وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

المرجع: .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

التعسف في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: القانون العام

التخصص: قانون جنائي والعلوم الجنائية

من إعداد الطالب(ة):

مداوي دليلة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

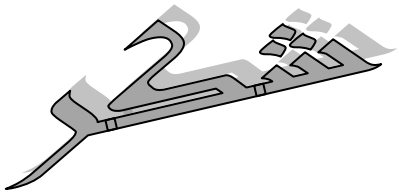
حيتالة معمر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	حميدي فاطمة الزهراء	رئيسا
الأستاذ(ة) :	حيتالة معمر	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة):	بن بدرة عفيف	مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم:**2019/07/01**



الحمد لله العلي القدير،الذي وفقنا في انجاز هذا العمل،وأتوجه بجزيل الشكر والتقدير الخالص والاحترام الفائق والكبير إلى الأستاذ المشرف

الذي أفادني بنصائحه وتوجيهاته العلمية القيمة وحرصه الكبير على انجاز هذا العمل

كما نتقدم بالشكر إلى جميع أساتذة, وكل من قدم لي يد العون لإنجاز هذا البحث، وأدعو المولى عز وجل أن يجازيهم خير الجزاء ويمنّ عليهم بالخير والعطاء.

الإهداء

إلى اللذان قال فيهما الرحمن الخالق عز وجل: " و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا".

إلى اللذان أوقد شمعة حياتهما ليضيئا دربا يشع بنور العلم و المعرفة إلى من لا تحلو الحياة بدونهما، إلى القلبين اللذين يعطيان و لا يكلان إلى خزانة فؤادي، والى نبع الحنان و هبة الرحمن، إلى منهل الحب و الحنان و الحضن الدافئ حيث الأمان، إلى المرأة العظيمة بعد عظمة الله و أثمن ما لدي في الوجود أمي الغالية أطال الله عمرها.

إلى من كرس حياته في سبيل تربيتي و تعليمي و غرس في كياني حب العلم، إلى مثلي و أسوتي في الحياة، إلى من انتظر و طال انتظاره في سبيل أن يراني كما أراد، أبي الغالي حفظه الله و أطال في عمره.

إليكم يا من اقتسمنا فلذة الكبد و حب الفؤاد إخوتي وخاصة أجمل تحية.

إلى اللواتي قاسمنني مسيرتي و هموم الحياة الجامعية إلى صحبة دربي.

إلى اللذين تسعهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي إلى الأستاذ المحترم المشرف

لقد قام الإسلام بتشريع الزواج بعد أن هدم جميع الأنكحة الفاسدة وجعله ميثاقا غليظا لوقوله تعالى:"وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا".[1]

حيث توثق به القلوب وتحفظ به المصالح، ويندمج به كل من الطرفين بصاحبه حتى يصير كل واحد منهما لباسا للأخر ومن بين الأهداف التي شرع الزواج من أجلها تكوين اسرة متماسكة ذات قواعد متينة تساهم في تكوين مجتمع سليم.

وشرع الاسلام تبعا لذلك كثيرا من الضمانات التي تحول دون تعرض هذا الرباط للحل و التمزق من لدن الخطبة الى حدوث مشاكل بين الزوجين فأوجب كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحب عليه ومن بين السبل المثلى لإصلاح ذات البين عند حدوث اية مشكلة.

وعلى الرغم من تلك الصفة القدسية لعقد الزواج ومهما تكن نية الزوجين في استمرار مواصلة الحياة الزوجية فإن ذلك لا يعني انه عقد أبدي لا تنحل رابطته [2] .

حيث ان الشارع الحكيم أباح للزوج ان يوقع الطلاق إلا عند الحاجة اليه واباح للزوجة ايضا الانفصال عن زوجها من خلال طلب التطليق الذي اساسه هو الضرر اللاحق بالزوجة بسبب إخلال الزوج بأحد التزاماته والخلع والذي هو موضوع دراستنا و يتجلى اساسه في كراهة الزوجة لزوجها ونفورها منه ،ومن ثم فان موضوع الخلع له اهمية كبيرة في الشريعة الاسلامية لكن المشرع الجزائري لم ينله هذه الاهمية وذلك من خلال تعرضه لمادة وحيدة في قانون الاسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل [3] .

---

[1]- سورة النساء ،الآية 21.

[2]- عطا محمد المحتسب ، دعاوى إثبات الطلاق وتطبيقها في المحاكم الشرعية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2011، ص10.

[3]- قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05والمؤرخ في 27 فبراير 2005 الموافق عليه بمقتضى القانون 05-09الصادر في 4 ماي2005 ،الجريدة الرسمية ،العدد 43 المؤرخة في 22جوان 2005.

فالصياغة الاصلية للمادة كانت تنص على انه :" يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم"، اما بعد التعديل بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 فأصبحت تنص على انه: يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها مقابل مبلغ مالي، اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم [1].

ومنذ تعديل قانون الاسرة الجزائري سنة 2005 تزايدت نسبة الخلع من خلال الاحصائيات المجرات من طرف وزارة العدل فادى هذا الجدل والتزايد وباعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا واصليا ورسميا لقانون الأسرة ،فلا بد من الرجوع اليها لفهم احكام الخلع.

كما ان نظرية التعسف في استعمال الحق ليست حديثة بل هي قديمة تعود جذورها الى القانون الروماني، كما ظهرت ايضا في الفقه الاسلامي وقد كانت الشريعة سباقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق عن القوانين الوضعية، فالحق عند فقهاء المسلمين هو ما كان مصلحة مختصة بصاحبها شرعا[2].

والشريعة الاسلامية غنية بقواعدها وأحكامها فلقد تناول فقهاؤها الحق بكثير من البحث والتفصيل فوصلت في رقيها درجة لا تدانيها فيها أي شريعة اخرى .

1- الأمر 02/05 المؤرخ في27 فبراير 2005 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ،الجريدة الرسمية ، العدد 15.

2- أحمد فراج حسين ، عبد الودود السريتي ، النظرية العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر مصر د.س.ن ،ص13.

وقد لاقت فكرة التعسف في استعمال الحق في بادئ الامر رفضا من قبل الفقهاء المسلمين فالفعل لا يمكن ان يكون غير مشروع إذا نتج عن ممارسة الحق ومن هؤلاء الامام الشافعي الذي قرر ان صاحب الحق له ان يستعمل حقه كما يشاء وبالطريقة التي يراها.[1]

ثم ما لبث الحال ان تطورت وتوسعت فكرة التعسف وأعطاها الفقهاء المسلمون منذ القرن الثاني الهجري اوسع تصوير ومن هؤلاء الفقهاء الامام مالك، وابن القيم الجوزية والامام الغزالي الذين انتهوا الى وجوب تقيد الحقوق واستعمالها وفقا لغرضها الاجتماعي والاقتصادي.[2]

والقانون كما الشريعة في تنظيمها للحقوق وتحديد مضمونها او السلطات التي تخولها لأصحابها يوفقان بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة او مصلحة خاصة ولذلك فان الشخص له ان يستعمل حقه في الحدود التي اجازها القانون والشريعة دون ان يتجاوزها، واذا ما خرج صاحب الحق عن هذا واستعمل حقه بقصد غرض اخر يعد متعسفا في استعمال حقه وتقوم مسؤوليته.

وتعرف نظرية التعسف في استعمال الحق عدة تطبيقات في عدة مجالات من بينها فك الرابطة الزوجية عامة والخلع خاصة ويمكن تسميته بمصطلح المخالعة .

فالخلع شرع للزوجة لتمكينها من الخلاص من العلاقة الزوجية إذا أصبحت لا تطاق ولا تجد فيها راحتها واستقرارها واصبحت تبغض زوجها الى حد تخشى فيه ان لا تقيم حدود الله معه، فالخلع حق مقرر شرعا وقانونا، لكن قد يؤدي استعمال الحق في الخلع الى إضرار بالزوج وحتى الاولاد وهذه الأضرار ناتجة عن تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع فاذا كان الخلع حق ثابتا للزوجة فانه يمكننا طرح الاشكالية كالتالي:

---

[1]– محمد صبري السعدي، النظرية العامة الالتزامات (القسم الاول ، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني ، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع والقانون) دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر ، 2003، ص 57.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ، ج2 ، ط5 ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2008 ، ص 113.

ماهي الاحكام المرتبطة بالخلع ومتى يصبح الخلع حق للزوجة؟

ومتى تعتبر الزوجة متعسفة في حق زوجها على منوال الفقه الاسلامي والقانون الوضعي؟

واذا تجاوزت الزوجة حدودها في استعمال حقها المخول لها قانونا وشرعا فماهي الاجراءات الواجب اتباعها لرفع دعوى الخلع وهل يحق للزوج المتضرر جراء الخلع المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر؟

وإستلزمت الإجابة عن إشكاليات هذا الموضوع وما تفرع منها أن تكون الدراسة على فصلين نتناول في الفصل الأول دعوى الخلع ، ونتناول في الفصل الثاني تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع والأثار المترتبة عليه وقسم كل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين فكانت الخطة كالأتي :

الفصل الأول: دعوى الخلع

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لدعوى الخلع

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي لدعوى الخلع

الفصل الثاني: تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع والأثار المترتبة عليه

المبحث الأول: تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على التعسف في إستعمال حق الخلع

خاتمة

تمهيد:

لقد أجاز المشرع الجزائري الخلع في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال نص المادة 54 ق.أ.ج .

كما أن المشرع الجزائري عالج موضوع الخلع على ضوء الشريعة الإسلامية التي جعلت الخلع حقا للمرأة ، وهو الإفتداء إذا كرهت المرأة زوجها وخافت أن لا توفيه حقوقه [1]. حيث انه لم يترك الزوجة مقيدة تحت زوجها الذي بيده فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بل جعل لها مخرجا كي تتخلص من الحياة الزوجية ،وهذا المخرج يكون في مخالعتها لزوجها وهو الوسيلة التي تمكن الزوجة من الحصول على حريتها دون عناء في مقابل البدل وهو المهر أو مهر المثل.

ولقد قامت الشريعة الإسلامية بدورها أيضا بإباحة الخلع وذلك من خلال الآية الكريمة: "**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يعتد حدود الله فأولئك هم الظالمون**" [2].

فنجد أن الخلع يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فعندما تريد الخلاص من الحياة الزوجية التي لم تتحقق معها الغاية فعليها اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها لقاء بدل تدفعه للزوج، وفي حالة عدم الاتفاق على هذا المقابل يتدخل القاضي يشترط أن لا يتجاوز قيمته صداق المثل. ما هو الأساس المعتد عليه في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لدعوى الخلع؟ وما هي الإجراءات الواجب إتباعها قضاءا لسيرها؟

1- http//.www.alukah.net.

2- سورة البقرة ،الأية 229.

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لدعوى الخلع:

إن العلاقة بين الزوجين قائمة على المودة والرحمة والسكينة والود و التألف ولكن إذا ما اشتدت الخلافات بين الزوجين ولم يعد هناك حل لمشاكلهم وأصبحت الصلة بينهما عديمة النفع أباح الله عز وجل لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق.

فكما أعطت الشريعة الإسلامية قد أجازت لهما الإفتراق بالحسنى كذلك إمرأة ثابت بن قيس لما أرادت أن تفك رابطتها الزوجية مع ثابت بن قيس وذلك في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام ما يدل على أن الخلع كان موجودا منذ عهد الصحابة [1].

لقد شرع الخلع لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح ونظرا لخطورته جعله بيد الزوجة ووجد الخلع عند انتقاء الأسباب المستند عليها في المادة 53 ق.أ .وقد اختلف الفقهاء المسلمون بشأنه ،كما تدبدب قضاء المحكمة العليا بصدد انعقاده ،كما أن قانون الأسرة الجزائري قد شرع على ضوء الفقه الإسلامي الخلع كطريق لحل الخلافات الزوجية ومن ثم نجد أن الزوجة لم تعد تحت رحمة الزوج الذي يملك حق الطلاق بل فتحو لها طريقا آخر من خلاله تنفد من الحياة الزوجية التعيسة من زوجة يائسة وبائسة إلى حياة الراحة فيسروا لها أن تتفق مع زوجها على الطلاق دون المساس بحقوقها الشرعية وحقوق الأبناء فتقدم لزوجها لتفتدي به نفسها عندما لا تطيقه دون إيذاء أو ضرر وهذا ما يطلق عليه فقها وقانونا تسمية المخالعة أو الخلع.

للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق في هذا المبحث إلى الأساس المعتمد عليه شرعا وقانونا لدعوى الخلع.

1- منال محمود المشني ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية،أحكامه وأثاره ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى، ص13

المطلب الأول: الأساس الشرعي:

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة بحيث يعتبر المنفذ والمخرج الشرعي الوحيد الذي تتمسك به في حالة بغضها لزوجها خوفا من أن لا تقيم حدود الله وقد كانت له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية.

ولمعرفة حقيقته لابد من تسليط الضوء على تعريفه و ألفاظه في إصطلاح الشرع كفرع أول، في الفرع الثاني نتطرق لحكم الخلع ودليل ومشروعيته ، وفي الفرع الثالث إلى أركان الخلع وشروطه في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: تعريف الخلع و ألفاظه:

أولا: تعريف الخلع شرعا :

عرف الفقهاء الخلع شرعا بتعريفات مختلفة حسب نظرة وتصور كل مذهب لمسألة الخلع كما أن الفقهاء عرفوه بأنه حل لعقدة زوجية بلفظ الخلع فيما معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة.

لقد عرفه الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه

ثانيا :ألفاظه :

1- ما اشتق من الخلع كان يقول لها: خالعتك ، إختلعي، إخلعي نفسك، أخلعتك ، هذا قالوا إنه يقع على الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا ، فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، و إذا لم يذكر مالا فانه يقع بيه الطلاق سواء أنوى أو لم ينو قبلت بها أو لم تقبل.

2-لفظ بارأتك فإذا قال لها بارأتك على عشرين جنيها لو قبلت وقع طلاقها بائنا ولزمها المهر[1].

1- منصوري نورة ، التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة الإسلامية ،دار الهدى للطباعة والنشر ،الجزائر ، 2012،،ص 101-102.

ثانيا :ألفاظه :

وألفاظه عندهم خمسة:

1- ما اشتق من الخلع كان يقول لها: خالعتك ، إختلعي، إخلعي نفسك، أخلعتك ، هذا قالوا إنه يقع على الخلع بدون نية لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا ، فأصبح كالصريح فإذا قال لامرأته "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، و إذا لم يذكر مالا فانه يقع بيه الطلاق سواء أنوى أو لم ينو قبلت بها أو لم تقبل.

2- لفظ بارأتك فإذا قال لها بارأتك على عشرين جنيها لو قبلت وقع طلاقها بائنا ولزمها العشرين وسقط مهرها فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق.

أما إذا لم يذكر البدل وقال لها: بارأتك وقالت قبلت وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا ؟ فالجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

3- لفظ باينتك فانه موضوعا للخلع فان لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق وان لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت وإلا فلا لأن المباينة لا يقع بها الطلاق لا بالنية.

أما إذا قال لها باينتك على عشرين ريالا ولم تقبل لا يقع به الطلاق قولا واحدا ولا يلزمها البدل لأنه علق إجابتها على المال.

4- لفظ فارقتك فانه إذا ذكر مالا فقال فارقتك على مائة ريال وقبلت بانت منه ولزمتها المائة وسقط حقها في المهر وان لم تقبل لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال.

5- لفظ طلاق على مال فإذا قال لها طلقي نفسك على عشرين جنيها فقبلت وقع الطلاق بائنا ولزمها العشرون ويضيف الحنفية لفظين آخرين ما اشتق من لفظ البيع وما اشتق من لفظ الشراء.[1]

[1]- منصوري نورة ، مرجع سابق،ص 102-103.

عند المالكية وحصروه في أربعة ألفاظ الخلع والمبارأة والصلح والفدية و المفاداة

1- إذا قل لها خالعتك اختلعتك كما بمنزلة قوله لها أنت طالق وإذا قال لها خالعتك بدون ذكر العوض لزمه طلاق بائن.

2- لفظ المبارأة يقع به الطلاق فإسقاطها عنه حق لها عليه على ما قال الفقهاء.

3- لفظ الصلح يقع الخلع ببعض ما أعطاها.

4- لفظ الفداء المرأة تفتدي نفسها بما تبذله لزوجها مقابل خلعها واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.[1]

حيث أن المالكية عرفوه بأنه الطلاق بعوض ولو من غير الزوجة أو بلفظ الخلع.[2]

ألفاظ الخلع عند الشافعية وذكر الشافعية بأن الخلع يصح بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية مع النية وباللغة الغير عربية

أ- **اللفظ الصريح:** لفظ الخلع أو المفاداة.

ب- **لفظ الكناية:** مثل لفظ الفسخ في الأصح وكل كنايات الطلاق.[3]

عند الحنابلة وقسموها إلى ألفاظ صريحة وألفاظ كناية

الألفاظ الصريحة: خالعتك لأنه ثبت له بالعرف، المفاداة لأنه وردت به الفرقة ، فسخت نكاحك لأنه حقيقة فيه.

ألفاظ الكناية : بارأتك، أبرأتك، باينتك ،لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له الصريح والكناية كالطلاق وهذا قول الشافعي.[4]

عند الإمامية : طلاق يعوض لازم لجهة الزوج

---

[1]- إبن قدامى الحنبلي، المغنى، لا.ط ، ص 181.

[2]- منال محمود المشني، مرجع سابق ، ص37.

[3]- ابن قدامى الحنبلي، المغنى، مرجع سابق، ص 181-182 .

[4]- منال محمود المشني ، مرجع سابق ،ص 38.

من المعاصرين من عرف الخلع بقوله: الخلع هو إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين أو بحكم من القاضي على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغا من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر.

هذا التعريف يتفق مع مواد قانون الأسرة في كثير من جزيئاته.[1]

الفرع الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته.

أولا: حكم الخلع

اختلف الفقهاء في حكم الخلع فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها وذلك ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي ويحتمل كلام الحنبلي تحريمه إذا قال :" الخلع مثل سهلة تكره الرجل وتعطيه المهر فهو خلع".

هذا يدل على أن الخلع لا يكون صحيحا في هذه الحال وكذلك أيضا قول ابن المنذر وداود وقال ابن المنذر وروى معنى ذلك عن ابن عباس وكثير من أهل العلم وذلك لأنه الله سبحانه وتعالى قال في كتابه العزيز:" ...**وَلاَ يَحِلُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُومِما أَتَيْتُمُوهُنَ شَيْئًا إِلاَ أَنْ يَخَافَا أَلَا يُقِيمَ حُدُودِ اللَهِ فِإِنْ خِفْتُمْ أَلاَ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُناحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ....**"[2].

فدل بمفهومه على أن الجناح لاحق بهما إذا افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعود فقال: "**تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمْ الظَالِمُونْ**" وهذا يدل على تحريم المخالعة إلا لحاجة فحرمه صلى الله عليه وسلم :"لا ضرر ولا ضرار" فالشافعي قال أن الأصل في الخلع الكراهية وبعد أن ثبت ذلك نقول أن الخلع تصرف شرعي وأن لكل تصرف حكما شرعيا

فهم حكم تكليفي تعتريه الأحكام الخمسة:

الوجوب: ماكان الطلب فيه على سبيل الإلزام.

