



كلية العلوم
الإنسانية والاجتماعية
FACULTY OF HUMANITIES
AND SOCIAL SCIENCES

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- دراسة مقارنة -

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

أ. طيب بن شهرة

إعداد الطالب:

محمد الوخش

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. إبراهيم بن حليلة	محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
أ. طيب بن شهرة	محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا ومقررا
د. محمد بومدوحة	محمد بوضياف - المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2024/2023 م - 1446/1445 هـ

وثيقة ايداع مذكرة ماستر

الموضوع:

تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إعداد الطلبة:

رقم التسجيل: 171935086568

1- محمد الوخش

القسم: العلوم الإسلامية الشعبة: الشريعة التخصص: شريعة وقانون:

إشراف: الأستاذ طيب بن شهرة الرتبة: أستاذ مساعد - أ-

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طويلة الموسم الجامعي: 2023-2024 وأسمح بإيداعه على مستوى إدارة القسم للمناقشة والتقييم.

رئيس فريق الاختصاص

موافقة وإمضاء الاستاذ(ة) المشرف(ة):

موافق





الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of Higher Education and Scientific Research

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

University Mohamed Boudiaf of M'sila

Faculty of Humanities and Social Sciences

Vice-Chancellorship of the College for Studies and

Student Affairs

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Universite Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة

الرقم: 2024/

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أدناه :

السيد : محمد الوخش

الصفة : طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم : 200364883

الصادرة بتاريخ : 2016/04/25 عن دائرة : المسيلة

المسجل بكلية : العلوم الإنسانية والاجتماعية . قسم : العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون تحت رقم التسجيل : 171935086568

والمكلف بإنجاز أعمال بحث (منكرة ماستر).

عنوانها :

تعسف الزوج في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية
والقانون الجزائري

أصرح بشرفي بأنني ألتزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

المسيلة في : 2024/05/25

إمضاء المعني :

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28-07-2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وعرfan

الحمد لله رب العالمين القائل في كتابه المبين: ﴿رَبِّ أَوْزَعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ
وَلَدِيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [سورة النمل: 19]، فله الملك
وله الحمد وله الثناء الحسن، والشكر له أولا وآخرا على ما أنعم به عليّ من أسباب النجاح والتوفيق
طوال مسيرتي الدراسية وفي هذا العمل المتواضع ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين
سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، الذي قال: " لا يشكر الله من لا
يشكر الناس "

أما بعد:

يسرني أن أتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير إلى جامعتي المتميزة جامعة محمد بوضياف
بالمسيلة، وخاصة قسم العلوم الإسلامية بجميع مكوناته على ما بذلوه في سبيل نشر العلم ونفع
البلاد والعباد، وأخص منهم جميع أساتذتي الذي تعلمت على أيديهم في هذا القسم المبارك، ومنهم
صاحب الإشراف على هذا البحث الأستاذ الفاضل طيب بن شهرة جزاه الله خيرا، كما لا ننسى جميع
زملائي الطلبة الذين قضيت معهم أحسن الأوقات في هذا الصرح العلمي الشامخ.

والشكر موصول أيضا إلى أعضاء اللجنة لقبولهم مناقشة هذه المذكرة التي أرجو أن تتال رضاهم
وإعجابهم ويكتب الله لها القبول.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر لجميع من كان له أثر طيب من قريب أو بعيد في إنجاز هذا
العمل.

إهداء

إلى إخوتي في الإسلام من يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم، رَحِمُ الدين.

إلى روح والديّ الكريمين رحمهما الله كما رباني صغيرا، وجميع إخوتي الأعزاء، وأهلي وعشيرتي رَحِمُ الدّم.

إلى شيوخي وأساتيذي الفضلاء ومن كان لي مُعلّما، وجميع زملائي رفقاء الطلب والاجتهاد رَحِمُ العلم.

إلى أصدقائي وِخْلاني وكل من كان له فضل عليّ.

أهديكم جميعا هذا العمل...

مختصرات البحث

ج : جزء

م : مجلد

ع : عدد

ص : صفحة

د ط : دون طبعة

د ب ن : دون بلد النشر

د ت ن : دون تاريخ نشر

د ر ص : دون رقم صفحة

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق م : القانون المدني

م ع : المحكمة العليا

غ أ ش : غرفة الأحوال الشخصية

م ق : المجلة القضائية

حققت حقاً

مقدمة

إن الحمد لله، نحمده سبحانه وتعالى ونستعينه ونستغديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فهو المهتدي، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد عبده ورسوله، وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.
أما بعد:

فقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج ورغب فيه، وجعله ميثاقا غليظا يربط بين الذكر والأنثى قوامه المودة والرحمة، وحث كل طرف على الاهتمام بالآخر والقيام على شؤونه ومراعاة مصالحه، فقال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقُرُونَ ﴾ [سورة الروم: 20].

ولقد اقتضت حكمة الله سبحانه أن تكون الأسرة هي مصدر العطاء والحنان والمودة لكل أبنائها وبالتالي لكل أفراد المجتمع فهي التي تمد المجتمع بالأبناء الصالحين.

ومن أجل ذلك حرصت الشريعة على أن تبني الأسرة على أسس متينة من صيانة الحقوق ورعاية الواجبات لكل من الزوجين في إطار من العدل الذي من شأنه أن يحفظ حق كل منهما اتجاه الآخر ويضمن استمراريتها ودوامها.

ولذلك أعطى الإسلام الحلول لجميع المشكلات والمنازعات التي تحدث بين الأزواج، وبيّن كيفية علاج هذه الخلافات التي قد تدب بين الزوج والزوجة، بما يوازن بين حقوق كل منهما، مع حفظ مكانة الميثاق الغليظ القائم على السكن والمودة والرحمة، فالدين الحنيف اعتبر كلا من الزوجين سكنا للآخر، لا غنى له عن شراكته والأنس به؛ فهما كالجسد الواحد والروح الواحدة.

ولم يترك الله تعالى الزوجين وحدهما في إدارة شؤون الأسرة وحفظ كيانهما، بل وضع لهما الطريق الذي يسيران عليه وبيّن لكل منها حقوقه والمسؤوليات المترتبة عليه وأرشدتهما إلى سبيل نيل السعادة والأنس في الدنيا، والفوز والنجاة في الدار الآخرة.

فجعل للزوج حقوقا على زوجته عليها أن تؤديها أداء تاما وفق ما أَرَادَهُ اللهُ سبحانه، كما أنه أعطى للزوجة حقوقا لها على زوجها عليه القيام بها بصورتها الصحيحة وفق ما قصده الشرع منها، فكل منهما يستعمل حقوقه المخولة له من أجل تحقيق الهدف النبيل الذي شرعت له وهو بناء الأسرة المسلمة بناء متكاملا على أساس من المودة والرحمة والتسامح من أجل إخراج أفراد صالحين يخدمون دينهم ومجتمعهم.

فدين الإسلام العظيم ساوى بين الرجل والمرأة في التكاليف الشرعية وكذلك في الحقوق والواجبات كأصل عام، مع أنه منح الزوج ميزة وسلطة على زوجته تتجلى في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [سورة البقرة: 226]، وهذه الدرجة تعني قوامة الرجل على المرأة، لأن الله تعالى جعل الرجل هو القائد للأسرة لأنه مهيب فطريا وجسديا لهذه المهمة النبيلة والمسؤولية العظيمة التي ابتلاه الله بها وهي الحفاظ على هذه الأسرة والقيام على شؤونها وفق ما أمره الله به، ولذلك منحه الله بعض الامتيازات من أجل هذا المقصد العظيم فجعل له حق الطاعة على زوجته وتأديبها في حال انحرافها ونشوزها، كما جعل العصمة والطلاق بيده، وغير ذلك من الحقوق .

لكن بعض الأزواج قد يجانب الصواب ويحيد عن المقصد الأسمى الذي وهب الله له هذه الحقوق من أجله، فيستعملها في غير ما أراد الله منها إضرارا بزوجه وظلما لها إما قاصدا ذلك، أو جاهلا بما له وما عليه تجاه زوجته، وهو ما اصطلح عليه العلماء بالتعسف في استعمال الحق وهي نظرية عامة تنطبق على كل حق أسيئ استعماله، وحقوق الزوجين هي من أعظم الحقوق وأكدها.

ونظرا لاستفحال هذه الظاهرة وانتشارها في مجتمعاتنا اليوم، فقد رغبت أن أتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل من خلال النظر في أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين بلدنا الجزائر؛ ف جاء هذا البحث الذي بين أيديكم - بتوفيق من الله تعالى - بعنوان:

" تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "

أهمية البحث:

تكمن أهمية هذا البحث من أهمية الموضوع الذي يعالجه والذي يتعلق بأهم وأغلب المواثيق التي تربط بين الذكر والأنثى، وهو ميثاق الزواج، فهو يسلط الضوء على بعض التجاوزات التي تحدث من الزوج أثناء ممارسته لحقوقه الزوجية التي منحها له الشرع والقانون، وهو ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق، فهو يعالج قضية اجتماعية مهمة، يعاني منها شريحة كبيرة من الأسر، وذلك لجهلهم بالأحكام الشرعية المتعلقة بحقوق الزوج، وهذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة حيث اهتم به كثير من الباحثين سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي، فكان لزاما علينا إسقاط هذه النظرية العامة على موضوع الزواج تحديدا؛ لما يتضمنه من حقوق وواجبات مفروضة الالتزام من الطرفين معا، لكنني ركزت على الزوج لأنه الأقوى في العلاقة ويعتبر قائدا للأسرة بما جعل الله له من قوامة على زوجته، فهو الذي يتصور منه التعسف أكثر من زوجته.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب عديدة دفعتني لاختيار هذا الموضوع، نذكر منها:

- الرغبة الشخصية والميول نحو دراسة المسائل المتعلقة بالأسرة والتخصص فيها؛ لأهميتها وخطورتها وحاجة المجتمع إليها.
- عدم توفر بحوث هذا الموضوع بشكل مستقل - على حد علمي -؛ فأغلب الدراسات تناولت بعض جزئياته أو تناولته كجزئية في جزئياتها.
- ظهور التعسف وانتشاره بصورة رهيبية في المجتمع خاصة بين الأزواج نتيجة عدم الإلمام بالحقوق والواجبات المترتبة على كل طرف، بالإضافة إلى سوء النية وقلة الوازع الديني.
- الوقوف على مدى اهتمام القانون الجزائري بمسائل التعسف في مجال الأسرة.
- ارتفاع نسبة الطلاق بصورة مخيفة في المجتمع الجزائري والذي يعد التعسف الزوجين في استعمال الحقوق من أهم أسبابه.

أهداف الدراسة:

- تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على العلاقات الزوجية ومعرفة مدى تعسف الزوج في استعمال حقوقه وكيفية تحققه.
- بيان مظاهر تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية وموقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري منها.
- بيان كيفية معالجة الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لحالات تعسف الأزواج في استعمال حقوقهم في جميع مراحل الزواج وعند انحلاله وما يترتب عليه.
- توضيح بعض الخطوط العريضة ووضع علامات واضحة تضبط العلاقة بين الزوجين، بإبراز حقوق وواجبات كل منهما، من خلال دراسة بعض تعسفات الزوج في حقوقه.
- معرفة مدى توفيق المشرع الجزائري في معالجة التعسف بين الزوجين، وتقويم استعمال بعض الأزواج لحقوقهم الزوجية مقارنة بالفقه الإسلامي.

الإشكالية:

يثير موضوع هذه الدراسة الإشكال التالي:

كيف عالج المشرع الجزائري ظاهرة تعسف الزوج في استعمال الحق أثناء قيام الزوجية وبعد انحلالها مقارنة بالفقه الإسلامي؟ وما مدى فعاليته في مواجهة هذا التعسف مقارنة بما أقرته الشريعة الإسلامية من أحكام؟

المناهج المعتمدة في البحث:

اعتمدت في هذه الدراسة على المنهج المقارن في أغلب مراحلها وذلك للمقارنة بين بعض الآراء الفقهية، وكذا النصوص القانونية القديمة والحديثة وعرضها على أحكام الشريعة الإسلامية.

كما استخدمت المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك لاستقراء مختلف صور الاستعمالات التعسفية للحق من طرف الزوج، وتحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء في هذا الصدد، وكان لابد من الاستعانة بالمنهج الوصفي للتعريف بمواضيع البحث وجزئياته.

الدراسات السابقة:

من بين الدراسات السابقة ذات الصلة بهذا الموضوع التي وقفت عليها ما يلي:

- رسالة ماجستير بعنوان: "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-"، للباحث -وأستاذي في الجامعة- العربي مجيدي، قُدمت بكلية أصول الدين في جامعة الجزائر، سنة 2001، والتي وضحت فيها مفهوم نظرية التعسف وأدلتها بشيء من الإطناب، ثم بين أثرها وتطبيقاتها في بعض مجالات فقه الأسرة كالخطبة وحق التأديب، والطلاق ثم ختمها بموضوع الوصية، وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وخاصة قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله.

- أطروحة دكتوراه بعنوان: "التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية"، للباحث علاوة بوشوشة، قدمت بكلية الشريعة الإسلامية في جامعة الحاج لخضر بباتنة، سنة 2021، والتي بحث فيها عن مدى توفيق الفقه الإسلامي في معالجة صور التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية، وكذا التقنيات التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة على التعسف أو الحد أو التقليل منه، وقد اعتمد في هذه الدراسة على المنهج المقارن والاستقرائي مع الاستعانة بالتحليل والوصف، وقد تطرق فيها إلى عديد من الأحكام الأسرة ابتداء بالخطبة ثم الزواج فالطلاق وآثاره، ثم اختتمها بأحكام النيابة الشرعية من الولاية والوصاية والكفالة.

- رسالة دكتوراه بعنوان: "التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري"، للباحثة حفصية دونة، قدمت بكلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة الشهيد حمه لخضر بواد سوف، سنة 2021، والتي بحثت فيها عن مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم الأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بين الزوجين على ضوء قانون الأسرة الجزائري، معتمدة في ذلك على

المنهج الوصفي في أغلب نقاط البحث، وعلى المنهج التحليلي، وقد تعرضت فيها لكثير من الأحكام الفقهية والتشريعات العربية مع مقارنتها ببعضها البعض، خاصة بقانون الأسرة الجزائري.

أما هذا البحث المتواضع فإنه يركز على بيان صور ومظاهر الاستعمال التعسفي للحق من قبل الزوج لكونه الطرف الأقوى في العلاقة الزوجية، فيتصور منه التعسف أكثر من زوجته وكيف عالج المشرع الجزائري هذه التعسف، فكانت دراستي تنصب حول الزوج بشكل خاص، وهذا البحث كذلك يبين موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في هذه المسألة.

صعوبات وعوائق البحث:

أثناء القيام بهذه الدراسة واجهتني بعض الصعوبات والعوائق في إنجاز هذا البحث بالإضافة إلى الصعوبات الشخصية - وما أكثرها -، أذكر منها:

- صعوبة الوصول إلى بعض المراجع القانونية.

- تناثر موضوع هذا البحث في كتب الفقه المختلفة، مما شكل صعوبة في جمع أقوال الفقهاء وآرائهم في المسائل المختلفة.

- عدم استعمال مصطلح التعسف عند الفقهاء القدامى، مما يستدعي جمع أقوالهم وتكييفها على هذا المعنى المراد دراسته.

الخطة العامة للبحث:

لمعالجة موضوع هذا البحث والإجابة على إشكالياته المطروحة، قسمت مضمون هذا البحث

وفق خطة ثنائية تحتوي على فصلين ومبحثين على النحو التالي:

الفصل الأول: تعسف الزوج في استعمال الحق في الخطبة والزواج.

المبحث الأول: تعسفات الزوج المتعلقة بسبب انعقاد الزواج.

المبحث الثاني: تعسفات الزوج في اقتضاء الحقوق الزوجية.

الفصل الثاني: تعسف الزوج في استعمال الحق في انحلال الزواج وآثاره.

المبحث الأول: تعسفات الزوج في استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: تعسفات الزوج المتعلقة بآثار الطلاق.

الفصل الأول:

تعسف الزوج في استعمال الحق في الخطبة والزواج

✍ المبحث الأول: تعسفات الزوج المتعلقة بسبب انعقاد الزواج

✍ المبحث الثاني: تعسفات الزوج في اقتضاء الحقوق الزوجية

المبحث الأول

تعسفات الزوج المتعلقة بسبب انعقاد الزواج

إن الزواج هو علاقة مقدسة تجمع بين الذكر والأنثى، يجب أن تبنى على أساس متين؛ لأنه من أهم القرارات المصيرية التي يتخذها الفرد في حياته، لذلك شرع الدين الإسلامي للطرفين مرحلة تسبق عقد الزواج من التعارف بينهما ومعرفة بعض الأمور عن بعضهما قبل الارتباط في هذا الميثاق الغليظ كما سماه الله تعالى، وتسمى مرحلة الخطبة التي هي بمثابة تمهيد لعقد الزواج، ولكن الخاطب في هذه المرحلة قد يختلف مع مخطوبته فيرغب في العدول عنها لحاجة في نفسها قد يبديها وقد يخفيها، وفي كلا الحالتين فقد أجاز الشرع والقانون للطرفين العدول عن الخطبة، لكن الزوج قد يعتبر متعسفا في هذا العدول إذا أضر بمخطوبته، وهذا ما سنتطرق إليه في الشق الأول من هذا المبحث.

أما إذا لم تكن هناك نية في العدول واتفق الطرفان على إتمام الزواج فإنه يحق لهما شرعا وقانونا الاشتراط قبل عقد الزواج شروطا يتفقان عليها لا تناقض أصل الزواج، كاشتراط عمل الزوجة أو عدمه، واشتراط عدم التعدد من الزوجة وغيرها، لكن الزوج بعد إتمام الزواج قد يغير رأيه ويناقض أحد هذه الشروط التي التزم بها قبل إمضاء عقد الزواج فإنه يعتبر في هذه الحالة متعسفا في استعمال الحق، وهذا ما سنراه في الشق الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول: تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة

قبل التطرق لموضوع العدول عن الخطبة ينبغي الإشارة إلى أن الخطبة تعد خارجة عن مجال بحثنا هذا؛ لأنه يتكلم عن تعسف الزوج في استعمال الحق أما الخاطب فلا يعتبر زوجا بعد حتى يتم عقد الزواج كما أن الخطبة تعتبر نظاما مستقلا عن الزواج.

لكن ونظرا لارتباط الخطبة ارتباطا وثيقا بالزواج حيث تعد أهم مقدماته وقد نصت عليها

النصوص الشرعية والقانونية فينبغي الإشارة إليها في بحثنا هذا، لما قد تتضمنه من تعسف للخاطب في استعمال حقه في العدول عن الخطبة.

وسنتناول في هذا المطلب: مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة (الفرع الأول)، والآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة

تعرف الخطبة بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة يحل له التزوج بها، وقد يكون الطلب من راغب الزواج نفسه، وقد يكون ممن يبعثه من قريب أو صاحب أو أجنبي.¹ فالخطبة تعتبر اتفاقاً تمهيدياً مبدئياً على الارتباط في قابل الزمن بين الخاطب ومخطوبته، وتعتبر ضماناً لإقامة عقدة الزواج على أساس متين من الرضا والحرية التامة، لذلك فالإتفاق حاصل على اعتبار أن الخطبة لا تعدو كونها وعداً بالزواج غير ملزم للطرفين.

أولاً: حق الخطيبين في العدول عن الخطبة

1 - معنى العدول عن الخطبة

أ - لغة : يقال عدَلَ عن الشيء يَعِدُّ عدلاً وعدولاً ، أي حادَ.²

ب - اصطلاحاً: هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة بعد تمامها وحصول الرضا منهما،³ أو هو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما.⁴ وللعُدول عن الخطبة مزايا ومساوئ، وأهم مزاياه أنه يحول دون تحقيق زواج فاشل ويجنب الزوجين العيش في تعاسة وشقاء، وبالتالي لا بد من الاعتراف بين الخطيبين في حرية إتمام عقد الزواج حتى لا يجبر كل منهما على معايشة زوج لا يرضاه.

أما عيوبه ومساوئه تتمثل فيما يلحق سمعة أحد الخطيبين وخصوصاً المخطوبة ونظرة المجتمع للمرأة وكثرة القيل والقال. وقد يصيب أحدهما الوقوع في مغارم مالية قد أنفقها في زواج لن يتم، وقد يضيع

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، (د ط)، 1991، ج7، ص10.

² ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري (ت:711هـ)، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ج4، ص2841.

³ محمد عقلة الإبراهيم، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، ط1، 1410 هـ، ج1، ص230.

⁴ جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009م، ص234.

عليه فرصة الزواج مرة أخرى نظرا لما أنفقه من مصاريف، أو فرصة لاستكمال دراسة أو الالتحاق بعمل.¹

2 - جواز العدول عن الخطبة

أ - في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على اختلاف مذاهبهم على أن الخطبة تعتبر وعدا بالزواج وليست عقدا، فالخطبة مرحلة تمهيدية يتبين فيها كل من الخطيبين مدى ملائمة الآخر له، لذلك فإنه يجوز لكل من الخطيبين أن يعدل عن الخطبة، ويمتنع عن الاستمرار فيها دون أن يتوقف ذلك على موافقة الطرف الثاني، وهو ما يفسر رأي جمهور الفقهاء بأن الخطبة وعد غير ملزم، إلا أن هناك من رأى بأن العدول عن الخطبة مكروه، لأن فيه خلف الوعد.²

يقول فتحي الدريني: "لابد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة وخلقا ومروءة، إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول، والوفاء بالوعد التزام خلقي ودياني، لا قضائي حفاظا للكرامة أن تهدر، والمشاعر أن تمس، وللشبهات أن تثور، وللمسعة أن تتال منها الأقاويل".³ وقد جاء في بعض الأقوال عن الإمام مالك أن الوعد يجب الوفاء به قضاء في بعض المسائل، غير أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة؛ لأن الوفاء بالوعد هنا يؤدي إلى عقد الزواج دون رضا، وليس للقضاء إكراه على هذا العقد الخطير.⁴

ب - في قانون الأسرة الجزائري

نص التشريع الأسري الجزائري على إمكانية العدول عن الخطبة من طرف الخطيبين متى أراد أحدهما ذلك، وذلك صراحة حسب المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أن:

" الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ..."¹

¹ عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، (د ط)، 1987م، ص 99.

² النفراوي: شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج 2، ص 31.

³ فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج 2، ص 730.

⁴ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 3، 1957م، ص 36-37.

فلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر الخطبة وعدا بالزواج لكنه وعد غير ملزم الوفاء به خلافا للوعد بالتعاقد المقرر في القانون المدني، فالمشرع الجزائري يعتبر موافق إلى حد ما مع الفقه الإسلامي في تكييف الخطبة، إلا أنه كان عليه ألا يستعمل مصطلح الوعد؛ لأن له مدلول قانوني في القانون المدني غير هذا المقصود في الخطبة.

وعليه فإنه يحق لكل من الخطيبين العدول عن وعده، فلا التزام بإتمام الزواج ما لم يوجد عقد، ما دام أن المشرع الجزائري أجاز العدول ولم يقيد بشرط ولا بقيد خاص، ومن ثم يبقى لكل من الخاطب أو المخطوبة حق العدول بإرادته المنفردة، دون الرجوع إلى الطرف الآخر وطلب رضائه في ذلك العدول لكونه مباحا شرعا وجائزا قانونا.²

ثانيا: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على العدول عن الخطبة

1 - ثبوت تعسف الخاطب في العدول عن الخطبة

يعتبر العدول عن الخطبة حق كسائر الحقوق يمكن أن ينطوي استعماله على تعسف، هذا ما يقود إلى البحث في مسألة العدول عن الخطبة وحكم الضرر الموجب التعويض عنه. لم يتناول فقهاء الشريعة القدامى هذه المسألة، وذلك لأسباب أهمها: اختلاف الحياة الاجتماعية والآراء والعادات في عصرهم عن عصرنا الحالي واعتبارهم بأن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل، وأن التعويض لا يكون إلا في حالة الإخلال بالتزام عقدي، والخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالزواج والعدول عنها حق شرعي ومتوقع من الخطيبين ومن الطبيعي أن ينتج عن العدول شيء من الآلام والمعاناة.³

لكن هناك اتجاه آخر من الفقه الإسلامي المعاصر يرون أن العدول عن الخطبة بلا مبرر شرعي، يمكن أن يشكل تعسفا؛ لأن الحق مقيد بعدم المساس بحقوق الغير، والعدول عن الخطبة إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر من غير مسوغ أو بقصد المضارة يكون صاحبه مسؤولا ولو كان

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، ط2، 2000، ص 57.

³ تبوب فاطمة الزهراء، التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، (د ت ن)، ص 78-79.

الضرر ناتجا عن العدول نفسه، لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق؛ ذلك أن الحقوق ليست مطلقة، بل هي مقيدة بغاياتها ومقاصدها.

كما أنه لا يشترط في قيام المسؤولية التعسفية أن تكون ناشئة عن باعث غير مشروع أو فعل ممنوع، بل تكون المسائلة بناءً على اختلال وظيفة الحق المستعمل قصداً أو مآلاً. ولا تنتفي صفة التعسف عن العدول عن الخطبة إلا بوجود مبررات جادة تسوغه وتنفى عنه تهمة الإضرار أو تقصّد نتيجتها.¹

2 - من مظاهر تعسف الزوج في استعمال حق العدول عن الخطبة

هناك مظاهر عديدة للاستعمال التعسفي من الزوج لحقه في العدول عن الخطبة، من ذلك العدول عن الخطبة بقصد الإضرار بالمخطوبة وهذا تطبيقاً للمعيار المعنوي، إذا عدل عن الخطبة قصد تشويه سمعة مخطوبته لإظهارها معيبة أمام الناس ولا تصلح للزواج.

ويظهر كذلك من تكليفها بأمر مخالف لما تم الاتفاق عليه من البداية، كأن يطلب منها ترك عملها بعدما كان الاتفاق على مواصلته، فيظهر من ظروف الحال أن لديه نية ورغبة في إنهاء الخطبة، وعادة ما يتم التصريح عن هذه الرغبة فيما بعد العدول.²

وعند تطبيق المعيار الموضوعي وإسقاطه على استعمال حق العدول عن الخطبة بشكل تعسفي، إذا ترتب عن العدول ضرر بالطرف الآخر، حتى لو لم يكن يقصد بذلك العدول إلحاق الضرر، كأن سافر إلى بلد أجنبي لطلب العلم ومكث عدة سنوات ففسخ خطبته وتزوج من امرأة أخرى، فتصرفه هذا يحتمل جداً أنه قد فوّت عليها الفرصة لتقدم الخطاب إليها، إذ تكون قد تقدمت في السن أو أثرت حولها الشكوك من جرّاء العدول بعد عدة سنوات من الخطوبة.³

فالحكمة من مشروعية الخطبة أن يتم الزواج بين الخطيبين عن رضا وطمأنينة، فإذا كان العدول لغير ذلك، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال أو الجاه أو

¹ عبد الفتاح حمادي، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر شريعة وقانون، سنة 2023، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، (د ر ص).

² جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 240-241.

³ فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 2008، ص 470.

الجمال مثلا كان ذلك مناقضا لقصد مشروعية العدول عن الخطبة،¹ وخروجا عن الوظيفة الاجتماعية التي من أجلها شرع هذا الحق.

وينبغي الإشارة إلى أن هناك فقهاء آخرين تبنا خلاف هذا الرأي ويرون أن العدول عن الخطبة حق مطلق لكلا الخطيبين، ولا يساء لان عن هذا العدول لارتباطه بالميل النفسي والقلبي وهذا يمنع جريان وسائل الإثبات عليه فلا يمكن تطبيق نظرية التعسف على العدول عن الخطبة، ومنهم هؤلاء الفقهاء محمد بخيت المطيعي وعمر سليمان الأشقر وغيرهم.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

على اعتبار أن الخطبة ماهي إلا وعد بالزواج غير ملزم للطرفين حيث أجاز الشرع وكذا القانون قضاءً لكليهما العدول عنها مع تحمل الإثم والمسؤولية الأخلاقية إذا كان هذا العدول بدون مبرر شرعي مقبول وهو ما يطبع عليه صفة التعسف في استعمال هذا الحق، إضافة إلى هذا فإنه يترتب على العدول عن الخطبة آثار مادية تتعلق بالصداق إذا تم دفعه في مرحلة الخطبة، وكذلك الهدايا التي صاحبت مرحلة الخطبة (أولا)، فضلا عما قد يتسبب فيه العدول من أضرار مادية أو معنوية على الطرف المعدول عنه (ثانيا).

أولا: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق والهدايا

1 - أثر العدول بالنسبة للصداق المعجل في مرحلة الخطبة

أ - في الفقه الإسلامي : اتفق الفقهاء على استرداد المهر كاملا سواء كان العدول منه أو منها لأن المهر تستحقه المرأة بالعقد والدخول وليس بالخطبة.²

أي أن الخاطب إذا قدم لمن خطبها المهر كله أو بعضه ثم فسخ الخطبة سواء كان الفسخ تعسفا أو لسبب، وسواء كان هذا الفسخ أو العدول من الخاطب أو المخطوبة، فإنه يسترده كاملا أن كان موجودا قائما فإذا ما استهلك أو هلك استرد قيمته إن كان قيميا أو مثله إذا كان مثليا، سواء

¹ جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 242.

² محمد عيش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1404هـ - 1984م، ج3، ص 416.

ترتب ضرر على هذا العدول أم لا، وذلك كون الصداق من مقتضيات عقد الزواج وأركانه والخطبة لا تكيف بأنها عقد زواج.¹

ب - في قانون الأسرة الجزائري : لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري سواء قبل التعديل أم بعده لموضوع الصداق عند العدول عن الخطبة وعليه طبقا للمادة 222² من قانون الأسرة فإنه يرجع في الحكم عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيكون حكم الصداق أن يسترد كاملا حال العدول عن الخطبة بصرف النظر عن عدل منهما.

ويمكن القول أن الصداق باعتباره من مستلزمات العقد و هو شرط من شروطه فعلى المخطوبة رده في حالة العدول لأن العقد لم يتم، حتى لو تم العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول فليس لها الحق إلا في نصف الصداق،³ لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾ [سورة البقرة: 235]، وذلك لأن وجوب الصداق في العقد على أساس المعاوضة أي أن الصداق دفع لغرض معين ولم يتم هذا الغرض وهو الزواج ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج، ويفرق محمد محدة إذا كان العدول من الخاطب أو المخطوبة فإذا كان العدول من الخاطب فعليه تحمل تبعات العدول، وإذا كان العدول من المخطوبة فعليه إعادة المهر كما هو ولا يجبر الخاطب على تقبل الأشياء التي حول عليها ما قدمه من مهر.⁴

2 - أثر العدول بالنسبة للهدايا المقدمة في مرحلة الخطبة

أ - في الفقه الإسلامي (المذاهب الأربعة): في المسألة آراء فقهية على النحو الآتي:

- عند الحنفية: اعتبر الحنفية هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه أو وجود الزوجية. فإذا كان ما أهده الخاطب موجوداً

¹ زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارة يونس، بنغازي، ط6، 1993، ص 63.

