جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص قانون الأسرة

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله

إعداد الطالبتين:

1/ خلفلاوي لمياء

2/ طالبي أميرة

تحت إشراف

الدكتور: علال ياسين

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	حميداني محمد	8 جامعة ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	رئيسا
2	علال ياسين	8 جامعة ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	مشرفا
3	فرنان فاروق	8 جامعة ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى الوالدين الكريمين – حفظهما الله–

إلى ثمرة الحياة: ابنيي يحيى.

إلى إخوتي و أخواتي كل باسمه وجميل وسمه.

كما لا أنسى زملائي و زميلاتي في العمل.

خلفلاوي لمياء

إهداء

أهدي ثمرة جهدي في انجاز هذا البحث

إلى والدي العزيزين، أطال الله في عمرهما ، وإلى إخوتي سندي.

إلى زوجي رفيق دربي، وأولادي فلذات الأكباد.

إلى جميع من تلقيت منهم النصح والدعم أصدقائي وزملائي في العمل.

أهديكم خلاصة جهدي العلمي.

طالبي أميرة

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة، وأعاننا ووفقنا في انجاز هذا العمل.

نود في مستهل هذا البحث، أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى الأستاذ المشرف"علال ياسين"، الذي غمرنا بجميل تواضعه وجم أدبه، وعلى التوجيهات القيمة والملاحظات السديدة التي قدمها لنا منذ بداية هذا العمل، والتي كان لها بالغ الأثر في انجاز هذه المذكرة .

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة، والمتكونة من الأستاذ حميداني محمد، والأستاذ فرنان فاروق على قبولهم مناقشة مذكرتنا ، وما بذلوه من جهد في قراءتها وتقديم ملاحظاتهم القيمة.

كما نتقدم بالشكر للأساتذة الأفاضل ممن سبق وأن نهلنا من فيض علمهم، ونخص بالذكر أساتذتنا الكرام الذين أشرفوا على تكوين دفعة قانون الأسرة.

إلى كل من مهد لنا طريق العلم والمعرفة، فالشكر موصول إليهم جميعا.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ق.أ.ج.....قانون الأسرة الجزائري

ق.م.ج.....القانون المدني الجزائري

ق.ع.ج.....قانون العقوبات الجزائري

م.ع.غ.أ.ش.....المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

ج.ر.....الجريدة الرسمية

ف..... الفقرة

م.....المادة

ج.....الجزء

ط.....الطبعة

ص.....الصفحة

د.ت.ن.....دون تاريخ نشر

د.ب.ن.....دون بلد نشر

ثانيا:باللغة الفرنسية

-P…….Page

مقدمة

مقـــدمـــــة

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق من كبرى النظريات القانونية التي أقرتها جل التشريعات الحديثة، لما لها من فعالية في تقييد استعمال الحقوق، ووضع الإطار العام الذي يحكم ويوجه سلوك صاحب الحق عند استعماله لحقه، بأن يكون وفقا للغاية التي شرع من أجلها ودون الإضرار بالغير.

وتجد نظرية التعسف في استعمال الحق مبناها في الشريعة الإسلامية، انطلاقا من فكرة الحق المقررة شرعا للفرد وللجماعة، وما يتحقق من ورائها من مصالح مشروعة. فالشريعة الإسلامية جاءت لحفظ وتحقيق مصالح العباد ودرء المفاسد، وتوجيه استعمال الحقوق وفق ما شرعت لها، حتى لا تصطدم الحقوق مع بعضها، وحتى لا تصطدم مصالح الفرد مع مصالح الجماعة، فهي تقوم على مبدأ التوازن في كل تصرف، فيراعى فيه المصلحة الشرعية بما يضمن تحقيق العدالة والإنصاف، كما أنها لا تنظر إلى ظاهر الفعل كونه مباحا فحسب، وإنما إلى ما سيؤول إليه عند القيام به.

ومنه فنظرية التعسف في استعمال الحق تجد أساسها في الفقه الإسلامي، فالتصرف أيًّا كان منشأه، لابد أن يحقق المصلحة الشرعية المقترنة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فيكون التصرف مطابقا لما شرع له وبما يضمن تحقيق المصلحة المتوخاة منه، فإن كان التصرف سيرتب ضررا بالغير أو مصلحة غير مشروعة، كان هذا التصرف تعسفا لابد من درئه إذ لا ضرر ولا ضرار.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بهذه النظرية وخصص لها في البداية المادة 41 من القانون المدني بصيغة عامة تنطبق على جميع نواحي القانون[1]، ثم بموجب القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، نقل نظرية التعسف في استعمال الحق إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني، وحدد من خلالها الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق تعسفيا.

ولعلّ من أخطر الحقوق وأهمها والتي يترتب على سوء استعمالها أضرارًا بالغير، هي الحقوق المتبادلة داخل الأسرة، وهاته الأخيرة أساس تكوينها هو عقد الزواج، الذي يعتبر من أسمى العقود وأهمها وأقدسها فسمي في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، قال الله تعالى:**{وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا}**[2].

1– أنظر نص المادة 41 (الملغاة) في ظل الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالصياغة الآتية،"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية: –إذا وقع بقصد الإضرار بالغير – إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير – إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

2– سورة النساء، الآية 21.

لذلك اهتم المشرع الجزائري بالتأطير القانوني لعقد الزواج بدءا من مقدماته وهو ما يطلق عليه بالخطبة، فانعقاده وما يرتبه من الحقوق الزوجية، وكذلك في حالة انحلاله، سعيا منه إلى استقرار الحياة الزوجية ودوامها ومحافظة على الحقوق بين الزوجين، وذلك بضبطها على أساس منع التعسف في استعمال الحق سواء في الزواج أو عند انحلاله.

***أهمية الموضوع:**

وتكمن أهمية موضوع نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله في أهمية الحق في محيط الأسرة، فالشريعة والقانون أقرا بفكرة الحق، فلكل من الزوجين حقوق يتمتع بها، غير أن النوازع النفسية والسعي إلى المصلحة الذاتية قد يؤدي إلى المساس بحقوق الطرف الآخر، فتكون نظرية التعسف ضامنة لعدم انقلاب الحق من مصلحة مشروعة، إلى مفسدة ومضرة تلحق الغير نتيجة تعسف صاحب الحق في استعمال حقه.

كما أن هذه الدراسة لها أهمية من الناحية الواقعية، كون التعسف في استعمال الحق خاصة في قضايا الأسرة من المسائل الحيوية، خصوصا مع تنامي الدعوة إلى التمتع بالحقوق والحريات على أوسع نطاق، والمناداة بوضع حد لأي شكل من أشكال التعسف والعنف، ووجوب احترام حقوق وحريات الأفراد، إضافة إلى أن سوء استعمال الحقوق داخل الأسرة سيؤدي إلى اضطرابها وعدم استقرارها، لا سيما والأسرة اليوم تشهد تغيرات متوالية تحمل أفكارا متعددة الاتجاهات لهدم كيانها.

***أسباب اختيار الموضوع:**

تتلخص أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فأما الأسباب الذاتية فتتجلى في كون هذا الموضوع من المواضيع الجديدة، إذ هو مجال خصب للدراسة، كما أنه شامل لمختلف المواضيع التي درسناها في تخصصنا وهو "قانون الأسرة".

وأما الأسباب الموضوعية، فتعود إلى ما نعيشه في وقتنا الحالي من نزاعات وقضايا مطروحة أمام المحاكم في قضايا شؤون الأسرة، والتي أساسها التعسف في استعمال الحقوق الزوجية. إذ أن المشرع الجزائري قد تناول نظرية التعسف في استعمال الحق من خلال مادة واحدة فقط في القانون المدني، بالرغم من اتساع مجال تطبيق هذه النظرية وشموليتها، حيث طبقت في عدة مجالات ومن بينها مسائل الزواج وانحلاله، ما أدى إلى طرح عدة إشكالات من الناحية العملية، خاصة وأن التعسف في استعمال الحقوق في نطاق الأسرة، ينجر عنه نتائج سلبية تهدد استقرار الحياة الزوجية واستمرارها.

***أهداف الدراسة:**

حيث نهدف من خلال هذه الدراسة إلى:

-الوقوف على تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في نطاق الأسرة، إذ أنها لا تنحصر فقط على حقوق الملكية، بل هي نظرية شاملة حيث يمتد تطبيقها إلى الأحوال الشخصية.

-معرفة كل من طرفي العلاقة الزوجية حدود استعمال حقوقهما، لأن معظم النزاعات والمشاكل الأسرية أساسها الجهل وسوء الفهم لاستعمال هذه الحقوق، وكذا الأنانية وتقديم المصلحة الشخصية دون الالتفات إلى مصلحة الطرف الآخر، فكل ذلك سيؤدي إلى تحول الحق إلى مضرة بالغير.

-إبراز مدى مساهمة نظرية التعسف في استعمال الحق وقانون الأسرة الجزائري في ضبط وحماية الحقوق الزوجية من التعسف.

-الوقوف على ما وصل إليه القضاء الجزائري عند فصله في المنازعات التي يكون موضوعها التعسف في استعمال الحق في مسائل الزواج وانحلاله، بداية من مقدمات الزواج ومرورا بفترة قيام الرابطة الزوجية، وانتهاء بحالات التعسف الممارسة عند انحلال الزواج.

***الدراسات السابقة:**

ولقد كانت هناك دراسات سابقة في هذا الموضوع نذكر منها:

1-كتاب تحت عنوان "التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية"، لتبوب فاطمة الزهراء، سنة 2016، والتي ركزت على التطبيقات القانونية لنظرية التعسف في استعمال حق الملكية وفي استعمال حقوق أخرى دون التعمق في تطبيقاتها في مجال قانون الأسرة.

2-أطروحة الدكتوراه تحت عنوان "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة" لمسعود نعيمة إلياس سنة 2009، والتي ركزت من خلالها على فكرة الضرر في مسائل الزواج والطلاق، دون ابراز فكرة التعسف في هذين الموضوعين.

3-أطروحة الدكتوراه تحت عنوان "مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي" لسنوسي علي سنة 2019، والتي تناول من خلالها عدة تطبيقات للتعسف في الحقوق الأسرية. وهي دراسة في ظل النصوص القانونية السابقة -خاصة في فكرة العنف الزوجي- والتي لحقتها عدة تعديلات قانونية لم تشملها الدراسة.

وعليه فإن الدراسات السابقة للموضوع لا تغني عن البحث فيه، ذلك أن دراستنا كانت بتحديد أصول نظرية التعسف وضوابطها ومعاييرها فقها وقانونا، وبعد ذلك أبرزنا تطبيقات هذه النظرية في قضايا شؤون الأسرة قبل نشوء الرابطة الزوجية، وعند ممارسة الحقوق الزوجية، وفي حالة انحلال الزواج.

***صعوبات الدراسة:**

هذا وقد اعترضننا عدّة صعوبات لإنجاز هذا العمل، نذكر منها قلة المادة العلمية ضمن المصادر المحلية وتناثرها ضمن صفحات المراجع، وندرة الكتب المتخصصة في الفقه الإسلامي، كذلك ضيق الوقت بالنسبة لموضوع التعسف وتطبيقاته في شؤون الأسرة خاصة، وأننا حاولنا أن نلم بعدّة تطبيقات لهذه النظرية.

***الإشكالية:**

يثير هذا الموضوع إشكالية رئيسية مفادها:

ما مدى فعالية تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مسائل الزواج وانحلاله ؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة فرعية أهمها:

-ما أثر نظرية التعسف في استعمال الحق على حقوق طرفي عقد الزواج أثناء مرحلة الإنشاء من خلال الخطبة وولاية التزويج؟

-وما هي مجالات تطبيقها على ممارسة الزوجين لحقوقهما؟

- وإذا انحلت الرابطة الزوجية كيف أثرت هذه النظرية على حقوق الفرقة بين الزوجين؟

- وهل تعرض المشرع الجزائري لتطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري؟

***المناهج المتبعة:**

إن الإجابة على الإشكالية المطروحة والوصول إلى نتائج مقبولة، فرضت الإستعانة بالمنهج المقارن، من خلال تبيان مفهوم نظرية التعسف في استعمال الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الفصل التمهيدي، كما اعتمدنا على المنهج المقارن عند المقارنة بين النصوص القانونية المتعلقة بقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد التعديل، وكذلك عند المقارنة بين الطلاق التعسفي والتعسف في الخلع في الفصل الثاني من البحث.

كما تم الاستعانة بالمنهج التحليلي عند تحليل النصوص القانونية، و كذا عند تحليل مظاهر التعسف على اختلافها في المحيط الأسري وإسقاط معايير التعسف عليها.

***الخطة الإجمالية:**

للإجابة على الإشكالية المطروحة موضوع الدراسة، قسمنا المعلومات ضمن خطة بحث متكونة من فصول ومباحث على النحو التالي:

الفصل التمهيدي:نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق بين مفهوم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقـــه الإسلامـي والقانون الوضعي

الفصل الأول: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج

المبحث الأول: تطبيقات نظريه التعسف في استعمال الحق عند إنشاء عقـــد الـــزواج

المبحث الثاني: التعسف في ممارسة الحقوق الزوجية

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في انحلال عقد الزواج

المبحث الأول: التعسف في حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج – الطلاق التعسفي–

المبحث الثاني: التعسف في حق الخلع.

الفصل التمهيدي

نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل التمهيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لم يكن لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تظهر إلى الوجود إلاّ بعد تطور مفهوم فكرة الحق، إذ لم يعد لصاحب الحق مطلق الحرية في استعماله كما يشاء، بل أصبح مقيدا بالغاية التي شرع الحق لأجلها، حيث قبل الوصول إلى هذا المفهوم المتطور لفكرة الحق، ظل الناس ولفترة طويلة معتقدين أن صاحب الحق هو السيد المطلق الذي يستطيع أن يفعل ما يشاء وذلك ضمن القوانين والأنظمة، وجاءت الثورة الفرنسية ورسخت ذلك خاصة بعد صدور القانون المدني سنة 1804، إذ اعتبر الفقهاء أن الحقوق المعترف بها قانونيا هي مطلقة، إلى أن جاء الفقيهين الكبيرين من أعلام الفقه الفرنسي هما سالي(saleilles) وجوسران (Josserand)، وحملا لواء هذه النظرية حتى استقرت بواقع ملموس في كل من شروح الفقه واجتهادات القضاء[1].

وقبل ذلك كان لهذه النظرية جذورا ضاربة في الفقه والتشريع الإسلامي، وتجلت في العديد من كتب الفقه فكانت بذلك الشريعة الإسلامية سباقة للفكر الغربي في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق.

وعلى ذلك ارتأينا في هذا الفصل أن نقدم دراسة تمهيدية لنظرية التعسف في استعمال الحق، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بالتعريج أولا على مفهوم التعسف في كلاهما (المبحث الأول)، ثم بيان الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق (المبحث الثاني).

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص948.

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق بين مفهوم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

على اعتبار أن نظرية التعسف في استعمال الحق وردت في الشريعة الإسلامية، كما أنها وردت في القوانين الوضعية، فكان علينا أن نتطرق إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بداءة بعرض مفهوم التعسف في استعمال الحق (المطلب الأول) مرورا إلى المعايير التي تم اعتمادها في قيام وتحقق هذا التعسف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن البحث في مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي يستدرجنا إلى تحديد التعريف اللغوي والشرعي للتعسف في استعمال الحق وبيان أدلته الشرعية(الفرع الأول)، في حين أن دراسة مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي تستوجب عرض التعريف القانوني للتعسف في استعمال الحق، وكذا تمييزه عن مجاوزة حدود الحق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

نستعرض أولا التعريف اللغوي والشرعي للتعسف في استعمال الحق، ثم نبين ثانيا الأدلة الشرعية على التعسف في استعمال الحق من القرآن والسنة.

أولا:التعريف اللغوي والشرعي للتعسف في استعمال الحق

1_التعريف اللغوي للتعسف

يقال عسف عسفا، أخذه بالعنف والقوة وظلمه، ويقال عنف المرأة غصبها نفسها واعتدى عليها[1]. والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، وتعسف فلانا إذ ركبه بالظلم ولم ينصفه، وعسف السلطان تعسف واعتسف وتعسف أي ظلم[2].

2_ التعريف الشرعي للتعسف في استعمال الحق:

لم يرد مصطلح التعسف في كتب الفقهاء الأصوليين، ولم يتعرض المسلمون الأوائل إلى موضوع التعسف كنظريه متحدة، وإنما تعرضوا له تحت مسمى مختلف في باب الضمانات[3]، وقد وردت بدلا منه

[1]–مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2014، ص600.
[2]–ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 9، دار صادر، بيروت، لبنان، 1956، ص246.
[3]-عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر، عمان، 2007، ص17.

كلمة التعنت في المعنى نفسه، ويتفق العنت والتعسف حول معنى يفيد الإضرار بالغير والإيذاء والمشقة والظلم[1].

كما ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار التعسف يندرج تحت باب التعدي بطريق التسبب، فالأستاذ الشيخ أبو زهرة يقول:" وأنه بسبب منع التعسف في استعمال الحق ومنع التعدي على الآحاد، قرر الفقهاء في هذه الحال أن الفعل يتوارد عليه أمران أحدهما الإذن وهو ما يقوم على أصل ثبوت الحق"[2].

أما الأستاذ الدريني فقال في تعريفه:" هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"[3]، ولعل هذا التعريف أوضح جوهر التعسف من خلال مصطلح المناقضة، أي مخالفة غرض الشارع سواء عن قصد أو غير قصد، على أن تكون هذه المخالفة في كل قول أو فعل أذن التصرف به شرعا.

وبذلك يمكن أن نخلص إلى أن التعسف شرعا يتحقق بمناقضة قصد الشارع، بالتصرف في حق من الحقوق على غير الغاية التي شرع الحق لأجلها، ويكون ذلك سببا في المساءلة والمنع من التصرف[4].

ثانيا: الأدلة الشرعية التي أثبتت التعسف في استعمال الحق من القرآن الكريم والسنة النبوية

1-الأدلة الشرعية من القرآن الكريم

قال الله تعالى:**{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَولادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُواْ أَوْلادَكُمْ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُم مَّآ آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُواْ الله وَاعْلَمُواْ أَنَّ الله بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ}**[5]. فلا يجوز للأب أن يفتك الولد من أمه إذا أرادت هذه الأخيرة أن ترضعه دون أجر، وعلى الأم أيضا أن لا تتعسف في استعمال حق الرضاع بغية الإضرار بالأب، فيكون رفضها إرضاع الولد قصد

[1]- محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص279.
[2]-أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن يتيمة، تاريخ التصفح 2022/03/12، على الساعة 11:45، على الموقع الإلكتروني https://nawadr.com/.
[3]-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص84.
[4]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص22.
[5]_سورة البقرة، الآية 233.

الإضرار، ففي هذه الآية نهي صريح عن التعسف في استعمال حق الولاية بالنسبة للأب، وحق الرضاعة بالنسبة للأم. وقوله تعالى:**{ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا }**[1]، فهذه الآية دلالة صريحة على أنه إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة، أو من أجل الضغط عليها ودفعها إلى استعمال حق الخلع حتى تتخلص من ضرر الزوج، فهذا أمر محرم شرعا، أساسه تعسف الزوج في استعمال حق مشروع وهو حق الرجعة.

2-الأدلة الشرعية من السنة النبوية

عن الرسول صلى الله عليه وسلم، ما رواه أبو سعيد الخذري رضي الله عنه:" لا ضرر ولا ضرار"[2]، حيث يعتبر هذا الحديث أصلا من أصول الدين، وأحد القواعد الكلية الكبرى، وهي أساس لمنع الفعل الضار وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد.

كما نهى الرسول صل الله عليه وسلم عن الإضرار بالجار بصدد استعمال حق الملكية، وقضى باقتلاع نخلة لمنع وقوع الضرر، وذلك في حديث سمره ابن جندب حيث أن هذا الأخير يملك نخلة وحتى يصل إليها كان يمر عبر بستان الأنصاري ولكن ذلك أضر بالبستاني، وأصر سمره على إيذاء الأنصاري، فأمر الرسول صل الله عليه وسلم باقتلاع النخلة التي يملكها سمرة بن جندب، وفي ذلك رفع للضرر، وقال عليه الصلاة والسلام لسمره:" إنما أنت مضار" وقال للأنصاري: "اذهب فأقلع النخلة"[3].

الفرع الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

نتطرق في هذا الفرع إلى معنى التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي (أولا)، ثم تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق (ثانيا).

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

1-معنى التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني

عرف فقهاء القانون التعسف في استعمال الحق بتعاريف كثيرة، واختلفوا في ذلك، حيث نجد الفقيه سالي (saleilles) عرفه:" يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق، وليس إساءة استعماله، وأن الحق

[1]-سورة البقرة، الآية 231.
[2]-أخرجه مالك في الموطأ عن عمر وابن يحي عن أبيه مرسلا، كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، حديث رقم 1429.
[3]-رواه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، أبواب من القضاء، حديث رقم 3636، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009،ص478.

الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلة في نطاق الحق المدعى به[1]"، حيث اعتبر التعسف خروج عن حدود الحق فهو من القائلين بعدم وجود التعسف في استعمال الحقوق.

وفي مقابل ذلك عرفه الفقيه حسن كيرة بقوله" إن التعسف في استعمال الحق هو تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها"[2]، أي بمعنى أن التعسف في استعمال الحق هو موضوع مستقل عن مجاوزة الحق، وأيضا من تعريفات الفقهاء للتعسف في استعمال الحق " انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق "[3].

ويبقى كل فقيه يرى التعسف في استعمال الحق من زاوية خاصة، ولا يزال الفقه القانوني لم يحسم التعارض ويتفق حول تعريف محدد للتعسف في استعمال الحق.

2-معنى التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

وبعكس الفقه القانوني، فإن القانون المدني الجزائري لم يتضمن تعريفا للتعسف في استعمال الحق، وإنما حدد حالاته على سبيل المثال لا الحصر، فالمشرع الجزائري نص في المادة 124 مكرر من القانون المدني التي أضيفت بموجب القانون 10/05 على ما يلي:" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛

-إذا كان يرمى للحصول على فائدة قليله بالنسبة للضرر الناشئ للغير؛

_ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعه[4] ".

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق

إذا كان القانون يحمي الحقوق، فانه أيضا يحمي حدود ممارسه هذه الحقوق، وكلما جاوز صاحب الحق تلك الحدود، وتعدى بذلك على حقوق الغير كان مسؤولا عن تعويض الضرر اللاحق بالغير نتيجة

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص314.
[2]-حسن كيرة، المدخل إلى القانون،القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص763.
[3]-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص147.
[4]-الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20يونيو 2005، المتضمن القانون المدني الجزائري.

استعمال حقه[1]. وإذا كان الفقيه الفرنسيplaniol يرى أن مجاوزة حدود الحق هو تعسف في استعمال الحق، فإذا انتهى الحق بدأ التعسف[2]، فإن الفقه الحديث يميز بين كليهما ويذهب إلى التفرقة بينهما.

وفي هذا يقول الدكتور فتحي الدريني:"التعسف يفترض أساسا وجود الحق، أي أن المتعسف يتصرف في حدود الحق الموضوعية لا يتعداها، وعلى هذا فالفعل في التعسف مشروع في ذاته، ولكنه معيب في باعثه ومآله، في حين أن الفعل في المجاوزة غير مشروع لذاته بقطع النظر عن باعثه أو نتيجته حتى لو كانت نتيجته نفعا، ذلك أنه لا يستند إلى حق أصلا، فهو محض تعد"[3].

ومن الأمثلة التي أتخذها الفقه للتفرقة بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة حدود الحق، مثال الشخص الذي يقوم بالبناء فوق أرض الغير أو بالزراعة فيها فهو يعتبر مجاوزا لحدود حقه وارتكب فعلا غير مشروع، ولا يستند إلى حق ولو نفع به غيره، أما الذي يبني حائطا عاليا على أرضه لغاية حجب الضوء والماء على الغير للإضرار به فهو في حدود حقه _أي حق الملكية_، إلاّ أنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه[4].

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن صاحب الحق أثناء ممارسته لحقه المأذون به شرعا، قد يقصد به غايات عديدة منها ما يكون مشروعا، ومنها ما يكون غير ذلك، ولا يتحدد هذا التمييز إلاّ وفقا لمجموعة من المعايير التي تضبط ماهية التعسف في استعمال الحق. وتختلف هذه المعايير في المفهوم الفقهي الإسلامي(الفرع الأول) عن تلك التي اعتمدها القانون الوضعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن قيام التعسف في استعمال الحق وتحققه في الفقه الإسلامي، يستند من جهة على المعيار المعنوي (أولا)، ومن جهة أخرى على المعيار المادي (ثانيا).

أولا: المعيار المعنوي

ويقصد به البحث في العوامل النفسية التي دفعت إرادة صاحب الحق باتجاه التصرف بحقه، من

[1]–إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن، ص270.

[2]-flour (jaque),Aubert(jean.luc),droit civil, les obligations, ,le fait juridique, 9éme éd,éd.DALLOZ, paris, 2001, p113,114 .

[3]-فتحى الدرينى، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت،1984، ص27.

[4]–فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص47.

أجل غاية الإضرار أو قصد غير مشروع على خلاف مقصود الشارع[1]، وهو يحمل شقين:

1-قصد الإضرار: هو توجيه الإرادة نحو غاية محددة وهي الإضرار بالغير والإساءة إليه[2]، ويتحقق ذلك إذا استغل صاحب الحق ما شرع له للإضرار بغيره، وهذا الاستعمال علاوة على أنه مناقضة صريحة لمقصد الشارع من تقرير الحقوق، فإنه مخالفه صريحة لنصوص الشريعة التي تمنع قصد الإضرار بالغير، ولهذا يمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه وتحقيقه، ولكن معرفته من الأمور الصعبة لأنه لا يمكن الاطلاع على مكونات النفس البشرية، ولكن يستعان على الكشف بالأمور الظاهرة المادية، ومنها انتفاء المصلحة الشرعية في استعمال الحق، وأيضا قلة المصلحة المتحققة من استعمال هذا الحق.

ويشترط لقيام قصد الإضرار شرطين أساسيين هما[3]:

- أن يكون عمدا أو قصدا؛

-أن يكون قصد الإضرار قد تمخض واستغرق المصلحة التي حققها.

2-الباعث غير المشروع: وهو الدافع الذي يحرك إرادة المسيء للتصرف إلى تحقيق غرض مباشر[4]، فإن كان قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يتستر وراء استعمال الحق المشروع كاتخاذ عقد الزواج وسيله لتحليل المطلقة ثلاثا. وإذا تعددت البواعث فالعبرة للباعث الرئيسي، وغاية الباعث وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز، ويقصد به أغراض وغايات محرمة، وبذلك يحمل الباعث معنى الاحتيال على قواعد الشريعة[5].

ثانيا:المعيار المادي

وهو ما يعتمد ضابط الموازنة بين مايعنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة[6]، فالشريعة الإسلامية وسعت من نطاق معايير نظريه التعسف في استعمال الحق إلى حد كبير فلم تقتصر على المعيار المعنوي فقط، بل أضافت معيارا ماديا وهو مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي، وهو النظر في مآلات الأفعال، ويشمل هذا المعيار الضوابط التالية:

[1]-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص242.
[2]-جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص162.
[3]- عبير ربحي شاكر القدومى، المرجع السابق، ص38.
[4]- فتحى الدرينى، نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى، المرجع السابق، ص242.
[5]- رائدة نصيرات، المضامين التربوية لنظريه التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كليه الشريعة، جامعه اليرموك، 2011، ص8.
[6]-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص231 .

1-الاختلال البين في توازن المصالح أو انعدام التناسب بين مصلحه الحق والضرر الذي يلحق بالغير فلابد من تغليب المصلحة على المفسدة، فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيرا يتناقض وهذا الضابط المعهود في الشرع، ومن ثم يتحقق التعسف[1]. و مثال ذلك احتكار التاجر للسلع التي يحتاجها الناس، فهو في هذا التصرف يحقق زيادة ربحه ببيع السلع بأكثر من ثمنها، ولكنه أدى إلى إلحاق الضرر العام بالناس[2].

2-ترتب الضرر الفاحش اعتمد الفقهاء المسلمون هذا المعيار لتنسيق المصالح المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية[3]، ويقصد به كل ضرر يكون سببا في تعطيل الاستفادة من الملك بحيث تسقط و تنتفي عن صاحبه صفه الملكية وما تتضمنه من منافع وامتيازات[4]. ولعل أحسن مثال على ذلك الأضرار المادية والمعنوية التي تنشأ عن العلاقات الجوارية فتمنع الانتفاع الأصلي من منافع البناء السكني، فيتخذ من دكان موجود بالدار حدادة تكون سببا للإزعاج والفوضى تجسد ضررا ماديا فاحشا، أو أن يفتح شباكا يطل على نساء جاره وفي هذا ضرر معنوي فاحش[5].

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

ذهب جانب من فقهاء القانون إلى اعتبار فكرة التعسف في استعمال الحق مجرد كونه دورا أخلاقيا يستوجبه الشعور الأخلاقي في استعمال الحقوق، مما أدى إلى تطبيق مدلول التعسف في جانب النية والقصد بالإضرار لدى صاحب الحق، في حين اتجه فريق آخر إلى الأخذ بالضرر الناتج عن التصرف دون النظر إلى نية صاحبه[6].

وانطلاقا من ذلك أصبح للتعسف في استعمال الحق معايير شخصية وموضوعية متكاملة، يلجأ إليها القاضي لتقدير مشروعية مزاولة الحق من عدمه وعلى ذلك سار المشرع الجزائري، ونعرض فيما يلي المعايير التي جاءت بها القوانين بداية بقصد الإضرار بالغير (أولا)، ثم عدم مشروعية المصلحة (ثانيا)، وأخيرا عدم التناسب بين الضرر والمصلحة (ثالثا).

