جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

تعسف الزوجة في استعمال الحق – الخلع نموذجا– دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبين:
– سلمان بروبي
– حسين دولة

إشراف الأستاذ الدكتور: منير عبد ا لرحمان

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف المسيلة	رئيساً
منير عبد الرحمان	محمد بوضياف المسيلة	مشرفاً مقرّراً
	محمد بوضياف المسيلة	مناقشاً

السنة الجامعية: 2024 – 2025

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

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

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2025

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): سلمان بروني

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 203273773

الصادرة بتاريخ: 2018/08/12 عن دائرة: مقرة

المسجل(ة) بكلية: العلوم الإنسانية قسم: العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 202033051058

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: تعسف الزوجة في استعمال الحق - الخلع نموذجا - دراسة مقارنة

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2025/5/28

امضاء المعني (ة):

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

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
People's Democratic Republic of Algeria
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
Ministry of Higher Education and Scientific Research
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة
University Mohamed Boudiaf of M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
نيابة العمادة للدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة
الرقم: /2025

Faculty of Humanities and Social Sciences
Vice-Deanship of the College for Studies and Student Issues

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

انا الممضي (ة) ادناه :

السيد(ة): حسين دولة

الصفة (طالب، استاذ باحث، باحث دائم): طالب

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 202917968

الصادرة بتاريخ: 2018/05/08 عن دائرة: بوسعادة

المسجل(ة) بكلية: العلوم الانسانية قسم: العلوم الاسلامية

تخصص: شريعة وقانون تحت رقم التسجيل: 231150700 49

والمكلف بإنجاز اعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، اطروحة دكتوراه) .

عنوانها: تعسف الزوجة في استعمال الحق - الخلع نموذجا - دراسة مقارنة

اصرح بشرفي بانني التزم بالمعايير العلمية والمنهجية ومعايير الاخلاقيات المهنية والنزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه

المسيلة في: 2025/05/28

امضاء المعني (ة):

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

شكر وتقدير

بعد شكر المولى سبحانه وتعالى نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور:

منير عبد الرحمان -حفظه الله- الذي كان له الفضل بعد الله عز وجل

في أن تظهر هذه المذكرة في أفضل صورة وأجمل حلة وذلك بتوجيهاته

ونصائحه التي قدمها لنا ، كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر لجميع أساتذة قسم

الشريعة الذين رافقونا طيلة خمس سنوات تعليما وتوجيها وتربية، والشكر موصول

كذلك للطاقم الإداري المسير لقسم الشريعة، كما لا ننسى جميع زملائنا الطلبة الذين

قضينا معهم أحسن الأوقات في هذا الصرح العلمي ، فنسأل الله أن يفتح عليهم

جميعا ويسدد خطاهم ويديمهم خداما للعلم وأهله .

سلمان بروبي *** حسين دولة

إهداء

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وتتنزل البركات، والحمد لله المنعم المكرم الذي سبق عفوه غضبه وسبقت رحمته عقابه، وصلى الله وسلم على خير رسله وأشرف خلقه صلى الله عليه وسلم أما بعد:

فالحمد لله الذي وفقنا ومن علينا بإكمال هذه المذكرة التي هي ثمرة جهد واجتهاد خمس سنوات والتي لولا توفيق الله وتأييده ما تمت، فأهدي هذا العمل إلى والدي الكريمين - حفظهما الله تعالى -

وإلى زوجتي الكريمة التي كانت نعم العون والسند، ولأبنائي ولإخوتي ولأخواتي وإلى جميع الأسرة والأصدقاء.

ولا أنسى كذلك أساتذتنا ومن له فضل علينا.

إلى كل من سبق أهدي هذا الجهد المتواضع سائلا الله النفع والتوفيق والسداد.

* سلمان بروبي *

إهداء

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

إلى والدينا وأهالينا رَحِمُ الدّم.

إلى أساتذتنا الفضلاء ومن كان لنا مُعلّما ، وجميع زملائنا رفقاء الطلب والاجتهاد رَحِمُ العِلم.

إلى كلّ قارئ تقع بين يديه هذه الرّسالة.

نهديكم جميعا هذا العمل . . .

* حسين دولة *

مختصرات البحث:

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري

ق م: القانون المدني الجزائري

ط: الطبعة

ص: الصفحة

ج: الجزء

ت: تحقيق

د ب ن: دون بلد النشر

د ت ن: دون تاريخ النشر

د ط: دون طبعة

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمد عبده ورسوله أما بعد:

فقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج ورغب فيه، بل وجعله ميثاقا غليظا يربط بين الرجل والمرأة ومبناه على المودة والرحمة، وقد ندب الله كلا الطرفين إلى الاهتمام ببعضهما ورعاية شؤون بعضهما البعض، قال تعالى: ((وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ)) [سورة الروم: 21]

والأسرة هي الأساس الأول الذي يقوم عليه المجتمع، ولا يصلح هذا الأساس إلا كان مبنيا على العطاء والبذل والتعاون بين أفراده، سواء ببين الرجل وزوجته أو بين الأبناء فيما بينهم أو بين الأبناء مع والديهم.

ولأجل ذلك جاء التأكيد في الشريعة على ضرورة بناء الأسرة على أسس قوية متينة تصان فيها الحقوق وترعى فيها الواجبات.

ولا شك أن المنازعات قد تحصل بين الزوجين ولذلك قد أعطى الإسلام حلولا لجميع تلك المنازعات والخلافات، حلولا توازن بين حقوق كل منهما لحفظ ذلك الميثاق الغليظ الذي بينهما، ولأجل ذلك لم يترك الله عز وجل الأسرة للزوجين يديرانها كيفما شاءا، بل رسم لهما الطريق الذي يسران عليه مع بيان حقوق كل منهما على الآخر ومسؤوليات كل منهما، فجعل على الزوجة واجبات تؤديها إلى زوجها كما جعل للزوج واجبات يؤديها لزوجته، كل منهما يكون وفق ما شرع الله تعالى.

لكن بعض الأزواج قد يحيد عن المقصد الشرعي الذي شرعت لأجله تلك الحقوق، فيستعملها استعمالا يضر بزوجته أو يظلمها قاصدا ظلمها، أو جاهلا بما له وما عليه من الحقوق، وهذا ما يسمى بالتعسف في استعمال الحق.

وفكرة التعسف في استعمال الحق فكرة متجذرة في القدم ظهرت في القانون الروماني ومنه انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، إلا أنها لم تبرز كنظرية قائمة بذاتها بأسس ومعايير، وإنما ظهرت في بعض التطبيقات والصور فقط، إلى أن تبناها القانون الفرنسي كنظرية عامة مستقلة، ومن ثم انتشرت في قوانين باقي الدول.

وقد ظهرت هذه النظرية أيضا في الفقه الإسلامي، إلا أن الشريعة الإسلامية كانت قد سبقت التشريعات الوضعية إلى هذه النظرية، لأن من أهم المبادئ التي تقوم عليها الشريعة مبدأ العدالة، ومن أبرز القواعد الكبرى التي نظر لها الأصوليون وبنوا عليها الكثير من الأحكام قاعدة جلب المصالح ودرء المفاسد، أضف إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق لها تلازم وثيق مع الحقوق، وقد حثت الشريعة على حفظ الحقوق وعدم التعرض لها، وفي المقابل بينت الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند ممارسة الحق كيلا يؤدي ذلك الحق إلى الإضرار بالغير.

والشريعة الإسلامية تمتاز بشمول نظامها ودقة قواعدها ولا تدانيها في ذلك أي شريعة أخرى، وقد أرست دعائم فكرة التعسف في استعمال الحق وأحسنت تصويرها، والشريعة وازنت بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، إلا أن الشارع الحكيم غلب مصلحة الجماعة على الفرد، وعلى هذا فالأصل في الحق التقييد، لأن الشارع قرر للحق مصلحة اجتماعية لا فردية خالصة تأكيدا على التضامن والتكافل الاجتماعي.

وقد طور علماء المسلمين كالغزالي وابن القيم هذه النظرية وانتهوا إلى حتمية تقييد الحقوق وإلزامية استعمالها طبقا للغرض الاجتماعي والاقتصادي منها، ونظروا إلى النيات والمقاصد بدل النظر إلى الشكل والمظهر للحكم على أعمال الإنسان التي يقوم بها بموجب حق أو رخصة، وفي القرن التاسع أصبحت هذه النظرية نظرية عامة مؤسسة على ضوابط وقواعد تحكمها.

ومن بين التطبيقات لهذه النظرية تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، فالخلع شرع للزوجة لفك الرابطة الزوجية التي لم تعد تجد الزوجة فيها استقرارها وطمأنينتها وتخشى أن لا تقيم حدود الله

مع زوجها، فتلجأ إلى استعمال حقها في الخلع، لكن قد يكون استعمالها لحقها فيه اضرار بالزوج فتكون حينئذ متعسفة في استعمال حقها.

أهمية الموضوع

عقد الزواج ميثاق غليظ كما سماه الله تعالى وهو من أعظم العقود التي يبرمها الإنسان، وحل هذا الميثاق من طرف الزوجة ينبغي أن يخضع لضوابط وشروط تمنعها من مجاوزة الحد والتعسف، وهنا مكمن الأهمية في البحث.

وقد جاءت هذه الدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي من جهة وبين التشريع الوضعي من جهة أخرى، لأن الفقه الإسلامي سبق بالأخذ بهذه القاعدة وسبق في التنظير لها، وفي المقابل قد اعتمدت التشريعات الوضعية الحديثة الأخرى هذه النظرية في كثير من قوانينها، وبالتالي حصلت نقاط تلاق واختلاف بين التشريعين ويحسن بذلك بيان هذه النقاط وإبرازها.

إضافة إلى محاولة إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق بمعاييرها على الخلع للحد من هذه الظاهرة، أو رفع الضرر اللاحق بالزوج بترتيب المسؤولية على الزوجة المتعسفة في استعمال حقها.

أسباب اختيار الموضوع

تتمثل أسباب اختيارنا لهذا الموضوع في:

– رغبتنا الشخصية في دراسة المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة، لما تكتسيه من أهمية بالغة في المجتمع.

– أن الخلع مرتبط بالأسرة التي هي الخلية الأولى والدعامة الأساسية لبناء المجتمعات، وأن أي إخلال بهذا الكيان يؤدي حتما إلى اختلال المجتمع وعدم استقراره.

– فشو ظاهرة الخلع في المجتمع وأنه في كثير من الأحيان يكون لأسباب تافهة أو غير مشروعة.

– رغبتنا في معرفة المنحى الذي ذهب إليه المشرع الجزائري لمعالجة هذا الموضوع.

أهداف الدراسة

– تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع من جهة المرأة ومعرفة الحد الفاصل بين استعمالها لحقها والتعسف فيه.

– بيان صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع مع بيان موقف كل من الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

– معرفة إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في معالجة فكرة تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.

الإشكالية

يتمحور موضوع الدراسة حول الإشكال التالي:

كيف عالج المشرع الجزائري ظاهرة تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع؟ وما مدى فعاليته في مواجهة هذا التعسف مقارنة بالفقه الإسلامي؟

وتنطوي تحت هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

– متى تعتبر الزوجة متعسفة في استخدام حق الخلع؟ وعلى عاتق من يقع إثبات هذا التعسف؟

– هل يعتبر بدل الخلع تعويضا عن هذا التعسف؟

المناهج المعتمدة في البحث

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج المقارن في أغلب محاورها وذلك لمقارنة الآراء الفقهية فيما بينها، ومقارنة التشريعات القديمة مع الحديثة، وكذا مقارنة النصوص القانونية مع أحكام الفقه الإسلامي.

واستعملنا المنهج الوصفي للتعريف بجزئيات البحث وعناصره، واستعملنا كذلك المنهج الاستقرائي التحليلي بغية تتبع مختلف صور الاستعمالات التعسفية لحق الخلع عند الزوجة، وكذا تحليل النصوص القانونية وآراء الفقهاء.

الدراسات السابقة

من أهم الدراسات السابقة التي وقفنا عليها أثناء بحثنا والتي لها صلة بالموضوع:

– رسالة ماجستير بعنوان: "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–"، للباحث العربي مجيدي، وقد قدمت بكلية أصول الدين جامعة الجزائر، سنة 2001، وقد تعرض في هذه الرسالة لمفهوم نظرية التعسف وأدلتها بشكل مفصل، ثم بين تطبيقاتها وأثرها في بعض مجالات فقه الأسرة كالخطبة، والطلاق ثم ختمها بالحديث عن الوصية، وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون وخاصة قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله.

– 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 2021م، وقد سلطت فيها الضوء على مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم الأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بين الزوجين على ضوء قانون الأسرة الجزائري، معتمدة في ذلك على المنهجين الوصفي والتحليلي، وقد بينت فيها معظم الأحكام الفقهية والتشريعات العربية مع إجراء المقارنات بينها، وبالأخص قانون الأسرة الجزائري.

– أطروحة دكتوراه بعنوان: "التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية "، للباحث علاوة بوشوشة، وقد قدمت بكلية الشريعة الإسلامية في جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2021م، وقد تناول فيها مدى معالجة الفقه الإسلامي لصور التعسف في استعمال الحق في مسائل الأحوال الشخصية، وكذلك القوانين التي أدخلها المشرع الجزائري على قانون الأسرة لضبط معايير التعسف أو التقليل منه، منتهجا في ذلك المنهجين المقارن والاستقرائي مع الاضطرار أحيانا إلى التحليل والوصف، وقد تناول

فيها الباحث العديد من أحكام الأسرة ابتداء كالخطبة و الزواج والطلاق وآثاره، ثم اختتمها بأحكام النيابة الشرعية من الولاية والوصاية والكفالة.

صعوبات وعوائق البحث

واجهتنا أثناء إنجاز بحثنا هذا بعض الصعوبات والعوائق التي نذكر منها:

– صعوبة الوصول إلى بعض المراجع القانونية.

– قلة استعمال مصطلح التعسف عند الأقدمين، مما يصعب تكييف أقوالهم على المعنى المراد من بحثنا هذا.

الخطة العامة للبحث

لدراسة موضوع البحث والإجابة على الإشكالية التي طرحت فقد سرنا على خطة ثنائية متكونة من فصلين ولكل فصل مبحثان وكان ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف والخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

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

المبحث الثاني: الخلع وتكييفه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثاني: التعسف في حق الخلع وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع وصوره

المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال حق الخلع **في** الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الخاتمة: وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات المتعلقة بالبحث.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للتعسف والخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وفيه مبحثان:

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

- المبحث الثاني: الخلع وتكييفه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف والخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وسنتناول في هذا الفصل مبحثان، المبحث الأول وهو التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وأما المبحث الثاني فهو الخلع وتكييفه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

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

سبقت الشريعة الإسلامية إلى موضوع التعسف في استعمال الحق، لكن استعماله بهذه التسمية منقول عن الفقهاء الغربيين الذين اعتنوا بهذه القاعدة ومنهم انتقلت إلى القانونيين العرب، ولهذا سنبين نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، ومن ثم نبين نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

يجدر بنا في هذا المقام أن نتطرق إلى مفهوم التعسف حسب ما تناوله الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ونظرية التعسف في استعمال الحق لم تؤسس على العدم، بل لها أسس ومعايير تقوم عليها وتضبطها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المفهوم الشرعي للتعسف

أولا: تعريف التعسف ونطاق تطبيقه

التعسف لغة: العسف والتّعسّف والاعتساف: السّير بغير هداية والأخذ على غير الطّريق، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخّي صوب ولا طريق مسلوك، والتّعسيف: السّير على غير علم ولا أثر، ومنه قيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحقّ[1] "و عسفه عسفا من باب ضرب

[1] ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري (ت: 711)، لسان العرب، دار صادر بيروت، ط3، (د ت ن)، ج9، ص245

أخذه بقوّة والفاعل عسوف"[1]، وعسف عن الطّريق يعسف: مال وعدل، كاعتسف وتعسّف، أو خبطه على غير هداية، والعسوف: الظّلوم[2]

التعسف شرعا: إن المسلمين الأوائل لم يتناولوا موضوع التعسف كنظرية منتجة ذات أركان وقواعد وتطبيقات، ثم إنهم لم يعرضوا لهذا المصطلح لحداثته وإن كانوا قد تناولوه تحت باب الضمانات[3]، ويرى الشاطبي أن التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب حيث يقول عن تأصيله لمبدأ التعدي: "وأما القسم الخامس: وهو أن لا يلحق الجالب أو الدّافع ضرر، ولكن أداؤه إلى المفسدة قطعيّ عادة؛ فله نظران:

نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا، من غير قصد إضرار بأحد؛ فهذا من هذه الجهة جائز لا محظور فيه.

ونظر من حيث كونه عالما بلزوم مضرّة الغير لهذا العمل المقصود، مع عدم استضراره بتركه؛ فإنّه من هذا الوجه مظنّة لقصد الإضرار؛ لأنّه في فعله إمّا فاعل لمباح صرف لا يتعلّق بفعله مقصد ضروريّ ولا حاجيّ ولا تكميليّ؛ فلا قصد للشّارع في إيقاعه من حيث يوقع، وإمّا فاعل لمأمور به على وجه يقع فيه مضرّة، مع إمكان فعله على وجه لا يلحق فيه مضرّة، وليس للشّارع قصد في وقوعه على الوجه الّذي يلحق به الضّرر دون الآخر".[4]

---

[1] أحمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص409

[2] الفيروز آبادي: مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب (ت: 817هـ)، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط8، 2005م، ص837

[3] ليندا حامد ملكاوي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية 2012م-1433هـ، دراسات علوم الشريعة والقانون، ج40، العدد1، 2013

[4] الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت:790هـ)، الموافقات، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997م -1417هـ، ج3، ص72

وقد ربط بعض الفقهاء تعريف التعسف في استعمال الحق بالاستعمال غير المشروع فعرفه بعضهم بقوله "هو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع".[1]

وقد جاءت عدة تطبيقات للتعسف– بمعناه الحالي– لدى فقهاء المسلمين مثل: العضل[2]، فمصطلح التعسف حديث نوعا ما ولهذا لم يتعرض الفقهاء المسلمون لتعريفه، وممن عرفه من الفقهاء المعاصرين أبو زهرة فقال "التعسف هو المضارة في استعمال الحق"[3]، ويظهر من هذا التعريف أن دافع المضارة بالآخرين عنصر أساس في مفهوم التعسف في استعمال الحق.

وقد عرف كذلك بأنه "استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير، أو من أجل الحصول على فائدة عير مشروعة".[4]

فأغلب التعاريف جاءت موضحة للمدلول العام للتعسف، لكنها عجزت عن تحديد معنى التعسف بدقة، ويظهر أن أدق وأقرب تعريف للتعسف هو تعريف الدريني وهو قوله "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[5]، ويظهر من هذا التعريف أنه وضح جوهر التعسف، إضافة إلى أنه بين الأصل العام الذي يحكم به على الفعل هل هو تعسف أم لا وهو مناقضة التشريع الإسلامي.

[1] أحمد فهمي أبو سنة، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مقال من موقع الألوكة، [https://www.alukah.net/authors/view/home/792/]، (دخول بتاريخ 2025/02/12، على الساعة: 10:15)

[2] عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان، الفصل في الخلع "أسبابه وآثاره"، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد الأول، محرم 1420هـ، ص166

[3] محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د ط)، 1998م، ص280

[4] عمر فخري الحديثي، تحريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، 2011م، ص36

[5] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص87

واستنادا على ما مضى سنسير في بحثنا على ضوء تعريف الدريني للتعسف والذي سنعتمده في تنزيل النظرية على الخلع، ولذا سنتعرض لشيء من التحليل البسيط لهذا التعريف لتيسير العمل به لاحقا.

تحليل التعريف

مناقضة قصد الشارع: وينبني على هذا القيد أن الحق ما شرع إلا لأجل مصلحة تقصدها الشارع الحكيم، ونتيجة لذلك إذا خالف قصد المكلف من عمله مقصود الشارع من التشريع يكون ذلك تعسفا، وعلى هذا فالحق إذا تمحض القصد فيه لمجرد الإضرار، أو لا مصلحة فيه لصاحبه، أو كان القصد منه تحقيق مصلحة تافهة أو قليلة لا تتناسب مع الأضرار التي تلحق الجماعة أو الفرد، أو اتخاذ الحق وسيلة لمصالح غير مشروعة، فكل ذلك معدود في التعسف الممنوع[1]، وهذا ما ذهب إليه الشاطبي أيضا بقوله: "كلّ من ابتغى في تكاليف الشّريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل مناقضة باطلة".[2]

وينتج عن هذا أن المناقضة: إما أن تكون مقصودة لذاتها ويندرج ضمنها استعمال الحق لمجرد الإضرار، أو من أجل مصلحة غير مشروعة، أو استعماله بقصد تافه أو بقصد العبث، وفي المقابل يلحق ضررا بالغا بالغير، وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة وهذه يندرج ضمنها أن تؤول الأفعال إلى مضادة الأصل العام من التشريع، لأن الحقوق ما شرعت إلا لأجل جلب المصالح ودرء المفاسد، فإذا أفضى استعمالها إلى مضادة هذا الأصل لم تشرع، وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي.[3]

في التصرف: والتصرف نوعان قولي وفعلي، فالقولي كالعقود وما يتفرع عنها من التزامات وحقوق ويشمل منها ما كان نتيجة توافق إرادتين كالبيع والإجارة، أو ما كان نتيجة إرادة منفردة كالوصية، والفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات كالأراضي والمباني، وكل من التصرفين قد يكون إيجابيا

[1] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984م، ص25

[2] أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج3، ص572

[3] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص89

وقد يكون سلبيا، فمثال التصرف القولي الإيجابي كبيع الحاضر للبادي إذا نتج عنه ضرر عام اعتبر تعسفا، ومثال التصرف القولي السلبي كامتناع التاجر عن البيع احتكارا لسلعته، ومثال التصرف الفعلي الإيجابي كاستعمال مالك العقار عقاره لقصد الإضرار بالغير، ومثال التصرف الفعلي السلبي امتناع مالك الحائط المائل عن هدمه مع خطورته على الطريق العامة.[1]

مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: ويخرج بهذا القيد التصرفات غير المشروعة لذاتها، لأنها في حقيقتها اعتداء وليست تعسفا.[2]

ثانيا: الأدلة على منع التعسف في استعمال الحق

منعت الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحق، وهو ممنوع لمناقضته قصد الشارع، وقد تعضد هذا المنع بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والآثار ومبادئ الشريعة:

أ- القرآن الكريم:

1- قال الله تعالى: ((مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَو دَينٍ غَيرَ مُضَارّ)) [سورة النساء: 12].

