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

آثار التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالبة:
بلعيد رندة

إشراف الأستاذ
د. سي يوسف قاسي

لجنة المناقشة

د/ معزوز دليلة.....رئيسًا
د/ سي يوسف قاسي.....مشْرِفًا ومقرّرًا
أ/ لوني نصيرة.....ممتحنا

السنة الجامعية
2016/10/10

شكـــــــــــر وعرفـــــــــان

أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى:

*الدكتور سي يوسف قاسي الذي قبل الإشراف على المذكرة، وعمل على تصويبنا في كل مراحل الانجاز.

* ولجنة المناقشة التي سوف لن تبخل علينا بتوجيهاتها وملاحظاتها القيمة.

*وكذلك الشكر إلى كل الزملاء والزميلات، عن كل الجهود المبذولة والإعانات المحققة.

*دون أن ننسى التقدم بالشكر إلى العائلة الكريمة.

رندة

إهـــــــــــــــداء

أهدي العمل المقدم إلى:

*الوالدين الغاليين أطال الله عمرهما وأدامهما نعمة وتاجا فوق رؤوسنا.

*إلى إخوتي وأخواتي جعلهم وجعلهن الله سندا لي في حياتي.

*كما لا أنسى زملائي وزميلاتي في الدراسة وكل من تربطني بهم علاقة أخوة ومحبة.

رندة

قائمـــــــة أهم المختصـــــرات

(ج.ر).....الجريدة الرسمية.

(م.ج).....مجلد.

(ق.أ.ج).....قانون الأسرة الجزائري.

(ق.م.ج).....قانون مدني جزائري.

(ق.أ.م).....قانون الأسرة المصري.

(ص).....صفحة.

(م.ع.).....المحكمة العليا.

(غ.أ.ش).....غرفة الأحوال الشخصية.

(ع).....العدد.

مقـــــــدمة

انطلاقا من النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، ظهرت فكرة التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية بصورة عامة وآثار التعسف ذاته بصورة خاصة. حيث تعد هذه النظرية، أهم ما نتج عن فكرة الحق وممارسته، التي برزت مجتمعيا وعمليا منذ زمن بعيد وتكرست فقها قانونا وقضاء في بدايات القرن العشرين، وهذا بإدراجها ضمن إطار القانون المدني. حيث أصبح الحق مقيدا غير مطلق، عكس ما اعتماده عند أصحاب النظرية الفردية فيمكن ممارسته على أن لا يتجاوز صاحبه الحدود المرسومة مسبقا، وان حصل ذلك فقد خرج من دائرة المشروعية إلى دارة عدم المشروعية، المنطوية على التعسف في استعمال الحق.

بعد أن بلور المشرع الأفكار الفقهية والقضائية في نصوص تشريعية ملزمة، أصبح لنظرية التعسف في استعمال الحق دورا هاما من حيث نشوء الحق وممارسته وتحديده. فأصبحت هذه النظرية بمثابة الواقي والمعالج التي توازن بين حق الفرد وحق الجماعة.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق في مفهومها ومضمونها، لا تعد وليدة العصر الحديث أو المدارس الفقهية الحديثة، وإنما تجد لها أساسا في الشريعة الإسلامية التي أصلت لها ووضعت لها نظاما خاصا. الأمر الذي أثر في القوانين الحديثة للدول الإسلامية –ولو بدرجة أقل–، حيث نجد أن القانون المصري مثلا ينظم النظرية محل الطرح بالمادة الخامسة "05" من القانون المدني، ونظيره الجزائري بالطريقة ذاتها تقريبا بالمادة "41" و"124 مكرر" من القانون المدني أيضا.

وتعد نظرية التعسف في استعمال الحق ذات مفهوم عام تقع على أغلب المعاملات المجتمعية خاصة المالية منها، إلا أنه لا يوجد أهم وأجل من التعسف في العلاقات الزوجية. وهذا انطلاقا من وقار الرابطة الزوجية وحرمة الأسرة، التي تؤسس بتمام الزواج الشرعي القانوني، والتي تسعى جل القوانين الحديثة والشرائع السماوية من قبلها إلى تحقيق فكرتي استقرارها واستمرارها، عن طريف إبراز الحقوق المتبادلة للزوجين من جهة، ووضح حدودا لهذه الحقوق من جهة أخرى، لتفادي التعسف والخروج عما هو مشروع منها.

اختلف فقهاء القانون والشريعة الاسلامية في مراحل العلاقة الزوجية، هل هي مرحتين أو ثلاثة مراحل. فهناك من يعتبر فترة الخطبة أولى مراحل العلاقة الزوجية، وهناك من يعتبرها فترة تمهيدية فقط، التي قد تستتبع بمرحلة ضرورية أخرى إن تم الزواج، وهي فترة سير ممارسة الحقوق الزوجية كما قد تستتبع بمرحلة ثالثة منطوية على مرحلة فك الرابطة الزوجية بإحدى الطرق المحددة شرعا وقانونا.

إذا أردنا البحث في آثار التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية، وهذا انطلاقا من اعتماد الرأي الفقهي القائل باستبعاد فترة الخطوبة لكونها مرحلة تمهيدية تمهد للزواج. إلا أننا نركز على أنها فترة هامة في بناء عقد الزواج، ويمكن أن تكون محلا للتعسف في استعمال الحق. حيث تعرف الخطبة على أنها وعد بالزواج، التي يفترض بها أن تؤدي إلى الزواج، الأمر الذي يقودنا للقول بإمكانية التعسف مثلا وفق فكرة عدول الزوج عن الخطبة دون سبب جاد وشرعي.

ولعل أبرز ما دفعني لدراسة الموضوع محل الطرح عموما، وفصله عن فكرة التعسف في استعمال الحق خاصة، أن عقد الزواج هو أهم عقد يمكن أن يبرم بين اثنين على الإطلاق، إن من الناحية الشرعية أو القانونية أو المجتمعية المحضة. فبفضله تؤسس الأسر التي باجتماعها نصل إلى الجماعات، والمدن. دون أن ننسى أنه من أهم موضوعات العصر الحديث، فمحاكمنا لا تكاد تتنفس من قضايا فك الرابطة الزوجية، التي قد لا يخرج سببها الحقيقي عن التعسف في استعمال الحق، إن من ناحية الزوج أو من ناحية الزوجة.

كذلك تدفعني الرغبة الشخصية والشغف العلمي، إلى إبراز خبايا الموضوع محل الدراسة، لكونه يؤثر في ذاتي إلى حد كبير نظرا لما نعيشه من مشاكل اجتماعية وأسرية.

تبرز أيضا أهمية الموضوع في الآثار الجانبية للتعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية، المتصلة أساسا بتفكك الأسرة المتكونة عادة من أطفال يحتاجون للرعاية والاهتمام الواسع، الأمر الذي سيعود بالضرر على المجتمع. على أن لا ننسى الأهمية المعرفية التي يطرحها الموضوع، فمعرفة صور التعسف وآثاره أمر يقود إلى عدم القيام به بعد عقد الزواج الشرعي والقانوني.

بالإضافة إلى كل ما تم بيانه، ينطوي البحث محل الطرح على مجموعة أهداف من خلالهما يمكن أن نصل إلى جدوى دراسته. ويمكن أن نلخصها فيما يلي:

- الوقوف على فكرة التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية، خاصة من حيث آلية ممارستها وآثارها الشرعية والقانونية.
- الوقوف على فكرة الحقوق المتبادلة بين الزوجين، وتبيان الحدود الموازنة بين الحق والباطل المنطوي على التعسف.
- الوقوف على فكرة أثر الأثر، المنطلق من فكرة الأثر القانوني والشرعي إلى الأثر العملي الميداني المجتمعي.

مما سبق يمكن طرح إشكالية موضوعية تدور حول فكرة التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية. وتقودنا إلى البحث في خبايا الموضوع حتى نصل إلى إجابة معقولة في المتن التالي بالطرح.

كيف عالج المشرع والقضاء مسألة التعسف في استعمال حقوق الزوجية ؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه، سنتبع **المهج التحليلي**، الذي يمكننا من دراسة التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية بإسهاب علمي، بهدف الوصول في الأخير إلى الغاية من الدراسة محل الطرح.

وفي سبيل الإجابة عن الإشكالية المطروحة، أفرغنا المعلومات العلمية المحصل عليها في قالب منهجي قانوني من فصلين. ففي الفصل الأول نستعرض آثار التعسف في استعمال الحق أثناء قيام العلاقة الزوجية، حيث قسمناه إلى آثار تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية من جهة، وآثار تعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية من جهة أخرى. أما في الفصل الثاني فسنتطرق إلى آثار التعسف في استعمال الحق في إنهاء العلاقة الزوجية

وقسمناه بدوره إلى آثار التعسف في استعمال الزوج حق الطلاق من جهة، وآثار التعسف في استعمال الزوجة حق التطليق والخلع من جهة أخرى.

الفصل الأول

آثار التعسف في استعمال الحق أثناء قيام العلاقة الزوجية

الزواج مودة ورحمة والأساس في تكوين الأسرة. فهو رابطة لا تسخر الحياة من دونه لذلك كان لعقد الزواج خصوصية في الشرع والقانون، فهو الميثاق الغليظ الذي جاء لتنظيم الحياة الزوجية[1].

عقد الزواج مثله مثل العقود الأخرى. فإنه من المنطقي بعد انعقاده صحيحا، أن يرتب جملة من الآثار الشرعية، وهذه خاصية في كل العقود المعروفة في الحياة العملية. فجميع العقود بعد أن تنشأ بشكل صحيح ترتب آثارها على المتعاقدين.

بخصوص آثار عقد الزواج فالقانون والشرع، رتبا لكلا الطرفين حقوقا والتزامات في الرابطة الزوجية لقوله تعالى :"﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾"[2]. بمعنى أن للمرأة حقا وعليها واجب، وكذلك الرجل له بعقد الزواج حق وعليه واجب .

غير أنه في بعض الحالات قد تستعمل هذه الحقوق في غير محلها وخارج إطار ما قرره الشرع والقانون، سواء من طرف الزوج أو الزوجة، وبالتالي يلحق ضرر بالطرف الآخر. هذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل فنتناول بدراسة تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية (المبحث الأول) ، وتعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية (المبحث الثاني).

[1] حيث يقول الله تعالى في سورة الروم الآية 21: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾.

[2] سورة البقرة الآية 228.

المبحث الأول

تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية

يرتب الزواج كغيره من العقود حقوقا متبادلة للطرفين وهي حقوق متقابلة ومتعادلة. فالروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة من الواجبات التي يجب المحافظة عليها بالمودة والرحمة وتبادل الاحترام وحسن المعاشرة. حيث خول الشرع والقانون للزوج جملة من الحقوق على زوجته إذ يجب عليها القيام بها لأنها تعتبر واجبات، فحق الزوج على زوجته ما هو إلا واجب من واجبات الزوجة، وعليه يجب استعمال هذه الحقوق بالمعروف للحفاظ على العلاقة الزوجية[1]. غير أنه قد يتجاوز الزوج حدود استعمال هذه الحقوق ويسيء التصرف فيها، ويصبح متعسفا في استعماله لهذه الحقوق مما يلحق ضرر بالزوجة.

وهذا ما سنتطرق لدراسته في هذا المبحث، الذي نقسه إلى مبحثين، فنعرج أولا على تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة والتأديب (المطلب الأول)، و نستعرض ثانيا التعسف في استعمال حق تعدد الزوجات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعسف في استعمال حقوق الطاعة والتأديب

إن الله عز وجل خلق المرأة والرجل وجمع بينهما بميثاق غليظ وحدد فيه للمرأة حق الطاعة لزوجها لما له من عنصر القوامة[2]. حيث يقول عز وجل ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ

[1] أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 80.

[2] جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع،عمان الأردن، 2009، ص 79.

لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾[1].

فالآية الكريمة تبين ما للرجل من قوامة وما على المرأة من طاعته وإن أبت ذلك فله عليها ولاية التأديب. ولكن السؤال المطروح هو، هل حق الطاعة والتأديب حق مطلق في يد الزوج ؟ أم هناك قواعد يجب مراعاتها لممارسة هذا الحق ؟ وهل التجاوز في استعمال هذه الحقوق يعد تعسفا في حق الزوجة ؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنتطرق لدراسة حق الطاعة أولا (الفرع الأول)، وحق التأديب ثانيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعسف في استعمال حق الطاعة

قد جعل الإسلام طاعة الزوج من الأحكام الشرعية وثوابها الجنة لقول النبي صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة". فالطاعة هي التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج.[2]

والسؤال: هل الانقياد يكون مطلقا أم انقياد بالمعروف ؟ وللإجابة يقتضي أولا تعريف حق الطاعة، وثانيا تحديد مشروعية حق الطاعة، ثالثا طرح حدود حق الطاعة.

أولا: تعريف حق الطاعة

1- الطاعة لغة: طاع أطاع، من اللين والانقياد وإمكان العلاج.

2- الطاعة اصطلاحا: فهي حق للزوج رتبته الشرعية على زوجته، ومدلوله أن تلتزم الزوجة بطاعة زوجها، وتنقاذ لأمره وتلين له، ولا تمانع فيما ليس فيه مخالفة للشرع ومعصية للرب. وتكون الزوجة مطيعة متى كانت مدركة لواجباتها الزوجية، وان كان يقصد بالطاعة التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، فهذا لا يعني

[1] صورة النساء الآية 33 و34.

[2] محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003، ص317.

الاستجابة لرغباته المشروعة منها والممنوعة، إنما الانقياد بالمعروف أي ما أمر به الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق". فالطاعة واجبة على الزوجة شرعا بمجرد إيفائها عاجل صداقها، وتوفير مسكن شرعي لها وحملها إليه وعدم وجود مانع[1].

وحسب الفقهاء أنه على الزوجة أن تحفظ زوجها في نفسه وماله حالة حضوره وغيابه. لأن الزوج هو رئيس البيت والأسرة، يدير أمرها ويسير شؤونها[2].

حيث تنص المادة 39 ق أج ملغاة بالتعديل الجديد "على المرأة أن تطيع زوجها في الأمور المباحة"، بمعنى على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة، وبما أن هذه المادة الموجبة للطاعة قد ألغيت، فما على القاضي إلا الرجوع إلى النص المادة 222 من ق أ ج التي تنص على: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون نرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[3]. فهذه المادة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية التي تعطي للرجل حق الطاعة بما له من قوامة.

ثانيا: مشروعية حق الطاعة

فإن قلنا أن الطاعة شرعت بالكتاب فإن دليل مشروعيتها بالسنة أيضا، لقوله عليه الصلاة والسلام "لو كنت أمرا أحد أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله عليهن من حق". وهذا ما روى البزاز عن ابن عباس، أن امرأة من خثعم أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم "فقالت: يا رسول الله أخبرني ما حق الزوج على زوجته. قال: فإن حق الزوج على زوجته إن سألها نفسها وهي على طهر ألا تمنعه، ولا تصوم تطوعا إلا بإذنه

[1] السيد عمر عبد الله، محمد جامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، ص 52.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص83.

[3] تنص المادة 222 من ق أ ج: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون نرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فإن فعلت جاعت وعطشت ولا تقبل منها، ولا تخرج من بيته إلا بإذنه فان فعلت لعنتها ملائكة السماء، وملائكة الرحمة وملائكة الغدات. قالت: لا حرج ألا أتزوج أبدا[1]".

ثالثا: حدود حق الطاعة

للزوج على زوجته حق الطاعة وإن كان حسن المعاشرة حق مشترك، إلا أن حق الزوج على زوجته أعظم لقوله تعالى: "وللرجال عليهن درجة". غير أن الزوج وإن خول له الشرع هذا الحق، إلا أنه يجب عليه استعماله على وجه معقول، غير أن حسن المعاشرة لا يعني أنه للزوج حق التعنت لقوله تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"، أي لا يجب على الزوج أن يتعسف في استعمال حق الطاعة وإنما خوله الله عز وجل بهذا الحق لتوطيد المحبة[2].

طاعة الزوجة للزوج ليست مطلقة، فالطاعة واجبة على الزوجة إذا كان الأمر متعلق بشأن من شؤون الحياة الزوجية التي أمر الإسلام الزوجة فيها أن تطيع زوجها. أما إذا كان الأمر الذي يطلبه الزوج ليس من شؤون الزواج ولا يوجبه العقد، فلا يجب على المرأة طاعة الزوج، كأن يكون الأمر الذي يطلبه الزوج متعلق بشؤون المرأة الخاصة، كأمورها المالية فهنا يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه لأنه ليس للزوج ولاية عل مال الزوجة، فلها كل الحرية أن تتصرف فيه كيف شاءت ولا فرق بين أن يكون المال من مهرها أو من غيره. لذا يمكن رسم حدود طاعة الزوجة لزوجها فيما يلي[3]:

1- الاستقرار في بيت الزوجية وعدم الخروج منه دون إذن الزوج.

2- أن لا تسمح لأحد بدخول منزل الزوجية إلا بإذن الزوج، إلا إذا كان محرما لها.

3- أن تصون المرأة نفسها من كل ما يدنسها.

---

[1] حديث متفق عليه. **راجع:** عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق الفقه الإسلامي حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية الجزائر، 2007، ص 178.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 178.

[3] محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008 ص 263.

4- أن تسلم نفسها إليه، وأن تبادر إلى فراشه متى أراد ذلك إذا لم يكن يمنعها من ذلك مانع شرعي.

5- المحافظة على مال الزوج كما تحافظ على مالها ولا تعطي منه أحد إلا بإذنه.

إلا أن الواقع يثبت تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة، رغم أن المولى عز وجل إن خصه بذلك لتوطيد المحبة لقوله: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة". فللمرأة أن تؤمن زوجها وتحسن معاشرته كما أن الزوج إذا رأى أن زوجته غير مطيعة له سلطة تأديبها[1].

الفرع الثاني : التعسف في استعمال حق التأديب

للزوج الحق في تأديب زوجته إذا لم توفي حق الله عليها كاملا، أو حقوق زوجها التي أوجبها كاملة، وذلك بأن تفعل ما يأمرها به، وتترك ما ينهاها عنه، حيث قال تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض بما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن قاطعوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"[2].

حيث قسمت الآية الكريمة النساء إلى قسمين. فالقسم الأول هن الطائعات لأزواجهن والقسم الثاني فهن الزوجات غير الطائعات، ما يوجب إعمال حق الرجل في تأديب زوجته[3].

