الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

RépubliqueAlgérienneDémocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بلحاج بوشعيب – عين تموشنت
كلية الحقوق

Ministére de L'enseignement Supérieur et de La Recherche Scientifique
Université Belhadj Bouchaib-Ain Témouchent
Faculté de Droit

مذكرة مقدمة لاستكمال المتطلبات

الماستر

شعبة حقوق، تخصص قانون خاص

عنوان المذكرة

المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة

من إعداد الطالبة: تحت إشراف

الأستاذ

بلوادي أمال غربي

صورية

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
بوجاني عبد الحكيم	**أستاذ محاضر أ**	**جامعة عين تموشنت**	رئيسا
غربي صورية	**أستاذة محاضرة أ**	**جامعة عين تموشنت**	مشرفا ومقررا
رويس عبد القادر	**أستاذ محاضر ب**	**جامعة عين تموشنت**	ممتحنا

2026 -2025

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

Scanned with CamScanner

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى رمز الثبات في الحياة وسندي الدائم "أبي"، أطال الله في عمره،
وإلى منبع الحنان "أمي"، إلى من رعتني في سنواتها العزيزة أطال الله في عمرها.
كما أهدي هذا العمل إلى زوجي ونصفي الثاني وسندي، على كل الدعم الذي قدمه لي "علي" وابني "محمد" حفظه الله لنا.
وأخص بالذكر أخي العزيز "شهاب" أستاذي وسندي وقدوتي في هذه الحياة حفظه الله ورعاه ووفقه في حياته وهذا يعم جميع عائلتي الكريمة على مساندتهم الدائمة لي.

بلوادي أمال

Scanned with CamScanner

الشكر والعرفان

قال الله تعالى **"لَئِن شَكَرْتُمْ لأزيدَنّكُمْ"**
الحمد لله على نعمه التي وهب لنا، نعمة العقل والعلم
أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذة المشرفة "غربي صورية" على المجهودات المبذولة في سبيل إنارة دربي في هذا البحث العلمي.
وكذلك أتقدم بالشكر للأساتذة الكرام، أعضاء اللجنة المناقِشة الذين يتفضلون بمناقشة هذه المذكرة واثرائها لتدارك جوانب القصور فيها.

Scanned with CamScanner

مقدمة

Scanned with CamScanner

إن الزواج على الرغم من كونه عقدًا، إلا أنه ليس عقدًا بالمفهوم الكلاسيكي المتعارف عليه، بل يعد عقدًا من نوع خاص، من كونه يعتبر ميثاقًا غليظًا حسب الوصف الذي أطلقته عليه الشريعة الإسلامية، وكذلك لكونه وسيلة لتكوين رابطة زوجية سليمة وانجاب أطفال لاعتبارهم العنصر البشري المكون للمجتمع لقول الله عز وجل في كتابه الكريم:﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾.**

كما أن هذه الخصوصية تمتد إلى التعويض عن الأضرار التي تقع في حالة عدم قيام العلاقة الزوجية، تستند في تعويضها على أساس المسؤولية التقصيرية، في أنه قد هلم تغيير وتطور في مسؤولية التقصيرية، حتى تسميتها حيث أطلق عليها مصطلح "الفعل المستحق للتعويض"، فقد دفعت المشرع القانوني فيما يعد إلى اعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام، كونها تنشأ علاقة غير إرادية بين المضرور ومرتكب الفعل الضار، يترتب عنها التزام أساسي بالتعويض.

وذلك من المادة 124 من القانون المدني إلى غاية المادة 140 مكرر واحد من القانون المدني، أين شملت المسؤولية عن الأفعال الشخصية والمسؤولية عن فعل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء، فنجد تطبيقات المسؤولية في جميع فروع القانون، أمثلتها كذلك نجد في قانون الأسرة الذي يعدّ مجالا خصبا للبحوث الفقهية والقانونية، مما تعلق الأمر بالمطالبة على مبدأ التعسف في استعمال الحق على أنه ممارسة الشخص فعلا مشروعا بالأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى الإباحة لما دون فيها شرعا يقصد به استئثار يقره القانون شخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين أو قيمة معينة وفق حماية يحميها القانون..
ومن بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع، من أجل تناوله للدراسة والبحث كموضوع لمذكرة ماستر، رغبتنا في معالجة موضوع مهم في قانون

Scanned with CamScanner

الأسرة، كما حاولنا كذلك إزالة اللبس الذي يقع في العلاقات الزوجية الناتج عن جهل الزوجين لحقوقهما وحدود ممارسة هذه الحقوق.
كما حاولنا تبيان لكل طرف من طرفي هذه العلاقة الزوجية حق في مطالبة بالتعويض من خلال سنه لمواد قانون الأسرة في صيغته الأولى بموجب قانون 84-11 أو بموجب التعديل 05-02، نجد أنه أقر وأعطى لكل طرفين الحق في الحد في مطالبة بالتعويض عن ضرر في أي مرحلة من الزواج أو طلاق أو خطبة.
وبعد هذه الدراسات لموضوعنا "المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة" يعد أن تبادرت إلى ذهننا إشكالية كانت هي المنطلق في البحث والدراسة، والتي تمثلت في:
"هل يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق؟"

وبهذا في خضم معالجتنا للموضوع والجواب على الإشكالية والبحث فيه اعتمادنا على المنهج التحليلي، لتحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء، وكل ما قدمه من فقه إسلامي والقانون.
ودراسة كل من الإطار المفاهيمي لكل من الزواج والطلاق وكذلك الخطبة وذلك من خلال تقديم مفاهيم وتعاريف.
ولدراسة الموضوع بشكل مفصل وممنهج ارتأينا تقسيم المذكرة إلى فصلين:
تناول الفصل الأول: تفعيل المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج
أما الفصل الثاني: دور المسؤولية التقصيرية في قضايا الطلاق

Scanned with CamScanner

الفصل الأول

Scanned with CamScanner

الفصل الأول: تفعيل المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج

تعتبر الأسرة اللبنة التي يقوم عليها المجتمع، فإذا صلحت صلح المجتمع، لذلك أولى كل من القانون و الشريعة الإسلامية أهمية كبيرة لأحكام الأسرة و بالخصوص مؤسسة الزواج التي لم يتركها عشوائية، بل نظمها بأحكام و قوانين.

ويعدّ الزواج من أهم الخطوات التي يجربها الإنسان في حياته فله أهمية بالغة، حيث يجب على المقبل عليه التدبير في اختيار الشريك المناسب، فحسن الاختيار يكون فيه حياة مستقرة أساسها الاحترام والتقدير، فتنشأ الرابطة الزوجية كأساس ثابت وتكون بداية بالتعارف والخطبة التي تمكن الخطيبين من الاتفاق على كل شكليات الارتباط، من مهر وشروط على إتمام زواج، فهذا يبين أهمية الخطبة كخطوة سابقة للزواج.

و يعرف الزواج على أنّه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، و تعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، ويحدّد ما لكليهما من حقوق و ما عليهما من واجبات"[1]، "وهو من أهم وأخطر العقود في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة، لكونه يتعلق بأعراض الناس."[2]

وعليه ، فإنّ الزواج هو عقد أبدي يفيد حل الاستمتاع بين الرجل و المرأة، وهو من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، لذلك نظّمه الإسلام بأحكام غاية في العدل و الإنصاف، وحدّد العلاقات بين الزوجين ووضع حقوق كل منهما قِبل الآخر من ناحية، واتجاه الأولاد والمجتمع من ناحية أخرى، حتى تستمر الحياة الزوجية، وتتحقق أسباب السكينة و المودة و الرحمة ، ويستقيم بناء هذه الأسرة و المجتمع بأسره.[3]

و لتوضيح المسؤولية التقصيرية في الزواج قسمنا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: انعقاد المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخطبة.

المبحث الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية في حالة إخلال بأحكام الزواج.

---

[1] - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008، ص. 54.

[2]- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه و القانون والقضاء، منشورات الحلبي، 2003، ص. 35.

[3]- نزار كريمة، أبعاد و مخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2009-2010 ، ص. 35.

Scanned with CamScanner

المبحث الأول: انعقاد المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخطبة.

لقد وضع ديننا الحنيف للأسرة أسس تبنى عليها قبل بناء الزواج وذلك تمهيدا للزواج ، لكون أي علاقة لا يمكن أن تكون دون مقدمات تتمثل في تعارف الزوجين أو العائلتين و هذه المرحلة تتمثل في مرحلة الخطبة.

و تتجلى أهمية الخِطبة في كونها وسيلة للتعرف و التعارف، لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما[1]، فالزواج عقد العمر و له آثاره العديدة فيما بين الزوجين، والصلات الناشئة عنه لا تدور في فلك أسرتيهما فحسب ، بل تتعداهما إلى كل من يتصل بهما من قريب أو بعيد.

و عليه سنتطرق لمفهوم الخطبة في المطلب الأول، ولأنواع الخطبة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

الخطبة هي إظهار رغبة أحد الخاطبين في الزواج، يمكننا القول إنها مرحلة جد مهمة لبناء زواج رسمي ومتين، فمن خلالها يتم تفادي أي فروقات في التفاهم، كما عرفها قانون الأسرة الجزائري أنها وعد بالزواج، وسوف ننتقل بذلك بالدراسة إلى تعريف الخطبة لغة (الفرع الأول) ثم إلى تعريفها اصطلاحًا (الفرع الثاني)[2].

الفرع الأول: تعريف الخطبة لغة

ويتمثل في التعريف اللغوي للخطبة

لغة:

الخطبة هي وعد متبادل بالزواج، يعبر فيه الرجل عن رغبته في الاقتران بامرأة معينة (تحل له شرعًا)، والخطبة من الخِطب وهو الشأن والأمر صغر أو عظم، وهي الدعوة إلى التزويج.

وقيل عنها: "هي ما يفعله الخاطب من الطلب والاستعطاف بالقول، والفعل مأخوذ من الخطب أي الشأن بما أنه شأن من الشؤون، وقيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري بين جانب الرجل وجانب المرأة"[3].

---

[1] - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 116.

[2] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000، ص 78.

Scanned with CamScanner

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للخطبة

يشمل التعريف الاصطلاحي كل من التعريف الفقهي للخطبة وكذا القانوني.

أ- تعريف الخطبة في الفقه القديم:

سنتناول فيما يلي بعض التعاريف التي قدمها فقهاء المذاهب الأربعة:

حيث عرّف الفقه المالكي الخطبة على أنها: "الخِطبة بكسر الخاء، وهي التماس النكاح، وهي ما يفعله من الطلب والاستعطاف بالقول والفعل".

وعرّفها أيضًا بأنها طلب الزواج أو إظهار الرغبة في الزواج وتكون بألفاظ صريحة أو ضمنية، يعبر بها الخاطب ووكيله عن الزواج ويجيب الطرف الآخر بالقبول أو الرفض.

كما عرفها الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة".

ب- تعريف الخطبة في الفقه المعاصر:

نجد في التعاريف الواردة في موضوع الخطبة أنها طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد[1].

كما نجد أن هناك من عرفها بأنها توافق أو تواعد صريح متبادل بين الرجل ومرأة تحل له شرعًا في حال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد زواج مستقبلاً.

ج- التعريف القانوني للخطبة:

نصّ المشرع في المادة 05 فقرة 01 من قانون الأسرة: "الخطبة وعد بالزواج"، أي أنه قام بالنص على تكيفها القانوني وفقط، أما المادة 06 من ذات القانون فتعلقت باقتران الخطبة بالفاتحة[2].

---

[3]عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار النشر دار هومة، الجزائر، 1996، ص 84.

[1]بن أحمد رانيا، تفعيل المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2024، ص23.

[2]بن أحمد رانيا، المرجع السابق، ص 24.

Scanned with CamScanner

ومن خلال استقراء هاتين المادتين نجد أن المشرع ترك أمر تعريف الخطبة إلى الفقهاء والشراح، وهذا راجع إلى طبيعة القوانين التي يجب أن تتعلق بالجانب التنظيمي لا من الجانب التفسيري.

في المادة 05 من قانون الأسرة كيّف الخطبة من خلالها ونظّم مسألة العدول عن الخطبة وآثارها عن الهدايا وإمكانية استحقاق التعويض إن وقع الضرر جراء العدول.

المطلب الثاني: أنواع الخطبة وحكمها

الخطبة هي الخطوة الأولى وهي جد مهمة لإنجاح الزواج، وسنتطرق في المسألة من خلال الفرع الأول إلى أنواعها، وسنعالج من خلال الفرع الثاني شرعية الخطبة،

الفرع الأول: أنواع الخطبة

إذ تطرق الفقه إلى تحديد أنواع الخطبة، تنقسم الخطبة إلى نوعين:

أولاً: الخطبة بالتصريح

الخطبة بالتصريح هي الإفصاح بما في النفس من رغبة بكل لفظ يدل على إرادة الخطبة ولا يحتمل غيرها، كأن يقول الرجل لمن يرغب في الزواج بها: أريد أن أخطبك أو أرغب فيك[1].

ثانيًا: الخطبة بالتعريض

تعني هنا استعمال التلميح، بمعنى أن يستعمل الخاطب جملاً يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن والتلميح، وهذه الألفاظ تحتمل الخطبة وغيرها، غير أن دلالة الحال تكشف عن رغبة في الخطبة بذكر الرجل للمرأة كل ما يفهم منه ضمنيا رغبته في خطبتها دون أن يصرح بذلك، كأن يقول مثلا: إني أريد أن أتزوج من امرأة صالحة جميلة مثل أخلاقك وجمالك، أو أن يقول: أبحث عن فتاة لكي أخطبها تشبهك تمامًا، أو أنك مؤدبة، وأتمنى وأريد الزواج بفتاة بمثل أخلاقك، وغيرها من العبارات التي يفهم منها أن الشخص يقصد وراء كلامه خطبة[2].

---

[1] بن شويخ رشيد، الخطبة في الزواج دراسة أحكام الفقه والقانون، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص 106.

[2] بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص107

2 سورة البقرة 235

Scanned with CamScanner

ثالثًا: الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية

يمكن للخاطبين التعارف عبر وسائل الاتصال الحديثة باستعمال الحاسوب الآلي وكذا عن طريق الهاتف المحمول، وقد طور حديثا الهاتف حيث يمكّن كلا من المتحادثين رؤية الآخر والتحدث معه بالمحاورة والمشاهدة عبر الشاشات، فإنه لا مانع من العملية إذا كان ضمن أخلاق كريمة وآداب عامة بعيدا عن التبرج والاختلاط والخلوة.

