



جامعة أكلي محند أولحاج - البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

في بعض مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذ:

إعداد الطالبة:

بلعزوز رابح

عبد العزيز سمية

لجنة المناقشة:

الأستاذ: مخلوفي حورية..... رئيسا

الأستاذ: بلعزوز رابح..... مشرفا ومقررا

الأستاذ: غجاتي فؤاد..... عضوا

تاريخ المناقشة: 2016/06/04

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة و أعاننا على أداء هذا الواجب ووفّقنا في

إنجاز هذا العلم

أتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان إلى:

الأستاذ المشرف " بلعزوز رابح" الذي لم يبخل بتوجيهاته ونصائحه القيّمة وتشجيعاته الدائمة والتي كانت عوناً لنا في إتمام هذا البحث.

كلّ من ساعدنا من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل

كما أتوجّه بالشكر إلى أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة وجامعة

جبل

كما لا يفوتني أن أتقدّم بالشكر إلى لجنة المناقشة على قبولها مناقشة هذه المذكرة.

سمية

إهداء

إلى من أحمل اسمه بكل فخر

إلى من افتقدته منذ الصغر

يا من أودعتني لله أهديك هذا البحث أبي رحمك الله

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها

إلى من قدّستها كلّ الأديان أمي الغالية

إلى من أثروني على أنفسهم وعلموني علم الحياة

إلى من أظهروا لي ماهو أجمل من الحياة إخوتي وأخواتي

إلى زوج أختي الأستاذ الدكتور " شتوان بوجمعة "

إلى من ساعدوني في إنجاز هذه المذكرة

كلّ زملائي وزميلاتي في الجامعة تخصص قانون أسرة

كلّ زملائي وزميلاتي في جامعة جيجل

إلى كل من أحببتهم في الله: إيمان، خليفة، رحمة، لبنى، حنان، شهيرة، منال، نوال

قائمة المختصرات

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق ع ج: قانون العقوبات الجزائري

م ق: المجلة القضائية

ج ر: جريدة رسمية

د س ن: دون سنة نشر

ص: الصفحة

ع: العدد

ط: الطبعة

تعتبر نظرية الحق في الفقه الإسلامي من كبرى النظريات انطلقا من فكرة الحق المقررة شرعا للفرد والجماعة بما تحقق مصلحتها ومنفعتهما، لأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق وحفظ مصالح العباد في العاجل والآجل، إلا أنّ الشريعة بإقرارها لحقوق الفرد وجهت استعمالها على نحو يضمن تحقيق الغاية التي من أجلها شرّعت.

والحق في الشريعة الإسلامية يأخذ صفة مزدوجة لأنها تسعى عند تطبيق أيّ حق إلى مراعاة مبدأ التوازن بينهما بما يضمن تحقيق المصلحة التي تضمن درء المفسدة والضّرر. فالشريعة في تطبيقها للحقوق تنظر إلى ما سيؤول إليه هذا الحق عند القيام به من مصلحة أو مفسدة.

وبذلك فنظرية التعسف في استعمال الحق تجد بناءها في الفقه الإسلامي على كامل أصولها، حيث أنّ التشريع الإسلامي ربط الحق بمشروعيته وقيده بما سيؤول إليه، فإذا كان استعمال هذا الحق يؤول إلى ضرر يلحق الغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة، كان هذا التصرف تعسفا.

بناء على هذا فإنّ التعسف في استعمال الحق يعرف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".

وإنّ من أهمّ الحقوق وأخطرها في إلحاق الضرر بالغير إذا ما تعسف الشخص في استعمالها هي الحقوق الزوجية داخل الأسرة وبالأخص الحقوق المخولة للزوج بموجب امتلاكه لعصمة النكاح، وبهذا فالفقه الإسلامي في باب فقه الأحوال الشخصية ضبطها وأقامها على أساس منع التعسف فيها، من أجل استقرار الحياة الزوجية وعدم استعمالها كوسيلة للانتقام.

فقد أعطتها الشريعة الإسلامية جلّ اهتمامها وأولتها عناية خاصة، وحرصت أشدّ الحرص على أن تكون العلاقة بين الزوجين علاقة وطيدة، مبنية على أسس متينة من المحبة والمودة

والألفة والاستقرار، لقوله تعالى: "...ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون..." (1).

ولمّا كان عقد الزواج من أهمّ العقود التي يجريها الانسان في حياته ومن أهم التصرفات ذات الشأن العظيم، فيه تصان الأسرة التي تعتبر اللبنة الأولى في المجتمع المسلم، والتي تحفظ بها الأنساب وترى في ظلّها الأجيال، فقد خصّ الشارع الحكيم عقد الزواج من بين العقود بأحكام تنظّم مقدّمته لكونه أخطر عقد في الحياة، وعلى هذا الأساس درج الناس على أن لا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد تفكير وتدبر وحيلة، وكان سبيلهم في ذلك هي الخطبة.

فالخطبة لم يستحدثها الإسلام ولا القانون الوضعي، بل هي تقليد قديم عام كانت موجودة في المجتمعات البدائية، وكان يباح للخاطب معاشرته مخطوبته معاشرته تصل إلى صور الحياة الزوجية الكاملة، كما استمر وجودها حتى عند العرب قبل الإسلام، حيث كانوا في الجاهلية يخطبون المرأة لأبيها أو عمّها أو أخيها.

وعند ظهور الإسلام أقرّ التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج، ما يسمّى عادة بالخطبة أو الوعد بالزواج، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قويّة واسس ثابتة، تحقق الراحة والسعادة والصفاء والوئام، فتدوم العشرة.

إلا أنّ الإسلام قد شرع لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة، لأسباب مشروعة تمنع من إتمامها، غير أنّ استعمال هذا الحق في غير ما شرّع له يلحق الأذى والضرر بالآخرين سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة، وهذا الضّرر ممنوع في الفقه الإسلامي، عملا بعموم القاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار".

ومع كل القداسة المحيطة بالرابطة الزوجية، وعناية الشريعة الإسلامية بنظام الزواج أكثر من أيّ شريعة أخرى، والتي أحاطته بأوسع الضمانات التي تكفل الحياة الزوجية السعيدة، لأنّ

(1) - سورة الروم، الآية 21.

الأصل في عقد الزواج الأبدية، ومن أجل ذلك تعتبر الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها لقوله تعالى: "وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا" (1).

إلا أنّ هذا الزواج قد يتعرّض لفشل ويعجز عن تحقيق الهدف منه، فتسوء العشرة ويشتدّ الخلاف بين الزوجين ويفقد الزواج معانيه، وبالتالي لا يبقى علاج لهذه المعضلة سوى فك الرابطة الزوجية، غير أنّ التشريع الإسلامي لم يبيح الطلاق إلاّ عند الضرورة القصوى ووفق ضوابط شرعية لما يترتب عليه من هدم الأسرة.

كما أنّ القانون بإعطائه هذا الحق للزوج من خلال جعل العصمة بيده، قد قيّده بعدم التعسف فيه، لأنّ استعماله في غير ما شرّع له قد يلحق أضرارا بالزوجة ومن المعلوم أنّ الضرر ممنوع في الشرع والقانون.

وبالتالي فالتعسف في استعمال هذا الحق يترتب للمطلّقة حقوقا مالية على مطلقها، فجاء التشريع الإسلامي بالمتعة للمطلّقة ونظّم أحوالها وحالات استحقاقها باعتبارها جبرا لألم وفرقة الطلاق.

أهمية البحث:

اخترت الكتابة في هذا الموضوع، لأنه موضوع جدّ حسّاس يمسّ الواقع بشكل مباشر، نظرا لتزايد حالات الطلاق داخل المجتمع اليوم بشكل كبير ومستمر وكذلك حالات العدول عن الخطبة.

ما دفعني لاختيار هذا الموضوع والبحث فيه عدّة أسباب تتلخّص فيما يلي:

✓ الخطبة هي المرحلة الأولى للزواج، واجتياز هذه المرحلة بنجاح بداية السعادة والطمأنينة والسكينة.

(1) - سورة النساء، الآية 21.

- ✓ انتشار ظاهرة العدول عن الخطبة وكذلك الطلاق في المجتمع بشكل لافت ولأنتفه الأسباب ترتب عن كلّ منهما مشاكل اجتماعية وقانونية كثيرة.
- ✓ قلّة الوعي بالآثار الخطيرة الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة وكذلك الطلاق باعتباره يضر بمصلحة الأسرة والمجتمع.
- ✓ وقوع الكثير من المحظورات بين الخاطبين قبل العقد، حيث يتجاوز الخاطبان ما هو غير مسموح به من الخلوة.

الهدف من دراسة هذا الموضوع:

- ✓ بعدما كانت الخطبة في القديم تمتاز بالبساطة واليسر من خلال العادات التي ترافق إجراءاتها، أصبحت تطراً عليها في زمننا هذا الكثير من التعقيدات.
- ✓ محاولة إبراز آراء الفقهاء حول كيفية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول التعسفي عن الخطبة وكذلك موقف القانون الجزائري.
- ✓ إبراز دور القضاء الجزائري في معاقبة من يسيء استعمال حقّ الطلاق بغير سبب معقول، عن طريق تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جرّاء الطلاق التعسفي.

منهج الدراسة:

إنّ طبيعة الموضوع ألزمت علينا اعتماد المنهج التحليلي عن طريق تحليلنا للمواد القانونية، والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين الفقه والقوانين الوضعية. من خلال ما تمّ تقديمه يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ما مدى اعتماد أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمطالبة بتعويض الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة والطلاق؟

ولأجل الإجابة على هذه الإشكالية فقد ارتأينا أن نقسم هذا الموضوع إلى ما يلي:

الفصل الأول: تطبيق نظرية التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة والطلاق

المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة

المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق الطلاق

الفصل الثاني: الآثار الناتجة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة والطلاق

المبحث الأول: آثار العدول التعسفي عن الخطبة

المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي

الفصل الأول

تطبيق نظرية التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

والطلاق

إنّ القانون في تنظيمه للحقوق وتحديدته لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفّق بين كافّة المصالح، سواء كانت مصلحة عامّة أو مصلحة خاصة، لذلك فالشخص له أن يستعمل حقّه في الحدود التي أجازها دون أن يتجاوزها، فإن وقع ذلك يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر جرّاء هذا التّجاوز، وقد يحدث أن يستعمل الشّخص حقّه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير فنكون بصدد التّعسف في استعمال الحق.

بالتالي سوف نتعرض في هذا الفصل إلى: التعسف في العدول عن الخطبة في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه التعسف في استعمال حق الطلاق.

المبحث الأول

التعسف في العدول عن الخطبة

نتناول في هذا المبحث التعسف في العدول عن الخطبة من خلال إعطائها تعريفاً وتحديد طبيعتها وأيضاً حكم العدول عنها وهذا سيكون في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسوف نتعرض فيه إلى استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي من خلال إعطاء مفهوم للتعسف في استعمال الحق في الفرع الأول ومظاهر التعسف في العدول عن الخطبة في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث فقد خصصناه إلى تطبيق معايير التعسف في العدول عن الخطبة.

المطلب الأول

مفهوم الخطبة وحكم العدول عنها

إنّ العدول حق أفّره الشّرع والقانون لكن إذا كان بغير مبرّر فهذا يعتبر تعسفاً، وبالتالي فإن حق العدول عن الخطبة حق مكفول لكل من الخاطب أو المخطوبة.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

هناك عدة تعاريف للخطبة: التعريف اللّغوي، والاصطلاحي والقانوني.

أولاً: التعريف اللّغوي

هي من الفعل الثلاثي خطب، وخطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بكسر حرف الخاء: أي طلبها للزواج، قال تعالى: «وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ (1)» .

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

الخطبة كما يعرفها الفقهاء هي: «طلب التزوّج بامرأة معيّنة خالية من الموانع الشّرعية» (2) فقد عرّف المالكية الخطبة بأنها: «التماس التزويج والمحاولة عليه».

الشّافعية: بأنها: «التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة».

الحنابلة: بأنها: «خطبة الرجل المرأة لينكحها».

ثالثاً: التعريف القانوني

نصّ المشرّع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة على أن: «الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة» (3). وبالتالي فمن خلال التعريف،

(1) - سورة البقرة، الآية 235.

(2) - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 26.

(3) - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل: 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15، صادر بتاريخ 2005/02/27.

يتضح أنّ المشرع الجزائري قد اكتفى بتبيان طبيعة الخطبة، بأنها وعد بالزواج، ولم يتطرق إلى تعريفها تاركاً ذلك إلى الفقه.

كما جرى العرف، فإنّ مفهوم الخطبة في مجتمعنا اليوم عبارة عن اتفاق يقع بين أهل الخاطب والمخطوبة، حيث أنّ أهل المخطوبة يقبلون بالخطبة وأنّ أهل الخاطب يرغبون في التقرب ومصاهرة أولياء المرأة، حيث أنهم لا يذكرّون زواجا ولا تزويجا، و إنما ما يتم في المجلس هو التعارف و التآلف و يميل كل طرف لآخر و القبول به كزوج في المستقبل، وهنا نكون أمام مجلس خطبة وما تم هو التقارب والتعارف ورغبة كل طرف في القبول بالطرف الآخر كزوج في المستقبل.

غير أنه يمكن أن تقترن الخطبة بالفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، لأنّ مدلول الفاتحة وموضع قراءتها يختلف باختلاف أعراف الناس في الخطبة.

فإذا ما قرأت الفاتحة من باب المباركة وصلاح الخطبة، فإنها في هذه الحالة لا تعد وان تظل وعدا كما ذكرنا، أمّا إن كان المراد بها إبرام العقد حال الخطبة من حيث إيراد صيغة التزويج والكلام عن المهر وتحديد به بحضور إمام ثم تقرأ الفاتحة، فإنها في هذه الحالة فقد تحولت إلى عقد زواج صحيح. (1).

الفرع الثاني: طبيعة الخطبة

باعتبار الخطبة مرحلة تمهيدية سابقة لإبرام عقد الزواج، فهي ترتب آثارا شرعية وقانونية وجب تحديد طبيعتها أولا في الفقه الإسلامي ثم في القانون الوضعي. (2).

(1) - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007، ص15-16.

(2) - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص65.

أولاً: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

لقد أجمعت المذاهب الإسلامية على أنّ الخطبة لا تعتبر بعقد زواج، وإنّما هي وعد بالزواج، إلّا أنه قد وقع إختلاف بين هذه المذاهب في مدى لزوم هذا الوعد، وهو ما سأوضحه من خلال ما يلي:

1- الفريق الأول: الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به.

يذهب عدد من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى اعتبار الخطبة وعد لازم بالزواج وواجب الوفاء به، وذلك واستناداً لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد والحثّ عليه، ومن هؤلاء الفقهاء نجد ابن حجر العسقلاني، وابن الشاط، ابن العربي، ابن القيم⁽¹⁾. وقد استدلّ هؤلاء الفقهاء بما يلي:

قوله تعالى: « **واذكر في الكتاب إسماعيل أنه كان صادق الوعد وكان رسولا نبيا** »⁽²⁾.

ووجه الاستدلال هنا هو أنّ الله أثنى على سيّدنا إسماعيل لكونه صادقاً الوعد⁽³⁾ وفي هذا دليل على أنّ الوعد ملزم ويجب الوفاء به، وقوله تعالى: « **يا أيها الذين آمنوا لما تقولون ما لا تفعلون (2) كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون (3)** »⁽⁴⁾ ووجه الاستدلال هنا: ما جاء في تفسير ابن كثير لهذه الآية بأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولاً لا يفعله فإني به فكان هو الدافع لاستدلال من ذهب من علماء السلف إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقاً، سواء ترتب عزم للموعد أم لا.⁽⁵⁾

ومن السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: « **آية المنافق ثلاث، إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُوْتِمَن خان** ». فقد دلّ الحديث الشريف على أنّ صفة الإخلاف بالوعد و

(1) - بن زبطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 66-67.

(2) - سورة مريم، الآية 54.

(3) - بن زبطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 67.

(4) - سورة الصف، الآية 2-3.

(5) - بن زبطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 68.

العهود لا تجوز في حق المؤمن الصادق، و أنّ عدم تنفيذ الوعد هو من ضمن صفات المنافقين (1).

ويرى ابن الشاط بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع، إلا حيث يتعذر الوفاء حيث يقول: الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا فيتعين تأويل ما ينقض ذلك (2).

2- الفريق الثاني: الخطبة وعد غير ملزم

تعتبر الخطبة وفقا لأنصار هذا الرأي وعدا بالزواج وليست عقدا، وإن تمت باتفاق الطرفين فإن هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج يتيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض، كاختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك حق ما لأحدهما نحو الآخر، حتى ولو ألبس الخاطب مخطوبته خاتم الخطبة أو قرأ الفاتحة، أو قدّم جزءا من الصداق أو كلّه (3).

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعدا به، ومنهم الشيخ أبو زهرة الذي يرى بأن الخطبة ليست عقدا، ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤدّيه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد، وفقا للإمام مالك في بعض أقواله.

وقد ذهب إلى هذا الرأي العديد من الفقهاء، من أمثال: الشيخ أحمد عساف، الأستاذ بدران أبو العينين، الدكتور وهبة الزحيلي وغيرهم (4).

(1) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 70.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 51.

(4) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 73-74.

الرأي الراجح:

بعد بيان أدلة الرأيين السابقين يتبين بأنّ الرأي الثاني هو الأولي بالترجيح والذي يعتبر الخطبة وعدا غير ملزم، إذ أنّ اعتبار الخطبة وعدا ملزما يترتب مفسدة عظيمة تتمثل في إبرام الزواج على كره، وهو ما ينافي مقاصده التشريعية وتتعدم فيه الألفة و التراحم. (1).