² المادة 222: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

³ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2010، ص 39.

⁴ حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021، ص 33.

فله استرداده. وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام. وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله.¹

-**عند المالكية:** فيه تفصيل على النحو التالي:

* إذا كان عرف أو شرط عُمل به بالرد أو بعدمه.

* إذا لم يكن عرف أو شرط ففيه قولان:

القول الأول: لا يحق لو أن يسترد ما أهداه لمخطوبته سواء كان العدول منه أو منها.

القول الثاني: وهو الأوجه والذي عليه الفتوى وهو التفريق بين أن يكون العدول منه أو منها.

فإن كان العدول منه فلا يسترد شيئاً مما أهداه حتى لا يجمع عليها بين أئمين، ألم رفضها وألم تغريمها بما أهداه لها.

وإن كان العدول منها ردت إليه هداياه حتى لا يجمع عليه بين أئمين، ألم رفضه وألم أكل ماله.²

-**عند الشافعية:** يرى فقهاء الشافعية أن للخاطب الرجوع بما أهداه؛ لأنه إنما أنفق لأجل تزوجها، فيرجع إن بقي، وببدله إن تلف.³

-**عند الحنابلة:** فصل الحنابلة بين أن يكون العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فإذا عدل الخاطب، فلا يرجع بشيء ولو كان موجوداً.

وإذا عدلت المخطوبة، فللخاطب أن يسترد الهدايا، سواء أكانت قائمة أم هالكة، فإن هلكت أو استهلكت وجبت قيمتها. وهذا حق وعدل، لأنه وهب بشرط بقاء العقد، فإن زال العقد، فله الرجوع، فأشبه بذلك.⁴

ب - في قانون الأسرة الجزائري

في قانون 1984 قبل التعديل وضع المشرع الجزائري حكماً واحداً لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة وذلك في الفقرتين 3 و4 من المادة 5 والتي تنص على أنه: "لا يسترد الخاطب

¹ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 13/7.

² مسعود جمادي، محاضرات في فقه الأسرة، أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس شريعة، سنة 2021، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، ص 11.

³ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 14/7.

⁴ المرجع نفسه، ص 15/7.

شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك" وحسب المادة فقد فرقت بين حالتين:

1- إذا كان العدول من الخاطب بناء على إرادته فلا حق له في استرداد ما قدمه من هدايا بغض النظر إذا استهلكت أو مازالت قائمة.

2- وإذا كان العدول من المخطوبة فيجب عليها رد ما أخذته من هدايا إذا كانت قائمة سواء كانت قابلة للاستهلاك، أو غير قابلة لذلك كأن تكون الهدايا قد استهلكت فلا يجب عليها ردها ولا يحق للخاطب المطالبة بها.¹

فالمشعر الجزائري مشى في حكمه هذا مع المذهب المالكي، مع الأخذ بشيء من الفقه الحنفي في قوله (ما لم يستهلك).

وبعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 نص المشعر الجزائري في الفقرتين 4 و5 من المادة 5 على أنه: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

تكلم المشعر الجزائري عن قيمة الهدية، وهي غالباً تكون في المستهلك أو التالف منها مما قد يعني إلغاء شرط عدم الاستهلاك وثبوت حق الاسترداد للطرف المتضرر، ولو كانت الهدايا المقدمة قد استهلكت من قبل العادل المتسبب في الضرر، ومن ثمة يكون المشعر الجزائري بهذا قد أخذ بالمذهب المالكي مطلقاً في مسألة استرجاع الهدايا.²

فالمشعر بعد التعديل استدرک الموقف وأزال الغموض الذي شاب استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، وذلك بالتمييز بين حالة عدول الخاطب والمخطوبة وحق كل منهما في استرداد الهدايا التي قدمها خلال فترة الخطبة.³

¹ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 1996، ص 86.

² مسعود جمادي، المرجع السابق، ص 12.

³ حفصية دونه، المرجع السابق، ص 34.

كما أن المشرع لم يتحدث عن الهدايا التي قدمتها المخطوبة عندما يكون العدول منها، إذ من المفروض بالموازنة مع الخاطب ألا تسترد ما قدمته من هدايا له، لأن العدول منها وبذلك يتساوى الطرفان في الحكم.¹

ثانيا - الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على العدول عن الخطبة

1 - موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المترتب عن العدول: لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذه المسألة لأنها لم تقع في عصرهم وذلك لعدة أسباب لعل أهمها: قوة الوازع الديني، واتباع الإجراءات التي حددتها الشريعة الإسلامية،² أما الفقهاء المعاصرون فقد تعرضوا لهذه القضية نتيجة لتغير ظروف الحياة، وفساد الأخلاق والتأثر بالمفاهيم الغربية والعادات الدخيلة عن مجتمعنا الإسلامي، معتمدين في ذلك على القواعد الفقهية كقاعدة: "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، وقاعدة: "لا ضرر ولا ضرار".³ وقد انقسم الفقهاء في ذلك إلى عدة آراء أهمها:

أ - الاتجاه الرفض للتعويض: يرى أصحاب هذا الرأي وعلى رأسهم محمد بخيت المطيعي وعمر سليمان الأشقر وغيرهم، أنه لا تعويض عن الخطبة مطلقا لأن الخطبة ليست بعقد بل وعد بالتعاقد ولا إلزام في هذا الوعد، فمن عدل عن خطوبته إنما يمارس حقا من حقوقه الشرعية،⁴ لأن العدول عن الخطبة مآذون فيه شرعا والجواز الشرعي ينافي الضمان.

ب - الاتجاه القائل بالتعويض عن الأضرار المصاحبة للعدول: يذهب أصحابه ومنهم محمود شلتوت محمد أبو زهرة وغيرهم، إلى القول بعدم ترتيب أية مسؤولية على مجرد العدول، لأنه حق للخطابين، غير أنه قد يُساءل تقصيرا إذا نال أحد الطرفين بسبب العدول أضرار مادية أو معنوية، أي أن منشأ التعويض عن القدر الإضافي الضار لا عن العدول نفسه.⁵

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 45.

² أحمد شامي، المرجع السابق، ص 46.

³ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 256.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2015، ص 167.

⁵ عبد الفتاح حمادي، المرجع السابق، (د ر ص).

ج - الاتجاه القائل بالتعويض مع التعسف: ويرى أصحابه أنه إذا نتج عن العدول عن الخطبة ضرر بالطرف الآخر من غير مبرر أو يكون بقصد الإضرار فإن صاحبه يكون مسؤولاً، ولو كان الضرر ناماً عن العدول نفسه، لأنه يعتبر عدولاً تعسفياً، ومن أصحاب هذا الرأي فتحي الدريني حيث قال: "إن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر ولو مجرداً عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية أو التعويض عن الأضرار المادية والأدبية الناجمة عنه لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق".¹

ولا تنتفي صفة التعسف عن العدول عن الخطبة إلا بوجود مبررات جادة تسوغه وتنتفي عنه تهمة الإضرار أو تقصد نيتها،² لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".³

2 - موقف التشريع الجزائري من التعويض عن أضرار العدول:

ذهب المشرع الجزائري إلى الأخذ بالرأي الفقهي القائل بجواز التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة وترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، حيث نصت المادة 5 من قانون الأسرة في فقرتها الثالثة على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

حسب هذه الفقرة يجوز المطالبة بالتعويض عن الضرر في حالة ما إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر لأحد المخطوبين قد تكون مادية وقد تكون معنوية تمس أحدهما خاصة الطرف المعدول عنه، نتيجة التعسف في استعمال حق العدول المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 5 كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل ثم بعد فترة يقوم بالعدول بشكل تعسفي فهنا الخاطب لا يعفى من المسؤولية المدنية نظراً لاقتران الأمر المباح بالتعسف والأضرار المترتبة عنه، كما قد يفوت الخاطب على المخطوبة فرصة الزواج من شخص آخر نتيجة العدول مما يؤثر سلباً على

¹ فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، المرجع السابق، ص 736.

² عبد الفتاح حمادي، المرجع نفسه، (د ر ص).

³ مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك (ت: 179هـ)، الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2002، ج2، ص 745.

نفسية الفتاة ومستقبلها ويتركها نهبا للظنون ويلحق بها ضرراً لا يحمد عقباها.¹

ويتضح من خلال الفقرة الثالثة من المادة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص، فمن جهة المشرع يعطي للخاطب الحق في العدول، ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب عن العدول من نتائج، رغم أن العدول أساسه الطبيعة القانونية للخطبة، كونها وعد بالزواج بنص الفقرة الأولى من المادة 5 من قانون الأسرة: "الخطبة وعد بالزواج".²

ويشمل التعويض على العدول عن الخطبة كل الأضرار التي تنجر عنه، سواء كانت مباشرة أم غير مباشرة، حالة أو في المستقبل أو متوقعة الحدوث.

والضرر المادي: هو ما يصيب الإنسان في جسمه أم ماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية فهو ضرر يصيب الشخص في حق من حقوقه التي يحميها القانون، حسب المادة 41 و124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

أما الضرر المعنوي: فهو الأذى الذي يصيب الإنسان في مصلحة غير مالية كالمساس باعتباره أو شرفه أو سمعته،³ حسب المادة 182 مكرر من القانون المدني التي تنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".⁴

وقد أقرت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1989 حيث أقرت بمبدأ التعويض عن الأضرار بنوعيتها المادية والمعنوية موضحة بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد إقراراً قضائياً ومادامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وأن العدول عن الخطبة كان من فعلها وحيث إنه من المقرر قانوناً أيضاً أنه إذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي

¹ السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 225.

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 33.

³ شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو، ص 346.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض وأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقاً للقانون.¹ ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يبين أساس التعويض عن هذه الأضرار، هل هو المسؤولية التقصيرية حسب المادة 124 من القانون المدني الجزائري، أم المسؤولية التعسفية حسب المادة 124 مكرر ق م ج،² وترك سلطة التقدير الكاملة للقاضي في إثبات المسؤولية والحكم بالتعويض، وهذا يبيّن نصحاً على جواز الحكم بالتعويض عن الأضرار بدل الإلزام به.

المطلب الثاني: تعسف الزوج المتعلق بمخالفة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [سورة المائدة: 1]، ويقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً"،³ فالوفاء بالعقود وشروطها المشروعة واجب شرعي ديانى وقضائى نص عليه الكتاب والسنة، وتتطلبه المروءة والأخلاق الحميدة.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المعنى في الشريعة العامة للقانون بنصه على أن: "العقد شريعة المتعاقدين"،⁴ وأهم ما يجب الالتزام به في العقود شرائطها فهي أساسها الذى تبنى عليه وتتقضى بتخلفه أو يتوقف تنفيذها.

وقد أخذ المشرع الأسرى الجزائري بهذا المبدأ في تنظيمه لعقد الزواج من خلال نصه في المادة 19 من ق أ ج على أن: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمى لاحق كل الشروط التى يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وسنتطرق في هذا المطلب إلى تعسف الزوج في تنفيذ بعض الشروط الاتفاقية لعقد الزواج

(الفرع الأول) ثم إلى تعسف الزوج في استعمال حق تعدد الزوجات (الفرع الثانى).

الفرع الأول: تعسف الزوج في تنفيذ بعض الشروط الاتفاقية لعقد الزواج

¹ م ع، غ أش، ملف رقم 56097، المجلة القضائية، العدد 4، 1991، ص 102.

² حمادى عبد الفتاح، المرجع السابق، (د ر ص).

³ البخارى: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم (ت: 256هـ)، صحيح البخارى، كتاب الإجارة، باب أجر السمسة، دار الفكر، لبنان، (د ط)، 2006، ج 4، ص 527.

⁴ المادة 106 من القانون المدنى الجزائرى.

والمقصود بها هو ذلك النوع من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، إذ هي ليست من مستلزمات العقد ولا تخل بمقاصده وإنما تحقق مصلحة معتبرة للمشتراط، كشرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة خارج بيتها وغيرها.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الشروط الاتفاقية لعقد الزواج

تردد الفقهاء فيها لمخالفة ظاهرها ما أباحه الشرع أو حرمه، فهل هذه الشروط صحيحة يجب

الوفاء بها أم لا؟ وللإجابة على هذا السؤال نستعرض فيما يلي أقوال الفقهاء في هذه المسألة:

1 - الحنفية : ذهبوا إلى أنه من شرطت على زوجها على أن لا يخرجها من بلدها أو أن لا يتزوج عليها فإن الشرط فاسد و النكاح صحيح، إلا أنه لو كانت تلك الشروط مقابل الحط من مهر مثلها، فإن وفي لها بالشرط فلها المسمى أما لو خرق الشرط فلها ما نقص عن مهر مثلها.¹

2 - المالكية : قالوا أن من اشترطت على زوجها أن لا يتزوج عليها أن النكاح جائز والشرط باطل،² قال مالك في الموطأ: " فالأمر عندنا أنه إذا شرط الرجل للمرأة و إن كان ذلك عند عقدة النكاح أن لا أنكح عليك و لا أتسرر إن ذلك ليس بشيء إلا أن يكون في ذلك يمين بطلاق أو عتاقة فيجب ذلك عليه و يلزمه "،³ أي أنه لو حلف أنه إذا تزوج عليها طلقها لزمه الطلاق إذا فعل ذلك، فيكون الطلاق لأجل اليمين لا لأجل الشرط فانتبه.⁴

3 - الشافعية : وافقوا المالكية فيما ذهبوا إليه، وقالوا أنه لو اشترطت المرأة على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أن الشرط باطل والنكاح جائز -أي نافذ-، قال الشافعي: " و لو نكح بكراً أو ثيباً بأمرها على ألف على أن لها أن تخرج متى شاءت من منزله، و على ألا يخرجها من بلدها، و على ألا ينكح عليها، و لا يتسرى عليها، أو أي شرط ما شرطته عليه مما كان له إذا انعقد النكاح أن

¹ محمد الرمفوري، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1990، ج4، ص 690.

² مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك (ت: 179هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994، ج2، ص 131.

³ مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 309.

⁴ أبو الوليد الباجي: سليمان بن خلف بن سعد التجيبي (ت: 474هـ)، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1999، ج5، ص 69.

يفعله ويمنعها منه ، فالنكاح جائز و الشرط باطل".¹

4 - الظاهرية : قالوا أنه لو شرطت عليه أن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها، فإذا اشترطت

ذلك في نفس العقد فالعقد مفسوخ، و إن اشترطت ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشرط باطل.²

وقد استدل المانعون لاشتراط عدم التعدد وعدم الإخراج من البلد وشرط الخروج للعمل بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة تصب في معنى أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة، حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس أو الاستحسان على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته،³ وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً".

فهذه المذاهب تتفق مبدئياً على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا

المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفاصيل.⁴

5 - الحنابلة: فذهبوا إلى أنه من شرط لزوجه ألا يخرجها من بلدها وألا يتزوج عليها أن يسمح لها

بالعمل، فلها ما شرط ويلزم الوفاء به.

ودليل من صحح هذه الشروط، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إن أحق ما أوفيتم

من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج"،⁵ وقال أيضاً: "المسلمون على شروطهم"، وهذه

الشروط المذكورة لا تحرم حلالاً ولا تحل حراماً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إذا لم يفي لها به.⁶

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط

وافق المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم

يقم الدليل على المنع؛ وهذا ما يبدو واضحاً من أحكام نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري،

والتي تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطاً في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا

¹ الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت:204هـ)، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 2001، ج6، ص 187.

² ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد (ت:456هـ)، المحلى بالآثار، الطباعة المنيرية، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ج9، ص 517.

³ كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983، ص 18.

⁴ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط6، (د ت ن)، ص 393.

⁵ البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 5151، المرجع السابق، ص 640.

⁶ ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد (ت:620هـ)، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط3، 1997، ج9، ص 485.

سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون. وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة،¹ مراعاة للمادتين 32 و35 منه.²

وما يلاحظ على هاته النصوص بما فيها من تناقض، أن المشرع لم ينص على الجزاء في حالة عدم الوفاء بالشروط أو إذا أصبحت مرهقة لأحد الطرفين، إذ كان على المشرع أن ينص أنه في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها بين الطرفين فإنه يبقى للطرف الآخر الحق في طلب حل العقد مع التعويض.³

وإن كان المشرع قد نص بالنسبة للمرأة يمكنها أن تطلب التطليق بناء على نص المادة 53 من قانون الأسرة و التي تقضي بأنه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، ولها أن تطلب التعويض وفقا لنص المادة 53 مكرر،⁴ وبالعكس لم نجد أي نص خاص بالرجل عندما تخالف المرأة الشروط المتفق عليها، فكان على المشرع أن يعامل الرجل بالمثل.⁵

ثالثا: مظاهر تعسف الزوج في تنفيذ الشروط الاتفاقية

نص المشرع في المادة 19 ق أ ج على الاشتراط في عقد الزواج وأغفل حالة عدم الوفاء بالشروط ومصير الزواج في حالة امتناع الزوج عن الوفاء بالشروط وكيف تطالب الزوجة بحقها في هذه الشروط.⁶

¹ حداد فاطمة - حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، (د ت ن)، ص 247.

² المادة 32: " يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، المادة 35: " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطل والعقد صحيح".

³ خليل عمرو، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص 420.

⁴ المادة 53 مكرر: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

⁵ خليل عمرو، المرجع نفسه، ص 420.

⁶ حفصية دوتة، المرجع السابق، ص 58.

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه كان على المشرع في التعديل الجديد أن يتطرق إلى كيفية المطالبة بالتنفيذ والإجبار على التنفيذ تطبيقاً للقواعد العامة في تنفيذ الالتزامات وإذا لم يتم أحد الأطراف بالتنفيذ حق للطرف المتضرر المطالبة بالفسخ والطلاق حسب الأحوال مع الحق في التعويض.¹

إن عمل المرأة مثلاً لا يكون دائماً برغبة منها، فقد تكون مضطرة إلى ذلك بحكم الحاجة والضرورة فتشترط على الزوج القيام بعمل ما من أجل تحسين الوضع أو قد تكون عاملة في الأساس، وتطلب من الزوج أن تستمر في عملها ومع ذلك يلجأ الزوج إلى منعها بدون سبب مشروع مما يلحق بها عدة أضرار، فإذا تم الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج على أن تعمل الزوجة أو تواصل عملها وخالف الزوج هذا الشرط فيعتبر الزوج متعسفاً في استعمال الحق خاصة إذا كان لسبب غير مشروع.²

ومن صور الضرر في عمل المرأة إذا تزوج الرجل بامرأة عاملة لحاجة أو تحقيق أمر ضروري ثم قام بمنعها من العمل لأمر في نفسه أو لسبب معين وأصر على استخدام هذا الحق بمنعها منه وترتب على ذلك أضرار قد تصيب الزوجة في ذاتها تصل إلى العقوبة وقد تلحق غيرها ممن هم في رعايتها أو مسؤوليتها.³

وتطبيقاً لمعايير التعسف في استعمال الحق على مسألة من الزوج زوجته من الخروج إلى العمل بعد الموافقة عليه دون أسباب مشروعة نجد:

1 - معيار قصد الإضرار: فالزوج قد ظهرت منه قرينة تدل على قصد الإضرار وإلحاق الأذى بزوجه خصوصاً إذا وافق على العمل كشرط قبل الزواج.⁴

¹ الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 137.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 59.

³ حفصية دونة، نفسه، ص 60.

⁴ عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ط1،

2 - معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: فإذا استعمل الزوج حقه في منعها من العمل لغير مبرر شرعي ودون تقصير منها وبعد أن وافق فإنه يترتب عليه ضرر يفوق الضرر المترتب إن سمح لها بالخروج للعمل.

3 - معيار المصلحة غير المشروعة: فالزوج بطلبه ترك العمل من زوجته بعد موافقته لها لا يحقق مصلحة ما بل هدفه مصلحة غير مشروعة من معاقبة المرأة مع حاجتها إلى العمل، وذلك ما دامت قائمة على خدمة بيتها دون إهمال.¹

الفرع الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق تعدد الزوجات

يعتبر نظام تعدد الزوجات نظاماً قديماً قدم الحياة الإنسانية وما صاحبها من حضارات متعددة ومختلفة فقد مارسته كثير من الشعوب والقبائل عبر التاريخ، فالشريعة الإسلامية لم تنشئ نظام تعدد الزوجات، وإنما أبقت عليه وعملت على تنظيمه وإصلاحه من أجل تحقيق مقاصده الحسنة على الأفراد والمجتمعات، وجعلته حقاً من حقوق الزوج وأجازت له التصرف فيه وفق شروطه وضوابطه التي تضمن عدم التعسف في استعمال هذا الحق.

قال الله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتْنِي وَتَلْتَّ وَرُبُعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [سورة النساء: 3].

والمشرع الجزائري لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية حيث أبقى على نظام تعدد الزوجات، فلم يحرمه أو يمنعه ولكنه قيده وشدّد على هذا النظام القانوني، في ظل الحقوق والواجبات التي تترتب بعد إنشاء العقد،² وقد أكد على جواز اشتراط عدم تعدد الزوجات وأكد عليه بنص المادة 19 بقوله: "...ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات".

أولاً: تعدد الزوجات ومشروعيته

1 - معنى تعدد الزوجات : التعدد هو نظام يبيح للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من امرأة ولا يزيد العدد عن أربع ويحرم عليه الزواج بأكثر من ذلك،³ وهو حق ثابت للرجل حسب الفقه الإسلامي.

¹ عبير ربحي شاكور القديومي، المرجع السابق، ص 141.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2007، ج1، ص 93.

³ حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، ص 244.

فيحق للرجل أن يجمع في ذمته عددا معيناً من الزوجات، لكن لا يزيد على أربع نسوة، ولو تعدى هذا العدد أصبح ظلم وتعسف في استعمال هذا الحق،¹ أي أنه يجوز للرجل أن يتزوج إثنين أو ثلاثة أو أربعة نساء وهو الحد الأقصى المسموح به شرعاً، والزواج فوق الأربعة يعتبر زواجا غير شرعي وممنوع قانوناً.²

2 - مشروعية تعدد الزوجات

أ - في الشريعة الإسلامية: تعدد الزوجات مشروع ومباح في الشريعة الإسلامية، وقد دلت عليه نصوص الكتاب والسنة وعمل الصحابة رضي الله عنهم.

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَثُلَّةً وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [سورة النساء: 3].

فالآية الكريمة نص في إباحة تعدد الزوجات في القرآن.

وفي السنة النبوية: فقد أخرج الإمام مالك في الموطأ، عن ابن شهاب قال: بلغني أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة: أمسك أربعاً، وفارق سائرهن.³

وقد أجمع المسلمون منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على إباحة تعدد الزوجات بشرط ألا يزيد عن أربع نسوة.

ب - في قانون الأسرة الجزائري: وافق المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية بالإبقاء على نظام

تعدد الزوجات واعترف بحق الزوج في اللجوء إليه، وهذا حسب ما نصت عليه المادة الثامنة من

التعديل الجديد حيث جاء في فقرتها الأولى: "يسمح بالزواج أكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة

الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

فقد حافظ المشرع الجزائري على حق الزوج في التعدد وجعله كمبدأ عام، ولكنه حاول أن

يضع مجموعة من القيود على هذا الحق من أجل أن يضمن حسن استعماله.

¹ غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبديرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقى، بيروت، 2004، ص 84.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 184.

³ مالك ابن أنس، كتاب الطلاق، باب جامع في الطلاق، المرجع السابق، ص 650/1.

ثانيا: شروط تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

1 - في الفقه الإسلامي

أ - القدرة على الإنفاق : المقصود بها مؤونة الزواج ونفقاته المتعددة، بحيث يكون الشخص قادرا على تكاليف الزواج وأعبائه، من نفقة الزوجة، وتشمل الطعام، الشراب، الكسوة، العلاج، وقبل كل ذلك تهيئة مسكن يليق بها وبأمثالها ويحتوي على كامل المرافق الضرورية.¹ والنفقة واجبة في حق الزوج على زوجته بالكتاب والسنة والإجماع.

قال تعالى: ﴿ أَسْكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾ [سورة الطلاق:6]، وقال أيضا: ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾ [الطلاق:7].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت "،² وقوله حين سأله رجل: ما حق امرأتي علي؟، قال: " تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تهجر إلا في البيت".³

وقد أجمعت الأمة الإسلامية على وجوب النفقة على الزوجات ولم يخالف في ذلك أحد.

ب - العدل بين الزوجات: العدل مأمور به في كل الأحوال والأقوال، لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾ [سورة النحل: 90] ومن ذلك العدل بين الزوجات في النفقة والمبيت والمعاملة وغيرها.

وقال الله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاجِدَةً ﴾ [سورة النساء: 3].

فقد أفادت الآية الكريمة أن العدل شرط لإباحة التعدد، فإن خاف الإنسان من عدم العدل بين زوجاته كان محظورا عليه التعدد، ولا يشترط اليقين من عدم العدل بل يكفي لذلك مجرد غلبة الظن، والمقصود من العدل هو التسوية بين زوجاته في النفقة والكسوة والمبيت ونحو ذلك من الأمور المادية

¹ أقرفة زبيدة، قانون الأسرة بين التأييد والتنديد، دراسة تحليلية لبعض مواده، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1999، ص 106.

² أبو داود: سليمان بن الأشعث بن شداد السجستاني (ت:275هـ)، سنن أبي داود، كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم، حديث رقم 1692، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج3، ص 118.

³ أحمد: أبو عبد الله أحمد بن حنبل الذهلي الشيباني (ت:241هـ)، المسند، أول مسند البصريين، حديث بهز بن حكيم، حديث رقم 20027، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001، ج33، ص 230.

مما يكون في مقدوره واستطاعته، أما التسوية بين زوجاته في المحبة وميل القلب ونحو ذلك من الأمور المعنوية فإن الزوج غير مكلف بها، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذي فيما لا أملك " ¹.

ج - اشتراط المرأة عدم التزوج عليها (عند الحنابلة): إضافة إلى الشرطين السابقين يمكن إضافة شرط آخر وهو خلو العقد من اشتراط عدم تعدد الزوجات، فمنهم من قال بأنه شرط ملزم ومنهم من قال بعدم إلزاميته وجواز مخالفة هذا الشرط، وقد سبق التفصيل في هذه المسألة.

2 - في قانون الأسرة الجزائري:

نصت المادة 8 من قانون الأسرة على أنه: " يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

ويجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية ".
من خلال هذه المادة تكون شروط التعدد في القانون كما يلي:

أ - أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية: ولا يخالف أحكامها وخصوصا في العدد المسموح به من الزوجات.

ب - وجود المبرر الشرعي: والمبررات الشرعية للزواج عديدة، والمشرع الجزائري لم يحدد طبيعتها، ولا ماهيتها، فاسحاً المجال للقاضي يستخلصها من خلال الاستماع إلى الطرفين، وفحص مستنداتها وتقدير الأسباب ².

حيث المشرع نص عليه ولم يحدد بدقة حالاته، حيث صدر منشور عن وزارة العدل يحدد المبرر الشرعي للزواج بثانية على سبيل الحصر إذ نص أنه " يكتفى في إثباته بشهادة طبية من طبيب مختص تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال " ³.

¹ أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، حديث رقم 2134.

² عمر علاوة، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2015، عدد 11، ص 53.

³ حفصية دوتة، المرجع السابق، ص 70.

وهكذا يبدو أن الغرض من هذا الشرط هو ألا يتعسف الزوج في استعمال حق التعدد، وذلك بجعله حالة استثنائية، لا يؤذن به إلا في ظرف خاص ووضع ملح، وليس بمجرد نزوة وشهوة، باعتبار الزواج - حسب الوصف القرآني - ميثاقاً غليظاً لا يجوز التلاعب به وعقده لمجرد هوى عابر وإعجاب عارض.¹

ج - شرط العدل بين الزوجات: من دون شك أن العدل المنصوص عليه قانوناً هو المساواة بين الزوجات في كل المظاهر المادية، فيعدل في المطعم والملبس والمسكن، ويعدل في المعاملة في القول، ويعدل في المبيت، حتى لا تشعر أية واحدة منهن بأنه يؤثر عليها الأخرى.²

د - إعلام زوجته والمرأة التي سيتزوجها برغبته في التعدد: لقد اشترطت المادة 8 على الزوج الذي يرغب في التعدد أن يخبر كلا من الزوجتين بما غرم عليه فهذا الشرط يعتبر ضماناً لكلا الزوجتين حتى تتمكنوا من إبداء رأيهما بالموافقة أو الرفض، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 19 جانفي 2005 ملف رقم 334060 القاضي بأنه يجب إثبات رضا الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى.³

كما أنه للزوجة حق اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضد الزوج في حالات التدليس أو الغش وفقاً للمادة 8 مكرر في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

إن عدم تحديد مهلة معينة لممارسة هذا الحق، يجعل منه وسيلة تهديد مستمرة في يد الزوجة تستعمله متى شاءت، وليس هناك ما يضمن أن تتعسف في استعمال حق التطليق هذا. ونأمل أن يستدرك المشرع ذلك إذا ما قُدِّر لقانون الأسرة أن يعدل مرة أخرى.⁴

هـ - الترخيص القضائي بالتعدد: نصت المادة 8 في فقرتها 2 و3 على أنه " يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس

¹ عمر علاوة، المرجع السابق، ص 54.

² عمر علاوة، المرجع نفسه، ص 50.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 71.

⁴ عمر علاوة، نفسه، ص 53.

المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

لم يتناول المشرع في قانون الأسرة الإجراءات الواجب اتباعها للحصول على الإذن القضائي المتخذ كقيد قانوني من تعدد الزوجات إلا ما جاء في المنشورين الوزاريين¹ يبين كيفية تدخل القاضي في منح الإذن، ومن الأشياء التي وضحتها المنشورين الوزاريين، الصفة والسلطة التقديرية للقاضي التدخل في عقد التعدد، لأنه يتدخل كسلطة لترخيص تبعا لما جاء في نص المادة 8 من قانون الأسرة " يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد...".²

و - **خلو العقد من شرط عدم التعدد:** لم يتحدث المشرع عن هذا الشرط في المادة 8 من قانون الأسرة وأشارت إليه المادة 19 منه بنصها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات ... " وتأسيساً على ذلك فإن للزوجة الحق في أن تشترط في عقد النكاح ألا يتزوج عليها زوجها، ويكون هذا الشرط ملزم لمن التزم به وهذا الإلزام فيه موافقة لرأي الحنابلة ومذهب الأوزاعي، خلافاً لرأي جمهور الفقهاء بأن هذا الشرط غير ملزم ولا يجب الوفاء به.³

ثالثاً: مظاهر تعسف الزوج في تعدد الزوجات

الأصل أن يتزوج الرجل بامرأة واحدة، ولكن قد تحدث ظروف تدفعه إلى الزواج مرة أخرى مع احتفاظه بزوجته السابقة من غير أن يكون هذا الفعل نكايه فيها، كما يحدث أحيانا تلميحا أو تصريحاً، كقوله لها: إما أن تستقيمي وإلا سأتزوج عليك، فهذا الأسلوب التهديدي المتضمن النكايه يعد تعسفاً في استعمال حق التعدد الذي أبيع لأغراض سامية وأهداف مشروعة، دفعا للتعارض

¹ المنشور رقم 84-102، والمنشور رقم 85-14.