حيث سنعمل أولا وثانيا على تعريف حق التأديب وإبراز مشروعيته، ثم نعرج ثانيا على شروط وضوابط استعمال حق التأديب، على أن نبرز أخيرا وسائل التأديب المحددة شرعا.

أولا: تعريف حق التأديب

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص178.

[2] سورة النساء الآية 34.

[3] صلاح الدين نامق، حقوق الزوج على زوجته في الفكر الإسلامي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، المجلد 01 العدد 03، 2009، ص 393.

لكي نصل إلى تعريف جامع مانع لحق تأديب الزوجة وجب علينا المرور عبر الطرحين اللغوي والاصطلاحي. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- لغة: يقال أدبه أدبا، أي علمه رياضة النفس وأدبه تأديبا إذا عاقبه على إساءته.

2- اصطلاحا: هو الضرب الوعيد والتعنيف، أي هو حق الزوج الذي أباحه الشارع بمقتضاه أن يؤدب زوجته بالقول أو الفعل إذا لم تطعه فيما أوجب الله من طاعته. أو هو حق قرر للزوج على زوجته الناشز بمقتضى حق القوامة أو بوسائل التأديب المحددة من أجل إصلاح نشوزها[1].

ثانيا: الدلالة من مشروعية حق التأديب

لكي نصل إلى إبراز مشروعية حق التأديب، وجب علينا البحث في الكتاب والسنة والقانون. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- من الكتاب: قوله تعالى:"الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم، فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم تبغوا عليهن سبيلا "[2].

وجه الدلالة في الآية الكريمة: أن الله تعالى جعل الرجل قيما على المرأة وحق القوامة للزوج يقتضي طاعة الزوجة له في غير معصية الله، وفي حالة نشوزها له تأديبها بالوسائل التي أباحت الآية اللجوء إليها.

2- من السنة النبوية: ما روي عن عمر بن الأحرص أنه شهد حجة الوداع ثم قال عن النبي عليه الصلاة والسلام: "ألا واستوصوا بالنساء خير فإنها عندكم عوان ليس تملكون

[1] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وآثارها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة من الشريعة والقانون بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، 2002، ص 351.

[2] سورة النساء الآية 34.

منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا "[1].

وجه الدلالة في الحديث الشريف: أنه يحق للزوج تأديب زوجته إذا ارتكبت فاحشة. بمعنى إتيان الزوجة سلوكا أو عوجا يجعلها ناشز مما يسمح للزوج تأديبها بالوسائل المحددة شرعا.

3- حق تأديب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري

لا نجد أي نص عالج تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها لذا يمكن رده إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وذلك بمقتضى **المادة 222 من قانون الأسرة،** التي تنص: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".

وعليه يمارس حق تأديب الزوجة وفقا لما تقرره أحكام الشريعة الإسلامية[2].

ثانيا: شروط استعمال حق التأديب

كما قلنا سابقا أن حق التأديب حق ثابت ومقرر للزوج كأثر من أثار عقد الزواج، يستعمله عندما يصدر سلوك ناشز من الزوجة، والنشوز هو معصية الزوجة لزوجها فيما فرض عليها من طاعته وبالتالي لكي يخول للزوج استعمال حق التأديب لا بد أن يصدر سلوك ناشز من الزوجة، لذا سنحاول ذكر بعض الحالات التي تجعل الزوجة ناشز مما يخول للزوج استعمال حقه في التأديب، وهذا فيما يلي:

1- امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها: من حق الزوج على زوجته الاستمتاع بالوطء وغيره. وذلك بموجب عقد النكاح وبالتالي إذا امتنعت من تمكين الزوج من هذا الحق بدون عذر شرعي تكون ناشز. ويشمل التمكين كل الاستمتاعات كاللمس والنظر وغيره، وذلك إذا دعاها إلى الفراش باعتبار أن حق الاستمتاع حق ثابت ولم تبت معه فإن المرأة تعد ناشزا.

[1] الحديث أخرجه الترمذي. راجع: كتاب الرضاع، باب ما جاء في المرأة على زوجها حديث رقم1163، ج3، ص467.

[2] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 353.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ولقد استدلوا في ذلك بالسنة والمعقول. الآتية بعضها في البيان التالي بالذكر:

أ- من السنة: ما رواه البخاري ومسلم، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبانا عليها لعنتها الملائكة حتى تصبح".

وقال أيضا: "إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع".

ب- من المعقول: من مقاصد الزواج أن يعف المرء نفسه ويقيها موارد الفتنة. وبالتالي ينبغي عليها أن تقوم بهذا الحق على رضا وطيب النفس لأنه هذا ما تقتضيه حسن المعاشرة لكن إذا وصلت الأمور بين الزوجين إلى حد أن الزوج لايستطيع الحصول على حقه إلا بإكراهها هنا تعتبر الزوجة ناشزة[1].

2- الامتناع عن خدمة البيت: على المرأة القيام بالأعمال المنزلية والاهتمام بشؤون الزوج فإذا ما امتنعت الزوجة بالقيام بشؤون البيت من طهي وتنظيف، على رغم من أنها لابد أن تتفرغ للشؤون الزوجية تعد زوجة ناشز.

3- السماح للغير بدخول منزل الزوجية بدون إذن الزوج: لقوله تعالى: "إن لكم من نسائكم حقا ولنسائكم عليهم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون". وذلك كون الدخول قد يؤدي إلى الخلوة وهذه قد تؤدي إلى الوقوع في الحرام. لكن هذا المنع يستثنى منه محارم الزوجة فإن لها إدخالهم دون إذن الزوج وذلك أن المنع من الدخول يعد قطع رحم لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق[2].

4- امتناع الزوجة من السفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى مسكن أخر: يعد هذا السبب من الصور الشائعة التي تحدث في هذا العصر. فإذا ما طلب الزوج من الزوجة بأن ينتقلوا من مكان إلى أخر الذي يريده، أو السفر معه إلى بلد آخر يجب على الزوجة بأن تنفذ أوامر

[1] علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر 2004، ص ص 83_85، 102_103.

[2] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص360.

زوجها، هذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار جاء فيه: "أنه من الواجب على الزوجة متابعة زوجها والالتحاق به أين طاب عيشه"[1].

فإذا ما امتنعت الزوجة من الالتحاق بالزوج تعد ناشزة لعدم طاعة أوامر زوجها.

ثالثا: وسائل استعمال حق التأديب

الشرع خول للرجل حق تأديب زوجته، ورسم له منهجا مبينا يتبعه. حيث لا تمارس هذه السلطة تعنتا بل إن في سلطة التأديب درجات لقوله تعالى: "فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن". أي الزوج عليه إتباع الخطوات المبينة في الآية الكريمة كي لا يكون متعسفا في استعمال حقه.

فالله سبحانه وتعالى حين حدد وسائل التأديب، فإنه بدأ بالين، فكانت الكلمة الطيبة هي السبيل الأول، وذلك بالوعظ والإرشاد لما للكلمة الحسنة من أثر، ثم أعطاه حق الهجر ثم الضرب كما تندرج هذه الوسائل من الأخف إلى الأشد[2]. الأمر الذي نطرحه وفق ما يلي:

1- الموعظة الحسنة: وذلك بتذكيرها بما أوجبه الشارع عليها من واجبات[3]. أي يجب على الزوج أن ينصح زوجته بأن تعود لرشدها، وأن تكون صالحة مطيعة، كما أنه يوضح لها مساوئ عدم طاعتها له، وبأنها أخذت حكم الناشز التي تسقط في حقها النفقة، عسى أن ترجع إلى رشدها[4]. وأن تثبت أن إرشادها لم ينجح بحيث بقيت مستعصية يحق لها هجرها.

---

[1] م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم326553، الصادر بتاريخ1984/04/02، المجلة القضائية، ع2، 1989، ص59.

[2] هدى عبد الله طاهر، الحقوق الزوجية الرجل والمرأة كلاهما مالهما وما عليهما، مجلة كلية التربية للبنات، جامعة النهرين، العدد3، المجلد25، 2014، ص 82،.

[3] رمضان السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص409.

[4] جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص84.

2- الهجر في المضجع: إذا لم تصلح الموعظة الحسنة الزوجة الناشز، فإن الزوج يلجأ إلى وسيلة ثانية، وهي الهجر في المضجع، وهي وسيلة لأعلى من الوعظ في إطار غضبه منها، وإعلان قدرته عن الاستغناء عنها إن استمرت في عصيانها دون حق استنادا لقوله تعالى: "واهجروهن في المضاجع"، والهجر يكون إما في الفراش أو في الكلام، بحين في الفراش لا يصل إلى حد الإيلاء أربعة أشهر، أما الهجر في الكلام يجب ألا يتعدى ثلاثة أيام فالهجر إذا وصل إلى مدة الإيلاء عد الزوج متعسفا في استعمال حقه[1].

3- الضرب غير المبرح: لا يلجأ الزوج إلى الضرب كوسيلة لعلاج نشوز زوجته، إلا إذا تعذر عليه إصلاحها بالموعظة الحسنة أو الهجر في المضجع. ففي هذه الحالة أباح الشارع للزوج أن يضرب زوجته ضربا غير مبرح، وألا يمتد هذا الضرب إلى الوجه وأن لا يضربها أمام الناس وإنما يضربها في بيتها، والضرب لا يكون ولا يشرع إلا عند الضرورة للردع والتأديب[2].

وقد نص بعض أصحابنا أنه للزوج ضرب المرأة على أربع خصال، أي لا يجوز أن يضربها في غير ذلك. المتمثلة في ترك الزينة والزوج يريدها، ترك الصلاة والغسل، ترك الإجابة إذا دعاها لفرشه، الخروج من البيت دون عذر[3].

حيث هناك نوع من النساء لا ينفع معهن إلا الضرب، أو تكون وسيلة لتفادي كارثة الطلاق. يقول علماء النفس: "إن بعض النساء يصبن بنوع من المرض لا يجدي معهن إلا الضرب".

وأيضا فسره ابن عباس رضي الله عنه بالسواك ونحوه باليد أو القصة الصغيرة، فعن حكيم بن معاوية التشيري عن أبيه قال: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه. قال أب تطعمه إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت.

---

[1] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 119.

[2] عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارها، دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص184.

[3] هدى عبد الله طاهر، مرجع سابق، ص829.

ومع هذه الإباحة إلا أن الإسلام نفر منه حتى لا يسئ الزوج استعماله أو يسئ به المعاملة[1]. فإن أساء الزوج استعمال حقه في تأديب الزوجة وتجاوز حدود المعقول كان متعديا، في هذه الحالة يحق للزوجة أن ترفع الأمر للقاضي ليعزر الزوج، كما لها الحق في طلب التطليق من زوجها بسبب الضرر[2].

الفرع الثالث : تطبيق معايير التعسف على حق الطاعة والتأديب

إن الله عز وجل أعطى للرجل حق الطاعة، غير أنه قد يستعمل حق التأديب في مظهر تعسفي حيث يظهر تعسفه، وقد يؤدب الزوجة بغير الطرق المخولة له.

أولا- معيار قصد الإضرار بها

إذا كان للزوج على زوجته حق الاستئذان فإنه قد يضيق عليه الخناق، حيث ثبت عن بعض الأزواج إقناع زوجاتهم أنه لا يجوز لهن الخروج من البيت أبدا، وعلى الزوجة أن تطيع وتنساق لأوامره. فقد يمنعها حتى من زيارة أبيها في حالة مرضه أو موته، وهذا ما يظهر وجه التعسف، لأنه من حق الزوجة زيارة أهلها [3].

لذلك نقول أنه يحق للمرأة أن تذهب لزيارة أبيها المريض بغير إذنه ولا يعد هذا خروجا عن الطاعة الواجبة، لأن حق الوالدين مقدم على حق الزوج عند التعارض، فالزوج قد يتعسف في الكثير من الحالات في حق زوجته، بدعوى أن حق الاستئذان واجب ولا يحق لها تجاوزه وإلا عدت ناشز.

ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة

يقصد به استعمال الحق على الوجه غير المشروع بأن يكون من استعمال الحق مناقضة لقصد الشارع من تشريع الحق، ولا يحقق ذلك إلا إذا استعمل صاحب الحق حقه فيغير

[1] جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص86.

[2] عبد الحميد الجياش، المرجع والصفحة نفسهما.

[3] السيد عمر عبد الله، محمد حامد القمحاوي، مرجع سابق، ص83.

المصلحة التي شرع من أجلها. حيث يقول الإمام الشاطي: "أنه كل ما ابتعى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له ،فقد ناقض قصد الشريعة ،وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل". في هذا يقول أيضا الإمام العز بن عبد السلام: "مهما حصل التأديب من الأفعال والأقوال، لم يعدل إلى الأغلظ إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول الغرض لما دونه".

فالزوج إذا كانت زوجته ناشز يملك حق تأديبها، غير أنه إذا استعمل هذا الحق في غير موضعه أصبح متعسفا وفعله غير مشروع مآل ذلك.

وان الزيادة في التأديب فوق القدر الذي يحصل به المصلحة، يعد تعسفا لأنه أبان نية الإضرار. ومتى علم الزوج عدم ترتب المصلحة المقصودة باستعمال هذا الحق واستمر في استعماله فإن قصده ينقلب إلى أضرار لعدم حصول المصلحة، فإن انتفت المصلحة انتفت الإباحة[1].

ضف إلى ذلك، أن الرجل إذا هجر زوجته من أجل تأديبها فليس له أن يتجاوز الحد المعقول في الهجر، لأن الهجر إذ ا وصل إلى مدة الإيلاء يعد ضررا بالزوجة مما يعطيها الحق في التطليق. لقوله تعالى: "اللذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر ،فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ،وأن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم".

وعلى اعتبار أن حق الاستمتاع يعتبر محل عقد الزواج، لذلك فإن الزوج وإن استعمل الهجر لغرض التأديب أن لا يستمر فيه إذا رأى أنها عادت إلى رشدها، وإن حصل وبقيت ناشز أن يطلقها أحسن من أن يمسكها ليعذبها فذلك يعد تعسفا في استعمال الحق[2].

المطلب الثاني

التعسف في استعمال حق تعدد الزوجات

إن نظام تعدد الزوجات نظام قديم، عرفه العرب قبل الإسلام، فحين باللجوء إلى الشريعة السلامية نجدها أنها لم تنشئ نظام تعدد الزوجات ولم تدعوا إليه، وإنما وجدته متبعا فأبقت

[1] جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص167.

[2] محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص324.

عليه، ثم نظمته وحدده له عدد الزوجات المسموح بالزواج معهن، بأن لا يتجاوز أربعة بعد أن كان لا حد له[1].

إذ نجد آيات القرآن الكريم خير ناطق يبين أمر التعدد في الزوجات، لقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ،فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"[2].

فالله عز وجل أعطى للرجل حق الزواج بأكثر من واحدة، أي التشريع الإسلامي أقر التعدد بعد أن حدده وقصره على أربع نسوة، وجعله مرتبط بالعدل والمساواة بين الزوجات.

ومسألة تعدد الزوجات كانت قائمة في المجتمعات القديمة عند اليونان والبابليين وقدماء المصرين. حيث كانوا يتزوجون النساء دون ضوابط، حتى جاء الإسلام وقام بوضع نظام تعدد الزوجات بحيث نظمه وعدله[3].

كذلك نجد في الغرب مؤتمر الشباب العالمي الذي أوصى على إباحة تعدد الزوجات حلا لمشكلة تكاثر النساء وقلة عدد الرجال، حيث تعبر أستاذة ألمانية عن فضل التعدد فتقول: "إنني أفضل أن أكون زوجة مع عشر نسوة لرجل ناجح على أن أكون الزوجة الوحيدة لرجل فاشل وتافه". ويقول وجوستاف لوبون لمجتمعه: "أن مبدأ تعدد الزوجات الرقي نظام طيب يرفع المستوى الأخلاقي في الأمم التي تقول به، ويزيد الأسرة ارتباط ويمنح المرأة احتراما وسعادة"[4].

لذالك سنتطرق لمعنى ومشروعية التعدد في الفرع الأول، ثم نتحدث عن شروط قبول التعدد في الفرع الثاني، وفي الأخير نتحدث عن التعسف في حق تعدد الزوجات.

الفرع الأول : معنى ومشروعية التعدد

---

[1] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص82.

[2] سورة النساء الآية 03.

[3] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية الجزائر، 2008، ص106.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص37 و38.

أولا: معنى التعدد

التعدد رخصة شرعها الإسلام ليقيد بها التعدد في الزوجات، الذي كان معروفا قبل الإسلام، وهو رخصة يلجأ إليها من تحثه الضرورة، أو تدفعه الحاجة، أو يلوذ به من تضيق به الحياة الزوجة الواحدة. بمعنى أن التشريع الإسلامي قد منح رخصة التعدد لكن وضع عليها قيودا وذلك لحماية الأسرة من التصدع والانهيار. ومعنى هذا كله أنه يحق للرجل أن يجمع في عصمته عددا معينا من الزوجات، لكن لا يزيد على أربع نسوة، ولو تعدى هذا العدد أصبح ظلم وتعسف في استعمال الحق[1].

ثانيا: مشروعية التعدد

أباحت الشريعة الإسلامية للرجل أن يتزوج أربع زوجات، وحرمت عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته، وتمضي عدتها، لقوله تعالى: "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاثة ورباع، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة". أما بالنسبة للسنة النبوية، لما روى مالك والترمذي وابن ماجة وأحمد والشافعي عن ابن عمر، قال: "أسلم غيلان بن سلمه الثقفي وعنده عشرة نسوة تزوجهن في الجاهلية، وأسلمن معه، فقال النبي (ص)"أمسك أربعا وفارق سواهن، فالإسلام قيد تعدد الزوجات بحصرها في أربع زوجات فقط[2].

الفرع الثاني

شروط التعدد

أولا: موقف المشرع الجزائري من مسألة التعدد

عملا بأحكام الفقه الإسلامي نص المشرع الجزائري أن التعدد هو حالة استثنائية يسمح به عند الضرورة، في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد المبرر الشرعي (le motif

[1] غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقي، بيروت لبنان، 2004، ص84.

[2] بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2010، ص 188.

justifie) والقدرة على الإنفاق والمساواة بين الزوجات وهذا وفقا للمادة 1/8من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

كما يجب إشعار الزوجة الأولى بالرغبة في الزواج عليها والثانية بأنه متزوج بغيرها وأن يأذن له القاضي المختص بالتعدد (م 2/8)، المعدلة بالإضافة إلى ذلك يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي، وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8مكرر1 ق أج.