الكراهية: هو حالة ما يطلب فيها فعل شيء على سبيل الترجيح و الإلزام.

---

[1]– سليمان ولد خسال ، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الأصالة للنشر والتوزيع ، الطبعة 2، 2012 ، ص169.

[2]– سورة البقرة، الآية 229.

الإباحة : هو حالة ما كان فيها المكلف مخيرا بين فعل شيء أو تركه.[1]

التحريم: وهو ما نهى عنه الشارع نهائيا على سبيل الإلزام.

الندب: وهو ما كان فيه طلب الشارع على سبيل الترجيح في الإلزام ويبان ذلك أن تقول بالنسبة للزوجة يكون حراما إذا طلبته من غير سبب ويكون مباحا إذا كرهت زوجها وخافت أن لا يؤدي الحقوق الزوجية فتكون بذلك عاصية لأمر الله تعالى .

بالنسبة للزوج: يكون حراما إذا عضل زوجته أو ضر بها لأجل أن تفتدي منه وتطلب الخلع، ويكون مباحا إذا طلبت منه الخلع ولو بدون سبب فطلبه حينئذ يعتبر سببا يبيح له الطلاق لأنه من طلب الطلاق حتى صعبت عليه الحياة ويكون مباحا إذا نشزت عليه أو أتت بفاحشة مبينة ، يكون مكروها لهما معا إذا اختلعا والأحوال ملتئمة والأخلاق مستقيمة وقد يكون مندوبا عند الحاجة كان يحلف بالطلاق الثلاث على عدم فعل ما لابد من فعله كالأكل مثلا فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه فيكون وسيلة للتخلص من وقوع الثلاث.[2]

ثانيا: دليل مشروعيته

حكم الخلع إذا استوفى شروطه الجواز دل على جوازه من القران الكريم والسنة النبوية والإجماع.

1- من الكتاب فقوله تعالى" الطَلاَقُ **مَرَتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلاَ يَحِلُ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَا أَتَيْتُمُوهُنَ شَيْئًا إِلاَ أَنْ يَخَافَا أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلاَ تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمْ الظَالِمُونْ".**[3]

فالحياة الزوجية أساسها الرحمة والمعاشرة والطمأنينة وقيام كل من الزوجين بواجبهما اتجاه الأخر ولكن قد يحدث أن يكره الرجل زوجته أو كره المرأة لزوجها ، وهنا يوصينا الإسلام

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ب.ط، ب .س.ن، ص 396-397.

[2]- عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق، ص 396-397.

[3]- سورة البقرة، الآية 229.

بالصبر ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى الكراهية ولكن قد يشتد الشقاق وتصبح الحياة مستحيلة وغير محتملة وحينئذ رخص الإسلام بالحل الذي لابد منه.

من السنة النبوية:

فقد ذكر أهل الحديث روايات كثيرة عن مشروعية الخلع وان كانت معظمها تدور حول قضية واحدة وهي خلع امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها إلا أنها تختلف فيما بينها من حيث زيادة ألفاظ في بعضهما أو اختلاف في سبب شكواها.[1]

وما روي أيضا عن ابن عباس رضي الله عنه قال :" أن إمرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الإسلام فقال صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته قالت : نعم فقال صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة".[2]

جاء في رواية أخرى عن يحي بن سعيد بن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل أنها كانت تحت ثابت أن قيس ابن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الخلسة فقال لها صلى الله عليه وسلم : ماشأنك قالت: لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء ثابت بن قيس قال له رسول الله هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت: خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها.[3]

فكان هذا أول خلع في الإسلام وروي أن سبب نزول أية الفداء المذكورة سالفا.[4]

---

[1]– عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار إبن حزم، لبنان ،1997 ،ص 58.

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

[3]– مالك بن انس الموطأ، باب ما جاء في الخلع ، ط1 ،دار الإمام مالك للطباعة والنشر، باب الوادي الجزائر،2013 حديث رقم 1184 ، ص 316.

[4]– تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1975، ص 46.

من الإجماع:

فقد اجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

وقال الإمام مالك بهذا الصدد أزل اسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا وان الرجل إذا لم يضرب المرأة يسئ إليها ولم تأت من قبله وأحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها ما افتدت به كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم.[1]

كما أجمع جمهور فقهاء والعلماء على أن الخلع جائز للأدلة السابقة ولم يخالفهم في ذلك إلا التابعي بكر بن عبد الله المزني أما من أجاز الخلع فقد جمع منهم على أجازته مع الاختلاف في الأحوال التي يجب فيها أما الرأي الذي يتماشى مع الأدلة السابقة فهو من يقول بجواز الخلع مع الشقاق والوفاق ودون إذن من القاضي، وعلى المرأة دفع المال المتفق عليه ليتم الخلع وقد قال ابن رشد الحفيد في ذلك: " فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والأصل في ذلك الكتاب والسنة.[2]

الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه في الشريعة الإسلامية

وتتضمن الشروط الواجب توفرها في الزوجة المختلعة و الزوج المختلع حيث أن الزوجة يشترط أن تكون متمتعة بـ :أهلية التبرع للزوم البدل بان تكون بالغة ،عاقلة غير محجور عليها للسفه أو مرض أو غفلة. والمراد بالركن هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءا من حقيقته ومنه نرى أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أركان وشروط الخلع إلا الإمام أبو حنيفة والمادة 222 ق. الأسرة الجزائري التي تنص على الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي.

وسنعرض في هذا الفرع إلى شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة أولا ، ثانيا إلى شروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة ، ثالثا إلى شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض.

---

[1]– منصوري نورة، مرجع سابق ،ص 109.

[2]– ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر، ب.س.ن، ص 50.

أولا : شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة:

1- شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع:

هو الزوج أو نائبه ويشترط فيه أن يكون أهلا لإيقاع الطلاق مسلما كان أو(زميا) حرا أو عبدا أي من صح طلاقه صح خلعه.[1]

يشترط في الزوج المخالع ما يشترط في الزوج عند إيقاع الطلاق من حيث توافر الأهلية:

- أن يكون بالغا
- عاقلا في رأي الجمهور

أجاز الحنابلة أن يكون مميزا بعقله فكل من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه كالصبي والمجنون والمعتوه من أختل عقله لمرض أو كبر في السن.[2]

لا يصح الخلع من المجنون والمعتوه ولا من المغمى عليه لأنه لايصح طلاقهم لانعدام القصد الصحيح، منهم قال ابن المنذر: "أجمع كل من أحفظ عليهم من علماء على أن المجنون لا يجوز طلاقه". و لا يصح من الصبي لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره لقوله صلى الله عليه وسلم:" رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يعقل".

أما السكر فعلى ضررين إما أن يكون للطرب والترف وإما أن يكون لتداوي فسكرة الطرب والترف إذا شرب الإنسان مسكر كالخمر فإما أن يكون غير أثم لشربها كان يشربها مكرها أو جاهلا فهذا حكمه حكم المجنون والمعتوه لارتفاع الإثم عنه ولا يقع الخلع طبعا، أما إذا شرب لأجل الطرب مختارا عالما بحرمتها فقد اختلف الفقهاء في حكم وقوع الخلع على :

المذهب الأول: طلاق السكران واقع وخلعه جائز وبه قال عطاء وحسن البصري و سعيد بن مشيب وغيرهم واليه ذهب الأئمة الأربعة.

---

[1]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة 1، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2003، ص57.

[2]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء 7 ، الأحوال الشخصية، الطبعة 2 ، دار الفكر ، دمشق، 1985،ص 490.

المذهب الثاني: طلاق السكران غير واقع وخلعه باطل وحكي هذا عن عثمان بن عفان وبه قال عمر بن عبد العزيز وغيرهم إذا اخذ الإنسان بنج أو ما في معناه لقصد التداوي سواء بالشرب أو الحقن لم يقع طلاقه ولا يصح خلعه ويكون في حكم المغمى عليه لأنه مباح ولا يؤخذ به.[1]

يصح خلع المريض مرض الموت لأنه لو طلق بغير عوض لصح فالأولى يصح بعوض لان الورثة لا يتضررون بخلعه بشيء.[2]

عبر المالكية بقولهم ونفذ خلع المريض مرضا مخوفا إشارة إلى انه لا يحرم ابتدأ عالما فيه من إخراج وارث وترثه على المشهور زوجته المخالعة في مرضه إذا ماتت منه ككل مطلقة بمرض الموت مخرف حتى ولو انتهت عدتها وتزوجت غيره ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله ولو كانت مريضة حال الخلع أيضا لأنه هو الذي اسقط ما كان يستحقه.[3]

وقد اختلف الفقهاء في خلع المكره على مذهبين:

المذهب الأول: إن خلع المكره لا يقع وروى هذا عمر بن الخطاب وعن عبد الله بن عمر وغيره من الصحابة إليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة ، واستدلوا على عدم وقوعه بقوله تعالى:" إلا من اكره وقلبه مطمئن بالإيمان" فان الله سبحانه وتعالى قد أبطل حكم من اكره على الكفر لان الكفر قول كذلك حكم كما في مثله ك: الطلاق والخلع.

المذهب الثاني: أن الخلع المكره واقع وجائز وبه قال أبو قلابة والشعبي والنوخعي وغيره واليه ذهب الحنفية واستدلوا على وقوعه ماروي أن إمرأة كانت تبغضه زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت: لتطلقني أولا فناشدها الله تعالى أبت فطلقها

[1]– جمال عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 58 66.

[2]– عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 403.

[3]– وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 491.

ثلاثا ،ثم جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم :لا قيلولة في الطلاق فدل ذلك على وقوع طلاق المكره.[1]

2- شروط صحة الخلع بالنسبة للزوجة المختلعة:

المختلعة: هي الزوجة أو وليها أو الأجنبي وهو قابل للخلع ويشترط أن يكون التصرف في المال صحيح الالتزام. وهناك اختلاف حول الشروط بالنسبة للفقهاء.

الحنفية قالو لايصح للصغيرة أن تلتزم العوض المالي ويمكن للأب أن يختلع ابنته الصغيرة يشرط أن يكون من مالها أو مهرها ولا يلزمها شيء كما لا يلزم الأب شيئا في الأصح ذلك لأنه معلق على قبوله ولا يلزمها الأب كما لا يصح أن تخالع زوجها بمال فكذلك لا يصح للسفيهة فإذا خالعت زوجها على وقع الطلاق ولا يلزمها المال.

أما الكبيرة الراشدة فلا يصح لأحد أن يخالع عنها من مالها بدون إذنها فإذا خالع عنها الأب من ماله بدون إذنها فانه يصح ويلزمه المال ولا يتوقف على قبولها.[2]

المالكية: قالوا لا يصح للصغيرة ولا السفيهة ولا الرقيقة أن يباشرن مخالعة الزوج، بعوض مالي ومثلهن الأجنبية المتصفة بهذه الصفات يحرم على الزوجين أن يتخالعا في زمن المرض ولكن إذا وقع المرض الخلع بينهما في مرض الزوجة فان الطلاق البائن ينفذ ولا يتوارثان ولو ماتت في العدة.

الشافعية: قالو يشترط أن تكون مطلقة التصرف في مالها فلا يكون محجورا عليها، أما إذا كانت مريضة مرض الموت فيصح أن تخالع زوجها في حدود التصرف في مالها بغير تبرع.

---

[1]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 67-68.

[2]-جمال عبد الوهاب عبد الغفار، المرجع نفسه ، ص 78.

الحنابلة: قالوا لا يصح الخلع من الصغيرة والمجنونة والمحجور عليها لسفه ولو بإذن الولي لان مال الخلع تبرع ولا إذن للولي في التبرعات وقد أجازه البعض إذا كان في ذلك مصلحة.[1]

ثانيا : شروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة:

لابد للخلع من صيغة وبدونه لا يصح فالإيجاب والقبول لابد منه أما الفعل المذكور فلا يقع به الخلع وان نوى به الطلاق أو كان به الطلاق متعارفا وفي صيغة الخلع وشروطها نتعرض بالتفصيل للمذاهب الفقهية.

الصيغة: هي اللفظ الدال على إيقاع الخلع من الزوجة وقبوله من الزوج وهي قسمان ألفاظ صريحة وألفاظ كناية.

فالألفاظ الصريحة هي ما كان في لفظ الخلع كخالعتك ونحوه وكذلك لفظ المفاداة يكون صريحا لأنه ورد في القران الكريم لقوله تعالى :"**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ** " ،[2] وكذلك لفظ الفسخ فهناك من يقول انه صريح.[3]

الجمهور الحنفي: قالوا يشترط في صحة القبول من الزوجة أن تكون عالمة بمعنى الخلع واعتبروه يمينا من جانب الزوج فلو ابتدأ الخلع بقوله "خالعتك على مائة" مثلا فانه لا يملك الرجوع عنه وكذلك يملك فسخه ولا نهي المرأة عن قبوله وله أن يعلقه على شرط ويضيفه إلى وقت، واشترط موافقة ومطابقة الإيجاب للقبول فإذا قال لها أنت طالق أربعا بثلاث مائة فقالت: قبلت ثلاثا.

لم تطلق لأنه علق الخلع على قبولها الأربع فإذا قبلت ثلاثا لم يتحقق المعلق عليه وإذا قال لها طلقتك على ألف، فقالت قبلت فقال لها طلقتك على ألف، فقالت قبلت ثم قال لها طلقتك على ألف فقالت قبلت فانه يقع ثلاث تطليقات بثلاث آلاف، وهذا بخلاف ماذا قال لها :

---

[1]– عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق، من ص 356–359.

[2]– سورة البقرة، الآية 229.

[3]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 85.

خالعتك ولم يذكر بدلا فقالت قبلت ثم أعاد لها اللفظ فقالت: قبلت ثم أعادلها اللفظ فقالت: قبلت فان الثاني لا يقع لان الأول وقع بائنا فلا يلحقها الثاني .

المالكية: قالو يشترط في الصيغة توافر 3 شروط :

الشرط 1: أن تكون لفظ بأن ينطق بكلمة دالة على الطلاق سواء كان صريحا أو كناية فإذا عمل عملا يدل على الطلاق بدون نطق فانه لا يقع به الطلاق إذا جرى به العرف.

الشرط 2:أن يكون القبول في المجلس إلا إذا علقه الزوج ، بالأداء أو الانقباض فانه لا يشترط أن يكون القبول في المجلس فإذا قال لها إن قبضت إلى عشرين جنيها أو أديت إلى كذا فأنت طالق.

فإن لها أن تقبضه بعد المجلس بحيث تمكث مدة يظهر فيها أن الزوج لا يريد أن يمد لها على انه إذا قامت قرينة على أن الزوج يريد أن تقبضه في المجلس فانه يعمل بها فلو قامت من المجلس بدل الخلع فلا تملك الطلاق لنفسها بالبدل .

الشرط 3:أن يكون بين الإيجاب و القبول توافق في المال فان قال لها :طلقتك ثلاثا بألف فقالت : قبلت واحدة بثلاث ألاف لم يلزمه الطلاق فان له أن يقول أنني لم أرضى بطلاقها إلا بألف وهذا بخلاف ما إذا قالت له طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة بألف.

الحنابلة: قالو انه يشترط لصيغة الخلع عدة شروط:

– أن تكون لفظا فلا يصح الخلع بالمعاطاة ولو نوى بها الطلاق فلا بد فيه من إيجاب وقبول.

– أن يكون إيجاب والقبول في المجلس فإذا قال لها خالعتك بكذا أو قام من المجلس قبل قبولها فإنه لا يصح وكذا إذا قامت هي ولم تقبل.

– ألا يضيف الخلع إلى جزء منها فإذا قال لها خالعتك يدك أو رجلك بكذا وقبلت كان لغوا ذلك لأن الخلع فسخ لا طلاق بخلاف الطلاق الذي يقع عندما يضاف إلى جزء من المرأة [1] .

1– عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق ، ص 368 ،369.

-أن لا يعلقه على شرط فإذا قال لها أن بذلك في كذا فقد خالعتك فان الخلع لا يصح ولو بذلت له ما سماها بخلاف الطلاق فانه لا يصح تعليقه و إذا اجتمع شرط مع الخلع فان الخلع يصح والشرط يبطل.[1]

الشافعية: قالوا بان شرط الصيغة هي أن يكون كل واحد منهما مسموعا للآخر ولمن يقرب منه من الحاضرين ومنها أن يكون قبول من صدر معه الخطاب، ومنها أن يقصد كل منهما معنى اللفظ الذي ينطق فان جرى على لسانه بدون أن يقصد معناه فانه لا يصح ومنها أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام ومنها أن يتفق الإيجاب مع القبول فإذا قال لها طلقتك بألف فقالت قبلت بألفين لا يقع شيء وإذا قال لها طلقتك ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة بألف فان الثلاث تقع بألف وذلك وان لم يوافق الإيجاب والقبول في الطلاق لكنه وافقه في المال والزوجة تملك المال والزوج يملك الطلاق وقد وافقته فيما تملك فتلزم به ويلزم بالثلاث.[2]

ثالثا: شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض:

العوض: هو ما تعطيه الزوجة أو وليها أو أجنبي للزوج مقابل خلعها من عصمته والخلع هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع وبدونه فلا يتحقق فإذا قال الزوج لزوجته خالعتك وسكت لم يكن ذلك خلعا وان نوى به طلاق كان طلاقا رجعيا وإذا لم ينو به شيئا لم يقع شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية ، فبدل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها وخلاص نفسها منه ولقد وقع اختلاف بين الفقهاء في مقدار العوض الذي يصح للمرأة أن تخالع المرأة زوجها على مذهبين.

المذهب الأول: يرى بأنه يجوز للمرأة أن تخالع زوجها على ما شاء أن تخالع به قل ذلك عن صداقها أو أكثر ولا اعتبار لحد العوض مادام ذلك بالتراضي بينهما واليه ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية و الظاهرية والزيدية و الإمامية.

---

[1]- عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق، ص368 -369.

[2]- منصوري نورة ، مرجع سابق ، ص 127-128.

المذهب الثاني :يرى بأنه لا يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة المفتدية أكثر من مهرها وان فعل ذلك وجبها الزيادة واليه ذهب طاووس وعطاء وعمر بن سعيد والزهري.

سبب الخلاف:

أن المذهب الأول يرى إلى البدل على انه مثله مثل سائر الأعواض في المعاملات ولهذا يكون مقدار العوض راجع إلى الرضا بين المتعاقدين أما المذهب الثاني فينظر إلى البدل على انه يختلف عن سائر المعاوضات وإنما يخضع لظاهر ما جاء في حديث ثابت بن قيس فلم يجز أن تدفع المرأة أ كثر مما أخذت من زوجها.[1]

رأي الحنفية:

انقسم الحنفية إلى روايتين أولهما أن اخذ الزيادة جائز لا شيء فيه لإطلاق الآية السابقة: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ" والتي رفعت الجناح عنهما في الأخذ والعطاء من الفداء من غير فصل بين ما إذا كان هذا البدل مساويا للمهر أو زائدا عليه وثانيهما أن اخذ الزيادة مكروه للآية السابقة فلا جناح عليهما فيما افتدت به لان أخر الآية مردود إلى أولها والتي تنهي الأزواج أن يأخذوا من زوجاتهم مما أتوهن من مهور .

