جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع- دراسة مقارنة-

مذكرة لنيل شهادة المـاستر في الحقوق
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالب:
- قالية سامية
- هرباجي وسام

إشراف الأستاذ:
أ/ غجاتي فؤاد

لجنة المناقشة

الأستاذ: د/ شيهاني سمير.....رئيسا
الأستاذة: د/ غجاتي فؤاد.....مشرفا ومقررا
الأستاذ: ربيع زكرياء.....ممتحنا

السنة الجامعية:2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد عليه أفضل الصلاة وازكى التسليم.

نحمد الله جل علاه علا توفيقه لنا لإتمام هذا العمل.

ونتوجه بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساعدنا لإنجاز هذا البحث، نخص بالذكر الاستاذ المؤطر : غجاتي فؤاد على دعمه وتوجيهاته ونصائحه القيمة جزاه الله كل خير.

وشكر خاص الى أعضاء اللجنة المناقشة الذين وافقوا على مناقشة هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا ان نتقدم بجزيل الشكر الى كل الأساتذة الكرام الذين سخروا طاقاتهم لإكسابنا معارف علمية.

اهداء

اهدي هذا العمل المتواضع الى:

من ربياني صغيرا، امي وابي حفظهما الله والبسهما لباس العافية.

اخوتي واخواتي وفقهم الله ويسر امورهم.

رفيق حياتي زوجي الغالي حفظه الله وابقاه لي سندا.

ابنائي الأعزاء

نسرين، خالد، خلود ومريم

وفقهم لله ورعاهم وانتبتهم نباتا حسنا

والى كل طالب علم.

إهـــداء

إلى اللذين أحسنا تربيتي وبذلا جهدا في خدمتي والدتي العزيزة

أسأل الله أن يحفظها ويبارك في عمرها

إلى والدي العزيز حفظه الله ورعاه

إلى أخوتي وأخواتي بكل باسمه

إلى الأحبة الأخلاء ورفقاء الطريق وأعوان الخير

أهدي هذا البحث راجية من المولى سبحانه وتعالى أن يتقبله بقبول حسن

قائمة المختصرات

م: ميلادي

هـ: هجري

ص: صفحة

ص ص: صفحات متتالية

ط: طبعة

ج: جزء

مج: مجلد

تح: تحقيق

تر: ترجمة

د ط: دون طبعة

د س ن: دون سنة نشر

د ب ن: دون بلد نشر

ج ر : الجريدة الرسمية

ع: عدد

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق م ج : القانون المدني الجزائري

مقدمة

مقدمة

نظرية التعسف في استعمال الحق ليست نظرية حديثة النشأة بل هي فكرة قديمة ظهرت في القانون الروماني ثم في القانون الفرنسي وامتدت تطبيقاتها الى دول أخرى. وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في الاخذ بنظرية استعمال الحق عن القوانين الوضعية، كون ان الشريعة الإسلامية تقوم احكامها على أسس كثيرة منها العدالة وتهدف الى تحقيق المصالح ودرء المفاسد، وترتبط نظرية التعسف في استعمال الحق ارتباطا وطيدا بالحقوق لما لها من أهمية في حياة البشرية، فالحق عند الفقهاء المسلمين ثابت حيث جعل له أهمية بالغة لكونه منحة من الله سبحانه وتعالى، ونصت عليه في الكتاب والسنة كقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار، والهدف منها تقييد الحق ومنع ممارسته على نحو يضر بالغير. فالتعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثابت له، ومن أمثلة ذلك التعسفات بين الزوجين والتي من أهمها كما سبق ذكره تعسف الزوجة في استعمال حقها في طلب الخلع.

فالزواج من أقدس الروابط التي يمكن ان تجمع بين الرجل والمرأة ، فهو رابط روحي شرعه الله عز وجل على عباده يهدف الى تنظيم العلاقة الزوجية ، وهو السبيل الوحيد للحفاظ على الانساب ومنع اختلاطها افرغ الله عز وجل عليه صيغة الميثاق الغليظ و كرست له ذلك من خلال النصوص القانونية المنظمة له والتي من بينها قانون الأسرة الجزائري ، لكن وبالرغم من كل الضمانات التي وضعتها احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للإبقاء على تلاحم الأسرة ومنع التفرقة إلا أنه قد تشوب هذه العلاقة الزوجية أمور تجعله مصدرا للشقاء وتحول هذه العلاقة المقدسة الى جحيم يستحيل معه التعايش بين الزوجين فيصبح الفراق وسيلة لا بد منها للخلاص من حياة زوجية لا أمل ولا خير في بقائها . قد تكون هذه الفرقة بطلب من الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة كما قد يكون بطلب من الزوجة، فالشرع والقانون أجاز لها فك هذه الرابطة الزوجية بمحض إرادتها إذا جلبت لها هذه العلاقة اضرار مادية ومعنوية، فان تمكنت من اثبات اضرار الزوج لها عند توافر أحد

الأسباب المنصوص عليها شرعا وقانونا تم فك هذه الرابطة الزوجية وهذا ما يعرف بالتطليق. أما في حال لم تتمكن من اثبات ذلك فتح لها باب افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه للزوج وهو ما يعرف بالخلع.

ففي بعض الحالات يكون الشقاق بسبب الزوجة التي لا تطيق الاستمرار في الزواج رغم تمتع الزوج بصفات حسنة وقيامه بكامل واجباته ، الا اننا نجد نفورا من قبل الزوجة وعدم الرغبة في الاستمرار في الزواج ، وعليه كان من العدل ان يجيز الله سبحانه وتعالى للزوجة ان تفتدي نفسها بمال تعطيه للزوج ، فالخلع شرع للزوجة لتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية وذلك لاستحالة العيش ومواصلة حياة زوجية لا تجد فيها راحتها واستقرارها ، فالخلع باعتباره حقا مقرر شرعا وقانونا للمرأة فان استعماله بهذا المعنى يعد عملا مشروعا يعصم الزوجة من المسؤولية ، لكن قد يؤدي استعمال هذا الحق في الخلع الى الحاق اضرار بالزوج والأولاد إن وجدوا وقد ينتج هذا الضرر عن تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع بعد ما كان حقا ثابت لها . وتعتبر الزوجة في هذه الحالة متعسفة في استعمال حقها.

أهمية الموضوع.

كان الهدف من هذا البحث تسليط الضوء على مواطن القصور في تشريع الاسرة الجزائري خاصة فيما يتعلق بمسالة التعسف في الحقوق الاسرية بصفة عامة وحق الخلع بشكل خاص، بالإضافة الى بيان ما يمكن استدراكه بواسطة اعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مسائل الخلع واستكمال النقص وتبديد الغموض بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية. فالأصل في الخلع انه استثناء تلجا اليه الزوجة التي تخاف على نفسها ان لا تقيم حدود الله ولا توفي حق زوجها.

إشكالية البحث

متى تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حقها في طلب الخلع؟ وما هي الاثار المترتبة عنه؟

وللإجابة عن الإشكالية الرئيسية وجب التطرق الى مجموعة من الإشكاليات الفرعية:

– ما مدى الاختلاف الموجود في طرح نظرية التعسف في استعمال الحق في كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري؟ وما مدى ارتباطهما بحق الخلع؟

– هل يستطيع القاضي اجبار الزوج على خلع زوجته حتى وان ثبت التعسف؟

– هل يحق للزوج المتضرر المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر؟

– هل يجوز للقاضي تعويض الزوج جراء التعسف وليس الخلع؟ باعتبار ان بدل الخلع متفق عليه حتى ولو انتفى التعسف.

أسباب اختيار الموضوع

اخترنا هذا الموضوع لأسباب شخصية وموضوعية هي:

الأسباب الشخصية.

– الرغبة الملحة لمعالجة المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية، خاصة موضوع الخلع الذي ارتفعت معدلاته في السنوات الأخيرة وأصبح ظاهرة خطيرة تهدد الاسرة والمجتمع.

الأسباب الموضوعية

– الفراغ التشريعي والغموض في المنظومة القانونية الاسرية فيما يخص موضوع التعسف في استعمال الحقوق بين الزوجين كما فعلت باقي التشريعات العربية.

– بالرغم من تناول موضوع التعسف في استعمال الحق من قبل الفقهاء قديما الا انه يحتاج الى تطبيق عصري مواكب للمستجدات الحاصلة في المجتمع

– كثرة حالات الخلع التي بدورها تهدد الاستقرار الاسري مما يجعل هذا الموضوع في غاية الأهمية، لذا وجب بيان حدود الشرع في ذلك.

– الوقوف على صياغة نصوص قانونية متعلقة بموضوع التعسف في الحقوق بين الزوجين من خلال ملأ الفراغ القانوني بتعديل او إضافة مواد أخرى التي من شانها تدارك النقائص الموجودة في قانون الاسرة الجزائري.

أهداف البحث

الحافز الرئيسي لإعداد هذا البحث هو دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق، من خلال الفقه الإسلامي لقانون الاسرة الجزائري وتبيان احكامه وضوابطه وذلك من خلال دراسة هذا الموضوع دراسة تحليلية بجانبيها الموضوعي والاجرائي، ومحاولة تبيان ان قانون الاسرة يحتاج الى تعديل واضافة مواد قانونية في موضوع تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

ومن اجل ذلك قررنا البحث في هذا الموضوع لنفي ما يشاع حول احكام قانون الاسرة الجزائري المستمدة من الشريعة الإسلامية، وما يدور حولها من اتهامات واشاعات بانها منظومة قانونية لا تصلح لمعالجة المسائل الاسرية.

ويمكن اجمال أهم الأهداف فيما يلي:

– التركيز على فكرة التعسف في استعمال الحق في الحقوق الخاصة بين الزوجين والوقوف على اليات ممارساتها وما يترتب عليها من اثار.

– تبيان الحدود بين الحق والتعسف من خلال الوقوف على فكرة الحقوق المتبادلة بين الزوجين.

– الوقوف على وضع ضوابط ومعايير قانونية لحماية الطرف المتضرر من التعسف.

الدراسات السابقة.

حسب اطلاعنا فالموضوع الذي تناولناه بالدراسة قد سبق البحث فيه من خلال الاطروحات التالية:

– أطروحة دكتوراه بعنوان: "مجال التعسف في الحقوق الاسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهادات القضائية وأحكام التشريع والفقه الإسلامي «. للباحث علي سنوسي، حيث أوضح وتناول اهم الصور التي يكون فيها التعسف في استعمال الحقوق بين الزوجين التي نص عليها الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري (الاجتهادات القضائية) وهو بحث متكامل الا ان ما يعاب على هذه الدراسة انها ركزت على التعسف في الحقوق بصفة عامة ولم تركز على الحقوق بين الزوجين بصفة خاصة.

– أطروحة دكتوراه بعنوان:" التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق " دراسة مقارنة للباحثة مسعودة نعيمة الياس، حيث أوضحت من خلالها مسائل الزواج والطلاق دون التطرق لمسائل أخرى كالخلع الذب الذي هو موضوع دراستنا.

المناهج العلمية المستعملة في الدراسة:

لقد تناولنا في هذا البحث الجانب الشرعي والجانب القانوني لكون المادة الأولية التي بنيت عليها احكام قانون الاسرة مستمدة من احكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يمكن إقامة المقارنة بالجانب القانوني فقط دون التطرق الى احكام الشريعة الإسلامية.

لقد اعتمدنا على المنهج الوصفي في اغلب مراحل الدراسة من خلال التعريف بالتعسف في استعمال حق الخلع، بالإضافة الى المنهج المقارن من خلال عقد مقارنات بين ما اقرته الشريعة الإسلامية وما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، كما تمت الاستعانة بالمنهج التحليلي في محاولة تحليل النصوص القانونية في تشريع مسائل الاسرة وكذا القرارات القضائية المتعلقة بالخلع من خلال تأصيلها بالعودة الى المادة الأولية والمتمثلة في أحكام الشريعة الإسلامية.

طبيعة المصادر والمراجع وكيفية التعامل معها:

اعتمدنا في بحثنا هذا على مجموعة من المصادر والمتمثلة في القرآن الكريم والسنة وكذا المعاجم إضافة الى المراجع: كتب فقهية وكذا كتب قانونية إضافة الى ذلك الرسائل الجامعية وكذا النصوص القانونية.

ولقد تم اعتماد المنهجية التالية في التعاطي مع مختلف عناصر البحث ومتطلباته، فيما يخص آيات القران الكريم فقد اعتمدنا في كتابتها في التهميش على اسم السورة ورقم الآية، اما الأحاديث اعتمدنا على كتب السنة مع الإشارة في الهامش الى المصدر الذي ورد فيه الحديث والجزء ورقم الحديث والصفحة التي ذكر فيها والباب، اما فيما يخص المراجع المقتبس منها فقمنا بذكر تفاصيل خاصة بالمرجع (وذكر اسم الكاتب واضافة اليه كلمة المرجع السابق والمرجع نفسه، وفيما يخص مصادر النصوص القانونية ذكرنا لها تفاصيلها في الهامش.

كما اعتمدنا في موضوع البحث منهجية واحدة من خلال تفريع عناوين البحث على النحو التالي: (الفصل، المبحث، المطلب، الفرع، أولا، 1، أ ...)

خطة البحث:

و للإجابة عن الإشكالية والتساؤلات المذكورة آنفا اعتمدنا الخطة التالية القائمة على فصلين أولهما نظري يعالج نظرية التعسف في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون (الفصل الأول) ، من خلال التطرق لمفهوم التعسف في الفقه والقانون وادلته الشرعية واهم المعايير المادية والموضوعية فيه (المبحث الأول) والمبحث الثاني تناولنا فيه مفهوم الخلع وادلة مشروعيته والحكمة منه واهم الاحكام والاسس الموضوعية والاجرائية المتعلقة بالخلع .والفصل الثاني تطبيقي ابرزنا فيه اثار تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع من خلال اعتبار الضرر كاثر من اثار تعسف الزوجة (المبحث الأول) ، وفي مبحث ثاني تناولنا اهم الجزاءات التي تترتب على الضرر وكيفية تعويضها.

الفصل الأول

تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون

الفصل الأول

تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون

من المتعارف عليه أن حصول الأفراد على حقوقهم من أهم الركائز الأساسية اليت قامت عليها الحضارات القديمة، ومنها الشريعة الإسلامية التي بدورها كانت سباقة لوضع قواعد وضوابط تحمي الأفراد، وذلك دون المساس بحقوق الغير ومصلحتهم، وذلك للوصول إلى تحقيق مصلحة منشودة شرعا وقانونا، عملا بالقاعدة الفقهية المستمدة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم" لا ضرر ولا ضرار.

كما سارعت القوانين والتشريعات الوضعية على حماية حقوق الأفراد، وذلك بتبنيها لنظرية التعسف، حيث انتشرت هذه الأخيرة عند الغربيين ثم انتقلت إلى التشريعات العربية الحديثة من بينهم المشرع الجزائري، حيث نظم هذه النظرية في القانون المدني الجزائري، بتطبيقها على جل الحقوق وأنواعها.

وبالعودة إلى موضوع دراستنا نجد الشريعة الإسلامية قد جعل العصمة في فك الرابطة الزوجية بيد الرجل وهذا هو المتعارف عليه إلا أن هناك حالات تعطي للمرأة حق في فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة وذلك لاستحالة العشرة الزوجية، غير أن فك العشرة الزوجية يكون بمقابل مالي تعويض، ذلك لتفادي ظلم أحد منهما وعدم الخروج عن المقصد الشرعي المراد، غير أن هذا الحق قد يستعمل في غير مقصده الشرعي يستعمل بطريقة متعسفة وهذا هو موضوع دراستنا.

وفي هذا الفصل المعنون بـ " تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون" سنتطرق إلى مفهوم التعسف في الفقه الإسلامي والقانون وأهم المعايير التي اعتمدت في التعسف في استعمال الحق فقها وقانونا كمبحث أول ثم صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

المبحث الأول

التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون

يعتبر الحق واستعماله والتعسف فيه من أهم الأساسيات التي شغلت الفكر الإنساني منذ القديم هذا بصفة عامة، وكما تستخلف الفقه الإسلامي والقانونين بصفة خاصة، حيث الشريعة الإسلامية كانت السباقة بظهور بوادر نظرية التعسف في استعمال الحق حيث أعطت لها عدة تسميات منها" المضار"، التعنت"، غير أن هذه الأخيرة لم تتعرض لها كنظرية ذات قوام وأركان أساسية.

مع مرور الوقت أن رجال الحقوق العربيين الذين بدورهم ألموا بالموضوع، وذلك بوضع القوام الأساسية لهذه النظرية، من خلال مختلف التطبيقات، وهذا انتقلت الى التشريعات العربية الحديثة من بينهم التشريع الجزائري.

سنتطرق في هذا المبحث مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (المطلب الأول) ثم مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

للفقه الإسلامي بعد مقاصدي، حيث يسعى لحفظ حقوق الافراد والجماعات من خلال حفظ التوازن ونصور فكرة الحق، حيث كانت تحرص الشريعة الإسلامية ان يكون التصرف مطابقا لقصد الشارع، غير أنه في بعض الحالات في استعمال الحق يكون فيها انحراف في التصرف، مما يتجه ذلك إلى الاضرار بالغير وهذا أساسي تعسف في استعمال الحق.

نستعرض في هذا المطلب المفهوم اللغوي والاصلاحي وأهم الأدلة الشرعية للتعسف في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم نتناول معاير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

وهذا الفرع قسمناه إلى ثلاثة عناصر، تعريف التعسف لغة (أولا)، التعسف اصطلاحا (ثانيا)، وأدلته الشرعية القرآن والسنة (ثالثا).

أولا: تعريف التعسف

سنقوم بتعريف التعسف لغة واصطلاحا

1- التعسف لغة:

هو السير بغبر هداية والاخذ على غير الطريق، والتعسف ركوب السفارة وقطعها بغير قصد ولا هداية ترخيب صوت ولا طريق مسلوك، وعسف السفارة قطعها، والعسوف: التي تتم على هداية فتركب رأسها في السير ولا يثنيها شيء، وعسف فلان فلانا، عسفا: ظلمه والعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم فنقل إلى الظلم والجور.[1]

التعسف: العين والسن والفاء، كلمات تقارب ليست تدل على خير انما شيء كالحيرة وقلة البصيرة، التعسف ركوب الامر من غير تدبر والركوب مفاده بغير قصد، ومنه التعسف.[2]

كما يقصد بمصطلح التعسف: الإذن بالقوة،[3] وعسف عن الطريق مال وعدل.[4]

عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف وعسوف والعسوف الأجير المستهان.[1]

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، المجلد 09، ط4، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، 2005، ص245.

[2] – عبد العزيز عبد الله الصب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدينة والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، كلية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2011/2010، ص66.

[3] – أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشيخ الكبير للرقمي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، مصر ، 1977، ص181.

[4] – الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 3، د ط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ب س ن، ص 182.

2- التعريف الاصطلاحي للتعسف

تعددت تعاريف العلماء القدماء منهم والمعاصرين للتعسف، تبعا لاختلاف نظرهم إليه، حيث وضعوا له عدة تسميات، نظرا لحداثة المصطلح ، وسنحاول في هذا العنصر إلى عرض أهم التعريفات مع محاولة النقد واختيار التعريف الصحيح المقترح.

نجد الشيخ أبو زهرة فضل لفظة" الحضارة" تعبيرا عن التعسف حيث استدل بهذا اللفظ من القرآن الكريم عند تنفيذه الوصية إذا لم يكن فيها مضار تطبيقا لقوله الله تعالى **{مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ}**[2].

ومن هنا يتضح التعريف الشرعي للتعسف في الفقه الإسلامي على أنه:" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".[3]

وكذلك مصطلح التعسف في كتاب الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزيه، حيث فصل فيها وبين فيها التعريف الشرعي لمصطلح التعسف تحت مسمى " المضار في الحقوق".[4]

وأيضا لقد تناول الإمام الشاطبي مصطلح التعسف تحت مسمى " الاستعمال المذموم" حيث يقصد به تناول المباح على غير الجهة المشروعة وكذا استعمال التعسف على غير الوجهة منها".

---

[1] – حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر قسم الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص ص 22، 23.