على هذا الخصوص نجد أن قانون الأسرة الجزائري سلك طريقا وسطا في مسألة التعدد[1] رغم أن ظاهرة التعدد تسير نحو الزوال على المستوى الوطني. فنجد أن المشرع الجزائري فضل حماية المرأة من التعدد بإحاطتها بسياج من الشروط القانونية، حتى لا يساء استعمال حق التعدد دون قيد أو شرط. ونذكر منها على الخصوص:

1- شروط إثبات وجود المبرر الشرعي: رغم تعديلات القانون الجزائري المتعاقبة مازال لم يبين ما هو المبرر الشرعي، مما يجعل الأمر موكلا إلى قضاة الموضوع لتحديد المقصود من هذه العبارة. ومن بين هذه المبررات الشرعية نجد عجز الزوجة لمرض أو عقم أو عيب جنسي، حب الرجل لأخرى، وكذا كراهية الرجل لزوجته وأيضا زيادة عدد النساء على الرجال بالطبيعة والحرب، زيادة عدد التوليد والتناسل، وأيضا رجال لا تحضنهم زوجة واحدة مما يستدعي الزواج بأخرى[2]. فلا حصر لمبررات تعدد الزوجات فهي تختلف حسب الزمان والمكان والشخص، لذلك نقول إن المبرر الشرعي معيار شخصي ومرن على الزوج إثباته.

2- شروط نية العدل: هذا ما نصت عليه المادة 1/8 و3 ق أج، ولا شك أن العدل المطلوب من المتزوج بأكثر من واحدة هو العدل في الماديات، أي يساوي بينهن في المطعم والملبس

[1] بالحاج العربي، مرجع سابق، ص190 و191.

[2] محمد عاطف عبد المقصود طه، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزواج والزوجية والأولاد، مؤسسة عمر المختار للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، 2001، ص91.

والمسكن والهدايا والقسم والمبيت والرعاية، وحسن المعاشرة، وما يتبع ذلك من كل ما يملك ويقدر عليه، لقوله تعالى: "فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة"[1].

أما بالنسبة إلى العدل في العاطفيات لا سلطان عليها، إلا لعلام الغيوب، فميل القلوب والعاطفة القلبية والتسوية في الحب وميل الطباع والعدل في الجماع وأسبابه، ليس في يد البشر وهم غير ملزمين به لأنهم لا يملكون القدرة على توجيه. وقد عفا الله عنه، ولهذا كان الرسول الكريم يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك". فالعدل بين النساء غير مستطاع بل هو حاصل لا محالة. كذلك فسره عبيدة السلماني في الحب والجماع، ومع ذلك فإن التوجيه القرآني يأمر الأزواج حين تعدد الزوجات بعدم الإفراط في الميل الظاهر قال الله تعالى: "فلا تميلوا كل الميل فتدروها كالملعقة".

3- شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج: وعلى هذا الأساس، أحاط المشرع الزوجة برعاية خاصة، فنص على أنه يجب إشعار الزوجة الأولى بالرغبة في التزوج عليها، والثانية بأنه متزوج بغيرها حسب نص المادة 2/8 ق أج، التي تنص على: "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها...".

وأيضا قرار حديث للمحكمة العليا، مؤرخ في19جانفي 2005، ملف رقم 334060 القاضي بأنه يجب إثبات رضا الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى.

كما أنه للزوجة حق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضد الزوج في حالات التدليس أو الغش، وفق المادة 8 مكرر :"في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق "[2].

كما لها أيضا حق طلب التطليق للضرر، وفق المادة 8 مكرر و6/53، لذلك وجب أن يعدل بين زوجاته في حالة التعدد والعدل مطلوب معهن جميعا، فيجب عليه أن يعاملهن بما يجب أن يحب أن يعامله به.

[1] سورة النساء الآية 03.

[2] بالحاج العربي، مرجع سابق، ص193.

4- الترخيص القضائي: من الشروط التي تضمنتها المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري من اجل إمكانية الزواج بامرأة ثانية إضافة إلى زواج سابق ما يزال قائما، هو ما ورد في النص عليه في المادة 2/8، حيث جاء فيها: "أنه يجب على الزوج أن يقدم طلبا بالترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، لمكان مسكن الزوجية".

ثم جاءت الفقرة 3 من المادة 8 ق.أ.ج، ونصت على أنه: "يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفر العدل والإمكانيات والوسائل الضرورية للحياة الزوجية أي القدرة على النفقة[1].

ومن أوجه الإضرار بالزوجة أيضا عدم حصول الزوج على الترخيص بالزواج، وبالتالي فإنه يقرن خطبته بالفاتحة مع الزوجة الجديدة وبمجرد الدخول عليها يثبت له القاضي حق تسجيل الزواج حسب نص المادة1/22 ق أج: "يثبت الزواج بمستخرج من الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

وأيضا قد يمارس الزوج علاقة غير شرعية مع فتاة فيفقدها عذريتها أو تحمل منه، فيحكم القاضي بزواجهما رغم عدم توافر شروط التعدد. ومن ثم نقول أن الزوج يعد متعسفا في استعماله حق التعدد ولقد خالف أحكام المادة 8 من ق أج. فأحسن المشرع الجزائري فعلا باشتراطه الموافقة والترخيص، لأنه إذا تبين عدم حصوله على ذلك، دليل على سوء نيته وقصد محضا الإضرار بالزوجة كما نصت المادة 124مكرر ق م ج[2]. وبذلك، أعطى القانون للمرأة ضمانة أخرى وهي حق المطالبة بالتطليق حسب نص المادة 6/53 ق أ ج لأنه يعد مخالفا للأحكام العامة.

ومن التطبيقات القضائية التي تظهر تعسف الزوج وإضراره بالزوجة، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12، حيث جاء فيه :"من أن عدم العدل بين الزوجة

[1] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 89.

[2] تنص المادة 124 مكرر ق م ج: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

_إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

_إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

_إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وضرتها، حيث أن قضاة الموضوع قالوا في حيثياتهم بأن طلب المطعون ضدها مبرر للضرر الذي لحقها من طرف الطاعن لتقاعسه في العدل بينها وبين ضرتها ...

وهو ما يشكل الضرر المعتبر شرعا طبقا للمادة 6/53 ق أ ج، زيادة على استمرار الشقاق بينهما بالرغم من صدور الحكم بالرجوع، فتمادى الطاعن في ضرب زوجته وإثبات عدم نشوزها، فحكموا للمطعون ضدها بالتعويض، حيث أن بقاء الزوج مع زوجته الثانية في حين ترك الأولى وحدها فيه ضرر لها، لأنه مخالفة لأحكام العدل المأمور بها شرعا، وهذا تعسف في استعمال حق التعدد لأنه أضر بزوجته الأولى[1].

الفرع الثالث : تطبيق معايير التعسف على حق التعدد

من خلال نص المادة 8 ق أج، نجد أن الشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ تعدد الزوجات ولكن قيدته بشروط لغرض منع ممارسة نظام التعدد دون القدرة عليه[2] ومنعا من تعسف الزوج في استعمال هذا الحق على وجه غير مشروع. وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها المشهورة إلى وجوب العدل بين الزوجات في حالة التعدد، أي أنه على الزوج في حالة التعدد المساواة بين النساء في النفقة وجميع مشمولاتها، ويوفر لكل زوجة مسكنا مستقلا وأن يكون حسن النية لأنه قد يستعمل الزوج حقه في التعدد بقصد الإضرار بإحدى زوجاته مثلا في حالة ما إذا لم يكن الرجل في حاجة إلى تعدد الزوجات وليس له القدرة على العدل بينهن والوفاء بحقوقهن الشرعية، فإنه في هذه الحالة يكون سيء النية، ذلك أن قيامه بالزواج بأكثر من زوجة وحالته المادية لا تسمح له بذلك يكون قرينة على القصد السيئ وهو نية الإضرار بالزوجة الأولى، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 5 ماي 1986: "أن الزوج إذا لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه الزوجة الأولى وذلك بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجات وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية" وبالتالي يعد متعسفا في استعماله للحق[3].

---

[1] م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 356997، الصادر بتاريخ 2006/7/12، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2006، ص 441.

[2] نص المادة 08 ق أج: "يسمح بزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

[3] بالحاج العربي، مرجع سابق، ص 194 و195.

المبحث الثاني

تعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية

الحق والواجب عنصران متلازمان، متى وقع عقد الزواج صحيحا نافذا، وفق ما تقتضيه فطرة الله التي فطن الناس عليها. مما كان محرما إلا بالزواج وحل لكل منهما أن يستمتع بالآخر على الوجه المأذون به شرعا، ما لم يوجد مانع شرعي.

وبذلك تتحقق غاية الزواج التي جعلها الشارع الحكيم آية من آياته. بحيث تنشأ بينهما المودة والرحمة، في نطاق المسؤولية التي يحددها لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "فالرجل راع في بيته ومسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها"[1]. وتبعا لذلك تنشأ الحقوق والواجبات ويعود أساس تقدير هذه الحقوق والواجبات إلى العرف المستند إلى فطرة كل من الرجل والمرأة طيلة استمرار الحياة الزوجية[2].

وحقوق الزوجة التي تنشأ عن عقد الزواج ويجب الوفاء بها نوعان، حقوق مالية وهي حقوق مادية كحق المهر والنفقة اللذان يمكن للزوجة أن تطالب بها زوجها من الناحية القضائية. وحقوق غير مالية وهي حقوق أدبية كالعدل والإحسان في المعاملة والمعاشرة

[1] عبد الحميد الجياش، مرجع سابق، ص135.

[2] محمود بندر علي محمد، نفقة الزوجة في الشريعة والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية، العدد16، ص 372.

بالمعروف، وحماية الزوجة من أي أذى أو مهانة، فكل هذه الحقوق هي أقرب إلى النصائح الدينية الموجهة من الفقهاء إلى الزوج لحثه على حسن معاملة زوجته أو زوجاته[1].

لكن قد يحدث أن تتعسف الزوجة في استعمال هذه الحقوق في حق زوجها، مما يرتب آثار على العلاقة الزوجية، لذلك سأتعرض بدراسة مثالين من الحقوق ومعرفة مدى تأثير فكرة التعسف في استعمالها، فأتناول بدراسة استعمال حق النفقة في المطلب الأول واستعمال حق الخروج المشروع من بيت الزوج في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التعسف في استعمال حق النفقة

كون عقد الزواج يرتب على كل من الزوجين مسؤوليات أخلاقية وقانونية وإنسانية وبما أن النفقة هي حق الزوجة الثاني بعد المهر وتعتبر من حقوقها المالية فكيف يمكنها أن تتعسف في استعمال هذا الحق[2]. الأمر الذي نوضحه، بدراسة معنى حق النفقة (فرع الأول) وشروط استحقاق النفقة في (فرع الثاني)، ثم حدود استعمال حق النفقة في (فرع الثالث).

الفرع الأول : معنى حق النفقة

تنص المادة 74 ق أج: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إلى بينه". فنفقة الزوجة هي واجبة على الزوج، وهي حق من حقوقها بمقتضى عقد الزواج الصحيح، بحيث تجب في كل الحالات سواء كانت الزوجة ذات مال أو فقيرة مسلمة أو غير مسلمة[3].

أولا: تعريف النفقة

[1] غسان عشا، مرجع سابق، ص 40.

[2] عبد الحميد الجياش، مرجع سابق، ص 163.

[3] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 79.

1- النفقة لغة: مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، يقال نفقة الدابة نفوقا أي إذن هلكت. وإما من النفاق وهو رواج، يقال: "نفقت السلعة إذن راجت"[1].

2- النفقة شرعا: فقد عرفها الفقهاء أنها أسهم لما يصرفه الإنسان على زوجته وعياله وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن وكل ما تتطلبه الحياة الزوجية.

أما المشرع الجزائري فلم يأتي بتعريف للنفقة، ولكنه أورد من تجب لهم النفقة من الزوجة إلى الأولاد فغالب الأقارب، ومشمولات النفقة من خلال نصوص المواد 74،75، 77،76 78 ق أ، التي نصت على: "الغداء،الكسوة، العلاج، السكن أو أجرته ويعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[2]. الأمر الوارد وفق ما يلي:

أ- نفقة الطعام: يجب على الزوج أن يوفر للزوجة ما يكفيها من أصناف الطعام والشراب بحسب الشرع والعرف.

ب- نفقة الكسوة: وهي واجبة لقوله صلى الله عليه وسلم: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"، فالكسوة الواجبة للزوجة على زوجها كسوتهن واحدة صيفا وأخرى شتاء.

ج- المسكن: فالمسكن من مشتملات نفقة الزوجة، فيجب أن يكون سكنا شرعيا، وأن يكون ملائما لحال الزوج المالية والإجتماعية، وأن يكون مشتملا على ما يلزم من أثاث وفراش وأدوات منزلية، وأيضا أن يكون مكان تأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها[3].

ثانيا: دليل مشروعية النفقة

اتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة على زوجها واجبة وقد ثبتت وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع والقياس. الأمر الذي نبينه فيما يلي:

1- من الكتاب الكريم:

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 373.

[2] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، الطبعة الثانية 2012، ص 115.

[3] محمود بندر علي محمد، مرجع سابق، ص 385.

أ- قال الله تعالى: "لينفق ذو سعة من سعة، ومن قدر عليه رزقه، لينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها" سورة الطلاق، الآية 07.

ب- وجه الدلالة: أن الآية دلت أن النفقة تفرض على الزوج على قدر إمكانه وسعته، وأن النفقة المعسرة أقل من النفقة الميسرة.

ج- وقوله تعالى: وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" سورة البقرة، الآية 233.

د- وقوله أيضا: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضارهن لتضيقوا عليهن".

ه- وجه الدلالة: أن هذه الآيات تقضي وجوب النفقة والكسوة للزوجة حال الزوجية لشمول الآية لسائرهن من الزوجات والمطلقات. فمن باب أولى تجب النفقة للزوجة التي لا تزال زوجيتها قائمة[1].

2- من السنة المطهرة: عن جابر بن عبد الله أن الرسول(ص)قال في حجة الوداع: "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

وجه الدلالة :الحديث صريح الدلالة في وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالمعروف .

وما جاء في حديث عائشة رضي لله عنها أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. قال: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف".

وجه الدلالة: لو لم تكن النفقة واجبة لما جاز للزوجة أخذ مال الزوج من غير إذنه[2].

---

[1] وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، دار النقاش للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2007، ص 170.

[2] رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الإسكندرية مصر، 2008، ص 428 و429.

3- من الإجماع: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن[1].

4- من القياس: فإن عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها وتفرغه للحياة الزوجية. فهي تقر بالبيت وتقوم بشؤونه فهي إذن محسوبة على ذمة الزوج، وهذا يمنعها من العمل والكسب ومن القواعد المقررة في الفقه أن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة عليه[2].

الفرع الثاني : شروط استحقاق النفقة الزوجية

تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا توفرت الشروط التالية:

أولا: العقد الصحيح

يشترط لوجوب النفقة أن يكون بين الزوجين عقد نكاح صحيح، ولو مع اختلاف الدين بينهما، فالمرأة المعقود عليها بعقد فاسد، والمرأة المدخول بها بناء على شبهة لا نفقة لهما لأن النفقة تعاد الاحتباس ولتسليم ولا احتباس الزوج على زوجته في العقد الفاسد.

وفي حالة ما إذا تم العقد بين الزوجين ثم تبين أن العقد كان فاسدا مثلا، كأن يتزوج من امرأة ثم يتبين أنها أخته في الرضاعة، فلا نفقة عليه وإن أنفق عليها بحكم القاضي، كان له الحق في الرجوع بما أنفق عليها، لأنه كان يعطيها النفقة مقابل الاحتباس والتسليم في عقد صحيح ثم تبين أنه فاسد.

ثانيا: أن تكون الزوجة صالحة للاستمتاع والمعاشرة الزوجية، وقادرة على القيام بالواجبات المنزلية

لأن هذه من أهم مقاصد الزواج، فان أتت هذه لم يبق للاحتباس موجب، فيفوت سبب النفقة.

ثالثا: التمكين التام من نفسها

[1] وليد خالد الربيع، المرجع نفسه، ص 172.

[2] أشرف فايز اللمساوي، دعوى النفقة الزوجية ونفقة العدة وفقا لأحكام قانون محكمة الأسرة 10، 2004، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009، ص 58.

بمعنى أن لا تفوت عليه حق الاحتباس بمبرر غير مشروع، أو سبب لا يعود إليه، فإن منعت نفسها أو منعها أولياؤها أو تساكتة بعد العقد، فلم تبذل هي ولم يطلب هو الدخول فلا نفقة لها[1].

أما لو كانت الزوجة في بيت أهلها لا تمنع نفسها، ولا يمنعها أهلها، فإن النفقة تجب لها لو لم تنتقل إلى بيت زوجها، وإن كانت لا تمانع هي ولا أهلها من الانتقال إلى بيت الزوج ويمكن القول في علاقة تسليم المرأة نفسها لزوجها بالنفقة، إذا كان منع الزوجة نفسها على الزوج بسبب يعود إليها فليس لها نفقة مدة الامتناع، وأما إذا كان الامتناع بسبب يعود إليه مثل عدم دفع مقدم مهرها أو عدم تأمين المسكن، فلها النفقة حتى يزول السبب.

الفرع الثالث : حدود استعمال حق النفقة

رغم كون النفقة حق من حقوق الزوجة على زوجها إلا أن هذا الحق ليس مطلقا وإنما مقيد بما تتقيد به الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون، لأنه شرع لغاية فيجب استعماله في حدود هذه الغاية، فلا يجب على الزوجة أن تستعمل هذا الحق بقصد الإضرار بالزوج فيجب عليها أن تراعي حالة وقدرة الزوج، وأن تنفق من ماله بحد معقول وبالمعروف أيضا.

في حالة ما إذا قام الزوج بالإنفاق المعهود به شرعا ولكن الزوجة تطلب من القاضي أكثر من ذلك دون وجود مبرر شرعي، فالقاضي في هذه الحالة لا يجيب على طلبها لأنه من الشرع والقانون، أن تقدير النفقة يكون حسب قدرة وحالة الزوج المالية علما أن القاضي قبل أن يحكم بالنفقة الزوجية يجب أن يراعي حالة الطرفين وظروف المعاش. و مما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/01/16 حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة، ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ومن ثم فإن القضاء لم يخالف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[2] فالزوجة في هذه الحالة تعتبر متعسفة في استعمال حقها، وذلك بطلبها من القاضي بالحكم عليها بزيادة النفقة.