الفرع الثاني: مشروعية الخطبة

سنعالج ونتعرف في هذ الفرع على شرعية الخطبة.

حيث تظهر الدلالة على مشروعية الخطبة في كتاب الله في قوله عز وجل:

"وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ اللّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَكِن لاَّ تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلاَّ أَن تَقُولُوا قَوْلاً مَّعْرُوفًا ۚ وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ (235)"[2]

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

حكم الخطبة:

بالنظر إلى ما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية، لا يمكن إغفالها أو معارضتها غير أن الآراء الفقهية اختلفت حول حكم الخطبة.

الفريق الأول: القائلون بأنها مستحبة

رأي جانب من الفقه أنها سنة مطلقة، وحجتهم في ذلك فعل النبي -صلى الله عليه وسلم- خطب عائشة من أبي بكر، وخطب حفصة بنت عمر من الخطاب، وأرسل عمر بن الخطاب لخطبة له أم سلمة، وكذا من دأب عليه الصحابة رضوان الله عليهم بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا يقدمون لخطبة على الزواج، وهو ما سار عليه المسلمون بعد ذلك.

Scanned with CamScanner

الفريق الثاني: القائلون بالإباحة

كما قال عنها النووي: "لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب إنما تكره الجواز". أباحتالشريعة الإسلامية الخطبة، باعتبارها مقدمة الزواج وتمهيدا لإبرامه بشكل سليم[1].

[1]بن عيسى محمد، سالمي موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية البحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي، الأغواط، مج06، ع1، 2022، ص 231.

Scanned with CamScanner

المطلب الثالث: المسؤولية التقصيرية في حالة العدول عن الخطبة

إن آثار العدول عن الخطبة تتمثل في ثلاثة مسائل هامة، الهدايا المقدمة من الخاطب، والمهر المدفوع مسبقا، وكذلك في التعويض عن الضرر،وسنتطرق لذلك من خلال الفرع الأول، حكم الهدايا والمهر والفرع الثاني التعويض.

الفرع الأول: حكم الهدايا والمهر في حالة العدول عن الخطبة

إن مسألة الهدايا حسب المادة 05 في الفقرة الثالثة، منها ما يلي: "لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم ما لم يستهلك من هدايا أو قيمة"، فهنا وضع قانون الأسرة

الجزائري الفرق بين الحالة التي قد يكون فيها العدول بناء على إرادة ورغبة الخاطب وحده، والحالة التي يكون فيها العدول من جانب المخطوبة وبإرادتها وحدها، وقرر بأنه إذا كان الرجوع عن الخطبة قد وقع من جانب الخاطب فلا حق له في طلب استرداد الهدايا التي قدمها لمخطوبته بسبب الخطبة سواء استهلكت أو لم تستهلك، وإن كان الرجوع عن الخطبة قد حصل من المخطوبة نفسها فيجب عليها أن ترد كل ما أخذته من هدايا، أما الأشياء التي يقدمها أقارب أحد الخاطبين أو أحد أهلهما إلى الخاطب الآخر بسبب الخطبة وإكرامًا للخاطب أو المخطوبة فإننا نعتقد أنها تطبق بشأنها أحكام الهبة، وفي جميع الأحوال فإن قانون الأسرة لم يفرق بين الحالة التي يكون فيها عدول الخاطب بسبب من المخطوبة أو اكتشاف عيب فيها[1].

أما بالنسبة للمهر المقدم إلى المخطوبة كله أو بعضه خلال فترة قيام الخطبة قبل انعقاد العقد من أجل إعداد وتجهيز منزل الزوجية، فإن قانون الأسرة لم يتعرض له لا صراحة ولا ضمنيا، إذ قد قدم الفقه الإسلامي عدة آراء للمذاهب في وجوب استرداد الخاطب له، نص المذهب الحنفي على أن على الخاطب أن يسترد ما دفعه على حساب المهر عينًا إن كان، أو عوضه إن كان هلك أو استهلك، و في ما قال المالكية فإن الصداق من أركان الزواج ولا يتعلق حق المخطوبة به إلا إذا كان قبل الدخول وكان بينهما عقد الزواج[2]، فيكون لها نصف الصداق بينما تستحقه كاملاً بعد الدخول، أما الشافعية فقالوا إن المهر يجب في الزواج وفيما عداهلا يجب في

[1] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 86.

Scanned with CamScanner

الخطبة، فالخطبة حسبهم لا تحل للمرأة أخذ المهر بل وجب إعادته، فيما ذهب الحنابلة إلى القول بأن الصداق يكون في الزواج ويوجب بالدخول كاملاً، أو نصفه قبل الدخول، أما الخطبة فلا نكاح فيها لذا تستحق الخاطبة المهر ويجب عليها رده[1].

الفرع الثاني: حكم التعويض المبني على أساس المسؤولية التقصيرية

إن العدول عن الخطبة يعني تراجع أحد الخاطبين والتخلي نهائيًا عن مشروع الزواج، فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر في الاستمرار في الخطبة لإبرام العقد دون إرادته، وهو عقد مبني على ما يتم من الرغبة المعلنة والإرادة المتبادلة بين الخاطبين، أما بالنسبة لمسألة التعويض عن الضرر على أساس المسؤولية التقصيرية فينشأ بسبب العدول عن الخطبة والتراجع عن السير نحو إبرام عقد الزواج وفق قواعد الشريعة ونصوص القانون، فإن المادة 05 المشار إليها سابقا تقضي على أنه إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض[2]، غير أنه استثناء من هذه القاعدة،ويمكن القول إنه إذا كان العدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرًا للمسؤولية التعاقدية التقصيرية،وإن عدم إبرام عقد الزواج الموعود به لا يرتب في حد ذاته مطالبة بالتعويض، باعتبار أن مثل هذا الطلب يعتبر اعتداء غير مباشر على حرية التعاقد والزواج، فإن هذا الطلب يصبح مشروعًا إذا كان العدول أو الرجوع عن الخطبة قد اقترن بظروف أخرى مستقلة وكان من شأنها إحداث خطأ يسبب الضرر للطرف الآخر، وذلك يعني أن سبب المسؤولية هنا ليس العدول أو الرجوع عن الخطبة في حد ذاته.

بل إن سبب المسؤولية يكون ظروفا طارئة أو وقائع أخرى سابقة ولاحقة لزمن العدول عن الخطبة نتج عنها ضرر مباشر للمخطوب الآخر، يمكن أن يوصف بأنها تغرير بالطرف الآخر نشأ عنه ضرر، وهنا نشير أنه إذا كان من المعقول أن تتضرر الفتاة أو المرأة بسبب العدول عن الخطبة من حيث الإساءة إلى سمعتها والمساس بعواطفها ومشاعرها وربما يؤثر في مستقبلها بالزواج.

---

[1] محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الواد، 2009، ص 43.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع السابق، ص 86.

Scanned with CamScanner

مهما يكن من أمر فإن مسألة التعويض عن الضرر المحتمل الناتج عن العدول عن الخطبة من قبل أحد الخاطبين بشكل غير مباشر لم يكن قد سبق أن تعرض له الفقهاء المسلمون في مرحلة ازدهار الإسلام، وذلك لأنه لم يكن معروفا لديهم في التراجع عن الخطبة ما يلحق الضرر، فينتج عنه آثار قانونية للتعسف في العدول عن الخطبة،فيتم تجاوز حدود ممارسته التي أقرها كل من الفقه الإسلامي والقانوني التي ألحقت الضرر للطرف المعدول عنه، فيعد تعسفا في ممارسة الحق وهذا الضرر يستوجب جبره عن طريق التعويض[1].

أولا: استحقاق التعويض

نظرا لغياب الوعي القانوني لدى الأفراد سابقا، فإن أروقة المحاكم لم تكن تعرف قضايا التعويض عن العدول عن الخطبة، غير أنه مع التطوّر الذي شهدته المجتمعات فإن الأفراد أصبحوا أكثر إدراكا بأحقيتهم في الحماية القانونية، فإن مسألة العدول شأنها شأن جميع المسائل تستوجب جبر الضرر لما لها من آثار نفسية ومادية، والحق للمعدول عنه أن يرفع دعوى قضائية موضوعها المطالبة بجبر الضرر الذي وقع عليه، وذلك على أساس التعسف في ممارسة الحق بما ورد في القواعد العامة التي جاء النص عليها في المادة 124 المكرر في القانون المدني، "أن يشكل استعمال الحق خطأ" فاعتبرت هذه المادة بنص صريح أن الاستعمال الذي يتجاوز الحدود القانونية للحق يعد صورة من صور الخطأ[2].

وهذه المسألة أثارت اختلافا فقهيا حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية وذلك حتى بعد أن اتفقوا على إدراج مسألة العدول عن الخطبة والتعويض عنها في اختصاص المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، وذلك بعد تسببهم لذلك بالتكييف القانوني للخطبة على أنها وعد بالزواج وليست عقدا، والوعد إذا وقع فيه

---

[1] بن أحمد رانيا، المرجع السابق، ص 57.

[2] محمد باوني، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة، ص68.

Scanned with CamScanner

الضررقامت المسؤولية التقصيرية خاصة إذا توفر أركانها الثلاث معا الخطأ والضرر والعلاقة السببية[1].

أ. الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في استعمال حق العدول:

التعسف في ممارسة الحق صورة من صور الخطأ التقصيري، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 124 مكرر من القانون المدني، وعليه ما يمكن قوله إن من أسس قيام المسؤولية التقصيرية في حق العادل عن الخطبة،وموضوعها يتمثل في التعسف في استعمال الحق في العدول عن الخطبة، وهذا ما ذهب إليه فقهاء القانون: "فسخ الخطبة يترتب عليه التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية، فالخطبة وعد بالزواج وليست عقدا، فالخطأ الذي يرتكبه العادل هو الانحراف عن السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول.

إن فكرة تأسيس المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري لانتقادات عديدة خاصة على اعتبار أنها قومت الأساس على الخطأ بينما العدول عن الخطبة في أصله هو ممارسة حق مشروع شرعاً وقانوناً وليس خطأ[2].

ب. الضرر التقصيري كأساس للتعويض عن العدول عن الخطبة

الجانب الثاني من الفقه ذهب إلى أن حق العدول حق كباقي الحقوق مقرر لحكمة تقتضيها مقاصد الشريعة الإسلامية، تتمثل في عدم إرغام الشخص على إبرام عقد لا يريده، وعليه لا يمكن إرغام شخص بالزواج من شخص لا يريده، ومتى تحقق الخروج عن هذه الحكمة فإن قواعد المسؤولية تصبح واجبة التطبيق خاصة إذا كان الضرر قد وقع على الطرف المعدول عنه فيكون له المطالبة بجبر هذا الضرر، فالضرر قد وقع بعد أن تم تجاوز حد ممارسة الحق، إذا العبرة حسب هذا الاتجاه بالنتيجة،ألا وهي الضرر الذي يقاس عليه تجاوز الحدود المرسومة لاستعمال الحق.

---

[1] محمد باوني، مرجع سابق، ص70.

[2] الحاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة أثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر الوادي، ع4، يناير 2012، ص 181.

Scanned with CamScanner

وعليه إذا ما قلنا بمسألة العدول عن الخطبة فإن إثبات وقوع الضرر جراء وقوع العدول تبين أن استعمال الخاطب لحقه في العدول كان على غير طريقة مفترضة باستعماله مما سبب الضرر للطرف المعدول عنه، وهذا أمر يسهل تبينه من خلال وقائع وملابسات القضية هذا من جهة[1].

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

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

وأوكل السلطة التقديرية في تقدير التعويض إلى قاضي الموضوع، فإذا رأى القاضي وجود ضرر وتأكد من أن الضرر كان نتيجة فعلية لخطأ العادل عن الخطبة، تبعاً لملابسات القضية كان له أن يحكم بالتعويض الذي يراه أنه متناسب مع الضرر الذي وقع، وحتى نص المادة 124 مكرر من قانون المدني جاءت لتعزز ذلك حيث تنص على ضرورة تعويض الطرف المتضرر متى تأكد وقوع الضرر عليه من الطرف المخطئ[2].

ج. عناصر التعويض عن العدول

نتعرض في هذه الحالة للتعرف على عناصر التعويض وهي:

أولاً: الضرر المادي

يمكن أن يتجسد الضرر المادي في العدول عن الخطبة الذي يمس الطرف المتضرر في ماله في الحالة التي يكون فيها الطرف المعدول عنه قد أنفق أموالاً في سبيل تجهيز الزفاف وعند اقتراب الموعد عدل الطرف الآخر دون سبب، مثلا الفتاة اعتادت حسب العادات على شراء مستلزمات العرس، من ملابس وحلي وتجهيزات

[1] الحاج أحمد عبد الله، مرجع سابق، ص 190.

[2] محمد باوني، مرجع سابق، ص80.

Scanned with CamScanner

ملابس الزوجية قبل موعد الزفاف بفترة قصيرة، فإن ذلك سيكلف الفتاة خسائر مادية الأمر ذاته إذا كان الخاطب تكلف عناء تجهيز منزل الزوجية، من أدوات كهرومنزلية، أو قام بتأجير مسكن الزوجية ثم عدل المخطوب عن الخطوبة، فإن ذلك سيسبب للخاطب خسائر مادية، هذا الضرر يوجب للطرف المضرور استحقاق التعويض على أساسه.

أما الأضرار المادية الأخرى التي من المحتمل أن تمس الطرف المعدول عنه قد تكون أضرار جسمانية تصاحب العدول، ولا تترتب عن العدول في حد ذاته، أي أن الأفعال المصاحبة للعدول يمكن أن تتسبب في ضرر جسماني للطرف الآخر، مثل ذلك أن يكون اعتداء جسماني على الطرف المعدول عنه، وفي هذه الحالات تقوم المسؤولية الجزائية جنبًا إلى جنب مع المسؤولية التقصيرية، فالاعتداء الجسماني يعد جريمة يوجب القيام المسؤولية الجزائية، ويتم العقاب عليه وفقها، ويكون الطرف المضرور أيضًا استحقاق التعويض على أساسه.