رأي الشافعية:

يرى الشافعية انه لا فرق في جواز الخلع بين أن يخالع على صداق أو على بعض على مال أخر ولا فرق أن يكون البدل عينا أو دينا أو منفعة و أن كل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع.

رأي المالكية:

يرى المالكية انه لا يحل للزوج شرعا أن يأخذ من زوجته إذا كان سبب النشوز وان اخذ وجب عليه أن يرده إليها وان التزما بشيء في المقابل الخلع سقط عنها التزامها،[2]و استدلوا في

[1]– جمال عبد الوهاب عبد الغفار، مرجع سابق، ص 87إلى ص92.

[2]– منصوري نورة ، مرجع سابق، ص 136–138.

رأيهم بقوله تعالى:" **وَلاَ تَعْضُلُوهُنَ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا أَتَيْتُمُوهُنَ**".[1] وقوله تعالى :" **وَلَا تُمْسِكُوهُنَ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا**" [2]

المطلب الثاني: الأساس القانوني لدعوى الخلع

إن المشرع الجزائري قد نص على الطلاق في قانون الأسرة على ضوء الشريعة الإسلامية علاجا للخلافات التي تقع بين الأزواج ، حيث انه لم يترك الزوجة مقيدة تحت رحمة زوجها الذي بيده فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بل جعل لها مخرجا كي تتخلص من الحياة الزوجية وهذا المخرج يمكن في مخالعتها لزوجها وهو الوسيلة التي تمكن الزوجة من الحصول على حريتها دون عناء في مقابل البدل وهو المهر أو مهر المثل.

والمشرع الجزائري نص في المادة 54 المتعلقة بالخلع من قانون الأسرة الجزائري على انه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

كما تطرق إليها أساتذة القانون الوضعي العربي، وسوف نتطرق في الفرع الأول إلى موقف المشرع الجزائري من دعوى الخلع وفي الفرع الثاني موقف القوانين الوضعية العربية.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من دعوى الخلع:

أولا: تعريف الخلع

- **في اللغة** : الخلع بمعنى النزع خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كنزعه الثوب، إلاأن في الخلع مهلة والخلع بمعنى العزل ، خلع الولي عزل،[3]كما يقصد به أيضا في اللغة الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي خلع ويستعمل في الأمور الحسية مثل: خلع الرجل ثوبه خلعا أي أزاله عن بدنه ونزعه عنه ويقال : خلعت النعل خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى : " **فَلَمَا أَتَاهَا نُودِيَ**

[1]- سورة النساء، الآية 19.

[2]- سورة البقرة، الآية 231.

[3]-الدكتور المصري مبروك، الطلاق وأثاره من ق. الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، ب.م.ن ، ب.س.ن ، ص264.

أَنْ يَا مُوسَى إِنِي أَنَا رَبُكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَكَ بِالْوَادِي الْمُقَدَسِ طُوًى"،[1] وفي هذه الآية الخلع بمعنى النزع في الأمور المعنوية والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في انه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل والعكس: "هن لباس لكم وانتم لباس لهن".

2- في الاصطلاح: عرفه الفقهاء بأنه حل لعقدة زوجية بلفظ الخلع فيما معناه بمقابل عوض تلتزم به المرأة كما إن عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج، بسبب عوض عن التطليق .

وهو يعني أيضا الفرقة الزوجية بين الزوجين بلفظ الخلع وما في معناه مقابل عو ض[2] .يأخذه الزوج من زوجته ومن الألفاظ التي هي في معنى الخلع "المفاداة ،الصلح،المبارأة، الصلح"[3]، وقد قام المشرع الجزائري بتعريفه في المادة 54 ق.أ.ج بأنه فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مقابل مال تقترحه على الزوج مفتدية به نفسها دون موافقته واستعمل لفظ الخلع صراحة دون غيره من الألفاظ الدالة عليه .

حيث كانت صياغتها الأصلية لنص على انه : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ، لكن بعد التعديل بموجب الأمر 02/05 لسنة 2005 أضيفت عبارة دون موافقة الزوج فأصبحت تنص على مايلي : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال

[1]- سورة طه ، الآية 11-12.

[2]-محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق والخلع وحقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص115.

[3]- مصطفى عبد الغني شيبة ،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وأثاره، منشورات جامعية، الطبعة الأولى، ب.د.ن ليبيا ،2006، ص80.

يتم الاتفاق عليه فان لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.[1]

ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع:

يترتب عن الخلع طلاق ويحسب ضمن عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج فهو ليس مجرد فسخ ذلك لأن إنحلال الرابطة الزوجية تارة يكون طلاقا وتارة يكون فسخا. والطلاق هو حل لعصمة الزوجية بلفظ الطلاق الصريح أو الكناية ولقد ساير مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع واعتبره طلاقا ،وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعنون بالزواج في المواد 32 وما بعدها بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج ، وقد أورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق فقد يكون المشرع الجزائري قد اتجه على اعتبار الخلع طلاقا ويكون في ذلك مصيبا لان الفسخ سببه وجود عيب يشوب العقد بينما الخلع يرد على علاقة زوجية صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد وإنما نتيجة ظروف وعناصر خارجة عنه مست العلاقة الزوجية والتي لايمكن حلها إلا بالطلاق.[2]

لقد جاء اجتهاد المحكمة العليا موافقا لهذا الرأي حيث القرار المؤرخ في 5 فبراير 1969 بما يلي : "لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح" ، وفي هذا الشأن يقول الدكتور العربي بلحاج لا يقع الطلاق على المرأة المتزوجة بعقد زواج فاسد لان الطلاق إنهاء لعقد الزواج الصحيح وعليه فلا طلاق في عقد الزواج الفاسد بل وجب التفريق حالا بين الزوجين وفسخ العقد بقوة القانون سواء أكان الفسخ، بسبب وجود حرمة مؤدبة أو مؤقتة أو اختلاف في احد أركانها الأساسية المنصوص عليها في المواد 31،32،33،34 من قانون الأسرة الجزائري

[1]– المادة 54 الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والمتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ،العدد 43 .

[2]– منصوري نورة، مرجع سابق ،ص 113.

ويضيف انه يشترط لصحة الخلع ما يشترط في إنشاء الطلاق وعليه فما سبق ذكره عن الطلاق ينطبق على الخلع.[1]

الخلع في ظل قانون 11/84:

في بداية الثمانينات ومع تضارب النصوص القانون صدر قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 ، وبر جوعنا إلى قانون 11/84 نجده قد نص في المادة 54 منه:" يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم".[2]

فهذه المادة غامضة ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى تكييف الخلع باعتباره يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة والى انه حق خالص للزوجة واكتفى بالقول انه في حال النزاع على بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقف الحكم ،وهنا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد إن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة وليس حقا من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة،[3] ويقول الدكتور بلحاج العربي إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بالإيجاب و القبول يسمى مخالعة ومن هنا فان التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على المال.[4]

من خلال كل ما سبق نجد أن المشرع الجزائري في ظل قانون 11/84 اعتبر الخلع عقدا رضائيا هذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة

---

[1]– منصوري نورة، المرجع نفسه ، ص 114.

[2]– يوسفات علي هاشم ، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاصّ، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2009 ، ص 18–19.

[3]–مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)رسالة دكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،2010 ، ص 1979

[4]–بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2005، ص 263–264.

فجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا مايلي: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وان ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج " ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها أي سبب للتطليق أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير فان القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا بقواعد الفقهية الخاصة بالخلع.[1]

في نفس الحكم جاء قرار أخر "ومن المقرر شرعا وقانونا لصحة الخلع انه يشترط قبوله من الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي " ومن ثم فان القضاء يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطا في تطبيق القانون.[2]

افي الأخير نستنتج أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 جعل الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا انه اكتفى بنص وحيد وهو المادة 54 المتعلقة بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الخلع مقابل مال تدفعه.

3- أركان الخلع وشروطه في القانون الجزائري:

بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة:

لم يرد في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري الشروط الواجب توافرها في كل من الزوج والزوجة والتي سبق وان تناولنا في الفقه إلا انه بالرجوع إلى مواد متفرقة من قانون الأسرة يمكن إن نستخلص بعض من أحكامها ذلك لان المشرع في نص المادة 7 من قانون الأسرة نص على انه تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص للزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ،ولا يكون هذا إلا بأمر من القاضي وهذه المادة تكفينا للتكلم عن شروط الأهلية عند مخالعة الزوجة لزوجها أي أن يكون متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه طبقا لنص المادة 85 من قانون الأسرة.

[1]- قرار المحكمة العليا ملف رقم 51728 بتاريخ 1988/12/21 المجلة القضائية 1990 العدد 3 ص 72

[2]- قرار المحكمة العليا ملف رقم 73885 بتاريخ 1991/04/23 المجلة القضائية 1990 العدد 3 ص 73

كما يرى الأستاذ فضيل سعد أن الخلع هو تصرف مالي مصحوب بتصرف شخصي وعليه يتطلب أهلية التبرع التي نصت عليها المادة 203 قانون الأسرة ، لان العوض المالي في الخلع من قبيل التبرعات فيأخذ حكمه رغم أن الزوجة تفتدي نفسها مقابل هذا الدفع ولكن ما تملكه بعد ذلك لا يقوم بمال فهو ليس عوض لما دفعته وبالتالي لا يصح اعتباره عقد معاوضة وبالتالي فإذا كانت سفيهة محجور عليها فلا تستطيع الالتزام بمبلغ من المال لاعتبار السفيهة في قانون الأسرة الجزائري عديمة الأهلية كالمجنونة والمعتوهة والصغيرة عديمة التمييز، فان أرادت أن تخالع نفسها وهي على هذه الحال فان أباها هو الذي يتكفل بذلك وفي حالة غياب هذا الأخير يتدخل القاضي باعتباره ولي من لا ولي له [1]ولكن الحال الذي يستدعي النظر هنا هو الزوجة التي أعفاها القاضي من سن الزواج إن أرادت أن تخالع نفسها من زوجها قبل بلوغها سن الرشد القانوني فهل يصح لها ذلك؟[1]

في هذه الحالة تكون الزوجة ناقصة الأهلية وتصرفاتها تخضع لإجازة وليها طبقا لنص المادة 83 قانون الأسرة الجزائري .كما يجوز للقاضي أن إجازة الخلع الواقع من الزوج أو الزوجة قبل السن القانوني للزواج إذا وجدت مصلحة في ذلك[2].

بالنسبة لصيغة الخلع:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض في نص المادة 54 منه لمسالة الصيغة وشروطها تاركا مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر المصدر التفسيري له تطبيق لنص المادة 222 التي تنص على انه : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ".وحسب نص مادة 54 قانون الأسرة الجزائري لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهميتها:

[1]- منصوري نورة، مرجع سابق، ص121-122.

[2]- منصوري نورة، المرجع نفسه، ص122-123.

القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21 تحت رقم 83603 والذي جاء فيه من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها مقابل مال يتم الاتفاق عليه ، فان لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم أن المادة المذكورة في قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه ، كما يتفق الطرف الآخر على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه لان ذلك يفتح الباب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا ، وعليه فان قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج ، طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن[1].

القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 تحت رقم 216239 والذي جاء فيه الخلع رخصة للزوجة تستعمله لفدية نسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه ومن ثمة فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجبه رفض الطعن .[2]

بالنسبة للبدل الخلع :

من خلال نص المادة 54 قانون الأسرة الجزائري لم يبين ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين عليه الرجوع إلى الفقه لا سيما المذهب المالكي الذي اعتنقته مشرعنا باعتباره استعمل مصطلح مال ليعبر به عن بدل الخلع والمال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة و المتداولة ، وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو بعبارة فقهية أكثر دقة "أن كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون قابلا للخلع" ،ولهذا يمكن أن يكون

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1992/07/21 رقم 83603 الاجتهاد القضائي العهد الخاص ،2001 ،ص 134.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 216239 الاجتهاد القضائي العهد الخاص 2001 ص138.

ثمن الخلع الذي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانونا وفي جميع الأحوال يجب أن يكون في مقابل الخلع معلوما ومتفق عليه بين الزوجين.

أما إذا اتفقا على الطلاق والخلع ولم يتفقا على المقدار المالي يجوز للقاضي أن يتدخل لحل الخلاف الواقع بين الزوجين وحول المبلغ المطلوب أداؤه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته قيمة الصداق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة .[1]

كما صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 1985/04/22 تحت رقم 36709 جاء فيه : من المتفق عليهما فقها في أحكام الشريعة الإسلامية انه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع و الاختلاف على مقداره فان أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقا على مبدأ الطلاق لخلع ومن ثمة فانه يتعين على القاضي تقديره أولا قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق و تأكيد هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمسكن الزوجية إذا طلبت الطلاق على خلع على مقدار صداقها واشترط الزوج قيمة 50 ألف دينار جزائري مثلا رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معا .[2]

ومنه نستخلص الشروط العامة للخلع:

- أن يقع على زوج يصح طلاقه.
- أن يكون على عوض ولو مجهولا من يصح تبرعه من أجنبي وزوجة ولكن لو عضلها ظلما لتختلع لم يصح.
- أن يقع منجزا.
- أن لا يقع حيلة الإسقاط يمين الطلاق.
- أن لا يقع بلفظ الطلاق بل بصيغته الموضوعة له.

[1]-منصوري نورة، مرجع سابق، ص 140-141.

[2]- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985/04/22 رقم الملف 36709 المجلة القضائية العدد 1989/01 ص 92.

– أن لا ينوي به الطلاق فإذا توافرت الشروط كان فسخا بائنا لا ينقصه به عدد الطلقات.[1]

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الخلع:

لقد أجازه العديد من التشريعات الوضعية الخلع حيث أن موضوع الخلع له أهمية كبيرة حيث كرسته الشريعة الإسلامية من قبل تطبيق لعدل الله تعالى بين عباده كما انه طريقة خصها المشرع الجزائري والعديد من التشريعات العربية للمرأة للتعبير عن إرادتها.

أولا: موقف المشرع المغربي:

حيث بين المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية اشتراط موافقة الزوج لوقوع الخلع بمعنى انه لا يقر إلا بالخلع ألاتفاقي مخالفا بذلك المذهب المالكي وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية " إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجيب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق..... " [2].

بالنسبة للمشرع المغربي اعتبر الخلع تصرفا قانونيا إذا اشترط الأهلية فلا بد من توافرها في الطرفين وهي بلوغ سن الرشد ويجب أن يكون الرضا خاليا من عيوب الإكراه وان حصل وان خلعت دون سن الرشد القانوني أي كان الخلع نتيجة الإكراه صادر عن الزوج أو ناتج عن الإضرار بها، فان الطلاق يقع صحيحا لكن لا تلتزم الزوجة ببذل بدل الخلع إلا بموافقة نائبها الشرعي إن كانت غير راشدة وفي حالة الإكراه أو الإضرار بها فانه من حق الزوجة أن تسترجع ما بذلته للزوج وهذا حسب ما جاء به في نصص المادة 119 الفقرة الأولى من مدونة الأسرة المغربية .[3]

[1]– ابن عقيل علي ، إدراك المطالب، الطبعة الأولى، دار النور ، دمشق، 2010، ص 329–330.

[2]– مدونة الأسرة المغربية ، صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016 القانون 03.70 ظهير شريف رقم 22–04.01 صادر في 12 ذي الحجة 1424 '(3 فبراير 2004) تنفيذ القانون رقم 03.70.

[3] – مدونة الأسرة المغربية ، المرجع نفسه.

ثانيا: موقف المشرع التونسي:

إن المشرع التونسي قد استبدل فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع واعتبر أن الطلاق من حق القاضي دون سواه والذي ينطق به إذا اتفق الزوجان على ذلك أو بطلت من احدهما بضرر أو بدون ضرر. وبين المشرع التونسي أن الطلاق لا يقع لدى المحكمة إلا في 3 حالات:

1- التراضي المشترك للزوجين .

2- بناء طلب احد الزوجين.

3- بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوج به.[1]

ثالثا موقف المشرع المصري:

نص القانون المصري رقم 01 لسنة 2000 في المادة 20 منه على مايلي:

للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع فان لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلب وافتدت نفسها وخلعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت له الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها منه ، وهنا يتضح بان المشرع المصري نص على نوعين من الخلع وهو الخلع الاتفاقي والخلع بحكم قضائي .

المشرع المصري بالرغم من نصه على الخلع إلا انه لم يتكلم عن شروط الزوجين واكتفى بالنص على شروط البدل.[2]

رابعا موقف المشرع السوري:

لقد عرف القانون السوري في نص المادة 181 قانون الأحوال الشخصية بان الخلع عقد بين الزوجين يتفقان على إنهاء الزواج يبدل تدفعه الزوجة غيرها لزوجها أو غيره لموافقة الزوج الأخر قبل الدخول أو بعده.

---

[1]- مجلة الأحوال الشخصية التونسية، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية 1995 المادة 31.

[2]- القانون رقم 01 سنة 2000 قانون الأحوال الشخصية المصري.

المشرع السوري اعتبر الخلع عقدا رضائيا بين الزوجين فان طلبه احدهما وجب أن يقبله الأخر ولكل منهما التراجع قبل قبول الطرف الأخر وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الطرف الأخر ويشترط لصحة الخلع أن يكون الرجل والمرأة أهلا لإيقاع الطلاق[1].

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي لدعوى الخلع.

المطلب الأول : الإجراءات الخاصة برفع الدعوى و قواعد الاختصاص:

الفرع الأول :إجراءات رفع الدعوى و شروطها:

جاء في مضمون نصه في المادة 14 ق.إ.م.ا09/08على انه ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة و موقعة و مؤرخة من المدعي بواسطة المحامي تسمى عريضة افتتاح الدعوى , و تسجل لدى أمانة الضبط أمام كاتب مكلف بذلك يسجل العريضة حسب دورها في سجل يومي ثم يحيل العريضة إلى الكاتب المختص الذي يسجلها في الدفتر الخاص بالجلسة المحددة من كاتب الضبط و تكون عريضة افتتاح الدعوى تساوي عدد المدعى عليهم و نسخة للقاضي تبقى في ملف الدعوى[2]، أما بالنسبة لشروط قبول الدعوى اقتصر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة13ق.إ.م.إ النص عل الصفة و المصلحة كشرطين أساسين من شروط رفع الدعوى القضائية.

و الصفة هي شرط أساسي في كل دعوى قضائية أي يشترط أن تكون له صفة في رفع الدعوى أي يشترط أن يكون له صفة في رفع الدعوى أي أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة و الصفة في دعوى الخلع تكمن في العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها فرافع دعوى الخلع هو الزوجة و المدعى عليه هو الزوج المراد خلعه، و تثبت هذه العلاقة بمستخرج من

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري اللجنة المشتركة بموجب قرار السيد رئيس مجلس الوزراء رقم 2437 بتاريخ 2007/06/07.