[2] – سورة النساء، الآية 12.

[3] – فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988، ص 59.

[4] – ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د س ن، ص 310.

التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب فالنعمة أو الحق ليس هو المذموم بل هو استعمال على غير ما قصد الشارع، سمي الممنوع لأنه مخالف لأصل التشريع الحقي والغاية منه[1].

بالنظر إلى التعريفات السابقة نجد مختلف التعريفات وظفت مصطلح التعسف في القالب العام للتعسف، وبالتالي عجزت في إعطاء وحصر مدلول محدد لهذا المصطلح، ولعل أدق تعريف وأقرب معنى إلى موضوع دراستنا هو تعريف الدكتور فتحي الدريني السالف الذكر، حيث من خلال هذا التعريف وضح جوهر التعسف، حيث بن الذي يحكم الفعل التعسفي وبين الأصل العام الذي يكونه الأساس الذي يحكم الفصل أو التصرف، وكما بين أنه مستمد من مصادر الأصلية للشريعة الإسلامية (القرآن والسنة النبوية الشريفة).

ثالثا: الأدلة الشرعية التي تستند عليها فكرة التعسف في استعمال الحق

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية وقد ثبت ذلك في عدة أدلة، وذلك لمناقضة قصد الشارع ولقد قامت في هذا الصدد عدة أدلة شرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية.

1- أدلة القرآن الكريم

قال الله تعالى{مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ}[2]

يفهم من الآية الكريمة على أن الوصية حق للموروث وله استعماله على الوجه المشروع إن تكون للورثة لا ضررا بهم، كأن يوصي المورث بأكثر من الثلث لحرمان الورثة من حقهم أو

[1] – ابن إسحاق الشاطبي، إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية.

[2] – سورة النساء، الآية 12.

يزيد أو يقر بدين غير حقيقي حتى يلحق الضرر بالورثة ن فمثل هذه الوصايا ممنوع لكونها نسيء للمورثين في حقهم.

قال الله تعالى: { وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ}[1]

يفهم من هذه الآية دعوة الدائن إلى الرفق بالمدين في سداد دينه بتأجيل مطالبته بالوفاء.

ويستشف من أهذه الآية أمرين هما:

* وجوب تأجيل المطالبة بالدين إذا ظهر إعسار المدين.

* الندب إلى التنازل عن الحق وابراء المدين أو التصدق عليه بالدين.

قال الله 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}[2]

يفهم من هذه الآية أن المطلق بتضييقه على زوجته واسكانه معها من أجل الاضرار بها ودفعها من أجل الخروج من المسكن الزوجية، وبالتالي يكون هنا خالف قصد الشارع والذي كان البعد المقاصدي هو تقريب الزوجين لبعضهما(أثناء العدة) للرجعة.

قال الله تعالى{ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ}[3].

يفهم من هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى، حيث أباح تعاطي الأسباب بممارسة الحقوق بقصد الصلاح، دون الإضرار، إذ ينتهي الشارع الحكيم الزوج أن يستعمل حق المراجعة لا

[1] – سورة البقرة، آية 280.

[2] – سورة الطلاق ، آية 06.

[3] – سورة البقرة، آية 228.

لغرض سوى الأشرار بزوجته المطلقة، فالفعل المشروع لا يتم مباشرته قصد به فعل ضار غير مشروع.[1]

- الأدلة الشرعية من السنة النبوية

قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو سعيد الخذري " لا ضرر ولا ضرار"[2].

يعتبر هذا الحديث قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، وفيه نهى صريح عن الحاقه الضرر بالغير، وتشمل هذه القاعدة على كل ضرر ومنه الاضرار المترتب عن التعسف في استعمال الحق.

روى أبو داود في سنته من حديث أبي جعفر محمد ابن علي : انه حدث سمرة بين جند بأنه كان له عذق[3] من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى نحله فيتأذى به وشق عليه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له فطلب غليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه ، فأبى فطلب اليه أن يناقله فأبى قال فهبة له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى فقال أنت مضار، وقال النبي صلى الله عليه وسلم للأنصاري" اذهب فاقلع نخلة"

- الحديث بين جزاء التعسف في استعمال الحق إذا أن قضاء النبي صلى الله عليه وسلم بقطع النخل جاء بعد محاولة التوفيق بين مصلحة الانصاري ومصلحة سمرة ولما لم تجدي

[1] - الحافظ إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، ج1، د ط، مطبعة دار احياء الكتب العربية، د س ن، ص ص ، 280، 281.

[2] - أبي الوليد، سليمان بن خلف بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقي في شرح موطأ مالك، د ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص38.

[3] - العذق: النخلة بحملها، الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص262.

هذه الوسيلة نفعا، امر بقطع الملك وأساس الترجيح في هذه الواقعة هو قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.[1]

* ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم " مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، وكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقًا ولم نؤذِ مَن فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعًا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا [2]

* وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن الذين في أفل السفينة مع ان لهم الحق في استعمال نصيبهم في السفينة استعمالا مشروعا كالجلوس والنوم وغير ذلك، وهذا الأمر لا يحتاج إلى برهان، حيث الحديث قد بين أنهم عندما يريدون استعمال هذا الحق استعمالا غير مشروع يؤدي إلى الإضرار بهم وبغيرهم اضرارا جسيما لا يبرره أنهم يريدون أن يحفظو الجهد الذين يبذلونه عند الشرب، لأن هذا التخفيف سيؤدي إلى هلاكهم وهلاك غيرهم في السفينة فجاء هذا الحديث داسر بين وجوب منعهم من استعمال حقهم على غير المشروع.

ونخلص اجمالا إلى أن هذه الأحاديث وغيرها كثيرة قد أرست نظرية التعسف في استعمال الحق، في معيارها المادي المبنى على نفي الضرر الناشئ على الأفعال المشروعة والمباحة أصلا، والتي تحمل معناها الاحاديث النبوية من خلال اطلاق لفظ الضرر الناشئ كما سبق ذكره.

[1] – بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ن تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014–2015، ص 16.

[2] – أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار التقوى للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1434هـ – 2012م، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، (3/ 139)، رقم: (2493). ص409

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

لمعايير التعسف في استعمال الحق أهمية في ضبط ماهية التعسف وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب، ذلك ان صاحب الحق في الفعل او التصرف قد تتشابه عليه أكثر من غاية، منها ما يصدر مشروع، ومنها ما غير مشروع، والفقه الإسلامي جمع بين المعيار المعنوي والمعيار الموضوعي.

أولا: المعيار الذاتي أو الشخصي:

ينصب عمل هذا المعيار على التركيز على العوامل النفسية التي تجعل صاحب الحق على التصرف بذلك الشكل من خلال قصده الاضرار بغيره، أو الدافع إلى المصالح التي يريد تحقيقها غير مشروعة ويندرج تحت هذا العنصر عنصرين هما قصد الاضرار بالغير، وقصد غرض غير مشروع.[1]

1- قصد الاضرار بالغير

نتطرق في هذا المعيار للعامل النفسي الذي يحرك الإرادة صاحب الحق، وذلك من خلال استعماله لحقه بطريقة تضر بالغير، أو لم تكن له مصلحة في هذا الاستعمال، كان استعماله تعسفا وجب منعه، وانعدام السلطة الذاتية قرينة على قصد الاضرار بالغير، غير أن هذا المعيار يصعب فيه استنباط نية وقصد الاضرار بالغير التي تعتبر غير مسموحة في الشريعة الإسلامية.[2]

وهذا دل عليه أكثر من دليل مما سبق بيانه في الأدلة الشرعية على أصالة نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

وهذا اثبات في القرآن والسنة النبوية هما:

[1] – ابن إسحاق الشاطبي ،المرجع السابق ،ص198.

[2] – عبد الرحمن مجوبي ،التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 2006/2005.ص32.

قول الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا ضرار)).

قال الله 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} [1].

وقال الإمام الشاطبي في تعريف هذا المعيار على أنه: "لا اشكال في منع القصد على الاضرار من حيث هو اضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".[2]

يفهم من هذا التعريف أن أي عمل كان القصد منه الاضرار بالغير يعد حراما، ولا شك في استعمال الحق بقصد الاضرار هو أكثر صور التعسف قبحا بالمنع، فقد يستحلها الشخص بقصد التشفي واشباع الأحقاد.

شروط معيار قصد الإضرار بالغير تتمثل في شرطين أساسين هما:

أ/ أن يقصد صاحب الحق أو الفعل الحاق الضرر بالغير.

ب/ أن يتمخض قصده لذلك، أي أن يكون الاضرار هو القصد الوحيد حيث لا يصحبه قصد إلى شيء آخر من وراء هذا الفعل كتحقيق منفعة ولو كانت تافهة او ضئيلة.[3]

2- معيار الدافع لتحقيق مصالح غير مشروعة.

يقصد بهذا المعيار هو استعمال الحق في غير الغرض أو الغاية أو المصلحة التي شرعت من أجلها أي أن يكون الباعث من استعمال الحق مخالفا لقصد الشارع، فيكون ذلك في حكم البطلان بالضرورة فلا خلاف بين علماء الشريعة الإسلامية في هذا الامر، لكون

---

[1] – سورة الطلاق، اية 06.

[2] – ابن اسحاق الشاطبي، المرجع السابق ص493.

[3] – احمد الصويعي شلبيك ،التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون ،مجلة الشريعة و القانون ع38 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ،جامعة الشارقة ،الامارات العربية المتحدة ، د س ن، ص30.

الخروج عن الغاية المرجوة من الحق تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة الإسلامية واختراق لقواعدها وبعدها المقاصدي.[1]

غير أن استعمال الأفراد لحقوقهم ليس مطلقا بل هو مفيد بالأمور التالية:

– ألا يستحمل الحق في غير مصلحة أو غاية، كأن يستعمل في مجرد التلذذ من غير أن يقصد به تحقيق نفع الفرد أو الجماعة.

– ألا يستعمل الحق في غير غاية غير مشروعة كأن يتخذ وسيلة الحصول عل مصالح وغايات تتنافى مع مشروعية ذلك الحق أو التصرف.

– ألا يؤدي استعمال الحق إلى الاضرار بالغير أو بالمصلحة العامة التي يعود نفعها على كافة الناس، أو المصلحة الخاصة التي يعود نفعها على بعض الأفراد.

– أن يوازي بين المنافع والأضرار التي تنجم عن استعمال الحق، فان غلبت الأضرار على المنافع بطل استعمال الحق، ودخل في حكم البطلان.

ومن أوضح الأمثلة التي تدل على هذا المعيار، كاستعمال الزوج حق تأديب زوجته الناشز عن طريق الضرب لحملها على الطاعة فإن استعمل هذا الحق وابتغى به غير التأديب كالانتقام مثلا، أو التعبير عن كرهه لها، اصبح هذا تعسفا غير مشروع.[2]

قد تكون بتبيان المعيار الذاتي كمعيار عام، وما يندرج تحته من معيارين فرعيين إلى الانتقال إلى معيار أساسي آخر الذي هو المعيار الموضوعي.

ثانيا: المعيار الموضوعي

إن هذا المعيار يتعلق بما ينتج عن استعمال الحق من مضار ومفاسد في الحال والمال، يغض النظر عن نية صاحب الحق ، ويكيف التعسف ضمن الضرر الناتج عن إساءة

[1] – بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص ص 24 25.

[2] – بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 25.

استعمال الحق وعليه يمنع صاحب الحق في ممارسة هذا الحق إذا ما أوجدت ضررا فاحشا بالآخرين، ويندرج تحت هذا المعيار ثلاثة معايير فرعية:

1- أن يستعمل الحق بقصد تحقيق مصلحة أو دفع ضرر

عند استعمال الحق ويترتب عليه ضرر بالغير ويكون الضرر أعظم من المصلحة المرجوة أو الضرر المتوقع، يسعى عدم التناسب من المنفعة المشروعة التي يقصدها صاحب الحق من الضرر الكبير اللاحق بالغير جراء ذلك.[1]

وعلى هذا الأساس الشريعة الاسلامية ضبطت الحق وقيده بأمور من اجل عدم تنافي المصلحة وجلب مضرة للغير، أو من اجل مصلحة أو غاية تافهة لا تتناسب مع ما يتيح من ضرر فاحش، وكل هذا يمكن تأصيله بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"[2]

2- أن يستعمل حقه الثابت استعمالا غير متعارف عليه بين الناس

يكون الحق غير متعارف غير معتاد فيترتب عليه ضر للغير ويمكن التمثيل لهذا المعيار كمن استأجر منزلا فحمل على سقفها ملا تحمله أو سقى زرعا بطريقة غير معتادة فتسبب كثرة الماء في اتلاف زرع جاره، والضابط في كون استعمال هذا الحق معناه أو غير معتاد هو" العرف" وليس مقدار الضرر الناشئ أو اين يتم التحكم إلى أهل الخبرة والتخصص، لأن يمنع من التصرف في استعمال الحق، اذا استعمله صاحبه بوجه غير معتاد، وحتى ولو يؤدي إلى ضرر لأن عدم الضرر لا يمنع من وجوده واقعا.[3]

[1] – محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985، ص112.

[2] – سنوسي على، مجال التعسف في الحقوق الاسرية بين التوسيع والتضييق (على ضوء الاجتهادات القضائية واحكام التشريع والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل أطروحة الدكتوراه تخصص قانون الاسرة ، جامعة سيدي بلعباس 2018-2019،ص23.

[3] – احمد الصويعي شلبيك ،المرجع السابق ص38.

3- استعمال الحق استعمالا فيه اهمالا أو خطأ ينشأ عنه ضرر بالغير.

يقصد به استعمال الحق ولم يراعي فيه صاحبه وجه الاحتياط بأضر به الغير، وهذا ما يعرف بالخطأ الذي هو يعتبر أحد أركان المسؤولية التقصيرية.[1]

وعليه يمكن حصر هذا المعيار في انعدام المصلحة المشروعة، فيكون ذلك استعمال الحق تعسفا إذ لم يكن لصاحبه مصلحة من وراء استعماله أو كانت الغاية أو المصلحة المقصودة ضئيلة أو تافهة بحيث لا يتبرر ما ينتج عن التصرف من اضرار حتى ولو كان الخطأ في الفعل ذاته.[2]

المطلب الثاني

التعسف في استعمال الحق في القانون

لم يعد استعمال الحق مطلقا متروكا إلى محض إرادة صاحب الحق كان يمارسه كيفما يشاء وإنما أصبحت حماية القانون مرهون على الاستعمال المشروع وحده أما الاستعمال الغير مشروع الذي يجده صاحب الحق عن طريقه المشروع، فلا يخضع لحماية القانون مما يحتم مساءلة صاحب الحق عما يصيب الغير من ضرر، وبذلك استقر مبدأ رقابة الحقوق وتقييدها وأصبحت نظرية التعسف في استعمال الحق تعبر عن هذا المبدأ.

سنتناول في هذا المطلب مفهوم التعسف في القانون (الفرع الأول)، ثم نتناول معايير التعسف في استعمال الحق في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون

وهذا الفرع قسمناها إلى عنصرين تعريف التعسف في استعمال الحق (أولا).

ثم لفظة التعسف التي تتشابه مع كثير من المصطلحات لذا وجب تمييزه عنها(ثانيا).

---

[1] – محمد حسنين ، المرجع نفسه ص198.

[2] – وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وادلته ، ج4 ،ط1 ،دار الفكر، 1991سوريا، ،ص35.

أولا: تعريف التعسف في استعمال الحق في القانون

لم يرد تعريف التعسف في استعمال الحق في التشريعات سواء الغربية أو العربية بل تم التطرق إلى حالاته وطبيعته القانونية فقط.

اختلاف فقهاء القانون في إعطاء تعريف دقيق للفظة التعسف ، وذلك بناء على اختلاف نظرهم.

التعسف هو عبارة عن انحراف بالحق عن غايته وفي نفس المعنى عرفه البعض بأنه" التعسف هو التخلي عن غاية الحق أو مناقضتها"، وقد آخرون بانه" استعمال الحق على وجه غير مشروع [1]، استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجل منح، أو بقصد الحاق الضرر أو كلا الاستعمالين.[2]

حيث نجد الدكتور أحمد فهمي أبو سنة على أن التعسف" استعمال الحق على وجه غير مشروع فالمفروض أن الحق أمر مشروع لكن يكون استعماله على نحو غير مشروع"[3]

وأيضا عرفه الدكتور حسن كبيرة على أنه:" انحراف صاحب الحق في استعمال حقه في غاية ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة والحذر.[4]

كما عرفه عبد العزيز زعلان على أنه" استعمال صاحب الحق لسطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير، يعني أن الاستعمال في حد ذاته مشروع لكن نتائجه وغايته غير مقبولة"[5]

---

[1] – عبد الله عبد العزيز السطح، قيود الملكية الخاصة، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988، ص 496.

[2] – أحمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق، ص 20.

[3] – أحمد ذهبي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مداخلة في أسبوع الفقه الإسلامي، جامع الأزهر، مصر، 2008، ص 4.

[4] – حسن كبيرة، مدخل إلى النظرية العامة للقاعدة القانونية، ط1، الناشر للمعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص328.

[5] – عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون(النظرية العامة للحق، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 79.

بالرغم من اختلاف تعريفات الفقهاء القانونيين للتعسف بناء على اختلاف نظريتهم إليه إلا أنه يمكن إعطاء تعريفا الأخذ بتعريف عبد المجيد زعلاني إلا أن يبقى هذا التعريف قاصرا بالمفهوم الدقيق العام للتعسف في استعمال الحق.

ثانيا: تمييز الحق في استعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات

سنقوم بتمييز التعسف عن كل من الخطأ والإساءة والمجاوزة كالآتي

1- تمييز التعسف في استعمال الحق عن الخطأ

يعرف الخطأ على أنه " الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع ادراك هذا الانحراف [1]، بمعنى الشخص قد ينصرف عن مباشرة رخصة قانونية أو عندما يستعمل حقا خوله له القانون.

كما نجد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على انه:" الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية على أنه الاخلال بالتزام قانوني.[2]

وأيضا عرفه الدكتور بلحاج العربي بأنه:" انحراف الشخص عن السلوك المألوف مع علمه بهذا الانحراف غير أن هذا الانحراف قد يقع هذا الشخص وهو يأتي رخصة وقد يقع منه وهو يستعمل حقا حرية القيام بما لا يجرمه القانون كالتقاضي والتعاقد ونحو ذلك.[3]

أما فيما يخص الحق فهو ميزة أعطاها القانون للفرد من أجل حمايته حيث نظمها بطريقة قانونية ويكون بمقتضاها الحق في التصرف يكون مالكا أو مستحقا ينبغي اذا انحرف

[1] – محمد الصبري سعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 51.

[2] – عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 281.

[3] – العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص ص 109، 110.

الشخص على سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة هنا يتوافر ركن الخطأ، أما عندما يستعملها كحق فلا يتوافر ركن الخطأ.[1]

2- تمييز التعسف في استعمال الحق عن المجاوزة

يعرف التجاوز عن حدود الحق التي رسمها القانون [2] أما فيما يخص لفظ التعسف هو أن الشخص لا يتجاوز نطاق حقه بل يستعمله في الحدود التي رسمها القانون ومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضر بالغير.

غير أن كل من مجاوزة الحق والتعسف في استعمال الحق أمر محظور شرعا وحدة الوصف الشرعي ولا تنتفي اختلاف حقيقة كل منها.

* التجاوز ذو نطاق موضوعي مادي، أما التعسف فهو ذو نطاق شخصي ذاتي.

* التجاوز يشكل خطأ تقصيري ويخضع للمسؤولية التقصيرية، بينما التعسف أحكامه غير خاضعة للمسؤولية التقصيرية.

* تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن كونه حقا ولا يعد ذلك اعتداء واستحمال لما ليس حقا أما التعسف في استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا.

* استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش للغير ولو كان دون قصد أما المجاوزة لحدود الحق فإنها تمنع معها كل نوع ضرر.[3]

3- تمييز التعسف في استعمال الحق عن الإساءة

لفظة التعسف والإساءة مترادفتان عند ربطهما في استعمال الحق، لكن كثيرا ما تستخدم اللفظة الأولى عند الحديث عن الحقوق واستعمالها، أما اللفظة الثانية فكثيرا ما

[1] – محمد صبري السعدي، المرجع سابق، ص ص 51، 52.