[1] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 230.

[2] م،ع،غ،أ،ش، ملف رقم 51715، الصادر بتاريخ :1989/01/16، المجلة القضائية، ع 02، 1992، ص55.

ومن صور قصد الإضرار بالزواج تعمد الزوجة التقتير على نفسها في النفقة مع يسر زوجها، مما يؤدي إلى هزالها أو مرضها.

كما أشرنا سابقا أن النفقة تشمل الطعام واللباس والمسكن وكل ما هو ضروري في الحياة الزوجية، وبما أن الزوج مسئول عن نفقة زوجته في هذه الحالة قد تتعسف الزوجة في استعمال حقها، كأن ترتدي لباسا يخل على وجه سمعتها، فالزوج في هذه الحالة هو المتضرر وأيضا كأن تقوم بإنفاق مال الزوج في وجه غير مشروع[1].

ففي كل هذه الحالات تعد الزوجة متعسفة في استعمال حقها على الزوج. ونجد أيضا في هذا الصدد آراء فقهية تأكد من تعسف الزوجة في استعمال حقها في النفقة في حالة كونها زوجة ناشزة. حيث يرون أن الزوجة الناشزة لا يحق لها في النفقة على الزوج ولا على قريبها الميسر لأنها متعدية فيه[2].

المطلب الثاني

التعسف في استعمال حق الخروج المشروع من بيت الزوج

تعتبر هذه الحقوق بمثابة واجبات تقع على عاتق الزوج، إذ يتعين على الزوج الإحسان إلى الزوجة، فعليه أن يعاملها كشريكة حياته، ومحل ثقة وسند في السراء والضراء، وأن لا يسيء إليها بأي سبب.

وبالمقابل فعلى الزوجة أن تحفظ زوجها في ماله ونفسه وحضوره وغيابه وطاعته فيما أوجب الله في طاعته[3]. ومن أهم الحقوق التي تتمتع بها الزوجة على زوجها في هذا الصدد حقها في الخروج من بيت الزوجية، أي للزوجة الحق في زيارة أبويها، ومحارمها

[1] بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 91 و92.

[2] علي محمد قاسم، مرجع سابق، ص 159.

[3] الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 82 و83.

واستضافتهم بالمعروف، كما لها الحق في الخروج للعمل سواء كان هذا العمل في البيت أو خارج البيت وفي هذه الحالة ينبغي على الزوج أن يأذن لها بذلك[1].

لكن إذا منعها من زيارة والديها والخروج للعمل، فهل يحق لها أن تخرج بدون إذنه ولا يعتبر ذلك اعتداء على حق الزوج؟ وسلوكا متعسفا من طرف الزوجة؟

الأمر الذي يقودنا إلى التعرض لمقتضى كل حق من هذه الحقوق ومعرفة مدى تأثره بنظرية التعسف في استعماله، فنتناول بدراسة حق الزوجة بزيارة أهلها في الفرع الأول وحقها في الخروج إلى العمل الكسبي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حق الزوجة في الخروج لزيارة أهلها

أوجب الإسلام على المسلم أن يصل رحمه، فقد قال عياض: "لا خلاف أن صلة الرحم واجبة في الجملة، و قطيعتها معصية كبيرة". وقد حث الإسلام على صلة الأرحام و التودد للأقارب وعمل الخير لهم، لأن في ذلك أجر عظيم، فقد قال الله تعالى: ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَۚ ﴾[2].

حيث قطع الأرحام وعدم صلتها يعاد فساد في الأرض، فقد روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه سلم قال: "إن الله خلق الخلق، حتى إذا فرغ منهم قامت الرحم فقالت: هذا مقام العائذ من القطيعة، قال: نعم، أما ترضين أن أصل من وصلك وأقطع من قطعك؟ قالت: بلى، قال فذاك لك، ثم قال رسول الله عليه الصلاة والسلام: اقرءوا إن شئتم فإن عيتم ان توليتم أن تفسدوا في الأرض وتقطعوا أرحامكم، أولئك الذين لعنهم الله فأصمهم وأعمى أبصارهم، فلا يتدبرون القرآن أم على قلوبهم أقفاله".

فنص الرسول (ص)، أن قطيعة الرحم يسبب في عدم الدخول الجنة لقوله: "لا يدخل الجنة قاطع رحم". فجعل الإسلام صلة الولدين أعلى درجات صلة الرحم، من أهم الواجبات على

[1] المرجع نفسه، ص84.

[2] سورة النساء الآية 01.

الإنسان سواء من كان ذكر أم أنثى، إلى درجة أن الله عز وجل ربط الإحسان بالوالدين بعبادته وتوحيده[1].

ومن هنا فقد جعل الإسلام من حق الزوجة على زوجها أن يسمح لها بزيارة أهلها واستزارتهم واعتبر ذلك من صلة الرحم. فمعنى ذلك أن الزوجة إذا أرادت الخروج من البيت لزيارة أهلها، فهي تريد أداء حق من حقوق الإسلام عليها فهنا خروجها من البيت يعد مشروع ويجب على الزوج أن يسمح لها بزيارتهم. وإن لم يسمح لها الزوج بزيارتهم فهل يجوز لها الخروج دون إذنه ؟

أولا: مدى حق الزوجة بالخروج لزيارة أهلها

يعتبر خروج الزوجة من مسكن الزوجة مباحا بحكم الشرع، فنجد مذهب الحنيفة والمالكية والشافعية يرون أن للزوجة أن تزور أهلها حتى وإن لم يأذن لها زوجها بذلك. فإذا كان أحدهم مريضا أو يحتاج إلى الخدمة، فلها أن تخرج لخدمته وعيادته بحسب الحاجة ودون قيد.[2]

حيث قال الشيخ الكمال بن الهمام: "ولو كان أبوها زمنا ويحتاج إلى خدمتها، والزوج يمنعها من تعاهده، فقد أفتى الحنفية بأن عليها أن تعصيه وتخرج لتعهده ولو لم يأذن لها الزوج سواء كان أبوها مسلما أو كافرا"، استنادا لقوله تعالى لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".

وإن كان غير أبويها فلها أن تزورهم كل سنة مرة، و قبل كل شهر مرة. ولقد اشترط المالكية في خروجها لزيارة أهلها أن تكون مأمونة، فإن كانت غير مأمونة، فليس لها الخروج لزيارتهم لو خرجت مع أمينة.

[1] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 94.

[2] جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 95.

أما بالنسبة لزيارة والديها ومحارمه إليها في منزل الزوجية، فإن الزوج لا يمنع والديها وغيرها من المحارم في الدخول عليهما، لكن يمنعهم من القرار والدوام في البيت لأن الفتنة تكون في المبات وتطويل الكلام[1].

وقيد بعض الفقهاء خروجها لزيارة أهلها دون إذن زوجها، بما إذا كانوا يعجزون عن زيارتها أو يشق عليهم زيارتها في المواعيد المحددة، فإذ لم يشقى عليهم فليس لها أن تخرج لزيارتهم إلا بإذن زوجها ولا تبت عند أحدهم إلا بإذن زوجها[2]. ونذكر بعض الأمثلة التي يباح فيها للزوجة الخروج ولو بدون إذن زوجها:

1- إذا خرجت لتتعلم أمور دينها التي لا يحفظها الزوج، مع ملاحظة أن كل ذلك منوط بعدم التعسف في إساءة استخدام الحق.

2- أن يكون خروج الزوجة مباحا بمقتضى العرف الصحيح، الذي لا يتعارض مع الكتاب والسنة، مثل: "خروج المرأة في الواجبات الاجتماعية المعهودة لتهيئة الفرحين ومواساة الأهل والجيران، بشرط ألا يكون خروجها في المناسبات مشوبا بإساءة استعمال الحق منافيا لمصلحة الأسرة[3].

3- خروج الزوجة لرعاية أبيها المريض بعاهة معقدة ويحتاج إلى رعايتها، حتى ولو كان والدها كافرا.

ثانيا: إساءة استعمال حقها في الخروج لزيارة أهلها

هناك حالات تستعمل فيها الزوجة حقها على وجه غير مشروع أي أن تستعمل الزوجة حق الخروج لزيارة أهلها بدون داع وبصفة دائمة ومستمرة، كأن تخرج لزيارتهم أكثر من مرة، في الأسبوع مضيعة بذلك حقوق الزوج والأولاد والأسرة، أو كانت تقصد بذلك الخروج للإضرار بسمعة الزوج. في هذه الحالة تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حقها[4].

[1] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 30 و31.

[2] جميل فخرى محمد جانم، المرجع نفسه، ص 95.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص443 و444.

[4] بلبولة بختة، مرجع سابق، ص93.

إلا أنه يحق للزوج منع الزوجة من زيارة والديها ومحارمها إذا ماحدث من وراء هذه الزيارة ضرر ومفسدة، لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فدفع الضرر عنه وعن زوجته حق شرعي لهما فإذا تعين منعها من زيارة والديها طريق لدفع هذا الضرر جاز هذا المنع، لوجود مبرر شرعي، وتقيد حق الخروج عند الحاجة والضرورة فقط . ومنت أمثلة ذلك، ما علم الزوج وتيقن أن والدي الزوجة يحثانها على العصيان والنشوز وفعل ما لا يجوز شرعا، فإنه يحق له أن يمنعها من زيارتهما، بشرط أن يكون لتخوفه هذا دليل أو قرينة قوية معتبرة، وألا يكون متعسفا في استعمال هذا المنع[1].

الفرع الثاني : حق الزوجة في الخروج إلى العمل الكسبي

الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية وقيامها على شؤون بيتها وزوجها وقد أجمع الفقهاء على حق الزوج في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر بمعنى أنه لا يحق للمرأة في العمل دون إذن زوجها لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه بما ليس بواجب. وبالتالي فلا يزاحم مباح المرأة واجبها، فإن أرادت الخروج للكسب من عمل مشروع خارج البيت، فلا يحق لها ذلك إلا بإذن الزوج أو في حالة عدم قيامه بالانفاق عليها فتخرج للضرورة. و في كل الأحوال فإن هذا الخروج يباح ولا يؤثر في النفقة، مالم يظهر أن العمل مشعب بإساءة استعمال الحق وطلب منها الزوج الإمتناع عنه، لأن ضابط إساءة استعمال الحق يكون ضرر خروجها أكبر من نفعه[2].

أولا: إساءة استعمال حق الخروج إلى العمل الكسبي

يجب أن يكون خروج الزوجة للعمل الكسبي مشروع وأن يكون مباحا من طرف الزوج. مالم يظهر أن عملها منافي لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة استعمال الحق، أي لا يخالف الشريعة الاسلامية[3]. والعمل المشروع الذي تقوم به الزوجة ولا يلحق ضرر للزوج فيه فلا

[1] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص48.

[2] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 70.

[3] رشدي شحاتة أبو زيد، مرجع سابق، ص444.

داع لمنعها بالقيام بذلك، كالعمل في ميادين التعليم أو الطب وكل الأعمال الضرورية للمجتمع ونحو ذلك. المهم ألا يكون العمل الكسبي يسيء لطبيعة المرأة وتكوينها الجسمي، ولا يضر بمصلحتها شخصيا.

أما إذا كان عمل المرأة في الملاهي أو المراقص أو بيع الخمور، فإن ذلك لا يعد عملا مشروع. كذلك أن تعمل في مكان يسمح لها أن تبقى وحدها مع أجنبي، أي أن تعمل تبرعا لأجنبي، فيجب للزوج أن يمنعها من ذلك.

وقد جاء تأكيد هذا القول: "وله منعها من الغزل ونحوه، وعن كل ما يتأذى من بلائحته كالحناء والنقش، لأنه يهز لها ويلحقها عاربة إذا كان من الإشراف"[1]. كالعمل الذي يقضي سفرها بمفردها لمسافات طويلة يعد عمل غير مشروع فلا حق لها في مزاولته.

فإن ما ثبت أن عمل الزوجة غير مشروع منافي لمصلحة الأسرة والمجتمع، فإن خروجها يعد تعسفا في استعمالها لهذا الحق. لأنها خرجت بهذا الإذن عن الغاية المرجوة منه، وعليه للزوج أن يمنعها بممارسة هذا العمل الكسبي. ومن أمثلة تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخروج إلى العمل، أن تظهر بمظهر المبرجة بصورة تدعو إلى الفتنة، أو أن تكثر الخروج من المنزل بلا داع ولا سبب بحجة ذهابها إلى العمل[2].

وبالتالي فإن الإسلام قد كفل حق المرأة في العمل، لكنه يشترط من ناحية أخرى عدم وقوع تعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة، وأما وألا يؤدي خروجها إلى تحقيق الخلطة المنهى عنها شرعا، أو الخلوى بأجنبي عنها.

ثانيا: منافاة استعمال حق الخروج للعمل لمصلحة الأسرة

إن خروج المرأة للعمل أمر مباحا شرعا ما لم يظهر استعمالها لهذا الحق مناف لمصلحة الأسرة. لأنه في حالة ما إذا طرأ على الأسرة ما يجعل بقاء الزوجة في المنزل وعدم خروجها للعمل أمر ضروريا كان لزوجها أن يمنعها من الخروج. فنجد أن خروج الزوجة للعمل مشروط مع شرطين أساسيين. ألا تسيء الزوجة استعمال حقها في الخروج للعمل

[1] علي محمد علي قاسم، مرجع سابق، ص 71.

[2] بلبولة بختة، مرجع سابق، ص94.

فإن أساءت استعماله كان لزوجها أن يطالبها بالتوقف عن العمل وعدم الخروج من منزل الزوجية. وألا يتنافى خروجها للعمل مع مصلحة الأسرة، فإن تنافى مع مصلحة الأسرة كان لزوجها أن يطالبها بالامتناع عن العمل.

ومن أمثلة منافاة استعمال حق الخروج لمصلحة الأسرة. كأن يكون عملها يستدعي سهرها ليلا مما يضر بمصالح الزوج أو الأولاد أو الزوجة نفسها[1]. أو أن يحدث انحراف في السلوك لأحد الأبناء نتيجة عدم إشراف الأم عليه خلال الوقت الذي تقضيه في العمل. أو أن يكون للزوجة إبن مريض بمرض مزمن يلازمه الفراش ولا يوجد من يقوم برعايته. أو أن يمرض الزوج مرضا يمنعه من الحركة مما يجعله في حاجة إلى مرافقة زوجته له لتمريضه ورعايته والاهتمام به.

وفي كل الأحوال فإن خروج الزوجة للعمل منافي لمصلحة الأسرة يجعلها متعسفة في استعمال هذا الحق، لأن ضابط إساءة استعمال الحق أن يكون ضرر خروجها أكبر من نفعه[2].

[1] رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 384.

[2] بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 95.

ملخص الفصل الأول:

تبدأ العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة بقيام عقد الزواج الصحيح شرعا وقانونا، بعد اكتمال أركانه وتوافر شروطه المحددة. الأمر الذي يقود إلى بناء أسرة تقوم على أساس المحبة والرحمة وحسن المعاشرة. الأمور التي تعد حقوقا مكتسبة لا يمكن التنازل عنها وأي خروج عن ذلك يعد تعسفا.

حيث قد يتعسف أحد الزوجين في استعمال حقوقه الزوجية أثناء قيام العلاقة الزوجية وهذا إما لسوء فهم أو تقدير الحقوق الممنوحة له، أو بسوء نية مبيتة.

حيث قد يكون التعسف من جانب الزوج، الذي قد يسيء استعمال حقي الطاعة والتأديب، اللذان أقرهما له الشرع والقانون. فواجب على المرأة أن تطيع زوجها وحق للرجل أن يؤدب زوجته التي تخرج عن إطار المشروع. إلا أنه لو خرج الرجل عن حدود وشروط التأديب المقررة شرعا وقانونا، يكون قد تعسف في استعمال حقه، كما قد يستعمله دون أن تخطأ المرأة تماما. بالإضافة إلى أنه من حق الرجل أن يعدد الزوجات في حدود أربع زوجات، لكن مع احترام الشروط والغرض الشرعي من ذلك، فإذا ما خرج عن ذلك أو استعمله للغرض غير الشرعي يكون متعسفا.

كذلك الأمر بالنسبة للمرأة التي قرر لها الشرع والقانون مجموعة حقوق، لعل أهمها حق النفقة والخروج من بيت الزوجية لأغراض مشروعة. فإذا ما استعملت ذلك للأغراض غير المقررة شرعا أو تمادت في ذلك أو لم تحترم حقوق الزوج في ذلك تكون قد تعسفت في استعمال حقوقها الشرعية والقانونية.

حيث إذا ما تعسف أحد الزوجين في استعمال حقوقه الشرعية والقانونية الموضحة يكون أمام إحداث آثار جد وخيمة تمس بالطرفين وتمتد للأولاد إن وجدوا. الأمر الذي قد يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية التي أصبحت مستحيلة الاستمرار، ما يحدث آثار جد وخيمة كما سنرى في الفصل الثاني الآتي بالدراسة.

الفصل الثاني

آثار التعسف في استعمال الحق في إنهاء العلاقة الزوجية

شرع الزواج على سبيل الدوام والبقاء مدى الحياة، وذلك على أساس المودة والرحمة التي تكون بين الزوجين لقوله تعالى: "**يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا**".

وهذا دلالة على أن الله تعالى جعل لنا الزواج وسيلة للاستقرار والسكون وبناء أسرة متماسكة، لكن لكل أصل عام هناك استثناء وهو أنه قد يحدث أن يتنحل أو ينتهي عقد الزواج، وذلك بإحدى الطريقتين، الأول حتمية لا سبيل إلى تفاديها وهي وفاة أحد الزوجين والثانية غير مستحبة ولكنها إحدى حقائق الحياة، المنطوية على الطلاق الذي أجازه الله تعالى في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية، إذا ما تبين أنها مصدر شقاء وخصام مستمر بين الزوجين.

قد يكون الطلاق بإرادة منفردة للزوج وذلك لأن يرمي يمين الطلاق على الزوجة لأي سبب من الأسباب، باعتبار أن الله تعالى جعل الرجل قواما عن المرأة، إذ جعل يمين الطلاق بيده، إلا أن هذا الحق ليس مطلقا للرجل فقد يكون الطلاق أيضا بالإرادة المنفردة للزوجة إذا ما قامت بطلب التطليق في حالات معينة وهذا ما أبانه الشرع والقانون، أو أن تخالع نفسها إذا ما تبين أن هذا الزواج لا غاية منه.