[2]–قانون 09/08 الصادر في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل والمتمم ،الجريدة الرسمية ،العدد 21المؤرخة في23 أفريل 2008.

سجل الحالة المدنية طباقا للنص المادة 222ق.أسرة، و يترتب على عدم توفر الصفة في رافع الدعوى عدم قبولها شكلا.[1]

و المصلحة هي أيضا شرط جوهري في الدعوى و تعرف بأنها المنفعة التي تعود على المدعي في الالتجاء إلى القضاء, ويجب أن تكون المصلحة مستندة إلى حق أو مركز قانوني و أن تكون شخصية ,قائمة و حالة أو محتملة و يقرها القانون ,إذا فالمصلحة هي الغاية أو الهدف الذي من اجله رفعت الدعوى.[2]

وقد جاءت المادة 13 ق.إ.م.إ تتحدث عن شرط المصلحة كعنصر جوهري و أساسي في رافع الدعوى و للقاضي الحق في إثارة انعدام المصلحة في المدعي و المدعي عليه و المصلحة في إطار دعوى الخلع يجب أن يكون لها من خلال دعواها مصلحة قانونية و تتمثل المصلحة القانونية للزوجة طالبة الخلع طبقا لنص المادة 222 ق.أ.ج في عدم قدرتها على العيش مع زوجها خوفا من مخالفتها لحد من حدود الله و الجدير أن تكون المصلحة مصرح بها في دعوى الخلع و تخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص:

أولا: الاختصاص النوعي:

حيث حدد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادتين 32و 33 على الإختصاص النوعي للمحاكم حيث جاء في المادة 32ق.إ.م.إ المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام و الاختصاص النوعي من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، و بما انه من النظام العام فلا يمكنه الاتفاق على مخالفته و لذلك جاءت المادة 36ق.إ.م.إ كما يلي: عدم الاختصاص

[1] _ خالد شويرب، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جامعة الجزائر كلية الحقوق بن عكنون، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، السنة الجامعية 2015-2014

[2] _ يوسف دلاندة،,الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، دار هومة، طبعة 2010_2009،

النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية في أيه مرحلة كانت عليها الدعوى ,و تأكيد على أن الاختصاص النوعي للمحاكم من النظام جاء اجتهاد المحكمة العليا في قرارها 288_54المؤرخ في 1989/02/19 كالتالي:

متى كان مقرر قانونا أن المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام و هي تفصل في جميع القضايا المدنية و التجارية أو دعاوى الشركات التي تختصه بها محليا.

فان إنشاء بعض الفروع لدى المحاكم لا يتعدى اختصاصها نوعيا لهذه الفروع بل هو تنظيم إداري بحت ، و من ثم فان النعي على القرار بخرق قواعد الاختصاص النوعي غير سليم يتعين رفضه.[1]

و نشير إلى أن الاختصاص النوعي في شؤون الأسرة و الدعاوى المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية خصوصا ما تضمنته المواد من 425 إلى 432ق.إ.م.إ تبين أن قسم شؤون الأسرة هو المختص نوعيا في الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة.

ثانيا: الاختصاص المحلي:

يختص محليا بالنظر في المنازعات التي تثار بين الزوجين محكمة مقر مسكن الزوجية وفقا لنص المادة 426 ق 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و الاختصاص المحلي ليس من النظام العام, و من ثم يجوز للزوجين الاتفاق على أن يحل خلافهما أما المقر الذي يختارانها بإرادتهما ,في هذه الحالة لا يحق للقاضي المختص أن يرفضه دعواهما لعدم الاختصاص المحلي.[2]

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1989/02/19 ملف رقم 54288 ،الإجتهاد القضائي العهد الخاص 2001.

[2]–بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/23،منشورات بغدادي الطبعة الأولى،2009، ص97-98.

و بما إن موضوع الدراسة يتمحور حول دعوى الخلع فان المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في هذه الدعوى حسب نص مادة 426 ق.إ.م.إ.ف 3على ما يلي:

في موضوع الطلاق أو الرجوع لمكان وجود مسكن الزوجية، و منه نستخلص أن المحكمة التي يقع فيها مسكن الزوجية هي المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في الدعوى.

الفرع الثالث: جلسات الصلح و التحكيم:

أولا : إجراءات الصلح:

الصلح هو محاولة سابقة قبل الفصل في الدعوى بالحكم بفك الرابطة الزوجية بالخلع لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة، و يعتبر هذا الإجراء إلزاميا طبقا للنص المادة 49 ق.أ.ج:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح 3أشهر من تاريخ رفع الدعوى".

كما نجد أيضاالمادة439 من ق.إ.م.إ تؤكد على إلزامية هذا الإجراء: محاولة الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية, كذلك تم ذكر الصلح في القران الكريم من خلال الآية127 من سورة النساء لقوله تعالى :"وَ إِنْ إِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا وَ الْصُلْحُ خَيْرٌ وَ أُحْضِرَتْ الْأَنْفُسُ الْشُحُ وَ أَنْ تُحْسِنُوا وَ تَتَقُوا فَإِنَ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا".[1]

و تعتبر المادة 49 ق.أ.ج بنصها في ما يتعلق بإجراءات الطلاق بحيث يجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق.[2]

و بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل بالأمر على انه ليثبت الطلاق إلا بحكم عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة 3أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

---

[1]– سورة النساء الآية 127.

[2]– القانون رقم11/84المؤرخ في 9رمضان1404هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم للأمر02/05، ص 08.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين تسجيل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

كما يتضح من نص المادة 49ق.أ.ج السالفة الذكر على تقييد الحق في الطلاق و ما على القاضي إلا أن يستدعي الزوجين إلى مكتبه بواسطة رئيس كتاب الضبط, و ذلك بمجرد تسجيل الدعوى و اطلاعه عليها , و أن يعين لها جلسة خاصة في تاريخ محدد يسمع فيها مزاعم كل واحد منهما اتجاه الأخر , و ذلك حق يحاول خلالها إظهار مساوئ الفرقة من اجل إقناع طالبة الخلع بالرجوع عن التفكير في الخلع و العودة إلى حياة المودة و الوئام.[1]

على شرط إلا تتجاوز محاولات الصلح 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى بالخلع.

اذا تخلف احد الزوجين على حضور جلسات محاولات الصلح, و مثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار, و يعفيه من تحديد محاولات الصلح وتعتبر محاولات الصلح فاشلة و غير منتجة ،[2] فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر فان ذلك يعتبر امتناعا متعمدا أو رفض ضمنيا لأنه عندما تفشل محاولاته بالصلح ينتقل بالضرورة إلى حكم بالخلع.[3]

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/10/23 الذي جاء فيه : أن عدم حضور احد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءها عدة مرات تجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور احدهما ,لان المادة 49 ق.أسرة تحدد مهلة الصلح ب: ثلاثة أشهر.[4]

---

[1]– احمد شامي، قانون الآسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2010، ص68.

[2]– احمد الشامي، مرجع سابق، ص 68.

[3]– احمد الشامي، المرجع نفسه، ص 272.

[4]– ملف رقم 174132 الصادر بتاريخ 1997/10/23 الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة.

كما أن المشرع نص في المادة 49 من ق.أ.ج يلزم القاضي فيه بتحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح سواء كانت هذه النتائج ايجابية أم سلبية ,فإذا كانت ايجابية يذكر فالمحضر الأمور التي وقع بها الصلح و إذا سلبية يذكر فيه بأن محاولات الصلح فشلت، و يمكن أن يشير إلى أسباب فشلها , و بعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح, و يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط و الزوجين، لكن ما يعاب على هذه المادة أنها لم تنص على وجوب إلزام إجراء محاولات الصلح.[1]

عكس المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أن:" محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية".

و في هذا المعنى صدر قرار المحكمة العليا بتاريخ 2011/04/14 حيث جاء فيه: بدعوى أن قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح ,لكن حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطلبهما و بالتالي فان الإجراء المقرر في المادة49 من ق. أسرة تم استنفاذه و لا يعب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما ان القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه الوحيد سديد يستوجب الرفض.[2]

ثانيا :إجراءات التحكيم في دعوى الخلع:

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم :02/05 على انه إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجل تعيين حكمين للتوفيق بينهما

[1]– احمد الشامي، مرجع سابق، ص 272.

[2]– ملف رقم 620084 قرار بتاريخ 2011/04/14 الصادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث مجلة المحكمة العليا العدد 01، 2012، ص 301.

يعين القاضي حكمين, حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة، و على هاذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين. [1]

تعيين الحكمين في قانون الأسرة الجزائري:

كما نجد انه نص على إجراءات التحكيم في المواد 446إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[2]

و من خلال تحليل هذه المواد نجد انه إذا اشتد الخصام و الشقاق بين الزوجين أو اضر احدهما بالأخر و استحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما و لم يثبت الضرر, اختارت المحكمة حكمين , حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة.

و يشترط في الحكمين أن يكون رجلين عادلين من أهل الزوجين إذ أمكن و يتعرفا عن أسباب الشقاق بين الزوجين و أن يبذلا جهدهما في الإصلاح , و لذلك اوجب القانون على الحكمين, و لا يشترط فيه أن يكون معدلا كما لا يجوز له رفض التقرير و تعيين حكمين أخرين كما ان قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا, و ليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن.[3]

دور الحكمين :

يلاحظ أن مهمة الحكمين في قضايا الخلع هي التأكد فقط من البغض و الكراهية لأن الزوجة في الخلع غير ملزمة بإثبات الضرر، فمجرد عدم القدرة على مواصلة العيش مع زوجها يقوم الحكمين بإعداد تقرير عن الوضعية يحكم من خلالها القاضي بالتفريق عن طريق الخلع.[4]

---

[1]– المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ص09.

[2]– قانون رقم 08–09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق،ص46.

[3]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 359.

[4] – عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوئام مع زوجها، الطبعة الاولى، دار ابن فرحون، الرياض،2010، ص 113–117.

و الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل حق التفريق دون القاضي بل جاء الحق بناءا على اقتراحهما هذا احتياط حيث يجعل القاضي الفرصة لمناقشة الحكمين في قرارها مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية.[1]

موقف المشرع الجزائري من إجراءات التحكيم:

من خلال المواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08المؤرخة في 2008/02/25 ، نجد انه إذا اشتد الخصام و الشقاق بين الزوجين او أضر احدهما بالأخر و استحال استمرار المعيشة بينهما و لم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة.

و يشترط في الحكمين أن يكونا عادلين و يجب أن يكون من أهل الزوجين إذا أمكن، و إلا فمن غيرهم من له خبرة بحالهما، و على هذين الحكمين أن يتعرف على أسباب الشقاق بين الزوجين، و أن يبذلا جهدهما في الإصلاح, و بعدها يجب على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي في اجل شهرين.[2]

و الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي بل يجعل هذاالحق بناءا على اقتراحهما و هذا فيه احتياط حيث يجعل للقاضي فرصة لمناقشة الحكمين في قرارهما مما يؤدي إلى تعديله لمصلحة الحياة الزوجية.[3]

---

[1]– عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين ، المرجع نفسه ص117

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

[2]– طاهري حسين، الأوسط في شرح القانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا و المذاهب الفقهية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية،الجزائر،2009،ص 127.

[3] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، مرجع سابق، ص359.

القاضي يحكم على ضوء تقرير الحكمين ولا يشترط فيه أن يكون معدا كما يجوز له رفض التقرير و تعيين حكمين آخرين , كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا و ليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن.[1]

المطلب الثاني: الحكم الصادر في دعوى الخلع:

تنتهي دعوى الخلع إلى صدور حكم قضائي بفك الرابطة الزوجية لكن يثار التساؤل بشأن طبيعة الأحكام الفاصلة فيه، إذ يستشف من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا عند النظر للطعون المعروضة عليها بشان الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية فالشريعة الإسلامية اعتبرت الخلع عقد رضائيا، على عكس بعض القوانين الوضعية و منها القانون الجزائري جعل مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر في دعوى الخلع:

أولا : طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.

لا وجود للطلاق إذا صدر حكم من القضاء, و أنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق إلا إذا صدر نص به حكم من القضاء، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج و التي جاء فيها:"لا يثبت الطلاق إلا بحكم". يتضح من تفسير المادة إن الحكم الذي صدر في دعوى الطلاق يأتي ليؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية التي هي قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج آو الزوجة إلى حل الرابطة الزوجية، و أما الحكم فما هو إلا كاشف للخلع ، و يأتي تثبيتا لما حصل من قبل.[2]

[2]– الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008،ص 122.

ثانيا :أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع:

لابد من تسبيب الحكم الصادر في دعوى الخلع و معنى ذلك هو بيان ما أقنع القاضي بما قضى به و جعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي اطمأن عليه ، و لابد من الإشارة إلى إجراء محاولة الصلح و ما ترتب عليها ، و هذا الحكم الذي يصدر عادة ينقسم إلى قسمين. [1]

قسم الجانب الشخصي :

هذا القسم ينصب على عقدي ميلاد كل من الزوجين و كذلك عقد زواجهما المسجل بسجلات الحالة المدنية الموجودة على مستوى البلدية حيث يصبح كل من الزوجين أجنبيا عن الأخر.

ووفقا لنص المادة 49/ف03 قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 التي تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

و هذا خلافا لما كان عليه الأمر قبل التعديل حيث كان الأطراف هما اللذان يسعيان إلى تسجيل حكم الطلاق بالحالة المدنية.

قسم الجانب المادي:

هو باب خاص بالجوانب المادية المرتبطة بالخلع و هي الخاصة بتوابع فك الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني: طرق الطعن القانونية لدعوى الخلع:

حدث انقسم بالنسبة للأحكام والقرارات الصادرة بشأن دعوى الخلع حيث انقسم إلى اتجاهين، اتجاه يرى أن أحكام الخلع غير للاستئناف و اتجاه يرى بأنها غير قابلة للاستئناف.

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن أحكام الخلع تصدر ابتدائية نهائية استنادا إلى المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على: "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية".

[1]– يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 56.

إضافة إلى ما أوردته المادة 48 أيضا و التي اعتبرت الخلع طلاقا و بذلك هو غير قابل للاستئناف.

بالرجوع إلى بعض قرارات المحكمة العليا نجدها تعتبر الأحكام الصادرة في دعاوى الخلع غير قابلة للاستئناف ، و عندما يطعن بالنقض في الأحكام الابتدائية الصادرة بالخلع سواء صدر الحكم بالخلع أو برفضه, كما تقبل الطعن بالنقص في القرارات الصادرة عن المجالس القضائية الفاصلة في الاستئناف المرفوعة ضد أحكام الخلع و انتهت تلك الطعون بالنقض إلى قبولها شكلا و رفضها موضوعا.

و قبول المحكمة العليا الطعن بالنقض مباشرة يؤكد أنها تعتبر أحكام الخلع نهائية و قد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 30 جويلية 1999 تحت رقم 141562 فصل في طعن الزوج بالنقض في الحكم الصادر في 14/12/1994 عن محكمة الحراش مجلس قضاء العاصمة إلى قبوله شكلا ورفضه موضوعا استنادا إلى أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية عند الاقتضاء و ليس عقد رضائي بين الزوجين .[1]

ثانيا: أحكام الخلع قابلة للاستئناف:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أحكام الخلع قابلة للطعن فيها بالاستئناف، حيث صدرت عدة أحكام ابتدائية تقضي برفض طلب التفريق بالخلع و عندما وقع الطعن بالاستئناف انتهى إلى إلغاء الحكم المستأنف و القضاء من جديد بالتفريق بالخلع.

كما قبلت المحكمة العليا الطعن بالقض ضد القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بعضها صدر تأييد لحكم محكمة الدرجة الأولى و بعضها الأخر ألغي حكم محكمة الدرجة الأولى و صرح من جديد بالتفريق بالخلع و تكون بذلك المحكمة العليا قد قضت ضمنيا بجواز الطعن بالاستئناف في تلك الأحكام على اعتبار أن التقاضي في دعاوى الخلع يجري على درجة واحدة تصرحت بالنقض القرار المطعون و بدون إحالة. [2]

[1]– منصوري نورة، مرجع سابق ، ص 147.

[2] – منصوري نورة، المرجع نفسه، ص 148.

و يرجع هذا الاتجاه باعتباره الأقرب إلى الصواب ذلك أن كره الزوجة لزوجها في فترة ما و لظروف مؤقتة يجعلها تبغضه ولا تطيق عشرته مما يدفعها لمخالعته إلا انه وبزوال تلك الظروف قد تتدارك خطأها و تندم على طلبها عندما يبرز لها حاليا تفاهة تلك الأسباب التي دفعتها لطلب الفرقة و الانفصال، و هذا نظرا للفطرة الإنسانية التي زرعها الله عز وجل في نفس الرجل و المرأة، لاسيما هذه أشد لها حفاظا على تكامل الأسرة هذا من جهة, و من جهة أخرى فقد اجمع الفقهاء المسلمون على اعتبار الخلع طلاق استنادا إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "إقبل الحديقة و طلقها تطليقة". و اعتبروها بينونة كبرى لتناقض البدل مع الرجعة حتى و لو اشترط الزوج الرجعة في الخلع، فانه في نظر الفقهاء يصح الخلع و الشرط يبطل، و في رأينا ان البينونة المقصودة هي البينونة الصغرى إذ يمكن للزوج مراجعة مختلعته بمهر و عقد جديدين لكل هذا جعل حكم الخلع ابتدائيا قابلا للاستئناف أما البينونة الكبرى فتمكن فقط في التفريق باللعان و كذا الطلاق المكمل بالثلاث.[1]

الفرع الثالث: توابع الخلع:

أخذت الكثير من القوانين الوضعية الآثار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية بما فيها المشرع الجزائري من الشريعة الإسلامية كقواعد عامة حيث أورد قانون الأسرة الجزائري أثار فك الرابطة الزوجية في الفصل الثاني من الباب الثاني تحت عنوان أثار الطلاق و أدرج أثار الخلع باعتباره طريق من طرق فك الرابطة الزوجية بحيث تتمثل في سقوط الحقوق الزوجية، و العدة و الحضانة و النزاع حول متاع البيت.

أولا : الآثار التي ينفرد بها الخلع :

و تتمثل هذه الآثار في :

1-التزام المختلعة بتسديد بدل الخلع : متى وقع الإيجاب و القبول على المخالعة بين الزوجين أو حكم القاضي به التزمت الزوجة بدفع بدل الخلع سواء أكان البدل المتفق عليه أو المحكوم

[1]- منصوري نورة، مرجع سابق، ص149.

به قضاء أكثر مما أعطى الزوج لزوجته من الصداق و اقل العموم قوله تعالى : "**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا اِفْتَدَتْ بِهِ**". [1]

إذ هو عام في كل ما تعطيه الزوجة فداء لزوجها قليلا كان أم كثيرا زائد عن المهر أو اقل منه.