والضرر الناجم عن جبر أحد الطرفين على إبرام الزواج بغير رضاه يعدّ أشدّ من ذلك المترتب على خلف الوعد، والضرر الأخف يزال بالأخف ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

و العدول عن المخطوبة قد يسبّب تشويه لسمعة الطرفين وجرح المشاعر سواء بالنسبة للخطاب أو المخطوبة.

وأخيرا فاعتبار الخطبة وعد بالزواج غير ملزم يكون مناسبا لموقعها في بداية تكوين الزواج ومحققا لمقاصد الخطبة ذاتها مع التشديد على جرمة و دناءة الإخلاف بالوعد من غير مبرّر شرعي (2).

ثانيا: طبيعة الخطبة في القانون الوضعي

المشعر الجزائري في المادة 05 الفقرة الأولى من ق أ ج كيف الخطبة على أنها وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عنها.

يتّضح لنا من خلال هذه المادة أن الخطبة تعتبر وعدا بالزواج، لكنها غير ملزمة حينما أجاز العدول لكلا الطرفين، وهو التّهج الذي سارت عليه أغلب التشريعات الحديثة.

وقد استعمل المشعر الجزائري في نصّ المادة 05 ق.أ.ج مصطلح "الوعد" وهذا المصطلح له دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وهو ما يتضح لنا من نص المادة 72 ق.م.ج التي جاء فيها: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم

(1) - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ص 228-229.

(2) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 51.

نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد .

من خلال هذا النص يتّضح أنّ المشرع الجزائري في نطاق القانون المدني اعتبر الوعد بالتعاقد الذي تتوافر فيه كافة شروط العقد من رضا، محل، وسبب والشكل إذا كان ركنا في العقد المراد إبرامه في المستقبل، ملزم لصاحبه خلال الأجل المحدد فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعد له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعد له (1).

وحسب ما جاءت به المادة الخامسة من قانون الأسرة، يتبيّن لنا بأن المشرع اعتبر الخطبة وعد من جهة، ومن جهة أخرى أجاز العدول عنها لكل من الطرفين الخاطب أو المخطوبة.

_ فالخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين ولو طال أمد تراكبهما، أو صبّت في قالب رسمي، ذلك لأنّ المشرع والفقهاء والقضاء في بلادنا لم يرق بها إلى مرتبة العقد، بل أقرّ لها الصفة الشرعية وهي مجرد وعد بالزواج، مع إمكانية العدول والتراجع عنها لأنها ليست زواجا بل هي من مقدمات عقد الزواج، ليتعرف كل من الزوجين على الآخر و يكون الإقدام على هدى وبصيرة. (2).

وقد نصّت أغلب القوانين العربية أيضا، على أنّ الخطبة وعد بالزواج، وهو ما جاء في المادة 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي، وكذلك المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية، والمادة 02 و 03 من قانون الأسرة السوري (3).

(1) - بريكي حبيبة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق، 2013، ص 12.

(2) - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 51.

(3) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 80.

أما بالنسبة للقانون المصري الذي لم يتضمن أحكاماً في الخطبة، فقد استقرّ قضاؤه على اعتبار الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج، وأنها ليست بعقد ملزم، وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم المصرية هذه الوجهة، إذ كان القضاء يقرر عدم إلزام أي من الطرفين الوفاء بالوعد بالزواج، لما في ذلك من مساس بحرية عقد الزواج وأنّ الخطبة مجردة شرعاً من كل اعتبار قانوني ولا تقيّد أحداً من المتواعدين⁽¹⁾.

الفرع الثالث: حكم العدول عن الخطبة

بعد أن عرفنا بأن الخطبة هي طلب يد المرأة للنكاح وهي مجرد وعد بالزواج، وأنّ الشريعة الإسلامية قد أجازت الخطبة ووضعت لها أحكاماً وضوابط خاصة، فهل يحق لأحد الطرفين أو كلاهما أن يعدل عن الخطبة بعد أن تحقق الركون والتقارب بينهما؟ وهو ما سوف أجب عليه فيما يأتي:

(1) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 81.

أولاً: تعريف العدول

العدول لغة: مشتقّ من عدل عدلاً وعدولاً أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى عدل وحاد، أي رجع (1).

العدول اصطلاحاً: لم يعرف الفقهاء القدامى ولا المعاصرين العدول عن الخطبة، لذلك يمكن أن نعرف العدول بأنّه: رجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن الخطبة، وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا والقبول منهما (2).

ثانياً: مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي:

اتفقت كلمة الفقهاء على أنّ الخطبة ليست عقداً ولا تحتل صفة الإلزام التي يحملها العقد، لأن تعريف الخطبة عند الفقهاء، لا تعدو أن تكون طلب النكاح، وليست في هذا التعريف ما يحمل صفة العقد أو الإلزام، ومع ذلك فقد اختلفوا في حكم العدول عن الخطبة. والعدول عن الخطبة يعتبر نتيجة طبيعية لرفض أحد الطرفين الاستمرار فيها، فهي رضائية تتم برضا الطرفين، فإن قلنا غير ذلك تصبح عقداً ملزماً مما يجعل الزواج يتم بالإكراه بين الطرفين (3).

وكما سبق القول بنا بأن الخطبة وعد بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، يجوز العدول عنها إذا ارتبط هذا الأخير بأسباب مشروعة ومعقولة.

وقد ورد الإختلاف في حكم العدول عن الخطبة في قولين:

القول الأول: يجوز للخطاب أن يعدل عن الخطبة بسبب مشروع وهذا حق له، كما يجوز ذلك للمخطوبة ووليها، أمّا إن لم يكن هناك سبب مشروع فيكره بسبب الوعد، وهو قول الشافعية والحنابلة وعلّلوا ذلك ب:

(1) - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر لبنان، 2005، ص 62-63.

(2) - محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، الجزء الأول، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1983، ص 173.

(3) - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، لبنان، بدون سنة نشر، ص 52.

أنّ عقد الزواج عقد عمري يدوم الضّرر فيه، لذا فلكل من الخاطبين النظر في أمره وهذا لأنّ فترة الخطوبة فترة تردّد قبل العزوم على الزواج.

_ لأنّ الحق لم يلزم الخاطبين بعد، كمن ساوم سلعة على سلعة ثم بدا له أن لا يبيعها (1).

القول الثاني: يكره العدول عن الخطبة بعد الركون من الخاطب أو المخطوبة لأجل

خاطب آخر، فيحرم عن ذلك العدول، وهو قول المالكية، فالشارع الحكيم أمر بالوفاء بالوعد ونهى عن الإخلاف به، فقد جاء في قوله تعالى: "يا أيّها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".

فالكثير من الفقهاء رجحوا القول الأول القائل بجواز العدول عن الخطبة لأسباب منها:

_ الخطبة هي فرصة للتحري والبحث، بالتالي لا تحمل صفة الإلزام.

_ إذا جاز للزوج أن يطلق بعد العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار، فمن باب أولى

أن يجوز العدول عن الخطبة قبل العقد.

_ جواز العدول يقضي بلزوم إجراء عقد زواج غير رضائي وهذا يتنافى مع طبيعة عقد

الزواج القائم على الرضائية (2).

ثالثا: مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي

بالرغم من الاختلاف الفقهي في العدول عن الخطبة من كون هذا الحق مطلقا أم مقيدا،

فالتشريعات الوضعية تجيز العدول عن الخطبة سواء كان بمبرر أو بغير مبرر.

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجده يجيز العدول عن الخطبة، فقد نصّت المادة

الخامسة منه على أنّ: «الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عنها».

إن كلا الطرفين الخاطب والمخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة، وبذلك

فالمشرع أخذ بالرأي الفقهي الأول، وهذا ما يطابق ما جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري

في مادته الثانية، وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية في فصلها الثالث.

(1) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص85.

(2) - المرجع نفسه، ص86.

هذا الجواز المقرر في التشريعات الوضعية يمكن إرجاعه لاعتبارات، منها ما يعود إلى أهداف الخطبة التي شرعت تمهيدا للزواج، وتمكين الخاطبين من التعرف على بعضهما البعض، فإذا ما تبين لأحدهما أن الطرف الآخر غير صالح لأن يكون زوجا للثاني، أمكن لكل منهما العدول قبل الارتباط بالزواج، ومنها ما يعود إلى التقليل من الفشل في الزواج ومنها ما يرجع إلى حرية الزواج (1).

المطلب الثاني: استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي

إن جواز العدول عن الخطبة قانونا لا يبرر استعماله على نحو ضار بالطرف الآخر، ودون سبب شرعي، فالعدول عن الخطبة من أحد الطرفين دون سبب جدي هو تعسف في استعمال الحق

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

أولا: تعريفه لغة:

التعسف في اللغة مأخوذ من عسف، وعسف الركاب عن الطريق أي يخبثه على غير هداية وعسف فلانة أي، غصبها نفسها (2) وعسف عن الطريق معناه مال وعدل عنها (3) وعسف عن الامر فعله بلا روية ولا تدبر، وعسف فلانا أخذه بالعنف والقوة وظلمه (4).

(1) - سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1993، ص74.

(2) - أبو القاسم محمود بن عمر بن احمد الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص652.

(3) - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص837.

(4) - شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص600.

ثانيا: تعريفه اصطلاحا:

يعرّف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، على أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، ومعنى ذلك أن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار كأن يتذرع بما ظاهره الجواز، إلى تحليل ما حرم الله كهبة المال سوريا قبل نهاية الحول لإسقاط الزكاة، ويشمل التصرف بهذا المعنى التصرف القولي والتصرف الفعلي كاستعمال حق التصرف الملكية في العقارات وكلا هذين التصرفين (القولي والفعلي) يتخذان منحا ايجابيا أو سلبيا كبيع السلاح أيام الفتنة مثلا بالنسبة للتصرف الإيجابي، وإما التصرف السلبي كما في حالة امتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العامة عن هدمه، ويجب أن يكون هذا الفعل مأذون فيه شرعا فالأفعال غير المشروعة تعتبر اعتداء لا تعسفا (1).

وقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر والتي نصّت على: « يشكّل الاستعمال 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».

وبالتالي فالمشرع الجزائري اقتصر على ذكر المبدأ العام، والنص على معايير التعسف في المادة 124 مكرر ق.م.ج السالفة الذكر.

فالمشرع الجزائري في هذه الحالة ترك المجال للفقهاء لإبراز محاولاتهم الفقهية في هذا الشأن، كونهم المتخصصين في ذلك، وعلى هذا فقد عرفوا التعسف في استعمال الحق على

(1) - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة

الاولى، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967، ص312-316

أنه: « استعمال صاحب الحق لسلطته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير »⁽¹⁾ بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع، ولكن نتائجه و أغراضه غير مقبولة، ومثال ذلك المالك الذي يبني جدارا في حدود ملكيته ولكن يرتفع به قصد منع الضوء والهواء عن جاره⁽²⁾، وهناك من يعرفه على أنه: « إنحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أنّ صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكن يتعسف في استعمال هذا الحق »⁽³⁾.

الفرع الثاني: مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وهل هناك تعسف في العدول أم لا؟ ولعلّ السبب في ذلك أن الحياة الاجتماعية الإسلامية في تلك العصور لم تكن تسمح بوجود ضرر بشأن العدول عن الخطبة، حيث كانت تتبع قواعد اختيار الخطيبة من منظور إسلامي خالص ينبي عليه عدم الاختلاط، وترك الحبل على الغارب، ولذلك فإن طريقة الخطبة وسلوك الخاطبين أثناء الخطبة مبني على أساس من الشريعة الإسلامية التي رسمت طريق الخطبة وسلوك الخاطبين، ولا يترتب على فسخها ضرر متى التزم الطرفان هذا السلوك، ومن هنا لم تكن هناك حاجة لبحث مسألة التعسف في العدول عن الخطبة عند الفقهاء القدامى، وإن كنا نلاحظ من خلال دعوتهم إلى الوفاء بالخطبة وكراهية العدول عنها من غير مبرر، إشارة إلى أن هناك تعسف في العدول عن الخطبة إذا ترتب عنها ضرر يلحق بالطرف الآخر⁽⁴⁾.

(1) - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2003، ص 79-80.

(2) - فتحي الدين، المرجع السابق، ص 45.

(3) - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني (الواقعة القانونية) ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1999، ص 111.

(4) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 237.

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

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنه هناك تعسفا في العدول عن الخطبة إذا كان من غير مبرر، ومن المسلم به في الفقه الإسلامي أنّ صاحب الحق له ان يمارس حقه لمصلحته الذاتية بشرط المحافظة على حق الغير، لأن الحق يثبت الصفة الفردية والجماعية في وقت واحد، فالصفة الفردية ميزة تخول لصاحبها الاستمتاع بثمرات حقه منفردا، أما الصفة الجماعية فهي تقيّد هذا الحق حتى لا يتّخذ وسيلة للضرر بالغير فردا أو جماعة، لذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف باستعمال الحق موافقا لقصد الشارع في التشريع ، كما أنّ النظر في مآلات الأفعال ونتائجها يعتبر من مقاصد الشرع، والخروج على هذا القول تعسف في استعمال الحق وإساءة ما ينبغي أن يكون (1) ..

وبناء على هذا فإن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة وعدم يلزم طرفيه ببذل الجهد لإتمام الزواج، والوفاء بالعهود مأمور به شرعا، إلا أن هذا الحق يعطي كلا من الخاطبين الحق في العدول عن الخطبة لكن هذا الحق يجب أن لا يساء استعماله، بأن يكون العدول عن الخطبة لمبرر شرعي، أما إذا كان العدول عن الخطبة بغير مبرر فإنه يعتبر تعسفا في استعمال الحق (2).

وتأسيسا على هذا فإنّ الشارع إذا منح حق العدول، فلا يبزر هذا المنح استعماله على وجه ضار، بباعث غير مشروع، أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، فالحق لم يشرّع ليؤخذ وسيلة للإضرار بالغير، بل شرّع لمصلحة جدية حقيقية مشروعة ومعقولة تحقق غرضا اجتماعيا إنسانيا مقصودا للشارع.

وعلى هذا فإن العدول إذا كان معيبا في باعته، أو نتيجة مآل يوجب المسؤولية، إذا ألحق الطرف الآخر ضرر محقق، سواء كان أدبيا أو معنويا (3).

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 237.

(2) - المرجع نفسه، ص 239.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانياً: المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق

ذهب البعض الآخر من الفقهاء المعاصرين إلى أنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق وقالوا بأن العدول عن الخطبة ليس حقاً بل هو رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، لأن الحق هو سلطة يثبتها القانون لشخص تكون ميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، فكان العدول رخصة لكل منهما وليست حقاً، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا عند وجود الحق (1).

وقال بعضهم بأن العدول عن الخطبة هو خطأ تقصيري لأنه غير ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي نظراً لأن الشريعة لا تعتبر الخطبة عقداً، ووجه الخطأ فيه هو أن العدول بغير مبرر هو عدول طائش، وأنه لا يخلو من تغرير وإضرار، لأن العادل كان يجب عليه قبل الخطبة أن يتحرى ويسأل، وطالما تمت الخطبة برضاه التام، ثم عدل عنها بغير مبرر، فإن العدول الطائش لا يخلو كذلك من تغرير وضرر، لأن العادل سبق وأن أكد رغبته في الزواج. وقد تعرض المذهب للعديد من الانتقادات أهمها:

- القول بأن العدول عن الخطبة ليس حقاً بل رخصة لكل من الخاطب والمخطوبة، يرد عليه: بأن العدول عن الخطبة حق مشروع لكل من الخاطبين لتحقيق مصلحة مشروعة، عند تبين بأن عقد الزواج لا يحقق المصلحة التي شرّع من أجلها، لأنّ الخطبة كما بيّنا وسيلة لتحقيق الغاية.

- القول بأنّ العدول عن الخطبة من غير مبرر هو خطأ تقصيري، هو خطأ لأن الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً، والفعل في المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق مشروع أصلاً، لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله (2).

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 239.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الرأي الراجح:

إنّ العدول عن الخطبة من دون مبرّر أو سبب جدّي هو من قبيل التعسف في استعمال الحق، فهذا لاعدول قد يحدث ضررا للطرف المعدول عنه وقد يصيب الطرف العادل أيضا ، فالخاطب مثلا قد يسافر إلى بلد أجنبي لطلب العلم أو استكمال دراسته ويمكن أن يمكث لعدّة سنوات ويتزوج بأجنبية من ذلك البلد ويفسخ الخطبة الأولى، فالعدول هنا وقع بسبب معقول، وبالتالي يفوّت عليها فرص الزواج، علاوة على ما قد يصيبها من أضرار معنوية تسيء إلى سمعتها.

وبالتالي فإذا منح للطرفين الحق في العدول عن الخطبة، فلا يبرّر ذلك الاستعمال للحق على وجه ضار بباعث غير مشروع، أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير، لأنّ الحق لم يشرع أصلا ليؤخذ وسيلة لإلحاق الأذى بالغير، بل شرّع لمصلحة جدّية مشروعة ومعقولة تحقق غرضا اجتماعيا وإنسانيا (1) .

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل. والعدول عن الخطبة حق مشروع للطرفين وقد يساء استعماله، كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة بدون سبب معقول، ولكي يتبيّن لنا بأن هناك تعسفا في العدول عن الخطبة، نحاول تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على أمر العدول عن الخطبة وهذه المعايير هي:

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 241.