ثانيًا: الضرر المعنوي

يشمل التعويض عن الضرر المعنوي طبقًا للقواعد العامة في المادة 182 مكرر من القانون المدني، على أن الضرر المعنوي يشمل كل من المساس بالشرف والسمعة والحرية، فقياسًا على ذلك فإن العدول عن الخطبة له نفس الأثر على الشخص ويلحق به نفس الأضرار المعنوية، زيادة عن الضرر الذي قد تلحقه الأفعال المصاحبة للعدول وما يترتب عنها كضياع فرص الزواج أو المساس بشرف الشخص وسمعته[1].

وعليه يمكن أن نصوغ الأضرار المعنوية للعدول عن الخطبة في نقطتان مهمتان:

أ- الضرر الناتج جراء تفويت الفرص

القاعدة الشرعية القائلة "لا ضرر ولا ضرار"، تحرم الإضرار وهو مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية، فالخاطب أو المخطوبة بمجرد الخطبة ليس لهما الحق بأن يرتبطا بشخص آخر، فخطبة المخطوبة حرام شرعًا لقوله -صلى الله عليه وسلم -"لا يخطب الرجل على خطبة أخيه" رواه البخاري، وحتى الخاطب ليس له الحق

[1] بن أحمد رانيا، مرجع سابق، ص210.

Scanned with CamScanner

أن يخطب فتاة أخرى وهو خاطب، وإن كان ذلك غير محرم إلا أن ذلك غير جائز أخلاقيًا وإنسانيًا، وعليه إذا كانت الخطبة قد دامت لفترة زمنية، والتزم الطرفين بالعلاقة فإن ذلك قد يضيع فرص الارتباط برجل آخر بمواصفات أحسن، وفي هذا السياق جاء قرار المحكمة العليا سنة 2006 المتعلق بالطلاق قبل الدخول،"أنه يحق للمطلقة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على التعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها وفقًا لنص المادة 52 من قانون الأسرة.[1]

ويمكن أن نقول عن القرار أن قضات الموضوع أعطوا المطلقة قبل الدخول الحق في الاستحقاق التعويضي عن ضياع الفرص، كما أنها تستحق نصف الصداق ففي هذا إثقال في ذمة المطلق المالية خاصة إذا كانت نية الزوج إتمام الزواج وعدم الفراق، لكن الظروف هي التي أدت إلى الطلاق، كما أن تفويت فرصة لا يمكن أن نطبقها في حالة الزواج بل يمكن أن نطبقها في حالة خطبة طويلة فقط، فالزواج يختلف عن الخطبة.

ب-الضرر الناتج جراء المساس بالسمعة والشرف

إن الإنسان يحاول قدر الإمكان الحفاظ على سمعته، فأي اعتداء على الكيان المعنوي للشخص يكون في أغلب الأحيان أشد ألماً من الاعتداء على الجسد، الذي يحتمل شفاءه بالتداوي والعلاج، لذا وجب احترام الكيان المعنوي للشخص، والذي يتحقق بالمحافظة على اعتبار الشخص وكرامته وشرفه بين أفراد أسرته ومجتمعه.

وعليه يمكن القول أن العدول عن الخطبة في حد ذاته أمر يحز في نفس الطرف المعدول عنه، إلا أن العادل قد يصاحب العدول بضرر من نوع آخر وذلك بتعدي الطرف الآخر على شرف المعدول عنه أو العكس، وقد يقوم الطرف المعدول عنه بالاعتداء معنوياً على الطرف العادل انتقاماً منه على عدوله، وذلك بطعنه في شرفه وسمعته، كأن يقوم بإطلاق إشاعات من المساس به ويمكن أن يقوم بنشر صورها التي كانت ترسلها له في فترة الخطوبة للملأ، وهذه الادعاءات ما هي إلا افتراءات

[1] الحاج أحمد بن عبد الله، المرجع السابق، ص182.

Scanned with CamScanner

كاذبة فقط لتشويه صورتها أمام الملأ، وهذا من شأنه أن يجعل الخطاب يعزفون عن الزواج بها لسمعتها التي شوهت[1].

وفي هذا الصدد، أتى قرار المحكمة العليا سنة 1999 في قضية تتعلق بإساءة سمعة فتاة لإبعاد الخطاب عنها، حيث جاء فيها: "إن إخبار الغير بأن الضحية عاهرة وتقديم صورها له ثلاث أشرطة تأكد علاقته بها ونصحه بالابتعاد عن هذه العائلة وعدم خطبة الضحية يشكل مساساً بالاعتبار والشرف".

في هذه الحالة فيها اعتداء صريح على سمعة الفتاة لإبعاد الخطاب عنها، وهذا اعتداء صريح يمس سمعتها وكرامتها، فيكون لها المطالبة بالتعويض مع إمكانية رفع دعوى جزائية واتهام الشخص بالتشهير، فالمشرع أوكل مهمة الفصل في النزاعات المتعلقة بمسألة العدول عن الخطبة وتبعاتها - من استرداد للهدايا والصداق وما إلى ذلك من آثار العدول، فضلاً عن الفصل في مسألة التعسف في استعمال حق العدول والتحقق من وقوع فعل من عدمه وأين مداه ونوع الضرر الذي وقع على الطرف المتضرر إذا ما كان مادياً أو معنوياً - إلى قاضي الموضوع[2].

فالقضاء أجاز هو الآخر المطالبة بالتعويض من الطرف المتضرر من العدول التعسفي، لأن العدول في حد ذاته لا يلحق ضرراً، لكن العدول التعسفي أو العدول الذي تصاحبه أفعال ضارة بالطرف المعدول عنه، هي التي تستوجب التعويض، هذا ما نص عليه القرار رقم 56097، حيث نص منطوق القرار قانوناً أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، وهو حجة قاطعة على المعني، ومن المقرر أيضاً أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض...، من مضمون القرار نجد أن القضاء أقر بحق المعدول عنه في التعويض سواء المادي أو المعنوي، ويكون ذلك

---

[1] شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، مج01، ع02، سنة 2018، ص340 و 341.

[2] شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، مرجع سابق، ص 400.

Scanned with CamScanner

إما بناءً على قرار واعتراف المدعى عليه، أو إثبات الطرف المضرور لوقوع التعسف، وإثبات أيضاً العلاقة السببية بين الضرر وخطأ المعدول عنه[1].

فيكون الإثبات بادئ الأمر متعلقاً بإثبات الخطبة، إما بالإقرار أو بشهادة الشهود أو بالرسائل أو الصور، فتخضع هذه الوسائل للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، أين يراعي تناسب الضرر مع الخطأ أو وجود العلاقة السببية بينهما فعلاً مستعيناً في النظر في ذلك بتطبيق معايير موضوعية وذاتية، كما يكون القاضي هو المسؤول الأول عن تقدير قيمة التعويض لأن التشريع لم يتدخل بتحديدها تاركاً الأمر بيد القضاء، لأن الأصل أن كل حالة وكل قضية تختلف عن الأخرى، فلكل قضية ملابسات ووقائع مختلفة، وحجم ضرر وخطأ مختلف عن الآخر، فالقاضي هو وحده يقدر التعويض المتناسب مع كل قضية ومع مراعاة ظروف الطرفين الاجتماعية، إن قواعد المسؤولية التقصيرية على أساس التعسف في استعمال حق العدول، ويكون لقاضي شؤون الأسرة الذي يعرض عليه النزاع أن يحكم بالتعويض الذي يكون متناسباً مع حجم الضرر وجسامة الخطأ مراعياً في ذلك ملابسات القضية وظروف الطرفين[2].

[1] شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، مرجع سابق، ص 342.

[2] شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، مرجع سابق، ص 344.

Scanned with CamScanner

المبحث الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بأحكام الزواج

الخطبة ليست إلا وعدا، فالخطوة الأهم هي الزواج، وهو الذي سنتطرق إليه في هذا المبحث

المطلب الأول: مفهوم الزواج

يعتبر الزواج عقد ذو طبيعة خاصة تنفرد به عن غيره من العقود، فهذا العقد ليس مادياً فقط بل هو روحي بين الطرفين، يكون نتاجه أسرة وأولاد ومجتمع، لذا خصت هذه العلاقة بسياج خاص من التنظيم انعكس عليها منذ الوهلة الأولى في ترتيبها، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه من خلال تحديد الإطار المفاهيمي لعقد الزواج (المطلب الأول) ثم بيان حالة الإخلاء بركن من أركان الزواج (المطلب الثاني).

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج هو اقتران واختلاط كقول العرب: "زوج فلان أبله" أي قرن بعضها ببعض، ومنه قوله تعالى:"وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ"[1] أي قرنت بأبدانها وأعمالها، أي يقرن كل واحد بما كانوا يعملون كعمله، فيقرن الصالح مع الصالح والفاجر مع الفاجر أو قرنت أرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أي ردت إليها.

وقوله عز وجل: "احْشُرُوا الذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ" أيْ قرناءهم الذين كانوا يحضرونهم على الظلم ويغرونهم به، وقولهم نكح المطر إذا اختلط بالتراب أو اعتمد عليه.

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر بازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه.

يطلق على الزواج النكاح، بل إن هذا اللفظ أكثر شيوعاً في الشريعة والفقه، ومنه قوله تعالى: "وَلاَ تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلاَ تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۖ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ"[2]

---

[1] سورة التكوير، الآية 7.

[2] سورة البقرة، الآية 219.

Scanned with CamScanner

معنى النكاح نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً، إذا تزوجها ونكحها ونكح بضعها، وكذلك دَحمها وحجاها، لقوله تعالى: "الزَّانِي لاَ يَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لاَ يَنكِحُهَا إِلاَّ زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ"[1]،تأويله لا يتزوج الزاني إلا زانية، وكذلك الزانية لا يتزوجها إلا زانٍ، ومعنى النكاح هنا هو الوطء.

أولاً: الزواج في الفقه القديم

قد تعددت المفاهيم عند فقهاء الشريعة الإسلامية لتعريف الزواج، حيث عرفت الآراء الفقهية الأربعة الزواج على أنه:

النكاح حسب الفقه المالكي مفاده الوطء، نكح الرجل امرأته أي أنه وطأها أي جامعها، أي أنه عقد عليها على مجرد التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب أو المشهور أو الجماع على قول آخر[2].

وكما عرفه الحنابلة على أنه عبارة عن ضم وجمع مخصوص به الوطء، لأن الزوجين في حالة الوطء يجتمعان وينضم كل واحد منهما إلى صاحبه حتى يصير كشخص واحد، وقد يستعمل في العقد مجازاً، أما هو في الحقيقة فيراد به الوطء، فمتى أطلق النكاح في الشرع يراد به الوطء.

بينما قال عنه الفقه الشافعي على أنه عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته.

والاختلاف الذي يبدو على الألفاظ التعريفية المعتمدة من طرف الآراء الفقهية لا تخفي اتفاقها في المعنى، حيث أجمعت على أن الزواج يبيح استمتاع الرجل بالمرأة غير أن ما يعيب هذه التعاريف أنه رابطة الزواج بفكرة واحدة تتمثل في الاستمتاع، بينما عقد الزواج أشمل وأعم من ذلك أيضاً، فهو يجعل الاستمتاع من جانب الرجل دون المرأة، بينما الشارع بتحليله الزواج ونصه جعل منه رابطا يفيد استمتاع الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل، أي الاستمتاع المتبادل بينهما[3].

---

[1] سورة النور، الآية 03.

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح

[3] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص56.

Scanned with CamScanner

ثانيا: الزواج في الفقه المعاصر

تعددت التعاريف المعاصرة للزواج فكانت كالآتي:

عرف أحمد الفقهاء بأنه: "عقدا يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة ويحدد لكل منهما من حقوق وعليه من واجبات كما عرفه بأنه عقد ينشئ بين الرجل والمرأة حقوق شرعية تقوم على المودة والرحمة والإحسان" وعرف أيضا بأنه عقدا يفيد الاختصاص الرجل بالمتمع بالمرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها.

الملاحظ من التعاريف أنها وسعت من مفهوم الزواج كما أنها أعطلت تعاريف شاملة لعقد الزواج مع محاولة تبيان مقاصده خلافا على الفقه القديم الذي حصر المبتغى من الزواج من الاستمتاع فقط.

الفرع الثاني: تعريف الزواج قانونا

عُرّف الزواج وفقا للمادة 04 من قانون الأسرة على أنه :"الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل والمرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، بتحليل المادة المذكورة نستنتج أن المشرع عرّف الزواج استنادا الى ورد في الفقه الإسلامي بقوله:.... بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي كما أنه عدد الأهداف المرجوة من الزواج بقوله: من أهدافه تكوين أسرة المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب كما نلاحظ تعديل طرأ على نص المادة، وذلك بإضافة مصطلح رضائي بنصه على أن الزواج عقد رضائي، هذا المصطلح أضيف وفقا للتعديل الذي عرفته نصوص قانون الأسرة بموجب أمر 05-02[1]، وهذه الإضافة أتت كتأكيد للتعديل الذي عرفته أركان عقد الزواج والتي جعلت من الرضا الركن الوحيد في عقد الزواج، فمصطلح الرضائي أكد وبين مكانة الرضا في إبرام عقد الزواج.

[1]الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق إلى 27 فبراير 2005، المتضمن تعديل قانون الأسرة ج.ر، ع15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

Scanned with CamScanner

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بركن الرضا.

يقوم الزواج على ركيزة أساسية تتمثل في الرضا، فرضا الزوجين ببعضهما من شأنه تعزيز أواصر المودة والمحبة والألفة والتي تعد في ذات الوقت المقصد الأساسي من الزواج، وفي غياب الرضا لا يمكن أن يتحقق المراد من الزواج، لذا يمكن القول أن الرضا يحل مكانة مهمة في عقد الزواج، وانعدامه أو شوبه بعيب من شأنه التأثير على الزواج بشكل كبير وعلى آثاره، وهذا يستوجب منا دراسته لمحاولة تحديد مكانته في عقدالزواج، وكذا الأثر المترتب في حالة غيابه وهذا ما سيتم في (الفرع الأول) الذي سنتطرق فيه إلى الإطار القانوني لركن الرضا وكذلك في (الفرع الثاني) إلى انعدام ركن الرضا[1].