[2] – العربي بلحاج المرجع سابق، ص 113.

[3] – فريدة محمدي زواوي، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، د ط، الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون الجزائر، 2011، ص 109.

يستخدمها شراح القانون في المجال الاجرائي، حيق يقال إساءة الحق في التقاضي، ويرى الدكتور عباس الطراف بأن هناك اختلاف بين الإساءة استعمال الحق والتعسف فيه ، فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بعنصر أساسي ألا وهو الخطأ الواقع في المسؤولية التقصيرية، وفي حالة الخروج عن الحق أي عدم موجود حق أصلا وهو تعدي بموجب المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه ولكن استحمله وفقا لمعايير التعسف في استعمال الحق.[1]

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون

لقد تباينت المعايير القانونية لتحديد حالات التعسف في استعمال الحق بين المعايير الشخصية التي تقوم على البحث عن النوايا (أولا) وثم المعايير الموضوعية التي تعتمد فيها على نتائج الأفعال (ثانيا).

أولا: المعيار الشخصي أو الذاتي

ينقسم هذا المعيار إلى معيارين فرعيين هما:

1- معيار قصد الاضرار بالغير

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير وأكثرها انتشارا في التشريعات الغربية والعربية وذلك ناتج عن كثرة استعمال الافراد لحقوقهم بهدف الاضرار بالغير، يكون الشخص متعسفا في حقه إذا لم يقصد به الاضرار بالغير فالحقوق تقرر لتحقيق المصالح لا الاضرار بالآخرين، فمعيار التعسف هنا قوامه وجود قرينة الاضرار لدى صاحب الحق إلى استخدام السلطات التي يتضمنها، فيعتبر صاحب الحق متعسفا ولو نتج عن هذا الاستعمال منفعة غير مقصودة ولكن بصفة ثانوية.

[1] – عبد العزيز بن عبد الله، عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تأصيلية المقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص فلسفة في العلوم الأمنية ، قسم العدالة الجنائية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ،السعودية ، 2010-2011،ص ص 83 84 .

الأصل في الانسان عن استعمال حقه بطريقة غير مشروعة فيجب عليه اثبات أن صاحب الحق قد استعمله بقصد الاضرار بالغير، وبالتالي اثبات قصد الاضرار بالغير يعد أمرا عسيرا لأننا بصدد التحدث عن المعيار الذاتي الذي يستند إلى أمور نفسية داخل النفس البشرية لذلك فإن القضاء في أحكامه يستخلص هذا من قرينة قضائية وسائل والقرائن القانونية.[1]

2- معيار انعدام الدافع المشروع

جاء بهذا المعيار الفقيه جوسران عند تحققه من عدم فعالية معيار الهدف الاجتماعي والذي سوف نتناوله ضمن المعيار الموضوعي بالتفصيل، حيث قال في هذا الصدد بأنه التصرف يكون عادي أو مشوب بالتعسف إذا كان يحمل في طياته أو باعث أو غاية أو هدف غير مشروع".[2]

الغاية المشروعة هي الهدف الذي يشكل الحجر الأساسي لنظرية التعسف في استعمال الحق فهذا المعيار يقترب بشكل كبير من المعيار التقليدي، معيار قصد الاضرار بالغير، بحيث أن معيرا الباعث المشروع ينجر عنه البحث عن النوايا لجعله وسيلة لتطبيق الهدف الاجتماعي غير أن هذا المعيار انتقده بشدة وبقي معيار قصد الاضرار هو المعيار الوحيد الثابت كمعيار شخصي للتعسف في استعمال الحق في القانون.[3]

ثانيا: المعيار الموضوعي

ينقسم هذا المعيار إلى معيارين فرعيين وهما:

1- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير

[1] – احمد شوقي محمد عبد الرحمن،النظرية العامة للحق ط1 ، منشأة المعارف ، مصر 2005، ص 218.

[2] – عبد الرحمن مجوبي ، المرجع السابق ، ص50.

[3] – بريكي جميلة ،التعسف في العدول عن الخطبة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قانون الخاص ، تخصص قانون الاسرة ، جامعة اكلي محند اولحاج ، بويرة 2013-2014 ، ص23.

لا يكفي أن يكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرز ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير بحيث لا يوجد بينهما تناسب اطلاقا يصح استعمال الحق أمر غير مشروع فنرجع مصلحة الغير على استعمال حق الفرد.[1]

وهذا المعيار موضوعي لا شخصي قوامه التفاوت الشائع بين الضر الاحق بالغير والمنفعة العائدة على صاحب الحق، وهو أمر يقدره القاضي حسب الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة والواقع أنه كثيرا ما يكون وجود مثل هذه التفاوتات الجسيم قريبة على قصد الاضرار بالغير دون ان يتمخض القصد من استعمال الحق لذلك.[2]

2- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي إليها صاحب الحق إلى تحقيقها

لا يكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة ذات قيمة أو نفع، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة لأن الحقوق ليس لها قيمة في نظر القانون، إلا بقدر ما تحققه من مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها، ويخلع عنها حمايته، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة.[3]

وفي الأخير المعيار الموضوعي معيار يجعل للقضاة سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق فالمصلحة هي الغاية الشرعية للحق.

[1] – علي فيلالي ، الالتزامات(العمل المستحق للتعويض)، ط1 ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر 2008 ،ص58.

[2] – علي فيلالي ، المرجع نفسه ، ص59.

[3] – فتحي الدريني،المرجع السابق ص ص 320-321 .

المبحث الثاني

صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

شرعت الشريعة الإسلامية الطلاق للرجل يوقعه عند الاقتضاء، وفي المقابل شرعت الخلع للمرأة كطريقة لحل الرابطة الزوجية في حالات خاصة ترى فيها أن الحياة الزوجية لا تستقيم معها، ومن ذلك أن تطلب المرأة أن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به.[1]

كما أقر المشرع الجزائري هذا الحق للمرأة فباتت توقعه متى اقتضت الضرورة لذلك ومتى أرادت، وبما أن الخلع يتم بالإرادة المنفردة للزوجة فانه كسائر الحق العام يخضع لمبدأ عدم التعسف في استعماله، إلا أن الواقع المعاش يظهر عكس ذلك فباتت المرأة تتعسف في طلبها للخلع في الكثير من الحالات، فما هي صور تعسف الزوجة في استعمالها لحقها في طلب الخلع؟

– هذا ما سنبينه في هذا المبحث. حيث سنتطرق للأساس الشرعي والقانوني (المطلب الأول) والأحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأساس الشرعي والقانوني للخلع.

الخلع هو المنفذ الوحيد للمرأة لفك الرابطة الزوجية تتمسك به في حال كرهت زوجها ولم تستطع مواصلة العيش معه وخافت أن لا تقيم حدود الله، أباحته لها الشريعة الإسلامية وأقره القانون.

وسنتناول في هذا المطلب تعريف الخلع ودليل مشروعيته (فرع أول) ثم الأسس الإجرائية والموضوعية المتعلقة بالخلع (فرع ثاني).

---

[1]- محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج والفرقة، دار التقوى ط1، مصر 2001 ص477.

الفرع الأول: الأساس الشرعي للخلع

لتحديد معنى الخلع لابد من تعريفه وبيان اسسه ولا ينفصل المعنى الاصطلاحي عن جذوره اللغوية لذا ارتأينا في هذا الفرع الى: تعريف الخلع لغة واصطلاحا (أولا)، ثم بيان دليل مشروعية الخلع والحكمة منه (ثانيا)، ثم اركان الخلع في الشريعة الإسلامية (ثالثا).

أولا / تعريف الخلع.

1- التعريف اللغوي للخلع:

الخلع في اللغة هو التجريد والإزالة فيقال خالع امرأته بمعنى طلقها على بذل منها، فهي خالع والاسم الخلعة ومخالعة، وخلع ثوبه ونعله وقائده. وخلع الوالي أي عزل. وخلع امرأته خلعا بالضم فاختلعت وخالعته، أزالها على نفسه وطلقها على بدل منها. فهي خالع.[1]

وخالعت المرأة زوجها مخالعة إذ افتدت منه وطلقها على الفدية فخلعها هو خلعا، والاسم الخلع بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر فكأن كل واحد نزع لباسه عنه.[2]

لقوله تعالى:" هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَ."[3]

2- التعريف الاصطلاحي للخلع

اختلفت عبارات الفقهاء وتنوعت في تعريف الخلع باختلاف تصور ونظرة كل مذهب له وفيما يلي سنذكر جملة من التعريفات المشهورة عند فقهاء المذاهب الأربعة:

***الخلع عند الحنفية:** يرى الامام أبو حنيفة ان الخلع يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة بينما يرى صاحبها أبو يوسف ومحمد بن الحسن الخلع بانه يمين من

[1] – ابن منظور الإفريقي، المرجع السابق، ص76.

[2] – احمد بن محمد بن علي المقري القيومي، المرجع السابق، ص 178

[3] – سوره البقرة الآية 187

الزوجيين . كما عرفه فقهاء الحنفية الخلع بأنه:" إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه.".[1]

***الخلع عند المالكية:** يرى المالكية ان الخلع عقد معاوضة وتجري عليه احكام المعاوضات من جواز الرجوع فيه قبل صدور القبول من الاخر وانتهاء الايجاب إذا قام من المجلس ولم يصدر قبول.

فالخلع عند المالكية هو طلاق بعوض أو بلفظه عرفه ابن رشد بقوله: " هو بذل المرأة العوض على طلاقها"[2] . فالخلع هو الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة او بغير لفظ الخلع.

***الخلع عند الشافعية:** عرف فقهاء الشافعية الخلع على انه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ الطلاق أو الخلع، عرفه النووي بأنه " مفارقة المرأة بعوض."[3] ففقهاء الشافعية يرون ان الخلع من عقود المعاوضة فرتبوا احكامه على هذا الأساس، ويتضح عندهم الفرق بين ان يكون طلاقا مثلما هو المفتى به او فسخا كما مال إليه الكثيرون من فقهائهم. [4]

***الخلع عند الحنابلة:** الخلع عند الحنابلة هو فراق الزوج زوجته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة وفائدته تخليصها من الزوج على وجه لا رجعه له عليها إلا برضاها.[5]

---

[1] – محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2، ط1، دار عالم الكتب، السعودية 2007 ص766.

[2] – محمد بن احمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار الفكر، لبنان1982 ص 50.

[3]– يحي بن شرف بن مري أبو زكريا النووي، تحرير الفاظ التنبيه، تحيق عبد الغني الدقر، ط1، دار القلم، سوريا 1988، ص408.

[4] –عاشور سهيلة، سعيد خنوش "تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية مج07، العدد02، جامعة الجزائر1، سنة 2020، ص ص 489/472، ص 478.

[5] – وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي القضايا المعاصرة، ج2، ط3، دار الفكر سوريا 2012 ص 459.

ويعرف الأستاذ أبو زهره الخلع: " الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة فيراد به أحيانا معنى عام ؛ وهو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها وتقدمه لزوجها ؛ سواء كان بلفظ الخلع أو المبارأة ؛ أو كان بلفظ الطلاق وهذا هو الشائع عند الكثيرين الآن ؛ وأحيانا يطلق ويراد به معنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة؛ وهذا كان شائعا على السنة المتقدمين من الفقهاء فكان الطلاق على مال بلفظ الطلاق قسيم الخلع ولم يكن هذا شامل له داخلا في عمومه والأحكام المنصوص عليها بعضها يعم والآخر يخص الطلاق على مال بلفظ الخلع أو المبارأة ونحن نختار إرادة المعنى العام." [1]

* فالخلع باتفاق الفقهاء هو طلاق بعوض أي هو حل للرابطة الزوجية نظير عوض فبالرغم من اختلاف الفقهاء نسبيا في تعريف الخلع خاصة من حيث الألفاظ التي يقع بها وإجراءاته وأحكامه إلا أن جميع المعاني الفقهية للخلع تدل على إزالة الرابطة الزوجية في مقابل عوض تدفعه الزوجة أو من ينوب عنها إلى الزوج.

فالخلع بصفه عامه وبغض النظر عن شروطه وحالاته هو فك للرابطة الزوجية ومفارقه الزوج لزوجته بعوض منها أو من غيرها مع الاختلاف حول كونه فسخا أو طلاقا وحول قيمه العوض.[2]

ثانيا: دليل مشروعية الخلع والحكمة منه .

1- أدلة مشروعية الخلع.

قبل الحديث عن مشروعية الخلع في الشريعة الإسلامية تجدر الإشارة إلى أن الخلع وقع في الجاهلية، فقد روي عن عامر بن الضرب أنه زوج ابنته من ابن أخيه عامر ابن

[1] – عائشة معروف، إبراهيم عماري، تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره، مجلة الدراسات القانونية المقارنة مج08 العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ص ص182/208، الجزائر 2022 ص 186.

[2] - ناديه حليم "الآثار الاجتماعية للخلع"– دراسة مقارنة بين الخلع والتطليق، مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، مصر، 2005، ص11.

الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى إلى أبيها فقال: "لا أجمع عليك فراق أهلك ومالك وقد خلعتها منك بما أعطيتها".[1]

وفي الإسلام ورد النص على الخلع في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع.

أ- من القرآن الكريم

قال الله تعالى:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ."[2]

وجه الدلالة من هذه الآية أن الأصل أن لا يأخذ الزوج شيئا مما أعطاه للزوجة كما لا يجوز له أن يضيق عليها لكي تفتدي نفسها بما أعطاها أو أن يأخذ منه إلا برضاها.

وفي نفس السياق قال الله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا." [3]

فحسب الآية لا يجوز للزوج إلحاق الضرر بزوجته كي تفتدي معه الا في حالة ما أتت بفاحشة من زنا او مطلق العصيان على خلاف، ففي هذه الحالة فقط يجوز لزوج مفارقة زوجته مقابل استرجاع ما أعطاها من مال.[4]

ب – من السنة النبوية

[1]– منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه وأثاره) ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2008 ص44

[2]– سورة البقرة الآية 229.

[3]– سورة النساء الآية 19

[4] – حفصية دونة " التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري" رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر2020–2021 ص259.

ورد في السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة نذكر منها:

ما رواه البخاري وغيره من أئمة الحديث عن ابن عباس رضي الله عنه قال جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالتك: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" اقبل الحديقة وطلقها تطليقه."[1]

ما رواه أبو داوود والترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس اختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة. وفي رواية الترمذي فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضه.[2]

ما رواه النسائي: أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها، وهي جميلة بنت عبد الله بن أبي، فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ثابت فقال له: خذ الذي لها عليك وأخلي سبيلها، قال: نعم، فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضه واحده فتلحق بأهلها.[3]

*فجميع الروايات السابقة وغيرها تتفق على حدوث واقعة الخلع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه قضى فيها بالتفريق كما تتفق على أن الزوج كان ثابت بن قيس بن شماس الخرسرجي الأنصاري وهو المقصود بالآية 229 من سوره البقرة السابقة وأنها نزلت

[1]– البخاري صحيح البخاري بشرح فتح الباري، دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 13 كتاب الطلاق حديث رقم 5273 ص 406.

[2] – حديث صحيح سنن أبو داوود سليمان بن الأشعث الأزدي، ج6، ط1 ، دار ابن حزم بيروت 1997 رقم الحديث 2229 ص 388.

[3]– احمد بم شعيب أبو عبد الرحمن، سنن النسائي الكبرى، ج3 ،تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ،سيد كسروي حسن ، عدد 5691 ط1 ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،1991 ص383

فيه خاصة وأنه جاء في بعض الروايات عندما حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخلع أنه تساءل أو أيصح ذلك يا رسول الله فقال رسول الله: نعم.

واختلفت بعض الروايات حول زوجه ثابت بن قيس واسمها.

ج – من الإجماع

أجمع جمهور الفقهاء على جواز الخلع لما سبق من أدلة ولم يخالفهم في ذلك إلا التابعي بكر بن عبد الله المزني، وقد ذهب جمعا ممن أجاز الخلع إلى إجازته مع اختلاف في الأحوال التي يجب فيها أما الرأي الذي يتماشى مع الأدلة السابقة فهو من يقول بجواز الخلع مع الشقاق والوفاق ودون إذن من القاضي وعلى المرأة دفع المال المتفق عليه ليتم الخلع.[1]

2- حكم الخلع

يعتبر الخلع نوع من أنواع الطلاق وهو ثابت بنص الكتاب والسنة وقد ورد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "أبغض الحلال عند الله عز وجل الطلاق."[2]

كما يوصف الطلاق بالجواز عند الحاجة إليه ويوصف بالوجوب عند عجز الرجل على الإنفاق والمعاشرة ويوصف بالتحريم إذا ثبت عليه ظلم الزوجة والأولاد وقد يوصف بغير ذلك من الأحكام إلا أن الأصل فيه المنع وهي الكراهة عند بعضهم والحرمة عند بعضهم الآخر ما لم تقضي الضرورة للفرقة . وكذلك يوصف الخلع بما يوصف به الطلاق رغم أنه يقع صحيح.

والخلع حسب الفقهاء تعتريه الأحكام الخمسة من الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة أو الإباحة.

[1] – ايت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر2013-2014 ص304.

[2] – رواه ابن ماجة في سننه ج1 حديث رقم 2018 حديث ضعيف ص 650.

***يكون الخلع مباحا** بالنسبة للزوجة إذا كرهت زوجها إما لسوء خلق أو خلق أو نقص في الدين أو ضعف أو كبر أو نحو ذلك وخافت ألا تؤدي حق الله في طاعتها لهذا الزوج.[1]

لقوله تعالى:" وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ."[2]

ويكون مباحا كذلك في حاله التراضي بينهما حتى وان لم يكونا على خلاف.[3]

* **ويكون الخلع مكروها** إذا لم يكن للمرأة عذرا مما سبق أو مصلحه ما. كأن تكون الحياة الزوجية مستقيمة خاليه من النزاع وتقوم المرأة بطلب الخلع بغير عذر أو أن يكون في نفسها ميل إلى غيره مثلا فرغبت في الخلع لتنكح غيره لقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المختلعات المتنازعات هن المنافقات." [4]

والمنتزعة هي التي تخالع زوجها لميلها إلى غيره.

***وقد يكون الخلع حراما** إذا كان من غير بأس لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله صلى الله عليه وسلم: " أيما امرأة سألت زوجها طلاقها من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة."[5]

ويقصد بمن غير بأس هنا أي من غير شدة تلجأ الزوجة إلى طلب الفرقة.

---

[1] – عائشة معروف، براهيم عماري، المرجع السابق ص 188

[2] – سورة البقرة الآية 229

[3] – ايت شاوش دليلة، المرجع السابق ص 311.

[4] أبو عيسى بن صورة الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ج3، ط2، ملتزم للطبع والنشر مصر 1968 رقم 1186 ص 483

[5] – سنن أبي داوود، المرجع السابق، الحديث رقم 2226 ص 463.

كما يكون الخلع حراما أيضا بالنسبة للزوج رغم أنه يقع، كأن يضيق على زوجته ويمنعها حقوقها أو بعضا منها قصد افتداء نفسها بمال وذلك لقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا." [1]

ثالثا / أركان الخلع في الشريعة الإسلامية.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج ركن من أركان الخلع أو شرط فيه، لهذا لا بد أن يكون ممن يصح طلاقه أي أن يكون أهلا للطلاق، فمن لا يصح طلاقه لا يصح خلعه. ويرى المالكية أنه يشترط في الزوج المخالع الشروط التي تشترط في الطلاق، ومنها أن يكون مسلما ومكلفا وعلى هذا الأساس لا يصح خلع الصبي والمجنون في حين يصح خلع الأب والوصي للغير أو المجنون لزوجتيهما بشرط أن يكون الخلع في مصلحتهما. وحسب جمهور الفقهاء يقع خلع السكران والهازل ولا يقع خلع المكره. أما أبو حنيفة والشافعي وأحمد فلم يجيز خلع الأب لزوجة الابن الصغير والمجنون ولا طلاقها. فمن لا يجوز له أن يطلق على الصغير أو المجنون لا يجوز له أن يخالع عليهما، لقوله صلى الله عليه وسلم: " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق " . كما أجاز الفقهاء التوكيل في الخلع من الزوج والزوجة.[2]

واشترط بعض الفقهاء الرضا بالخلع من جانب الزوجين لأنه يترتب عليه سقوط حقوق الزوج قبل زوجته، كما أن الزوجة تلتزم بدفع العوض للزوج، ولما كان العوض في الخلع أشبه بالتبرعات فقد اشترط الفقهاء ان تكون الزوجة أهلا للتصرفات المالية باعتبارها ملتزم العوض. فالخلع بعوض لا يصح من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه، فإن تم

[1]– سورة النساء الآية 19.