والإضرار نوعان نوع حدده الشرع وهو مجاوزة الحد المشروع الذي حدده النبي صلى الله عليه وسلم في السنة وهو الثلث، والنوع الآخر وهو راجع إلى قصد الموصي إذا قصد أن يضر بالورثة ولم يقصد التقرب إلى الله تعالى، فإن ظهرت أمارات على أن قصده الإضرار فالوصية باطلة، لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه.[3]

[1] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص90 – 91

[2] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص91

[3] محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية للنشر، تونس، د ط، 1984م، ج4، ص266

2- قال تعالى: ((وَإِذَا طَلَّقتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَقَد ظَلَمَ نَفسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوا وَٱذكُرُواْ نِعمَتَ ٱللَّهِ عَلَيكُم وَمَا أَنزَلَ عَلَيكُم مِّنَ ٱلكِتَٰبِ وَٱلحِكمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيءٍ عَلِيم)) [سورة البقرة: 231].

وقال تعالى: ((وَٱلمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوء وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكتُمنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱليَومِ ٱلأٓخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِن أَرَادُوٓاْ إِصلَٰحا)) [سورة البقرة: 228].

ذكر الإمام الألوسي في تفسيره أن بعل المرأة أولى بإرجاعها إلى عصمته في مدة عدتها بشرط أن يكون قاصدا لإصلاح ذات البين، أما إذا كانت نيته من المراجعة المضارة أو المنع من التزوج فيجعلها كالمعلقة فلا هو يعاشرها بالحسنى ولا هو يمكنها من الزواج بآخر، فهو آثم عند الله.[1]

3- قال الله تعالى: ((وَٱلوَٰلِدَٰتُ يُرضِعنَ أَولَٰدَهُنَّ حَولَينِ كَامِلَينِ لِمَن أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلمَولُودِ لَهُۥ رِزقُهُنَّ وَكِسوَتُهُنَّ بِٱلمَعرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفسٌ إِلَّا وُسعَهَا لَا تُضَارَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَولُود لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ)) [سورة البقرة: 231].

ذكر الإمام جلال الدين السيوطي في تفسير هذه الآية: "فيه أن الأم إذا رضيت بما ترضى به الأجنبية فلا تضار بانتزاع الولد منها وأن الأب إذا وجد متبرعة فلا يضار بإلزامه الأجرة للأم، وقال مجاهد في الآية: لا تأبى أن ترضعه ليشق على أبيه ولا يمنع الوالد أمه أن ترضعه".[2]

وقال الإمام ابن رجب: "لا يمنع أمّه أن ترْضعهُ ليحزنها، وقال عطاء وقتادة والزّهريّ وسفيان والسّدّيّ وغيرهم: إذا رضيت ما يرضى به غيرها، فهي أحقّ به، وهذا هو المنصوص عن أحمد، ولو كانت الْأمّ في حبال الزّوج. وقيل: إن كانت في حبال الزّوج، فله منعها من إرضاعه، إلّا أن لا يمكن

[1] أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1946م، ج2، ص165

[2] جلال الدين السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ)، الإكليل في استنباط التنزيل، ت: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1971م، ص57

ارتضاعه من غيرها، وهو قول الشّافعيّ وبعض أصحابنا، لكنّ إنّما يجوز ذلك إذا كان قصد الزّوج به توفير الزّوجة للاستمتاع، لا مجرّد إدخال الضرر عليها".[1]

تدل الآية على أن الرضاع حق خالص للأم، فهي أولى من غيرها في رضاع ولدها، لعطفها ورفقها به، وتدل الآية كذلك أن الأم إذا رضيت إرضاع ولدها بمثل ما ترضعه به الأجنبية لم يكن للأب حق في مضارتها وذلك بأن يعطيه لأخرى غيرها، والعلة في ذلك أنه لا أشفق ولا أحن على الولد من أمه، وربما كان لبنها أفضل وأصح للبي من غيره، والتغذية الطبيعية سبب من الأسباب التي أعطي بها الصبي حق الرضاع منذ ولادته.[2]

ب- السنة النبوية

1- عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".[3]

فقوله: "لا ضرر" أي: لا يضر أحد أحدا، وقوله: "لا ضرار" أي: لا يجازي من ضره بإنزال الضر به، بل عليه بالعفو، فالضرر يكون من واحد والضرار من اثنين، والضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه، والأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والثاني إلحاقه به على وجه المقابلة، أي كل يقصد جهة ضر صاحبه بغير وجه الاعتداء بالمثل، وعلى كل فهو نهي عن الإضرار بالغير.[4]

---

[1] ابن رجب: زين الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي (ت: 795هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، ت: شعيب الأرناؤوط – إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1997م، ج2، ص215

[2] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص92 – 93

[3] مالك بن أنس، الموطأ، رواية أبي مصعب الزهري، تحقيق وتعليق بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، كتاب المكاتب، باب ما لا يجوز في عتق المكاتب، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1999م، ج2، ص452، رقم: 2860

[4] محمد بن اسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، التنوير شرح الجامع الصغير، ت: محمد إسحاق محمد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 2011م، ج11، ص155

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره".[1]

وفي الحديث دليل واضح على مدى التضامن الاجتماعي الذي حرصت عليه الشريعة الإسلامية، ودل كذلك على أن حق الملكية تلحقه التزامات تكون أحيانا إيجابية وذلك بتمكين غيره من الانتفاع بعقاره، ولا يحل له منعه إلا إذا ألحق به ضررا بينا، وأحيانا أخرى تكون الالتزامات سلبية وذلك بامتناع المالك عن إلحاق الضرر بغيره.[2]

3- عن النعمان بن بشير رضي اللّه عنهما، عن النّبيّ صلّى اللّه عليه وسلّم قال: "مثل القائم على حدود اللّه والواقع فيها، كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها، فكان الّذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مرّوا على من فوقهم، فقالوا: لو أنّا خرقنا في نصيبنا خرقا، ولم نؤذ من فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا".[3]

وفي هذا الحديث عرض النبي صلى الله عليه وسلم نموذجا لاستعمال الحق دون اعتبار الأضرار المترتبة عليه التي قد تلحق بالغير، والإسلام حريص على عدم التعرض لحقوق الأفراد، إلا أن حق الفرد إذا أضر بالجماعة فإنه يدرأ ولا عبرة به.

الفرع الثاني: أسس ومعايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا الفرع الأسس التي قامت عليها نظرية التعسف في استعمال الحق(أولا)، ثم نتطرق إلى الضوابط أو المعايير التي ضعتها الشريعة الإسلامية لتضبط جميع الحقوق وتقيد من استعمالها (ثانيا).

---

[1] محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، أخرجه البخاري في صحيحه، ت: مصطفى ديب البغا، كتاب المظالم، باب لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 1993م، ج2، ص869، رقم: 2331

[2] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص160

[3] محمد بن إسماعيل البخاري، مرجع سابق، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والاستهام فيها، ج2، ص882، رقم: 2361

أولا: الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق

أ- أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام: وينبني على هذا الأساس أن الحق ليس مطلقا، لأن مصالح العباد معتبرة في الشريعة، هذه المصالح التي بينها الشارع الحكيم وجعل الحقوق المنوطة بالعباد وسائل لتحقيقها، فوجب إذن أن يكون هناك تطابق بين مقصد الشارع من التشريع وبين قصد المكلف في العمل، ويتضح بهذا أن الحقوق ما جعلت غاية في ذاتها، بل هي وسئل لتحقيق الضروريات وما يتبعها من الحاجيات والتحسينيات، وكل استعمال للحق كان فيه مناقضة لهذه المقاصد فهو باطل[1]، وذهب إلى هذا أيضا الإمام الشاطبي فقال: "إن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا".[2]

ب- التكافل الاجتماعي: وهو نتيجة لتلك الأصول الثابتة في الشريعة والتي منبعها أصل العقيدة، وهو تكافل قررته النصوص الشرعية ويسري على جميع مناحي الحياة ماديها أم معنويها، ولهذا منعت الشريعة كل استعمال للحق يؤدي إلى نقض هذا التكافل.[3]

وقد دل على هذا الأساس نصوص كثيرة منها: قوله تعالى: ((وَمَا أَرسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ)) [سورة الأنبياء: 107]، وقوله تعالى: ((إِنَّمَا ٱلۡمُؤۡمِنُونَ إِخۡوَةٞ)) [سورة الحجرات: 10]، وقوله تعالى: وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ)) [سورة التوبة: 71]، وقوله تعالى:((وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ)) [سورة المائدة: 2]، فهذه كلها دوافع يبعث عليها الإيمان الراسخ في النفوس، وهي أساس التكافل بين المؤمنين، وهي التي تحد من استعمال الحق بشكل يضر بالغير.[4]

---

[1] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص80

[2] أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص9

[3] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص25

[4] بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014م، ص19

د- الوظيفة الاجتماعية للمال: لا يؤدي المال وظيفته نحو الجماعة من التنمية والإنفاق في الوجوه المشروعة إلا إذا كان وسيلة خير وأمن، فحق الملكية لا يستعمل إلا مقيدا بهاذين العنصرين.[1]

هـ- التوسط والاعتدال: وقد تقرر هذا في نصوص الشريعة، وهو ما ينفي التطرف والغلو والإهمال والتفريط في استعمال الحق، فإذا فقد التوسط والاعتدال أدى ذلك إلى القضاء على الثروة، وبالتالي اختلال حياة الأفراد والجماعات.[2]

نتيجة لما سبق يتبين لنا أن مصلحة الفرد والجماعة هما أهم غايتين قصدهما الشارع الحكيم عند تشريع الأحكام التي تنظم شؤون الحياة.

وأن نظرية التعسف بنيت على طبيعة الحق التي منبعها الشريعة الإسلامية، فالحق مبني على أساس الدين والأخلاق الموافق للفطرة البشرية السوية.

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي قد بين معايير التعسف، وحين الرجوع إليها نجدها مقسمة بين ما هو ذاتي وما هو موضوعي، وهو ما سنأخذه على التوالي:

أ- المعيار الذاتي(المعنوي): ويتطلب هذا المعيار النظر في الدوافع النفسية المحركة لإرادة صاحب الحق للتصرف في حقه، كقصد الإضرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة[3]، وهذا المعيار يتفرع إلى شقين هما:

1- معيار محض قصد الإضرار: يعد هذا المعيار من أقدم معايير التعسف، بدليل أنه مبثوث في ثنايا الشرائع القديمة، ومجانبته لمبادئ الأخلاق من الظهور بمكان، غير أنه من العسير جدا الكشف عنه،

[1] فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص26

[2] بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص20

[3] عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته في فسخ العقود دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: العقود والمسؤولية في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1-، بن يوسف بن خدة، 2018/2017م، ص96

ولهذا كان يستعان في كشفه على الأمور الظاهرة المادية كالقرائن، وقد منعت الشريعة تقصد الإضرار بالغير، لأن ذلك يتنافى مع مقصود الشارع من تشريع الحقوق[1]، وقد دل على ذلك الكثير من النصوص منها حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**".[2]

وهذا المعيار يفتقر إلى شرطين مهمين وهما:[3]

- أن يتعمد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير.

- أن يكون قصده الوحيد هو الإضرار فقط.

فالعبرة من هذا المعيار تمحض قصد الضرر دون قصد آخر وإن صاحبته منفعة بشكل عارض[4]، أما إذا قصد الإضرار بالغير وقصد مع ذلك تحصيل منفعة ولو تافهة لم يكن هذا الفعل محكوما بهذا المعيار، وإن كان معدودا في التعسف، وإنما يكون محكوما بمعيار آخر هو عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللحق بالغير.[5]

وبسبب صعوبة كشف قصد الإضرار لخفيته، كان من الضروري تتبع القرائن التي تكشف عنها، وقد تعددت هذه القرائن نذكر منها على سبيل المثال: عدم شرعية المصلحة، بأن لا يكون هناك منفعة للشخص من استعمال حقه، ومنها قرينة حقارة وضآلة المصلحة بحيث تكون المصلحة أقل بالنسبة للضرر البالغ الذي يلحق الغير، ومنها قرينة أن يستعمل صاحب الحق وسيلة في استعمال حقه تكون أكثر ضررا من غيرها، مع كونه قادرا على اجتنابها.[6]

---

[1] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص232

[2] سبق تخريجه، ص14

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص38

[4] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص38

[5] أحمد الصويعي شلبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير ولتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 38، ص30

[6] القدومي، المرجع نفسه، 38 – 39

2- معيار المصلحة غير المشروعة: سبق في التعريف أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، واستعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله شرع يحقق هذا المعنى والمفهوم؛ لأن هناك تضادا وتناقضا بين قصد صاحب الحق وبين المصلحة التي لأجلها شرع الحق، ومناقضة قصد الشارع تبطل الحق، فيبطل بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك، وقد اتفق العلماء على هذا، لأن فيه إخلالا وهدما للمصالح التي بنيت عليها الشريعة.[1]

ب- المعيار الموضوعي (المادي): قرنت الشريعة الإسلامية في معايير التعسف بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي؛ لأنهما يكملان بعضهما، والمعيار المادي هو ينظر فيه إلى نتيجة الفعل للوصول إلى كونه تعسفا أم لا، واشتقاقه جاء من أصل راسخ في أصول الفقه وهو النظر في المآلات[2]، وهذا المعيار ينقسم إلى معيارين أساسيين هما:

1- معيار التوازن بين المصالح المتعارضة: ويقصد به أن يؤخذ بعين الاعتبار التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة كي لا يطغى بعضها على بعض، لأن المصالح قد يعتريها مفاسد تضر بالآخرين، ولأن الفرد ليس حرا في تصرفه دون قيود، بل تبقى مصلحة الجماعة مقدمة وملاحظة في استعماله لحقه[3]، ويبرز هذا المعيار في صورتين أساسيتين وهما:

أ- اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين: ويقصد بهذا أن يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة وهذه المصلحة يترتب عليها ان يلحق بالغير ضرر أعظم من المصلحة المجلوبة لصاحب الحق، فنكون حينئذ أمام انعدام للتناسب بين المنفعة المشروعة التي يطمح صاحب الحق إلى تحقيقها وبين الضرر الذي يلحق الغير جراء ذلك.[4]

---

[1] عبد المجيد بالطيب، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص98

[2] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص256

[3] شرقي سعدية، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013م، ص 24-25

[4] محمد حسنين، نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، (د ط)، 1985م، ص99

ب- اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة: إن من الخصائص البارزة في الشريعة الإسلامية أنها تضبط تصرفات الأفراد بما لا يخل بحقوق الجماعات، وعلى هذا فإن تصرف الفرد المفضي إلى ضرر يصيب الجماعة يعتبر تعسفا سواء أكان أكبر من مصلحة الفرد أو مساويا لها، وبالتالي يحال بين هذا الفرد وبين التصرف طبقا للقاعدة الشرعية "يدفع الضرر العام بالضرر الخاص، والأشد بالأخف".[1]

2- معيار الضرر الفاحش: اعتنى الفقه الإسلامي بهذا المعيار من أجل تنسيق مصالح الأفراد التي قد يعتريها التعارض، لاسيما العلاقات التي تفرضها المجاورة، والشريعة قد اعتنت بتنظيمها وتنسيقها لأن المصلحة العامة تقتضي ذلك، وقد ذهب معظم الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة ومتأخري الحنفية أن القضاء يقيد المالك من تصرفه في ملكه بما يسبب أضرارا فاحشة لجاره.[2]

والضرر الفاحش منه ما هو مادي كالأبخرة المؤذية، أو الأصوات المقلقة للراحة، وكتلويث الآبار بالنجاسات الضارة بالبدن، وكحجب ضوء الشمس والهواء وغير ذلك من الأضرار التي تسبب انهدام العقار أو يتخلف معها النفع المنشود منه، أو يكون الضرر معنويا كالاطلاع على النساء في الديار المجاورة[3]، والضرر الفاحش يقدر بالنظر إلى العرف وخاصية المنطقة إن كانت صناعية أو زراعية، فما يعد ضررا فاحشا في المنطقة الزراعية كالدخان الكثيف أو ما يصدر عن الآلات من أصوات مزعجة، لا يعد كذلك في المناطق الصناعية.[4]

وما يمكن الإشارة إليه في الأخير أن نظرية التعسف في الفقه الإسلامي لم تكبح جماح صاحب الحق عن الانطلاق في تحقيق أغراض غير مشروعة لمجرد تقييد الحق، بل نرى أنها تكبح جماحه

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص47

[2] فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص269

[3] فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص271

[4] بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة 2013م، ص28

أيضا عن تحقيق أغراض مشروعة إذا كانت تفاهتها وضآلتها لا تتناسب أبدا مع ما ينجر عنها من ضرر بالغير.

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

إن القانون حين نظم الحقوق وازن بين المصالح عامها وخاصها، ولذلك فإن للشخص حرية ممارسة حقوقه ما لم يتجاوز حدود ما رسمه القانون له، وقد يحصل أن يمارس الشخص حقوقه في تلك الحدود التي وضعها القانون ويحدث مع ذلك ضررا للغير نتيجة ذلك الاستعمال، لذلك وجب ندرس التعسف في استعمال الحق من جهة تعريفه ونطاق تطبيقه (الفرع الأول)، ومن جهة أخرى تأصيله والمعايير التي يخضع لها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعسف في القانون الوضعي ونطاق تطبيقه

نتناول في هذا الفرع معنى التعسف في استعمال الحق من الناحية القانونية (أولا)، ثم نطاق تطبيقه (ثانيا)

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

لم تعرف التشريعات العربية ولا الغربية التعسف في استعمال الحق، وإنما بينوا حالاته وطبيعته القانونية فقط، وممن تأثر بهذه النظرية حين برزت التشريع الفرنسي الذي أخذت تشريعاته تتوالى لتطبيق هذه النظرية، ومن بين التشريعات ما يلي:[1]

1- القانون الصادر في 27-12-1890 الذي جاء معدلا للمادة 1780، فعد إنهاء العمل مجهول المدة بإرادة منفردة تعسفا موجبا للتعويض، ونجد أن هذا الحكم جدد بالمادة 23 من الكتاب الأول من قانون العمل 26-12-1910.

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، (د م ن)، ط5، 2003م، ص211

2- القانون الصادر في 5-2-1941 الذي يعد المؤجر الذي يأبى إيجار مسكنه لشخص لديه أولاد متعسفا.

3- القانون الصادر في 23-5-1941 المؤيد بمرسوم 22-12-1952 الذي جاء معدلا للمادة 71 من قانون الإجراءات والذي يغرم المتقاضي المستأنف للحكم بنية عرقلة التنفيذ.

أما القانون المدني الألماني فقد تناول التعسف في استعمال الحق في المادتين 226 و 826، أما القانون المدني النمساوي فقد تناولت النظرية في المادة 1295 وقد جعل القانونان نية الإضرار معيارا دالا على التعسف، وقد نص القانون المدني الصيني على التعسف في المادة 148، وجاء في المشروع الفرنسي الإيطالي 1945 النص على التعسف في المادة 2/74، أما القوانين العربية فقد فصلت التعسف عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية وتناولته في أحكام الباب التمهيدي، وهذا نراه في القانون المصري والليبي اللذان نصا على التعسف في بالمادتين 5/4، وأيضا القانون المدني العراقي الذي تناوله بالمادتين 7/6، ثم جاء القانون المدني الجزائري فتناوله بالمادة 41 ملغاة، وقد جاءت معدلة في التشريع الجديد في المادة 124 مكرر.[1]

وقد تضاربت تعريفات الفقهاء القانونيين للتعسف نتيجة اختلاف نظرتهم إليه، ومع ذلك يمكن أن نقرب مفهومه بهذا التعريف وهو: "استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق الضرر بالغير".[2]

ويلاحظ من هذا التعريف أنه قاصر عن إعطاء المفهوم الشامل للتعسف في استعمال الحق، ومازال الفقه القانوني لم يرفع هذا التضارب في مفهوم التعسف، إذ هل يكون التعسف نوعا من أنواع الخطأ والحياد عن الحق، أو هو مرتبط بغاية الحق ولا علاقة له بالخطأ، وفي المقابل نجد أن الفقه الإسلامي قد حسم تعريفه - كما رأينا في تعريف الدريني- بما يشمل أغلب صوره.

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص222

[2] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2003م، ص79

ثانيا: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق

حين النظر في التشريعات سواء العربية منها أو الغربية لا نجد أنها بينت نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، فقد جاءت النصوص عامة دون تحديد نوع الحقوق التي تشملها هذه النظرية، ومن جهة أخرى نرى أن الفقه القانوني اختلف في نطاق نظرية التعسف ومجال تطبيقها، ونتج عن هذا الخلاف رأيان: الأول ذهب إلى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص، والثاني يوسع محل التعسف ليشمل الحقوق والرخص العامة.[1]

أ- سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط: ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم السنهوري وعبد المنعم الصدة وسليمان مرقس إلى قصر التعسف على الحقوق دون الرخص، مثل حرية التملك والتعاقد والحقوق العامة الأخرى، فنجد مثلا أنه عندما يباشر شخص هذه الرخص وينجر عنها ضرر للغير فإنه تقوم عليه أحكام المسؤولية على أساس المسؤولية المدينة وليس على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق، فالرخص لا تتيح لصاحبها أن يستأثر بأي قيمة، وإنما هي ثابتة للناس جميعا دون استثناء.[2]

ب- سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق والرخص عموما: وقد ذهب أصحاب هذا الرأي ونذكر منهم، جوسران (Josserand)، وأنور سلطان، وإسماعيل غانم إلى جواز شمول نظرية التعسف للحقوق والرخص على حد السواء، فكما يرد التعسف بمعناه القانوني على الحقوق فهو كذلك يشمل الحريات والرخص العامة[3]، وبناء على هذا الرأي قد تسري نظرية التعسف على حرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية الرأي والتجارة وحرية المنافسة، وقد تسري كذلك على الحقوق الخاصة كحق الطلاق وحق اقتضاء الدين وحق الدعوى، فلكل شخص مثلا الحق في منافسة الغير، فهذه رخصة مشروعة

[1] عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، مرجع سابق، ص56

[2] بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص56

[3] رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د ط)، 2005م، ص497

رغم أنه قد يحصل بها ضرر للغير، لكن إذا تعمد وقصد باستعمال هذه الرخصة تحطيم منافسه فهو متعسف في استعمال الحق.[1]

وعلى هذا فمن يستعمل رخصة ويتسبب بها بإلحاق ضرر مشروع بالغير فالقانون يحميه، أما من يستعمل رخصة لهدف غير مشروع فإنه متعسف ويمنع من ذلك.[2]

الفرع الثاني: أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

سنبين في هذا الفرع أسس نظرية التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء القانونيين (أولا)، وبعد ذلك نبين المعايير التي اعتمدها الفقهاء القانونيون لضبط هذه النظرية في التشريع القديم (ثانيا)، ثم بيان المعايير التي اعتمدها المشرع الجزائري (ثالثا).