الفرع الأول: الإطار القانوني لركن الرضا.

يكون الرضا حسب الفقه القانوني اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني معين بمعنى انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل تعاقد، وفيما يخص مفهومه في عقد الزواج يمكن أن نعرفه على أنه اتجاه إرادة من الرجل والمرأة إلى إبرام عقد زواج، وتأسيس أسرة هدفها إحصان النفس، وتحقيق التناسل في الإطار الشرعي مع إدراك تام بآثار الزواج وعواقبه.

ومن جهة أخرى يتضمن عناصر أخرى مختلفة تخص هذا العقد من بينها:

أولاً: الرضا بشخصية طرفي العقد الزواج

الزواج من العقود الخاصة التي تستوجب تعيين طرفيه منعًا للجهالة، فضلاً عن وجوب تراضيهما ببعضهما البعض، وذلك لمقصد المودة والرحمة وهذا يتحقق برؤية كل طرف للآخر واقتناعه به حتى يكون رضاه به سليماً، وهذا ما اتفق عليه الفقه الإسلامي وكذا القانون الذي اشترط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق للتعبير عن رضاهما، وفي هذا تأكيد لرؤية بعضهما بأن رضاهما سليم[2].

ثانياً: الرضا بالمهر

المهر حق وواجب في ذات الوقت، حق للزوجة وواجب في ذمة الزوج وفقاً لما ورد في الفقه الإسلامي، لا يشترط ذكره في عقد الزواج، فإذا لم يذكر صحح العقد بمهر

---

[1] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 97.

[2] بن أحمد رانيا، المرجع السابق، ص 113.

Scanned with CamScanner

المثل، أما إذا تم تحديده أو تسميته من طرف الزوج لولي الزوجة هنا انقسمت الآراء الفقهية بين من اشترط على الولي أن يستأذن موليته بقيمة المهر المسمى حتى يكون رضاها كاملاً[1].

الفرع الثاني: انعدام ركن الرضا

الأهمية البالغة التي تكتسي الرضا في عقد الزواج، دفعت الفقه الإسلامي لاعتبار الصيغة ركناً من أركان الزواج كما دفعت المشرع لتعديل النص القانوني، ليجعل من الرضا الركن الوحيد في هذا العقد، وهذا ما نص به في المادة 09 من قانون الأسرة، ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، وهذا فيه تأكيد لرضائية عقد الزواج المنصوص عليها بموجب نص المادة 04 من ذات القانون، والتي تنص على أن الزواج عقد رضائي.

كما أن الأثر المترتب حالة تخلف ركن الرضا والمتمثل في بطلان عقد الزواج بطلانًا مطلقًا، يؤكد ويصادق على هذا القول، حيث أتى مضمون نص المادة 33 من ذات القانون: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا"، كما أن نص المادة 10 من قانون الأسرة بيّن طريقة التعبير عن الرضا، حيث نصت على: "أن يكون الرضا بالإيجاب من أحد الطرفين، وقبول الطرف الآخر وبكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعًا ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح، لغة أو عرفًا كالكتابة والإشارة"، أي أن ضرورة تطابق الإيجاب مع القبول هو ما يؤكد وجود الرضا، وعليه وبمفهوم المخالفة يمكننا القول أن عدم تطابقهما يلغي وجود فكرة الرضا في الزواج وبالتالي سيبطل العقد بطلانًا مطلقًا[2].

وأثر البطلان المقرر في غياب الرضا، حطم ما قالت به حتى الآراء الفقهية الشرعية حيث اتفقت كلها على بطلان عقد الزواج في غياب الرضا وعلى ضرورة التفرقة بين الزوجين وعلى اعتبار العلاقة التي تجمعهما زنا، كما ذهب بعضهم إلى التشديد والقول بإقامة حد الزنا، في حالة علم الطرفين بحرمة العقد ولم يفرقوا أي أن عقد الزواج يعتبر باطل ولا أثر له متى اختل ركن الرضا، وذلك ما سار عليه القضاء في

---

[1] بن أحمد رانيا، المرجع السابق، ص 114.

[2] بلحاج العربي، مرجع السابق، ص197.

Scanned with CamScanner

قراراته إلا أن اعتبار العقد باطلاً كان يدفعنا للتساؤل عن مسألة أخرى في حالة ما عدنا للقواعد العامة للعقود، التي تقضي بإمكانية المطالبة بالتعويض في حال التضرر من بطلان العقد خاصة إذا كان الطرف حسن النية[1].

هل يمكن أن نطبق ذات القول لا يقع في حالة بطلان عقد الزواج؟ على الرغم من أن عقد الزواج هو ذو طبيعة خاصة، والأصل فيه تحكمه قواعد خاصة، إلا أنه يمكن الاستناد في مسألة التعويض عن الضرر من بطلان الزواج إلى القواعد العامة للمسؤولية، في ظل غياب تام لأي نص قانوني في قانون الأسرة ينظم مسألة المتأثر، ولجهات السلطة في قبول من رفضها وذلك حتى لا ننكر على المتضرر حقه في التعويض خاصة إذا كان الطرف حسن النية وغير عالم ببطلان عقد الزواج، فكما سبق لنا الحديث عن عناصر الرضا والذي يجب فيه تطابق الإيجاب مع القبول، على عقد الزواج ذاته وعلى طرفيه القصد من العلاقة وهنا تظهر مسألة الزواج الصوري إلى الواجهة لما نثيره من تساؤل، فالزواج الصوري ما يسمى زواج المصلحة[2]،فيمكن له أن يطالب بالتعويض عن الضرر المعنوي كون معرفته لحقيقة وتعرضه للغش أثر في معنوياته، وحتى قرار بطلان الزواج سبب له أذى معنوي كما يكون له مطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية من جهة أخرى نجد حالة انتفاء شرط كمال الأهلية كمثال آخر لانعدام الرضا في الزواج، فالرضا حتى يتم التعبير عنه يجب أن يكون طرفيه أهلاً للتعبير عن إرادتهما ورضاهما بإبرام عقد الزواج، ولهذا يشترط أن يصدر كل من الإيجاب والقبول في عقد الزواج من شخصين بالغين راشدين كاملي الأهلية وسن القانوني مطلوب 19 سنة، وهذا ما نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة التي تنص بعد تعديلها "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة مع وجود استثناء يخص زواج القصر قضت به ذات المادة بقولها وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، أي أن الأصل في سن الزواج بلوغ 19 سنة كاملة مع إمكانية

---

[1] وليد ضيف، عليدحمانية، قيود الزوجات بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022، ص20.

[2] وليد ضيف، مرجع سابق، ص30.

Scanned with CamScanner

إبرامه قبل ذلك بترخيص من القاضي متى رأى وجود مصلحة أو ضرورة للزواج، لكن المشرع سكت عن تفصيل مسألة الضرورة.

ولم يبين المقصود منهما كما انه سكت عن تبيان أثر الزواج المبرم حال عدم بلوغ السن القانونية وانعدام الترخيص، فالقاضي له السلطة التقديرية في منح ترخيص أو لا متناع عن ذلك اذ لم يجد ضرورة تدفعه لذلك، لكن الآراء الفقهية على الوجه المقابل قضت ببطلان العقد، وربطوا الأهلية بالرضا ومدام أن الرضا لم يصدر عن شخص أهل له فهو باطل[1].

لاعتبار الأهلية من النظام العام، بعد معرفة الأثر القانوني لانتفاء ركن الرضا وجب بعد ذلك التعريج على مسألة عيوب الرضا لارتباطها الوطيد بالرضا فهو التعبير عن الإرادة وعيوبها فهي عيوب الرضا بطبيعة الحال والتي من شأنها هي الأخرى التأثير على صحة العقد الزواج من خلال المطلب الثاني سنقف على عيوب الإرادة لتحديدها في عقد الزواج.

[1]أحسن زقورو، الغوط عبد الكريم، سلطة تأديب الزوجة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية/ كلية الحقوق، جامعة عمر ثليجي، 2017، الأغواط، مج0)، ع09، ص 87.

Scanned with CamScanner

المطلب الثالث: عيوب الإرادة في الزواج.

أقر كل من الفقه الإسلامي والقانون بأهمية الرضا في الزواج باعتباره ركن فيه الركن الوحيد حسب مقتضيات القانون، لذا يشترط بطبيعة الحال أن يكون تاما وسليما أي خاليا من العيوب التي تأثر في صحته والتي من شأنها التأثير على صحة العقد بالتبعية، وهذا التأثير يدفعنا لدراسة عيوب الإرادة (الفرع الأول) محاولة لإيضاح التأثير على عقد الزواج، والفرع الثاني عن الأضرار اللاحقة بالبطلان[1].

الفرع الأول: عيوب الإرادة

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

أولاً: الغلط

يعرف الغلط على أنه: توهم يتصور فيه العاقد غير الواقع واقعاً فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهم لما أقدم عليه، ويكون الغلط في عقد الزواج ويكون في صور عديدة تتمثل في:

أ-غلط في ماهية عقد الزواج:

المقصود بالغلط في هذه الحالة أن تتجه إرادة أحد الطرفين إلى إبرام عقد الزواج، بينما تكون إرادة الطرف الآخر لما في نية الطرف الأول، مثال ذلك أن يريد الولي تأجير ابنته عند رجل للعمل فيسبق لسانه إلى ذكر الزواج دون قصد منه فيقبل الرجل هذا الإيجاب الذي ظاهره الزواج[2].

ب. غلط في تسمية أحد الزوجين

مفاده أن يخطئ أحد الزوجين في تسمية الطرف الآخر، كأن تظن الزوجة بأن اسمه محمد فإذا باسمه يوسف، وأن يظن هو بأن اسمها مريم فإذا اسمها سارة.

---

[1] بن أحمد رانيا، مرجع سابق، ص128.

[2] بن أحمد زينا، المرجع السابق، ص129

Scanned with CamScanner

ج. غلط في صيغة عقد الزواج

يقع الغلط في الصيغة التي تتوجه للطرف الآخر من أجل إبرام الزواج، أي الإيجاب الموجب للطرف الآخر كان ينسب الولي الإيجاب لنفسه بدلا من المولى عليه، مثال ذلك أن يقول ولي الفتاة زوجني ابنتك بدلا من أن يقول له زوج ابنتك لابني[1].

د. الغلط في ذاتية الزوجين

يقع هذا الغلط إذا أقدم شخص من الزواج من امرأة فإذا به يجد نفسه متزوج بأخرى، أو العكس صحيح، مثال ذلك يقدم الرجل على الزواج من مريم فإذا به يكتشف أنه تزوج من أختها أحلام[2].

ثانيا: حكم الزواج المشوب بعيب الغلط وآثاره القانونية

ميز الفقه بين حالتين في الغلط في عقد الزواج، الأولى أقروا فيها أن الغلط إذا وقع في الجنس المعقود عليه كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، لانتفاء الرضا وعدم تطابق الإيجاب مع القبول، وفي الحالة الثانية اعتبروا الغلط في الوصف المعقود عليه أو في تسميته غلطا غير مؤثر، ويكون الزواج على هذا الأساس قابلا للإبطال ومتوقفا على إجازة من وقع فيه.

أما من ناحية قانونية فقد اعتبر المشرع الزواج باطلا متى أبرم في ظل وجود غلط في شخص المتعاقد لانعدام الرضا المنصوص عليه في المادة 33 من قانون الأسرة، إلا أن هذا الأمر يمكن القول أنه غير ممكن الحدوث في ظل التعديلات القانونية التي تقضي فيها ضرورة حضور طرفي عقد الزواج، أما ضابط الحالة المدنية أو الموثق للتعبير عن رضاهما بإبرام العقد، ومن جهة أخرى أقر القابلية للإبطال في حال وقوع أحد الطرفين العلاقة في غلط في صفة جوهرية في الشخص الآخر لأن هذا الغلط مفسد للرضا لكن لا يعدمه[3].

---

[1] بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2019، مج 05، ع01، ص 403

[2] بوسعيد رويضة، مرجع سابق، ص404.

[3] بالعربية خالدية، آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص 72.

Scanned with CamScanner

ثالثا: الإكراه

يعتبر الإكراه عيبا آخر من العيوب التي يمكن أن تشوب رضا طرفي عقد الزواج أو كليهما، مما يجعل إرادتهما معيبة ورضاهما بالعقد غير صحيح، ويعرف الإكراه على وجه العموم على أنه: "إسم بفعل المرءبغيره، فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه رضاه".

أي أن الإكراه يراد به استعمال الطرق إما قولية أو فعلية من شأنها بث الرهبة في نفس الطرف الآخر وحمله على فعل أمر لا يريده، كالتهديد بالضرب أو القتل أو هتك العرض... إلخ.

ففي الزواج قد يكره الرجل المرأة ويرغمها على الزواج به بتهديدها بأي وسيلة، مثلا بتشويه سمعتها أمام الناس لمنعهم من التقدم لها، أو قد يجسد في صورة أخرى، فيكون الولي هو الطرف المكره إذ يرغم موليته ويجبرها على الزواج من شخص هي رافضة له[1].

رابعا: أثر الزواج المشوب بعيب الإكراه وحكمه

عالج الفقهاء عيب الإكراه باستعمال مصطلح الإجبار، وانقسموا في تقريرهم لحكم الزواج المشوب بهذا العيب إلى قسمين: الأول اعتبروا الزواج في هذه الحالة فاسدا وليس باطلا مما يستدعي تصحيحه فقط، أما الثاني فاعتبروا الزواج الذي يقع تحت إجبار باطلا بطلانا مطلقا كونه يعدم الرضا، بينما أقر المشرع طبقا للقواعد العامة أثر البطلان على العقد المبرم في ظل الإكراه وحتى القواعد الخاصة الواردة في نص المادة 13 من قانون الأسرة تقيد منع الولي من إجبار موليته على الزواج بغير رضاها، كما أن القانون قضى في نص المادة 326 من قانون العقوبات بتجريم مسألة الخطف أو الإبعاد كما أنه أعطى الحق في رفع دعوى بطلان زواج المخطوفة من خاطفها من ذوي الصفة، حماية لمصلحة المخطوفة[2].

خامساً: التدليس أو التغرير

---

[1] بوسعيد رويضة، مرجع سابق، ص406.

[2] عمري رشيد، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، 2018، ص 139.