و إذا كانت مريضة مرض الموت و خالعها زوجها على مال و قبلت وقع عليها طلاق بائن كما لو كان الخلع في حال صحتها , و يستحق الزوج إذا توفيت الزوجة و هي في عدة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع أو ميراثه أو ثلث تركتها و لو كانت وصية. [2]

و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 180 ق.أ.ج المعدل و المتمم بالأمر 02/05 يأخذ من التركة حسب الترتيب الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

و إذا لم يحدد بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل طبق لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري.

و فيما يتعلق بتقدير استحقاق العوض من عدمه لأنه لا يمكن التعامل مع كل الحالات بنفس الأثر.

2- سقوط الحقوق الزوجية:

تسقط الحقوق الزوجية لكل من الزوج والزوجة وقت الخلع بمقتضى الزواج الذي حدث فيه الخلع, و لا اثر لهذا الأخير في الحقوق الثابتة الأخرى التي لا علاقة لها بهذا الزواج، و في سقوط لهذه الحقوق من عدم سقوط ثلاثة أراء.

الرأي الأول: يرى ابو حنيفة ان الخلع يسقط به كل حق ثابت الفعل لكل من الزوجين على الأخرى المهر و النفقة المتجمدة للزوجة , سواء كان الخلع بهذا اللفظ أو بلفظ المبارأة ومشتقاتها, لان المقصود بالخلع قطع الخصومة و المنازعة بين الزوجين و هذا لا يتحقق إلا بإسقاطه كل حق يتعلق بالزواج فليس للزوجة المطالبة بمهرها التي لم تقبضه و ليس لزوجها المطالبة بالمهر الذي قبضته إلا إذا كلن الخلع واقعا عليه, أما إذا لم يثبت كنفقة العدة و السكن

[1]- سورة البقرة الآية 229.

[2] - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص270.

فلا يسقط بالخلع بالاتفاق و مثل ذلك حق الطفل في الحضانة و أجرة الرضاعة غير أن الحقوق التي تسقط هي الحقوق المتعلقة بالزواج الذي وقع فيه الخلع.[1]

ثانيا: الآثار العامة:

و هي الآثار العامة التي يشترك فيها الخلع مع الطرق الأخرى لفك الرابطة الزوجية فهذه الآثار تخضع لإرادة الطرفين بحسب ما تراضيا عليه، و على القاضي الاستجابة لهما إلا ما تعلق منها بالنظام العام كالحضانة مثلا التي يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه.

نفقة العدة:

كل مختلعة معتدة تستحق نفقة من مال مخالعها طيلة مدة عدتها و يجب على الخالع ان يتحمل نفقة من العدة و على المحكمة أن تحكم بها و تحددها إجماليا أو شهريا إذا طلبت الزوجة ذلك و لم تتنازل عن حقها صراحة أمام القاضي ، و هذا الأخير يجب أن يراعي في تقدير نفقة العدة حال الزوجين و تجدر الإشارة إلى أن نفقة العدة يمكن أن تكون بدلا للخلع و بالتالي يسقط هذا الحق و ليس المطالبة به.[2]

عدة المختلعة:

لقد نص المشرع الجزائري على عدة المختلعة في المادتين 58 و60 ق.أسرة جزائري في التعديل الجديد فالمشرع الجزائري لم يفرق بين حالات الطلاق سواء كانت من جانب الرجل او المرأة ,و اعتبره فترة العدة نفسها.

عدة المختلعة غير الحامل:

تعتد المختلعة الغير الحامل بمضي ثلاثة قروء أو ثلاثة حيضات إذا كانت ممن يحضن،[3] و هو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 58 ق.أ و هذا يعني انه اذا كانت

---

[1]– محمد مصطفى شلبي، فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانوني، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص252.

[2] – منصوري نورة، مرجع سابق، ص154.

[3] – بلحاج, العربي, مرجع سابق ،ص370.

المحكمة أصدرت حكما يقضي بطلاق الزوجة من زوجها خلعا، فانه لا يجوز لها ان تبرم عقد زواج جديد إلا بعد مرور ثلاثة قروء ، و هو ما يساوي ثلاثة أشهر أن تزوجت قبل ذلك فأنها تكون قد خالفت الشرع و القانون و اعتبرت آثمة،[1] أما إذا كانت المرأة لا تحيض سواء كانت صغيرة دون البلوغ او بلغت سن اليأس من المحيض و هي خمسة و خمسون سنة على المفتى به، فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى: "**وَ اللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ اِرْتَبْتُمْ فَعِدَتُهُنَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**".

عدة المختلعة الحامل:

إذا كانت المرأة حامل فعدتها وضع حملها و دليل ذلك قوله تعالى:" وَ أُولَاتُ الأَحْمَالِ أَجَلَهُنَ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَ"[2]، فالحامل تعتد بوضع الحمل فمدة العدة بالنسبة للمختلعة الحامل تختلف عن غيرها من النساء، فهي لم تحسب لا بالقروء و لا بالأشهر و إنما مدة العدة بالنسبة إليها تنتهي بمجرد وضع حملها.[3]

و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 60 من قانون الأسرة: "عدة الحامل وضع حملها، و أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

كما يلتحق بالوضع إسقاط الحمل إذا جاء مستبينا بعض أعضائه، غير أن المشرع جعل أقصى مدة الحمل10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وهو ما يتفق مع رأي الأطباء الذين يؤكدون أن الحمل لا يمكث في بطن أمه أكثر من هذه المدة.[4]

---

[1]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج و الطلاق، بعد التعديل الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر ، 2008، ص 135.

[2]– سورة الطلاق الآية 04.

[3] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 136.

[4]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 371.

نفقة المختلعة:

تستحق المعتدة من طلاق بائن النفقة إذا كانت حاملا لقوله تعالى:" أَسْكِنُوهُنَ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُوهُنَ لِتُضَيِقوُا عَلَيْهِنَ وَإِنْ كُنَ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَ حَتَى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَ"، فالمطلقة تستحق السكن والنفقة وهذا تطبيق لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 61 ق.أ.ج ":لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".[1]

و عليه فهمها كان أمر عدة الطلاق فان المطلقة خلعا تستحق النفقة كاملة طول مدة العدة التي تعتدها, لأنها تعتبر شرعا و قانونا مازالت في عصمة مخالعها أو من حقها أن تبقى في بيت الزوجية خلال مدة العدة و لها الحق في النفقة في هذه الفترة، سواء كانت حاضنة أم غير حاضنة.

و من ثم فان نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها في جميع الأحوال سواء أكانت ظالمة أو مظلومة، و باعتبار أن من أهم الحقوق المترتبة للمختلعة هي الحق في النفقة و السكن ، و لكن الواقع غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية و تستقر في بيت أهلها طوعا أو كراهية، و هذا لأن الزوج كثيرا ما يطرد الزوجة من البيت.[2]

الحضانة:

لغة: بمعنى الضم و يقال حضن الطائر البيضة أي ضمه إلى نفسه تحت جناحيه، و حضنت الأم ولدها أي قامت على تربيته.[3]

---

[1]– بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 371.

[2]– لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة ، 2006،ص128.

[3] – زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الخامسة، المكتبة العصرية، بيروت ،1999، ص60.

اصطلاحا: فقد عرفها الكاساني بأنها: ضم الأم لولدها إلى جنبها, و اعتزالها إياه من أبيه ، ليكون عندها فتقوم بحفظه و إمساكه و غسل ثيابه.[1]

أما المشرع الجزائري فقد عرف الحضانة في المادة 62 ق.أ.ج: "رعاية الولد و تعليميه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظ صحته و خلقه".

و من ثم فان الحضانة هي حق من حقوق الأولاد شرعت لمصلحة الولد لان الولد في حياته الأولى يحتاج إلى تربية و رعاية و الحضانة هي ضرب في هاتين الوظيفتين.[2]

و من هنا يتضح أن المشرع الجزائري ركز في تعريفه للحضانة على أسبابها و أهدافها و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يراعي هذه الجوانب التي تضمنها النص كما أن المشرع الجزائري اغفل ذكر الأوصاف و الصفات المتعلقة بأهلية الحاضن في المادة 62 فـ2 و اكتفى إلى شروطها التي ذكرها الفقهاء و هي البلوغ و العقل و القدرة على صيانة الولد صحة و خلقا و الأمانة و الاستقامة و عدم زواج الحاضنة من أجنبي أو بغير قريب محرم.

المشرع أحسن صنعا عندما ذكر في المادة 62 فـ2 مسألة اتحاد الدين بين المحضون و حاضنته على أن تكون تربية الطفل المحضون على دين أبيه و هي مسألة اقرها الفقه الإسلامي، و هذا ما أعدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1979/04/16 حيث نقضت حكم إسناد الحضانة للأم التي تتدين بالمسيحية و ثبت أنها تربي الولد على دينيها. [3]

كما أن المشرع رتب الأولوية في الحضانة طبقا للنص المادة 64 ق.أ.ج و هي الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الخالة ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.[4]

---

[1]– علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء 4،الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة النشر، ص40.

[2]– الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 122.

[3] – ملف رقم 19827 قرار بتاريخ 1979/04/16 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاة، العدد 1981/02.

[4]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 391.

كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 65 على مدة إنقضاء الحضانة و حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات و للقاضي أن يمدد هذا السن إلى 16 سنة بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم و لم تتزوج ثانية و أما حضانة الأنثى تنتهي ببلوغها سن الزواج و هو 19سنة.[1]

كما بين المشرع الجزائري على انه في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر مسكن لممارسة الحضانة أي سكنا ملائما للحضانة، و إذا تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار، و تبقى الحضانة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن و نصت المادة 78 ق.أ.ج على انه:" تشمل نفقة الغذاء و الكسوة و العلاجّ, و السكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

لكن قد يتفق الزوجان على أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع ففي هذه الحالة لو خالعت الزوجة زوجها على أن تقوم بحضانة ولدها منها صح الخلع، و لزومها القيام بحضانته المدة المحددة لها شرعا، فلو هربت أو مات الولد أو ماتت هي كان للزوج أن يرجع عليها أو على ورثتها بما يعادل اجر الحضانة عن المدة الباقية إلا إذا وجد شرط يخالف ذلك.[2] و هذا الأمر أغفله المشرع الجزائري.

ثالثا: النزاع حول متاع البيت:

يعتبر النزاع حول متاع البيت من أهم الآثار المترتبة على انحلال الرابطة الزوجية بما فيها الخلع، و قد يتنازع الزوجان في بعض متاع البيت أو كله، بان يزعم احدهما أن المتاع كله ملك له, بينما ينكر الطرف الثاني هذه الملكية.

و المقصود بمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة،[3] نص المشرع الجزائري في المادة 73 من قانون الأسرة حسب التعديل الأخير على انه :" إذا وقع النزاع بين

[1] – يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 142.

[2] – احمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 142.

[3] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 198.

الزوجين أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. و المشتركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين".[1]

انطلاقا من القاعدة الفقهية المشهورة: "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر". يتضح أن النزاع في متاع البيت و أثاثه ينتهي لصالح صاحب البيت و هذا على أساس الطبيعة الشيء محدد الإلتزام , كما أن المادة جاءت في صيغة غير معرفة نظرا لعموميتها و شمولها و هذا ما يزيد في تعقيد التعامل مع نفس الحكم، فيبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية أثناء الفصل في القضية حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو معتاد للنساء و ما هو معتاد للرجال عادة، ولا يجوز أن يعتمد اعتمادا كليا على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوج دون حجة أو دليل من احدهما، و يكفي بتوجيه اليمين طبقا لنص المادة 73 من ق.أ.ج ثم يعطى لمن يحلف و يمنعه عمن ينكر، و عليه يمكن القول انه لا يجوز تطبيق المادة السابقة في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توافرت شروط مجتمعة هي أن يكون موضوع النزاع قائما بين الزوجين هو شيء في متاع البيت حقيقة، و أن يكون سبب النزاع منصبا على حق احدهما في ملكية ما يدعى به[2]، ملكيته الخاصة له و أخيرا أن يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفهية لإثبات ما يدعيه فان تخلف شرط واحد فلا داعي لإكمال نص المادة 73 من ق.أ.ج ونرى إن القضاء تعامل في متاع البيت بحيث ورد في الحكم: "من المقرر قانونيا أن الناكر عن اليمين خسر دعواه و متى تبين في قضية الحال أن المطعون ضدها قد وجه لها القاضي الأول تأدية اليمين طبقا لإحكام المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري على تركها أثاثها ومصوغها في بيت الزوجية غير أنها امتنعت عن تأديتها". و عليه فان القرار المنتقد لما سمح

[1] – الغوثي بن ملحة، مرجع سابق، ص 125.

[2] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 149-151.

للمطعون ضدها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا، و نكرت عنها أخطأت في تطبيق القانون و متى كان ذلك استوجبت نقض القرار جزئيا فيما يخص الأثاث و المصوغ .[1]

يرجع تقسيم متاع البيت أو مبالغ المتاع باعتباره مسالة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع و التجار و ليس إلى القضاة و أما في حالة إنكار المتاع المطالب به في تطبيق القاعدة العامة في الإثبات: "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

[1] – ملف رقم 81850 قرار بتاريخ 1992/04/14 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة شئون الأسرة و المواريث، عدد خاص 2005، ص 230.

خلاصة الفصل الأول

نستنتج ن خلال دراستنا لهذا الفصل أن المشرع الجزائري تبنى الرأي القائل بأن الفرقة تكون عن طريق الخلع تعتبر طلاقا لا فسخا وذلك أن المادة 54 موجودة في الفصل الخاص بالطلاق ، وأن المشرع الجزائري من خلال التعديل الذي أحدثه في قانون الأسرة المؤرخ في 02/27/ 2005في المادة 54 بين صراحة أن الخلع حق شخصي وإرادي للزوجة في فك الرابطة الزوجية من دون البحث عن الأسباب على خلاف الشريعة الإسلامية التي إعتبرته عقدا رضائيا .

كما نستخلص من دراستنا لهذا الفصل أيضا أن مهمة القاضي الأولى هي الإستجابة التلقائية من القاضي للزوجة إذا طلبت الخلع والتأكد من بغضها لزوجها ،أما الثانية هي ضرورة تدخل القاضي في تحديد المبلغ المالي في حالة عدم الإتفاق عليه من طرف الزوجين وفقا لقانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للأمر 02/05.

كان صاحب الحق منذ زمن بعيد يتمتع بحصانة مطلقة في إستعمال حقه ، وما ساعد على بروز هذه الحصانة هو إنتشار المذهب الفردي [1].

كما أنه تطرق لها أيضا أساتذة القانون الوضعي الغربي ثم أخذها عنهم أساتذة القانون الوضعي العربي، كما أن أحكام نظرية التعسف لها صلة وثيقة بالشريعة الإسلامية.

فما أعطته الشريعة الإسلامية للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة في المقابل أعطت للمرأة الحق في الافتداء بمقابل مالي مقابل خلعها من زوجها.

حيث جعله الله سبحانه وتعالى حقا خالصا لها ولكن ذلك يشرط أن لا تقوم الزوجة بالتعسف في استعمالها له . حيث انه تعسفها يترتب عليه نتائج وأثار ممثلة في الضرر حيث أن الزوج سيتضرر إزاء إجحاف المرأة في حق زوجها ومتى يصبح الخلع حقا للزوجة وقد تتعسف الزوجة متعسفة في استعمال حق الخلع فمتى تصبح متعسفة في ذلك ؟ و هل يحق للزوج المتضرر في حال تعسف زوجته له هل يحق له المطالبة وبالتعويض كما لحقه من ضرر؟ كما أن هذا الضرر يجب توقيع الجزاء على المتسبب فيه لهذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل المبحثين : المبحث الأول نخصصه لتعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الجوانب الفقهية والقانونية ، ونتطرق في المبحث الثاني إلى النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع.

المبحث الأول: تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

اهتم كل من القانون و الشريعة الإسلامية بموضوع التعسف في استعمال الحق كما أن التقنينات العربية بما فيها القانون الجزائري قد عرفت فكرة التعسف في استعمال الحق وذلك اخذ عن الشريعة الإسلامية التي كانت السباقة في تبنيها وذلك من خلال عدة مواقف وتطبيقات في التعسف فمنعت التعسف في استعمال الحق لقوله صلى الله عليه وسلم :"لا ضرر ولا ضرار" .

1- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، النظرية الغامة للقاعدة القانونية ، النظرية العامة للحق ، الطبعة السادسة، منشأة المعارف الإسكندرية ،1993،ص751-758.

ولقد خلق الله تعالى البشر وشرع لهم الحقوق وألزمهم بالواجبات و سوى بينهم فالحقوق شرعت للبشر بصفة مزدوجة فردية وجماعية وهي وسائل لتحقيق المصلحة الفردية والمصلحة العامة ،وفي هذا الصدد نجد أن الشريعة الإسلامية والقانون قد جعلا العصمة بيد الرجل لفك الرابطة الزوجية وبالمقابل أعطوا للمرأة الحق في الافتداء بمقابل مالي فلم يظلم احد منهما ونظرا للعلاقة الوطيدة بين الحق والتعسف فيه ارتباطهما نجد أن الطلاق بالإرادة المنفردة حق خالص للزوج لكنه غالبا ما يكون متعسف فيه في حين نجد أن الخلع حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة.

نظرية التعسف في استعمال الحق ، بهذه التسمية منقولة عن رجال الحقوق في الغرب الذين ألموا بالموضوع من الناحية القانونية ومنهم انتقلت إلى القوانين العرب لذا ارتأينا أن تتطرق إلى التعسف في إيقاع حق الخلع الفقه الإسلامي كمطلب أول ومن ثم نتطرق إليها من وجهة الفقه القانوني كمطلب ثاني .

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

إن الشريعة الإسلامية كانت هي أول من اخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق لأنها تبني أحكامها على أساس العدل والرفق بين الناس، و لم يرد مصطلح التعسف في استعمال الحق فقها في عبارات الفقهاء الأصوليين وإنما وردت بدلا منه كلمة (المضارة في الحقوق) في كتاب الطرق الحكيمة لابن القيم الجوزية في صدد بحثه في قضية سمرة بن جندب وتعسفه في استعمال حق الاستطراق في بستان الأنصاري ليصل إلى نخلته التي قضى الرسول صلى الله عليه وسلم بقلعها دفعا لمضارة صاحب البستان [1]، كما وردت كلمة التعسف في المعنى نفسه عند الفقيه الحنفي الكاساني[2].

[1]– فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة، لبنان،1988 ص 46.

[2]–محمدأحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق في وجهة الفقه الإسلامي، ب.ط، دار المطبوعات، الإسكندرية، 1988 ،ص 279.

وهذا ما يستوجب التطرق إلى مفهوم التعسف ونطاق تطبيقه كفرع أول والأسس والمعايير التي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق كفرع ثاني.

الفرع الأول: مفهوم التعسف شرعا ونطاق تطبيقه:

لقد تطرق الفقه الإسلامي إلى مضمون هذه النظرية من خلال تعريف التعسف أولا ومدى ارتباط واستناد فكرة التعسف في الشريعة الإسلامية إلى الكثير من الأدلة الشرعية ثانيا.