أولا: أسس نظرية التعسف في استعمال الحق: تباينت آراء الفقهاء القانونيين في أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، فاختلفوا على رأيين هما:

أ- ذهب الرأي الأول إلى أن المسؤولية التقصيرية هي الأساس القانوني للتعسف، إذ إن التعسف في استعمال الحق – حسب قولهم – من قبيل الخطأ المستوجب للتعويض، أو أن التعسف في استعمال الحق داخل تحت مظلة الخطأ إلا أن له طبيعة خاصة تميزه عن باقي الأخطاء، فهو مرتبط بالغاية الاجتماعية المنوطة بالحق، وذلك ما يثير مشكلة ضمير جماعي لا فردي كالخطأ التقليدي.[3]

ب- في الجانب الآخر ذهب فريق من الفقه الحديث إلى أن التعسف في استعمال الحق مستقل تماما عن المسؤولية التقصيرية بل يدور حول فكرة الحق ذاتها، لأن القانون حين قرر الحقوق عدها وسيلة لا غاية ولذلك سلط عليها القضاء رقابة بحيث لا تخرج هذه الحقوق عن غاياتها التي قررت لأجلها، ولهذا فإننا نكون أمام تعسف في استعمال الحق إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته ولو

[1] بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص57

[2] رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص498

[3] عبد العزيز بن عبد الله الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية) أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص84

لم يكن مخلا بواجب الحيطة واليقظة، وهذا ما يميز التعسف عن الخطأ وبالتالي يخرجه من دائرة المسؤولية التقصيرية ليصير نظرية قائمة بذاتها.[1]

وممن وافق هذا المذهب الدكتور حسن كيرة فذهب إلى أن فكرة الحق وفكرة التعسف متلازمان ويكمل بعضهما البعض، وأن التعسف يثير مشكلة سابقة لمشكلة المسؤولية، وتجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وأنها بسبب ذلك يجب أن يكون لها كيان مستقل خارج عن دائرة المسؤولية التقصيرية، وهذا ما يجعلها نظرية مستقلة في نطاق النظرية العامة للحق.[2]

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع القديم

لم تتفق الآراء حول المعايير القانونية التي تحدد حالات التعسف فمنهم من جعلها قائمة على البحث عن النوايا وهو ما اصطلح عليه بالمعايير الشخصية، ومنهم من جعلها قائمة على نتائج الأفعال وهو ما اصطلح عليه بالمعايير الموضوعية.[3]

أ- **المعيار الشخصي أو الذاتي:** هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف التي عرفتها التشريعات القديمة، وهو يمثل الصورة البدائية الضيقة للتعسف، والركيزة التي يقوم عليها هذا المعيار هي نية الإضرار أو قصد الإضرار الذي يكون لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه، فاللازم التحري عن هذا القصد والتأكد من الشخص هل استعمل حقه بقصد الإضرار أم لا، فإذا لم يقصد الإضرار فلا عبرة بالأضرار التي تلحق الغير عند استعماله لحقه، لأن المعيار الأساس للتعسف هو نية الإضرار فحسب.[4]

[1] عمر فخري الحديثي، مرجع سابق، ص 38 - 39

[2] عبد العزيز الصعب، مرجع سابق، ص85

[3] بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق لـ 20 يونيو 2005م، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد1، 2011م، ص286

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص318

وقد انتقل هذا المعيار إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم، وأبرز من قال به من الفقهاء المعاصرين الفقيه الفرنسي جورج ريبير (Ripert George)[1]، ومحكمة كولمار (Colmar) الاستئنافية من أوائل من قال في سلك القضاء الفرنسي بحتمية المساءلة عند وجود نية الإضرار، ويتجلى ذلك في حكم لها صدر بتاريخ 02-05-1855م والذي أدانت فيه ذلك المالك الذي بنى مدخنته فوق سطح منزله مواجها بها نافذة جاره وهو يقصد بذلك أن يضره[2]، ومادام الأمر يتعلق بالنية فلا شك أن إثباتها من العسير بمكان ولهذا كانت القرائن هي الدالة على وجود نية الإضرار كانتفاء المنفعة أو تفاهتها، ومن أبرز من ناصر هذا المعيار الفقيهان "مازو" و "بودان".[3]

ب- المعيار الموضوعي أو المادي: يذهب القائلون بهذا المعيار إلى أن النية أو القصد يصعب إثباتها وتبينها، أضف إلى ذلك أنه يؤدي إلى تسلط وتحكم القضاء، كما أن صاحب الحق لا يمكن أن يصرح بنية الإضرار، وهذا ما يضعف أهمية هذه النظرية التي اعتمدت اعتمادا كليا على المعيار الذاتي وأهملت ما سواه[4]، ويأتي هذا المعيار على صورتين:

1- عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر اللاحق بالغير

فوجود مصلحة مشروعة لصاحب الحق في استعمال الحق لا يعفيه من تهمة التعسف، بل الواجب إضافة إلى مشروعية المصلحة أن تكون هذه الأخيرة ذات قيمة تبرر ما قد يلحق الغير من ضرر بسبب استعمال صاحب الحق لحقه؛ لأن تفاهة المصلحة في مقابل الضرر الذي يعود على الغير وبالتالي عدم التناسب بينهما يؤدي إلى عدم مشروعية ذلك الحق، وحينئذ تقدم مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق.[5]

---

[1] شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، ط1، 2010م، ص729

[2] عبد الرحمان محجوبي، مرجع سابق، ص30

[3] عبد الرحمان محجوبي، المرجع نفسه، ص30 - 31

[4] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص322

[5] علي فيلالي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2008م، ص58

وهذا المعيار يقوم على التباين الظاهر بين المنفعة التي تعود على صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق بالغير، ويرجع تقدير هذا التباين والتفاوت إلى المحاكم التي تراعي في تقديرها الظروف والملابسات التي تصاحب كل حالة، ووجود هذا التفاوت الكبير غالبا ما يكون قرينة على قصد الإضرار بالغير.[1]

وليس المطلوب هو تحقيق التوازن التام بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر اللاحق للغير، فقد لا يكون هناك تعسف في حال تساوي المصلحة مع الضرر، أو زاد الضرر على المصلحة بشيء قليل معقول، فالتعسف يكون فقط في حالة ما إذا رجح الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا، كمن يجعل أمام بيته أشجارا عالية بغرض ترطيب الجو وتلطيفه لكنه تسبب في الوقت نفسه بحجب ضوء الشمس عن جاره، أو منعه من استعمال شرفته استعمالا مألوفا، فهو حينئذ متعسف في استعمال حقه.[2]

2- عدم مشروعية المصلحة التي يريد صاحب الحق تحقيقها

فظهور المصلحة ونفعها وقيمتها الكبيرة عند صاحب الحق ليست كافية لتبرير استعماله لحقه، بل مشروعية المصلحة أولى من ذلك كله، لأن الحقوق في نظر القانون لا قيمة لها إذا كانت غير مشروعة، وعدم مشروعيتها منوط بمدى مخالفتها لأحكام القانون أو معارضتها مع النظام والآداب العامة[3]، وعدم مشروعية المصلحة قد يمارس بصفة مباشرة كمن يستعمل مسكنه لعمل مخالف للنظام والآداب العامة، وقد يمارس بصفة غير مباشرة كأن يسعى المتعاقد لإبطال العقد مدعيا بأنه قد وقع في غلط إلا أن قصده الحقيقي الانفكاك من العملية العقدية التي أبرمها لأنها لا تجر عليه ربحا، فغايته هنا أن يتنصل من حكم قانوني، وهو هدف ومقصد غير مشروع.[4]

---

[1] مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون، (نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق)، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008م، ص462

[2] أيمن سعد سليم، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، (د ط)، 2003م، ص237

[3] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية، نظرية الحق)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، (د ط)، 2007م، ص543

[4] علي فيلالي، مرجع سابق، ص59

ثالثا: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني على أن التعسف يعتبر خطأ، ويتضح من خلال المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بثلاثة معايير وهي: قصد الإضرار بالغير، الحصول على فائدة قليلة في مقابل الضرر الذي يصيب الغير، وإذا كانت الفائدة غير مشروعة[1]، وتفصيل ذلك ما يأتي:

1. معيار قصد الإضرار بالغير: جاء النص على هذا المعيار من المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، وهو من أبرز مظاهر التعسف في استعمال الحق، وتكون هنا نية الإضرار هي الدافع الوحيد لصاحب الحق في استعماله لحقه، ولما كان يصعب على القضاء إثبات قصد الإضرار اعتبر عدم وجود المصلحة قرينة على قصد الإضرار.[2]

2. معيار الحصول على فائدة قليلة في مقابل الضرر اللاحق بالغير: وهذا المعيار معيار موضوعي وليس ذاتيا لأنه ينظر من خلاله إلى النتائج المترتبة عن استعمال الحق، ويقوم على التفاوت والتباين الكبير بين النفع الذي يحققه صاحب الحق وبين الضرر الذي يصيب الغير من استعماله لحقه[3]، وقد جاء النص عليه من قبل المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر في الفقرة الثانية منه.

3. معيار عدم مشروعية الفائدة التي يريد صاحب الحق تحقيقها: وقد نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، ويجمع هذا المعيار بين الموضوعية والشخصية، فأساسه موضوعي والاستدلال عليه شخصي لأنه ينظر في القصد والنية، وعدم مشروعية المصلحة يرجع إلى مخالفتها لحكم قانوني أو معارضتها للنظام العام والآداب العامة.[4]

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص60

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص126

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص62

[4] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص746

المبحث الثاني: الخلع وتكييفه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنحاول في هذا المبحث أن نتعرف على مفهوم الخلع وأحكامه (المطلب الأول)، وكذا المراحل التي مر بها الخلع في التشريع الجزائري (المطلب الثاني)، وفي ختام هذا المبحث نتناول إجراءات التقاضي في دعوى الخلع (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الخلع وأحكامه

نتعرض في هذا المطلب لبيان تعريف الخلع فقها وقانونا (الفرع الأول)، ثم بيان أحكامه وأدلته والحكمة من مشروعيته (الفرع الثاني)، ثم تكييف الخلع فقها وقانونا من حيث كونه طلاقا أم فسخا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من خلال هذا الفرع نحاول أن نعرف الخلع لغة (أولا)، ثم تعريفه الاصطلاحي والشرعي عند الفقهاء (ثانيا).

أولا: تعريف الخلع في الفقه الإسلامي

أ ـ الخلع لغة: خلع: يقال خلع الرجل ثوبه، وخلع امرأته وخالعها، إذا افتدت منه بمالها فطلّقها وأبانها من نفسه، وسمّي ذلك الفراق خلعا لأن الله جلّ وعزّ جعل النّساء لباسا للرّجال والرجال لباسا لهنّ، فقال: ((هُنَّ لِبَاس لَّكُم وَأَنتُم لِبَاس لَّهُنَّ)) [سورة البقرة: 187]، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كلّ واحد منهما لباس صاحبه[1]، "واختلعه: كنزعه إلا أنّ في الخلع مهلة، وسوّى بعضهم بين الخلع والنّزع، وخلع النعل والثوب والرّداء يخلعه خلعا: جرّده، والخلعة من الثّياب: ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه، وكلّ ثوب تخلعه عنك خلعة؛ وخلع عليه خلعة،

[1] محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، ت: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م، ج1، ص114

وفي حديث كعب: إنّ من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة"[1]، اختلع الشّيء خلعه ويقال اختلع مال فلان أخذه والزّوجة طلقت بفدية من مالها.[2]

ب ـ الخلع اصطلاحا: "هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة في مقابل بدل مع قبول الزوجة"[3]، ويأتي الخلع عند فقهاء الشريعة على معنيين، معنى عام وهو الطلاق على مال تقدمه الزوجة لزوجها لتفتدي به نفسها، وسواء وقع بلفظ الخلع أو المبارأة أو وقع بلفظ الطلاق، وهذا هو المنتشر عند المتأخرين الآن، وقد يقصد به معنى خاص وهو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة، وهذا ما كان منتشرا عند المتقدمين من الفقهاء.[4]

وقد عرف أيضا على أنه: "إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة والمباينة والمفارقة"[5]، وقد عرفه الدكتور العربي بلحاج: "هو أن يتفق الرجل والمرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، وذلك كأن تقول الزوجة لزوجها (خالعني على صداقي أو على 5000 دينار فيقول قبلت فيتحقق الخلع)، ولا فرق في إيجاب الخلع أن يكون من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على الطلاق بعوض فلا يستحق العوض بدون القبول".[6]

---

[1] ابن منظور، مرجع سابق، ج8، ص76

[2] نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط2، 1972م، ج1، ص250

[3] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، دار الفكر العربي، (د ب ن)، (ط1)، 1404هـ-1984م، ص299

[4] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، (د ب ن)، ط3، 1957م، ص329

[5] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، (د ط)، 1989م، ص132

[6] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية بين عكنون، الجزائر، ط3، 2004م، ص262. وقد كان الخلع معرفا هكذا قبل تعديل (ق أ ج) بالأمر 02/05، أما بعد التعديل فلم يعد اتفاقيا بل هو بإرادة الزوجة المنفردة

وينتج من مجمل هذه التعاريف أن الخلع لا يتم إلا بأربعة شروط وهي[1]:

1- قيام الزوجية حقيقة أم حكما وقت الخلع، فالزواج الفاسد لا تصح معه المخالعة كخلع البائنة أو المرتدة.

2- القبول من جهة المرأة، لأنه يعتبر في حقها معاوضة، والمعاوضات من شرطها القبول في جهة من يلتزم بدفع العوض.

3- أن يعبر بالرفض بلفظ صريح في الخلع، أو كناية عنه كالإبراء والافتداء.

4- أن يتضمن بدلا من جهة الزوجة.

وقد اختلف أئمة المذاهب في تعريف الخلع نظرا لاختلافهم في تكييفه، وسنعرض اختلافهم في ذلك بشيء من الإيجاز:

الحنفية: عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه".[2]

المالكية: عرفوا الخلع بأنه: "أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه"[3]، ويعرفونه كذلك بأنه طلاق على عوض تقدمه الزوجة أو وليها أو غيره، أو هو بلفظ الخلع، ومن خلال هذا يتبين بأن الخلع على نوعين: الأول وهو الغالب وهو ما كان في مقابل عوض، والثاني ما كان بلفظ الخلع ولو لم يكن هناك عوض يقابله.[4]

[1] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961م، ص269

[2] زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د ت ن)، ج4، ص77

[3] محمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، (د ب ن)، (د ت ن)، (د ط)، ص154

[4] وهبة بن مصطفى الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، (د ت ن)، ج9، ص1008

الشافعية: وقد عرف الشافعية الخلع بأنه: " فرقة بين الزّوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزّوج بلفظ طلاق أو خلع، كقوله: طلّقتك، أو خالعتك على كذا فتقبل".[1]

الحنابلة: وعرف الحنابلة الخلع بأنه: "فراق زوج زوجته بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة".[2]

فيكون فراق الزوج لزوجته على عوض يأخذه منها بألفاظ محددة وهي قسمان[3]:

1- صريحة في الخلع: المفاداة، الخلع، الفسخ.

2- كناية في الخلع: المبارأة، المباينة، المفارقة.

ومما سبق من التعريفات المختلفة للخلع في المذاهب الأربعة نخلص إلى ما يلي[4]:

- لا يقع الخلع صحيحا إلا إذا كان النكاح صحيحا وملك المتعة الزوجية فيه قائما.

- يقع الفراق عند الحنفية بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض مالي، أما الشافعية فيعدون كل فرقة بعوض خلعا، مهما اختلفت الألفاظ، فالغبرة عندهم بوجود العوض في مقابل الفرقة، أما المالكية فاتفقوا مع الشافعية في حالة ما إذا وقع الفراق بغير لفظ الخلع، أما إذا وقع بلفظ الخلع فوجود العوض ليس مشروطا، فلفظ الخلع يوقع الخلع مطلقا ولو لم يذكر العوض.

- لا يتحقق الخلع إلا برضى الزوجين، لأن فيه معنى المعاوضة.

---

[1] الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (ت: 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م، ج4، ص430

[2] منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتى (ت1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1993م، ج3، ص57

[3] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1997م، ص51

[4] عامر سعيد الزيباري، المرجع نفسه، ص53

ثانيا: تعريف الخلع في القانون الوضعي

نص المشرع الجزائري في المادة 54 (ق أ ج) بأنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، فالمشرع في هذا النص لم يقم بتعريف الخلع، وإنما جواز مخالعة الزوجة نفسها وذلك عن طريق اتفاق يكون بينها وبين الزوج على أن يطلقها مقابل بدل تدفعه إليه[1]، وقد يفهم ضمنيا من خلال صياغة هذه المادة بأن المشرع الجزائري قد عرف الخلع بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تدفعه إلى الزوج لتفتدي به نفسها[2]، وبعد تعديل القانون عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 (ق أ ج) بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تعطيه للزوج مفتدية به نفسها دون موافقته، ونلاحظ أن المشرع استعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره مما يدل عليه من الألفاظ.[3]

من خلال النظر في تعاريف الفقهاء وتعريف المشرع الجزائي يلاحظ أن هناك تقاربا كبيرا قد يصل إلى حد التشابه بين تعاريف الفقهاء على اختلافها وبين تعريف المشرع الجزائري من خلال المادة 54 (ق أ ج)، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة الألفاظ المستعملة في الخلع.

الفرع الثاني: حكم الخلع وأدلة مشروعيته.

سنأخذ في هذا الفرع حكم الخلع (أولا)، ثم دليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع (ثانيا).

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار البصائر، الجزائر، (د ط)، 2010م، ص316

[2] عبد الرحيم مقداش، الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013م، ص76

[3] رواط رزيقة، زرارقة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، 2014-2015م، ص15

أولا: حكم الخلع

اختلف الفقهاء في حكم إيقاع الخلع، وسبب اختلافهم راجع إلى الأثر الناتج عنه وما يترتب عليه من ضرر على الزوجة، وهذه مذاهب الفقهاء في ذلك:[1]

أ- المشهور عند المالكية أن الخلع جائز مستوي الطرفين، وقيل: مكروه، وهو قول ابن القصّار، لكنهم اشترطوا أن تكون المرأة مختارة في الخلع غير مكرهة ولا ضرر عليها فيه، فإن عدم شرط من هاذين وقع طلاقا ولم يقع خلعا.

ب- وذهب الشافعية إلى جواز الخلع لأن فيه دفعا للضرر عن المرأة في غالب الأحوال، وهو مكروه من جهة أخرى لأن فيه قطعا للنكاح الذي هو من مقاصد الشارع.

ج- وذهب الحنابلة إلى أنه يسن للرجل أن يجيب المرأة إن طلبت الخلع استنادا في ذلك إلى قصة ثابت بن قيس، إلا أن يكون الزوج محبا لها فيستحب لها الصبر عليه، ويكره الخلع إذا لم يكن هناك داع له لحديث ثوبان: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة"[2]، وكراهته هنا لما في ذلك من العبث.

د- وذهب داوود الظاهري إلى عدم جوازه إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله.

ثانيا: أدلة مشروعية الخلع

أ- **القرآن الكريم:** قوله سبحانه وتعالى: ((وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ)) [سورة البقرة: 229].

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص7012

[2] الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى (ت: 279 هـ)، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، أبواب الطلاق واللعان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، باب ما جاء في المختلعات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م، ج2، ص 478، رقم:1187

فهذه الآية رخصت للزوجة أن تفتدي نفسها ببدل تقدمه للزوج، وأباحت للزوج كذلك أن يقبله، وكل ذلك عند خوفهما من عدم القيام بالحقوق الزوجية على وفق ما شرع الله.[1]

ب- السنة النبوية: ما رواه البخاري عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: والله يا رسول الله ما أعتب على ثابت في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: "أترددين عليه حديقته؟" قالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".[2]

دل هذا الحديث على أن المرأة إذا حصل منها كره لزوجها، أو خافت ألا تقيم معه حدود الله، فلا مانع من أن تفتدي نفسها، ولا مانع أيضا من أن يأخذ الزوج منها بدل الفداء.[3]

ج- الإجماع: وقد وقع الإجماع من العلماء على مشروعية الخلع، وهو قول بعض الصحابة ومنهم عمر وعثمان وعلي ولم يخالفهم في ذلك أحد[4]، جاء في كتاب المغني لابن قدامة ما نصه: "وبهذا - جواز الخلع- قال جميع الفقهاء بالحجاز والشّام. قال ابن عبد البرّ: ولا نعلم أحدا خالفه... وأنّه قول عمر وعثمان وعليّ وغيرهم من الصحابة، لم نعرف لهم فى عصرهم مخالفا، فيكون إجماعا".[5]

د- المعقول: الخلع مما يدفع الضرر عن المرأة في غالب الأحيان، وفيه كذلك درء الضرر عن الزوج؛ لأن كره المرأة له قد يدفعها إلى إذايته[6]، من المعلوم أن مفارقة الزوج لزوجته أمر مشروع فيشرع من باب أولى إذا وقع الفراق بالتراضي بينهما.[7]

---

[1] أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص133

[2] البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع، ج3، ص406، رقم:5273

[3] أحمد فراج، مرجع سابق، ص134

[4] علاء الدين حسين رحال، مروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2010م، ص167

[5] ابن قدامة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (ت 620)، المغني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1997م، ج10، ص268

[6] أحمد بخيت الغزالي، أحكام الاسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2009م، ص357

[7] علاء الدين حسين رحال، مرجع سابق، ص167

الفرع الثالث: تكييف الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (كونه طلاقا أم فسخا)

أولا: تكييف الخلع في الفقه الإسلامي

تباينت آراء الفقهاء في تكييف الخلع فمنهم من عده طلاقا، ومنهم من عده فسخا، وعلى هذا فقد انقسموا إلى فريقين في هذه المسألة:

أ- ذهب أصحاب القول الأول إلى أن الخلع طلاق، وبه قال عثمان بن عفان وابن مسعود وعلي وروي كذلك عن سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وإليه ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية و الشافعية في الجديد، وهو مروي كذلك عند أحمد، وفي قول عند الظاهرية.[1]

واستدلوا بما رواه عكرمة عن ابن عباس: "إن امرأة ابن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"[2]، ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر ثابت بن قيس بطلاقها في مقابل بدل وهو إرجاع الحديقة له، وكان اللفظ بصريح الطلاق.[3]

واستدلوا كذلك بما رواه حماد بن سلمة عن هشام بن عروة عن أبيه عن جمهان: "أن أم بكر الأسلمية اختلعت من زوجها عبد الله بن خالد بن أسيد، فندما فأتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال: "تطليقة واحدة إلا أن تكون سميت ثلاثا، فهي ثلاث"، ووجه دلالة هذا الدليل أن عثمان رضي الله عنه استند في هذه الفرقة إلى العدد وعدها طلقة واحدة، ومادام يحتمل الأعداد فهو طلاق وليس بفسخ.[4]

---

[1] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص222

[2] البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع، ج3، ص406، رقم: 5273

[3] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص224

[4] عامر سعيد الزيباري، المرجع نفسه، ص226

واستدلوا كذلك بما روي عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة، وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود.[1]

ب- ذهب أصحاب القول الثاني إلى أن الخلع فسخ وليس بطلاق إلا إذا سمى تطليقة فهي كذلك، وعلى هذا فإيقاع الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، وممن ذهب على هذا القول ابن عمر في رواية له، وهو كذلك ما ذهب إليه الشافعي في القديم، وأحمد في رواية عنه، وطاووس ، وابن عباس، وعكرمة، وأبو ثور، وإسحاق.[2].