أولاً: تطبيق المعيار الذاتي بشأن العدول عن الخطبة

هذا المعيار يعتمد على البحث في إرادة صاحب الحق للتصرف في حقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة (1) وينقسم هذا المعيار إلى قسمين هما: معيار قصد الأضرار، ومعيار المصلحة غير المشروعة.

1- معيار قصد الأضرار:

معيار قصد الإضرار هو أن يستعمل الإنسان حقه قصد إحداث الضرر بالغير، وكأنّ هذا القصد هو الدافع لاستعمال الإنسان لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال، فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق، بل إنّ هذه الصورة من صور الاستعمال تعدّ أظهر صورة إساءة استعمال الحق على الإطلاق.

بالنسبة للعدول عن الخطبة، فيظهر قصد الضرر من العادل إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديها أولديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة والعدول عنها (2).

2- معيار المصلحة غير المشروعة:

هذا المعيار يعول عليه أغلب الشّراح، كما أنه أوسع مجالاً في تطبيقاته العملية، ومردّ هذا المعيار أنّ الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة، بحيث لا يسوغ لصاحب الحق أن يستعمله في تحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وعلى ذلك فإن استعمال صاحب الحق مع انتفاء مصلحته في هذا الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة ضئيلة بحيث لا تبرّر

(1) - محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الأول، د

س ن، ص 08

(2) - بريكي حجيلة، المرجع السابق، ص 33.

الأضرار الناجمة عن ذلك الاستعمال، أو كان الاستعمال لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن صاحب الحق يعد متعسفا في استعمال حقه (1).

وفي موضوع الخطبة فإن الحكمة من مشروعية العدول عنها هي أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجا جاز له أن يعدل عن الخطبة فإن كان العدول لغير هذه الغاية كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال والجاه أو غيرهما، كان مناقضا لقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة، أو كان عدوله لتشويه سمعة الطرف الآخر حتى يعرض الناس عن تزويجه أو مصاهرته، كأن يكون العدول عن الخطبة بفترة قليلة قبل موعد الزواج وبدون سبب يذكر (2).

ثانيا: تطبيق المعيار الموضوعي بشأن العدول عن الخطبة

يحتوي هذا المعيار المادي (الموضوعي) على ضابطين أساسيين هما:

1- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

يقوم هذا المعيار على الموازنة بين المصالح المتعارضة فإذا كانت، فإذا قام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة للأسباب التي يعتقد بأنها دوافع ومبررات لهذا العدول ولتحقيق مصالح خاصة به، لكن هذه المصالح يترتب عنها مفسد وأضرار تلحق بسمعة وشرف وكرامة الطرف الآخر أشدّ ضررا وأعظم خطرا من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول عن الخطبة، فإن هذا العدول يعد تعسفا لأن الضرر أولى من جلب المصلحة عملا بالقاعدة الشرعية «درء المفسد أولى من جلب المصالح» (3).

(1) -بريكي حجيلة، المرجع السابق، ص33.

(2) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص242.

(3) -المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وكذلك فإن العادل عن الخطبة سواء الخاطب أو المخطوبة يعتبر متعسفا في استعمال حق العدول عن الخطبة، خاصة إذا ترتب عن هذا العدول أضرار ومفاسده أكبر ضررا وأشدّ خطرا، كأن يعدل الخاطب عن الخطبة من أجل السفر للعمل، أو تعدل المخطوبة من أجل الحصول على وظيفة ما، ممّا يؤثّر على سمعة الطرف الآخر (المعدول عنه) وشرفه، كما يقوم بالتأثير عليه سواء من الجانب المادي أو الجانب المعنوي، مما يجعل الناس داخل مجتمعه يبتعدون عن التزوّج به.

2- معيار الضّرر الفاحش:

هذا المعيار هو معيار فقهي ظهر بشكل جليّ في الفقه الإسلامي، وذلك لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة رعاية للصالح العام، وذلك بأنّ المالك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الأضرار الفاحشة عن جاره، وهي المضار الغير مألوفة، أمّا المضار المألوفة فلا بدّ من تحمّلها والتسامح فيها، إذ لو قيل بمنعها لأدّى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافة (1). فالضرر الفاحش الناتج عن العدول عن الخطبة يظهر إذا ما أوهم الخاطب مثلا المخطوبة و أهلها رغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويكون الإيهام بأن يدفع لها جزء المهر، ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين الحين والآخر، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي سنوات عديدة عدل عن الخطبة، فإنه بذلك يكون قد أضّرّ بها ضررا فاحشا، وعطلّ عليها فرصة الزواج من شخص آخر (2)، خاصّة بعد أن تقدّم العمر بها، حيث تقلّ الرغبة فيها.

(1) - بريكي حجيلة، المرجع السابق، ص34، نقلا عن فتحي الدريني، المرجع السابق، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص269.

(2) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص242.

المبحث الثاني

التعسف في استعمال حق الطلاق

لقد أورد المشرع الجزائري تعريف الطلاق ضمن المادة 48 ق 1 ج التي تنص على: «يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي، يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون»⁽¹⁾.

وبالتالي من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أنّ انحلال عقد الزواج يتم بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي بناء على طلب الزوجة، كما أنّ الطلاق قد يوقعه الزوج من دون أسباب جدية ومقنعة ودون الحاجة إلى إرادة الزوج كونه مالكا للعصمة، مما قد يلحق أضرار بالزوجة، وهذا ما يسمى أو ما يطلق عليه الطلاق التعسفي، وهو ما سوف نتناوله في هذا المبحث من خلال إعطاء تعريف للطلاق التعسفي وبيان حكمه في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني، فسوف نعرض فيه معايير التعسف في استعمال هذا الحق، أمّا المطلب الثالث فقد خصّصناه، لإبراز صور الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه

نتناول في هذا المطلب تعريف الطلاق التعسفي في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسوف نقوم ببيان حكم الطلاق التعسفي.

(1) - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق ل 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 2005/02/27.

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي

بما أنّ العصمة بيد الزوج الذي بإمكانه إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة يمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه: « مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص»⁽¹⁾. أو أنه: «إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل له شرعا»⁽²⁾.

من خلال التعريفين السابقين يتبين لنا أن المقصود من وراء الطلاق التعسفي، هو أن

يطلق الزوج زوجته من دون سبب، فيناقض قصد الشارع في إيقاع الطلاق.

وقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي في المادة 52 ق.إ.ج والتي تنص على

أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁽³⁾.

فالمشرع من خلال نص هذه المادة لم يعط تعريفا للطلاق التعسفي، وماذا يقصد من

وراءه في النص، لكنه بين آثاره كتعويض المطلقة عن الضرر اللاحق بها.

- مما سبق توضيحه يمكن القول أنّ كل طلاق يكون بسبب غير شرعي ولغير حاجة يكون قد

ناقض مقصد الشارع من مشروعيته، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه، ويتبين من

هذا أنه لكي يكون الطلاق تعسفيا يستوجب شرطين هما:

* أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته أو مؤديا إلى مآل ممنوع شرعا.

* أن لا يكون الطلاق بناءا على طلب الزوجة أو برضاها لأن هذا من الأسباب المعقولة⁽⁴⁾.

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص196

(2) - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد، الأردن، 2009، ص123.

(3) - قانون 84-11 السالف الذكر.

(4) - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص196.

الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي

يختلف حكم الطلاق باختلاف آراء الفقهاء، وحكم الطلاق التعسفي يبني على حكم الطلاق عموماً، وقد انقسم الفقهاء في هذا إلى قسمين بين القائل بأن الأصل في الطلاق الإباحة وبين القائل أن الأصل فيه الحظر.

أولاً: الأصل في الطلاق الحظر

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة القصوى، وذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة ولقد استدلت أصحاب هذا الاتجاه على جملة من الأدلة: قوله تعالى: «فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل فيه الله خيراً كثيراً»⁽¹⁾. تحت الآية الكريمة على الصبر إن رأوا منهن ما يكرهون ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون.

في نفس السياق نجد قوله تعالى: «فإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما»⁽²⁾.

وجه الدلالة في هذه الآية أن الله تعالى أمر ببعث حكّامين في حال وجود نزاع بين الزوجين، وذلك للتضييق من دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التّمام الأسرة ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق، كما استدلت الجمهور من السنة النبوية ما روى عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إنّ الله لا يحب الذواقين والذواقات».

ووجه الدلالة في الحديث أنه يدلّ على كراهة التّطليق وتبدل الأزواج، والكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصرّ عليها فلا يباح إلا للضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

(1) - سورة النساء، الآية 19.

(2) - سورة النساء، الآية 35.

وعن ثوبان رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلْتَ زَوْجَهَا طَلَاقَ مِنْ دُونِ حَاجَةٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّةِ» (1).

وجه الدلالة في الحديث انه يدل بمنطوقه على أن من يوقع طلاق دون حاجة وبأس موجب له فإنه آثم ولن يدخل الجنة سواء أكان الطلاق بطلب المرأة ام كان من الرجل، فالطلاق بدون سبب مشروع ومن غير حاجة تدعو له فيه إيذاء للغير، وإلحاق الضرر بالآخرين محظور شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» (2).

ثانيا: الأصل في الطلاق الإباحة

ذهب أصحاب هذا الرأي الى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة كالكاساني والسرخسي والموصلي من الحنفية والقرطبي من المالكية واستدلوا في ذلك بما يلي:

قوله تعالى: «لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً» (3).

تدل الآية الكريمة على نفي الإثم والحرَج عن المطلق وهذا ينافي الحظر فكان مباحا، وفي نفس السياق نجد قوله تعالى: «فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ» (4). الآية الكريمة تدل على إباحة الطلاق من غير سبب أو حاجة وهذا دليل على أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر.

كما استدلوا من السنة النبوية أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل الوحي عليه يأمره أن يراجعها، الحديث دلّ على أن الطلاق يجوز للزوج دون كراهة لأن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ما كان جائزا من غير كراهة.

وقد طلق بعض الصحابة زوجاتهم فقد طلق عمر بن الخطاب أمّ عاصم وطلق عبد الرحمان ابن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر وطلق المغيرة بن شعبه رضي الله عنه نساءه

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ص 185-186.

(2) - المرجع نفسه، ص 187.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - سورة الطلاق، الآية 01

الأربعة فقد اقامهنّ بين يديه صفّاً وقال: أنتنّ حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق اذهبن فأنتنّ طالق (1).

ثالثاً: مناقشة الأدلة

1- مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة:

إنّ الاستدلال بعموم الكتاب والحديث الشريف وفعل الصحابة في جملتها عامة ومطلقة بيّنت إيقاع الطلاق وضرورة التطبيق وإعطاء المطلقة حقوقها وهذا ما يتعارض مع الأدلة الخاصة والمقيدة للطلاق.

أما الاستدلال بقوله تعالى: « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » (2).

الآية ليس فيها دليل على إباحة الطلاق وإنما تدل على نفي الجناح و الإثم في حالة الطلاق قبل الدخول لا في كل طلاق، أما قوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » (3) فهي لبيان وقت الطلاق وليس لبيان حكمه، وأما ما ورد في ذكره من أحاديث كأحاديث تطبيق النبيّ لحفصة فهو حديث ضعيف.

أما ورود الطلاق من أفعال الصحابة فإنّه يدل على وجود حاجة دفعتهم لإيقاع الطلاق فلا يكون دليلاً على أنّ الأصل في الطلاق الإباحة.

2- مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر:

إنّ الاستدلال بالآية الكريمة في غير موضعه حيث أنّ الآية جاءت لبيان خطوات نشوز المرأة وعصيانها فلا يجوز للزوج أن يتجاوز مرحلة قبل غيرها فعليه أن يبدأ بالوعظ ثم الهجران ثم الضرب ضرباً غير مبرح وإلا فقد بغى وظلم، والآية فيها تهديد للأزواج الذين بغوا على

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ص 187.

(2) - سورة البقرة، الآية 236.

(3) - سورة الطلاق، الآية 01.

النساء من غير سبب وليس هناك أعظم بغي، وأشدّ ظلم من طلاق الزوج لزوجته من غير سبب (1).

أما حديث «أبغض الحلال إلى الله» المقصود بالحلال المشروع وهو الطلاق ومشروعيته، بمعنى عدم حرمة أي ما ليس بحرام والحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو المبعوض فلا تنافي كون الطلاق مبعوضاً وكونه حلالاً، وأما لفظ المباح فيحمل على ما أبيض في بعض الأوقات أي في الأوقات المبيحة للطلاق فمتى وجدت الحاجة جاز الطلاق (2).

القول الراجح:

من خلال مناقشة الأدلة السابقة يمكننا الوصول إلى أن الطلاق لا يباح إلا للضرورة الشرعية أو للحاجة المعتبرة أو الدواعي الطارئة، ولا يلجأ إليه إلا في أضيق الحدود لضمان بقاء الأسرة، وحفاظاً على كيانها، وبالتالي الحفاظ على كيان المجتمع بأسره، فالأسرة هي تبني المجتمعات الإسلامية الإيمانية.

المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي

سبق لنا القول أن المشرع الجزائري أدرج نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر، وقد اقتصر على ذكر المبدأ العام والنص على معايير التعسف. ومنه يمكن تطبيق هذه المعايير على التعسف في الطلاق كالاتي:

الفرع الأول: المعيار الذاتي

ينقسم هذا المعيار إلى قسمين هما: معيار قصد الإضرار، معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة.

(1) - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، 2010، ص33.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أولاً: معيار قصد الإضرار بالمطلقة:

يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف، ومسلك الرجل الراشد هو أن لا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة، وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفياً (1).

كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهة، أو في مرض الموت قاصدا حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، أو لأسباب قد تكون تافهة لا تعتبر سببا ولا تناسب أبدا ما يترتب على الطلاق من أضرار، كذلك يعتبر على قصد الإضرار بالزوجة، والضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».

ومثال ذلك كأن يقوم الرجل بتطليق زوجته لأنها خرجت لزيارة والدها دون إذنه لاضطرارها لذلك، وبطلاقه لها يكون قد تعسف في ذلك (2).

ثانياً: عدم مشروعية المصالح التي يرمى المطلق إلى تحقيقها

ذلك أن الشريعة لا تصبغ حمايتها على ما يخالف أحكامها، والمعيار هنا موضوعي أيضا وإن كان يستدل عليه بدليل شخصي هو القصد أو النية من استعمال الحق، لأن الزوج العاقل الراشد يوفر حقه في تطليق زوجته إلى حين يحتاج إليه وفق مقتضى ضرورة شرعية.

ومن أمثلة هذه الحالة طلاق الزوج لزوجته طلاقاً باتاً في مرض الموت بغرض حرمانها من الإرث، لأنه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له، وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته

(1) - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 169.

(2) - رسمية عبدالفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 55.

تتمثل في حرمان زوجته من الإرث، وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا (1).

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

ينقسم هذا المعيار أيضا إلى قسمين هما: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، معيار الضرر الفاحش.

أولاً: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه، وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفسد وأضرار تلحق كلا من الزوجة والأولاد، ونجد أنّ المفسد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، وبذلك يكون الزوج متعسفا في حقه، وفي هذا يقول زياد صبحي: «إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق وألحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإنّ الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا» (2).

ثانياً: معيار الضرر الفاحش

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وتقدم بها العمر وحدث الطلاق، وهي في هذه الحالة تكون فيها في أمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يخفف عنها الألم والوحدة والفرق ومشاقة الحياة فإن الزوج بذلك قد يكون ألحق بها ضررا فاحشا (3).

(1) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 170-171.

(2) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ص 198.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي صور عديدة ومختلفة وقد تطرق إليها فقهاء الشريعة الإسلامية وهي

كالتالي:

الفرع الأول: الطلاق بقصد الحرمان من الميراث:

إنّ هذا النوع من الطلاق يحدث في حالة ما إذا طلق الرجل المريض مرض الموت زوجته ليحرمها من الميراث، أي من إرثها منه.

وقد اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت، فكل عرفه حسب مفهومه لديهم، فالحنفية

عرفوا مرض الموت بأنه: « المرض الذي أعجز الشخص من القيام بحوائجه.....».

وأما الشافعية فقد قالوا بأنه: « كل ما يستعد بسببه للموت من الأمراض».

أما المالكية فقد عرفوه بأنه: « كلّ مرض يحكم أهل بأن يكثر الموت من مثله كاسلّ حيث يحجر على المريض» (1).

وهذا النوع من الطلاق لم يتطرق إليه المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون

المدني من أجل تعريف مرض الموت خلافا لبعض التشريعات العربية، لكن اعتبر الهبة وكل التصرفات التي يقصد منها التبرع التي تجرى آنذاك وصية، فجاء في نص المادة 204 من ق.إ.ج: «الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية».

وجاء في نص المادة 776 ق م ج: « كلّ تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال

مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أنّ التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في

مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتجّ على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ص 200.

هذا التاريخ ثابتا، إذا اثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع.....»⁽¹⁾.

وبالرغم من هذا، فقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) من خلال قراره الصادر في 1984/04/09 على أن: «مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجزّ إلى الموت، به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف»⁽²⁾.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 2005/06/15 إلى إبطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء في قرارها: «متى ثبت أنّ عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية»⁽³⁾.

الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت:

إنّ طلاق المريض مرض الموت طلاق واقع، وأنّ المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 بأنه، «من المقرّر شرعا وقانونا بأنّ مرض الموت مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون».