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 171.
[2]-مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظريه الظروف الطارئة،الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، 2002، ص21.
[3]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص269.
[4]- عبير ربحى شاكر القدومى، المرجع السابق، ص48.
[5]-مجيد محمود سعيد أو حجير، المرجع السابق، ص22.
[6]-مجيدي العربي، دور الفقه المالكي في بناء و تأصيل معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مجلد 04، العدد 02، 2019، ص2043.

أولا: قصد الإضرار بالغير

تعتبر هذه الحالة من أقدم حالات التعسف في استعمال الحق، كونها كانت معروفة للاحتجاج بها على وجود تعسف في استعمال الحق في ظل القانون الروماني والفرنسي، ويعتبر معيارا شخصيا في الكتابات القانونية، وهذا ما يوضحه أحد رواد نظرية التعسف في استعمال الحق في فرنسا وهو **جوسران** بقوله:"إن ذلك التاجر الذي يتوسع في أعماله يعلم تماما أن عملاءه يقتطعون من عملاء أقرانه التجار، وقد يكون في ذلك إفلاس بعضهم"[1].

فإذا كان الغرض الوحيد من استعمال الحق هو الإضرار بالغير فيعتبر تعسفا في استعمال هذا الحق، حتى لو تحققت مصلحة أخرى بغير قصد، ويقع إثبات وجود التعسف على عاتق المضرور بكافة طرق الإثبات، ومن أمثلة ذلك أن يقوم الشخص بغرس أشجار في أرضه، أو إقامة سياج عالي يلونه باللون الأسود باعتباره صاحب حق، لكنه بنية حجب النور عن جاره[2]. وقد نص المشرع الجزائري على قصد الإضرار في الفترة الأولى من المادة 124 مكرر من القانون المدني.

ثانيا:عدم مشروعية المصلحة

إذا كان الشخص صاحب الحق يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فيعتبر متعسفا في استعمال هذا الحق، وتكون المصلحة غير مشروعة، إذا كانت تخالف النظام العام والآداب العامة، أو أحكام التشريع، لأن المشرع لا يمكنه توفير الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة، لأنها تتعارض مع مصالح الجماعة والنظام القانوني برمته[3].

وقد تكون المصلحة غير مشروعة بصفه مباشرة كاستعمال المالك للمسكن في أغراض مخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما قد تكون غير مشروعة بصفة غير مباشرة كأن يطالب المتعاقد إبطال العقد لغلط وقع فيه، غير أن قصده الحقيقي هو التهرب لأن العقد الذي أبرمه يمثل صفقة غير رابحة[4].

وقد نص المشرع الجزائري على معيار عدم مشروعية المصلحة، من خلال الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر من القانون المدني.

---

[1]– محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص284.
[2]–أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 958.
[3]–عصام أنور سليم، نظريه الحق، مكتبه الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص275.
[4]– علي فيلالي، الإلتزامات (العمل المستحق التعويض)، الطبعة الأولى، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص59.

ثالثا: عدم التناسب بين الضرر والمصلحة

حيث يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه في هذه الحالة، إذا كانت المصالح التي يهدف إلى تحقيقها لا ترقى إلى درجه الأهمية، بحيث لا تتناسب أبدا مع الضرر الذي يصيب الغير[1]. فعلى القاضي أن يقوم بالموازنة بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير، فإذا تبين أن الضرر يعلو على كفة المصلحة ففي هذه الحالة يجب منع صاحب الحق من استعماله حتى لا يقع التعسف، أما إذا كانت المصلحة راجحة على الضرر الذي يصيب الغير، فلا يكون هناك تعسف، وفي حالة تساوي الضرر مع المصلحة هنا لا يتحقق التعسف ولا مسؤولية على صاحب الحق[2]. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على هذا المعيار.

[1]– حميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، ط1، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008، ص175.
[2]– شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، 2008، ص300.

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

كل من ادعى تضرره من استعمال الغير لحقه وجب عليه إثبات ذلك بوسائل الإثبات المختلفة، من القرائن والأدلة كشهادة الشهود أو الكتابة أو الإقرار[1]، فإذا ثبت قيام التعسف في استعمال الحق ترتب على ذلك جزاء، ويختلف هذا الجزاء في الفقه الإسلامي عن ذلك المقرر في القانون الوضعي.

وعلى ذلك نتطرق إلى جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي(المطلب الأول)، ثم جزاء التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

أقر الفقه الإسلامي عدة جزاءات على إساءة استعمال الحق، منها ما هو دنيوي(الفرع الأول)، ومنها ما هو أخروي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاء الدنيوي المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

قد يكون الجزاء الدنيوي المترتب على التعسف في استعمال الحق ماليا (أولا)، وقد يكون عينيا (ثانيا)، كما قد يكون جزاءا تعزيريا (ثالثا).

أولا: الجزاء المالي

يقصد به كل جزاء يقع في مال الشخص، كالغرامة والمصادرة تعويضا عما سببه استعمال الحق من ضرر بالآخرين[2]، فمن تعسف في استعمال حقه وأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالغير، سواء ماديا أو معنويا يترتب على ذلك تعويضا ماليا للمضرور، فمن أتلف زرع جاره أو مال الغير عليه أن يعوض هذا التلف، ومن أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زرع الغير، وجب عليه التعويض المالي عما أصاب الغير من الضرر.

ثانيا: الجزاء العيني

ويظهر هذا الجزاء في عدة صور[3]:

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص855.
[2]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص56.
[3]– المرجع نفسه،ص56.

1-إبطال التصرف ذاته ومنع ترتيب آثاره، فتبطل الوصية التي قصد بها الإضرار، ويبطل نكاح التحليل.

2-أن يجبر صاحب الحق الممتنع على استعمال حقه، كإجبار الولي المعضل على تزويج ابنته التي منعها من الزواج.

3-أن يسلب صاحب الحق من حقه، فإذا أهمل الأب تربية ابنه الصغير فيتم سلب الولاية منه.

4-أن يمنع صاحب الحق من استعمال حقه كالذي أغتصب أرضا وبني فوقها مسكنا، فإنه يمنع من هدم ما بناه في هذه الأرض المغصوبة.

5-القيام بإزالة سبب التعسف حتى يزول الضرر المترتب عليه، فالذي يبني حائطا ليحجب الشمس والهواء عن جاره فيجبر على هدم هذا الحائط حتى يزول الضرر.

ثالثا:الجزاء التعزيري

العقوبة التعزيرية تقرر في الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه حد أو قصاص، وأحيانا يعتبر التعسف في استعمال الحق وما يلحق من جرائه من أضرار تلحق بالآخرين معصية تستحق التعزير، لأنها لم تبلغ درجه عقوبة الحد أو القصاص، والتعزير من العقوبات التي أعطى حق تقديرها إلى ولي الأمر، وتختلف من شخص إلى آخر ومن بلد إلى آخر، ومن جريمة إلى أخرى لأن القصد منها الزجر والردع[1].

الفرع الثاني: الجزاء الأخروي

إضافة إلى الجزاء الدنيوي، فإن الشريعة الإسلامية وعلى خلاف القوانين الوضعية ترتب جزاءا أخرويا على المقاصد غير المشروعة التي تلحق إضرارا بالغير وعلى التحايل على قواعد الشرع[2].

ويعتبر هذا النوع من الجزاء خاصا بالتشريع الإسلامي وقوانينه الربانية، لأن المتعسف في استعمال حقه ولعدم توفر أدله الإثبات، أو عن طريق مراوغته وتحايله على القانون قد يفلت من العقاب الدنيوي، ويعتبر الخوف من الجزاء الأخروي عاملا أساسيا لمنع الشخص من التعسف في استعمال حقه والإساءة

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص290.
[2]- المرجع نفسه، ص291.

إلى الآخرين، وذلك بتوعية النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الدين وإتباع أوامر الله سبحانه وتعالى وتجنب نواهيه[1].

المطلب الثاني:الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

إذا ثبت التعسف في استعمال الحق، فإن النتيجة التي تترتب على ذلك تختلف بحسب ما إذا كان هذا التعسف في استعمال الحق قد ظهر قبل تمام هذا الاستعمال، أو أنه تجلى بعد تمامه، فأمام الحالة الأولى يمكننا توقيف صاحب الحق ومنعه من هذا الاستعمال المؤدي إلى قيام التعسف وإلحاق الأضرار، ونكون هنا طبقنا الجزاء الوقائي(الفرع الأول)، أما إذا مارس حقه ونفذ التعسف ورتب أضرارا فعلية وثابتة بالغير، فهنا لا يكون الجزاء إلاّ تعويضيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاء الوقائي

يهدف الجزاء الوقائي إلى منع استعمال صاحب الحق لحقه استعمالا تعسفيا حتى لا يقع الضرر، فإذا تأكد القاضي من وجود هذا الحق، وأثبت أن استعماله يوقع صاحبه في التعسف مما يلحق أضرار بالغير، فيكون الحكم يقضي بكل إجراء يمنع وقوع التعسف. ومن تطبيقات المشرع الجزائري لهذا الجزاء، ما نصت عليه المادة 788 من القانون المدني الجزائري:" إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكيه الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل". وتطبيقا لهذه المادة فإن القاضي لا يستجيب لطلب صاحب الأرض من أجل هدم البناء، وإنما يحكم على مالك الأرض بالتعويض.

الفرع الثاني:الجزاء التعويضي

إن هذا الجزاء لا يقع إلا بعد وقوع التعسف، بحيث يقع على عاتق المتعسف إلزامية تعويض الضرر الناجم عن تعسفه، وقد يأخذ هذا التعويض صورتين، إحداهما أن يكون تعويضا نقديا وثانيهما أن يكون تعويضا عينيا[2]، وفي بعض الحالات يكون الجمع بين الصورتين أي عينيا ونقديا معا، كالحكم بهدم

[1]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص55.
[2]–حسن كيرة، المرجع السابق، ص791.

المدخنة التي تسببت في إزعاج الجار وأيضا تعويضه عن الضرر الذي لحقه منها[1].

ومن تطبيقات المشرع الجزائري لهذا الجزاء ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

[1]-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص140.

الفصل الأول

تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج

الفصل الأول: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج من العقود المهمة التي يجريها الإنسان خلال حياته، لما له من غايات نبيلة، تتمثل في تكوين أسرة أساسها الرضا والطمأنينة والمودة والتراحم، ولما يرتبه من حقوق وواجبات للزوجين إذا انعقد صحيحا.

ولقد وضع كل من الشرع والقانون مقدمات تمهيدا لهذا العقد وهو ما يطلق عليه بمصطلح "الخطبة"، إذ هي مرحلة تسبق عقد الزواج وفرصة لتعارف الخطيبين والوقوف على عادات وسلوك وطباع كل منهما، فإذا اتفقا انتهت الخطبة بالزواج أما إذا اختلفا، كل من الخاطب والمخطوبة أو ظهر لأحدهما ما ينفره عن إتمام العقد، جاز لكل منهما العدول عن الخطبة. والعدول عن الخطبة هو حق شرع لكل من الخاطب والمخطوبة حتى ينشأ عقد الزواج على أساس الرضا التام وحرية الاختيار، فلا يكون أي من الطرفين ملزما بإبرام عقد لا يرضياه، غير أن هذا الحق قد يساء استعماله على وجه يلحق الضرر بالطرف الآخر فيعتبر بذلك متعسفا.

وباعتبار أن المرأة طرف في إنشاء عقد الزواج، ونظرا لأهمية هذا العقد ولما تتميز به المرأة بطبيعة تكوينها من الحشمة والحياء، وحماية لها من الاستغلال وسوء الاختيار، شرعت الولاية في تزويجها وذلك وفق الأسس الشرعية، إلا أن الولي قد يمتنع عن تزويج المرأة التي هي تحت ولايته من الكفء الذي تريده وترضاه، أو يقوم بتزويجها ممن لا ترضى به فينتقي بذلك ركن الرضا، ويعتبر بذلك الولي متعسفا.

كما أن قيام عقد الزواج صحيحا مستوفيا لركنه الأساسي هو الرضا وشروطه المنصوص عليها قانونا، يرتب حقوقا وواجبات متقابلة بين الزوجين، فما يعتبر واجبا على طرف فهو حق للطرف الأخر، فنجد أن للزوج الحق في الطاعة والتعدد بشروط حددها القانون، وللزوجة الحق في النفقة والخروج من البيت للعمل أو للزيارة، وكل هذه الحقوق لابد أن تمارس في حدود أطرها الشرعية، دون استغلالها في ما كره الشارع الحكيم متخذين من الحق وسيله للتعسف.

من هذا المنطلق سوف نتناول بالدراسة والتفصيل في هذا الفصل، تطبيقات نظريه التعسف في استعمال الحق عند إنشاء عقد الزواج(المبحث الأول)، وتطبيقات هذه النظرية في استعمال الحقوق الزوجية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيقات نظريه التعسف في استعمال الحق عند إنشاء عقد الزواج

الحق هو وسيله لتحقيق مصلحة شرعيه، والانحراف عن الحدود المرسومة شرعا وقانونا لاستعمال الحق يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير، فيعتبر بذلك التصرف تعسفا.

ولما كان من المقرر شرعا وقانونا عند إنشاء عقد الزواج حق العدول عن الخطبة لكل من الخاطب والمخطوبة، وكذا حق الولاية في التزويج، إلا أن هناك ممارسات تعسفية عند استعمال هذه الحقوق.

وفي هذا المبحث نتطرق إلى التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة (المطلب الأول)، التعسف في استعمال حق الولاية في التزويج(المطلب الثاني).

المطلب الأول : التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

الخطبة هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينه خالية من الموانع الشرعية لها أو لأهلها، فإذا أجيب طلب الخاطب بالموافقة تكون الخطبة قد تمت [1].فالخطبة هي الوسيلة الشرعية والقانونية التي من خلالها يتعرف كل من الخاطب والمخطوبة على الأخر، ويتفقان على شروط الزواج، فإذا كان هناك توافق وانسجام توجت الخطبة بعقد الزواج. وفي المقابل من ذلك شرع حق العدول عن الخطبة لكل من الطرفين، إذا كانت هناك أسباب مشروعه تبرر هذا العدول، وإلا اعتبر العدول تعسفا لما يلحقه من ضرر بالطرف الآخر، فيترتب على ذلك آثار قانونية.

ومن خلال هذا المطلب نتناول مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة(الفرع الأول)، والآثار المترتبة على العدول التعسفي عن الخطبة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة

الخطبة تمهيد للزواج، فهي لا تعدو عن كونها وعد بالزواج، لذلك فإن لكل من الخاطب المخطوبة حق العدول عنها. وفيما يلي نبين ثبوت الحق في العدول عن الخطبة، وبعد ذلك نتطرق إلى مظاهر التعسف في استعمال حق العدول عنها

أولا: ثبوت الحق في العدول عن الخطبة

أ-العدول لغة: مشتق من عَدَلَ عَدْلاً و عُدولاً، وعَدَلَ عن الشيء: حاد، وَعَدَلَ الطريق: : مَال وَعَدَلَ إليه عُدُولاً: رجع[2].

---

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص36.
[2]- ابن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر، لبنان، 2005، ص62.

ب-العدول اصطلاحا: يقصد بالعدول عن الخطبة تراجع أحد الخطيبين، والتخلي عن مشروع الزواج، والتوقف عن السير في الأعمال والإجراءات القانونية والعرفية اللازمة لإبرام عقد الزواج، كما هو مخطط له بعد تمام الخطبة[1]. فالعدول عن الخطبة حق ثابت شرعا للخاطب والمخطوبة في أي وقت شاءا دون قيد أو شرط[2]، فالخاطب والمخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج، فلكليهما حق شرعي في العدول ولا يعد العدول المجرد سببا لأي مطالبة قضائية، فإذا وقع العدول فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء إلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد[3]، فالعدول عن الخطبة هو نتيجة طبيعية لرفض أحد طرفيها الاستمرار فيها وإتمام الزواج [4].

2-مدى جواز العدول عن الخطبة

أ- مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

أجاز الفقه الإسلامي لكل من الخاطب والمخطوبة الحق في العدول عن الخطبة باستثناء بعض الأقوال عند المالكية[5]، ذلك أن الخطبة لدى جمهور الفقهاء ليست عقدا يلتزم من خلاله طرفاه التزامات لها قوة الإلزام، فالخطبة إذا تمت فهي لا تعدو عن كونها وعدا بعقد، وليس للوعد بعقد قوة إلزام ، وبالتالي فلكل من الخطيبين الرجوع عن قوله، وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه[6]، وخطورة عقد الزواج هي التي اقتضت أن تكون الخطبة غير ملزمة ضمانا للحرية الكاملة في إبرامه، كما يقول" ابن قدامه" ولا يكره للولي الرجوع إذا رأى لها مصلحة في ذلك، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد، ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها[7]. فالعدول عن الخطبة جائز إذا كان لسبب مشروع، ولكنه يكره إذا كان من غير سبب لأن الوعد يجب الوفاء به، فلا يكون العدول عن الخطبة إلا لمصلحه مشروعة عملا بعموم الأدلة التي تحث على الوفاء بالوعد، لقوله تعالى:**{وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ**

---

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار البعث، قسنطينة ،1986، ص67.
[2]- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2002 ،ص46.
[3]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج1، دار الثقافة، 2012، ص127.
[4]- بن زيطه عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص83.
[5]- جاء في بعض الأقوال عن الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به قضاء في بعض المسائل، غير أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بالوعد هنا يؤدي إلى عقد الزواج دون رضا، وليس للقضاء إكراه على هذا العقد الخطير. محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص36-37.
[6]-المرجع نفسه، ص36.
[7]- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهيه ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2009، ص36.

كَانَ مَسْئُولًا}[1]، وقوله صلى الله عليه وسلم:" آيةُ المُنافِقِ ثلاثٌ: إذا حدَّثَ كذَبَ، وإذا وعَدَ أخلَفَ، وإذا اؤْتُمِنَ خان "[2].

ومنه فالعدول عن الخطبة من غير سبب أمر يتنافى مع الأخلاق، وتعاليم الإسلام التي تحث على الوفاء بالوعد، فإذا عدل الخاطب من غير سبب مشروع كان آثما ديانة[3].

ب-العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري على إمكانية العدول عن الخطبة من الخاطب أو المخطوبة من دون أي قيد أو شرط قانوني، وذلك بموجب المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أن:" الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"[4]، فمن خلال نص المادة يتبين لنا بأن المشرع قد بين طبيعة الخطبة كونها وعد بالزواج[5]، ولا ترقى إلى درجة العقد ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج، وأنه يجوز العدول عنها بالتراجع عن متابعة السير فيها في أي مرحله من مراحلها، وفي أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة[6].

3-أنواع العدول عن الخطبة

نصت الماده5 من ق.أ. ج على جواز العدول عن الخطبة، والعدول عن الخطبة يكون إما بالإرادة المنفردة لأحد الخطيبين أو بالإرادة المشتركة.

أ-العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة يتحقق العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة، من خلال الامتناع عن الالتزام بإتمام الزواج بإرادة منفردة، وذلك بالتعبير الأحادي الذي يقدمه أحد الطرفين باستخدامه لحق العدول المخول له قانونا، فيؤدي ذلك إلى عودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الخطبة، ويكون لسبب معين أو حتى ولو لم يكون هناك سبب للعدول[7]، وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال حق العدول الذي هو محل دراستنا.

---

[1]- سورة الإسراء، الآية 34 .

[2] – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري،ج1، باب علامات المنافق، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص 90.

[3] – محمد كمال الديني إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2003، ص64.

[4]- قانون رقم84-11 المؤرخ في9 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل المتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في27 فبراير2005، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد15 الصادرة بتاريخ2005/02/27.

[5] – استعمل لفظ الوعد وهو لفظ يحمل دلاله قانونيه في النظرية العامة للالتزام، والخطبة وعد من نوع خاص ويخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط والآثار، ما يستوجب إبعاد الأحكام الواردة في الماده72 من القانون المدنى، فالواعد من الناحية القانونية ملزم بإبرام العقد، أما الخطبة فهي تمهيد لعقد الزواج دون أن يكون الخطيبين ملزمين بإتمامه، بلحاجg عربى، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، المرجع السابق، ص98-99.

[6]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 67.

[7]- عباس حفصي، آثار التعسف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد1، 2022، ص700.

ب-العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة ويتحقق العدول بالإرادة المشتركة في كونه يحصل بمحض إرادة الطرفين أي الخاطب والمخطوبة، بسبب قيام نزاع أو مناقشه وقعت بينهما، مما يؤدي إلى اتخاذ قرار العدول عن الخطبة لأسباب يناقشانها دون الوصول إلى التوافق، فيلجأ بذلك أحد المخطوبين إلى إبداء رغبته في العدول عن الخطبة، بعد شرح وإعطاء مبرراته للطرف الآخر، ومثال ذلك إذا طلب الخاطب من المخطوبة تقديم استقالتها من وظيفتها للتفرغ للحياة الزوجية، غير أنها ترفض طلبه فيتم الإتفاق بينهما وبمحض إرادتهما على العدول عن الخطبة[1].

وسواء كان العدول بالإرادة المنفردة أو المشتركة، فأحقية العدول تعد بمثابة الاحتياط من الوقوع في علاقة غير قائمه على الوفاق والوداد والاقتناع[2]، وهذا يتعارض مع رضائية عقد الزواج.

ثانيا: مظاهر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة

1-رأي الفقه المعاصر حول مسألة التعسف في العدول عن الخطبة

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، وذلك لاختلاف الحياة الاجتماعية الإسلامية، والآراء والعادات في عصرهم عن عصرنا الحالي. فقد طرأت على المجتمعات الإسلامية أعراف وعادات جديدة تجعل من المحتمل جدا أن تتضرر المخطوبة أو الخاطب من جراء العدول عن الخطبة[3]. فاختيار الخطيبة كان بإتباع قواعد من منظور إسلامي خالص مبني على عدم الاختلاط، فيكون سلوك الخاطب والمخطوبة مضبوط، فإن حدث العدول فلا يترتب عليه ضرر كبير ويكون الفسخ إجراء عادي، فلا مجال عندهم للبحث في مسألة التعسف في العدول، هذا مع مناداتهم بالوفاء بالوعد عامة ومنها الخطبة، وكراهة العدول عنها بلا مبرر[4].

ونجد اختلافا بين الفقهاء المعاصرين في ما إذا كان هناك تعسف في العدول عن الخطبة إلى قولين:

أ-المذهب القائل بوجود التعسف في العدول عن الخطبة

هذا المذهب يقول بوجود التعسف في العدول عن الخطبة، إذا كان هذا العدول بلا مبرر شرعي، لأنه من المسلم به في الفقه الإسلامي أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لمصلحته الذاتية، لكن هذا

[1]- فريجة حمزة، عمرون عبد الرحمان، آثار العدول عن الخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020، ص19.
[2]- دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة(انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، الجزائ، 2016، ص65.
[3]- تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016، ص73.
[4]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2009، ص237.

الحق مقيد بعدم المساس بحقوق الغير، فالحق تثبت له الصفة الفردية والتي تخول لصاحبها الاستمتاع بثمرات حقه منفردا، وصفة جماعية التي تقيد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للضرر بالغير فردا كان أم جماعة.

وتأسيسا على هذا فإن العدول عن الخطبة بغير مبرر تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة وعد بالزواج يلزم طرفيه ببدل الجهد لإتمام الزواج، والوفاء بالعهود مأمور به شرعا[1]. فالمشرع إن منح حق العدول فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، إذ الحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير بل شرع لمصلحه جدية ومشروعة ومعقولة، وهي تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر ليكون على بينة من أمره، لينشأ عقد الزواج على أساس متين، وعلى هذا فإذا تعسف العادل وانحرف عن غاية العدول، وسبب ذلك ضرر محقق سواء مادي أو معنوي استوجب ذلك التعويض عن الضرر والحكم به جزاءا للتعسف في استعمال حق العدول، ما لم تكن هناك أسباب معقولة تسوغ هذا العدول[2].

ب-المذهب القائل بأن العدول عن الخطبة بغير مبرر شرعي لا يعد تعسفا

إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن العدول عن الخطبة ليس حقا بل هو رخصة لكلا الخاطبين، ولأن الحق سلطة يثبتها القانون للشخص كميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، ولا يعتبر أحدهما مدينا أو دائنا للآخر بهذا العدول، فكان العدول رخصة لكل منهما وليس حقا، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا بوجود الحق أصلا[3]. وهذا القول قد رد عليه، بأن العدول عن الخطبة حق مشروع لكل من الخطيبين لتحقيق مصلحه مشروعة، إذا تبين بأن عقد الزواج لا يحقق المصلحة التي شرع من أجلها.

ومما سبق يمكن القول بأن هناك تعسفا في العدول عن الخطبة، إذا لم يكن هناك مسوغ للعدول لما يترتب عن هذا العدول من أضرار تلحق بالطرف الآخر[4].

2-تطبيقات نظرية التعسف في العدول عن الخطبة

من مظاهر الاستعمال التعسفي لحق العدول عن الخطبة تطبيقا للمعيار المعنوي والمتمثل في قصد الإضرار من جهة العادل، إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة قصد تشويه سمعة الطرف الآخر، ويظهر

[1]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع نفسه، ص237-238.
[2]- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص470.
[3]- جميل فخري محمد جانم،مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص240-241.
[4]- المرجع نفسه، ص240-241.

كذلك من تكليفه بأمور مخالفة لما قد تم الاتفاق عليه في البداية، كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك عملها بعدما كان الاتفاق سابقا على مواصلة العمل، فيظهر من ظروف الحال أن لديه نية ورغبة في إنهاء الخطبة، وعادة ما يتم التصريح عن هذه الرغبة فيما بعد العدول[1].

وتطبيقا للمعيار الموضوعي عند إسقاطه على استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي، إذا ترتب عن العدول ضررا بالطرف الآخر، حتى لو لم يكون يقصد بذلك العدول إلحاق الضرر، كأن سافر إلى بلد أجنبي لطلب العلم ومكث عدة سنوات ففسخ خطبته وتزوج بأخرى، فتصرفه هذا يحتمل جدا أنه قد فوت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها، إذ تكون قد تقدمت في السن أو أثيرت حولها الشكوك من جراء العدول بعد عدة سنوات من الخطوبة[2]. كما أن الباعث غير المشروع أو النتيجة الضرورية اللازمة أو اللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي شرع من أجلها حق العدول فهو بذلك تعسف وانحراف[3]، فالحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخطيبين عن رضا وطمأنينة، فإذا كان العدول لغير ذلك، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال أو الجاه مثلا كان ذلك مناقضا من قصد مشروعية العدول عن الخطبة[4].

إن العدول عن الخطبة حق لكل من الخاطب والمخطوبة، فإذا رفض الطرفان أو احدهما إتمام عقد الزواج فله الرجوع عن طلبه، لأن عقد الزواج عقد الحياة ويقوم على أساس الرضا وحرية الاختيار، إلا أن الحق في العدول عن الخطبة مقيد بعدم التعسف في استعماله، واستعمال صاحب الحق حقه بطريقه تعسفية بأن كان العدول بغير مبرر شرعي، أو قصد الإضرار بالطرف الأخر، أو ترتب عن العدول ضررا فاحشا مقارنة مع المصلحة المراد تحقيقها من وراء هذا العدول، يعتبر تعسفا ما يوجب قيام المسؤولية في مواجهه الطرف الأخر، ذلك أن الحق لا يشرع ليتخذ كوسيلة للإضرار بالغير وإنما شرع لتحقيق مصلحة جدية و مشروعة.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن استعمال حق العدول على الخطبة

الخطبة تمهيد لعقد الزواج، ولقد جرت العادة أن يتبادل الخطيبان الهدايا خلال المناسبات، حتى أننا نجد الخاطب يقدم جزءا من المهر إلى المخطوبة، كل ذلك تعبيرا عن الرغبة في عقد الزواج، وكذا تمتين الروابط الأسرية بين عائلتي الطرفين. كما أن فترة الخطوبة قد تستمر لمدة ليست بالهينة، وخلالها قد يقوم

[1]– جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص240–241.
[2]– فتحي الدريني، بحوث مقارنه في الفقه الإسلامي وأصوله، المرجع السابق، ص471.
[3]– المرجع نفسه، ص471.
[4]– جميل فخري محمد جانم،مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه و القانون، المرجع السابق، ص242.

الخطيبين بالتحضير للزواج، كأن يقوم الخاطب باستئجار منزل وتجهيزه، وقيام المخطوبة بشراء مستلزمات الجهاز، غير أنه قد يعدل أحد الخطيبين عن الخطبة باعتباره حق مشروع لكليهما فيترتب عن هذا العدول آثار تتعلق بالمهر والهدايا، إلى جانب ما يتعلق بالضرر الذي يصاحب العدول عن الخطبة، لذلك سنبين حكم المهر والهدايا بعد العدول عن الخطبة، وحكم الضرر المترتب عن العدول.

أولا: أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا

1-أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر

عرف المشرع الجزائري المهر في المادة 14 من قانون الأسرة بنصها:" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها، من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، كما بين استحقاق الزوجة للصداق بموجب نص المادة 16 من ق.أ.ج حيث نصت على:" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول"، وجاء في نص المادة 15 ق.أ.ج:" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمته تستحق الزوجة صداق المثل". فمن خلال هذه المواد نستخلص بأن المشرع قد جعل المهر من مستلزمات عقد الزواج، وهو شرط من شروطه (الماده 9 مكرر) وحق للزوجة تستحقه بالدخول.