ولذلك سنتطرق في هذا الفصل إلى معرفة مدى تأثير كل من الزوج والزوجة في استعمال حقهما في فك الرابطة الزوجية، انطلاقا من فرضية إمكانية تصور تعسف أحد الزوجين إثر استعماله لحق الفرقة لقصد الإضرار بالزوج الآخر. الأمر الذي نقمه بالبحث في تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق (مبحث أول)، وتعسف الزوجة في استعمال حق التطليق والخلع (مبحث ثاني).

المبحث الأول

آثار تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

لم يخرج قانون الأسرة الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية والإسلامية، الجاعلة من الطلاق حق إرادي أصيل للزوج دونما الرجوع إلى الزوجة. فإرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني، الأمر الذي أكدته المادة 48 ق أج[1].

وعليه حتى وإن كان الطلاق مفوضا للزوج وحقا من حقوقه، إلا أنه ليس على طلاقته إنما هو حق مقيد بما تتقيد به جميع الحقوق. إذ يجب أن يكون الطلاق لسبب مشروع يدعو له، فان خالف الزوج ذلك عد متعسفا. الأمر الذي نطرحه بالتعريج أولا على مفهوم الطلاق التعسفي (مطلب أول)، ومعايير الطلاق التعسفي وتقدير التعويض عنه (مطلب ثاني).

المطلب الأول

مفهوم الطلاق التعسفي

تنص المادة 47 ق أ ج "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". والطلاق هو إنهاء العقد، وإنهاء الرابطة الزوجية بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنيا.[2] إذن الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص، وحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن أما في المال أي يعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام نحوها[3]. الطلاق الذي عرف الفقه أيضا بعد تعاريف تختلف باختلاف المذهب المتبع في ذلك[4].

---

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع 2007، ص 13.

[2] بن شويخ الرشيد مرجع سابق، ص 172.

[3] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 212.

[4] **راجع:** مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، دراسة تأصلية مقارنة، رسالة ماجيستر، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الجنائية، 2009، ص125؛ عبد الرحيم مقداش، انحلال=

فالطلاق المبين أعلاه قد يكون طلاقا تعسفيا. الأمر الذي نبينه من خلال استعراض تعريف الطلاق التعسفي (فرع أول)، وصور الطلاق التعسفي(فرع ثاني).

الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي

إن مصطلح التعسف في الطلاق، مصطلح حديث لم يكن في كتب الفقهاء القدامى بل وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين. حيث نشأ مع نشوء نظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أن مضمون هذه النظرية يعود إلى الفقهاء القدامى.

لذا يمكن تعريف الطلاق التعسفي بما يبين ماهيته وحقيقته بأنه: "مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعا حسب الأصل". فالطلاق في الأصل حق مأذون فيه شرعا إذا استعمل بقيوده الشرعية وحسب قصد الشارع من شرعه، أما في حالة ما إذا كان الزواج محققا لمقاصد شرعه ولا يوجد ما يسوغ إنهاءه فإن اللجوء إلى الطلاق يعد تعسفا[1]. كما يمكن أن يعرف الطلاق التعسفي بعدة تعاريف شرعية، فقهية[2] وقانونية[3].

=الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2013 ، ص 29.

[1] أيمن مصطفى الدباغ، مرجع سابق، ص 68.

[2] حيث عرفه الفقيه جميل فخري محمد جانم في كتابه متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بأنه :" هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مالا بلفظ مخصوص". **راجع:** بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص 33.

[3] كان المشرع الجزائري متذبذبا بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقه للخصوص فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون رقم 11/84 إذ نص «الطلاق حل عقد الزواج...» ثم يبين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما أوردته المادتان 53-54 من نفس القانون عير أن التعديل الجديد الصادر في لأمر 02/05. وفي نفس المادة تراجع المشرع عما قام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول"مع مراعاة أحكام المادة أدناه ق أج يحل الزوج بالطلاق". إذن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف للطلاق التعسفي غير انه نص في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". **راجع:** باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص87.

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي عدة صور، من خلالها يظهر تعسف الزوج وإساءة استعمال حقه في الطلاق بحيث يمكن ذكر هذه الحالات أو الصور على النحو التالي:

أولا: الطلاق من غير حاجة أو الطلاق بغير سبب معقول

الطلاق وإن كان حقا بيد الزوج إلا أنه حق مقيد بما تتقيد به جميع الحقوق، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها. فليس للزوج أن يوقع الطلاق كيفما شاء ووقت ما أراد[1]، لأن أصل الطلاق هو الحضر والمنع إلا في حالة وجود داع يدعو الزوج لإيقاعه، كسوء تصرف الزوجة وانعدام الحياة معها.

إلا أن الله سبحانه وتعالى قد أوصى الرجل عند كراهيته لزوجته أن يتحلى بالصبر والتريث، ووعده بالخير فقال: "فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا"[2]. فقد تكون المرأة فقيرة أو تصبح عجوزا، فبقاؤها من غير زوج يكون فيه إضرار بها، وعلى الزوج أن يتحلى بالصبر لأنه إذا ما حدث أن طلقها زوجها بدون سبب ومبرر مقبول فإنه يقع طلاقه باطلا، ذلك لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو خفية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء، مما يجب ستره حفظا لسمعة المرأة ومنعا من التشهير بها[3].

وعليه فإن وقوع الطلاق من الزوج من غير سبب ولا حاجة يعد تعسفا واضحا ودليلا على قصده إلحاق الأذى والضرر على زوجته، ولهذا فقد رتب المشرع على هذا ما يعرف بالمتعة وجوبا إذا كان الطلاق من قبله –إلا التي سمي لها، وطلقت قبل الدخول–.

ثانيا: الطلاق البدعي

اختلف الفقهاء حول وقوع الطلاق البدعي بين قولين، نذكرهما فيما يلي:

[1] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص370.

[2] سورة النساء، الآية 19.

[3] مشعل بن مطلق بن مقدل العتيبي، مرجع سابق، ص50.

1- القول الأول: يرى الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة بأن الطلاق البدعي واقع ويقع وأدلتهم على ذلك قوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف وتسريح بإحسان"، ووجه دلالة الآية أن القران يدل على أنها تحتسب، ولم يخص طلاقا دون طلاق.

وأيضا ما روى عن عمر(رضي الله عنه)، أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عن النبي صلى الله عليه وسلم، عن ذلك فقال له: "مره فليراجعها، ثم لنتركها حتى تتطهر، ثم تحيض، ثم تتطهر، ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء، معنى ذلك أن الطلاق الذي وقع في الحيض اعتد به وكان طلاق والراجعة لا تكون إلا بعد طلاق[1].

2- القول الثاني: يرى الظاهرية والشيعة الأمامية وابن تيمية، أن الطلاق البدعي لا يقع فمتى تم الطلاق في طهر جامعها فيها أو طلقها وهي حائض أو طلقها ثلاثا بلفظ واحد لا يقع به الطلاق، ووجه قولهم هذا أن الأمر بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضي الإيجاب فما وقع على غير هذا الوجه المخصوص لا يعتبر طلاقا، وهذه بالاستناد على ما روى عن النبي (ص) انه قال: "من احدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد".

والرأي عند القول بعدم وقوع الطلاق ديانة وقضاء، يتفق مع القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، وفي كل الأحوال يبدوا موقف الشريعة الإسلامية من تحريم الطلاق البدعي واضحا من خلال الأدلة الصريحة[2]. الأمر الذي تناساه المشرع الجزائري، ما يدفع بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية إعمالا بنص المادة 222 ق أج[3].

---

[1] مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، مرجع سابق، ص 51.

[2] **فالطلاق في الحيض:** لا يقع لأنه يتم في زمن لا يحسب به عدتها مما يؤدي إلى إطالة العدة بغير حق فهو إضرار بالمرأة. **والطلاق في طهر جامعها فيه:** أيضا للإشكال أمرها بين الحمل و عدمه، وما يترتب على ذلك من أحكام الطلاق في العدة، **أما الطلاق الثلاث لفظ واحد:** فاختلف فيه الفقهاء إلا أن الرأي الراجح هو أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة بدعة محرمة، لأن إباحة الطلاق حاجة للتخلص من عهدة النكاح عند عدم موافقة الأخلاق، وهذا يحصل بالطلقة الواحدة. **راجع:** محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر الإسكندرية، 2007 ، ص17.

[3] **فبخصوص طلاق الثلاث طلقات معا:** نجد المادة 51 من القانون نفسه، تنص على ثلاث مرات (طلقات) متتالية. لكن ماذا يعني المشرع بهذه العبارة، يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق، أم أنت طالق أنت طالق أنت طالق؟ نقول أنه=

ثالثا: طلاق المريض مرض الموت

حيث يعد طلاق المريض مرض الموت أهم صورة من صور الطلاق البدعي، إن من الناحية الشرعية، الفقهية أو القانونية. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- تعريف بمرض الموت: عرفه الشيخ علي الخفيف بقوله: "مرض الموت هو ما يتوافر فيه أمران، غلبة الهلاك عادة، واتصال الموت به، سواء أكان ذلك الموت بسببه أم بسبب أخر، وقد أكد أبو زهرة أن هذان الشرطان متفق عليهما بين الفقهاء"[1].

2- أثر إيقاع الطلاق في مرض الموت: بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والفقه يمكننا القول أنه مهما كانت درجة خطورة المرض فان طلاق المريض مرض الموت طلاقا واقع وصحيح، سواء كان هذا الطلاق رجعيا أو بائنا، كون صحة الطلاق ونفاده لا يشرط فيها صحة المطلق. كما أن الفقهاء قد اتفقوا على أن المطلقة ترث من زوجها إذا كان الطلاق رجعيا ومات في عدتها من مرضه الذي طلقها فيه، لكن الإشكال يكمن في حالة ما إذا طلاقها طلاقا بائنا في مرض الموت ومات مطلقها في العدة؟ هنا اختلف الفقهاء حول مدة وزمان إمكانية ثبوت التوارث مع وقوعه أو عدم ثبوته أثناء عدة الطلاق البائن.

فنجد المالكية يقولون بأنه ترثه زوجته، والشافعية ولا يورثها. ويعود سبب اختلاف الفقهاء في توريث المطلقة في مرض الموت إلى اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان مريضا يفترض فيه أنه طلق زوجته ليقطع حظها في الميراث، فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثها[2]، ويمكن القول بأن توريث المبتوته في مرض الموت، كان ضمن دائرة أعمال الباحث غير المشروع في أثر خاصة التصرف.

=يقصد الطلقات المتتالية بعد الرجوع وليس في الوقت نفسه، نظرا لاعتماده الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا لقانون الأسرة. **راجع:** عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري مذكرة لنيل درجة الماجستر في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق، جامعة البويرة، الجزائر، 2015، ص 117.

[1] بن غريب رابح، أحكام تصرفات المريض مرض في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01، تيزي وزو، الجزائر، 2010، ص 346 و347.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر تلمسان، الجزائر، 2010، ص 154.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لطلاق المريض مرض الموت، وإنما ذكر في المادة 132 منه على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث[1]". الأمر الذي يدعو الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص، وعليه نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، حتى ولو كان الطلاق بطلبها وإرادتها. الأمر الذي أكده الاجتهاد القضائي الجزائري لغرفة الأحوال الشخصية بقوله: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث"[2].

وفي الأخير يمكننا القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته، فطلقها في مرض موته اعتبر هذا فرار من ميراث زوجته، فيرد عليه بتوريثها منه وهذا إسنادا إلى المادة 408 ق م ج، وإسنادا إلى أراء كثير من الفقهاء. أما فيما يخص طلاق المرتد، إذا ارتد الزوج فإن الزوجة لا ترث منه لاختلاف الدين. إلا أن الفقهاء الحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه فارا من ميراث زوجته، فيرد عليه قصده. وهو ما جاء في القانون المصري، غير أن المشرع الجزائري لم يتناول هذا النوع من الصور[3].

المطلب الثاني

معايير الطلاق التعسفي وتقدير التعويض عنه

بعد التعرض في المطلب الأول إلى فكرة الطلاق التعسفي، أردنا التطرق في المطلب الثاني إلى فكرتي تطبيق معايير التعسف في الطلاق التعسفي والتعويض عنه.

---

[1] **أيضا بخصوص طلاق المريض مرض الموت:** فلم يبين قانون الأسرة الجزائري موقفه من ذلك، لا من حيث الأحكام ولا من حيث الآثار ولما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المرجع في تعريفه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا فضلا عن أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، والمادة222 من قانون الأسرة الجزائري، تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص. **راجع:** بن غريب رابح، مرجع سابق، ص 346.

[2] العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013ص 55.

[3] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 147 و148.

الفرع الأول: معايير الطلاق التعسفي

الطلاق شرع للحاجة الماسة حينما تستحل فيها استمرارية الحياة الزوجية، على نحو يحقق مقاصد الزواج. والأصل أنه لا يقدم الرجل على الطلاق إلا بسبب مشروع معقول، لأن الطلاق الواقع دون مبرر شرعي يعد تعسفا من الزوج، وإساءة في استعمال حقه في الطلاق. إلا أن الإشكال يتمثل في أنه من السهل إثبات التعسف في الطلاق.

ولم يتجه الباحثون إلى تحديد معايير خاصة للتعسف في الطلاق، وإنما اكتفوا بتحديد معايير عامة للتعسف في الحقوق. وأغلب القوانين التي تفرض للطلاق التعسفي لم تتجه إلى تحديد معايير له أصلا، واكتفى بعضها بالإشارة إلى معيار انتفاء للسبب المعقول للطلاق ومن ذلك، المشرعان الأردني والسوري. وعليه يمكننا القول بأن نظرية التعسف في استعمال الحق تقوم على معيارين وهما، المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي[1]. اللذان بفضلهما يمكن ضبط ماهية التعسف والجزاء المناسب لذلك.

أولا: المعيار الذاتي للتعسف في الطلاق أو الشخصي

هو معيار يعتمد على النية والباعث الذي بعث المكلف على التصرف في حقه، وذلك من خلال أحد الأمرين، قصد الإضرار، أو الدفع إلى تحقق مصلحة غير مشروعة.

1- قصد الإضرار بالغير: وذلك بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة. كأن تكون الحياة الزوجية مستقرة قائمة لا نزاع فيها ولا كراهية، ثم يوقع الزوج الطلاق بدون سبب مشروع، وذلك إضرارا بالزوجة بدافع الانتقام من أهلها مثلا[2]. حيث لا توجد أية مصلحة لهم في ذلك، فالزوج هنا تعسف في استعمال حقه، لأنه لم يراعي في ذلك قيود

[1] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 309.

[2] إلا أنه في الجزائر، الزوج عادة يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها، لا سيما الطاعة وحسن التدبير وعادة ما يتهمها بارتكابها الأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية. وعليه لو ربطنا وقوع الطلاق بعدم التعسف فيه، لما عجز كل زوج يريد الطلاق من التلفيق والكذب على زوجته واتهامها بالخيانة، والتذرع بأسباب لتبرير طلاقه، وهذا ظلم عظيم يلحق المرأة. **راجع:** باديس ديابي، أثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2000، ص 14؛ عبد القادر حرز الله، مرجع سابق، ص228؛ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009، ص 204.

الطلاق، فأراد إلحاق الضرر الممنوع شرعا لقوله (ص): "لا ضرر ولا ضرار". وكل ذلك يعد قرينة على قصد الزوج الإضرار بالزوجة، وأمثلة ذلك:

أ- **الطلاق في الحيض:** حيث يقوم على رغبة الزوج بتطويل العدة فتكون، الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة، وهذا دليل على قصد الزوج بإلحاق الضرر بالزوجة[1].

ب- **الطلاق ثلاثا بلفظ واحد:** حيث يقصد الزوج الإضرار بزوجته، إذ لم يعطي لنفسه فرصة التروي والتريث. فالطلاق البين أن يكون طلقة واحدة لا يتبعهما طلق أخر، فلا يكون إيقاع الثلاث دفعة واحدة[2]، لقوله تعالى: "الطلاق مرتان". وإن كان الطلاق غير متفرق بل كان ثلاثا في مجلس واحد يكون بدعيا.

ولما كان الطلاق من الشؤون الخاصة للإنسان، فإن الإسلام جعل من إيمان المسلم وضميره رقيبا على تصرفاته ورادعا من التعسف في الطلاق، وإلحاق الضرر بالآخرين.

ج- **الطلاق في مرض الموت:** فإذا طلق الرجل امرأته، فإن طلاقه لها حق إلا أن استعمل هذا الحق في فترة مرض الموت، قرينة على أن القصد هو حرمان المرأة من الإرث، فيكون بذلك متعسفا في استعمال حق الطلاق، لحرمانها من الميراث بمحض قصد الإضرار. فيتعامل المطلق بنقيض قصده، فتورث المرأة من تركة الزوج، وإن كانت مبتوته من الزوج قبل وفاته، لأن القصد ظهر بقرينة الطلاق في مرض الموت[3]. لذلك نقول أن الطلاق في مرض الموت واقع، فالمرأة تطلق لكنها ترث، فإن الشريعة الإسلامية عاملت هذا الرجل على تقيض قصده.

ولأن التعسف في استعمال حق الطلاق يظهر جليا في هذه الصورة، جراء الضرر الذي يصيب الزوجة المطلقة، بمعنى الاحتيال عل قصد الشارع، فالطلاق شرع للمصلحة

[1] بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 33.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص227.

[3] أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق حقيقته، معاييره، الجزاء المترتب عليه، مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 18، العدد 01، فلسطين،2014، ص 76.

والحاجة، وأن يكون حلا واقعيا ونهائيا لاستحالة الحياة الزوجية واستمرارها. وهذا الزوج قصد منه قصدا آخر لم يشرع له وهو حرمان الزوجة من الميراث بعد موته.

إذن يعد معيار قصد الإضرار، من أوضح معايير التعسف في استعمال الحق، لأن قصد الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة، وهذا دليل على أصالة النظرية في الفقه الإسلامي.

2- معيار الدفع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة: حيث يقصد الزوج في استعمال حقه في الطلاق الذي شرع له في غير الغرض والمصلحة التي من أجلها شرع. لأن قصده في الحق هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع، ومثل ذلك كأن يطلق المطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له.