أولا : تعريف التعسف ونطاق تطبيقه:

1- **التعسف لغة:** العين والسين والفاء (عسف) كلمات تتقارب ليست تدل على خير إنما هي كالحيرة وقلة البصيرة قال الخليل ، التعسف ركوب مفاده بغير قصد منه التعسف.[1]

كما انه يقصد بمصطلح التعسف الإذن بالقوة،[2] وعسف عن الطريق يعسف (مال وعدل)[3] وتعسف فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصف ورجل عسوف إذا كان ظلوما ولهذا سمي الأجير المستهان به عسيفا،[4] ويقال عسف المرأة غضبها نفسها واعتدي عليها عسف فلان أي استخدمه فهو عاسف وعسوف.

عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف وعسوف والعسوف الأجير المستهان.[5]

في الحديث الشريف:"إن ابني كان عسيفا على هذا قرني بامرأته"[6]أي أجيرا و في الحديث: لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا أي الجائر الظالم.[1]

---

[1]- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز 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 ،2010 ،ص 66.

[2]-المقري القيومي، المصباح المنير ،ج2 ، طبعة 4، المطبعة الأميرية ، القاهرة، ب . س.ن ، ص 181.

[3]-الفيروز أبادي القاموس المحيط ،ج3 ، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ب. س.ن، ص 181.

[4]- ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار صادر لبنان نسخة الكترونية، 2005، ص245.

[5]- حياة خطاب، الطلاق التعسفي أثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر ، قسم الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2015/2014، ص 22.

[6]- البخاري، صحيح البخاري، بشرح فتح الباري، مرجع سابق، ص 185، حديث 7193.

2- التعسف شرعا:

إن المسلمين الأوائل لم يتعرضوا الموضوع التعسف كنظرية مثمرة ذات أركان وأسس وتطبيقات كما أنهم لو يعرضوا هذا المصطلح لحداثته وجديته.[2]

وقد فضل الشيخ أبو زهرة لفظة "الحضارة " تعبيرا عن التعسف واخذ هذا التعبير من القرأن الكريم عند تنفيذ الوصية إذا لم يكن فيها مضارة تطبيقا لقوله تعالى: "مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍ وَصِيَةً مِنَ اللهِ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ"[3] ، ومن هنا يتضح تعريف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي على انه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.[4]

كما عرفه أبو الزهراء بقوله التعسف هو الحضارة في استعمال الحق [5] يتضح من هذا التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عن ضرر يكون الدافع لإستعماله المضارة بالآخرين بأن يكون مأل استعمال المضارة والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار على استعمال الحق [6].

3- تحليل التعريف:

مناقضة قصد الشارع: أي مضادة قصد الشارع عينا بان يستعمل الحق بمجرد قصد الإضرار وقصد الشارع من شرعية الحق تحقيق المصالح لا المضار وان يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه عليه.

---

[1]- عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، ط1، دار الثقافة للنشر، عمان، 2011، ص 36.

[2]- عبير ربحي شاكر القادومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، ط1 ، دار الفكر، عمان، 2007، ص17.

[3]- سورة النساء، الآية 12.

[4]- فتحي الدريني، مرجع سابق ، ص 87.

[5]-محمد احمد سراج، مرجع سابق، ص 280.

[6]- فتحي الدريني، المرجع أعلاه ، ص 90-91.

إن الحقوق في الشريعة الإسلامية وسائل لتحقيق غايات هي المصالح وإستعمال هذه الحقوق مقيد بتحقيق تلك المصالح حتى إذا استعملت في غير ما شرعت له كان ذلك الاستعمال تعسفا ومناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من تلك الحقوق.[1]

هذه المناقضة إما تكون مقصودة أي استعمال الحق لمجرد قصد الأضرار كبيع العينة لتوصل إلى الربا المحرم ،على هذا فان المناقضة أما أن تكون مقصودة أي استعمال الحق لمجرد قصد الأضرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة أو دون نفع أي لمجرد العبث أو لنفع تافه في حين انه يلحق بغيره ضررا بينا وإما أن تكون المناقضة غير مقصودة وتشمل الأفعال التي مألاتها مضادة للأصل العام في الشرع لأن الحقوق إما شرعت بجلب مصلحة أو درء مفسدة،[2] وقوله في "التصرف " فالتصرف يكون أما بالقول كالعقود دوما ينشأ عليها من حقوق والتزامات كالبيع والوصية وإما بالفعل كاستعمال المالك لعقاره على وجه يضر غيره وهذا تصرف إيجابي أما إمتناع مالك الحائط المائل للسقوط على طريق عامة هدمه تصرف سلبي .

وقوله مأذون فيه شرعا بحسب الأصل يخرج من الأفعال الغير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسف فالتعسف مرخص في حدود التصرفات داخل حدود الحق.[3]

ثانيا : نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق:

إن الفقه الإسلامي لا يفرق فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف بين جميع الحقوق فالأدلة التي تمنع المضارة والانحراف في الإستعمال وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة حتى الأكل والشرب والجلوس في الطرقات ويكون ذلك في استعمال الحقوق العامة التي اصطلح على تسميتها الرخص العامة كما يرد في استعمال الحق بمعناه الخاص وهو ما كان صاحبه مختصا به.

---

[1]– فتحي الدريني، الحق ومدى سلطات الدولة في تقييده ، ط1 ، مطبعة جامعة دمشق، سوريا ، 1967، ص 23.

[2]–فتحي الدريني، التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ،ص 89.

[3]– حياة خطاب، مرجع سابق، ص 28.

يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التعاقد وحرية التقاضي وحرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك من الحريات العامة.[1]

وقد أورد فقهاء أصول الدين في باب تحريم التعسف أمثلة من الحق والإباحة دون وضع التفرقة بينهما ومن ذلك أن الإمام الشاطبي[2]، في تفصيله لمراتب الضرر المترتبة على الفعل المأذون فيه شرعا .

لنظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا ومهما في الشريعة الإسلامية باعتبارها السباقة للأدلة بنظرية التعسف في استعمال الحق فالفقه الإسلامي لا يعرف التفرقة فيما يتعلق بمجال تطبيق التعسف في استعمال الحق فالفقه الإسلامي لا يعرف التفرقة فيما يتعلق بمجال تطبيق التعسف في استعمال الحق بين الحق الذاتي و الوظيفي ولا بين الوسطي والتقديري بل لا يفرق بين الحقوق بجميع أنواعها في هذا المجال وكل الحقوق يشملها نطاق التعسف في استعمال الحق وبالتالي تخضع لأحكامها في الاستعمال[3] ،كذلك حق الطلاق وحق الإيصاء فيمنع التعسف فيها وكذا استعمال حق الملكية على وجه سلبي كهبة المال قرب نهاية الحلول أو استعمال حق التقاضي لمكيدة الخصم وهو تصرف في المباحات[4] ، وغيرها والكثير من التطبيقات .

نستنتج من كل ما سبق أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تسري على الحقوق وكذا الرخص والحريات العامة .

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية التي تستند عليها فكرة التعسف في استعمال الحق:

إن الشريعة الإسلامية تمنع ولا تجيز التعسف في استعمال الحق ونلتمس هذا ومن خلال عدة أدلة من الكتاب والسنة النبوية والمبادئ الشرعية العامة والقواعد الفقهية وفقه الصحابة.

---

[1]– فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطات الدولة في تقييده ، مرجع سابق، ص 508–510.

[2]– الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج1، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن ، ص69.

[3]– فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 382.

[4]– فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 282–286.

أولا : أدلة النظرية من الكتاب:

قوله تعالى :" وَإِذَا طَلَّقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوْا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"[1].

ومن الآيات التي وردت كدليل على تحريم التعسف في استعمال الحق قوله تبارك وتعالى:"مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ إِمْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍ وَصِيَةً مِنَ اللهِ وَ اللهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ".[2]

وقوله تعالى:" لاَ يُضَارَ كَاتِبٌ وَلاَ شَهِيدٌ"،[3] فالله سبحانه وتعالى نهي في الكاتب والشاهد من المضارة ونهي المدين عن الإضرار بهما بان يدعو الشاهد إلى إثبات الشهادة وإقامتها في حال عذر أو يضيق على الكاتب فيدعوه إلى الكتابة في وقت لا يتفرغ فيه.[4]

ثانيا: أدلة النظرية من السنة:

1- و من السنة أيضا ما روي عن عبد الله بن مسعود قال لعن رسول الله عليه الصلاة والسلام المحلل له،[5] ووجه الاستدلال أن الزواج من الحقوق المشروع فلما قصد بالمشروع نهى الشارع عنه وحكم بفساده. [6]

2- عن أبي الخدري رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا ضرر ولا ضرار" حديث حسن رواه ابن ماجة والدار القطني وغيرهما مسندا ورواه مالك في الموطأ .

---

[1]- سورة البقرة، الآية 231.

[2]- سورة النساء، الآية 12.

[3]- سورة البقرة ، الآية 282.

[4]- أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القران، ج2، دار المعرفة ، بيروت،د.س.ن، ص 684.

[5]- رواه الترمذي.

[6]-رمضان علي السيد وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي والنظرية العامة النشأة التطور المعاصرة، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص491.

3- عن عمر بن يحي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا فأسقط أبا سعيد وله طرق يقوي بعضهما ببعض.[1]

4- من جهة أخرى نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن المضارة في استعمال حق الملكية كما جاء في حديث سمرة بن جندب قال: والذي كان له عرف من نخل في حائط لرجل من الأنصار ومع الرجل أهله وكان سمرة يدخل إلى أهله نخلة حيث أذى جاره وشق عليه وطلب منه أن ينقله فأبى فأتى الجار إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام وذكر له فطلب رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب النخل بيعه فأبى كذلك فقال : أنت مضار قال النبي عليه أزكى الصلاة والتسليم للأنصاري اذهب واقتلع نخله وكان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم هو جزاء لتعسف سمرة في حقه.[2]

ثالثا: فقه الصحابة:

1- ما روي عن مالك بن انس انه قال: أخبرنا عمر بن يحي المارتي عن أبيه انه كان في حائط جده ربيع .[3] لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي اقرب إلى أرضه فمنعه صاحب الحائط فكلم عبد الرحمن عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله[4] ،وذلك لكونه تعسف في إستعمال حقه الممنوح له.

رابعا: المبادئ الشرعية العامة والقواعد الفقهية:

1- مبدأ النظر في مالات الأفعال:

فلأصل في الأحكام أنها شرعت لتحقيق غايات معينة وقصدها الشارع الحكيم واعتبرها في تشريعه وان الأصل في التصرفات أن تحقق غايتها وتؤدي على مالاتها حتى إذا تباينت

---

[1]- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، ب.ط، الجزء 2، 2001، ص 207.

[2]- عبد الرحمن المجوبي ، التعسف في استعمال الحق وعلاقته ، بالمسؤولية جامعة الحقوق، الجزائر، 2005-2006، ص 5-6.

[3]- فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق، ص 163.

[4]- الإمام مالك الموطأ، مرجع سابق، ص 468.

الغاية من وسيلتها وقعت المناقضة فيمنع بناءا على مبدأ النظر في مأل الفعل ونتيجة تطبيقه صاحب الحق من استعمال يؤدي إلى هذا المصير الممنوع .

2- قاعدة سد الذرائع:

يتفرع عن هذا الأصل "مبدأ المألات" وتعرف الذريعة في اللغة الامتداد والتحرك ومن دلالة أصلها فالذريعة مشتقة من ذرع والذال والراء والعين أصل واحد يدل على الامتداد والتحرك إلى قدم ثم جميع الفروع ترجع إلى هذا الأصل وتستعمل الذريعة في اللغة بمعنى الوسيلة إلى الشيء وقد تذرع فلان بذريعة أي توسل.[1]

وتعرف شرعا: بالفعل الذي ظاهره انه مباح وهو وسيلة إلى سيء المحرم وتعد هذه القاعدة أصلا عاما في تقييد الحق من حيث الباعث و المأل، إلا أن الذي يعنينا في باب التعسف في استعمال الحق هو المباح الذي يقضي به التذرع إلى المفسدة والمفسدة راجحة على المصلحة فمبدأ سد الذرائع يقوم على دفع ضرر متوقع بتحريم التسبيب فيه.[2]

3- قاعدة الحيل:

يقول الإمام الشاطبي في تعريف الحيلة وحقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم أخر بتحليل محرم أو إسقاط واجب هو عين التعسف لما فيه مناقضة قصد المحتال للقصد الشرعي لان القصد الغير الشرعي في الحيلة هي هدم القصد الشرعي وبيان وجه المناقضة إن الجهة التي ندب الشر عاليها المقصود بشرعيتها تطهير النفس من الشح والرفق بالمساكين.[3]

4- قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف:

معنى هذه القاعدة يدخل في معنى قاعدة تقوم على مبدأ الموازنة بين الحقوق عند تعارضها وتوسيع دائرة مبدأ الموازنة بين الحقوق الخاصة فيما بينها عند التعارض .

---

[1]- شيخ الإسلام ابن تيمية ، سد الذرائع ، الطبعة 1، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض ، د.س.ط ، ص 25.

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 21-22.

[3]- فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 204.

أما في هذه القاعدة فإن التصرف يمنع ويدفع اعتمادا على ضابط الموازنة وفق ماتقره هذه القاعدة وليس لصاحب الحق التمسك بحقه في هذه الحالة لأنه تعسف حلي وجيه درؤه.[1]

5- قاعدة الضرر يزال:

فالتعسف في استعمال الحق بما هو إضرار بالغير ممنوع فيرفع بمنع صاحب الحق في التصرف بحقه ابتدءا ، إذا أدى إلى مال ممنون وبإزالة عين الضرر أو بقطع أسبابه أن لم يكن بالإمكان إزالة عين الضرر منعا من استفحاله.[2]

6- قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المنافع:

الحق مشروع إذا اشتمل على مصلحة لصاحبه ألا انه قد تترتب عليه مفاسد أعظم بالآخرين فردا أو جماعة فتعتمد على القاعدة الشرعية ويستعان لتطبيق هذه القاعدة عند الموازنة بقاعدتين فرعيتين.

الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام،[3] وقاعدة إذا تعارض مفسدتان دوعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما[4].وبذلك يقدم الحق العام على الحق الخاص وتمنع الضرر الأكبر.

الفرع الثالث: أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

أولا : من الجانب الشرعي:

أسس نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:

إن القاعدة العامة في الحق هي تقييده دون إطلاقه وأساس الحق هي الشريعة الإسلامية وما دامت نظرية التعسف في استعمال الحق من النظرية الواسعة والراسخة في الفقه الإسلامي كما أن معظم التشريعات من الفقه الإسلامي بنصوص قانونية بينت مضمونها وأحكامها

---

[1]- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثارها في أحكام، فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، 2001-2002.ص 94.

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي ، مرجع سابق، ص 33.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي،المرجع نفسه، ص 34.

[4]- عبير ربحي شاكر القدومي،المرجع أعلاه ، ص 89.

وأقامت التوازن أيضا بين المصالح الفردية والجماعية لأن الضرر في إهدار مصلحة الجماعة اشتد،[1] وتتمثل هذه الأسس في :

1- أن تكون المصالح معتبرة في أحكام: فالحق في حد ذاته شرع من اجل تحقيق فائدة ومصلحة مرجوة من رائدة وقصدها الشارع من المكلف وهو أن يتبع الإنسان هذا القصد والذي يكون موافقا لما يبتغيه الله عز وجل من التشريع وهو سبحانه تعالى يبتغي مصالح العباد في الدنيا والآخرة، فالحقوق إذن وسائل منحت للفرد لتحقيق الحكمة الغائبة التي من اجلها تقررت، ومناقضة هذه الحكمة قصد البطل التصرف فلا بد أن يطابق الشريعة.[2]

2- التكافل الاجتماعي:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى منه عضو تداعي له سائر الجسد بالسهر والحمى". وقال عليه الصلاة والسلام: "المؤمن للمؤمن كالبنيان المرصوص يشد بعضه بعضا "، ومنذ تأسيس المجتمع المسلم بعد الهجرة النبوية الشريفة كان التكافل الاجتماعي و التشارك في كل شيء هو أساس بناء المجتمع وظهر ذلك جليا في المؤاخاة بين المهاجرين والأنصار واقتسام أموالهم وممتلكاتهم وتوحدهم ضمن وقفة المجتمع الإسلامي، ويتحدو على دفع الضرر والمفسدة عن جميع أفراده والوقوف على كل ما يواجه أفراد المجتمع الواحد.كما أن الشريعة تنبع من الرحمة و المودة والأخوة و التعاون على البر والتقوى لقوله تعالى : " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ"[3] ، والولاية و التناصر لقوله تعالى :"وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ"[4] والتعاون على البر والتقوى لقوله تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِ وَالْتَقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُوا عَلَىَ الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَقُوا اللهَ إِنَ اللهَ

[1]-فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 82.

[2]-فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 88.

[3]-سورة الأنبياء، الآية 107.

[4]-سورة التوبة، الآية 71.

شَدِيدُ الْعِقَابِ"[1] فهذه الدوافع التي تخلق بين المؤمنين وتقييد استعمال الحق على نحو يضر بالغير.

3 – مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض:

يقصد بالخلافة الإمامة والإمارة كما تعني التبعية والمسؤولية التي يورثها القدماء إلى اللاحقين ، فالخلافة تقتضي التقيد بهذه الالتزامات فالإنسان خليفة على نفسه أولا ثم أهله طبقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته الإمام راع مسؤول عن رعيته".[2]

4– الوظيفة الاجتماعية للمال:

إعتبر القرأن الكريم المال زينة كما في الآية الكريمة: "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الْدُنْيَا" كذلك اعتبرها فتنة بقوله تعالى: "إِنَمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلاَدُكُمْ فِتْنَةٌ" كما اعتبر المال قوام المجتمع فهو العمود الفقري الذي يقوم عليه ويتكئ فالمال هنا يصبح له وظيفة اجتماعية ورأى أن التبذير عمل شيطاني كما انه نهى عن الإسراف ورأى أن لا يحتكر المال في يد قليلة محدودة لدى المجتمع .

5– التوسط والاعتدال:

لاشك أن دين الإسلام دين توسط واعتدال لا غلو فيه ولا جفاء ولا إفراط ولا تفريط وشريعته خاتمة الديانات والشرائع السماوية التي انزلها الله علما الناس جميعا في مشارق الأرض و مغاربها وللذكر والأنثى والقوي والضعيف والغني والفقير يتبعها المؤمن من اجل تأدية واجباته نحو ربه ونحو نفسه ، وقد جاءت النصوص بتقرير هذا الأصل وذلك ينفي عن استعمال الحق من الغلو والتطرف والإهمال فالإنسان هذا ما يؤدي به إلى القضاء على الثورة وفي هذا يرشد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الصدقة التي لا يضار معها المتصدق مادة وروحا.[3]

---

[1]–سورة المائدة، الآية 02.

[2]– مسلم، صحيح مسلم، ط1، دار السلام، الرياض ، د.س.ط ،كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام عادل حديث 1829 ص 1016.

