه لا يجوز للزوج أن يأخذ أكثر مما أعطاه أو سلمه لزوجته وما زاد عنه فلا حق له فيه، وعليه رده لها¹.

إذا قارنا بين القولين نجد أن الرأي الثاني هو الأنسب والأصح، لأن الرأي الأول إذا أخذنا به سيكون في ذلك مشقة على الزوجة وخاصة إذا طلب الزوج بمقدار عوض هي ليست قادرة على دفعه، وخاصة إذا لم تكن محتكمة على مال أو لها مصدر رزق يمكنها من ذلك فيستغل الزوج ذلك مما قد يجبرها على التراجع والإحجام عن فكرة الخلع والاستمرار في علاقتها الزوجية رغما عنها، لكن بتغليب الرأي الثاني وإتباعه سيسمح ذلك للزوجة من حل قيد الزوجية الذي أصبح مرهقا بالنسبة لها ودفع ضرر عنها.

ب. شروط العوض:

اتفق الفقهاء على قول واحد وهو أن كل ما يصح أن يكون مهرا في عقد الزواج يصح أن يكون بدلا في الخلع سواء كان نقودا أو عيانات كالعقارات والمقولات أو منافع مقومة بالمال²، وقالوا باشتراط مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

1. شروط العوض إذا كان نقودا

تتمثل حالاته أو شروطه فيما يلي:

1- ذهب إلى القول بهذا الرأي كل من أبو بكر من الحنابلة وحسن البصري والأوزاعي.

2- عادل عيساوي، مراد كاملي، "عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر قسنطينة، مج05، ع10، 2016، ص.158.

I. الخلع بغير عوض: من الأسئلة التي تتبادر إلى الذهن في مسألة البذل نجد مدى إمكانية

مخالعة الزوجة لزوجها بدون عوض، وعن مدى صحة هذا الخلع فكانت الإجابة عن هذا

السؤال وفقاً لما قال به الفقهاء أين نجد أنهم انقسموا في أقوالهم حول هذه المسألة إلى قولين:

- الأول¹: قالوا بأن الخلع قطع رابطة الزوجية وفك لوثاقها لذا فإنه إذا لم يتم دفع البذل جاز

صحيحاً وترتب عنه طلاق بائن حيث نجد قولاً صريحاً في المسألة: "لأنه قطع للنكاح فصح

من غير عوض كالطلاق، ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن

زوجها، فإذا سألتها الفراق فأجابها إليه حصل المقصود من الخلع أشبه بما لو كان بعوض"².

- الثاني: قال به كل من الحنفية والشافعية فكان قولهم أن الخلع لا يقوم إلا بوجود العوض، فإذا

لم يكن هناك عوض اعتبر طلاقاً³، كما قال منهم بالتفرقة بين الحالتين:

✓ الأولى: ألا ينفي الزوج تسمية العوض مع وجود نية في التماس قبولها حينها يعتبر الخلع قد

وقع وبانت منه زوجته في وقتها ووجب عليه مهر المثل⁴.

✓ الثانية: وهي أن ينفي الزوج البذل بصريح العبارة حينها يقع الطلاق رجعيًا ولا يكون على

الزوجة واجب دفع البذل¹.

1- ذهب إلى القول به المالكية.

2- أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 06، 1998، ص 271.

3- قال بهذا الرأي الحنفية.

4- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد معوض، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 440.

يمكن القول أن الراجح من القولين هو القول الثاني فالخلع لا يمكن القول عنه أنه خلع كما أنه لا يستقيم إلا بدفع العوض، فإذا لم يتم دفع العوض كان طلاقاً ولكن الطلاق نظام شرعي منفرد كما أن الوصف الذي وصفه به الخلع عند المخالعة افتداء الزوجة بعوض لفكرة رابطة الزوجية فلا يمكن القول بوجود افتداء حال غياب العوض.

II. **الخلع على عوض مجهول:** يمكن أن تتم المخالعة على عوض دون تسميته أو الاتفاق عليه، أي أن يكون مجهولاً في هذه الحالة سبق وأن أجاب عنها الفقه الإسلامي لكن أقوالهم كانت متفرقة إلى قولين:

- **الأول²:** اعتبروا الخلع القائم على عوض مجهول باطل بطلان مطلق، وذلك لاعتبارهم أن الخلع يقوم على المعاوضة، والمعاوضة في أصلها لا تستقيم إذا كان المقابل مجهولاً.

- **الثاني³:** اعتمد رواد هذا القول على عموم التصرفات التي تقوم على إمكانية تملك المجهول كالهبة والوصية وغيرها، كما استدلو أيضاً على قوله تعالى: ﴿...جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ...﴾، فالمستدل من الآية أن المرأة لها الافتداء على المعلوم والمجهول، لكن الجهالة قد تكون جهالة فادحة، فالجهالة الفادحة تكون إذا ما خالعت على سيارة أو مسكن أو حيوان شارد،

1- أحمد بن أحمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، د.س.ن، ص.478.

2- أصحاب هذا الرأي الظاهرية وجزء من الحنابلة.

3- أخذ بهذا الرأي أغلب الفقهاء.

أما الجهالة المعقولة فتكون في مال أو عوض مسمى لكن لا يعلم قدره أو قيمته، فالحالة الأولى يكون للزوج الحق في مهر المثل، أما في الحالة الثانية فيكون للزوج ما تمت تسميته¹.

III. أن يكون العوض حالاً: اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون العوض الذي تقدمه الزوجة

للزوج مقابل افتدائها بنفسها أن يكون حالاً وجائز التعامل فيه، واتفقوا أيضاً على أن

الطلاق يقع ولكن فيما يخص استحقاق الزوج للبدل هنا انقسمت أقوالهم إلى قسمين:

- الأول²: يرى القائلون بهذا الرأي على اعتبار البدل الفاسد³ باطلاً ولا يستحق الزوج منه

شيئاً واعتبر الخلع كالطلاق لا يؤخذ عليه الزوج أي شيء خاصة إذا كان الزوج عالماً بأن المال

الذي سيأخذه غير جائز⁴.

- الثاني⁵: قالوا باستحقاق الزوج لمهر المثل في حال كان العوض فاسداً وذلك رجوعاً إلى قولهم

سابقاً بأن الخلع من التصرفات التي تقوم على المعاوضة، فإذا انتفت المعاوضة انتفى الخلع، لذا

يجب أن يستحق الزوج البدل بعينه أو ما يقوم مقامه كمهر المثل⁶.

يمكن القول أن الراجح من القولين هو القول الثاني لأن العوض يعد ركناً في الخلع فكيف

يمكن القول بجواز المخالعة في ظل انتفاء ركن من أركانه، بينما إذا عدنا للقواعد العامة في التصرفات

التي تقتضي بأنه إذا اختل ركن من الأركان بطل التصرف، فقياساً على ذلك يجب أن يستحق الزوج

1- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص. 259.

2- قال بهذا الرأي كل من الحنفية والحنابلة والمالكية.

3- من أمثلة المال الفاسد نجد المخالعة على مال مسروق أو مغصوب، خمر، حيوان كالخنزير... الخ

4- ابن قدامة، المغني، ج 7، المرجع السابق، ص. 343.

5- أخذ بهذا القول مذهب الشافعية.

6- عادل عيساوي، مراد كاملي، المرجع السابق، ص. 158.

عوضاً فإذا كان العوض فاسداً أو باطلاً قام مقامه مهر المثل، فضلاً على أن الحديث النبوي كان واضحاً حينما ردت زوجة ثابت بن قيس الحديقة، لذا وجب دفع البدل حتى لا تختل أركان الخلع.

2. الخلع على بعض المنافع:

قد تخلص الزوجة زوجها بمقابل يتمثل في منفعة، ففي حال الخلع قد تخالع الزوجة زوجها مقابل التنازل عن بعض حقوق المحضون كأجرة الرضاعة أو نفقة المحضون في هذه الحالة في ذمتها¹، هذا أمر غير جائز إذا تعلقت بحقوق المحضون لأنها حقوق غير قابلة للتنازل عنها كونها متعلقة بالغير ومقتضيات مصلحته أسمى من التنازل عنها كمقابل للخلع.

3. الخلع على بعض الحقوق:

الحقوق المقصودة هنا هي الحقوق المتقومة بمال التي تستحقها الزوجة كالمهر أو النفقة، هنا اتفق الفقهاء أن الخلع يعتبر صحيحاً في هذه الحالة قياساً على حالة التنازل عن المهر حال النكاح، كما أن النفقة تكون في حال العدة فتكون معلومة المدة، وعليه جاز الخلع²، كما يجوز للزوجة أن تتنازل عن دين لها في ذمة زوجها مقابل المخالعة.

ج. النزاع حول قيمة العوض:

المفترض في العوض أن تقدمه الزوجة المختلعة للزوج المختلع، فهو التزام في ذمتها وحق له لكن قد يحدث اختلاف بين الزوجين حول قيمته مما يؤدي إلى قيام شقاق وخلاف بينهما،

1- محمد بن عبد الله الخريشي، شرح مختصر خليل، ج4، المرجع السابق، ص.23.

2- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص.260.

والفقه الإسلامي قضى بهذا الصدد أن قيمة البذل تكون إما بقيمته المهر المقدم أو مهر المثل، أو مالا تتجاوز قيمته تلك التركة، كما أن مسألة تقدير القيمة تعود للزوجين في الأصل اعتبار الخلع من عقود المعاوضة (من الناحية الشرعية) فيتم الاتفاق على المقابل بالتراضي بين الزوجين، فإذا ما اتفقا على قيمة وقبلت بها الزوجة فإنها تقع على عاتقها ووجب عليها دفع ما اتفق عليه، فإذا ما ثار نزاع حول القيمة كأن يدعي الزوج أن قيمة العوض التي قدمت له مختلف عما اتفق عليه أو اختلفت في نوعهما فمثلا في الحالة الأولى، إذا ما اتفق الزوجين على عوض قيمته 10,000 دينار لكن الزوجة سلمت له 7000 دينار هنا نقص العوض، أو في الحالة الثانية إذا ما اتفق على تقديم مال لكن الزوجة سلمت لزوج حُلِيِّها هنا العوض اختلف في نوعه، في هذا الغرض قال الفقه أنه وجب على الخروج تقديم بينة، فإذا لم يكن له بينة كان للزوجة أداء اليمين لكي تبرأ ذمتها¹، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿اليمين على المدعى عليه﴾² ، إلا أن هناك رأي فقهي آخر قال بوجوب تحالفهما معا لعدم وجود نية لكليهما وإنكارهما معا³.

يمكن القول أن الراجح بين القولين هو الرأي الأول لأن الزوج حتى ولو لم يملك بينة على ادعائه إلى أنه يعفى من أداء اليمين لأن الزوجة هي من يجب أن تدفع المال، فوجب عليها تبرئة ذمتها باليمين على ما قدمته وهي أدري بما اتفق عليه وبما قدمته نظير مخالعتها.

1- ابن قدامة، المغني، ج7، المرجع السابق، ص360.

2- رواه البخاري، الجامع المسند الصحيح، رقم الحديث 2211، ص79.

3- هيشور أحمد، المرجع السابق، ص323.

بينما لم يتطرق المشرع لهذه المسألة لأنه حسم القول مسبقاً، فالمشرع أوجب كشرط أساسي أن يتم رفع الدعاوى قضائياً في جميع مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الطلاق بجميع صوره، فالمشرع لم يأخذ لا بالخلع اللفظي ولا بالخلع الذي يتم خارج أسوار المحكمة، لذا يمكن القول أن الرسمية أو الشكلية المطلوبة في الخلع من قبل المشرع تعد إشهاداً على الخلع وحماية للحقوق فإذا ما اتفق الطرفين على قيمة عوض معينة، وتم كتابة ذلك في العرائض المقدمة للقاضي، فإن هذا الأخير يصادق على رغبة الطرفين ويلزم الزوجة بدفع ما اتفق عليه من قبلهما، أما إذا لم يتفقا فإنه يحكم بقيمة عوض تماثل قيمة صداق المثل، وهذا ما قال به المشرع في نص المادة 54 من قانون الأسرة بقوله في الفقرة الثانية: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فبمفهوم المخالفة إذا اتفق الطرفان على قيمة العوض صادق قاضي عليها وألزم بها الزوجة¹.