حيث الشارع لما شرع الطلاق وجعل العصمة في يد الرجل لإيقاعه، ليكون حلا نهائيا وحاسما لما يقع بين الزوجين من المشاكل والشقاق ونزاع وعدم إقامة حدود الله، مما يجعل استحالة استمرار الحياة الزوجية بينهما فيصبح بقائها ضرر ومفسدة كبرى، لهذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة استمرارية الحياة الزوجية ولم يشرع لغاية أخرى إلا لهذا السبب، فإيقاعه لغير هذا القصد يكون مناقضا للقصد والهدف الذي شرع من أجله[1].

ومثل ذلك، عند استعمال الزوج حق تأديب زوجته الناشز عن طريق الضرب لحملها على الطاعة، فإن استعمل الزوج هذا الحق وابتغى به غير التأديب كأن يريد مثل الإتمام أو التفسير عن كرهه، هنا يعتبر متعسفا واستعماله لحقه غير مشروع. وفي هذا يقول صاحب منح الجليل: "فإن تحقق للزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو الشك فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها"[2].

ثانيا: المعيار الموضوعي أو المادي للتعسف في الطلاق

يتعلق هذا المعيار، بما ينتج عن التصرف من مضار ومفاسد عند استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق، سواء كانت حسنة أم سيئة. ويقوم المعيار محل الطرح

[1] فايز السيد اللمساوى، أشرف فايز اللمساوى، النفقة الزوجية ونفقة العدة وفقا لأحكام قانون محكمة الأسرة 10 السنة 2004، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2007، ص 110.

[2] العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 311.

على ضوابط تضبط التصرف أو الحق عند استعماله. فأساسه، أن الحق في الشريعة الإسلامية ينظر فيه من حيث الغاية الاجتماعية والصحة المتبادلة المشروعة بين الأفراد، لكن قد يؤدي ذلك إلى تحقيق مصلحة لصاحب الحق وإلحاق ضرر بالغير، لهذا يمنع صاحب الحق من ممارسة حقه ما لم يضر بالآخرين ضررا فاحشا. أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه، إذ لو قيل بمنعه لأدى ذلك إلى تعطيل استعمال حقوق الأفراد كافة[1].

إذن فهو معيار يقوم على النظر في مآل التصرف والموازنة بين المصالح والمفاسد المترتبة، لذلك يقوم هذا المعيار على ضابطين أساسيين. ضابط اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة من جهة، وضابط الضرر الفاحش من جهة أخرى. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- ضابط اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: أي عدم التناسب واختلال التوازن بين مصلحة الزوج والضرر الذي يصيب الزوجة، فقد يوقع الزوج الطلاق لمبررات هو يعتبرها دوافع للطلاق ليدفع عن نفسه الضرر، غير أننا لو وازنا بين المنفعة التي سيحققها من جهة وبين المضار اللاحقة بالزوجة من جهة أخرى، سنلمس اختلال في التوازن[2]، على اعتبار أن الأضرار اللاحقة بالزوجة من الفقر والحرمان وكلام الناس...الخ، أكبر من المصلحة التي يريد الزوج تحقيقها[3].

2- ضابط الضرر الفاحش: أي إلحاق الضرر الفاحش بالزوجة، على اعتبار أن توقيع الطلاق قد يضر بالمرأة ضررا فاحشا خاصة إذا ما لم يكون للزوجة معيل ويكون قد تقدم بها العمر، ومضت فترة طويلة من عيشها مع الزوج ثم حدث الطلاق، هنا يعتبر الطلاق الحاصل إضرار بها وضرار فاحشا أيضا، لأن المرأة بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يعطف عليها ويخفف عليها الألم والحزن والأسى والوحدة والفراق ومتاعب الحياة[4].

---

[1] مشعل بن مطلق بن مقذل العيني، مرجع سابق، ص 53.

[2] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص202 و203.

[3] يقول في ذلك زياد صحي: "إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق ولكن الحق بالمرأة ضررا، وكان ضرر المرأة كبيرا بجانب مصلحة الزوج من إيقاع الطلاق، فإنه في هذه الحالة يكون متعسفا...بل إذا كانت المصلحة المرجوة من الطلاق تعادل الضرر اللاحق بالمرأة، فإن الرجل في هذه الحالة يكون متعسفا". **راجع:** باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 14.

[4] بلحورابي سعاد، مرجع سابق ،ص 35.

الزوج يقدم على طلاق زوجته رغم هرمه بهدف الزواج من فتاة صغيرة في السن، وهذه الأخيرة تشترط عليه أن يطلق زوجته الأولى. الأمر الذي يعتبر ضرار فاحشا للزوجة التي قضت معه أشواط حياتها كلها. ولهذا نجد أن الشريعة الإسلامية رتبت للزوجة المطلقة ضرار ما يسمى بالمتعة حيزا لخاطرها، مما تعرضت له من أسى وحزن الفراق جراء الطلاق التعسفي الذي أقدم الزواج عليه[1].

الفرع الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

رتب الشرع ما يعرف بتعويض المتعة[2]. فكل مطلقة تستحق التعويض المالي بشرط ألا تكون سببا في وقوع الطلاق. لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم ينص صراحة على متعة الطلاق، وإنما أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي[3]، مع الاحالة إلى الشريعة الإسلامية بالمادة 222 سابقة الذكر. هذه الأخيرة التي تفرض تعويض متعة وفق أحكام مختلفة على حسب ما إذا طلقت المرأة قبل الدخول بها وقبل فرض المهر[4] أو بالدخول بها وبعد فرض المهر[5]، أو بالدخول بها فرض المهر أم لم يفرض[6].

---

[1] باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 15.

[2] المتعة التي تعرف على أنها: "ما يعطيه الزوج للمطلقة ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق، وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر، ولفرض الترفيه عنها بسبب الألم التي أصابتها. كما تعرف عموما على أنها: "مال يدفعه الزوج لزوجته عند الطلاق". **راجع:** مجيد على العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، جامعة بغداد، المجلد الأول، العدد الثالث، بغداد العراق ،2009، ص 28؛ أيمن مصطفى الدباغ، مرجع سابق، ص 87.

[3] حيث تنص المادة 52 على: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

[4] حيث يرى الأحناف والشافعية والحنابلة والظاهرية، أن المتعة واجبة للمطلقة غير المدخول بها، والتي لم يفرض لها الصداق. أما المالية فيرون بأن المتعة ليست واجبة لها وإنما مستحبة. **راجع:** عبد الرحيم مقداش، مرجع سابق، ص 145.

[5] حيث أجمع الفقهاء بأن المطلقة غير الدخول بها التي فرض لها الصداق أن لها نصف المسمى، ثم اختلفوا في حق المتعة لها. فقال الحنفية والشافعية والحنابلة بأنه لا متعة لها، وقال المالكية بأن المتعة مستحبة لها وغير واجبة. **راجع:** المرجع والصفحة نفسهما.

[6] حيث اتفق الفقهاء بأن المهر ثابت للمدخول بها إن فرض، وإن لم يفرض كان لها معهم المثل، إلا أنهم اختلفوا في حكم المتعة لها. فيرى الشافعية والحنابلة والظاهرية، بأن المتعة واجبة للمطلقة بعد الدخول، سواء فرض المهر أم لم يفرض.

بالتالي فإنه متعة الطلاق ليست تعويضا عن الطلاق التعسفي، لأن المتعة واجبة بمعزل عن وجود التعسف في الطلاق أو انعدامه. وإن ربط بعض الباحثين المعاصرين موضوع متعة الطلاق بالطلاق التعسفي، من حيث أن متعة الطلاق تساعد على درء التعسف في الطلاق قبل وقوعه، إذ تشمل التزاما ماليا على الرجل، يدعوه إلى التروي قبل إيقاع الطلاق.

الأمر الذي يقودنا إلى البحث عن مدى إعمال مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي فقها وقانونا، بمعزل عن تعويض المتعة المذكور أعلاه. وهذا فيما يلي:

أولا: الفقه ومسألة التعويض عن الطلاق التعسفي

اختلف الفقهاء حول مسألة الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي من عدمه، فمنهم من نادى بمشروعيته ومنهم من نادى بعدم مشروعيته. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم متعة الطلاق أما الفقهاء المعاصرين فاختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي، فهناك من يرى أن تعويض المتعة يغني عن التعويض المتصل بالتعسف، وهناك من يرى العكس. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

أ- المتعة تغني عن التعويض: ذهب بعض المفكرين إلى القول، أنه للمرأة على زوجها تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق، وهذا ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق زوجته.

والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم لذا، أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة سواء أساء الزوج استعمال حقه أم لم يسيء[1]، وسواء كان بمبرر شرعي أو لم يكون، فالزوجة

= أما المالكية الشافعية في القديم والحنفية فيرون بأن المتعة للمطلقة بعد الدخول مستحبة وليست بواجبة. **راجع:** المرجع والصفحة نفسهما؛ أيمن مصطفى الدباغ، المرجع والصفحة نفسهما.

[1] أيمن مصطفى الدباغ، مرجع سابق، ص 88.

تستحق التعويض بمجرد وقوع الطلاق بغض النظر إذا كان لسبب مشروع أو لا. وللمتعة دور كبير في جبر خاطر المطلقة.

ب- المتعة لا تغني عن التعويض: كما رأينا سابقا بأن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول والتي لم يسلم لها مهر. فالتعويض يجب ما دام تبين أنه لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق لقوله تعالى: "ولا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن وتفرضوا لهن فريضة ومتعوهن"[1].

2- عدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي: هو اتجاه يدعو إلى الاكتفاء بنظام المتعة، وأهم ما استند إليه، صعوبة إثبات التعسف في الطلاق أو عدمه، لأنه في الغالب يتعلق بحاجات نفسية خفية، لا يتيسر الحسم القضائي فيها، وقد يؤدي إلى كشف أسرار حياة زوجته أمام القضاء وفضحها أمام الشأن العام.

ويقول أبو زهرة في هذا الصدد: "وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى"[2]. كما القول أن أصل الطلاق الحظر والمنع والقول بإلزام الزوج بالتعويض فيه إجحاف له إن كان مفقرا، لأنه سيكون إجباري له الاستمرار في حياة لا يرتضيها، من بؤس وشقاء وكراهية مع امرأة يرفضها. وهذا يعد ضرب لمقاصد الزواج وعليه فالتعويض غير مستحق[3].

ثانيا: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الأسرة الجزائري

بالرجوع إلى نص المادة 52 ق أج، الذي ورد فيه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". فمن خلال هذا النص، نستنتج أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض في حالة تبيان حالة التعسف، كأن يتضح للقاضي أن الزوج قصد الإضرار بزوجته. والضرر بطبيعة الحال يستوجب التعويض، إضافة إلى ضرورة الحفاظ على حقوقها بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي[4].

---

[1] عبد العزيز سمية، مرجع سابق، ص 106.

[2] المرجع نفسه، ص 107.

[3] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 186.

[4] المرجع نفسه، ص 187.

لكن بما أن المرأة تعاني في مجتمعنا من ويلات القهر وما يشبهه، كان لزاما على المشرع الجزائري على حد قولنا، أن يحدد على الأقل مدة معتبرة كافية للزوجة، حيث يتحمل فيها الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، إذ يقضى لها بتعويض يغطي نفقة لسنتين على الأقل ولو تدفع بالتقسيط[1]. وهذا ما قامت به أغلب التشريعات العربية، على غرار المشرع المصري[2].

حيث لم يحسم القضاء الجزائري هذه المسألة واختلطت عليه الأمور، ولم يبين موقفا واحد، ولعل اجتهاده تطبيقا للمادة 222 ق أج، جعلت المسألة دون نسق واحد[3].

1- اعتبار المتعة والطلاق التعسفي عملة واحدة: حيث جاء في قرار صدر بتاريخ 08-04-85 ملف رقم 35912: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في ذاتها تعتبر تعويضا. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة ويدفع أخر كتعويض"[4].

وفي قرار آخر صادر في 27-01-1986 ملف رقم 39731[5]، جاء فيه: "لا يجوز الحكم بالمتعة إلا للزوجة المتضررة من طلاق غير مبرر لأنه من المقرر شرعا وقضاء أن تمنح الزوجة مقابل الضرر الناتج لها من الطلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا يبين لتعويض أحدهما ومنع المتعة للزوجة ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة".

---

[1] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 187.

[2] حيث تنص المادة 18 مكرر ق أ م: "على أن الزوجة المد خول بها في زواج صحيح إذ طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة لسنتين على الأقل مراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط". **راجع:** بن الشويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 188.

[3] باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 24.

[4] أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 53؛ باديس ذيابي أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 26.

[5] م ع ، غ ،أ، ش ملف رقم 39731، الصادر بتاريخ 27 / 1/ 1986، المجلة القضائية، 1993،عدد 1، ص 61.

2- الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي: إن جانبا من القضاء الجزائري سلك مسلكا مناقضا للأول، باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي[1].

ومن ذلك قرار المحكمة العليا ملف رقم 41560 مؤرخ في 07-04-1986[2]، جاء فيه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أطار تدخل". وعليه فإن نفقة المتعة هي من أثار الطلاق بعد الدخول وليست ذات صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي[3].

[1] باديس ذيابي، أثار فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 26.

[2] م ع ،غ ه، ش، ملف رقم 41560، الصادر بتاريخ 07-198604، المجلة القضائية 1989، العدد 2، ص 69.

[3] باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 26 و27.

المبحث الثاني

آثار التعسف في استعمال الزوجة حق التطليق والخلع

قررت الشريعة الإسلامية كأصل عام، حق الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بمحض إرادته وطبقا لمشيئته. إلا أنها لم تهمل حق المرأة في خلاصها من العلاقة الزوجية إذا ما جلبت لها أضرار مادية أو معنوية، بحيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها وترى في استمرارها زيادة في البغض والكراهية، عندئذ فتح لها الشرع بابا لنوع من الطلاق، إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب الشرعية، الأمر الذي يعرف بالتطليق (مطلب أول). أو من دون إثبات الضرر عن طريق بالخلع (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق

سمح المشرع للمرأة أن تطلب الطلاق من زوجها، لكن أوقف ذلك على توفر سبب مشروع، لقوله صلى الله عليه سلم: "أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس، فحرم عليها رائحة الجنة". فالشرع لم يسوغ للمرأة الطلاق، إلا بواسطة القاضي. فإذا لم يرد الزوج أن يطلق زوجته وكان لديها سبب شرعي، لها أن تلجأ إلى القضاء لتحقيق ذلك

ومن هذا المنظور أكد المشرع الجزائري على حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وذلك استنادا إلى نص المادة 53 ق أج المعدلة بموجب بالأمر 05-09[1] محاولا التوسع فيه وفي الحالات الموجبة له حماية للمرأة ودرءا للمفاسد والأضرار التي قد تلحقها من طرف الزوج. كما نصت المادة53 مكرر من القانون نفسه، على أنه يجوز

[1] تنص المادة 53 ق أ ج: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:
1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزوج مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون. 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزوج، 3- الهجر في المضجع فوق 04 أشهر، 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجي، 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه، 7- ارتكاب فاحشة مبينة، 8- الشقاق المستمر بين الزوجين، 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، 10- كل ضرر معتبر شرعا".

للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف التطليق (فرع أول)، ودليل مشروعية التطليق (فرع ثاني)، وأسباب التطليق (فرع ثالث) وأخير آثار الحكم بالتطليق للزوجة المطلقة (فرع رابع).

الفرع الأول: تعريف التطليق

يمكن أن نبحث في تعريف التطليق من خلال، الطرح اللغوي أولا والاصطلاحي ثانيا على أن نصل إلى التعريف القانوني، وهذا وفق ما يلي:

أولا: التطليق في اللغة

نجد أصل كلمة "تطليق" في (طلق–تطليقا). أي طلقت المرأة زوجها وتطليقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، وتطليق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم[1].

ثانيا: التطليق اصطلاحا

يقصد به منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها، بناء على إرادتها المنفردة وإسنادا إلى القانون[2].

ثالثا: التطليق في القانون

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التطليق، واكتفى بذكر الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق أمام القاضي، وذلك في نص المادة 53 ق أج. إذ يفهم من ذلك أنه يوكل أمر تحديد المفاهيم للفقه والقضاء، الأمر الذي يتجسد عمليا من خلال الدور الذي يقوم به القضاء في تفسير وتحديد المضامين القانونية، حيث عرفته المحكمة العليا: "من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".

[1] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012 ، ص 11.

[2] المرجع والصفحة نفسهما.

فالتطليق هو عبارة عن طريقا شرعيا وقانونيا لحل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة والتي عليها رفع طلبها هذا أمام القاضي، ومتى استجاب لطلبها يتم فك الرابطة الزوجية وبكل ما يترتب عنها من أثار متعلقة بهذا الحل[1]. لكن يضل تعريف المحكمة العليا للتطليق قاصرا وغير ودقيق[2]، والسبب في ذلك أنها لم تبين المقصود بالمرأة المتضررة[3].

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق

شرع الله تعالى الطلاق للحفاظ على الهدف الأسمى الذي شرع من أجله النكاح، ليكون وسيلة لفض الخلاف بين الزوجين، يلجأ إليه عند الحاجة، ومع ذلك فإن الله أبغضه وأخضعه لإجراءات من شأنها أن تقلل من حالاته رغم مشروعيته. ورغم أنه لم ترد آيات في القران الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق، إلا أنه هناك آيات يفهم منها ضمنيا على حق المرأة في طلب التطليق من خلال الكتاب والسنة والإجماع. الأمر الذي نبينه فيما يلي:

أولا: التطليق من القران الكريم

لعل أبرز ما دل على ذلك، قوله تعالى: "﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴾[4]. وقوله أيضا: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ﴾[5].

---

[1] خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2015، ص 11.

[2] عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 76.

[3] إلا أنه التطليق يتطلب جملة من الشروط حتى يعتد به: 1- أنه لا بد أن يتم في المحكمة أمام القاضي، فالقاضي هو الذي يفرق بينهما. 2- أن يكون بطلب من الزوجة باعتبار أن الضرر لحق بها. 3- أنه لا يستعمل إلا إذا تعذر الاتفاق بين الزوجين، وتوفرت الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 ق أج. **راجع:** سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 154.

[4] سورة النساء الآية 130.

[5] سورة البقرة الآية 231.