فالمهر ليس له علاقة بالخطبة إذ يعتبر من مقومات الزواج[1]، وباستقراء المادة 5 من ق. أ. ج نجد المشرع قد بين حكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة دون أن يتعرض إلى حكم المهر المقدم أثناء مرحلة الخطبة، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 ق أ ج.

ولقد اتفق الفقهاء على أن للخاطب الحق في استرداد ما دفعه من مهر، إذا تم العدول عن الخطبة قليلا كان أم كثيرا، لأن المهر وجب بالعقد، وما دام الزواج لم يتم فلا حق لها في أخذ المهر بل هو حق خالص للزوج، فإن كان قائما أخذه بعينه وإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا[2].

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أنه يجب التفريق بين عدول الخاطب وعدول المخطوبة، فإن كان العدول بسبب من الخاطب، وكان ما دفعه من المهر قائما استرده، وكذا إن أنفقته المخطوبة أو وليها في شؤونها الخاصة، أما إذا تحول المهر إلى جهاز خيرت المرأة بين رد الجهاز أو مقدار المهر، أما إذا كان العدول بسبب من المخطوبة ألزمت برد المهر إن كان قائما أو مثله أو قيمته إن كان هالكا

[1]- دليله فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص61.
[2] -طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص13.

أو مستهلكا[1].

وهذا ما ذهب إليه القانون السوري، الذي نص في الفقرة الأولى من المادة 4 على أنه إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت به المرأة جهازا ثم عدل الخاطب، فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز وإذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته[2]. كما نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي على حكم المهر عند العدول عن الخطبة في المادة 4 على أنه إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه، وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه[3].

إن المشرع الجزائري قد سكت في حالة ما إذا كان الخاطب دفع الصداق للمخطوبة، واكتفى بالإشارة إلى الهدايا، ذلك يمكن إرجاعه إلى كون المخطوبة مجرد وعد بالزواج، ولا يتصور أن يدفع المهر في أول الأمر أثناء مرحله تعارف الخطيبين[4]، وإن كان يجب على المشرع التطرق إلى هذه المسألة لإزالة الشك وذلك بالتفصيل فيها بما يتوافق مع الرأي الفقهي، وتماشيا مع التشريعات العربية.

2- أثر العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا

تعد الهدية من وسائل التودد وإظهار المحبة، ولما كانت الخطبة مقدمة للزواج فإن الخطيبان يتقربان لبعضهما بتبادل الهدايا، بل إن تبادل الهدايا يمتد إلى عائلتي الخطيبين رغبه لتوطيد العلاقات بين الأسرتين. غير أن موضوع الهدايا يثير إشكالات إذا حدث وأن عدل أحد الطرفين عن الخطبة، وذلك في ما يتعلق بمصير الهدايا المتبادلة بين الخطيبين بعد العدول.

أ_حكم الهدايا المقدمة أثناء الخطبة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا التي تقدم إلى المخطوبة على التفصيل التالي:

-يرى الحنفية بأن الهدايا المقدمة إلى المخطوبة تأخذ حكم الهبة، ولذلك يمنع الرجوع فيها ما يمنع الرجوع في الهبة، ومن موانع الرجوع عندهم هلاك المال الموهوب أو استهلاكه، ولذلك يستطيع الواهب أن يسترد ما وهبه، ما دام قائما وموجود لدى الخاطب الآخر ما لم يتغير شكلها أو صنفها، أما إذا كان المال

[1]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص243.
[2]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص69.
[3]-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم دراسة مقارنه ببعض التشريعات العربية، ط1، دارا لخلدونية، الجزائر، 2008، ص49.
[4]- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2013، ص16.

قد هلك أو استهلك فلا يجوز استرداده.[1]

-أما الشافعية فيرون أن المهدي له أن يسترد هبته كاملة، بعينها إن كانت قائمه وبعوضها إن كانت هالكة أو استهلكت، لأن الإهداء غايته كانت إتمام الزواج، وبما أنه أبعد فزال سبب الإهداء وبالتالي له حق الاسترداد[2].

-ويرى الحنابلة أنه لا يجوز الرجوع في الهبة، انطلاقا من أن الوعد لا رجوع فيه، ولأنهم يعتبرونها هبة والهبة عندهم لا رجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض[3].

-بالنسبة للمالكية فذهبوا إلى التفرقة بين ثلاث حالات[4]:

*الحالة الأولى: إذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب، فلا يسترد شيئا مما قدمه من الهدايا ولو كان موجودا في يد المخطوبة بعينه؛

*الحالة الثانية: إذا كان العدول عن الخطبة من جانب المخطوبة فإن الخاطب يسترد كل ما دفعه من الهدايا إلى المخطوبة، سواء كان بعينه أو قيمته أو مثله إذا كان قابلا للهلاك أو التلف أو استهلك؛

*الحالة الثالثة: إذا كان هناك شرط معين بين الطرفين للتصرف في هذه الهدايا في حاله العدول عن الخطبة، أو كان هناك عرف بين الناس فالحكم هنا يكون وفقا لهذا الشرط أو ذلك العرف. ولقد رجع بعض الفقهاء المحدثين رأى المالكية، باعتباره أقرب للعدالة والإنصاف.

ب-حكم الهدايا المقدمة أثناء الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة فيما يتعلق بالهدايا المتبادلة بين الخطيبين بعد العدول عن الخطبة، في المادة 5 على أنه:".... لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

فما يلاحظ من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية على العموم[5]، فالمشرع بين حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة بالنظر إلى جهة العدول، فإن كان العدول من الخاطب فإنه في هذه الحالة لا يسترد من المخطوبة شيئا مما أهداها، وعليه أن يرد للمخطوبة ما أهدته أو قيمته إن هلك، أماإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن تتحمل مسؤولية عدولها وترد له ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته.

---

[1]- زوبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار شتات، مصر، 2012، ص29.
[2] - محمد علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص44.
[3]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص41.
[4]- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد1، دون ناشر، الإسكندرية، 2001، ص115.
[5]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص46.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها والذي جاء فيه:"من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.....ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة ، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[1].

فالمشرع قد حسم أمر الهدايا المقدمة أو المتبادلة بين الخطيبين في حالة العدول، وذلك بالنظر إلى جهة العدول، دون أن ينظر إلى سبب ذلك العدول ذلك أنه من الناحية العملية لا يكون العدول عن الخطبة بدون سبب إلا نادرا، وعليه فمن غير الإنصاف الاكتفاء بالنظر إلى من أعلن العدول بل من الأولى أن يكون البحث عن سبب ذلك، فهناك حالات يكون الراغب عن الخطبة، هو الذي يملي شروطا يضطر بها الآخر للعدول، ولهذا لابد من ربط الحق في استرداد الهدايا بسبب العدول لا بالعدول ذاته، ومنح القضاء حق تحديد ذلك السبب[2].

كما أن المشرع لم يتحدث عن الهدايا التي قدمتها المخطوبة عندما يكون العدول منها، إذ من المفروض بالموازنة مع الخاطب أن لا تسترد ما قدمته من هدايا له، لأن العدول منها وبذلك يتساوى الطرفان في الحكم[3].

ثانيا: تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

مما لا شك فيه أن عدول أحد الطرفين عن الخطبة قد يسبب أضرارا تلحق الطرف الآخر ماديا أو معنويا، خاصة لو استمرت الخطبة لفترة طويلة، فمن الأضرار المادية أن يطلب الخاطب من المخطوبة التوقف عن العمل أو الدراسة للتفرغ لشؤون البيت، أو كما لو طالبته بإعداد مسكن الزوجية بصورة معينة، يكون بذلك قد صرف أموالا كثيرة ثم تنتهي الخطبة دون زواج. ومن الأضرار المعنوية ما يتعرض له الطرف المعدول عنه من حديث الناس فتتأثر سمعته وتمس كرامته[4]، ونجد بأن المخطوبة هي أكثر من يتضرر من العدول، لما ينتج عنه من آثار كتفويت فرصة الزواج، وتلاسن الناس حولها بالأقاويل نتيجة ظهورها مع خطيبها، وتردده المستمر على بيت أهلها .

---

[1]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، الملف رقم 73919، قرار بتاريخ1991/04/23، المجلة القضائية، العدد2، 1993، ص58.

[2] – حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد4، 2012، ص185.

[3]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص45.

[4]– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، المرجع السابق، ص134_135.

1-حكم تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

أ- حكم تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى الضرر الذي يترتب عن العدول عن الخطبة، ذلك أن الحياة عندهم لم تترك مجالا للإضرار بالطرف الآخر عند العدول، لالتزامهم بآداب الإسلام وتعاليمه من حيث العلاقة بين الخاطب والمخطوبة. أما الفقهاء المعاصرون فلقد تعرضوا لهذه القضية نتيجة لتغير ظروف الحياة، وفساد الأخلاق والتأثر بالمفاهيم الغربية والعادات الدخيلة عن مجتمعنا الإسلامي، معتمدين في ذلك على القواعد الأصولية كقاعدة" الجواز الشرعي ينافى الضمان وقاعدة" لا ضرر ولا ضرار"[1] .

_ الرأي القائل بعدم تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى عدم التعويض مطلقا عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، اعتمادا على قاعدة" الجواز الشرعي ينافي الضمان" وأدلتهم في ذلك:

- أن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم قضاء، ولكل من الطرفين حق العدول عنها في أي وقت، فهو حق لكل منهما ولا ضمان على استعماله، فمن أستعمل حقه الشرعي لا يكون ضامنا ولا مطالبا بتعويض الضرر الناشئ، والقول بالتعويض في حال العدول يعتبر شبه إكراه على الطرف العادل لإتمام عقد الزواج، وهذا يناقض ما يجب أن يكون عليه عقد الزواج من رضي الطرفين وحريتهما في إنشائه[2].

- التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة، فالمفروض فيه أنه لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخطبة ليست بعقد ولا يترتب عليها أثر ما، فهي لا تعدو أن تكون وعدا ومن يقول بالتعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد وقع في التناقض[3].

-أن من وقع في الضرر من الطرفين يعلم بحق الطرف الآخر في حق العدول في أي وقت، فإن أقدم على عمل بناء على الخطبة، ثم حصل عدول فالضرر نتيجة لاغتراره هو ولم يغرر به أحد فهو الذي لم يحتط لنفسه فليتحمل نتيجة عمله ومغبة تقصيره وعدم احتياطه[4]، لأن الضمان عند التغرير لا عند الإغترار[5].

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص255.
[2]- زوبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص32.
[3]- بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص90.
[4]- جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص256.
[5]- اغتر بالشيء أو الشخص يغتر اغترارا خدع به، و غرر به يغرر تغريرا، عرضه للهلكة أو الخطر، و لعل الفرق واضح بين الاغترار والتغرير في حالة الخطبة، فالأول هو حالة نفسية داخلية لدى نفس المخطوبة مثلا، وأما الثاني فمصدره الشاب مثلا حيث يغرر بالفتاة بوأسطة أقوال وأفعال معينة، نقلا عن بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص91، نقلا عن المعجم العربي الأساسي، مادة غرر، ص889.

_الرأي القائل بتعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة

يتضمن هذا الاتجاه مذهبين يقولان بالتعويض، فيوجب الأول منهما التعويض مطلقا دون تفصيل، أما الثاني فيذهب مذهبا وسطا بين الاتجاهين السابقين فهذا الأخير لا ينافي القول بالتعويض، ولا يبالغ أو يفرط في الوقت ذاته بل يحيط إيجاب التعويض بمجموعة ضوابط ومحددات شرعية، والتي تدعم دعاة تعويض الضرر المعنوي[1].

وهذا الإتجاه(الإتجاه الثاني) يقر بتعويض الضرر المعنوي، إذا لم ترافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة ويقصد بذلك العدول التعسفي[2]، ويذهب الشيخ أبو زهرة مذهبا وسطا فلا يقر الرأي الأول القاضي بمنع التعويض، كما لا يقر الرأي الثاني، حيث يقول أن التعويض ليس عن العدول المجرد، ولكنه تعويض لضرر ناشئ عن العدول، فالعدول حق وليس التعويض لكونه أستعمل حقا ولكن لأنه أستعمل في وقت ينزل فيه الضرر بغيره[3]. واستدل أصحاب هذا الإتجاه بالأدلة التالية:

– كون العدول عن الخطبة مباحا، فذلك بهدف إعطاء فرصة لكل من الخطيبين لتفادي ارتباط لا يرتضياه، وإذا ما رافق هذا الفسخ خطأ أو ضرر فإنه يحق للآخر المطالبة بالتعويض، فالشريعة الإسلامية لا تحمي عدولا دون مسوغ[4] ؛

– كون الحق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أو مآلا أيا كان منشأه، وهي حقائق يقف عليها التشريع وفقا للقاعدة الفقهية التي تقرر أنه" لا ضرر ولا ضرار"[5].

ويقول الدكتور السنهوري أن فسخ الخطبة يترتب عليه تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لا على أساس المسؤولية العقدية لأن الخطبة وعد وليس عقد، وانحراف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي رافقت هذا العدول، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية، كما يرى بأن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي وأن حالة الإغواء ليست سببا للتعويض إلا عند اصطحابها بالغش والضغط الأدبي، وفي حالة ما إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي فلا تعويض لا عن ضرر مادي ولا عن ضرر أدبي[6].

[1]– بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص92–93.
[2] – المرجع نفسه، ص95.
[3]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص37.
[4]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص828.
[5]– فتحي الدريني، بحوث مقارنه في الفقه وأصوله، المرجع السابق، ص472 .
[6]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص827.

-مناقشه الأدلة

من خلال عرض الآراء السابقة الذكر، فمما لا شك فيه أنها تتفق على أن الخطبة وعد بالعقد، وأن الوعد غير ملزم الوفاء به قضاء، فلكل من الطرفين حق العدول.

إن قول نفاة التعويض بأن العدول حق، والحق لا يترتب عليه التعويض، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لكن التعويض هنا ليس عن الحق بل نتيجة لإساءة استعماله المضر بالغير، وأما القول بأن التعويض والوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما، فيرد على ذلك أن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة، ولا وجه للاقتران بينهما[1]. والاستدلال بأن الضمان عند التغرير لا عند الاغترار، وأن الضرر نتيجة لاغترار الطرف الآخر وتقصيره بعدم احتياطه، فيرد عليه بأن القيام بأعمال تحضيرا للزواج، فذلك تحتمه طبيعة المرحلة وإن وجد الشك والحذر في التصرف، فهذا من شأنه أن يخلق نوعا من النفور، ويناقض الهدف من مشروعية الخطبة[2] .

والقول بإيجاب التعويض يعد إلزاما للخاطب العادل بإتمام الزواج، هو جزاء للتعسف في حق العدول وجبرا للضرر الذي نجم عنه، ولا يقيد حرية الزواج مطلقا، فالتعويض منشأه التعسف في استعمال حق العدول وليس أصل حق العدول[3].

ولعل القول بأن الأضرار المعنوية الناتجة عن الاستهواء الجنسي والتشهي اللذان لا تقيم لهما الشريعة وزنا قول غير موفق، كما أنه ليس من العدل أن نجمع على المخطوبة ضررين، الأول فسخ خطوبتها والثاني هو ضرر تلويت سمعتها بما ليس فيها، دون أن تعطيها الحق في التعويض[4] .

من خلال ما سبق فالمرجح هو ما يذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين، هو القول بأن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة، إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي، فإن كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة، في هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل لأنه لا ضرر ولا ضرار، أما لو لم يكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة فهو لا يلزمه شيء من التعويض لأنه لم يكون متسببا بوقوعه[5].

---

[1]- بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص96 .
[2]- جمال فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص262.
[3]- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص476.
[4]- بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص96-97.
[5]- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا،ج1، المرجع السابق، ص136.

ب-حكم التعويض عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

أخذ المشرع الجزائري بالرأي الفقهي المجيز للتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، حيث أرسى من خلال المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثالثة مبدأ الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي، شريطة حصول الضرر، ومنح القاضي السلطة التقديرية في البحث عن استحقاق التعويض من عدمه، حيث جاء في نص المادة ما يلي:" الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة، إذا ترتب ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جهاز الحكم له بالتعويض".

يتضح من خلال الفقرة الثالثة من المادة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص، فمن جهة المشرع يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب عن العدول من نتائج، رغم أن العدول أساسه الطبيعة القانونية للخطبة، كونها وعد بالزواج بنص الفقرة الأولى من المادة 5 ق. أ.ج "الخطبة وعد بالزواج"[1].

ولكي يكون النص القانوني منسجما لا بد من إعادة صياغته كما يلي:"إذا تبين للقاضي تعسف للطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض"، وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق، أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ[2].

فالتعويض يستند إلى المسؤولية التقصيرية، باعتبار الخطبة وعد بالزواج وليست المسؤولية العقدية، فهي تنصرف إلى الأفعال الخارجية المستقلة عن مجرد العدول والتي يأتيها العادل فيسبب ضررا للمعدول عليه، وإما أن تقرر المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق، وتبرر تعسف العادل في استعمال حقه في العدول، على وجه أضر بالطرف الآخر ما يستوجب التعويض لجبر الضرر الذي لحق بالمعدول عنه[3]. والتعويض كما أشار إليه النص القانوني يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا، فالضرر المادي هو ما يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت، أو في مصلحة مالية له، والضرر الأدبي على عكس ذلك لا يمس أموال المتضرر وإنما يصيبه في مصلحة غير مالية[4].

[1]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص33.
[2]-المرجع نفسه، ص33.
[3]- بن زيطه عبد الهادي، ص104.
[4]- بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق،ص38.

ومن أمثلة الأضرار المادية المعتبرة الموجبة للتعويض نجد مثلا طلب الخاطب من المخطوبة أن تتخلى عن دراستها أو عملها، بعد ما يؤكد لها أن العقد والدخول سوف يكونان بعد فترة قصيرة جدا، فتقدم المخطوبة استقالتها تلبيه لطلب الخاطب، وبعدها يعلن الخاطب أنه عدل عن الخطبة أو العكس، كأن تغير المخطوبة من أوضاع الخاطب المادية كأن يستدين المال اعتمادا على وعدها أنها ستساعده على سداد الدين مثلا، لأجل شراء مسكن وتجهيزه للزواج ثم تعدل المخطوبة عن الخطبة، أما بالنسبة للأضرار المعنوية ما تتعرض له المخطوبة مثلا من التشهير بسمعتها وإثارة الألسن والتجريح[1].

والمشرع الجزائري رغم أنه لم يعرف الضرر بشكل عام، إلا أنه عرف الضرر المعنوي في المادة 182 مكرر المستحدثة في القانون المدني حيث قال بأنه:" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمع"، وحتى يصح تعويض الضرر وجب أن يكون الضرر شخصيا، محقق الوقوع ومباشرا، وأن يكون الإخلال بحق المضرور أو بمصلحته المشروعة المحمية قانونا. والمشرع رغم اعترافه الصريح للطرف المتضرربالحق في التعويض، إلا أنه لم يضع ضوابط ومعايير لذلك[2]، وترك السلطة التقديرية للقاضي حسب الإثباتات المقدمة له من خلال الوقائع والظروف المتزامنة مع العدول.

ومنه يمكننا القول بأن التعويض عن العدول عن الخطبة ليس لمجرد العدول، بل أساسه إما التعسف في استعمال حق العدول الذي ترتب عنه ضرر أصاب الطرف الآخر فتتقرر بذلك المسؤولية على الطرف العادل، المتمثلة في التعويض جبرا للضرر الذي لحق بالمعدول عنه. ومن أمثلة ذلك استمرار الخطبة لمدة طويلة رغبة من الخاطب، بالرغم من دعوة المخطوبة أو وليها له لإتمام الزواج، غير أنه يبقى يتماطل ويتحجج بأسباب لا تبرر هذا الاستمرار والوقت الطويل من أجل إتمام الزواج، وبعد ذلك يقوم بالعدول دون أن يراعي مدة استمرار الخطبة، وما يلحق بالمخطوبة من ضرر جراء عدوله كتفويت فرصة الزواج. كما يكون أساس التعويض ناتج عن أفعال تكون قد صاحبت العدول، أي على أساس الخطأ ومن أمثلة ذلك، أن يتخذ شكل إشاعة يطلقها الخاطب على المخطوبة فينال بتلك الإشاعة من سمعتها، كأن ينسب إليها مرضا يجعل من يعلم به ينفر منها، وقد يكون الخطأ من جانب المخطوبة حيث تنسب إلى من عدلت عن خطبته ما يسيء لسمعته[3]. ولقد سار اجتهاد المحكمة العليا على مبدأ

[1]– تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص75–77.
[2]–شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد4، العدد2، المركز الجامعي آفلو، 2021، ص346.
[3]– عابدي عبد الله، حمحامي مختار، التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، تاريخ التصفح 2022/03/02، الساعة 11:35، الموقع https://www.asjp.cerist.dz

تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، حيث أجاز للمخطوبة طلب التعويض لوجود الضرر المعتبر شرعا لاسيما طول مدة الخطبة، لأن ذلك ومن دون شك سوف يحدث ضررا معنويا بالأخص تأخير الزواج وإثارة الألسن بالتشهير والتجريح[1]. وفي هذا الصدد نجد المحكمة العليا في قرارها تؤكد على حق المتضرر في التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، حيث جاء فيه:"من المقرر قانونا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جزاء الحكم بالتعويض، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضيه الحال أن المجلس بإلغائه حكم مستأنف ورفض دعوى طلب تعويض عن الضرر الذي أصيب به الطاعن بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكون قد خالف القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2]. وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا بأنه:" من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك"[3].

وبهذا فالمشرع الجزائري قد طبق مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة تطبيقا صريحا مؤسسا على:

– نص المادة 5 من قانون الأسرة؛

_ البحث عن مدى توفر المبررات الشرعية والقانونية عند النظر في طلب التعويض عن الضرر المعنوي؛

_ تكييف التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، فيكون التعويض ليس للعدول المجرد، وإنما بما ارتبط به من أفعال، ويتجلى أثر هذا التكييف في احترام النظام العام في كفل حرية العدول وبالتالي الرضائية في الزواج [4].

المطلب الثاني: التعسف في ولاية التزويج

ولاية التزويج هي قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج لغيره، بسلطة خولها له الشارع[5]، وهي إحدى صور الولاية على النفس، حيث يشرف الولي على الشؤون الشخصية للمرأة التي هي في ولايته،

[1]– دليله فركوس، جمال عياشي، المرجع السابق، ص69.
[2]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 56097، قرار بتاريخ1989/12/25، المجلة القضائية، العدد4، 1991، ص102.
[3]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم92714، قرار بتاريخ 1993/07/13، المجلة القضائية، العدد1، 1995، ص128.
[4]–بن زيطه عبد الهادي، المرجع السابق، ص110.
[5]– محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص153.

ومن ذلك تدبير شؤون تزويجها. لكن قد يتعسف هذا الولي في استعمال حق الولاية فيعضل تارة ويجبر تارة أخرى، ويختل بذلك أهم ركن في قيام عقد الزواج ألا وهو ركن الرضا.

فإذا شرعت الولاية على المرأة في الزواج، بقصد حفظ حقها ومراعاة لطبيعتها المتسمة بالأنوثة والحياء، وحماية لها من الاستغلال والضياع، فلا ينبغي على الولي أن يتجاوز هذا القصد فيتعسف في استعمال حق الولاية تعسفا يضر بموليته، فيمنعها من الزواج بمن ترضى وتريد (الفرع الأول)، أو يزوجها إكراها أو إجبارا بمن لا ترغب فيه وترضى به (الفرع الثاني).

الفرع الأول : عضل الولي موليته عن الزواج

نستعرض في هذا الفرع تعريف العضل وحكمه (أولا)، ثم بيان حالاته وأثره على الولي (ثانيا)، وأخيرا بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة عضل الولي (ثالثا).

أولا : تعريف العضل وحكمه

1-تعريف العضل

تعريف العضل لغة

هو المصدر ظلما من الفعل عضل، يعضل، وهو الحبس والمنع يقال عضل المرأة عن الزواج أي حبسها، وعضل الرجل أيمه ويعضلها عضلا وعضلها بمعنى منعها من الزواج ظلما[1].

ب-تعريف العضل اصطلاحا

امتناع الولي الذي له حق ولاية التزويج من تزويج موليته بكفئها، إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه[2]، فالعضل هو رغبة المرأة البالغة العاقلة من الزواج بمن هو كفؤ لها، فيمنعها وليها بغير سبب شرعي أو من غير مبرر.

2-حكم العضل

لا يجوز للولي أن يعضل موليته من التزوج بكفئها وبصداق مثلها، فالعضل ظلم من الولي وحرام عليه[3]، ومن الأدلة على تحريم العضل قوله تعالى : **{وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ}**[4]، فالخطاب هنا موجه للأولياء، فعن معقل بن يسار قال:

[1] - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص607.
[2] -نور الدين أبو لحية، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009، ص80.
[3] - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص139.
[4] - سورة البقرة، الآية 232.

" زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له : زوجتك وفرشتك وأكرمتك، فطلقتها ثم جئت تخطبها !!! لا والله لا تعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية، فقلت : " الآن أفعل يا رسول الله، فزوجتها إياه "[1].

ثانيا: حالات العضل وأثره على الولي

يمكن إجمال صور العضل عند الفقهاء في منع الولي المرأة من الزواج بالكفء، أو أن يرغب الولي بتزويجها من كفء وترغب هي بكفء آخر، أوامتناع الولي من تزويج موليته بكفئها بسبب نقصان المهر عن مثيلاتها.

وقد اختلف الفقهاء في حالة ما إذا رغبت المرأة الزواج من كفء بدون مهر مثلها، فالشافعية والحنابلة يرون أن الولي ليس من حقه منع موليته عن الزواج بمهر أقل من مهر المثل، إذا كانت هي راضية به ويعد عاضلا إذا منعها[2]. أما الأحناف فيرون أن للأولياء منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها، على اعتبار أن نقص المهر فيه عار وضرر يلحق بقية النساء[3].

أما إذا اختلفت المرأة ووليها في الاختيار، بأن دعت المرأة لكفء وأراد الولي تزويجها من كفء غيره هناك قولين[4] :

-القول الأول كفء الولي أولى إذا كان الولي مجبرا، وهو قول المالكية والشافعية في الأصح واستدلوا على ذلك بأنه أكمل نظرا منها، فان لم يكن الولي مجبرا فالمعتبر من عينته.

-القول الثاني يلزم الولي إجابتها إلى كفئها أعفافا لها، فإن امتنع الولي عن تزويجها من الذي إرادته كان عاضلا، وهو قول الحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية، ورأي للحنفية.

وقد اتفق الفقهاء على سقوط حق الولي في الولاية وانتقالها إلى غيره، لكن اختلفوا فيمن تنتقل إليه الولاية على قولين:

*إذا عضل الولي الأقرب، زوجها من يليه من الأولياء، فإن عضل الأولياء كلهم انتقلت الولاية إلى

[1] – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب من قال لا نكاح الا بولي، ج 9، دار المعرفة، بيروت، 1301 ه، ص160-161.
[2] – عبير شكري القدومي، المرجع السابق، ص93.
[3] - العيد ابرهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010، ص67.
[4] – نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص81.

الحاكم، وإلى ذلك ذهب الحنابلة وبعض الحنفية، وإذا تكرر العضل عند الشافعية .

*إذا عضل الولي الأقرب، انتقلت الولاية إلى السلطان وبهذا قال المالكية والشافعية في غير تكرار العضل وجمهور الأحناف[1].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من عضل الولي

1-موقف المشرع الجزائري من عضل الولي قبل التعديل

جاء في نص المادة 11 من قانون الأسرة 84-11 قبل التعديل مايلي : " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ". المشرع الجزائري لم يميز في هذه المادة بين زواج القاصر وزواج البالغة، وإنما اشترط ضرورة قيام الولي بتزويج ابنته، أما المادة 12 من ذات القانون فنجدها تنص على مايلي : " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

فإذا ثبت أن الزوج كفء وأن الولي يرفض تزويج من في ولايته دون مبرر وكان أصلح لها، أجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يأذن بهذا الزواج رغم رفض الولي، ولا يجوز له منعها إلاإذا ثبت وجود مصلحة للبنت[2]، وإلا اعتبر متعسفا في استعماله لحق الولاية .

2-موقف المشرع الجزائري من عضل الولي بعد التعديل

من خلال تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، أعطى المشرع الجزائري للمرأة الحق في تولي عقد زاوجها بنفسها، وجعل الولي في عقد زواج البالغة الراشدة أمرا شكليا، فلا يمكن في هذه الحالة أن نتصور أي صورة للعضل حيث نصت المادة 11 من ق.أ.ج على أنه :" تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "، كما ألغى المشرع الجزائري حق الأب في منع البنت البكر من الزواج، إذا كان المنع يتوافق مع مصلحتها وذلك بإلغائه للمادة 12 من ق.أ.ج 84-11.

[1]- أحمد الصويعي شليبك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 01، جامعة الشارقة، فيفري 2007، ص65.

[2]- نسيمة أمال حيفري، المركز القانوني للمرأة في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، تاريخ الاطلاع 2022/05/09، على الساعة 15:33، موقع www.hafryat.com.

وبناءا عليه، وفي إطار قانون الأسرة المعدل، فإن العضل لا يمكن تصوره في المرأة البالغة حيث لا يتولى الولي إلا أمور زواج موليته القاصرة الذي يتم بإجازته، وتأسيسا على ذلك لا يجوز له أبا كان أو غيره أن يتعسف في استعماله لحق الولاية عليها ويمنعها من الزواج بالشخص الكفء الصالح لها الذي رضيت به ورغبت فيه، فإن منعها اعتبر متعسفا في استعمال حق ولاية التزويج عليها [1].