[2] – وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع السابق، ص 492 .

عليهن الخلع على مال وقبله الزوج فإن الطلاق يقع باتفاق جمهور الفقهاء، ولكنهم اختلفوا في المال أو العوض هل هو لازم أم أنه مردود وغير لازم.

أما فيما يتعلق ببدل الخلع فقد اتفق الفقهاء على أنه يجوز أن يكون بدلا في الخلع ما يجوز أن يكون مهرا. والبدل عند الجمهور كل ما يصح تملكه سواء كان مالا عينا أو دينا أو منفعة بشرط أن يكون حلالا.

ومن شروط الخلع أيضا أن يكون بلفظ الخلع أو ما اشتق منه أو ما يدل على معناه كالإبراء والافتداء، كان يقول الزوج لزوجته خالعتك أو برأتك على كذا أو افتدي نفسك بكذا وتقبل هي ذلك ويعود ذلك إلى أن الخلع تصرف في البضع (الاستمتاع بالمرأة) بعوض فلا يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق.[1]

الفرع الثاني: الأساس القانوني للخلع

سنتطرق في هذا الفرع الى الاحكام والاسس الموضوعية والاجرائية للخلع، حيث سنتناول موضوع الخلع من الناحية الموضوعية، وذلك من خلال قانون الاسرة الجزائري قبل وبعد التعديل (أولا)، ثم نتطرق الى موضوع الخلع من الناحية الإجرائية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك لعدم وضع قانون اجرائي خاص به في قانون الأحوال الشخصية (ثانيا).

[1] – ايت شاوش دليلة ، المرجع السابق ص 318.

أولا / الأسس الموضوعية المتعلقة بالخلع

1 – الخلع في ظل قانون 11/84.

بالرجوع إلى نص المادة 54 من قانون الأسرة 84/ 11 قبل التعديل والتي كانت تنص 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. "[1]

نجد أن هذه المادة جاءت غامضة فالمشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الخلع فيما إذا كان حقا للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة أو هو عقد رضائي يستلزم موافقة الزوج.

كما لم يتعرض فيه إلي تكييف الخلع كونه يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة أو أنه حق خالص للزوجة، واكتفى بالقول بأنه في حال النزاع على بدل الخلع، حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. [2]

وبالرجوع إلى شراح قانون الأسرة وقضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور القانون نجد أنهم اعتبروا الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين يستوجب موافقة الزوج لإتمامه

فبالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة إلا أن القضاء الجزائري كان يعمل به.[3]

وقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي:

---

[1] – قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم ،ج ر 6 ع 24 ، صادر بتاريخ 12 رمضان 1404هـ الموافق ل 12 يونيو 1984.

[2] حفصية دونة ، المرجع السابق ،ص264.

[3]– ذباح هشام " أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 01 ، ع 09،، ص ص 240/223، جامعة محمد خيضر بسكرة مارس 2018 ص230.

من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطه مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فان القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع."[1]

وجاء أيضا في قرار أخر قضى بنفس الحكم: " ... ومن 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 خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حاله عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون."[2]

تؤكد هذه القرارات أن القضاء فسر المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري على أن الخلع عقد رضائي رغم انعدام ما يشير إلى ذلك صراحة وهو نفس ما ذهب إليه شراح قانون الأسرة حيث جاء في تعريف الدكتور بالحاج العربي للخلع ما يلي: " الخلع ليس إلا طلاقا رضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى الزوج لقاع طلاقها. "[3]

وكان للأستاذ عبد العزيز سعد نفس الموقف حيث جاء في كتابه ما يلي: " أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصه أو مكنة لتمكينها من طلب التطليق من زوج

[1] – قرار المحكمة العليا ملف رقم 51728 بتاريخ 11/21 1988 المجلة القضائية لسنه 1990 ع3 صفحه 72.

[2] – قرار المحكمة العليا ملف 73885 بتاريخ 1991/4/23 نقلا احمد لعور ونبيل صقر "الدليل القانوني للأسرة" دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007 ص68.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج3 (الزواج والطلاق) ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص 264.

أصبحت تبغضه وتكرهه ولم تعد تركن إليه أو تحتمل عشرته. ولم يمنحه لها في صورة حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة. [1]

إلا أنه مع بداية التسعينات ظهرت اجتهادات للمحكمة العليا مغايره لما كان معمول به في السابق حيث أصدرت قرارات تتناقض مع قراراتها السابقة هذا ما يؤكد أن إرادة المشرع كانت تتجه نحو إقرار حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع ودون حاجه إلى موافقة الزوج.

ومن بين قرارات المحكمة العليا والتي جاءت بعكس ما قضت به من قبل نذكر ما يلي:

"....إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرضى فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج."[2]

"..... أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل..."[3]

....من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائي.[4]

---

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996 ص 252.

[2]– قرار المحكمة العليا ملف رقم 115118 بتاريخ 1994/4/19 نشره القضاة العدد52، نقلا عن احمد لعور ونبيل صقر ، المرجع السابق، ص68.

[3]– قرار المحكمة العليا ملف 103793 بتاريخ 1994/4/19 نشرة القضاة 51العدد نقلا عن نفس المرجع ص69.

[4]– قرار رقم 141262 بتاريخ 1996/7/30 نقلا عن نفس المرجع ص 69.

نلاحظ مما سبق أن اجتهادات المحكمة العليا اختلفت اختلافا جذريا عما كانت عليه في السابق بالرغم من أن المادة واحدة لم تتغير ليتم بعدها تكريس هذه الاجتهادات في تعديل 2005 لقانون الأسرة.

2 – الخلع في ظل قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005

عدلت المادة 54 من قانون الأسرة الخاصة بالخلع بالأمر 05/02 لتصبح كالاتي:

" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

– إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمه صداق المثل وقت صدور الحكم".[1]

يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لخص موضوع الخلع في مادة واحدة مكونة من فقرتين، خص الفقرة الأولى بحق الزوجة في المخالعة بدون موافقة الزوج والفقرة الثانية لتدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع في حالة الاختلاف فيه. ويعتبر تخصيص مادة واحدة مقتضية في الخلع غير كافي كما أنه لم يذكر أي شرط يخص طرفي المخالعة أو الإجراءات الخاصة التي على القاضي اتباعها كالصلح والتحكيم مثلا. مما يستدعي تطبيق القواعد العامة في الطلاق.[2]

واعتبر المشرع الجزائري الخلع حق أصلي للزوجة يمكنها من فك الرابطة الزوجية ويباح لها استعماله دون قيد أو شرط تلجأ إليه متى أرادت إذ رأت استحالة مواصلة الحياة الزوجية.[3]

[1] – الامر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27فبراير 2005 المتضمن قانون الاسرة ، ج ر ع 15 الصادرة في 7 فيفري 2005.

[2]– ايت شاوش دليلة، المرجع السابق ص354، 355.

[3]– محمد الطاهر، جرمون عبلة بن عمر" الخلع بين الإباحة والتقييد في ظل الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية " مجلة القانون والمجتمع، مج8 ، ع 02،جامعة المنار ، تونس ،ص ص 242/215 سنة 2020.ص 237،236.

وقد أكد على ذلك قرارات المحكمة العليا والتي جاء في إحداها: "... لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سببت حكمها بأن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للطاعن ولا يعتد فيه بإرادة الطاعن واستندت إلى المادة 54 من قانون الأسرة وبالتالي فان الحكم المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية ما دام أن قاضي المحكمة قام بإجراء محاوله الصلح وتوصل إلى أن المطعون ضدها تمسكت بطلب الخلع."[1]

وعليه يمكن اعتبار الخلع أكبر مظهر من مظاهر المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية فمثل ما يملك الزوج الحق في إنهاء الزواج بإرادته المنفردة مع دفع تعويض في حاله التعسف يحق للمرأة كذلك إنهاء هذه العلاقة برد قيمه المهر.

فالمشرع الجزائري كرس الخلع كحق أصلي للمرأة إلا أنه لم يتعرض له بالتفصيل ولا لطبيعته القانونية تاركا هذه الأمور لمبادئ الفقه الإسلامي التي تعتبر المبدأ التفسيري له تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

ثانيا / الأسس الإجرائية لرفع دعوى الخلع .

1- إجراءات التقاضي في دعوى الخلع.

أ-إجراءات رفع دعوى الخلع.

تخضع إجراءات فك الرابطة الزوجية سواء بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة إلى نفس المراحل وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري قد حدد

[1] قرار المحكمة العليا ملف رقم 656259 المؤرخ 2011/9/15، مجلة المحكمة العليا 2012 العدد01، ص 318

[2]– بن عيسى احمد ، بن فرديه محمد" مكانة المرأة في عقد الزواج من خلال قانون الاسرة الجزائري "مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، مج 04،ع03 ، جامعة غرداية الجزائر سنة 2022، ص ص 124/105. ص 118.

القواعد التي تنظم رفع دعاوى الطلاق بما في ذلك الخلع، إذ وضع شروط لقبولها وحدد كيفية رفعها طبقا لنص المادتين 13 و14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

تتمثل شروط رفع الدعوى التي حددها المشرع الجزائري في الصفة والمصلحة ، فالصفة في دعوى الخلع تكمن في العلاقة التي تربط أطراف الدعوى ، فرافع دعوى الخلع هي الزوجة والمدعى عليه هو الزوج المراد مخالعته فالدعوى لا ترفع إلا من ذي صفة على ذي صفة .أما المصلحة فهي المنفعة أو الفائدة التي يحصل عليها المدعي من إقامة دعواه أمام القضاء ، والتي اشترط فيها القانون أن تكون قائمة وحالة أو محتملة على الأقل وأنها مصلحة يحميها القانون، وفي إطار دعوى الخلع يجب أن تكون المصلحة قانونية، والمصلحة القانونية للزوجة في دعوى الخلع هي عدم قدرتها على الاستمرار في الحياة الزوجية .[2]

وترفع دعوى الخلع بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

ويجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم القبول شكلا البيانات المذكورة في المادة 15 من ق ام ا. كاسم ولقب المدعي وموطنه، اسم ولقب وموطن المدعى عليه، عرض موجز للوقائع ...

كما يجب على الزوجة أن ترفق عريضتها بشهادة عائلية ومستخرج من عقد الزواج طبقا لنص المادة 429، كما تقدم شهادة طبية تثبت خلو رحمها من الحمل أو تحدد مدة الحمل في حال وجوده بهدف حفظ حقوق الجنين أثناء النطق بالحكم.

[1] - علال أمال " إجراءات التقاضي في دعوى الخلع "المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية مج04، ع 01، سنة 2019، ص ص53/37، ص40.

[2] – حفصية دونة، المرجع السابق، ص274.

بعد إيداع العريضة تقيد بعد دفع الرسوم المحددة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة وتسلم للزوجة بغرض تبليغها رسميا للزوج مع احترام الآجال القانونية، وتبلغ النيابة باعتبارها طرفا أصيلا في جميع قضايا شؤون الأسرة استنادا لنص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.[1]

ب – اختصاص المحاكم في دعوى الخلع

وضع المشرع الجزائري قواعد قانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتنظيم الاختصاص النوعي والإقليمي.

-الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي هو ولاية الجهة القضائية على اختلاف درجاتها بالنضر في نوع محدد من الدعاوى أي هو نطاق القضايا التي يمكن ان تباشر فيه كل جهة قضائية معينة ولايتها وفقا لموضوع الدعوى، والاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة يستمد أحكامه من مضمون قانون الأسرة02/05 المعدل والمتمم في حين ينظم جانبه الإجرائي قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد تناولت المادة 423 منه الدعوى التي تعد من اختصاص قسم شؤون الأسرة والتي من بينها دعاوى انحلال الرابطة الزوجية.

كما جاء في نص المادة 32 من ق.إ.م.إ أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام...، والاختصاص النوعي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ولذلك لا يمكن الاتفاق على مخالفته، وقد نصت المادة 36 من ق.إ.م.ا على ما يلي:" عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة كانت عليها الدعوى."[2]

[1] - علال أمال، المرجع السابق ص 44

[2] – قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر، الموافق ل25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر ع 21، الصادرة في 23 افريل 2008 .

-الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي الذي يحدد الاختصاص الإقليمي لكل جهة قضائية. وكما هو معروف فان الاختصاص الإقليمي يعتمد قاعدة عامة تعتمد مقر المدعى عليه معيارا للاختصاص إلا أن المشرع الجزائري اوجد قواعد خاصة بالاختصاص الإقليمي كما هو الحال بالنسبة لشؤون الأسرة. [1]

وبالرجوع لنص المادة 426 من ق.ا.م.ا في فقرتها الثالثة فان المحكمة المختصة محليا للنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين هي المحكمة التي يقع فيها مسكن الزوجية وهو في الغالب مسكن الزوج.

إلا أنه يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحلا خلافهما أمام المقر الذي يختارانه بإرادتهما لأن الاختصاص المحلي ليس من النظام العام وبالتالي لا يحق للقاضي المختص رفض الدعوى لعدم الاختصاص المحلي، فالدفع بعدم الاختصاص الإقليمي لا يثار من القاضي تلقائيا كما يتعين إثارته قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول. [2]

ج – سير دعوى الخلع.

تنص المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم على ما يلي:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن يتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى." ومن خلال استقراء نصوص المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن هناك صلح يباشره القاضي بنفسه وهناك صلح يشرف عليه بتعينه حكمين للصلح بين الزوجين.

[1] – بربارة عبد الرحمن " شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر 2009، ص327

[2] – علال امال، المرجع السابق ص 42

- الصلح في دعوى الخلع

تعتبر محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي بين الزوجين إلزامية وتتم في جلسات سرية يحاول فيها القاضي قدر المستطاع إقناع الطرفين بالمصالحة. كما ذكر ويعتبر الصلح مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية في قوله تعالى :" وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الْوِلْدَانِ وَأَنْ تَقُومُوا لِلْيَتَامَى بِالْقِسْطِ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا." [1]

وبعد إتمام إجراءات محاولة الصلح يتعين على قاضي شؤون الأسرة تحرير محضر يثبت فيه المساعي التي قام بها والنتائج المحققة ثم يقوم بتوقيعه مع أمين الضبط والزوجين الحاضرين أو الحاضر منهما فقط ويودع بأمانة الضبط ويصبح بذلك سندا تنفيذيا ، وفي حالة عدم تحقق الصلح أو تخلف احد الزوجين بالرغم من المهلة الممنوحة يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى .[2]

- الصلح من طرف حكمين (التحكيم)

الصلح بواسطة حكمين مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، لقوله عز وجل:" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرا."[3]

وكذا من أحكام المادة 56 من قانون الأسرة المعدل والمتمم والتي تنص على ما يلي:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين." كما نص المشرع الجزائري على إجراءات التحكيم في المواد من 446 إلى 449 من ق ا م ا، ويشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين

[1] – سورة النساء الآية 127

[2] – حفصية دونة، المرجع السابق ص275.

[3] – سورة النساء الآية 35.

من أهل الزوجين إذا أمكن ويتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين وان يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما، وتقتصر مهمة الحكمين في قضايا الخلع على التأكد من البغض والكراهية لأن الزوجة في هذه الحالة غير ملزمة بإثبات الضرر، ويقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية وتقديمه للقاضي.

من خلال تقرير الحكمين يمكن للقاضي أن يحكم على ضوءه كما يمكن له أن يرفض التقرير ويعين حكمين آخرين. فقناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا والقاضي لا يملك حق التدخل في هذا الشأن.[1]

والمشرع الجزائري لم يمنح للحكمين حق التفريق دون القاضي بل جعل هذا الحق بناءا على اقتراحهما، أي أن القاضي يملك فرصة مناقشة الحكمين في قرارهما لتعديله لصالح الحياة الزوجية. [2]

2- طبيعة الاحكام الصادرة في دعوى الخلع.

تحال دعوى الخلع بعد فشل محاولات الصلح إلى المداولات وتنتهي بحكم قضائي يفصل في الدعوى، وهناك نوعين من الأحكام القضائية الصادرة في دعوى الخلع، أحكام قابلة للاستئناف فيها في مجال ضيق ومحدود وأحكام قضائية غير قابلة للاستئناف.

أ –**أحكام الخلع الغير قابلة للاستئناف** : تنص المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري على :" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المالية ."هذا بالإضافة لما جاء في نص المادة 48 من نفس القانون والتي اعتبرت الخلع طلاق وعليه فهو غير قابل للاستئناف.

ب– **أحكام الخلع قابلة للاستئناف** : بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا الصادرة في دعوى الخلع نجد أن بعضها قابلة للاستئناف عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة

[1]–الغوثي بن ملحة "قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء" ط2، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر،2008 ص 122

[2] – بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ص 263–264

بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع او برفضه كما تقبل الطعن بالنقض في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئنافات المرفوضة ضد أحكام الخلع وانتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا ورفضها موضوعا كما يعتبر قبول المحكمة الطعن بالنقض مباشرة تأكيد ضمنيا أنها قضت بجوازه أي الطعن بالاستئناف في أحكام الخلع.[1]

المطلب الثاني

الاحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع.

رغم ان الخلع هو حق شرعي واصيل للزوجة تنهي به الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة فان تعسفها فيه وخروجها عن سلوك الزوجة السوية امر محتمل.

ولذا سنتطرق في هذا المطلب الى كافة الاحكام المتعلقة باعتبار الخلع تعسفا وذلك من خلال تقسيم المطلب الى فرعين: تطبيق معايير التعسف على الخلع (فرع اول) ثم مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع (فرع ثاني).

الفرع الاول: تطبيق معايير التعسف على الخلع

في هذا الفرع سيتم اسقاط معايير التعسف على الخلع لإظهار مدى تعسف الزوجة فيه كونه ناتج عن الإرادة المنفردة، من خلال تطبيق المعيار الشخصي للتعسف في الخلع (أولا) ثم تطبيق المعيار الموضوعي للتعسف في استعمال الحق (ثانيا).

أولا / تطبيق المعايير الذاتية للتعسف في الخلع

المعايير الذاتية أو الشخصية هي معيار قصد الإضرار ومعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة.

1- معاير قصد الإضرار

يقصد بمعيار قصد الإضرار توجيه الإرادة نحو الإضرار بالآخرين سواء لانعدام المصلحة أو لتفاهتها مقارنة بالضرر المترتب، فان كانت الزوجة تهدف إلى إلحاق صفة

[1] – عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 341

الزوج المخلوع بزوجها و اهانته والانتقام منه ومعاقبته من غير سبب جدي يصبح طلب الخلع هنا تعسفا.

فالخلع حق مقيد بحسن النية أي أنه لا يجب أن يحيد قصد الزوجة لدى استعماله عن تحقيق الحكمة التي شرع من أجلها [1]. فهذا المعيار يتعلق بنية الإضرار التي تكون الهدف الوحيد لصاحب الحق في استعماله، فالأصل أن الخلع شرع عند الضرورة حين يقع ضرر نفسي للزوجة تخاف معه عدم القدرة على طاعة زوجها وان لا تقيم حدود الله [2]. فانعدام المبرر يجعل الخلع تعسفيا.

ومن أمثلة هذا المعيار طلب الزوجة الخلع في مرض الموت قصد حرمان زوجها من الميراث إضرارا به، والضرر ممنوع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار." أو أن تطلب الخلع لسبب تافه مثل أن يمنعها زوجها من مغادرة البيت دون إذنه.