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ((ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحُ بِإِحسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُم أَن تَأخُذُواْ مِمَّا ءَاتَيتُمُوهُنَّ شَيـًٔا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِن خِفتُم أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا ٱفتَدَت بِهِۦ تِلكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ * فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِن بَعدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوجًا غَيرَهُۥ)) [سورة البقرة: 229 – 230].

ووجه الدلالة من الآية أنه ذكر الطلاق مرتين، وكل مرة منهما تتبع بإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ثم ذكر افتداء الزوجة لنفسها في مقابل بدل مالي تقدمه للزوج، ثم قال بعدها: ((فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِن بَعدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوجًا غَيرَهُۥ))، أي إن طلقها بعد ذلك، فلو كان الخلع طلاقا لترتبت عليه حرمة النكاح حتى تنكح زوجا غيره.[3]

واستدلوا كذلك من السنة عندما أمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابت بن قيس أن يطلق امرأته تطليقة وأمرها كذلك أن تعتد بحيضة فقط، فلو كان ما وقع طلاقا لأمرها أن تعتد بثلاث حيضات

[1] عامر سعيد الزيباري، مرجع سابق، ص226

[2] آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص329

[3] المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014م، ص44

استنادا لقوله تعالى: ((وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ)) [سورة البقرة: 228]، ومادام قد أمرها بالاعتداد بحيضة واحدة فهو حينئذ فسخ وليس بطلاق.[1]

ويمكن القول إن أرجح القولين هو قول الجمهور لقوة الأدلة التي اعتمدوا عليها.

ثانيا: تكييف الخلع عند المشرع الجزائري

ذهب المشرع الجزائري إلى القول بأن الخلع طلاق وليس بفسخ، ويظهر ذلك جليا حين وضع الخلع تحت عنوان الطلاق، وقد صرح بذلك في المادة 48 (ق أ ج) التي جاء فيها: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 و54 من هذا القانون"[2]، وإذا رجعنا إلى نص المادة 54 (ق أ ج) نجدها تتحدث عن الخلع، وعلى هذا فكل ما ورد في نص المادة 48 من أحكام سواء ما كان منها بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الطرفين، أو بطلب من الزوجة تعد من قبيل الطلاق لا الفسخ، إضافة إلى أن الفسخ يقع إذا وجد اختلال أو نقص في أحد أركان العقد، بينما الخلع يقع في علاقة زواج شرعية ليس فيها أي خلل أو نقص في أركان العقد.[3]

الملاحظ على المشرع الجزائري أنه وافق قول جمهور الفقهاء بالقول بأن الخلع يقع طلاقا وليس بفسخ ويتجلى ذلك من خلال المادة 54 (ق أ ج).

المطلب الثاني: المراحل التي مر بها الخلع في التشريع الجزائري

سنتطرق في هذا المطلب إلى التشريع الجزائري للخلع في مرحلة ما قبل صدور قانون 84 – 11 (الفرع الأول)، ثم في ظل القانون 84 – 11 (الفرع الثاني)، ثم نأتي بعدها على التشريع الجزائري

[1] آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص330

[2] الأمر رقم 05 – 02 مؤرخ في: 27 فبراير 2005م، يعدل ويتمم قانون الأسرة، ج ر، العدد: 15، مؤرخ في: 27 فبراير 2005م

[3] بلعربي دامية، سلحي لينة، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2022/2021م، ص36

للخلع في ظل القانون 02 ـ 05 (الفرع الثالث)، ثم نتناول بعد ذلك الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الخلع في مرحلة ما قبل صدور قانون 84 – 11

بعد أن نالت الجزائر استقلالها في 05 – جويلية – 1962م ولأن الجزائر لم تكن بعد قد استكملت أسس بنائها كدولة قوية فقد ظل العمل بالتشريعات الأجنبية قائما باستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية، وفي تاريخ 05 – جويلية – 1975م ألغيت جميع التشريعات الأجنبية التي كانت سارية المفعول، أما بخصوص قانون الأسرة فقد بقي العمل بالتشريعات التي أصدرتها الإدارة الفرنسية بالأمر الصادر في 04 – فبراير – 1959م، والمرسوم الصادر في 17– سبتمبر – 1959م بلائحة تطبيقية.[1]

الفرع الثاني: التشريع الجزائري للخلع في ظل قانون 84 – 11

في مطلع الثمانينات ومع تصادم النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى وآراء الفقه الإسلامي، صدر قانون الأسرة الجزائري المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق لـ 06 يونيو 1984م، وبالرجوع إلى نص المادة 54 منه والتي نصت على: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم" فقد جاءت هذه المادة غامضة حيث لم يتعرض المشرع إلى تكييف الخلع هل هو يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة، أم هو حق خالص للزوجة، واكتفى بالإشارة إلى أن تحديد البدل يحكم فيه القاضي في حالة التنازع، ولا يتجاوز البدل صداق المثل وقت الحكم، وعلى هذا فقد اتجه بعض الفقهاء إلى أن الخلع من أنواع الطلاق الرضائي، بحيث يطلقها الزوج في مقابل مال تدفعه إليه.[2]

[1] باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د ط)، 2007م، ص72

[2] حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2021/2020م، ص264

ولا يلزم الخلع وتترتب آثاره إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول، على أنه يجوز لكلا الطرفين أن يرجع عن الإيجاب قبل قبول الطرف الآخر.[1]

وقد ذهب إلى هذا الرأي عبد العزيز سعد، فيرى أن الخلع رخصة ما شرع إلا مراعاة لمصلحة الزوجة ، وهذه الرخصة ليست من الحقوق الزوجية التي تقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، وممن ذهب إلى هذا الرأي كذلك العربي بلحاج الذي يرى أنه إذا وقع اتفاق بين الزوج وزوجته أن تدفع له مالا مقابل طلاقها وكان ذلك بإيجاب وقبول سمي ذلك مخالعة، وعلى هذا فإن تكييف الخلع قانونا أنه مثل الطلاق على مال.[2]

ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري اعتبر الخلع عقدا رضائيا وذلك استنادا إلى قانون 84 – 11، وهذا ما كان عليه العمل عند قضاة المحكمة وبالخصوص في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة، وعلى سبيل المثال جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه، لما كان من الثابت . في قضية الحال . أن المطعون ضدها طلبت التطليق، ولما يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادا لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع".[3]

الحكم نفسه نجده في قرار آخر: "... من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون.

[1] حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص264

[2] حفصية دونة، المرجع نفسه، ص264

[3] قرار رقم: 51728، المحكمة العليا، بتاريخ 1988/12/21، المجلة القضائية، العدد03، ص72

ولما كان من الثابت –في قضية الحال– أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع وقضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع، يكون بقضائه كما فعل أخطا في تطبيق القانون".[1]

وقد غيرت المحكمة العليا اجتهادها في سنوات التسعينات وذلك قبل تعديل 2005 بحيث ناقضت في قراراتها ما كانت تذهب إليه في الثمانينات، وفي هذا دليل على أن المشرع أراد أن يقر حق الزوجة بالخلع بإرادتها المنفردة في المادة 54، وعلى هذا نجد أن القضاة استدركوا وغيروا في اجتهادهم، ومن أمثلة ذلك في قرارات المحكمة العليا: "إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة، وسواء رضي به الزوج ام لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج".[2]

الفرع الثالث: التشريع الجزائري للخلع في ظل الأمر 05 – 02

حدد المشرع في هذه المرحلة الإطار الحقيقي للخلع، فعده حقا خالصا من حقوق المرأة ولها مطلق الحرية فيه، وهو في هذا يوازي تماما الطلاق بالإرادة المنفردة، فقد نص المشرع في المادة 54 المعدلة بالأمر 05 – 02: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"، فالقانون نص صراحة على أن الخلع حق للزوجة لها استعماله متى أرادت دون موافقة الزوج ودون حاجة لأن تبرر وتبين دوافعها في طلب الخلع أمام القاضي، وتلتزم في مقابل ذلك أن تدفع بدلا ماليا يقدره القاضي شرط أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل، ويتضح من خلال هذه المادة كذلك بأن الزوج لم يعد له أي

[1] قرار رقم: 73885، بتاريخ 1994/04/19، نقلا عن: آيت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص350

[2] قرار رقم: 103793، بتاريخ 1994/04/19، نشرة القضاة، عدد51، نقلا عن: حفصية دونة، مرجع سابق، ص265

أثر في إيقاع الخلع، ولا حق له كذلك في تقدير البدل المالي الذي يجب أن لا يتجاوز صداق المثل، وهذا ربما يكون فيه إجحاف بحق الزوج.[1]

صارت الزوجة بعد تعديل 05 – 02 لها الخيار المطلق في مخالعة الزوج وإنهاء العلاقة الزوجية دون أخذ موافقة الزوج، فيحق للزوجة أن تتقدم بطلب الخلع إلى القاضي إذا رأت تعنتا من الزوج في القبول، أو ألزمها بمبلغ لا تقدر على دفعه، وعليه فالمشرع الجزائري جعل الخلع من الحقوق الأصيلة للزوجة وهو يقابل في ذلك حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، فيمكن للزوجة أن تلجأ إلى الخلع إذا تعذر عليها مواصلة الحياة مع زوجها.[2]

ومن قرارات المحكمة العليا التي تؤيد هذا، القرار رقم 656259 بتاريخ 15 – 09 – 2011 قضية (ب ع) ضد (ط ي).[3]

يتبين لنا مما سبق أن المشرع الجزائري قد أتاح للزوجة أن تطلب الخلع في الحالة التي يتعذر عليها فيها الحياة معه بسبب كرهها له، وهذا السبب هو الذي شرع لأجله الخلع، بخلاف التطليق الذي شرع لأجل الضرر.

الفرع الرابع: الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا

لم تعتمد المحكمة العليا سابقا على اجتهاد معين في الحكم على قضايا الخلع، فذهب فريق إلى أنه يجب على الزوجين أن يتراضيا في فك عقد الزواج بالخلع، وذهب فريق آخر إلى أن الشريعة الإسلامية منحت للزوجة حق الخلع، فهو حق متمحض لها لفك الرابطة الزوجية.[4]

---

[1] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009–2010م، ص181 – 182

[2] أحمد فواتيح كريمة، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2022–2023م، ص26

[3] قرار رقم: 65259، المحكمة العليا، بتاريخ 15–09–2011م، مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2012، ص318

[4] باديس ذيابي، مرجع سابق، ص71

ولهذا حين نرجع إلى قرارات المحكمة العليا سابقا نجها قد تضاربت وتناقضت فيما بينها، فنجد أن بعضها قد حكم بأن الخلع عقد رضائي، في حين نجد أن بعضها الآخر قد حكم بأن الخلع حق خالص للزوجة ولو دون موافقة الزوج ورضاه، وتفصيل الرأيين كما يلي:

أولا: الرأي القائل برضا الزوج لصحة الخلع

وهذا الرأي ذهب أصحابه إلى أن الخلع لا يصح ولا تترتب عليه آثاره إلا بموافقة الزوج ورضاه، ومن أمثلته عدة قرارات أصدرتها المحكمة العليا منها:

1- القرار الصادر بتاريخ 08 – 02 – 1982 ملف رقم 26709 والذي قضى بـ: "من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها، إن قبل تم الخلع وطلقت منه".[1]

2- القرار الصادر بتاريخ 02 – 09 – 1991 الذي يوجب رضا الزوج لصحة الخلع بقولها: "حيث إن التفسير الوارد بأسباب الحكم المطعون فيه كان مخالفا لقصد المشرع المنصوص عليه في أحكام المادة 54 من قانون الأسرة، ذلك أن المشرع اشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يمكن فرضه عليه من طرف القاضي، وأن أحكام المادة أعلاه تجيز للقاضي حق التدخل في الاتفاق على مبلغ الخلع فقط لا على مبدأ الخلع الذي يترك لإرادة الزوج...".[2]

[1] قرار رقم 26709، المحكمة العليا، بتاريخ 08-02-1982م، نشرة القضاء، عدد خاص، ص258، نقلا عن: مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص180

[2] براهيمي آسيا، رضائية الزوج في الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والاجتهادات القضائية الجزائرية، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 09، العدد 01، جوان 2022، ص558

ثانيا: الرأي القائل بعدم رضا الزوج لصحة الخلع

وقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أنه لا يشترط رضا الزوج أو قبوله في الخلع فيكفي أن تطلب المرأة إيقاع الخلع بإرادتها المنفردة فيقع، وهذه بعض الأمثلة عن قرارات أصدرتها المحكمة العليا ذهبت فيها إلى عدم اشتراط رضى الزوج في الخلع:

1- قرار صادر بتاريخ 21 – 07 – 1992 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيئ يحكم القاضي بما لا يجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إن المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم، دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

2- قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 – 07 – 1996 والذي جاء فيه ما يلي: "لكن وحيث إن الخلع هو حق خولته الشريعة السمحاء للزوجة لفك رابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه، وأن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب المطعون ضدها في الخلع وقضى به، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية وما تنص عليه المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري"[2].

[1] قرار رقم 83603، المحكمة العليا، بتاريخ 21-07-1992م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، 2001م، ص134

[2] قرار رقم 141262، المحكمة العليا، بتاريخ 30-07-1996م، غير منشور، نقلا عن: حفصية دونة، مرجع سابق، ص267

3- القرار الصادر بتاريخ 16 – 03 – 1999 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

المطلب الثالث: إجراءات التقاضي في دعوى الخلع

إذا نظرنا في قانون الأسرة نجده قد عالج موضوع الأحوال الشخصية وما يتعلق بالأحكام والقواعد المنظمة للأسرة، لكنه لم يتناول الطرق الإجرائية التي ينبغي اتباعها عند النزاع بين الزوجين لاسيما ما يتعلق بفك الرابطة الزوجية، وهذا ما يحتم علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتحديد اختصاص المحاكم في دعاوى الخلع (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك معرفة كيفية سير الدعوى ومدى سلطة القاضي في الخلع وما دوره في الخلع (الفرع الثاني)، ثم أخيرا نبين طبيعة الأحكام القضائية في دعاوى الخلع (الفرع الثالث).

الفرع الأول: اختصاص المحاكم في دعوى الخلع

ينقسم اختصاص المحاكم في دعوى الخلع إلى قسمين وهما الاختصاص النوعي (أولا)، والاختصاص الإقليمي (ثانيا).

أولا: الاختصاص النوعي: قسم شؤون الأسرة يستند الاختصاص فيه إلى مضمون قانون الأسرة الذي يحدد الجانب الموضوعي لقضايا الأسرة، أما الشق الإجرائي فينظمه قانون الإجراءات الإدارية والمدنية، وقد نصت المادة 1/423 (ق إ م إ) على ما يلي: " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

[1] قرار رقم 216239، المحكمة العليا، بتاريخ 16-03-1999م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، العدد الخاص، 2001م، ص138

الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".[1]

ثانيا: الاختصاص الإقليمي: إن المادة 426 (ق إ م إ) حددت الاختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة استنادا إلى طبيعة كل نزاع، فقد يكون في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي بناء على اختيار الطرفين، ويرجع إلى قواعد الاختصاص في القضايا الأخرى التي لم يرد ذكرها، وقد نصت المادة 426 (ق إ م إ) على ما يلي: " تكون المحكمة مختصة إقليميا:

في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه، في موضوع إثبات الزواج بمكان وجود موطن المدعى عليه، في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".[2]

الفرع الثاني: سير دعوى الخلع

نتناول في هذا الفرع سلطة القاضي في الخلع (أولا)، ثم نأتي على إجراءات الصلح (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في دعوى الخلع: إن كل دعوى ترفع أمام المحكمة يكون لها قاض مختص يفصل فيها، وتتم دعوى الخلع أمام المحكمة المختصة عن طريق رفع دعوى قضائية من قبل المدعية وهي الزوجة التي تخالع زوجها، ويجري ذلك أمام المحكمة، ويتم تبليغ الزوج بالعريضة الافتتاحية التي رفعتها الزوجة ضده، وتتاح له مهلة للإجابة عن العريضة بمذكرة جوابية، وبعد ذلك يتم وضع القضية للنظر فيها ونطق قاضي شؤون الأسرة بالحكم.[3]

[1] قانون رقم 08-09، مؤرخ في: 23 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد: 21، لسنة 2008

[2] بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2، (د ت ن)، ص328-329

[3] عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، (د ب ن)، الجزائر، 2003م، ص162

ثانيا: الصلح في دعوى الخلع

أ- الصلح لغة: جاء في لسان العرب لابن منظور: "والصّلح: تصالح القوم بينهم. والصّلح: السّلم. وقد اصطلحوا وصالحوا واصّلحوا وتصالحوا واصّالحوا، مشدّدة الصّاد، قلبوا التّاء صادا وأدغموها في الصّاد بمعنى واحد. وقوم صلوح، وأصلح ما بينهم وصالحهم مصالحة وصلاحا".[1]

ب- الصلح اصطلاحا: يرى الدكتور أحسن بوسقيعة بأن الصلح أو المصالحة تدور حول معنى تسوية للنزاع بطريقة ودية، ويمكن أن يعرف كذلك بأنه: عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل.[2]

ج- الصلح في التشريع الجزائري: لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 (ق م) بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أم يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

ويجب في جميع الحالات عقد جلسات للصلح بين الزوجين على سبيل الإلزام والإجبار يباشرها القاضي قبل النطق بالحكم النهائي خشية على الأسرة والأولاد من التفكك والتشرد، وقد نصت على ذلك المادة 49 (ق أ ج) : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه كل من كاتب الضبط والطرفين".[3]

ويجب على المحكمة لزاما أن تثبت ذلك بمحاضر جلسات تبين فيها أنها عرضت الصلح على الزوجين.[4]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج2، ص517

[2] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09/08المؤرخ في فبراير سنة 2008 (الخصومة، التنفيذ التحكيم)، دار الهدى، عين ملية، الجزائر، (د ط)، (د ت ن)، ص542

[3] حفصية دونة، مرجع سابق، ص280

[4] حفصية دونة، المرجع نفسه، ص275

وقد استقر الرأي عند المحكمة العليا بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وذلك بعدد محاولات صلح يجريها القاضي، ويتم الصلح في جلسة سرية سواء كان طلاقا بالتراضي أو بطلب من أحد الزوجين كم جاء ذلك في نص المادة 439 (ق إ م إ): "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، وهو إجراء وجوبي يباشره القاضي بنفسه، وإذا تفاقمت الخصومة بين الزوجين ولم تستطع الزوجة إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.[1]

يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا وذلك في التاريخ المحدد لإجراء الصلح ويمكن نزولا عند رغبة أحد الزوجين أن يحضر أحد أفراد العائلة ويشارك في محاولة الصلح، كما جاء ذلك مبينا في المادة 440(ق إ م إ): "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا.

ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح".

يعطي القاضي للزوجين فترة تفكير لمحاولة صلح جديدة، ويجوز له أن يتخذ التدابير اللازمة المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن، وفي كل الحالات يجب ألا تتعدى محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 442 (ق إ م إ): " يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة موجب أمر غير قابل لأي طعن.

في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق"

إذا تعذر واستحال حضور أحد الزوجين أو حدث له مانع منعه من الحضور في التاريخ المحدد، جاز للقاضي إما تحديد وقت آخر للجلسة أو تعيين قاض آخر يسمعه بموجب نيابة قضائية، إلا أنه إذا لم يكن هناك عذر لغياب أحد الزوجين ـ رغم تبليغه شخصيا ـ عن حضور الجلسة المحددة للصلح، فإن القاضي يحرر محضرا بذلك، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 441 (ق إ م إ): "

[1] حفصية دونة، مرجع سابق، ص275

إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك".

يشرع في مناقشة موضوع الدعوى في حالة عدم الوفاق والصلح، أو في حالة تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له، وذلك طبقا لما نص عليه المشرع في المادة 4/443 (ق إ م إ): " في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

بالنسبة لدور الحكمين: جاء النص عليه من المشرع الجزائري في المادة 56 (ق أ ج): " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين."

ومن الملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع لم يبين الكيفية التي يتم بها تعيين الحكمين، ولم يبين كذلك متى يتم اللجوء إلى هذا الإجراء، ولم يتطرق كذلك إلى الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الحكمين، فحينئذ نرجع إلى الشريعة الإسلامية وقد اشترطت في الحكمين العدالة والإسلام.

وبعد انتهاء مهمتهما يرفعان تقريرا إلى القاضي في أجل شهرين من تاريخ التعيين، حيث يقدم على نسختين توضع الأولى بالملف وتوضع الثانية بكتابة الضبط للاطلاع عليها، ويجب أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار ما هو مكتوب في التقرير، ولكن هذا غير موجود عمليا وإن كان واجبا على القضاة، لأنهم لا يريدون تطويل الإجراءات ويكتفون بالصلح فقط.[1]

[1] عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، (د ط)، 2000م، ص120

الفرع الثالث: طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع

انقسم الفقهاء والقانونيون في طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع إلى قسمين: قسم يرى أن أحكام الخلع لا تقبل الطعن بالاستئناف (أولا)، بينما يرى الطرف الآخر أنها أحكام تقبل الطعن (ثانيا).

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف: يرى أصحاب هذا الرأي أن أحكام الخلع الصادرة عن المحكمة تكون ابتدائية نهائية لا تقبل الاستئناف، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، ويظهر ذلك جليا من خلال المادة 57 (ق أ ج) "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، واستند أصحاب هذا الرأي كذلك إلى أن الخلع حق للزوجة منحته إياها الشريعة الإسلامية عند الاقتضاء، وليس عقد رضائيا بين الزوجين.[1]

ثانيا: أحكام الخلع قابلة للاستئناف: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للاستئناف "حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقتضي برفض طلب التطليق بالخلع عندما وقع فيها الطعن بالاستئناف أنهى إلى إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالتفريق بالخلع، كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييدا لحكم محكمة الدرجة الأولى وبعضها الآخر ألغى حكم الدرجة الأولى، وصرح من جديد بالتفريق بالخلع وتكون المحكمة العليا قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي على درجتين عن تلك الدعوى وأن المحكمة العليا لو اعتبرت أن التقاضي في دعوى الخلع يجري على درجة واحدة لصرحت بنقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة".[2]

ويمكن أن يكون الاتجاه الأقرب إلى الصواب هو رأي أصحاب الاتجاه الثاني، لأن كره الزوجة لزوجها قد يكون في فترة مؤقتة ولظروف معينة فتخالعه بسبب ذلك، ثم بعد زوال تلك الظروف ومرور مدة زمنية تندم على فعلها وتحاول تدارك خطئها.