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على انتقال الولاية في حالة العضل، وبالتالي العودة إلى أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي بدورها تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يتدخل القاضي لإيجاد الحل لأنه وكما سبق بيانه، فإن الفقه الإسلامي أقر سقوط الولاية عن الولي في حالة تعسفه بالمنع .

الفرع الثاني: تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا

تعتبر مسألتي إكراه وإجبار الولي موليته على الزواج إحدى أهم صور تعسف الولي في استعماله لحق ولاية التزويج. ونستعرض في هذا الفرع تعريف الإكراه على الزواج والأثر المترتب عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية (أولا)، ثم تعريف الإجبار على الزواج وأثره على عقد الزواج في الفقه الإسلامي (ثانيا)، ثم نوضح موقف المشرع الجزائري من تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا (ثالثا).

أولا: تعريف الإكراه على الزواج والأثر المترتب عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية

1-تعريف الإكراه

أ-تعريف الإكراه لغة:

اسم من كرهت الشئ أكرهه كره، وهو إثبات الكره، والكره معنى قائم بالمكره ينافي المحبة والرضا[2]، يقال كره الشئ كراهة وكراهية خلاف أحبه، وأكرهته على الأمر حملته عليه قهرا وامرأة مستكرهة غضبت نفسها فأكرهت على ذلك[3].

ب-تعريف الإكراه اصطلاحا :

حمل الآخر على ما يكرهه بالوعيد أو الإلزام على ما يكره الإنسان طبعا أو شرعا، أو الدعاء إلى الفعل بالوعيد والتهديد مع وجود شرائطه، أو فعل يفعله الإنسان بغيره فينتفي به رضاه أو يزول به اختياره،

[1]- عمير هاجر، حاج بن علي محمد، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 38، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2021، ص335.
[2]-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص791.
[3]- ابن منظور، المرجع السابق، ج 13، ص534.

أو حمل الآخر على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلي لنفسه[1]. وعليه يمكن أن نخلص إلى أن الإكراه في الزواج، هو الضغط على المولى عليه ظلما بأي وسيلة كانت مرهبة أو بتهديده، وهذا من أجل حمله على الزواج بغير رضاه، بحيث لو ترك وشأنه لم يقم بهذا الزواج[2]، فهو إرغام على الزواج رغم رفضه له.

2- أثر الإكراه على عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية

ذهب جمهور الفقهاء[3] منهم المالكية والحنابلة والشافعية إلى القول بأن الإكراه يؤثر في التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح، فإذا تم عقد النكاح تحت الإكراه فإنه يفسد لأن العقد يحتاج إلى إرادة العاقدين التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول الذي مصدره رضا الطرفين. فالعقد الذي تم بالإكراه لا يمكن تصحيحه بإجازة من أكره عليه، لأنه غير منعقد، فلا يلزم المكره بما أكره عليه لقوله تعالى: **{إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإيمَانِ}**[4]، وقول النبي صل الله عليه وسلم:" إن الله قد تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[5].

وفي مقابل رأي جمهور الفقهاء، ذهب الأحناف إلى القول بأن الزواج يبقى صحيحا حتى مع وقوع الإكراه، واعتبروا أن الإكراه لا أثر له في التصرفات الشرعية التي لا تحتمل الفسخ كالنكاح فلا يشترط فيه الرضا ويصبح لازما بمجرد إجرائه، فالاعتبار هنا بقول العاقدين وتبقى الإرادة أمرا باطنيا[6].

وقد استدل أصحاب المذهب الحنفي في قولهم على أن النصوص الدالة على ذلك جاءت عامة، كقوله تعالى: **{وانكحوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ}**[7]. وبما أن النكاح تصرف قولي وليس تصرفا فعليا فلا يتأثر بالإكراه فلا يمكن لأحد أن يستعمل لسان غيره، فكل إنسان مختار حين يتكلم وليس مكرها، كما أن أمور الزواج والطلاق والرجعة لها حكم الجد والهزل عكس الجد، فكل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه فإن كانت هذه المسائل تقع صحيحة رغم وجود الهزل المضاد للجد، فإن وقوعها مع الإكراه يصح أيضا.

---

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، 1989، ص386.
[2]- رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد11، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2016 ، ص169.
[3]-أحمد مصطفى القضاة، أثر الإكراه في الزواج والطلاق، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، مجلد3، العدد2، 2006، ص221.
[4]- سورة النحل، الآية 106.
[5]- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب العتق، باب الخطا والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه ولا عتاقة إلا لوجه الله، ج5، دار المعرفة، بيروت، ص160.
[6]- أسامة ذيب سعيد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح-دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة لنيل شهادة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006، ص96.
[7]- سورة النور، الآية 32.

و بين هاذين القولين نرجح الأخذ برأي جمهور الفقهاء، في أن يكون الإكراه يؤثر في التصرفات الشرعية التي لا تحمل الفسخ كالنكاح، فالعقد الذي يقع تحت الإكراه يكون فاسدا.

ثانيا: تعريف الإجبار على الزواجوالأثر المترتب عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية

1-تعريف الإجبار

أ-تعريف الإجبار لغة يقصد به القهر والإرغام، فيقال أجبر القاضي الرجل على الحكم إذا ألزمه وأرغمه عليه[1].

ب-تعريف الإجبار اصطلاحا الإجبار في عقد الزواج هو أن يباشر الولي العقد نافذا على المولى عليه دون الرجوع إليه لأخذ رأيه، فيقوم الولي بإنشاء عقد الزواج دون تدخل من المولى عليه، ودون المشاركة فيه[2].

2-أثر الإجبار على عقد الزواج عند فقهاء الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في ذلك :

أ-القول الأول: الحنفية ومن وافقهم من الحنابلة والظاهرية إذا كانت بكرا بالغة عاقلة، وأجبرت على الزواج، فإما لها أن تجيز هذا العقد بغض النظر عن شرط الكفاءة ومهر المثل، وإما أن ترده فيبطل بذلك، وجعلوا الرضا شرطا لنفاذ العقد عليها، لأن سبب الإجبار عندهم في الزواج الصغر وما معناه كالجنون والعته، ولا دخل للبكارة أو الثيوبة في ذلك، فسواء كانت الصغيرة بكرا أم ثيبا تثبت عليها ولاية الإجبار لتحقق سبب الولاية وهو الصغر، ولا تثبت هذه الولاية على البكر البالغة العاقلة، وتثبت على المجنون والمعتوه لما فيهم من ضعف، ولهم حق فسخ العقد عند زوال سبب الإجبار، أي بلوغ الصغيرة وإفاقة المجنونة، إلا إذا تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل فلا يفسخ العقد بعد زوال السبب[3] .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما روي عن عائشة رضي الله عنها " أن فتاة دخلت عليها فقالت: أن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله -ص- فأخبرته فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم أللنساء من الأمر شيئا"[4].

---

[1]- ابن منظور، المرجع السابق، ص369.
[2]- نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص78.
[3]- المرجع نفسه، ص118.
[4]- أبي داوود سليمان الأزدري، سنن أبي داوود، ط 1، ج 3، كتاب النكاح، باب الولي، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009، ص576.

ب-القول الثاني: كان للمالكية ومن معهم من الشافعية، حيث يرون جواز الإجبار على البكر البالغة، واعتبر أصحاب هذا الرأي علة ذلك في البكارة وجودا وعدما، فإذا وجدت البكارة تثبت للولي على البكر الإجبار، فإذا زالت عنها البكارة زال عنها الإجبار[1].

وقد اشترط أصحاب هذا الرأي حدودا يجب على الولي أخذها بعين الاعتبار عند إجبار البكر العاقلة البالغة على الزواج، فإن تعداها أصبح متعسفا في استعمال حقه عليها، و رفع أمره إلى القاضي وتتمثل في[2]:

*أن لا يكون بينه وبين وليته عداوة ظاهرة فإذا توفر هذا الظرف اعتبر متعسفا؛

*أن يكون الزوج كفؤا لها فإن أجبرها على غير الكفء عد ظالما لها؛

*أن لا يزوجها بزوج معسر وليس موسرا بحال الصداق؛

*أن لا يجبرها على الزواج بمهر أقل من مهر المثل، بخلاف المالكية الذي أجازوا الإجبار بدون مهر المثل وأن يكون المهر من نقد البلد؛

*أن يزوجها ممن تتضرر بمعاشرته كالشيخ الكبير، والأبرص والأعمى.

فإن أجبرها في هاته الحالات السابقة الذكر اعتبر وليا متعسفا في استعمال حق ولاية التزويج على موليته. وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما روى عن أبي عباس رضي الله عنهما مرفوعا، أن النبي-ص- قال :" الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها" [3]، ووجه الإستدلال أن ولي البكر أحق بنفسها منها، فجاز له إجبارها ولا يشترط رضاها ويستحب فقط استئذانها .

وما نلخص إليه بعد عرض آراء الفقهاء في مسألتي الإكراه والإجبار، وتماشيا مع ما ذهب إليه الكثير من أهل العلم، فإننا نقول بعدم مشروعية إكراه وإجبار المرأة في الزواج، مع الإقرار بمنحها حق اختيار زوجها، وإن كان هذا القول يتفق مع رأي الأحناف حيث يمنعون إجبار المرأة البالغة العاقلة على الزواج، إلا أنهم في مسألة الإكراه يجيزون زواج المكرهة وجعلوه صحيحا وملزما لها، ولا يكون لها الخيار في فسخ العقد إلا إذا تخلف شرط الكفاءة أو شرط مهر المثل، حيث جاء قولهم في الإجبار مناقضا تماما لقولهم في الإكراه.

[1] - نور الدين أبولحية، المرجع السابق، ص114.
[2] – سمير شيهاني، أثر إكراه المرأة الراشدة على الزواج _دراسة مقارنة_، مجلد8، العدد17، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص9.
[3] – أبي الحسن مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، ج 2، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص1037.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من مسألة تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا

1- موقف المشرع الجزائري من مسألة تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا قبل التعديل

نصت المادة13 من ق.أ.ج رقم 84-11 على ما يلي : " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها ". فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر موليته على الزواج بدون رضاها حيث يجب عليه سواء أكانت موليته قاصرة أو راشدة الحصول على رضاها وموافقتها على هذا الزواج، حيث جاء نص المادة قبل التعديل واضحا ودقيقا في معالجته لمسألة الإجبار وشموله لعامة النساء[1]، ولا يجوز للأب أو غيره إجبار من ولايته على الزواج بدون رضاها، فلا بد في تزويج المولى عليها قاصرة أو بالغة، الحصول على رضاها وموافقتها على الزواج .

2- موقف المشرع الجزائري من مسألة تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا بعد التعديل

من خلال الأمر 05-02 المعدل للقانون 84-11، عدل المشرع الجزائري نص المادة 04، وجعل عقد الزواج رضائيا، والمادة 09 أيضا حيث أصبح ركن انعقاد الزواج على الرضا، وجاءت المادة 33 بعد التعديل فاصلة في مصير عقد الزواج الذي يختل فيه ركن الرضا، ونص على أنه:"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". كما قام المشرع الجزائري بتعديل المادة 13 التي نصت على أنه:"لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزويجها بدون موافقتها".

وبناءا على ذلك فإن المشرع الجزائري قام بإلغاء الجبر في الزواج مطلقا[2]، حيث منع إجبار القاصرة على الزواج، أما المرأة الراشدة فلها الولاية على نفسها طبقا لما نصت عليه أحكام المادة 11 من ق.أ.ج وليس للولي أي ولاية عليها، و ممنوع على الولي أبا كان أوغيره تزويج موليته بغير رضاها سواء كانت قاصرة أم راشدة.

وفي ظل التعديلات التي جاء بها الأمر 05-02، يمكن الأخذ بقول الأستاذ بلحاج العربي الذي كان قد صرح به قبل هاته التعديلات، ومفاده أنه إذا قام أحد الأولياء بتزويج موليته جبرا عنها ودون موافقتها، فالعقد باطل بطلانا مطلقا[3].

---

[1]-قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2011، ص153.

[2]- عشاري عبد العالي، الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديدة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، جوان 2018، ص329.

[3]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص65.

المبحث الثاني: التعسف في ممارسة الحقوق الزوجية

يرتب عقد الزواج آثارًا لكلا الزوجين، وتتمثل في الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما، ولقد ورد في القرآن الكريم ما يبين ثبوت الحقوق والواجبات الزوجية في قوله تعالى: **{وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيهِنَّ بِالمَعرُوفِ}**[1]، أي أن للزوجة حقوقا تجب على الزوج مثل ماله عليها من واجبات اتجاه زوجها.

وحتى يحقق الزواج مقاصده العظيمة وتستقيم الحياة الزوجية، لابد أن يلتزم كل من الزوجين بما رتبه عليهما الشرع والقانونمن واجبات وما منحهما من حقوق، فيسعى كل منهما إلى مصلحة الآخر وسعادته، وممارسة الواجبات تكون في حدود الشرع والقانون دونما تقصير أو استغلال، فلا يقصر الزوج في واجباته التي تعتبر حقوقا بالنسبة للزوجة، وهو الحال كذلك بالنسبة لها، كما لا يستغل أي من الزوجين ما منحهما الشرع من حقوق على وجه يلحق الضرر بالطرف الآخر، بل لابد أن يكون استعمال الحق في الحدود التي رسمها الشارع الحكيم وسار عليها القانون، وأي انحراف على هذا المسار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر فيعتبر بذلك تعسفا. وهذا ما سنحاول دراسته في هذا المبحث، وذلك بأن نتناول تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية (المطلب الأول)، وتعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعسف الزوج في ممارسةحقوقه الزوجية

منح الشرع للزوج جملة من الحقوق إذا انعقد الزواج صحيحًا يمارسها وفق الأطر المحددة شرعا، وذلك حتى تستقيم وتستمر الحياة الزوجية، ومن هذه الحقوق حق الطاعة وتأديب الزوجة في حالة نشوزها، وحق التعدد شرط العدل ووجود المبرر الشرعي، غير أن بعض الأزواج يظلمون زوجاتهم بحجة القوامة وإلزام الزوجة بالطاعة والانقياد إلى كل ما يأمر به فيحيدون عن جادة الصواب، هذا من جهة ومن جهة أخرى يمارس بعض الأزواج حقهم في التعدد على وجه يضر بالزوجة الأولى. لذلك سنتطرق إلى تعسف الزوج في حق الطاعة والتأديب (الفرع الأول)، وتعسف الزوج في حق التعدد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة والتأديب

من حقوق الزوج على زوجته حق الطاعة، ولقد جعل الشارع للرجل حق تأديب الزوجة بالمعروف واللائق بمكانتها في حالة نشوزها، وذلك لأن طبيعة كل اجتماع تجعل لواحد منهما درجة أعلى من غيره وتجعل له سلطانا في الإصلاح والتهذيب ولقد كانت هذه الدرجة للرجل[2].

[1] – سورة البقرة، الآية 228.
[2] –محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص221.

أولا: تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة

1-تعريف حق الطاعة

أ-تعريف الطاعة لغة

طَاعَ، أَطَاعَ لان وانقَادَ، ويُقَالُ: طَاعَ لَهُ وأَطَاعَ سَوَاء[1].

ب-تعريف الطاعة اصطلاحًا

يقصد بها التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، والانقياد للزوج لا يعني استسلام الزوجة لزوجها والاستجابة لرغباته مشروعة كانت أم ممنوعة، وإنما هي الانقياد بالمعروف وفي المعروف بما أمر به الشرع وأباحه.

ويؤسس البعض حق الطاعة على فكرة القوامة[2] استنادا إلى قوله تعالى: **{الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}**[3]، فالزوج هو المؤهل وهو من يتصدى للمسؤولية باستعداده البدني، وقدرته وعلاقاته في المعاملات خارج دائرة البيت، فهو أقدر من المرأة على حماية الأسرة وفرض احترامها، ومنع الاعتداء عليها. بينما فطرة المرأة واستعدادها النفسي والعاطفي والجسمي يجعلها أكثر ارتباطا بالبيت، وخدمة المنزل وتربية الأطفال والاهتمام بشؤونهم، فهذه المنزلة التي يوجبها الإسلام للزوج في حياة الزوجة تلزم الزوجة بطاعة زوجها[4].

2-مشروعية حق الطاعة

أ- مشروعية حق الطاعة من القرآن الكريم

يقول سبحانه وتعالى: **{ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}**[5]، فهذه الآية تدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها لأنه سبحانه وتعالى جعل الرجال قوامون على النساء، ولا معنى للقوامة إلا إذا أطيع القيم، ونفذت أوامره من قبل من جعل قيمًا عليه[6].

ب_ مشروعية حق الطاعة من السنة النبوية

وردت أحاديث كثيرة تدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها، وأنها من أفضل ما تتقرب به المرأة إلى الله لقوله صلى الله عليه وسلم :"إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وصامت

[1] – ابن منظور، المرجع السابق، ص159.
[2] – محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998، ص188.
[3] – سورة النساء، الآية 34.
[4] – عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مكتبة الزهراء، بيروت، 2009، ص181- 182.
[5]-سورة النساء، الآية 34.
[6] – محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ج2، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 2002، ص25.

شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت"[1].

ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لو كنت آمرًا أحدًا أن يسجد لغير الله لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها"[2]، فالطاعة مأمور بها شرعا فهي سبب الحفاظ على الحياة الزوجية من التصدع والانشقاق الذي قد يؤدي إلى انهيار الأسرة، فالطاعة تقوي المحبة والاحترام بين الزوجين[3].

3-حق الطاعة في قانون الأسرة الجزائري

اهتم المشرع الجزائري بالتأطير القانوني للحقوق الزوجية، حيث نصَّ عليها قانون الأسرة قبل التعديل في المواد 36- 37- 38- 39، وأحال فيما لم ينص عليه إلى الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من نفس القانون، وفي هذا الصدد اعتمد المشرع تقسيما ثلاثيا، يتمثل في الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين، وحقوق الزوجة على زوجها وحقوقه عليها، أما بعد التعديل فوسع من قائمة الحقوق والواجبات المشتركة، وذلك بمقتضى المادة 37 من قانون الأسرة، بينما ألغى المادتين 38- 39 المذكورتين. والمشرع ألغى نص المادة 39 التي نصت صراحة على وجوب طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيس العائلة[4] واستبدلها بالمادة 36 بعبارة "المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام..."، غير أن إلغاء هذا النص لا يعني سقوط حق الطاعة الزوجية، إذ أنه يمكن الحكم بطلاق الزوجة بسبب نشوزها، أي عدم طاعتها لزوجها وفق ما نصت عليه المادة 55 ق أ ج ، كما أن حق الطاعة الزوجية ثابت بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإن لم ينص عليه قانون الأسرة ، طبقا للمادة 222 منه والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

4-حدود حق الطاعة

إن طاعة الزوجة لزوجها ليست الطاعة العمياء المطلقة، بل هي الطاعة الواعية المستنيرة المقيدة باعتبارات، وذلك بأن تكون طاعة الزوجة لزوجها مقصورة على الجوانب المتعلقة بشؤون الأسرة، وقضايا الزوجية ، أما ما يتعلق بشؤون المرأة الخاصة فتحتفظ فيها المرأة باستقلاليتها، ومن ذلك ما يتعلق بشؤونها المالية، كما يجب أن يكون الزوج قد وفى حقوقها من مهر ونفقة وحسن معاشرة[5]، والطاعة تكون في المعروف وهو كل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه، وفعل ما أمر الله به وترك ما نهى عنه، فإن أمر

[1] – محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير زيادته (الفتح الكبير)، المجلد الأول، ط3، المكتب الإسلامي، 1988، ص174.
[2] – محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الثاني، المرجع نفسه، ص937.
[3] – أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم، الجزائر، 2014، ص13- 14.
[4]– تنص المادة 39 من ق.أ.ج قبل التعديل: "يجب على الزوجة: طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة...".
[5] – محمد عقله، المرجع السابق، ص36.

الزوج زوجته بإتيان معصية، ومخالفة ما شرعه الله أو تجاوز حدوده، فلا سمع عليها ولا طاعة[1]، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"[2]. ويمكن رسم حدود طاعة الزوجة لزوجها في[3]:

*القرار في بيت الزوجية متى قبضت الزوجة صداقها، وذلك بالتفرغ لشؤون الزوجية والبيت ورعاية الأولاد في الصغر والكبر؛

*عدم الخروج من البيت إلا بإذن زوجها والالتزام بالستر فلا تظهر من مفاتنها ما يدنسها؛

*أن تسلم نفسها إليه إذا دعاها إلى الفراش ما لم يكن هناك مانع شرعي؛

*أن تحفظ غيبة زوجها في نفسها وفي بيته وماله وولده.

هذا وعلى الزوج أن لا يعاقب زوجته على تفريطها في أمور سابقة، ولا على إفراطها في معاملات ماضية، ولا ينقب عن العيوب المضرة إذا حصلت له الطاعة، وتحققت الرغبة تفاديا لأي فساد قد ينجر على الملامة ، وتجنبا لأي توتر أو مشاحنات تتولد علن المتابعة بالمعاينة[4].

5-مظاهر التعسف في حق الطاعة:

من حقوق الزوج على زوجته حق الطاعة، ومن بين موجبات الطاعة استئذان الزوجة من زوجها عند الخروج من المنزل، فليس لها الخروج إلا بإذنه، غير أن بعض الأزواج يمارسون على زوجاتهم شروطا استبدادية تهدف إلى عكس ما أمر الله به، كمنعها من زيارة أبويها بدعوى أنهما سبب إفسادها[5]، ومما لا شك فيه أن الزوجة تتضرر ولا تصبر على عدم زيارة والديها والاطمئنان عليهما، وخاصة في حالة المرض، كما أن منعها من ذلك قطع لصلة الرحم ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[6].

لذلك نقول أنه يحق للزوجة زيارة والديها وخاصة لو كان أحدهما مريضا، حيث أنه يكره عند الشافعية منع الزوجة من عيادة أبيها، إذا أثقل في مرضه وحضور موارثه إذا مات، لأن منعها مما ذكر يؤدي إلى النفور ويغريها بالعقوق، كما أجاز الحنفية للمرأة الخروج بغير إذن زوجها، إذا مرض أحد أبويها[7].

[1] – أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المرجع السابق، ص14.
[2] – محمد ناصر الدين الألباني، المجلد الثاني، حديث رقم 7520، المرجع السابق، ص1250.
[3] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص177– 178.
[4] – أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المرجع السابق، ص15.
[5] – محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، د س ن، ص100.
[6] – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص164.
[7]- عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 178.

فالرغبة في استمرار الحياة الزوجية تملي على الزوج أن لا يتجاوز الحدود بموجب قوامته وواجب طاعة الزوجة له، وتملي على الزوجة أن تذكره بالحدود الشرعية للحق كما يذكرها، فالمهم هو استعداد كل منهما للتراجع إلى حيث الحدود إذا حدث منها أو منه تجاوز،[1] كما وأن الحياة الأسرية تقتضي حسن المعاشرة والإحسان بين الزوجين، ومراعاة كل طرف منهما لمصلحة الطرف الآخر، وتجنب كل ما من شأنه الإضرار به.

ثانيا: تعسف الزوج في ممارسة حق التأديب

يملك الزوج حق تأديب زوجته بهدف إصلاحها وإرجاعها إلى الاستقامة، ولقد أباح له الشرع أن يتخذ من وسائل التأديب والإصلاح ما يكفل رجوعها إلى طاعة زوجها.

1-تعريف حق التأديب

أ-تعريف التأديب لغة

يقال أَدَّبَهُ أَدَبًا، أي عَلَّمَهُ رياضة النفس ومحاسن الأخلاق، وأدبه تأديبا إذا عاقبه على إساءته[2].

ب-تعريف التأديب اصطلاحا

هو الضرب الوعيد والتعنيف،[3] فهو حق من حقوق الزوج إذا ما تحقق نشوز الزوجة أو حال عصيانها أمره بالمعروف[4]. فولاية التأديب للزوج تكون حال عدم طاعة الزوجة، بأن ظهرت عليها إمارات النشوز بالفعل، كالإعراض والعبوس والتثاقل إذا ما دعاها بعد لطف وطلاقة وجه، وإمّا بالقول كأن تجيبه بالقول المنكر واللفظ الخشن[5].

2-مشروعية حق التأديب

حق التأديب ثابت شرعًا ونصت عليه أدلة شرعية بصريح اللفظ في القرآن الكريم والسنة النبوية.

أ-مشروعية حق التأديب من القران الكريم

قوله عز وجل:**{الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ**

[1] – محمد التومي، المرجع السابق، ص93.
[2] – أحمد الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، المجلد1، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص9.
[3] – العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة من الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002، ص129.
[4] – عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص183.
[5] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 179.

فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا}[1].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن النساء نوعان[2]:

*النوع الأول: الصالحات، وهن يتحلين بالقنوت والطاعة لله فيما أمر به من القيام بحقوق الزوجية، والخضوع لرئاسة الرجل البيتية وهؤلاء لسن بحاجة للتأديب.

*النوع الثاني: غير الصالحات، وهن اللاتي يحاولن الخروج على حقوق الزوجية والنشوز عن طاعة أزواجهن، فيعرضن الحياة الزوجية للتهور والانحلال فلا يفلح معهن إلا الضرب، ولقد جعل الشارع التأديب على ثلاث مراحل: الموعظة ثم الهجر في المضجع وأخيرا الضرب.

ب- مشروعية حق التأديب من السنة النبوية

قوله صلى الله عليه وسلم: "ألا واستوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئًا غير ذلك، إلا أن تأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح، فإن أطعنكن فلا تبغوا عليهنّ سبيلا"[3]. فالحديث يدل على وسائل تأديب الزوجة، وأن إصلاح الزوجة إذا أمكن بالصبر على نشوزها ومعالجة عصيانها بوسيلة الوعظ والهجر في المضجع، أولى وأفضل من الضرب.

3-حق التأديب في قانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد بأنه لا يوجد نص صريح يمنح حق تأديب الزوجة ومنه يتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 ق.أ.ج والتي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". ومنه يمكن القول بأن المشرع الجزائري أذن بحق التأديب عند إحالته إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

4-ضوابط استعمال حق التأديب

أ-مجال استعمال حق التأديب

حتى يكون للزوج الحق في تأديب زوجته يتعين أن يصدر عنها سلوك معين يوصف بالنشوز، وفي غير هذا الموضع لا يكون لهذا الحق وجود، فهو يسقط حالة محافظة الزوجة على واجب الطاعة للزوج والامتثال لأوامره بالمعروف[4].

---

[1] – سورة النساء، الآية 34.

[2] – عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص 165.

[3] –محمد بن عيسى بن سورة الترميدي، جامع الترميذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، بيت الأفكار الدولية ، الرياض،د.س.ن، ص207.

[4] – عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص183.

ويقصد بنشوز الزوجة ترفعها وتعاليها على زوجها، بمخالفته ومعصيته فيما فرض الله سبحانه وتعالى عليها من طاعته[1]، ولقد توسع الفقهاء في مدلول النشوز فجعلوه يشمل كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، غير أن هذا التوسع له حدود والتي يقف عندها، ومن هذه الحدود أن لا تكون المعصية قد ورد فيها حد مقرر، فإن بلغت المعصية قدرا واضحا من الخطورة يجب فيها الحد ، ولا يكون للتأديب محل لأن آثارها لم تعد تقتصر على الأسرة، وإنما غدت تعني المجتمع بأكمله، كما يجب أن لا يكون ما ارتكبته الزوجة قد رفع إلى القضاء.[2]

ومن أمارات نشوز الزوجة القولية منها والفعلية، فالقولية تتمثل فيما يراه الزوج من خشونة في القول من زوجته، أو رفع الصوت بعد أن كان منخفضا في العادة أو الكلام بطريقة لا يتقبلها بعد لين الزوج ولم يكن يسمعها منها من قبل، أما الفعلية فتظهر من خلال العبوس والتثاقل في تلبية طلباته أو عدم القيام بشؤون البيت، أو إدخالها بيته من يكره ، أو الخروج من البيت بغير إذنه أو تمتنع عن فراشه أو تترك حقوق الله كالصلاة[3].

والقضاء الجزائري لا يعتبر الزوجة ناشزًا إلا إذا صدر حكم قضائي نهائي، يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية، ويتم تبليغها وأن يسعى الزوج إلى تنفيذ الحكم وتمتنع الزوجة عن ذلك، طبقا لما جاء في قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "نشوز الزوجة –حكم نهائي– امتناعها– تحرير محضر تنفيذ... متى كان من المقرر شرعًا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها إلى محل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله وسيتوجب الرفض..."[4].

ب–الوسائل الشرعية لتأديب الزوجة

تتعدد وسائل التأديب وتتنوع، ولكن الشارع الحكيم حددها في وسائل ثلاث لا يتجاوزها الزوج وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع والضرب، فيختار منها ما يلائم حال الزوجة ونوع المعصية، وهناك

[1] – هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الوفاء، المسيلة، 2018، ص181.
[2] – سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019، ص240.
[3] – هشام ذبيح، المرجع السابق، ص182.
[4] –المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 33762، قرار بتاريخ 9 جويلية 1984، المجلة القضائية، العدد04، 1989، ص119.

إلزام على الزوج بأن يبدأ بالأخف ثم الأشد، فالتناسب بين الفعل ووسيلة التأديب لا يخل بالترتيب حيث ترجى فعالية التأديب وبلوغ المقصد منه[1].

***الموعظة الحسنة**

حيث ينبه الزوج زوجته برفق ولين إلى ما فيها من عيوب ونتائجها، ويذكرها بما أوجبه الله عليها من طاعة وحسن عشرة ثم يلومها إذا لم يُجد التنبيه[2]، فالموعظة الحسنة تكون في مقابل الخطأ والمخالفة الصغيرة، لا سيما أن الرجل يكون هو الأدرى بما هو أكثر تأثيرا في زوجته وما به يمكن تقويمها[3].