² بن عودة خويبر، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2021/2022، ص 88.

³ عمر علاوة، المرجع السابق، 52.

والمنافاة للمبادئ العامة للحياة الأسرية التي مبناها المودة والرحمة والسكينة؛¹ لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [سورة الروم: 20].

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

وهذا السلوك العملي يعد تعسفا في استعمال الحق؛ لأنه خرج بالتعدد عن الإطار الذي أبيع له، فلم يراع فيه الضوابط والمقاصد الشرعية اتباعا للهوى واقتفاء لآثار من سبقوه.³

وتطبيقا لمعيار الضرر الذي يثبت التعسف في استعمال حق التعدد، الزواج دون إعلام الزوجة زواجا عرفيا، وبمجرد الدخول بالزوجة الثانية فإنه سوف يثبت هذا الزواج بحكم قضائي، وذلك وفق ما تنص عليه المادة 1/22 ق أ ج، ففي هذه الحالة عدم إعلام الزوجة الأولى هو دليل على عدم رضاها، ودون أي شك أنه سوف يلحق الضرر بها طالما أنها لم تكن على علم به، لتفاجأ بوجود ضرة لها، كما أن إقدام الزوج على عقد الزواج بهذه الطريقة دون استصدار ترخيص بالزواج، دليل على سوء نية الزوج وتحاييله على القانون، الذي لم يمنح الزوجة إلا طلب التطلق للضرر.⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 124 مكرر من ق م ج والذي جاء فيها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

¹ علاوة بوشوشة، التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة -1-، 2021/2020، ص 130.

² بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة الجزائر-بن عكنون-، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 63.

³ علاوة بوشوشة، المرجع نفسه، ص 135.

⁴ خلفاوي لمياء - طالبي أميرة، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالم، 2022/2021، ص 60-61.

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة¹.

وبتطبيق معايير التعسف على حق التعدد من خلال نص المادة 8 ق أ ج نجد أن المشرع أخذ بمبدأ تعدد الزوجات ولكن قيده بشروط لغرض منع ممارسات نظام التعدد دون القدرة عليه، ومنعا من تعسف الزوج في استعمال هذا الحق على وجه غير مشروع، وقد أشارت المحكمة العليا في قراراتها إلى وجوب العدل بين الزوجات في حالة التعدد وذلك في كل المجالات وخاصة الجانب المادي، فإذا كان غير قادر على العدل وقام بالتعدد وليس له القدرة على تحمل أعباء هذا الزواج والوفاء بحقوقه الشرعية ففي هذه الحالة يكون سيء النية، وتصرفه هو قرينه على القصد السيء وهو الإضرار بالزوجة الأولى².

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

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 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 بزوجه الأولى³.

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 73.

³ م ع، غ أش، ملف رقم 356997، بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 02، 2006، ص 441.

المبحث الثاني

تعسفات الزوج في اقتضاء الحقوق الزوجية

منح الله تعالى للزوج حق القوامة على زوجته من أجل رعايتها وإصلاح أمرها وتأديبها ليستقيم نظام الأسرة ويصلح حالها، يقول الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [سورة النساء: 34]، وسبب هذه القوامة أن الله تعالى جعل الرجل هو القائد للأسرة بما فطره الله عليه من كمال العقل وشدة العزم وقوة الرأي والتحكم في النفس وتحمله أعباء الإنفاق على زوجته ومهرها بما في ذلك من التعب والمجاهدة، ومن هذه الحقوق حقه في طاعته في المعروف، وحقه في تأديبها في حال نشوزها، وكذلك حقه في الاحتباس على زوجته مقابل إنفاقه عليها ورعايتها، بالإضافة إلى حقه في الاستمتاع بها لأن هذا مستحق له بعقد الزواج والمهر

إلا أن بعض الأزواج قد يتعسف في استعمال هذا الحقوق بما يخرجها عن المقصد الأسمى الذي شرعت من أجلها هذه الحقوق، وسنتطرق في هذا المبحث إلى أهم الحقوق الزوجية التي قد يتعسف الزوج في استعمالها.

المطلب الأول: تعسف الزوج في ممارسة حقه في الطاعة والتأديب

سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم حقين من حقوق القوامة الزوجية، ومظاهر تعسف الزوج فيها، وهما حق الطاعة (الفرع الأول)، وحق التأديب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة

قد جعل الإسلام طاعة الزوج من الأحكام الشرعية وثوابها الجنة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ مَاتَتْ وَرَوْجُهَا رَاضٍ عَنْهَا دَخَلَتْ الْجَنَّةَ". فالطاعة هي التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج.¹ وسنتطرق لهذا الحق بتعريفه وبيان مشروعيته (أولاً)، ثم بيان حدود هذا الحق (ثانياً)، ومظاهر تعسف الزوج في هذا الحق (ثالثاً).

¹ 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، (د ط)، 2003، ص 317.

أولاً: تعريف حق الطاعة ومشروعيته

1 - تعريف حق الطاعة

أ - الطاعة لغة: الطاء والواو والعين أصل صحيح واحد يدل على الانقياد، وهي من الفعل طاع له يطوع ويطاع إذا انقاد معه ومضى لأمره، وهو طوع يديك أي منقاد لك.¹

ب - حق الطاعة اصطلاحاً: ويقصد به التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج؛ أي موافقة المرأة لزوجها باستجابة رغباته وطلباته في غير معصية الله، والانقياد للزوج لا يعني استسلام الزوجة له، والاستجابة لرغباته الممنوعة، وإنما هو انقياد بالمعروف وفي المعروف؛ أي في الأمور المباحة شرعاً.²

وتكون الزوجة مطيعة لزوجها متى كانت مدركة لواجباتها الزوجية، والقصد من الطاعة التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق المترتبة على عقد الزواج، فالطاعة واجبة على الزوجة شرعاً بمجرد استقائها لعاجل صداقها وتوفير مسكن شرعي وحملها إليه وعدم وجود مانع.³

أما في القانون الجزائري فإن المادة 39 من ق أ ج الملغاة تنص على أنه: " يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، وبما أنه تم إلغاء هذه المادة فما على القاضي إلا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى نص المادة 222 من قانون الأسرة.

2 - مشروعية حق الطاعة

حق طاعة الزوجة لزوجها مشروع وثابت بنصوص القرآن الكريم والسنة النبوية ونذكر منها:

أ - من القرآن

قوله تعالى: ﴿ فَإِنَّ أَطْعَنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ۗ ﴾ [النساء: 34] دلت هذه الآية على حق

الطاعة؛ حيث نفت حق الزوج في التعرض لامرأته إذا أطاعته في جمي ما يريده منها مما أباحه الله إذ لا سبيل له عليها بعد ذلك وليس له أن يضر بها أو يهجرها.

¹ الفيروز آبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد (ت:817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ط 1، 1424هـ - 2003م، ص 670.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، (د ط)، 1998، ص 188.

³ السيد عمر عبد الله - محمد جامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص 52.

ويقول سبحانه وتعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34] فهذه الآية تدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها لأنه سبحانه وتعالى جعل الرجال قوامين على النساء، ولا معنى للقوامة إلا إذا أطيع القيم، ونفذت أوامره من قبل من جعل قيماً عليه.¹

ب - من السنة النبوية

وردت أحاديث عديدة تدل على مشروعية حق الطاعة، نذكر منها الآتي:

روى عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها، قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت".²

وعن قيس بن سعد رضي الله عنه مرفوعاً: "لو كنت أمر أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق".³

كما جعل الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم معيار الخيرية في النساء هو رضا الزوج عنها وطاعتها له فقد روي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم سُئل عن خير النساء فقال: "التي تطيع إذا أمر، وتسرع إذا نظر، وتحفظه في نفسها وماله".⁴

ثانياً: حدود حق الطاعة

إن الشريعة الإسلامية عندما أقرت للزوج حق الطاعة قيدت ذلك بأدائه لواجباته الشرعية بمقتضى عقد الزواج وعليه فالزوج لا يطالب بحقه في الطاعة إلا إذا أعطى للمرأة حقها، وهو ما يفرضه عليه الشرع من مهر معجل، ومسكن يليق بها وكذلك واجب الإنفاق عليها، وكان أمينا عليها، قواماً على أمرها، وقائماً بجميع احتياجاتها، وإلا فلا طاعة للزوجة عليه بل ولا تنتقل معه إلى بيت

¹ محمد عقلة، المرجع السابق، ص 25.

² أحمد بن حنبل، مسند العشرة المبشرين بالجنة، عبد الرحمان بن عوف، حديث رقم 1661، المرجع السابق، ص 199/3.

³ الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت: 279هـ)، سنن الترمذي، كتاب الرضاع، باب حق الزوج على المرأة، حديث رقم 1159، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975، ج3، ص 465.

⁴ النسائي: أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي (ت: 303هـ)، السنن الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب طاعة المرأة لزوجها، حديث رقم 8912، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001، ج5، ص 310.

الزوجية أساسا ولا يعد ذلك نشوزا منها.¹

والطاعة تكون في المعروف وهو كل ما عرف من طاعة الله والتقرب إليه، وفعل ما أمر الله به وترك ما نهى عنه، فإن أمر الزوج زوجته بإتيان معصية، ومخالفة ما شرعه الله أو تجاوز حدوده، فلا سمع عليها ولا طاعة²، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق".³ ويمكن رسم حدود طاعة الزوجة لزوجها في ما يلي:⁴

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

* عدم الخروج من البيت إلا بإذن زوجها والالتزام بالستر فلا تظهر من مفاتها ما يندسها.

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

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

ثالثا: مظاهر تعسف الزوج في حق الطاعة

لعل التعسف يظهر في تجاوز الزوج لحدود الطاعة، وذلك عندما تكون الزوجة قد امتثلت في طاعة زوجها وهو ما يقتضي عليه أن يعاملها بحسن المعاشرة وكذا فإن الطاعة واجبة على الزوجة إذا كان الأمر يقتضي شأناً من شؤون الحياة الزوجية، وخاصة أن غاية الشارع الحكيم أثناء منحه للزوج الحق في الطاعة يريد من خلاله توطيد المحبة والعلاقة بينه وبين زوجته.⁵

إلا أن الواقع يثبت تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة، رغم أن غاية الشارع الحكيم هي جعل الرابطة أو العلاقة بين الزوجين وثيقة ووطيدة وأن يضمن لأطرافها العيش بأمان واطمئنان.⁶

¹ البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي (ت: 1051هـ)، كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج 5، ص 163.

² أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، دار العواصم، الجزائر، ط 2، 2014، ص 14.

³ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، حديث رقم 7520، المكتب الإسلامي، ط 3، 1988، م 2، ص 1250.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2007، ص 177-178.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، المرجع نفسه، ص 178.

⁶ المرجع نفسه، ص 178.

ومن أمثلة التعسف في حق الطاعة أن يطلب الزوج من زوجته طاعته في أمور حرّمتها الشريعة كأمره لها بانتهاك حرمة رمضان بالأكل أو المعاشرة أو مشاركته شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير أو غير ذلك من المحرمات.

كما أن بعض الأزواج يمارسون على زوجاتهم شروطا استبدادية تهدف إلى عكس ما أمر الله به، كمنعها من زيارة أبيها بدعوى أنها سبب إفسادها، ومما لا شك فيه أن الزوجة تتضرر ولا تصبر على عدم زيارة والديها والاطمئنان عليهما، وخاصة في حالة المرض، كما أن منعها من ذلك قطع لصلة الرحم ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.¹

فالرغبة في استمرار الحياة الزوجية تملي على الزوج ألا يتجاوز الحدود بموجب قوامته وواجب طاعة الزوجة له، وتملي على الزوجة أن تذكره بالحدود الشرعية للحق كما يذكرها، فالمهم هو استعداد كل منهما للتراجع إلى حيث الحدود إذا حدث من أحدهما تجاوز،² فللمرأة أن تتصح زوجها وتحسن معاشرته كما أن للزوج سلطة تأديب زوجته - دون تعسف - إذا رأى أنها غير مطيعة له بالمعروف.

الفرع الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق التأديب

بما أن الحياة الزوجية مبناه على الاختلاط والاحتكاك، مما يؤدي أحيانا إلى سوء التفاهم أو وقوع بعض المخالفات أو ترفع أحدهما عن الآخر مما يستوجب معه النصح والإرشاد، والزجر والنهر..³ وغيرها من الأساليب، فإن الشارع الحكيم جعل للزوج الحق في تأديب زوجته وفق أحكام وضوابط معينة تؤدي إلى الحفاظ على الأسرة واستمرارها وتضمن عدم انحراف الزوج عن مقاصد هذا الحق والجنوح به نحو التعسف، وهذا ما سننظر فيه من خلال بيان مفهوم حق تأديب الزوجة وضوابطه (أولا)، ثم التأديب التعسفي للزوجة وما يترتب عنه (ثانيا).

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 164.

² محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، (د ط)، (د ت ن)، ص 93.

³ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 140.

أولاً: مفهوم حق تأديب الزوجة وضوابطه

1 - تعريف حق التأديب ومشروعيته

أ - تعريف حق التأديب

التأديب لغة: أدبته أدباً أي علّمته رياضة النفس ومحاسن الأخلاق، وأدبته تأديباً مبالغة وتكثير إذا عاقبته على إساءته.¹

اصطلاحاً: وردت عدة تعريفات لتأديب الزوجة عند الفقهاء، نذكر منها:

- هو الحق الذي أباح له الشارع بمقتضاه أن يؤدي زوجته بالقول أو الفعل إذا لم تطعه فيما أوجب الله من طاعته.²

- هو سلطة قررها المشرع للزوج على زوجته الناشز بالفعل تتمثل في وسائل تأديب محددة من أجل تهذيبها وإصلاحها.³

أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص على تعريف لتأديب الزوجة، وعليه يرجع فيه إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 منه.

ب - مشروعية حق تأديب الزوجة

حق التأديب ثابت شرعاً نصت عليه الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة صراحة كما يأتي:

- من القرآن: دليل التأديب وأساسه من القرآن يمكن أن نستشفه من قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ [سورة النساء: 34] فالله تعالى جعل للرجل حق تأديب زوجته الناشز الخارجة عن طاعته بالمعروف وبين له أساليب استعمال هذا الحق.

- من السنة النبوية: ما روي عن عمر بن الأحوص أنو شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: "ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون

¹ الفقيومي: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (ت: 770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مادة أدب، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج 1، ص 9.

² محمد عبد الملك، استعمال حق تأديب الزوجة، مجلة الأمن العام، العدد 43، 1968.

³ عبد الإله أحمد هلال، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، (ط د)، 2002، ص 156.

منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم لا تبغوا عليهن سبيلاً".¹

ومما يستفاد من هذا الحديث أن للزوج حق مباشرة تأديب الزوجة عند ارتكابها الفاحشة أي المعصية، بتفريطها في واجب من واجباته عليها، فليس المراد من الفاحشة الزنا لأنه موجب للحد في هذه الحالة لا التأديب، ولا يختص الزوج بإقامته بل الإمام.²

- **في القانون الجزائري :** وبالرجوع إلى قانون الأسرة فإننا لا نجد أي نص يتكلم عن حق تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها وكل ما نجده هو فقط نص الفقرة الأولى من المادة 39 التي توجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة والتي ألغيت سنة 2005،³ وعليه فإنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لبيان طبيعة هذا الحق وكيفيات ممارسته وفقاً لنص المادة 222 ق أ ج، كما أن اجتهادات المحكمة العليا في قضايا الأسرة تقر بذلك.⁴

2 - ضوابط استعمال حق التأديب

أ - حالات اللجوء إلى التأديب

- يحق للزوج تأديب زوجته عندما يصدر منها سلوك ناشز عاصية به زوجها فيما فرض الله عليها من طاعته، ومن بين حالات اللجوء للتأديب نجد على سبيل المثال:
- إذا قصرت في حقوق الله عليها أو تهاونت فيها، بابتعادها عما أمر الله به أو فعل ما نهى عنه.
 - إذا قصرت في أداء حقوق زوجها التي أوجبها له الشرع عليها كأن تمنعه نفسها.
 - امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها.
 - السماح للغير بدخول منزل الزوجية بدون إذن زوجها.
 - امتناع الزوجة من السفر مع زوجها أو الانتقال معه إلى مسكن آخر.
 - أن تخرج من غير إذنه وبدون وجه حق.

¹ الترمذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث رقم 1163، المرجع السابق، ج3، ص 467.

² العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة خروبة، 2001-2002، ص 352.

³ تيوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 86.

⁴ م ع، غ أ ش، ملف رقم 45311، بتاريخ 1987/03/09، م ق.

- أن تسيء الأدب معه.

- إتلاف أموال زوجها وممتلكاته وإهمالها.¹

ب - مراحل ووسائل تأديب الزوجة

إذا صدر من الزوجة سلوكات سلبية أو إيجابية تثبت نشوزها كان للزوج الحق في تأديبها لإرجاعها إلى الصواب وإصلاح سلوكها وتقويمه، لكن الله تعالى لم يترك تقدير هذا الحق بيد الزوج وحده بل حدد له مراحل وخطوات استعمال هذا الحق وفق وسائل معينة مرتبة من الأدنى إلى الأعلى تأثيراً حسب تمادي الزوجة في نشوزها، وهي على النحو الآتي:

الموعظة الحسنة: بأن يعظ الرجل زوجته ويذكرها بما أوجبه الله عليها اتجاه زوجها من طاعته وحسن معاشرته، كما أنه يوضح لها مساوئ عدم طاعتها له، وبأنها أخذت حكم الناشز التي تسقط في حقها النفقة ويحق لزوجها هجرها، عسى أن ترجع إلى رشدها، فإذا رجعت إلى رشدها،² فيكون على الزوج التوقف عن عملية التأديب وإن رفضت فيكون عليه أن ينتقل إلى المرحلة الثانية وهي الهجر.³

الهجر في المضجع: هو ثاني مرحلة لتأديب الزوجة بعد الوعظ، المراد به الهجر الجميل من غير جفوة موحشة، وهو وسيلة صالحة لتأديب الزوجة التي لم تتجح معها الوسيلة الأولى،⁴ ويكون إما بالكلام أو في الفراش، والهجر في الفراش بأن ينفرد عنها في فراشه ويوليها ظهره، وهذا الهجر يكون داخل البيت، وذلك لحكمة سامية هي محاصرة الظنون التي قد تسيطر على الزوجة إذا ترك الزوج بيت الزوجية في لحظات الشقاق بينهما، كما أن الهجر داخل البيت يسهل التقارب بين الزوجين، وهذا ما يساعد على إزالة دواعي الشقاق من النفوس، فربما نظر أحد الزوجين للآخر نظرة ود

¹ صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2005، ص 184.

² جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، 2009، ص 84.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 86.

⁴ محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2011، ص 27.

وعاطفة أذهبت كل آثار الغضب الذي حل بالنفوس.¹

ولا يحل أن يمتد الهجر إلى أربعة أشهر وهي مدة الإيلاء المقدره شرعا، لأن الهجر باعتباره وسيلة تأديب، لا ينبغي أن يشتد فيطغى على حق الزوجة في الاتصال بها،² أما الهجر في الكلام، فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام.

الضرب غير المبرح: إذا لم تعد الخطوة الأولى والثانية انتقل الزوج إلى هذه الخطوة علّه يجد فيها العلاج المناسب لهذا النشوز، بشرط أن يلتزم فيها بما هو منصوص عليه، حيث إن الشارع أجاز له أن يضربها لأجل الأدب ضربا خفيفا غير مبرح، وهو الذي لا يشين جارحة أو لحما - أي لا يترك أثرا كالزرقة والاحضرار، ويعرف بالكدمات - ولا يكسر عظما، ولا يسيل دما،³ "ولو علم أنها لا تترك النشوز إلا به، فإن وقع فلها التطبيق عليه والقصاص، ولا ينتقل لحالة حتى يظن أن التي قبلها لا تفيد كما أفاده العطف بثمّ، ويفعل ما عدا الضرب ولو لم يظن إفادته بأن شك فيه لعله يفيد، لا إن علم عدم الإفادة، وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته لشدته".⁴

وفسره ابن عباس رضي الله عنه بأنه الضرب بالسواك ونحوه باليد أو القصة الصغيرة، فعن حكيم بن معاوية التشيري عن أبيه قال: يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه. قال: "أن تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه، ولا تقبح، ولا تهجر إلا في البيت" ومع هذه الإباحة إلا أن الإسلام نقر منه حتى لا يسئ الزوج استعماله أو يسئ به المعاملة.⁵

¹ عماد الدين أبو الفداء: إسماعيل بن علي بن محمود الأيوبي (ت:732هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، تحقيق محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، (د ط)، 1981، ص 386.

² محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 196.

³ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 142.

⁴ الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي (ت:1201)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ج2، ص 343.

⁵ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 86.

ثانياً: التأديب التعسفي للزوجة

1 - مظاهر تعسف الزوج في حق التأديب

إن الغاية من تأديب الزوجة هي تهذيبها، وإصلاحها بما يكفل رجوعها إلى طاعة زوجها مصداقاً لما جاء في كتاب الله تعالى، لكن وإن ثبت الزوج حق تأديب زوجته، إلا أن سلطته في استخدام حقه ليست مطلقة، بل هي مقيدة بوجود الأسباب الشرعية الموجبة لتأديب الزوجة.¹ فإن انحرف الزوج عن الغاية التي شرع من أجلها التأديب فإنه يعد متعسفاً في استعماله لحقه، كان تكون غايته الانتقام من زوجته أو التعبير عن كراهيته لها، أو حملها على معصية من المعاصي، أو إكراهها على إنفاق مالها في وجه لا تراه.²

فالزيادة في التأديب فوق القدر الذي يحصل به المصلحة، يعد تعسفاً 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.³ وقد شدد الفقهاء على ضرورة أن يغلب على ظن الزوج عند استعماله التأديب إفضاؤه إلى صلاح الزوجة، خصوصاً عند الضرب لما فيه من ضرر أكثر من الهجر والوعظ، إلى درجة القول بعدم جواز التأديب أصلاً؛ لأن الضرب الشديد مهلك، وهو تجاوز، والضرب اليسير لا يفيد في شيء تلك المرأة، فيكون مناقضاً لقصد الشارع مآلاً، فهو تعسف.⁴

وعلى ذلك فإن تصرف الزوج على هذا النحو يندرج تحت التعسف في استعمال الحق وذلك لاختياره وجهها للاستعمال أضر من غيره، فكان قرينة على قصد الإضرار.⁵

¹ شبلي أحمد عيسى عبيدات - يوسف عبد الله الشريفي، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 42، صفر 2017، ص 159.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988، ص 243.

³ جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 167.

⁴ إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013، ص 123.

⁵ إيمان يونس الأسطل، المرجع نفسه، ص 118.

فاستعمال حق التأديب المقرر للزوج سواء في القانون أو الشريعة يجب أن يكون متفقاً مع الغاية المقصودة من تشريعه وأن الحياد عن هذه الغاية تجعل مستعمل الحق متعسفاً في استعماله له.¹

2 - المسؤولية على التعسف في استعمال حق التأديب

إذا حاد الزوج عن قصد التأديب إلى قصد الانتقام أو الإيذاء وذلك بالنظر إلى قرائن الأحوال كأن تجاوز المراحل المحددة لعلاج النشوز بأن تجاوز مرحلة النصح والهجر إلى الضرب مباشرة وذلك وفق سلطة القاضي التقديرية، فإذا ما ثبت التعسف من الزوج في استعماله هذا الحق سقط عن فعله صفة الإباحة وأصبح في مركز مسؤولية جنائية ومدنية.²

أ - في الفقه الإسلامي

يعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حقه متى توافرت الأدلة القاطعة على تجاوز حدوده في التأديب، فقد اتفق الفقهاء على تحمل الزوج مسؤولية أفعاله كاملة، سواء ما تعلق منها بالجزاء المتمثل في العقوبة أو في التعويض المالي المتمثل في الدية المقررة شرعاً.³ فإن أدب الزوج زوجته مستعملاً وسيلة الضرب وكان على جهة الغضب أو قاصداً هلاكها، فإنه قد أتى بفعله هذا جنائية، وعليه يكون قد انتهك حق زوجته في الحفاظ على سلامتها وأمنها وقد استأمن عليها، فكل فعل يؤدي إلى إلحاق الضرر بها يعرضه إلى تحمل المسؤولية⁴، لأنه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه .

وعند قيام المسؤولية المدنية للزوج اتجاه زوجته يلتزم بتعويضها عن الضرر اللاحق بها، ويتفق كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري بأن التعويض يكون على أساس الضرر والاختلاف بينهما يكمن فقط في التسميات، ففي الفقه الإسلامي يسمى بالجزاء التعويضي "الضمان"،

¹ عبد الإله أحمد هلال، المرجع السابق، ص 189.

² العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 366-367.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1985، ج1، ص 518.

⁴ اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017، ص 410.

ذلك أن الضرر المادي إذا وقع فعلا كان على المتسبب فيه تدارك هذا الضرر بالإزالة، فإذا لم يتمكن من إزالته عينا يتدارك عن طريق التعويض المالي العادل، كما أنه لا مانع من التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي كون أن الشريعة الإسلامية قد شرعت حدّ جريمة القذف وهي ضرر معنوي أدبي.¹

ب - في القانون الجزائري

للزوج الحق في تأديب زوجته لاستقرار الأسرة وحفاظا على استمراريتها، على أن يتم ذلك في حدود وضوابط مقررة شرعا وقانونا، وإذا تجاوزها فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه وتقوم مسؤوليته الجزائية والمدنية، وهذا ما سنوضحه كآتي:

* **المسؤولية الجزائية** : إذا كان القصد من التأديب مشروعاً لكنه يلحق بالزوجة ضرراً خفيفاً بغير قصد، وهنا يبقى التقدير الموضوعي للقاضي عند دراسة الملف وتحديد قيام الجريمة ومن ثم تقدير العقوبة أو عدم قيامها أساساً من خلال الظروف المحيطة بالقضية؛ لأن ممارسة حق التأديب التزم بالحدود المرسومة لحقه بنية الإصلاح.

أما إذا كان الزوج متعمداً وقاصداً إيذاء الزوجة متحججا بحقه في التأديب، ففي هذه الحالة يسأل مسؤولية جزائية، لقيام أركان الجريمة بصفة كاملة، من ركن شرعي، مادي وقصد جنائي، ويتحمل مسؤوليته على حسب الضرر اللاحق بالزوجة، وقد قرر المشرع عقوبات أكثر شدة من العقوبات المقررة في الحالات التي تنتفي فيها الرابطة بين المعتدي والمعتدى عليه،² أي في تلك الجرائم التي تكون الضحية أحد الأصول أو الفروع أو أحد الزوجين، وهي العقوبات التي تضمنتها المادة 276 من قانون العقوبات الجزائري.³

¹ سميرة براوي - سعاد يحيوي، المسؤولية المدنية والجزائية للزوج المتعسف في استعمال حق التأديب (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 13، العدد 2، 2022، ص 226.

² سميرة براوي - سعاد يحيوي، المرجع نفسه، ص 225.

³ **المادة 276**: " إذا ارتكب الجرح والجنايات المعينة في المادة السابقة أحد الأصول أو الفروع أو أحد الزوجين أو من يرث المجني عليه أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته فتكون العقوبة:

(1) الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 275.

(2) السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 275.

(3) السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 275.

وحفاظا على استمرار الحياة الزوجية واستقرار الأسرة فإن المشرع منح للزوجة الضحية حق الصفح عن زوجها المعتدي، وعندها تنتهي المتابعة الجزائية ضده،¹ ويكون ذلك في بعض الحالات غير الخطيرة.

* **المسؤولية المدنية** : الزوج الذي يتعسف في استعمال حقه في التأديب ويسبب بذلك ضررا بزوجته يترتب عليه التزام بجبر الضرر وتعويض عن الضرر المادي الذي ألحقه بها، طبقا لما ورد في المادة 124 و124 مكرر من القانون المدني دون إغفال التعويض عن الضرر المعنوي والذي نص عليه القانون المدني في المادة 182 مكرر من القانون المدني بموجب التعديل الذي صدر سنة 2005.²

ويحدد التعويض على مقدار الضرر المباشر الذي أنتجه الخطأ، سواء كان حال أو مستقبلا مادام الضرر محققا، ويشمل تقدير التعويض عن الضرر عنصرين هما الخسارة التي أصابت المضرور والكسب الذي فاتته استنادا لنص المادة 182 من القانون المدني، وبالتالي فإن الزوج المتعسف في استعمال حق التأديب في حق زوجته يعتبر مسؤول عما لحقها من ضرر وهو ملزم بتعويضها عنه سواء كان ماديا أو معنويا.³

كما أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة حق طلب التطليق لما أصابها من ضرر وذلك وفق نص المادة 53 ق أ ج والتي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 10...- كل الضرر المعتبر شرعا"، فالضرب المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة، وخاصة إذا كان دون مبرر شرعي، كما أجاز المشرع في المادة 53 مكرر ق أ ج في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.⁴

(4) السجن المؤبد وذلك في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 275، (الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم).

¹ سميرة براوي - سعاد يحيوي، المرجع السابق، ص 226.

² المرجع نفسه، ص 227.

³ نفسه، ص 227.

⁴ المادة 53 مكرر: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

بل وحتى في استعماله وسيلة الهجر في المضجع فإنه إذا تعسف في مدته بأن تجاوز مدة الأربعة أشهر ما يسبب ضرراً للزوجة، فإنه يحق لها أن ترفع أمرها للقاضي لإزالة هذا الضرر بطلبها حق التطليق للضرر وفق ما نصت عليه المادة 53 ق أ ج بنصها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: ...3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر...".¹

المطلب الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس والاستمتاع

الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

الاحتباس هو حق يتبع حق الطاعة يتمثل في قرار الزوجة في البيت لا تبرحه إلا بإذن زوجها، إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها، وهي التفرغ لتربية الأولاد وحسن تنشئتهم، والمحافظة على نفسها من الفتنة والفساد، مقابل أن يسهر زوجها على رعايتها والانفاق عليها وإن شاء أذن لها بالخروج وتنازل عن هذا الحق.