[1] عمر زودة، مرجع سابق، ص162

[2] حفصية دونة، مرجع سابق، ص278

الفصل الثاني:

التعسف في حق الخلع وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

وفيه مبحثان:

- **المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع وصوره**
- **المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال حق الخلع في الشريعة والقانون**

الفصل الثاني: التعسف في حق الخلع وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع ينجم عنه ضرر يلحق الزوج، حيث أن الزوج سيتضرر إزاء إجحاف المرأة في حقه، من هذا المنطلق ارتأينا أن نبين في هذا الفصل متى تعتبر الزوجة متجاوزة لحقها المشروع حتى تُعدّ متعسفة فيه؟ وهل يحق للزوج المتضرر في حال تعسف زوجته المطالبة بتعويض عما لحقه من ضرر؟ ولهذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: أبرز ما سنعالج فيهما تطبيق معايير التعسف على الخلع ومسألة الضرر كأثر مترتب عنه (المبحث الأول)، والجزاء المقرر على ذلك في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع وصوره

تطرقنا في الفصل السابق لفكرة التعسف في استعمال الحق وفصلناها على شقّي الفقه، الشّرعي منهما والوضعي، كمّا فصلنا مسألة الخلع، لذا لا بدّ لنا ها هنا من إسقاط حق الخلع على فكرة التعسف وتطبيق معايير هذا الأخير على استعمال الزوجة لحقها في الخلع، لذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نطبق في أولهما معايير التعسف على الخلع، أما في ثانيهما سنتطرّق لأبرز صور تعسف الزوجة في مسألة الخلع بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع

سنحاول في هذا المطلب إسقاط بعض معايير التعسف في استعمال الحق على الخلع مقتصرين على معايير التعسف في الشريعة الإسلامية كونها الأصل الذي يرجع إليه تصور نظرية التعسف في استعمال الحق، وكونها المصدر الأول الذي تحيل عليه أحكام قانون الأسرة الجزائري في حالة عدم وجود النص[137]، إذ أن هذا الأخير جاء خاليا من الإشارة إلى حالة تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، وقد سبق معنا أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تجمع بين معياريين رئيسيين: معيار ذاتي أو شخصي (الفرع الأول)، وآخر مادي أو موضوعي (الفرع الثاني).

[137] ينظر المادة 222 (ق أ ج)

الفرع الأول: المعيار الشخصي (الذاتي)

ويقصد به النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[1]، ويتضمن المعيار الشخصي الذاتي معيارين اثنين:

أولا: قصد الإضرار

قصد الإضرار هو "توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياسا 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"[2]، فقصد الإضرار بالغير ممنوع شرعا لكونه يتنافى وأغراض الشريعة الإسلامية من تشريعها للحقوق.

ويعتبر معيار قصد الإضرار أقدم معايير التعسف غير أن الكشف عنه صعب نوعا ما لذلك يستعان في تبيينه بالأمور الظاهرة المادية كالقرائن، وبما أن المسألة هنا نفسية يتعذر التدليل عليها فإنه يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع، والأصل أن الخلع شرع عند الضرورة، وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الخلع تعسفيا ويظهر ذلك من خلال تعرض الزوجة للإضرار وتمسكها بالخلع في جلسات الصلح الثلاث على الرغم أن الزوج قد لا يرضى بالفراق، ونذكر كأمثلة عن هذا المعيار أن توقع الزوجة الخلع قصد الإضرار بزوجها أو أهله انتقاما منهم أو توقعه في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث.

ثانيا: المصلحة غير المشروعة

ويقصد به "استعمال الحق على الوجه غير المشروع، بأن يكون الباعث من استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق"[3]، فيكون قصد صاحب الحق هنا مضادا لقصد الشارع في التشريع

[1] جانم جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م، ص74

[2] جانم جميل فخري، المرجع نفسه، ص74-75

[3] جانم جميل فخري، المرجع نفسه، ص80

ومعاندة قصد الشارع عينا باطلة، وبالضرورة يبطل كل ما أدى إلى ذلك، فإذا كانت الزوجة تهدف من خلال الخلع إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا فإنها بذلك تكون متعسفة فيه، لأن الشرع وإن جعل أمر الخلع بإرادة الزوجة المنفردة فإنه يكون عند استحالة الحياة الزوجية، ومن أمثلة ذلك: استعمال الزوجة حقها في الخلع في مرض الموت بغرض حرمانه من الميراث لأنها لم تستعمل الخلع فيما شرع له إنما تقصد منه مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها[1]، فيكون الخلع تعسفيا عندئذ.

الفرع الثاني: المعيار المادي (الموضوعي)

يعتمد المعيار المادي على ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإن كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها وبعض، وكذا بين الحق الفردي والمصلحة العامة.

ويضم المعيار المادي معيارين اثنين هما: معيار الاختلال البيّن في التوازن بين المصالح المتعارضة، ومعيار الضرر الفاحش:

أولا: انعدام التناسب بين المصالح المتعارضة

ويقصد به "مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين"[2]، فالزوجة قد تقوم أحيانا بإيقاع الخلع بناء على أسباب تعتبرها مبررات وذلك لدفع الضرر عن نفسها، وبالموازنة بين ما ينتج من إيقاع الخلع من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق كل من الزوج والأولاد نجد أن المفاسد والأضرار الناتجة أكبر من المصالح المراد تحقيقها وبذلك تكون الزوجة متعسفة في حقها.

والجدير بالذكر هنا أن الشريعة الإسلامية وعلى خلاف التشريعات الوضعية قد وسعت من نطاق معايير نظرية التعسف بإقرارها لمعيار التناسب بين المصالح المتعارضة الذي يقتضيه مبدأ العدل

[1] حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص281

[2] جانم جميل فخري، مرجع سابق، ص242

المطلق في الفقه الإسلامي[1]، وهذا المعيار موضوعي مادي ينظر إلى ثمرة الأفعال ونتائجها بالذات، وهو مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الإسلامي وهو النظر في مآلات الأفعال.

ثانيا: الضرر الفاحش

وهو معيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في علاقات الجوار، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها رعاية للصالح العام ، ويقصد بالضرر الفاحش "ما يكون سببا للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية"[2]، وينقسم الضرر الفاحش بذلك إلى قسمين، القسم الأول وهو الضرر الفاحش المألوف والذي يصيب الجار دون أن يخرج عن حدود استعمال الحق العادي، والقسم الثاني هو الضرر الفاحش الذي يتجاوز فيه صاحب الحق على حقوق الآخرين، والمقصود هنا هو الثاني، فقيام الزوجة بخلع زوجها قد يضر به ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا وكان الزوج يبذل ما في وسعه للإنفاق عليها وبعد أن تقدم به العمر قامت الزوجة بمخالعته، وهو في أمسّ الحاجة إلى من يقف إلى جانبه ويخفف عنه ألم الوحدة ومشاق الحياة الزوجية، بذلك تكون حتما قد أضرت به ضررا فاحشا وخاصة إذا أفنى شبابه في تلبية رغباتها وبعد أن هرم اختلعت منه وتركته، وأصبحت فرصته في الزواج مرة أخرى ضئيلة وبالتالي سيعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى نظرة المجتمع المجحفة في حقه[3]، وعليه فإن الزوجة هنا تكون متعسفة في استعمال حقها في الخلع.

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع

تختلف الحالات التي تستعمل فيها الزوجة الخلع، فقد تسيء إيقاعه لتصل بذلك لحدّ التعسف فيه، ويتجلّى ذلك في عديد الصّور والمظاهر التي قد أشرنا إليها بشكل مجمل عند تطبيقنا لمعايير التّعسّف في الخلع –في الفرع السّابق–، وسنتطرّق في فروع هذا المطلب إلى صورتين منها بالتّفصيل، كون إحداهما هي الأكثر شيوعا في عصرنا وهي الخلع من غير سبب شرعي (الفرع الأول)، وكون الأخرى

[1] أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع، رسالة ماجستير في شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، المدية، 2014م، ص120

[2] جاثم جميل فخري، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص94

[3] بن نقعوش فاطمة الزهراء، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع، مرجع سابق، ص66-67

محلّ اختلاف بين الفقهاء قديما وحديثا، بل حتى بين التقنينات الوضعية بغية التّعرّف على أقرب الأقوال إلى الصواب فيها وهي خلع المريضة مرض الموت زوجها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي

نتناول في هذا الفرع حكم خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي (أولا)، ثم نتعرف بعد ذلك على حالات الخلع بغير سبب شرعي (ثانيا)، ثم أخيرا نتحدث عن تطبيق معايير التعسف على الخلع دون سبب شرعي (ثالثا).

أولا: حكم خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي

أ- حكم خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي في الفقه الإسلامي

اتفق جمهور الفقهاء على جواز الخلع الذي يكون بسبب، سواء لكراهة الزوج أو لسوء خلقه أو خوفا من كره الكفر في الإسلام أو غير ذلك من الأسباب الجدّية التي تستدعي ذلك، لقوله تعالى: ((فَإِن خِفتُم أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيهِمَا فِيمَا ٱفتَدَت بِهِۦ)) [سورة البقرة: 229].

أما إذا خالعت الزوجة زوجها بدون مبرر ولا سبب جدّي بالرغم من استقامة زوجها فللفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو جواز الخلع مع استقامة حال الزوج واستقرار الحياة الزوجية دون شقاق أو ضرر، وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية[1]، وقد استدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة النبوية:

[1] محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1331هـ، ج6، ص161. الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1317هـ، ج4، ص12. الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، (د ب ن)، (د ت ن)، ج2، ص489

1- من القرآن:

قوله تعالى: ((وَءَاتُواْ ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحلَة فَإِن طِبنَ لَكُم عَن شَيء مِّنهُ نَفسا فَكُلُوهُ هَنِيا مَّرِيئًا)) [سورة النساء: 4]

أمّا عن وجه الاستدلال فقالوا أنه إذا حل له أن يمتلك ما طاب به نفسها من غير أن يملك بضعها، فأولى أن يحل له إذا ملك بضعها.[1]

2- من السنة:

فقد استدلوا بحديث امرأة ثابت بن قيس وفيه: " ... فقالت: يا رسول الله، ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".[2]

وجه الاستدلال أن سبب طلب امرأة ثابت بن قيس للخلع ليس لسوء خلق ثابت بن قيس ولا لضرر منه، بل بسبب الخوف من الكفر في الإسلام ومع ذلك أجاز الرسول صلى الله عليه وسلم الخلع فيها.

يقول في ذلك القرطبي: "والذي عليه الجمهور من الفقهاء أنه يجوز الخلع من غير اشتكاء ضرر، كما دل عليه حديث البخاري وغيره، وأما الآية فلا حجة فيها، لأن الله تعالى لم يذكرها على جهة الشرط، وإنما ذكرها لأنه الغالب من أحوال الخلع، فخرج القول على الغالب، والذي يقطع العذر ويوجب العلم قوله تعالى: ((وَءَاتُواْ ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحلَة فَإِن طِبنَ لَكُم عَن شَيء مِّنهُ نَفسا فَكُلُوهُ هَنِيا مَّرِيئًا)) [سورة النساء: 4]، حيث أباحت للزوجة بذل المال دون قيد وجود الشقاق منها مع زوجها أو كراهتها له".[3]

وقال الماوردي: "وأما الخلع بغير سبب وهو أن لا يكون من أحد الزوجين تقصير في حق صاحبه ولا كراهة له فيجوز خلعهما ولا يكره لهما وهو قول الأكثرين".[4]

---

[1] سامي محمد أبو عرجة، أحكام الخلع وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 17، ع1، غزة، 2015م، ص383

[2] سبق تخريجه، ص35

[3] القرطبي: أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ 1964م، ج3، ص140

[4] الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير، ت: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994م، ج10، ص7

ولأن كل عقد صح مع الكراهة فأولى أن يصح مع الرضا، وكسائر العقود من البيوع وغيرها.

القول الثاني: مذهب الحنابلة وهو قول للمالكية والشافعية[1]، يكره الخلع ويقع إذا كان بدون سبب، واستدلوا بنفس أدلة أصحاب القول جمعا مع حديث "لا ضرر ولا ضرار".[2]

وجه الدلالة واضح في الضرر الذي يلحق الزوج في هذه الحالة، لأنه لا سبب لطلب الفراق، ولأنه عبث فيكون مكروها، ولما فيه من قطع النكاح الذي هو مطلوب الشرع، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".[3]

حيث أن الطلاق غير محبب رغم مشروعيته فالخلع كذلك، لأنه نوع من الفراق بين الزوجين.

القول الثالث: تحريم الخلع في حالة استقامة الزوج، وهو قول للحنابلة[4]، واستدلوا بقوله تعالى:((وَلَا يَحِلُّ لَكُم أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ)) [سورة البقرة: 229].

ووجه الدلالة من الآية أنها تدلّ على المخالعة بالمعروف، كأن كرهت الزوجة زوجها لخلقه أو لنقص دينه، وخافت أن لا تطيع الله فيه، لأنه عوض لتحصيل مقصودها من الفرقة، لذلك جاءت مشروعية الخلع، وبمفهوم المخالفة حرمة المخالعة من غير ما بأس.

أما دليلهم من السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير

---

[1] الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص347. الفيروزآبادي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: 476 هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ 1983م، ص171. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج4، ص430

[2] سبق تخريجه، ص14

[3] ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (ت: 273 هـ)، سنن ابن ماجه، ت: فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، (د ط)، (د ت ن)، ج1، ص650، رقم 2018

[4] ابن مفلح: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، (ت: 884 هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ 1997م، ج6، ص268

بأس فحرام عليها رائحة الجنة".[1]

وقوله صلى الله عليه وسلم: "المنتزعات والمختلعات هن المنافقات".[2]

ويفهم من الحديثين جزاء الزوجة التي تخلع زوجها من غير سبب شرعي، فمكانتها واضحة وهو حرمانها من الجنة، وهذا الجزاء يقتضي أن يكون الفعل محرما ومن كبائر الذنوب.

من خلال من تم ذكره من الأقوال الثلاثة، لعلّ أقرب قول إلى الصواب هو القول بكراهة الخلع دون سبب مع القول بوقوعه، وذلك من خلال حديث امرأة ثابت بن قيس التي طلبت من الرسول صلى الله عليه وسلم بأن يخلعها من زوجها دون عيب فيه، إنما خوفا من تقصيرها في واجباتها الزوجية تجاهه، حيث إنها تمدح زوجها في حسن المعاشرة والخلق، وهذا الحديث خير دليل للقول بجواز الخلع بدون سبب إلا أنه مكروه، ذلك أن فيه ضررا للزوج، وهذا إعمالا لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[3] وجمعا بين الأدلة، وكما هو معلوم من أن الجمع أولى من الترجيح، كما أن طلاق الزوج بغير سبب يقع مع الكراهة، فإن الخلع كذلك إذا ما اعتبرناه طلاقا فإنه يأخذ نفس الحكم.

ثانيا: حالات الخلع بغير سبب شرعي

تختلف حالات الخلع بغير سبب شرعي باختلاف تنوعها من حالة إلى أخرى، ويرجع السبب إلى التطورات الحاصلة في المجتمعات، ولعلنا نقتصر على الحالة الأبرز، ألا وهي إكراه الزوجة زوجها على الخلع، أو بتعبير آخر خلع الزوجة زوجها دون موافقته.

أ- إكراه الزوجة زوجها على الخلع في الفقه الإسلامي: هذه المسألة ألحقها الفقهاء بطلاق المكره، وقد اختلفوا فيها على رأيين:

الرأي الأول: خلع المكره لا يقع، يقول ابن قدامة في المغني أن طلاق المكره لا يقع، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عمرو وابن عباس وابن الزبير وعكرمة والحسن وجابر بن زيد وشريح وعطاء وطاووس

---

[1] سبق تخريجه، ص34

[2] النسائي: أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب (ت: 303 هـ)، سنن النسائي، تحقيق حسن شلبي، كتاب الطلاق، باب الخلع، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ 2001م، ج5، ص276، رقم: 5626

[3] سبق تخريجه، ص14

وبن عوف ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأبي عبيدة.[1]

ومن أدلتهم: قوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه".[2]

فقوله صلى الله عليه وسلم بوضع الله تعالى للإنسان الخطأ والنسيان والإكراه، وهذه الصفات موجودة فينا، فالرفع هنا يقصد به رفع الأثر الناتج عن هذه الصفات، وهذا يدل على عدم وقوع الطلاق وكذا خلعه باعتبار هذا الأخير نوعا من الطلاق.

ويقول ابن قدامة: "ولأن قول المكره هو قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم شرعي، ككلمة الكفر إذا أكره عليها بعد الإيمان".[3]

الرأي الثاني: وقوع طلاق المكره وكذا خلعه، وإليه ذهب أبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه.[4]

واستدلوا بما روي من: "أنّ امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا أو لأذبحنك فناشدها الله فأبت فطلقها ثلاثا، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: "لا قيلولة في الطلاق".[5]

يقول السرخسي: "أن المكره المكلف أوقع الطلاق في محل يملكه فيقع كالطائع وتفسير الوصف أن الإكراه لا يزيل الخطاب".[6]

من خلال الرأيين السابقين لعل الأقرب إلى الصواب هو ترجيح المذهب الأول وذلك لقوة أدلتهم على أدلة المذهب الثاني، وعليه نقول أن المكره لا يقع خلعه.

---

[1] محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص350

[2] ابن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، مرجع سابق، ج1، ص659، رقم 2045

[3] محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج10، ص117

[4] رميساء حوحو، التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023م- 2024م، ص119

[5] سعيد بن منصور الجوزجاني، سنن ابن منصور، ت: حبيب الأعظمي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ 1982م، ج1، ص314، رقم 1130

[6] السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج9، ص177

ب- إكراه الزوجة زوجها على الخلع عند المشرع الجزائري

بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع تكلم على الخلع في مادة واحدة وهو نص المادة 54 إلا أن المشرع لم يتطرق لموضوع الإكراه في الخلع، لأنه لا يُفترض إكراه الزوجة لزوجها على الخلع في قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005، وذلك لأنه يحق للزوجة الخلع دون موافقة زوجها بنص المادة السابقة، ولها طلب الخلع كيف ومتى شاءت دون الرجوع للزوج، إلا أنه قبل التعديل كان يشترط في نفس المادة 54 موافقة الزوج على الخلع، وهذا ما يمكن أن يفترض إكراه الزوجة زوجها على الموافقة على الخلع، فنجد الاجتهادات القضائية تنص على وجوب قبول الزوج للخلع و نذكر منها:

- من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا، ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع.[1]

- من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق، وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50000 دج رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا.[2]

- من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه.[3]

جاءت هذه الاجتهادات قبل التعديل لنص المادة 54 من قانون الأسرة، إذ كان يعتبر الخلع عقدا رضائيا لا ينعقد إلا بتوافق الإرادتين من إيجاب وقبول.

[1] ملف رقم 33652 بتاريخ 11- 06- 1984، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، ع 3، ص38

[2] ملف رقم 36709 بتاريخ 22-04- 1985، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، ع 1، ص89

[3] ملف رقم 51728 بتاريخ 21-11- 1988، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1990، ع 3، ص72

ثالثا: تطبيق معايير التعسف على الخلع بدون سبب شرعي[1]

1- معيار قصد الإضرار

من المقرر أن قيام الزوج بطلاق زوجته دون سبب شرعي ينجم عنه إضرار بالزوجة مما يجعله متعسفا في استعمال حقه، و في المقابل فإن قيام الزوجة بخلع زوجها دون سبب أو حاجة تقتضي ذلك، لا دافع لها إلا قصد الإضرار بزوجها أو بأهله، دون وجود أي مسوغ شرعي يحملها على الخلع، أو بكون السبب الذي تعلقت به تافها لا يتناسب مع ما يترتب عليه من أضرار، والضرر غير المبرر مدفوع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلّم: "لا ضرر ولا ضرار"[2] ، كأن يمنعها زوجها من الخروج من البيت بدون سبب إلا بإذنه، فيتحقق هنا قصد الإضرار في إيقاع الخلع، وبذلك تكون متعسفة في استعمال حقها في الخلع.

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة

يُشرع الخلع ليكون حلا للزوجة في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة، وذلك في حالة سوء العشرة، ولم يرض الزوج بالطلاق، أو لسوء خلقه، وكراهتها له أو غير ذلك من الأسباب المبررة المشروعة لفك الرابطة عن طريق الخلع، أما إذا كان لتحقيق مصلحة خالصة لها دون النظر للطرف الآخر وهو الزوج وخاصة إذا كانت لا تشتكي منه، كأن تبتغي ثراء على حسابه باستعمال حقها في الخلع، أو أن تمنعه من الميراث ونحو ذلك، فهي تكون هنا تبتغي مصلحة غير مشروعة، فعملها هذا يكون مردودا مخالفا لأكبر القواعد الفقهية فضلا عن غيرها، فما يفضي لغير مشروع فهو غير مشروع بدوره عملا بالقاعدة[3] ، وبتحقق ذلك يحكم على الزوجة بأنها متعسفة في استعمال حقها في الخلع.