(2) مظاهر تعسف الزوج في المطالبة بالعوض

العوض حق ثابت للزوج له الحق في استحقاقه، غير أن ممارسة هذا الحق لا يمكن التعسف فيه قصد الإضرار بالزوجة المختلعة، حيث يمكن للزوج أن يتعسف في ممارسة هذا الحق، وذلك بمطالبته أن يكون العوض إما بقيمة مبالغ فيها أو أن يكون محله تتنازل عن حضانة أولادها أو حقوقهم أو أن تبرئه من دين لها في ذمته معتبرا أن العوض تعويضا له عن الخلع أو وسيلة للضغط عليها مقابل

1- أحمد طرشي، "أحكام البذل في الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، مج05، ع02، 2021، ص.358.

خلاصتها، وفيما يلي سنقوم بإسقاط معايير نظرية التعسف على هذه الصورة لإيضاح مدى تعسف الزوج في هذه الحالة.

1. معيار قصد الإضرار:

تظهر نية الزوج في الإضرار بالزوجة من خلال المطالبة بعوض تكون قيمته مبالغاً فيها لاعتبار أن العوض تعويض منها لمخالعتها له أو للضغط عليها من أجل التخلي عن الفكرة من أساسها، أيضاً إذا طلبها بأن يكون المقابل هو تخليها عن حضانة أولادها أو إعفائه من التزاماته نحوهم، فهو قد تتجه نيته من ذلك في حالة المطالبة بالحضانة إلى دفع الزوجة عن رأيها في الخلع لأنه يعلم أنها سترفض التخلي عن الحضانة لأن غريزة الأمومة هي التي تتحكم فيها، أما إذا طالبت بالتخلي عن مسؤولياته فإن ذلك يكون تملصاً منه عن التزاماته اتجاه الأولاد.

فأي عنصر من العناصر التي قد يطالب بها الزوج كعوض نظير الخلع ستبين جلياً نيته في الإضرار بالزوجة، إما في دفعها إلى عن الإحجام عن قرار الخلع أو في إلقاء أعباء على عاتقها تعود في الأصل على عاتقه.

2. معيار المصلحة غير المشروعة:

يمكن القول أن المصلحة التي يرجو الزوج المختلح تحقيقها من مطالبته بمقابل للخلع يتضمن العناصر التي ذكرناها آنفاً والمتمثلة في ثلاث فروض: إما في التملص من التزاماته اتجاه المحضونين واتجاه الزوجة أو الحصول على عوض بقيمة مبالغ فيها أو دفع الزوجة على الإحجام عن قرار الخلع وأي

مصلحة تنجم عن إحدى هذه الفروض هي مصلحة غير مشروعة لأن الخلع شرع لحاجة ولتحقيق مصلحة ليس لإيقاع الضرر.

3. معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

مصلحة الزوجة من إيقاع الخلع تكمن في دفع الضرر عنها وإبعادها عن الوقوع في معصية عدم طاعات الزوج وأداء واجباتها اتجاهه، وتخليص نفسها من رابطة زوجية هي لم تعد قادرة على الاستمرار بها أو تحملها، أما مصلحة الزوج من التعسف في ممارسته لحقه في استحقاق العوض ومطالبته بعوض يتضمن إحدى الفروض السابقة الذكر فإن المصلحة التي يريجوها هي إلحاق ضرر بالزوجة إما بحرمانها من ممارسة حقها في مخالعة نفسها منه، أو بتحميلها أعباء والتزامات المحضون لوحدها أو الانتقام منها لمخالعته وجعلها تدفع عوضاً قد لا تملك قيمته أو جعلها تتنازل عن دينها الذي يمكن أن تكون قيمته كبيرة هي في حاجة إليها وهو في الأصل حقها، كل هذا لا يمكن القول عنه أنه مصلحة مشروعة يمكن السماح بتحقيقها.

4. معيار الضرر الفاحش:

الضرر الفاحش يكمن في إرغام الزوجة على الاستمرار في علاقتها الزوجية رغماً عنها وهي كارهة لها ولزوجها، وفي هذا ضرر نفسي شديد فضلاً عن إمكانية إلحاق ضرر من نوع آخر متمثل في الضرر المادي إذا طالبها بإعفائه من التزاماته مقابل الخلع، فتصبح هي الملتزمة بالإنفاق على الأولاد، وقد تكون الأم غير عاملة وليس لها مدخول فمن أين لها أن تقوم بالأولاد من الناحية المادية

وتوفر لهم كل متطلبات الحياة، أيضا إذا طالبها بتقديم عوض بقيمة كبيرة هي لا تملكها قد تقوم بالاستدانة للافتداء وفي هذا ضرر لأنه ينقل ذمتها المالية بالتزامات سلبية هي في غنى عنها.

بعد أن بينا ووضحنا مواقع التعسف سواء في حق الخلع ذاته أو في الحقوق المترتبة عنه، والتعسفات التي تقع من الزوجة المخالعة أو من الزوج المختلع، وجب علينا أن نتحدث عن الأثر الذي يقع في هذه الحالات ومكانة المسؤولية التقصيرية فيها، وهذا ما سنقوم به في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

الأثر المترتب حالة وقوع التعسف في حق الخلع والحقوق المتفرعة عنه

أي حق مهما كان نوعه إذا ما تجاوز صاحبه الحد المسموح به في ممارسته وأضر بالغير أوجب على هذا الأخير جبر الضرر الذي وقع، ويكون على الطرف المضروب إثبات هذا الضرر لقيام المسؤولية على المتعسف، والخلع هو الآخر إذا ما تعسفت الزوجة في ممارسته وألحقت ضررا بالزوج وجب عليها جبر ضرره، كما هو الحال أيضا في الحقوق المترتبة عن الخلع التي وجب إثبات التعسف الواقع فيها سواء من قبل الزوجة أو الزوج، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل فيما يلي:

الفرع الأول:

الأثر المترتب حالة وقوع التعسف في حق الخلع

إذا ما تطرقنا لحكم التعسف في استعمال الحق وفقا للقواعد العامة في الفقه، فإن الفقه الإسلامي أقر أربع أنواع من الجزاء:

أ. جزاء تعزيري: يكون إذا ما ارتكب المتعسف معصية لم يرد في شأنها حد مقدر شرعا.

ب. جزاء أخروي: يكون مترتباً على القصد في الإضرار والنوايا ويجعله من صاحبه آثماً.

ج. جزاء عيني: يكون بإبطال التصرف أو إجبار المتعسف عن استعمال حقه بطريقة صحيحة أو سلب الحق من صاحبه.

د. جزاء تعويضي: والمعروف بمصطلح الضمان، ويترتب حال عدم القدرة على إزالة الضرر عينا، فيتم جبره تعويضياً¹.

لكن إذا تطرقنا إلى محاولة تأسيس المسألة المتعلقة بالتعسف في ممارسة الخلع من طرف الزوجة وفقاً للقواعد الشرعية، نجد أن الزوجة صاحبة الحق في الخلع يكون لها الحق في التصرف فيه كيف ما تشاء، ولا يكون عليها التعويض إعمالاً للقاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، مادام حقها بإذن الشارع عز وجل هو من إباحة للزوجة، فلا يمكن محاسبة الشخص على حق مقرر له في الأصل².

لكن إذا ما قلنا بذلك فإننا نحرم المتضرر من الحصول على تعويض على الضرر الذي أصابه عملاً بالقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، فإذا ما نظرنا إلى الطلاق إذا ما تعسف الزوج فيه وأوقعه دون سبب أو في مرض الموت فإن الفقه الإسلامي أقرّ المتعة على اعتبارها تعويضاً للزوجة عما لحقها من ضرر من طلاق، فقياساً عليه يكون على الزوجة عدم التعسف في ممارسة حقها في المخالعة، لذا وكنوع من الضمان الذي يقتضي حماية الزوج من التعسفات التي قد تقع من الزوجة من المخالعة

1- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 290-291.

2- راضية بشير، محمود لنكار، "حق الزوج في التعويض عن فك رابطة الزوجية في الخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، 2019، مج 10، ع 03، ص. 344.

وإعمالاً لقاعدة "الضرر يزال"، وجب أن تعطي الزوجة العوض للزوج كمقابل للخلع وتكون قيمته إما اتفاقية بينهم أو بما قيمته صداق المثل، فيمكن القول أن العوض حسب رؤية الفقه الإسلامي يقوم مقام التعويض، فالاتفاق على قيمة معينة مصداقاً لقوله تعالى: " فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"¹، لذا يمكنهما الاتفاق على قيمة عوض ترضي الطرفين، وإن لم يكن هناك اتفاق أو تعنت منهما حكم بصداقه المثل، هذا ما قال به جزء من الفقه².

بينما ذهب رأي آخر منهم إلى عدم جواز الزيادة عن الصداق المسمى استناداً لحادثة زوجة ثابت بن قيس لقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿أَتُرْدِينَ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ الَّتِي أُعْطَاكَ﴾، قالت: نَعَمْ وزيادته، فقال صلى الله عليه وسلم: أَمَا الزِّيَادَةُ فَلَا وَلَكِنْ حَدِيثَهُ، فقالت: نَعَمْ ﴿

على الرغم من الاختلاف بين الآراء الفقهية في مقدار العوض إلا أن موقفها من التعسف ممارسة حق الخلع من الزوجة لا يخرج عن الإقرار بأن العوض المقدم من طرفها مهما كانت قيمته يمكن أن نعتبره تعويضاً للزوج عما أصابه من تعسفها، أما من جهة أخرى إذا ما وقع التعسف من طرف الزوج بعضله زوجته على الخلع فإن الفقه الإسلامي منع وأبغض إكراه الزوج لزوجته على الإقدام على مخالعة نفسها رغماً عنها بأن يأتي بأي تصرف فيه إضراراً بها، لذا كانت الآراء الفقهية شبه متفقة في أن العوض يُرد إلى الزوجة لأن التعسف وقع من الزوج، كما ذهب الحنابلة لأكثر من ذلك بقولهم بعدم وقوع الخلع لأن الزوجة أكرهت عليه، وإذا كان بلفظ الطلاق اعتبر طلاقاً رجعيًا³.

1- سورة البقرة، الآية 229.

2- بن حمودة مختار، المرجع السابق، ص. 735.

3- بعاكية كمال، حبار آمال، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المرجع السابق، ص. 208.

أما إذا تطرقنا لمعالجة الفقه الإسلامي لصورة الخلع في مرض الموت إما من أجل حرمان الزوج من الميراث أو الورثة، فإن الفقهاء في الحالة الأولى اختلفوا حول توريثه، حيث أن آرائهم اتفقت على صحة الخلع بينما اختلفوا في مسألة توريثه من ميراثها إذا تجاوز البدل 3/1 التركة.

يمكن أن نستشف أن الفقه الإسلامي افترض سوء النية من الزوجة، وخوفاً من أن يكون لجوؤها إلى الخلع من أجل حرمان الورثة من حقهم في الميراث محاباة للزوج، لذا حصرت حقه في الميراث في ألا يتجاوز حقه في البدل ثلث التركة على اعتباره من تصرفات التبرع المتوقفة على إجازة الورثة، كما هو الحال في الوصية.

هذا الرأي فيه شبهة حرمان الزوج من الميراث لأن حقه ينظر في قيمته إذا ما كان حرماناً أم لا، فوجب أن ينظر إلى قيمة تركة الزوجة حتى نقول عن وجود تعسف في حق الورثة أو حق الزوج. أي أن العبرة في هذه المسألة بذات وجب فيها إثبات التعسف ممن لحقه ضرر أو لا سواء الورثة أم الزوج، ثم يكون للقاضي النظر في ذلك من خلال تقييمه لتركة الزوجة وعن مدى وقوع الخلع بسوء نية منها، وحق الوارث في التركة حتى يمكن القول من وجود تعسف وللقاضي الفصل في القضية بما يراه مناسباً.

التعسف في استعمال الحق يخضع في القانون للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 مكرر¹، أي أن النص عام فهل يمكن إسقاطه على حالة التعسف في استعمال الحق في الخلع؟ على اعتبار أن الخلع يخضع في قياس ممارسته للقواعد العامة في الحقوق لا يجوز التعسف فيها؟

1- العيفاوي القايد، المرجع السابق، ص. 105.