[3]– فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 67.

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق وفق الشريعة الإسلامية:

نظمت الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحق وفق معيارين رئيسيين المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي.

1- المعيار الذاتي أو الشخصي:

يستدعي النظر في العوامل النفسية إلى حركة إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه ومن قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

أ- قصد الإضرار بالغير:

أقدم المعايير وأظهرها وأصلها بدليل وجوده في الشرائع القديمة ومجافاته لمبادئ الأخلاق لأنه بذلك يكون قد ناقض قصد الشارع في استعمال الحق الذي شرع من اجل تحقيق المصالح الفردية أو الجماعية و المناقضة تعسف [1]، ومعنى الإضرار توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر سوى نية الإضرار ، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياسا بنية نفع النفس التائهة والتي لا تصلح لان تقارن بالأولى مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته والدليل على هذا المعيار : عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى".[2]

فالفعل المباح إذا عمل لغرض مباح فلا بأس أما إذا قصد بفعل المباح ضررا غير مستحق فانه لا يحل ويشترط قصد الإضرار كشرط.

ب- المصلحة الغير المشروعة :

يقصد صاحب الحق إبان استعماله لحقه يفترض أن يكون قصده موافقا لقصد الله من تشريع الحق، وذلك بالسعي إلى تحقيق غاية شرعية معينة حتى إذا كانت الغاية مصلحة غير

[1]- جميل فخري، محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، دار حامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،الأردن 2009، ص 34.

[2]-رواه البخاري.

مشروعة ارتفعت صفة المشروعية عن الحق وبات صاحب الحق مسئولا.[1] فالنية لدى صاحب الحق أو الباعث المحرك له هو الأساس الذي يبني عليه مشروعية المصلحة من عدمها، والنية من الأمور الخفية التي يطلع عليها احد وتحتاج إلى وسيلة للكشف عنها ، ومن هنا وقع الخلاف بين الفقهاء في الاعتداء بالباعث الغير المشروع إن لم يعبر عنه صراحة.[2]

- عند الحنفية والشافعية:

لا يعتد بالنية الباطنة أو الباعث الغير المشروع إذا لم يعتبر عنه صراحة فلا يبطل التصرف لمجرد النية الغير المشروعة .

- عند المالكية والحنابلة:

يعمل بالنية الباطلة ، ويعتد بالباعث الغير المشروع عند القول بصحة الفعل أو بطلانه، بشرط علم الطرف الأخر به وذلك عند ابن القيم وعبد الرحمن الصنهاجي.[3]

2- المعيار المادي أو الموضوعي:

وهو المعيار الذي يعتمد على ضابط التناسب بين ما يجتبيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة.

أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

يقصد به مراعاة التوازن بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب أخر، ذلك أن المصالح قد يشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحي من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه ومأل التصرف الذي ينتهي إليه استعمال الحق هو محل النظر في هذا المعيار بحيث تقوم الموازنة على أمور واقعية موضوعية وينطوي هذا المعيار على ضابطين.[4]

---

[1]- عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 40.

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص40.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي ،المرجع أعلاه ،ص40.

[2]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع أعلاه ، ص 43.

ب – معيار الضرر الفاحش:

اقره الفقه الإسلامي لتنسيق العلاقات الجوارية والمصالح المتعارض فيها وقد استقرت معظم المذاهب الفقهية على أن حق المالك مقيد في التصرف في ملكه بعدم الإضرار بجاره إضرار فاحشا.[1]

الضرر الفاحش نوعان إما أن يكون ماديا: الدخان الكثيف أو الأصوات المزعجة وضرر اختلاس النظر، وإفشاء الأسرار وتقدير متروك للعرف وطبيعة المنطقة كونها منطقة زراعية لا يعد كذلك في المناطق الصناعية كالدخان الكثيف والأصوات المزعجة الصادرة عن الآلات الصناعية.[2]

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني.

تمكنت التشريعات العربية أخذا عن الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الحق بنصوص قانونية بينت مضمونها واحكامها لدى التشريع الجزائري والمشرع الجزائري اخذ بنظرية التعسف أسوة بالتقنينات الحديثة ونص عليها المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني قبل التعديل إذا قضت بأنه:" يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الناشئ عن الغير

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[3]

يلاحظ أن المشرع الجزائري كان في السابق قبل التعديل موضعها في الفصل الأول من باب الثاني المخصص لأحكام الأهلية لأشخاص الطبيعية، وجاءت ضمن المواد الخاصة بالأهلية وهو مكان غير مناسب مطلقا.[4]

---

[1]– فتحي الدريني ، مرجع سابق، ص 269.

[2]–فتحي الدريني ،المرجع نفسه ،ص269.

[3]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام الواقعة القانونية، الجزء 2، الطبعة 2، دار الهدى، الجزائر، 2004ّ ، 58.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص 58.

المادة 41 من القانون المدني الملغاة رغم تحديدها لأحوال التي يعتبر استعمال الحق تعسفا فيها، إلا أن تطبيقاتها غير محددة، إذ يمكن الالتجاء إليها كحكم عام في مسألة من المسائل التي تنطبق فيها أحوال التعسف.[1]

بعد تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 غير موضع نظرية التعسف في المادة 41 الملغاة إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي أعيد صياغتها على الشكل التالي:" يشكل الإستعمال التعسفي خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الناشئ عن الغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[2]

الفرع الأول: تعريف التعسف ونطاق تطبيقه:

نتطرق في هذا الصدد إلى معنى التعسف في استعمال الحق في القانون أولا وتمييزه عما يشابهه من مفاهيم ثانيا ونطاق تطبيقه ثالثا.

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق قانونا:

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

قد اختلف فقهاء القانون في تعريفهما التعسف في استعمال الحق بناء على اختلاف نظرتهم إلى طبيعته حيث نجد الدكتور احمد فهمي أبو سنة بعرفه على انه:"إستعمال الحق

[1]– محفوظ الشعب، المبادئ العامة للقانون ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص227.

[2]– المادة 124 مكرر من القانون المدني المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم.

على وجه غير مشروع فالمفروض إن الحق أمر مشروع لكن يكون استعماله على نحو غير مشروع".[1]

كما عرفه الدكتور حسن كبيرة على انه: "انحراف صاحب الحق في استعمال حقه عن غايته ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة والحذر".[2]

ويعرف على أنه إستعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضرر بالغير بمعنى أن الاستعمال في حد ذاته مشروع لكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة.[3]

إلا أن التعسف في استعمال الحق باعتباره نظرية عامة فانه يقضي بمنع كل صاحب من أن يستعمل حقه على وجه يضربه الغير، سواء قصد ذلك أم لم يقصد بصرف النظر عن طبيعة ذلك الحق.[4]

لكن المشرع الفرنسي تأثر بهذه النظرية و جسدها في بعض القوانين الخاصة ،أما القوانين العربية فقد تناولت التعسف منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي ،فقد ورد في القانون المصري والليبي النص على التعسف بالمادتين الرابعة والخامسة في المادتين السادسة والسابعة ،وفيما يخص قانون الأسرة الجزائري فقد ورد التعسف في استعمال الحق في المادة 41 الملغاة ،ثم بعدها نص عليه في التعديل الجديد 124 مكرر.[5]

---

[1]– أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال في الفقه الإسلامي، مداخلة في أسبوع الفقه الإسلامي، جامع الأزهر، سنة 2008، ص 4.

[2]– حسن كيرة، مدخل إلى قانون النظرية العامة للقاعدة القانونية، الناشر للمعارف ، الإسكندرية،1974، ص 763.

[3]– عبد المجيد الزعلاني، المدخل لدراسة القانون، دار هومة، الجزائر، سنة 2011، ص 79.

[4]– عمار حنتيت، التعسف في استعمال حق الفسخ في العقود ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، فرع عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر، 2015،ص20.

[5]– علي علي سليمان ،المرجع والموضع نفسه، ص221.

2- تمييز التعسف في استعمال الحق كما يشابهه من مصطلحات:

أ- تمييز التعسف عن الخطأ:

يعرفه الدكتور عبد الرزاق الصنهوري الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية على أنه الإخلال بالتزام قانوني[1]، كما عرفه الدكتور بلحاج العربي بأنه انحراف الشخص عن السلوك المألوف مع علمه بهذا الانحراف ، غير أن هذا الانحراف قد يقع من الشخص وهو يأتي رخصة وقد يقع منه وهو يستعمل حقا ،هي حرية القيام بما لا يجرمه القانون ك: التعاقد والتقاضي ونحو ذلك[2].

أما الحق فهو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطريقة قانونية ويكون له بمقتضاه الحق في التصرف متسلطا على مال معترف له بصفته مالكا أو مستحقا له[3]، لأنه في القرن الماضي كان رجال الفقه يقرون بأنه إذا إنحرف الشخص على سلوك الرجل العادي في استعمال الرخصة ، يتوفر هنا ركن الخطأ، أما عندما يستعملها حق فلا يتوافر ركن الخطأ إلا إذا تجاوز حدود الحق المرسومة ، فإذا إستعمل حقه عن سلوك الرجل العادي وحتى ولو كان مهملا أو سيء النية في استعمال حقه[4].

ب- تمييز التعسف في إستعمال الحق عن المجاوزة:

صحيح أن كل من مجاوزة الحق والتعسف في استعمال الحق أمر محظور شرعا لكن وحدة الوصف الشرعي لا تنفي اختلاف حقيقة كل منهما.[5]

ويمكن التفرقة بينهما فيما يلي:

---

[1]- عبد الرزاق الصنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد،نظرية التزام بوجه عام مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2000، ص881.

[2]-العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء2، ديوان المطبوعات الجزائرية ، بن عكنون، 2001، ص109.

[3]- فريدة محمدي زواوي، مدخل للعلوم القانونية لنظرية الحق، بدون طبعة، الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1997، ص155.

[4]- محمد الصبري السعدي، مرجع سابق، ص46.

[5]- فتحي الدريني، مرجع سابق،ص46.

– إن التعسف يعتمد في الأصل على وجود الحق المشروع ومع ذلك بترتب عن الاستعمال ضررا للغير، أما التجاوز فهو عمل غير مشروع أصلا أي تجاوز الحدود الشرعية للحق مما يخرجه من كونه حقا.

– التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود غيره أما التعسف فليس هناك تعدي على حق الغير لكن استعمال الشخص لحقه على وجه غير مشروع.[1]

– التجاوز ذو نطاق موضوعي مادي أما التعسف فهو ذو نطاق شخصي غرضي.

– التجاوز يشكل خطا تقصيري ويخضع للمسؤولية التقصيرية بينما التعسف أحكامه غير خاضعة للمسؤولية التقصيرية.[2]

– لا يمنع من استعمال الحق إلا قصد الإضرار بالغير أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة أما التجاوز لحدود الحق فانه يمنع ولو قصد إحداث نفع عمن زرع ارض غيره.

و كذلك استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش للغير ولو كان دون قصد أما المجاوزة لحدود الحق فإنها تمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره.[3]

ثانيا: مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي:

رغم أن نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية مستقرة ومذكورة في أغلب القوانين الوضعية في العالم إلا أن هذه القوانين سواء العربية منها أو الغربية لم تأتي بنص تحدد فيه مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق، بحيث جاءت خصوصا ، الأمر الذي استدعى تدخل فقهاء القانون في تحديد مجال نظرية التعسف في استعمال الحق، لكن إختلفوا بدورهم في تحديد نطاق التعسف في استعمال الحق على النحو الأتي:

---

[1]–ليندا حامد ملكاوي، التعسف في استعمال حق الولاية المرأة بمنعها عن العمل وفق التشريعات الأردنية، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40 ، العدد 1،2013 ،ص4.

[2]– عمر فخر الحديثي، مرجع سابق، ص44.

[3]–ليندا حامد ملكاوي، مرجع سابق ،ص4.

1- سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق دون الرخص:

حسب هذا الرأي ينحصر مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق بالمعنى الدقيق،[1]فيعرف الحق بأنه: "ميزة يقررها القانون لشخص ما و يحميها بالطرق القانونية، وهذه الميزة تخول له التصرف متسلطا على مال معترف له بالاستئثار به بصفته مالكا له أو مستحقا له".[2]

على ذلك فان نظرية التعسف في استعمال الحق لا تنطبق على الرخص أو الحريات العامة لأنها لا تخول لصاحبها الاستئثار الحاجز بأي قيمة وأنها تثبت لكافة الناس ك: حرية التعاقد والتقاضي وحرية التملك. [3]

لان أحكام المسؤولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه، فإذا وقع عن الشخص وانحرف في السلوك عند استعماله لرخصة من الرخص فانه يكون قد اخطأ خطأ عاديا يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه.[4]

2- سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق و الرخص بصفة عامة:

يقر أنصار هذا الرأي من الفقه إلى جواز امتداد مجال نظرية التعسف في استعمال الحق لتشمل الحقوق والرخص على حد سواء، ويذهبون إلى توسيع نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ، بسبب محل التعسف إلى مجال الحريات أو الرخص العامة ك: الحقوق سواء بسواء، بمعنى أنهم وسعوا من نطاق تطبيق التعسف فجعلوه لا يقتصر على الحقوق بالمعنى

---

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 257.

[2]- احمد شوقي عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية،2002/2001، ص 105.

[3]-نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص258.

[4]- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة،2009، ص 302-303.

الصحيح فحسب بل ينبسط على الحريات ويتناول حتى كل فعل مشروع صباح في الأصل أيا كان[1].

فالقول بأن قواعد المسؤولية المدنية تغني عن نظرية التعسف هو أمر غير مقبول، لان مرد التعسف هو الخطأ وهذا ما يسير عليه القضاء حيث طبق التعسف على رخصة الالتجاء إلى القضاء فهذه الرخصة إن كانت من الحقوق التي تثبت للكافة إلا انه يسوغ لمن يباشر انحراف كما شرع له واستعماله كيديا ابتغاء مضارة للغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الإضرار التي تلحق الغير بسبب إساءة استعمال الحق.[2]

الفرع الثاني: أسس و معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي:

أولا: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي:

- كان الإختلاف في تحديد الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق انعكاسا هو عينه الذي اختلف الفقه حوله.

إذ يذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الحديثان واغلب المؤلفين العرب إلى إدخال نظرية التعسف في استعمال الحق ويتحقق ذلك متى انحرف عن سلوك الرجل العادي.[3] فالحق ليس غاية في ذاته بل هو وسيلة لغاية يستهدفها القانون من تقريره وهو ما يقتضي إخضاعها لرقابة القضاء بما يضمن من التعسف فيه الخروج به عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية.[4]

1- مضمون نظرية التعسف في التشريع الجزائري:

- عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق تحولا غير مرحلتين نبينهما في مايلي:

---

[1]- سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص 56.

[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 303.

[3]- فريدة محمدي زواوي، مرجع سابق ، ص155.

[4]- عمر فخر الحديثي، مرجع سابق، ص 38-39.

مضمون نظرية التعسف قبل التعديل:

اخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف أسوة بالتقنينات الحديثة خاصة العربية ونص عليها بموجب المادة 41 من التقنين المدني قضت بأنه يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ عن الغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[1]

أدت هذه الصياغة إلى انتقاد شديد للمشرع الجزائري وذلك في الجانب الشكلي وكذا الموضوعي.

الانتقاد من الناحية الشكلية:

نظم المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام أهلية الأشخاص الطبيعية وجاءت ضمن المواد الخاصة بالأهلية وهو مكان غير مناسب مطلقا.[2]

وقد اقترح بعض الفقهاء وضعها في مكان بارز بين نصوص الباب التمهيدي حتى نجعل هذا المبدأ نظرية عامة بالنسبة لجميع نواحي القانون.[3]

الانتقادات من الناحية الموضوعية:

خالف المشرع الجزائري نظيره المصري في هذه النظرية رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامها، إذ انه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي أنه من إستعمل حقه استعمالا مشروعا ليكون مسؤولا، عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير، فنظرية التعسف استثناء من القاعدة العامة التي تنص على أن الأصل في الأفعال هو الإباحة. كما أنه لم ينص على الجزاء

[1]– محمد صبري سعدي، مرجع سابق، ص 58.

[2]– محمد صبري سعدي، المرجع نفسه، ص 58.

[3]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص124.

القانوني المترتب عن التعسف في استعمال الحق وهو أمر غريب جعل نص المادة ناقصا ومبتورا .[1]

كما أن المشرع لم يبين الأصل في استعمال الحق، وإنما نص على الاستثناء مباشرة مخالفا ما تبنته التشريعات العربية بهذا الصدد.

مضمون نظرية التعسف بعد تعديل 2005:

اخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف أسوة بالتقنينات الحديثة خاصة العربية ونص عليها بموجب المادة 41 من التقنين المدني قضت بأنه يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع قصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ويلاحظ على هذا التعديل أمران من حيث الشكل و المضمون:

إذ يلاحظ من الناحية الشكلية حيث انه على الرغم من الأشياء الايجابية التي جاء بها المشرع من الناحية الشكلية إلا انه أخطأ لما جعل التعسف خطأ طبقا لنص المادة 124 مكرر من قانون 10/05 .[2] التي ذكرناها سالفا.

بعد أن كان نص المادة 41 من القانون المدني محشورا بين المواد المنظمة للأهلية.[3] لم يعد محشورا بين مادتين لا تربطهما علاقة بل أن المشرع قد أعاد التسلسل المنطقي للنصوص المتعلقة بالأهلية.[4]

---

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة لالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 222.

[2]– قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية يعدل بالأمر رقم58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44.

[3]– شوقي البناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والتشريح المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية،الجزائر، 2001، ص 708.

[4]– سعاد بلحورابي، مرجع سابق، ص60.

أصبحت تحت إطار المسؤولية التقصيرية وان نص المادة 124 مكرر نص صراحة على أن الاستعمال التعسفي للحق يعد خطأ ويكون بذلك تبني الرأي القائل بان التعسف في استعمال الحق يعد الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيري.[1]

تقييم موقف المشرع الجزائري من الجانب الموضوعي:

لقد أعاد المشرع صياغة النظرية من جديد لتقيد بان المعايير الواردة ليست على سبيل الحصر و إنما على سبيل المثال يسمح للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي للحقوق وتمنح له الحرية في استنباط حالات أخرى التعسف عن طريق القياس والاجتهاد.[2]

ولقد نص المشرع الجزائري على الاستثناءات دون ذكر المبدأ العام وهو أمر غير مقبول.[3] أما بخصوص المصطلحات القانونية التي استعملها استعمل مصطلح "فائدة" ومن المفترض أن يستعمل مصطلح "مصلحة" لان كلمة مصلحة أدق خاصة في استعمال الحقوق إذ له أن يتناول أحكام التعسف دون تحديد طبيعته وذلك باقتراح أن يكون النص على النحو الأتي: يعتبر استعمال الحق التعسفي في الحالات التالية ...." ويذكر المعايير أما طبيعته القانونية فلا داعي لذكرها لأنها تفهم من موقع المادة في الترتيب 124 مكرر على أنها صورة من صور الخطأ.[4]

---

[1]– شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 708.