أولاً: تعريف حق الاحتباس ومقتضياته

1 - لغة: الحبس في اللغة هو المنع، والاحتباس من الفعل احتبس، وهو يأتي لازماً ومتعدياً، يقال: احتبسه، إذا حبسه فاحتبس.²

2 - اصطلاحاً: معناه قرار الزوجة وبقيائها في بيت الزوجية، لأن وظيفة المرأة في الأسرة لا تتحقق إلا بانتقالها إلى منزل الزوجية، والقرار فيه حتى تمارس حقها في مواجهة الزوج، وتؤدي واجباتها التي هي للزوج، وتقوم بوظائفها في رعاية الأسرة وإنجاب الأولاد وتربيتهم.³

فيفهم منه قرار الزوجة في بيت الزوجية الذي تتوافر فيه شروط المسكن الشرعي، وعدم خروجها منه إلا بإذن زوجها.⁴ على أن يلتزم الزوج بنفقتها ورعايتها، لأن النفقة جزاء الاحتباس.

¹ عبد الباسط بوقفة، التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج معدة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2019، ص 63.

² الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 483.

³ كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 189.

⁴ بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، (د ط)، (د ت ن)، ج 1، ص 272.

3 - مقتضيات حق الاحتباس: وتتمثل فيما يلي: ¹

- إن ثبوت حق الاحتباس للزوج يقتضي أن يثبت له الحق في منع زوجته من الخروج من البيت إلا بإذنه وأن تقر في بيت زوجها ولا تخرج إلا إذا أذن لها بذلك وكانت هناك ضرورة لخروجها.
- إذا خرجت المرأة من بيت زوجها دون إذن أو مسوغ شرعي تعتبر ناشزاً، ويترتب على الخروج أحكام النشوز من سقوط لحق النفقة، وكذلك ثبوت حق التأديب للزوج لتقويم اعوجاجها.
- يشترط لثبوت حق الاحتباس أن يكون الزوج قد أدى معجل الصداق، وأعد المسكن الشرعي الملائم للحياة الزوجية فإذا لم يوفر لها ذلك فلا يجب عليه الاحتباس لحقه.

ثانياً: صور تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

أقرت الشريعة الإسلامية للزوج حق قرار زوجته في البيت، ومنعتها من الخروج إلا بإذنه، تحقيقاً لمصالح عديدة تساهم في حماية الأسرة وحفظ كيانها، إلا أن الزوج قد يستعمل هذا الحق استعمالاً تعسفياً يضر بزوجه، ولذلك نجد الفقهاء قد وضعوا استثناءات على هذا الحق تضمن تحقيقه لمقاصده التي شرع من أجلها، أما قانون الأسرة الجزائري فإنه لم ينص على تعسف الزوج في حق الاحتباس وبالتالي فإنه يعمل أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً للمادة 222 منه، ومن صور التعسف في هذا الحق ما يلي:

1 - الإضرار بالزوجة بقطع صلة رحمها تطبيقاً لحق الاحتباس

فلا يحق للزوج من زوجته من زيارة والديها وأرحامها بصورة مطلقة، حيث يؤدي ذلك إلى منع بر ورضا الوالدين وقطع الأرحام، فالعلاقة بين الزوجين مبنية على المعاشرة بالمعروف، والتشديد على الزوجة بعدم زيارة أهلها ليس من المعروف في شيء. ²

انقسم فيها الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:

(1) - المذهب الأول: جمهور الحنفية والمالكية، والحنابلة في قول: للمرأة أن تخرج لزيارة أبيها وأقاربها وإن لم يأذن زوجها بذلك. فهم يقدمون حق الوالدين على حق الزوج.

1 حفصية دونة، المرجع السابق، ص 99.

² المرجع نفسه، ص 100.

(2) - المذهب الثاني: الشافعية، والحنابلة في الأرجح: للزوج منع الزوجة من زيارة والديها والأولى أن يأذن لها بذلك حتى لا يؤدي إلى قطيعة الرحم. فأصحاب هذا القول قدموا حق الزوج على الوالدين، لأن طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة، فلا يترك الواجب لما ليس واجبا.¹

فالذي يظهر أن المذهب الأول أرجح لأنه لا يمكن إغفال بر الوالدين وصلة الرحم الذي أمر الله بهما في غير موضع من القرآن، كما أن منع الزوجة من زيارة أبويها المريضين فيه منافاة مع المعاشرة بالمعروف التي أمر بها الزوج. فإن كانت الزوجة موفية لحق زوجها وراعية لمصالحه فإن منعه هذا يكون تعسفا من جانبه في استعمال حقه بما يلحق ضررا بالزوجة.

وبالمقابل فإن زيارة الزوجة لأهلها حق لها، طالما أنها لا تتعسف في استعماله، ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك إلا خوف عدم الأمن عليها.

ونفس القول ينطبق على حق الزوجة في استضافة أهلها من المحارم بالمعروف، إلا أنه يشترط في الزيارة أو الاستضافة أن تكون في حدود اللزوم ولمدة معقولة، وفي الأوقات المناسبة، حتى لا تتحول إلى أداة تخريب لبيت الزوج على حساب رعاية الأولاد.²

2 - منع الزوج لزوجته من العمل مخالفاً للالتزامه في العقد أو ابتزازاً لها

لقد فرق العلماء بين عمل المرأة الذي يؤدي إلى إنقاص حق الزوج أو ضرره أو خروجها من بيته دون إذنه، وبين العمل الذي لا ضرر فيه مع اشتراطها العمل إياه في عقد الزواج، فمنعوا الأول وأجازوا الثاني، يقول ابن عابدين من فقهاء الحنفية في هذا: "والذي ينبغي تحريره أن يكون منعها من كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره، أما العمل الذي لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها منه، وكذلك ليس له منعها من الخروج إذا كانت تحترف عملاً هو من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة مثل عمل القابلية".³ وقد أقر المشرع الجزائري اشتراط المرأة العمل في عقد الزواج في المادة 19 ق أ ج وقد سبق الإشارة إلى ذلك في تعسف الزوج في تنفيذ الشروط الاتفاقية لعقد الزواج، وعليه فإنه يمكن

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 100.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 144.

³ السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط 4، 1983، م 2، ص 179.

للزوجة أن تخرج من بيت الزوجية للقيام بعملها، مع ضرورة احترام زوجها في هذا العمل، وصيانة كرامته وعرضه، مع القيام بالواجبات المنزلية نحو أولادها وزوجها.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يقوم الزوج بالضغط على زوجته إذا كانت مثلاً معلمة أو موظفة فيسمح لها بالعمل مقابل جزء من مالها وإلا تتوقف عن العمل وتلتزم البيت، أي هنا يقوم بمقايضتها فهذا فيه إضرار للمرأة،¹ فقد استعمل الزوج هنا حقه الشرعي مناقضاً لقصد الشارع فلم يستعمله من أجل تحقيق السكن الزوجي وإنما طمعا في مال زوجته، وقد يكون الزوج قاصداً الإضرار بزوجه ومنتزعا بحقه في احتباسها، دون قصد المصلحة المشروعة من الاحتباس، فيعتبر تصرفه على هذا النحو تعسفاً غير مشروع² في حقه في الاحتباس.

3 - أن يترتب على احتباسها تضييع لواجباتها الدينية

فللزوجة أن تخرج لأداء واجباتها الشرعية الضرورية كحج الفرض، وأن تخرج لطلب العلم الشرعي المفروض عليها فرض عين، إذا لم يكن زوجها فقيهاً، أو حلت بها نازلة فقهية وقصر زوجها في الاستفتاء لها، ويرى الحنفية أن للزوجة أن تخرج لأداء حق وجب عليها كما لو كانت قابلة أو تعلق بذمتها حق لآخر إن لم تستطع التوكيل.³

وقد اتفق الفقهاء على أن الزوجة لا يجوز لها أن تخرج لحج النفل إلا بإذن زوجها ووقع بينهم

اختلاف في حج الفرض:

(1) - جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة: لا يشترط إذن الزوج في الخروج لحج الفرض إذا وجد معها محرم. واستدلوا بأن حق الزوج لا يقدم على فرض العين.

(2) - الشافعية في قول: اشترطوا إذن الزوج لها في الحج مطلقاً، فرضاً كان أم نفلاً.⁴

ودليلهم في ذلك أن الحج مفروض على التراخي، وحق الزوج مفروض على الفور فوجب عليها ألا

¹ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 243.

² إيمان يونس الأسطل، المرجع السابق، ص 111.

³ ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج4، ص 212.

⁴ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 101.

تخرج إلا بإذنه في ذلك.¹

فالذي يظهر أن قول الجمهور أرجح لأن طاعة الله تعالى أولى من طاعة الزوج والحج ركن من أركان الإسلام الخمسة واجب الأداء على كل مسلم مستطيع، فيجب الحج على الزوجة إذا وجد معها محرم، وعليه فإن الزوج يكون متعسفا في حق الاحتباس إذا كان فيه تضييع لواجبات زوجته الدينية.

الفرع الثاني: تعسف الزوج في حق المعاشرة والاستمتاع للزوجين

بما أن حق طلب الاستمتاع من الأمور المشتركة بين الزوجين، ما لم يوجد مانع حسي كالصغر أو المرض الشديد، أو طبيعي كالحيض والنفاس، أو مانع شرعي كصوم رمضان الحاضر أو الإحرام بأحد النسكين أو الاعتكاف، فإنه لا يختص به أحدهما دون الآخر، باعتبار الغريزة التي وضعها الله في خلقه من أجل إعمار هذا الكون، فيؤدي إلى نشر الألفة والمحبة بينهما، وهو من ضمن الحقوق القائمة على مبدأ المساواة،² قال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة: 226]، لكن الزوج قد يستبد في معاشرة زوجته بإجبارها أو بقصد إضرارها أو بغير ما أمر به الله ورسوله، أو يمتنع عن حقها في مباشرتها أو يضرها بما لا تحتمل به الإقامة معه، فإنه يعد متعسفا في استعمال هذا الحق، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع بالتطرق إلى تعسف الزوج في حق التمتع بزوجه (أولا)، ثم امتناع الزوج عن مباشرة زوجته (ثانيا).

أولا: تعسف الزوج في حق التمتع بزوجه

إذا كان الشرع قد أمر الزوجة بطاعة زوجها وتلبية رغباته الجنسية وألا تمنعه نفسها متى طلبها لذلك، فهذا لا يعني تجاوز الزوج لحدوده في ممارسة هذا الحق بأن يخالف ما شرع الله له، أو يستبد بهذا الحق بما يؤدي إلى إضرار زوجته ضررا غير مستحق بعقد الزواج في دينها أو نفسها وشعورها، فإنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه ويأثم على ذلك شرعا كما أنه يتحمل تبعات تصرفه قانونا وقضاءً، ومن صور تعسف الزوج في هذا الحق ما يلي:

¹ الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت:450هـ)، الحاوي في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ - 1994م، ج11، ص 442.

² علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 150.

1 - الوطء غير المشروع لسبب في ذاته

كأن يطلب الزوج من زوجته أو يجبرها على الوطء في غير ما أمر الله به أي موضع الحرث والولد أي الفرج، ولا نعني مجرد المداعبة فإنها جائزة مع الحيطة والحذر، أما ما دون ذلك فإن الزوجة لا تستجيب له مهما كانت الظروف ولو هدها بالطلاق، وربما يخدعها أو يوهمها أن ذلك جائز¹ اعتمادا على قوله تعالى: ﴿ نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ ۗ أَتَىٰ شَيْئًا ۗ ﴾ [سورة البقرة: 221] ، فالحرث هو موضع البذر ويقصد به الفرج فيجوز إتيانه من أي اتجاه وكيفما شاء، أما الدبر فإتيانه حرام وفيه إثم كبير، لما رواه أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ملعون من أتى امرأته في دبرها " ²، وقال: " لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها " ³، وقال: " من أتى حائضا أو امرأة فيدبرها أو كاهنا فقد كفر بما أنزل على محمد " ⁴. فالمطلوب هو الإتيان في محل الحرث والولد ألا وهو الفرج، والعدول عنه إلى الدبر يعتبر تعسفا في استعمال حق الاستمتاع بل هو تعد على حرمان الله.

2 - استخدام العنف في العلاقة الزوجية:

ومن مظاهر تعسف الزوج في حق الاستمتاع بزوجه أيضا العنف في العلاقة الجنسية عموما، وفي يوم البناء خاصة، فكثيرا ما يستخدم الزوج العنف المفرط مع زوجه دون مراعاة لحالتها وما يصيبها، وربما أدى ذلك إلى إحداث عيب بها يؤدي إلى عدم الاستمتاع بها،⁵ وربما يطلقها على إثر ذلك العيب، فيجمع عليها بين ألمين، ألم العيب الذي أصابها وألم تطليقها. وربما تعمد الزوج ذلك للانتقام منها بسبب خصومة بينهما،⁶ أو للتحجج من أجل تطليقها بحجة عدم صلاحيتها بسبب العيب، أو الزواج عليها وغيرها من الأسباب، فهنا يكون الزوج قد انتقل

¹ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 152-153.

² أبو داود، كتاب النكاح، باب جامع في النكاح، حديث رقم 2162، المرجع السابق، ج2، ص 427.

³ ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي القزويني (ت:273هـ)، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب النهي عن إتيان النساء في أدبارهن، حديث رقم 1923، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج1، ص 619.

⁴ أبو داود، كتاب الطب، باب في الكاهن، حديث رقم 3904، المرجع نفسه، ج4، ص14.

⁵ علاوة بوشوشة، المرجع نفسه، ص 155.

⁶ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 156.

من التعسف في استعمال حق الاستمتاع إلى الاعتداء المحرم الذي يعد جنائية ويوجب العقوبة وتعويض الزوجة عما لحقها من أضرار في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ويرتب للزوجة حق التظليق بسبب الضرر حسب المادة 10/53 من ق أ ج.¹

ومنه كذلك إكراه الزوجة على الجماع وإن كان بعض الفقهاء قد أجازوه إذا منعتة نفسها بلا مبرر شرعي، إلا أنه من حق الزوجة ألا يتعسف عليها زوجها فيكرهها على الوطء غير مبال بالأضرار المعنوية وربما المادية التي تنشأ عن هذا الإكراه،² والكلام في هذه المسألة طويل الذيول يرجع إليه في مظانه.

3 - إكراه الزوجة على الوطء غير المشروع مؤقتا (لسبب في وقته)

ويتجلى تعسف الزوج كذلك من خلال إكراه زوجته على الوطء في وقت غير مباح كوقت الحيض أو النفاس، والوطء في أوقات حج الفريضة وصوم الفريضة، والوطء بعد الظهر منها وقبل أداء الكفارة، وهذا ما سنبينه كالاتي:

أ - اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للزوجة أن تمكّن زوجها منها إذا أراد أن يطأها وهي حائض، لتحريم ذلك صراحة في القرآن، فإذا رفضت أن تمكّنه من نفسها ولكنه غلبها على نفسها وأكرهها على الوطء أثناء حيضها وهو غير مستحل له، فإن عليه التوبة، ويستحب إخراج الصدقة أيضا، ولا تأثم الزوجة في كل الأحوال لكونها مكرهة.³

ب - وكذلك إذا أكره الرجل زوجته الصائمة صوم الفريضة على الوطء فإنه يَأْثَمُ لما أفسده من صيامها، ولا تأثم هي لإكراهها، وعليها القضاء، وأما بخصوص كفارة الجماع في نهار رمضان، فيرى الحنفية وبعض المالكية والرواية الأرجح لدى الحنابلة أنه ليس عليها ولا عليه عنها كفارة، ويرى جمهور المالكية أن عليه عنها كفارة، بالإضافة إلى كفارته عن نفسه

¹ المادة 53: "يجوز للزوجة أن تطلب التظليق للأسباب الآتية: 10... - كل ضرر معتبر شرعا".

² داليا قدرى أحمد عبد العزيز - رحاب مصطفى كامل السيد، موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من إكراه الزوج زوجته على الوطء (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، (د م ن)، العدد 67، ديسمبر 2018، ص 259.

³ داليا قدرى - رحاب مصطفى، المرجع نفسه، ص 246.

أما عند الشافعية، فلا يفسد صومها لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" وإلى هذا ذهب الظاهرية.¹

ج - أما إذا كانت الزوجة محرمة لحجة الإسلام (أي حج الفريضة) فجمهور الفقهاء على أنه لا يجوز له أن يحللها من احرامها بالجماع ولها الامتناع عنه، أما إذا أكرهها عليه، فإنه يفسد حجها وعليها الدم تتحملة عن نفسها، وذلك عند بعض الحنفية وأحد قولي المالكية والحنابلة، وذهب بعض الحنفية والرواية الثانية عن المالكية والحنابلة أن الدم يتحملة عنها الزوج.

ولا يفسد حج المكرهه على الوطء عند الشافعية والظاهرية قياساً على الصوم.²

د - وكذلك أجمع العلماء أنه إذا ظاهر الزوج من زوجته، فلا يجوز له جماعها قبل أداء الكفارة وعليها أن تمنعه نفسها، بل وذهب البعض إلى أنها إن خشيت أن يكرهها على الوطء، تلجأ إلى الحاكم ليمنعه عنها، فإذا غلبها على نفسها ووطأها، فعليه الإثم وحده، ولا تسقط عنه الكفارة.³

ثانياً: امتناع الزوج عن مباشرة زوجته

إن استمتاع الزوجين ببعضهما حق مشترك إذ كل واحد منهما يستمتع بصاحبه ويختص به، وباستعمال هذا الحق يتحصن كل منهما من الوقوع في فاحشة الزنى،⁴ فهو لا يختص بالزوج فقط، بل إن المتفق عليه أن للزوجة حقاً واجباً في الجماع وهو أكد حقوقها وأعظمها على الزوج؛ لأن عقد الزواج يحل لكليهما أن يستمتع بالآخر؛ ولهذا أفتى العلماء بالتفريق بين الرجل وزوجته إن كان خصياً، أو عنيماً لا يصل إليها، أو امتنع عن جماعها لغير سبب ملجئ، كما أنهم حثوه على إتيان زوجته ليعفها حتى وإن لم تكن له رغبة في الوصال.⁵

ولذلك فليس للزوج الامتناع عن معاشرته زوجته دون مبرر شرعي، وإلا يعد متعسفاً في استعمال هذا الحق، ولذلك رتب أحكام الشريعة الإسلامية على امتناع الزوج عن مباشرة زوجته حق

¹ داليا قدرى - رحاب مصطفى، المرجع السابق، ص 247.

² داليا قدرى - رحاب مصطفى، المرجع نفسه، ص 248.

³ المرجع نفسه، 248-249.

⁴ تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 84.

⁵ عدنان باحارث، حق الزوجة في الاستمتاع الجنسي، موقع الدكتور عدنان باحارث للتربية الإسلامية على شبكة الانترنت،

(<http://bahareth.org/index.php?browse=article&id=10554>) ، 2006.

التطبيق وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، ويهدف تطبيق الزوجة إلى منع الضرر الذي لحق بها لأنه بامتناعه عن الجماع، يعتبر متعديا ومتعسفا.¹ ومن صور تعسف الزوج في الامتناع عن زوجته، نجد ما يلي:

1 - إيلاء الزوج من زوجته وهجر مباشرتها بلا مسوغ أو مصلحة شرعية

إن امتناع الزوج عن مباشرة زوجته لغير عذر مع حاجتها له يجعله آثما ويكون مسيئا لعشرة زوجته وظالما لها ومتعسفا في حقه، واختلف أهل العلم في القدر الواجب على الزوج في الجماع، فمنهم من أوجب عليه الجماع مرة كل أربع ليال وبعضهم أوجبه كل أربعة أشهر، وبعضهم أوجبه كل طهر، والقول الراجح أنه واجب عليه بقدر حاجتها وقدرته، وهو اختيار ابن تيمية، قال في الفتاوى الكبرى: ويجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكدها عليه أعظم من إطعامها، والوطء الواجب قيل: إنه واجب في كل أربعة أشهر مرة، وقيل: بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته، وهذا أصح القولين، والله أعلم.²

وإيلاء كما عرفه المالكية أنه حلف الزوج المسلم المكلف الممكن الوطء لما يدل على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر، وقد أجاز الشرع للزوجة المتضررة أن تطلب الطلاق أو الخلع، وكذلك قانون الأسرة الجزائري جعل للزوجة الحق في أن تطلب التطبيق عند تضررها من الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (المادة 53 فقرة 3 من ق أ ج). والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش ولا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج ويتركها عن قصد ودون سبب شرعي قاصدا الإضرار بها أو حتى عن غير قصد، وهذه الأضرار تجعل الزوجة معلقة لا هي متزوجة تحصل على حقوقها كالاستمتاع والانجاب وغيره ولا هي مطلقة.³

¹ بلبولة بختة، المرجع السابق، ص 281.

² ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم (ت: 728هـ)، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المدينة المنورة، (د ط)، 1425هـ-2004م، م 32، ص 271.

³ تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، 84-85.

2 - امتناع الرجل عن مباشرة زوجته بسبب الانشغال بالعبادة

أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على من امتنع عن الجماع من أصحابه بسبب العبادة، فلم يقبلها سبباً كافياً لترك الواجب، وبين أن للزوجة حقاً في ذلك، خاصة وأن المؤمن الحريص على الخير قادر على أن يجمع بين طول العبادة وتكرار الوقاع بصورة حسنة.¹ وهذا ما يؤكد قول النبي صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عنه عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: "يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل"؟ فقلت: بلى يا رسول الله، قال: "فلا تفعل، صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقاً، وإن لعينك عليك حقاً، وإن لزورك عليك حقاً، وإن لزورك عليك حقاً".² فقد مظم النبي صلى الله عليه وسلم سلوك عبد الله بن عمرو في حياته، حتى لا يقع في الظلم والجور دون قصد منه، لانشغاله بعبادة ربه ليلاً ونهاراً، وإعمالاً للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار" منعا للتعسف.³

3 - تقصير الزوج في قضاء وطر زوجته وإشباع رغباتها

من أجل إتمام العلاقة الزوجية على الوجه المطلوب وتحقيق أهدافها، يستحسن للزوجين وعلى وجه الخصوص الزوج ان يلاعب زوجته ويلاطفها، حتى تنهض شهوتها، فإذا قضى منها وطره أمهلها قليلاً، فلا يستعجل عنها حتى تقضي وطرها، وإلا كان أنانياً متعسفاً في استخلاص حقه دون مراعاة لمشاعر زوجته وما يترتب عن ذلك من آلام نفسية تعكر صفو الحياة الزوجية بينهما،⁴ لما رواه أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا غشي الرجل أهله فليصدقها، فإن قضى حاجته ولم تقض حاجتها فلا يعجلها"،⁵ فهذا توجيه نبوي للزوجين معاً في كيفية إسعاد بعضهما البعض دون إلحاق الضرر بالآخر، وعلى وجه الخصوص الزوجة لبطء شهوتها وربما استحياؤها من

¹ عدنان باحارث، المرجع السابق (موقع الكتروني).

² البخاري، كتاب الصوم، باب حق الجسم في الصوم، حديث رقم 1975، المرجع السابق، ج4، ص 256.

³ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 151.

⁴ المرجع نفسه، ص 152.

⁵ عبد الرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام بن نافع الصنعاني (ت: 211هـ)، المصنف، كتاب النكاح، باب القول عند الجماع وكيف يصنع وفضل الجماع، حديث رقم 10468، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1983، ج6، ص 194.

إخبار زوجها بذلك، فيصيبها الضيق والحرَج. ¹

فلا يكفي في حق الزوجة مجرد الجماع، فإنه أقل مراتب الاستمتاع بالنسبة لها؛ بل إن لها حقاً في حصول الإشباع، بحيث تصل إلى ذروة الاستمتاع بإنزال الماء، وتحصل لها درجة الإحصان، التي تُعْفُها عن الانحراف الخلقي. ²

4 - عزل الزوج عن زوجته من غير إذنها

منع الإسلام بنظامه التربوي كل ما يُنْعَص على الزوجة استيفاءً حقها في هذا المجال الخاص؛ فمَنع العزل عنها ما دامت حرة، إلا بإذنها؛ لأنه جماع ناقص يضر بها، ويحرمها حقها من الاستمتاع المشبع، الذي يحقق لها درجة الإحصان المُعَفَّة عن الحرام، ويحصل من ذلك النسل، الذي هو المقصود الأسمى من النكاح؛ ³ لما روي عن عمر أنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها" ⁴ لأن لها في الولد حق، وعليها من العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها، ⁵ واستبداد الزوج في عزله عن زوجته يعد من صور تعسف الزوج في استعمال الحق وهو اعتداء على حق زوجته في الاستمتاع والولد، وللزوجة أن تطلب التطليق للضرر الواقع عليها بسبب هذا المنع كما أقرت الشريعة الإسلامية بذلك وكذا قانون الأسرة الجزائري في المادة 10/53 من ق أ ج سالفة الذكر.

¹ علاوة بوشوشة، المرجع السابق، ص 152.

² عدنان باحارث، المرجع السابق (موقع الكتروني)، (د ر ص).

³ عدنان باحارث، المرجع نفسه، (د ر ص).

⁴ ابن ماجه، كتاب النكاح، باب العزل، حديث رقم 1908، المرجع السابق، ج11، ص 620.

⁵ النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف بم مُرِّي بن حسن (ت:676هـ)، المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، (د ط)، (د ت ن)، ج16، ص 422.

الفصل الثاني:

تعسف الزوج في استعمال الحق في انحلال الزواج وآثاره

المبحث الأول: تعسفات الزوج في استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة.

المبحث الثاني: تعسفات الزوج المتعلقة بآثار الطلاق.

المبحث الأول

تعسفات الزوج في استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة

يعتبر الطلاق حقا أصيلا للزوج في الشريعة الإسلامية، باعتبار العصمة التي جعلها الله بيده في حل عقدة النكاح، والقانون الجزائري لا يسعه إلا أن يساير الشريعة الإسلامية في هذا الأمر، فجعل الطلاق بإرادة الزوج المنفردة صورة من صور فك الرابطة الزوجية إلى جانب التطليق والخلع، كما جاء ذلك في نص المادة 48 من ق أ ج،¹ فللزوج إيقاع الطلاق متى دعت الحاجة إليه. لكن الزوج قد يتعسف في استعمال هذا الحق، بأن يطلق زوجته بلا مبرر أو بقصد مضاررتها وإيذائها، وهذا ما اصطلح عليه أهل القانون بالطلاق التعسفي ويترتب عليه تعويض الزوجة على ما لحقها من أذى جراء هذا الطلاق.

وفي هذا المبحث سنبين مفهوم الطلاق التعسفي (المطلب الأول)، ثم التعويض عن الأضرار الناتجة عنه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

من أجل الإحاطة أكثر بهذا النوع من الطلاق، سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، ثم معايير (الفرع الثاني)، ثم صور هذا الطلاق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي

أولاً: تعريف الطلاق وحكمه

1 _ تعريف الطلاق

أ - لغة: الحل ورفع القيد مطلقا سواء كان حسيا أو معنويا، والطلاق اسم مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر وأصله طلقت المرأة فهي طالق طالقة، إذا أبانت من زوجها، ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلق مطليق، وفيه حديث الحسن: إنك رجل طليق أي كثير طلاق النساء، والأجود أن يقال مطلق ومطليق لا، ومنه حديث علي: أن الحسن مطلق، فلا تزوجه.² ومنه أيضا ناقة

¹ المادة 48: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون ".
² ابن منظور، المرجع السابق، ص 2692.

طالق أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق أي حل قيده وخلي عنه، ولكن العرف خصّ الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة.¹

ب - شرعا: عرفه فقهاء المذاهب بعدة تعاريف منها:

من الحنفية: هو رفع قيد النكاح في الحال أوفي المآل بلفظ مخصوص.²

ومن المالكية: صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم.³

ومن الشافعية: هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.⁴

ومن الحنابلة: حل قيد النكاح كله أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها، أو تحريم بعد تحليل.⁵

فهذه تعاريف متقاربة إلى حد ما تتفق على المعنى المقصود شرعا، وتختلف في الصياغة.

ج - في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق واكتفى فقط بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق أ ج: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".

وبهذا فإن ق أ ج لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أن

¹ الفيومي، المرجع السابق، ص 514-515.

² ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي (ت:1252هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط)، 1992، ص 227.

³ الخطاب: شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيني (ت:954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل، ضبطه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1999، ج1، ص 268.

⁴ الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت:977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997، ج3، ص 368.

⁵ البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص 232.

المادة 48 أجملت ما جاء مفصلاً.¹

2 - حكم الطلاق

يتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكليفية الخمسة وهي:

الوجوب: ويستمد مدلوله من تعبيره، فهو فك الرابطة الزوجية التي لا مناص ولا سبيل من غيرها، إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح كان الطلاق واجبا كحالة العجز الجنسي الكلي فالأولى أن يحدث الطلاق لعدم تحقيق هدف التحسين.²

الندب: ويكون كذلك إذا عجز الزوج عن القيام بحقوق زوجته أو عدم الميل إليها كلية أو كانت سيئة السلوك وبذئبة اللسان أو عند تفريطها في حق من حقوق الله.³

الحرمة: كما هو الحال في الطلاق البدعي إذا كان في الحيض أو في طهر مسها فيه الذي يترتب عليه تطويل أجل العدة. واتفق الفقهاء على حرمة هذا الطلاق وإثم فاعله، لما ورد عن ابن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك، فقال صلى الله عليه وسلم: "مُرُهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".⁴

الكراهة: لأن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، فيترجح تركه على فعله هذا كان الطلاق بدون مبرر ولا سبب جدي يستدعي ذلك ولا حاجة تدعو إليه.⁵

الإباحة: يكون مباحا لحاجة لأن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية إذا أصبحت منارا للفتن ومحلا للأحقاد وذلك من رحمة الله ولطفه بنا، فيكون عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء

¹ العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري)، دار كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص 10.

² باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2012، ص 14.

³ ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2013، ص 62.

⁴ ابن حجر: شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد العسقلاني (ت: 852هـ)، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، كتاب الطلاق، باب العدة، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج9، ص 345.

⁵ محمد كمال إمام، المرجع السابق، ص 34.

عشرتها والتضرر بها من غير حصول الغرض منها.¹

واختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق أهو الحظر أم الإباحة مستدلين بحجج وبراهين من

الكتاب والسنة.

فالقائلون بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾

[سورة الطلاق: 1]، وقوله: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً

﴿ [سورة البقرة: 234]، فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في

إيقاع الطلاق، ومن السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له

راجعها فإنها صوامة قوامة والنبى لا يفعل المحذور.