إذا ما بحثنا عن موقف المشرع من هذه المسألة بالذات في قانون الأسرة نجد الغياب التام لأي نص قانوني ينظمها مما يدفعنا إلى العودة إلى قواعد الفقه الإسلامي بموجب الإحالة بنص المادة 222 من ذات القانون أو استشهدا بنص المادة 124 مكرر لإقرارها نفس المعايير المنصوص عليها في أقوال الفقهاء (معايير نظرية تعسف في استعمال الحق)، لكن يمكن أن نستشف من نص المادة 54 من قانون الأسرة أنها جعلت الخلع حقا أصيلا في يد الزوجة لها ممارستها دون أن تستند على أسباب قوية، وكما أنه ضيق على القاضي البحث في هذه الأسباب بذلك يكون محففا في حق الزوج لأنه ضيق عليه سبل اعتبار خلع زوجته له خلعا تعسفيا، شأنه شأن الطلاق الذي أقر فيه بموجب نص المادة 52 من ذات القانون أن تحصل الزوجة على التعويض متى كانت الطلاق تعسفيا، كما أنه فتح المجال أمام القاضي ليستنتج من قرائن ملابسة قضية مدى تعسف الزوج في الطلاق¹، فلما لا ينطبق ذات الأمر على الخلع؟ كما أنه أقر أن العوض قد يكون بنفس قيمة مهر المثل إذا لم يتفق الطرفين، فإذا اعتبرنا أن العوض قد يقوم مقام التعويض، هل يكفي ذلك لجبر الضرر؟ خاصة أن المهر قد لا تكون قيمته كبيرة وذلك إما لعامل الزمن إذا ما كانت الحياة الزوجية قد مرّ عليها فترة معتبرة من الزمن فتكون قيمة المهر قد تغيرت، أو أن المهر في حد ذاته كان بقيمة قليلة، كما أن مهر المثل هو الآخر قد لا تكون قيمته معتبرة، فكيف يمكن اعتباره جبرا للضرر في هذه الحالة²؟

لا يمكن القول بالنظر إلى قيمة العوض وإلى جسامة الضرر الذي قد يلحق الزوج من جراء تعسف الزوجة المختلعة من ممارسة حقها في الخلع سواء الضرر المعنوي المتمثل في المساس بكرامته،

1- علي سنوسي، المرجع السابق، ص. 308.

2- حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 293.

وسوء سمعته بوصمه بالرجل المخلوع، فضلا عن الضرر المادي الذي قد يلحقه إذا ما كان قدم لها خلال حياتهما الزوجية هدايا قيمة لا يمكن القول أن القيمتين متناسبتين، لذا لا يمكن القول بأن العوض الذي تقدمه الزوجة نظير الخلع يقوم مقام التعويض.

كما أن عبء الإثبات بالنسبة للخلع قد يكون صعب الإثبات نوعا ما خاصة إذا ما أنكرت الزوجة ذلك¹، فإذا ما ادعى الزوج أن الخلع لا يستند على مسوغ قوي يكون للزوجة إنكار ذلك مبينة أن لها دوافعها وأسبابها التي تدفعها إلى المخالعة، والقاضي سلطته مقيدة ليس له سوى الموافقة على طلبها²، خاصة بعد التعديل الذي عرفه قانون الأسرة والذي ألغى شرط موافقة الزوج على الخلع، فبذلك يكون القاضي ملزما بإيقاع الخلع وبهذا يتم حرمان الزوج من التعويض، وهذا ما قضت به اغلب القرارات القضائية باعتبارها أن الخلع حق أصيل للزوجة دون أن تقر بوجود تعسف منها يوجب التعويض³، فمن بين القرارات نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/07/11 تقضي فيه: "من المقرر فقها وقانونا أنه يسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حال عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديد، على ألا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه

1- راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص. 347.

2- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 180.

3- م.ع.غ.أ.ش، 2006/06/14، ملف رقم 258613، م.م.ع، ع02، 2006، ص. 421.
م.ع.غ.أ.ش، 2011/09/15، ملف رقم 65659، م.م.ع، ع01، 2012، ص. 318.

الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق زوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون¹.

أما موقف المشرع من صورة الخلع في مرض الموت الذي قد توقعه الزوجة تعسفا منها لحرمان الزوج أو الورثة من التركة، فإننا نجد أنه لم ينص على هذه المسألة صراحة، إلا أنه كما قلنا بإمكانية قياس هذه الحالة على حالة الطلاق المريض مرض الموت فإن القضاء أقر بحق الزوجة في التركة متى كانت نية الزوج تهدف إلى حرمانها منها²، حيث كان نص منطوق الحكم: "إن مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، ما عدا إذا كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث"³.

يمكن القول صراحة أن المشرع قد أغفل تنظيم هذه المسألة وهذا الفراغ التشريعي يمكن أن يحرم الورثة من حقهم الشرعي، لذا يتوجب على المشرع إما تنظيم المسألة أو إعطاء القاضي الصلاحية اللازمة للحفاظ على حقوق الزوج من الضياع من جراء تعسف الزوجة، وذلك بإعطائه السلطة في التأكد من جدية الأسباب التي دفعته إلى الخلع، وأن يأخذ بعين الاعتبار حالتها الصحية إذا ما استطاع الزوج إثبات مرضها بمرض مميت وذلك لتمييز وقوع التعسف من عدمه.

ومما يمكن قوله من خلال كل ما سبق أن المشرع قد يظهر بمظهر الجحف في حق الزوج المضروب من الخلع، فكيف للمشرع أن يقر حق الشخص المتضرر طبقا للقواعد العامة في استحقاق

1- م.ع.غ.أ.ش، 2002/07/11، ملف رقم 83603، م.ق، ع خ، 2003، ص.334.

2- بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، المرجع السابق، ص.695.

3- م.ع.غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 179696، ا ق، عدد خاص، 2000، ص.98.

التعويض المناسب مع الضرر الذي لحقه سواء أكان الضرر ماديا أو معنويا، ويُقر للزوجة الحق في التعويض في حالة الطلاق التعسفي لكنه لا يقر للزوج بذات الحق، فإذا قلنا أن الخلع حق في يد الزوجة والتعديل الذي اعتبره كذلك كان من باب ترسيخ مبادئ المساواة، ضمن باب أولى كان على المشرع أن يساوي بينهما في استحقاق التعويض وأن يسمح للقاضي بتقدير ذلك حسب القرائن والملابسة وإعطائه الصلاحيات اللازمة لإقرار تعويض يتناسب مع جسامة الضرر ونوعه. لكن في حقيقة الأمر يمكن أن نرجع ذلك الى عدم رغبة المشرع في جعل الخلع في ذات المرتبة مع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، لأنه لو سمح فعلا بالتعويض عن الخلع التعسفي سيساوي ضمنا بين الخلع التعسفي والطلاق التعسفي، بينما هما مختلفان تماما وهذا ما سبق قوله في تكييفنا للخلع، لذا يمكن القول أن المشرع كان حذرا جدا في هذه التفصيلة التي قد تقلب الموازين، هذا إذا ما قلنا أن التعسف وقع من الزوجة إما في حالة ما إذا أكره الزوج زوجته على الخلع، وهذا ما تطرقنا إليه في مسألة العضل فهل يمكن القول بحقها في التعويض؟

المسألة هنا مختلفة لأننا كما سبق لنا وأن بيّنا موقف المشرع من إكراه الزوجة على الخلع، فإن للزوجة الحق إما في طلب التطليق للضرر المعتبر شرعا وفقا لنص المادة 53 من قانون الأسرة، أو في رفع شكوى أمام القضاء في حال تعنيفها أو ضربها كما سبق وقلنا أن أفعال الزوج إذا ما كان فيها إضرار بالزوجة فإنها تعد فعلا مجرما وله عقوبة جزائية، فلا يمكن تأسيس الدعوى على أساس التعسف في استعمال الحق وإنما تتأسس على أسانيد قانونية وتكييف قانوني مختلفين.

كما أن مسألة المطالبة بإسقاط الحضانة كمقابل للخلع مسألة مرفوضة لأن المادة 54 من ذات القانون كانت صريحة في قولها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي"، فمصطلح مالي حسمت النزاع وكانت القول الفصل في القضية، فلا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا للخلع لأنها لا تَتَقَوَّمُ بمال من جهة، وإنما خاضعة لمصلحة المحضون والتي تعتبر المصلحة الأولى بالأخذ بعين الاعتبار فلا يمكن تركها محل ابتزاز ومساومات¹، وهذا ما سار عليه القضاء في قراراته. فضلا عن الأثر الذي يترتب حال التعسف في ممارسة الحق في الخلع ذاته، هناك آثار تترتب إذا ما وقع التعسف في ممارسة الحقوق المتفرعة والثابتة للزوجين بعد الخلع، وهذا ما سنبينه في الفرع الموالي.

1- تشوار حميدو زكية، "الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، 2003 مج 40، ع 02، ص. 17-18.

الفرع الثاني:

الأثر المترتب حالة وقوع التعسف في الحقوق المتفرعة عن الخلع

مما سبق تناوله قلنا أن التعسف في ممارسة الحق لا ينطبق على حق الخلع ذاته فقط، بل يمتد ليطال الآثار المترتبة عنه من حضانة ونفقة... الخ، فهل يتم تعويض الطرف المضروب من تعسف الطرف الآخر اتجاهه وإلحاق الضرر به؟

الفقه الإسلامي منع وقوع التعسف جملة وتفصيلاً فإذا ما قلنا بالتعسف في الحضانة والحقوق المتفرعة عنها، فإنّ الفقه الإسلامي أقرّ أن حق الحضانة يؤول للأم لأنها الأدرى بمصلحة محضونها والأحن عليه من غيرها، مع إلزام الزوج بما أنه الأب أن ينفق على أولاده مع إمكانية إلزام الزوجة بذلك في حال إعسار الزوج ويسارها.

كما أنه قال بضرورة مراعاة ظروف الأب المالية عند تقدير النفقة فيمنع على الزوجة أن تطالب بأكثر مما تقتضيه ظروف الحضانة، فلا يكون للزوجة المختلة التعسف في استعمال حقوق المحضون إضراراً بالأب.

أما إذا قلنا بمطالبتها بقيمة نفقة (نفقة العدة) مبالغ فيها فإن نفس القول الذي سبق قوله ينطبق على هذه الحالة أيضاً فلا يكون للزوجة المبالغة في المطالبة بالنفقة لأن الأصل أخذ بظروف الزوجين المعيشية ومتطلبات الحياة في تقدير النفقة.

أما فيما يخص تعسف الزوج في المطالبة بعوض ذو قيمة أعلى من قيمة المهر، فإن جمهور الفقهاء قالوا بكراهة المطالبة بعوض يفوق قيمته قيمة المهر، لكنهم أجازوه وأجازوا الزيادة إذا ما اتفق

الطرفين، على اعتبار أن الخلع طلاق على مال وطبيعته طبيعة معاوضة يجوز الاتفاق في قيمتها¹، أما إذا اتفق الطرفان ولم تقبل الزوجة بذلك رجح الفقه ألا تتجاوز قيمته مهر المثل.

فإذا قلنا أن الزوج طالب بقيمة بدل مبالغ فيها فلا يسعنا القول بتعسفه إذا ما قبلت المرأة بذلك، لأن الاتفاق أسقط القول بذلك لأن مسألة البديل مسألة اتفاقية، أما إذا لم تقبل فالجزاء يكون بإنقاص البديل إلى القيمة المتفق عليها فقها وهي قيمة صداق المثل².

أما من الناحية القانونية فإنه وكما قد قلنا سابقا فإن موقف المشرع يستشف من النصوص القانونية لكل واقعة فيتدخل إما تدخلا استباقيا، وذلك بتحديد قيمة النفقة سواء كحق للزوجة المختلعة إذا ما طبقنا ذات القول على التعسف في آثار الخلع، أو على نفقة المحضونين وبديل الإيجار، وذلك بالتدخل في تقدير النفقة آخذا بعين الاعتبار حال الزوج المختلعة المادية والاجتماعية، وكذا حال الزوجة المختلعة وسن المحضونين وعددهم وما يحتاجونه وما تفرضه متطلبات الحياة، كما يتدخل في تقرير النفقة دون اعتماد طلب الزوجة وحده، أيضا في مسألة الانتقال بالمحزون فالقاضي يتدخل تدخلا من نوع آخر وهو إعطائها الرخصة في الانتقال بالمحزون إلى منطقة أخرى متى تبين له مصلحة المحزون، والأم الحاضنة دون المساس بحق الأب في الزيارة كما أن القاضي إذا ارتأى أن الأم الحاضنة تتعسف في ممارستها للحضانة بحرمانها الأب من زيارة الأولاد أن يقر له الحق في ذلك بقوة القانون، مع استصدار نسخة تنفيذية بذلك تمكنه من حقه وتلزمها بضرورة تسليم المحزون للزيارة، وإلا اعتبرت منكرا للعدالة وبذلك تعاقب قانونا، أما موقفه فيما يتعلق بمطالبة الزوج لقيمة عوض

1- عائشة معروف، المرجع السابق، ص. 196.

2- حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 292.