(1) - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) - مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (مذكرة لنيل شهادة الدكتوراة في القانون الخاص)، جامعة تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص146.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يتضح لنا من خلال النص أنّ الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع كما في الأحوال العادية، مهما كانت خطورة هذا المرض، ولا يمكن الطعن في صحة هذا الطلاق، فمرض الموت لا يمكن أن يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، ولهذا فطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعا وقانونا ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال الأخرى إلا في استحقاق المطلقة للميراث، لأنه لا يوجد أيّ تلازم بين العدة والحق في الميراث⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطلاق من غير مبرر مشروع

يقوم الطلاق التعسفي من غير مبرر مشروع على أساس عدم وجود سبب معقول لوضع حدّ أو نهاية للرابطة الزوجية التي تربط بين الرجل والمرأة، فما هو حكم التعسف في الطلاق في هذه الحالة؟ وما هو المعيار الذي يقوم عليه هذا الطلاق؟

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 52 من ق.أ.ج أنه: «إذا تبيّن للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها» .

فمن خلال نص هذه المادة يتبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري فسح المجال للقاضي للحكم بالتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق.

أولاً: حكم التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان حكم التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي خلافاً للفقهاء المحدثون الذين اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين:

المذهب الأول: هو المذهب القائل بأنّ من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى، لأنه يكون بذلك قد أضرّ بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع والضرر ممنوع، كما أنه ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق.

المذهب الثاني: ذهب الفقهاء إلى القول بأنّ من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفاً في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة

(1) - مسعودة إلياس نعيمة، المرجع السابق، ص151.

أو سبب مشروع، بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة وأنه حق للزوج له حرية التصرف فيه.

ثانياً: معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي:

حسب ما نصت عليه المادة 124 مكرّر من القانون المدني الجزائري فإنّ التعسف هو إساءة استعمال الحق الذي يؤدي إلى الإضرار بالغير لأنّ صاحبه قصد ذلك، أو إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقلّ من الضرر اللاحق بالغير. ويمكن تلخيص معايير التعسف في الطلاق دون سبب فيما يلي:

1-المعايير الذاتية:

هذه المعايير بدورها تنقسم إلى:

أ-معيار قصد الإضرار: فالزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ولغير حاجة تدعو إليه ولم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق، فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها و بأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق فإذا تمحّص قصد الإضرار منه يكون متعسفا في استعمال حقه المشروع .

ب-معيار المصلحة غير المشروعة: شرع الطلاق ليكون حلاًّ سليماً للخلافات الزوجية التي يتعدّر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع الطلاق إلاّ لهذا المقصد فإن كان لغير سبب فإنه يكون متعسفا (1).

2-المعايير الموضوعية:

وتتقسم بدورها إلى معيارين هما:

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ص 229.

أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق فإنه يكون متعسفا لأن الضرر الناجم عن الطلاق أشد وأعظم من الحياة الزوجية.

ب- معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مسوغ شرعي ودون حاجة، فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة، وبالتالي ستعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى النظرة المجحفة في حقها (1).

وخلاصة القول:

1- أن العدول عن الخطبة حق مكفول شرعا وقانونا لكلا الخطيبين، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 05 ق.إ.ج على أن الخطبة: وعد بالزواج ويجوز العدول عنها وهذا ما ذهب إليه تقريبا جلّ التشريعات الحديثة والذين اشترطوا لحقّ العدول عدم التعسف سواء من جهة الخاطب أو المخطوبة، وهذا لأنه قد يترتب عن هذا العدول مزايا ومساوئ، فمن أهم المزايا مثلا: أنه يكون وقاية لزوج فاشل في المستقبل، وأما مساوئه فهو ما قد يلحق بسمعة أحد الطرفين أي الخاطب والمخطوبة، خاصة المخطوبة من أقاويل أو ضياع لفرصة الزواج مستقبلا.

وبالتالي بإمكانية العدول حق من الطرفين وهذا عند استعماله لغرض مشروع وعدم الإضرار بالطرف الآخر.

(1)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، ص229-230.

2-الطلاق حق وضعه الشارع في يد الرجل، وقد يمكن أن يتعسف صاحبه في استعماله ويعد في هذه الحالة طلاقاً تعسفياً والذي يمكن تعريفه بأنه: مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل.

فالطلاق في الأصل حق مأذون فيه شرعاً بأن يكون حلاً واقعياً للحياة الزوجية التي يستحيل استمرارها، أما إذا كان الزواج محققاً لمقاصد الشريعة ولا يوجد ما يسوغ انهاءه، فإنّ اللجوء إلى الطلاق في هذه الحالة يعد تعسفاً. والطلاق هو الحل الأخير الذي لا يجوز اللجوء إليه إلا في حالات وبمسوغات معقولة.

الفصل الثاني

الآثار الناتجة عن التعسف في استعمال حق العدول عن

الخطبة والطلاق

إن الضرر هو كل ما يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها، وهو من الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، والضرر في حد ذاته يشكل أركان المسؤولية، وبالتالي يكون لمن وقع عليه الضرر أن يرفع أمره للقضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

والأضرار الناجمة عن مسائل الزواج والطلاق تعتبر من الأضرار المؤثرة في حياة الأزواج، وهي أضرار من نوع خاص، ويمكن أن تكون مادية أو معنوية تسبب اضطرابات نفسية للشخص المضرور، كالعدول التعسفي عن الخطبة والطلاق التعسفي اللذان يشكلان محل دراستنا.

فالخطبة باعتبارها مقدمة لعقد الزواج تسبق التعاقد النهائي للزواج، أعطت الشريعة والقانون لكل من الخاطبين الحق في العدول عنها في أي وقت يشاء، إلا أنه قد يلحق الطرف الآخر ضرر، مما يجعل الطرف العادل مسؤولاً عن تعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر.

كما أن الطلاق جعله الله سبحانه وتعالى بيد الرجل، والذي قد يكون هذا الأخير متعسفا في استعماله، فقد رتب عليه التزاما لكي لا يتعسف في استعمال هذا الحق، وبالتالي سوف نتعرض من خلال هذا الفصل إلى الآثار الناتجة عن كل من العدول التعسفي عن الخطبة في المبحث الأول والذي نتناول فيه قيام المسؤولية التقصيرية عن هذا العدول، وكذا الجزاء المترتب عنه أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه الآثار الناتجة عن الطلاق التعسفي بالنسبة للمطلقة وبالنسبة للأولاد.

المبحث الأول

آثار العدول التعسفي عن الخطبة

سبق لنا تكييف الخطبة بأنها وعد بالزواج لا ترقى إلى مرتبة العقد، وبالتالي فإن العدول عن الخطبة ليس إخلالاً بالتزام تعاقدي وإنما إخلال بالتزام قانوني، وبما أن التعسف في العدول عن الخطبة يترتب أضراراً بالنسبة للطرف المعدول عنه، سواء الخاطب أو المخطوبة، فإنه إذن يترتب أو ينتج عن هذا التعسف المسؤولية التقصيرية. ومنه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة في المطلب الأول من خلال توضيح أساس هذه المسؤولية التقصيرية، وكذا الأركان التي تقوم عليها، أما المطلب الثاني فسوف نتطرق فيه إلى الجزاء المترتب عن هذا العدول التعسفي عن الخطبة.

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة

إنّ المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة: الخطأ، الضرر، العلاقة، السببية، وعلى الشخص الذي لا يد له في ارتكاب الخطأ أن يثبت ذلك، فالمسؤولية التقصيرية إذن تقضي وجود ضحية ووجود متسبب في الضرر. ففي العدول التعسفي عن الخطبة يكون هناك ضحية وهو الطرف المعدول عنه، والمتسبب في الضرر وهو الطرف العادل عن الخطبة، وبالتالي تقوم المسؤولية التقصيرية إذا كانت هناك علاقة سببية بين المتسبب في الضرر والضرر الحاصل.

الفرع الأول: أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة.

اختلفت وتعددت الآراء الفقهية حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة، فمنهم من جعل الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيري، ومنهم من جعلها تقوم على أساس الضرر.

أولاً: الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول الخطبة

إنّ أساس نظرية التعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية، وأنّ المعيار الذي يقاس به التعسف هو المعيار العام للخطأ، وهو الشخص المعتاد الذي لا يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، والذي لا يستعمل حقه من أجل تحقيق مصلحة تافهة أقرب إلى المصلحة الوهمية. فالشخص العادي لا يستعمل حقه من أجل تحقيق غرض غير مشروع⁽¹⁾.

وقد جاء في القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1382 منه بأن: «كلّ عمل أيّا كان يوقع أضرار بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه».

فمن خلال هذا النص يتضح أنّ كل من ألحق بخطئه ضرراً أيّاً كان نوعه بالغير، يكون ملزماً بجبر ذلك الضرر، والمقصود هنا، هو أنه إذا ارتكب الشخص خطأ، واعتمد سلوكاً خاطئاً عمداً كان أو غير عمدي فإنه يتحمل المسؤولية⁽²⁾، وبالتالي فالخطأ الشخصي سبب لقيام المسؤولية حسب النص.

ولقد تضاربت الآراء في تحديد اختلاف معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية عن معناه في المسؤولية العقدية، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، بينما في المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي، إلا أنّ الفارق بينهما أنّ الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام ببذل عناية، وهو أن يصطنع

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص 134.

(2) - عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005، ص 24.

الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب و كان الشخص مميزا بحيث يدرك بأنه قد انحرف عن سلوك الرجل العادي، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مساءلته، وعليه تقوم المسؤولية على ركنين: الأول مادي هو التعدي، والثاني معنوي وهو الإدراك (1).

ويبقى التعسف داخلا في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان تعسفا متصلا بالتعاقد، فمن تعسف في إنهاء عقد له الحق في إنهاءه، فهنا يعدّ متعسفا في استعمال حقه، وتقوم المسؤولية التقصيرية عن هذا التعسف (2).

وبالتالي فإن العدول التعسفي عن الخطبة يكون بانحراف الشخص العادل عن سلوك الرجل العادي، وهذا بعدوله عن الخطبة من أجل الإضرار بالطرف الآخر وهذه المسألة نفسية يصعب علينا إقامة الدليل مباشرة عليها، ومن أجل ذلك اتجه القضاء للبحث عن انعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق والمظاهر الخارجية فهي عناصر تساعد وتمكّن من التعرف على نية الإضرار بالغير (3).

قد يكون الشخص العادل عن الخطبة سواء الخاطب أو المخطوبة متعسفا في استعمال هذا الحق، وهذا إذا كانت الفائدة التي يرمي لتحقيقها قليلة مقارنة بالضرر الحاصل للطرف المعدول عنه.

وكمثال عن ذلك أن يعدل الشخص عن الخطبة (أحد الخطيبين) من أجل إتمام الدراسة خارج الوطن، وبالتالي سوف يؤدي إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه ماديا أو معنويا، كذلك كأن يستعمل الشخص أو الطرف العادل هذا الحق أي حق العدول لغرض تحقيق مصلحة غير مشروعة.

(1) - عبد الرحمن مجوبي، المرجع السابق، ص25.

(2) - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الجليبي الحقوقية، لبنان 1998، ص843.

(3) - بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للإلتزام، ص126

وقد سبق لنا القول في مسألة العدول عن الخطبة في المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق، وقال بعض فقهاء هذا المذهب بأنّ العدول عن الخطبة بغير مبرر خطأ تقصيري، لأنه غير ناشئ عن إخلال التزام عقدي نظراً لأن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقداً (1)، إلا أنّ هذه الفكرة لقيت انتقادات كثيرة من بينها أنّ الفعل في المسؤولية التقصيرية غير مشروع أصلاً، والفعل في المسؤولية التعسفية مشروع في الأصل، لأنّه استعمال للحق، والعدول عن الخطبة إذن مشروع في الأصل، لكنه يمنع إذا تعسف صاحب الحق في استعماله، وانحرف عن الغاية التي شرّع من أجلها حق العدول (2)، لذلك تراجعت فكرة الخطأ التقصيري كأساس لنظرية التعسف في استعمال الحق (3).

ثانياً: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى إبعاد التعسف عن مجال الخطأ التقصيري، ذلك أنّ التعسف أوسع مجالاً من الخطأ التقصيري، وإن كان من الممكن تطبيق الصورة الأولى للتعسف والتي تتمثل في قصد الإضرار بالغير على أساس الخطأ التقصيري، والصورتين الثانية والثالثة المتمثلتين في استعمال الحق للحصول على فائدة غير مشروعة أو استعمال الحق للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، فإنه لا يمكن تطبيق فكرة الخطأ التقصيري بشأنهما (4).

وقد اتجه كل من الفقه والقضاء للبحث عن أساس جديد للمسؤولية لتحقيق أكبر قدر من الحماية للطرف المضرور، فأخذت فكرة الخطأ تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات، فتارة تحت ستار الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس، وتارة تحت ستار الخطأ

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، ص 239.

(2) - المرجع نفسه، ص 240.

(3) - خرصي صوراوية، الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، تخصص

أحوال شخصية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2014-2015، ص 100.

(4) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس، لكن هذه المحاولات لم تجد نفعاً، وبقيت فكرة الخطأ تلوح في الأفق، ممّا جعل المضرور وفي كثير من الحالات يجد صعوبة في إثبات الخطأ⁽¹⁾.

وقد نادى بعض الفقهاء الفرنسيون، من بينهم «سالي» و «جوسران» بضرورة تبني فكر آخر تقوم عليه المسؤولية، بأن تقوم على أساس الضرر وتحمل التبعة، والواجب عند هؤلاء الفقهاء هو هجر المسؤولية الشخصية التي تقوم على أساس الخطأ واعتماد نظرية جديدة وهي المسؤولية المجردة من الخطأ، أي المسؤولية على أساس الضرر، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1382 من ق م ف و التي تنص على: «كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير.....»⁽²⁾، وأساس التعسف في العدول عن الخطبة هو الموازنة بين المصالح وتقدير النفع من العمل هو الذي يبيّن ما إذا كان هناك تعسف في العدول عن الخطبة من عدمه، وما إذا كان يقوم على أساس الخطأ أو الضرر⁽³⁾.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، وباستقراء نص المادة 124 منه، نجد أنّ المشرع الجزائري اعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ يترتب المسؤولية التقصيرية في قوله: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ...»، ومنه يكون العدول عن الخطبة من دون مبرر أو بسبب غير مشروع أو بقصد الإضرار بالطرف الآخر خطأ تقصيرياً يوجب المسؤولية.

(1) - عبد الرحمن مجوبي، المرجع السابق، ص26.

(2) - عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص767-768.

(3) - خرصي صورية، المرجع السابق، ص101.

الفرع الثاني

أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة

لقيام المسؤولية التقصيرية لابد من توافر ثلاثة عناصر وهي: الضرر الخطأ، العلاقة السببية، وهو ما اشترطته النظرية التقليدية لقيام هذه المسؤولية، عكس النظرية الحديثة التي تقوم على أساس تحمل التبعة، أي لا تشترط عنصر الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية. إلا أن المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي في الخطبة تقوم على أساس ركن الخطأ والذي يسبب ضرراً للطرف المعدول عنه، وبهذا سوف نوضح كل ركن من أركان هذه المسؤولية على حدى.

أولاً: الخطأ

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف عنصر الخطأ، وإنما ترك المجال أمام القضاء والفقهاء لتعريفه، بالرغم من أنه يمثل أهم موضوعات المسؤولية المدنية، لكونه الركيزة الأساسية في ترتيب الآثار الناجمة عن هذه المسؤولية.

فقد اتجه بعض الفقهاء إلى تعريف الخطأ بأنه: «إخلال بالتزام سابق»، وبعضهم عرفه بأنه: «إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق» وهناك من قال بأنه:

«إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته»⁽¹⁾.

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا أن الخطأ هو إخلال المرء بالتزام ما، على الرغم من صعوبة تحديد طبيعة ومصدر هذا الالتزام، فهناك التزامات تنشأ عن العقد، وهناك التزامات مصدرها القانون، فالأولى يترتب عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، أما الثانية فيترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية التقصيرية والتي هي محل دراستنا.

(1) - علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 53 .

والخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، وهذا الالتزام يتمثل في اصطناع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر الغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك وكان مدركاً لهذا الانحراف، كان هذا خطأً منه ويستوجب مساءلته مسؤولية تقصيرية، لأنّ مفهوم الخطأ ينطوي على عنصر أخلاقي، وهذا ما استقر عليه كل من الفقه والقضاء (1). من خلال تعريف الخطأ في المسؤولية التقصيرية، يمكننا استخلاص عناصره المتمثلة في: العنصر المادي الذي يتمثل في الانحراف والتعدّي، والعنصر المعنوي المتمثل في الإدراك.

1- العنصر المادي للخطأ: التعدي والانحراف

ويتمثل في انحراف السلوك حين يخرج صاحبه عن الوضع المألوف بين الناس، وذلك بتجاوز الحدود الواجب التزامها، مما يؤدي بالتعدي على حق الغير أو مصلحة مشروعة له، فإذا تعدّد شخص الإضرار بالغير أو أهمل أو قصر دون أن يكون متعمّداً، إلّا أنّ فعله قد ترتّب عليه ضرر للغير فإنّه يكون مسؤولاً (2).

وأكثر صور الانحراف في السلوك وقوعاً في الحياة العملية هي تحقّقه نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط، سواء وقع الانحراف عمداً أو إهمالاً، وهنا يتعين بنا البحث عن معيار أو ضابط يقاس به هذا الانحراف، حتى نستطيع الحكم على الفعل بأنه انحراف أم لا (3).