Scanned with CamScanner

يراد بالتغرير على اعتباره عيب من عيوب الإرادة هو الآخر: "التغرير عيب يتمثل في إغراء العاقد باستخدام طرق احتيالية قولية كانت أو فعلية كاذبة لإيهامه بأن العقد في مصلحته والواقع خلاف ذلك، مما يحمله على إبرامه".

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

أ. التغرير في الكفاءة

الكفاءة من الشروط الواجب توافرها في كل من الرجل والمرأة المقبلين على الارتباط، ويراد بها المقاربة والمماثلة والمساواة بين الزوجين في كل من الدين والنسب والحرية واليسار ... وغيرها من المواصفات، يقع التغرير في الكفاءة في حالة ما اذا غرر احد طرفي العقد بالطرف الآخر واوهمه بأنه كفء له او اذا كتم غياب خصلة من خصال الكفاءة[1].

ب. التغرير في السلامة من العيوب

يشترط في الزواج السلامة من العيوب التي قد تحول دون تحقيق المقاصد المرجوة من الزواج، فإذا كان بأحد الطرفين عيب ويكون هو عالم به، فيتعين عليه اخبار الطرف الآخر، ولهذا الأخير الخيار بين إتمام الزواج او الإحجام عنه، اما اذا تم إخفاء العيوب عمدا فإن ذلك يعتبر تغريرا[2].

ج. التغرير في موانع الزواج

يكون ذلك باستعمال الحيل من اجل إخفاء او كتمان مانع من موانع النكاح من نسب او رضا...الخ

ومن امثلته:

إخفاء الرضاع بين الزوجين

---

[1] بن أحمد رانيا، مرجع سابق، ص 131.

[2] بن أحمد رانيا، مرجع سابق، ص 132.

Scanned with CamScanner

إخفاء الزواج: كأن يخفي الزوج عن زوجته انه متزوج من غيرها.
إخفاء العدة: ويتصور فالمطلقات والأرامل مخافة تضيع فرصة الزواج من رجل آخر.

حكم الزواج المشيب بعيب التدليس وآثاره

اتفق الفقه الإسلامي على اعتبار الزواج الذي وقع تحت التغرير، قابلا للإبطال او الإجازة وأقروا ان للمتضرر الخيار بين المطالبة بإبطاله او إجازته، اما بخصوص الأثر القانوني الذي يقع في حالة شاب عقد الزواج عيب التدليس، فقد قال المشرع بقابليته للإبطال قياسا على ماورد في نص المادة 86 من القانون المدني[1].

كل الصور سابقة الذكر والتي بين فيها صور إصابة إرادة الطرفي عقد الزواج او كلاهما بعيب من عيوب الرضا، وكذلك حكم وقوع هذه العيوب على عقد الزواج من ناحية الشرعية وكذا أثره القانوني، تدفعنا لتساؤل عن مدى إمكانية التعويض عن الأضرار قد تقع أثر العيوب وتأثر عقد الزواج بها وهذه النقطة بالذات نتطرق اليها في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: التعويض الناجم عن الأضرار اللاحقة ببطلان الزواج

بما أن القانون قضى ببطلان عقد الزواج لحالات، وقابليته للإبطال في حالات أخرى، متى شاب الرضا عيب من العيوب، فإنه ومن المفترض وطبيعة الحال وفقا للقواعد العامة التي تم الاستناد عليها في تقرير الأثر القانوني اللازم، وجب أيضا الاستناد إليها في ضرورة تعويض الطرف المضرور من هذا البطلان او القابلية للإبطال على اعتبار أن بعض العيوب تعتبر في ذات الوقت أعمال غير مشروعة توجب تحميل القائم بها مسؤوليته المدنية في شقها التقصيري، ولجبر الضرر الذي تسبب فيه يتعين عليه تعويض الطرف المضرور ومن هذه العيوب نجد كل من التدليس والإكراه مع استبعاد الغلط وذلك كون التعديلات القانونية أصرت على وجوب حضور الطرفين وتعبيرهما عن رضاهما مما يتيح لهما رؤية بعضهما وذلك سيتأكد كل طرف من هوية الشخص الذي سيتزوجه كما أن حالة الغلط في الصفة الجوهرية في التعاقد صورة مستبعدة من التعويض أيضا لكون العاقد وقع في الغلط

[1] عمري رشيد، مرجع سابق، ص 200.

Scanned with CamScanner

الذي وقع فيه من تلقاء نفسه بدون تدخل من الطرف الآخر وطبيعة الحال لا يمكن تحميل هذا الأخير مسؤولية أخطاء لم يرتكبها، كما أن عنصر الخطأ الذي يعد عنصر لقيام مسؤولية مدنية، منتفي في هذه الحالة[1].

على الرغم من عدم وجود نص قانوني صريح يقضي بتعويض الزوج المضرور من هذه الأفعال الا انه وجب إيجاد حل وذلك بالنص على القانونية الخاصة لجبر الأضرار التي تقع غالبا ما يتضرر احد الطرفين اما ماديا بسبب الإنفاق ودفع المصاريف في سبيل التحضير للزواج او خلال الحياة الزوجية او الضرر المعنوي كالأذى النفسي او تفويت فرص الزواج بزوج أفضل، فأن خصوصية عقد الزواج تقتضي بتوافر طرف ثالث من جهة الزوجة يتولى تزويجها وهذا الطرف هو وليها وذلك حتى يحرص على حسن اختيارها لزوجها لما له من كفاءة وخبرة بالرجال[2].

[1] بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والإقصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021، مج 06، ع01، ص 160.

[2] بلعباس أمال، مرجع سابق، ص 161.

Scanned with CamScanner

الفصل الثاني

Scanned with CamScanner

الفصل الثاني: دور المسؤولية التقصيرية في قضايا الطلاق

تمهيد

إن الزواج يجب أن يكون مبنيًا على الحبّ والمودّة لينتهي حتى آخر محطة، إلا أنّه في بعض الأحيان تجري الرياح بما لا تشتهي السفن، وموكب الحياة الزوجية قد يتغير، ولا يستطيع إكمال الطريق إلى المحطة الأخيرة، وقد تختلف الأسباب التي قد تؤديل اختلاف الزوجين، مما قد يستدعي انفصالهما عن طريق الطلاق.

وعليه إذا ساءت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع والأخلاق وتعاكست مفاهيم الحياة وصار الشقاق مستحكما بينهما فأصبح كل يجلب المصائب للآخر، ففي هذه الحالة تستحكم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبل المودة بين الزوجين، ويصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها[1]، مما يفسح المجال أمام خيار حل عقدة النكاح كضرورة لا غنى عنها.

فمن الأفضل أن تحل رابطة الزوجية بينهما عن طريق الطلاق حسمًا للنزاع ورفعا للظلم والضرر، وحتى يتخلص الزوجان من الشرور والمفاسد التي قد تحل بينهما. حيث قال الله تعالى:﴿**وَإِنْ يَتَفَرّقَا يُغْنِ اللّهُ كُلاً مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**﴾[2].

ومن ثم فقدوضع المشرّع قوانين تسري في مرحلة الطلاق، ونظرًا لأهميتها تستدعي منا دراسة هذه الخطوة من خلال:المبحث الأول: الاختلالات الواردة على أحكام الطلاق. وفي المبحث الثاني: مسؤولية تقصيرية في حالة الإخلال بأركان الطلاق.

---

[1]- يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة،70-03 ، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004، ص.23، مقتبس عن ، بوجاني عبد الحكيم ، أبرز إشكالات قانون الأسرة ، دراسة تحليلية نقدية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2018-2019، ص.143.

[2]- سورة النساء، الآية رقم 130.

Scanned with CamScanner

المبحث الأول: الاختلالات الواردة على أحكام الطلاق

إن الطلاق هو وسيلة للفك الرابطة الزوجية التي استحال استمرارها لأي سبب كان، لذا حاولت الشريعة الإسلامية احاطته بعناية خاصة، وكذلك القانون.

وسنتطرق في المطلب الأول الذي خصصناه لماهية الطلاق، أما المطلب الثاني: أنواع الطلاق[1].

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

إن الطلاق تصرف يقوم به الشخص بعد محاولات عدة لإصلاح الرابطة الزوجية، وذلك لاستحالتها فيتحول ذلك لطلاق، وهذا له أحكام وكذلك تأثيرات على الأطفال وكل العائلة.

وسنتناول للدراسة في هذا المطلب الأول من خلال الفرع الأول مفهوم الطلاق، أما الفرع الثاني مشروعيته وحكمه[2].

الفرع الأول: تعريف الطلاق

إذا استحالت الحياة بين الزوجين لأي سبب من الأسباب، فإن الغاية المرجوة من الزواج والمتمثلة في السكن والمودة والطمأنينة قد اختفت، فيكون الطلاق هو الحل الأنسب، مما يستدعي الوقوف على مفهومه من خلال تعريفه (لغة) أولا ثم اصطلاحا (ثانيا).

أولاً: التعريف اللغوي للطلاق

الطلاق من فعل طلّق، وهو حسب مفهومه يحمل دلالات عديدة، الطلاق هو الترك أو المفارقة، يقال: طلق البلاد أو تركها، وطلقت المرأة من زوجها، أي تحررت من قيد الزواج[3].

---

[1] بلحاج العربي، ، المرجع السابق، 107.

[2] شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2020، ص 120.

[3] العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، كنوز الحكمة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 83.

Scanned with CamScanner

ثانيًا: التعريف الاصطلاحي للطلاق

سنتطرق فيما يلي تعريف الطلاق اصطلاحًا

حيث يكون على معنيين أخمدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى الترك والإرسال، أي فك الرابطة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، أي إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة من الزوج أو من ينوب عنه ويكون صريحا في الطلاق فيما بينهما، ولهذا سنتطرق إلى مشروعيته وحكمه في الفرع الثاني[1]

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه

لقد حتت الشريعة الإسلامية على الزواج وخصته بعناية خاصة، وأكدت على الترغيب فيه مع حرصها الشديد على الإبقاء على الرابطة الزوجية قائمة، فالزواج في أصله وكقاعدة عامة علاقة يحكمها التأبيد، إلا أن الأحوال تتغير والأنفس أيضا، فتصبح العلاقة مرهقة فيكون الحل هو الطلاق، وتتمثل في الدراسة المشروعية (أولا) ثم (ثانيا) حكمه[2].

[1] العربي بخيتي، المرجع السابق، ص90.

[2] بن أحمد رانيا، المرجع السابق، ص 120.

Scanned with CamScanner

أولا: مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع وجائز شرعا وسنة وإجماعا ومعقولا، والدليل على ذلك في كتاب الله عز وجل وسنة نبيه الكريم، حيث قال تعالى:" **الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** ""[1]، وقال أيضا:" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ** "[2]وقال أيضا:"**وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**"[3]، وقال أيضا :"**لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[4].

وجه الدلالة من الآيات أن الله عز وجل شرع الطلاق، وجعله مجازا إذا ما كانت في المفارقة حل للطرفين، فالفرقة أحسن بكثير من حياة ملؤها الشقاء المستمر والخصام، فلا بد من المودة والرحمة التي من أجلها رخص الله تعالى الزواج، كما أن الطلاق في السنة ثابت عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم، حيث روي عن ابن ماجه وأبو داوود أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها[5].

لقد أجمع المسلمون من وقت الرسول صلى الله عليه وسلم إلى وقتنا الحالي على جواز الطلاق وقد أقدم عليه حتى الصحابة الكرام رضوان الله عليهم على نسائهم فهذا الدليل على جواز الطلاق فالحكمة من مشروعيته، فأن الشريعة الإسلامية قد حاولت أن تصون العلاقة قدر المستطاع من خلال تشريعها على

الخطبة وحسب الاختيار بناء على زواج متين وصحيح من الوهلة الأولى، وذلك من خلال تبيان كل من حقوق الطرفين[6].

---

[1]سورة البقرة، الآية 229.

[2]سورة الطلاق، الآية 01.

[3]سورة النساء، الآية 130.

[4]سورة البقرة، الآية236.

[5]عبد اللطيف بو منعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد لخضر وادي 2014 – 2015، ص 27.

Scanned with CamScanner

ثانيا: حكم الطلاق

إن مشروعيته لا نقاش فيها منذ القدم، إذ اتفق الفقهاء جميعا على ذلك إلا أنهم اختلفوا في حكمه، وهذا الاختلاف أدى إلى انقسامهم إلى فريقين: الأول يقول بإباحته بينما يذهب الآخر إلى القول بحظره، وتباينت بينهما الآراء وكانت لكل منهما أسس يعتمد عليها، وفيما يلي لتبيان هذه الآراء وأسانيديها[1].

أ. مذهب مجيزين الطلاق

القائلين بهذا الرأي يرون بأن الطلاق في أصله مباح وليس محظور، وقد استدلوا في قولهم هذا بالأدلة التالية:

قوله تعالى :" **لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[2].

وقوله تعالى:" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**"[3].

ب.مذهب المنكرين للطلاق

حسبهم الطلاق ليس جائزا إلا في الحالة القصوى والحاجة الملحة له لأن الأصل في الرابطة الزوجية هي التأبيد، وقد استدلوا في قولهم هذا على الأسانيد للتالية:

قوله تعالى: " **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"، وقوله أيضا:" **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"، كما اخذوا بما ورد عن موسى الأشعري قال[4] رسول الله صلى

---

[6]بن أحمد رانيا، تفعيل المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة الدكتوراه، حقوق، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2024-2025، ص 50.

[1]بن عبسى محمد سالمي موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عمر تاليعي، 2022، ص 113.

[2]سورة البقرة، الآية 236.

[3]سورة الطلاق، الآية 01.

Scanned with CamScanner

الله عليه وسلم " لا تُطَلِّقُوا النساءَ إلا من رِيبةٍ، فإنَّ اللهَ لا يُحِبُّ الذَّوَّاقِينَ ولا الذَّوَّاقاتِ"، فمفهوم الحديث يدل على كراهة الطلاق وتبدل الأزواج، وقد فصل الكراهة إلى حد التحريم إن أصر عليها، وكذلك ذكروا بعض الأحكام وهي:

ج. أحكام الشريعة الخاصة بالطلاق

الطلاق تصرف شرعي بإرادة منفردة في غالب الأحيان، وبما أنه تصرف شرعي فإن الفقهاء أجمعوا على أن تحكمه أحكام تكليفية، حسب ظروف كل حالة وتكون أحكامه كالتالي:

1- يكون الطلاق واجبا، متى توفر سبب جدي يستدعيه كمالو.