***الهجر في المضجع**

إذا لم يحقق الزوج بالموعظة غايته في حمل زوجته على طاعته فيعمد إلى هجرها في المضجع، فلا يبيت معها في فراش واحد أو غرفة واحدة مدة حسب ما يستطيع كعقوبة يرجو منها أن يصلح أمرها ، والهجر الجائز شرعا هو الهجر الجميل لقوله تعالى: **{وَاصْبِرْ عَلَى مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا}**[4] وهذا العلاج يكون ناجحا مع الزوجة التي تهوى زوجها ويشق عليها هجره إياها، ولقد حدد العلماء مدة الهجر في المضجع بما لا يبلغ مدة الإيلاء المقدرة شرعا بأربعة أشهر،[5] والهجر ينبغي أن لا يشيع ويعلن، ومكانه البيت حتى لا تشيع أسرار البيوت، وتصبح حديث الناس[6].

***الضرب**

إذا كانت وسيلة الوعظ والهجر في المضاجع لم تنفع في التأديب انتقل الزوج إلى ضرب الأدب غير المبرح ، فيكون بما لا يشين لها جارحة ولا يكسر لها عظما، ويتجنب الوجه لأن الغاية من الضرب الإصلاح والتأديب لا الانتقام والتشفي والتعذيب[7].

والضرب غير المبرح وهو غير الشديد ولا الشاق الذي لا يحدث جرحًا إن كان مباحا، إلا أنه لو أمكن إصلاح الزوجة بالصبر على تصرفاتها ومعالجة عصيانها بوسيلة الوعظ والهجر في المضجع أولى وأفضل، وإن نفذ صبر الزوج ولم يعد يتحمل تقصيرها وشططها، فله هو أن يباشر الضرب غير الشاق إصلاحًا وعلاجًا[8].

---

[1] – محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص195.
[2] – عثمان التكروري، المرجع السابق، ص166.
[3] – عبد الحميد الجياش، المرجع السابق، ص183.
[4] – سورة المزمل، الآية 10.
[5] – عثمان التكروري، المرجع السابق، ص183.
[6] – محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، المرجع السابق، ص197.
[7] – ابن عبد المعز محمد علي فركوس، المرجع السابق، ص62.
[8] – المرجع نفسه، ص63-64.

جـ-مراعاة القصد والغاية من حق التأديب

يجب أن يكون دافع الزوج في استعمال حقه في تأديب زوجته الناشز هو إصلاح حالها وحملها على الطاعة بترك عصيانها فيما فرضه الله عليها من حقوق زوجها، وهذا هو القصد من حق التأديب شرعًا وقانونا[1]، فعلى الزوج أن لا ينحرف عن حدود ذلك الحق شفاء لحقد في نفسه أو انتقاما أو لمجرد الإيذاء، فعليه أن يضع نصب عينيه غاية التأديب أثناء أفعاله لتصحيح سلوك زوجته الناشز، فلو كانت هناك غايات أخرى، فلا وجود للحق بل هو تعسف في استعمال الحق[2].

5-مظاهر التعسف في حق التأديب

لا يختلف فقهاء الشريعة والقانون في طبيعة الحق، من ناحية أنه يعطي سلطة لتحقيق المصلحة التي يكفلها له هذا الحق، والتي تمثل الغاية التي يتوقف عليها وجوده، كما تمثل الإطار العام الذي يحكم سلوك صاحب الحق عند استعماله لحقه، فيتقيد بحدود تلك المصلحة على أساس أنها الغاية من استعمال الحق. فالغاية من تأديب الزوجة هو تهذيبها وحملها على طاعة زوجها وإصلاح نشوزها، فولاية التأديب حق للزوج وضعها على الشارع لتحقيق هذه الغاية، فإذا كانت غايته غير ذلك اعتبر فعله تعسفا لانحرافه عن الغاية التي شرع من أجلها، كأن يتذرع الزوج بنشوز زوجته ليحقق مقاصد أخرى في نفسه تتناقض مع مقصد التأديب، كأن يريد بالتأديب مثلا الانتقام أو التشفي أو التعبير عن كراهته، أو أن يستعمل الضرب من أجل الإهانة والإذلال، أو أن يستعمل السب والشتم أثناء الوعظ لغاية الإذلال، فكل هذا يعتبر تعسفا[3].

كما أنه من أوضح حالات التعسف في استعمال حق التأديب قصد الإضرار بالزوجة، وذلك بأن يستعمل الزوج حقه في التأديب بأية وسيلة (الوعظ، الهجر، الضرب) لا لشيء سوى الإضرار بالزوجة، كمن يهجر زوجته دون سبب سوى الإضرار بها، فانحراف القصد عن غاية الإصلاح هو ما يخرج الفعل من المشروعية إلى دائرة المسؤولية، فقصد الإضرار يشير إلى سوء الخلق والتصرف، لأن المقصد من الحقوق تحقيق مصالح العباد لا الإضرار، فالإضرار يناقض هدف الشارع من إيجاد الحق[4].

---

[1] – العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة من الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص138.

[2] – سنوسي علي، المرجع السابق، ص240.

[3] – عبد الباسط بوقفة، التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2019، ص58.

[4]–صباح سامي داوود، تأديب الزوجة بين الإباحة والتجريم، المعرفة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد 2، 2010، ص272، تاريخ التصفح 2022/04/17، سا 10:56 ، قاعدة البيانات العربية الرقمية المعرفة -Emeref-net.sndl1.arn.dz/ar/contact -.us

هذا وعلى الزوج أن يتحّمل شطط الزوجة وتقصيرها في حقه فيلجأ إلى الوعظ والهجر، فإذا استنفذ صبره له أن يباشر ضرب الأدب غير الشاق علاجا وإصلاحا[1]. ومن شروط الضرب حال التأديب، أن يغلب ظن الزوج أن الضرب سيؤدي إلى فائدة، فإذا علم أن الضرب لا يفيد فلا يفعله لأنه علاج وليس عقابا، فالوسيلة إذا لم يترتب عليها مقصدها لا تشرع[2]. كما أن الغاية من التأديب قد تتحقق بإحدى الإجراءات التي شرعها الشارع، وبالتالي يجب التوقف عندها وعدم تجاوزها إلى التي تليها، فالتأديب إن حصل بالأخف من الأفعال والأقوال فلا يعدل إلى الأغلظ، إذ هو مفسده وتوسع في الحق وتعسف فيه[3].

6-الجزاء المترتب عن التعسف في حق التأديب

إن حق التأديب مباح للزوج إذا قامت أسبابه أو في حالة نشوز الزوجة بغاية إصلاحها وحملها على طاعة زوجها، ولهذا فعلى الزوج أن لا يتعسف في حق التأديب، فيؤدب بلا سبب ويهجر ويضرب دون مبرر، ويتجاوز الحد المسموح به في الهجر أو الضرب، فيزيد الهجر عن أربعة أشهر ويتشدد في الضرب إلى المبرح منه، أو يؤذي الزوجة في وجهها أو أي عضو من أعضائها فإذا زاد الزوج عن القدر اللازم كان متعديا[4]، وتواجه الزوجة هذا التعسف بأمرين هما:

***الشكوى إلى القاضي**

فللمرأة المتضررة من تجاوز حدود حق التأديب من طرف الزوج اللجوء إلى القاضي تشكو زوجها وتشرح له ما أصابها، وللقاضي سلطة تقديرية في الصلح بين الزوجين أو الحكم بعقاب الزوج، فالضرب باعتباره من صور التأديب مباح للزوج استثناءً، فإذا أساء استعماله عاد الأمر إلى أصله وأصبح الضرب معاقب عليه[5]، فيخرج بذلك من دائرة التأديب إلى دائرة العقاب والمسؤولية الجزائية، وفقا لما تنص عليه المادة 266 من قانون العقوبات الجزائري، فيصنف فعله سواء باعتباره جنحة، أو جناية إحداث عاهة مستديمة أو ضرب أفضى إلى الموت[6]، كما يعاقب كذلك بمقتضى المادة 266 مكرر 1 ق.ع.ج على كل شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي الذي يمس بكرامة الزوجة، وسلامتها البدنية والنفسية.

[1] – أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المرجع السابق، ص64.
[2] – هشام ذبيح، المرجع السابق، ص221.
[3] – سنوسي علي، المرجع السابق، ص245-246.
[4] – محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص197.
[5] – المرجع نفسه، ص197.
[6] – المادة 266 مكرر من القانون رقم 15- 19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات.

هذا ومن الناحية الواقعية فإن الزوجات تمتنعن عن اللجوء إلى القضاء الجزائي، ويفضلن اللجوء إلى القضاء العادي لطلب التطليق والحصول على التعويض[1].

***حق طلب التطليق**

أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق لما أصابها من ضرر وذلك وفق نص المادة 10/53 ق.أ.ج والتي تنص: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:- الضرر المعتبر شرعا"، فالضرب المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة التي تلحق أضرارا بالزوجة، وخاصة إذا كان دون مبرر شرعي، كما أجاز المشرع في المادة 53 ق.أ.ج مكرر في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة بتاريخ 20 جوان 2000: "من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة طالبة الطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا... ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاقها التعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب، مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض"[2].

الفرع الثاني: تعسف الزوج في ممارسة حق تعدد الزوجات

موضوع تعدد الزوجات قديم قدم الإنسانية فقد عاشته المجتمعات منذ القدم، إذ لا يوجد عصر من العصور إلا وشهد التعدد، كما أثبتت الحقائق التاريخية أن الشعوب القديمة والمتحضرة ذات الشرائع الوضعية قد مارست التعدد كالصينيين واليونانيين والآثينيين والبابليين والأشوريين، مما ينفي فكرة ارتباط التعدد بالتأخر الحضاري للأمم[3].

ونظام تعدد الزوجات في المجتمعات العربية عُرف وترعرع فيها قبل الإسلام، فالإسلام لم ينشئ نظام تعدد الزوجات ولم يدعو إليه، وإنما وجده متبعا فأبقاه ونظمه وحدد عدد الزوجات المسموح الزواج معهن، بأن لا يتجاوز أربعة بعد أن كان لا حد له، كما حذر من مغبة عدم العدل بينهن[4].

---

[1] – سنوسي علي، المرجع السابق، ص252.
[2] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 245159، قرار بتاريخ 20 جوان 2000، المجلة القضائية، 2001، ص258.
[3] – راسم شحدة، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص353.
[4] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص82.

والمشرع الجزائري لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية حيث أبقى على نظام تعدد الزوجات، فلم يحرمه أو يمنعه ولكنه قيده وشدّد على هذا النظام القانوني، في ظل الحقوق والواجبات التي تترتب بعد إنشاء العقد[1]، وذلك حماية للأسرة ككيان وللزوجة كفرد منها لما قد ينجر عن هذا الحق من ضرر في حالة إساءة استعماله.

أولا: معنى حق تعدد الزوجات وأدلة مشروعيته

1-معنى حق تعدد الزوجات

تعدد الزوجات رخصة أباحتها الشريعة الإسلامية مبنية على الاستثناء من الأصل إذا دعت إليه الحاجة[2]، أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج إثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء وهو الحد الأقصى المسموح به شرعا، والزواج فوق الأربعة يعتبر زواجا غير شرعي وممنوع قانونا[3]، والتشريع الإسلامي أباح التعدد عند الثقة في إقامة العدل والأمن من الجور فإذا انتفى الوثوق وخيف توقع الظلم فحينها يعتبر التعدد محرمًا[4].

2- مشروعية حق تعدد الزوجات

أ- **مشروعية حق التعدد من القرآن الكريم**

برهان ذلك قوله عز وجل: "**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ**"[5].

ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى خاطب الناس عامة وأولياء اليتامى خاصة ممن يحل لهم الزواج بهن ، فإن غلب على ظنهم عدم العدل حين تزوجهم من يتامى النساء اللاتي تولين أمورهن المالية، أو الوقوع في ظلمهن أن لا يتزوجوهن، وأن ينكحوا من مالت إليه أنفسهم وما طالب لهم من النساء ممن هن حلال لهم[6]، كما أن الآية جاءت لتبين نوعا آخر من الظلم كان الناس واقعين فيه، وهو ظلم النساء بالزواج بغير عدد محصور دون مراعاة العدل، فكان سبحانه وتعالى يقول لهم إن خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى، فكذلك خافوا الوقوع في ظلم النساء وقللوا عدد الزوجات واقتصروا على أربع، وإن خفتم الجور في الزيادة على واحدة، فاقتصروا عليها بما ملكت أيديكم من الإماء[7].

---

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية مقدمة– الخطبة– الزواج– الطلاق– الميراث– الوصية، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص93.

[2] – محمد صالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، المجلد1، العدد2، 2012، ص28.

[3] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص184.

[4] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 184.

[5] – سورة النساء، الآية 3.

[6] – راسم شحدة، المرجع السابق، ص93.

[7] – عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص185.

ب-مشروعية حق التعدد من السنة النبوية

ماروي عن مالك والترميذي وابن ماجة وأحمد والشافعي عن أبي عمر قال:أسلم غيلان بن سلمه الثقفي وعنده عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فأمره النبي –ص–أن يتخير أربعا منهن[1]، فالإسلام قيد تعدد الزوجات بحصرها في أربع زوجات فقط.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة تعدد الزوجات

لم يخالف المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية بالإبقاء على نظام تعدد الزوجات، وذلك في المادة 1/8 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 05- 02 الذي يسمح للزوج بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، وقيد ذلك بوجود المبرر الشرعي وتوفر شروط نية العدل بين الزوجات.

كما أوجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة بأنه سيعقد زواجا بامرأة أخرى، وإخبار الزوجة التي يقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها بعقد صحيح، واشترط عليه الحصول على ترخيص بزواج من القاضي المختص (م 2/8) المعدلة وإذا تأكد رئيس المحكمة من موافقتهما (الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج منها)، وأثبت الزوج المبرر الشرعي والقدرة على العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، رخص بالزواج الجديد (م 3/8).

وأتمم المشرع هذا المعنى بالمادة 8 مكرر، أنه في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق، بالإضافة إلى ذلك أن الزواج الجديد يفسخ قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي المختص (م 8 مكرر 1).

فالمشرع الجزائري إذا أباح التعدد فقد قيده بجملة من الشروط نبينها فيما يلي:

1-شرط وجود المبرر الشرعي

اشترط قانون الأسرة الجزائري لإمكانية تعدد الزوجات وجود المبرر الشرعي، إلا أنه رغم التعديلات الحاصلة في قانون الأسرة لم يبين ما هو المبرر الشرعي، كما لم يضع معيارا للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي، فترك بذلك الأمر إلى القضاة لممارسة سلطتهم التقديرية لتقييم المبرر المقدم من الزوج.

[1]-محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، كتاب النكاح، باب ماجاء في الرجل يسلم وعنده عشرة نسوة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، د.س.ن، ص200.

ومن المبررات الشرعية لإمكانية الزواج بامرأة ثانية، هو أن تكون الزوجة عاقر لا تلد، فلا يحقق الزواج أهدافه والمتمثلة في المحافظة على النسل وإنجاب الأولاد، كذلك المرض المزمن الذي يمنع الزوجة الأولى من القيام بواجباتها الزوجية والعائلية[1].

2-شروط ونية العدل

نصت المادة 8 ق.أ.ج في الفقرة 3 على اشتراط توافر شروط ونية العدل لإمكانية عقد زواج ثاني في ظل زواج قائم، ومما لا شك فيه أن العدل الذي يوجب في التعدد، هو ما يقدر الزوج على أدائه لزوجاته فيساوي بينهن في الحقوق الزوجية المطلوبة شرعا من المبيت، والنفقة، والمسكن، وحسن المعاشرة... فهي دون أي اختلاف من الأمور الواجبة على الزوج الذي يعدد الزوجات. أما العدل غير المستطاع أو المنفي في القرآن الكريم في قوله تعالى: **{وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ}**[2]، وهو ما يسمى بالميل القلبي فإن الزوج لا يؤاخذه الله عليه، فلقد روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم، كان يقسم بين نسائه فيعدل ويقول: "اللهم هذا فعلي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"[3]، هذا والله سبحانه وتعالى يأمر الأزواج بعدم الميل الظاهر إلى إحداهن في قوله تعالى: **{فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ}**[4].

غير أن ما يؤاخذ على المشرع اشتراطه لنية العدل، في حين أن هذا الشرط لا يصلح ليكون شرطًا مانعًا للتعدد لأن نية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان لا يعلمه إلا الله، والعدل بين الزوجات تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت ويظهر، بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها ولا قبل إبرام عقد الزواج[5].

3-شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج

نصت الفقرة الثانية من المادة 8 ق.أ.ج، على أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، فالمشرع قيد تعدد الزوجات ولم يبحه على إطلاقه، إذ لا يمكن للزوج الذي يريد التعدد إبرام عقد الزواج على امرأة ثانية في ظل زواج قائم، إلا بعد قيامه بإخبار زوجته السابقة بأنه سيعقد زواجا ثانيا مع امرأة أخرى، وإخبار زوجته المستقبلية بأنه متزوج مع غيرها زواجا رسميًّا صحيحًا.

[1] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديلات، المرجع السابق، ص86.
[2] – سورة النساء، الآية 129.
[3]–ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، ج1، دار الحديث، القاهرة، د س ن، ص634.
[4] – سورة النساء، الآية 129.
[5] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديلات، المرجع السابق، ص87.

كما أنه لا يكفي علم الزوجة الأولى بزواج زوجها من امرأة ثانية، بل لابد من إثبات رضاها، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها والذي جاء فيه: "وحيث أن الطاعن لم يثبت رضا المطعون ضدها بهذا القران، لأن العلم به شيء والرضا به شيء آخر والمادة 8 من قانون الأسرة سمحت للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة برفع دعوى قضائية ضد الزوج، تطلب فيها التطليق في حالة عدم الرضا بزواجه الثاني..."[1].

4-الترخيص القضائي:

من الشروط التي أوجبتها المادة 8 ق.أ.ج من أجل إمكانية الزواج بامرأة ثانية إضافة إلى زواج سابق ما يزال قائما، هو ما ورد في المادة 2/8 حيث جاء فيها أنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، ثم نصَّ في الفقرة الثالثة على أنه يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما، وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل، وعلى الشروط الضرورية للحياة الزوجية.

فرئيس المحكمة لا يمكنه أن يرخص بالزواج الجديد مع وجود زواج قائم إلا إذا قدم الزوج الإثباتات السابق ذكرها، وتأكد من توفر هذه الشروط.

ويرى الأستاذ "عبد العزيز سعد" أن عبارة توفير العدل وتوفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية (القدرة على الإنفاق)، عبارات عامة جدا وغير عملية وتمنح لرئيس المحكمة حرية مطلقة في تقدير ما يضمن توفر العدل ومالا يضمنه، وحرية مطلقة في تقدير ما يوفر الشروط اللازمة للحياة الضرورية، وهي أمور لا تسمح للمحكمة العليا بمراقبة تطبيق هذه المادة تطبيقا سليما، كما أن المشرع لم يبين المعيار الذي على أساسه يتم تقييم هذه الشروط والوسائل المطلوب توفرها[2].

في حين يرى الباحث المعاصر "مصطفى السباعي" أن تطبيق شرط القدرة على الإنفاق في حالة إجراء عقد الزواج في التعدد، فيه منع لإساءة استعمال حق التعدد في بعض حالاته حيث نجد إقدام بعض الرجال على زواج ثاني لشهوة أو انتقاما من الزوجة الأولى، دون قدرته على الإنفاق على البيتين وتوفير الشروط اللازمة للحياة الزوجية ، وما ينجر عن ذلك من تشرد وإهمال للأسر[3].

من خلال جملة الشروط التي وضعها المشرع الجزائري لما أباح تعدد الزوجات، يمكننا القول أنه

[1] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 19 جانفي 2005، المجلة القضائية، العدد1، 2005، ص328.
[2] – سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديلات، المرجع السابق، ص91-95.
[3] – راسم شحدة، المرجع السابق، ص343.

قيد مسألة التعدد، وما يؤكد ذلك نص المادة 19 ق.أ.ج، إذ يمكن للزوجة أن تضمن عقد الزواج أو عقد رسمي آخر لاحق شرط عدم الزواج عليها.

ثالثا: مظاهر التعسف في ممارسة حق تعدد الزوجات

إن المشرع الجزائري قد أبقى على نظام تعدد الزوجات في حدود الشريعة الإسلامية غير أنه لم يدعه على إطلاقه، بل قيده بجملة من الشروط، ومن بين هذه الشروط وجود المبرر الشرعي، والتي يمكن حصرها في مرض الزوجة الذي يمنعها من أداء واجباتها أو عقمها، ومما لا شك فيه أن هناك كثير من الزيجات تمت في واقع التطبيق في مجتمعنا لحالات العقم والمرض.

إلا أننا وفي المقابل نجد تطبيقات مخالفة لمقاصد التعدد، فهناك حالات يتم فيها الزواج لا لشيء سوى تلبية لمقاصد الزوج الذاتية، ومصالحه الآنية المبنية على الأنانية وحب النفس ولو على حساب الطرف الآخر، فيحدث أن يتزوج الرجل من أخرى انتقامًا من زوجته وإذلالًا بها، فلا هي في حكم الزوجة التي تجب لها الحقوق على زوجها، ولا هي مطلقة فتبحث عن حياتها وسعادتها مع زوج آخر.

كما نجد حالات أخرى نراها، لما يتزوج الرجل بغرض إشباع غرائزه وشهواته فنجد الشيخ قد بلغ السبعين أو أكثر من عمره ومتزوج من فتاة تبلغ العشرين، فبدل أن يحقق التعدد مقاصده المشروعة يكون سببًا لمشاكل أسرية و اجتماعية[1]، فيظهر بذلك جليا الضرر الفاحش الناتج عن هذا التعدد وبالمقابل ليس هناك أية مصلحة سوى إشباع نزوات عابرة.

إن تعدد الزوجات إنما شرع عند الحاجة إليه والقدرة عليه، وإذا انتفت الحكمة كان التعدد قرينة على نية الإضرار، حيث انتفت دواعيه فلم يبق إلّا أن يكون قد قصد العبث أو الإضرار بالزوجة الأولى، فالزوج الذي لم يكن بحاجة إلى تعدد الزوجات، وليس له القدرة على العدل والمساواة بين زوجاته والوفاء بحقوقهن الشرعية ، فإنه يكون سيء النية وهو قصد الإضرار بالزوجة الأولى[2].

وتطبيقا لمعيار الضرر كذلك التي يثبت التعسف في استعمال حق التعدد، الزواج دون إعلام الزوجة زواجا عرفيا، وبمجرد الدخول بالزوجة الثانية فإنه سوف يثبت هذا الزواج بحكم قضائي، وذلك وفق ما تنص عليه المادة 1/22 ق.أ.ج، ففي هذه الحالة عدم إعلام الزوجة الأولى هو دليل على عدم

[1] – صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، تاريخ التصفح 2022/04/22، على الساعة 11:30سا، الموقع https://www.asjp.cerist.dz

[2] – بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة الجزائر – بن عكنون–، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص63.

رضاها، ودون أي شك أنه سوف يلحق الضرر بالزوجة الأولى طالما أنها لم تكن على علم به، لتفاجأ بوجود ضرة لها، كما أن إقدام الزوج عقد الزواج بهذه الطريقة دون استصدار ترخيص بالزواج، دليل على سوء نية الزوج وتحايله على القانون، الذي لم يمنح الزوجة إلا طلب التطليق للضرر.

رابعا: الجزاء المترتب على مخالفة شروط تعدد الزوجات

جاء في نص المادة 53 ق.أ.ج أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8... كل ضرر معتبر شرعا"، ومنه فللزوجة أن تطلب التطليق في حالة الضرر المعتبر شرعا إذا كان الضرر ناتج عن مخالفة شرط العدل بين الزوجات، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها و الذي جاء فيه "... عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة السادسة من المادة 53 ق.أ.ج ويبرر حق الزوجة المتضررة في طلب التطليق"[1].

كما أجاز القانون في المادة 8 ق.أ.ج أن لكل من الزوجة السابقة واللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج، في حالة الغش والتحايل على شرط إعلام الزوجتين، حيث نصت المادة: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

فالمشرع قد فرض جزاء صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة الأولى والمرأة المقبل على الزواج بها، فهذا الجزاء ليس فيه معاقبة الزوج المخالف عقوبة جزائية، وبمفهوم المخالفة فلو رضيت إحدى الزوجتين أو كلاهما بالأمر الواقع ورضيت بالزواج بعد علمها، فإن الزوج سيتحلل من أي جزاء ولا يجوز لأي منهما المطالبة بالتطليق بعد مرور مدة من الزمن[2].

كذلك في حالة عدم استصدار الزوج الترخيص بالزواج الجديد فإن الجزاء المقرر هو فسخ عقد الزواج الجديد، في حالة ما قبل الدخول (م 8 مكرر 1) لكن المشرع لم يحدد موقفه من هذا الجزاء بعد الدخول. فالمشرع إن كان قد ضيق من دائرة التعدد، وذلك باشتراط استصدار ترخيص بالزواج والذي يمكن اعتباره كجزاء وقائي للتعسف في استعمال حق التعدد، إلا أنه لم يرتب الجزاء على مخالفة هذا الشرط إذا تم الدخول بالزوجة، ما سيؤدي إلى التوسع في دائرة التعسف في استعمال حق التعدد.

[1] –المحكمة العليا، ملف رقم356997، قرار بتاريخ 12 جويلية 2006، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2006، ص441.
[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديلات، المرجع السابق، ص92.

هذا وعلى الزوجة أيضا أن لا تتعسف، فتمتنع عن الموافقة على زواج زوجها بأخرى إذا كانت هناك مبررات شرعية حتى لا يتضرر الزوج هو الآخر.

المطلب الثاني: تعسف الزوجة في ممارسة الحقوق الزوجية

إذا كان الزوج قد يتعسف في ممارسة حقوقه الزوجية، كما سبق بيانه، فكذلك الزوجة قد تمارس نوعا من التعسف أثناء استعمالها لحقوقها الزوجية، ومن بين أهم صور التعسف التي تمارسها الزوجة والتي قد تؤثر على سير العلاقة الزوجية، تعسف الزوجة في استعمال حق النفقة (الفرع الأول)، وتعسف الزوجة في استعمال حق الخروج من البيت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعسف الزوجة في ممارسة حق النفقة

لقد كفل الشرع والقانون للزوجة حقها في النفقة، وذلك بما لها من الأثر العظيم في بث روح المحبة و الطمأنينة واستقرار الحياة الزوجية، لكن قد يحدث وأن تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق، وتنحرف في قصدها إلى الإضرار بالزوج والتأثير سلبا على سير الحياة الزوجية .

وفي هذا الفرع سنتناول مفهوم النفقة (أولا)، ثم الحدود التي رسمها القانون والقضاء حماية للزوج من تعسف الزوجة في طلبها بحق النفقة (ثانيا).

أولا : مفهوم حق النفقة

من أجل الإلمام بمفهوم النفقة، كان لابد من التعريج على تعريفها لغة واصطلاحا وقانونا (1)، ثم بيان دليل مشروعيتها (2).

1-تعريف النفقة

أ-النفقة لغة: النفقة مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك، يقال نفقت الدابة، تنفق نفوقا أي ماتت وهلكت، وأما الإنفاق فيقال أنفق الرجل أي افتقر وذهب ماله، ومنه قوله تعالى **{إِذًا لَّأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ آلْإِنفَاقِ}**[1]، أي خشية نفاذ وفناء المال[2]، والنفاق يقال نفقت السلعة نفاقا، أي راجت ورغب فيها، والنفق سرب في الأرض أو الجبل له مدخل ومخرج[3].

ب-**النفقة اصطلاحا:** بالإطلاع على كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين في موضوع النفقة تبين أنهم أوردوا العديد من التعريفات، حيث عرفها الأحناف بأنها الطعام والكسوة والسكن ، وعرفها المالكية

[1]- سورة الإسراء، الآية 100 .
[2] - ابن منظور، لسان العرب، ج 10، ط1، دار صادر، بيروت، 1956، ص357.
[3]- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج2، دار الدعوة، ص942.

بأنها ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف، أما الحنابلة فعرفوها بأنها كفاية من يمونه خبزا وإداما وكسوة ومسكنا وتوابعها [1].

ومن التعريفات المعاصرة نجد من عرفها بأنها :" توفير ماتحتاج إليه الزوجة، من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت غنية"[2]، وكذا "ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها، من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس"[3].

جـ-النفقة قانونا: لم يعرف قانون الأسرة الجزائري النفقة، ونجده ينص في المادة 74 منه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو بدعوتها إليه ببينه مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون". وقد تناول بعض شراح هذا القانون تعريف النفقة، حيث عرفها الأستاذ فضيل سعد بأنها مجموعة الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص، وحفظ صحته وكرامته"[4]. كما عرفت على أنها ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن ، وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس[5].

2- دليل مشروعية النفقة :

أجمع الفقهاء على أن نفقة الزوجة على زوجها واجبة وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة :

أ-من القرآن الكريم :

*قوله تعالى:**{لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا}**[6]؛

*وقوله تعالى**{وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَ}**[7] ؛

*وقوله تعالى **{أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ}**[8]. فهذه الآيات تقضي بوجوب النفقة والكسوة للزوجة حال الزوجية، فالنفقة الزوجية تجب مادامت الزوجية لازالت قائمة [9].

---

[1] – جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد الأردن، 2009، ص221.
[2] – السيد سابق، فقه السنة، المجلد2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987، ص154.
[3] – محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، لبنان، 1983، ص 437.
[4] – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص177.
[5] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص169.
[6] – سورة الطلاق، الآية 07.
[7] – سورة البقرة، الآية 233.
[8] – سورة الطلاق، الآية 06.
[9] – بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص145.