أ- معيار الانحراف في السلوك:

لقد كان هذا المعيار منتشراً في القانون الروماني قديماً، وقد كان يطلق عليه رب الأسرة الطيب، أو رب الأسرة المعني بشؤون أسرته. وقد اتفق رجال الفقه والقضاء على أن المعيار

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام، ص 63.

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

(3) - بلحاج العربي، المرجع نفسه (النظرية العامة للالتزام)، ص 65-66.

الصحيح لقياس التعدي هو المعيار الموضوعي أو المادي الذي ينطوي على تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة، إذ يفترض في الناس جميعاً أن يبلغوا درجة من اليقظة والفتنة، كالرجل العادي الذي عرفه القانون برب الأسرة العادي فهذا المعيار الموضوعي المجرد أو الإنسان العادي هو الأساس في قياس الانحراف بعيداً عن الظروف الشخصية للمعتدي⁽¹⁾.
ومما سبق يمكننا قياسه على أحد الخطيبين في عدولهما عن الخطبة، فإذا تعدد الخاطب مثلاً في العدول عن الخطبة الإضرار بالمخطوبة يكون هناك انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، وبالتالي تقوم المسؤولية التقصيرية للخاطب الذي تعسف في عدوله عن الخطبة.

ب- ضرورة الاعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف:

لقد سبق بنا القول بأن المعيار الذي يقاس به التعدي هو سلوك الشخص العادي، وهو معيار مجرد لا يعتد فيه بالظروف الشخصية أو الداخلية الخاصة بالمسؤول، كظروف السن مثلاً والجنس والحالة الصحية، وغيرها من الظروف الخاصة، إلا أن هذا المعيار يفترض عدم إسقاط الظروف الخارجية التي تحيط بالتعدي، كظروف الزمان والمكان التي أحاطت بالفعل، فالقاضي في هذه الحالة يضع الواقعة مجردة في إطار من الظروف الخارجية العامة التي أحاطت بها، ثم يبحث عما إذا كان من الممكن للشخص العادي أن يرتكب هذا الفعل في مثل هذه الظروف، أم أنه يمكن أن يتفادى وقوعه.

وكمثال عن الظروف الخارجية كون الفاعل قد أتى بالفعل الضار ليلاً أو نهاراً، فكل هذه الظروف الخارجية التي يتعين على القاضي اعتبارها، هي التي تجعل معيار الرجل المعتاد معياراً واقعياً غير مثبت الصلة بواقع الحياة⁽²⁾.

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص 66-67..

(2) - المرجع نفسه، ص 69.

ومنه يمكن تطبيق الظروف الخارجية في العدول عن الخطبة، كأن يكون المعدول عنه هو المتسبب في عدول الشخص العادل، وكانت له المساهمة في دفع العادل إلى العدول عن الخطبة، كقيام الخاطب مثلا بمجموعة من التصرفات تدفع بالمخطوبة حتما إلى العدول عن الخطبة.

وبالتالي فالمخطوبة في هذه الحالة أو الطرف المعدول عنه، يمكن له أن يثبت هذا التعسف في العدول عن الخطبة، عن طريق إثبات انحراف الطرف العادل - خاطب أو مخطوبة - بكل طرق الإثبات، بحيث يكون هذا العدول بقصد الإضرار بالطرف المعدول عنه.

2- العنصر المعنوي للخطأ: الإدراك

وهو ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب لقيام الخطأ التقصيري، أن يكون من وقعت منه أعمال التّعدي مدركا لها، أي قادر على التمييز بين الخير والشر، لأنه لا مسؤولية لعدم التمييز.

وهنا يشترط القانون المدني الجزائري لاعتبار السلوك المخالف لسلوك الإنسان العادي مرتباً لمسؤوليته أن يكون من صدر منه مكلفاً، ويكون الإنسان مكلفاً إذا كان مميزاً يستطيع أن يعي ما في سلوكه من انحراف، أمّا إذا لم يكن كذلك فإنه لا يكون مكلفاً، ولا يكون بالتالي مسؤولاً عن فعله⁽¹⁾، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 125 ق م ج والتي تنص على: « لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً ».

وعلى هذا النحو فالصبي غير المميز لا يكون مسؤولاً بحسب الأصل عما يحدثه من ضرر للغير بسلوكه، مهما كان في هذا السلوك من انحراف عن سلوك الشخص العادي، وأمّا من لم يبلغ سن التمييز أو كان به عارض من عوارض الأهلية الجنون، والعته، فلا يسأل عن خطئه، خلافاً لذو الغفلة والسفيه فهما يسألان عن أفعالها لتوافر التمييز لديهما⁽²⁾.

(1) - بلحاج العربي، المرجع السابق (النظرية العامة للالتزام)، ص73.

(2) - المرجع نفسه، ص74-75.

المشرع الجزائري لم يشترط الأهلية الكاملة لكي تتم الخطبة بين الرجل والمرأة، على خلاف عقد الزواج حيث اشترط تمام الأهلية.

وبالتالي ففي العدول عن الخطبة تطبق الأحكام العامة، فإذا بلغ أحد الخاطبين سنّ الرشد 19 سنة كاملة ونتج عنه تعسف في العدول تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، أما إذا لم يبلغ سن الرشد، أي كان ناقص الأهلية وعدل عن الخطبة بشكل تعسفي، فإنه تترتب المسؤولية عن هذا العدول، وذلك حسب ما جاء به نص المادة 125 ق م ج.

أما إذا كان الشخص العادل عديم الأهلية، أو به عارض من عوارضها كالجنون أو العته، ففي هذه الحالة لا تقوم المسؤولية على التعسف في العدول عن الخطبة لأنّ الشخص في هذه الحالة يكون غير مدرك لما يقوم به.

ثانيا: الضرر

يقال عادة أنه لا مسؤولية بدون ضرر، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾ والضرر هو الركن الثاني ضمن أركان المسؤولية، سواء عقدية أو تقصيرية وقد عرفه بعض الفقهاء على أنه: «الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه» وعرفه البعض الآخر بأنه: «الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية»⁽²⁾.

ومنه نستنتج أن الضرر في العدول التعسفي عن الخطبة هو كل ما قد يصيب الشخص المعدول عنه سواء كان الخاطب أو المخطوبة من أضرار مادية أو معنوية. والضرر على نوعين: ضرر مادي، ضرر أدبي.

(1) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 126.

(2) - عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص 89.

1- الضرر المادي:

وهو الضرر الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة (1). فمن خلال هذا التعريف فإن الضرر المادي قد يترتب عند المساس بالحق المالي (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الفكرية)، وقد يترتب نتيجة المساس بسلامة الجسم سواء كان المساس جروحا أو كسورا (2)، إذن فكلها أضرار مادية تقيم المسؤولية التقصيرية.

فبالنسبة للعدول التعسفي عن الخطبة، فالضرر المادي هو ما يمكن إدراجه في تلك المصاريف التي قد ينفقها أحد الطرفين، ك شراء بيت الزوجية أو التجهيزات الخاصة أو الشخصية للطرفين، فإن لم يتم الزواج بينهما وعدل أحدهما قاصدا الإضرار بالطرف الآخر، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية.

2- الضرر المعنوي:

وهو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته، أو في شعوره، أو في شرفه، أو في معتقداته الدينية، أو في عاطفته (3).

فبالنسبة للعدول التعسفي عن الخطبة، فالضرر المعنوي هو ما قد يصيب الطرف المعدول عنه بأضرار معنوية، كاتهام المخطوبة مثلا في شرفها وسمعتها.

ولكي يكون هذا الضرر المعنوي موجبا للتعويض لا بدّ من توافر عدّة شروط وهي كالتالي:

(1) - علي علي سليمان المرجع السابق، ص162.

(2) - بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام، ص146.

(3) - المرجع نفسه، ص148.

أ- المساس بحق أو مصلحة مشروعة: إنّ الطرف العادل عن الخطبة سواء الخاطب أو المخطوبة توجب مساءلته، نظرا للأضرار التي قد ألحقها بالطرف المعدول عنه، سواء كانت في مصلحة نفسية أو اجتماعية أو مالية.

ب- أن يكون الضرر محققاً: والضرر المحقق الوقوع، أي يكون حالاً وقد وقع فعلاً، والمقصود به أن لا يكون افتراضياً وأن لا يكون احتمالياً كأن يكون المضرور قد مات أو أصابه جرح في الجسم أو حصل تلف في ماله، كما قد يكون هذا الضرر مستقبلاً الوقوع، أي أنه لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل⁽¹⁾، فالضرر المستقبلي الوقوع هو ذلك الضرر الذي قامت أسبابه غير أنّ نتائجه كلّها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل⁽²⁾.

وبالتالي فالضرر المحقق الوقوع في العدول التعسفي عن الخطبة هو الذي يكون قد حصل فعلاً كإصابة أحد الطرفين، أي الطرف المعدول عنه، بصدمة نفسية مثلاً من جراء هذا العدول، وكذلك بالنسبة للمخطوبة التي قد يتهرّب الناس من خطبتها مستقبلاً بسبب شهرتها مع الخاطب الأول.

ج- أن يكون الضرر مباشراً: فالضرر المباشر هو ذلك الضرر الذي لا يستطيع المضرور أن يتوقّاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي، فأما إذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقّى الضرر ببذل جهد معقول، كان الضرر غير مباشر⁽³⁾.

فالضرر المباشر في العدول التعسفي عن الخطبة، هو العدول نفسه من أحد الطرفين الخاطب أو المخطوبة، ومن غير سبب، والذي يلحق بالطرف المعدول عنه أضرار معنوية ومادية من جرّاء هذا العدول.

(1)- بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للالتزام ص158.

(2)- علي فيلاي، المرجع السابق، ص294.

(3)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص170.

د- أن يكون الضرر شخصي: ينصرف القصد فيه إلى أن طالب التعويض هو المضرور أصلاً، ويجب أن يثبت ما أصابه شخصياً من ضرر (1)، وطالما ظلّ المضرور حياً فله وحده الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي وليس لورثته هذا الحق، أما إذا مات المضرور، ويكون قد رفع الدعوى عما أصابه من ضرر مادي ومعنوي قبل موته ولم يصدر فيها حكم، فهنا يكون للورثة بصفتهم خلفاً عاماً أن يواصلوا السير في الدعوى.

أما إذا مات المضرور فوراً وفي الحال، ولم يترك له الوقت من أجل رفع دعوى المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار مادية، فإنّ الورثة يرثون الحق في مطالبة المسؤول بالتعويض عن الضرر الذي سببه لمورثهم (2)، فبالنسبة للعدول التعسفي عن الخطبة في هذه الحالة، فإنّ ورثة الطرف المعدول عنه يمكنهم المطالبة بالتعويض عما لحق بمورثهم (المعدول عنه المتوفّي) من أضرار شخصية أثناء حياته، وبالتالي ينتقل حق المطالبة بالتعويض إليهم.

هـ- أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر: يشترط في الضرر أن لا يكون قد سبق تعويضه، إذ أنه لا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح الضرر بعينه، فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويضه اختياريًا، يعتبر قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد، ولا محلّ بعدها لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر، وهذا لا يعفي إمكان الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الذي قام به (3).

فبالنسبة للعدول التعسفي عن الخطبة في هذه الحالة، فإنّ المتضرر من العدول، يقع عليه عبء إثبات الضرر بكافة طرق الإثبات، سواء كان الضرر أدبياً أو معنوياً، ويكون الضرر حينئذٍ بشهادة الشهود مثلاً، أو مبالغ التجهيز التي أنفقت وغيرها من وسائل الإثبات.

(1)- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 166-167.

(2)- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 186-187.

(3)- بلحاج العربي، المرجع السابق، النظرية العامة للإلتزام، ص 166.

ثالثاً: العلاقة السببية

هي الركن الثالث لقيام المسؤولية، وهو أن تتوافر هذه العلاقة بين الفعل الضار والضرر، أي أن يكون الضرر ترتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار، وقد يكون هناك خطأ وضرر لكن لا توجد رابطة سببية بينهما (1)، وقد عبّر المشرع الجزائري عن ركن السبب في نص المادة 124 ق م ج حيث جاء في النص: « كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض » .

لذلك يجب على المضرور لكي يستحق التعويض أن يثبت وجود علاقة السببية بين خطأ المسؤول، وبين الضرر الذي أصابه، أمّا إذا لم ينشأ الضرر عن خطأ المدعى عليه لا تقوم المسؤولية، وهذا الأخير إذا أراد أن يدفع المسؤولية يجب عليه أن ينفي علاقة السببية وذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه (2) وقد ينتج الضرر عن سبب واحد ومباشر فتقوم المسؤولية مباشرة، وقد ينتج الضرر عن تعدد الأسباب.

تنص المادة 127 ق م ج على ما يلي: « إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك » ، وبالتالي حسب نص هذه المادة فإنّ المسؤولية تنتفي بإثبات السبب الأجنبي و الذي قد يتمثل فيما يلي:

1- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: ويمكن تعريفه بأنه كل حادث خارجي، لا يمكن توقعهما و لا يمكن دفعهما، يؤدي إلى إحداث الضرر (3) وحتى تنتفي العلاقة السببية في هذه الحالة يشترط في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، عدم إمكانية توقعهما مع استحالة دفعهما (4).

(1) - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 191.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 314.

(3) - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 332.

(4) - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 124.

2- خطأ المضرور أو فعل المصاب: فالمضرور في هذه الحالة يشترط في خطئه ما يشترط في القوة القاهرة والحادث المفاجئ⁽¹⁾.

فبالنسبة للعدول عن الخطبة يمكن للخاطب مثلا أن يقوم بتصرفات وأفعال غير أخلاقية تدفع المخطوبة إلى العدول عن الخطبة.

3- خطأ الغير: الغير هو الشخص الأجنبي عن المدعى عليه، مثلا وقوع خلاف بين أهل الخطيبين مما يؤدي إلى إلغاء مراسيم الزواج وبالتالي يكون هناك عدول بين الخطيبين.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة

جرت عادة الناس أن يقدم الخاطب للمخطوبة هدايا من أنواع شتى، فقد يقدم إليها وإلى وليها المهر كله أو بعضه، فإذا تمّ العدول عن الخطبة فلا بدّ من النظر إلى آثار هذا العدول على المهر والهدايا، وكذلك التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة من وراء هذا العدول، ومنه سوف نتطرق إلى حكم المهر والهدايا بعد العدول وهذا في الفرع الأول، أمّا في الفرع الثاني فسوف نتطرق إلى حكم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا.

(1) - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 333.

الفرع الأول

حكم المهر والهدايا

أولاً: حكم المهر

قد يدفع الخاطب إلى المخطوبة أو وليها المهر كله أو بعضه - كما جرى العرف- كي تستعد المخطوبة وتتهيأ لشراء ما يلزمها (1) ومن المعلوم أنّ المخطوبة لا تستحق المهر إلاّ عند إبرام عقد الزواج، ويتأكد ذلك بالدخول (2).

فإذا فسخت الخطبة من الطرفين أو من أحدهما، وكان الخاطب قد دفع الصّداق كلّهُ أو بعضه فله المطالبة باسترداده، وهذا باتفاق الفقهاء، وذلك لأنّ وجوب الصّداق بالعقد (م 14، 15، 16، ق أ) كان على أساس المعاوضة، أي أنّ الصّداق دفع لغرض معيّن، ولم يتم هذا الغرض وهو الزواج، فوجب استرداده لأنّ الخطبة مجرد وعد بالزواج (3).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإذا كان العدول بسبب من الخاطب، وكان ما دفعه من المهر قائماً استردّه، وكذا إن أنفقته المخطوبة أو وليها في شؤونها الخاصة، أمّا إذا تحوّل المهر إلى جهاز، خيّرت المرأة بين ردّ الجهاز أو مقدار المهر، أمّا إذا كان العدول بسبب المخطوبة، ألزمت بردّ المهر إن كان قائماً، ومثله أو قيمته إن كان هالكا أو مستهلكا (4).

وأخذت قوانين الأحوال الشخصية العربية برأي الفقهاء في حكم ما قدّمه الخاطب في حالة العدول عن الخطبة، أن يستردّ ما دفعه من المهر بعينه إن كان قائماً، وإن كان مستهلكا أخذ مثله إن كان مثلياً، ومن هذه القوانين نذكر:

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، ص 243

(2) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 48.

(3) - بلحاج العربي، المرجع السابق، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 53.

(4) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج (الخطبة)، ص 243.

❖ **قانون الأحوال الشخصية الأردني:** فقد نصت المادة 65 منه على أنه إذا امتنعت المخطوبة، أو نكص الخاطب، أو توفي أحدهما قبل عقد النكاح، فإن كان ما دفع على حساب المهر موجودا استردّه عينا، وإذا كان فقد بالتصرف فيه أو تلف استردّ قيمته إن كان عرضا، ومثله أن كان نقدا⁽¹⁾.

❖ **قانون الأحوال الشخصية الإماراتي:** نص في المادة 18 منه على أنه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، أو مات يستردّ المهر الذي آداه عينا أو قيمته يوم القبض إذا تعذر ردّه عينا، وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها وببعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء⁽²⁾.

❖ **قانون الأسرة السوري:** نص في المادة الرابعة الفقرة الأولى على أنه إذا دفع الخاطب المهر نقدا و اشترت المرأة به جهازا، ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز، و نصّ في الفقرة الثانية على أنه إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته، وهو كذلك ما جاء به قانون الأحوال الشخصية الكويتي⁽³⁾.