علم الزوج أن بقاء الزوجة في عصمته يوقعه في محرم كتقصيره في النفقة وغيرها.

إذا علم الزوج بفجور زوجته

2- أن يكون الطلاق مكروها[1] يكون كذلك إن لم يكن هناك حاجة إليه كما لو للزوجة الصالحة المستقيمة في دينها وأخلاقها، لكنه راغب في طلاقه معها في هذه الحالة الطلاق مكروه إلى حد استحرامه عند الحنابلة.

3- يكون الطلاق مباحا عند الحاجة إليه نظرا لسوء العشرة للزوجة والتضرر بما من غير حصول غرض منها[2].

المطلب الثاني: أنواع الطلاق.

إن الطلاق تصرف واحد، وهو فك الرابطة الزوجية، ولكنه على أنواع منها ما هو معروف على مستوى الفقه الإسلامي الذي سنتطرق إليه في الفرع الأول، وما هو معروف على مستوى القانون في الفرع الثاني.

---

[4]محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 2، الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 55.

[1]محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص80

3اية 34سورة نساء

[2]أحمد ذيب، قواعد الطلاق والضوابط والفروق، قواعد وضوابط مالكية بالشرح وتدليل وتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر، ص 53.

Scanned with CamScanner

الفرع الأول: الطلاق في الفقه الإسلامي.

ينقسم الطلاق من حيث اللفظ إلى قسمين:

1. **الطلاق الصريح:**

وهو ما يستكشف ويفهم منه مضمون الكلام ومعناه[1]، عند النطق به ولا يحتمل غيره، ولا يترك مجالا للشك أو التأويل، كقوله: أنتِ طالق أو مطلقة، وكل لفظ مشتق من لفظ الطلاق يدل عليه صراحة، وحكمه يقع حال التلفظ به بإجماع الفقهاء.

2. **الطلاق الكنائي:**

يكون كذلك عندما يكون اللفظ مما جاز به العرف أن يتم الطلاق به لغة وشرعا، وتكون ألفاظه كثيرة ومتنوعة مثل: أنت خلية وبرية وبائن وبثة الاحرام، أمرك بيدك (أي أن زوجها ملكها عصمتها بيدها) ... وغير ذلك مثل الألفاظ التي تواتر العرف على استعمالها في معنى الطلاق[2].

والحكم الشرعي للطلاق الكنائي اختلف الفقهاء في تحديده، فانقسمت آراؤهم إلى:

---

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 230.

[2] العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقو الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة، كنوز الحكمة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 93.

Scanned with CamScanner

الرأي الأول:

وحسب هذا الرأي أن الطلاق يقع بنية الزوج عند تلفظه بتلك الألفاظ الدالة عليه فإذا كانت نية الطلاق، كان ذلك، ويقع أيضا، إذا ذلك القرينة للحال على إرادة الزوج[1].

الرأي الثاني:

لا يقع الرجوع من الطلاق بالنية فقط، بل يعتمد فيه بملابسات الحال أو القرائن المصاحبة والراجح من القولين، وتجنبًا للتحطيم الاسر، فلا يمكن الحد منه إذ اتبعنا هذا القول، فإننا سنفتح باب الطلاق على مصراعيه، وازدياد، الطلاق أكثر مما هي عليه.

الرأي الثالث:

يرى أن الطلاق لا يقع كناية أبدابل يقع صراحة فقط[2].

3. الطلاق السني

معناه أن الطلاق وقع على الوجه الذي ورد به الشرع بإيقاعه عليه، فالطلاق السني ما أذن فيه الشارع، فيكون الطلاق في هذه الحالة في طهر لم يصبها فيه، ويكون طلقة واحدة، وتتمثل شروطه فيما يلي:

- أن يكون طلقة واحدة.
- أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة، كنصف طلقة.
- أن يكون واقع في الطهر لا في الحيض أو النفاس.
- أن يكون الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها.
- لا يكون الطلاق قد وقع في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق[3].

4. الطلاق البدعي

---

[1] العربي بخيتي، المرجع نفسه، ص 200.

[2] بن أحمد رانيا، المرجع نفسه، ص 50.

[3] عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد لخضر الوادي، 2014-2015، ص 27.

Scanned with CamScanner

يكون الطلاق بدعيا متى كان مخالفا لكتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، ويكون في صور كالآتي:

الأولى: أن يطلق الرجل امرأته وهي حائض

الثانية: أن يطلقها في طهر جامعها فيه

الثالثة: إذا وقع في عدة طلاق رجعي.[1]

فهنا يكون الطلاق الشرعي يتمثل في كونه محرما عند جمهور الفقهاء، في صورة ثلاثة للطلاق في زمن الحيض، وفي زمن النفاس وفي زمن الطهر، وهذا الطلاق يؤذي إلى تداخل العدد كونه قيم يد فيها، ويؤدي إلى الإضرار بالمرأة وهذا مخالف لأمر الله عز وجل.[2]

[1] عبد اللطيف بومبعي، المرجع السابق، ص 30.

[2] العربي بخيتي، المرجع السابق ، ص 83.

Scanned with CamScanner

الفرع الثاني: أنواع الطلاق في القانون

باستقراء النصوص القانونية نجد أن المشرع لم يتطرق إلى أنواعى الطلاق التي عرفها الفقه الإسلامي في الطلاق، ما عدى الرجعي، فالمشرع لم يأخذ بالفقه الإسلامي في أنواع الطلاق (البائن) وإنما أخذ فقط بأربعة أنواع، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع من مقتضيات الفقه الإسلامي، المادة 222 من قانون الأسرة في حال وقع القاضي أمام حالة لم ينص عليها القانون، وتتمثل أنواع الطلاق من حيث القانون في:[1]

أولا: الطلاق بإرادة منفردة للزوج

نص المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة حالات الطلاق قانونا فنص على، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقول:" مع مراعاة أحكام نص المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي تم بإرادة الزوج..."، فالملاحظ من نص المادة، أن المشرع تملص من إعطاء، مفهوم أنواع الطلاق واكتفى فقط بنص على حالاته، تاركا المهمة في ذلك إلى الفقه[2].

ثانيا: الطلاق بالتراضي

التخيير الذي استعمله المشرع في نص المادة 48 من قانون الأسرة يبين أن الطلاق بالتراضي يعد للصورة الثانية لانحلال عقد الزواج بنصه "أو بتراضي الزوجين"، وقد نص عليه المشرع دون تطرق منه لمفهومه، لكن بالرجوع إلى الفقه الذي توكل إليه إرادة كلا الزوجين إلى فك الرابطة الزوجية عن اقتناع تام، وذلك لاتفاقهما على استحالة الاستمرار في الحياة الزوجية[3].

---

[1] العربي بخيتي، المرجع السابق، ص 80.

[2] عبد اللطيف بومبعي، المرجع السابق، ص 90.

[3] عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أوالحاج، البويرة، 2014-2015، ص124.

Scanned with CamScanner

ثالثا: التطليق (الطلاق بطلب الزوجة)

الصورة الثالثة التي نص عليها المشرع بموجب نص المادة 48 من قانون الأسرة، بقوله " او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون، المادتين المذكورتين في المادة 48 ينصان علىالحالات التي تطلب التطليق، حسب ما جاء في نص المادة 53 من ذات قانون.

يمكن ان نضع مفهوما في غياب النص القانوني، الذي يقوم بذلك على انه فك الرابطةالزوجية بناء على طلب من الزوجة من خلال القضاء[1]، وذلك استنادا إلى أسباب محددة قانونا في نص المادة 53 من قانون الأسرة، ويكون للقاضي السلطة في قبول طلب فك الرابطة من عدمه.

رابعا: الخلع

يعد الخلع صورة أخرى من صور الطلاق يكون بناء على طلب الزوجة ونص عليه المشرع في قانون الأسرة المادة 54، أما الأنواع التي أثر بها الفقه الإسلامي على تنظيمها لم يرد أي نص قانوني بشأنها، ما عدا النوع المتعلق بأنواع الطلاق من حيث امكانية المراجعة وممثله في الطلاق الرجعي والطلاق البائن بنوعه هذا المشرع قام بنص على هذه الانواع بموجب المواد 50 و51 من قانون الأسرة لكن مع وجود اختلاف مع ما قال به الفقه الاسلامي،فالعبرة في الطلاق من ناحية قانونية ليست باللفظ انما بصدور الحكم القضائي[2].

كما يلاحظ من نفس المادة 53 من ذات القانون، التي اتت بالنص على الطلاق الرجعي، والتي كان نصها " من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد بمهر جديد"، كما يلاحظ في المادة 50 من ذاتي القانون الذي اتت بالنص على الطلاق الرجعي والتي كان نصها من راجع زوجته اثناء محاوله الصلح لا يحتاج الى عقد جديد[3].

وخصت المادة 49 من ذات القانون أكدت على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، هذا يؤكد توجه المشرع إلى اعتداد فقط بها لحكم القضائي دون أن يأخذ باللفظي فالمشرع

---

[1] عبد العزيز سمية، المرجع السابق، ص 200.

[2] عمارة حميدة، موسى مرمونا، إشكالية تيقين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة

[3] عمادة حميدة، مرجع سابق، ص 300

Scanned with CamScanner

في ربطها كذلك عدة الرجعة بمدة محاولات الصلح والتي لا تتجاوز ثلاث أشهر وقد تتداخل العدة في حال الحمل والوضع واليأس من الحيض... إلخ

هذا من جهة كما أن المشرع لم يفرق لين أنواع الطلاق وعلاقة بذلك بالرجعة[1].

ان المادة)" فقرة من قانون الأسرة وخاصة ان كان المرض الذي يعاني منه الزوج قابل للشفاء فلا يقوم التطبيق إلا بموافقة القاضي وقبوله للدعوى[2].

[1] عبد العزيز سمية، المرجع سابق، ص 126

[2] المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 161.

Scanned with CamScanner

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بأركان الطلاق

إن الشريعة الإسلامية أولت عناية خاصة لعقد الزواج وصيانته من الخطوة الأولى فيها، فمن الطبيعي أن تستمر هذه العناية وأن تطال الطلاق على اعتباره السبيل لفك الرابطة الزوجية، لذا نجد أن الفقه الإسلامي تدخل ليضع مجموعة من الشروط والأركان حتى يعتد بصحة الطلاق، والمشرع هو الآخر سار على نفس المنوال، ومن خلال هذا المبحث سنحاول أن ندرس الهيكل التنظيمي للطلاق والأثر المترتب على حال اختلاله، وعليه سنخص الأول بدراسة أركان الطلاق وآثار الإخلال بها أما المطلب الثاني فسنخصصه لدراسة المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بشروط الطلاق[1].

المطلب الأول: آثار الإخلال بأركان الطلاق من حيث المسؤولية التقصيرية

حتى يكون الطلاق صحيحاً، وجب أن يتأسس على أركان شرعية وقانونية، ومن خلال هذا المطلب سنبرز هذه الأركان في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثم في قانون الأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أركان الطلاق

تنقسم أركان الطلاق إلى قسمين، منها ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي ومنها ما هو منصوصعليه في القانون، ومن خلال ما يلي سنقوم بدراسة أركان الطلاق في الفقه الإسلامي أولاً ثم أركان الطلاق في قانون الأسرة ثانياً:

[1] المصري مبروك، المرجع سابق، ص 230.

Scanned with CamScanner

أولاً: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي

تتمثل في أربعة أركان وهي:

1- ركن المطلق:

الزوج بموجب عقد الزواج يعد هو المخول شرعاً وقانوناً بإيقاع الطلاق باعتباره مالك العصمة وعقدة النكاح بيده، ولا يمكن للرجل الأجنبي الذي لا تربطه مع امرأة عقد زواج أن يطلقها، فالطلاق يصدر من الزوج أو من وكيله[1].

2- ركن المطلقة:

وهي الزوجة التي تم العقد عليها، ولا يهم إذا كان الدخول بها قد تم أم لا، ما يهم أن تكون العلاقة التي تربطها بالرجل الذي تلفظ بالطلاق هي علاقة زوجية، فلا يمكن تطليق امرأة أجنبية عن الزوج، مثلاً إذا كان عمارمتزوج من هندإلا أنه تلفظ بالطلاق من مريم هنا هذا الطلاق لا يقع[2].

3- ركن صيغة الطلاق

يقصد بها اللفظ الدال على حل عقد النكاح، حيث لا يقع الطلاق بمجرد عقد النية قلبيا فقط دون الإفصاح عنها بمختلف صور التعبير، وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية"العبرة بالألفاظ".

4- ركن القصد:

ركن القصد في الطلاق من تطابقت إرادة الزوج في إيقاع الطلاق مع التلفظ به مطابقة صحيحة، وهناك حالات يتلفظ فيها بالطلاق دون وجود قصد الإيقاع ونجد منها:[3]

---

[1] باديس بوقرة، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 16.
[2] منصوري نورة، التطليق والخلع وقف القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 16.
[3] باديس بوقرة، مرجع سابق، ص 16.

Scanned with CamScanner

I- طلاق الهازل:

يقصد بالهازل الشخص الذي يصدر منه الكلام على سبيل المزاح واللهو، دون أن يرتب الأفكارقبل نطقها، أو التفكير بما يقول وأخذه على محمل الجد، فإذا تلفظ تدل على الطلاق كأن يقول: "زوجتي طالق أو يا فلانة أنتي طالق"،وهنا قياسا على قولهﷺ في الحديث الشريف: «ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة»، فإن الطلاق حتى ولو تلفظ به على سبيل اللهو واللعب فإنه يقع، وذلك لحرمةالرابطة الزوجية وقدسيتها، فلا يجوز المساس بها أو الاستهزاء بها فذلك يعتبر كعقاب لمن يحاول اللهو واللعب والمساس بهذه القدسية وإنذار للغير بذلك.

II- طلاق المخطئ:

المخطئ في الطلاق من سبق لفظ الطلاق في لسانه إلى كلام لم يقصده، فمثلا بدل أن يقول لزوجته: أنت طاهرة سبق لسانه لقول أنت طالقة، فالطلاق لا يقع لانتفاء القصد فيهعند جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية الذين قاسوه على طلاق الهازل فإنه يقع حسبهم[1].