أما القائلون بأن الأصل في الطلاق الحظر فاستدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْتُمْكُم فَلَ تَبْغُوا

عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾ [سورة النساء: 34]، وهذه الآية تفيد أن الطلاق بدون حاجة بغي وظلم وهذا ممنوع

ومحذور في الإسلام، ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"،²

ومنه فالأصل في الطلاق الحظر وأن إباحته مقيدة بالحاجة وبعد محاولة الإصلاح أولاً.³

فالتعبير بأنه حلال مبغوض إلى الله يشعر بأنه رخصة شرعت للضرورة حين تسوء العشرة

وتستحكم النفرة بين الزوجين ويتعذر عليهما أن يقيما حدود الله وحقوق الزوجية وقد قيل إن لم يكن

وفاق ففراق.⁴

ثانياً: معنى الطلاق التعسفي

لم يتطرق أغلب الفقهاء المتقدمين والمتأخرين وكذا قوانين الأسرة العربية لتعريف الطلاق

التعسفي، واقتصرت على بيان بعض صور التعسف في الطلاق وإسقاط تعريف التعسف⁵ عليها،

وقد اجتهد بعض المعاصرين في تعريف الطلاق التعسفي فكان من تعريفاتهم ما يلي:

¹ نور الدين عتر، أبغض الحلال، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط4، 1985، ص 44.

² أبو داود، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، المرجع السابق، ج3، ص 505.

³ محمد كمال الدين إمام، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، دار م الجامعية، مصر، (د ط)، 1997، ص 14-15.

⁴ يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، (د ط)، 1985، ص 200.

⁵ التعسف هو: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل"، (فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في

الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 84).

هو استخدام الرجل صاحب الحق في إيقاع الطلاق حقه بطريقة غير صحيحة، وذلك بأن يطلق زوجته بدون مبرر أو سبب مقبول شرعا أو أن يقصد بطلاقه الضرر على زوجته.¹ وعرفه آخرون بأنه: مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعا حسب الأصل.²

كما عرف كذلك بأنه: مناقضة الشارع رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص.³ 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.⁴

وعلى ذلك فإن الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه بدون سبب معقول ومن غير سوء تصرف الزوجة، وبدون طلبها ومن غير رضاها، إنما يقع لمجرد قصد الإضرار بها، وبهذا يكون الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه.⁵

وعليه حتى يكون الطلاق تعسفيا يجب:

- ألا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة كأن تكون ناشزا.
- ألا يكون بطلبها أو رضاها.
- أن تصاب الزوجة المطلقة بضرر من جراء وقوع هذا الطلاق.
- أن يوقع الزوج الطلاق دون سبب أو ضرورة تدعو إليه.

¹ صبري عورة، الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد، جامعة فلسطين، 2009، ص 170.

² أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثره، دار الفكر العربي، مصر، (د ط)، 1971، ص 319.

³ خطاب حياة، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 24.

⁴ أيمن مصطفى الدباغ، (التعسف في الطلاق حقيقته، معايير، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية، فلسطين، المجلد 18، العدد 01، 2014، ص 68.

⁵ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقه)، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2014، ص 19.

فإذا ما توفرت هذه الشروط في دعوى الطلاق عُد الزوج متعسفاً في استعمال الحق.¹ وقد نص المشرع الجزائري في المادة 52 من ق أ ج أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" فالمشرع ذكر الطلاق التعسفي وبين بعض آثاره كتعويض الزوجة المطلقة تعسفاً لكنه لم يبين المقصود من هذا المصطلح. والواضح أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة جعل إثبات التعسف من صلاحيات القضاء، فالقاضي هو الذي يظهر ويبين صور التعسف في الطلاق من خلال سلطته التقديرية الواسعة، وهذا التعسف جعله المشرع متوقف على معيار الضرر الذي يوقعه بالزوجة، في حين كان عليه تحديد متى يظهر تعسف الزوج في الطلاق.² غير أن هذا لا يمنع القضاء من الاسترشاد بمعايير التعسف العامة الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني باعتبار الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تسهل هذه المعايير التأكد من أن الزوج متعسف في طلاقه أم لا،³ وهذا ما سنبينه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي

للحكم على الزوج بالتعسف في طلاقه يجب أن توافر أحد معايير التعسف في استعمال الحق على هذا الطلاق، وفي هذا الفرع سنحاول تطبيق هذه المعايير على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة فسننتقل إلى المعيار الذاتي للطلاق التعسفي (أولاً)، ثم المعيار الموضوعي للطلاق التعسفي (ثانياً).

أولاً: المعيار الذاتي للطلاق التعسفي

يتمثل المعيار الذاتي في مناقضة الزوج لقصد الشارع من تشريع الطلاق، ويتطلب هذا المعيار النظر في العوامل النفسية والبواعث التي دفعت الزوج إلى الطلاق فإن كانت مخالفة لمقاصد الطلاق كان الزوج متعسفاً في استعمال هذا الحق، ويظهر ذلك في مظهرين هما:

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 163.

² تيوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 90.

³ المرجع نفسه، ص 91.

1 - قصد الإضرار بالمطلقة

قصد الإضرار هو توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياساً بنية نفع النفس التافهة، والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها، لذلك يمنع التصرف الذي اتخذ وسيلة للإضرار بالغير فاستعمال الحق بقصد الضرر أمر حرّمه الشرع وقبح فعله.¹

وهنا ننظر للعامل النفسي للزوج والأسباب التي حركت إرادته لإيقاع الطلاق، فإذا كانت أسبابه تافهة وليس لها معنى فيعتبر قاصدا إيقاع الطلاق بقصد إضرار زوجته فيعتبر متعسفا في استعمال حقه لأن الضرر ممنوع،² 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، أو أن يفعل الزوج المشاكل لأتفه الأسباب من أجل التذرع لتطليق زوجته. وأمثلة قصد الإضرار كثيرة منها الطلاق في الحيض من أجل تطويل العدة على الزوجة، والطلاق في مرض الموت من أجل حرمان زوجته من الميراث...

هذا وينبغي الإشارة إلى أن الزوج غير ملزم بالإفصاح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق لكن في نفس الوقت يتحمل مسؤولية هذا التصرف،³ وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج أيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤوليته دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنباً للحرص...وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة

¹ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2009، ص 163.

² عبير ربحي شاعر القدومي، المرجع السابق، ص 206.

³ تبوب فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 91.

دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون.¹

2 - تحقيق مصلحة غير مشروعة للمطلق

شرح الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين ولم يشرع إلا لهذا القصد، وفي إيقاع الطلاق لغير هذا المقصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق،² ويكون طلاقه تعسفيا؛ لأن الله تبارك وتعالى إنما شرع الطلاق كحل نهائي عندما يستفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين، وتتعدر كل سبل الإصلاح بينهما، وتكون حياتهما بدلا من المودة والرحمة يسودها الشقاء والتعاسة، ففي بقاءه عندئذ مفسدة، وبالتالي شرع الطلاق ليزيل تلك المفسدة الحاصلة بالنكاح.³ ولم يشرع الطلاق لتحقيق مصلحة شخصية للزوج كأن يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى أو امرأة أجنبية يريد نكاحها، فإيقاع الطلاق لغير المصلحة التي شرع لها يعد تعسفا في استعمال الحق.

ثانيا: المعيار الموضوعي (المادي) للطلاق التعسفي

هذا المعيار يتعلق بما ينتج عن التصرف من مضار ومفاسد عند استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحق. ويقوم المعيار محل الطرح على ضوابط تضبط التصرف أو الحق عند استعماله، كان يؤدي استعماله إلى تحقيق مصلحة لصاحب الحق في مقابل إلحاق ضرر أكبر بالغير، أو أن يضر بالآخرين ضررا فاحشا خارجا عن المألوف، وهذا ما سنبينه كالاتي:

1 - اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

يقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيى من خلالها في ملاحظة التصرف في حقه.⁴

¹ المحكمة العليا، غ أش، قرار رقم 23019، بتاريخ 15/06/1994، م ق، عدد خاص، 2001، ص 104.

² جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 197.

³ البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص 232.

⁴ بانوح كريمة - بوشنتوف ظريفة، الطلاق التعسفي وسلطة القاضي في تقديره، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 10.

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،¹ فإذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق ولكنه ألحق بالمرأة ضرراً، وكان ضرر المرأة كبيراً مقارنة مع مصلحة الزوج من إيقاع الطلاق، فإنه في هذه الحالة يكون متعسفاً، كذلك إذا تساوت المصلحة المرجوة من الطلاق مع الضرر الذي يلحق المرأة والأولاد فإن الرجل يكون متعسفاً أيضاً² لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

2 - معيار الضرر الفاحش

ونقصد به الضرر الذي يتجاوز الحد المألوف؛ لأن الضرر المألوف لا بد من تحمله والتسامح فيه، لكيلا تتعطل حقوق الأفراد ويتعذر استعمالها.

أما قيام الزوج بتطليق زوجته دون مبرر شرعي داع إليه فيه ضرر فاحش على الزوجة من فقدان المعيل حيث كانت نفقها على زوجها، وكذلك نظرة المجتمع للمرأة المطلقة التي لا تخلو من القسوة وغالبا ما توجه إليها الاتهامات أنها هي مذنبة فتفقد فرصة الزواج وتجديد حياتها وغالبية الرجال يرفضون الزواج من امرأة مطلقة، وبالتالي فالزوج عندما يطلق زوجته بدون مسوغ شرعي فهو يضر بها ضرراً كبيراً قد لا تكون له حاجة أو تكون له بدائله من التعدد مثلاً فلا يعقل أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده.³

فبعض الأزواج -هداهم الله- يقدم على طلاق زوجته رغم هرمه بهدف الزواج من فتاة صغيرة في السن، وهذه الأخيرة تشتت عليه أن يطلق زوجته الأولى. الأمر الذي يعتبر ضرراً فاحشاً للزوجة التي قضت معه أشواط حياتها كلها. ولهذا نجد أن الشريعة الإسلامية رتبت للزوجة المطلقة ضرراً ما يسمى بالمتععة جبراً لخاطرها، مما تعرضت له من أسى وحزن الفراق جراء الطلاق التعسفي الذي أقدم

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د) 2009، ص 202-203.

² نياض زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، عمان، (د) 1992، ص 106.

³ عبير ربحي شاكرك القدومي، المرجع السابق، ص 207.

الزوج عليه.¹

الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي عدة مظاهر وصور تختلف على حسب قصد الزوج من الطلاق ووقت إيقاعه وملابساته، ومن أبرز صورته: الطلاق بدون سبب مشروع (أولاً)، وطلاق المريض مرض الموت (ثانياً).

أولاً: الطلاق بدون سبب مشروع

الطلاق بدون مبرر هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع، ودون حاجة داعية إليه.²

فالطلاق وإن كان حقاً للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة إلا أنه ليس مطلقاً، وإنما هو حق مقيد باستعماله إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول، يكون قد أساء استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، مادياً كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً كمدرسة مثلاً تتكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أم أدبياً كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة، وتثير الظنون حولها.³

وجدير بالذكر أن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا لبيان التعسف في الطلاق، ولعل السبب في ذلك يعود إلى عدم وقوعه في عصورهم وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت ولترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب وعن ظلم المرأة، لأن فيه كفراناً لنعمة النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية لا الدنيوية.⁴ وإذا ما حدث مثل هذا الطلاق بأن طلق الزوج زوجته من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإن الطلاق يقع مع لحوق الزوج الإثم على اعتبار القائلين بأن الطلاق بدون سبب لا يجوز شرعاً وذلك لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية خفية لا تخضع للإثبات الظاهر

¹ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، 2000، ص 15.
² جميل فخري محمد جانم، التداير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 226.
³ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن)، دار المعارف، مصر، ط1، 1967، ص 78.
⁴ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 38-39.

في القضاء مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة ومنعا من التشهير بها.¹ وإيقاع الطلاق من الزوج في هذه الحالة يعد تعسفاً وقرينة على قصد إيذاء زوجته لذا فقد رتب الشارع المتعة وجوبا عدا المطلقة قبل الدخول التي سمي صداقها،² لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَعَهُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَيَّ الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة: 239].

أما في القانون الجزائري فقد قضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الأسباب التي دفعته للطلاق بقرارها الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك تجنباً للحرص أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون".³

والمشعر الجزائري من خلال نص المادة 52 من ق أ ج أقر التعويض للمطلقة تعسفاً ولم يقيدته لأن ذلك متروك للقاضي من أجل الحكم بالتعويض الذي يراه مناسباً لدفع الفقر عن الزوجة المطلقة، حسب درجة التعسف ومراعاة الحالة المالية للزوج،⁴ وعليه فإنه إذا طلق زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه بأن كان دون سبب معقول وأن الزوجة لحقها ضرر بذلك، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل متروك لسلطة القاضي التقديرية وفقاً لحالة الزوج المالية.⁵

¹ العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 371.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 167.

³ م ع، غ أ ش، قرار رقم 223019، بتاريخ 15/06/1999، م ق، عدد خاص، 1999، ص 103.

⁴ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 168.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 235.

ثانيا: طلاق المريض مرض الموت

1 - تعريف مرض الموت

مرض الموت هو الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت أي يعجز كل منهما عن القيام بما من شأنه أن يقوم به، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك أو لم يتصل به الموت بأن برئ المريض منه لا يعتبر مرض موت وتكون التصرفات في أثناءه صحيحة.¹

وعرفه أبو زهرة: أنه المرض الذي يخشى فيه من الموت ويحدث منه الموت غالبا أو يتصل الموت به، وقد اختلف في أمارته، ف قيل إن أمارته أن يلزم المريض الفراش وقيل إن أمارته ألا يقدر على الصلاة قائما، وقيل إن أمارته ألا يستطيع المشي إلا بمعين وقيل إن أمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلا، وألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة، وهكذا يختلفون في أمارته ولكن المعني الأصلي لا اختلاف فيه، وعلى القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه.²

وخلصة تعريفات الفقهاء لمرض مرض الموت، أنه لا بد من تحقق أمرين لاعتباره مرض موت بالنظر في تصرفات صاحبه: أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت في أكثر الأحيان كأضرار القلب والسرطان مثلا، وأن يعقب المرض الموت فعلة، ولا بد من تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.³

2 - حكم تصرفات المريض مرض الموت

الأصل في تصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح مادام واعيا مدركا لما يدور حوله ويقدر الآثار وترتب النتائج على تصرفاته، وحتى إذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مضررة بهم عن

¹ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط2، 1910، ص 147.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 319.

³ عبير ربحي شاکر القدومي، المرجع السابق، ص 227-228.

قصد أو بدون قصد، كتبرعه بماله كله أو تطليقه لزوجته، أو غير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه، فإن تصرفه موقوف.¹ ويقول الزحيلي: "مرض الموت لا يناف أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه، سواء حقوق أو حقوق العباد وأهلية العبادة لأنه لا تأثير له على الخدمة والعقل والنطق ولا يناف أيضا أهلية الأداء، لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره، كما تجب على الصحيح وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والزواج والطلاق وسائر التصرفات".² فالطلاق حق الزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا مادامت أهليته للتصرف موجودة، وبذلك اتفق العلماء أن طلاق المريض مرض الموت لامرأته لازم له مثل الصحيح تماما، لأنه ليس من شروط صحة المطلق، لكن اختلف الفقهاء في ميراث المرأة من زوجها الذي طلقها وهو مريض مرض الموت إذا اتصل مرضه بموت وكان طلاقها بائنا، وهل تعتبر التهمة في الأحكام الشرعية فتؤثر فيها أو يكتفي بالظاهر؟ وهذا الذي يسمونه طلاق الفار؛ أي: أنه متهم ببيت طلاقها فراراً من ميراثها منه فهل يعامل بنقيض قصده أو يعامل بالظاهر فقط وهو اعتبار المرأة أجنبية عنه، فلا تستحق من ميراثه شيئاً.³

3 - آثار الطلاق في مرض الموت بالنسبة للميراث

اتفق الفقهاء على نفاذ طلاق المريض في مرض الموت لعدم اشتراط صحة المطلق فيه، كما اتفقوا على أن طليقته ترث منه إن كان طلاقه رجعياً ومات في عدتها من هذا المرض، واختلفوا في ميراثها منه إذا كان طلاقها بائناً على اعتبار أنه لا مصلحة له من هذا الطلاق إلا أن يكون فاراً من ميراثها منه فيعامل بنقيض قصده؛ لأن طلاقه هذا قرينة على تعسفه في استعمال هذا الحق، فمنهم من قال بميراثها منه، ومنهم من منعها الميراث.

أ - القائلون بميراث المطلقة في مرض الموت

ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن المطلقة المبتوتة في مرض الموت

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 147.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 134/4.

³ مسعودة بودية، الطلاق التعسفي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، جامعة المسيلة، قسم الحقوق، تخصص أحوال شخصية، 2016/2015، ص 59.

ترث من طليقتها إذا مات من مرضه الذي طلقها فيه، واختلفوا في المدة التي ترث فيها على النحو الآتي:

الحنفية: ذهبوا إلى أنها ترث في عدتها ولا ترث بعد العدة، وبهذا القول أخذ أبو حنيفة وأصحابه وسفيان والأوزاعي والليث، فإذا انقضت عدتها لا ميراث لها، وقد استدلووا على ذلك بأنه قصد بطلاقها في مرض موته إبطال حقها في الميراث فيردُّ عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر بشرط أن تكون أهلا.¹ لإرثه من وقت إبانها إلى وقت موته، وقد استند الحنفية في هذا على الاستحسان لأن القياس عدم إرثها.

المالكية: قالوا أنها ترثه مطلقا سواء انقضت عدتها أم لم تنتهي، وسواء تزوجت بعده أم لم تتزوج، واستدلوا بتوريث عثمان بن عفان رضي الله عنه مطلقا عبد الرحمان بن عوف في مرض موته، حيث أنه أقر على ذلك ولم يخالفه الصحابة فعد ذلك إجماعا منهم.² بل قال المالكية أن المطلقة في مرض الموت ترث ولو كان الطلاق برضاها واختيارها.³ ولقد بنوا حكمهم على أن المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب أن يعاقب بنقيض قصده وذلك بإثبات الميراث للمطلقة⁴

الحنابلة: ذهبوا إلى أنها ترثه ولو انقضت عدتها ما لم تتزوج؛ فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث وهذا هو المشهور عند الإمام أحمد في المطلقة المدخول بها، واستدلوا بتوريث عثمان لمطلقة عبد الرحمان بن عوف، وكذا ورثوها لاعتبارهم المطلق فإرا من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وكذا لأن المريض قصد قسداً فاسداً فعوقب بنقيض قصده كالقاتل الذي قصد بقتل مورثه استعجال الميراث فإنه يعاقب بحرمانه منه.⁵

أما تقييدهم لميراثها بعدم زواجها بعد انقضاء عدتها وذلك لكونها إن تزوجت تصبح وارثة من زوج آخر بموجب عقد الزوجية، لأن المرأة اتفاقاً لا ترث زوجين معا في حال واحدة،⁶ والزواج بمثابة

¹ محمد عطاش عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح للبحوث التربوية والنفسية، 2005، العدد 22، ص 168.

² العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 377.

³ انظر: مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج3، ص 35.

⁴ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 87.

⁵ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج7، ص 218-219.

⁶ العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 378-379.

التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في مرض الموت فإرثه.¹

ب - القائلون بعدم إرث المطلقة في مرض موت

ذهب الإمام الشافعي والظاهرية إلى أن المبتوتة في مرض زوجها لا ترثه، فلا ميراث في الطلاق البائن مطلقاً ولا فرق بين صحيح ومريض عندهم، فقالوا إنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً في الصحة؛ لأن الزوجية قد ارتفعت قبل الموت فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا ميراث بلا سبب، بل قام ابن حزم الظاهري بنقد آراء فقهاء المذاهب الأخرى وإبطال حججهم القائلة بتوريثها.²

وسبب اختلاف الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت كما يقول ابن رشد الحفيد هو: "اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض متهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً"³، فالشافعية الذين لم يقولوا بمبدأ سد الذرائع ولم يعتدوا بالباعث غير المشروع في التصرفات قضوا بعدم ميراثها وذلك لانقضاء سبب الإرث بانقطاع الزوجية بالطلاق دون اتهام لقصد الزوج بالفرار من الإرث، أما الجمهور الذين قالوا بإرثها فإنهم قالوا بذلك لاعتمادهم بالباعث في استنادهم إلى قصد توريث عثمان رضي الله عنه تماضر زوج عبد الرحمان بن عوف، وإن كانوا قد اختلفوا في التوسيع والتضييق في وقت الميراث.⁴

يقول فتحي الدريني: "ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج ليتخذه وسيلة للإضرار بزوجه وحرمانها من حقها في الإرث، فإذا كان الباعث على طلاقها هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها ودفعا للظلم والهضم عنها، ومرض الموت هو مظنة هذا القصد، وقرينة عليه".⁵

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 204.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 179.

³ ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد (الحفيد) (ت: 595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار القلم، بيروت، (د ط)، 1988، ج 2، ص 86.

⁴ العربي مجيدي، المرجع نفسه، ص 380.

⁵ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 167.

- واشترط العلماء خمسة شروط حتى يعتبر المطلق المريض فأراً:¹
- أن يكون طلاقاً بائناً، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث.
 - أن يكون هذا الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي.
 - أن تبقى أهلية الزوجة للميراث قائمة منذ وقت الطلاق إلى وقت الوفاة.
 - أن يموت والمطلقة في العدة، لأن الوفاة بعد انتهاء العدة من موانع الميراث.
 - ألا يكون مكرهاً في طلاقه.

4 - موقف قانون الأسرة الجزائري من الطلاق في مرض الموت

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف مرض الموت، لكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجري أثناء ذلك وصية، فنصت عليه المادة 204 من ق أ ج: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، ومنه فالمشرع الجزائري لم يتناول مسألة طلاق المريض مرض الموت من حيث أحكامه بنص خاص في قانون الأسرة، إلا أنه نص في المادة 132 منه على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث." وهذا دون التفريق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن، كما لم يتعرض لصحة طلاق المريض وإمكانية التوارث بعد وفاة الزوج أو الزوجة خلال أو إثر مرض الموت.²

ويفهم من خلال منطوق هذا النص تقييد المشرع الجزائري لميراث المطلقة من زوجها المتوفي بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة، وعلى اعتبار أن النص عام في الطلاق ولم يخصصه بكونه في مرض الموت أو في غيره، فإنه يمكن سحبه على الطلاق في مرض الموت أي بتقييد ميراث الزوجة من مطلقها في مرض الموت إن مات خلال عدتها قبل نهايتها، أي أن المشرع يميل إلى الأخذ بقول الحنفية الذين قضوا بميراثها خلال العدة فقط.³

ويكون الزوج متعسفاً في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته لأنه يعد فأراً من ميراثها فيرد

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 241-242.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 277.

³ العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 382.

عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق حسبما جاء في الاجتهاد القضائي الذي جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون...". فيفهم من هذا القرار أن الطلاق في مرض الموت يعد تعسفا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث عملا بما هو مقرر في الفقه المالكي على الخصوص.¹

المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار الناتجة عن الطلاق التعسفي

أقر المشرع الجزائري ضمانات لحماية الزوجة في حال إساءة الزوج لاستعمال حقه في الطلاق وتعسفه فيه، ويتجلى ذلك في حكمه بالتعويض المالي لجبر ضرر الزوجة المطلقة تعسفا استنادا إلى حقها الشرعي في متعة الطلاق، حيث جاء في نص المادة 52 من ق أ ج: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". وسنحاول في التفصيل في هذه المسألة في هذا المطلب من خلال بيان مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، ثم متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

لبيان مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي نتطرق إلى تعريفه (أولا)، ثم بيان حكمه (ثانيا).

أولا: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي

1 - التعويض لغة واصطلاحا

أ - لغة: التعويض لغة هو العوض ويعني الخلف، وتَعَوَّضَ أي أخذ العَوَّض واستعاضه: سأله العوض، وعأوضه أي أعطاه إياه، واعتاضه أي جاءه طالبا العوض، والاسم العوض والمستعمل التعويض.²

¹ محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، (د ط)، 2012، ص 104.

² الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 1161.

ب - اصطلاحاً: إن فقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء المتقدمين لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا اصطلاح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.¹

وبذلك للضمان في الفقه معنيان:

المعنى الخاص: حيث استعمل جمهور المالكية والشافعية والحنابلة كلمة الضمان بمعنى الكفالة، لذا نجد في كتبهم باب الكفالة في الفقه بمعنى الضمان (ما يعم ضمان المال وضمان النفس).

المعنى العام: من ذلك ما ذكره الإمام الغزالي: الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة.² وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"، وهو الأقرب إلى تعريف الإمام الغزالي، وعرفه محمد سراج بأنه: "شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداءه جبراً للضرر الذي لحق بالغير في ماله وبدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل حرمه الشارع ذات أو مالا".³

وبذلك يعرف التعويض بأنه: "عقوبة مالية، تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول بوجه غير مشروع".⁴

2 - التعويض قانوناً

لم يعرف القانون المدني الجزائري التعويض وإنما رتب في المادة 124 منه الالتزام بالتعويض في ذمة كل من سبب ضرراً للغير بأفعاله حين جاء فيها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".، وبيان طريقته وتقديره في المادة 132 من نفس القانون التي ورد فيها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً".

¹ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 126.

² وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط4، 2009، ص 21.

³ محفوظ بن الصغير، نفسه، ص 127.

⁴ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 208.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

فالتعويض هو الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية، أي هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب بأداءات مالية أو عينية.¹

3 - المقصود بالتعويض عن الطلاق التعسفي

يقصد بالتعويض عن الطلاق التعسفي هو البديل بسبب الضرر اللاحق بالمرأة، لحرمانها من الحياة الزوجية المستقرة، وفقدانها العائل، ومعاناتها من الوحدة وألم الفراق وما شابه ذلك. فالتعويض هو مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقاته لمدة زمنية، نظير ضرر أحقه بها ماديا، وذلك بتوفير حياة كريمة لها، ومعنويا بسبب سلبها دفء الحياة الزوجية من السكن والاستقرار والأمن وما شابه.²

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعرف التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة وإنما أوجبه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة فيحكم للزوجة بالتعويض جبرا للضرر الذي لحق بها بموجب نص المادة 52 من ق أ ج التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

ثانيا: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي

1 - في الفقه الإسلامي

أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي إلى مذهبين بناء على أن

¹ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، (د ط)، 2007، ص 35.

² رسمية عبد الفتاح الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، عمان، ط1، 2010، ص 148.

الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعد الزوج المطلق متعسفاً، ومن أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سبب يعد متعسفاً.¹

أ - مذهب القائلين بالتعويض

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الزوج إن طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول، كان تصرفه تعنتاً وتعسفاً محضاً في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم، فتكون المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لأن في الطلاق تضييع لمستقبل الزوجة وتقويت لفرصة الزواج عليها فقد لا تعود.²

ومن العلماء المعاصرين من أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من أمثال عبد الوهاب خلاف، مصطفى السباعي، وقد استدلوا على ذلك بأن الطلاق وإن كان حقاً للرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعوا الحاجة إليه وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك، وكذلك قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها البعض الآخر، ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف، بالإضافة إلى العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في الطلاق.³

ب - مذهب القائلين بعدم التعويض

من بين الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم التعويض عن الطلاق التعسفي الإمام محمد أبو زهرة وعبد الرحمان الصابوني ومحمد عقلة.

يقول أبو زهرة: "وكان رأي أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق، وذلك حكم صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطلاق هو الإباحة، والحق أن الأصل هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة ولكن تكون هذه الحاجة نفسية، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل أحوالها، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار

¹ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 129.

² عبير ربحي شاکر القدومي، المرجع السابق، ص 192.

³ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق...، المرجع السابق، ص 272-273.

القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى".¹

واستدلوا على ذلك بأن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة، لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل حقه الشرعي ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة.²

والرأي الراجح أن الأصل في الطلاق هو الحظر، فإذا طلق الرجل زوجته دون مسوغ شرعي فقد ناقض قصد الشارع من تشريع الطلاق وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، فيجب عليه الجزاء وقد أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ التعويض وذلك بإقرارها لمتعة الطلاق التي تعتبر تعويض مالي يجب للمطلقة على مطلقها جبرا لخاظرها المنكسر بالطلاق.³

2 - في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وحكم القانون بالتعويض عن الطلاق في المادة 52 من ق أ ج،⁴ والتعويض هنا لم يقصد به المتعة، وبالتالي فالمشرع قد حكم بالتعويض إضافة إلى المتعة أخذا بما ذهب إليه القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي، على أن هذا التشريع ليس مقصودا لذاته بل هو عبارة عن تدبير احتياطي لردع الزوج عن الإقدام على الطلاق إذ هناك دوافع حقيقية وراء تشريعه التعويض.⁵

فالحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة متى تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق ويزجرهم عنه، وهذا الأمر ايجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حين لا يكون للرجل مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس الأمر سلبا حين يكون له مبرر شرعي للطلاق وفراق زوجته فقد لا يستطيع إثباته،

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 285.

² محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 131.

³ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق...، المرجع نفسه، ص 287.

⁴ المادة 52: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

⁵ طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة وهران (السانية)، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2013/2012، ص 200.

كحالة انحراف الزوجة وارتكابها الفاحشة، أو لا يريد البوح به لما فيه من مساس بكرامته، ومن ثم يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة ما دام غير قادر على دفع التعويض الذي يلزمه القضاء،¹ فيتعين على القاضي ألا يجعل من التعسف في الطلاق قيذا على الطلاق الذي شرعه الله إذا قامت مبرراته، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض سيفا على رقاب الرجال.²

الفرع الثاني: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

رتبت الشريعة الإسلامية متعة الطلاق على الزوج المتعسف تعويضا لما لحق المطلقة من ضرر وجبرا لخاطرها المنكسر من الطلاق، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تعريف متعة الطلاق ومشروعيتها (أولا)، ثم حكم متعة الطلاق بإرادة الزوج وتقديرها (ثانيا)، ثم علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي (ثالثا).

أولا: تعريف متعة الطلاق ومشروعيتها

1 - تعريف متعة الطلاق

أ - المتعة لغة: اسم مشتق من المتاع، وهو المنفعة والسلعة وجميع ما ينتفع ويستمتع به.³

ب - شرعا: عرف المالكية المتعة بأنها: " ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره ".⁴

وعرفها النووي بأنها: " اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امراته لمفارقتها إياها ".⁵

ج - في القانون الجزائري: لم ينص القانون الجزائري على المتعة وإنما أورد مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي.⁶ وقد ورد مصطلح المتعة في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، فقد

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ط2، 2009، ص 254-255.

² أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2009، ص 111.

³ الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص 985.

⁴ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق...، المرجع السابق، ص 297.