وبهذا يتضح بأن المهر يتوجب استرداده أو ردّه، في جميع الأحوال، لأنّ الزواج لم يتم، أما القانون الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة، ولعلّ المشرع الجزائري قد نظر إلى أنّ عادات المجتمع متعارف عليها في أنّ المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة⁽⁴⁾.

(1)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج(الخطبة)، ص244.

(2)- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص49.

(3)- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص246.

(4)- بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص48.

ثانيا : حكم الهدايا

نصّ المشرع الجزائري على مسألة حكم الهدايا في المادة 04/05 ق أ ج التي تنص على: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته".

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته من خلال نص المادة الخامسة ق أ ج نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد بيّن لنا حكم الهدايا في حالة العدول الذي يكون من الخاطب، وحالة العدول الذي يكون من المخطوبة.

➤ الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب: طبقا لما جاء في نص المادة 05 ق أ ج فإنه إذا كان العدول من الخاطب فهو لا يستردّ الهدايا التي أهداها وقدمها للمخطوبة.

➤ الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة: في هذه الحالة يجب على المخطوبة أن تردّ للخاطب الهدايا القائمة، أي التي لم تستهلك بعد، أمّا التي استهلكت فإنه يجب عليها رد قيمتها.

وهناك آراء فقهية عديدة حول هذه المسألة، إلا أنّ أغلب الفقهاء يرون بوجوب استرداد الهدايا في هذه الحالة، فإن كانت قائمة يجب ردّها بعينها، وإن كانت هالكة أو مستهلكة يجب ردّها مثلها إن كان من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيمات (1).

فالشافعية: يرون بأنّ للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء كان الرجوع من الخاطب أو المخطوبة أو منهما معا، سواء كانت الهدية باقية أم هالكة بشرط أن تكون الهدية مقدّمة لأجل الزواج (2).

أما الحنفية: يرون بأنّ ما قدّمه الخاطب من الهدايا يأخذ حكم الهبة، وحكم الهبة أنّ الواهب له حقّ الرجوع فيها، ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة، كأن تكون قد هلكت، فإذا كان

(1) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 40.

(2) - المرجع نفسه، ص 41.

ما أهداه الخاطب إلى المخطوبة قائما في يدها، ولم يوجد ما يمنع الرجوع فيه، فللخاطب الحق في استرداده، كما أنّ للمخطوبة أيضا الحق في استرداد ما أهدته لخاطبها بنفس الكيفية⁽¹⁾. ويرى الحنابلة أنه: لا يجوز الرجوع في الهبة انطلاقا من أنّ الوعد لا رجوع فيه، ولأنّهم يعتبرونها هبة والهبة عندهم لا رجوع فيها إلاّ إذا كانت قبل القبض⁽²⁾.

أما المالكية فإنّهم ذهبوا إلى التفصيل التالي:

إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إليها، ولو كان موجود في يدها، وإن كان العدول من المخطوبة، فللخاطب الحق في استرداد ما قدّمه إليها، فإذا كان ما قدّمه إليها من الهدايا قائما استردّه بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا رجع عليها بمثله أو قيمته، ما لم يكن شرط أو عرف، فيتبع لأنّ المعروف عرفا كالمشروط شرطا⁽³⁾.

من خلال الآراء الفقهية السابقة نستنتج أنّ المشرع الجزائري قد سار على ما ذهب إليه المذهب المالكي، فجاء في الفقرة الرابعة من المادة 05 على أنه: « لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا 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 قيمته».

الفرع الثاني

التعويض

لقد اعتبرت الشريعة الإسلامية الخطبة وعدا بالزواج ولا ترقى إلى مرتبة العقد، فهي مجرد مقدمة للزواج فقط، وهذا الوعد غير ملزم للطرفين ولكل من الخاطبين العدول عن الخطبة والامتناع عن إتمام عقد الزواج، إلاّ أنّ هذا العدول قد يوقع الضرر بالخاطب أو المخطوبة،

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص41..

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وبالتالي فهل من حق المتضرر من العدول سواء الخاطب أو المخطوبة أن يطلب الطرف الآخر بالتعويض أم لا؟

أولاً: حكم التعويض عن الضرر المادي المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة

لقد اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة التعويض المادي عن ضرر العدول التعسفي عن الخطبة، فمنهم من كان مؤيداً ومنهم من كان معارضاً للفكرة.

1- المذهب الأول: التعويض مطلقاً

يرى بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن العدول التعسفي عن الخطبة يوجب التعويض للطرف المضرور، وأدلتهم في ذلك أن:

* الاعتماد في التعويض على مبدأ التعسف في استعمال الحق، لأنه إذا كان العدول عن الخطبة بدون أي مبرر، هنا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق وإساءة، وبالتالي يستوجب التعويض (1).

* الخطبة وعد بالزواج والعدول عنها حق لكلا الطرفين، لكن من دون إلحاق الضرر بالطرف المعدول عنه لقوله (ص): «لا ضرر ولا ضرار» (2).

2- المذهب الثاني: عدم التعويض مطلقاً

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى عدم التعويض مطلقاً عن الضرر الناجم عن العدول التعسفي عن الخطبة (3)، وكانت أدلتهم في هذا كما يأتي:

✓ أن الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً، ولكل من الخاطب أو المخطوبة الحق في العدول عن الخطبة في أي وقت شاء، وبدون قيد أو شرط، فإذا عدل أحدهما وأصاب الطرف

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات الزواج (الخطبة)، ص 257-258.

(2) - المرجع نفسه، ص 257.

(3) - المرجع نفسه، ص 255.

الآخر ضرر نتيجة العدول، فإنه لا يلزم بالتعويض لأنه يعلم النتائج والأضرار التي تلحق به نتيجة استعمال الطرف الآخر لحقه الشرعي في العدول عن الخطبة (1).

✓ القول بالتعويض يوجب توضيح الأسباب والدوافع التي أدت إلى عدول أحد الطرفين، وهذا ما قد يؤدي إلى كشف الأسرار العائلية وعيوب الطرفين أمام المحاكم، ففي هذه الحالة يقتضي الأمر إلى ستر تلك الأسباب التي أدت بالطرفين إلى العدول، وهذا عن طريق عدم الدعوة إلى التعويض (2).

✓ القول بالتعويض في حال العدول فيه إكراه ضمنى على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج وهذا يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج فهو عقد رضائي (3).

✓ إن مشكلات الأسرة ينبغي أن تسود حلولها روح التسامح، والتفكير في مجازاة العادل عن الخطبة بغير مبرر هو نوع من الانتقام منه، لأن رفع دعوى التعويض قد يجعل من الخصومة عداوة، وقد يكلف الكثير من النفقات المادية والآلام النفسية (4).

وقد وجهت لهذه الآراء الفقهية مجموعة من الانتقادات من عدة نواحي أهمها:

بالنسبة للمذهب القائل بالتعويض المطلق:

انتقد هذا المذهب من خلال:

- الاستدلال بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر، يعدّ تعسف في استعمال الحق يستوجب التعويض، فيمكن الردّ عليه: بأنّ العدول عن الخطبة حق، والحق لا يترتب عليه تعويض،

(1)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج(الخطبة)، ص 256

(2)- عبيد ربحي محمد شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 79.

(3)- المرجع نفسه،الصفحة نفسها.

(4)- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 257.

والخطبة من مقدمات الزواج، لا تلزم الطرفين بإتمام عقد الزواج، فلكل من الطرفين الحق في العدول (1).

- الاستدلال بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا لأن الضرر ممنوع في الفقه الإسلامي، فلا ضرر ولا ضرار، ولكن التعويض في حالة العدول عن الضرر الواقع قد يترتب عليه ضررا أكبر وهو إجبار العادل على زواج لا يطمئن إليه، مما يؤدي إلى قيام أسرة على أسس غير سليمة، والضرر الأقل يتحمل لدفع الضرر الأكبر عملا بالقاعدة الفقهية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (2).

بالنسبة للمذهب القائل بعدم التعويض مطلقا:

انتقد أيضا أصحاب هذا المذهب من خلال:

- الاستدلال بأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم قضاءا والعادل عن الخطبة قد استعمل حقه الشرعي، ومع أن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما مقيد بالغرض الذي شرع من أجله لذلك لا يبتر استعماله لهذا الحق على وجه ضار بباعث غير مشروع فالحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير (3).

- القول بأن التعويض يستلزم بيان الأسباب والدوافع التي أدت إلى العدول وبيان الضرر، وما يترتب عليه من كشف الأسرار العائلية، يردّ عليه بأن دقة النزاع ما كانت لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره، وليس أحقّ برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمان لمساسها بذات الإنسان (4).

(1)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، مقدمات عقد الزواج(الخطبة)، ص 263.

(2)- المرجع نفسه، ص 264.

(3)- المرجع نفسه، ص 261.

(4)-المرجع نفسه، ص 264.

الرأي الراجح:

من خلال الآراء والانتقادات التي وجّهت للمذاهب الفقهية السابقة يمكن الاستنتاج بأنّ التعويض في حالة ثبوت تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر قد سلم من الاعتراض عليه، فينظر في قيمة التعويض إلى مقدار الضرر ومدى جسامته وكذا الظروف الملازمة للمتضرر⁽¹⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وما يلاحظ على نص المادة 05 من قانون الأسرة أنه لم يجعل التعويض واجبا وإنما جعله جائزا، لأنه ليس كل عدول عن الخطبة ينتج عنه ضرر.

ثانيا: حكم تعويض الضرر المعنوي المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة:

مما لا شك فيه أن كلا الخاطبين اللذين عدلا عن الخطبة يعانيان الأمر من جزاء الشائعات التي تلحقهما أو غيرها من الأقوال والآثار المخلفة للضرر المعنوي، فما هي نظرة الفقهاء في التعويض عن مثل هذه الأضرار؟

لقد نال هذا الموضوع اهتمام العديد من الفقهاء المعاصرين وفق اتجاهان: اتجاه يجيز التعويض، واتجاه يرفض التعويض مطلقا.

1- الاتجاه الأول: جواز التعويض مع التفصيل

يتضمن هذا الاتجاه مذهبين: مذهب يوجب التعويض مطلقا دون تفصيل، والثاني يوجب التعويض مع شيء من التفصيل، فيذهب مؤيدو المذهب الأول إلى القول بوجود التعويض مطلقا من غير تفصيل في ماهية الضرر، أما المذهب الثاني فهو مذهب وسط، فهو لا ينفي القول بالتعويض ولا يبالغ أو يفرط في إيجابه في نفس الوقت، وقد استدلت أصحاب الاتجاه بما يلي:

(1) - عبيد ربحي محمد شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 84.

- كل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصداً أو مآلاً أيًا كان منشؤه، تطبيقاً للقاعدة الفقهية «لا ضرر ولا ضرار» (1).

- أن العدول عن الخطبة، إنما أبيض لهدف معين وهو إقامة ومنح الفرصة لكل من الخاطبين لتقادي الارتباط بزواج لا يرتضياه، أما إذا رافق هذا الفسخ ضرر فإنه يحق للطرف الآخر المطالبة بالتعويض (2).

2- الاتجاه الثاني: عدم جواز التعويض مطلقاً

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، ومنهم الدكتور عمر سليمان الأشقر والشيخ محمد بخيت المطيعي. وقد استدلوا بما يلي:

- من المقرر شرعاً أن العدول حق مكفول للطرفين في وقت لزومه، فمن يمارس حقاً مشروعاً، لا يكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر (3).

- التعويض لا يتفق مع طبيعة الخطبة، فهي ليست بعقد ولا يترتب عليها أثر ما، كل ما في الأمر أنها وعد فقط (4).

وقد لقيت هذه الآراء الفقهية أيضاً مجموعة من الانتقادات:

*الانتقادات الموجهة للمذهب الذي يجيز التعويض الأدبي:

- إن الداعي الذي يجيز التعويض الأدبي هو مجارة القوانين الغربية التي تختلف عنا في الأعراف والتقاليد، فقوانينها غير مبنية على مبادئ الأخلاق، فيجب على المقتنين العرب تقادي مثل هذه الأمور في تقنياتهم (5).

(1) - بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 94.

(2) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3) - المرجع نفسه، ص 91.

(4) - المرجع نفسه، ص 90.

(5) - المرجع نفسه، ص 98.

- يرى البعض أن تعويض الضرر المعنوي ليس بالأصيل في شريعتنا الإسلامية، وأنه من قبيل الإفرازات الخارجية على مجتمعاتنا المسلمة (1).

* الانتقادات الموجهة للمذهب الذي لا يجيز التعويض:

- إنَّ القول بأنَّ العدول حقّ، والحق لا يترتب عليه تعويض لأنَّ الجواز الشرعي ينافي الضمان، لكن التعويض هنا ليس عن الحق بل نتيجة لإساءة استعماله المضرّ بالغير (2).

- إنَّ القول بأنَّ التعويض والوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما، يردّ عليه بأنَّ التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة إطلاقاً، وأنَّ لا وجه للاقتران بينهما من أجل القول بالتناقض المفترض (3).

الرأي الراجح:

من خلال عرض أدلّة كلّ اتجاه نجد أنها تتفق بأنَّ الخطبة وعد بالعقد، وأنَّ الوعد غير ملزم الوفاء به قضاءً، فكلّ من الطرفين حق العدول، والحق لا يترتب عليه تعويض إلاّ أنه إذا كان من دون سبب مشروع سواء من الخاطب أو المخطوبة وسبب أزمة نفسية للطرف المعدول عنه، فهذا يعتبر ضرراً أدبياً ناتجاً عن عدول تعسفي عن الخطبة وبالتالي جواز الحكم بالتعويض إذا ما اقترن العدول بأفعال ترتّب عنها أضرار مادية أو معنوية لأحد الطرفين تجوز المطالبة بالتعويض (4).

(1) - بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 98.

(2) - المرجع نفسه، ص 96.

(3) - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4) - مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص

المبحث الثاني

آثار الطلاق التعسفي

عند وقوع الطلاق تترتب عليه مجموعة من الآثار، سواء بالنسبة للمطلقة أو بالنسبة للأولاد. والطلاق التعسفي هو طلاق من غير مبرر مشروع ومن غير سبب يوقعه الزوج بشكل يلحق ضررا بالزوجة، وبالتالي فعند وقوعه تترتب عليه مجموعة من الآثار سواء بالنسبة للمطلقة أو بالنسبة للأولاد.

فبالنسبة للمطلقة فهي تستحق التعويض المالي عن الطلاق التعسفي وهذا لما سبب لها من أضرار إضافة إلى الحقوق الثابتة لها بالطلاق: كنفقة العدة، المتعة... الخ. أما بالنسبة للآثار بالنسبة للأولاد، فقد حدّد الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حقوقهم ومستحقاتهم المالية. بهذا ارتأيت إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للمطلقة، أما المطلب الثاني فننتاول فيه آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للأولاد.

المطلب الأول

آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للمطلقة

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري وما نصّ عليه المشرع في المادة 52 منه نجده قد أقرّ للمطلقة الحقّ في التعويض عن الطلاق التعسفي كما أنّ المطلقة تستحقّ بعد الطلاق نفقة المتعة تكريماً لها ومواساتها، إلاّ أن المشرع قد أغفل هذا الحق بالنسبة للمطلقة، أو أنّه قد يكون اعتبر التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمّى القانوني لهذا الفرض الشرعي، بالتالي سوف نتطرق إلى: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون وكذلك المتعة.

الفرع الأول

التعويض عن الطلاق التعسفي

أولاً: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون الجزائري:

1- التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي:

سبق القول بأن الطلاق التعسفي هو كل طلاق من غير مبرر مشروع أو سبب معقول، يحدث بإرادة الزوج المنفردة بشكل يوقع ضرراً مادياً ومعنوياً للمطلقة، وفي هذا الشأن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة ولا لمسألة التعويض عنها، إلا أنهم أقرّوا للمطلقة استحقاقها المتعة، مما جعل الفقهاء المعاصرين يختلفون في حكم التعويض، فلهم في هذا قولان:

* القول الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي وأدلتهم في ذلك ما يلي:

- قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت وهو صورة من صور التعسف في الطلاق، حيث أنّ المريض مرض الموت إذا طلق زوجته لحرمانها من الميراث يعامل بنقيض قصده وترث منه زوجته، أيضاً المطلق من دون سبب فإنه يعامل بنقيض قصده ويلزم بالتعويض.

- الطلاق قد يكون فيه ضياع لمستقبل الزوجة وتقويت لفرصة الزواج التي قد لا تعود (1).

القول الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي:

ذهب فريق من الفقهاء إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي منهم أبو زهرة ووهبه الزحيلي، ومما استدلوا إليه ما يأتي:

(1) - عبيد ربحي، محمد شاکر القدومي، المرجع السابق، ص 192.

- أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزوج و من يستعمل حقه فلا ضمان عليه، عملاً بالقاعدة «الجواز الشرعي ينافي الضمان»⁽¹⁾.
- إن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعاً من إكراه الزوج على عدم الطلاق⁽²⁾.
- ما عهد في التشريع الإسلامي أنه يرتب على الطلاق من أحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها والمتعة في بعض الأحوال، وهذا يعتبر بديلاً عن التعويض⁽³⁾.
- إن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته وقد يكون ممّا يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي⁽⁴⁾.