III- طلاق الفضولي:

الفضولي غالباً هو من يتدخل في شؤون الغير، وحالته الطلاق يكون بايقاع طلاق على زوجة الغير بغير إذنه أي ليس مفوضا بذلك، هذا الطلاق بيع الغير متوقف على إجازة هذا الأخير له أي إذا أجازه الزوج فإنه يقع، وإلا فلا يقع لأنه ليس أهلا لذلك[2]

IV- طلاق الجاهل:

الجاهل في الطلاق يكون إذا جهل المعنى الحقيقي من الألفاظ، أي أنه لا يدرك أو لا يعلم أن هذه الألفاظ مدلولها ومعناها هو فك الرابطة الزوجية، هذه الحالة تكون إذا كان الزوج أجنبياً لا يفقه اللغة العربية، فيتلفظ بلفظ الطلاق باللغة العربية دون علم منه بأنه طلق زوجته،وهنا وباتفاق الفقهاء الطلاق لا يقع لانتفاء النية فيه[3].

---

[1] باديس بوقرة، المرجع سابق، ص 80.

[2] عمادة حميدة، موسى مرمون، إشكالية اليقين إرادة الزوج في الطلاق، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة، قسنطينة، 2020، ص 254.

[3] عمادة حميدة، مرجع سابق، ص 820.

Scanned with CamScanner

ثانياً: أركان الطلاق في قانون الأسرة

المتصفح للنصوص القانونية التي نظم المشرع من خلالها موضوع الطلاق يلاحظ أن المشرع لم يأتي على النص على أركان الطلاق أو شروطه خلافاً للفقه الإسلامي، مما يستوجب منا الرجوع إلى هذه الأخيرة للاستدلال بأحكامها في هذه المسألة، وذلك بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة، إلا أن يمكن استنتاجه من خلال نص المادتين 48 و49 من ذات القانون بقولها: "الطلاق يوقع بإرادة الزوج"، بإرادة يراد بها أن يكون الزوج عاقلا، وبالتالي يستبعد طلاق المجنون لأنه لا يقع الاعتبار بفاقد الإرادة، كما أن الإرادة المطلوبة في الطلاق تقتضي خلوها من العيوب كعيب الإكراه، وعليه فإنه يمكن القول أن الطلاق الكره لا يقع لاعتباره ارادته بها عيب[1].

أما البلوغ (الأهلية) فإنه وفقا للقواعد العامة وعلى اعتبار الأهلية شرطا من شروط الزواج فإنه يشترط تبعا لذلك أن يكون الزوج بالغا سن 19 سنة وخاليا من عوارض الأهلية، كما نلاحظ أنه لم يتطرق إلى طلاق الهازل أو المخطئ أو السكران...الخ وغيرها من أنواع الطلاق التي يكون محل خلاف في مسألة الإرادة والعقل بل ترك الأمر بيد الفقه الإسلامي واعتبر مرجعيته في حال غياب نص قانوني[2].

أما فيما يخص ركن المطلقة فإن المشرع لم يأتي على تنظير هذه المسألة ولم يتطرق إليها مما يحيلنا إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة في غياب النص، كما أنه يتطرق أيضا إلى ألفاظ الطلاق أو طرق التعبير عن الإدارة فيما يخص التعبير عنها بالكتابة أو الإشارة، غير أن طبيعة عقد الزواج الخاصة تلزمنا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية بشكل أولى، إلا أنها تناولت الموضوع بدراسة شاملة ومحيقة لا تترك معه مجالا للشك[3].

أركان الطلاق وحدها ليست كافية لصحة الطلاق بل وجب أيضا توافر مجموعة من الشروط، كما أن تخلف شرط من هذه الشروط من شأنه التأثير على صحة الطلاق

---

[1] باديس بوقرة، مرجع سابق، ص 300.

[2] محمد نوفيق قاديري، أهمية تحديد طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية قي القانون الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة، 2021، ص 920.

[3] محمود توفيق قاديري، مرجع سابق، ص 800

Scanned with CamScanner

وذلك لارتباط هذه الشروط بالأركان ارتباطا وطيدا، ومن خلال الفرع الموالي ستدرس الأمر بالتفصيل[1].

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة إخلال شروط الطلاق

من الملاحظ من خلال دراسة التنظيم الفقهي والقانوني للطلاق أن أركانه وشروطه تجمعهم علاقة ترابط وتكامل فالشروط عبارة عن تفصيل وتحليل لها حملته الأركان هذا ما شوف يتم دراسته من خلال الفرع الأول شروط الطلاق والفرع الثاني طرق وكيفية التعبير عن الإرادة[2].

الفرع الأول: شروط الطلاق

الرجل أو الزوج هو مخول في الأصل بإيقاع الطلاق على اعتبار العصمة في يده، فإنه وحتى يكون طلاقا صحيحا وجب وجود شروط لازمة:

البلوغ:

وجب توافر شرط البلوغ في الزوج، فإن الطلاق الواقع من الصبي لا يقع سواء كان مميز أم لا، وذلك راجع إلا أن الطلاق يعد من التصرفات الضارة ضررا محضا، لذا يشترط فيها أن يكون نوقعه أهلا لذلك[3].

العقل:

يعدّ العقل شرط تكليف حتى يقع الطلاق، وعليه فإنّ الفقهاء اتفقوا على عدم وقوع الطلاق ممن لا عقل له كالمجنون والحقوا حكمه بحكم طلاق صبي، إلا أنهم اختلفوا في بعض المسائل فكانت آرائهم كالآتي:

1. **طلاق الغضبان:** عرف أيضا بالطلاق الإغلاق، الغضب درجات وأقصى الدرجات الاغلاق حيث يغيب الادراك ويصل فيه الغضبان إلى درجة تشبيه الحنوت[4].

وفي هذه الحالة تلفظ بالطلاق فإن طلاقه يقع علة قوليه:

---

[1] عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص246.

[2] بادرس بوقرة، المرجع نفسه، ص300.

[3] أحمد ديب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط ملكية مذيلة والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر، 2015، ص 53.

[4] أحمد ديب، مرجع سابق، ص 60.

Scanned with CamScanner

الأول: إذا كان الغضب تشديد بحيث لا يعقل معه ما يقول ويخط ويكون طلاقه غير معتمد مصدقا لقوله -صلى الله عليه وسلم- "لا طلاق ولا عناق في إغلاق".

الثاني: أما إذا كان الغضب بحيث يعقل معه ما يقول، ويفعل فهو الطلاق يقع فإن الزوج مدرك لما يفعله[1].

2. **طلاق المكره:** الاكراه عيب من عيوب الرضا كما سبق وأن تطرقنا له، فالزوج إذا إذا أكره على تطليق زوجته فطلاقه لا يقع، لانتقاء القصد من الطلاق لإرغامه عليه، لقوله -صلى الله عليه وسلم-" إن الله تجاوز عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[2].
3. **طلاق السكران:** المسكرات من المحرمات وتعتبر معصية لأنها تذهب من العقل، فإذا تلفظ الزوج بالطلاق وهو تحت تأثير السكر هنا كان القول على رأيين:

الأول: إذا كان تحاول السكر لضرورة أو مرض أو جهل أو إكراه وتلفظ بالطلاق هنا اتفقت الآراء الفقهية على أن الطلاق لا يقع، حيث يطلق على هذه الحالة: حالة سكر المباح لأنه لم يكن عن معصية[3].

الثاني: إذا أسكر الرجل عمدا وعد معصية منه فإن طلاقه يقع حتى وإن كان السكر على عقله، وذلك عقابا له على معصيته[4].

4. **طلاق السفيه:** السفيه هو خفيف العقل الذي يتصرف تصرفات تخالف مقتضر العقل السليم بعد طلاقه، إذا تلفظ به لفظ نافذا باتفاق المذاهب الفقهية، ولو تم دون إذن وليه فطلاقه صحيح[5].

---

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل للأمر 05،0ç الأسرة والتشريع، دار لؤي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 55.

[2] محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 60.

[3] حوحو رميساء، بوسطالة شهرزاد، الطلاق الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ص 675

[4] لطيفة بهى، الطلاق الالكتروني ومدى صحته، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، 2015، ص 268.

[5] حوحو رمسياء، مرجع سابق، ص 200.

Scanned with CamScanner

5. **طلاق المدهوش:** المدهوش من إذا اعترته حالة من الانفعال واختلطت عليه الأمور فلا يعرف ماذا يقول أو ماذا يتصرف، درجة الانفعال هاتهوالتي تكون لأي سبب كالخوف الشديد أو الحزن أو الغضب فإذا تلفظ بالطلاق لا يقع قياسيا[1].
6. **طلاق الموسوس:** يقصد بالوسوسة الانشغال بالتفكير في مجموعة من الأفكار، ويكون التفكير بطريقة غير منطقية مما تدفع الإنسان إلى التصرف بسلوك فيكون خارجا عن المألوف هذا إذا دلّ فإنما يدل على أن عقل الرجل في هذه الحالة يكون مشوشا وغير صافي الذهن، لما اعتبر الفقه الإسلامي الذي يصدر من الزوج في حالة الوسوسة لا يقع لعدم صحة العقل والإرادة، لاعتبار الوسوسة فعل من عمل الشيطان.
7. **طلاق الغائب:** إذا طلق الزوج زوجته وهو غائب عنها فإنه يقع ما دامت الزوجة قد علمت به وعلم به الغير[2].
8. **طلاق الكافر:** إذا كان الرجل أثناء تلفظه بالطلاق في حالة كفر فلا يقع، والأمر ذاته إذا كانت الزوجة مسلمة وزوجها غير مسلم حين تلفظ بالطلاق فلا يقع عليه طلاقه[3].

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة في الطلاق

يشترط في التعبير عن الإرادة وعن الطلاق التام شروط سنتطرق إليها:

1.التعبير عن الإرادة في الطلاق باللفظ:

يتم التعبير عن الإرادة في موضوع الطلاق متى تلفظ الزوج بألفاظه أو عبارات تدل على فك قيد الزوجية أو ما يدل على ذلك[4]، وينقسم التعبير باللفظ المستعمل في الطلاق من حيث دلالته إلى نوعين:

أ. **اللفظ الصريح:**

---

[1] حوحو رميساء، مرجع سابق، ص 208.
[2] سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق السرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019، ص 275.
[3] سنوسي علي، مرجع سابق، ص 700.
[4] سنوسي علي، مرجع سابق، ص 400.

Scanned with CamScanner

الصريح من اللفظ هو ما تكون عباراته في ظاهرها مطابقة لنية الزوج عند تلفظه بها، وقد عرف اللفظ الصريح في الطلاق، على أنه اللفظ المستعمل في حل عقدة الزواج ولا يستعمل في غيره[1].

أما الألفاظ الصريحة التي تدل على الطلاق فقد اختلف الفقهاء في تحديدها وانقسموا بين القائل بأن الطلاق صراحة يكون بالألفاظ المنشقة من لفظ الطلاق في حد ذاته، كأنت طالق أو طلقتك أو أنا طالق منك، حكمه مما لا غبار عليه أن الطلاق الصريح يقع باتفاق الآراء[2].

ب. اللفظ الكنائي:

بداية يمكن تعريف الكناية في اللفظ على أنها أن تتكلم بشيء وتقصد غيره، أما المقصود باللفظ الكنائي في الطلاق ذلك اللفظ الذي يحتمل غيره، ولا يكون طلاقا إلا بنية المتلفظ، كما أنه ينقسم في صيغته إلى قسمين:

- **كناية ظاهرة:** تمثل ألفاظها في أنت طالق، حيلك على عابرك، أنت بتة أو أنت بتلة، أنت مربة، أنت خلية[3].
- **كناية خفية:** تكون بأي لفظ كـ: اذهبي، انصرفي، فارقنا، وهي غالبا ما تكون ألفاظا تستعمل في العموم، أي لا نجد استعمالا لها في الطلاق، حكم الألفاظ المستخدمة في الكناية الخفية إذا لم يصاحبها نية الطلاق لا يقع[4].

2. التعبير عن الإرادة في الطلاق بالكتابة:

قد يتم التعبير عن الإرادة في الطلاق من خلال الكتابة، لكن مسألة الكتابة في الطلاق مختلفة عن اللفظ لأن مسألة ايقاعه من عدمه كانت على اختلاف فقهي:

---

[1] تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق وأثره في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2021، ص 333.

[2] تواتي نورة، مرجع سابق، ص 335.

[3] تواتي نورة، مرجع سابق، ص 80.

[4] عمري رشيد، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 01 أحمد بن بلة، 2018، ص 245.

Scanned with CamScanner

أ. **الرأي الأول:** رأى بأن الكتابة إذا كانت مستبينة وواضحة لا تترك مجالا للشك فإن الطلاق يقع حتى وإن كان المطلق قادرا النطق[1].

ب. **الرأي الثاني:** اشترط أن تكون الكتابة مستبينة وواضحة لا تترك مجالا للشك فإن الطلاق يقع حتى وإن كان المطلق قادرا على النطق.

ج. **الرأي الثالث:** اشترط أن تكون الزوجة غائبة عن المجلس، أو إذا كان المطلق غير قادرا على الكلام، فإذا كانت حاضرة فإن المطلق إذا كان قادرا على الكلام فإن الكتابة لا تقوم مقام اللفظ، أما إن كان قادرا فإن الطلاق يقع[2].

3. التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة:

قد يعبر الزوج عن إرادته في الطلاق بالإشارة، وقد اختلف الفقهاء في تقدير حكم الطلاق الذي يقع من خلال الإشارة، إلى القائل بوقوعه وقع من الزوج الذي لا يستطيع الكلام أو التعبير عن إرادته باللفظ كالأخرس، وعدم قدرته على التعبير بالكتابة، والذين لم يقرر إذا كان الزوج قادرا على الكلام لأن اللفظ أقوى من حيث تبوثيته[3].

4.التعبير عن الإرادة في الطلاق الكترونيا:

عرف مجال التكنولوجيا تطور خاصة في الاتصالات وتطورات ملحوظة، وكان ذلك سواء لإبرام عقود الزواج أو انهائها، وتقع هذه الصورة إذا تلفظ الزوج بكل لفظ يفيد فك قيد الزوجية، إما في الهاتف عن طريق اتصال غير مرئي أو عن طريق الاتصال المرئي، أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي أو رسالة صوتية، حكمه يكون الطلاق قد يقع بشأنه شأن الطلاق المتلفظ به بغير الرسائل الالكترونية [4].