أكبر من قيمة المهر، فإن المشرع سار على ذات النهج الذي سار عليه الفقه معتبرا أن العوض إذا ما تم الاتفاق على قيمته فلا يكون للقاضي التدخل فيهما، بل عليه إيقاع الخلع وإلزام الزوجة بما وافقت عليه وطابقت به قبولها، أما إذا لم تقبل ورفضت فالزوج ليس له إرغامها على دفع ما يطلبه أو رفض الموافقة على الخلع لأن المادة 54 كانت صريحة، إذ أعطت الحق للقاضي في حال عدم الاتفاق على قيمة العوض أن يحكم بقيمة لا تتجاوز قيمة مهر المثل وقت النطق بالحكم¹، والزوج ليس له الاعتراض على ذلك لأن موافقته وفقا للتعديل الذي مس قانون الأسرة لا يعتد فيه بموافقة الزوج على الخلع.

1- طرشي أحمد، "أحكام البذل في الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، 2021 مج 05، ع 02، ص 379.

خلاصة الفصل:

نخلص من خلال كل ما سبق إلى أن الخلع شرع لرفع الضرر عن الزوجة المتضررة من عشرتها مع زوجها كما أن القانون وتماشيا مع مبادئ الشريعة الإسلامية أقر ذات الحق على الرغم من الاختلاف بينهما في تكييفه، فالفقه الإسلامي كيّفه على أنه رخصة بينما اعتبره القانون حقا أصيلا، ومما لا يمكن إنكاره أن هذا الاختلاف أدى إلى وجود اختلافات أخرى في تفاصيل الخلع والتي كان من شأنها التأثير على حماية حق الزوج من تعسف الزوجة في مخالعه على الرغم من أن كل من الفقه والقانون استنكروا التعسف سواء في ممارسة حق الخلع ذاته أو في الآثار المترتبة عليه كون حماية الحقوق والمصالح من المبادئ الأساسية التي يسعى كل من التشريع الإسلامي والوضعي إلى إرسائها في المجتمع، لذا وجب إعادة تنظيم النصوص القانونية لتكون أكثر تفصيلا وصرامة ومعالجة لجميع النقاط الأساسية في الخلع وذلك لتفادي فتح الباب على مصراعيه للنساء في اتخاذ الخلع وسيلة لحل رابطة الزوجية لأسباب واهية وغير منطقية، وذلك يعتبر خطرا على المجتمع بأسره.

الخاتمة

في ختام دراستنا لموضوع تفعيل المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج والطلاق، توصلنا
وكإجابة للإشكالية المطروحة، أنه وحتى نتمكن من القول بوجود تفعيل للمسؤولية التقصيرية في كل
من الزواج والطلاق، وجبّ الحديث بادئ ذي بدء عن نظرية التعسف في استعمال الحق لأنها
العماد الأساسي للقول بتحقيق وقيام المسؤولية التقصيرية في مجال قانون الأسرة، لأن الخطأ
والذي يعد ركنا من أركان الفعل المستحق للتعويض المتسبب فيه، يبنى في هذا المجال على أساس
تجاوز الحدود المسموح بها في ممارسة الحق، سواء من الناحية الشرعية أو القانونية. وعليه، وطبقا
للقواعد العامة المنصوص عليها في كل من القانون والشرعة الإسلامية، فإن الجزاء المترتب حال
وقوع الضرر هو جبره عن طريق التعويض، سواء كان ذلك ضرراً مادياً أم معنوياً.

كما يمكن وحتى لا ننكر على المضرور حقه، أن نعتمد التعويض على أساس الضرر الذي
يقع إثر بطلان عقد الزواج أو قابليته للإبطال وذلك حماية للزوج المتضرر من بطلان عقد الزواج أو
ابطاله .

وفضلا عن ذلك، توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي يمكن تلخيصها على النحو التالي:

– الخطبة لا تعدو إلا أن تكون وعدًا بالزواج ليس إلا، وللطرفين الحرية الكاملة في تحقيقها من
خلال إتمامها وتكليفها بالزواج أو العدول عنها. غير أن هذا العدول حتى وإن كان حقا فلا
يكون للطرف العادل عن الخطبة التعسف في ممارسته وإلحاق الضرر للطرف الآخر.

– الزواج وفقاً لمقتضيات القانون هو عقد رضائي، أي أن الرضا هو القوام الأساسي فيه، وإذا ما
تخلف أُعتبر الزواج باطلاً.

– للزوجين الحرية الكاملة في الاتفاق على جميع المسائل والنقاط والشروط التي يرونها مهمة وضرورية، ولهما وفقاً لمقتضيات المادة 19 من قانون الأسرة، اشتراط ما تم الاتفاق عليه إما في عقد الزواج ذاته أو في عقد رسمي لاحق، وكوّن هذه الشروط ملزمة للطرفين، وأي إخلال بها يعطي للزوجة الحق في التطليق بناءً على نص المادة 53 الفقرة 09 من ذات القانون.

– يترتب عن الزواج مجموعة من الحقوق وكذلك التزامات، تختلف بطبيعتها بين المالية والمعنوية، ولا يكون للزوجين أو لأحدهما التعسف في ممارسة الحق وإلحاق الضرر بالطرف الآخر.

– الزوجين يجب عليهما مراعاة بعضهما البعض ومعاشرة بعضهم بالمعروف وطاعته، وذلك حتى وإن كان مفهوم الطاعة قد اختلف مقارنة بما كان عليه قبل التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 وتغيير المركز القانوني للمرأة، وإلغاء المادة 39 منه، إلا أن المودة والعشرة الحسنة هي العماد الأساسي لحياة زوجية سعيدة.

– الطلاق حق مخول للزوج وحده بما أنه مالك للعصمة. غير أن هذا الحق هو الآخر ليس مطلقاً، بل مقيد بعدم ممارسته بشكل ينافي الشرع والقانون. وعلى الرغم من أنه لا يمكن إجبار الزوج على الاستمرار في علاقة زوجية لا يرغب فيها، إلا أنه ملزم بتعويض الضرر الذي سببه بطلاقه المتعسف فيه من خلال دفع تعويض للزوجة المضرورة.

– الطلاق في مرض الموت صورة من صور التعسف في ممارسة الحق في الطلاق، لأن فيه نية في حرمان الزوجة من الميراث، لذا سُمي بطلاق القار، كون الزوج يقر من مسؤوليته والتزامه

اتجاه زوجته وفي هذا مناقضة للقصد الشرعي، لذا ورث الفقه الزوجة كنوع من العقاب وضمان للحفاظ على الحقوق من الضياع.

– لا يكون للزوج التعسف في آثار الطلاق المتفرعة عنه كحق الرجعة وحق زيارة المحضون... إضرارًا بالزوجة.

– لا يكون للزوجة أن تتعسف في آثار الطلاق أو في حقوقها المتفرعة عنه انتقامًا من الزوج بسبب طلاقه لها.

– حقوق الأولاد أو الحقوق المتعلقة بهم، كالحضانة أو الزيارة أو السفر... الخ، لا يمكن أن تكون محلاً للتعسف من طرف الزوجين، لأنها تتعلق بالمحضونين ومصلحة المحضون أولى من كل اعتبار.

– على الرغم من الاختلاف الفقهي في تأصيل طبيعة الخلع، إلا أنه يمكن القول أنه حق مكفول للزوجة التي لم تعد قادرة على الاستمرار في علاقتها الزوجية لعدم اطاققتها لزوجها. غير أنها هي الأخرى ليست مخولة بممارسة حقها بشكل متعسف فيه وإلحاق الضرر بالزوج كممارسته بدون سبب أو في مرض الموت.

أما بخصوص الاقتراحات التي نأمل أخذها بعين الاعتبار:

– ضرورة إعادة صياغة قانون الأسرة وسد الثغرات القانونية التي طالت العديد من المسائل، فضلاً عن ضرورة سن قوانين جديدة تواكب التطور الذي عرفه المجتمع دون الحياد عما أتت به الشريعة الإسلامية.

– تبني موضوع التعسف في ممارسة الحق بشكل مباشر وتنظيمه بشكل مفصل في قانون الأحوال الشخصية، وإزالة اللبس الذي طاله في الحقوق الزوجية.

– إعطاء القاضي سلطة موسعة في النظر في مسألة الخلع والطلاق والتأكد من جدية الأسباب، وذلك كمحاولة للإنقاص من عدد القضايا وحالات الطلاق التي أصبحت تتزايد بشكل مخيف.

– إعادة النظر في تقدير النفقة وبدل الإيجار، لأن المعمول به حالياً في أروقة المحاكم وقيمة النفقة التي يحكم بها لا تتماشى أبداً مع متطلبات الحياة، ولا تكفي لا لاستئجار المنزل ولا للإنفاق على الطفل وتلبية متطلباته من مأكل وملبس ومصاريف التمدرس وغيرها من المصاريف مع الأسف.

– ضرورة إعادة النظر في مسألة مقابل الخلع لأن قيمته قد تكون زهيدة، خاصة إذا مضى على الزواج مدة طويلة، فتختلف فيها قيمة الصداق سابقاً عما هي عليه الآن، كما أن مسألة صداق المثل تثير الكثير من الأسئلة

– ضرورة إعطاء الزوج الحق في التعويض عن الخلع التعسفي إعمالاً بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فلا يجوز إنكار حق الزوج في التعويض بما أنه تضرر مثل الزوجة المتضررة من الطلاق التعسفي.

وختاماً نأمل أن يكون هذا البحث خالصاً لوجهه الكريم سبحانه وتعالى، وأن يكون نافعا

ومفيدا.

قائمة المراجع

– القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولاً: المراجع العامة

1. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج1، دار الفكر للنشر، بيروت، 1992.
2. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج7، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، 1998.
3. ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق البنداري عبد الغفار، ج8، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003.
4. ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
5. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
6. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ج06، 1998.
7. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، تح:علي محمد معوض، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
8. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
9. أبو حسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب، تح: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ج2، دار الفكر الجامعي، بيروت، 1994.

10. أبو داود، صحيح السنن، الطلاق، باب الرحمة، رقم 38، مج 6، بين الأفكار الدولية، الأردن، د.س.ن.
11. أبو عبد الرحمن أحمد النسائي، السنن الصغرى للنسائي، كتاب الطلاق، باب الرجعة، مكتبة المطبوعات الإسلامية، دمشق، 1986.
12. أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، تمام السنة في فقه الكتاب وصحيح السنة، كتاب الطلاق وأحكام الأسرة المتعلقة به، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
13. أبو عيسى الترميذي، الجامع الكبير، سنن الترميذي، ج4، أبواب الولاء والهبة، باب في حث النبي عن الهدية، رقم 2130، دار الغرب الإسلامي، 1996.
14. أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير برشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تح: أبو أوس يوسف بن أحمد البكري، ج2، بيت الأفكار الدولية للنشر، الأردن، 2007.
15. أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق الصادق القمحاوي، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992.
16. أبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، المصنف، تح: أيمن نصر الدين الأزهري، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
17. أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج4، دار صادر للنشر والتوزيع، بيروت، د.س.ن.
18. أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2006.
19. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية: الطلاق، دار إقرأ للطباعة والنشر، دمشق، 2007.

20. أحمد الذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق: قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه للنشر، 2015.
21. أحمد بن أحمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، د.س.ن.
22. أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجري الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغيرة للبيهقي، تح: عبد المعطي أمين قلعجي، ج11، دار قتيبة، دمشق-بيروت، دار الوعي للنشر، دمشق، 1991.
23. أحمد بن علي موافي، الطلاق البدعي زمنًا، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.
24. أحمد بن يوسف بن أحمد الدريوش، الزواج العرفي (حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به)، دراسة فقهية مقارنة، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2005.
25. أحمد خليفة العقيلي، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الدار الجماهيرية للنشر والإعلان، ليبيا، 1990.
26. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج1، العاتك للطباعة والنشر، القاهرة، 2007.
27. أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
28. أحمد محمد عساف، الحلال والحرام في الإسلام، ط06، دار إحياء العلوم، بيروت، 1986.
29. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
30. أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.

31. أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، القاهرة، د.س.ن.
32. أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامع الجديدة، الإسكندرية، 2007.
33. إسماعيل أبا بكر علي البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، الأردن، 2009.
34. إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية: فقه النكاح، دار المسيرة للطباعة والنشر، الأردن، 2010.
35. الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد القرطبي الأندلسي (الشهير بابن رشيد الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط3، مكتبة الخانجي، القاهرة، 1994.
36. الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، ج1، دار الغرب الإسلامي للنشر والتوزيع، لبنان، 1993.
37. باديس بوقرة، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2013.
38. باديس ديايي، آثار فك الرابطة الزوجية (تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع) دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008.
39. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1998.
40. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012.

41. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للنشر، الجزائر، 2013.
42. بلحاج العربي، المساهمة العامة في القانون المدني الجزائري، مج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
43. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
44. بلقاسم شتوان، الخطبة والزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بأدلة شرعية وقانون الأسرة الجزائري، دار الفجر، الجزائر، د.س.ن.
45. بن خلف علي المتوفي المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي القيرواني، تحقيق أحمد حمدي إمام، مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، 1989.
46. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
47. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للطباعة والنشر، د.م.ن، 2008.
48. بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول الزواج وانحلاله، دار الألمعية للنشر والتوزيع، (دم)، 2015.
49. تواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط02، دار الوعي، الجزائر، 2010.
50. جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلفي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة الوفاء للنشر، الإسكندرية، 2016.
51. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

52. جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
53. حاج اسماعيل ابن لولو، القوامة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والإباضي وقانون الأسرة الجزائري، دار الأيام للنشر والتوزيع، 2018.
54. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط2، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، 2005.
55. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، أحكام عقد الزواج، مج الثاني، مطبوعات سامي، القاهرة، 2001.
56. حسن عبد السميع إبراهيم، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، د.د.ن، د.م.ن، 2001.
57. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط05، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1974.
58. حسين ناصر، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للنشر، الإسكندرية، د.س.ن.
59. حمزة خشاب، مدخل للعلوم القانونية ونظرية الحق، ج2، نظرية الحق، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
60. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، باب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
61. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2006.

62. زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج (دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار شتات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2012.
63. زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، مكتب الفكر للنشر، العراق، 2008.
64. زكريا الأنصاري، حاشية البجيرمي على شرح المنهج، ج3، دار الحلبي، القاهرة، 1950.
65. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن النجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق زكريا عميرات، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
66. سامح عبد السلام محمد، الخلع كما شرعه الإسلام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
67. سامي الجري، الشروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، ط02، مطبعة الفني، تونس، 2011.
68. السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، 1977.
69. شمس الدين أبو عبد الله محمد (الحطاب)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج4، ط3، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1992.
70. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغزي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، تحقيق زكريا عميرات، دار عالم الكتب، الرياض، 2002.
71. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، ج4، دار العرب الإسلامي، بيروت، 1994.
72. الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على تفسير الجلالين في تفسير القرآن، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1345هـ.
73. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري (مدعما باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في

- 2005/02/27 مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية)، دار الخلدونية، د.م.ن، 2009.
74. طه أحمد الزبيدي، حكم الطلاق عبر أجهزة الاتصال الحديثة، دار الفجر للنشر والتوزيع، بغداد، 2007.
75. عامر سعيد نوري الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، الرياض، 1998.
76. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دار النهضة العربية، بيروت، 2009.
77. عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج4 (كتاب النكاح، كتاب الطلاق)، ط2، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، بيروت، 2004.
78. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1968.
79. عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة (دراسة فقهية مقارنة)، مكتبة الخافقين، دمشق، 1984.
80. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.
81. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
82. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
83. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

84. عبد السلام ترماني، الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام دراسة مقارنة، عالم المعرفة، الكويت، 1990.
85. عبد السميع أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
86. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومو للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 1996.
87. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومو للنشر، الجزائر، 2010.
88. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، ج1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1984.
89. عبد الغفار إبراهيم صالح، الزواج وأحكامه في الشريعة الإسلامية وفي المحاكم المصرية، مطابع اللواء الحديثة، القاهرة، 2006.
90. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000.
91. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
92. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
93. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، 1993.
94. عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج7، دار الكتب العربي، بيروت، 1347هـ.

95. عبد الله بن محمد بن سعد آل حنين، الخلع بطلب الزوجة لعدم الوثام مع زوجها، رابطة العالم الإسلامي والمجمع الفقهي الإسلامي، الرياض، 2006.
96. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلاحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج2، باب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 1937.
97. عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
98. عبد الله ناصح علوان، آداب الخطبة والزفاف وحقوق الزوجين، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، د.س.ن.
99. عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هوم، الجزائر، 2011.
100. عبد الملك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها: دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2006.
101. العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأسرة، كنوز الحكمة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
102. العسكري أبو هلال الحسن بن عبد الله بن هلال بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، الفروق اللغوية، تحقيق إبراهيم سليم، ج1، دار العلم والثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، د.س.ن.
103. عصام عبد المنعم المري، الدر الثمين في الترجمة الفقهية للعلامة ابن عثيمين، دار البصيرة، الإسكندرية، 2003.
104. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف، تح: محمد حامد الفقي، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1955.

105. علاء الدين أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2 باب النكاح، مطبعة شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، 1428هـ.
106. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005.
107. علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.
108. علي الصعيد العدوي، الحاشية على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني في مذهب الإمام مالك، ج2 (باب النكاح)، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1994.
109. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري (المسؤولية عن فعل الغير الأشياء التعويض)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
110. علي فيلاي، الالتزامات، (الفعل المستحق للتعويض)، ط03، دار موفم للنشر، الجزائر، 2012.
111. علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط02، موفم للنشر، الجزائر، 2007.
112. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.
113. عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
114. العمروسي أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، ج1، دار الفكر الجامعي، د.س.ن.
115. عيسى حداد، عقد الزواج: دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر، 2006.

116. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1996.
117. الكمال ابن الهمام الحنفي، فتح القدير للعاجز الفقير، شرح كتاب الهداية في شرح البداية للبرهان المرغيتاني في الفقه الحنفي، دار النوادر، بيروت، مج1، د.س.ن.
118. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير على الهداية، تح: شمس الدين أحمد المعروف بقاضي زادة، ج3، شركة مكتبة معفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، د.س.ن.
119. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السواسي السكندري، فتح القدير على الهداية، تح: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، 2003.
120. محفوظ أبو الخطاب الكلوذاني الأزعجي، تمهيد في أصول الفقه، تح: مفيد محمد أبو عشمة، مركز البحث العلمي وإحياء التراث جامعة أم القرى، الرياض، 1985.
121. محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2015.
122. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
123. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د.م.ن، د.س.ن.
124. محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971.
125. محمد الأمين الأرمي، الكوكب المشرق في سماء علم المنطق، دار المناهج، بيروت، 2015.

126. محمد الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج3، د.د.ن، القاهرة، د.س.ن.
127. محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1993.
128. محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الرسالة، تح: أحمد محمد شاكر، مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1947.
129. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله الجعفري البخاري، الجامع الصحيح المختصر، ط3، ج5، دار ابن كثير، بيروت، 1987.
130. محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، محمد زهير بن ناصر الناصر، مج1، ج1، دار طوق النجاة، بيروت، 2001.
131. محمد بن عبد العزيز السديس، مقدمات النكاح، الجامعة الإسلامية للطباعة والنشر، الرياض، 2004.
132. محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.س.ن.
133. محمد بن فنخور العبدلي، الأنكحة المستحدثة (المبتدعة) وحكم الشرع فيها، المعهد العلمي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة السعودية، د.س.ن..
134. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه زكريا، ج05، دار علم الكتب، د.م.ن، د.س.ن.
135. محمد بيومي، تحفة العروس، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الجزائر، 2007.
136. محمد جمال أبو سنيّة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
137. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

138. محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة والزواج، دار الاعتصام للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
139. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني: العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
140. محمد طاهر الجوابي، المجتمع والأسرة في الإسلام، ط3، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، 2000.
141. محمد عبد الرحمن شميلة الأهدل، نكاح المتعة، مؤسسة الخافقين ومكتبها، دمشق، 1983.
142. محمد علاء أفندي، حاشية قرّة عيون الأخبار تكملة لرد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج11، مطبعة عام الكتب، الرياض، 2003.
143. محمد فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط03، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، 1984.
144. محمد فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفقه الإسلامي المعاصر، ج2، دار قتيبة، بيروت، 1998.
145. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000.
146. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 1996.
147. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

148. محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة والزواج، ج1، ط2، دار الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1994.
149. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام: دراسة مقارنة بين فقه مذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
150. محمد يعقوب، طالب عبيدي، أحكام النفقة الزوجية في الشريعة الإسلامية، دار الفضيلة للنشر، الرياض، 2004.
151. محمود شلتوت، المسؤولية المدنية والجنائية، مطبوعات جامعة الأزهر، القاهرة، 1960.
152. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، وط3، سنة 2010.
153. المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية: دراسة فقهية مقارنة، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
154. مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2011.
155. مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، دار إحسان للنشر والتوزيع، بغداد، 2014.
156. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، ط10، ج2، مطبعة طرسين، دمشق، 1968.
157. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، بيروت، 1998.
158. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، دار الرواق للنشر والتوزيع، دمشق، 2001.

159. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهره الرحيباني، أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ج5، ط02، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، دمشق، 1994.
160. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، أحكامه، آثاره، (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
161. منصور بن إدريس البهوتي، تح: إبراهيم أحمد عبد الحميد، كشف القناع عن متن الإقناع، ج1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر، الرياض، 2004.
162. منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
163. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي، المغني، ج9، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح الحلو، ط03، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
164. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي المعروف بابن قدامة، المغني، ج9، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1968.
165. نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والطباعة، عمان، الأردن، 2008.
166. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون (نظرية الحق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
167. النصراوي أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
168. هجيرة دنوني، بن الشيخ الحسين، النظرية العامة للحق وتطبيقهما، د.م.ن، منشورات دحلب، د.س.ن.

169. هلالي عبد الإله أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
170. الهمام مولانا الشيخ نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.
171. وفاء معتوق، حمزة فراشي، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، دار القاهرة للطباعة والنشر، القاهرة، 2000.
172. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة، ج9، ط4، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1997.
173. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، ط03، دار الفكر للنشر والتوزيع، دمشق، 1989.
174. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، ج2، دار الكلم الطيب، دمشق، 2010.
175. يحيى قاسم علي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية القانون نظرية الحق)، عوميت للتوزيع، القاهرة، 1997.

ثانيا: المراجع الخاصة:

1. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي: دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، دار الفكر العربي للنشر، القاهرة، 2009.
2. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009.
3. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر، الأردن، 2009.

4. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.
5. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض على الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر، الأردن، 2009.
6. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، د.م.ن، 2008.
7. عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر لنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
8. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، 1988.
9. يوسف دلاندة، دليل المتقاضين في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط2، دار هوم، الجزائر، 2008.

ثالثاً: أطروحات الدكتوراه ورسائل الماجستير

أ. أطروحات الدكتوراه:

1. آيت شاوش دليلا، إنهاء رابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013/2014.
2. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1998.
3. بخوش رزق، عيوب الرضا في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2017/2018.

4. برير محمد، مركز الفقه الإسلامي في قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج والطلاق نموذجاً، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، 2020/2019.
5. بلعباس آمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018.
6. بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
7. حميدو زكية، مصلحة المحضون، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة 2005/2004.
8. جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أحمد دراية أدرار، 2021/2020.
9. حفصية دونه، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2021/2020.
10. خديجة مزري، أسباب إقبال الجزائريين على الزواج المختلط (دراسة ميدانية بولاية غرداية)، رسالة دكتوراه في علم الاجتماع، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2017/2016.
11. رواحنة زوليخة، حق المجني عليه في التعويض عن الضرر المعنوي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه ل.م.د، تخصص نظام جزائي والسياسة الجزائية المعاصرة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018/2017.

12. زنون عمار، تطور نظام التعويض في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2022/2021.
13. زوهير بن حشاني، آثار الطلاق في الأحوال الشخصية المغاربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2021/2020.
14. سعادي لعل، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
15. سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2019/2018.
16. شهناني سمير، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2013.
17. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007/2006.
18. عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقها في فسخ العقود، دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية ل.م.د، تخصص العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر 1، 2018/2017.

19. علاوة بوشوشة، التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2021/2020.
20. فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015/2014.
21. فؤاد بن شكرة، آثار العدول عن الخطبة في ظل مدونة الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2010.
22. قجالي مراد، نظام التعويض عن انتهاك الحق في السلامة الجسدية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
23. قديري محمد توفيق، النيابة الشرعية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة ببعض القوانين العربية، رسالة دكتوراه علوم، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2018/2017.
24. لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2019/2018.
25. مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006/2005.
26. هيشور أحمد، الخلع بين الشريعة والتشريع، دراسة فقهية حقوقية مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس، 2015/2014.
27. يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018.