⁵ رسمية عبد الفتاح الدوس، المرجع السابق، ص 164.

⁶ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 201.

جاء في القرار الصادر بتاريخ 1986/01/27: "من المقرر شرعا وقضاء، أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط لتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما، ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة".¹

2 - مشروعية متعة الطلاق

متعة الطلاق ثابتة بأدلة من الكتاب والسنة تبين مشروعيتها

أ - من القرآن الكريم

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ [سورة البقرة: 234]، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [سورة البقرة: 239] فقد أوجب الله تعالى المتعة لجميع المطلقات بدون استثناء.

ب - من السنة النبوية

عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: "أن عمرة ابنة الجون تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه، فقال: لقد عذت بمعاذ فطلقها، وأمر أسامة أو أنسا فمتعها بثلاثة أثواب".²

ثانيا: حكم متعة الطلاق بإرادة الزوج وتقديرها

1 - حكم متعة الطلاق

أ - في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق للمطلقات بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة إلى عدة

أقوال كالآتي:

القول الأول: ذهب الحنابلة في رواية، والمالكية في قول، والظاهرية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 39731، بتاريخ 1986/01/27، م ق، عدد 4، 1993، ص 61.

² ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب متعة الطلاق، حديث رقم 2037، المرجع السابق، ج3، ص 432.

سواء سمي لها مهر أم لم يسم، وسواء طلقت قبل الدخول أم بعده.¹

القول الثاني: ذهب المالكية في المشهور والشافعية في القديم إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة.²

القول الثالث: ذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في رواية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا

المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر.³

القول الرابع: ذهب الحنفية، والشافعية في القديم والحنابلة في الصحيح إلى أن المتعة واجبة للمطلقة

قبل الدخول وقبل تسمية المهر، إلا أن الحنفية والحنابلة في قول أوجبوا المتعة للمطلقة

قبل الدخول في نكاح لم يسم فيه المهر، وإنما فرض بعد العقد.⁴

وعليه فإنه مما سبق يمكن المرونة في هذه المسألة لأنه أمر اجتهادي وقع الاختلاف فيه بين

الفقهاء من حيث الوجوب أو الندب إليه ومن حيث تقديره.

ويمكن الترخيح بالتفريق بين حالتي وجوب المتعة واستحبابها؛⁵ فتكون واجبة إذا طلقت المرأة

قبل الدخول ولم يفرض لها صداق، وتكون مستحبة في الطلاق قبل الدخول وبعد الفرض، وكذا في

الطلاق بعد الدخول.

المتعة ليست عقوبة للمطلق، لأن كل فقهاء المذاهب أوجبوها على المطلق واستحبوها له وهي

لم تفرق بين مطلق مخطئ وغير مخطئ حيث اعتبرت المتعة من قبيل التسريح بإحسان يدفعها

المطلق، امتثالاً لأمره سبحانه وتعالى.⁶

ب - موقف المشرع والقضاء الجزائري من المتعة

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعاً لمن طلقها زوجها كما ذهب جمهور

الفقهاء، وإنما أكدت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضات الطلاق

¹ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 119.

² جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق...، المرجع السابق، ص 303.

³ محفوظ بن صغير، نفسه، ص 119.

⁴ نفسه، ص 119-120.

⁵ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 120.

⁶ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 205.

التعسفي،¹ وليست أثرا من آثار الطلاق، غير أن القضاء كان يعمل بالمتعة قبل صدور قانون الأسرة، واستمر العمل بالمتعة وتطبيقها على مستوى الأحكام والقرارات حتى بعد صدور قانون الأسرة في 1984، وهذا ما بينه قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فعن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".² فالقضاء اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي ذات الشيء وهذا طبقا للرأي الأول والذي نجده في هذا القرار.

غير أن هناك جانب آخر من القضاء اعتمد على ضرورة الفصل بين التعويض والمتعة، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم بها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها للمطلقة وفي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي".³

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة عدة نفقات هي: نفقة الإهمال، ونفقة العدة، ونفقة المتعة، وحتى مبلغا على سبيل التعويض. فالقرار جاء متبنيا لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذات صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك عكس ما جاء في القرار السابق.⁴ وفي الواقع العملي التطبيقي نجد القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب طلاقه لها تعسفا، ومرة يصطلحون عليه متعة وتارة يصطلحون عليه لفظ التعويض

¹ محفوظ بن الصغير، المرجع نفسه، ص 120.

² م ع، غ أ ش، قرار رقم 39731، بتاريخ 1985/04/08، م ق، العدد 01، 1989.

³ م ع، غ أ ش، قرار رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07، م ق، العدد 02، 1989.

⁴ باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 103.

حيث شاع استعمال لفظ التعويض في مجال الطلاق التعسفي.¹

2 - تقدير متعة الطلاق بالإرادة المنفردة ومقدارها

أ - تقدير متعة الطلاق

ذهب بعض الفقهاء وهو رأي المالكية والحنابلة وبعض الشافعية الى أن المتعة معتبرة بحال الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرَبُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتْعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة: 234].

وذهب آخرون، وهو رأي لبعض فقهاء الشافعية والحنفية إلى أنها معتبرة بحال الزوجة؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتْعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة: 239].

وذهب آخرون، وهو رأي لبعض الشافعية والحنفية إلى أنها معتبرة بحال الزوجين جمعا بين الأدلة السابقة،² ويمكن ترجيح هذا القول الجامع.

ب - مقدار المتعة

اختلف الفقهاء في مقدار متعة الطلاق على النحو التالي:³

ذهب الحنفية إلى أن الحد الأدنى للمتعة ثلاثة أثواب، درع وخمار وملحفة، على ألا تقل قيمتها عن خمسة دراهم، وأما أعلاها فنصف مهر المثل.

وذهب المالكية أنه لا حد للمتعة في قليلها ولا كثيرها.

أما الشافعية فعندهم روايتان: إحداهما استحبابها على أن لا تتقص عن ثلاثين درهما وأعلاها خادم وأوسطها ثوب، ويسن أنها لا تبلغ نصف المهر، وأما الرواية الثانية وهو الراجح عندهم أن يترك أمر تقديرها للحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره، وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر الاجتهادات.

والحنابلة فعندهم رواية أن أعلى المتعة خادم وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها وأوسطها ما بين ذلك، والرواية الأخرى يرجع فيها إلى اجتهاد الحاكم كما في سائر الاجتهادات.

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 205.

² محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط2، 1427هـ - 2007م، ص 182-183.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 206.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يورد أي نص بشأن المتعة ضمن قانون الأسرة كما ذكرنا سابقاً، ولهذا فإنه يرجع في تقديرها إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق أ ج، أما بخصوص تقدير التعويض الواجب دفعه للمطلقة تعسفياً فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، حيث أقرت المحكمة العليا في قرارها بأنه: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم".¹

ثالثاً: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

بعد تحديدها لمفهوم المتعة وحكمها وتقديرها من خلال مصدرها الشرعي ورأي الفقهاء فيها، فإن تأصيل مسألة المتعة يكون في التمييز بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي، وبيان هذا كالاتي:

1 - أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

أ - أوجه التشابه

- أن كلاهما يكونان في حالة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ويكونان في الطلاق البائن، لأن الرجعي لا يزيل عقد النكاح وبالتالي لا يوجد تعويض ولا متعة.
- يقدر المتعة والتعويض القاضي وله السلطة التقديرية في ذلك حيث يقدرها حسب الظروف وحال الزوج.
- في حالة طلب المرأة الطلاق فليس لها الحق في المتعة والتعويض، عكس الرجل الذي قام بالتعسف في طلاقه فيلزم لها التعويض وتجب لها المتعة.
- التعويض والمتعة هما حق للمطلقة وجبرا لخاظرها عن الضرر الذي لحقها سواء كان مادياً أم معنوياً.
- إن كلا من المتعة والتعويض يجبان على الزوج ولا يؤثران على الحقوق الزوجية كالنفقة والمهر وغيرهما.²

¹ م ع، غ أ ش، ملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، م ق، العدد 02، 2006، ص 483.

² ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 113.

ب - أوجه الاختلاف

- المتعة تثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، استند القائلون به على نظرية التعسف في استعمال الحق.

- تجب المتعة لمجرد الطلاق، ولكل مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفياً.

- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق، من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فإن كانت أسباب معتبرة لم يحكم للمطلقة بالتعويض.¹

- التعويض بهذه الطريقة يعمل على تقاذف التهم بين الزوجين لكي يدافع كل منهما عن نفسه ويثبت أنه على حق،... وبالتالي فالتعويض في كثير من الحالات لا يكون جبراً للضرر وإنما لزيادة الضرر واتساع نطاقه، وهذا ما لا يتصور في المتعة.

فالعلاقة بين المتعة والتعويض أن كلاماً يجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق عن الضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة وهو رفع الضرر وجبر خاطر وذلك بدفع المال إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة الإسلامية، أو عن طريق التعويض كما قرره القانون.² يقول محمد الزحيلي: "إن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع".³

¹ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 138-139.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 208.

³ محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مجلة منار الإسلام، العدد 05، 1982، ص 87.

2 - الاكتفاء بالمتعة عن التعويض في الطلاق التعسفي

عند التطرق لهذا الموضوع لا بد لنا من الإجابة على السؤال التالي: هل تغني متعة الطلاق

عن التعويض في الطلاق التعسفي؟، وهذا ما اختلف فيه الفقهاء على النحو التالي:

أ - القول الأول: حيث ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل هي الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى وتحفظ للمرأة كرامتها التي تمس قبل الحكم بالتعويض.¹

ومن هؤلاء الفقهاء نجد: محمد الزحيلي ومحمد أحمد صالح ومحمود السرطاوي وسامي صالح وعبد الرحمان الصابوني، وغيرهم يقول محمد الزحيلي: "إن الإعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل تلك وغيره تسوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم، قد بين ذلك قبل أربع عشر قرناً".² ويقول عبد الرحمان الصابوني: "ونرى أن يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله".³

أما محمود السرطاوي فيرى ضرورة العدول عن نظام التعويض الذي تعسفت القوانين فيه إلى المتعة التي شرعها الله تعالى، فيقول في هذا: "والذي أراه أنه إن تعسف الزوج بالطلاق فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية وفي تكييفها لها، وهذا شأن التشريع الذي يضعه البشر من عند أنفسهم، وأرى لذلك العدول عن مبدأ التعويض الذي يقدره البشر فتختلف فيه العقول وتتدخل فيه الأهواء، إلى الأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية".⁴

ب - القول الثاني: يذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض في الطلاق التعسفي لأن هناك فئة لا تجب لها المتعة فتستفيد من التعويض.

تقول عبير القدومي: "وأرى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ولا تحل

¹ نياض زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 180.

² محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 87.

³ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 141.

⁴ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 180.

محلّه، لأنّ المتعة كما رجحنا سابقاً إنّما تجب للمطلقة قبل الدخول التي لم يسمّى لها بمهر، وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقّة ما دام أنّه ثبت أنّ لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق؛ لأنّ الطلاق إنّ وقع غالباً ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللّامسؤولة مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الراضة، فينشأ الخلاف، وبذلك يظهر لنا بأنّ التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهنّ، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض، لأنّها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض"، ويقول أبو هاشم: "أرى أنّ المتعة لا تغني عن التعويض والله أعلم".¹

والرأي الأقوى هو الأول لأنّ في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي أضرار أشدّ ومفاسد أعظم؛ لأنّه يؤدي إلى كشف أسرار البيوت وهتك لأعراض الناس التي أوجب الإسلام سترها والمحافظة عليها، بالإضافة إلى تبادل التهم الباطلة بين الزوجين وأسرهما من أجل الحصول على هذا التعويض أو التملص من دفعه، كما أنّ إيجاب التعويض قد يؤدي إلى إلزام الزوج بالعيش مع الزوجة وهو كاره لها، فينشأ بينهما الشقاق والنزاع، ويجعل الحياة الزوجية لا تطاق.²

أما المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة فإنّه استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي، إلاّ أنّه في القرارات القضائية نجد القضاة تارة يحكمون بالمتعة، وفي قرارات أخرى نجد مصطلح التعويض، كما رأينا في القرارين السابقين.

وباستقراء القرارات القضائية يتضح أنّ أساس الحكم بالتعويض هو نفسه في المتعة المستحقة للمطلقة وهو لجبر لخاطرها بعد الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلاّ الذي كان خلافاً لرغبتها، فإنّ كان بناء على طلبها ورضيت به، تفقد حقها في المتعة، وبذلك تشترك المتعة مع التعويض في مدلول واحد، وذلك أنّه في حالة الطلاق التعسفي فإنّ المتعة تتحول إلى تعويض لجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق.³

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق...، المرجع السابق، ص 358-359.

² محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 144-145.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 211.

فموقف الشريعة من المتعة سواء أكانت مندوبة أم واجبة هو موقف صائب لأن الفقه الإسلامي انطلق من مبدأ جوهرى والمتمثل في القاعدة الشرعية الأساسية للزواج هي أن الزواج مبني على المكارمة، ومنه أيضا أن الأصل في الطلاق الحظر كون أن الأمر في الزواج مبني على الأخلاق والدين اللذين لا غنى عنهما.¹

المبحث الثاني

تعسفات الزوج المتعلقة بآثار الطلاق

ينتج عن فك الرابطة الزوجية جملة من الآثار المادية والمعنوية، والتي تشكل التزامات على الطرفين، خاصة الزوج، فمنها ما يتعلق بحق الأولاد ومنها ما يتعلق بحق المطلقة أو هما معا كالحضانة والنفقة، ومنها ما هو حق خالص للزوج كالعدة والرجعة، وبحكم افتراق الطرفين والكراهية بينهما والتي تكون عادة مصاحبة للطلاق، فإن الزوج قد يتعسف في هذه الحقوق بإساءة استعمالها أو منعها عن أصحابها، وهذا ما سندرسه في هذا المبحث من خلال التطرق إلى تعسف الزوج في استعمال الحق في مرحلة العدة (المطلب الأول)، ثم تعسف الزوج -أو الولي- في استعمال حق الحضانة والولاية على المحضون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعسف الزوج في استعمال الحق في مرحلة العدة

وسندرس في هذا المطلب تعسفات الزوج في حال افتراق الزوجين وقبل انقطاع الرابطة الزوجية بينهما لثبوت حق الزوج في إرجاع زوجته في هذه المدة، وذلك بالوقوف على تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة (الفرع الأول)، ثم نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة

أعطى الله سبحانه وتعالى الزوج حق إرجاع زوجته المطلقة قبل انتهاء عدتها، حفظاً لكيان الأسرة، ولتستمر الحياة الزوجية، ولكن هذا الحق منوط بأن يستعمل فيما شرع لأجله، بعد مراجعة

¹ عبد الفتاح تقيّة، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2006/2007، ص 77.

النفس، لاستئناف حياة زوجية بعيدة عن المشاكل التي تعصف باستمرارها. لكن قد يلجأ بعض الأزواج لإساءة استخدام الحق المشروع لهم، فيراجع زوجته، ويكون باعته لذلك مخالف لما شرعت لأجله الرجعة،¹ وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع من خلال بيان مفهوم الرجعة (أولاً)، ثم مظهر تعسف الزوج في حق الرجعة (ثانياً).

أولاً: مفهوم الرجعة

1 - تعريف الرجعة

أ - لغة: ارتجع المرأة وراجعها مراجعة ورجاعاً: رجعها إلى نفسه بعد الطلاق، والاسم الرجعة والرجعة. يقال: طلق فلان فلانة طلاقاً يملك فيه الرجعة والرجعة، والفتح أفصح.²

ب - اصطلاحاً: الرجعة في اصطلاح علماء المذاهب الفقهية على تعريفات عدة، ومنها:

- إعادة زوجة مطلقة طلاقاً غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد.³
- عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.
- ردّ الزوج أو من قام مقامه من وكيل وولي امرأته إلى موجب النكاح.

والملاحظ أنّ هذه التعريفات وغيرها متقاربة المعاني تعود إلى شيء واحد متفق عليه في العموم، وهو: إمكان الزوج إعادة وثاق الزوجية كما كان قبل إيقاع طلاقه الصحيح.⁴

فللزوج حق إعادة زوجته إلى عصمته دون عقد ما دامت في العدة، وذلك ليستأنفا حياة جديدة دون مشاكل، وهذا من حكمة مشروعية العدة، حتى يراجع الإنسان نفسه، ويفكر بتمعن فيما أقدم عليه من الطلاق.⁵

¹ علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه (مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية)، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، العدد 02، 2016، المجلد 43، ص 653.

² ابن منظور، المرجع السابق، ص 115/8.

³ البهوتي، المرجع السابق، 147/3.

⁴ عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 12، الجزائر، 2017، ص 256.

⁵ علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 653.

ج - قانوناً: لا تخرج تعريفات القانونيين للرجعة عن مفهومها لدى الفقهاء إذ هي منبثقة عنها؛ فعبروا أحياناً بلفظ (الرجعة) وأخرى بلفظ (المراجعة)، والمعنى عندهم واحد وهو: استدامة الزوجية القائمة بعد الطلاق الرجعي الذي حدّد انتهاء الزوجية بانقضاء العدة، بحيث أنّ المطلق إذا لم يراجع مطلقته حتى انقضت العدة من الطلاق الرجعي انتهت الزوجية بينهما، وإذا راجعها أثناء العدة لم يكن للطلاق الرجعي أي أثر سوى نقص عدد التطبيقات التي يملكها الزوج على زوجته.¹

2 - مشروعية الرجعة

أ - من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [سورة البقرة: 226]، أي أن زوجها الذي طلقها أحق بردها مادامت في عدتها إذا كان مراده الإصلاح والخير وهذا في الرجعيات.

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ [سورة البقرة: 229] والمعنى فراجعوهن من غير ضرار أو خلوهن حتى تنقضي عدتهن من غير تطويل.

ب - من السنة: فقد وردت أحاديث عديدة منها: ما روي عن عمر رضي الله عنه أن: "النبي صلى الله عليه وسلم كان طلق حفصة ثم راجعها".²

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان الناس والرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته والله لا أطلقك فتبيني مني ولا أويك أبداً قالت وكيف ذاك قال أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي حتى نزل القرآن الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلاً من كان طلق ومن لم يكن طلق".³

¹ سعيد الجدار، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ط1، 2001، ص 142.

² أبو داود، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، الحديث رقم 1943.

³ الترمذي، كتاب الطلاق واللعان عن رسول الله، باب ما جاء في طلاق المعتوه، رقم الحديث 1113.

ج - الإجماع: أجمع أهل العلم على أن الحرّ إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق دون الاثنتين أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر.¹

د - المعقول: إن الحاجة تمس إلى الرجعة؛ لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك، أو قد لا توافقه المرأة على ذلك.

3 - صيغ انعقاد الرجعة

أ - صيغ انعقاد الرجعة في الشريعة الإسلامية: لانعقاد الرجعة عند الفقهاء صيغ متعددة؛ منها ما هو محلّ اتفاق بينهم، ومنها ما هو مختلف فيه. وفي الجملة فقد اتفقوا على انعقاد الرجعة بالصيغ اللفظية التي يسميها البعض بالدلالة القولية على الرجعة، وفي المقابل اختلفوا في انعقادها بالصيغ الفعلية أو الدلالة الفعلية على الرجعة،² على النحو التالي:

- **الدلالة القولية على الرجعة:** تصح الرجعة عند جميع الفقهاء بالقول الدال على ذلك، كأن يقول لمطلّقه وهي في العدة: راجعتك، أو ارتجعتك، أو رددتك لعصمتي.. وهكذا كلّ لفظ يؤدي هذا المعنى، وتسمى الألفاظ الصريحة وتصحّ بها الرجعة ولا يحتاج فيها إلى نية،³ قال ابن قدامة: "ويتخرّج أن يكون لفظها هو الصريح وحده، لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق".⁴ وتتعدّد الرجعة كذلك بألفاظ الكناية كقولهم: أنت عندي كما كنت، أو أنت امرأتي ونوى بها الرجعة، واشترط لها الفقهاء النية بأن يسأل عن مراده منها.

والفقهاء قد اختلفوا في ألفاظ بذاتها هل هي من الصريح أو الكنائي؟، تحصل بها رجعة أم لا؟؛ كقوله لها: نكحتها، أو تزوجتها، أو رددتك، أو أمسكتك. والصواب -والله أعلم- أنّ هذه الألفاظ تتبع الأعراف المختلفة في الوقوع.⁵

- **الدلالة الفعلية على الرجعة:** اختلف الفقهاء في صحة الرجعة بالفعل وهو المعاشرة الجنسية

¹ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 397/7.

² عز الدين عبد الدائم، المرجع السابق، ص 257.

³ عز الدين عبد الدائم، المرجع نفسه، ص 258.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 524/7.

⁵ عز الدين عبد الدائم، المرجع نفسه، ص 258.

للرجعية أو مقدماتها على قولين¹:

القول الأول: لا تصح الرجعة بالفعل مطلقا: سواء كان بوطء أو مقدماته، وسواء كان الفعل مصحوبا بنية الزوج في الرجعة أو لا، وهو قول الشافعية وابن حزم.

القول الثاني: تصح الرجعة بالفعل، وهو قول الجمهور، وقد اختلفوا في ذلك على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: وهو قول الحنفية، أن الجماع ومقدماته تصح بهما الرجعة ولو بدون نية.

الرأي الثاني: وهو قول المالكية، أن الجماع ومقدماته تصح بهما الرجعة بشرط النية.

الرأي الثالث: وهو قول الحنابلة، أن يفرق في صحة الرجعة بين الوطء ومقدماته؛ فإن الرجعة عندهم تصح بالوطء ولا تصح بمقدماته.

ولا شك أن لكل رأي دليله وحظه من النظر والرأي².

والمتتبع لأقوال الفقهاء الحافلة في كتبهم في هذه المسألة يتبين له أن الرجعة عندهم تتعقد بالقول اتفاقا في الجملة، وبالفعل على الراجح من آرائهم. وأضيف أن هذا الانعقاد للرجعة لا يشترط فيه - عندهم - أن يكون أمام القاضي؛ بل يحصل انعقاد الرجعة بهذه الصيغ المذكورة ولو بدون حضور قاضٍ³.

ب - صيغ انعقاد الرجعة في القانون الجزائري

تطرق قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الرجعة ولم يبين تعريفها ولا صيغها وانعقادها وذلك في مادتين هما:

- المادة 50: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد."

- المادة 51: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 258.

² نور الدين بولحية، آثار حل عصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، ص 114-116.

³ عز الدين عبد الدائم، المرجع السابق، ص 259.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

شرح بعض فقهاء القانون من أمثال بلحاج العربي المادة 50 فقالوا: إنه بانتهاء محاولة الصلح وصدور الحكم بالطلاق إثر فشل محاولة الصلح التي يشرف عليها القاضي يسقط حق الزوج في الرجعة؛ لأنّ الطلاق -قانوناً- لا يقع إلا بحكم قضائيّ وإذا حكم القاضي بالطلاق لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد، وأثر الطلاق يبدأ من يوم النطق بالطلاق حسب المواد 58 و60 من قانون الأسرة. وأما أثناء جلسات الصلح -إذا وافق الزوج بمراجعة زوجته أثناء سريان الدعوى- فينطق هنا القاضي بالصلح علانية في الجلسة.¹ وواضح أنّ المشرع الجزائري يشترط لانعقاد الرجعة جلسة الصلح أمام القاضي قبل صدور الحكم بالطلاق، ويكون القاضي قد شهد على ذلك، وهي رجعة شرعية وقانونية.²

كما أنه من الجدير بالذكر أن نقول: إنّ توجيه فقهاء القانون بأنه إذا حكم القاضي بالطلاق لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد جديد، توجيه صائب صحيح لأن تطبيق القاضي على الزوج ينقل الطلاق من الرجعي في حقه إلى الطلاق البائن بينونة صغرى؛ فتترتب عليه آثار الطلاق التي تبدأ من يوم النطق بالطلاق. ومنها: أنّ الزوجة تملك نفسها ولا حقّ له في رجعتها إلا إذا شاءت بعقد ومهر جديدين.³

ثانياً: مظهر تعسف الزوج في حق الرجعة

جعل الله عز وجل الرجعة في يد الزوج بعد الطلاق الرجعي بقصد استئناف الحياة الزوجية وإصلاح لما قد يكون من تسرع ونزق في تطبيقها، فاتخاذ هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوجة إما لإطالة العدة عليها، وإما لقصد إساءة معاملتها حتى تقتدي منه، فهذا محرم، وإن كانت الرجعة في أصلها حق من حقوق الزوج، إلا أن الباعث إلى المراجعة كان الإضرار بالزوجة، ولذلك تحول من الجواز إلى الحرمة؛⁴ لأنه أمر لا يبيحه الشرع فهو استعمال للحق في غير ما شرع له، وهو من قبيل التعسف في استعمال الحق.

¹ عز الدين عبد الدايم، المرجع السابق، ص 260-261.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 323.

³ عز الدين عبد الدايم، المرجع نفسه، ص 261.

⁴ علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 653.

وذلك لأنه قبل الإسلام وحصر الطلاق في ثلاث، يطلق الرجل امرأته ثم يتركها حتى تقارب عدتها، ثم يراجعها ثم يطلقها ويفعل ذلك أبداً بغير نهاية، فيدع المرأة معلقة، لا مطلقة ولا ممسكة وأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات.¹

يقول ابن رجب: "من كان قصده بالمراجعة المضارة فإنه يأثم بذلك"، وذهب مالك إلى أن من راجع امرأة قبل انقضاء العدة ثم طلقها من غير مسيس، أنه إن قصد مضارتها بالتطويل لم تستأنف العدة وبنت على ما مضى، وإن لم يقصد ذلك استأنفت عدة جديدة. وفي ذلك معاملة له بنقيض قصده ورد لتعسفه في استعمال حق الرجعة.²

ومن أجل منع الزوج من تعسفه في حق الرجعة يمكن القول بإيجاب توثيق الرجعة في المحكمة كما قيل في الطلاق؛ لينظر القاضي في حال الزوج ودوافعه لمراجعة زوجته، وأخذ التعهد منه بعدم الإضرار بها إن لزم ذلك، فإن راجعها بعلم المحكمة ثم طلقها بعد ذلك، فمن الممكن النظر في القرائن لمعرفة باعته من الطلاق إن كان تعسفاً، ليحكم القاضي لها بالبناء على عدتها السابقة، وإلا استأنفت عدة جديدة.³

وهذا التدبير من الممكن أن يستند إلى ما ذهب إليه الكثير من العلماء السابقين والمعاصرين بوجوب الإشهاد على الرجعة وذلك حفظاً للحقوق، ومنعاً للتناكر وممن ذهب لهذا الرأي ابن عباس ومن التابعين السدي ومن المعاصرين أبو زهرة وعلي الخفيف ومصطفى الزرقا، فأخذ المحاكم بهذا الرأي فيه ضمان أكبر لمنع أي تعسف أو إضرار بالزوجة.⁴

الفرع الثاني: نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي

تعتبر نفقة العدة من الحقوق المالية المترتبة عن الطلاق،⁵ وقد أقرها كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وقد أجمع الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي لها الحق في النفقة والسكن

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 245.

² بومدين ميمون - بوكعبان مروان، المرجع السابق، ص 75.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 248.

⁴ المرجع نفسه، ص 248.

⁵ النفقة في الأصل تعتبر من آثار الزواج وليست من آثار الطلاق؛ لأنها تثبت للزوجة بمجرد العقد عليها.

في فترة عدتها سواء كانت معتدة بقروء أو معتدة بوضع حملها.¹

أولاً: مفهوم نفقة العدة

1 - تعريف النفقة

أ - لغة: النفقة: من أنفق، والجمع نفاق. حكى اللحياني: نفدت نفاق القوم ونفقاتهم، بالكسر، إذا نفدت وفنيت. والنفاق بالكسر: جمع النفقة من الدراهم، ونفق الزاد ينفق نفقا أي نفد، وقد أنفقت الدراهم من النفقة. ورجل منفاق أي كثير النفقة. والنفقة: ما أنفقت، واستنفقت على العيال وعلى نفسك.²

ب - شرعا: هي ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف.³

فيخرج به قوام غي الأدميين كالبهائم، وما هو قوت غير معتاد كالحلوى والفواكه وغيرها.

ج - قانونا: وردت أحكام النفقة في الفصل الثالث من الباب الثالث في انحلال الزواج، وهذا في المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

نصت المادة 78 بقولها: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر

من الضروريات في العرف والعادة".

فكل من الشريعة والقانون يجعلان النفقة فيما هو من ضروريات العيش الكريم، دون تبذير أو

إسراف، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ [سورة البقرة: 231].

2 - تعريف العدة

أ - لغة: مأخوذ من العد والحساب، والعد: إحصاء الشيء، وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأقرء أو الأشهر غالبا، وعدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها: هي ما تعده من أيام أقرائها أو أيام

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 372.

² ابن منظور، المرجع السابق، ص 358/10.

³ الخرشي: محمد جمال الدين عبد الله بن علي المالكي (ت:1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج4، ص 183.

حملها أو أربعة أشهر وعشر ليال، وقيل: تربصها المدة الواجبة عليها، وجمع العدة: عددٌ، كسيرة، وسدر.¹

ب - شرعا: هي مدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتعجبها على زوجها.² كما تعرف أيضا بأنها مدّة تمنع فيها المرأة عن الزواج بسبب طلاقها أو موت الزوج أو فسخ النكاح.

ج - قانونا: العدة هي المدة أو الحيز الزمني الذي تكون الزوجة المطلقة ملزمة باحترامها امتثالا لأوامر الشرع والقانون قبل إقدامها على الزواج من جديد، ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ نطق الحكم بالطلاق.

3 - تعريف نفقة العدة

بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة، أي إذا كانت من اليائسات يحكم لها بنفقة ثلاثة أشهر، أما إذا كانت من نوات الحيض يحكم لها بنفقة ثلاثة قروء، ولكن الجاري به العمل أمام المحاكم هو الحكم بنفقة ثلاثة أشهر في كلا الحالتين، وتكون مدة نفقة المطلقة الحامل مقدرة بمدة الحمل، وأن تقدير قيمة النفقة يرجع إلى اختصاص القاضي، وهو في هذه الحالة يراعي حال الطرفين وظروف المعاش.³

وقد نصت المادة 79 ق أ ج على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعند المالكية المطلقة التي يملك رجعتها لها السكنى والنفقة حاملا إذا كانت أو غير حامل ما دامت في عدتها، والمبتوتة لها السكن ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا فإن كانت حاملا كان لها السكن والنفقة.⁴

¹ الفيومي، المرجع السابق، ص 395/2.

² وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1404هـ، ج29، ص 5.

³ عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، جوان 2017، ص 668.

⁴ ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت:463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط2، 1400هـ-1980م، ج2، ص 627.