---

[1] رميساء حوحو، التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، مرجع سابق، ص122- 123 (بتصرف)

[2] سبق تخريجه، ص14

[3] الأمور بمقاصدها قاعدة شرعية، من القواعد الفقهية الخمسة الكبرى، يراد منها أن كل قول أو عمل إنما هو بالمقصد الذي يريد صاحبه أن يحققه، أو بالغاية التي يريد الوصول إليها من وراء قوله أو عمله، فإن تكلم أو تحرك فالعبرة من كلامه أو حركته بما يقصد أو يريد، وبعبارة أخرى أن تقاس الأعمال والأقوال بمقياس النوايا الحسنة أو السيئة للفاعل أو للقائل

3- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

إن الزوجة التي توقع الخلع و كان إيقاعه يحقق لها مصلحة ضئيلة، لا تتناسب مع الضرر الناتج عن الخلع الذي سيصيب الزوج، سيّما إذا كانت لا تشكي في شيء من معاملته أو معاشرته، تكون حينئذ متعسفة على الرغم من تحقيق تلك المصلحة الضئيلة، وهذه الأخيرة تكون هنا في حكم المهمل، فإذا ما كانت الزوجة ستنال بعض الوسع والتحلل من بعض قيود الزوجية الشاقة عليها مشقة معتادة ولجأت لذلك، ولحق الأسرة من الأضرار ما لا يحصى من تضييع الأولاد، وقطيعة الأرحام بين أهالي الزوجين، ومن إقامة لشوكة النسويات وزعزعة لاستقرار الأسر في المجتمع، فإن المصلحة التي حققتها من ممارستها لحقها لا تتناسب إطلاقا بل لا تتساوى حتى مع مقدار الضرر الناجم، وعليه فإن الزوجة هنا تكون رغم قصدها لتحقيق مصلحة تكون متعسفة في استعمال حقها في الخلع، ذلك أن جلب المصالح ودرء المفاسد هو مبنى الشرع الحكيم، فإن تعارضت المصلحة والمفسدة، فالقاعدة أن درء المفسدة مقدم على جلب المصلحة وإن تساويتا فضلا أن تعظم الأولى كما هو الحال ها هنا، ويستثنى من ذلك ما إذا كان الموضوع مشتملا على مصلحة ومفسدة، وكان جانب الفساد فيها بعيدا أو رجحت عليه المصلحة، فالعمل حينئذ بالمصلحة، قال صاحب المراقي:

..... وألغ إن يك الفساد أبعدا

أو رجح الإصلاح كالأسارى تفدى بما ينفع النصارى[1]

4- معيار الضرر الفاحش

إن إيقاع الخلع من غير مسوغ شرعي، يلحق ضررا فاحشا بالزوج وخاصة إذا كان الزوج حسن الخلق وطيب المعاشرة، لم يصدر منه ما يجعل الزوجة تلجأ لفك الرابطة الزوجية التي عانى الكثير لعقدها خصوصا في وقتنا الحالي الذي صار فيه الزواج من المشاريع التي تستلزم بذلا ماديا معتبرا، فإذا ما لجأت الزوجة لحقها في الخلع خاصة إذا ما كان الداعي تافها كحرمانها من الخروج بدون سبب

[1] عبد الله بن إبراهيم الشنقيطي، نشر الورود على مراقي السعود، مطبعة فضالة، المغرب، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص266

أو للانتقام، أو كونها تريد العيش في مستوى معيشي أعلى، وغير ذلك من الأسباب غير الجديرة لطلب الخلع، فهذه الأسباب تعتبر خروجا عن ما شُرع له الخلع، وتلحق ضررا فاحشا بالزوج، خاصة مع ما نشهده في واقعنا المعاش من نظرة المجتمع السلبية للزوج المخلوع ، وكمّ الآلام النفسية التي تصاحبه، لهذا فإنه يتحقق معيار الضرر الفاحش بتحقق الخلع بدون سبب شرعي أو مسوغ.

الفرع الثاني: خلع المريضة مرض الموت

نتحدث في هذا الفرع عن تعريف خلع المريضة مرض الموت (أولا)، ثم نتطرق بعد ذلك شروط اعتبار المخالعة مريضة مرض الموت (ثانيا)، ثم نتحدث عن بعض صور مرض الموت (ثالثا)، ثم بعد ذلك نبين حكم خلع المريضة مرض الموت زوجها (رابعا)، ثم أخيرا نحاول تطبيق معايير التعسف على خلع المريضة مرض الموت(خامسا).

أولا: تعريف خلع المريضة مرض الموت

إن معرفة معنى خلع المريضة مرض الموت يقتضي التعريف بمصطلحين، الخلع كلفظ مستقل، وكذلك مصطلح المريضة مرض الموت، فأما لفظ الخلع فقد سبق التعريف به، وأما تعريف المريضة مرض الموت فقد تعددت التعاريف لهذا المصطلح نذكر منها ما يلي:

أن المراد بالمريض مرض الموت هو من أصيب بمرض يخاف منه الموت، كملازمته للفراش وعجزه عن أغلبية الأعمال التي يقوم بها كقضاء حاجته.[1]

وكذلك عرّف بأنه: "المرض الذي ينشأ عنه الموت عادة، وان لم يغلب"[2]، فقد جاء بمحكمة النقض المصرية بتاريخ 08-05-1952م ما نصه: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك فعلا بالموت، فإذا زاد عن سنة فهو لا يعتبر مرض الموت إلا إذا

[1] حبيب إدريس المزوري، مرجع سابق، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2001م، ص18

[2] علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2017م، ص158

اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة.[1]

ومن خلال ما جاءت به محكمة النقض نقف على شرطين لاعتبار المرض من أمراض الموت وهما:

أ- ربطت مرض الموت بمدة وهي ألا تفوق سنة، وكل ما زاد عن ذلك فتشخيصه غير مرض الموت.

ب- زيادة شرط الهلاك الفعلي المؤدي فورا للموت.

لذلك نعطي تعريفا لخلع مريضة مرض الموت بأنها: طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بعوض، وهي مصابة بمرض مودٍ بها للموت.

ثانيا: شروط اعتبار المريضة مريضة مرض موت

لا بد من بيان الشروط وذلك من أجل معرفة حكم التصرفات الناتجة عن المريضة مرض الموت وتتمثل في:

أ- عجز المريضة عن القيام بأعمالها: بأن تكون غير قادرة على متابعة الأعمال المعتادة كالقيام بمهنتها، أو عدم قيامها بالأعمال المنزلية كالطبخ والتنظيف، إلا أنه لا يشترط ملازمة المريضة الفراش، بل يكفي عجزها، فقد يكون الإنسان عاجزا عن قضاء مصالحه، ولكن ليس لسبب المرض، فلا يعتبر مريضا مرض الموت، فقد يصل الإنسان إلى سن يعجز فيه، كوصوله لسن الشيخوخة الذي يجعله عاجزا عن القيام بأعماله، فلا يكون مريضا مرض موت.[2]

ب- أن يغلب في هذا المرض الهلاك: ويقصد به أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مصابا بأمراض خطيرة تؤدي حتما إلى الموت، أو يكون مرض من الأمراض غير الخطيرة، ولكن سرعان ما يتطور ويزداد سوء إلى أن يصل به للموت، فإن لم يصل به إلى هذا الحد من الخطورة فإنه لا يعتبر مرض

[1] كمال بعاكية، سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت، مجلة الإحياء، م 22، ع 30، 2022م، ص695.

[2] سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013م-2014م، ص22

موت.[1]

والأمراض الخطيرة المؤدية للموت معروفة كالسرطان والإيدز وغيرها من الأمراض التي تعتبر فتاكة تؤدي لهلاك الإنسان، أما الأمراض الأخرى فيرجع في تقديرها إلى الأطباء.[2]

أما في حالة المرض الذي لم يصل إلى حد الهلاك فإنه لا يعتبر مرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه، ومثال ذلك إصابة شخص بمرض في قدميه أعجزه عن المشي وأفضى إلى عدم قدرته على قضاء مصالحه، أو أن هذا المرض يكون من الأمراض التي تشفى، فهنا لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم الأصحاء.[3]

ج- أن يتصل المرض بالموت: ومعنى ذلك أن يعقب مرض الموتِ الموتُ مباشرة سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر كالقتل أو الحرق وغيره.

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن فكرة مرض الموت أصبحت مرنة تختلف من فترة إلى أخرى وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات علمية وطبية، حيث توجد أمراض يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولة حياته وأعماله، ومثال ذلك الفشل الكلوي المزمن، ومرض الإيدز، وعليه فإن المعيار في تحديد وجود مرض الموت من عدمه هو المعيار الشخصي الذي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بُدُنوّ أجله، لأن هذا من شأنه أن يثير في نفس أصحاب هذه الحالات ما يجعل تصرفاتهم كتصرفات المريض مرض الموت فتعطى حكمهنّ بالرغم من أن أصحابها أصحاء.[4]

[1] محمد مستوري، زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 9، العدد2، 2021م، ص100

[2] محمد مستوري، المرجع نفسه، ص101

[3] سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، مرجع سابق، ص27

[4] محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2005م، ج6، ص55

ثالثا: صور مرض الموت

نتيجة لتطور الوسائل العلمية والطبية فقد صار من الممكن الوقوف على حقيقة المرض، فقد لا يقتصر المرض على المريض القائم به المرض فعلا، بل يتعدى إلى الشخص الذي يكون في حالة نفسية يشعر فيها بدنو أجله، لذلك قُسّمت صور مرض الموت إلى قسمين:

أ- مرض الموت الحقيقي

وقد قسم فقهاء المسلمين الأمراض الحقيقية إلى نوعين:

1-أمراض مخوفة لا يتعجل موت صاحبها بها، لكنها يغلب فيها الخوف من الموت، كالبرسام والحمى والرعاف الدائم.

2- أمراض غير مخوفة لا يغلب فيها الخوف من الموت كالجرب والصداع اليسير والإسهال.[1]

ونظرا لكثرة الأمراض في وقتنا الحالي وتطورها وتطور أسمائها، سنذكر بعض أمراض الموت الواردة على سبيل المثال لا الحصر، ومن أهم الأمراض:

- **السرطان:** وهو عبارة عن الانقسام العشوائي للخلايا والتي تستمر في الانقسام دون توقف أو كبح معرقلة وظيفة العضو الذي ينتمي إليه.[2]

- **السل الرئوي:** يعتبر السل الرئوي عدوى جرثومية تنتشر من خلال استنشاق قطرات صغيرة من سعال أو عطاس شخص مصاب بالعدوى وهو من الحالات الخطيرة، ولكن يمكن الشفاء منه باستعمال المعالجة المناسبة.[3]

[1] حبيب إدريس عيسى المزوزي، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص55

[2] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرض الموت وأثره في زواج المريض وانحلاله، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2022م، ص39

[3] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص47

– **الايدز:** وهو مرض يؤدي إلى حدّ ما إلى علة في المناعة الخلوية ويصيب الشخص من دون سبب معلوم، نتيجة المقاومة الضعيفة للمرض نفسه، ويعتبر مرضا فتاكا وقاتلا.[1]

مما تقدم يتبين لنا أن هناك عدة أمراض تصيب الإنسان تقود به إلى الموت، ذكرنا منها أهم الأمراض المنتشرة بكثرة في عصرنا الحالي، والتي تمتاز بطبيعة خاصة وهي التي لا يرجى الشفاء منها، وتؤدي غالبا إلى نهاية الإنسان إلا أن يشاء الله.

ب– مرض الموت الحكمي

والمقصود بالموت الحكمي هو وصول الشخص إلى حالة نفسية مماثلة لنفسية المريض مرض الموت، فرأى الفقهاء إلحاق تصرفاتهم بتصرفات المريض مرض الموت، وقد عرف هذا الأخير بأنه من غلب حاله الهلاك بمرض أو غيره[2]، وقد وجد العلم الطبي أنه هناك علاقة بين المرض النفسي والمرض العضوي، فهناك من الأمراض النفسية كالاكتئاب قد تزيد من شدة أعراض الأمراض العضوية كالصداع، كما أن هناك من الأمراض العضوية كالسرطان الذي قد يؤدي إلى ظهور أعراض نفسية كالقلق والخوف.[3]

وقد تعددت الحالات التي تلحق بالمريض مرض الموت، إلا أننا سنذكر بعضا منها:

1– المحكوم عليه بالإعدام: يعتبر المحكوم عليه بالإعدام بمثابة المريض مرض الموت، إذ إنه بمجرد صدور الحكم بالتنفيذ سيغلب على ظنه الموت، بينما يبقى في حكم الصحيح كلما بقي في السجن وذلك في حالة عدم إخباره بوقت التنفيذ.[4]

2– الاكتئاب الحاد المؤدي للانتحار: إن فقهاء المسلمين لم يتطرقوا لهذا العنصر وذلك لسبب أن الانتحار عمل غير مشروع وخارج عن أحكام الشريعة الإسلامية والتي توجب حفظ النفس، إلا أننا في

[1] حبيب إدريس عيسى المزوري، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص60

[2] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرجع سابق، ص63

[3] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، المرجع نفسه، ص64

[4] محمد يحي قاسم سلطان الحسو، المرجع نفسه، ص58

الواقع المعاش نجد نسبة الانتحار تزداد سنة تلو الأخرى، وهذا راجع لضعف الإيمان وكثرة الأعمال الفاحشة، ولهذا فصفات الاكتئاب والضعف والتفكير بإنهاء الحياة قد يكون قريبا من مرض الموت في رأي البعض.

3- الوباء المتفشي: وذلك كحالات انتشار المرض بين أبناء بلدة من البلدان، ومن بين الأوبئة التي تأخذ هذا الحكم ما ظهر مؤخرا بما يسمى "كوفيد 19"وهو نوع من الفيروسات التي ظهرت حديثا، وهو مرض تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، بدأ تفشيه في عام 2019م، يصيب الرئة بحيث يصعّب عمليّة التنفس وهو فيروس قاتل.[1]

يمكن القول أن تصرفات أصحاب هذه الأمراض التي ذكرناها على سبيل المثال، هي في الأصل كالتصرفات التي يقوم بها الشخص الصحيح، إلا أنها تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت في الحالة التي يقرب صاحبها فيها من الموت بسببها.

رابعا: حكم خلع المريضة مرض الموت زوجها

أ- في الفقه الإسلامي: اتفق الفقهاء على أن الخلع الواقع في مرض الموت صحيح، حيث جاء في المغني لابن قدامة: "وجملة الأمر أن المخالعة في المرض صحيحة سواء أكان الزوج أو الزوجة أو هما جميعا، لأنه معاوضة فصحّ في المرض كالبيع"[2]، كما جاء في مغني المحتاج للشافعية: "ويصح خلع المريض مرض الموت"[3]، كما جاء أيضا في حاشية قليوبي: "يصح خلع المريض مرض الموت"[4]، كما ذهب إلى ذلك المالكية[5] أن الخلع في مرض الموت واقع لكنه يحرم.

---

[1] وداد عباس، تدابير الجزائر لمواجهة الأزمة المزدوجة-جائحة كورونا وتراجع عائدات النفط-، مجلة مدرات للعلوم الاجتماعية والإنسانية تصدر عن المركز الجامعي غليزان، العدد 04، 2021م، ص136

[2] ابن قدامة المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج10، ص313

[3] الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (ت: 977 هـ)، مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ 2000م، ج4، ص446

[4] شهاب الدين القليوبي وشهاب الدين البرسلي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين لأبي زكريا النووي، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، مصر، ط3، 1375هـ 1956م، ج3، ص309

[5] عبد الرحمان الجزيري (ت: 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ 2003م، ج4، ص356

ب-عند المشرع الجزائري: لم يتكلم المشرع الجزائري عن حكم الخلع في مرض الموت، ولكننا بالرجوع إلى المادة 54 (ق أ ج) المعدل نخلص إلى أن القاضي ملزم بتوقيع الخلع وإلزام الزوج به دون النظر إلى حالة الزوجين من صحة أو مرض، كما أنه يمكن قياس الخلع على الطلاق باعتبار أن الخلع طلاق في نظر المشرع الجزائري بما أنه أدرجه تحت فصل الطلاق، وبالعودة إلى القرار رقم 179696الصادر بتاريخ 17-03-1998 عن المحكمة العليا: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث"[1]، ويتضح من هذا القرار أن الطلاق يقع في مرض الموت وكذلك الخلع، باعتبار أن الخلع يعتبر طلاقا عند المشرع الجزائري لأنه أدرجه في فصل الطلاق.

خامسا: تطبيق معايير التعسف على خلع المريضة مرض الموت[2]

أ- **معيار قصد الإضرار:** إن أساس هذا المعيار هو القصد، ويقصد به النية التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، فإذا ما توجهت النية لإيقاع الضرر منع الفعل لقوله صلى الله عليه وسلم: ((إنما الأعمال بالنّيات ...))[3] ولأن النية يصعب إثباتها، فيمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية في إيقاع الخلع، وقصد الإضرار في خلع مريضة الموت يكمن في قصد الضرر لزوجها وذلك لحرمانه من الميراث، إلا أنه لا يمكن جعله تعسفا في كل الحالات، فقد يكون خلع مريضة الموت حقيقيا، فلا يمكن أن نقول بأن الزوجة قد تعسفت.

ويتحقق معيار قصد الإضرار إذا كان بدل الخلع يقل عن الإرث الذي يستحقه الزوج، فإذا كان الميراث أكثر من بدل الخلع وخلعت الزوجة زوجها وهي في مرض موتها، فإن قصد الإضرار واضح ويحكم حينئذ بأن الزوجة قد تعسفت في حق الخلع.

ب- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة: تكون الزوجة متعسفة أيضا في استعمال حقها في الخلع

---

[1] ملف رقم 179696 بتاريخ 17-03-1998، المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص98

[2] رميساء حوحو، التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، مرجع سابق، ص114-115

[3] محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مرجع سابق، ج1، ص3، رقم: 1

في الحالة التي تبتغي منها تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا، ومثال ذلك: أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الإرث، وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا.

ج- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: إن للزوجة الحق في الخلع لدفع الضرر عن نفسها أو لمصلحة تجدها في عدم التعايش مع الزوج سواء أكان هذا الأخير غير جدير بالتعايش معه تحت سقف واحد لسوء خلقه أو لكراهته، إلا أن تحقق معيار اختلال التوازن بين المصالح في مرض الموت نجده في حالة ما إذا حقق لها مصلحة (كتجنبها لإثم عدم تمكين الزوج غير المتفهم منها، الذي لا يتنازل عن حقه رغم علمه بكون ذلك صار شاقا عليها سيما في مرضها هذا) وما يصاحب هذه المصلحة من مفسدة وضرر مساوٍ أو أكبر يلحق الطرف الآخر وهو الزوج كالحرمان من الميراث مع كونه معيلا لها طيلة حياتهما معا وغير ذلك، فالأضرار الناتجة أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، ودرء المفاسد مقدّم على جلب المصالح في حال تساويهما أو حال تعاظم المفسدة كما بيّنا سابقا[1]، حينئذ نقول أن الزوجة المريضة مرض الموت متعسفة في استعمالها لحق الخلع.

د- معيار الضرر الفاحش: إن قيام الزوجة بالخلع قد يضر الزوج ضررا فاحشا، والضرر لا يقتصر فقط على التصرف الفعلي والمادي، بل قد يكون ضررا فاحشا معنويا، يضر بنفسية الزوج جراء خلعه، خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشتهما معا، وكان يبذل كل جهده في الإنفاق عليها، يرعاها في حال قوته ويسره وصحته، وبعد ذلك تقوم بمخالعته وهو في أمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه حال كبره وعجزه، فحتما قد تكون الزوجة حينئذ قد أضرت به ضررا فاحشا، فتكون متعسفة حينئذ في استعمال حقها في الخلع.

[1] ينظر الصفحة 62

المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إن استعمال الزوجة حق الخلع مقيد بحسن النية بمعنى أنه تقصد الزوجة من استعماله تحقيق الحكمة التي شرعت من أجلها، أما إذا كان الدافع هو مجرد الإضرار بالزوج اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما للإصلاح، فإذا تبيّن تعسّفها لزم الجزاء، والحديث في الجزاء هنا ليس عن العوض المستحق بالخلع فذلك مفروغ منه، وإنما الحديث عن التعويض الناجم عن التعسف فيه، ولتبيين ذلك خصصنا أول مطالب هذا المبحث للتحدّث عن الضرر (المطلب الأول)، وفي ثانيهما عن الجزاء المقرر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الضرر كأثر مترتب عن التعسف في الخلع

سنعرّف في هذا المطلب الضرر لغة واصطلاحا (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى شروطه كي يكون مستحقا للتعويض (الفرع الثاني)، ثم ننتقل بعد ذلك إلى مسألة إثباته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الضرر

في هذا الفرع سنعرف الضرر في اللغة (أولا)، ثم نرى بعد ذلك كيف عرفه فقهاء الإسلام جهة وفقهاء القانون الوضعي من جهة أخرى (ثانيا).

أولا: تعريف الضرر في اللغة

الضر: خلاف النفع، وقد ضره وضاره بمعنى. والاسم الضرر[1]، وقيل أن الضرر هو النقصان الذي يدخل في الشيء وقيل الضرر عادة هو كل نقص يدخل على الأعيان، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ((لَا يَضُرُّكُم كَيدُهُم شَيئًا إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعمَلُونَ مُحِيط)) [سورة آل عمران: 120]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".[2]

[1] الجوهري: أبو نصر إسماعيل بن حماد الفارابي (ت 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ 1987م، ج2، ص719

[2] سبق تخريجه، ص14

جاء في لسان العرب: والمضرة خلاف المنفعة، وضره يضره ضرا وضر به وأضر به وضاره مضارة وضرارا بمعنى، والاسم الضرر.[1]

وقيل: الضراء النقص في الأموال والأنفس، وكذلك الضرة والضرارة والضرر في مالي، وسئل أبو الهيثم عن قول الأعشى: ثم وصلت ضرة بربيع، فقال: الضرة شدة الحال فعلة من الضر.

قال ابن الأعرابي: الضرة الأذاة، وقوله عز وجل: ((لَّا يَسۡتَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ غَيۡرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ وَٱلۡمُجَٰهِدُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ)) [سورة النساء: 95]، أي غير أولي الزمانة.

بعد عرض هذه المعاني، يمكننا أن نستخلص أن المعاني اللغوية لكلمة الضرر كثيرة كما رأينا، لعلّ أشهرها ما كان ضد النفع.

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا

بالنسبة لفقهاء القانون يتحدد تعريف الضرر عندهم بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة سواء أكانت مادية أو أدبية، أي سواء تم المساس بمصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.

وهذا التعريف لا يختلف كثيرا عن فقهاء الشريعة الإسلامية حيث عرفه البعض بأنه إلحاق المفسدة بالغير أو هو الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو ماله أو عرضه أو عاطفته، وسنورد بعضا من هذه التعاريف المتضمّنة في كتب المذاهب الفقهية الأربعة الكبرى وتعاريف أخرى لفقهاء القانون الوضعي ورجالاته.

1- تعريف الضرر في الفقه الإسلامي

عرف بعدة تعاريف منها:

التعريف الأول: ما لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة، وعلى جارك فيه مضرة.[2]

[1] ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج4، ص482

[2] الباجي: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الأندلسي (ت: 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط2، 1432هـ، ج6، ص40.

ومعنى ذلك – والله أعلم – أن الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره، وأن الضرار ما قصد به الإضرار لغيره .

التعريف الثاني: أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به.[1]

التعريف الثالث: ما ينفعك ويضر صاحبك، والضرار ما يضر صاحبك ولا ينفعك، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة، وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره.[2]

التعريف الرابع: الضرر هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها.[3]

التعريف الخامس: الضرر هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى، فيتلف له نفساً أو عضواً أو مالاً متقوماً محترماً، وهو إلحاق مفسدة بالآخرين.[4]

2- تعريف الضرر في القانون الوضعي

وقد عرف بعدة تعاريف منها:

التعريف الأول: الضرر في (ق م) حسب المادة 124 معدلة: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوث التعويض.[5]

ومن هنا نستطيع أن نقول أن الضرر في (ق م) هو كل فعل يرتكبه الشخص عن طريق الخطأ ويكون سببا لحدوث التعويض.

---

[1] ابن رجب، جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، ج2، ص212

[2] الطرابلسي: أبو الحسن علاء الدين، علي بن خليل الحنفي (ت: 844هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن)، ج1، ص212

[3] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 2000م، ص46

[4] محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الرياض، ط1، 1419هـ، ص27

[5] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م المتضمن للقانون المدني الجزائري.