ب-من السنة النبوية :

*روى مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع :" فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بكلمة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[1]، فهذا الحديث يؤكد حق النفقة للزوجة على زوجها فلو لم يكن الأمر ملزما ومهما لما ألقاه النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع .

*وروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هندا بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، قال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[2]. فالحديث يدل على وجوب نفقة الزوجة، فلو لم تكن واجبة لما أمر النبي -ص- هند بنت عتبة أن تأخذ من مال زوجها .

ثانيا: حدود نفقة الزوجة قانونا وقضاء

لا يحق للزوجة أن تستعمل حقها في النفقة بقصد الإضرار بالزوج، لأنه حق شرع لغاية فيجب استعماله في حدود هذه الغاية، وهو حق مقيد بما تتقيد به الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون[3]. حيث تحدد النفقة في حدود المعروف وعلى أساس طاقة الزوج، فلا يجوز للزوجة أن تطالب بمصاريف لا يستطيع تحملها وتفوق قدرته المادية وإلا تعسفت في ممارستها لهذا الحق.

وقد تناول المشرع الجزائري عناصر النفقة من خلال أحكام المادة 78 من ق.أ.ج التي جاء فيها: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

فعلى قاضي شؤون الأسرة حين يحكم بالنفقة للزوجة أن يضع عناصر النفقة في الحسبان والمتمثلة في الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وذلك عندما يقدر المبلغ المناسب للنفقة المطلوبة[4].

كما أخضع المشرع الجزائري مسألة تقدير نفقة الزوجة للسلطة التقديرية للقاضي، حيث نصت المادة 79 من ق.أ.ج على أنه :" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين، وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

---

[1]- أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ص889- 890.

[2]- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النفقات، ج 9، دار المعرفة، بيروت، 1379 هـ، ص 442.

[3]- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص91.

[4]- رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص 28.

ومن خلال ذلك يتضح أن الزوج يتمتع بحماية قضائية من تعسف الزوجة عند مطالبتها بحقها في النفقة، حيث يعتمد القاضي على المعايير والأسس التي نصت عليها المادة 79 من ق.أ.ج السابقة الذكر، حيث يلتزم القاضي بمراعاة حال الزوج المالية، وظروفه المعيشة وتغير الأسعار في الأسواق، على أن لا تقل النفقة عن الحاجة الضرورية للحياة حتى لو كان الزوج معسرا، حيث تجب عليه نفقة الإعسار، أما إذا كان ميسورا وجبت عليه نفقة اليسار[1].

ومن قرارات المحكمة العليا التي جاءت لتؤكد ذلك، القرار الذي جاء فيه :" من المقرر فقها وقضاء أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة، يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية "[2].

وفي قرار آخر جاء مايلي : " من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج، إلا إذا اثبت نشور الزوجة ... ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج ومدخوله ووسعه ... يكون قد خالف القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[3]. وتظهر أيضا حماية القانون للزوج في أن القاضي يمنع عليه مراجعته حكمه في تقدير النفقة، إلا بعد مرور سنة كاملة من صدور حكم النفقة، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1996/04/23 : " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشئ المقضي فيه في النفقة، تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة "[4].

وبنا على ماسبق فإن للقضاء دور فاعل في حماية الزوج من تعسف الزوجة في مطالبتها بحق النفقة، وذلك عن طريق تقدير القاضي لنفقة الزوجة على حسب طاقة وقدرة الزوج المادية، والتي يكتشفها عن طريق المستندات والوثائق التي يقدمها الزوج[5]، وليس إسنادا فقط إلى مطالب الزوجة .

ثالثا: الأثر المترتب على تعسف الزوجة في ممارسة حق النفقة

إذا ثبت تعسف الزوجة في النفقة وتجاوزت مطالبها حدود المعروف وطاقة الزوج، وحملته مصاريف لا يستطيع تحملها وتفوق قدرته المادية، وامتنعت عن أداء واجباتها الزوجية، أو غادرت منزل

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص 174 –175 .
[2]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 41703، قرار بتاريخ 1986/05/05، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات أمر 05–02 و معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص432.
[3]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 15715، قرار بتاريخ 1989/01/16، المجلة القضائية، العدد02، 1989، ص55.
[4]– المحكمة العليا، غ .أ ش، ملف رقم 136604، قرار بتاريخ 23 / 1996/04، المجلة القضائية، العدد 02، 1997، ص 89.
[5]– عيادة الحسين، الحماية القضائية للأسرة عبر النفقة الزوجية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 12، العدد 02، القسم (أ)، العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص361 .

الزوجية بنية الضغط عليه وابتزازه، كان للزوج حق اللجوء إلى القضاء وذلك بعد استيفاء مراحل التأديب و الصلح، فإذا تأكد للقاضي تعسف الزوجة في ممارسة حقها في النفقة، يكون الحكم لصالح طلبات الزوج، سواء إذا غادرت الزوجة مسكن الزوجية وكانت دعوى الزوج من أجل رجوعها لمسكن الزوجية، فيحكم برجوعها وإن رفضت اعتبرت ناشزا، ويضيع حقها في التعويض إذا رفع الزوج دعوى الطلاق لأن طلاقه لا يكون تعسفيا ويكون مبررا وبأسبابه .

الفرع الثاني : تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج من البيت

من الحقوق التي يرتبها عقد الزواج للزوج أن تقيم زوجته في المسكن الذي أعده لها، لقوله تعالى:**{أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ}**[1]، فمكوث الزوجة في بيت الزوجية يؤدي إلى تحقيق مطالب وحقوق الزوج عليها، ويمنحها القدرة على إنجاب الأولاد وتربيتهم، وتهيئة أسباب الراحة للأسرة .

في مقابل ذلك للزوجة حق الخروج من بيت الزوجية، إلا أنها وفي بعض الحالات قد تسيء الزوجة استعمال هذا الحق وتصدر منها تعسفات في شأن ذلك الحق، سواء كان خروجها من أجل زيارة الأهل والأقارب (أولا)، أو كان خروجها بقصد العمل الكسبي (ثانيا).

أولا : تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج لزيارة الأهل والأقارب

حث الإسلام على صلة الأرحام والتودد للأقارب وعمل الخير لهم، ومن أجل ذلك جعل الإسلام من حق الزوجة على زوجها أن يسمح لها بزيارة أهلها واستزارتهم واعتبر ذلك من صلة الرحم، وكان خروجها من مسكن الزوجية مباحا بحكم الشرع.

وقد ذهب الأحناف والمالكية والشافعية أن للزوجة أن تزور أهلها حتى وإن لم يأذن لها زوجها بذلك، فإن مرض أحدهم أو كان محتاجا إلى خدمة ما فلها الحق أن تخرج لخدمته وعيادته بحسب الحاجة[2]، على أن تكون هذه الزيارة بالمعروف، أي في حدود اللزوم ولمدة مقبولة، وفي الأوقات المناسبة حتى لا يتحول الإفراط في الزيارة إلى أداة لتخريب بيت الزوجية، وعلى حساب رعاية الأولاد[3].

فإذا استعملت الزوجة حق الخروج لزيارة أهلها بدون حاجة، أو من غير سبب معقول، وضيعت حقوق زوجها و أولادها، أو كانت تقصد من وراء خروجها الإضرار بسمعة زوجها، فإنها تعتبر متعسفة في استعمالها لهذا الحق، ومن حق الزوج أن يمنعها من الخروج [4].

---

[1] –سورة الطلاق، الآية 06.
[2]– جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص95.
[3]– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص163.
[4]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص93.

ثانيا: تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج للعمل الكسبي

يقصد بالعمل الكسبي للمرأة الاحتراف الذي يجعل الزوجة تخرج من بيت زوجها للقيام بمهام أخرى، علاوة على خدمة البيت وهو ما يعبر عنه عموما بالشغل[1]، وهو حق مكرس دستوريا[2] ومسموح به قانونا حيث نصت المادة 19 من ق.أ.ج :" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"، وهو ما جاء في قرارات وتوصيات مجلس مجمع الفقه الإسلامي: " يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت، فإن رضي الزوج بذلك ألزم به، ويكون الاشتراط عند العقد صراحة "[3].

غير أن خروج الزوجة للعمل يجب أن يكون خروجا مشروعا ومباحا، لا يخالف مبادئ التربية الإسلامية وآداب المجتمع وأخلاقه، ولا يتنافى مع طبيعتها الأنثوية وتركيبتها الجسمية، ولا يسيء بسمعتها وسمعة الزوج والأولاد، كالعمل في الملاهي والمراقص وأمكنة بيع الخمور، أو العمل في مكان تنفرد فيه لوحدها مع أجنبي، فإذا أثبت أن عمل الزوجة غير مشروع، اعتبر خروجها تعسفا في استعمال هذا الحق[4]. كما يعد ممارسة الزوجة لحقها في الخروج إلى العمل تعسفا، إذا كان متعارضا ومتنافيا مع مصلحة الأسرة، كأن يستدعي عملها السهر طيلة الليل بعيدا عن الزوج و الأولاد، أو أن يتسبب غيابها عن البيت في انحراف سلوك أحد الأبناء، أو أن يكون أحد أفراد الأسرة ملازما الفراش بسبب مرض عضال ويحتاج الى الرعاية والعناية الدائمة[5].

ثالثا: الأثر المترتب على التعسف في ممارسة حق الخروج من البيت

يترتب على تعسف الزوجة في استعمالها حق الخروج حق الزوج في منعها، فإذا كان خروجها بغير سبب مشروع، أو كان فيه مضرة واسعة على أسرتها، حق لزوجها منعها، فإن رفضت قوله واشتد بينهما النزاع بسبب تعسفها، مما قد يدفع أحدهما إلى اللجوء للقضاء من أجل فك الرابطة الزوجية، وعلى القاضي أن يتحقق ويبحث في الأسباب، فإذا ثبت أن الزوجة متعسفة في استعمال حقها في الخروج، ورفضت منع زوجها بغير مبرر شرعي اعتبرت ناشزا.

---

[1]– غناي زكية، عمل الزوجة وأثره على الحقوق الزوجية، جوان 2016، تم الإطلاع عليه بتاريخ 13 ماي 2022، على الساعة 14:51، في الموقع www.asjp.cerist.dz.

[2]– مرسوم رئاسي رقم 20–242 المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020.

[3]– عروسي ساسية، مظاهر حماية الزوجة العاملة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2020، ص458.

[4]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص94.

[5]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص29.

من خلال ما سبق تناوله في هذا الفصل، وبعد أن بينا بالتفصيل تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج سواء قبل نشوء هذا العقد حيث تتجلى مظاهر التعسف من خلال العدول التعسفي عن الخطبة، وكذلك تعسف الولي في تزويج موليته، أو بعد قيام الرابطة الزوجية من خلال تعسف كل من الزوجين في ممارسة حقوقهما وأبرزها حق الطاعة وحق التاديب وحق تعدد الزوجات للزوج، و يقابله حق الزوجة في النفقة وحقها في الخروج من البيت، ننتقل في الفصل الثاني لنبين تطبيقات هذه النظرية عند انحلال الزواج.

الفصل الثاني

تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في انحلال عقد الزواج

الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في انحلال عقد الزواج

لا تقوم المصلحة المرجوة من الزواج، إلا إذا ساد التوافق بين الزوج والزوجة، وبتبادل المودة والرحمة، فكان بذلك الزواج وسيلة للاستقرار والسكينة وتأسيس أسرة متماسكة، فإذا غاب كل ذلك صار ارتباط كل من الزوجين بالآخر مجلبة للفساد، وخطرا تنصب آثاره على الزوجين والأولاد.

ومن أجل ذلك سن الشرع والقانون إمكانية انحلال عقد الزواج وانتهائه، سواء عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو أن تخالع الزوجة نفسها.

ولكن وفي سياق ذلك، قد يحدث وأن يتعسف أحد الزوجين إثر استعماله لحقه في فك الرابطة الزوجية بقصد الإضرار بالزوج الآخر، سواء كان التعسف حاصلا من الزوج خلال ممارسته حقه في إيقاع الطلاق (المبحث الأول)، أو تعسفا صادرا من الزوجة أثناء ممارستها لحقها في الخلع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التعسف في حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج – الطلاق التعسفي–

للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة، يوقعه متى دعت إليه الحاجة، وذلك بعد نفاذ كل طرق الإصلاح المشروعة ودون الحاجة إلى موافقة الزوجة في ذلك، إلا أن الزوج قد ينحرف في ممارسة هذا الحق، فيقع الطلاق التعسفي ويسبب ضررا للزوجة، ومن ثم كان لها أن تطالب بالتعويض جبرا عن الضرر الذي أصابها.

وعلى أساس ذلك، نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق التعسفي (المطلب الأول)، ثم التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

من أجل الإحاطة بمفهوم الطلاق التعسفي، كان لابد من إدراج تعريف له وبيان حكمه الشرعي (الفرع الأول)، ثم توضيح صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه

نستعرض تعريف الطلاق التعسفي لغة واصطلاحا وقانونا –أولا– ثم نبين حكمه الشرعي – ثانيا–

أولا : تعريف الطلاق التعسفي

1– تعريف الطلاق التعسفي لغة : الطلاق مصدر الفعل طلق، والطلاق والإطلاق لغة رفع القيد مطلقا سواء كان القيد حسيا أو معنويا، فيقال أطلق الرجل الأسير إذا رفع القيد عنه، كما يقال أطلق الرجل الأسير إذا رفع القيد عنه، كما يقال طلق الرجل زوجته وأطلق زوجته وهي بالفتح، تطلق طلاقا وطلقت، أي تحرير من قيده[1].والطلاق بالنسبة للنساء له معنيان، التخلية والإرسال، أو حل عقد النكاح، ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلاق، مطليق، طليق[2].

2–تعريف الطلاق التعسفي اصطلاحا: من بين التعريفات التي جاءت في هذا الصدد « مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص[3]». وأيضا « إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا »[4] .

---

[1]– المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص583.

[2] –ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 10، دار صادر، بيروت، 1956، ص227.

[3]-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص123.

[4]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، 2015، ص106.

فكل طلاق يخالف قصد الشارع من وراء تشريع الطلاق، حيث شرع في الأصل لدفع الضرر، فكل طلاق لا يحقق هذا المقصد يعد تعسفيا[1].

فالطلاق التعسفي هو استعمال الرجل صاحب الحق في إيقاع الطلاق حقه بطريقة غير سليمة، فيقوم بتطليق زوجته بغير سبب أو مبرر مقبول شرعا، أو أن يكون قصده من وراء إيقاع الطلاق إلحاق الضرر بزوجته، ولعل أصدق مثال على ذلك يتجلى في صورة طلاق الفرار حيث يطلق الرجل زوجته في مرضه بقصد حرمانها من الميراث[2].

3-**تعريف الطلاق التعسفي قانونا** : تعرض المشرع الجزائري إلى موضوع الطلاق التعسفي عن طريق المادة 52 من ق.أ.ج، والتي تنص على أنه"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق به".

وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري لم يعرف الطلاق التعسفي، إلا أنه أشار إلى وجوب تبرير الطلاق نظرا لأثره في فك الرابطة الزوجية وإلا كان الزوج متعسفا في استعمال حقه، وما يلحق بالزوجة من أضرار جراء هذا الطلاق، ومن أجل ذلك أوجب ضرورة التعويض بغية جبر هذا الضرر.

ثانيا: حكم الطلاق التعسفي

اختلف الفقهاء المحدثون في حكم أصل الطلاق التعسفي هل هو الحضر أم الإباحة، وبهذا فقد انقسموا إلى مذهبين :

1-الرأي الأول الأصل في الطلاق الإباحة:اتجه البعض من الفقهاء المحدثين إلى القول بعدم وجود تعسف في الطلاق لأن الأصل في الطلاق الإباحة،وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم، وقال بهذا المذهب السرخسي والكاساني والزيلعي من الحنفية والقرطبي من المالكية والقاضي من الحنابلة[3].وكانت أدلة هذا المذهب تتمثل في :

أ-من القرآن الكريم

* قوله تعالى:**{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ }**[4] ؛

[1]- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص123.
[2]- عروة صبري، الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد 13، جامعة فلسطين، 2009، ص170.
[3]-عبير ربحي، شاكر القدومي، المرجع السابق، ص184.
[4]- سورة الطلاق، الآية 1.

*وقوله تعالى:**{ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً }**[1]، فهذه الآيات تفيد الإطلاق في حكم الطلاق أي غير مقيد بسبب أو حاجة فحكم أصل الطلاق الإباحة.

ب-من السنة النبوية

* النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يرجعها وأيضا من الصحابة عبد الرحمان بن عوف، وابن عمر وغيرهم من طلقوا زوجاتهم[2].

* عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله -ص- فسأل عمر بن الخطاب رسول الله -ص- عن ذلك قال الرسول -ص- " أمره فليرجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم ان شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق النساء " [3].

2-الرأي الثاني الأصل في الطلاق الحظر

إذا طلق الزوج زوجته بغير سبب مشروع ففي ذلك تعسف في الطلاق، وهذا ما ذهب إليه عامة الفقهاء المحدثين الذين يعتبرون أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لضرورة ملحة، وإن وقع من غير حاجة فصاحبه آثم شرعا، وبذلك أخذ جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة [4]، واستدلوا على ذلك بما يلي :

أ-من القرآن الكريم

*قال الله تعالى:**{فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُواْ شَيْـًٔا وَيَجْعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا}**[5]، فوجه دلالة الآية الكريمة أنه يجب على الرجال أن يصبروا إذا رأوا من أزواجهم ما يكرهون، ولم يأمرهم بطلاقهن، فكيف إذا لم يروا منهن ما يكرهون[6].

ب-من السنة النبوية

*حديث ثوبان أن رسول الله -ص- قال " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام

---

[1]-سورة البقرة، الآية 236.

[2]-ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ج1، دار الحديث، القاهرة، د س ن، ص650.

[3]-أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د س ن، ص1093.

[4]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص184-185 .

[5]- سورة النساء، الآية 19.

[6]- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص184.

عليها رائحة الجنة "[1]، فوجه الدلالة أن الزوجة لا يجوز لها أن تسأل زوجها الطلاق بدون سبب، وكذلك الزوج لا يجوز له ذلك .

*عن إبن عمر– رضي الله عنهما– قال : قال رسول الله –ص– " أبغض الحلال إلى الله الطلاق"[2]، فالحديث يدل على أن الطلاق رغم أنه مباح إلا أنه من أبغض الحلال عند الله.

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي العديد من الصور والتطبيقات، والتي من خلالها يتجلى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولعل أبرزها الطلاق دون سبب معقول (أولا)، وطلاق الحائض (ثانيا)، وكذا طلاق المريض مرض الموت (ثالثا)، والطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة (رابعا).

أولا: الطلاق دون سبب معقول

إذا كان الطلاق حقا بيد الزوج، فإن هذا الحق مقيد بأسبابه حتى لا يضر بالزوجة ويسيء إليها، حيث قيد الشرع إيقاع الطلاق بقيود حتى تتحقق الحكمة والغاية من تشريعه، وأساس هذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطع لها[3].

ويقصد بالسبب المشروع، السبب المبرر المقبول شرعا الذي يبرر طلاق الزوج، لأن الطلاق التعسفي يكون لسبب غير مقبول، كانتقام من الزوجة أو من أجل الخلاص منها فقط أو قصد تعريضها للفقر والبؤس[4]، وتعتبر من الأسباب المعقولة للطلاق أن تقوم الزوجة بالإساءة للزوج بالسب والشتم والضرب أو ارتكاب الفواحش أو إفساد العلاقة بينه وبين أهله، أو أن تكون الزوجة ناشزا.

وإذا كان الطلاق بغير مبرر معقول هو إحدى صور الطلاق التعسفي، فإن المادة 52 من ق.أ.ج لم تتبناه واكتفت بذكر عبارة تعسف الزوج تاركة مسألة تكييف حالة الطلاق كونه تعسف أم لا للقاضي، فعلى الزوج أن يثبت أن إيقاعه للطلاق كان لسبب معقول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسف فيه.

ومن بين المسائل التي عمدت المحكمة العليا إلى تكييفها طلاقا بدون مبرر معقول نجد :

***عدم تحقيق مطلب شرعي للزوجة** حيث قضت المحكمة العليا بما يلي :" من المقرر أن نشور الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقا على شرط توفير سكن

[1]– ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، المرجع السابق، ص662.
[2]– المرجع نفسه، ص650.
[3]– سنوسي علي، المرجع السابق، ص266.
[4]–عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 11، 2017، ص662.

مستقل لم يتحقق، لكن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق كان تعسفيا من طرف الطاعن، على أساس أن نشور الزوجة غير ثابت، باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار القاضي بالرجوع قد تجاهل شقا منه، والمتعلق بتوفير مسكن مستقل للزوجة واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط، وبذلك لم يقم بتنفيذ القرار كليا وبصفة جدية، حتى يكون نشوز الزوجة أمرا مؤكدا، خاصة وأن هذه الأخيرة قد دفعت بأن رفضها للرجوع المحرر في محضر الإمتناع يعود إلى عدم توفير بيت منفرد لها من طرف الزوج مما يجعل الوجهين غير مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن "[1].

***عقم الزوجة**

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي :" حيث أنه يتعين تذكير الطاعن بأن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها والحال أن هذه لا تعد من الأسباب القانونية التي تخول للزوج الطلاق وتحميل المطلقة مسؤوليته وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف في طلاقه وتجاوز في استعمال حقه، وأن تقدير مبلغ التعويض عن الضرر الحاصل عن تجاوز الزوج في استعمال حقه في الطلاق هو من الأمور الموضوعية الخاضعة لرقابة قضاة الموضوع شريطة أن يوضحوا العناصر التي اعتمدوها في تقدير المبلغ المحكوم به، وأن قضاة المجلس قد أشاروا إلى ذلك في قرارهم الذي جاء معللا تعليلا كافيا ومقبولا مسايرا لأحكام القانون. الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الوجه لسداده "[2].

***الدفع بعدم عذرية الزوجة بالرغم من عدم اشتراطها في عقد الزواج**

حيث جاء في قرار المحكمة العليا:" بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق، حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة "[3].

ثانيا:الطلاق في الحيض

بمعنى أن الوقت الذي طلقها فيه كان في وقت حيضتها، أو في وقت نفاسها أو في وقت طهر

[1]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 31531، قرار بتاريخ 2004/09/22، المجلة القضائية، العدد 65، 2010، ص311 .
[2]– المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 3707، قرار بتاريخ 2006/11/15، المجلة القضائية، العدد 01، 2007، ص499.
[3]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 243417، قرار بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص109.

جامعها فيه، وهذا النوع من الطلاق يقع عند جمهور الفقهاء، إلا أن فاعله يأثم. أما الظاهرية ابن تيمية وابن القيم فذهبوا إلى القول أن الطلاق في الحيض لا يقع، وعليه فطلاق الحائض هو طلاق بدعي.

ويكون الزوج متعسفا في طلاق الحائض حيث يقصد من ورائه تطويل العدة فتكون الحيضة التي وقع فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع لم ينص على طلاق الحيض، وعلى ذلك الأساس فإن القاضي وأثناء سير إجراءات التقاضي غير مجبر على معرفة ما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق في طهر زوجته ولم تتم فيه المعاشرة الزوجية بينهما.

ثالثا: طلاق المريض مرض الموت

وهو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته بقصد حرمانها من إرثها منه، فيطلقها وهو في مرض يغلب عليه الظن أن من أصيب به ميت لا محالة سواء طال به الزمن أم قصر، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة فعاملته الشريعة العادلة على نقيض مقصوده[2]، إذ تتجلى هنا مظاهر التعسف في اختيار الزوج المريض مرض الموت هذا الوقت لإيقاع الطلاق التعسفي بقصد حرمان زوجته من الميراث.

وفي هذا الصدد يقول فتحي الدريني :" ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذه وسيلة للإضرار بزوجته وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على طلاقها هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها ودفعا للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد، وقرينة عليه "[3].

وقد اشترط العلماء خمسة شروط حتى يعتبر المطلق المريض فارا [4]:

*أن يكون طلاقا بائنا، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث؛

*أن يكون هذا الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي؛

*أن تبقى أهلية الزوجة للميراث قائمة منذ وقت الطلاق إلى وقت الوفاة؛

*أن يموت والمطلقة في العدة ، لأن الوفاة بعد انتهاء العدة من موانع الميراث؛

---

[1] – المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري(دراسة فقهية)، دار هومة للطباعة والنشر، د.س.ن، الجزائر، ص125.
[2] – بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص125.
[3] – فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص167.
[4] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص241– 242.

*أن لا يكون مكرها، وأن يكون حرا في قرار طلاقه .

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لمسألة الطلاق في مرض الموت، واكتفى بالنص في المادة 132 منه على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث"، وهذا دون التفريق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن، كما لم يتعرض لصحة طلاق المريض وإمكانية التوارث بعد وفاة الزوج أو الزوجة خلال أو إثر مرض الموت[1].

وقد سار القضاء الجزائري على مبدأ أن طلاق المريض مرض الموت هو طلاق واقع، وأن المريض مهما كانت خطورة مرضه لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وفي هذا الاتجاه قضت المحكمة العليا بأنه " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن " [2].

رابعا: الطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة

وهو أن يجمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، وهو طلاق بدعي مخالف للطلاق السني المشروع الذي اتفق عليه الفقهاء والذي يقع بالترتيب مفرقا الواحد بعد الآخر[3].

ويظهر التعسف في صورة الطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة في إهمال الزوج للحكمة المقصودة من تشريع الطلاق على عدة مرات متفرقة وفي أزمنة متفرقة، وهي أن يتدارك الزوج الخطأ الناتج عن الإفراط والتسرع في إيقاع الطلاق، و يتمكن بعدها من مراجعة الزوجة بعد الندم[4].

والمشرع الجزائري لم يورد أي نص في هذا الشأن، و إن كانت المادة 51 من ق.أ.ج نصت على أنه: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"، ويقصد بالطلقات المتتالية بعد الرجوع وليس في الوقت نفسه، نظرا لاعتماده الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا لقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 52 من ق.أ.ج على وجوب الحكم بالتعويض المالي لجبر

[1]–عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، 1989، ص277.
[2]–المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 179696، قرار بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص98.
[3]– رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص269.
[4]– تبوب فاطمة الزهرة، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، المرجع السابق، ص98.

الضرر الواقع على الزوجة المطلقة تعسفيا، وذلك إذا أساء الزوج استعمال حقه في إيقاع الطلاق المكفول له شرعا وقانونا وكان استخدامه بغير مبرر أو سبب معقول، إلا أن المشرع لم يبين كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي تاركا تحديد مقداره للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

ودراسة مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تستلزم بيان مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، ثم توضيح مدى إعمال القاضي لسلطته في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

للإحاطة بمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي نتطرق إلى تعريف التعويض لغويا واصطلاحا وقانونا(أولا)، ثم نوضح الشروط الواجب توفرها لاستحقاقه (ثانيا).

أولا : تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي

1-تعريف التعويض لغة

مأخوذ من العوض بمعنى البدل والخلف والجمع، وتعوض أي أخذ العوض واستعاضه، سأله العوض، وعاوضه أي أعطاه إياه، واعتاضه أي جاءه طالبا[1]، تقول : عضت فلانا وأعضته وعوضته : إذا أعطيته بدل ما ذهب منه [2].

2-تعريف التعويض اصطلاحا

لم يكن مصطلح التعويض مستخدما من قبل الفقهاء وكانوا يستعملون لفظ الضمان أو التضمين للدلالة على المال المطلوب أداؤه كتعويض[3]، وكانوا ينظرون إلى أن الضمان أعم من التعويض وقد استعملوا معنى الضمان في مواضع عدة مثل البدل الذي تدفعه المرأة لزوجها مقابل طلاقها إياه، وبدل الشئ الواجب، والعوض في العبادة، وغيرها من الصور التي تؤكد لنا أن معنى التعويض الذي يستحقه المضرور جبرا لضرره هو ذاته مصطلح الضمان الذي يشيع استعماله عند الفقهاء وبمعان متعددة[4].

ومن بين التعريفات التي أوردها الفقهاء للضمان بأنه عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير[5]، أما الفقهاء المعاصرون عرف التعويض لقبوله " هو المال الذي يحكم به من أوقع ضررا على

[1]-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص1161.
[2]-ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، المرجع السابق، ص928.
[3]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص96.
[4]-بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص32.
[5]- المرجع نفسه، ص33.

غيره في نفس أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف، من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر "[1].

3-تعريف التعويض قـانـونـا

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتعويض، وقد نص في المادة 124 من القانون المدني " أن كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "، فاعتبر المشرع التعويض جزاءا عن الفعل الضار، فهو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر.

كما ذكرت المادة 132 من ق.م.ج بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا وبناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع ".

ومن كل ما سبق يمكن تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي بأنه مقابل يتمثل في مبلغ من المال يقدمه الزوج لمطلقته بديلا عن الضرر المادي والمعنوي الذي ألحقه بها، بحرمانها من حياة كريمة لها، وفقدانها دفء الحياة الزوجية، بما فيها من رحمة ومودة وسكينة[2].

ثانيا: شروط استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي

حتى تستحق الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تعويضا يدفعه لها الزوج، كان لابد من توافر الشروط التالية :

1-أن تكون الزوجية قائمة فلا تعويض للمطلقة إذا لم تكن الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، ولا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول وكل ما يحكم به من تعويض قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي، وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي[3]، وهذا ماجاءت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة،

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص97.
[2]– المرجع نفسه، ص99.
[3]–باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص09– 10.

وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن "[1].

2-أن يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فلا يكون الطلاق بتراضي الطرفين أو بطلب من الزوجة بل يجب أن يكون الزوج هو الذي طلب الطلاق بإرادته المنفردة، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه : " متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون "[2].

3-أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق فإذا كان الزوج هو صاحب الحق في إيقاع الطلاق، فوجب عليه أن يستعمله في حاجته ومتى انحرف على ذلك و أوقع الطلاق من غير سبب معقول ومقبول اعتبر متعسفا في استعمال حقه، ومن ثم حكم عليه بالتعويض، ويعد هذا الشرط من أهم الشروط الواجب توافرها حتى تستحق الزوجة المطلقة التعويض.

الفرع الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

كما سبق بيانه فان إساءة استعمال الزوج حقه في إيقاع الطلاق يجعله متعسفا، وعلى ذلك الأساس ألزمه المشرع بتقديم تعويض عن الضرر الذي يلحق بالزوجة جراء تعسفه في الطلاق.

وقد خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تعويض الزوجة متى تبين قيام حالة التعسف مراعيا في ذلك – أي القاضي – القواعد المنظمة لهذه السلطة، وسنحاول في هذا الفرع بيان مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض والحكم به، وذلك من خلال بيان الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي في تقدير التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي – أولا- ثم توضيح كيفية تقديره -ثانيا- .

أولا: الأساس القانوني المعتمد في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة، بل لمن تعسف زوجها في طلاقها ولحقها الضرر جراء ذلك. ومن خلال نص المادة 52 من ق.أ.ج المشار إليها سابقا، فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما:

[1]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 213865، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص256.
[2] –المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 53017، بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد 01، 1991، ص56.

***الشرط الأول:** أن يثبت القاضي أن الزوج يرغب في الطلاق بسبب نزوة شخصية أو من أجل إلحاق الضرر بالزوجة وليس تفاديا للمشاكل أو رفع الأضرار، ودون أن تكون هناك فائدة أو مصلحة شرعية أو معقولة أو منطقية[1].

وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17 جاء فيه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشور، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون. مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا " [2].

ومن خلال ذلك، فإن تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، وبذلك فإن ثبوت مشاركتها في المسؤولية في الطلاق أو وقوعه كلية ينفي وجود التعسف ويجعلها تفقد الحق في التعويض[3].

***الشرط الثاني:** أن يلحق الزوجة ضررا حقيقيا بسبب الطلاق، وحتى إن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد صدور حكم الطلاق، فإنه يجب على الزوجة أن تثبت الضرر المادي كما في حالة إلزامها ترك وظيفتها بعد الزواج به ثم طلقها لتخسر بذلك الحياة الزوجية ووظيفتها معا، وكان طلاقها بغير سبب منها أو خطأ صادر عنها[4].

ويبقى عنصر الضرر في قضايا الطلاق مفترض دون الحاجة لإثباته طالما كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج في إيقاع طلاقه غير معقول أو غير موجود أصلا، مما يجعله متعسفا في استعمال حقه في الطلاق[5].

وجاء في هذا الخصوص قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15، حيث قضت فيه بأنه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية

[1]– مسعودة نعمية إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009 ، ص284.
[2]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 210451، قرار بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص252.
[3]– ينبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015، ص102.
[4]–عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص266.
[5]– عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2006/2005، ص37.

الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات، خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون "[1].

وعلى ذلك، فإنه في مسائل الطلاق وخروجا عن القواعد العامة فإن القاضي يحكم بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى وإن لم يقدم البينة أو يصرح بالأسباب التي دفعته للطلاق، في حين أنه إذا أسس الزوج طلاقه على تقصير أو إخلال من طرف الزوجة فكان عليه في هذه الحالة إثبات ما يدعيه[2].

وبتاريخ 2000/02/22 جاء قرار المحكمة العليا : " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[3] ، فالأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية.

فإيقاع الطلاق يبقى حقا مخولا شرعا وقانونا لصالح الزوج حتى ولو تضررت به الزوجة، ولا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية وذلك أن التعويض عن المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يسبب الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يكون عليه التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي .

ثانيا: كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

لم يحدد المشرع الجزائري المعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض وتحديد المبلغ المالي الواجب دفعه للمطلقة تعسفا، إذ جعل الأمر متروكا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حيث أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/12 قضت بأنه :"تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[4].

ويكون القاضي ملزما بتسبيب حكمه عند تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي بناءا على سلطتة التقديرية، وذلك بذكر الأسباب التي تم على أساسها تحديد مبلغ التعويض وإلا كان حكمه معيبا بقصور في التسبيب، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها الآتي :" من المستقر عليه قضاءا أن

[1] -–المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 223019، قرار بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص104.
[2] –ينبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص103.
[3] –المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 235367، قرار بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، عدد1، 2001، ص275.
[4] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 368660، قرار بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، عدد 02، 2006، ص483.

تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ..."[1].

ومن خلال ما استقرت عليه التطبيقات القضائية، فإن القاضي يعتمد في حكمه بالتعويض المالي عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي على جملة من المعطيات والأسباب، لعل أهمها ما سنذكره في الآتي:

1-تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف

حيث يجب على القاضي أن يقدر التعويض تقديرا صحيحا ومساويا لجسامة الضرر الموجب للتعويض ماديا أو معنويا، فجسامة الضرر تختلف باختلاف الأطراف والظروف الملابسة، فالضرر الواقع على المطلقة التي كانت متزوجة لمدة أكثر من 20 سنة وهي أم لعدة أولاد، ليست نفسها بالنسبة للمطلقة التي لم يدم زواجها لأكثر من عام وبدون أولاد[2]، فالقاضي بالرغم من تمتعه بالسلطة التقديرية إلا أنه ملزم بتقدير التعويض حسب جسامة الضرر وحسب درجة التعسف في استعمال الحق.

2-تقدير التعويض حسب حال الزوجين

حيث ينظر القاضي في حال الزوجين وماهما عليه من غنى أو فقر، ويراعي في ذلك مدخول الزوج وظروفه المعيشية، وإلى حالة المطلقة وحضانتها للأولاد.

وفي هذا الصدد جاء قرار المحكمة العليا كالآتي: " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيب وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء لما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما أو غناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه

[1]- المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 75029، قرار بتاريخ 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد02، 1994، ص65.
[2]- عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2005، ص38.

المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغا لمنحة دون إحالة "[1].

[1]– المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 32779، قرار بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، العدد02، 1994، ص61.

المبحث الثاني: التعسف في حق الخلع

شرع الإسلام الخلع للمرأة كمخرج نجاة للخلاص من حياة زوجية لا تطيقها، ولا تجد الراحة فيها لنفورها من زوجها، فيفوت الغرض المقصود من الزواج، فكان لها أن تفتدي نفسها بمقابل لقاء ذلك الخلاص[1].

كما اعترف المشرع الجزائري للزوجة بحقها الخالص في الخلع، فأصبح مرده إرادة الزوجة المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الزوج، ودون أن تكون ملزمة بتحديد أسباب لجوئها للخلع.

وأمام هذا الاعتراف المطلق للمشرع بحق الزوجة في الخلع بات تعسف الزوجة في إيقاع الخلع متوقعا، وخاصة أمام ما نعيشه في وقتنا الحالي من انحلال الأخلاق وغياب الوازع الديني.

ومن خلال هذا المبحث سيكون مناط دراستنا تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع، وذلك بأن نتطرق إلى ثبوت حق الزوجة في الخلع (المطلب الأول)، وصور تعسف الزوجة في الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ثبوت حق الزوجة في الخلع

الخلع إحدى صور فك الرابطة الزوجية، وفي هذا المطلب سنبين تعريف الخلع وأدلة مشروعيته (الفرع الأول)، ثم اعتراف القانون بحق الزوجة في الخلع كحق أصيل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الخلع ودليل مشروعيته

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الخلع لغة واصطلاحا، ثم إلى دليل مشروعية الخلع من الكتاب والسنة والإجماع (ثانيا).

أولا: تعريف الخلع

1-**الخلع لغة:** يطلق لفظ الخلع لغة -بفتح الخاء- فيقصد به النزع والتجريد والإزالة، فيقال خلع الشيء يختلعه خُلعا نزعه، وخلع الثوب والرداء جرّده، وخَلع امرأته خُلعًا بالضم فاختلعت وخالعته، أزالها على نفسه وطلقها على بدل منها[2].

[1] – منال محمود المشيني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2008، ص43.

[2] - ابن منظور، لسان العرب، ج8، ط1، دار صادر، بيروت، ص86.

2-**الخلع اصطلاحا:** عرف الفقهاء الخلع بأنه إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخُلع أو ما في معناه، فهو إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها، لتخليص نفسها مما هي فيه بلفظ الخلع،[1] كما عرّف بأنه الفرقة بعوض يأخذه الزوج[2].

وعرف العلماء المحدثين الخُلع بأنه إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة بألفاظ مخصوصة بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي، أي أن المخالعة تكون باختيار الزوجة أو الزوج وهي المخالعة الرضائية، أو يكون بحكم القاضي بناءً على رغبة الزوجة وهو الخلع القضائي الإلزامي[3].

3-الخلع قانونا: لم يعرف المشرع الجزائري الخلع ولكنه اعتبره بموجب المادة 54 ق.أ.ج إحدى طرق فك الرابطة الزوجية، وذلك بنصه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، أي أن الخلع طلاق مرجعه الإرادة المنفردة للزوجة (وسيأتي تفصيل ذلك في الفرع الثاني).

والخلع يقع به طلاق بائن، ولا يجوز للزوج مراجعة مختلعته في العدّة إلا برضاها وبعقد جديد[4].

ثانيا: أدلة مشروعية الخلع

ثبتت مشروعية الخلع من القرآن الكريم والسنة النبوية، والإجماع.

1-من القرآن الكريم

قوله تعالى:**{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ}**[5]. ومعنى الآية أنه لا حرج ولا إثم ولا مؤاخذة على الزوجة التي تخاف أو تخشى ألا تؤدي حق زوجها في أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها نظير طلاقها، كما أنه لا حرج ولا إثم على الزوج في قبول هذا المال، فهو مال لا خبث فيه وذلك حتى لا يضار بخسارة زوجته وخسارة ماله[6].

2-من السنة النبوية

جاء في ما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس قال عن ابن عباس قال:" جاءت امرأة ثابت بن

---

[1] – أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق –الخلع –وحقوق الأولاد– نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص115.

[2] – أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، ص1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص193.

[3] – منال محمود المشيني، المرجع السابق، ص43.

[4] – لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2013، ص15.

[5]– سورة البقرة، الآية 229.

[6]– أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص116.

قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال عليه السلام: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة وفي رواية أخرى قال عليه السلام: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وإن شاء زدته، ففرق بينهما"[1].

3-من الإجماع

انعقد إجماع المسلمين من السلف والخلف على جواز الخلع الرضائي بين الزوجين بالاتفاق[2]، فالخلع مشروع لدفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من حياة زوجية لا تحتمل الاستمرار فيها، إذا كرهت زوجها فيفوت القصد من الزواج، ويكون الخلع خلاصها بأن تبذل لزوجها مالا مادام النفور من جانبها، لأن الزوج كان قد تكلف أعباء مالية من مهر ونفقات من غير أن يكون السبب في الفراق[3].

غير أن الزوجة إذا طلبت الخلع من غير حاجة إليه أو مبرر، فهو حرام لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[4].

أما لو عضل الزوج زوجته لتفتدي نفسها منه، بأن ضارها بالضرب أو الشتم أو التضييق عليها ومنعها حقوقها لتفتدي نفسها وفعلت، فالخلع باطل والعوض مردود، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، والحنابلة، وجمهور الفقهاء والعلماء[5]، لقوله تعالى:{وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ}[6].

الفرع الثاني: اعتراف القانون للزوجة بالخلع كحق أصيل

لقد شهد المركز القانوني للزوجة فيما يتعلق بحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع مرحلتين أساسيتين:

حيث تميزت المرحلة الأولى بتقييد إرادة الزوجة في الخلع، وذلك باعتباره رخصة يتوقف استعمالها على موافقة الزوج، أما المرحلة الثانية فتميزت بفك القيد عن إرادتها في الخلع، باعتباره حقا أصيلا تستعمله متى شاءت دون أن يتوقف ذلك على إرادة الزوج[7].

---

[1] – ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، باب الخلع، ج9، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ص400.
[2] – منال محمود المشيني، المرجع السابق، ص53.
[3] – رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص326.
[4] – ابن ماجة محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، ج1، دار الحديث، القاهرة، د س ن، ص662.
[5] –أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص119.
[6] –سورة النساء، الآية 19.
[7] – راضية بشير، محمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 3، ديسمبر 2019، ص340.

أولا: تقييد حق الزوجة في الخلع قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري

برجوعنا إلى قانون الأسرة لسنة 1984[1] نجد أن المادة 54 منه نصت على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، فكانت المادة غامضة من حيث اشتراط موافقة الزوج لإيقاع الطلاق خلعا أو انتفاء موافقته، فلم يتعرض فيها المشرع إلى تكييف الخلع، ولم تبين المادة طبيعة الخلع كونه عقد رضائي بين الزوجين أو حق خالص لها، واكتفى بالقول أنه في حالة النزاع على بدل الخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، لذلك اضطرب الاجتهاد القضائي، إذ كان الاجتهاد السائد أنه لا يحق للزوجة الانفصال عن طريق الخلع إلا بموافقة الزوج، على أساس أنه عقد رضائي وليس للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[2].

ومن هذه القرارات ما يلي: "من المقرر فقهًا وقضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفًا لأحكام الفقه ... ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها للمخالعة دون أن يجد ذلك قبولا من زوجها، فإن القضاء بتطليقها يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان ذلك استوجب نقص الحكم المطعون فيه"[3].

ونفس ما اتجهت إليه في قرار آخر لها جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"[4]. ومن مسايري هذا الإتجاه الدكتور بلحاج العربي حيث اعتبر أن اتفاق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا مخالعة، واعتبر التكييف القانوني للخلع كالطلاق على مال[5]، كما ذهب الأستاذ عبد العزيز سعد إلى اعتبار الخلع عقد معاوضة رضائي ثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة لإنهاء الحياة الزوجية، فهو ليس إلا طلاقا رضائيا مقابل مال تقدمه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها[6].

---

[1] – القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية الجزائرية، بتاريخ 12 جوان 1984، العدد24.

[2] – رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، العدد7، 2017، ص80.

[3] – المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص72.

[4] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية، العدد 2، 1993، ص55.

[5] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية، ج1، المرجع السابق، ص263.

[6]– عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص216.

غير أن المحكمة العليا عادت وغيرت موقفها لتؤكد عدم اشتراط موافقة الزوج للاستجابة لطلب الطلاق خلعا، وذلك لما رأت بأن تقييد الخلع بموافقة الزوج أصبح يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين قانونا[1]، فجاءت عدة قرارات تمنح الزوجة حق الخلع دون موافقة الزوج، فكان لها دور كبير في دفع المشرع الجزائري إلى تعديل المادة القانونية 54ق.أ.ج[2].

ثانيا: إطلاق حق الزوجة في الخلع بعد تعديل قانون الأسرة

تراجع الاجتهاد القضائي الذي كان له دور فعال في إزالة الغموض الذي كان يكتنف المادة 54 ق.أ.ج قبل التعديل على وجهة نظره، لينتقل بالخلع من قرار اتفاقي رضائي بين الزوجين إلى قرار انفرادي، تختص به الزوجة المبغضة لزوجها، فيكون مرد الخلع إرادة الزوجة المنفردة ، فكان لتلك القرارات دورا بليغا في تعديل المشرع الجزائري لنص المادة 54[3] بمقتضى الأمر 05/02 حيث صار نصها كالآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فجاءت عبارة "دون موافقة الزوج" صريحة يضمحل بها كل لبس، فللزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، فإن قبل به يتم اعتماده من القاضي وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، فالخلع حق إرادي للزوجة ولا يشترط موافقة الزوج[4].

ومن القرارات التي جاءت مؤكدة على أن الخلع حق للزوجة وحدها ما يلي: "...إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، وسواء رضي به الزوج أو لم يرضى يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج"[5]، لتأتي بقرار آخر مدعم لحق الزوجة في الخلع دون رضا الزوج جاء فيه: "... من المقرر شرعا وقانونا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدًا رضائيا"[6].

---

[1]– المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، ، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 134.
[2]– راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص342.
[3]– المرجع نفسه، ص342.
[4] – يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008، ص63.
[5] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 1994/04/19، المجلة القضائية، العدد 52، 1997، ص106.
[6] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 141262، قرار بتاريخ 1996/07/30، غير منشور، نقلا عن عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص120.

وهو ما جاء في قرار آخر لها: "لكن حيث أن الخلع ليس عقدا رضائيا، لأن الزوجة لها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج، وأن موافقة الزوج غير ضرورية مما ينجر عنه عدم الالتفات إلى هذا الوجه لعدم تأسيسه..."[1].

لتخرج المحكمة العليا بعد سلسلة قراراتها السالفة الذكر بقرار صريح لا مجال معه للشك ، يكرس الإرادة المنفردة للزوجة في الخلع جاء فيه: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابله حق العصمة للزوج"[2].

ومنه أصبح الخلع يتساوى فيه حق المرأة في فك الرابطة الزوجية، مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، فلما كان حق الطلاق يستعمله الزوج بإرادته المنفردة متى أصبحت العلاقة الزوجية لا تطاق، فكذلك المرأة لها حق الخلع تستعمله بإرادتها المنفردة متى لم تقدر على الاستمرار في العلاقة الزوجية[3].

ولعل الدافع من وراء تحول موقف المحكمة العليا وكذا المشرع الجزائري، والمتمثل في عدم اشتراط موافقة الزوج على طلب زوجته الخلع ، والذي يستمد مرجعيته الشرعية وتأهيله الفقهي من الفقه المالكي،[4] يكمن في إحجام بعض الأزواج عن الموافقة على طلب الزوجات للخلع من باب الكيد، رغم علمهم بمقتهن لهم، مما يشكل إجحافا في حقهن، خاصة مع ما وصل إليه بعض الرجال في عصرنا هذا من حياد عن مبادئ الرجولية والكرامة، التي كان يتسم بها السلف الصالح[5]. بالإضافة إلى كون المجتمع الجزائري ليس بمعزل عن التغيرات والتطورات الحاصلة في العالم، والتي تطال جميع الأنظمة، وأصبحت هناك عوامل تتحكم في عملية الاختيار للزواج، و بناء الأسرة و انحلالها[6].

إن كل من القانون والقضاء لم يلزما الزوجة بأن تعلن عن سبب الخلع، لأن نص المادة 54 ق.أ.ج لم يشترط عليها أن تسبب طلبها، فلا يحق للقاضي أثناء جلسة الصلح أن يستفسرها، فيكفي أن تصر على الخلع في جلسات الصلح لعدم رغبتها في مواصلة الحياة الزوجية، فيستجيب القاضي لطلبها مادام الخلع حقا خالصا لها، وهو جائز من غير اشتكاء لضرر من طرف الزوجة أو الزوج[7]. حيث أكدت ذلك المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "حيث أن الطاعن يعيب على قاضي محكمة الدرجة الأولى مخالفته

[1] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/07/13، المجلة القضائية، العدد 61، 2006، ص328.
[2] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 656259، قرار بتاريخ 2011/09/15، المجلة القضائية، العدد 1، 2012، ص318.
[3] – تبوب فاطمة، المرجع السابق، ص121.
[4] – الخلع نوعان لدى فقهاء المالكية، ويتمثل النوع الأول في الخلع الاتفاقي عندما يتفق عليه الزوجين. والنوع الآخر هو الخلع الصادر عن الحكمين واللذين يعتبران قاضيين ويقضيان بالخلع إن رأيا ذلك. لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص393.
[5] – راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص343.
[6] – عاشور سهيلة، سعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، 2020، ص491.
[7] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص137– 138.

لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بقضائه بفك الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته المطعون ضدها عن طريق الخلع، بالرغم من عدم موافقته على الخلع المذكور فإن المادة 54 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، ومن ثم فإن عدم موافقته على الخلع المطالب به من طرف المطعون ضدها لا يمنع القاضي من القضاء به، كما أن الزوجة ليست مطالبة بتقديم أية مبررات لطلب ذلك الخلع..."[1].

من خلال ما سبق نتوصل إلى أن الزوجة صارت تملك حقا أصيلا في الخلع، تستعمله بإرادتها المنفردة، فيكون الصورة المقابلة لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

المطلب الثاني: تعسف الزوجة في حق الخلع

عرفنا مما تقدم أن الخلع حق للزوجة لحل الرابطة الزوجية إذا توفرت لديها الأسباب والمبررات الشرعية، ولقد جاء نص المادة 54 ق.أ.ج واضحا وصريحا، يمنح الزوجة الحق المطلق لإيقاع الخلع بإرادتها المنفردة في أي وقت تشاء، ودون اشتراط موافقة الزوج عليه، ولا تكون ملزمة بذكر أسباب لجوئها إلى الخلع، كل هذا يجعل تعسف الزوجة في الخلع وارد وممكن الحدوث، خاصة في زمننا هذا الذي تراجعت فيه القيم والمبادئ والمثل الإسلامية.

ومن خلال هذا المطلب سنبين صور التعسف في الخلع (الفرع الأول)، ثم التعويض عن التعسف في الخلع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صور تعسف الزوجة في حق الخلع

أولا: لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي[2]

إن عدم اشتراط القانون تحديد الزوجة لأسباب لجوئها إلى الخلع عند تقديم عريضة افتتاح دعوى الخلع[3]، يفتح أمام بعض الزوجات الباب للتخلص من أزواجهن بكل سهولة لنيل مرادهن، فتكون هذه الفجوة ملاذا لهن في استعمال الخلع[4]، دون أن تكون الزوجة بحاجة ماسة إليه، فتستعمله لا لشيء إلا لنيل مبتغاها والمتمثل في أسباب ذاتية منبعثة من أنانيتها، تبتغي من خلال الخلع التحرّر من زوجها الذي أصبحت لا تطيقه، والذي يضيق الخناق عليها فيمنعها من الخروج والسفر وإقامة العلاقات مع

[1] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 01385، قرار بتاريخ 2009/12/10، غير منشور، لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص138.
[2] – تبوب فاطمة، المرجع السابق، ص128.
[3] – لا بد أن ترفع الزوجة دعوى أمام القضاء لتطلب الحكم لها بالخلع، مقابل عوض تؤديه للزوج ويكون رفع الدعوى وفق المادتين 14– 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[4] – سنوسي علي، المرجع السابق، ص306.

الأصدقاء، وغير ذلك من التصرفات الدخيلة على مجتمعنا الإسلامي المحافظ في ظل تحرّر المرأة، فتنظر إلى زوجها وكأنه متخلف ولا يرقى إلى مستواها الاجتماعي والثقافي والحضاري، فتلجأ إلى الخلع لتتحرّر من قيود الزواج، لتعيش حرة دون أن يكون هناك من يقيدها.

فالشرع لما منح الزوجة الحق في الخلع فإنما يكون ذلك بسبب زوج تمقته وتنفر منه، وتعجز عن أداء واجباتها الزوجية نحوه فتخشى على نفسها الوقوع في الحرام، فيكون خلاصها الخلع كآخر حل تلجأ إليه، وليس لأهواء و نوازع ذاتية.

ثانيا: عدم مشروعية المصلحة التي ترمي الزوجة المخالعة إلى تحقيقها

قياسا على التعسف في الطلاق بالنسبة للزوج ، فإذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدًا شرعيا فإنه يكون متعسفا، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تضع حمايتها على ما يخالف حكمها[1]، فكذلك هو الحال بالنسبة للزوجة فالشرع إن جعل أمر الخلع بإرادتها كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية وليس لاستعماله لمصلحة غير مشروعة. ومن أمثلة هذه الحالة أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الميراث، فهي لم تستعمل الخلع فيما شرع له، إنما تقصد منه مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث، وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا[2].

ثالثا: أن تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج

فقد تتعمد الزوجة عدم الموافقة على مقابل الخلع الذي يطلبه الزوج، إذ أنها تجد في صداق المثل ملاذًا لها، فالنص بأن يكون بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول قيمة الصداق بحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل فتح لباب التحايل، فتجدها تطلب مهرا كبيرا إذا كان الزوج ثريا، وقد تكون قد تزوجته لاعتبارات مالية ثم تلجأ إلى المخالعة للتخلص منه، فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته، تعترض فيرفع الأمر إلى القاضي الذي يحكم بصداق المثل، فمن باب سدّ الذرائع وجب على المشرع أن يراعي هذه المسألة[3].

[1] – بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص170.
[2] – بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2019، ص7.
[3] – بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص211– 212.

الفرع الثاني: التعويض عن تعسف الزوجة في حق الخلع

من دون أي شك أن تعسف الزوجة في الخلع سيلحق أضرارا بالزوج سواء كانت أضرارا مادية أو معنوية، فبالنسبة للأضرار المادية فتتمثل في المساس بالذمّة المالية للزوج المخلوع بسبب الحكم بالنفقة بأنواعها، كما أن البدل الذي يقدم للزوج قد لا يتناسب أبدا مع المهر المقدم من الزوج[1]، أما الأضرار المعنوية فتتمثل في الأذى النفسي الذي يتعرض له الزوج ويتمثل في الشعور بالنقص، وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء، خاصة وأنه يحمل لقب الرجل المخلوع فمجتمعنا يتقبل طلاق الزوج لزوجته ورفضه لها، ولا يتقبل رفض المرأة لزوجها وخلعها له، هذا إضافة إلى الآثار النفسية والعصبية التي يتعرض لها الزوج، بعد الخلع نتيجة لهدم أسرته وتشتت أولاده[2].

والتساؤل المطروح هو عن مدى أحقية الزوج في التعويض عن تعسف الزوجة في الخلع.

أولا: أساس التعويض عن تعسف الزوجة في حق الخلع

منعت الشريعة الإسلامية الإضرار بالغير مهما كان نوعه فأقرت مبدأ الضمان، وهو ما يعرف بالتعويض، حفاظا على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم وجبرًا للضرر وقمعًا للعدوان و زجرًا للمعتدين[3].

فالتعويض هو بمثابة جبر للضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ وترميم لآثاره، فيكون التعويض المالي بمثابة عقوبة مالية في حالة ما إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا[4].

وبرجوعنا إلى موضوع دراستنا فإن الزوجة لما تستعمل حق الخلع إنما هي تستعمل حقها الشرعي، واستعمال الإنسان لحقه الشرعي ينافي الضمان، فلا يلزمه التعويض لأن الشارع أذن له وأباح له ذلك والإذن ينافي الجزاء والعقوبة[5].

لكن الحق شيء واستعماله شيء آخر فالإنسان لا يحاسب على استعماله لحقه المشروع، وإنما على الضرر الواقع جزاء استعمال ذلك الحق لغاية مناقضة لقصد الشارع ، إذ هو بهذه المناقضة يكون متعسفًا في استعمال حقه، والتعسف يلحق ضررا بالغير، والضرر يزال شرعا فإن أمكن رفعه وجب ذلك،

[1] – بن ثغري موسى، المرجع السابق، ص7.
[2] – منال محمود المشيني، المرجع السابق، ص237.
[3] – وهبه الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998، ص22.
[4] – المرجع نفسه، ص88.
[5] – عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 1998، ص180.

وإن لم يمكن رفعه فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر جزاء استعماله للحق لغاية غير مشروعة[1].

لذا فالخلع حق مشروع للزوجة إذا توفرت أسبابه، وذلك عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية، إذا كرهت الزوجة زوجها ولم تتمكن من القيام بالتزاماتها الزوجية نحو زوجها، وتخاف الوقوع في معصية الله عز وجل، أما إذا كان استعمالها للخلع دون وجود مبرر شرعي على وجه ألحق الضرر بالزوج فلابد من التعويض. فقاعدة الضرر يزال تعتبر مبدأ محكما تكلفت الشريعة في تطبيقه في جميع أبواب الفقه، وتدور عليه أحكام نظرية التعسف[2].

ليكون ذات الأمر من الناحية القانونية، فالشخص إذا اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني، فالأصل أن يمارسه بحرية دون رقيب ولا حسيب ولا مسؤولية ولا تعويض، كونه يمارس حقه الطبيعي والممنوح له قانونا، إلى أن يقع في دائرة التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني ، حيث يعتبر هنا متعسفا متحملا للتعويض إذا ما أثبت الطرف المتضرر ذلك[3].

وبرجوعنا إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تتحدث عن حالات التعسف في استعمال الحق، فإنها حددت تلك الحالات كما يلي: "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". فتكون تلك الحالات قابلة للانطباق على حالات الخلع التي تطرقنا إليها من خلال عرضنا صور تعسف الزوجة في الخلع، إذ أنها في أغلبها تبنى على أسباب ذاتية وسطحية منبعثة عن أنانية الزوجة، وتخفي المخالعة وراءها مصالح غير شرعية منافية للمقصد الحقيقي للخلع.

ومنه فالأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض، هو التعسف في استعمال الحق المولد لضرر يلحق الغير، والذي يجد تطبيقا له في نظرية التعسف في استعمال الحق، التي نص عليها القانون وسبقته في ذلك الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد، والتي كانت تقوم على أساس فكرة منع الضرر اللاحق بالغير وفرض الجزاء عليه[4].

وعلى ضوء هذا الفهم، ينبغي توقيع إيجاب التعويض عن الضرر لصالح الزوج المتضرر من الزوجة إثر تعسفها في الخلع.