ب. رسائل الماجستير:

1. إبراهيم عبد الكريم، أحكام الزواج بنية الطلاق وعلاقته بالمقاصد الشرعية (نكاح المتعة نموذجاً)، رسالة ماجستير في الشريعة، تخصص أصول الفقه، كلية الشريعة والقانون، جامعة إفريقيا العالمية، الخرطوم، 2020.
2. إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، مذكرة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008/2007.
3. إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن ضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2011/2010.
4. براهيمى زينة، مسؤولية الصيدلي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012/2011.
5. بلبلولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2005/2004.
6. بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع: دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، 2014/2013.
7. بوجاني عبد الكريم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.

8. بوحادة سمية، الآثار المالية للطلاق في قانون الأسرة الجزائرية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية أدرار، 2014/2013.
9. بوراق فتيحة، الاشتراط في عقد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
10. تاويرت صبرينة، المنازعات المالية بسبب فك رابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
11. حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009.
12. حفصية دونه، أحكام النفقة ومتاع البيت كأثر من آثار الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015/2014.
13. رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2007/2006.
14. رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغير على عقد النكاح، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2011.
15. سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2011/2010.

16. سعيد وجيه سعيد منصور، أحكام الهدية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011.
17. سلمى بنت سالم بنت محمد الجمعاني، أحكام الصداق في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427/1426هـ.
18. سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، رسالة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران السانبا، 2012/2011.
19. عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة، 2015/2014.
20. عبد العظيم مرزوق حمد محرم، التعبير عن الإرادة في الزواج والطلاق مفهومه ووسائله، رسالة ماجستير في (الفقه وأصوله)، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، 2014/2013.
21. عبد اللطيف بومبي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2015/2014.
22. عبد الله محمد خليل إبراهيم، صور مستحثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في الفقه والشريعة، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.
23. قربة رضا، السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.

24. قيدوم بوزيان إيمان، نظام الأموال المشتركة بين الزوجين في قانون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر1، 2014/2013.

25. لاتي محمد، المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2002/2001.

26. لمياء شافعة، حل رابطة الزوجية بناء على الإرادة المنفردة للزوجة بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: دراسة تأصيلية وتحليلية مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2012/2011.

27. محمد الطاهر دوخ، أثر نية في الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر01، 2016/2015.

28. مروة خضر عياد، التعسف في استعمال حق الحضانة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2015/2014.

29. منيرة عواد حامد المريطب، فقه عبد الله بن مسعود في النكاح، الطلاق، الفسخ، الخلع، الرجعة، الإيلاء: دراسة فقهية مقارنة، رسالة الماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، الرياض، 1417هـ.

رابعاً: المقالات العلمية

1. إبراهيم رحمان، "إبرام عقود الزواج عن طريق الوسائط الإلكترونية الحديثة: دراسة فقهية مقارنة"، مجلة الشهاب، جامعة الوادي، مج02، ع03، 2016.

2. أحسن زقور، الغوط عبد الكريم، "سلطة تأديب الزوجة: دراسة مقارنة"، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلس الإسلامي الأعلى، ع التاسع، جوان 2017.
3. أحمد الصويعي شليلك، "التعسف في استعمال الحق قصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، ع38، 2008.
4. أحمد ذياب شويدح، "مدى سلطة القاضي في الخلع بدون رضی الزوج"، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة واللغة العربية، ج18، ع34، 1426هـ.
5. أحمد عادل علي العازمي، "الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية: دراسة فقهية مقارنة"، مجلة دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، مج45، ع4، ملحق4، 2018.
6. أحمد قياتي، محمد شلقامي، "الانحرافات في إنشاء عقد الزواج وفرقه في ميزان الفقه الإسلامي"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية أسوان، جامعة الأزهر، ع الرابع، 2021.
7. إسمهان عفيف، "الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، قراءة في أحكام المادة 07 من قانون الأسرة ومقارنتها بأحكام المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مج الثاني عشر، ع04، ديسمبر 2019.
8. أشرف محمود بن كنانة، "التعسف في استعمال حق الحضانة"، مجلة دراسات الشريعة الإسلامية والعلوم القانونية، الجامعة الأردنية، مج02، ع43، 2016.
9. أمحمدي بوزينة آمنة، "الاتفاق على تقسيم الأموال المشتركة بين الزوجين، قراءة في مضمون المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعام، مج02، ع01، 2016.

10. آمنة تازير، كريمة محروق، "الزواج عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، مج06، ع01، 2020.
11. بريير محمد، "تأصيل التفرقة بين أركان عقد الزواج وشروطه في قانون الأسرة الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، جامعة الجزائر، مج57، ع01، 2020.
12. بعاكية كمال، حبار آمال، "إكراه الزوج زوجته على الخلع"، المجلة الجزائرية للمخطوطات، جامعة أحمد بن بلة وهران1، مج14، ع02، 2018.
13. بعاكية كمال، حبار آمال، "سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة1، مج22، ع01، 2019.
14. بلحبيب سامية، حبار آمال، "الحقوق المالية للمرأة المطلقة بين اتفاقية سيداو وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، مج08، ع01، 2021.
15. بلعباس أمال، "بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام"، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، مج06، ع01، 2021.
16. بلعرج محمد أمين، "نسب الطفل الناتج عن فترة الخطبة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغاربية"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، مج10، ع01، 2019.
17. بلقاسم شتوان، "حق الزوجة في السكن شرعا وقانونا"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، ع الخامس، 2003.
18. بن تغري موسى، "إثبات التعسف في دعوى الخلع"، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، مج01، ع الأول، 2019.

19. بن حمودة مختار، "الخلع شروطه وآثاره بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مج13، ع02، 2020.
20. بن داود عبد القادر، "الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري: الإشكالية وحلها"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، مج05، ع التاسع، 2004.
21. بن عامر يزيد، "زيارة المحضون على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله تيبازة، مج03، ع06، 2019.
22. بن عزوز بن صابر، "الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج في التشريع الجزائري والمقارن"، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2، مج3، ع1، 2012.
23. بن عيسى محمد، سالمى موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الاسرة والقانون المدني، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي، الاغواط، مج06، ع01، 2022.
24. بن قردى أمين، "الخطأ في المسؤولية التقصيرية من حيث الإثبات والإنفاء"، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور الجلفة، مج07، ع21، 2015.
25. بن مالك حسن، "أحكام الخلع في قانون الأسرة الجديد (دراسة مقارنة)"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة وهران1، مج10، ع13، 2007.
26. بن يحيى أبو بكر الصديق، ضامن عبد القادر، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، دراسة نقدية"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مج الأول، ع الثالث، 2016.

27. بوخاتم اسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج "دراسة في ضوء قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج03، ع02، 2017.
28. بوسعيد رويضة، "عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري: دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد النعامة، مج الخامس، ع01، جانفي 2019.
29. بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري —دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية—، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج05، ع01، 2019.
30. بوغزير ليندة، "المرأة في قانون العمل الجزائري"، مجلة إليزي، المركز الجامعي إليزي، مج06، ع خاص، 2021.
31. تبوب فاطمة الزهراء، "التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، مج 53، ع 05، 2016.
32. تشوار حميدو زكية، "الدور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، مج 40، ع02، 2003.
33. تواتي نورة، "تعسف الزوج في الطلاق وأثره في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، مج07، ع02، 2021.
34. حاسي حمزة، أحمد بورزق، "حكم عمل الزوجة بين الفقه والتشريع"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، مج الثاني، ع07، 2017.

35. حداد فاطمة، حجاب ياسين، "الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، ع السابع، 2017.
36. حوحو رميساء، بوسطلة شهرزاد، "الطلاق الإلكتروني"، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، مج السابع، ع الثاني، 2022.
37. خدام هجيرة، "حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون"، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، مج 06، ع 01، 2015.
38. دنوني هجيرة، "النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة أحمد باي، تيسمسيلت، ع 1، 1994.
39. ذبيح هشام، دبابش عبد الرؤوف، "حق التقاضي في الخلع للزوجة بين قانون الأسرة والشريعة الإسلامية"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، مج 06، ع 01، د.س.ن.
40. راجع عكاشة، صلوح المكي، "الأنكحة الفاسدة بين الشريعة والقانون"، مجلة إليزا للبحوث والدراسات، المركز الجامعي إيليزي، ع الثالث، 2018.
41. راضية بشير، رؤوف قروج، "القصور التشريعي في معالجة سفر وانتقال الحاضن بالمحضون وانعكاساته على حق الزيارة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، مج 07، ع 01، 2022.
42. راضية بشير، محمود لنكار، "حق الزوج في التعويض عن فك رابطة الزوجية في الخلع"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مج 10، ع 03، 2019.
43. رايس محمد، شامي محمد، "دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع: دراسة مقارنة"، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، مج 1، ع 02.

44. رحاب مصطفى كامل السيد، "عضل الزوجة للافتداء بنفسها وأثر ذلك على أحكام الخلع وما يشبهه بين الشرع والقانون"، مجلة الجامعة الإسلامية، جامعة المدينة المنورة للفقہ الإسلامي، ج06، د.س.ن.
45. رحال عبد القادر، "الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقہ الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، جامعة الجزائر1، مج08، ع11، 2016
46. ردينا إبراهيم حسين الرفاعي، "صور الزواج المستحدثة وأثرها على الاستقرار الأسري"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج13، ع03، جامعة آل البيت، الأردن، 2017.
47. رميساء حوحو، شهرزاد بوسطة، "حق القوامة والتعسف في استعمالها"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مج17، ع01، 2020.
48. سامية أبريغم، "عمل الزوجة وتأثيره على الحياة الأسرية في البلدان العربية"، مجلة آفاق لعلم الاجتماع، جامعة البليدة2، مج الثامن، ع16، ديسمبر 2018.
49. سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، مج05، ع09، 2004.
50. سعيد خنوش، "التوثيق وأثره في إثبات الحقوق بين الزوجين"، مجلة معارف، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة، مج12، ع23، 2017.
51. سميرة براوي، سعاد يحيياوي، "المسؤولية المدنية والجزائية للزوج المتعسف في استعمال حق التأديب: دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقانون الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، مج13، ع02، د.س.ن.

52. سميرة عبدو، "الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الأحياء، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، الجزائر، مج 12، ع 14، د.س.ن.
53. سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، "التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج 10، ع 02، 2019.
54. شافع لمياء، "حق اشتراط المرأة في عقد الزواج بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، الجزائر، مج 08، ع 03، 2021.
55. شامي أحمد، "نفقة الطفل المحضون على ضوء أحكام الأمر 05-02 والقانون 15-01"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ع 18، 2017.
56. شامي أحمد، بن شنوف فيروز، "الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بن خدة، مج 57، ع 04، 2020.
57. شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها، دراسة تحليلية فقها وتشريعا وقضاء"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج 12، ع 01، (ع التسلسلي 21)، مارس 2020.
58. شوقور فاضل، "تعديل المادة 54 من قانون الأسرة بين تقييد الطلاق وتكريس مبدأ المساواة بين الزوجين"، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، مج 06، ع 02، 2021.
59. شويف عبد العالي، "اشتراط الأهلية في الزواج: دراسة فقهية قانونية"، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مج 09، ع 02، 2016.

60. صالح بوبشيش، "أحكام تع الزوجات في قانون الأسرة الجزائري: دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، مج05، ع09، 2004.
61. صفاء السيد لولو الفار، "أحكام الطلاق بالوسائل الحديثة: دراسة فقهية مقارنة"، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات، مج السادس، ع35، الإسكندرية، 2019.
62. صفاء السيد لولو الفار، "نفقة المرأة العاملة في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة"، مجلة كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مج35، ع03، سبتمبر 2020.
63. طرشي أحمد، "أحكام البدل في الفقه الإسلامي والقانون المقارن"، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، مج05، ع02، 2021.
64. عابدي عبد الله، محامي مختار، "التعويض عن الضرر المعنوي في الدول عن الخطبة (بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)"، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، مج16، ع27، 2015.
65. عادل عيساوي، مراد كاملي، "عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر قسنطينة، مج05، ع10، 2016.
66. عاشور سهيلة، سعيد خنوش، "الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج12، ع خاص، 2020.
67. عاشور سهيلة، سعيد خنوش، "تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، مج07، ع02، 2020.
68. عائشة معروف، "تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي شلف، مج08، ع02، 2021.