*مناقشة الأدلة:

أ- مناقشة أدلة القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

- إن قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت يردّ عليه بأنه قياس مع الفارق لأن ميراث الزوجة حق ثابت لها من جهة الشرع، والزوج لمّا أراد حرمان الزوجة منه عوقب بنقيض قصده، لأن توريثها ليس من باب التعويض ولكنه حق لها، فلا يقاس ما ليس بحق «التعويض» بما هو حق «الميراث»⁽⁵⁾.
- أما القول بأن بقاء الزوجة بعد الطلاق من غير زوج، إضرار بها ولؤم في معاملتها، فيرد عليه بأن المرأة قد تتزوج بعد العدة، وتدخل في كفالة الزوج الجديد فلا ضرر عليها، وإن لم تتزوج فقد جعل الإسلام نفقتها على وليّها، وإذا لم يستطع الإنفاق عليها فنفتها على بيت المال⁽⁶⁾.

(1)- بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 180.

(2)- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- المرجع نفسه، ص 181.

(4)- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 147-148.

(5)- المرجع نفسه، ص 144.

(6)- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ص 220.

-مناقشة أدلة المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي:

-القول بأن الطلاق حق مباح للزوج، يرد عليه: بأن الطلاق ليس حقا مطلقا للزوج، لأن الأصل فيه الحظر، فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته، أي بحكمة تشريعه، وما لأجله شرع، فإذا ما أساء الزوج استعمال حقه وطلق من غير سبب، كان على القضاء أن يحكم بالتعويض، وإلا لم يكن للحظر معنى (1).

- إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق ليس صحيحا لأن الطلاق حق منحه الشارع للزوج بكل وضوح، لكن إذا أساء الزوج التصرف في طلاقه فرض عليه تعويضا يتناسب مع حالته المالية وحالة الزوجة وما تركها عليها من بؤس (2).

- إن الشريعة قصرت حق الزوجة المالي على النفقة ومؤخر الصداق حين طلاقها بدون التعويض (3).

-القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، وأنه لا يباح إلا لحاجة، يردّ عليه الصابوني: بأن هذا ليس دائما فكثيرا ما تكون غير ذلك، فالقضاء يتدخل في شؤون الأسرة بحيث لم يعد هناك سرّ يجب ستره، كما أنّ كثيرا من الأمور المادية كالإعسار وعدم الإنفاق يطّلع عليها القاضي، وقد أصبح كل ذلك من الأمور التي يختصّ القضاء بالنظر فيها والفصل في خصومتها وأما الدوافع النفسية التي تحمل الزوج على الطلاق فهذا لا يجوز للغير أن يطلع عليه، ولهذا فإننا نوافق بعدم عرضه على القضاء لسمعة الأسرة (4).

(1)-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، ص 221.

(2)- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 153.

(3)- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2001، ص 108.

(4)- المرجع نفسه، ص 105.

2- التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:

جاءت المادة 52 في القانون الجزائري لتوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالملقة تعسفا، حيث نصت « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للملقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها » ، وقد جاءت هذه المادة بصفة عامة، ولم تبين نوع الضرر المادي أم المعنوي؟ وبالتالي فإن التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ينصرف إلى الضرر المادي والمعنوي لورود لفظ الضرر في نص المادة 52 منه بشكل عام غير مخصّص (1).

أولا: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

بالرجوع إلى نص المادة 52 ق أ ج نجد أنّ المشرع ينصّ على التعويض كمبدأ عام، ويتّضح أنّ تكييف طلاق الزوج بكونه متعسفا أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي (2)، فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنّ تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعدّ من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم (3).

ثانيا: العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي:

إن العلماء المعاصرين القائلين بالتعويض استندوا إلى مشروعية المتعة في الإسلام فقاوسا عليها، ومنه سوف نوضح تعريف المتعة وما هي علاقتها بالتعويض.

1- تعريف المتعة:

المتعة كما عرّفها بعض الفقهاء هي ما يدفعه الزوج لمطلّقتة بعد الطلاق لجبر خاطرها جزاء ما لحق بها من أذى نفسي ومادي فوجبت المتعة جبرا لما يلحقها من أذى متوقّع الحصول، لأنّ الفرقة حصلت دون موافقتها، ولو حصلت الفرقة بسببها فلا متعة لها، وهذا باتفاق الفقهاء.

(1)- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري لدراسة فقهية مقارنة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائري، 2007، ص235.

(2)- المرجع نفسه، ص 233.

(3)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660 م ق لسنة ، العدد 01، 2006، ص483.

والملاحظ أنه في القانون الجزائري المشرع لم ينص على المتعة وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمّى القانوني لهذا الفرض الشرعي.

2- أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي:

أ- أوجه الشبه:

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن تخليصها في:

* كل منهما يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لأنّ المطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلاّ بعد انقضاء العدة، كما أن كل منهما يتفقان على مقدارهما الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.

* كل من المتعة والطلاق وجب جبرًا لخاطر المرأة، وتخفيفًا لها عن آلامها، كما أن كل منهما لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة⁽¹⁾.

ب- أوجه الاختلاف:

تختلف المتعة عن التعويض فيما يلي:

* المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية أمّا التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، كما أنّ المتعة تجب بمجرد الطلاق، بينما التعويض لا يجب إلاّ إذا كان الطلاق تعسفيًا.

* المتعة تجب في جميع حالات الفرقة، سواء طلاق أو فسخ، وسواء كان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أمّا التعويض فيجب في حالة واحدة وهي إيقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي⁽²⁾.

(1) - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، متعة الطلاق التعسفي وعلاقته بالتعويض عن الضرر، ص 234.

(2) - المرجع نفسه، ص 234-235.

الفرع الثاني

نفقة العدة

نص المشرع الجزائري على حق المطلقة في النفقة و السكن خلال فترة العدة في نص المادة **61** ق أ ج، حيث جاء في نص المادة: « لا تخرج الزوجة المطلقة و المتوفي عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق».

كما تنص المادة **78** من نفس القانون على أنه: « تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة».

فمن خلال نص المادتين يتّضح لنا بأن المشرع قد قضى للمطلقة بحق النفقة والسكن خلال فترة العدة. وقد اختلف الفقهاء في بعض حالات العدة لاستحقاق النفقة على صنفين:

أولاً : نفقة المعتدة من طلاق رجعي

لقد أجمع الفقهاء بأنّ العدة من طلاق رجعي تستحق النفقة لا تزال في عصمة زوجها ويحق مراجعتها ما دامت في العدة، لأنّ الزوج في هذا النوع من الطلاق له فرصة إرجاع الزوجة أثناء فترة العدة دون عقد ومهر جديدين⁽¹⁾.

ثانياً: نفقة المعتدة من طلاق بائن

ينقسم الطلاق البائن إلى: طلاق بائن بينونة كبرى، وطلاق بائن بينونة صغرى.

فالطلاق البائن بينونة صغرى ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ولا يمكنهما الرجوع إلا بعقد ومهر جديدين.

الطلاق البائن بينونة كبرى فهو ذلك الطلاق الذي يستطيع فيه الزوج إرجاع زوجته بشرط أن تكون قد نكحت زوجاً آخر غير غيره، نكاحاً شرعياً وصحيحاً، ثم يطلقها أو يموت عنها. وعليه فالمعتدة من طلاق بائن قد تكون حاملاً أو غير حامل:

(1)- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة، شرح العدة في مذهب الإمام أحمد، دار العقيدة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 431.

فالحامل: لها النفقة والسكن حتى تضع حملها، وهذا باتفاق الفقهاء، لقوله تعالى: « وإن كنّ أولات حمل فأنفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ »⁽¹⁾.

أما البائن غير الحامل: فقد اختلف الفقهاء على نفقتها:

*الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن المطلقة تستحق النفقة والسكن سواء كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن، وسواء كانت حاملا أو لا.

*الحنابلة: فقد ذهبوا إلى منع النفقة والسكن في عدّة الطلاق، واستدلوا بذلك لزوال الزوجية بين الطرفين⁽²⁾.

بالنسبة للمالكية والشافعية: فقد ذهبا إلى أنّ للمطلقة طلاقا بائنا السكن دون النفقة حتى تنقضي عدّتها إذا كانت غير حامل⁽³⁾ لقوله تعالى: « أسكنوهنّ من حيث سكنتم من وجدكم »⁽⁴⁾.

وقوله أيضا: « لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ ولا يخرجنّ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة »⁽⁵⁾.

الفرع الثالث

نفقة الإهمال

عادة وقبل نطق الزوج بالطلاق قد يمتنع عن النفقة على زوجته أو أسرته، مما يؤدي بزوجه إلى اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بحقوقها. وبالتالي يمكننا تعريف نفقة الإهمال بأنها: النفقة التي تطالب الزوجة بها قضاءً نتيجة عدم إنفاق الزوج عليها فترة زمنية، وهي نفقة الزوج قبل النطق بالطلاق وهي ما تزال زوجة. والإنفاق على الزوجة حق ثابت لها بنصوص القرآن لقوله تعالى: « وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف »⁽⁶⁾.

(1)- سورة الطلاق، الآية 06.

(2)- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، الطبعة الأولى، مصر، د س ن، ص 546.

(3)- المرجع نفسه، ص 547.

(4)- سورة الطلاق، الآية 06.

(5)- سورة الطلاق، الآية 01.

(6)- سورة البقرة، الآية 233

وقد نص المشرع الجزائري على وجوب نفقة الزوج على الزوجة وهذا في المادة **74** ق أ ج حيث جاء فيها: « **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون** » .

والسؤال الذي يمكننا طرحه هنا هو: متى يمكن للزوجة أن تستحق نفقة الإهمال؟

أولاً: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال:

لقد جاء في نص المادة **80** ق أ ج ما يلي: « **تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى**

وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى»

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا بأن استحقاق النفقة يبتدئ من تاريخ رفع الدعوى القضائية، وأنه يمكن للقاضي المعروض عليه دعوى النفقة أن يحكم باستحقاقها بأثر رجعي لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى متى قدمت له أدلة وبيانات مقنعة (1).

كذلك المشرع يشترط بيينة على عدم الإنفاق لتمكين القضاة من الحكم للزوجة بالنفقة، فقضائنا اليوم غالباً ما يعتمدون على شهادة الشهود، وخاصة الجيران الذين قد يشهدون بأن الزوج غادر بيت الزوجية لفترة طويلة وأنه لا يسأل عن زوجته وعن حاجياتها، وبالمقابل يمكن للزوج إثبات العكس، كأن يقدم مثلاً وصولات بريدية تثبت له بأنه كان يرسل لزوجته مبالغ مالية (2).

(1)- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 107.

(2)- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 24.

ثانيا: سقوط حق استحقاق نفقة الإهمال:

لقد أوجب المشرع الجزائري على الزوج النفقة على زوجته مهما كانت هناك خلافات أو نزاعات بينهما، لكنه استثنى حالة واحدة فقط، وهي حالة نشوز الزوجة. فالزوجة إذن تحرم من نفقة الإهمال في حالة النشوز الثابت بمحضر عدم الامتثال للرجوع إلى بيت الزوجية. وقد جاء في هذا الشأن في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: « إن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها وأن الزوجة التي طلبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها وحكم لها بطلبتها فإنها لا تعد ناشزا ما دام لم يثبت نشوزها ولذلك فإن نفقتها تظل مستمرة ومستحقة لها»⁽¹⁾.

المطلب الثاني

آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للأولاد

لقد حدد كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري مستحقات الأولاد والتي تشمل على النفقة، والحضانة والسكن. فالزوج أو الأب يبقى مستمرا في الإنفاق على أولاده، حتى بعد صدور الحكم بالطلاق، كما أنه يؤدي أيضا أجره الحضانة والرضاع وكذلك توفير السكن، وهذا من أجل ممارسة الأم أو الحاضنة للحضانة، وإن تعدد ذلك، فعلى الزوج دفع بدل الإيجار.

(1)- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم: 33762، م ق عدد 04، ص 119، نقلا عن باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ص 35.

الفرع الأول

نفقة الأولاد

إنّ مسألة نفقة المحضون وسكناء تضمنتها المادة **75** ق أ ج حيث جاء في النص: «
تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال...» فمن واجب الأب النفقة على أولاده، وهذا
بحكم الشرع والقانون، لقوله تعالى: «**لينفق ذو سعة من سعته**»⁽¹⁾.

فحسب ما جاء في نص المادة **75** ق أ ج فإنّ التزام الأب بالنفقة هو التزام مؤقت، فهو
يتوقف على الإنفاق على الذكر ببلوغه سن الرشد، أمّا الأنثى فيبقى ينفق عليها إلى حين
الدخول بها.

- كذلك الأب يلتزم بالاستمرار في النفقة على الولد في حالة ما إذا كان هذا الأخير عاجزا عن
الكسب لآفة في العقل أو الجسم أو كان مزاولا للدراسة.

وفي حالة ما إذا امتنع الأب عن أداء النفقة، فإنه يعاقب أمام القضاء، ففي هذه الحالة
يقوم القاضي ببيع أموال المحكوم عليه قضاء (الأب) وإعطائها للزوجة المطلقة حتى تنفق
على أولادها، وإن كان معسرا وليس له مال ظاهر، كان للزوجة أن تطلب إلى القاضي حبس
المدين بالنفقة ليحمّله إلى أدائها⁽²⁾.

وبالتالي تكون عقوبته حسب نص المادة **331** ق ع ج هي الحبس من **6** أشهر إلى سنوات
وبغرامة من **50000** دج إلى **300000** دج⁽³⁾.

(1)- سورة الطلاق، الآية 07.

(2)- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الزواج والطلاق ط3، الج 1، 2004، ص 185.

(3)- أمر رقم 156/66 مؤرخ في 18 صفر 1386ه الموافق لـ 8 يونيو 1969م يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل
والمتمم.

الفرع الثاني

الحضانة والزيارة

أولاً: الحق في الحضانة:

نظم المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالحضانة في نصوص المواد 62 الى غاية 72 من ق أ ج، فقد جاء في نص المادة 62 بتعريف الحضانة بقوله: « الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهل على حمايته وحفظه صحّة وخلقا » .

وقد جعل الأولوية للأم في حضانة الصغير ثم الأب، وهذا لأنّ الأم هي الأكثر حرصا على الصغير، وهو ماجا في نص المادة 64 ق أ ج حيث أن: « الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم،.....». وبالتالي فإنّ الأم الحاضنة تستحقّ أجره للحضانة ابتداءً من تاريخ قيامها بالحضانة بعد انقضاء العدة (1). أما في فترة العدة، الحاضنة لا تستحقّ أجره الحضانة لأن النفقة في هذه الحالة ثابتة لها ولا يمكننا الجمع بين النفقة والأجرة (2).

أما إذا كانت الحاضنة ليست الأم فهي لا تستحقّ الأجر إلا من تاريخ الاتفاق أو الحكم، فإن قامت بالحضانة قبل صدور حكم بمنحها حق حضانة الصغير لا يكون لها الحق في المطالبة بالأجرة، وحتى وإن قامت بالحضانة لفترة طويلة، وهذا لأن أجره الحضانة لا تستحقّ إلا بعقد أو بحكم القاضي (3) وقد تنقضي حضانة الصغير بانقضاء أحد الشروط، سواء تلك المتعلقة بالحاضنة أو تلك المتعلقة بالمحضون.

(1)- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984، ص736.

(2)- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن، ص41.

(3)- بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة الزواج والطلاق)، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د س ن، ص557.

1- بالنسبة للشروط المتعلقة بالمحضون:

فقد نص المشرع الجزائري على هذه الشروط في نص المادة **65** ق أ ج فالذكر ببلوغه **10** سنوات، ويمكن للقاضي أن يمدد حضائته إلى **16** سنة وهذا إن كانت حاضنته لم تتزوج ثانية، وأمّا الأنثى فببلوغها سن الزواج.

2- بالنسبة للشروط المتعلقة بالحاضنة:

بالنسبة للحاضنة يسقط حقها في الحضانة بفقدانها أحد الشروط والتي يمكن تلخيصها

في:

- العقل: لأن المجنونة لا تستطيع تدبير شؤون غيرها.
- البلوغ: فغير البالغ أو الصغير لا يستطيع أن يتولى أمور غيره.
- القدرة على تربية المحضون ورعايته.
- العفة والأمانة.
- الإسلام.

وكذلك يسقط حق الحاضنة في حضانة الصغير بزواجها بالأجنبي عن المحضون، وبالتالي يسقط حقها في الحضانة ويسقط حقها أيضا في طلب أجره الحضانة (1).

ثانيا: الحق في الزيارة

بعد أن رتب المشرع الجزائري أصحاب الحق في الحضانة في المادة **64** ق أ ج السالفة الذكر، نص في آخر الفقرة منها على: «.....وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة».

وبالتالي فعندما يحكم القاضي بالطلاق يتوجب عليه إسناد حق الحضانة إلى الأم أو غيرها، مع الحكم تلقائيا للأب بحق زيارة المحضون في ساعات وأيام وأماكن محددة، وإذا حكم بإسناد الحضانة للأب أو غيره، يجب عليه بالمقابل أن يحكم للأم بحق الزيارة كذلك.

(1)- ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص43.

وقد صدر في هذا الشأن قرار عن المحكمة جاء فيه: « متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فمن حق الأب أن يرى أبناءه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم لما يحتاجون إليه و التعاطف معهم»¹.

الفرع الثالث

الحق في السكن أو أجرته

إنّ الاستفادة من سكن الحضانة حقّ مقرر قانونا وشرعا للحاضنة التي تمارس الحضانة، وهو التزام يقع على عاتق الأب، وهذا الالتزام يبقى قائما إلى غاية انتهاء الحضانة. وبالتالي فإنّ إسكان المحضون يجب على من تجب عليه نفقته فقد جاء في نص المادة 72 ق أ ج بأنه: « في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار».