وحتى وان كان طلب الخلع لقصد الإضرار فقط دون توفر أي سبب جدي أمر نادر ونسبه قليلة من إجمالي حالات الطلاق بالخلع إلا أن تفاهة سبب الخلع مقارنة بالضرر المترتب عنه هو ما يميز معظم حالات الخلع في وقتنا الحالي.

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ومفاد هذا المعيار أن يكون باعث الزوجة وراء طلب الخلع منافيا لقصد الشارع في تشريع هذا الحق، والباعث هو الدافع المحرك لإرادة المنشأ للتصرف إلى تحقيق هدف غير مباشر يتعدى الحدود الأخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد الشرع. فمتى كانت غايتها وراء طلب الخلع تحقيق هدف غير مشروع كان استعمالها لحق المخالعة تعسفيا.

[1] عائشة معروف، إبراهيم عماري، المرجع السابق ص192.

[2] بختة بلبولة ، المرجع السابق ص 142

ولا يشمل وصف غير المشروعية على مصلحة الزوجة في الخلع المعنى السلبي للكلمة فقط بل يتعدى ذلك فمتى انحرفت هذه المصلحة عن الغاية المقصودة من تشريع الخلع اعتبرت مصلحة غير مشروعة. [1]

ثانيا/ تطبيق المعايير الموضوعية (المادية) للتعسف في الخلع.

تتمثل المعايير الموضوعية أو المادية في معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة ومعيار الضرر الفاحش.

1- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

كأن تقوم الزوجة بطلب الخلع بناءا على أسباب تعتبرها مبررات وذلك لدفع الضرر عن نفسها إلا أنه وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الخلع من مصالح وما يترتب عنه من مفاسد وأضرار تلحق بكل من الزوج والأولاد نجد أن ما ينتج من أضرار يفوق المصلحة المراد تحقيقها ففي هذه الحالة تكون الزوجة متعسفة في استعمال حقها.

فطبقا لهذا المعيار حتى وان وجدت مصلحة للزوجة في الخلع إلا أن هذه المصلحة لم تبلغ حد الضرر الحاصل للزوج كأن تتمسك الزوجة بالخلع رفضا منها العيش مع أهل زوجها وإمكانيات الزوج لا تسمح له بتوفير مسكن خاص لهما أو أن تطلب الخلع بحجة أن الزوج يعرقل طموحاتها المهنية ويعيق تحيق أحلامها المستقبلية.

ففي هذه الحالات بالرغم من وجود مصلحة للزوجة تتوق إلي تحقيقها من وراء طلبها للخلع إلا أن الضرر الحاصل للزوج من وراء الخلع أكبر وأشد خاصة إذا كان الزوج متمسكا بأسرته و يسعى للم شملها.[2]

[1] عائشة معروف، إبراهيم عماري، المرجع السابق ص193

[2]- عائشة معروف، إبراهيم عماري، المرجع السابق ص193

2- معيار الضرر الفاحش

يقصد بالضرر الفاحش الضرر غي المألوف الذي يصيب الزوج المخلوع، ويعتبر الضرر غير مألوفا بالنضر للحالة أو الوضعية التي يكون عليها الزوج سواء تعلق الأمر بوضعيته الصحية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.

ومن أمثلة ذلك أن تقوم الزوجة بطلب الخلع بعد مرور سنوات طويلة من الزواج يتحول فيها الزوج من شاب قادر على العمل أمضى حياته في إسعاد عائلته وتلبية طلباتها إلى شيخ مقعد غير قادر على العمل أو على تكوين أسرة جديدة.[1]

فمخالعة المرأة لزوجها في مثل هذه الحالة يعتبر تعسفا في استعمال الحق، نضرا للضرر الفاحش الذي يقع على الزوج.

هذا وتبقى الأسباب التي تدفع المرأة لطلب الخلع كثيرة ومتعددة منها ما هو جدي تتحقق منه الغاية من فك الرابطة الزوجية، ومنها ما يعتبر غير جدي يمكن تداركه وإصلاحه لتفادي تهديم الأسرة وتشتيت أفرادها.[2]

الفرع الثاني: مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع.

يعتبر الخلع من أهم صور فك الرابطة الزوجية الدالة على قوة المركز القانوني للمرأة وساهم في ذلك سهولة الإجراءات ووضوحها فمن الطبيعة القانونية للخلع نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة إذا ما نفرت من زوجها ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت هذا الحق وعلى القاضي قبول طلبها متى استوفت دعوى الخلع كافة الشروط الإجرائية اللازمة.[3]

---

[1]- مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان،2010 ص 184

[2] -حفصية دونة، المرجع السابق ص 281.

[3] - حفصية دونة ، المرجع نفسه، ص 282.

و لأن الخلع يخضع للإرادة المنفردة للزوجة فلا بد له من ضوابط وقيود حتى لا تتمادى في التعسف في استعمال هذا الحق، يحكم هذه القيود ضوابط أخلاقية بالدرجة الأولى، فمن المحتمل أن تتعسف المرأة في استعمال حق الخلق كما لو كان الرجل صالحا قائما بكل واجباته الزوجية والأسرية وتقوم المرأة بطلب الخلع وإيقاعه رغم تمسكه بها وحبه لها.

ومن صور تعسف الزوجة في الخلع نجد:

أولا/ لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي.

من معايير التعسف في استعمال الحق لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي ولأسباب تافهة ودوافع ذاتية أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة بقصد الإضرار بالزوج وإلحاق به صفة الزوج المخلوع أو بدافع الانتقام والإهانة، ويستدل على وجود التعسف طبيعة استعمال الحق نفسه وذلك في حالة مخالفة صاحب الحق القصد الذي من اجله شرع هذا الحق.

* فمناط الخلع هو الكراهية واستحالة استمرار الحياة الزوجية لدرجة تجعل الزوجة تخاف ألا تقيم حدود الله، أما إذا قصدها الإضرار بزوجها عند استعمالها حق الخلع اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق ومخالفة لقصد الشارع في تشريع الخلع كحق لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة.

ونلاحظ من واقع المجتمع الجزائري تفاقم ظاهرة الخلع بشكل غير مسبوق في السنوات الأخيرة، فأصبحت الزوجة تختلع زوجها لأتفه الأسباب وساهم في ذلك قانون الأسرة الحالي لعدم اشتراطه موافقة الزوج على طلب الخلع. فالمشرع الجزائري تراجع عن الخلع الرضائي لكي يضع حدا لتعسف الزوج في إجازته للخلع فأقر الخلع الإلزامي دون ضوابط أو قيود ما أدى إلى تعسف الزوجة في طلب الخلع.

ثانيا/ أن تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج.

ومن صور التعسف أيضا أن تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج ، فقد تجد الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب زوجها الذي قد يمنحها العديد من الهدايا القيمة ودا ومحبة وفي حال الخلع لا تكون ملزمة إلا برد القليل فقط من المال الثابت في عقد الزواج في صورة صداق المثل ، فتكون الزوجة في هذه الحالة متعسفة في استعمال حقها لأن الغاية من وراء الخلع غير مشروعة ومنافية لقصد الشارع[1]

وفي حالات أخرى تتعمد الزوجة عدم الاتفاق مع الزوج على بدل الخلع حتى يحكم القاضي للزوج بصداق المثل فقط وقت صدور الحكم حسب ما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثانية. الأمر الذي يضر بالزوج ويعتبر مصلحة غير مشروعة إذا كان صداقا يفوق ذلك بكثير.[2]

ثالثا/ استعمال الحق في الخلع في مرض الموت قصد الاضرار بالورثة.

وكصورة أخرى من صور التعسف استعمال الحق في الخلع في مرض الموت قصد الإضرار بالورثة، هذه الصورة عالجتها الشريعة الإسلامية حيث قال الإمام مالك: "يجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها فان زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها."

ويرى الحنابلة في حالة مخالعة الزوجة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع فيه وإذا خالعته بزيادة بطلت هذه الزيادة.[3]

و يقول بهذا الخصوص عبد الرحمان الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة :" أن المريض مرض الموت له أن يتصرف في ماله بغير التبرع فليس له أن يتبرع بما يزيد

[1] فاطمة الزهراء المولودة رباحي تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2016 ص 122.

[2] عائشة معروف، إبراهيم عماري، المرجع السابق ص193

[3] حفصية دونة، المرجع السابق ص 286.

عن الثلث وعلى هذا يكون في الجواب تفصيل وهو أن العوض أن كان يساوي مهر المثل فإنه ينفذ بلا كلام ،لأن مهر المثل في نظير حل العصمة فليس فيه تبرع ، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا وفي هذه الحالة ينظر إذا كانت الزيادة أقل من الثلث فانه يأخذها وان لم يجز الورثة أو كان الثلث اقل منها فسخ العوض المسمى ورجع مهر المثل وأما أنها تكون وصية فتجري عليها أحكام الوصية "[1]

[1] عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة " ج4 (كتاب النكاح ، كتاب الطلاق)دار الكتب العلمية ، لبنان،2003 ص .357.

الفصل الثاني

النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع

وضعت الشريعة الإسلامية العصمة بيد الرجل ليوقع الطلاق عند وجود ما يقتضي ذلك من سوء العشرة او بغض للزوجة، غير ان هذه الأخيرة لم تهضم حق المرأة في طلب فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة. فجعلت لها احكام تفتدي بها نفسها بمال تدفعه الى زوجها تعويضا له وهذا ما يسمى بالخلع، ومن هذا لا يمكن حصر موضوع فك الرابطة الزوجية في يد الرجل بل قد يكون بيد الزوجة توقعه بإرادتها المنفردة.

غير انه في بعض الأحيان قد تتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع بالحاق ضرر بزوجها سواء وقت الاستعمال او بعده، فاذا اثبت الزوج المتضرر تعسف زوجته بكافة طرق الاثبات يحق له المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء تعسف زوجته في فك الرابطة الزوجية بالخلع.

وفي هذا الفصل المعنون " النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع "، سنتطرق الى الضرر كاثر مترتب على تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع (المبحث الأول)، ثم الجزاءات المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون (المبحث الثاني)

المبحث الأول

الضرر كأثر مترتب على التعسف الزوجة في استعمال حق الظلم.

يكمن البعد المقاصدي من تشريع الخلع في دفع الأذى والضرر عن الزوجة خلال العلاقة الزوجية، إذ لا يمكن للمرأة المواصلة والعيش مع الزوج لاستحالة ذلك، غير أنه يحق لها استعمال حقها في الخلع لكن بقيود وحسن النية، وتحقيق الحكمة التي تتسرع لها، إلا أن إذا استعملت حقها لغير الغاية التي شرع من أجلها وكان دافعها الإضرار بالزوج اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق، لكون الحقوق وضعت للإصلاح وليس للأضرار.

المطلب الأول

المقصود بالضرر

يعتبر الضرر في القانون ركن أساسي لقيام المسؤولية الشخصية، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان[1] ولبيان مفهومه يتطلب بداية التعريف به لغة، اصطلاحا، وقانونا(فرع الأول) ثم بيان أنواعه(فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الضرر

للإحاطة بتعريف الضرر لابد من غرض دلالته اللغوية (أولا)، تبيان التعريف الاصطلاحي له(الاصطلاح الفقهي والاصطلاح القانوني).(ثانيا).

[1]–بن زيطة الهادي، التعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، طبعة1، دار الحلدونية، الجزائر2007، ص16.

أولا: تعريف الضرر في اللغة:

جمع أضر من الضر بالضم: الهزال وسوء الحال، وهو ضد النفع والمضرة خلاف المنفعة، وضرة يضره ضرا، وأضربه، وضار مضارة، وضرار والضارواء، القحط والشدة قول لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه وهو ضد النفع، وقول لا أضرار: أي لا يضار كل واحد منهما صاحبه.[1]

جاء في قول الله تعالى{ ن تَمْسَسْكُمْ حَسَنَةٌ تَسُؤْهُمْ وَإِن تُصِبْكُمْ سَيِّئَةٌ يَفْرَحُوا بِهَا ۖ وَإِن تَصْبِرُوا وَتَتَّقُوا لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا ۗ إِنَّ اللَّهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ} [2]

وقوله أيضا{ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ}[3]

وقول النبي صل الله عليه وسلم(لا ضرر ولا ضرار}[4]

وقد اطلق على الفاقه والفقر ونقص بدخل الأعيان، ما جاء على لسان سيدنا أيوب عليه السلام يقوله{ وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ}[5]

ثانيا: تعريف الضرر الاصطلاحي:

2-1 تعريف الضرر في الاصطلاح الفقهي:

وضع الفقهاء القدامى عدة تعريفات منها:

عرف الطرابلسي في كتاب معين الأحكام بأنه " **الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك وما يضر صاحبك لا ينفعك فيكون الضرر ما قصد وعمد الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على**

[1]- إبن منظور أبو الفضل، المرجع السابق، ص2573/4.

[2]- سورة آل عمران، الآية120.

[3]- سورة البقرة، الآية233.

[4]- أخرجه ابن باجة في سننه، كتاب البيوع، باب من بني حقه ما يضر بجاره رقم 2341.

[5]-سورة الأنبياء الآية83.

غيره والضرار ما قصد الإضرار بغيره.[1] وعرفه أيضا السيوطي بأنه" إلحاق مفسدة بالغير مطلقا وليس تقيدا".

كما نجد إبن رجب عرفه على أنه:" أن يدخل على غيره ضرار بما ينتفع هو به".

والملاحظة في هذه التعريفات أنها جاءت تتفق على تقيد الضرر بضوابط وعدم الإطلاق فيه، إذ نجد أن التعريف الأول أعطى تعريفا لغويا، دون المعني الاصطلاحي، كما أنه جاء عام غير جامع وذلك بعدم ذكره لأنواع الضرر كالجسمي والمعنوي والأدبي وغير ذلك، فليس كل ضرر يصيب الشخص يسبب له خسارة في ذمته المالية، بل يتعدى إلى خسارة أخرى، وبالتالي هذا التعريف جاء مانع يدخل ضمن الأذى المشروع للتعويض وهذا لا يمكن إدراجه ضمن الضرر.

أما فيما يخص باقي التعريفات جانب قاربت نوعا ما التعريف الأدق لمصطلح الضرر.

وعلى هذا يمكن إعطاء تعويض أدق وهو التعريف المختار:

" كل أذى يصب الإنسان سواءا كان ماديا أو معنويا بغير وجه حق" حيث هذا التعريف أوضح لنا ماهية الضرر، وأنه لأذى الذي يصيب الإنسان وبشقيه المادي والمعنوي، غير أن هذا من القوانين يدرج تحتها أنواع أخرى، كالضرر الذي يصب الإنسان شعوره وشرفه، بدنه، ماله....الخ.[2]

[1]–الطرابلسي على بن خليل، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين، ط1، مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، 1973، ص 212.

[2]–محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي،ط1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض 1999،ص28

2-2- تعريف الضرر في الاصطلاح القانوني:

اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للضرر ذلك لاختلاف وجهات نظرهم، واستعمل كل منهم اصطلاحا يختلف عن الآخر:

عرفه سليمان مرقس على أنه " الضرر هو الذي يصيب الشخص من إجراء المماس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة كرسها القانون له،[1] كما عرفه أيضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه إخلال بحق أو مصلحة مشروعة ذات قيمة للمضرور".[2]

كما نجد عبد الحكيم قردة عرفه بأنه" كل أذى يتعرض له شخص بفعل الخير في ذاته أو ذمته المالية، أو في شعوره أو حريته أو اعتباره مهما كان نوع الأذى ماديا أو معنويا".[3]

كما عرفه عايدة رجا الخلايلة على أنه" الأذى الذي يصيب الشخص، مما يلزم عليه تقديم الضمان لأنه مس حقا من الحقوق أو مصلحة مشروعة للشخص، سواءا كان:

- مصلحة متعلقة بالحياة مثال كالحق في الحياة ويعتبر هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالفرد.
- حق متعلق بالسلامة البدنية، مثال المساس بحق عواطفه، حريته، شرفه وغيره ذلك.[4]

ومن كل هذه التعاريف نستخلص أن:

الضرر هو عبارة عن ذلك الأذى أو الخسارة المادية، والمعنوية التي تصيب المضرور نتيجة التعدي على حق أو مصلحة مشروعة، والضرر الواقع من جراء تعسف الزوجة في إيقاع الخلع هو ضرر مادي ومعنوي يصيب الزوج والأولاد.

---

[1]- سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، المرجع السابق ،ص78.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص98.

[3]- عبد الحكيم فودة، التعويض المدني(المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص17.

[4]- عايدة رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المسؤولية الناشئة عن إعادة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت، ط1، دار ثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص120.

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري لم يخرج من مراد أهل الفقه الإسلامي من القول بأنه: " الالحاق بمصلحة بمفسدة أو الإخلال بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تعديا أو تعسفا"،[1] وهذا المعنى يتطابق مع نص المادة 124 م ق م ج السالف الذكر، ولم تختلف في التضمين. إلا أن ما يعاب على المشرع الجزائري لم بين المواد (124الى140، أنواع الضرر، حيث جاءت النصوص عامة.

الفرع الثاني: أنواع الضرر

ينقسم الضرر الى نوعين أساسيين ضرر مادي وضرر معنوي(غير مادي):.

أولا: الضرر المادي:

هو الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو بدنه من جراء المساس بحق أو مصلحة مشروعة ، ويعرف أيضا إلحاق الضرر بالغير مطلقا.[2]، كما نجد عرفه أسامة عبد العليم الشيخ على أنه " إخلال بمصلحة المضرور ذا قيمة مالية" .[3] والضرر المادي ينقسم الى نوعين هما:

أ/- الضرر الجسدي أو البدني :

الضرر الجسدي أو البدني فهو الاعتداء على الحق في التكامل الجسدي، فهو كل مساس بالسلامة الجسدية، وهو مصلحة ذات طبيعة مزدوجة يحميها المشروع ويعترف بها للفرد من

[1]- نادية رازي، تقدير الضرر المعنوي في التطبيق في نص المادة53ق أ ج، مجلة الدراسات الأكاديمية، المجلة10،ع02، ص ص 414/390 ،جوان2023، ص395.

[2]- محمد بن عبد العزيز عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، وعلاقته بالتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العربية جامعة نايف العربية، الرياض، 2011-2012، ص118.

[3]- أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الذاتية المعاصرة في الفقه الإسلامي القانوني، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر2007، ص ص 56،55.

أجل الحفاظ على سير وظائف الحياة في جسده على نحو طبيعي وأن يحتفظ بتكامله الجسدي وصحته ويتحرر من أي ألم بدني أو نفسي فهو حق أساسي لبقاء الفرد.[1]

ونصت على الضرر الجسماني نصوص تشريعية لحماية هذا الحق، منها المواد من 34 الى 35 من دستور التي نصت على ما يلي: حماية الحقوق الأساسية، والحريات، وكذا معاقبة كل ما يمس وبتعدي على السلامة البدنية، والمعنوية، وبإضافة للمادة 140 مكرر 1 من ق م ج، إذا انعدم المسؤول من الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر". [2]

كتعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع بإنقاص الذمة المالية للزوج المخلع (نفقه العدة، نفقه الإهمال، نفقة الأولاد)، كلها انقاص في الذمة المالية مما يسبب ضعف في جسمه وإنهاك لما كان يبذله لتقديم نفقات بعد فك الرابطة الزوجية.

وكما نجد المشرع الجزائري في نص المادة 2/54 من ق ج حدد بدل الخلع بحصر قيمته في صداق المثل، إلا أن هذا يحدث ضررا كبيرا بذمة الزوج المخلع وخذا ما سنتناوله في الفرع القادم.

ب/- الضرر المالي:

الضرر المالي هو ما يصيب الإنسان في ماله ويسبب له خسارة مالية بتفويت أو إتلاف كلي أو جزئي، أو إنقاص قيمته عما كان عليه قبل التغيب أو تفويت منفعة من

[1]- جوابي فلة، تعويض الضرر الجسدي في نظام التعويض الخاص، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، ع02، ص ص 1397/1384، جامعة يوسف بن خدة-الجزائر-ديسمبر،2021، ص 1386.