التعريف الثاني: الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء أكان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن كذلك.[1]

التعريف الثالث: الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه لأنه يمس حقا من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء أكان هذا الحق أو تلك المصلحة متعلقة بالحياة كالحق في الحياة باعتباره من الحقوق الأساسية اللصيقة بالإنسان أو الحق في السلامة البدنية أو حقه في عدم المساس بعواطفه أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.[2]

التعريف المختار: بعد عرض التعريفات السابقة للضرر في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، يمكننا أن نجملها في تعريف جامع صياغته أن الضرر هو: كل ما يصيب الشخص من الأذى في ماله أو جسمه أو عرضه أو سمعته بغير وجه حق.

فهذا التعريف جامع مانع، حيث أنه تناول كل أنواع الأذى الذي قد يتعرض له الإنسان من الآخرين، وقد شمل هذا التعريف الضرر بنوعيه المادي والمعنوي وما يندرج تحتهما من الأذى البدني أو المالي أو الأدبي مثل: الشرف والكرامة والعاطفة.

وذكر التعريف عبارة "بغير وجه حق" ليكون مانعاً من دخول الأذى المشروع الذي قد يصيب الإنسان، كتنفيذ العقوبات البدنية كالقصاص والحدود والتعازير أو العقوبات المالية كالضمان أو التعويض، فمثل هذه الأنواع لا تسمى أضرارا.

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض

لا يكون الضرر موجبا للتعويض إلا إذا توفرت فيه شروط خمسة وهي: أن يمس الضرر حقا أو مصلحة مشروعة(أولا)، وأن يكون محقق الوقوع (ثانيا)، وأن يكون مباشرا (ثالثا)، وأن يكون شخصيا (رابعا)، وألا يسبقه تعويض (خامسا).

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط1،1952م ص969. في هذا المعنى أيضا: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008م، ص143

[2] منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، (د ت ن)، ج2، ص27

أولا: أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة

يجب لوقوع الضرر الإخلال بحق المضرور أو مصلحة مالية له سواء أكان هذا الحق ماديا أو معنويا، فيجب مساءلة المعتدي إذا مس هذا الاعتداء بحق أو مصلحة يحميها القانون[1]، أي أن تكون المصلحة التي أخل بها الضرر مصلحة مشروعة غير مخالفة للدين و النظام، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض، فكل ضرر يلحق الزوج جراء تعسف الزوجة بخلعها له لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوجة.

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع

لا يكفي الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور للمطالبة بالتعويض بل لابد أن يكون هذا الإخلال محققا.

بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلا أو سيقع حتما، لأن الضرر غير المحقق قد يقع و قد لا يقع[2]، و يكون الضرر في الخلع محققا إذا وقع فعلا، ومثال ذلك أن يصاب الزوج المختلع تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقه الذي وقع بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الانفصال، و ما سينجر عن ذلك من تبعات، أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد، فقد يقع في المستقبل و قد لا يقع، و طالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه، عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو موجب التعويض، و مثال ذلك تقليل الفرصة على الزوج المختلع بسبب كبر سنه من إيجاد من تقبل به كزوج بعد هرمه، كأن تخلعه بعد 25 سنة من الزواج فضلا عن ذلك من نكران العشرة الزوجية الطويلة، و على كل فإن تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات و الحكم باستحقاق التعويض و عدمه أمر نسبي و ينبغي أن تعالج كل حالة على حدى، إلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط لذلك لتكون مرجعا و أساسا يبنى عليها و يحتج بها.

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص157

[2] أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مطبعة الجزائر، الجزائر، (د ط)، 1994م، ص249

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا

الضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالمباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر غير المباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به، فيكون الفعل الأصلي عاما لازما حصول الضرر ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تدخل أسباب أخرى.

وحتى يكون الضرر مباشرا يجب أن تكون بينه وبين الفعل الضار علاقة سببية.[1]

والضرر المباشر هو الذي يستطيع الشخص المضرور أن يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي[2]، والضرر المباشر في الخلع هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الخلع كأن تمارس الزوجة بعد وقت قصير عن الزواج دون سبب أو دون سابق إنذار الخلع، فيسبب للزوج ضررا ماديا ومعنويا من جراء الانفصال.

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا

الضرر كما رأينا سابقا هو أذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، فيجب أن يصيب الشخص المطالب بالتعويض ضررا (سواء أكان ماديا أو معنويا)، ويكون هذا الضرر شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة ويجب أن يثبت المضرور ما أصابه من أضرار.[3]

ومسألة الضرر الشخصي تثير إشكالية أخرى هي الضرر المرتد، وهو الأذى الذي يصيب الغير كالأضرار التي تصيب الخلف نتيجة وفاة السلف، فالورثة لهم الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق مورثه، وبالنسبة للخلع لا مانع من جواز مطالبة ورثة الزوج المختلع بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا أثناء حياته، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله على التعويض الناتج

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 170

[2] علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، مرجع سابق، ص 296

[3] حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015م، ص50

عن التعسف في إيقاع الخلع وبعد مطالبته به ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة لأن التعويض يدخل في الذمة المالية للورثة بعد وفاة مورثهم.

خامسا: ألا يكون سبق التعويض عن الضرر

وهذا الشرط بديهي، ذلك أننا نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر حريا بالتعويض عنه، فإذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه فلا مجال للنظر فيه.[1]

فلا يجوز للمضرور الحصول على أكثر من تعويض للضرر بعينه إذا قام به محدث الضرر بمحض إرادته، فيعتبر موفيا بالتزامه ولا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض، إلا أنه يحق له بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لم يشمله التعويض.[2]

الفرع الثالث: إثبات الضرر الناجم عن التعسف في الخلع

إثبات التعسف في استعمال الحق مبني على إثبات الضرر، والأصل أن صاحب الحق لا يثبت ممارسة حقه وفق القانون، وإنما من يسعى خلاف ذلك يقع عليه واجب الإثبات، والذي هو هنا الزوج المضرور من تعسف زوجته في ممارسة حقها في الخلع، وفقا للقواعد المقررة في الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية، فإن الإثبات يتم بكل وسائل الإثبات وقد يكون ذلك بالمعاينة المادية أو وصلات الدفع أو بشهادة الشهود أو البينة أو القرائن، وهنا يجب في إثبات التعسف الواقع عليه حتى يتم إنصافه قضاء إثبات التعسف أو سوء النية في الإضرار به ولو بالقرائن القضائية تحقيقا لمبتغى نص المادة 124مكرر(ق م).[3]

كما يستطيع القاضي استنباط التعسف في استعمال الحق إضرارا بالغير من القرائن لدى من يتذرع باستعمال الحق استعمالا مشروعا، ومن أهم هذه القرائن الانعدام الكلي للمصلحة، أو أن تكون تافهة، أو أن يكون الدافع مسيءً، ويمكن للقاضي الاستعانة بمعيار الرجل العادي، فإذا لاحظ القاضي

---

[1] محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلَامي وعلَاقته بتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية، الرياض، 2011م، ص129

[2] بن نقعوش فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص81

[3] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ب ن)، (د ط)، 1997م، ص12

الانحراف في السلوك، كيّف هذا الانحراف على أنه تعسف في استعمال الحق، كما يمكن للقاضي أن يستعين بملابسات ووقائع للكشف عن التعسف أو مظاهره الخارجية.[1]

فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف، ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها أو التقتير عليها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية فقط، وأن هناك أضرارا جمة قد لحقت به وباستقرار أسرته، فالتعسف في استعمال الحق يقيم المسؤولية التقصيرية ويقيم حقه في المطالبة بالتعويض عن أي ضرر أصابه.[2]

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعة، وأن الزوج لم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض.

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أوجبت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي التعويض في حالة تعسف أحد الطرفين في استعمال الحق عموما، وذلك جبرا للضرر الواقع، وللحديث عن التعويض لابد من معرفة مفهوم التعويض (الفرع الأول)، وأساسه الذي يقوم عليه (الفرع الثاني)، وكيفية تقديره (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنعرف في هذا الفرع مصطلح التعويض من الناحية اللغوية، وكذلك الاصطلاحية.

[1] أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2006م، ص28

[2] محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون القاهرة، (د ت ن)، ص4

أولا- التعويض لغة: العوض: واحد الأعواض، تقول منه عاضني فلان، وأعاضني، وعوّضني، وعاوضني، إذا أعطاك العوض، والاسم المعوضة، واعتاض وتعوّض، أي أخذ العوض، واستعاض: طلب العوض.[1]

وجاء في تاج العروس: "العِوَض، كعِنَب: الخَلَف، وفي العباب: كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا، وعوضني الله منه تعويضا".[2]

ثانيا- التعويض اصطلاحا

أ- تعريف التعويض في الفقه الإسلامي: يعد التعويض مصطلحا قليل الاستعمال في الفقه الإسلامي، ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء، بل كانوا يستعملون مصطلحا أعم وهو الضمان، إذ يعتبر الفقهاء لفظ الضمان أعم من التعويض، لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا، أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا.[3]

ومن تعريفات الضمان القريبة إلى معنى التعويض التي أوردوها:

أنّ الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد بثوبته فيها مطلوب أداؤه شرعا عند تحقيق شرط أدائه.[4]

كذلك يعرف بأنه الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.[5]

---

[1] الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، مرجع سابق، ج3، ص1093

[2] محب الدين الواسطي الزبيدي، تاج العروس، دار مكتبة الحياة، لبنان، (د ط)، (د ت ن)، ج5، ص58

[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م، ص96

[4] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، (د ط)، (د ت ن)، ص5

[5] وهبه الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، (د ط)، 1998م، ص15

فالتعويض في الشريعة هو ما يُبذل في مقابل إلحاق مفسدة بالآخرين، أو الأذى الذي يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه، وقد سبب له خسارة مالية سواء بالنقص، أو التلف المادي، أو بنقص المنافع، أو زوال بعض الأوصاف.[1]

ب- تعريف التعويض عند المشرع الجزائري: إن المشرع الجزائري لم يعرّف لفظ التعويض، ويرجع ذلك إلى أن فقهاء القانون لم يهتموا بوضع تعريف دقيق له، وذلك يظهر في نص المادة 232(ق م) والتي جاء فيها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف... 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".

كما نصت المادة 224 من نفس القانون على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

من خلال المواد السابقة يمكن تعريف التعويض على أنه[2]: الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداء مالي أو عيني.

ويعرف الضمان كاصطلاح للتعويض بأنه: الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداء مالي أو عيني".

ويتضمن التعريف المذكور العناصر التالية:

الالتزام: إذ إن التعويض يظل واجبا في ذمة مرتكب الضرر.

إصلاح الضرر: ويعد وظيفة التعويض، وكذا للتمييز به بين الجزاء المدني والعقوبة.

نوع الضرر: إذ يحدد طبيعة الضرر ويضم الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض.

الأداء: ويقصد بها طريقة التعويض المالي أو العيني الذي قد يتضمن القيام بعمل.

[1] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، سوريا، ط1، 1998م، ص48

[2] عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007م، ص35

ثالثا: أهداف التعويض

يهدف التعويض إلى ردع الجاني وزجره من ناحية، ومن ناحية أخرى يعد شفاء وجبرا لغليل المجني عليه، فقد يعمل التعويض على ردع الطرف الضار والمتعسف في استعمال حقه، ويقوم التعويض لجبر خاطر المتضرر لما وقع عليه من ضرر.[1]

كما أن التعويض يهدف إلى محو الخطأ وإصلاحه، لذلك فإن القاضي يراعي وقت تقديره لتعويض الضرر المطلوب إصلاحه ليكون ما يقوم به من التعويض مكافئا لما ثبت لديه من الضرر المطلوب إصلاحه فلا يزيد عليه ولا ينقص عنه.[2]

وينبني على إزالة للضرر ما يلي:

- لا يتأثر تقدير التعويض بدرجة الخطأ وإنما يتأثر بمبلغ الضرر الذي ولده الخطأ.
- لا يتأثر تقدير التعويض بغنى المسؤول أو فقره، لأن التعويض ليس عقوبة بل إصلاحا.
- إذا كان الضرر مستمرا، فيجب أن يوقف الضرر أولا، لأن محو سبب الضرر هو إصلاح فأشبه التعويض.

الفرع الثاني: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولا: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي

وضعت الشريعة الإسلامية جزاءات لمن تسبب بإضرار الغير، من بين هذه الجزاءات الجزاء التعويضي الذي يتمثل في عقوبات مالية ويتحقق إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا وكون الواقع لا يرتفع، فيتم تعويضه، حيث قررت الشريعة الإسلامية نظرية الضمان بصفة عامة، حفاظا على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم وكذلك جبرا للضرر.[3]

وتأسيسا على مسألة التعسف الزوجة في حق الخلع، نجد أن للزوجة حق إيقاع الخلع وهذا لا اختلاف فيه، إذ أن استعمالها إياه يكون في إطار حقها الشرعي، واستعمالها له ينافي التعويض، وذلك

[1] طه عبد المولى، التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2002م، ص61

[2] وهبة إدريس عوض أحمد، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، مكتبة هلال، لبنان، ط1، 1986، ص512

[3] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص5

تماشيا مع القاعدة الفقهية "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، أي أن الشخص الذي يستعمل حقه في إطار الجواز والإباحة، فإن ذلك الإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وحتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه.

لكن إذا استعملت الزوجة أو تجاوزت استعمال هذا الحق من غير سبب مسوغ، أو مناقض للغاية من استعمال حق الخلع، وهذا الاستعمال ينتج عنه ضرر بالزوج، فتبعا للقاعدة الفقهية "الضرر يزال"، إن أمكن رفعه وجب ذلك، وان لم يمكن رفعه فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر والمتمثل في التعويض.[1]

إذن فالخلع حق للزوجة وهو حق شرعي، واستعماله لغير الحاجة مذموم، ويستحق العقوبة في الآخرة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"[2]، واستحقاق التعويض كذلك للطرف المتضرر "تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره.[3]

ثانيا: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في القانون الوضعي

أسس الاستفادة من الناحية القانونية هو مقتضى النظرية العامة للحق وذلك في القانون المدني، الذي يعرف الحق بأنه سلطة الاستئثار بالشيء، والأصل في استخدام الحق هو مبدأ الحرية، كون الشخص يمارس حقه الطبيعي والممنوح له قانونا، غير أنه يمكن أن يستعمل تجاوزا لهذا الحق، أو يسئ استعماله، وقد نص القانون في المادة 124 مكرر على التعسف في استعمال الحق والذي ينتج جزاء عن الضرر وهو التعويض للمتضرر، في حين أنه يقع عبء إثبات تعسفه على الطرف المدعي تضرره من ذلك التعسف، والراغب في الاستفادة من التعويض، طبقا لقاعدة "البينة على من ادعى"، وبالرجوع إلى نص المادة 124 مكرر (ق م) نجدها قد حددت الحالات الموجبة للتعويض وهي كالتالي:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

---

[1] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998م، ص181

[2] الدارمي: أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد التميمي السمرقندي، مسند الدارمي، ت: حسين سليم أسد الداراني، كتاب الطلاق، باب النهي عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412هـ 2000م، ج3، ص1457، رقم: 2316

[3] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص179

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

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

من خلال هذه الحالات نجد أنها تنطبق على الخلع، الذي يبنى في حقيقته إما على أسباب كيدية أو وهمية، أو سطحية تخفي وراء المخالعة مصالح غير شرعية، وإما تلجأ إلى الخلع إذا ما عجزت عن إثبات الضرر المادي الواقع عليها في دعاوى التطليق، وبالتالي الابتعاد عن المغزى الحقيقي للخلع، والمتمثل في الضرر المعنوي الحقيقي، الناتج عن النفور الفعلي للزوجة من زوجها، والأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض، وهو النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق والتي أقر بها القانون.[1]

الفرع الثالث: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولا: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي

تقرر الشريعة الإسلامية أربعة أنواع من الجزاء على التعسف في استعمال الحق، وهي على التوالي: جزاء تعزيري، وجزاء أخروي، وجزاء عيني، وجزاء تعويضي، فأما الجزاء التعزيري فيكون في حال ارتكاب المتعسف معصية لم يرد في شأنها حد مقدر شرعا وأما الجزاء الأخروي فباعتبار أن الشريعة الإسلامية ترتب الجزاء على البواعث والنوايا، وقصد الإضرار يجعل من صاحبه آثما، يبقى الجزاء العيني والجزاء التعويضي، فالجزاء العيني في التصرفات القولية يكون بإبطال التصرف أو إجبار الممتنع على استعمال حقه أو سلب الحق من صاحبه وأما الجزاء التعويضي والمسمى الضمان فيصار إليه عند عدم التمكن من إزالة الضرر عينا فيتدارك عن طريق التعويض المالي العادل.[2]

ثانيا: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في القانون الوضعي

إن المتأمّل في موقف المشرع الجزائري في قانون الأسرة وفيما تعلق بجزاء تعسف الزوجة في طلب الخلع، لا يدري هل صار المشرع الجزائري إلى التعويض مباشرة؟

[1] راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م 10، ع3، 2019م، ص345.

[2] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص290

إذا ما اعتبرنا بدل الخلع هنا تعويضا، مع أن بدل الخلع مقرر في كل حال للخلع سواء تعسفت الزوجة في خلع زوجها أم لم تتعسف، فبذلك يكون ما تدفعه الزوجة لزوجها مقابل مخالعته هو بدل الخلع، والفرق شاسع بين العوض والتعويض، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري مصطلح المقابل المالي والذي هو أقرب للعوض منه إلى التعويض.

بالإضافة إلى أن المحكمة العليا في قرارها رقم 141262 الصادر بتاريخ 1996/07/30 أشارت في نص القرار إلى حق الزوج في التعويض، حيث جاء في بعض نص القرار: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء، وليس عقدا رضائيا... ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة... "[1]، فهل يقصد بحق الزوج في التعويض في هذا القرار بدل الخلع؟، وفي هذه الحالة لا يكون تعويضا عن الضرر الذي أصاب الزوج المتمسك بالرجوع حسب نفس القرار، أم يقصد به تعويض الزوج عن الضرر الحاصل، وفي هذه الحالة نتساءل عن مصير بدل الخلع، وهل يسمى انحلال الرابطة الزوجية بهذه الصورة خلعا، مادام خاليا من البدل، ذلك أن المخالعة من شروطها أن تكون على عوض، فإذا ما انتفى البدل كان لفظ المخالعة من ألفاظ الطلاق الكنائي ويقع به طلقة رجعية إن لم يكن مكملا للثلاث.[2]

وعن تقدير بدل الخلع، فقد اختلف الفقهاء في جواز زيادة بدل الخلع عن قيمة الصداق فقال المالكية[3] والشافعية[4] والظاهرية[5] بجواز ذلك، وذهب الحنابلة[6] إلى كراهة الزيادة على المهر، وزاد الحنفية على ذلك بكراهة الزيادة على المهر حتى لو كان النشوز من الزوجة ولكنهم أجازوا الزيادة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1996/07/30، ملف رقم141262، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 1998م، ص120

[2] عثمان التكروري، قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2004م، ص121

[3] حمد أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعرفة، مصر، ط2، (د ت ن)، ص518

[4] الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت: 204 هـ)، الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، ط1، 2001م، ج6، ص503

[5] ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1408هـ 1988م، ج9، ص519

[6] موفق الدين عبد الله بن أحمد ب محمد المقدسي، المغني، مرجع سابق، ج7، ص52

قضاء رغم الكراهة[1]، أما قانونا فإذا ما تم الخلع بتراضي الزوجين فيقف دور القاضي في هذه الحالة عند إثبات هذا الاتفاق، لأن اتفاق الزوجين على بدل الخلع يعفيه من أي تدخل في تقدير التعويض[2]، أما في حالة النزاع بين الزوجين سواء على الخلع أو على بدله فقد حسم المشرع الجزائري الأمر في نص المادة 54 من قانون الأسرة، وحدد بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، وفي ذلك إجحاف بحق الزوج وعدم اعتراف بالضرر الذي لحق به جراء تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع.[3]

ويتضح من خلال هذا أن المشرع قد اعتبر المقابل المالي الذي تدفعه الزوجة للزوج مقابل مخالعته لها والذي لا يتجاوز صداق المثل عند النزاع بدل خلع وليس تعويضا، كون هذا البدل يكون في كل خلع سواء كان للزوجة فيه مبرر شرعي أم لا، وكونه أيضا حدد التعويض بما لا يتجاوز صداق المثل دون مراعاة أنه قد يلحق الزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا.[4]

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حرم الزوج من التعويض حال تعسف زوجته في طلب الخلع، وكان على المشرع أن ينصف الأزواج خاصة فيما تعلق ببدل الخلع، وأن يجعل تقديره للقاضي استنادا لحجم الضرر الحاصل للزوج وإلى قرائن محددة قانونا من باب السياسة الشرعية[5]، مثلما فعل بعض نظائره كالمشرع المغربي على سبيل المثال.[6]

---

[1] الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 1986م، ج3، ص150

[2] عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران،2006م، ص170

[3] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص189

[4] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع نفسه، ص188

[5] راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مرجع سابق، ص346

[6] ينظر المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية

الخاتمة

الخاتمة

تعتبر الشريعة الإسلامية هي السباقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، وقد تناول هذا البحث المعايير والضوابط التي يجب التقيد بها في استعمال الحق، بأن يكون مشروعا وذلك بأن يكون القصد من استعماله عدم إلحاق الضرر بالغير وأن تكون المصلحة مشروعة وتتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر معتاد وعدم مجاوزة الحق في ذلك.

وكما هو معلوم من أن نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها في الشريعة الإسلامية هو التشريع الإلاهيّ، بينما مصدرها في القانون الوضعي فعمل البشر، إذ أن النظرية جاءت نتيجة لزخم فكري، فهي إذن عرضة للنقص والقصور مقارنة بنظيرتها – في الفقه الإسلامي– التي تتميّز بوضوحها ودقتها وشموليتها من خلال نظرتها إلى الحق من غير إهمال لمصلحة الفرد أو الجماعة، هذا لأن قواعدها من وضع الشارع الحكيم. فكان الأجدر بالتشريعات الوضعية أن تصوغ نظرية التعسف في استعمال الحق بمثل ما جاءت بها الشريعة الإسلامية حتى تتفادى النقص أو التناقض المحتمل.

والمتتبع لهذا البحث يخلص إلى أن الخلع حق مقرر شرعا وقانونا للزوجة، وهذا الحق شرع حتى لا يكون هناك إرغام لها على العيش مع زوج صارت تبغضه وتخاف معصية الله في البقاء معه، إلا أنه إذا استعملت هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو الإضرار بالزوج أو يكون الخلع لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل من جراء الخلع للزوج أشد وأكبر من الفائدة التي حصلت عليها الزوجة فإنها تكون بذلك متعسفة في استعمال حق الخلع، فحيثما أثبت المضرور ذلك وقع الجزاء.