4 - نفقة العدة في القانون الجزائري

نص قانون الأسرة الجزائري على نفقة المعتدة في المادة 61 منه حيث جاء فيها ما يلي: " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق."

وهذا يعني أن المطلقة المعتدة تستحق النفقة مادامت في منزل الزوجية، وهي النفقة التي يراعى فيها حال الزوج يسارا أو إعسارا، شرط عدم خروجها من منزلها، أما إذا خرجت من منزلها بدون مبرر شرعي، فتعتبر حينئذ ناشزا وتسقط نفقة العدة.¹

وهذا ما يؤكدده قرار المحكمة العليا: "متى كان المقرر شرعا نفقة العدة تظل واجبة على زوجها سواء أكانت ظالمة أم مظلومة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية."

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيما يقضي به، ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا، وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه، حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".²

أما بالنسبة إلى تقدير النفقة فقد سار المشرع الجزائري على غرار الفقه المالكي وهذا حسب نص المادة 79 من قانون الأسرة: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعلى هذا الأساس فإن تقديرها هو مسألة تقديرية من اختصاص قضاة الموضوع انطلاقا من الوثائق والمستندات التي تحدد الوضعية المالية للزوج، تبعا لحال الزوجين يسارا أو إعسارا، وظروف المعيشة زمانا ومكانا على ألا تقل على حد الكفاية تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة.³

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 219.

² م ع، غ أ ش، ملف رقم 34327، بتاريخ 1984/10/22، م ق، عدد 3، 1989، ص 69.

³ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 348.

ثانيا: العلاقة بين نفقة العدة والتعويض عن الطلاق التعسفي

حيث يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون ذلك إذا بنى الزوج طلبه على سبب تافه أو منعدم ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة،¹ وهذا حسب المادة 52 من ق أ ج.

غير أن المشرع الجزائري لم يسمح للقاضي أن يحكم في الوقت ذاته وذلك خلافا لبعض القرارات الصادرة عن المحاكم بالتعويض والنفقة، لأن هذه الأخيرة في حد ذاتها تعويض لما لحق المرأة من أضرار، والواقع أن الفقه الإسلامي قد أقرّ للمطلقة بحق النفقة بالنسبة للمرأة التي طلب زوجها الطلاق قبل أن يدخل بها وذلك حتى لا تهدر حقوقها لأنه في هذه الحالة لها الحق في نصف المهر.²

إن نفقة العدة وإن كانت مبلغا ماليا تلبى فيه المطلقة احتياجاتها من الطعام والسكن والملبس، وإن كان يخفف عنها قليلا، فلا تخرج من بيتها ولا تسقط نفقتها بمجرد الطلاق بل تستغل فترة العدة لترتيب أمورها فلا تصبح مشردة بين عشية وضحاها.

ولكن هذه النفقة لا تغني عن المتعة المقررة شرعا ولا على التعويض عن الطلاق التعسفي إن وقع الطلاق تعسفا - حسب القانون - ولا تحتسب قيمة النفقة من مقدار التعويض بل يبني التعويض عن الطلاق حسب القانون على مقدار النفقة المقررة سابقا - إن وجدت - فهي معيار لتقدير التعويض لا جزء منه ولا تغني عنه.³

المطلب الثاني: تعسف الزوج - أو الولي - في استعمال حق الحضانة والولاية على المحضون

يعتبر موضوع الحضانة من أكثر المواضيع التي يثور فيها الإشكال والنزاع في حال الفرقة بين الزوجين بسبب استخدام كل منها الأولاد كسلاح في مواجهة الطرف الآخر مما ينتج عنها تعسفات كثيرة في استعمال حق الحضانة للأولاد، وسنتناول في هذا المطلب تعسف الزوج في

¹ عبد المجيد بن يكن، المرجع السابق، ص 669.

² عبد المجيد بن يكن، المرجع السابق، ص 669.

³ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 221.

استعمال حق الحضانة، وذلك من خلال بيان مفهوم التعسف في حق الحضانة (الفرع الأول)، ثم مظاهر تعسف الزوج -أو الولي- في استعمال حق الحضانة والولاية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التعسف في حق الحضانة

سنبحث في هذا الفرع عن تعريف التعسف في حق الحضانة (أولاً)، ثم شروط ممارسة الحضانة (ثانياً).

أولاً: تعريف التعسف في حق الحضانة

1 - تعريف الحضانة

أ - الحضانة لغة: الحضانة بفتح الحاء وكسرهما مصدر من الفعل الثلاثي حَضَنَ والحضن يُجمع على أحضان وفي اللغة له إطلاقات متعددة.¹

ب - في الاصطلاح الشرعي: اختلفت تعاريف الفقهاء للحضانة، غير أنهم اجتمعوا على أهميتها في حفظ دين وجسم وعقل المحضون، فهي متقاربة تدور كلها حول حفظ الصغير ورعاية شؤونه، ومن تعاريفهم لها نجد ما يلي:

الحنفية: عرفها ابن عابدين بأنها: "تربية الأم أو غيرها، ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة، قبل الفرقة أو بعدها".²

المالكية: عرفها الدسوقي بأنها: "حفظ الولد، والقيام بمصالحه". وتعرف أيضاً: "حفظ الولد في مبيته ومؤنثه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه".³

الشافعية: الحضانة هي تربية الولد لمن له حق الحضانة أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه، كطفل وكبير ومجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله وغسل ثيابه في سن معينة.⁴

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ص 122/13.

² ابن عابدين، المرجع السابق، ص 555/3.

³ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 204.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 7295.

الحنابلة: عرفها البهوتي بأنها: " حفظ الصغير ونحوه كمجنون ومعتوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه ".¹

فالحضانة هي: " تربية الطفل والإشراف عليه في مدة معينة، وهي ولاية نظر يراعى فيها الإصلاح، والغرض منها حفظ المحضون وإلا فلا يحكم بها ".²

ج - الحضانة قانونا: عرّف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في نص المادة 62 بأنها: " رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ". فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده، ممن له حق الحضانة، وأساس الحضانة هو مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه في كل فترة من فترات حياته.³

2 - تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة

يمكن تعريف التعسف في استعمال حق الحضانة كمفهوم مركب بأنه: استعمال الشخص لحقه في الحضانة بقصد الإضرار بالآخرين على وجه يناقض قصد المشرع من هذا الحق. أو هو التعدي في استخدام حق الحضانة على وجه مناقض لمقصد الشارع من حفظ المحضون ورعاية مصالحه وتربيته.

أما قانونا فيقصد به استعمال الحق المشروع فيما يتعلق بحقوق الحضانة على وجه غير مشروع يقصد منه الإضرار بالطرف الآخر.⁴

ثانيا: شروط ممارسة الحضانة

للحاضن دور مهم في حياة الصغير، فهو القدوة والأسوة للمحضون، لأن الصغير لبنة طرية يستطيع من يشرف عليها تكييفها حسب ما يريد، لذا يكون لشخصية الحاضن تأثير في المحضون، وقد ذكر جمهور الفقهاء مجموعة من الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها المختلف فيه، وكلها

¹ البهوتي، المرجع السابق، ص 495/5.

² محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2010، ص 24.

³ بلحاج العربي، الوجيز، المرجع السابق، ص 380.

⁴ سناء عماري - عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، 2019، م 10، ص 174.

تدور على رعاية مصالح المحضون.¹

1 - شروط استحقاق الحضانة عند الفقهاء

أ - الشروط المتفق عليها في ممارسة الحضانة

- **العقل:** فلا حضانة للصغير أو المجنون أو المعتوه؛ لأنهم لا يستطيعون القيام بمصالحهم، فالحضانة نوع من الولاية وناقص العقل هو ذاته يحتاج لمن يتولى أمره، فلا يعقل أن يوكل إليه تدبير شؤون غيره، كما أن ترك الولد عند مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه، في حين أن مناط الحضانة تحقيق مصلحة المحضون بدفع الضرر عنه وجلب النفع له.²

- **الأمانة على الأخلاق:** فيجب على الحاضن أن يكون أميناً على المحضون من أجل تربيته تربية حسنة، فلا يمكن منح الحضانة مثلاً: لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق رجلاً كان أو امرأة.³

- **القدرة على الحضانة:** وتشمل الاستعداد للمحضون والتفرغ له والرغبة في ذلك، وعدم الانشغال عنه بما يعود عليه بالضرر.

الخلو من زوج أجنبي عن المحضون: إن كانت المرأة متزوجة بأجنبي عن الصغير أو متزوجة بقريب غير محرم له فلا حق لها في الحضانة، وإن كانت خالية من الأزواج أو متزوجة بمحرم للصغير كعمه فلا يسقط حقها في الحضانة؛ لأن الزوج إذا كان محرماً للصغير فإنه يعطف عليه ولا يتضرر من وجوده لوجود القرابة الباعثة على الشفقة.

ب - الشروط المختلف فيها لممارسة الحضانة

- **الإسلام:** لا خلاف بين الفقهاء على أن المرتد لا حضانة له سواء كان رجلاً أو امرأة، لأن الردة تبيح دمه، فلا ولاية له على غيره، أما إذا كانت المرأة كتابية ففيها رأيان:

¹ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن، ط1، (د ت ن)، ص 391.

² عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د ط)، 2008، ص 34.

³ باديس ديابي، المرجع السابق، ص 59.

الحنفية والمالكية: لا يشترطان اتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، لأن مدار الحضانة الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، ولكن تمنع الأم الحاضنة من تغذية الصغير بالمحرمات كالخمر ولحم الخنزير، وتبقى هذه الحضانة إلى أن يبدأ الطفل يعقل معنى الدين، عند ذلك تسحب الحضانة من الأم كي لا تلقن الصغير دينها.¹

أما الشافعية والحنابلة: فقد قالوا إن الإسلام شرط لثبوت الحضانة، فليس للمطلقة الذمية أن تحضن ولدها المسلم إذ لا حضانة لكافر على مسلم؛ لأن ذلك قد يلحق به ضررا كبيرا، حيث لا يؤمن أن تفتته عن دينه وتخرجه عن الإسلام.²

- الحرية: اختلف الفقهاء في اشتراط الحرية في الحاضن على ثلاثة أقوال:³

الحنفية والشافعية والحنابلة: يرون أن الحرية شرط في الحضانة لأن الحاضن لا يقدر على ممارسة الحضانة مع خدمة مولاه.

المالكية وابن حزم: يرون أن الحرية ليست شرط لأن القرآن والسنة لم يأتيا بنص في التفريق بين الحرة والأمة، فالحكم فيما لا نص فيه شرع لم يأذن به الله تعالى.

أبو حامد الإسفراييني: يرى ان الحرية ليست شرط لمن كانت أمة ولها ولد من سيدها إلى أن يبلغ المحضون سبع سنين، ثم تنتقل الحضانة للسيد.

2 - شروط استحقاق الحضانة عند المشرع الجزائري

رجوعا إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع لم يفرد مادة بعينها للحديث عن شروط الحضانة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى ذلك فقط، كما في الفقرة الثانية من المادة 62: "ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وكذلك ما جاء في المادة 66 بأنه: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

¹ ابن عابدين، المرجع السابق، ص 253.

² عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 33.

³ فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، العدد 1، 2018، م 4، ص 166.

فقانون الأسرة الجزائري جمع شروط الحضانة في عبارة واحدة هي: الأهلية، وأغفل ذكر الأوصاف المتعلقة بها، مما يستلزم الرجوع إلى الشروط التي ذكرها الفقهاء وهي: البلوغ والعقل، والقدرة على صيانة الولد صحة وخلقا، إلى غيرها من الشروط.¹

الفرع الثاني: مظاهر تعسف الزوج - أو الولي - في استعمال حق الحضانة والولاية

إن الحضانة حق من حقوق المحضون، وأمانة سامية في يد الحاضن المكلف بها والمحضون له على حد سواء، لهذا يجب أن يكون هذا الحق وسيلة لتحقيق المصالح لا المفاصد فإذا حيد به عن نهجه يصبح مصدر ضرر للآخرين سواء تعلق الأمر بالمحضون نفسه أو بغيره، وفي هذا الفرع سنحاول التركيز على تعسف الزوج - أو الولي - في حق الحضانة والولاية، وذلك من خلال بيان صور التعسف الآتية:

أولاً: التعسف في استعمال حق الحضانة والولاية ضد المحضون نفسه

1 - العنف والإساءة وإهمال المحضون

ينبغي على الحاضن أن يولى المحضون اهتماماً وعناية بالغة، ونعني به تمام الرعاية الجسدية التي تضمن له النشأة الصحية السليمة، التي ينمو خلالها وسط جو من العناية والاهتمام، محمياً من الأمراض والعلل الجسمية والنفسية التي قد تصيبه.

ويكون التعسف في حق المحضون في الرعاية والتربية والاهتمام من خلال قيام الحاضن عمداً بقصد الإضرار بولي الأمر أو الأم أو المحضون بإهمال المحضون وسوء العناية به،² أو استعمال العنف معه بشتى أنواعه استغلاله لأغراض الحاضن الشخصية، بل قد يعلمه الحاضن ما يفسده من الأفعال والأخلاق المشينة والمحرمة كالسرقة والتسول ونحوها رغبة في تشويه صورته أو صورة أحد والديه، أو أن يستخدم هذا الحق في رسم صورة سيئة لأحد الوالدين في ذهن المحضون. فهذه كلها استخدامات لحق الحضانة بصورة متعسفة يمنعها الشرع والقانون لتسببها في إهمال المحضون وإضراره.

¹ المرجع نفسه، ص 167.

² سناء عماري - عبد الرؤوف دبابش، المرجع السابق، ص 177.

2 - التعسف في نفقة المحضون

إذا ما توفر العنصر المادي للمحضون من مأكّل وملبس ومسكن، وغير ذلك مما يحتاجه؛ فإن هذا يجعل المحضون يحس براحة تساهم في إحياء معنوياته المتمثلة في الشعور بالحماية والأمن؛ ومن هنا فإن أهم النقاط التي تثار في تحديد المصلحة المادية للمحضون والمتمثلة في نفقة المحضون وحقه في السكن.¹

أ - ويظهر التعسف في نفقة المحضون من قبل المنفق على ولده مثلاً بأن يقصد إلحاق الضرر بالحاضنة فيطلب منها أن تأتي بولدها ليأكل عنده وهو يشير إلى ما ذكره علماء المالكية: "وليس لأب المحضون أن يقول لها: ابعثيه ليأكل عندي ثم يعود لك، لما فيه من ضرر بالطفل والإخلال بصيانتها والضرر على الحاضنة للمشقة".

فيكون هذا تعسفاً، إلا أن يظهر عدم التعسف في طلب المنفق كأن يكون طعام الأولاد عنده لفقره أو غير ذلك، فعندها يجب إلى طلبه.

أو يتعسف المنفق فيطلب من الحاضنة أن تأتي هي لتستلم النفقة ولا يذهب هو ليسلمها.²

ب - أما في قانون الجزائري فجرّمة الامتناع عن تقديم النفقة المقررة قانوناً لصالح الأولاد أو الأصول تمثل شكلاً من أشكال التعسف، وجرّمة من الجرائم التي تتعلق بالتخلي عن الالتزامات والسلطة الأبوية أو القرابة وهي التي ورد النص عليها في المادة 75 من قانون الأسرة³ والتي توجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال،⁴ وكما أن المادة 331 من قانون العقوبات التي نصت عندما يصبح الامتناع عن تسديد هذه النفقة يشكل جريمة في إطارها القانوني السليم والمكونة من عناصر وشروط يجب توفرها لإقامة الدعوى العامة بشأنها يتطلب منا أن نتحدث عن العناصر المكونة لهذه

¹ عائشة بوتريبات، نجاه بوجمعة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2014، ص 42.

² حفصية دونه، المرجع السابق، ص 236.

³ المادة 75 ق أ ج: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لأفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

⁴ سناء عماري - عبد الرؤوف دبابش، المرجع السابق، ص 177.

الجريمة وهي: ¹

1- وجود سند قضائي يقضي بأداء النفقة للمحزون.

2- أن يكون السند القضائي قابلاً للتنفيذ.

3- القيام بإجراءات التنفيذ.

4- أن يتمتع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قضاء لمحزونه لمدة تفوق الشهرين.

3 - المماطلة في القيام بحق الكفالة وما يتصل به

يتعنّت بعض الآباء في استعمال حق الولاية، فيعطلون مصالح المحزون، فتشتكي المطلقات من امتناع الآباء عن إصدار هوية للمحزون، أو تقديم أوراقه لإلحاقه بالتعليم، ويتضرر الطفل من جراء تصفية حسابات قديمة بين الرجل وطليقته.

ومما يحتاج دراسات موضحة من الفقهاء المعاصرين هو تحديد اختصاصات الولاية، وهل حق الأب في الولاية الشرعية يقتصر على الإقرار بالنسب، وولاية التزويج، والنظر في مال الصغير، بما معه يمكن القول: إن عدم إنكار الولد بعد مضي المدة على ولادته أو إصدار الأب شهادة الميلاد يوم ولادة الطفل دليل على ثبوت بُنُوته، وبالتالي يكون استكمال الأوراق الثبوتية للمحزون بعد إقراره بنسبه حقا محضا للمحزون، ويكون الامتناع عن القيام بالواجب إذا تضرر به المحزون تعسفاً، وعلى القاضي أن يجبره أو أن ينيب عنه غيره على السواء.²

4 - امتناع الولي عن زيارة المحزون

غالبا ما يتمتع المحزون له من ممارسة حق الزيارة، بعدم الالتزام بمواعيدها أو بقطع كل صلة بالمحزون، وهو ما يولد لدى الطفل عقد نفسية مستمرة المدى، ويبرر الأولياء هذا التصرف تحت الرغبة في نسيان تجربة زواج فاشل يتحمل مسؤوليته الأبناء بالإضافة إلى التوتر الشديد بين المطلقين مما يجعل مواعيد الزيارة مناسبة لتبادل الشتائم مما يجعل الطفل رهينة للصراعات بين

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، ط7، 2007، ج1، ص 160.

² إيمان محمد علي عزّام، التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ، ص 41.

أبويه،¹ فيكون الولي بذلك متعسفا بسبب الضرر الذي يتركه في نفسية الطفل ومشاعره مما يؤثر عليه سلبا في المستقبل.

ثانيا: التعسف في استعمال حق الحضانة والولاية تجاه غير المحضون

1 - تعسف الولي في رضاع المحضون وأجرته

الرضاع حق للأم ولو بعد انحلال عقد الزوجية، فلا يحل للزوج أن يستغل ولايته لمضارة الأم، ومنعها من إرضاع ولدها إن رغبت في ذلك تطوعاً، أو أرادت ذلك بأجرة المثل، وكان الصغير متعلقاً بها، وأراد أبوه دفعه لمرضعة بأجر المثل، فيجب عليه في هذه الحالة أن يسمح لها برضاع ولدها مع استحقاقها أجرة مثلها.²

وليس للأب أن يأخذ الولد منها لأن حق الحضانة لها، فلا يملك الأب إبطال حقها، وإن أخذته الأم بمثل ذلك فهي أحق به؛ لأنها أشفق على الولد من الظئر ولبنها أوفق له، والأب في هذا الموضوع قاصد إلى الإضرار والتعنت حين رضي بدفع مقدار إلى الظئر، ولا يرضى بدفع مثل ذلك إلى الأم.³

وقال ابن قدامة في المغني: "أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها، فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد.

وإن وجد متبرعة أو من ترضعه بدون أجر المثل؛ له انتزاعه منها في ظاهر المذهب، أنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها".⁴

فالراجح عند الفقهاء أن الأم إن طلقت سواء كانت بائناً، أو رجعية، لها الحق في إرضاع ابنها إن رغبت في ذلك، وأرادها الطفل، ولها طلب أجرة المثل على الرضاع، ولا يحل للولي منعها من حقها، ومضارتها فيه، وإن طلبت عليه أجرة، وإلا كان متعسفا في استعمال حق الولاية.⁵

¹ سناء عماري - عبد الرؤوف دباش، المرجع السابق، ص 179.

² علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 655.

³ الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ج4، ص 41.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، ص 200/8.

⁵ علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 655.

2 - تعسف الولي في إجبار الحاضنة الأم على التنازل عن الحضانة

إن حضانة الأم لولدها قد تكون واجبة عليها بالاتفاق، وذلك في حال كان الولد سيتعرض للخطر فيما لو تركت رضاعته وحضانتها، وفي غير تلك الحال فإنه يجوز لها أن تتنازل عن حق الحضانة والتربية فيكون لمن بعدها.¹

وقد يستخدم الولي حقه في الولاية على الصغير، بأن يضغط على الحاضنة الأم بأي وسيلة من وسائل الإكراه بأن يهددها ويخوفها، أو أن يحرمها من نفقتها بقصد التضييق عليها وإجبارها على التنازل عن حقها في الحضانة، فيكون الولي في هذه الصورة قد تعسف في استعمال حقه من خلال أنه أضر بالحاضنة لأنها لها الحق في حضانة صغيرها.²

3 - التعسف في زيارة ورؤية المحضون

أ - مماثلة الحاضن في تنفيذ حق زيارة ورؤية المحضون

قد يقوم صاحب الحق في الحضانة بالمماثلة في تنفيذ حق الرؤية للقريب غير الحاضن بموجب أنه صاحب الحق في الحضانة، تحت أي ذريعة كونه صاحب الحق في حفظ المحضون، أو أن يقوم الحاضن بتغيير محل إقامته للمماثلة في تنفيذ حق الرؤية أو للتعتن والرغبة في التشفي والانتقام من الطرف الآخر إضراراً به، وهذا يعد من التعسف في استعمال الحق لأنه يعود بالضرر على القريب غير الحاضن، من خلال أنه يحرم من رؤية أبنائه، أو يراهم في فترات متباعدة مما يورث الجفاء والتباعد والتعود على قطيعة الرحم بين الأبناء وآباءهم غير الحاضنين وهذا أمر غير مقبول شرعاً ولا عرفاً.³ فتمكين المحضون له من رؤية المحضون يشكل أهم المسائل التي تطرح إمكانية تعسف الحاضن في منع المحضون له من زيارة المحضون ورؤيته.⁴

¹ حفصية دونة، المرجع السابق، ص 229.

² سناء عماري - عبد الرؤوف دبابش، المرجع السابق، ص 179.

³ المرجع نفسه، ص 178-179.

⁴ فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 172.

ب - عدم إرجاع المحضون لحاضنته

تكتسي مسألة الحضانة والزيارة صعوبات على مستوى التنفيذ لأنها من قبيل التنفيذ على الذات، وتتعلق هذه الصعوبات بالبعد العاطفي والنفسي الذي يتداخل مع البعد القانوني الذي يؤدي إلى عدم احترام القرارات القضائية وافتعال الأعذار لعدم تنفيذها ومثال ذلك تعسف المحضون له في إرجاع المحضون لحاضنته تحت حجة رغبة المحضون في البقاء مع وليه غير الحاضن،¹ فهذا يعد من التعسف في استعمال حق الزيارة والرؤية من ولي المحضون.

ج - إطالة الزيارة لدى المحضون

وهو ما أشار إليه علماء الشافعية والحنابلة، ومنه قول ابن قدامة: "ولا يطيل، ولا يتبسّط لأن الفرقة بينهما تمنع تبسط أحدهما في منزل الآخر".
وأيضاً لا يستعمل حق الزيارة تعسفاً لإفساد المحضون على حاضنته، ومحاولة إيقاع الفتنة بينهما بكلام أو أفعال تولد الكره والبغضاء بين الطرفين.²

4 - السفر والانتقال بالمحضون من بلد الحضانة

يتلقى المحضون ما يلزمه من احتياجات مادية ومعنوية تحت سقف بيت تمارس فيه الحضانة، وي طرح الإشكال فيما إذا أراد الحاضن السفر أو الاستيطان في مكان آخر غير البلد الذي بدأت فيه الحضانة قد يكون بعيداً عن المحضون له أو أقاربه، وهذا من أهم المسائل التي تطرح بشأنها إمكانية التعسف في استعمال حق الحضانة،³ وسنتعرض لهذه المسألة شرعاً وقانوناً كالآتي:

أ - السفر بالمحضون عند فقهاء الشريعة الإسلامية

للولي الحق في الإذن بسفر ولده، فلا تسافر الأم بالصغير وإن كانت حاضنة له إلا بإذن وليه، لينظر وجه المصلحة في سفره من عدمها، ولكن إن استخدم الولي حق ولايته على الصغير تعسفاً، بأن منع الأم من السفر به مع حاجتها لذلك دون داع للمنع، مع أمن الطريق، وتيسر أمره،

¹ سناء عماري، عبد الرؤوف دبابش، المرجع السابق، ص 179.

² حفصية دونة، المرجع السابق، ص 231.

³ فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 167.

وحاجة الصغير للبقاء مع أمه، ففي هذا تعسف في استعمال الحق، كما أن الأم قد تتعسف في استعمال حقها في الحضانة إذا كان سفرها وانتقالها بالمحضون لا حاجة إنما لمجرد الإضرار بوليّه.

وقد اختلف الفقهاء في حكم الانتقال بالمحضون من بلد الحضانة كالاتي:

الحنفية: ذهبوا إلى أن الأم إذا أرادت الانتقال بالمحضون، فإن كان البلد الذي تريد السفر إليه هو أصل النكاح فهي أحق به، وإن كان بلداً آخر فالأب أحق به.¹ وأما الأب إذا كان حاضناً فليس له إخراج الولد من بلد أمه حيث كان لها حق في الحضانة، وليس له أن يخرجها بغير رضا أمه إذا كان صغيراً وقبل استغنائها عنها، لما فيه من ضرر بالأم في إبطال حقها في الحضانة، أما إذا سقطت حضانة الأم بالزواج مثلاً، جاز للأب الانتقال بالمحضون إلى أن يعود حق الأم بالحضانة.²

المالكية: ذهبوا إلى أنه إذا سافر أحدهما - أي الحاضن والمحضون له - إلى بلد آخر بمسافة تقدر بما يزيد عن ستة برود، وهو ما يعادل تقريباً 133 كلم بقصد الإقامة، فإذا سافر الولي سواء كان الأب أو من يقوم مقامه بقصد الإقامة مسافة تبعد عن بلد الحضانة بستة برود فأكثر، له أخذ الولد من الحاضنة بشرط أمن الطريق وأمن المكان المقصود، ويسقط حق الحاضنة في الحضانة إلا إذا سافرت معه،³ أما الأم إذا أرادت السفر بالمحضون، وابوه مقيم، فالمقيم أحق بحضانتها، لأن في السفر إضراراً بالصغير.⁴

الشافعية والحنابلة: فرقوا بين السفر لحاجة والسفر لنقل المحضون، فإذا أراد الولي السفر لحاجة كان المحضون مع المقيم حتى يعود المسافر إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة، وذلك لما في السفر من خطورة على المحضون، أما إذا كان السفر للنقل فالأب أولى بحضانة الصغير، بشرط وجود الأمن في الطريق وأمن البلد المقصود، فإن لم يكن هناك أمن بقي الصغير في حضانة أمه.⁵ إن اختلف الفقهاء في الأحق بالحضانة في حال سفر أحد الأبوين قائم على نظر مصلحي بحت،

¹ علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 657.

² الكاساني، المرجع السابق، ص 45/4.

³ وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ط)، 1987، ص 793.

⁴ علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 657.

⁵ فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 169.

تراعى فيه ملاسبات كل حادثة على حدى، ولا يترك رأي من آراء الفقهاء السابقة، بل قد يحتاج إليها كلها في البلد الواحد ومن القاضي الواحد، حيث يُقدّر المصلحة والأنسب لرعاية المحضون.¹

أما الآن وقد تسهلت الطرق، وكان سفر الزوجة لقضاء حاجة لفترة وجيزة، والصغير في حضانتها لا يستغني عنها، فإن إعطاء الولي في هذه الحالة كامل الحق في منع الأم من السفر بالصغير فيه تعسف في استعمال الحق، فالولي قد يرى أن ذلك حق من حقوقه، ولكن باعثة من استعمال حقه غير مشروع كقصد التفريق بين الأم وولدها ومضاررتها، فلا يمكّن من حقه في هذه الحالة؛ لأن الضرر الذي يترتب على المنع أحياناً يفوق الضرر المترتب على السفر بالمحضون خاصة مع تغير الظروف، مع وجوب مراعاة النظر في وجه المصلحة للمحضون لمنع الضرر عنه.²

ب - السفر بالمحضون في القانون الجزائري

جاء في نص المادة 69 من قانون الأسرة: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون."

فبيّن المشرع أن الحاضن إذا أراد أن يستوطن في بلد أجنبي خارج الجزائر يسقط حقه في الحضانة، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب بقاءه مع حاضنه، أما إذا انتقل المحضون من منطقة إلى منطقة داخل الوطن فلا مجال للحديث عن سقوط الحضانة.³

ونلاحظ من نص المادة أن المشرع لم يتكلم عن حالة السفر بالمحضون داخل التراب الوطني.

وهذا القصور في التشريع الجزائري كان ينبغي سده، وأقصى ما يمكن قوله ان هذا السكوت يدعونا إلى تأويلين، الأول يدعونا إلى القول إن المشرع بسكوته، قد ترك أمر حلها للقضاء، ومن ثم منح له الحرية الكاملة في تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، واتخاذ ما يراه مناسباً وفي مصلحة المحضون، وأما الثاني فيعتبر أن المسألة مفروغ منها لا تتطلب إسقاط الحضانة عن صاحبها ما

¹ فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 169.

² علي عبد الله العون، المرجع السابق، ص 657.

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 142.

دامت تمارس داخل القطر الجزائري.¹

وبرجعنا إلى القضاء الجزائري، نجده قدم تفسيراً لعبارة " البلد الأجنبي " بأنه البلد غير المسلم، كما جاء في قرار المجلس الأعلى: " من المقرر قضاءً في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة..".²

إضافة إلى القرار الذي جاء فيه: " تسقط الحضانة بسبب بعد المسافة في حالة إقامة الأم في بلد أجنبي وإقامة الولد في الجزائر ".³

فيفهم أن الإقامة في بلد مسلم لا يعد مسقطاً للحضانة، فضلاً عن أن المادة 62 في فقرتها الأولى ذات صلة وثيقة بالمادة 69 من ذات القانون، بمعنى أن هذه الأخيرة لا شك أن من أهداف تقنينها هو تأكيد للأولى المذكورة أي الحرص على تربية الطفل على دين أبه، وعليه فالرقابة التي لا يريد المشرع أن يفلت منها الولد هي تلك المنصبة على دين المحضون لا محالة.⁴

¹ فاطمة حداد، المرجع السابق، ص 170.

² المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، م ق، 1990، العدد 4، ص 74.

³ م ع، غ أ ش، ملف رقم 273526، بتاريخ 2001/12/26، م ق، 2004، العدد 1، ص 264.

⁴ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغربية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2004-2005، ص 573.