69. عائشة معروف، إبراهيم عماري، "تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، مج08، ع02، 2022.
70. عباس سهيل جيجان، "الطلاق الخلعي"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، بغداد، مج04، ع01، 2012.
71. عبد الإله النوايسة، "المثلية الجنسية الرضائية بين التجريم والإباحة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع37، يناير 2009.
72. عبد السلام عبد القادر، "الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة"، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة1، مج10، ع01، 2008.
73. عبد الفتاح تقيّة، "عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، مج46، ع02، 2011.
74. عبد الله بن سليمان العجلان، "أحكام تأديب الزوجة في الفقه الإسلامي"، مجلة العدل، الرياض، ع52، 1432هـ.
75. عبد الله مبروك النجار، "ضمان الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، ع28، د.س.ن.
76. عبد المعطي بن محمد عبد المعطي سمسّم، "الزواج عند العرب في العصر الجاهلي بين الروايات التاريخية والمصادر الأدبية: دراسة مقارنة"، مجلة الآداب، جامعة ذمار، ع13.
77. عدلان مطروح، "التدليس وأثره على الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، 2021.

78. العربي تومي، خالد بوشمة، "النقص التشريعي في أحكام زواج وطلاق المحجور عليهم في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة مع مدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أحمد دراية أدرار، مج 08، ع02، 2020.
79. عروة صبري، "الطلاق التعسفي، دراسة فقهية مقارنة"، مجلة جامعة المحكمة، أكاديمية قاسمي للنشر للفقهاء الإسلاميين، ع13، القاهرة، 2009.
80. عطا الله غريبي، "الحقوق الزوجية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، حوليات جامعة الجزائر 1، ع32، ج1، 2018.
81. علي صالح أيمن، "حكمة ضمان الفعل الضار وأثرها في تحديد موجباته في افقه الإسلامي"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، ع04، الأردن، د.س.ن.
82. علي عبد الله العون، "التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه، مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، مج 43، ع02، 2016.
83. علي فيلالي، "تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه"، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، ع31، ج1، 2017.
84. عماري نور الدين، "الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام لقضاء وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مج07، ع13، 2015.
85. عمر سدي، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تامنراست، مج08، ع02، 2019.
86. عمري رشيد، "أحكام الجهاز ومتاع البيت: دراسة مقارنة"، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران1، مج 13، ع16، 2012.

87. عمري رشيد، "التعسف في استعمال حق الطلاق"، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، مج 19، ع 01، 2018.
88. عيسات اليزيد، "تأديب الزوجة بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، مج 14، ع 02، 2016.
89. عيساوي عبد النور، "حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، ع 04، ديسمبر 2014.
90. غازي مرحبا، "التعسف في استعمال حق الحضانة: حقيقته-صوره-علاجه في الفقه الإسلامي المقارن"، مجلة جامعة طيبة للآداب والعلوم الإنسانية، الرياض، ع 09، 2015.
91. غناي زكية، "عمل الزوجة وأثره على الحقوق الزوجية"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، مج 53، ع 05، 2016.
92. فاروق خلف، أحكام الخطبة وآثار العدول عنها بين المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة حمه لخضر الوادي، ع 02، 2016.
93. فاطمة بوخاري، ربيعة حزاب، "تحديد سن الزواج بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية"، مجلة الحوار المتوسطي، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، مج 11، ع 01، مارس 2020.
94. فاطمة حداد، "التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، مج 04، ع 01، 2018.
95. فتحي طيحوس، "تع الزوجات بين المرجعية الشرعية والقيد القانوني"، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، مج 35، ع 01، 2021.

96. فردوس بن عبد النبي، قتال جمال، "عقد الزواج في ثوبه الجديد ووسائل إثباته الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، مج 11، ع 01، 2022.
97. كاملة طواهرية، "أحكام الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، مج 20، ع 39، 2015.
98. كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، "محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية حكمها والحكمة منها"، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، مج 8، ع 2، جامعة الموصل، بغداد، 2009.
99. لطيفة بهي، "الطلاق الإلكتروني ومدى صحته"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، مج 02، ع 04، الجزائر، 2015.
100. لفقيري عبد الله، "أساس وظيفة التعويض بين العقاب والإصلاح"، مجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، مج 13، ع 01، 2016.
101. ماجدة عفيف عتيلى، ربحانة حاج عبد الله، "اختيار الزوجة لمسكنها: دراسة في الشريعة الإسلامية مقارنة باتفاقية سيداو الدولية"، مجلة الفقه، إيران، ع 12، 2015.
102. محمد باوني، "الخطبة المقتزنة بالفتحة وحكمها شرعا وقانونا (دراسة مقارنة)"، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة منتوري قسنطينة، مج 19، ع 01، 2004.
103. محمد حلمي إبراهيم الحنفاوي، "التعسف في استعمال حق الحضانة"، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، القاهرة، مج 38، ع 1، 2023.
104. محمد رشيد بوغزالة، "طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الواد، مج 06، ع 02، 2009.

105. محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة البحوث والدراسات، جامعة حمه لخضر الوادي، ع 8، جوان 2009.
106. محمد عبد الهادي عبد الستار، "العدول عن الخطبة وأثره على حقوق الخاطبين، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية"، مجلة وادي النيل للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية والتربوية، القاهرة، ج 3، مج 28، 2020.
107. محمد علي سعود الهدية، "تعسف الولي مع الحاضن: دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الكويتي"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 17، ع 2، 2021.
108. مريم سعدون، "الخلع كآلية من آليات فك رابطة الزوجية"، مجلة التربية والتنمية، جامعة أحمد درارية، أدرار، مج 02، ع 01، مارس 2023.
109. مزوزي أحمد بن يوسف، مسايرة قانون الأسرة للتطور التكنولوجي في مجال إبرام عقد الزواج"، مجلة مالك بن نبي للبحوث والدراسات، الملحقة الجامعية قصر الشلالة، تيارت، مج 3، ع الأول، 2021.
110. معزي جهاد، "التطور الوظيفي للمسؤولية المدنية التقصيرية: توجه نحو تعزيز الوظيفة الوقائية في ضوء التصورات الجديدة"، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مج 5، ع الثاني، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2021.
111. ميدون مفيدة، عبد الرؤوف دبابش، "الطلاق كتابة عبر البريد الإلكتروني"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، مج 12، ع خاص رقم 22، الجزائر، 2020.
112. نسيمة آمال حيفري، "تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري بين الإباحة والتجريم"، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، مج 08، ع 03، 2021.

113. نضيرة عتيق، "تعويض ضرر العدول عن الخطبة دراسة تأصيلية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، مجلة دراسات وأبحاث، مج13، ع01، جانفي 2020.
114. نوال مجدوب، "آليات تكريس مصلحة المحضون على ضوء قانون الأسرة الجزائري والاجتهادات القضائية"، مجلة دفاتر الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مغنية، مج01، ع01، 2021.
115. نوري حمه سعيد حيدر، "الفروق بين أنواع عقود الزواج الشائعة وحكمها في الفقه الإسلامي والقانون العراقي"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، مج1، ع03، ج2، 2017.
116. هاجر عميرة، محمد حاج بن علي، "دور قانون الأسرة الجزائري في حماية المرأة من التعسف: التعسف في استعمال الولاية نموذجا"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعللي، مج06، ع02، 2020.
117. هنان مليكة، بواب بن عامر، "النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا في التشريع الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، مج10، ع19، 2017.
118. وليد ضيف، علي دحماني، "قيود تع الزوجات بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد، النعامة، مج08، ع01، 2022.

خامسا: القواميس والمعاجم والموسوعات

1. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، ج11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.
2. ابن منظور محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، ج5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1999.

3. أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، معجم عربي-عربي، باب الخاء مع الطاء، مج 01، مكتبة لبنان، بيروت، 1987.
4. باسل زيدان محمد عوادرة، المعجم الجامع، باب العين، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2001.
5. سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الأوسط، ج8، دار الحرمين، القاهرة، 1415هـ.
6. سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الكبير، تح: حمدي بن عبيد المجيد السلفي، ط2، ج25، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، 1994.

خامسا: النصوص القانونية والاوامر

1. الأمر رقم 20/70، المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 هـ الموافق لـ 19 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/14، المؤرخ في 13 شوال 1435 هـ الموافق لـ 09 أوت 2014، الجريدة الرسمية، ع49، 2014، وبالقانون رقم 03/17، المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1438 هـ الموافق لـ 10 يناير 2017، الجريدة الرسمية، ع02، 2017.
2. القانون رقم 59-274، المتعلق بقانون عقود الزواج، الصادر بتاريخ 04 فيفري 1959، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 11/02/1959.
3. القانون رقم 63-224، المؤرخ بتاريخ 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج، الجريدة الرسمية، الصادرة بتاريخ 02 يوليو 1963.
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، ع 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، ع 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005.
6. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، ع 15، الصادرة في 27 فبراير 2005.
7. الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع 15، المؤرخة في 22 يونيو 2005.
8. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية، ع 21، المؤرخة في 2008/04/23.

الفهرس

أ	المقدمة
	الباب الأول: المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج
18	الفصل الأول: تفعيل المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة الخطبة
19	مبحث تمهيدي: ماهية الخطبة
20	المطلب الأول: مفهوم الخطبة
21	الفرع الأول: التعريف اللغوي
23	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للخطبة
23	أولاً: التعريف الفقهي للخطبة
24	أ. تعريف الخطبة في الفقه القديم
25	ب. تعريف الخطبة في الفقه المعاصر
26	ثانياً: التعريف القانوني للخطبة
27	المطلب الثاني: أنواع الخطبة وحكمها
28	الفرع الأول: أنواع الخطبة
28	أولاً: الخطبة بالتصريح
28	ثانياً: الخطبة بالتعريض
30	الفرع الثاني: مشروعية الخطبة وحكمها
30	أولاً: مشروعية الخطبة
32	ثانياً: حكم الخطبة
34	المبحث الأول: مكانة المسؤولية التقصيرية في ضوء التكييف الفقهي والقانوني للخطبة
34	المطلب الأول: التكييف الفقهي والقانوني للخطبة
35	الفرع الأول: التكييف الفقهي للخطبة
36	أولاً: الخطبة وعد ملزم وجب الوفاء به
37	ثانياً: الخطبة وعد غير ملزم
37	الفرع الثاني: التكييف القانوني للخطبة
38	الفرع الثالث: إقتران الخطبة بالفاتحة

43	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية حالة العدول عن الخطبة
44	المطلب الأول: حكم الهدايا والمهر في ظل العدول
44	الفرع الأول: ماهية العدول
45	أولاً: الاطار المفاهيمي العدول
45	أ. العدول عن الخطبة لغة
45	ب. العدول عن الخطبة اصطلاحاً
46	ج. العدول عن الخطبة قانوناً
47	ثانياً: أنواع العدول عن الخطبة وحكمه
47	أ. أنواع العدول عن الخطبة
49	ب. حكم العدول
55	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن العدول
55	أولاً: آثار العدول عن الخطبة على الهدية
60	ثانياً: أثر العدول على المهر
62	المطلب الثاني حكم التعويض المبني على أساس المسؤولية التقصيرية
63	الفرع الأول: موقف الفقه والقانون من التعويض
64	أولاً: موقف الفقه
64	أ. الرافضون للتعويض
66	ب. القائلون بالتعويض
67	ثانياً: موقف القانون
67	ثالثاً: موقف القضاء
68	الفرع الثاني: الأساس القانوني والفقه للتعويض عن العدول
68	أولاً: مفهوم التعسف في استعمال الحق
68	أ. مفهوم الحق
76	ب. مفهوم التعسف
79	ثانياً: معايير التعسف في استعمال الحق

79	أ. في الفقه الإسلامي
83	ب. في القانون
85	ثالثا: تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على العدول
89	الفرع الثالث: الآثار القانونية للتعسف في العدول عن الخطبة
91	ثالثا: عناصر التعويض عن العدول
94	أ. ضرر مادي
95	ب. ضرر معنوي
98	الفصل الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية حالة الاخلال بأحكام الزواج
98	مبحث تمهيدي: ماهية الزواج
99	المطلب الأول: مفهوم الزواج
100	الفرع الأول: تعريف الزواج لغة
102	الفرع الثاني: تعريف الزواج إصطلاحا
102	أولا: تعريف الزواج في الفقه الكلاسيكي
103	ثانيا: تعريف الزواج في الفقه المعاصر
104	الفرع الثالث: تعريف الزواج قانونا
105	المطلب الثاني: مشروعية الزواج وحكمه
105	الفرع الأول: مشروعية الزواج
108	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الزواج
109	الفرع الثالث: حكم الزواج
112	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية حالة الاخلال بركن الرضا
113	المطلب الأول: الاطار العام لركن الرضا
113	الفرع الأول: عناصر الرضا في عقد الزواج
114	أولا: الرضا بشخصية طرفي عقد الزوج
114	ثانيا: الرضا بالمهر
114	الفرع الثاني: التعبير عن الرضا في الزواج