[2]- جوابي فلة، المرجع نفسه، ص ص 1387،1386.

منافعه على صاحب الحق، فأساس التعويض عن الضرر المالي هو إثبات إتلاف المال أو خسارته.[1]

ويكون التعويض عن الضرر المالي هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، والا كان التعويض متمثلا في تغريم المسؤول عن الضرر نظير إتلاف أو خسارة ما أتلف من مال.

والتعويض هو الوسيلة الوحيدة لجبر الضرر المالي، وبالتالي عدم تخير المضرور وذلك تطبقا لقول الرسول صل الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرارا"، ولا يجوز شرعا أن يقابل الضرر بمثله تشفيا أو انتقاما، وعلى المتضرر أن يطالب بالتعويض وإزالة الضرر.[2]

ثانيا: الضرر الغير المادي:

ينقسم الى نوعين ضرر أدبي وضرر معنوي.

أ/- ضرر أدبي: هو كل أذى يصيب الشخص في شرفه و عرضه من فعل أو تصرف أو قول يعد مهانة له، كالسب أو القذف حيث يصاب الشخص بألم في جسده وعاطفته، كالضرب الذي لا يحدث جروح ولكنه مهانة له، أ, تحقير في مخاطبته، وغير ذلك.[3]

مصطلح الضرر الأدبي لفظ حديث: غير أن هذا لا ينفي وجوده في الفقه الإسلامي، وذلك بالإطلاع على كتب الأقدمين، نجد لفظ الضرر الأدبي كان معروفا لديهم، غبر أن استخدموا ألفاظ مختلفة، فهذه الفكرة معروفة منذ القدم.[4]

---

[1]- جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري،(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار2020-2022، ص 364.

[2]- جرادة لخضر، المرجع نفسه، ص 364.

[3]- علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ط3، المطبعة الفنية المدنية، مصر، 1971، ص 52.

[4]- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأول في(الفقه الإسلامي والقانوني)، ط3، دار الجامعة الجديدة، مصر2007، ص 68.

والضرر الأدبي لا يستوجب تعويضا ماليا في الفقه الإسلامي وهذا باتفاق الفقهاء، وذلك راجع إلى أن طبيعة التعويض والغرض منه لا تتلاءم مع طبيعة الضرر الأدبي.

ب/- الضرر المعنوي:

تعددت التعريفات بشأن مصطلح الضرر المعنوي.

عرف البعض على أنه: الأذى الذي يصيب الشخص في مصلحة مشروعة غير مالية كالمساس بالحرية، بالشرف، كالقذف والسب، أو المساس بحق الحياة التي تعتبر من الحقوق اللاصقة بالشخص، (الاعتداء على الحياة الخاصة للشخص بالتطفل أو الاستهزاء بإسمه أو صورته، أو على ملكيته { تشويه عمل فني للشخص}).[1]

وعرفه الدكتور نجد مصطفى الجمال على أنه: " الضرر الذي يصيب الشخص عادة في شرفه واعتباره كالضرر الذي يصيب الشخص نتيجة التشهير باسمه أو صوره، أو سب يصيب شعوره وعاطفته، كما هو الحال في الضرر الذي يصيب الأم من جراء اختطاف ولدها.[2]

وأيضا عرف على أنه:" إخلالا بمصلحة غير مالية كالضرر الذي يصيب المتضرر في شعوره وعاطفته وكرامته، كسب شخص لفقد شخص عزيز عليه، هنا يكون إيذاء للشخص.[3]

الملاحظة في جميع التعريفات أنها ركزت على لفظة الضرر المعنوي، وهو الضرر الذي يصيب مصلحة مالية للشخص، وإنما تقع على سمعته أو اعتباره أو كرامته، وعليه فإن

[1]- مصطفى عبد الحميد عدوى، النظرية العامة للالتزام، مصادرة الالتزام، ط1، م س ن، 1996،ص19.

[2]- هبة نعيم أبو حطبة، التعويض عن الضرر المعنوي، رسالة لنيل الماجستير تخصص القانون الخاص، جامعة الأزهر غزة،- فلسطين2018-2019،ص ص 15،16.

[3]- سوزان على حسن، الوجيز في القانون المدني(النظرية العامة للقانون للحق)، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر،2004، ص 226.

الضرر المعنوي لا يمكن تقويمه بالمال لأنه يتعلق بشعور وأحاسيس الشخص وهي مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر ذلك باختلاف مركزه، السياسي والاجتماعي والاقتصادي.[1]

المطلب الثاني

مدى الاعتراف بأحقية الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي

نتطرق في هذا المطلب شروط الضرر الموجب للتعويض (الفرع الأول)، ثم اثبات الضرر الموجب للتعويض (الفرع الثاني)، ثم مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض

لكي يكون الضرر موجبا للضمان يجب توافر على عدة شروط، إذ لقد تطرقنا اليها، أنفا بالتفصيل من خلال(المعايير الذاتية والموضوعية)، ولكن سيتم في هذا الفرع اسقاط هذه الشروط على موضوع دراستنا الخلع التعسفي، وأن يكون الضرر يسبب خلع أو مصلحة مشروعة شرعا وقانونا(أولا)، وأن يكون محقق الوقوع(ثانيا)، وأم يكوون مباشر الوقوع(ثالثا)، وأن يكون ذاتيا شخصيا(رابعا)، وأن يكون قد سبق الضمان عن الضرر(خامسا).

أولا: أن يكون الضرر سبب حق أو مصلحة مشروعة شرعا وقانونا:

يجب مساءلة المتعدي سواءا كان هذا الضرر اللاحق ماديا أو معنويا، لكون هذا الضرر مس مصلحة أو حق يحميه القانون،[2] بمعنى أن تكون المصلحة التي تعدى عليها بالضرر مصلحة مشروعة شرعا وقانونا غير مخالفة لنظام العام والآداب العامة.

---

[1]– هبة نعيم أبو حطاب، المرجع السابق، ص ص16،17.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص ص 157،158.

هذا من جهة أما إذا كان الحق غير مشروع فإنها لا ستوجب التعويض.[1]

كالضرر الذي يلحق الزوج من جراء تعسف الزوجة له بهدف تحقيق مصالح مالية أو نفسية، كقصد الزوجة إلحاق صفة الزوج المختلع وإهانته، والانتقام منه، ومعاقبته دون وجود سبب أوسع وجوده، لكنه يعتبر تافها إذ ما قورن بالضرر المادي والمعنوي المترتب عن طال الخلع.

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع:

لا ينبغي الاكتفاء بالإخلال بمصلحة مشروعة للمطالبة بالتعويض، بل لابد من تحقق هذا الإخلال من أن يكون محققا، بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلا وأن يكون آيلا للوقوع، لكون الضرر الذي يصيب الغير يكون واقع تحت فرضيته قد يقع وقد لا يقع.[2]

لقد أجمع الفقه القانوني في هذه المسألة: ن الضرر إذ لم يكن قد وقع فيكفي أن يكون حقيقي مؤكد الوقوع حتى ولو كان واقعا في المستقبل، لكون هذا الأخير غير الضرر المحتمل، حيث لا تكون صعوبة في التعويض عنه، وذلك لاتضاح معالمه وحدوده بصفة نهائية مما يسهل على القاضي الأخذ به والحكم بالتعويض عنه.[3]

أمثلة عن ذلك:

- الضرر النفسي الذي يصيب الزوج والأمراض النفسية عن جراء قيام الزوجة بمخالعته.
- تعرض الزوج المخلوع للخسارة المادية (تكاليف إعادة البيت الزوجية)، الصداق، تكاليف وقت الزواج).

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري،المرجع السابق ص 78.

[2]– أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون الاسرة الجزائرية، مصادر الالتزام ج1، د دط، د، الجزائر 1994، ص 249.

[3]– حفصة دونة، المرجع السابق، ص 288.

- الصدمة النفسية والشعور بالنقص وإهانة كرامة الزوج في العائلة والأقرباء، لحمله لقب الزوج المخلوع التي تعتبرها إهانة وبصمة عار على الجبين.
- خسارة الجو الأسري، بتشتت الأولاد " نظرة المجتمع لهم بترسيمهم بلقب "أبناء المخالعة" أو بالأحرى "أبناء المخلوع".

ثالثا: أن يكون الضرر مباشر الوقوع:

الضرر في هذه الحالة ينقسم إلى قسمين هما:

أ – الضرر المباشر: هو العبارة الذي ينشأ عن الفعل أو التصرف الضار، بمعني وقوع الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب آثار مؤكدة الوقوع أو مستقبلية، [1]وحتى يكزن الضرر مباشر يجب توافر على علاقة سببه، بين وبين الفعل،[2] والضرر المباشر هو الذي يستطيع الشخص المضرور أن يتجنبه ببذل عناية الرجل العادي،[3] ومثال عن ذلك الخلع الذي ينتج عن التعسف في استعمال الحق في إيقاع الخلع، كأن تمارس الزوجة بعد فترة قصيرة من الزواج حققها في الخلع دون سابق إنذار، فتسبب لزوج ضرر ماديا ونفسيا من جراء الانفصال.

ب – الضرر الغير المباشر: هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يكون باتصال مباشر، حيث يكون الفعل الأصلي عاما لازما، إذ لا يكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تتداخل فيه عدة أسباب أخرى.[4]

[1]– مسعودة الياس نعيمة، المرجع السابق ص260.

[2]– علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2008، ص 170.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، ط2، موقع لنشر، الجزائر2010، ص296.

[4]– مسعودة نعيمة الياس، مرجع نفسه، ص 260.

رابعا: أن يكون الضرر ذاتيا شخصيا

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء التعدي على حق من الحقوق أو المصلحة مشروعة متعلق به شخصيا، وهذا ما يبرز الطابع الشخص لهذا الأخير سواءا كان ماديا أو معنويا وهذا أما يوجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض(الصفة الذاتية)، عن الفعل الضار، كما يجب أن تتوافر فيه الصفة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة،(الشروط الموضوعية لرفع الدعوى).[1]

غير أن الضرر الشخصي قد ينجر عليه حالات أخرى، كالأذى الذي يصيب الغير كالأضرار التي تصيب الخلق الخاص نتيجة وفاة السلف، لكون القاعدة العامة تقضي في هذه الحالة ما يلي:

- يحق لورثة المتوفي المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق ، حيث لا تكون من الجروح أو الأذى الذي أحدث وإنما من الأسباب التي أدت إلى الموت، فإن ورثته لهم الحق بطالبة المسؤول عن الضرر بالتعويض الذي سببه لمورثيهم نتيجة الفعل الضار.[2]
- نفس الشيء بالنسبة لدعوى الخلع حيث يحق لورثة الزوج المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق عن الفعل الضار، أثناء حياته، كما يحق للورثة إذا توفي الزوج المختلع قبل التعويض له عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق، وبعد مطالبة في دعواه ينتقل حق المطالبة بالتعويض الى الورثة، لكون بدل الخلع يدخل في الذمة المالية للورثة.

[1]– مسعود نعيمة الياس، مرجع سابق، ص 259.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام ق م ج (الواقعة القانونية، الفعل الغير المشروع الاثراء بلا سبب)ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2008 ص 208.

خامسا: أن لا يكون قد سبق التعويض عن الضرر

يعتبر هذا الشرط بديهي لكي نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر قد عوض عنه أو قابل للتعويض، لكون اذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه فلا مجال للتعويض عنه مرة أخرى.[1]

فلا يجوز للمضرور الحصول على أكثر من تعويض للضرر نفسه، إذ قام بإحداث الضرر بمحض إرادته، فيعتبر الشخص الضار قد وفى بالتزامه اتجاه المضرور، وبالتالي لا يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر.[2]

الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض

القاعدة العامة تقضي أن صاحب الحق لا يثبت ممارسة حق القانون وإنما يسعى خلاف ذلك، وجب عليه الإثبات بكافة الوسائل، وفق للقاعدة القانونية" البينة على من ادعى واليمين على من أنكر".

حيث يحق للزوج المختلع والمتضرر من تعسف زوجته في ممارسة حقها في الخلع فوفقا للقواعد المقررة في مسائل الأحوال الشخصية، فإن الإثبات يكون بكافة وسائل الإثبات والقرائن(شهادة الشهود، المعاينة المادية، البينة، اليمن ....الخ)، وهنا وجب إثبات التعسف الواقع على الزوج حتى يتم إنصافه قضاء من ناحية التعويض عن الضرر الناتج عن الفعل

[1]– محمد بن عبد العزيز أبو عباه، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بعوض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا جامعة نايف، الرياض، السعودية، 2011–2012،ص129.

[2]–بن نقوض فاطمة الزهراء، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم2018–2019، ص 81.

– المادة124 مكرر من ق م ج نص على: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية: – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير. – إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة. – إذا كان العوض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

أو التصرف الغير المشرع، إذ وجب عليه إثبات التعسف أو سوء النية في الإضرار به ماديا ونفسيا، ولو بالقرائن القضائية، تحقيقا لنص المادة124مكرر من ق م ج.[1]

ونتطرق في هذا الفرع الى عبئ إثبات الضرر الموجب للتعويض. (أولا)، ثم وسائل إثبات الضرر الموجب للتعويض(ثانيا).

أولا: عبئ إثبات الضرر الموجب للتعويض

من خلال القاعدة القانونية السالفة الذكر، أن صاحب الحق لا يتحمل عبئ إثبات مشروعية استعمال حقه وهذه القاعدة لا شك فيها، لكون الأصل عبئ الإثبات يقع على المضرور وذلك بالرجوع إلى القاعدة العامة التي تقضي أن إثبات الضرر في المسؤولية الناتجة عن التعسف في استعمال الحق تقع على عاتق المضرور، طالب الضمان، ولا يستطيع السير في الدعوى قبل إثبات الضرر.[2]

ثانيا: وسائل إثبات الضرر الموجب التعويض

بالعودة إلى القاعدة العامة التي تحكم عبئ إثبات الأحوال الشخصية في دعوى مسؤولية عن الأفعال الشخصية، فإن اثبات المضرور للضرر يكون بكافة طرق الإثبات، كالبينة والقرائن وشهادة الشهود وغير ذلك هذا كقاعدة عامة، إلا أن الضرر الناتج عن الخلع كان ماديا أو معنويا يكون: بالمعاينة المادية، أو بواسطة الشهادة الطبية، أو تقدير الخبراء .... إلى غير ذلك،[3] إلا أن إثبات الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقرها محكمة

[1]– بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجل الصدى لدراسات القانونية والسياسية، ع1، ص ص11/1، جامعة المدية، ديسمبر 2019، ص 9.

[2]– حسن كيرة، مرجع سابق، ص79.

[3]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 289.

الموضوع حيث ترجع السلطة التقديرية للقاضي في تحديد بدل الخلع(التعويض)، كما لا يخضع قضاة الموضوع في هذه المسائل لرقابة المحكمة العليا.[1]

الضرر الموجب للتعويض هو عبارة عن الضمان الذي يطلبه المتضرر جراء تضرره من صاحب الحق، ويمكن إثباته بكافة الطرق لكونه واقعة حقيقية مادية، أما الضرر الناشئ عن الخلع فيمكن تكيفه ضمن الضرر المفترض (مستقبلي قد يقع وقد لا يقع)، فإنه وجب على الزوج المختلع الذي يدعى تعسف زوجته، أن يثبت التعسف الحاصل بكافة الطرق القانونية المنصوص عليها في قانون الأحوال الشخصية.[2]

وعليه يمكن لزوج المتضرر إثبات تعسف زوجته المخالعة بكافة الوسائل القانونية، كإثبات وجود دافع سيئ أو سوء نية فيه أو عذر تافه فيه أو ضئيل للخلع...الخ، وأن مجرد استعمال الحق بغير المصلحة المشروعة، تستوجب رفع الضرر وقيام المسؤولية الشخصية التي بدورها تستوجب التعويض.[3]

وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الذي يقضي، إذا كانت الزوجة متعسفة وبالتالي يحكم بتعويض للزوج عما لحقه من أضرار أو يقضي بعدم تعسف الزوجة وإنما استعملت حقها في حدود ما وضع له وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.[4]

أهم القرائن التي يأخذها القاضي لأجل استنباط نية الأضرار هي:

- انعدام كلي للمصلحة.
- تحقيق منفعة ضئيلة.

---

[1]- قرار المحكمة العليا الصادر في 18نوفمبر1986ملف رقم46297(غير منشور)، نقلا من بلحاج العربي المرجع السابق ص169.

[2]- حفصة دونة، المرجع نفسه، ص 291.

[3]- حفصة دونة، المرجع نفسه، ص 291.

[4]- حفصة دونة، مرجع نفسه، ص 291.

- حالة حدوث ضرر لا يتناسب مع المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق.
- فداحة الأضرار التي أصاب المضرور مقارنة بالسلطة التي تبتغيها الزوجة من وراء الخلع.

الفرع الثالث: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

بدل الخلع هو كل ما يصلح أن يكون مهرا أصح أن يكون بدلا من الخلع،[1] ولا تقدير فيه وذلك باتفاق جمهور الفقهاء، حيث يكون البدل نقدا أو عقارا أو منقولا أو غير ذلك.[2]

المشرع الجزائري نص على بدل الخلع ولم يضبطه بضوابط، سواءا كانت الزوجة متعسفة فيه أو لم تتعسف فيه، وسواء تضرر منه الزوج المختلع أو لم يتضرر، إلا أن هذا يتنافى مع ما هو منصوص في القواعد العامة عن التعويض الضرر الناتج عن الفعل الغير المشروع، حيث هذه الأخيرة تلزم صاحب الحق تعويض المضرور إذ ما لحق به ضرر نتيجة لتصرف ضار أو لتعسف في استعمال الحق.

وهذا ما جاء به المادة 124مكرر من ق م ج، لكونها تعتبر التعسف صورة من صور المسؤولية التقصيرية الموجبة للتعويض.[3]

كما حدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري بدل الخلع، باتفاق الزوجين أو تحديد قيمته من طرف قضاة الموضوع، وذلك بالسلطة التقديرية المخولة لهم، حيث حدد تعويض المضرور بصداق المثل ويكون من وقت صدور الحكم، وهذا ما نص عليه المادة

[1]– العربي الحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص ص 267،268.

[2]– محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب المنية، والمذهب الجعفري، والقانوني أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة4 الدار الجامعية للطباعة والنشر، د س ن، ص ص 565،566.

[3]– المادة124/ن ق أ ج، نص على: هو كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض.

2/54 من ق أ ج إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي مما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

أهم الانتقادات الموجهة للمادة 2/34 من ق أ ج:

- إجحاف في حق الزوج المختلع في التعويض عن الضرر، وذلك بعدم مراعات ما لاحقه من أضرار مادية ومعنوية، (الذمة المالية، تخريب أسرته).
- تقيد سلطة القاضي في تقريره وحصر قيمة بدل الخلع وهذا إما يتنافى مع القاعدة العامة للتعويض، سواءا كان ذلك باتفاق الزوجين أو بنص قانون وذلك لمراعاة ما لحق الزوج من خسارة وما فاته من كسب (وهذا ما نصت عليه المادتين182ق م ج و182مكرر من ق م ج).[1]
- جعل التعويض عن كل خلع يقضي به قضاة الموضوع، سواءا كان للزوجة أسباب كافية أو ضئيلة، وسواء كان لطلب الزوجة للخلع ميزة قانونية، غير أن هذا يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر الناتج عن الفعل الضار.
- جعل المشرع الجزائري في هذه المادة الضرر الناتج مفترض في جميع حالات الخلع، مهما كانت الحالات إلا أن الذي لا تسلم به أن درجة الضرر لا يكون واحدة، بل تختلف من زوج إلى أخر وهذا ما لا يتفق مع نص المادة السالفة الذكر بقوله:" حصر بدل الخلع ما لا يتجاوز قيمة صداق مثل". لكون تغيلب حالة عدم اتفاق الزوجين وهي الحالات الغالبة في دعاوي الخلع.[2]

[1]– المادة122من ق م ج على أنه: إذ لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون القاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما الحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط هذا نتيجة طبيعته لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر في الوفاء به، يعتبر الضرر نتيجة طبيعته إذ لم يكن في استطاعته الدائن أن يتوقف ببذل جهد معقول.