وتكمن وجهه دلالة الآيات الذكورة أعلاه، في الموازنة بين الإمساك بالمعروف القائم أساسا على القيام بما يجب للزوجة من حقوق، أو التسريح بمعروف، وهو الطلاق. ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة.[1]

ثانيا: التطليق من السنة النبوية

روى حميد ابن عبد الرحمان عن أبي موسى قال: "قال الرسول الله صلى الله عليه وسلم يقول، أحدكم لامرأته قد طلقتك قد راجعتك، ليس هذا طلاق المسلمين تطلق المرأة من قبل عدتها".

وروى بند ثار عن بن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: "**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**"، ويشير هذا الحديث أن الطلاق مشروع ولكن بأسبابه ودواعيه[2].

ثالثا: التطليق من الإجماع

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول (ص) حتى اليوم، على جواز مشروعية التطليق، وهي محصورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين، وواجباتها ذلك أن الزوجة ميثاق غلقا لا ينفصم إلا لأسباب ملحة[3]. وخلاصة القول أن التطليق مشروع باعتباره ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه.

الفرع الثالث: أسباب التطليق

أقر الشرع التطليق للزوجة متى كان في استدامة العلاقة الزوجية ضرر محضا بها وإخلال بأهداف ومقاصد الزواج. إلا أن استعمال هذه الوسيلة مقيد شرعا وقانونا بشروط محددة، حيث تعود السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى جدية طلب الزوجة للتطليق.

[1] خالد قاري، مرجع سابق، ص 16.

[2] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 14 و15.

[3] المرجع نفسه، ص 15.

وعليه أورد المشرع الجزائري بموجب المادة 53 ق أج، مجموعة أسباب على سبيل الحصر، التي من خلالها يمكن للزوجة أن تطلب التطليق بصورة قانونية وشرعية. الأسباب التي كانت قبل تعديل سنة 2005 محصورة في سبعة حالات، على أنها أصبحت بعد ذلك عشرة حالات محددة حصرا، المتمثلة في: عدم الإنفاق[1]، عيوب هدف الزواج[2]، الهجر في المضجع[3]، الحكم على الزوج عن جريمة محددة[4]، الغيبة[5]، التعدد[6]، ارتكاب فاحشة مبينة[7] الشقاق المستمر[8]، مخالفة شروط عقد الزواج[9]، كل ضرر معتبر شرعا[10].

---

[1] النفقة أثر من آثار عقد الزواج. وكل مخالفة لذلك بسبب التعسف أو التعنت أو الإعسار، حق للزوجة طلب التطليق وعلى القاضي أن يستجيب لطلب الزوجة إذا ثبت له ذلك، وأصر الزوج على إمساك الزوجة بدون إنفاق للإضرار بها **راجع:** العربي بختي، مرجع سابق، ص 101؛ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 35.

[2] وهي العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج. التي رغم عدم تحديدها من المشرع إلا أنها عيوب جنسية وجسدية. وأهما: عيوب تناسلية خاصة بالرجال(**العنة:** "هو عجز الرجل عن مباشرة الجنسية و يسمى الموصوف بها عينا. **الخصاء:** "هو شل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصي".). وعيوب تناسلية خاصة بالنساء(**الرتق:** "هو انسداد المحل".). وعيوب مشتركة بين الرجال والنساء(**الجذام:** "مرض ينقطع منه اللحم ويتساقط". **البرص:** "مرض من الأمراض الجلدية المزمنة وهو بياض يظهر في الجلد"). **راجع:** سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 157.

[3] الذي يفوق أربعة أشهر، ويشترط فيه: 1- أن يكون مقصودا لذاته نكاية بالزوجة وليس له مبرر. 2- هجر الزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والإعراض عنها وعدم قربانها. **راجع:** سليمان ولد خسال، المرجع نفسه، ص 159.

[4] التي يشترط أن يكون فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، وتتمثل شروطها في: 1- أن تكون ماسة بشرف الأسرة. 2- أن يستحل مع الجريمة التي ارتكبت مواصلة العشرة والحياة الزوجية. 3- أن يصدر من القاضي حكم يجرم الفعل، وينزل عليه العقوبة. **راجع:** أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 117.

[5] غياب الزوج، المعروف موطنه أو محل إقامته، ولو كان له مال يمكن الإنفاق على الزوجة منه[5]، ويشرط في ذلك: 1- أن يكون غياب الزوج عن زوجته بغير عذر مقبول. 2- أن تتضرر بغيابه. 3- أن تكون الغيبة في بلد الذي تقيم فيه. 4- أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة. **راجع:** باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 45.

[6] حيث يتزوج الرجل بامرأة ثانية، دون رضا الأولى، أو برضاها لكن الزوج لا يحترم شروط التعدد من عدل وإنفاق. **راجع:** سليمان ولد خسال، المرجع نفسه، ص 163 و164.

[7] المنطوية على المعاصي والكبائر كالزنا الخمر والمخدرات والسرقة. **راجع:** المرجع نفسه، ص 164.

[8] الشقاق هو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانهيار والضياع. الذي يعد أمرا مستحدثا في القانون الجزائري. **راجع:** باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 50 و51.

[9] الإخلال بأي شرط من شروط عقد الزواج. **راجع:** نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصيص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، الجزائر، 2013، ص33.

[10] لم يحدد المشرع الجزائري أنواعا معينة من الضرر المقصود، إلا أنه جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/04/23: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض إستنادا على وجود ضرر معتبر شرعا".=

الفرع الرابع: آثار الحكم بالتطليق على الزوجة

للتطليق العديد من الآثار لعل أهمها، ما يلي:

أولا: العــدة

تعرف العدة على أنها مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن الزواج فيها ،وبانقضائها يزول ما بقي من أثار التحريم[1].

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى: ﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ﴾[2].

ثانيا:النفــقة

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطليق و تشمل نفقة العدة و نفقة الإهمال.

1- نفقة العدة: تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة. وتحددها المحكمة إجماليا أو شهريا، وفق المادة 61 ق أج. ويسقط هذا الحق شرعا إذا تركت المطلقة مقر الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشر.

2- نفقة إهمال: أوردت المادة 74 ق أج، أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن الزوجية إلى غاية صدور حكم التطليق[3].

=فصور الضرر المقيد شرعا هي: 1- عدم توفير السكن اللائق. 2- إهمال النفقة الشرعية أو إساءة المعاشرة الزوجية. 3- ترك البيت الزوجي. 4- التهرب من الواجبات الزوجية بدون سبب شرعي. **راجع:** خالد قاري، مرجع سابق، ص 42.

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 80.

[2] سورة البقرة الآية 228.

[3] منصوري نورة، المرجع نفسه، ص 83 و84.

ثالثا: متاع البيت

المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجة من فراش وأدوات منزلية. ويشمل مقتنيات الزوج للإعداد مسكن الزوجية وكذا ما تحضره الزوجة معها إلى بيت زوجها لغرض الانتفاع به[1]. لكن قد يتنازع الزوجان في بعض متاع البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له في هذه الحالة حاول المشرع التصدي بنص المادة 73 ق أج [2]، حيث يتضح من خلالها أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينة.

رابعا: التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للأسباب الواردة بالمادة 53 ق أج وعليه يمكن للقاضي عند حكمه بالتطليق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر حسب نص المادة 53 مكرر. وتجدر الإشارة أنه يدق التشابه بين مصطلحي التعويض والمتعة. فهذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر، وهي واجبة لها كلما تحقق هذا ضرر[3]، و ذلك عملا بقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[4].

وبناء على هذه الآية، يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع مطلقته وذلك بتعويضها جراء ما أصابها من ضرر مستعملة مصطلح "متعة". أما القوانين الوضعية فأوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينيا يخضع للسلطة التقديرية تحت تسميته "التعويض"[5].

---

[1] خالد قاري، مرجع سابق، ص 48.

[2] تنص المادة 73 من ق أج: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين".

[3] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 88.

[4] سورة البقرة الآية 241.

[5] منصوري نورة، المرجع والصفحة نفسهما.

المطلب الثاني

تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

إن الشريعة الإسلامية قد أعطت الزوجة حق مفارقة زوجها بواسطة الخلع، وقد أقر المشرع الجزائري هذا الحق في نص المادة 54 ق أج، ذلك أنه أراد إيجاد نوع من التوازن بين حقوق الزوجين عند الفرقة بينهما، فإذا كانت العصمة الزوجية بيد الزوج فإنه لا تمنح له الحرية المطلقة حتى يتعسف في استعمال حقه في الطلاق، كما أنه لا يمكن أن تلزم الزوجة على الاستمرار في العيش مع زوج لا تطيق العيش معه وترغب في الخلاص منه.

وعليه نقول أن حق الخلع شرع كوسيلة للزوجة للتخلص من حياة زوجية غير منسجمة لدرجة الخوف من عدم إقامة حدود الله، ومن عدم تحقيق المودة والرحمة بينهما لقوله تعالى:﴿ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾ [1].

فهذه هي الحالة التي يجوز فيها للمرأة أن تتخلع من زوجها. الأمر الذي نتطرق إليه من تعريف الخلع (فرع أول) وتحديد مشروعيته (فرع ثاني)، وتطبيق معايير التعسف على حق الخلع(فرع ثالث) والأحكام والآثار المترتبة على استعمال حق الخلع (فرع رابع).

الفرع الأول : تعريف الخلع

حتى نصل إلى المعنى الدقيق للخلع، وجب علينا تعريفه من الناحية اللغوية، والشرعية والقانونية، وذلك فيما يلي:

أولا: الخلع لغة

الخلع بفتح الخاء مصدره قياسي، يستعمل في الأمور الحسية يعني الإزالة والنزع فيقال خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه ويقال: خلعت النعل خلعا، أي نزعته مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّآ أَتَىٰهَا نُودِيَ يَٰمُوسَىٰٓ إِنِّيٓ أَنَا۠ رَبُّكَ فَٱخۡلَعۡ نَعۡلَيۡكَۖ إِنَّكَ بِٱلۡوَادِ ٱلۡمُقَدَّسِ طُوٗى ﴾[2].

[1] سورة البقرة الآية 229.

[2] سورة طه الآية 11 و12.

معنى الخلع في هذه الآية النزع، وفي الأمور المعنوية يقال خلع الرجل امرأته خلعا أي أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.

والخلع بضم الخاء، مصدره سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه يستعمل حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز، باعتبار أن المرأة لباس الرجل والرجل لباس لها لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾[1]. وقد استقر الفقهاء على أن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء، في إزالة غير الزوجية، والخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية[2].

ثانيا: الخلع شرعا

عرف الخلع من الناحية الشرعية بتعاريف متقاربة، فعرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة[3]. وعرفه المالكية على أنه: "طلاق بعوض". أما الشافعية فيرون أنه: "فرقة بين الزوجين بعوض مقصود يأخذه الزوج". أما الحنابلة فيرون أنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"[4]. وأخيرا الظاهرية يعرفونه على أنه: "بأنه افتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو".

ومن المعاصرين من عرف الخلع أنه: "إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه من مهر"[5].

وعرفه الأستاذ عبد العزيز سعد في كتابه الزواج والطلاق بقوله: "عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الأخر لرغبة الزوجة، مقابل مال مقوم شرعا تدفعه الزوجة

---

[1] سورة البقرة الآية 187.

[2] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 101.

[3] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 59.

[4] أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 126؛ شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 04، 2008، ص 10.

[5] سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 169

فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة حكم أو يحدده القاضي، بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"[1].

ثالثا: الخلع قانونا

نص المشرع الجزائري في المادة 54 ق أج؛ أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

المشرع في هذا النص لم يقم بتعريف الخلع بل أعطى حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع، وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ذلك ضرر.

ثم نص المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة أن الإنفاق بين الزوجين يكون في شأن المقابل المادي للخلع، وليس شأن الخلع في حد ذاته، وفي حالة عدم الإنفاق يقوم القاضي ليحكم بما لا يجوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم[2].

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع

يستمد الخلع مشروعيته بداية من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه سلم. وذلك من خلال الأحاديث النبوية التي وردت في هذا الشأن إضافة إلى ما استدل به جمهور الفقهاء.

أولا: مشروعية الخلع من القران الكريم

قالى تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ

[1] باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 60.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 177.

فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[1].

ووجه الدلالة على مشروعية الخلع من الآية الكريمة، أنها منعت بشكل صريح الزوج أن يأخذ شيئا مما أعطاه للزوجة نظير طلاقها، إلا في حالة خوف الزوجين ألا يقيما حدود الله. حيث رفع الجناح والحرج عليهما فيما تدفعه الزوجة لزوجها من مال نظير طلاقها، فلا إثم عليها فيما أعطت، ولا إثم عليه فيما أخذ[2].

وقال تعالى أيضا: "فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هيئا مريئا"[3]. فوجه دلالة من الآية أنه يحل للرجل أن يأخذ، وأن يأكل مما تطيب به نفس المرأة من غير فراق، وما دام الأمر كذلك فيحل له أكل ما طابت به نفسها، عوضا عن الفراق[4].

ثانيا: مشروعية الخلع من السنة النبوية الشريفة

ما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس قال: "جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقالت: يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام، .فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟. فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم". أقبل الحديقة وطلقها تطليقه".وهذا أول خلع في الإسلام.

ومعنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أبي ذكرت لرسول الله (ص)، أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لا يسيء إليها ولا يقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها وأنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في الحقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها[5].

---

[1] سورة البقرة الآية 229.

[2] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 61.

[3] سورة النساء الآية 4.

[4] محمد سمارة، مرجع سابق، ص 305.

[5] محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 457 و458.

ثالثا: مشروعية الخلع من الإجماع

فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع، ولم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزيني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه. وقال الإمام مالك بهذا الصدد: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وأن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسيء إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم"[1].

رابعا: مشروعية الخلع من القانون

قرر المشرع الجزائري فكرة الخلع، كأحد أنواع فك الرابطة الزوجية. وهذا بموجب نص المادة 54 ق أج.

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على حق الخلع

الخلع وإن كان حق للمرأة تستعمله أثناء شعورها ببغض الزوج، إلا أنها قد تقصد الإضرار به، أو تجلب منفعة لنفسها مقابل الأضرار اللاحقة بزوجها. الأمر الذي نقدمه من خلال التعرض إلى المعايير التالية:

أولا: معيار قصد الإضرار بالزوج

على المستوى التطبيقي نجد قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1992/07/21، ملف رقم 83603. أكدت فيه أن قضاه الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون[2].

لذلك فالخلع إذا كان ببدل لم يتفق عليه الزوجان، فإن القاضي له أن يحكم بصداق المثل وعليه فإن التسليم بهذا الحكم قد يلحق أضرارا بالزوج لأن الزوجة هي التي طلبت الخلع وبالمقابل لا تدفع إلا صداق المثل والذي قد يقل بكثير عما أنفقه عليها.

[1] منصوري نورة، مرجع سابق، ص 109.

[2] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 210.

ومن ثم فإن معيار قصد الإضرار بالزوج يظهر جليا، من خلال إذا تبين أن صداق المثل يقل بكثير عن الصداق الذي دفعه الزوج. فهذا الأخير يتضرر لمجرد أنهما لم يتفقا على المبلغ. وربما لم يبالغ الزوج إذا طالب برد ما دفعه لها، وهذا ما قضت به السنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم: "عليه أتردين حديقته أي مهره"[1].

بل الأكثر من ذلك قد تتعمد الزوجة، عدم الموافقة على المبلغ المتفق عليه الذي يطلبه زوجها إذا أنها تجد في صداق المثل ملاذا لها. والنص بهذه الصورة فتح باب التحايل بأن تطلب المرأة مهرا كبيرا إذا رأت بأن الزوج ثري، وقد تكون المرأة تزوجته لاعتبارات مالية ثم تلجأ للمخالفة للتخلص من الزوج فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته لا توافق ليحكم القاضي بصداق المثل.

ومن باب سد الذرائع، وجب على المشرع أن يراعي هذه المسائل لذلك كان عليه أن يضيف فقرة ثانية للمادة 54 ق أج، وهيك "إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضي القاضي باستكمال الفرق بينهما". والضرر قد يضيق الزوج ماديا أو معنويا، فربما يكون هذا الزوج متعلقا بزوجته إلى درجة الهيام، خاصة إذا كان يجمع بينهما أولاد.

ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة

إذا كان للزوجة الحق في الخلاص من رابطة الزوجية ببدل تدفعه للزوج تعويضا له على ما بذله من مهر ونفقات، إلا أنه حق مقيد في استعماله بحسن النية، بمعنى أن تقصد الزوجة من استعماله تحقيق الحكمة الغائية التي شرع من أجلها، أما إذا كان الباحث عليه مجرد الإضرار بالزوج عن طريق ممارسة ضغوط عليه لقبول بدل نظير فراقها، كان استعمال هذا الحق غير جائز، لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما شرعت للإصلاح.

والحقوق شرعت لتحقيق الهدف من استعمالها تحقيق منفعة فردية لا تخل بحقوق الآخرين وتحقيق مصلحة جديرة بالاهتمام والرعاية، فالزوجة إذا قصدت الإضرار بزوجها عند استعمالها حق الخلع اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق، كما قررت القاعدة الشرعية

[1] بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 211.

والحديث الشريف: "لا ضرر ولا ضرار". وقد تتعسف الزوجة أيضا في استعمال حق الخلع إذا قصدت الإضرار بالورثة كما في حالة خلع المريضة مرض الموت[1].

ثالثا: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

مصلحة الزوج من إنهاء الحياة الزوجية، واستئنافها مع أخرى وتجديد حياته، وجلب المنافع له ودفع المضار الناتجة من استمراره في الزواج، فبالموازنة بين المضار التي سوف تقع على الزوجة والأسرة تفوق بكثير على المضار التي سيدفعها عنه بإنهاء الحياة الزوجية.

رابعا: معيار الضرر الفاحش

يقصد بالضرر الفاحش مجاوزة الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق. فطلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية والمادية، حيث تحوم حولها جملة من التساؤلات ويقسوا عليها المجتمع، فضلا عن الفقر والحاجة التي سوف تتعرض له فتقف حياتها وتبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا والسبب هو أنها مرآة مطلقة[2].

الفرع الرابع : الأحكام والآثار المترتبة على استعمال حق الخلع

إن الخلع متى تم بين الزوجين ترتبت عليه الأحكام والآثار التالية، سواء استعمال بالتعسف أو بمبرر شرعي:

أولا: وقوع الطلاق

حيث بالخلع يقع الطلاق البائن عند جمهور الفقهاء، في المالكية والحنفية، وهو ما أخذ به القانون الجزائري، أما الشافعية والحنابلة فاعتبره فسخا. بمعنى تقع به طلقة بائنة ولو من دون عوض أو نية، وهذا استدلالا بقول الله تعالى: "فلا جناح عليهما فيما افتدت". وإنما يكون فداء إذا خرجت المرأة عن سلطان الرجل، ولو لم يكن الطلاق بائنا لملك الرجل حق

[1] بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 142 و143.