الخلاصة

الخاتمة:

في ختام هذا العمل المتواضع الذي تناولت فيه إلى إحدى النظريات المهمة في العصر الحديث وهي نظرية التعسف في استعمال الحق، وآثارها على بعض قضايا الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، وتحديدًا من أجل الوقوف على مظاهر تعسف الزوج في استعمال حقوقه الزوجية في بداية العلاقة الزوجية وأثنائها، وعند فك الرابطة الزوجية وبعد انحلالها، ومعرفة كيفية معالجة المشرع الجزائري لهذا الموضوع ومدى توفيقه في ذلك، حيث لمست أصالة هذه النظرية في الشريعة الإسلامية من خلال استقراء نصوصها وقواعدها العامة، واجتهادات الصحابة وآراء الفقهاء المختلفة وإن لم يصطلحوا عليها بما هو معروف عندنا اليوم، كحال أغلب العلوم التي كانت عند المتقدمين كالأصول والمقاصد وغيرها.

حيث كان لهذه النظرية تطبيق واسع في مجال الزواج وانحلاله لما ينطوي عليه من حقوق والتزامات من الطرفين في كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، من أجل ضمان الاستخدام الأمثل لهذه الحقوق وعدم مناقضة الوظيفة الاجتماعية التي قصدها الشارع من خلالها، وذلك بتقييد الحقوق بغاياتها ومقاصدها وعدم إطلاقها بما يفتح المجال للتعسف في استعمالها.

وقد حاولت في هذا البحث التطرق إلى أبرز مظاهر تعسف الزوج في استعمال الحق في جميع مراحل الحياة الزوجية، وفي بدايتها، وانحلالها وما يترتب عليه، من خلال تطبيق معايير التعسف على ممارسات الزوج لهذ الحقوق، والتي لها ضوابط في استعمالها بأن تكون مشروعة وألا يقصد منها الإضرار بزوجته، وأن يرمي إلى تحقيق مصلحة مشروعة تربو على الضرر الذي قد يصيب زوجته، وألا يتجاوز الحد المعقول في استعمال هذه الحقوق.

النتائج:

ومن خلال دراستي لهذا الموضوع توصلت إلى جملة من النتائج أبرزها ما يلي:

- أقرت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للخطيبين حق العدول عن الخطبة، مع منح المشرع الجزائري للقاضي صلاحية الحكم بالتعويض عن الأضرار المعنوية على الطرف العادل في حال تبين تعسفه على الطرف المعدول عنه بالتغريب به، وهذا ما يبينه نصه على جواز الحكم بالتعويض عن الأضرار بدل الإلزام به.

- يحق للطرفين الاشتراط في عقد الزواج شرعا وقانونا شروطا لا تنافي مستلزمات هذا العقد، وذكر المشرع الجزائري كذلك الاشتراط في أي عقد رسمي لاحق بالزواج، وركز المشرع على شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة فنص عليها صراحة؛ لأن أكثر تعسفات الزوج في مخالفة الشروط الاتفاقية تكون في هذين الشرطين.

- جعلت الشريعة الإسلامية للزوج حق الطاعة على زوجته في المعروف، وتأديبها في حال نشوزها على أن يسلك السبل الشرعية في ذلك من المبالغة في الوعظ ثم الهجر في المضجع، فإن لم يفد ذلك ينتقل إلى الضرب غير المبرح، فإذا استعمل هذا الحق لغير مقاصده المشروعة أو لم يحترم هذه المراحل بأن أضر بالزوجة ضررا فاحشا، فإنه يكون متعسفا في استعماله حقه ويأثم لذلك، كما أنه يعرض نفسه للمسؤولية المدنية والجزائية، فضلا عن حق الزوجة في التطلق للضرر.

- إن حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين واستمتاع كل منهما بالآخر هو من أكد الحقوق التي تترتب على عقد الزواج وهو سبب استحقاق الزوجة للمهر، فلا ينبغي للزوج أن يتعسف في استعمال هذا الحق سواء سلبا أم إيجابا، بمعنى أنه لا يبالغ في هذا الحق ولا يمتنع عنه كذلك لتعلق حق زوجته به.

- حافظ المشرع الجزائري على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة كما قررت له الشريعة الإسلامية لأن بيده العصمة الزوجية، إلا أنه اعتبر طلاقه تعسفيا وبدون مبرر مشروع لأنه لا يعتد إلا بالأسباب الظاهرة وهذا ما يشكل حرجا للزوج أحيانا في الطلاق فقد يكون له مبررات يؤثر سترها.

- المشرع الجزائري لم يوفق في مواكبة أحكام الشريعة، بل إننا نلمس معارضته لها في كثير من القضايا وخاصة المتعلقة بالطلاق خارج المحكمة وحساب العدة والتفريق بين الطلاق البائن والرجعي، وجميع المسائل التي لها علاقة بالمدة الزمنية.

- التذبذب الحاصل في بعض القرارات القضائية الخاصة بمسائل الطلاق والذي يصل إلى حد التناقض التام وخاصة في مسألة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.
- حاول المشرع الجزائري والاجتهاد القضائي إعطاء الزوجة المتعسف ضدها بعض الحلول لدفع هذا التعسف عن نفسها كحقها في طلب التطلق، وحقها في التعويض، إلا أنها تبقى غير مجدية من الناحية العملية لتعلق التعسف بالكثير من الأمور النفسية.
- أعطى المشرع الأولوية القصوى للمحزون مراعاة لمصالحه من خلال منعه التعسف في استعمال حق الحضانة على الطرفين بإقراره مجموعة من الحقوق تصب جميعها في مصلحة المحزون مع التهديد بإسقاط الحضانة عن الحاضن في حال إهماله.
- إن المشرع الجزائري رغم الخطوات الكبيرة التي قطعها في الحفاظ على الحقوق ومنع الضرر، ما يزال قاصرا عن إيجاد الحلول العملية الفعالة للقضاء على التعسف في مجال العلاقات الأسرية مقارنة بالفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه الذي يتميز بالمقاصدية والمرونة في معالجة هذه القضايا مما يؤكد صلاحيته لكل زمان ومكان.

التوصيات والمقترحات:

- بناء على ما سبق من دراسة هذا الموضوع ونتائجه، نوصي بما يلي:
- مراجعة قانون الأسرة الجزائري مراجعة شاملة بالاعتماد على المختصين في جميع المجالات التي لها تعلق به، وإعادة صياغته على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية الغراء وما استجد من القضايا والظروف، مع إعطاء سلطة أكبر لقاضي الأسرة للنظر والحكم في القضايا المعروضة عليه، نظرا لخصوصية الأسرة وعلاقتها بأمور نفسية واجتماعية يتعذر تقنينها.
- في أحيان كثيرة يكون سبب تعسف الزوج إنما هو رد فعل منه على تعسف زوجته لإظهار قوامته والحفاظ عليها وعدم انفلات الأمور من يديه، ولهذا فإنه ينبغي على المشرع الجزائري أن يراعي هذا الأمر عند سنه لقوانين تضيق على الزوج في حقوقه وتقدح في قوامته على زوجته التي خصه الله بها، فيتعين على المشرع تعديلها، لا أن يتعسف على الزوج ويمنعه حقوقه ويسلبه إرادته بحجة حماية الزوجة ومنعه من التعسف، فإن هذا يؤدي إلى نتائج عكسية.

- على المشرع الجزائري إدراج مواد خاصة تنص على منع التعسف وتبين حالاته ومعاييرها ضمن التقنين الأسري في شتى مواضيعه، بمواد مرنة تمنح فيها سلطة تقديرية واسعة لقاضي الموضوع.
- التركيز على الجانب الديني والأخلاقي عند اختيار الزوج؛ لأن التعسف له تعلق بالنية السيئة والقصد غير المشروع في أغلب حالاته، ولا يضبط هذا إلا ديانة الزوجين والتزامهما وتجاوز كل منها عن الآخر، فينبغي العمل على تنمية الوازع الديني والأخلاقي لدى الأزواج والمقبلين على هذا الميثاق الغليظ بشتى الآليات والوسائل من إقامة الدروس والدورات التأهيلية الخاصة بالزواج.
- قبل الحكم على الزوج بالتعسف في استعمال الحق، ينبغي على القضاة مراعاة المبررات الشرعية الكثيرة لهذا الاستعمال حتى النفسية منها، والتي تختلف باختلاف وجهات النظر إليها، كما أن هنالك أمور لا ينبغي التصريح بها لما قد تسببه من المساس بكرامة أحد الطرفين أو شرفه، فينبغي عدم تقييد حريات الأفراد في التمتع بحقوقهم بحجة منع التعسف.
- على المشرع الجزائري مراعاة أحكام العدة الشرعية، عند تقنين بعض المواد في المواضيع التي لها تعلق بالمدة الزمنية، وكذلك في إجراءات التقاضي وأجال الاستئناف والطعن، والفصل في المنازعات القضائية.
- الحرص على التكوين الشرعي الجيد لقضاة الأسرة على وفق مقاصد الشريعة الإسلامية العامة والخاصة.
- وفي الأخير أقترح إنجاز بحث آخر يتكلم عن تعسف الزوجة في استعمالها للحق حتى تكتمل الصورة.

فهارس البحث

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

القرآن الكريم وتفسيره

- 1 - القرآن الكريم، رواية ورش عن نافع، مصحف المدينة المنورة للنسخ الحاسوبي، مجمع الملك فهد بن عبد العزيز لطباعة المصحف الشريف، النسخة الخامسة.
- 2 - عماد الدين أبو الفداء: إسماعيل بن علي بن محمود الأيوبي (ت:732هـ)، مختصر تفسير ابن كثير، تحقيق محمد علي الصابوني، دار القرآن الكريم، بيروت، (د ط)، 1981.

كتب الأحاديث النبوية وشروحيها

- 1 - ابن حجر: إسماعيل بن علي بن محمود الأيوبي (ت:732هـ)، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، تحقيق: محب الدين الخطيب، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، (د ط)، (د ت ن).
- 2 - ابن ماجه: أبو عبد الله محمد بن يزيد الربيعي القزويني (ت:273هـ)، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 3 - أبو داود: سليمان بن الأشعث بن شداد السجستاني (ت:275هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 4 - أبو الوليد الباجي: سليمان بن خلف بن سعد التجيبي (ت:474هـ)، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1999.
- 5 - أحمد: أبو عبد الله أحمد بن حنبل الذهلي الشيباني (ت:241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.
- 6 - البخاري: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم (ت:256هـ)، صحيح البخاري، دار الفكر، لبنان، (د ط)، 2006.
- 7 - الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَورة (ت:279هـ)، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط2، 1975.

- 8 - عبد الرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن الهمام بن نافع الصنعاني (ت:211هـ)، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمان الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1993.
- 9 - مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي (ت:179هـ)، الموطأ، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2002.
- 10 - محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، المكتب الإسلامي، (د ب ن)، ط3، 1988.
- 11 - النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي (ت:303هـ)، السنن الكبرى للنسائي، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2001.

معاجم اللغة العربية

- 1 - ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري (ت:711هـ)، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، (د ط)، (د ت ن) .
- 2 - الفيروز آبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب بن محمد (ت:817هـ)، القاموس المحيط، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1424هـ - 2003م.
- 3 - الفيومي: أبو العباس أحمد بن محمد بن علي (ت:770هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).

كتب الفقه الإسلامي

- 1 - ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (ت:728هـ)، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، المدينة المنورة، (د ط)، 1425هـ-2004م.
- 2 - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (ت:456هـ)، المحلى بالآثار، الطباعة المنيرية، مصر، (د ط)، (د ت ن).
- 3 - ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد (الحفيد) (ت:595هـ)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار القلم، بيروت، (د ط)، 1988.

- 4 - ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي (1252هـ)، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط)، 1992.
- 5 - ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت:463هـ)، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، ط2، 1400هـ-1980م.
- 6 - ابن قدامه: أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (ت:620هـ)، المغني، دار عالم الكتب، السعودية، ط3، 1997.
- 7 - ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت:970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 8 - البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي (ت:1051هـ)، كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، (د ط)، (د ت ن).
- 9 - الخطاب: محمد بن محمد بن عبد الرحمان الرعيني (ت:954هـ)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ضبطه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1999.
- 10 - الخرشي: محمد جمال الدين عبد الله بن علي المالكي (ت:1101هـ)، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 11 - الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي (ت:1201هـ)، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 12 - السيد سابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط4، 1983.
- 13 - الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني (ت:977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997.
- 14 - الشافعي: محمد بن إدريس بن العباس القرشي (ت:204هـ)، الأم، دار الوفاء، المنصورة، ط1، 2001.

- 15 - عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط6، (د ت ن).
- 16 - الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982.
- 17 - مالك بن أنس: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك (ت: 179هـ)، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1994.
- 18 - الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (ت: 450هـ)، الحاوي في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1414هـ - 1994م.
- 19 - محمد الرمفوري، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط2، 1990.
- 21 - النفراوي: شهاب الدين أحمد بن غانم بن سالم (ت: 1126هـ)، الفواكه الدواني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 22 - النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف بم مزي بن حسن (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، (د ط)، (د ت ن).
- 23 - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة، مصر، ط1، 1404هـ.
- 24 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبع في الجزائر بإذن دار الفكر (دمشق)، الحراش، (د ط)، 1991.

كتب الدراسات الفقهية والقانونية المعاصرة

- 1 - أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثره، دار الفكر العربي، مصر، (د ط)، 1971.
- 2 - أبو عبد المعز محمد علي فركوس، المعين في بيان حقوق الزوجين، دار العواصم، الجزائر، ط2، 2014.

- 3 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الجزائر، ط7، 2007.
- 4 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2010.
- 5 - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون (بحث مقارن)، دار المعارف، مصر، ط1، 1967.
- 6 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2009.
- 7 - أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق (دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقه)، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2014.
- 8 - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، 2000.
- 9 - باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2012.
- 10 - بدران أبو العينين، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، (د ط)، (د ت ن).
- 11 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2015.
- 12 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2007.
- 13 - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، (د ط)، 2007.
- 14 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.

- 15 - حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998.
- 16 - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، 2009.
- 17 - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2009.
- 18 - جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، (د ط)، 2009.
- 19 - جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2009 م .
- 20 - ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، عمان، (د ط)، 1992.
- 21 - رسمية عبد الفتاح الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، عمان، ط1، 2010.
- 22 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، (د ت ن) .
- 23 - زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قارة يونس، بنغازي، ط6، 1993.
- 24 - سعيد الجدار، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، ط1، 2001.
- 25 - السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 26 - السيد عمر عبد الله - محمد جامد القمحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، (د ط)، (د ت ن).

- 27 - صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الورق للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2005.
- 28 - عبد الإله أحمد هاللي، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، (ط د)، 2002.
- 29 - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 1996.
- 30 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011.
- 31 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.
- 32 - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، ط2، 2009.
- 33 - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط4، 1985.
- 34 - عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، الحضانة وأثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، (د ط)، 2008.
- 35 - عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، (د ط)، 1987 م .
- 36 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم، الكويت، ط2، 1910.
- 37 - عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

- 38 - العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري)، دار كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013.
- 39 - غسان عشا، الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام الأحكام الفقهية وتبريرات الكتاب المسلمين المعاصرين، دار الساقى، بيروت، 2004.
- 40 - فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 2008.
- 41 - فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، دار قتيبة، بيروت، (د ط)، (د ت ن).
- 42 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988.
- 43 - كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة والنشر والتوزيع، تونس، 1983.
- 44 - محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، روية، الجزائر، (د ط)، 2012.
- 45 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1957م.
- 46 - محمد التومي، نظام الأسرة في الإسلام، شركة الشهاب، الجزائر، (د ط)، (د ت ن).
- 47 - محمد حسن أبو يحيى، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، 2011.
- 48 - محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية)، الدار العلمية الدولية للنشر، الأردن، ط1، (د ت ن).
- 49 - محمد عقلة الإبراهيم، نظام الأسرة في الإسلام، مكتبة الرسالة الحديثة، ط1، 1410 هـ.
- 50 - محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2010.

- 51 - محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، منشأة المعارف، مصر، (د ط)، 1998.
- 52 - محمد كمال الدين إمام، الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، (د ط)، 1997.
- 53 - 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، (د ط)، 2003.
- 54 - محمد محدة، الخطبة والزواج، دار الشهاب، ط2، 2000.
- 55 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط2، 1427هـ - 2007م.
- 56 - ناجي بلقاسم علالي، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة، الجزائر، (د ط)، 2013.
- 57 - نور الدين بولحية، آثار حل عصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، (د ط)، (د ت ن).
- 58 - نور الدين عتر، أبغض الحلال، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط4، 1985.
- 59 - وهبة الزحيلي، جهود تقنين الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ط)، 1987.
- 60 - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط4، 2009.
- 61 - يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، دار المعرفة، الدار البيضاء، (د ط)، 1985.

ثانيا: المقالات

- 1 - إيمان محمد علي عزّام، التعسف في استعمال حق الحضانة ومستجدات العصر، ندوة أثر متغيرات العصر في أحكام الحضانة، المجمع الفقهي الإسلامي بالتعاون مع كلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1436هـ.
- 2 - أيمن مصطفى الدباغ، (التعسف في الطلاق حقيقته، معاييرها، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية، فلسطين، المجلد 18، العدد 01، 2014.
- 3 - تبوب فاطمة الزهراء، التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، (د ت ن).
- 4 - حداد فاطمة - حجاب ياسين، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، (د ت ن).
- 5 - خليل عمرو، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
- 6 - داليا قدرى أحمد عبد العزيز - رحاب مصطفى كامل السيد، موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من إكراه الزوج زوجته على الوطاء (دراسة مقارنة)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، (د م ن)، العدد 67، ديسمبر 2018.
- 7 - سميرة براوي - سعاد يحيوي، المسؤولية المدنية والجزائية للزوج المتعسف في استعمال حق التأديب (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 13، العدد 2، 2022.
- 8 - سناء عماري - عبد الرؤوف دبابش، التعسف في استعمال حق الحضانة في ظل قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، 2019، م 10.

- 9 - شبلي أحمد عيسى عبيدات - يوسف عبد الله الشريفين، تعسف الزوج في حق زوجته وأثره على استقرار الأسرة المسلمة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 42، صفر 2017.
- 10 - شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي بأفلو.
- 11 - صبري عورة، الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد، جامعة فلسطين، 2009.
- 12 - عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، جوان 2017.
- 13 - عز الدين عبد الدائم، صيغ انعقاد الرجعة في الطلاق بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد 12، الجزائر، 2017.
- 14 - علي عبد الله العون، التعسف في الطلاق والحقوق المترتبة عليه والتدابير المتبعة للحد منه (مسائل فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية)، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، كلية الشريعة، العدد 02، 2016، المجلد 43.
- 15 - عمر علاوة، تعدد الزوجات بين الحق والرخصة في التشريعات الأسرية المغربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2015.
- 16 - فاطمة حداد، التعسف في استعمال حق الحضانة فقها وقانونا، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، جامعة الوادي، العدد 1، 2018، م 4.
- 17 - محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مجلة منار الإسلام، العدد 05، 1982.
- 18 - محمد عبد الملك، استعمال حق تأديب الزوجة، مجلة الأمن العام، عدد 43، 1968.

19 - محمد عطاش عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح للبحوث التربوية والنفسية، العدد 22، 2005.

ثالثاً: البحوث الأكاديمية

- 1 - أقرفة زبيدة، قانون الأسرة بين التأييد والتنديد، دراسة تحليلية لبعض مواده، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1999.
- 2 - إيمان يونس الأسطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2013.
- 3 - بانوح كريمة - بوشنتوف ظريفة، الطلاق التعسفي وسلطة القاضي في تقديره، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.
- 4 - بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون جامعة الجزائر-بن عكنون-، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005.
- 5 - بن عودة خويرة، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2021/2022.
- 6 - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، 2004-2005.
- 7 - حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2020-2021.

- 8 - خطاب حياة، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.
- 9 - خلفاوي لمياء - طالبي أميرة، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج وانحلاله، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، 2022/2021.
- 10 - طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة وهران (السانية)، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2013/2012.
- 11 - عائشة بوتريبات، نجاة بوجمعة، مصلحة المحضون في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2014.
- 12 - عبد الباسط بوقفة، التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة تخرج معدة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2019.
- 13 - عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007/2006.
- 14 - العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة خروبة، 2002-2001.
- 15 - علاوة بوشوشة، التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر باتنة -1، 2021/2020.
- 16 - مسعودة بودية، الطلاق التعسفي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر، جامعة المسيلة، قسم الحقوق، تخصص أحوال شخصية، 2016/2015.

17 - اليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017.

رابعاً: المحاضرات الجامعية

- 1 - عبد الفتاح حمادي، محاضرات في قانون الأسرة المقارن، أقيمت على طلبة السنة الثانية ماستر شريعة وقانون، سنة 2023، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية.
- 2 - مسعود جمادي، محاضرات في فقه الأسرة، أقيمت على طلبة السنة الثانية ليسانس شريعة، سنة 2021، جامعة المسيلة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية.

خامساً: النصوص القانونية

النصوص التشريعية

- 1 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- 2 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

النصوص القضائية

- 1 - م ع، غ أ ش، ملف رقم 34327، بتاريخ 1984/10/22، المجلة القضائية، العدد 03، 1989.
- 2 - م ع، غ أ ش، ملف رقم 39731، بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد 01، 1989.

- 3 - م ع، غ أش، ملف رقم 39731، بتاريخ 1986/01/27، المجلة القضائية، العدد 04، 1993.
- 4 - م ع، غ أش، ملف رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية، العدد 02، 1989.
- 5 - م ع، غ أش، ملف رقم 45311، بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية.
- 6 - المجلس الأعلى، غ أش، ملف رقم 52207، بتاريخ 1989/01/02، المجلة القضائية، العدد 04، 1990.
- 7 - م ع، غ أش، ملف رقم 56097، بتاريخ 1989/12/25، المجلة القضائية، العدد 4، 1991.
- 8 - م ع، غ أش، ملف رقم 23019، بتاريخ 1994/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
- 9 - م ع، غ أش، ملف رقم 223019، بتاريخ 1999/06/15، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999.
- 10 - م ع، غ أش، ملف رقم 273526، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، العدد 01، 2004.
- 11 - م ع، غ أش، ملف رقم 356997، بتاريخ 2006/07/12، المجلة القضائية، العدد 02، 2006.

سادسا : المواقع الإلكترونية

- 1 - عدنان باحارث، حق الزوجة في الاستمتاع الجنسي، موقع الدكتور عدنان باحارث للتربية الإسلامية، (<http://bahareth.org/index.php?browse=article&id=10554>)، 2006.

فهرس سور وآيات القرآن

الصفحة	رقم الآية	السورة والآية
سورة البقرة		
52	221	نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَاتُوا حَرْثَكُمْ رَبِّى سَنِيْمٌ...
92	226	..وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرِدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...
92	229	وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...
97	231	..وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا...
84، 81، 62	234	لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ...
15	235	وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً...
ب، 51		وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...
84، 81، 69	239	وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ
سورة النساء		
28، 27، 25	3	.. فَاذْكُرُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَ وَرُبُّ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ..
36، 34	34	الرِّجَالُ قَوُّمُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ...
35	34	فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا
39	34	...وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَ تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا

سورة المائدة		
21	1	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
سورة النحل		
28	90	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَنِ...
سورة الروم		
أ، 32	20	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ
سورة الطلاق		
62	1	..فَطَلَّوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...
28	6	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ...
28	7	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ..

فهرس الأحاديث النبوية

رقم الصفحة	الحديث
62	أبغض الحلال إلى الله الطلاق.
36	إذا صلت المرأة خمسةا، وصامت شهرها، وحفظت فرجها، وأطاعت زوجها...
56	إذا غشي الرجل أهله فليصدقها، فإن قضى حاجته ولم تقض حاجتها فلا يعجلها.
27	أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن.
39	ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عندكم عوان...
36	التي تطيع إذا أمر، وتسرع إذا نظر، وتحفظه في نفسها وماله.
23	إن أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج.
42 ، 28	تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولا تضرب الوجه...
28	كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت.
19	لا ضرر ولا ضرار.
37	لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.
61	مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ...
36	لو كنت أمر أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن...
52	لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها.
82	لقد عذت بمعاذ فطلقها، وأمر أسامة أو أنسا فمتعها بثلاثة أثواب.
21	المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً.
52	ملعون من أتى امرأته في دبرها.
52	من أتى حائضاً أو امرأة فيدبرها أو كاهناً فقد كفر بما أنزل على محمد.
92	النبي صلى الله عليه وسلم كان طلق حفصة ثم راجعها.
57	نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها.
56	يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل...

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	شكر وتقدير
	إهداء
	مختصرات البحث
أ- ز	مقدمة
الفصل الأول: تعسف الزوج في استعمال الحق في الخطبة والزواج	
9	المبحث الأول: تعسفات الزوج المتعلقة بسبب انعقاد الزواج.
9	المطلب الأول: تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة
10	الفرع الأول: مفهوم العدول التعسفي عن الخطبة
10	أولاً: حق الخطيبين في العدول عن الخطبة
12	ثانياً: تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على العدول عن الخطبة
14	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
14	أولاً: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للصداق والهدايا
18	ثانياً: الأضرار المادية والمعنوية المترتبة على العدول عن الخطبة
21	المطلب الثاني: تعسف الزوج المتعلق بمخالفة الشروط الاتفاقية في عقد الزواج
22	الفرع الأول: تعسف الزوج في تنفيذ بعض الشروط الاتفاقية لعقد الزواج
22	أولاً: موقف الفقه الإسلامي من الشروط الاتفاقية لعقد الزواج
23	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط
24	ثالثاً: مظاهر تعسف الزوج في تنفيذ الشروط الاتفاقية
26	الفرع الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق تعدد الزوجات
26	أولاً: تعدد الزوجات ومشروعيته
28	ثانياً: شروط تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
31	ثالثاً: مظاهر تعسف الزوج في تعدد الزوجات
34	المبحث الثاني: تعسفات الزوج في اقتضاء الحقوق الزوجية

34	المطلب الأول: تعسف الزوج في ممارسة حقه في الطاعة والتأديب
34	الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة
35	أولاً: تعريف حق الطاعة ومشروعيته
36	ثانياً: حدود حق الطاعة
37	ثالثاً: مظاهر تعسف الزوج في حق الطاعة
38	الفرع الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق التأديب
39	أولاً: مفهوم حق تأديب الزوجة وضوابطه
43	ثانياً: التأديب التعسفي للزوجة
47	المطلب الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس والاستمتاع
47	الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس
47	أولاً: تعريف حق الاحتباس ومقتضياته
48	ثانياً: صور تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس
51	الفرع الثاني: تعسف الزوج في حق المعاشرة والاستمتاع للزوجين
51	أولاً: تعسف الزوج في حق التمتع بزوجته
54	ثانياً: امتناع الزوج عن مباشرة زوجته

الفصل الثاني: تعسف الزوج في استعمال الحق في انحلال الزواج وآثاره

59	المبحث الأول: تعسفات الزوج في استعمال حق الطلاق بالإرادة المنفردة
59	المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي
59	الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي
59	أولاً: تعريف الطلاق وحكمه
62	ثانياً: معنى الطلاق التعسفي
64	الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي
64	أولاً: المعيار الذاتي للطلاق التعسفي
66	ثانياً: المعيار الموضوعي (المادي) للطلاق التعسفي
68	الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي
68	أولاً: الطلاق بدون سبب مشروع
70	ثانياً: طلاق المريض مرض الموت

75	المطلب الثاني: التعويض عن الأضرار الناتجة عن الطلاق التعسفي
76	الفرع الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي
76	أولاً: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي
78	ثانياً: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي
80	الفرع الثاني: متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
81	أولاً: تعريف متعة الطلاق ومشروعيتها
82	ثانياً: حكم متعة الطلاق بإرادة الزوج وتقديرها
85	ثالثاً: علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي
90	المبحث الثاني: تعسفات الزوج المتعلقة بآثار الطلاق
90	المطلب الأول: تعسف الزوج في استعمال الحق في مرحلة العدة
90	الفرع الأول: تعسف الزوج في استعمال حق الرجعة
91	أولاً: مفهوم الرجعة
95	ثانياً: مظهر تعسف الزوج في حق الرجعة
96	الفرع الثاني: نفقة العدة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
96	أولاً: مفهوم نفقة العدة
99	ثانياً: العلاقة بين نفقة العدة والتعويض عن الطلاق التعسفي
100	المطلب الثاني: تعسف الزوج - أو الولي - في استعمال حق الحضانة والولاية على المحضون
100	الفرع الأول: مفهوم التعسف في حق الحضانة
101	أولاً: تعريف التعسف في حق الحضانة
102	ثانياً: شروط ممارسة الحضانة
105	الفرع الثاني: مظاهر تعسف الزوج - أو الولي - في استعمال حق الحضانة والولاية
105	أولاً: التعسف في استعمال حق الحضانة والولاية ضد المحضون نفسه
108	ثانياً: التعسف في استعمال حق الحضانة والولاية تجاه غير المحضون
115	الخاتمة
120	قائمة المصادر و المراجع
135	فهرس سور وآيات القرآن الكريم

137

138

142

فهرس الأءادفء النبوة

فهرس المءءوفاء

ملءص البءء

ملخص البحث

يعالج هذا البحث موضوع: " تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بمعاييرها على ممارسة الزوج لحقوقه من بداية إنشاء عقد الزواج إلى فك الرابطة الزوجية وما يترتب عليهما من آثار، وهذا بتتبع جميع مراحل هذه العلاقة المقدسة واستجلاء مظاهر تعسف الزوج في أثنائها، مع بيان موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من ذلك.

وقد خُص هذا البحث إلى أن المشرع الجزائري قد قطع خطوات في سبيل الحفاظ على العلاقات الزوجية من التعسف إلا أنه ما يزال قاصراً عن مواكبة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الباب.

الكلمات المفتاحية: التعسف، الزوج، استعمال الحق، الزواج، الطلاق، المشرع الجزائري.

Research Abstract:

This research addresses the topic: "The husband's abuse of the right in Islamic jurisprudence and Algerian law," by applying the theory of abuse of the right according to its standards to the husband's exercise of his rights from the beginning of the establishment of the marriage contract to the dissolution of the marital bond and its consequences, and this is by tracking all the stages. This sacred relationship and clarifying the manifestations of the husband's abuse during it, while explaining the position of both Islamic jurisprudence and Algerian law on that.

This research concluded that the Algerian legislator has taken steps to protect marital relations from abuse, but it is still inadequate in keeping up with the provisions of Islamic law in this regard.

Keywords: abuse, husband, exercise of right, marriage, divorce, Algerian legislator.