---

[1] عمري رشيد، مرجع سابق، ص 300.

[2] هنان مليكة، جوان بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، 2017، ص 742.

[3] يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروح. دكتوراه تخصص قانون خاصن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص18.

[4] يوبي سعاد، مرجع سابق، ص 30.

Scanned with CamScanner

الخاتمة

Scanned with CamScanner

الخاتمة:

في ختام دراستنا لموضوع المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج والطلاق، توصلنا وكإجابة للإشكالية المطروحة، ونتمكّن من قول بوجود تفعيل المسؤولية التقصيرية في كل من زواج وطلاق، وعليه طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في كل من القانون والشريعة الإسلامية، فإن الجزاء المترتب حال وقوع الضرر هو جبره عن طريق التعويض سواء كان ذلك الضرر المادي أو معنوي.

للزوجين الحرية الكاملة في الاتفاق على جميع المسائل والشروط الضرورية ولهما وفق ما اشترط في المادة 19 من قانون الأسرة اشترط ما اتفق عليه في عقد الزواج ذاته العقد رسمي وهي ملزمة لطرفين وكما يمكن وحتى لا ننكر على المضرور حقه، أن نعتمد التعويض على أساس الضرر الدي يقع إثر بطلان عقد الزواج أو قابليته للإهلال وذلك لحماية للزوج المتضرر من بطلان عقد الزواج أو ابطاله.

وفضلا عن ذلك توصلنا إلى بعض النتائج:

- الخطبة لا تعد إلا أن تكون وعدا بالزواج ليس إلا، وللطرفين الحرية الكاملة في تحقيقها خلال اتمامها وتكليلها بالزواج أو العدول عنها.
- الزواج وفقا لمقتضيات القانون هو عقد رضائي، أي الرضا هو القوام الأساسي فيه.
- لا يكون للزوجة أن تتعسف في آثار الطلاق أو في حقوقها المتفرعة عنه انتقاما من الزوج بسبب طلاقه لها.
- كذلك يجب عليهما مراعاة بعضهما البعض ومعاشرة بعضهم بالمعروف.
- الطلاق حق مخول للزوج غير أن هذا الحق هو الآخر ليس مطلقا، بل مقيد بعدم ممارسته بشكل ينافي الشرع والقانون.

أما بخصوص الاقتراحات نأمل أخذها بعين الاعتبار:

- ضرورة إعادة صياغة قانون الأسرة وسد بعض الثغرات.
- ضرورة سن قوانين جديدة تواكب التطور الذي عرفه المجتمع دون الحياد عمّا أتت به الشريعة الإسلامية.

Scanned with CamScanner

- إعطاء القاضي السلطة للنظر في مسائل الطلاق والتأكد من جدّية الأسباب وذلك للانقاص من قضايا الطلاق التي أصبحت تكثر بشكل مخيف.
- وختاما نأمل أن يكون هذا البحث خالصا لوجهه الكريم سبحانه وتعالى، وأن يكون نافعا للغير.

Scanned with CamScanner

قائمة المصادر

Scanned with CamScanner

القرآن الكريم: برواية ورش عن نافع.

قائمة المصادر والمراجع:

القانون رقم 11/84 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر ، ع.24 الصادرة في 12 يونيو 1984 م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـــ 27 فبراير 2005. ج.ر، ع.15

ثانياً: المراجع بالعربية

- أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط ملكية مذيلة والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر، 2015.
- باديس بوقرة، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2013.
- بلحاج العربي، الأحكام الزوجية وأثارها في القانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2013.
- العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأسرة، كنوز الحكمة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار النشر دار هومة، الجزائر، 1996.
- عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي، منشورات تالة، الجزائر، 2000.
- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 2، الأسرة والتشريع، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- منصوري نورة، التطليق والخلع وقف القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

Scanned with CamScanner

- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

ثانيا: المقالات

- أحسن زقورو، الغوط عبد الكريم، سلطة تأديب الزوجة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية/ كلية الحقوق، جامعة عمر ثليجي، 2017، الأغواط، مج01، ع09
- بن عيسى محمد، سالمي موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية البحوث القانونية والسياسية، جامعة عمر ثليجي، الأغواط، مج06، ع1، 2022
- بوسعيد رويضة، عيوب الإرادة في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دراسة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2019، مج 05، ع01.
- بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطية للقانون والإقصاد، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2021، مج 06، ع01،
- بن شويخ رشيد، الخطبة في الزواج دراسة أحكام الفقه والقانون، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر
- حوحو رميساء، بوسطالة شهرزاد، الطلاق الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، زيان عاشور، الجلفة، الجزائر.
- الحاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة أثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر الوادي، ع4، يناير 2012
- شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي أفلو، مج01، ع02، سنة 2018
- شندارلي توفيق، الخطبة والعدول عنها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مارس 2020.

Scanned with CamScanner

- عمري رشيد، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران 01، أحمد بن بلة، 2018.
- عمادة حميدة، موسى مرمون، إشكالية اليقين إرادة الزوج في الطلاق، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة، قسنطينة، 2020.
- لطيفة بهى، الطلاق الالكتروني ومدى صحته، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، 2015
- محمد توفيق قاديري، أهمية تحديد طبيعة حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية قي القانون الجزائري، مجلة صوت القانون، جامعة جيلالي بونعامة خميس مليانة، 2021.
- محمد رشيد بوغزالة، طبيعة الخطبة وحكم العدول عنها وأثره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الواد، 2009
- محمد باوني، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة قسنطينة.
- هنان مليكة، جوان بن عامر، النقص التشريعي في أحكام الطلاق الرجعي وأثره على جريمة الزنا، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، 2017
- تواتي نورة، تعسف الزوج في الطلاق وأثره في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، 2021.

ثالثا: الرسائل الجامعية

دكتوراه:

- بن أحمد رانيا، تفعيل المسؤولية التقصيرية في مسائل الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2024.
- يوبي سعاد، الحضانة في القانون الدولي الخاص، أطروح. دكتوراه تخصص قانون خاصن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2018-2019.

Scanned with CamScanner

- سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق السرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019.

ماجستير:

- عبد اللطيف بومبعي، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد لخضر الوادي، 2014-2015.
- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015

رابعا: المحاضرات

- بالعربية خالدية، آثار عيوب الرضا في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015.
- بن عيسى محمد سالمي موسى، الطبيعة القانونية للخطبة دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانون المدني، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، جامعة عمر تاليعي، 2022.
- عمارة حميدة، موسى مرمونا، إشكالية تيقين إرادة الزوج في الطلاق بين الأصالة.
- وليد ضيف، عليد حمانية، قيود الزوجات بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022.

Scanned with CamScanner

الفهرس

Scanned with CamScanner

Table of Contents

مقدمة ..... Error! Bookmark not defined.

الفصل الأول: تفعيل المسؤولية التقصيرية في قضايا الزواج.....2

المبحث الأول: انعقاد المسؤولية التقصيرية في المسائل المتعلقة بالخطبة....3

المطلب الأول: مفهوم الخطبة..... 3

الفرع الأول: تعريف الخطبة لغة..... 3

لغة:..... 3

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للخطبة..... 4

أ- تعريف الخطبة في الفقه القديم:..... 4

ب- تعريف الخطبة في الفقه المعاصر:..... 4

ج- التعريف القانوني للخطبة:..... 4

المطلب الثاني: أنواع الخطبة وحكمها..... 5

الفرع الأول: أنواع الخطبة..... 5

أولاً: الخطبة بالتصريح..... 5

ثانيًا: الخطبة بالتعريض..... 5

ثالثًا: الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية..... 6

الفرع الثاني: مشروعية الخطبة..... 6

حكم الخطبة:..... 6

المطلب الثالث: المسؤولية التقصيرية في حالة العدول عن الخطبة..... 8

الفرع الأول: حكم الهدايا والمهر في حالة العدول عن الخطبة..... 8

الفرع الثاني: حكم التعويض المبني على أساس المسؤولية التقصيرية..... 9

أولا: استحقاق التعويض..... 10

أ. الخطأ التقصيري كأساس للتعسف في استعمال حق العدول:..... 11

ب. الضرر التقصيري كأساس للتعويض عن العدول عن الخطبة..... 11

ج. عناصر التعويض عن العدول..... 12

أولاً: الضرر المادي..... 12

ثانيًا: الضرر المعنوي..... 13

أ- الضرر الناتج جراء تفويت الفرص..... 13

ب-الضرر الناتج جراء المساس بالسمعة والشرف..... 14

المبحث الثاني: تفعيل المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بأحكام الزواج 17

المطلب الأول: مفهوم الزواج..... 17

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة..... 17

Scanned with CamScanner

أولاً: الزواج في الفقه القديم..... 18
ثانيا: الزواج في الفقه المعاصر..... 19
الفرع الثاني: تعريف الزواج قانونا..... 19
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بركن الرضا..... 20
الفرع الأول: الإطار القانوني لركن الرضا..... 20
أولاً: الرضا بشخصية طرفي العقد الزواج..... 20
ثانياً: الرضا بالمهر..... 20
الفرع الثاني: انعدام ركن الرضا..... 21
المطلب الثالث: عيوب الإرادة في الزواج..... 24
الفرع الأول: عيوب الإرادة..... 24
أولاً: الغلط..... 24
أ-غلط في ماهية عقد الزواج:..... 24
ب. غلط في تسمية أحد الزوجين..... 24
ج. غلط في صيغة عقد الزواج..... 25
د. الغلط في ذاتية الزوجين..... 25
ثانيا: حكم الزواج المشوب بعيب الغلط وآثاره القانونية..... 25
ثالثا: الإكراه..... 26
رابعا: أثر الزواج المشوب بعيب الإكراه وحكمه..... 26
أ. التغرير في الكفاءة..... 27
ب. التغرير في السلامة من العيوب..... 27
ج. التغرير في موانع الزواج..... 27
حكم الزواج المشيب بعيب التدليس وآثاره..... 28
الفرع الثاني: التعويض الناجم عن الأضرار اللاحقة ببطلان الزواج..... 28
الفصل الثاني: دور المسؤولية التقصيرية في قضايا الطلاق..... 31
المبحث الأول: الاختلالات الواردة على أحكام الطلاق..... 32
المطلب الأول: مفهوم الطلاق..... 32
الفرع الأول: تعريف الطلاق..... 32
أولاً: التعريف اللغوي للطلاق..... 32
ثانيًا: التعريف الاصطلاحي للطلاق..... 33
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق وحكمه..... 33
أولا: مشروعية الطلاق..... 34
ثانيا: حكم الطلاق..... 35
أ. مذهب مجيزين الطلاق..... 35
ب. مذهب المنكرين للطلاق..... 35

Scanned with CamScanner

ج. أحكام الشريعة الخاصة بالطلاق..... 36
المطلب الثاني: أنواع الطلاق.....36
الفرع الأول: الطلاق في الفقه الإسلامي..... 37
1. الطلاق الصريح:..... 37
2. الطلاق الكنائي:..... 37
الرأي الأول:.....38
الرأي الثاني:.....38
الرأي الثالث:.....38
3. الطلاق السني.....38
4. الطلاق البدعي.....38
الفرع الثاني: أنواع الطلاق في القانون..... 40
أولا: الطلاق بإرادة منفردة للزوج..... 40
ثانيا: الطلاق بالتراضي..... 40
ثالثا: التطليق (الطلاق بطلب الزوجة).....41
رابعا: الخلع..... 41
المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بأركان الطلاق..... 43
المطلب الأول: آثار الإخلال بأركان الطلاق من حيث المسؤولية التقصيرية.. 43
الفرع الأول: أركان الطلاق..... 43
أولاً: أركان الطلاق في الفقه الإسلامي..... 44
1- ركن المطلق:..... 44
2- ركن المطلقة:.....44
3- ركن صيغة الطلاق.....44
4- ركن القصد:.....44
I- طلاق الهازل:..... 45
II- طلاق المخطئ:.....45
III- طلاق الفضولي:.....45
IV- طلاق الجاهل:..... 45
ثانياً: أركان الطلاق في قانون الأسرة..... 46
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في حالة إخلال شروط الطلاق.....47
الفرع الأول: شروط الطلاق..... 47
البلوغ:..... 47
العقل:.....47
الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة في الطلاق..... 49
1.التعبير عن الإرادة في الطلاق باللفظ:..... 49

Scanned with CamScanner

أ. **اللفظ الصريح:**..... 49
ب. اللفظ الكنائي:.....50
2. التعبير عن الإرادة في الطلاق بالكتابة:..... 50
3. التعبير عن الإرادة في الطلاق بالإشارة:..... 51
4.التعبير عن الإرادة في الطلاق الكترونيا:.....51
***الخاتمة:*..... 53**
***قائمة المصادر والمراجع:*.....56**
***ملخص:*..... 65**

Scanned with CamScanner

ملخص:
تعالج هذه المذكرة مسألة "المسؤولية التقصيرية المتعلقة بالزواج والطلاق"، تم التطرق من خلالها لجميع المسائل المتعلقة بأحكام الزواج من خطوته الأولى المتمثلة في الخطبة وكذا الأحكام المتعلقة بالطلاق، فضلا عن تناولهما أهم نقطة في القضية ككل ألا وهي الحقوق المترتبة عن طل مسألة، وجدود ممارستها من صاحبها، وهذا يجعله إذا كان قد وقع في ضرر يتم جبره بالتعويض.
الكلمات المفتاحية:الخطبة، الزواج، الطلاق.

Résumé:

Ce mémoire traite de la question de la responsabilité délictuelle dans les affaires de mariage et de divorce.

Il aborde l'ensemble des règles relatives au mariage depuis sa première étape représentée par les fiançailles ainsi que les dispositions juridiques relatives au divorce.

Il met également l'accent sur le point essentiel de cette problématique, à savoir les droits découlant de chacune de ces situations et les limites de leur exercice par leurs titulaires. Ainsi, lorsque un dommage est causé, celui-ci peut être réparé par l'octroi d'une indemnisation.

Mots clés : ***fiançailles, mariage, divorce, dommage, indemnisation.***

Scanned with CamScanner