[2]– راضية بشير، محمود نكاز، حق الزوج في تعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسة، مجلد10، ع03، ص ص 353/338، جامعة سكيكدة، ديسمبر2019، ص346.

المبحث الثاني

الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الخلع.

إذا غابت المحبة بين الزوجين، وحل محلها الكراهة والبغضاء ووجدت المشاكل وظهرت العيوب من الزوجين أو من أحدهما ولم يثمر الصلح بينهما فان الله عز وجل جعل للخروج من ذلك سبيلا ومخرجا، وكما جعل الله الطلاق بيد الزوج إن كان ذلك من قبله، جعل الخلع بيد المرأة وأباحه لها بان تعطي الزوج ما أخذت منه أو اقل أو أكثر ليفارقها.[1]

لكن وبالرغم من أن الخلع حق شرعي للمرأة أباحته لها الشريعة الإسلامية وأقره لها القانون إلا أنها في بعض الحالات تتعسف في استعمال هذا الحق وتستخدمه في غير المقصد الذي شرع له متسببة بذلك في اضرار للغير، وبالتالي تقع عليها مسؤولية ويترتب عن ذلك جزاء.

– فما هي الجزاءات المترتبة عن التعسف في استعمال الخلع؟

هذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا المبحث من خلال معرفة جزاء التعسف في استعمال الخلع في الفقه الإسلامي (المطلب الأول) وفي الفقه القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول

جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي.

يترتب عن التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية جزاء دنيوي قد يكون ماليا أو عينيا أو عقوبة تعزيرية وجزاء أخروي.

[1]– محمد بن ابراهيم التويجري" مختصر الفقه الاسلامي في ضوء القران والسنة" ط 16،دار اصداء المجتمع ، المملكة العربية السعودية 2014 ص867.

الفرع الأول: الجزاء الدنيوي

وهو ثلاثة أنواع.

أولا / الجزاء العيني

يقصد بالجزاء العيني مطالبة المتضرر في كل الأحوال لتعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل الضرر،[1] ويتخذ الجزاء العيني عدة صور تختلف باختلاف حالات التعسف يمكن تقسيمها إلى قسمين، تصرفات قولية وتصرفات فعلية.

1- التصرفات القولية: يقصد بالتصرفات القولية العقود التعسفية كنكاح التحليل، الوصية والهبة الصورية وغيرها، رتبت عليها الشريعة الإسلامية جزاء يكون بأحد الأشكال التالية:

أ- إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب أثار عليه: مثل نكاح التحليل عند جمهور الفقهاء ووصية الضرار والطلاق البائن في مرض الموت ومنه الخلع.

ب- إجبار الممتنع عن استعمال حقه باستعماله: ومثال على ذلك اجبار الولي على تزويج المولى عليها إذا عضلها في الزواج.

ج- سلب الحق من صاحبه: كحرمان السفيه من التصرف في أمواله، وسلب الولاية من الولي في حال امتناعه عن تزويج المولى عليها من وقيام القاضي بتزويجها.[2]

2- التصرفات الفعلية: يترتب عن إساءة استعمال الحق في التصرفات الفعلية في الشريعة الإسلامية جزاء يكون بأحد الأشكال التالية:

أ- إزالة سبب الضرر: وذلك بالمنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع أو إزالته إذا أمكن وقطع سبله بعد الوقوع للحد من استمراره مستقبلا. مثال ذلك من بنى بملكه حائطا عاليا

[1]- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي القضايا المعاصرة ،المرجع السابق ص 29.

[2]- جميل فخري محمد جانم" متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي " ط1 دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص 109

بحيث يمنع انتفاع جاره بملكه على وجه معتاد ويعطل منافعه المقصودة من الملك بان يحجب عنه الهواء والشمس فيهدم الحائط بالقدر الذي يزول معه هذا الضرر الفاحش.[1]

فالقاعدة الفقهية تقول لا ضرر ولا ضرار أو الضرر يزال.

ب- منع صاحب الحق من استعمال الحق فعليا: ومثال ذلك منع الغاصب من هدم ما بناه على الأرض المغصوبة إذا لم تعد عليه فائدة من ذلك بالرغم من أنه في الأصل هو مالك ما بناه على هذه الأرض.[2]

ج- الإجبار على استعمال الحق: وذلك بإجبار صاحب الحق على استعمال حقه إذا كان التعسف سلبيا بالامتناع عن استعمال الحق، وبالتالي فان الجزاء العيني في التصرفات ومن باب الاحتياط يمنع قبل وقوعه إذا أمكن ذلك أما في حال ما وقع فعلا فتجب إزالته ويتحمل الضرر صاحب الحق المتعسف فيه وذلك وفقا لمبدأ الموازنة بين المضار وعملا بقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف" وكذا قاعدة " يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ".[3]

ثانيا / الجزاء التعويضي (الضمان)

الجزاء التعويضي أو الضمان هو جزء من الجزاءات التي تلحق بصاحب الحق المتعسف في استعماله، سواء كان ضررا ماديا أو أدبيا يلجأ إليه في حالة تعذر التعويض العيني.

فالجزاء التعويضي هو تعويض مالي محض أو هو العقوبة التي تصيب مال الشخص كالغرامة والمصادرة، ولما كان الأصل وجوب إزالة الضرر إن وجد عملا بالقاعدة الفقهية " الضرر يزال." والقاعدة الفقهية "الضرر يدفع بقدر الإمكان " فإذا تعذر إزالة الضرر وجب التعويض عن الضرر الواقع بسبب سوء استعمال الحق، فيعوض المتضرر بالمثل أو القيمة إن عجز عن المثل ويتولى القاضي تحديد التعويض ويستعين بالخبراء في تقدير القيمة.

---

[1]- فتحي الدريني، المرجع السابق ص 89.

[2]- فتحي الدريني، المرجع نفسه ص 289.

[3] – العربي مجيدي "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الاسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجيستر، كلية أصول الدين خروبة، الجزائر 2021-2022.ص133.

وينقسم الضرر الواقع على الغير نتيجة سوء استعمال الحق إلى قسمين:

الضرر المادي: إذا نتج ضرر عن سوء استعمال الحق أو التعسف في استعماله وجبت إزالته، فإن لم تكن إزالته عينا ممكنة وجب تداركه بالضمان عن طريق التعويض المالي العادل، فيعوض المتضرر بالمثل أو بالقيمة إذا عجز عن المثل.

وعلى سبيل المثال نذكر من سقى مزرعته فوق المعتاد وتسبب في ذلك بأضرار لجاره.

الضرر المعنوي (الأدبي): وهو الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية، فإن كان الضرر الواقع معنويا أو أدبيا فإنه لا يمكن إزالته عينا وعليه فقواعد الشريعة الإسلامية لا تأبى تقرير التعويض عنه.

ويقال أن الضرر المعنوي غير متقوم لان التقويم يعتمد الإجراء والإجراء يعتمد البقاء والبقاء لأعراض، وباعتبار أن الضرر الأدبي عرض فهو غير متقوم وبالتالي لا يمكن تعويضه بالمال، بالإضافة إلى أن الشريعة الإسلامية شرعت الحد لجريمة القذف وهو ضرر معنوي. كما شرعت تعويض ما ليس بمال كالدية ومهر المثل وبدل الخلع، فلا مانع من تعويض الأضرار المعنوية بالمال إزالة للضرر قدر الإمكان.[1]

ثالثا / الجزاء التعزيري

أوجبت الشريعة الإسلامية التغرير على من استعمل حقه استعمالا تعسفيا، من أجل ردع الجاني ومنع استعمال الحق بقصد الإضرار بالآخرين ويظهر ذلك في أقوال الفقهاء وأفعال الصحابة.

منها ما رواه انس أن عمر بن الخطاب كان إذا أتى برجل طلق امرأته ثلاثا أوجع ظهره، كما يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:" أيلعب بكتاب الله."

[1]– فتحي الدريني، المرجع السابق ص 290.

كما يعاقب أيضا من تزوج امرأة بنية تحليلها لزوجها الأول، فان قام النكاح على شرط التحليل مع علم الشهود عوقب الزوج والولي والشهود تعزيرا.[1]

فالتعزير هو تأديب عن ذنب أو معصية لا حد فيها ولا كفارة، ترك الشارع حق تقديره لرأي الحاكم المسلم نوعا ومقدارا يوقعه عليه على كل معصية وفعل محضور لم يرد لهما في الشرع عقوبة محددة ويصبح هذا الأمر موكل للقاضي يتصرف فيه وفق سلطته التقديرية.

يقصد بهذا الجزاء العقوبات المقررة على الجرائم التي لم تضع لها الشريعة الإسلامية عقوبة مقدرة.[2]

الفرع الثاني: الجزاء الأخروي

الجزاء الأخروي هو جزاء اختصت وامتازت به الشريعة الإسلامية ويقصد به ترتيب الإثم والعقاب في الآخرة على المتعسف، إذا ثبت قصد الإضرار أو التحايل على أحكام الشريعة.[3]

فالتعسف في استعمال الحق أمر غير مشروع حكمه الشرعي هو التحريم والمنع، ويكون إما بعمل يناقض قصد الشارع أو عمل ينتج عنه إضرار بالغير، وفي الحالتين يعتبر هذا العمل ممنوع شرعا، يترتب عليه أثم كبير وعقوبة شديدة في الآخرة.

ويعتبر هذا الأمر مهما جدا في استقرار المجتمع باعتباره ردعا لكل معتدي ومتعسف ففي حالات كثيرة لا يمكن إثبات التعسف أمام القضاء فيبقى الجزاء الأخروي يردع ويمنع الإنسان المؤمن من التعسف، فالمؤمن يمنع عن التعسف والظلم خوفا من الله عز وجل قبل الخوف من السلطة الحاكمة والعقوبة الدنيوية.

[1]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ص 112.

[2] -جميل فخري محمد جانم. المرجع نفسه ص 191

[3]- العربي مجيد، المرجع السابق ص 134.

فالشريعة الإسلامية مبنية على عقيدة دينية، تحتل فيها مسألة الحلال والحرام المرتبة الأولى في أحكامها، ثم تأتي القواعد التشريعية الملزمة، أي التي يجب تنفيذها قضاءا فكان بذلك نظاما روحيا ومدنيا معا.[1]

ويبقى الجزاء الأخروي أبقى وأعظم من الجزاء الدنيوي لما له من أثر بالغ في توجيه النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وإتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه.[2]

فالله سبحانه وتعالى لا يخفى عليه شيء في الأرض ولا في السماء وكل إنسان يتحمل جزاء عمله خيرا كان أو شرا مصداقا لقوله تعالى:" فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ."[3]

فالإنسان المؤمن الصالح يترك التعسف المنهي عنه شرعا بغاية تحقيق مقصدين هما:

- **المقصد الأول:** وهو ابتغاء مرضاة الله.

- **المقصد الثاني:** وهو الخوف من العقاب في الآخرة.

يرتبط كل من هذين المقصدين بالآخرة، ويقوم عليهما مجتمعين مقتضى الإيمان بالله عز وجل، فالمتعسف إذا لم يردعه دينه وإيمانه من التعسف، كان في الجزاء الأخروي هدوء وطمأنينة لنفس المتضرر، إيمانا بأن الشخص الظالم والمتعسف سيلقى جزاءه ويعذبه الله يوم القيامة.[4]

كما أولت الشريعة الإسلامية عناية كبيرة لبيان الحكم وتفصيله ومنع الظلم والتعسف فيه خاصة في مواضيع الأحوال الشخصية كالطلاق والخلع باعتباره نوع من أنواع الفرقة

[1]- فتحي الدريني، المرجع السابق ص 291.

[2]- بلحورابي سعاد، المرجع السابق ص 31

[3] - سورة الزلزلة الآيتان 7 و 8 .

[4]- فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 291.

ترغيبا وترهيبا ، ويرجع السبب لهذه العناية أن المضارة في الطلاق عامة وفي الخلع خاصة أمر خفي بين الزوجين يصعب إثباته أمام القضاء ، فيحدث في حالات كثيرة أن تطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لغير ما شرع له ويصعب على الزوج أن يثبت تعسفها أمام القضاء فبإمكانها ادعاء ما تشاء، وحتى وان تم إثبات التعسف فإن الخلع ينفذ في الغالب وتترتب عليه آثار ومضرة . وينتج عن هذا الضرر الحاصل جزاء دنيوي هو بدل الخلع وجزاء أخروي. ليكون ردعا لكل من تسول لها نفسها إساءة استعمال حق الخلع، كل هذا حماية للأسرة وضمانا لاستقرارها وتضييق سبل هدمها.[1]

ومن أمثلة ذلك نذكر من التعسف في استعمال الخلع، خلع المريضة مرض الموت بقصد الإضرار بزوجها وحرمانه من الميراث، يترتب عليه الإثم والجزاء الأخروي فضلا عن الجزاء الدنيوي والمتمثل في هذه الحالة في توريثه منها.[2]

المطلب الثاني

جزاء التعسف في استعمال الخلع في الفقه القانوني.

استقر القضاء على أن الطلاق الغير مبرر يعتبر طلاقا تعسفيا وعليه وقياسا على ذلك يتوجب على كل زوجة مخالعة تبرير أسباب لجوئها إلى الخلع وان يوافق استعمال حقها في الخلع نص المادة 124 من القانون المدني وإلا اعتبرت متعسفة في استعمال حقها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أعفى الزوجة من تبرير طلبها للخلع، فيكفي أن تدعي أنها لا تطيق زوجها وأنها تخاف على نفسها ألا تقيم حدود الله، الأمر الذي يبعد عنها أي تعسف في استعمال حقها، ما يترتب عليه في المقابل حرمان الزوج من إمكانية تعويضه عن الأضرار اللاحقة به جراء هذا التعسف. على عكس الطلاق التعسفي الذي يسمح للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها.[3]

---

[1]– أيمن مصطفى الدباغ " التعسف في الطلاق " مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، مج 18 العدد 01 ص ص 63/،101 فلسطين 2014، ص 80.

[2] – أيمن مصطفى الدباغ، المرجع نفسه ص 81.

[3] – مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق ص186.

وعليه كان من الأجدر لو طالب المشرع الزوجة بتسبيب طلب الخلع الذي تتقدم به واعتماد معايير وضوابط محددة في تقرير الخلع وعدم الاكتفاء بالبغض والكره فقط كسبب تتحجج به الكثير من الزوجات للإخفاء أسبابهن الحقيقية البعيدة عن الغاية الحقيقية التي شرع من أجلها الخلع، وبالتالي يكون على الزوج إثبات الضرر في حالة ادعائه التضرر بالتزامه بإثبات أحد معايير التعسف في تصرف الزوجة كأن يثبت الضرر الفاحش الذي لحقه أو فداحة الأضرار التي أصابته مقارنة بالمصلحة التي تبتغيها الزوجة من وراء الخلع، ويحق له في ذلك استعمال كافة طرق الإثبات المقررة قانونا، ويحق للزوجة في مقابل ذلك إثبات دوافعها الحقيقية ونفي ما تقدم به الزوج، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقرير تعسف الزوجة من عدمه.[1]

وفي حال ثبت تعسفها في استعمال حقها وتضرر الزوج تتحمل جزاء ذلك.

والجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق ينقسم الى نوعين هما، جزاء تعويضي وجزاء وقائي.

الفرع الأول: الجزاء التعويضي

يعتبر الجزاء التعويضي الصورة العلاجية للتعسف بصفة عامة وللتعسف في استعمال حق الخلع بشكل خاص بعد وقوع الضرر، ويتمثل هذا التعويض في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض.

وحسب نص المادة 132 من ق م ج فإن القاضي يعين طريقة التعويض تبعا للظروف فقد يكون التعويض نقديا كما قد يكون بإعادة الحال إلى ما كان عليه إذا اقتضت الضرورة ذلك وبالتالي فهو يتوافق مع النصوص العربية الحديثة نذكر منها ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 66 من القانون المدني الأردني:" وجب الضمان على كل من استعمل حقه استعمالا غير مشروع". والفقرة الأولى من المادة 166 من قانون المعاملات المدنية الامراتي.

فالتعويض هو جزاء المسؤولية التقصيرية ويكون في الغالب نقديا كما يجوز أن يكون عينيا أي غير نقدي.[2]

[1] – عائشة معروف، المرجع السابق ص 195.

[2] – جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ص 195.

أولا / التعويض النقدي.

التعويض النقدي في الأصل هو عبارة عن مبلغ مالي من النقود يعطى دفعة واحدة، وبالرجوع لنص المادة 54 من ق ا ج في فقرتها الثانية نجدها تنص على: " إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم " والمقابل المالي للخلع أو بدل الخلع هو كل ما صح ان يكون صداقا، كون الصداق يجوز بكل ما يصح التزامه شرعا.[1]

وبالتالي فالمشرع الجزائري لم يمنح الزوج أي حق تعويض آخر واعتبر العوض الذي يتلقاه بمثابة تعويض.

فنلاحظ هنا أن المشرع الجزائري أقر بدل الخلع في كل حالات إنهاء العلاقة الزوجية عن طريق الخلع، سواء كان خلعا عاديا أم تعسفيا وسواء تسبب في إضرار للزوج أم لا، الأمر الذي يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر والتي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر وفقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني.

فالمشرع الجزائري اعتبر المقابل المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج مقابل مخالعته لها والذي لا يتعدى صداق المثل عند النزاع بدل خلع وليس تعويضا باعتبار أن هذا البدل يكون في كل خلع سواء كان للزوجة فيه مبررات شرعية أم لا. كما أنه حدد التعويض بما لا يتجاوز صداق المثل وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حرم الزوج من التعويض في حال تعسف الزوجة في طلب الخلع.[2]

فكان من الأجدر لو أنصف المشرع الجزائري الأزواج خاصة فيما يتعلق بمقابل الخلع ، كأن يترك تقديره للقاضي يحكم به استنادا لحجم الضرر الحاصل للزوج وإلى قرائن محددة قانونا من باب السياسة الشرعية ، كالذي عمل به المشرع المغربي الذي أقر في المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية وبالتحديد في حال اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما حول بدله ففي هذه الحالة المحكمة تراعي في تقديره مبلغ الصداق فترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة، فبداية يجتهد القاضي في محاولة الصلح بين الزوجين فإن تعذر

[1] – العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص 268.

[2] – مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق ص 186.

عليه ذلك تراعي المحكمة أثناء تقديرها لبدل الخلع حال الزوجين اجتنابا لأي مبالغة أو إجحاف في تقديره.[1]

ثانيا/ التعويض غير النقدي:

التعويض غير النقدي هو ما يكون من غير عوض ملموس ومثال ذلك أن يحكم القاضي بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف في حالة السب والقذف، فيعتبر هذا النشر بمثابة تعويضا معنويا أي غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي.

ويمكن اعتبار هذا النوع في حالة التعسف في المخالعة إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ به، وانحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط وهو ما يستخلص صراحة من نص المادة 54 من ق ا ج.

فباعتبار الخلع حقا من حقوق المرأة خاضع لإرادتها الشخصية كان على المشرع الجزائري التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، وهي ضوابط أخلاقية بحتة تضمن عدم المساس بالغير جراء سوء استعماله. فمن المحتمل أن المرأة قد تتعسف في استعمال حقها في الخلع كأن يكون زوجها رجلا ناجحا صالحا ملتزما بواجباته الأسرية والزوجية على أكمل وجه وتعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها وحبه لها.

ففي هذه الحالة تكون الزوجة قد أساءت استعمال حقها المقرر وانحرفت عن غايته والهدف منه فلو تم مساءلتها وترتيب عليها مسؤولية تجاه زوجها لتوفر العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها بتعويضه جراء هذا التعسف لكان لها ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لاستعمال هذا الحق.[2]

الفرع الثاني: الجزاء الوقائي

لا يقتصر الجزاء على الجزاء العلاجي فقط بل يتعدى ذلك ليشمل الجزاء الوقائي أيضا، بحيث يعمل هذا الجراء على منع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق ليحول دون وقوع

[1] – عائشة معروف، المرجع السابق ص 197.