[2] حيدب نور الدين، التعسف في استعمال الحق قبل وبعد قيام الرابطة الزوجية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة البويرة، الجزائر، 2015، ص ص 56-67.

الرجعة، ولكانت المرأة تحت حكمه و قبضته، و لو جازت الرجعة لعاد الضرر الذي إنما شرع الخلع لإزالته عن المرأة[1].

ثانيا: لزوم المال

لزوم المال المسمى لوجوبه بالإلزام، باعتبار أن الزوج علق طلاقه على قبولها. ولا فك للرابطة الزوجية من دون ذلك.

ثالثا: سقوط الحقوق المالية الثابتة

حيث تسقط كل الحقوق المالية الثابتة. فيسقط حق الزوجة في المهر وكذلك النفقة المستحقة على الزوج فعليها أن تعيد مؤخر الصداق، وليس لها مطالبته بنفقة زوجية أو عدة أو متعة، فا المرأة التي خلعت نفسها عن زوجها بدون سبب شرعي لا متعة لها لأنها تعتبر متعسفة في استعمال حقها.[2]

رابعا: وقوع الخلع في مرض الموت

إذا خالعت الزوجة زوجها في مرض موتها، فالخلع صحيح وواقع عليها ويكون طلاقا بائنا ويلزمها البدل الذي قبلته لالتزامها إياه، بشرط ألا يكون هذا البدل أكثر من ثلث تركتها لكونها بمنزلة المتبرع في هذه الحالة، والتبرع ينفذ من ثلث التركة، لكن إذا حابته الزوجة بأن سمت له بدلا يزيد عن الثلث هنا تعتبر متعسفة في استعمال حق الخلع. والسؤال المطروح هنا، ما هو مقدر العوض الذي تلتزم به الزوجة في حالة وفاتها قبل وبعد انقضاء العدة؟ الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1- وفات الزوجة وهي لا تزال في العدة: فالزوج الأقل من ثلاثة أمور، بدل الخلع ونصيبه من ميراثها، وثلث تركتها. إلا أنه وجب له أقل من هذه الأمور الثلاثة للاحتياط، لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمي له بدل خلع باهضا، يزيد عما يستحقه بالميراث لذلك من أجل الاحتياط لحقوق ورثتها وردا لقصد المتواطئ عليه. فإذا ماتت

[1] عبد الحميد الجياش، مرجع سابق، ص 226 و227.

[2] محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 458.

في العدة لا يأخذ إلا أقل الأمور الثلاثة، وعليه يمكن القول أنه في حالة ما إذا سمت الزوجة لزوجها بدل خلع بمقدار يفوق ثلث التركة، فإنها تعتبر محاباة للزوج وبذلك تكون متهمة بقصد الإضرار بالورثة، لأنها تريد إيصال شيء من التركة يفوق قدر المهر الذي أداه لها الزواج. وبالتالي تكون الزيادة قدر المهر مردودة وباطلة ردا لتعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

2- **وفات الزوجة بعد فوات العدة:** في حالة ما إذا توفيت الزوجة بعد انقضاء العدة، فالزوج يستحق بدل الخلع بشرط ألا يزيد على ثلث تركتها. ولا ينظر في هذه الحالة إلى مقدار نصيبه من تركتها ميراثا، لأن الإرث بين الزوجين غير قائم من كل وجه عند وفاتها، لأنها توفيت بعد انقطاع كل أثر من أثار الزوجية التي هي سبب التوارث بين الزوجين.

3- **وفات الزوجة بعد أن برئت من مرضها:** يكون تصرفها في مرضها كتصرفها في حال صحتها ويستحق جميع البدل المسمى، وهذا إذا ما ظهر أن مرضها غير قاتل. وعلى الزوج أن لا يتعسف في معاملة زوجته ويرغمها على الخلع، لأنه يمنع ويحرم على الرجل أن يؤذي زوجته، حتى تضجر وتخلع نفسها فإن فعل ذلك فالخلع باطل ولو حكم به قضاء[1].

إذن فالخلع والافتداء، مقيد بالضوابط الذكورة، حيث تكون المرأة تكره زوجها لخلقه أو دينه أو ضعفه، وخشيت ألا تؤدي حق الله في الطاعة جاز لها أن تخالعه بعوض. وأما إن كان بغير سبب أو لسبب تافه دون أن تخاف من مضيعة حقوق زوجها، أو أن تمارس ضغوط عليه لقبول بدل نظير فراقها أو في حالة مرض موتها، وسميت للزوج بدلا أكثر من ثلث تركتها لأنها تعتبر محاباة له وأنها تقصد الإضرار بالورثة بإيصال شيء من تركتهم إلى الزوج بغير حق، فهنا تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حقها في الخلع.

[1] بلبولة بختة، مرجع سابق، ص ص 143-146.

ملخص الفصل الثاني:

الأصل أنه ببداية العلاقة الزوجية تستقر وتستمر، لتنتهي بطريقة طبيعية منطوية على وفاة أحد الزوجين أو الاثنين معا، لكن قد يحدث وتنتهي بغير ذلك عن طريق فك الرابطة الزوجية بإحدى الطرق المحددة شرعا وقانونا، المنطوية أساسا على الطلاق بالتراضي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق الذي تطلبه الزوجة والخلع المقرر للزوجة أيضا بما أن الطلاق بالتراضي لا يعد صورة مؤدية إلى التعسف، سنكتفي بالطرق الثلاثة الأخرى التي تزداد فيها فرضيات التعسف في استعمال الحق بين الزوجين.

حيث منح الشرع والقانون معا، العصمة للرجل الذي يمكنه أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة. الأمر الذي يعد حقا أصيلا للرجل ما قد يفتح الباب بمصراعيه أمامه للتعسف في استعماله. فيمكن للزوج أن يطلق زوجته أمام القاضي ومن دون سبب أو بأسباب واهية وما على القاضي إلا أن يحكم بذلك بعد إجراء محاولة أو محاولات الصلح. وبالتالي يكون حكمه كاشفا لا مقررا. إلا أنه عالج الشرع والقانون هذا الأمر بتقرير تعويض مناسب لجبر الضرر المادي والمعنوي الذي يصيب الطليقة، إضافة إلى تعويض المتعة المعروف شرعا. الذي يضمه بعض الاتجاهات الشرعية إلى تعويض الطلاق التعسفي ولا يفصله عنه.

أيضا يمكن للزوجة أن تتعسف في استعمال حقي التطليق والخلع، اللذان منحهما لها الشرع والقانون. فالتطليق الذي يعد حقا لها، تطلبه إذا ما توفرت إحدى صوره المحددة حصرا في قانون الأسرة الجزائري، والخلع تطلبه لمجرد بغضها الزوج وعدم احتمال استمرار العلاقة الزوجية معه. ما يقودها إلى تبرير ذلك بخوفها من عدم قدرتها على إقامة حدود الله ومبتغى العلاقة الزوجية، إلا أنها في هذه الحالة هي من تمنح مقابلا ماليا للزوج مع اشتراط قبوله للخلع. الأمر الذي يوضح إمكانية تعسف الزوجة في استعمالها لحقي التطليق والخلع وعلى أوسع نطاق.

يظهر من خلال ما تم طرحه، أنه للتعسف أثناء فترة فك الرابطة الزوجية آثار جد وخيمة ماديا معنويا، قد تزيد وبكثير عن تلك المترتبة عن التعسف في فترة قيام العلاقة الزوجية.

خاتمـــــــة

بعد الطرح المقدم في فصلي الدراسة، والتحليل المتصل بهما، خاصة الأدلة الفقهية القانونية والشرعية، نستطيع القول أن موضوع آثار التعسف في استعمال الحق في العلاقات الزوجية، وكنتيجة عامة يعد من الموضوعات الشائعة والواسعة. حيث يقوم على أساس الموازنة بين الحق الخاص والحق العام من جهة، ولا يمكن التحكم فيه من زاوية واحدة ولا من وجهة نظر واحدة من جهة أخرى، الأمر الذي يوجب البحث المستمر والمتكرر مع مراعاة اختلاف الزمان والمكان.

حيث انطلاقا مما تم طرحه أعلاه، وما تم دراسته في البحث، استطعنا أن نصل إلى مجموعة نتائج فرعية، لصيقة بأهداف الدراسة وأسبابها. والمتمثلة أساسا فيما يلي:

1 – من حيث آثار تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية: منحت الشريعة الإسلامية والمشرع الوضعي–ولو بنوع من التمايز– مجموعة من الحقوق للرجل تجاه زوجته خاصة حق القوامة على المرأة، حق الطاعة للزوج على زوجته، حق تأديب الزوجة الذي يعد مشروعا بشروط، حق تعدد الزوجات للرجل وبشروط كذلك، حق المباشرة الجنسية في كل الظروف إذا ما لم يتوفر مانع شرعي...الخ.

وباستقراء الحقوق الموضحة أعلاه، نقول أن تعسف الرجل أمر جد ضيق نظريا، ولا يمكن تصوره إلا في مجال ضيق، نظرا لاتساع الحقوق المقررة له. إلا أن الواقع يفسح المجال على مصراعيه للرجل حتى يتعسف في استعمال حقوقه الزوجية، خاصة وأن العلاقة الزوجية تتم في مجال ضيق داخل بيت الزوجية، الأمر الذي حتى وان أردنا إثباته لا نستطيع، بل أكثر من ذلك الطابع الخاص للعلاقة الزوجية يصبغ على الأمر الكثير من السرية.

2 – من حيث آثار تعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية: كما على الزوجة مجموعة من الواجبات، لها مجموعة من الحقوق، لكن حقوق الزوجة ليست بالضرورة واجبات على الزوج، فقد تكون استثناء عن حقوقه لا أكثر، كحق الزوجة في زيارة الأهل والأقارب مثلا. الأمر الذي يوسع من مجال تعسف المرأة في كل الأحوال، فأي خطأ منها يعد تعسفا في نظر الرجل–إن لم نقل في نظر الجميع.

3 – من حيث آثار تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق: الطلاق أبغض الحلال عند الله، الذي لا يمكن اللجوء إليه إلا بتوفر مجموعة شروط. لذلك فالزوج في هذه الحالة تتسع إلى جانبه فكرة التعسف على عكس ما سبق بيانه، خاصة من حيث اتساع مفهوم صورة الطلاق من دون مبرر شرعي.

4 – من حيث آثار تعسف الزوجة في استعمال الخلع: الخلع حق للزوجة مثله مثل حق الزوج في الطلاق، وبفضله تتخلص الزوجة من زوجها لمجرد بغضها له فقط، ومن دون أي مبرر شرعي على أن ترد له صداق المثل. الأمر الذي يجعل من الخلع أبرز صور التعسف في العلاقات الزوجية.

انطلاقا من النتائج المتوصل إليها، حاولنا البحث في مجموعة اقتراحات لعلها تساعد في حل إشكال التعسف في العلاقات الزوجية. الأمر الذي نطرحه فيما يلي:

1– توضيح وحصر حقوق كل من الزوج والزوجة بنص القانون، وعدم تركها موزعة بين مذاهب الشريعة الإسلامية والاختلافات الفقهية. وهذا بنقل الأحكام الشرعية وعدم تحريفها والتبديل فيها.

2– تشريع جزاءات جنائية لكل من الزوجين، تفرض إذا ما حدث تجاوز حدود الحقوق المقررة.

3– عمل القضاء على الإكثار من الاجتهادات المتجانسة في هذا المجال، بغرض الردع المسبق للأزواج.

قائمـــــــــة المراجع

أولا: القران الكريم.

ثانيا: المؤلفات

1- أحمد لعور، نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.

2- أحمد نصر الجندى، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر 2009.

3- أشرف فايز اللمساوي، دعوى النفقة الزوجية ونفقة العدة وفقا لأحكام قانون محكمة الأسرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2009.

4- السيد عمر عبد الله، محمد حامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1986.

5- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

6- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.

7- باديس ذيابي، آثار فاك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2000.

8- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007.

9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، الجزائر، 2010.

10- بن شويع الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر 2008.

11- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009.

12- جميل فخري محمد جانم، أثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان الأردن، 2009.

13- وليد خالد الربيع، الإلزام في مسائل الأحوال الشخصية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2007.

14- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003.

15- محمد كمال الدين إمام، أحكام الآسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2007.

16- محمد عاطف عبد المقصود طه، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة عمري المختار للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، 2001.

17- محمد سماره، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2008.

18- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

19- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2012.

20- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

21- عبد الحميد الجياش، الأحكام الشرعية للزواج وأثارهما دراسة فقهية مقارنة، دار النهضة العربية مكتبة الزهراء للنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2009.

22- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

23- علي محمد علي قاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2004.

24- فايز السيد اللمساوى، أشرف فايز اللمساوى، النفقة الزوجية ونفقة العدة وفقا لأحكام قانون محكمة الأسرة 10 السنة 2004، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر 2007.

25- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة مقارنة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2007.

26- رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء لدنيا الطباعة النشر، الإسكندرية مصر،2008.

27- غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقي ، بيروت لبنان، 2004.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1- رسائل الدكتوراه:

أ- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر تلمسان، الجزائر، 2010.

2- مذكرات الماجستير:

أ- العربي مجيدي، نظريه التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الجزائر، 2002.

ب- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014.

ج- بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في إستعمال الحق على الزواج و انحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر الجزائر، 2005.

د- مشعل بن مطلق بن مقذل العتيبي، التعسف في إستعماال حق الولاية على المرأة، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة ماجستر، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض السعودية، 2009.

ه- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستر في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2015.

و- عبد الرحيم مقداش، إنحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستر في القانون،فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013.

3- مذكرات الماستر:

أ- حيدب نور الدين، التعسف في استعمال الحق قبل وبعد قيام الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2015.

ب- نذير سعاد، التطليق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2013.

ج- خالد قاري، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، 2015.

رابعا: المقـــــالات

1- أيمن مصطفي الدباغ، التعسف في الطلاق حقيقته، معاييره، الجزاء المترتب عليه، مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية، فلسطين، المجلد 18، العدد 01، 2014.

2- بن غريب رابح، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، تيزي وزو، الجزائر، العدد01 2010.

3- هدى عبد الله طاهر، الحقوق الزوجية (الرجل و المرأة كلاهما مالهما و ما عليهما) مجلة كلية التربية للبنات، جامعة النهرين، العراق، المجلد25، العدد03، 2014.

4- مجيد على العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، جامعة بغداد، العراق، المجلد01، العدد 03، 2009.

5- محمود بندر علي محمد، نفقة الزوجة في الشريعة والقانون، مجلة كلية العلوم الإسلامية لعدد16.

6- صلاح الدين نامق، حقوق الزوج على زوجته في الفكر الإسلامي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، المجلد 01، العدد03، 2009.

7- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 04، 2008.

خامسا: النصــوص القانونيــة

1- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر) عدد 76، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل والمتمم.

2- قانون رقم 84-11، مؤرخ في09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري (ج ر) عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/فبراير2005.

سادسا: الاجتهــادات القضائية

1- قرار المحكمة العليا الجزائرية، صادر بتاريخ: 1984/04/02، ملف رقم: 32653 المجلة القضائية، عدد 02، 1989.

2- قرار المحكمة العليا الجزائرية، صادر بتاريخ: 1986/01/27، ملف رقم: 39731 المجلة القضائية، عدد 01، 1993.

3- قرار المحكمة العليا الجزائرية، الصادر بتاريخ: 1986/04/07، ملف رقم: 41560 المجلة القضائية، عدد 02، 1989.

4- قرار المحكمة العليا الجزائرية، صادر بتاريخ: 1989/01/16، ملف رقم: 51715 المجلة القضائية، عدد 02، 1992.

5- قرار المحكمة العليا الجزائرية، صادر بتاريخ: 2006/07/12، ملف رقم: 356997 المجلة القضائية، عدد 02، 2006.

الفهـــــــــــــــرس

***مقدمـــــــة.....01**

***الفصل الأول: آثار التعسف في استعمال الحق أثناء قيام العلاقة الزوجية....06**

المبحث الأول: تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية.....08

- المطلب الأول: تعسف في استعمال حق الطاعة والتأديب.....08

الفرع الأول: التعسف في استعمال حق الطاعة.....09

الفرع الثاني: التعسف في استعمال حق التأديب.....12

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على حق الطاعة والتأديب.....18

- المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق تعدد الزوجات.....19

الفرع الأول: معنى التعدد.....20

الفرع الثاني: شروط التعدد.....21

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على حق التعدد.....25

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية.....26

- المطلب الأول: التعسف في استعمال حق النفقة.....27

الفرع الأول: معني حق النفقة.....27

الفرع الثاني: شروط استحقاق النفقة الزوجية.....30

الفرع الثالث: حدود استعمال حق النفقة.....31

- المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الخروج المشروع من بيت الزوج.....32

الفرع الأول: حق الزوجة في الخروج لزيارة أهلها.....33

الفرع الثاني: حق الزوجة في الخروج إلي العمل الكسبي.....36

***ملخص الفصل الأول.....39**

***الفصل الثاني: آثار التعسف في استعمال الحق في إنهاء العلاقة الزوجية....40**

المبحث الأول: آثار التعسف في استعمال الزوج لحق الطلاق.....42

- المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.....42

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....43

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي.....44

- المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي والتعويض عنه.....47

الفرع الأول: معايير الطلاق التعسفي.....48

الفرع الثاني: التعويض عن الطلاق.....52

المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال الزوجة حق التطليق والخلع.....57

- المطلب الأول: تعسف الزوجة في استعمال حق التطليق.....57

الفرع الأول: تعريف التطليق.....58

الفرع الثاني: دليل مشروعية التطليق.....59

الفرع الثالث: أسباب الطليق.....60

الفرع الرابع: آثار الحكم بالتطليق على الزوجة.....62

- **المطلب الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.....64**

الفرع الأول: تعريف الخلع.....64

الفرع الثاني: دليل مشروعية الخلع.....66

الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على حق الخلع.....68

الفرع الرابع: الأحكام والآثار المترتبة على استعمال حق الخلع.....70

***ملخص الفصل الثاني.....73**

***خاتمـــــــة.....74**

***قائمة المراجع.....77**

***الفهرس.....84**