إلا أنّه لا يفهم من هذا أن نظرية التعسف في استعمال الحق أتت للحد من مزاولة الحق عموما، ومن حق الخلع عند تطبيقها عليه، فتقيّد الزوجة في استعمال حقها وتجبرها على العيش إلى جانب زوج تخشى معصية الله في البقاء معه، وإنّما جاءت هذه النظرية للموازنة بين المصالح المتضاربة، مصلحة الزوجة في ممارسة حق الخلع ومصلحة الزوج في عدم الإضرار به والمصلحة العامة في استقرار المجتمع.

ومن هنا تظهر القيمة الاجتماعية لنظرية التعسف في استعمال حق الخلع والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه هذه النظرية، فحق الخلع لم يشرع ليكون وسيلة جور وطغيان بيد الزوجة تستعمله كيفما شاءت تحت غطاء استعمال الحق، بل شرع لتستعمله الزوجة دون الإخلال بواجبها تجاه زوجها وأولادها خاصة والمجتمع عامة.

فالخلع مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله، وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، فهناك توافق بينهما على منع التعسف في استعمال الحق وتوقيع الجزاء على المتعسف، ولعلّ أبرز ما سيشد انتباه المتتبع لهذا البحث أن المشرع الجزائري لم يفصل بين بدل الخلع الذي هو ركن في الخلع والتعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخل، فهل يكون بدل الخلع هنا نظير حل رابطة الزوجية أم تعويضا للضرر الناجم عن التعسف؟ ومن هنا لعلّنا نقدّم بعض الاقتراحات.

وعليه نقترح ما يلي:

- تعديل نص المادة 54 (ق أ ج) بعدم تحديد بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه بما لا يتجاوز صداق المثل، وتوسيع سلطة القاضي في تقدير ذلك تبعا للظروف والملامسات المحيطة.
- على المشرع الجزائري وضع مواد تنص صراحة عن نوع الفرقة في الخلع و يبين أنها طلاق أم فسخ، وكذلك عليه أن يبين نوع المال الذي يجوز أن يكون بدلا للخلع، و قدره، ومتى يُستحق؟.
- على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على وجوب التعويض عن التعسف في الخلع نظير ما جاء به في المادة 52 (ق أ ج) في التعويض عن الطلاق التعسفي، وكيفية تقديره والمعايير والأسس المعتمدة في ذلك.

- على المشرع تحديد معايير التعسف في المخالعة لضرورتها الملحة لمعرفة إذا ما كان الخلع تعسفية أم لا، وهذا لجبر الضرر و إلزام الزوجة بدفع التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التعسف
- فصل المشرع الجزائري بين بدل الخلع الذي هو ركن في الخلع والتعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخلع، وتعديل نص المادة 54 (ق أ ج) بناء على ذلك.
- تخصيص قضاة لهم متخصصين بعلوم الشريعة وكذا القانون للارتباط الوثيق بينهما خاصة في التقنين الأسري والمادة الأخيرة منه كفيلة بالتدليل على ذلك.
- على المشرع أن يسن قوانين أكثر صرامة لعلاج مشكلة التفككات الأسرية عموما و مسألة الخلع خصوصا لعله بسن هذه القوانين يحد من تفشي هذه الظاهرة.

وصلّ اللهم على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلّم .

فهارس البحث

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

القرآن الكريم وتفسيره

1- القرآن الكريم، رواية حفص عن عاصم، مصحف المدينة المنورة للنسخ الحاسوبي، مجمع الملك فهد بن عبد العزيز لطباعة المصحف الشريف، النسخة الخامسة.

2- أحمد بن مصطفى المراغي، تفسير المراغي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1946م.

3- أبو عبد الله: محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ 1964م.

4- جلال الدين السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ)، الإكليل في استنباط التنزيل، ت: سيف الدين عبد القادر الكاتب، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1971م.

5- محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدر التونسية للنشر، تونس، (د ط)، 1984م.

كتب الأحاديث النبوية وشروحها:

1- أبو عبد الله: محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجه، ت: فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، دار إحياء الكتب العربية، سوريا، (د ط)، (د ت ن).

2- أبو عبد الرحمن: أحمد بن شعيب النسائي (ت: 303هـ)، سنن النسائي، تحقيق حسن شلبي، كتاب الطلاق، باب الخلع، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1421هـ 2001م.

3- أبو الوليد: سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت: 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر، ط2، 1432هـ.

4- أبو محمد: عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي (ت: 255هـ)، مسند الدارمي، ت: حسين سليم أسد الداراني، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1412هـ 2000م.

5- أبو عيسى: محمد بن عيسى الترمذي (ت 279 هـ)، الجامع الكبير (سنن الترمذي)، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م.

6- زين الدين أبو الفرج: عبد الرحمن بن شهاب الدين البغدادي ثم الدمشقي الشهير بابن رجب (ت: 795هـ)، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، ت: شعيب الأرناؤوط - إبراهيم باجس، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 1997م

7- سعيد بن منصور الجوزجاني، سنن ابن منصور، ت: حبيب الأعظمي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في طلاق المكره، الدار السلفية، الهند، ط1، 1403هـ 1982م.

8- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ت: مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، دمشق، ط5، 1993م.

9- مالك بن أنس، موطأ مالك، رواية أبي مصعب الزهري، تحقيق وتعليق بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1999م.

10- محمد بن اسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، التنوير شرح الجامع الصغير، ت: محمد إسحاق محمد إبراهيم، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 2011م.

معاجم اللغة العربية

1- أحمد الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، (د ط)، (د ت ن).

2-الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، ط8، 2005م.

3- أبو نصر: إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت 393هـ)، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ 1987م.

4- ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي جمال الدين الأنصاري (ت: 711)، لسان العرب، دار صادر بيروت، ط3، (د ت ن).

5- محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، ت محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.

6- نخبة من اللغويين بمجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، ط2، 1972.

كتب الفقه الإسلامي

1- ابن مفلح: أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد، (ت: 884 هـ)، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ 1997م

2- ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (ت: 456هـ)، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، 1408هـ 1988م.

3- ابن قدامة المقدسي: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد (ت 620)، المغني، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط3، 1997م.

4- حمد أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعرفة، مصر، ط2، (د ت ن).

5- الخرشي: أبو عبد الله محمد بن عبد الله (ت: 1101 هـ)، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، 1317هـ

6- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن).

7- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، (د ت ن)

8- الشاطبي: أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (ت: 790هـ)، الموافقات، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1997م/1417هـ،

9- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت: 476 هـ)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط)، (د ب ن)، (د ت ن)

10- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس (ت: 204 هـ)، الأم، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، ط1، 2001م.

11- الشربيني: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب (ت 977هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.

12- شهاب الدين القليوبي وشهاب الدين البرسلي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين لأبي زكريا النووي، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي، مصر، ط3، 1375هـ 1956م.

13- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2002م.

14- الطرابلسي: أبو الحسن علاء الدين، علي بن خليل الحنفي (ت: 844هـ)، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، بيروت، (د ط)، (د ت ن).

15- الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير، ت: علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1994م.

16- عبد الرحمان الجزيري (ت 1360هـ)، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ 2003م.

17- الفيروزآبادي: أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت: 476 هـ)، التنبيه في الفقه الشافعي، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403هـ 1983م

18- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي (ت: 587 هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط3، 1986م.

19- محمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، (د ب ن)، (د ت ن)، (د ط).

20- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت: 483 هـ)، المبسوط، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1331هـ.

21- وَهبة بن مصطفى الزُّحيلِي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط4، (د ت ن).

22- وهبه بن مصطفى الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، (د ط)، 1998م

كتب الدراسات الفقهية والقانونية المعاصرة

1- أيمن سعد سليم، نظرية الحق، مطابع الدار الهندسية، مصر، (د ط)، 2003م.

2- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)، (د ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1989م.

3- أحمد حسن قادة، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مطبعة الجزائر، الجزائر، (د ط)، 1994م.

4- أحمد بخيت الغزالي، أحكام الاسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2009.

5- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، (ب ط)، 2007م.

6- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- والقانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008.

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ببن عكنون، الجزائر، ط3، 2004م.

8- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961م.

9- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الجزائر، ط2،

10- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2008م.

11- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م.

12- حبيب إدريس عيسى المزوري، مرجع سابق، تصرفات المريض مرض الموت (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، (د ط)، 2001م.

13- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر، (د ب ن)، (د ط)، 1997م أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2006م.

14- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، (د ط)، 2005،

15- محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون (القاعدة القانونية، نظرية الحق)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007م.

16- سامي محمد أبو عرجة، أحكام الخلع وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 17، ع1، غزة، 2015م.

17- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريع المصري، دار الخلدونية للنشر، ط1، الجزائر، 2010م.

18- طه عبد المولى، التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2002م.

19- علي فيلالي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م.

20- مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون، (نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق)، ط1، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2008م.

21- عمر فخري الحديثي، تحريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، 2011م.

22- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2003م،

عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، (د ط)، 2003م.

23- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1997م.

24- علاء الدين حسين رحال، مروان إبراهيم القيسي، نظام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2010م.

25- عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011م.
26- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، دار النشر، أنسكلوبيديا.
27- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، (د ط)، 2000م، دار الهدى، الجزائر.
28- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء (الزواج)، دار الفكر العربي، (د ب ن)، ط1، 1404هـ-1984م.
29- علال ياسين، أثر الطلاق على التوارث بين الزوجين في الفقه والقانون دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (د ط)، 2017م.
30- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط1، 1952م.
31- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007م.
32- فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988م ـ 1408هـ.
33- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984م، محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (القسم الأول، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع في القانون)، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، (د ط)، 2003م.
34- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الهدى للنشر، الجزائر، 2011م.
35- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، (د ب ن)، 1957.
36- منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتى(ت1051هـ)، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1993م.

37- محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2005م.

38- محمد يحي قاسم سلطان الحسو، مرض الموت وأثره في زواج المريض وانحلاله، دار الكتب القانونية، مصر، ط1، 2022م.

39- محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الرياض، ط1، 1419هـ

40- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، (د ط)، (د ت ن).

41- محمد رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون القاهرة، (د ت ن)، رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2010م.

42- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09/08المؤرخ في فبراير سنة 2008 (الخصومة، التنفيذ التحكيم)، دار الهدى، عين ملية، الجزائر.

43- وهبة إدريس عوض أحمد، الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي المقارن، مكتبة هلال، لبنان، ط1، 1986م.

ثانيا: المقالات

1- عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان، الفصل في الخلع " أسبابه وآثاره"، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، العدد الأول، محرم 1420هـ.

2- آسيا براهيمي، رضائية الزوج في الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والاجتهادات القضائية الجزائرية، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد 01، جوان 2022.

3- بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10، الموافق ل 20- يونيو-2005م، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، العدد1، سنة 2011م.

4- راضية بشير، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، مجلة العلوم القانونية والسياسية، م 10، ع 3، 2019م

5- سامي محمد أبو عرجة، أحكام الخلع وأثره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر، المجلد 17، ع1، غزة، 2015م.

6- كمال بعاكية، سلطة القاضي في توقيع الخلع في مرض الموت، مجلة الإحياء، م 22، ع 30، 2022م.

7- لينا حامد ملكاوي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية 2012م ـ 1433هـ، دراسات علوم الشريعة والقانون.

8- محمد مستوري، زواج المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 9، العدد2، 2021م.

9- وداد عباس، تدابير الجزائر لمواجهة الأزمة المزدوجة-جائحة كورونا وتراجع عائدات النفط-، مجلة مدرات للعلوم الاجتماعية والإنسانية تصدر عن المركز الجامعي غليزان، العدد 04، 2021م.

ثالثا: البحوث الأكاديمية

1- أحمد فواتيح كريمة، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2023/2022م.

2- أمينة بن جناحي، دور القاضي في الخلع، رسالة ماجستير في شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة امحمد بوقرة، المدية.

3- حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015م.

4- رميساء حوحو، التعسف في فك الرابطة الزوجية وآثاره، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023م- 2024م.

5- سعدية شرقي، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2013م.
6- سعاد بلحورابي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014م.
7- حفصية دونة، التعسف في استعمال الحق بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2021/2020م.
8- حجيلة بريكي، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة 2013م.
9- سارة خضر ارشيدات، البيع في مرض الموت، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2013م-2014م.
10- دامية بلعربي، سلحي لينة، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2022/2021م.
11- عبد العزيز بن عبد الله الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، (دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية) أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض.
12- المستاري نور الهدى، الخلع دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير تخصص قانون مقارن، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013م.
13- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق . دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2009م.

13- عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، ماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2006م.

رابعا: النصوص القانونية

النصوص التشريعية

قانون رقم 09.08، مؤرخ في 23 فيفري 2008م، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008م.

قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة.

الأمر 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري ج ر 15، المؤرخة في 27 فيفري 2005م.

النصوص القضائية

ملف رقم 51728، بتاريخ 1988/12/21م، م ق، 1990، عدد3.

ملف رقم 65259 بتاريخ 2011/09/15م، مجلة المحكمة العليا 2012، عدد 1.

ملف رقم 26709، قرار بتاريخ 1982/02/08م، نشرة القضاء، عدد خاص.

ملف رقم 83603، بتاريخ 1992/07/21م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، العدد الخاص،

ملف رقم 141262، بتاريخ 1996/07/30م، غير منشور.

ملف رقم 216239، بتاريخ 1999/03/16م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، العدد الخاص.

ملف رقم 33652، بتاريخ 11- 06- 1984م، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، ع 3،

ملف رقم 36709، بتاريخ 22-04- 1985م، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1989، ع 1.

ملف رقم 51728 بتاريخ 21-11- 1988م، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية سنة 1990، ع 3.

ملف رقم 179696 بتاريخ 17-03-1998، المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001م.

ملف رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 1998م

خامسا: المواقع الالكترونية

أحمد فهمي أبو سنة، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، [/https://www.alukah.net/authors/view/home/792]

فهرس الآيات والأحاديث

1- فهرس سور وآيات القرآن

السورة والآية	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَو دَينٍ غَيرَ مُضَارّ	12	12
وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرضِعنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَولَينِ كَامِلَينِ . . .	233	13
وَإِذَا طَلَّقتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ . . .	131	12
وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوء . . .	238	39-13
هُنَّ لِبَاس لَّكُم وَأَنتُم لِبَاس لَّهُنَّ	187	30
وَلَا يَحِلُّ لَكُم أَن تَأخُذُواْ مِمَّا ءَاتَيتُمُوهُنَّ شَيئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ . . .	229	35
ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمسَاكُ بِمَعرُوفٍ أَو تَسرِيحُ بِإِحسَٰن . . .	230-229	38
النساء		
وَءَاتُواْ ٱلنِّسَاءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحلَة . . .	4	60
لَّا يَستَوِي ٱلۡقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلۡمُؤمِنِينَ غَيرُ أُوْلِي ٱلضَّرَرِ . . .	95	74
آل عمران		
لَا يَضُرُّكُم كَيدُهُم شَيئًا إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا يَعمَلُونَ مُحِيط	120	74
المائدة		
وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلبِرِّ وَٱلتَّقوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلإِثمِ وَٱلعُدوَٰنِ	2	16
التوبة		
وَٱلۡمُؤمِنُونَ وَٱلۡمُؤمِنَٰتُ بَعضُهُم أَولِيَاءُ بَعض	71	16

وَمِن ءَايَٰتِهِۦٓ أَن خَلَقَ لَكُم مِّن أَنفُسِكُم أَزوَٰجا لِّتَسكُنُوٓاْ إِلَيهَا وَجَعَلَ بَينَكُم مَّوَدَّة وَرَحمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأَيَٰت لِّقَوم يَتَفَكَّرُونَ	21	أ
الأنبياء		
وَمَا أَرسَلنَٰكَ إِلَّا رَحمَة لِّلعَٰلَمِينَ	107	16
الحجرات		
إِنَّمَا ٱلمُؤمِنُونَ إِخوَة	10	16

2- فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
لا ضرر ولا ضرار	14
لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبه في جداره	15
مثل القائم على حدود اللّه والواقع فيها...	15
أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس...	83،60،34
أترددين عليه حديقته؟...	36
المنتزعات والمختلعات هن المنافقات	61
إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	62
إنما الأعمال بالنّيات	72

فهرس الموضوعات

العنوان **الصفحة**

مقدمة.....أ-خ

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف والخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي... 8

المطلب الأول: التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.....8

الفرع الأول: المفهوم الشرعي للتعسف..... 8

أولا: تعريف التعسف ونطاق تطبيقه.....8

ثانيا: الأدلة على منع التعسف في استعمال الحق.....12

الفرع الثاني: أسس ومعايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 15

أولا: الأسس التي يقوم عليها تقييد الحق..... 16

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..... 17

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.....21

الفرع الأول: تعريف التعسف في القانون الوضعي ونطاق تطبيقه.....21

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.....21

ثانيا: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.....23

الفرع الثاني: أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي..... 24

أولا: أسس نظرية التعسف في استعمال الحق.....24

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع القديم.....25

ثالثا: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري.....28

المبحث الثاني: الخلع وتكييفه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 29

المطلب الأول: مفهوم الخلع وأحكامه.....29

الفرع الأول: تعريف الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 29

أولا: تعريف الخلع في الفقه الإسلامي.....29

الفرع الثاني: حكم الخلع وأدلة مشروعيته..... 33

أولا: حكم الخلع.....35

ثانيا: أدلة مشروعية الخلع.....34

الفرع الثالث: تكييف الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (كونه طلاقا أم فسخا) 36

أولا: تكييف الخلع في الفقه الإسلامي..... 36

ثانيا: تكييف الخلع عند المشرع الجزائري..... 38

المطلب الثاني: المراحل التي مر بها الخلع في التشريع الجزائري.....38

الفرع الأول: الخلع في مرحلة ما قبل صدور قانون 84 – 11.....39

الفرع الثاني: التشريع الجزائري للخلع في ظل قانون 84 – 11..... 40

الفرع الثالث: التشريع الجزائري للخلع في ظل القانون 02 – 05.....42

الفرع الرابع: الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا..... 42

أولا: الرأي القائل برضا الزوج لصحة الخلع.....43

ثانيا: الرأي القائل بعدم رضا الزوج لصحة الخلع.....44

المطلب الثالث: إجراءات التقاضي في دعوى الخلع..... 45

الفرع الأول: اختصاص المحاكم في دعوى الخلع.....46

أولا: الاختصاص النوعي.....46

ثانيا: الاختصاص الإقليمي.....46

الفرع الثاني: سير دعوى الخلع.....46

أولا: سلطة القاضي في دعوى الخلع..... 47

ثانيا: الصلح في دعوى الخلع.....47

الفرع الثالث: طبيعة الأحكام القضائية في دعوى الخلع..... 51

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف.....51

ثانيا: أحكام الخلع قابلة للاستئناف..... 51

الفصل الثاني: التعسف في حق الخلع وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع وصوره..... 53

المطلب الأول: تطبيق معايير التعسف على الخلع..... 53

الفرع الأول: المعيار الشخصي (الذاتي)..... 55

أولا: قصد الإضرار 55

ثانيا: المصلحة غير المشروعة 55

الفرع الثاني: المعيار المادي (الموضوعي)..... 55

أولا: انعدام التناسب بين المصالح المتعارضة 56

ثانيا: الضرر الفاحش 56

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع..... 56

الفرع الأول: خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي.....57

أولا: حكم خلع الزوجة زوجها من غير سبب شرعي.....57

ثانيا: حالات الخلع بغير سبب شرعي..... 60

ثالثا: تطبيق معايير التعسف على الخلع بدون سبب شرعي..... 64

الفرع الثاني: خلع المريضة مرض الموت 65

أولا: تعريف خلع المريضة مرض الموت..... 65

ثانيا: شروط اعتبار المريضة مريضة مرض موت.....66

ثالثا: صور مرض الموت..... 68

رابعا: حكم خلع المريضة مرض الموت زوجها..... 70

خامسا: تطبيق معايير التعسف على خلع المريضة مرض الموت.....71

المبحث الثاني: آثار التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي 73

المطلب الأول: الضرر كأثر مترتب عن التعسف في الخلع..... 72

الفرع الأول: تعريف الضرر.....72

أولا: تعريف الضرر في اللغة.....72

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا..... 74

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض..... 76

أولا: أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة..... 76

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع..... 77

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا..... 77

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا..... 78

خامسا: ألا يكون سبق التعويض عن الضرر..... 79

الفرع الثالث: إثبات الضرر الناجم عن التعسف في الخلع..... 79

المطلب الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع..... 80

الفرع الأول: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي..... 80

ثانيا– التعويض اصطلاحا..... 81

ثالثا: أهداف التعويض..... 82

الفرع الثاني: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي... 83

أولا: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي..... 83

ثانيا: أساس التعويض للزوج المخلوع تعسفا في القانون الوضعي..... 84

الفرع الثالث: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.... 85

أولا: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في الفقه الإسلامي..... 85

ثانيا: تقدير التعويض للزوج المخلوع تعسفا في القانون الوضعي..... 85

الخاتمة..... 89

قائمة المصادر والمراجع.....93

فهرس سور وآيات القران..... 105

فهرس الأحاديث النبوية..... 107

فهرس المحتويات..... 118

ملخص البحث.....114

ملخص البحث

يعالج هذا البحث موضوع: "تعسف الزوجة في استعمال الحق الخلع نموذجا –دراسة مقارنة– "، من خلال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق بمعاييرها على ممارسة الزوجة لحقها في الخلع والتعسف في هذا الحق مع بيان صور وأنواع هذا التعسف، وما يترتب على ذلك من آثار سواء من جهة الزوج أو من جهة الزوجة، مع إبراز موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من ذلك.

وقد خلص هذا البحث إلى أن المشرع الجزائري قد خطى خطوات لأجل الحفاظ على العلاقات الزوجية من التعسف، إلا أنه ما يزال قاصرا عن مواكبة أحكام الشريعة الإسلامية في هذا الباب.

الكلمات المفتاحية: التعسف، الزوجة، الخلع، استعمال الحق، الزواج، المشرع الجزائري

Research Abstract:

This study examines the issue of "The Wife's Abuse of the Right to Khula: A Comparative Study" by applying the theory of abuse of rights and its legal standards to the wife's exercise of her right to initiate khula.

It identify the forms and types of abuse that may occur in this context, and explores the legal and social consequences for both the husband and the wife, The study also highlights the respective positions of Islamic jurisprudence and Algerian law on this matter.

The research concludes that, while the Algerian legislature has taken steps toward safeguarding marital relationships from abuse, it still falls short of fully aligning with the principles and rulings of Islamic Sharia in this domain.

Keywords: Abuse, Wife, Khula, Exercise of right, Marriage, Algerian legislator.