115	أولاً: التعبير بالطرق الإيجابية
120	ثانياً: التعبير بالطرق السلبية
121	ثالثاً: التعبير عن الإرادة الكترونياً
123	الفرع الثالث: إنعدام الرضى
128	المطلب الثاني: عيوب الإرادة في الزواج
128	الفرع الأول: عيوب الإرادة
128	أولاً: الغلط
	أ. غلط في ماهية عقد الزواج
129	ب. غلط في صفة جوهرية في ذاتية الزوجين
129	ج. غلط في تسمية أحد الزوجين
130	ثانياً: الاكراه
132	ثالثاً: التدليس أو التغيرير
132	أ. التغيرير في الكفاءة
133	ب. التغيرير في السلامة من العيوب
133	ج. التغيرير في موانع الزواج
134	الفرع الثاني: إمكانية التعويض عن الأضرار اللاحقة حالة بطلان الزواج أو إبطاله
136	المطلب الثالث: تجاوز الولي حدود الولاية
136	الفرع الأول: عضل الولي
137	أولاً: صور التعسف في الولاية
137	أ. منع المولية من الزواج بكفاءة
137	ب. منع المولية من الزواج بكفاءة من اختيارها وتزويجها بكفاءة أخرى
137	ج. منع المولية من الزواج بكفاءة لنقص المهر
138	د. إرغام المولية على الزواج مطلقاً
141	ثانياً: تعسف الولي في حق الولاية
143	الفرع الثاني : أثر عضل الولي

143	المبحث الثاني: المسؤولية المدنية بين العقدية والتقصيرية حالة الاخلال بالحقوق الزوجية
144	المطلب الأول: المسائل المتعلقة بالحقوق المشتركة للزوجين
144	الفرع الأول: الحقوق الاصلية
144	أولاً: حق الاستمتاع بين الزوجين
145	ثانياً: الحق في التوارث
145	ثالثاً: المعاشرة بالمعروف
146	رابعاً: الحق في الانجاب
149	الفرع الثاني: الحقوق الاتفاقية
149	أولاً: الإشتراط
155	ثانياً: الاتفاقات المالية
159	المطلب الثاني: المسائل المتعلقة بحقوق الزوج
159	الفرع الأول: حق القوامة
169	الفرع الثاني: الحق في التعدد
177	المطلب الثالث: المسائل المتعلقة بحقوق الزوجة
177	الفرع الأول: الحق في المهر
183	الفرع الثاني: الحق في النفقة الزوجية
190	الفرع الثالث: الحق في السكن
192	الفرع الرابع: الحق في العمل
197	المطلب الرابع: الأثر المترتب حال التعسف في استعمال الحقوق الزوجية
الباب الثاني: مكانة المسؤولية التقصيرية في قضايا الطلاق	
204	الفصل الأول: التعسفات الواردة على أحكام الطلاق وعلى الحق فيه
204	مبحث تمهيدي: ماهية الطلاق
205	المطلب الأول: مفهوم الطلاق
205	الفرع الأول: تعريف الطلاق
206	أولاً: التعريف اللغوي للطلاق

207	ثانيا: التعريف الاصطلاحي للطلاق
207	أ. في الفقه الكلاسيكي
208	ب. في الفقه المعاصر
209	ثالثا: تعريف الطلاق في القانون
209	الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه
209	أولا: مشروعية الطلاق
212	ثانيا: حكم الطلاق
212	أ. القائلون بجواز الطلاق
213	ب. المنكرون الطلاق
214	ثالثا: الأحكام الشرعية للطلاق
214	أ. يكون الطلاق واجبا
214	ب. يكون الطلاق مكروها
214	ج. يكون الطلاق مباحا
215	د. يكون الطلاق مندوبا
215	هـ. يكون الطلاق محظورا ومحرمًا
215	رابعاً: القيود الواردة على الطلاق
215	أ. القيود الشرعية
217	ب. القيود القانونية الإجرائية
220	المطلب الثاني: أنواع الطلاق
220	الفرع الأول: أنواع الطلاق في الفقه الإسلامي
220	أولاً: أقسام الطلاق من حيث اللفظ
222	ثانياً: أقسام الطلاق من حيث مطابقته للسنة
223	ثالثاً: أقسام الطلاق من حيث إمكانية المراجعة
224	رابعاً: أقسام الطلاق من حيث الصيغة
227	الفرع الثاني: أنواع الطلاق في القانون

227	أولاً: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
227	ثانياً: الطلاق بالتراضي
228	ثالثاً: التطليق
228	رابعاً: الخلع
232	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بأركان الطلاق
232	المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بأركان الطلاق
233	الفرع الأول: أركان الطلاق
233	أولاً: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي
233	أ. المطلق
233	ب. المطلقة
234	ج. ركن الصيغة
234	د. ركن القصد
235	ثانياً: أركان الطلاق في قانون الأسرة
237	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية حالة الإخلال بشروط الطلاق
237	الفرع الأول: شروط الطلاق
237	أولاً: الشروط الواجب توافرها في المطلق
237	أ. البلوغ
237	ب. العقل
240	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المطلقة
241	ثالثاً: شروط الصيغة
241	الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة في الطلاق
241	أولاً: التعبير باللفظ
241	أ. اللفظ الصريح
242	ب. اللفظ الكنائي
243	ثانياً: التعبير عن الإرادة في الكتابة

243	ثالثا: التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة
244	رابعا: التعبير عن الإرادة في الطلاق إلكترونيا
244	أ. التعبير عن الإرادة في الطلاق إلكترونيا باللفظ
245	ب. التعبير عن الإرادة في الطلاق إلكترونيا بالكتابة
247	المطلب الثالث: المسؤولية المترتبة حال انتفاء أركان وشروط الطلاق
249	المبحث الثاني: الطلاق التعسفي
250	المطلب الأول: التعسفات الواردة على حق الطلاق
250	الفرع الأول: تعسف الزوج في ممارسة حق الطلاق
251	أولا: معيار قصد الاضرار
251	ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة
252	ثالثا: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة
252	رابعا: معيار الضرر الفاحش
253	الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي
254	أولا: طلاق المريض مرض الموت
254	ثانيا: الطلاق بدون سبب جدي
256	الفرع الثالث: التعسف في آثار الطلاق
259	أولا: التعسف في المطالبة بالتعويض
261	ثانيا: التعسف في حق الرجعة
264	ثالثا: التعسف في استعمال حق الحضانة
272	أ. التعسف في حقوق المحضون المالية
276	ب. التعسف في حقوق المحضون المعنوية
285	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي
285	الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي
291	الفرع الثاني: الأثر المترتب عن التعسف في ممارسة الحقوق المترتبة عن الطلاق
291	أولا: الأثر المترتب عن تعسف الزوجة في المطالبة بالتعويض

292	ثانيا: الأثر المترتب حال التعسف في ممارسة حق الرجعة
293	ثالثا: الأثر المترتب حال تعسف الحاضنة في المطالبة بحقوق المحضون
301	الفصل الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخلع
302	مبحث تمهيدي: الإطار المفاهيمي للخلع
303	المطلب الأول: ماهية الخلع
303	الفرع الأول: مفهوم الخلع لغة
305	الفرع الثاني: تعريف الخلع اصطلاحيا
305	أولا: تعريف الخلع فقها
306	ثانيا: تعريف الخلع قانونا
307	المطلب الثاني: حكم الخلع ومشروعيته
307	الفرع الأول: مشروعية الخلع
310	الفرع الثاني: حكم الخلع
310	أولا: يكون الخلع مباحا
310	ثانيا: يكون الخلع مكروها
311	ثالثا: يكون الخلع محرما
311	المطلب الثالث: أركان الخلع وشروطه
311	الفرع الأول: أركان الخلع
311	أولا: أركان الخلع في الفقه الإسلامي
312	(1)المخالع
317	(2)المخالعة
324	(3)العوض
325	(4)الصيغة
325	التعبير عن الإرادة في الخلع
325	أ-التعبير عن الإرادة في الخلع بالمعاطاة
327	ب-التعبير عن الإرادة باللفظ
329	ج-التعبير عن الإرادة بغير اللفظ

329	د-التعبير عن الإرادة الكترونيا
333	ثانيا: أركان الخلع في قانون الاسرة
336	الفرع الثاني: شروط الخلع
337	أولا: شروط الخلع في الفقه الإسلامي
338	ثانيا: شروط الخلع في القانون
339	المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية في ضوء تكييف الخلع
339	المطلب الأول: التكييف الفقهي والقانوني
340	الفرع الأول: التكييف الفقهي للخلع
341	الفرع الثاني: التكييف القانوني للخلع
341	أولا: طبيعة الخلع القانونية وفقا لقانون 84/ 11
343	ثانيا: طبيعة الخلع القانونية وفقا للأمر 02/05
345	الفرع الثالث: مدى اشتراط موافقة الزوج على الخلع
350	المبحث الثاني: التعسفات الواردة حالة طلب الخلع والآثار المترتبة عنها
350	المطلب الأول: التعسفات الواردة على الخلع
351	الفرع الأول: التعسف في ممارسة حق الخلع
351	أولا: تعسف الزوجة
360	ثانيا: عضل الزوج
365	الفرع الثاني: التعسفات الواردة على الحقوق المتفرعة الخلع
366	أولا: التعسفات التي ترد من الزوجة المختلعة
366	ثانيا: التعسفات التي ترد من الزوج المختلع
378	المطلب الثاني: الآثار المترتبة حالة وقوع التعسف في حق الخلع والحقوق المترتبة عنه
378	الفرع الأول: الأثر المترتب حالة وقوع التعسف في ممارسة حق الخلع
387	الفرع الثاني: الأثر المترتب حالة وقوع التعسف في الحقوق المتفرعة عن الخلع
390	خاتمة

تعالج هذه الأطروحة مسألة "تفعيل المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج والطلاق"، تم التطرق من خلالها لجميع المسائل المتعلقة بأحكام الزواج منذ خطوته الأولى المتمثلة في الخطبة، وكذا إبرامه سواء من ناحية الشرع أو القانون، وكذا الأحكام المتعلقة بالطلاق والخلع وكل المسائل المنوطة بهما، فضلا عن تناولها أهم نقطة في القضية ككل ألا وهي الحقوق المترتبة عن كل مسألة من المسائل المطروحة، وحدود ممارستها من صاحبها، وعدن تعسفه فيها حتى لا يضر بالطرف الآخر أو بالغير لأنه وفي حال وقع الضرر فإن ذلك يقيم مسؤولية المتعسف في ممارسة حقوقه المدنية في شقها التقصيري على اعتباره فعلا مستحقا للتعويض، ويتوجب عليه جبر الضرر الذي أحدثه عن طريق التعويض.

الكلمات المفتاحية: الخطبة-الزواج-الحقوق الزوجية-الطلاق التعسفي-الخلع-التعويض-الضرر.

Abstract :

This thesis addresses the issue of "operationalizing default liability in marriage and divorce cases". s rights ", through which all matters relating to marriage provisions have been addressed since his first step of engagement, as well as its conclusion in terms of both the law and the law, as well as the provisions relating to divorce and dislocation and all matters entrusted to them, as well as addressing the most important point in the case as a whole, namely the rights arising from each of the issues raised and the limitations of its exercise by the author, and the fact that it was arbitrary in order not to prejudice the other party or others because, in the event of the injury, it establishes the arbitrary liability in the exercise of its civil rights in its remedy as an act entitled to compensation, and it is incumbent upon it to make reparation through compensation.

Keywords: engagement –marriage-marital rights-arbitrary divorce-dislocation-compensation-damage.

Résumé:

Ce thèse aborde la question de "l'activation de la responsabilité contractuelle dans les affaires de mariage et de divorce". Il traite de toutes les questions relatives aux dispositions du mariage depuis sa première étape, représentée par les fiançailles, ainsi que de sa conclusion, que ce soit du point de vue religieux ou juridique, et des dispositions relatives au divorce, à la répudiation et à toutes les questions qui en découlent. Il examine également le point le plus important de l'affaire dans son ensemble, à savoir les droits découlant de chaque question posée, les limites de leur exercice par leur titulaire, et l'abus de ceux-ci afin de ne pas nuire à l'autre partie ou à autrui. Car en cas de dommage, cela établit la responsabilité de l'abus dans l'exercice de ses droits civils dans son aspect contractuel, le considérant effectivement comme méritant une réparation, et il doit réparer le dommage qu'il a causé par le biais de la compensation.

Mots clés : fiançailles, mariage, droits conjugaux, divorce arbitraire, répudiation, compensation, dommages.