فمن خلال نص هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري جاء بضمانين يضمن بهما سكن الحاضنة والمحضون وهما:

- دفع الأب بدل الإيجار للحاضنة في حالة تعذر توفير السكن الملائم لممارسة الحضانة.
- بقاء الزوجة في مسكن الزوجية إلى حين توفير الأب لمسكن الحضانة، وحسب نص المادة، فإنه في حالة تعذر الأب على توفير مسكن الحضانة عليه بدفع بدل الإيجار أو استئجار مسكن لممارسة الحضانة.

كذلك المشرع أوجب على المطلقة البقاء في بيت الزوجية، إلى غاية تنفيذ الأب للحكم بخصوص مسكن الحضانة وهذا ما يتعارض مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية لأن الزوجة المطلقة في هذه الحالة تعتبر أجنبية عن الزوج ولا يحل لها أن تبقى معه في سكن واحد.

(1)- قرار المحكمة العليا الصادر بـ 16 افريل 1990، ملف رقم 59784، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1991، ص126.

الفصل الثاني الآثار الناتجة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة والطلاق

خلاصة القول أن العدول التعسفي عن الخطبة يترتب قيام المسؤولية التقصيرية، وأن الشخص المتضرر من هذا العدول التعسفي سواء الخاطب أو المخطوبة يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته، سواء كانت أضرار مادية أو معنوية، وكذلك استرجاع الهدايا أو قيمتها وأيضا المهر المقدم أثناء مرحلة الخطوبة، ويتم ذلك عن طريق دعوى المسؤولية، وذلك أمام الجهة القضائية المختصة إقليميا بالنظر في دعوى التعسف في العدول عن الخطبة والتي هي محكمة موطن المدعى عليه وبالضبط أمام قسم شؤون الأسرة الذي يختص بالفصل في هذه الدعاوى.

كذلك في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه فإنه للمطالبة حقها في التعويض عن الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج، وهو ما قضت به المحكمة العليا في جميع قراراتها حول هذه المسألة، وهذا فضلا عن ثبوت حق المطلقة في الحصول على نفقة العدة، ونفقة الإهمال، وإسنادها حضانة الأولاد، وتخصيص لها مسكن لممارسة الحضانة أو دفع لها بدل إيجار مسكن لنفس الغرض.

الحمد لله الذي تتم به الصالحات، والصلاة والسلام على رسول الله، وبعد:

من خلال دراستنا لموضوع نظرية التعسف في استعمال الحق في موضوع الأحوال الشخصية، يتضح لنا بأنه لهذه النظرية الأثر الواضح والجليّ في تطبيق أحكامها بشأن التعسف في العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي ن الناحية القانونية، غير أنه من الناحية الشرعية تعد أحكام فقه الأسرة كفيلة بأن تحفظ للأسرة دوامها واستقرارها وتحفظ لكل فرد فيها حقوقه على أكمل وجه، مهما اختلفت الأزمان وتغيرت الظروف والطباع باعتبارها أحكام مقاصدية تبنى على أساس دفع الضرر وحفظ المصلحة مهما تغير نوع الضرر وتغلّبت أوجه المصلحة.

والتعسف في استعمال الحق يضبطه معياران أساسيان: معيار ذاتي شخصي يعرف بالبائع على التصرف، فإذا كان الباعث على التصرف يخالف القصد من مشروعية الحق إلى تحقيق مصالح غير مشروعة تتنافى مع الغرض الاجتماعي أو الاقتصادي أو السياسي يعتبر صاحبه متعسفا وبالتالي جبر الضرر إن ترتّب عليه، ومعيار موضوعي يعتد بالضرر المترتب على التصرف المشروع دون مراعاة قصد صاحبه، ويعد متعسفا إذا ما نجم عن تصرفه ضررا أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها، وهو معيار يقوم على أساس الموازنة بين المضار المترتبة والمصالح المرجوة التي تفرّدت بها الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق.

وانطلاقاً من هذا فإنّ النتيجة المتوصّلة إليها من خلال بحثنا، أنّ العدول عن الخطبة حق مقرر شرعا وقانونا إذا كان بمسوغ مشروع، وللقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق المعدول عنه وفق سلطته التقديرية إذا ما ثبت لديه تعسف الطرف العادل بتغييره للطرف المعدول عنه بما ألحق به الضرر لا عن العدول في حدّ ذاته، فإذا كان الضرر الحاصل من جزاء العدول أشدّ وأكبر من الفائدة التي حصل عليها الطرف العادل، تقوم

المسؤولية التقصيرية للحدّ من الظاهرة وجبر الأضرار التي أصيب بها الطرف المعدول عنه، سواء كنت هذه الأضرار مادية أو معنوية.

ورغم إقرار الشريعة الإسلامية والقانون للطلاق وجعله بالإرادة المنفردة للزوج إلا أنّ هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه، فالطلاق حق ثابت شرعا عند قيام الأسباب المشروعة فيه، وهو مقيد بعدم التعسف في استعماله، لأن التعسف فيه إضرار بالزوجة ويثبت به التعويض لها عمّا لحق بها حسب السلطة التقديرية للقاضي، لذلك كان الأصل فيه الحظر، من أجل المحافظة على شمل الأسرة والمجتمع.

إنّ التعويض عن الطلاق التعسفي هو من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة، والفقهاء الإسلامي أيضا قد أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق في مواد قانون الأسرة لأي نص قانوني فيما يتعلق بنفقة المتعة، ما جعل قضاة المحاكم غير مستقرين على رأي واحد في الحكم بها، رغم اختلاف المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي من ناحية أنّ الحكم بنفقة المتعة يكون من سبيل مواساة المطلقة، أما التعويض فهو تعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة نتيجة الطلاق التعسفي.

اقتراحات وتوصيات:

- ✓ من خلال هذه الدراسة تبين لنا بأن قانون الأسرة الجزائري في حاجة إلى صياغة جديدة لنصوصه من أهل الاختصاص الشرعي والقانوني بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية والتي استمد منها هذا القانون، وكذا توسيع دائرة تناوله إلى مواضيع هامة وحساسة داخل الحياة الأسرية، والتي كان من المفروض أن يصرح وينطق بها.
- ✓ نقترح تعديل نص المادة 05 من ق أ ج المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة بما يتماشى وأحكام نظرية التعسف، بأن يكون حكم التعويض مؤسسا على ما يصاحب العدول بأفعال مقترنة بالخطبة لا عن العدول في حد ذاته لأنه حق ثابت أصلا.
- ✓ نقترح أيضا على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 52 ق أ ج والتي جاءت بشكل عام، وهذا حتى يتبين لنا كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي.
- ✓ وجوب النص صراحة على المتعة في قانون الأسرة الجزائري من أجل التمييز بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي، وفرض هذه المتعة لكل مطلقة، عدا من طلقت قبل الدخول وقد فرض لها مهر، فلها نصف ما فرض لها.

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المصادر

- 1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، لبنان، 2005.
- 2- أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 3- شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005.

ثالثاً: الكتب

- 1- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 4- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د س ن.
- 5- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 6- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

- 7- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة (شرح العدة في مذهب الامام أحمد)، دار العقيدة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- 8- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في القانون والفقهاء، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 9- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 10- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 11- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، 2010.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 13- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، المكتبة التوفيقية، مصر، د س ن.
- 14- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 15- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 16- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 17- عبير رحي محمد شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007.

- 18- علي فيلاي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 19- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 20- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.
- 21- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.
- 22- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الاسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 23- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 24- محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، الجزء الأول، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1983.
- 25- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، لبنان، د س ن .
- 26- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن.
- 27- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

28- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984.

رابعاً: الرسائل والمذكرات

- 1- سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1993.
- 2- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001/2000.
- 3- عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005.
- 4- مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2009.
- 5- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011.
- 6- بريكي حجيلا، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق، الجزائر، 2013.
- 7- خرصي صوراية، الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2015/2014.

خامسا: المقالات

- 1- أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق قصد الاضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- 2- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الأول، د س ن.

سادسا: قرارات المحكمة العليا

- 1- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33762، مجلة قضائية، عدد 01.
- 2- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، مجلة قضائية، عدد 04، 1991.
- 3- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة قضائية، عدد 01، 2006.

سادسا: النصوص القانونية

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: المصادر

- 1- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، لبنان، 2005.
- 2- أبو القاسم محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، أساس البلاغة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 3- شوقي ضيف، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004.
- 4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005.

ثالثاً: الكتب

- 1- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 3- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 4- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة (الزواج والطلاق)، الجزء الأول، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د س ن.
- 5- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 6- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

- 7- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة (شرح العدة في مذهب الامام أحمد)، دار العقيدة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- 8- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في القانون والفقهاء، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 9- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 10- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 11- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل، عمان، 2010.
- 12- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 13- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، المكتبة التوفيقية، مصر، د س ن.
- 14- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 15- عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 16- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 17- عبير ربحي محمد شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، الأردن، 2007.

- 18- علي فيلاي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- 19- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- 20- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.
- 21- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.
- 22- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الاسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 23- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 24- محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، الجزء الأول، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1983.
- 25- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، لبنان، د س ن .
- 26- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن.
- 27- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

28- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، 1984.

رابعاً: الرسائل والمذكرات

- 1- سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير (دراسة مقارنة)، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1993.
- 2- نعيمة تبودشت، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001/2000.
- 3- عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2006/2005.
- 4- مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2009.
- 5- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011.
- 6- بريكي حجيلا، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، كلية الحقوق، الجزائر، 2013.
- 7- خرصي صوراية، الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أحوال شخصية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2015/2014.

خامسا: المقالات

- 1- أحمد الصويعي شليبيك، التعسف في استعمال الحق قصد الاضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثامن والثلاثون، الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- 2- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الأول، د س ن.

سادسا: قرارات المحكمة العليا

- 1- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1984/07/09، ملف رقم 33762، مجلة قضائية، عدد 01.
- 2- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/04/16، ملف رقم 59784، مجلة قضائية، عدد 04، 1991.
- 3- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة قضائية، عدد 01، 2006.

سادسا: النصوص القانونية

- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

الفهرس

02.....	مقدمة.....
08.....	الفصل الأول: تطبيق نظرية التعسف في العدول عن الخطبة والطلاق.....
08.....	المبحث الأول: التعسف في العدول عن الخطبة.....
09.....	المطلب الأول: مفهوم الخطبة وحكم العدول عنها.....
09.....	الفرع الأول: تعريف الخطبة.....
09.....	أولاً: التعريف اللغوي.....
09.....	ثانياً: التعريف الإصطلاحي.....
09.....	ثالثاً: التعريف القانوني.....
10.....	الفرع الثاني: طبيعة الخطبة.....
11.....	أولاً: طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي.....
11.....	1 للفريق الأول: الخطبة وعد يجب الوفاء به.....
12.....	2 للفريق الثاني: الخطبة وعد غير ملزم.....
13.....	الرأي الراجح.....
13.....	ثانياً: طبيعة الخطبة في القانون الوضعي.....
15.....	الفرع الثالث: حكم العدول عن الخطبة.....
16.....	أولاً: تعريف العدول.....
16.....	1-العدول لغة.....

16	2-العدول اصطلاحاً.....
16	ثانياً: مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي.....
17	ثالثاً: مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي.....
18	المطلب الثاني: استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي.....
19	الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق.....
19	أولاً: التعريف اللغوي.....
	ثانياً: التعريف
19	الاصطلاحى.....
20	الفرع الثاني: مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة.....
21	أولاً: المذهب القائل بوجود تعسف في العدول عن الخطبة إذا كان بغير مبرر.....
22	ثانياً: المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر لا يعدّ تعسفاً في استعمال الحق... ..
23	الرأي الراجح.....
24	الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على العدول عن الخطبة.....
24	أولاً: تطبيق المعيار الذاتي على العدول عن الخطبة.....
24	1-معيار قصد الإضرار.....
25	2-معيار المصلحة غير المشروعة.....
25	ثانياً: تطبيق المعيار الموضوعي على العدول عن الخطبة.....
25	1-إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....
26	2-معيار الضرر الفاحش.....

27	المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق الطلاق.....
27	المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه.....
28	الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....
29	الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي.....
29	أولاً: الأصل في الطلاق الحظر.....
30	ثانياً: الأصل في الطلاق الإباحة.....
31	ثالثاً: مناقشة الأدلة.....
31	1-مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة.....
31	2-مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر.....
32	القول الراجح.....
32	المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي.....
32	الفرع الأول: المعيار الذاتي.....
33	أولاً: معيار قصد الإضرار بالمطلقة.....
33	ثانياً: عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها.....
	الفرع الثاني: المعيار
34	الموضوعي.....
34	أولاً: اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....
34	ثانياً: معيار الضرر الفاحش.....
35	المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي.....

- 35 الفرع الأول: الطلاق بقصد الحرمان من الميراث.
- 36 *الآثار المترتبة عن طلاق المريض مرض الموت.
- 37 الفرع الثاني: الطلاق من غير مبرر مشروع.
- 37 أولاً: حكم التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.
- 38 ثانياً: معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي.
- 38 1-المعايير الذاتية.....
- 38 أ-معيار قصد الإضرار.....
- 38 ب-معيار المصلحة غير المشروعة.....
- 38 2-المعايير الموضوعية.....
- 39 أ -معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.....
- 39 ب -معيار الضرر الفاحش.....
- 42 الفصل الثاني: الآثار الناتجة عن التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة والطلاق.
- 43 المبحث الأول: آثار العدول التعسفي عن الخطبة.....
- 43 المطلب الأول: المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة.....
- 44 الفرع الأول: أساس المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة.....
- 44 أولاً: الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في العدول عن الخطبة.....
- 46 ثانياً: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.....
- 47 ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.....
- 48 الفرع الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العدول التعسفي عن الخطبة.....

- أولاً: الخطأ..... 48.....
- 1-العنصر المادي للخطأ: التعدي والانحراف..... 49.....
- أ-معيار الانحراف في السلوك..... 49.....
- ب-ضرورة الاعتداد بالظروف الخارجية في تقدير الانحراف..... 50.....
- 2-العنصر المعنوي للخطأ: الادراك..... 51.....
- ثانياً: الضرر..... 52.....
- 1-الضرر المادي..... 53.....
- 2-الضرر المعنوي..... 53.....
- أ-المساس بحق أو مصلحة مشروعة..... 54.....
- ب-أن يكون الضرر محققاً..... 54.....
- ج-أن يكون الضرر مباشراً..... 54.....
- د-أن يكون الضرر شخصي..... 55.....
- هـ-أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر..... 55.....
- ثالثاً: العلاقة السببية..... 56.....
- 1-القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ..... 56.....
- 2-خطأ المضرور أو فعل المصاب..... 57.....
- 3-خطأ الغير..... 57.....
- المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة..... 57.....
- الفرع الأول: حكم المهر والهدايا..... 58.....

- 58.....أولاً: حكم المهر.
- 60.....ثانياً: حكم الهدايا.
- 60.....*الحالة التي يكون فيها العدول من الخاطب.
- 60.....*الحالة التي يكون فيها العدول من المخطوبة.
- 61.....الفرع الثاني: التعويض.
- 62.....أولاً: حكم التعويض عن الضرر المادي المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة.....
- 62.....1-المذهب الأول: التعويض مطلقاً.
- 62.....2-المذهب الثاني: عدم التعويض مطلقاً.
- 65.....الرأي الراجح.
- 65.....ثانياً: حكم تعويض الضرر المعنوي المترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة.....
- 65.....1-الإتجاه الأول: جواز التعويض مع التفصيل.....
- 66.....2-الإتجاه الثاني: عدم جواز التعويض مطلقاً.
- 66.....*الانتقادات الموجهة للمذهب الذي يجيز التعويض الأدبي.
- 67.....*الانتقادات الموجهة للمذهب الذي لا يجيز التعويض.
- 67.....الرأي الراجح.
- 68.....المبحث الثاني: آثار الطلاق التعسفي.
- 68.....المطلب الأول: آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للمطلقة.....
- 69.....الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي.....
- 69.....أولاً: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون الجزائري.....

- 1-التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.....69
- القول الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....69
- القول الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي.....69
- *مناقشة الأدلة.....70**
- أ-مناقشة أدلة القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....70
- ب-مناقشة أدلة المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي.....71
- 2-التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري.....72
- أولاً: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....72
- ثانياً: العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.....72
- 1-تعريف المتعة.....72
- 2-أوجه الشبه بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.....73
- أ-أوجه الاختلاف.....73
- ب-أوجه الشبه.....73
- الفرع الثاني: نفقة العدة.....74**
- أولاً: نفقة المعتدة من طلاق رجعي.....74
- ثانياً: نفقة المعتدة من طلاق بائن.....74
- الفرع الثالث: نفقة الإهمال.....75**
- أولاً: تاريخ استحقاق نفقة الإهمال.....76
- ثانياً: سقوط حق استحقاق نفقة الإهمال.....77

77.....	المطلب الثاني: آثار الطلاق التعسفي بالنسبة للأولاد.....
78.....	الفرع الأول: نفقة الأولاد.....
79.....	الفرع الثاني: الحضانة والزيارة.....
79	أولاً: الحق في الحضانة.....
80	1-الشروط المتعلقة بالمحضون.....
80.....	2-الشروط المتعلقة بالحاضنة.....
80.....	ثانياً: الحق في الزيارة.....
81.....	الفرع الثالث: الحق في السكن أو أجرته.....
84.....	خاتمة.....
88.....	قائمة المصادر والمراجع.....
94.....	الفهرس.....