[2] – حفصية دونة، المرجع السابق ص 294.

الضرر أصلا، وعليه فوجوب التعويض لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرر بمقتضاها تجنب حصول الضرر قبل وقوعه أو توقيفه كما يمكنه من طلب إعادة الحال إلى ما كان عليه فالجزاء الوقائي يعتبر من أهم مميزات نظرية التعسف في استعمال الحق غايته منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا تعسفيا قبل أن يترتب عن هذا الاستعمال أي ضرر.

فصاحب الحق هنا يلجأ الى القضاء ويطلب الاعتراف له بحقه وحمايته وتمكينه من استعماله، في هذه الحالة يتأكد القاضي أولا من وجود الحق من جهة ومن ان الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف وذلك قبل اجابة طلب المدعي.

ومن أمثلة ذلك عدم تمكين المؤلف من سحب مؤلفه إذا كان قد تصرف في حق استغلاله ماليا إلا بعد الحصول على إذن من الحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك.[1]

يتضح مما سبق أنه بالرغم من الحماية القانونية التي وفرها المشرع للمتضرر من التعسف إلا أنها تبقى غير كافية لردع التجاوزات التي تحدث داخل الاسرة سواء من طرف الزوج أو من طرف الزوجة اثناء ممارسة الحقوق الزوجية أو عند انحلالها، كالطلاق التعسفي والخلع التعسفي، ويعود السبب في ذلك الى النقص في التشريع والى البعد عن الوازع الديني والأخلاقي.

[1] / مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق ص 123.

خاتمة

خاتمة

هذا وبعد أن أتينا إلى بحثنا هذا الذي معهما بذلنا فيه من جهد فلن نلم بجميع جوانبه نظرا لاتساعه وتشعبه، ولكن يبقى أننا وفقنا من خلال مجموعة من النتائج الفرعية لصيقة بأهداف الدراسة وأسبابها والمتمثلة فيما يلي:

1- نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة في الفقه الإسلامي أثبت ذلك الأدلة الشرعية (القرآن الكريم، السنة النبوية الشريفة)، نص عليها في نصوص تمنع المضار والإضرار بالغير.

2- ضبط نظرية التعسف في استعمال الحق في معيارين أساسين: المعيار الشخصي الذي يقوم على معيارين فرعيين يتمثل في قصد صاحب الحق أو المصلحة من استعمال حقه، كاستعماله لغير المصلحة المشروعة ويسبب ضررا للغير، اعتبر متعسفا وألزم بتقديم مقابل نتيجة الضرر اللاحق من جراء الفعل الضار ومعيار موضوعي هو ذلك التصرف الغير مشروع دون مراعاة الغاية أو القصد منه كترتيب ضرر أكثر من المصلحة المرجوة أو يساويها ، فهنا يدرج ضمن التعسف لكون هذا المعيار يقوم على عنصر التناسب بين المصلحة والضرر.

3- اتساع حدود نظرية التعسف في استعمال الحق لتشمل الحقوق الخاصة للشخص، (الحقوق الزوجية).

4- نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، أوسع من القانون فهي جاءت شاملة لكافة الحقوق الخاصة والعامة والحريات الأساسية.

5- الخلع طلاق بالإرادة المنفردة وحق مقر شرعا وقانونا للزوجة، شرع من أجل عدم ارغام الزوجة على العيش مع الزوج التي أصبحت تبغضه وتخاف معصية الله في البقاء معه ومخافة الانحراف عن البعد المقاصدي الذي شرع له الزواج، غير أنه لا يجوز لها استعمال

هذا الحق بطريقة تعسفية بل يكون الهدف من الخلع فك الرابطة الزوجية لا الاضرار بالزوج ولا يكون الخلع لأسباب تافهة أو ضئيلة غير مشروعة، فالخلع مثل بقية الحقوق مقيدة بعدم التعسف في استعماله. (المادة 54 من ق أ ج).

6- الخلع حكمه الشرعي من الناحية الشرعية والقانونية سبيل لخلاص الزوجة من حياة تستعصي فيها المقاصد الشرعية التي أرستها أحكام الشريعة الإسلامية في الكليات الخمسة.

7- الضرر لم يعرف من قبل المشرع الجزائري بل أحالنا إلى القواعد العامة.

8- يتميز الضرر المعنوي أو الأدبي بأنه لا يسبب للمتضرر خسارة في ذمته المالية وإنما في ذمته المعنوية فهي ترتب عليه خسارة غير مالية نتيجة المساس بالجانب النفسي العاطفي للمتضرر والتي تحدد هذه الجوانب بتحديد الصور وأنواعه.

9- المنظومة القانونية الأسرية بالرغم من استحداثها لقواعد إجرائية خاصة بشؤون الأسرة إلا أنها تدخل في التعديل الجديد في فك الرابطة الزوجية بالخلع، وهذا ما قد يفسح المجال إلى تضارب الأحكام الصادرة حول قضية واحدة وهذا ما يعاب على المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جاءت عامة ولم توضح و جوبية اجراء الصلح في الخلع بالرغم من أهميته الكبيرة.

10- اعتراف المشرع الجزائري الصريح بحق التعويض للطرف المضرور إلا انه لم يضع له معايير وضوابط يستند عليها القاضي في تقديره لبذل الخلع.

11- موافقة القانون أحكام الشريعة الإسلامية قولا وتطبيقا في الجزاء الدنيوي سواء كان ماديا أو معنويا أو عقوبة تعزيرية وازادت الشريعة الإسلامية القانون في الجزاء الأخروي.

الاقتراحات:

1- إعادة النظر في القواعد التي نظمت عليها المنظومة القانونية للأسرة، من خلال العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية قولا وتطبيقا.

2- إعادة النظر من ذوي الاختصاص في التشريع الأسري بإضافة مواد قانونية توضح أحكام الخلع وتلم بكافة جوانبه من خلال:

- توضيح أحكام متعلقة بمخالفة الزوجة الرشيدة التي دون السن القانوني.

- تحديد بدل الخلع بان لا يتعلق بحق من حقوق الأطفال، وأن لا تكون مقابل الخلع حضانة الأطفال.

- تحديد حالات سقوط العوض عن الزوجة المخالفة ، اذا ما كانت الزوجة ماكثة في البيت وليست عاملة، السؤال المطروح كيف توفي الزوجة المخالعة حقها؟ يجب على المشرع أن يتطرق إلى هذه النقطة من خلال اقتراح لوضع صندوق للنفقة للماكثات في البيت كما هو الشأن بالنسبة للتشريع المصري الذي وضع صندوق تامين الأسرة وبنك ناصر الاجتماعي.

3- وضع مواد قانونية في الإجراءات المدنية والإدارية الخاصة بقسم شؤون الأسرة توضع من خلالها آليات التقاضي في حالة أحد أطراف العلاقة أجنبي، وهذا لكون مسائل الأسرة متعلقة بالنظام العام ومرجعية دينية.

4- وجوب تفعيل اجرائي الصلح والتحكيم في المخالعة ، ليس فقط كإجراء شكلي وإنما كإجراء فعلي.

5- سد الثغرات التشريعية فيما يخص مسألة تعويض من خلال وضع ضوابط ومعايير يستعين بها القاضي في تقديره للتعويض، وهذه الثغرات ساهمت في ارتفاع نسبة الطلاق بالإرادة المنفردة لذا وجب ضبط اجراءاته وتقييده بشروط موضوعية.

6- المساواة في مسألة التعويض بين الزوجين بما أن المشرع الجزائري منح حق الطلاق بالإرادة المنفردة لكليهما.

7- ضرورة وضع المشرع الجزائري بين يدي القاضي شؤون الاسرة المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض لعدم وقوع اجحاف في حق الزوج.

8- ضرورة فصل بدل الخلع الذي هو ركن من أركان الخلع والتعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق المخالفة.

9- تشريع إجراءات جنائية لكل الزوجين في حالة تجاوز الطرفين حدود الحقوق المكرسة سواء الحقوق العامة أو الحقوق الخاصة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

1. ابن إسحاق الشاطبي، إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة ، ج3، ط1، دار الكتب العلمية.
2. ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د س ن.
3. ابن منظور، لسان العرب، المجلد 09، ط4، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، 2005،
4. أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار التقوى للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1434هـ- 2012م، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيه، (3/ 139)، رقم: (2493).
5. أبي الوليد، سليمان بن خلف بن وارث الباجي الأندلسي، المنتقي في شرح موطأ مالك، د ط، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.
6. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشيخ الكبير للرقمي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، مصر ، 1977.
7. البخاري صحيح البخاري بشرح فتح الباري، دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 13 كتاب الطلاق حديث رقم 5273
8. الحافظ إسماعيل، تفسير القرآن العظيم، ج1، د ط، مطبعة دار احياء الكتب العربية، د س ن.
9. فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988.

10. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 3، د ط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ب س ن.
11. وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي القضايا المعاصرة، ج2، ط3، دار الفكر سوريا 2012 .

ثانيا: المراجع

1- الكتب

1. أبو عيسى بن صورة الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، ج3، ط2، ملتزم للطبع والنشر مصر 1968 .
2. أحمد بم شعيب أبو عبد الرحمن، سنن النسائي الكبرى، ج3 ،تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن ، عدد 5691 ط1 ، دار الكتب العلمية ،بيروت ،1991 .
3. أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون الاسرة الجزائرية، مصادر الالتزام ج1، د ط، د، الجزائر 1994.
4. أحمد ذهبي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مداخلة في أسبوع الفقه الإسلامي، جامع الأزهر، مصر، 2008.
5. أحمد لعور ونبيل صقر "الدليل القانوني للأسرة" دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2007 .
6. أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأول في(الفقه الإسلامي والقانوني)، ط3، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007.
7. أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الذاتية المعاصرة في الفقه الإسلامي القانوني، ط3، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2007.

8. بربارة عبد الرحمن " شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر 2009.

9. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام ق م ج (الواقعة القانونية، الفعل الغير المشروع الاثراء بلا سبب)ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، د س ن، الجزائر.

10. بلحاج، العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2001.

11. بلحاج، العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج3 (الزواج والطلاق) ط3 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.

12. بن تعزي موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجل الصدى لدراسات القانونية والسياسية، ع1، جامعة المدنية، ديسمبر 2019.

13. بن زيطة الهادي، التعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، طبعة1، دار الحلدونية، الجزائر2007.

14. جميل فخري محمد جانم" متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي " ط1 دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن 2009.

15. حسن كبيرة، مدخل إلى النظرية العامة للقاعدة القانونية، ط1، الناشر للمعارف، الإسكندرية، مصر، 1974،

16. سوزان على حسن، الوجيز في القانون المدني(النظرية العامة للقانون للحق)، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر،2004.

17. الطرابلسي على بن خليل، معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين، الطبعة1، مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر.

18. عايدة رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية، المسؤولية الناشئة عن إعادة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت، ط1، دار ثقافة، عمان، الأردن، 2009.

19. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني(المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية في ضوء الفقه وأحكام النقض، ط3، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998.

20. عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة " ج4 (كتاب النكاح ، كتاب الطلاق)دار الكتب العلمية ، لبنان،2003 .

21. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000

22. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط 3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1996.

23. عبد الله عبد العزيز السطح، قيود الملكية الخاصة، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1988.

24. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون(النظرية العامة للحق، ط1، دار هومة، الجزائر، 2011.

25. علي الحفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ط3، المطبعة الفنية المدنية، مصر، 1971.

26. علي علي سليمان، النظرية العام للالتزام، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008،.

27. علي فيلالي ، الالتزامات(العمل المستحق للتعويض)، ط1 ، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر 2008 .

28. علي فيلالي، الالتزامات(الفعل المستحق للتعويض)، ط2، موقع لنشر، الجزائر 2010،

29. الغوثي بن ملحة "قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء" ط2، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر،2008.

30. فاطمة الزهراء المولودة رباحي تبوب، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر2016 .

31. فريدة محمدي زواوي، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، د ط، الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون الجزائر، 2011.

32. محمد الصبري سعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.

33. محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج2،ط1، دار عالم الكتب، السعودية 2007 ص766.

34. محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة دراسة مقارنة الزواج والفرقة، دار التقوى ط1، مصر 2001 .

35. محمد بن ابراهيم التويجري" مختصر الفقه الاسلامي في ضوء القران والسنة" ط 16،دار اصداء المجتمع ، المملكة العربية السعودية 2014 ص867.

36. محمد بن احمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط6، دار الفكر، لبنان1982 .

37. محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي،ط1، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ،الرياض 1999.

38. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1985،

39. محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب المنية، والمذهب الجعفري، والقانوني أحكام الأسرة في الإسلام، طبعة4 الدار الجامعية للطباعة والنشر، د س ن.

40. مصطفى عبد الحميد عدوى، النظرية العامة للالتزام، مصادرة الالتزام، ط1، م س ن، 1996.

41. منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه وأثاره) ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 2008 .

42. ناديه حليم "الآثار الاجتماعية للخلع"- دراسة مقارنة بين الخلع والتطليق، مؤسسة مركز قضايا المرأة المصرية، مصر، 2005.

43. يحي بن شرف بن مري أبو زكريا النووي، تحرير الفاظ التنبيه، تحيق عبد الغني الدقر، ط1، دار القلم، سوريا 1988.

2- المذكرات والرسائل الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

1. ايت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم فرع القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2013-2014.

2. جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري،(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار 2020-2022.

3. حفصية دونة " التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري" رسالة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر 2020-2021

4. سنوسي على، مجال التعسف في الحقوق الاسرية بين التوسيع والتضييق (على ضوء الاجتهادات القضائية واحكام التشريع والفقه الإسلامي ، أطروحة لنيل أطروحة الدكتوراه تخصص قانون الاسرة ، جامعة سيدي بلعباس 2018-2019.

5. عبد العزيز بن عبد الله، عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية (دراسة تأصيلية المقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص

فلسفة في العلوم الأمنية ، قسم العدالة الجنائية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ،السعودية ، 2010-2011.

6. عبد العزيز عبد الله الصب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدينة والإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، تخصص العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، كلية جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2011/2010.
7. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان،2010.

ب- مذكرات الماجستير

1. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ن تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014-2015.
2. عبد الرحمن مجوبي، التعسف في استعمال الحق وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 2006/2005.
3. العربي مجيدي "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الاسرة " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجيستر، كلية أصول الدين خروبة، الجزائر 2021-2022.
4. محمد بن عبد العزيز أبو عباه، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بعوض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير كلية الدراسات العليا جامعة نايف، الرياض، السعودية، 2011-2012.

5. محمد بن عبد العزيز عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، وعلاقته بالتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العربية جامعة نايف العربية، الرياض، 2011-2012.
6. هبة نعيم أبو حطبة، التعويض عن الضرر المعنوي، رسالة لنيل الماجستير تخصص القانون الخاص، جامعة الأزهر غزة،- فلسطين2018-2019.

ج- مذكرات الماستر

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق ط1 ، منشأة المعارف ، مصر 2005.
2. بريكي جميلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون الخاص، تخصص قانون الاسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، بويرة 2013-2014.
3. بن نقوض فاطمة الزهراء، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم2018-201.
4. حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة الماستر قسم الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.

3- المقالات

1. أحمد الصويعي شلبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون ع38 كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الامارات العربية المتحدة، د س ن.
2. أيمن مصطفى الدباغ " التعسف في الطلاق " مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، مج 18 العدد 01 ص ص 63/،101 فلسطين 2014.

3. بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجل الصدى لدراسات القانونية والسياسية، ع1، ص ص11/1، جامعة المدية، ديسمبر 2019.
4. بن عيسى احمد، بن فرديه محمد" مكانة المرأة في عقد الزواج من خلال قانون الاسرة الجزائري "مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، مج 04، ع03، ص ص 124/105، جامعة غرداية الجزائر سنة 2022.
5. جوابي فلة، تعويض الضرر الجسدي في نظام التعويض الخاص، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، ع02، ص ص 1397/1384، جامعة يوسف بن خدة–الجزائر–ديسمبر،2021.
6. ذباح هشام " أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء" مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج 01 ، ع 09،، ص ص 240/223، جامعة محمد خيضر بسكرة مارس 2018
7. راضية بشير، محمود نكاز، حق الزوج في تعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسة، مجلد10، ع03، ص ص 353/338، جامعة سكيكدة، ديسمبر 2019.
8. عاشور سهيلة، سعيد خنوش "تكييف الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية مج07، العدد02، جامعة الجزائر1، سنة 2020، ص ص 489/472.
9. عائشة معروف، إبراهيم عماري، تعسف الزوجة في طلب الخلع وسلطة القاضي في تقديره، مجلة الدراسات القانونية المقارنة مج08 العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر 2022.
10. علال أمال " إجراءات التقاضي في دعوى الخلع "المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية مج04، ع 01، سنة 2019.

11. محمد الطاهر، جرمون عبلة بن عمر" الخلع بين الإباحة والتقييد في ظل الشريعة الإسلامية والتشريعات المغاربية " مجلة القانون والمجتمع، مج8، ع 02، جامعة المنار، تونس سنة 2020.

12. نادية رازي، تقدير الضرر المعنوي في التطليق في نص المادة53ق أ ج، مجلة الدراسات الأكاديمية، المجلة10، ع02، ص ص 414/390، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جوان2023.

4. النصوص القانونية

أ/ النصوص التشريعية

1. أمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية العدد ،78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

2. قانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق ل9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم ،ج ر 6 ع 24 ، صادر بتاريخ 12 رمضان 1404هـ الموافق ل 12 يونيو 1984.

3. أمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27فبراير 2005 المتضمن قانون الاسرة، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 7 فيفري 2005.

4. قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر، الموافق ل25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة في 23 افريل 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 مؤرخ 12 يوليو 2022 ، ج ر عدد 48 مؤرخة في 17 يوليو 2022.

ب- القرارات القضائية

قرار المحكمة العليا ملف رقم 115118 بتاريخ 1994/4/19 نشره القضاة العدد52.

قرار المحكمة العليا ملف رقم 656259 المؤرخ 2011/9/15، مجلة المحكمة العليا 2012 العدد01، غرفة شؤون الأسرة والمواريث.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
شكر وعرفان	/
اهداء	/
قائمة المختصرات	/
مقدمة	أ
الفصل الأول: تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون	
المبحث الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون	10
المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	10
الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	11
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	17
المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون	21
الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون	21
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون	25
المبحث الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.	28
المطلب الأول: الأساس الشرعي والقانوني للخلع.	28
الفرع الأول: الأساس الشرعي للخلع	29
الفرع الثاني: الأساس القانوني للخلع	37
المطلب الثاني: الاحكام المتعلقة بالتعسف في الخلع.	48
الفرع الاول: تطبيق معايير التعسف على الخلع	48
الفرع الثاني: مدى اعتبار الزوجة المختلعة متعسفة في استعمال حقها في الخلع.	51

الفصل الثاني: النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع	
المبحث الأول: الضرر كأثر مترتب على التعسف الزوجة في استعمال حق الظلم.	**57**
المطلب الأول: المقصود بالضرر	**57**
الفرع الأول: تعريف الضرر	**57**
الفرع الثاني: أنواع الضرر	**61**
المطلب الثاني: مدى الاعتراف بأحقية الزوج في التعويض عن الخلع التعسفي	**65**
الفرع الأول: شروط الضرر الموجب للتعويض	**65**
الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض	**69**
الفرع الثالث: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع	**72**
المبحث الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال الخلع.	**74**
المطلب الأول: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي.	**74**
الفرع الأول: الجزاء الدنيوي	**75**
الفرع الثاني: الجزاء الأخروي	**78**
المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال الخلع في الفقه القانوني.	**80**
الفرع الأول: الجزاء التعويضي	**81**
الفرع الثاني: الجزاء الوقائي	**83**
خاتمة	**86**
قائمة المصادر والمراجع	**91**
فهرس المحتويات	**102**