[1] – عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص181.
[2] – فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص213.
[3] – راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص345.
[4] – المرجع نفسه، ص345.

لكن ورغم كل ذلك فالمشرع الجزائري لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعه، فكل ما منحه إياه هو الإبقاء له على بدل الخلع.

ثانيا: بدل الخلع كتعويض عن تعسف الزوجة في الخلع

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 54 ق.أ.ج: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

فإذا عرفنا بدل الخلع نقول بأنه كل ما صح أن يكون صداقا، كون الصداق يجوز بكل ما يصح التزامه شرعا[1]. فهو بمثابة فدية تؤديها الزوجة للزوج، وعلى ذلك فالمشرع لم يمنح الحق للزوج في أي تعويض آخر لأن العوض الذي يتلقاه هو بمثابة تعويض، وهذا ما قررته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "لكن خلافا لمزاعم الطاعن مرة أخرى، وبالاطلاع على القرار المطعون فيه يتضح منه أنه قضى بمبلغ 60,000 دينار مقابل الخلع وهذا يعتبر بمثابة تعويض عن التطليق..."[2].

ومنه فما تبدله الزوجة من عوض، هو مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وحق الزوجة في التعويض في حالة التعسف، فلا يجوز أن يحصل الزوج على التعويض مرتين عن ضرر واحد[3]، فالمشرع اعتبر قيمة البدل في الخلع يقابله التعويض في الطلاق إذا كان تعسفيا[4].

والمشرع الجزائري أقر بدل الخلع في كل طلاق عن طريق الخلع، سواء تعسفت فيه الزوجة أو لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، وهذا يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر[5]، والتي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما ألحق به ضرر نتيجة لتعسفه في استعمال حقه وفقا للمادة 124 مكرر ق.م.ج، كما جعل المشرع بدل الخلع سواء تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين أو محددا قانونا بأن لا تتجاوز قيمته مقدار صداق المثل وقت صدور الحكم في حالة اختلافهما حوله، دون أن يراعي ما لحق الزوج من ضرر وما فاته من ربح، نتيجة لتخريب أسرته دون سبب منه ولا رغبة ، فقيد بذلك سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع وحصر، قيمته وهذا فيه إجحاف لحق الزوج. كما أن ذلك يتنافى مع تقدير التعويض، فحتى لو سلمنا بأن الضرر واقع فعلا في جميع

[1] – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص268.
[2] – المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 09/00761، قرار بتاريخ 2009/06/10، غير منشور، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص263.
[3] – لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص263.
[4] – عاشور سهيلة، سعيد خنوش، المرجع السابق، ص490.
[5] – مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص188.

حالاته، فالذي لا نسلم به هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى ومن زوج لآخر[1].

ومنه فالمشرع قد حرم الزوج من التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة لتعسف الزوجة في الخلع، لكون بدل الخلع وفقا لما سبق لا يعتبر تعويضا كافيا وحقيقيا للضرر، فكان الأولى بالمشرع أن يفعل دور القاضي، وذلك بأن يجعل التعويض عن التعسف في الخلع، يعود إلى سلطة القاضي التقديرية، مثلما هو الحال في سلطته عند تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي.

والسؤال المطروح هو عن كيفية إثبات تعسف الزوجة في الخلع، خاصة وأن الخلع أمر مبني على أمور نفسية تتعلق بمشاعر الزوجة نحو زوجها، أضف إلى ذلك أن المشرع لم يلزمها بتسبيب طلبها الخلع.

والإجابة هناك تكون بإلزام القانون الزوجة بتسبيب طلبها، كما يجب ربط الخلع بضوابط ومعايير معينة تضفي عليه طابع الجدية ومحاصرته بقرائن محددة[2]، كما ولابد من إعادة الدور الإيجابي للقاضي، بإلزامه التحري عن الأسباب الذي جعلت الزوجة تطالب بالخلع، فلا يستجيب لهذا الطلب إلا بوجود مبرر شرعي أي يتأكد من حقيقة بغض الزوجة لزوجها والبحث عن سيرة الزوج وعلاقته بزوجته[3].

ومن ثم فإن إثبات تضرر الزوج من تعسف الزوجة في الخلع يقع على عاتق الزوج، باعتباره هو المتضرر، تطبيقا لمبدأ البينة على من ادعى، فيلتزم بإثبات عناصر التعسف ويرخص له باستعمال كافة طرق الإثبات المقررة قانونا، فيثبت مثلا أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، وأنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها أو التقتير عليها، وأنها لجأت إلى الخلع أنانية منها ولدوافع ذاتية، وأن هناك أضرارا لحقت به وباستقرار أسرته[4].

وللزوجة مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوة بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في الخلع في حدود ما وضع له، وأن الزوج لم يلحقه ضرر فلا يلزمها بالتعويض[5].

[1] – راضية بشير، محمود لنكار، المرجع السابق، ص346.
[2] – المرجع نفسه، ص347.
[3] – تبوب فاطمة، المرجع السابق، ص103.
[4] – مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص188.
[5] – بن ثغري موسى، المرجع السابق، ص8.

ومنه نقول بأن إساءة الزوج استعمال الحق في الطلاق يقابله تعويض للزوجة، فمن المنطقي أن إساءة الزوجة استعمال الحق في الخلع يقابله كذلك تعويض للزوج.

ومن خلال الفصل الثاني لهذه الدراسة، نكون قد بينا تعسف الزوج في حل عقد الزواج بإرادته المنفردة على وجه يلحق الضرر بالزوجة، فيكون ملزما بتعويض هذا الضرر الذي يحدده القاضي بما له من سلطة تقديرية جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة، وكذلك تعسف الزوجة في حق الخلع الذي قد توقعه دون مبرر أو لتحقيق مقصد غير شرعي فتلحق الضرر بالزوج، غير أن بدل الخلع لا يعتبر تعويضا حقيقا وكافيا لجبر الضرر الذي أصاب الزوج نتيجة تعسف الزوجة في حق الخلع.

المقدمة

خاتمـــة

ونخلص في الختام إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق لها تطبيق واسع في مجال عقد الزواج وانحلاله، حيث حرص كل من الشرع الحكيم وقانون الأسرة الجزائري على حفظ الحقوق داخل الأسرة وذلك بفرض مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، سواء عند إنشاء عقد الزواج أو أثناء سير الحياة الزوجية أو بعد انحلاله.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلى جملة من النتائج:

1-أن حق العدول عن الخطبة مشروع لكلا الطرفين، لكن قد يساء استعماله فيعدل أحد الطرفين أو كلاهما بغير سبب معقول أو لإلحاق الضرر بالطرف الآخر، ومن هنا يعتبر تعسفا في العدول عن الخطبة مما يستوجب التعويض لجبر الضرر وللتخفيف عن الطرف المعدول عنه.

2-ولاية التزويج حق غير مطلق ومقيد بمصلحة المولى عليها وعدم الإضرار بها، فلا يجوز الإجبار ولا يجوز العضل، وفي حالة ثبوت حدوث ذلك فالولاية تنتقل إلى القاضي من أجل رفع التعسف.

3-الزوج الذي يستعمل حق التأديب يعتبر مسؤولا عن أفعاله إذا خرج عن حدود التأديب، سواء من الجانب الوقائي بتحديد وسائل التأديب وترتيبها، أو ما يتعلق بالجانب الجزائي المتمثل في العقوبات المسلطة على الزوج الذي يخرج عن الحدود المشروعة للتأديب، ويتسبب بإيذاء الزوجة بدنيا أو نفسيا.

4-حق تعدد الزوجات مشروع ومقيد بشروط وحدود لضمان عدم التعسف في استعماله، فإذا لحق الضرر بإحدى الزوجتين سواء السابقة أو اللاحقة جراء هذا التعدد، كان لكل منهما الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج، طلبا للتطليق للضرر الذي سببه تعسف الزوج في استعمال حقه في التعدد.

5-تعد النفقة حقا من حقوق الزوجة المقررة شرعا وقانون على زوجها، وقد ضمن المشرع الجزائري لهذه الزوجة حقها في النفقة ومنحها حق اللجوء إلى القضاء والمطالبة به في حال رفض أو امتناع الزوج عن أدائها، غير أن هذا الحق يبقى مقيدا بقدرة الزوج على ذلك، فلا يحق لها أن تتعسف في استعمال هذا الحق بالإفراط في الإنفاق، أو إهدار الأموال في طرق غير مشروعة.

6-حق الزوجة في الخروج من البيت مشروع سواء كان لزيارة الأهل والأقارب أو من أجل العمل الكسبي، وهو مقيد بعدم الإضرار بالزوج والأسرة، ومن حق الزوج أن يمنع الزوجة من الخروج إذا تعسفت في استعمال هذا الحق.

7-إن الطلاق حق ثابت شرع للزوج عند قيام أسبابه، ويشترط لاعتباره تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته، بحيث أن إيقاعه على الزوجة يثبت به التعويض لها عما لحقها من أضرار، ويكون الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق.

8-الخلع حق مقرر شرعا وقانونا للزوجة، وهذا الحق شرع حتى لا يكون هناك ارغام لها على العيش مع زوج أصبحت تبغضه وتخاف معصية الله في البقاء معه، ولا يجوز لها استعمال هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو الإضرار بالزوج أو يكون الخلع لأسباب غير مشروعة فالخلع مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله.

و بناءا على ما سبق من استنتاجات وما لمسناه خلال البحث نوصي ب:

1-ضرورة الأخذ بعين الاعتبار المتسبب في العدول عن الخطبة لتقرير مدى المسؤولية، منعا للتحايل والتملص ومنح السلطة التقديرية للقاضي في استخلاص دليل التعسف، وتقدير التعويض حسب درجة التعسف وحجم الضرر.

2-التوسيع أكثر في النصوص التي تنظم ولاية الزواج، ومعالجة مسألة العضل من جديد بالنص على الآثار المترتبة على ممارسته لا بإلغائه من قانون الأسرة الجزائري.

3-تنظيم الترخيص القضائي للتعدد الذي جاء به قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل، من أجل منع الزوج من التعسف في استعمال هذا الحق، والذي يعد ثغرة قانونية تتمثل في إمكانية الزواج العرفي وتثبيته لاحقا، تهربا من طلب الترخيص لعدم توافر شروط التعدد.

4-تدعيم قانون الأسرة بمواد تنص على صور الطلاق التعسفي التي تستوجب استحقاق المطلقة للتعويض المالي عن الضرر، وكذا بيان المعايير والأسس المعتمدة في ذلك، لأن المشرع الجزائري أغفل وضع المعايير التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض المترتب في ذمة الزوج المتعسف.

5-على المشرع إعادة النظر في مسألة تحديد مقابل الخلع، لأن الحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل كبدل للخلع فيه ظلم للزوج، خصوصا إذا دفع الزوج صداقا يفوق بكثير صداق المثل. وأيضا سن مادة قانونية تحدد معايير التعسف في المخالعة حتى يتبين للقاضي ما إذا كان الخلع تعسفيا أم لا، فإن ثبت التعسف يستحق الزوج التعويض جبرا عن الضرر.

6-ضرورة إشراك مختصين في علم الإجتماع وعلم النفس في مهمة التشريع في قانون الأسرة، وكذا القيام بحملات التوعية بخطورة التعسف في استعمال الحق في مجال عقد الزواج وانحلاله بإشراك الفاعلين، كالمؤسسات التعليمية والمساجد والوسائل الإعلامية وغيرها، للحد من ظاهرة التعسف في استعمال الحقوق

بين الزوجين، وتحقيق الاستقرار الأسري الذي بدوره يحقق تطورا سليما للمجتمع يجمع بين الأصالة والحداثة.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

-القرآن الكريم

أولا: المصادر

أ-كتب الحديث

1. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.
2. ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، دار الحديث، القاهرة، د. س.ن.
3. أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، د.س. ن.
4. أبو داوود سليمان الأزدري، سنن أبى داوود، ط1، ج 3، دار الرسالة العالمية، دمشق، 2009.
5. محمد بن عيسى الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية، الرياض، د.س.ن.
6. محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير زيادته (الفتح الكبير)، ط3، المكتب الإسلامي، 1988.

ب-المعاجم والقواميس

1. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، المجلد 9، دار صادر، بيروت، لبنان، 1956.
2. أحمد الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط2، المجلد1، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
3. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2008.
4. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2014.

ج-النصوص القانونية

❖ **القوانين**

1. مرسوم رئاسي رقم 20-242 المؤرخ في 2020/12/30 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020.
2. قانون رقم84-11 المؤرخ في9 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل المتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في27 فبراير2005.
3. القانون رقم 15- 19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات.

❖ **الأوامر**

-الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ثانيا: المراجع

***-المراجع باللغة العربية**

أ-الكتب

1. أبي عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، ط2، دار العواصم، الجزائر، 2014.
2. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهيه ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
3. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، ص1، دار الثقافة، عمان، 2012.
4. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق -الخلع -وحقوق الأولاد- نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
5. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.
6. باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
7. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ج1، دار الثقافة، 2012.
8. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية مقدمة- الخطبة- الزواج- الطلاق- الميراث- الوصية، ج1، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
10. بن زيطه عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007.
11. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم دراسة مقارنه ببعض التشريعات العربية،ط1،دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
12. تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016.

13. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد، الأردن، 2009.
14. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
15. جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج(الخطبة) في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، 2009.
16. حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد1، دون ناشر، الإسكندرية، 2001.
17. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
18. حميد بن شنيتي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج2، ط1، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008.
19. دليلة فركوس، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة(انعقاد الزواج)، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.
20. راسم شحدة، تعدد الزوجات بين الإسلام وخصومه، ط1، دار الثقافة، عمان، 2010.
21. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر، عمان، 2015.
22. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
23. زوبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، دار شتات، مصر، 2012.
24. السيد سابق، فقه السنة، المجلد2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1987.
25. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، 2008.
26. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2009.
27. عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مكتبة الزهراء، بيروت، 2009.
28. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
29. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار البعث، قسنطينة، 1986.

30. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2011.
31. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 1998.
32. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
33. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
34. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط 1، دار الفكر، عمان، 2007.
35. عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2007.
36. عصام أنور سليم، نظريه الحق، مكتبه الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
37. علي فيلالي، الالتزامات (العمل المستحق التعويض)، الطبعة الأولى، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
38. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
39. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
40. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
41. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
42. لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2013.
43. مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظريه الظروف الطارئة، الدار العلمية الدولية للنشر، عمان، 2002.
44. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
45. محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.
46. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
47. محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، د.س. ن.
48. محمد عقله، نظام الأسرة في الإسلام، ج2، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، 2002.

49. محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.
50. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1998.
51. محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2003.
52. محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 4، الدار الجامعية، لبنان، 1983.
53. المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري(دراسة فقهية)، دار هومة للطباعة والنشر، د.س.ن، الجزائر
54. منال محمود المشيني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه، آثاره، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2008.
55. نور الدين أبو لحية، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، ط 1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2009.
56. هشام ذبيح، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الوفاء، المسيلة، 2018.
57. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر، دمشق، 1989.
58. وهبه الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998.
59. يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2013.
60. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق)، ط2، دار هومة، الجزائر، 2008.

ب-الرسائل والمذكرات

❖ **رسائل الدكتوراه**

1. رائدة نصيرات، المضامين التربوية لنظريه التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كليه الشريعة، جامعه اليرموك،2011.
2. سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019.
3. مسعودة نعمية إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

❖ **رسائل الماجستير**

1. أسامة ذيب سعيد مسعود، أثر الإكراه في عقد النكاح–دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة وقانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة لنيل شهادة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2006.
2. بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005.
3. رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.
4. العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة من الشريعة والقانون، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002.
5. العيد ابراهامي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج والقصر نموذجا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010.
6. قاضي سعيد، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2011.
7. يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2015.

❖ **مذكرات التخرج**

1. عبد الباسط بوقفة، التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2019.
2. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2006/2005.
3. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 2005.
4. فريجة حمزة، عمرون عبد الرحمان، آثار العدول عن الخطبة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2020.

ج-المجلات العلمية

1. أحمد الصويعي شليبك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في بلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، المجلد 4، العدد 01، جامعة الشارقة، فيفري 2007.
2. أحمد مصطفى القضاة، أثر الإكراه في الزواج والطلاق، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، مجلد3، العدد2، 2006.
3. بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2019.
4. حاج أحمد عبد الله، العدول عن الخطبة وأثره في استرداد المهر والهدايا دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد4، 2012.
5. رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، العدد 7، 2017.
6. راضية بشير، محمود لنكار، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 3، 2019.
7. رحال عبد القادر، الزواج بالإكراه بين العنف الممنوع وحق استعمال السلطة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد11، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، 2016.
8. سمير شيهاني، أثر إكراه المرأة الراشدة على الزواج _دراسة مقارنة_، مجلد8، العدد17، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014.
9. شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية،المجلد4،العدد2، المركز الجامعي آفلو، 2021.
10. عاشور سهيلة، سعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، 2020.
11. عباس حفصي، آثار التعسف في العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 5، العدد1، 2022.
12. عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 11، 2017.

13. عروة صبري، الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد 13، جامعة فلسطين، 2009.
14. عروسي ساسية، مظاهر حماية الزوجة العاملة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، 2020.
15. عشاري عبد العالي، الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديدة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 09، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، جوان 2018.
16. عمير هاجر، حاج بن علي محمد، تعسف الولي في استعمال حق ولاية التزويج دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 38، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2021.
17. مجيدي العربي، دور الفقه المالكي في بناء وتأصيل معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد 04، العدد 02، 2019.
18. محمد صالح بن عومر، تعدد الزوجات في التشريع الجزائري على ضوء تعديل قانون الأسرة الأخير، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، المجلد1، العدد2، 2012.

د-المقالات الالكترونية

1. أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن يتيمة، على الموقع الإلكتروني https://nawadr.com/.
2. صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري، دراسة تحليلية نقدية في ضوء الشريعة الإسلامية وواقع التطبيق في المجتمع الجزائري، الموقع https://www.asjp.cerist.dz
3. صباح سامي داوود، تأديب الزوجة بين الإباحة والتجريم، المعرفة، مجلة العلوم القانونية، المجلد 25، العدد2، 2010، ص272، قاعدة البيانات العربية الرقمية المعرفة Emeref-net.sndl1.arn.dz/ar/contact-us.
4. عابدي عبد الله، حمحامي مختار، التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الموقع https://www.asjp.cerist.dz.
5. غناي زكية، عمل الزوجة وأثره على الحقوق الزوجية، جوان 2016، الموقع www.asjp.cerist.dz.
6. نسيمة أمال حيفري، المركز القانوني للمرأة في ظل التعديلات المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، موقع www.hafryat.com.

هـ-الاجتهادات القضائية

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32779، قرار بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، العدد 02، 1994.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ 1988/11/21، المجلة القضائية، العدد 03، 1990.
3. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:56097، قرار بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد04، 1991.
4. المحكمة العليا، ملف رقم 33762، قرار بتاريخ 9 جويلية 1984، المجلة القضائية، العدد 04 لسنة 1989.
5. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53017، قرار بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد 01، 1991.
6. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73919، قرار بتاريخ:1991/04/23، المجلة القضائية، العدد2، 1993.
7. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75029، قرار بتاريخ 1991/06/18، المجلة القضائية، العدد02، 1994.
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73885، قرار بتاريخ 1991/04/23، المجلة القضائية ، العدد 02، 1993.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم83603، قرار بتاريخ 1992/07/21، المجلة القضائية، عدد خاص ،2001.
10. المحكمة العليا، غرفه الأحوال الشخصية، ملف رقم92714، قرار بتاريخ 1993/07/13، المجلة القضائية، العدد1، 1995.
11. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 115118، قرار بتاريخ 1994/04/19، المجلة القضائية، عدد 52، 1997.
12. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179696، قرار بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
13. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 213865، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 223019، قرار بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

15. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 235367، قرار بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، عدد01، 2001.
16. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243417، قرار بتاريخ 2000/05/23، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
17. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 245159، قرار بتاريخ 20 جوان 2000، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
18. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 31531، قرار بتاريخ 2004/09/22، المجلة القضائية، العدد 65، 2010.
19. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 269594، قرار بتاريخ 19 جانفي 2005، المجلة القضائية، العدد1، 2005.
20. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 336380، قرار بتاريخ 2005/07/13، المجلة القضائية، العدد 61، 2006.
21. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم356997، قرار بتاريخ 12 جويلية 2006، المجلة القضائية، العدد 02، 2006.
22. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 368660، قرار بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، عدد 02، 2006.
23. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3707، قرار بتاريخ 2006/11/15، المجلة القضائية، العدد 01، 2007.
24. المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 656259، قرار بتاريخ 2011/09/15، المجلة القضائية ، العدد 01، 2012.

***-المراجع باللغة الفرنسية**

-Flour (jaque),Aubert(jean.luc),droit civil, les obligations, ,le fait juridique, 9éme édition. DALLOZ, paris, 2001.

الفهرس

الفهرس

كلمة شكر

إهداء

قائمة أهم المختصرات

مقدمة..... 01

الفصل التمهيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 06

المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق بين مفهوم الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 07

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 07

الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 07

أولا:التعريف اللغوي والشرعي للتعسف في استعمال الحق..... 07

ثانيا: الأدلة الشرعية التي أثبتت التعسف في استعمال الحق من القرآن الكريم و السنة النبوية. 08

الفرع الثاني: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي..... 09

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي..... 09

ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عن مجاوزة حدود الحق..... 10

المطلب الثاني :معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 11

الفرع الأول:معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 11

أولا: المعيار المعنوي..... 11

ثانيا:المعيار المادي..... 12

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي..... 13

أولا: قصد الإضرار بالغير..... 14

ثانيا:عدم مشروعية المصلحة..... 14

ثالثا: عدم التناسب بين الضرر والمصلحة..... 15

المبحث الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 16

المطلب الأول: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 16

الفرع الأول: الجزاء الدنيوي المترتب على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 16

أولا:الجزاء المالي..... 16

ثانيا: الجزاء العيني..... 16

ثالثا:الجزاء التعزيري..... 17

الفرع الثاني:الجزاء الأخروي..... 17

المطلب الثاني:الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي..... 18
الفرع الأول:الجزاء الوقائي..... 18
الفرع الثاني:الجزاء التعويضي..... 18
الفصل الأول: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج 20
المبحث الأول: تطبيقات نظريه التعسف في استعمال الحق عند إنشاء عقد الزواج..... 21
المطلب الأول : التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة..... 21
الفرع الأول: مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة..... 21
أولا: ثبوت الحق في العدول عن الخطبة..... 21
ثانيا: مظاهر التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة..... 24
الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن استعمال حق العدول على الخطبة..... 26
أولا:آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا..... 27
ثانيا: تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة..... 30
المطلب الثاني:التعسف في ولاية التزويج..... 36
الفرع الأول : عضل الولي موليته عن الزواج..... 37
أولا : تعريف العضل وحكمه..... 37
ثانيا: حالات العضل وأثره على الولي..... 38
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من عضل الولي..... 39
الفرع الثاني : تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا..... 40
أولا: تعريف الإكراه على الزواج والأثر المترتب عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 40
ثانيا : تعريف الإجبار على الزواج والأثر المترتب عليه عند فقهاء الشريعة الإسلامية..... 42
ثالثا : موقف المشرع الجزائري من مسألة تزويج الولي موليته إكراها أو إجبارا..... 44
المبحث الثاني: التعسف في ممارسة الحقوق الزوجية..... 45
المطلب الأول: تعسف الزوج في ممارسة حقوقه الزوجية..... 45
الفرع الأول: تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة والتأديب..... 45
أولا: تعسف الزوج في ممارسة حق الطاعة..... 46
ثانيا: تعسف الزوج في ممارسة حق التأديب..... 49
الفرع الثاني: تعسف الزوج في ممارسة حق تعدد الزوجات..... 55
أولا: معنى حق تعدد الزوجات وأدلة مشروعيته..... 56
ثانيا: موقف المشرع الجزائري من مسألة تعدد الزوجات..... 57
ثالثا: مظاهر التعسف في ممارسة حق تعدد الزوجات..... 60
رابعا: الجزاء المترتب على مخالفة شروط تعدد الزوجات..... 61

المطلب الثاني: تعسف الزوجة في ممارسة الحقوق الزوجية..... 62
الفرع الأول : تعسف الزوجة في ممارسة حق النفقة..... 62
أولا : مفهوم حق النفقة..... 62
ثانيا : حدود نفقة الزوجة قانونا وقضاء..... 64
ثالثا: الأثر المترتب على تعسف الزوجة في ممارسة حق النفقة..... 65
الفرع الثاني : تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج من البيت..... 66
أولا : تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج لزيارة الأهل والأقارب..... 66
ثانيا: تعسف الزوجة في ممارسة حق الخروج للعمل الكسبي..... 67
ثالثا: الأثر المترتب على التعسف في ممارسة حق الخروج من البيت..... 67
الفصل الثاني: تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في انحلال عقد الزواج 69
المبحث الأول: التعسف في حل عقد الزواج بالإرادة المنفردة للزوج – الطلاق التعسفي–..... 70
المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي 70
الفرع الأول:تعريف الطلاق التعسفي وحكمه..... 70
أولا :تعريف الطلاق التعسفي 67
ثانيا: حكم الطلاق التعسفي 71
الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي 73
أولا: الطلاق دون سبب معقول..... 73
ثانيا:الطلاق في الحيض..... 74
ثالثا: طلاق المريض مرض الموت 75
رابعا: الطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة..... 76
المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي 76
الفرع الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي 77
أولا : تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي..... 77
ثانيا: شروط استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي..... 75
الفرع الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي 79
أولا: الأساس القانوني المعتمد في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي 79
ثانيا: كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي 81
المبحث الثاني: التعسف في حق الخلع..... 84
المطلب الأول: ثبوت حق الزوجة في الخلع..... 84
الفرع الأول:تعريف الخلع ودليل مشروعيته..... 84
أولا: تعريف الخلع..... 84

ثانيا: أدلة مشروعية الخلع..... **85**
الفرع الثاني: اعتراف القانون للزوجة بالخلع كحق أصيل..... **86**
أولا: تقييد حق الزوجة في الخلع قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري..... **87**
ثانيا: إطلاق حق الزوجة في الخلع بعد تعديل قانون الأسرة..... **88**
المطلب الثاني: تعسف الزوجة في حق الخلع..... **90**
الفرع الأول: صور تعسف الزوجة في حق الخلع..... **90**
أولا:لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي..... **90**
ثانيا: عدم مشروعية المصلحة التي ترمي الزوجة المخالعة إلى تحقيقها..... **91**
ثالثا: أن تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج..... **91**
الفرع الثاني: التعويض عن تعسف الزوجة في حق الخلع..... **92**
أولا: أساس التعويض عن تعسف الزوجة في حق الخلع..... **92**
ثانيا: بدل الخلع كتعويض عن تعسف الزوجة في الخلع..... **94**
خاتمة..... **97**
قائمة المصادر والمراجع..... **100**

الملخص

موضوع هذا البحث هو"نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله"، فهي من أهم النظريات التي اهتمت بها القوانين الوضعية وطبقتها في جميع مناحي القانون ومن بينها التشريع الجزائري، لما لها من أهمية في تقييد وتوجيه استعمال الحقوق، بأن تكون وفقا للغاية التي شرعت لأجلها، ودون الإضرار بالغير، وذلك من خلال وضع معايير على أساسها يعتبر التصرف تعسفيا.

ولقد وجدت نظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقا لها في مسائل الأحوال الشخصية، عند إنشاء الرابطة الزوجية وذلك من خلال العدول التعسفي عن الخطبة، وكذا عند التعسف في ولاية التزويج. أما عند قيام الرابطة الزوجية فإن مظاهر التعسف تتجلى من خلال تعسف كل من الزوجين عند ممارستهما لحقوقهما الزوجية، ومن ذلك تعسف الزوج في حق الطاعة والتأديب وتعدد الزوجات، وتعسف الزوجة في حق المطالبة بالنفقة والخروج من المنزل لغير حاجة، وتطبيقاتها عند انحلال الرابطة الزوجية، فتتجلى في الطلاق التعسفي من جهة الزوج وكذلك تعسف الزوجة في إيقاع الخلع.

هذا وقد احتاطت كل من الشريعة الإسلامية وكذا القانون من منع التعسف في استعمال الحق، بتوقيع الجزاء على المتعسف، سواء كان جزاءا وقائيا أو تعويضيا.

الكلمات المفتاحية: نظرية التعسف- التشريع الجزائري- الرابطة الزوجية- انحلال الزواج.

Summary

The subject of this research is “the theory of abuse in the use of the right to marriage contract or to its break- up. This theory is concerned with man-made laws which have been applied in all aspects of law, including Algerian legislation. Because of its importance in restricting and directing the use of rights, by being in accordance with the purpose for which they were enacted, and without harming others, by setting standards on the basis of which the act is considered arbitrary.

This theory has found its application in matters of personal status, when establishing the marital bond, through the arbitrary abandonment of the engagement. , and in the arbitrariness in wedding guardianship. When the marital bond is established, the manifestations of abuse are manifested through the abuse of each of the spouses when exercising their marital rights, including the abuse of the husband in the right to obedience, discipline, and polygamy. On the other hand , the abuse of the wife in the right to claim alimony and leaving the house unnecessarily.And its applications can be seen when the marital bond is broken up, which is manifested in the arbitrary divorce on the part of the husband, as well as the abuse of the wife in the infliction of khul’.

The Islamic Sharia and the law have ensured the prevention of abuse in the use of the right by imposing a penalty on abuse, whether it is a preventive or compensatory penalty.

Keywords: Algerian legislation, marital bond, dissolution of marriage