[2]– أبوبكر مصطفى ،الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 10/05 الموافق ل:20 يوليو 2005 ، المجلة الفقهية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد1، 2011.

[3]– شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 709.

[4]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص85.

2- موقف المشرع الفرنسي:

فكان هذا العهد مشبعا بالروح الفردية الذي نتج عن الثورة الفرنسية، ومشاع مبدأ سلطان الإرادة، ويود هنا في حقوق الإنسان وأصبح أفرادهم الذين يحكمون علاقتهم بأنفسهم دون حاجة إلى تدخل المشرع من اجل الحد من حرياتهم والتدخل في حقوقهم.[1]

و بانتصار الثورة الفرنسية تحقيق انتصار المذهب الفردي فانتشرت للنظرية في هذه الفترة، وفيها تلاها من فترات طوال القرن التاسع عشر.[2]

وفي الفقه الفرنسي من يعتبر الحق غير مشروع ولو لم تكن هناك نية الإضرار طالما انه استهدفا أغراض غير تلك التي شرع الحق لها إذ أنه مجرد تحويل الحق من الوظيفة الاجتماعية يمكن استعماله، وعليه فالحق في نظر هؤلاء وظيفته الاجتماعية منع الفرد من اجل أداء خدمة للجماعة لتحقيق مصلحة ذاتية كما في السلطة الأبوية فهي لمصلحة الطفل أكثر من مصلحة الوالدين.

3- موقف المشرع المصري:

نصت المادة 4 من التقنين المدني الجديد على ما يلي: "من استعمال حق استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا كما ينشا عن ذلك من ضرر" ثم جاءت المادة من القانون نفسه وعددت بذلك حالات استعمال الحق الغير المشروع بقولها يمكن استعمال الحق الغير المشرع في حالات الآتية :

- إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح، التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

[1]- بومدين ميمون، التعسف في استعمال الحق في إطار قانون الأسرة، معهد العلوم القانونية والإدارية ، سعيدة،2006-2007، ص 25.

[2]- عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 836 إلى ص839.

– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.[1]

4– موقف المشرع اللبناني:

نص المادة 124 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ما يلي: "يلزم بالتعويض من يضر الغير يتجاوزه أثناء استعماله حقه حدود حسن النية أو الغرض الذي لأجله منح هذا الحق".[2]

ثانيا : معايير التعسف في استعمال الحق وفقا للقانون الوضعي وإسقاط معايير التعسف على المخالعة:

لقد تباينت المعايير القانونية لتحديد حالات التعسف بين المعايير الشخصية التي تقوم على البحث عن النوايا وبين المعايير الموضوعية التي يعتمدها فيها على نتائج الأفعال.[3]

وبعد ما نص المشرع الجزائري صراحة أن الاستعمال التعسفي للحق يعد خطأ و إعتبره صورة من صور الخطأ التقصيري ومعياره هو معيار الخطأ، حسب المادة 124 مكرر التي حددت ثلاث حالات واردة على سبيل المثال والتي نصت على معيارين المعيار الشخصي والثاني الموضوعي سنحاول بينها في ما يلي:

1– معايير التعسف في إستعمال الحق وفقا للقانون الوضعي:

أ– **المعيار الذاتي أو الشخصي:** يعد من أقدم المعايير وأكثرها انتشارا قصد الإضرار بالغير، فإن لم يكن يقصد من وراء استعمال حقه سوى أن يلحق ضررا بالغير، بأن كان هدفه الوحيد من استعمال حقه هو إلحاق الضرر بالغير، فإنه يكون متعسفا في استعمال حقه، وترتفع عنه الحماية القانونية التي كان يتمتع بها لو انه إستعمل حقه دون تعسف.[4]

وانتقل إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم ومن ابرز القائلين به من الفقهاء المعاصرين الفقيه الفرنسي.[5]

---

[1]– القانون المدني المصري رقم 131 سنة 1948.

[2]– قانون الموجبات والعقود اللبناني، المعدل بموجب المرسوم الاشتراكي رقم 483 سنة 1995.

[3]– عبد العزيز الصعب، مرجع سابق،ص 86–87.

[4]– محمد حسن القاسم، مرجع سابق،ص 541.

[5]–شوقي بناسي، مرجع سابق،ص 729.

جورج ريبر(RIPERT GEORGE)[1] و مقتضى هذا المعيار البحث عن نية الإضرار لدى صاحب الحق عند استعماله.[2] بحيث يجب توافر هذه الأخيرة حتى يعتبر الفعل تعسفيا والعبرة بالإضرار اللاحق بالغير جراء إستعمال الحق إن لم تكن مقصودة.

ولقد كانت محكمة(COLMAR) كولمار الاستئنافية أول من قال في القضاء الفرنسي بوجوب المسألة عند توافر نية الإضرار وذلك في حكم صادر لها بتاريخ 1855/05/22 حيث قامت بإدانة المالك الذي أقام مدخنته فوق سطح منزله في مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه.[3]

وقد اخذ القانون الفرنسي بهذه الفكرة حيث ذهب الفقيه دومات(DOMAT)[4] إلى أن الشخص يكون متعسفا إذا قصد الإضرار بالغير.[5]وبما أن إثبات النية أمر عسير تم الإستعانة بقرائن تدل تدل على وجود نية الإضرار كإنتفاء المنفعة أو تفاهتها فمعيار قصد الإضرار يقوم على نية الإضرار الثابتة أو المفترضة، ومن ابرز من نادى بهذا المعيار الفقيه مازو و بودان.[6]

معيار انعدام الدافع المشروع:

هو المعيار الشخصي الذي جاء به حامل لواء نظرية التعسف في استعمال الحق في العصر الحديث الفقيه جوسران(JOSSERAND) عند تحققه من عدم فعالية معيار الهدف الاجتماعي والذي سنتناوله بالدراسة ضمن المعايير الموضوعية ويقول الفقيه جوسران في هذا الصدد أن التصرف يكون عادي أو مشوب بالتعسف إذا كان يحمل في طياته باعث أو هدف غير مشروع.

---

[1]–جورج ريبرRIPERT GEORGE أستاذ قانون وسياسي فرنسي وفقيه بارز، صاحب العديد من الأطروحات، ولد في 1880/04/22 تولى منصب عميد كلية الحقوق بباريسية تقلد ونريد للتعليم والشباب توفي في 1958/07/04 بباريس.

[2]– فتحي الدريني، مرجع سابق، ص317.

[3]– عبد الرحمن مجوبي، مرجع سابق، ص30 و بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص69.

[4]– دومات (DOMAT) هو قانوني وفيلسوف سياسي فرنسي من مواليد 1530 عضو برلماني في باريس وأستاذ القانون في تولوز اشتهر بنظريته من السيادة توفي عام 1956.

[5]– بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطية مذكرة لنيل شهادة الماستر قسم القانون الخاص كلية الحقوق ،جامعة اكلي محند او لحاج ، البويرة،2013، ص 23.

[6]– عبد الرحمن المجوبي، مرجع السابق، ص 30–31 وبريكي حجيلة ، المرجع والموضع نفسه.

و إن هذا الهدف المشروع هو الذي بدوره سيشكل الحجر الأساسي لنظرية التعسف في استعماله الحق،[1] فهذا المعيار يقترب بشكل كبير من المعيار التقليدي لنظرية التعسف في استعمال الحق وهو معيار قصد الإضرار.

ب- المعيار الموضوعي: ويتمثل في

- معيار الهدف الاجتماعي:

بعد الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشخصي من تضييقه لنظرية التعسف وما يؤدي إليه على اعتبار أن التعسف هو استعمال الحق على وجه يتنافى و الغرض الاقتصادي والاجتماعي الذي شرع لأجله غير انه يعتبر الحق في ذاته وظيفة اجتماعية وليس لتحقيق غاية أو غرض ما،[2] ومن ثم فانه يجب أن تبقى الحقوق في إطار الوظيفة التي ترتبط بها وإلا يكون صاحب الحق متعسفا.[3]

غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد نظرا لصعوبة تحقيق الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق.

- معيار انعدام المصلحة المشروعة:

يوجد التعسف إذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها غير مشروعة ويعتبر صاحب الحق مخطئ في هذه الحالة وفقا للمعيار الموضوعي إذا أن الشخص المعتاد يستعمل حقه لتحقيق مصالح مشروعة يحميها القانون و لا تدخل المصالح الغير المشروعة في مقصده عند استعمال حقه.[4]

---

[1]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 326-327.

[2]- فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 322،323.

[3]- شوقي بناسي، مرجع سابق، ص735.

[4]- بريكي حجيلة، مرجع سابق، ص 31.

وبناء على ذلك يكون صاحب الحق متعسف في استعمال حقه إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة[1].

2- معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري وإسقاطها في المخالعة:

أ- معايير التعسف في استعمال الحق حسب المشرع الجزائري:

لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي يتضح من خلالها أن المشرع الجزائري اخذ بثلاثة معايير قد وردت على سبيل المثال لا الحصر بالإضافة إلى معيار رابع نص عليه في المادة 691 من قانون المدني الجزائري وهذه المعايير كالتالي:

- **معيار قصد الإضرار بالغير:**

قام المشرع الجزائري بالنص عليه في المادة 124 مكرر ويلاحظ أن المشرع قد اعتمد على المعيار الشخصي أي بالرجوع إلى نية وقصد الشخص مستعمل الحق كما كان وراء هذا القصد أو النية ضرر بالغير من قبل هذا الشخص صاحب الحق وحتى نوضح نعطي مثالا من الواقع فالذي يبني حائطا أو يغرس شجرة تحجب النور عن جاره يكون قد تعسف في استعمال حقه وتكون نية الإضرار هي الدافع الوحيد لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه ولما قصد الإضرار هي الدافع الوحيد لدى صاحب الحق عن استعماله لحقه ولما قصد الإضرار،[2] لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.

- **معيار ترجيح الضرر على الفائدة:** هذا المعيار موضوعي يقدر من خلاله إلى نتائج استعمال هذا الحق نص عليها المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر ف2.

أي إذا كان استعمال الحق الذي يرمي به صاحبه إلى الحصول على فائدة قليلة أو تافهة مقارنة بالضرر الناشئ عن الغير، فالشخص الذي يعتبر تعسفا مع انه له مصلحة في استعمال حقه انطلاقا من كون المصلحة تعتبر زهيدة ولا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير ومثال

[1]- فتحي الدريني، مرجع سابق،ص320-321 و شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 732-733.

[2]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 126.

ذلك: من يغرس شجرا بهدف توفير الرطوبة في مسكنه وفي نفس الوقت يحجب النور عن جاره إذ بالمقارنة بين المصلحة والضرر ونجد أنهما غير متناسبتان إذا الضرر اكبر بالمقارنة مع مصلحة توفير الرطوبة التي تعتبر زهيدة والمشرع الجزائري نص في نفس السياق في المادة 708 ف2 على ما يلي:

"غير انه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قانوني إذ كان هذا يضر الجار بستر ملكه للحائط".

- معيار عدم مشروعية المصلحة :

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر وهو معيار موضوعي في أساسه وإذا كان يستدل بناحية شخصية ألا وهي القصد أو النية، ومثال ذلك أن يستعمل شخصا منزله لسبب غير شرعي مخالف للنظام العام والآداب العامة أو مخالفا لحكم من أحكام القانون.[1]

- **معيار الضرر الفاحش:** لم تقم المادة 124 مكرر بذكره لكن قام المشرع بذكره في النصوص التي تحدثت عن مضار الجوار الغير مألوفة وهذا تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية وهو ما نصت عليه المادة 691 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"يجب على المالك أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة غير انه يجيز له إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في هذا العرف و طبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة للآخرين والغرض الذي خصصت له" .

و اعتبره المشرع الجزائري كمعيار رابع للتعسف في استعمال الحق ومقتضاه أن الشخص يكون متعسفا إذا تجاوز استعماله ما تعارف عليه الناس في استعمل حقوقهم.[2]

---

[1]- شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 746.

[2]- شرقي سعدية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص،كلية الحقوق ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة 2013، ص29 .

ب- إسقاط معايير التعسف على المخالعة:

بما أن الخلع حق شرعي للزوجة ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من إضرار لأنه محور دراستنا تكز على التعسف في الخلع فارتأينا أن تقوم بتطبيق معايير التعسف على الخلع بنوعيها: الذاتية والموضوعية.

- **المعايير الذاتية أو الشخصية:**

كما ذكرنا في السابق فان المعايير الموضوعية تتمثل في قصد الإضرار وتحقيق مصلحة غير مشروعة.

- **معيار قصد الإضرار:**

من خصائص هذا المعيار توافر نية الإضرار بالغير من طرف صاحب الحق وهو الغرض الوحيد من إستعماله لحقه ، فبالتالي يعتبر متعسفا في هذا الإستعمال حتى ولو عادت عليه منفعة غير مقصودة [1].يتعلق هذا المعيار بالقصد ونية الإضرار التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، ولأنها مسالة نفسية بتعذر التدليل عليها يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع والأصل أن الخلع أجيز عند الضرورة وبذلك فان انعدام المبرر الشرعي يجعل الخلع تعسفيا.

ويظهر ذلك من خلال رغبة الزوجة للإضرار وتمسكها بالخلع في جلسات الصلح الثلاث على الرغم من أن الزوج قد لا يرضى بالفراق ومن أمثلة هذا المعيار أن تقوم الزوجة بمخالعة زوجها للإضرار به وبأهله انتقاما منهم أو توقعه في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث وقد يكون السبب تافه لا يتناسب مع ما يترتب عليه من إضرار هذا الذي يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوج والضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر و لا ضرار" ومثال ذلك أن تختلع الزوجة بمجرد أن يمنع الزوج خروجها من البيت بغير إذن منه.

1- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، مرجع سابق ، ص 755.

معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة:

إذا كانت الزوجة تبتغي تحقيق دافع غير مشروع بمخالفتها لحكم أو مقصد شرعي فإنها تكون متعسفة في ذلك لان الشرع جعل أمر الخلع بإرادة الزوجة المنفردة وكان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية.[1]

أما إن كانت تلجأ إلى استعماله من غير سبب جدي ومقنع فقد يؤدي إلى اختلال في تعصب المصلحة التي من المفروض الحفاظ عليها وهي الحياة الزوجية المبنية على المودة والرحمة والسكينة فيؤدي ذلك إلى انهدام أسرة.

ومثال ذلك أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الميراث لأنها لم تستعمل الخلع لما شرع له وإنما تبتغي من ورائها تحقيق مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا.

- **المعايير المادية الموضوعية:**

تتمثل في الضرر الفاحش و اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

- **معايير الضرر الفاحش:**

إن قيام الزوجة بمخالعة زوجها قد يضرر به ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا و كان يبذل كل جه

معيار إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

أي أن لا تكون هناك مصلحة للزوجة في فك الرابطة الزوجية سوى الإضرار بزوجها عن طريق مخالعته ،ولامصلحة للزوج في ذلك حيث أنها تتعسف في إستعمال حقها المخول لهل شرعا وقانونا، أي أن لا تكون لها مصلحة في ذلك مقارنة بالضرر الناتج عن تعسفها .

[1]– بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر،2007 ، ص 170.

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع:

إن الله عز وجل الحق للزوجة في أن تفتدي نفسها بالمال في مقابل الخلاص من الحياة الزوجية إن ساءت حيث أصبحت الزوجة تبغض زوجها ولا تطيق العيش معه على سقف واحد حتى تصبح تخشى إلا توافيه حقوقه كزوج،وقد يظهر التعسف في إستعمال الحق قبل تمام هذا الإستعمال وقد لا يتبين إلا بعد تمامه [1].

إلا انه قد يحدث في بعض الأحيان أن تتعسف في استعمال هذا الحق لذا يمكن أن يكون الزوج متضررا عند استعمال الزوجة لحقها في الخلع لإنهاء الرابطة الزوجية بينهما.

فإذا تعسفت في استعماله فهل يحق للزوج المتضرر جراء الخلع المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء تعسف الزوجة في استعمال حقها.

كما أن الضرر يجب توقيع الجزاء على المتسبب فيه وللإجابة على هذا السؤال إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ،المطلب الأول نخصصه للضرر المترتب عن التعسف في إستعمال حق الخلع ، وماهو الجزاء المقابل للتعسف في إيقع حق الخلع كمطلب ثاني .

1- بلبولة بختة ، مرجع سابق ص32 -33 .

المطلب الأول: الضرر كأثر مترتب على التعسف في استعمال حق الخلع:

إن انحلال الزواج بطريق الخلع صورة أخرى من صور المفارقة الزوجية ولكن برغبة الزوجة ولا يجوز المطالبة به إلا إذا رغبت الزوجة الخلاص من زوج تكرهه أو زوج شيء ويكون ذلك بمقابل.[1]

تكمن الحكمة في تشريع الخلع هو دفع الأذى والضرر عن المرأة،[2] إذ أنه لا يمكن أن تلزم بالعيش مع زوج ترغب في الخلاص منه وتعويض الزوج على ما بذله من نفقات المهر.[3]

إذ أن استعمال الزوجة حق الخلع مقيد بحسن النية بمعنى أنه تقصد الزوجة من استعماله تحقيق الحكمة التي شرعت من اجلها، أما إذا كان الدافع هو مجرد الإضرار بالزوج اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق لأن الحقوق لم تشرع للإضرار وإنما للإصلاح.[4]

والمشرع الجزائري بنصه على ذلك في المادة 54 ق.أ.ج جعل الخلع حق خالصا للزوجة دون موافقة الزوج على ذلك لذا فهو في نفس مرتبة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

فالزوجة غير ملزمة بإثبات دوافعها لذلك أمام القاضي، وكذلك تقييد البدل لأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم وهذا إجحاف في حق الزوج.

وللإجابة على هذا التساؤل المطروح وجب علينا تعريف الضرر و أنواعه (كفرع أول)وشروطه وكيفية إثباته(كفرع ثاني).

---

[1]– عبير ربحي شاكر القادومي، مرجع سابق، ص 264.

[2]– بلبولة بختة، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،2005/2004، ص 127.

[3]– بلبولة بختة، المرجع نفسه ، ص137.

[4]– بلبولة بختة، المرجع أعلاه ، ص 137.

الفرع الأول: تعريف الضرر.

سنتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي في الضرر وبيان أنواعه.

أولا: تعريف الضرر:

1- لغة: الضرر هو ضد النفع، والمضرة في خلاف المنفعة ويقال ضره يضر ضرا و ضر به إذا أصابه الضرر، وقيل أن الضرر هو النقصان الذي يدخل في الشيء وقيل الضرر عادة هو موكل نقص يدخل علة الأعيان.[1]

وهذا مصداقا لقوله تعالى: "لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا إِنَ اللهَ بِمَا يَعْمَلُونَ مُحِيطٌ " [2] وقوله صلى الله عليه وسلم"لا ضرر ولا ضرار في الإسلام"[3]

ويستعمل لفظ الضرر في معاجم اللغة العربية على معاني الضرب بالفتح، والضر بالضم لغتان وقيل هما لغتان كالشهد والشهد، فإذا جمعت بين الضر والنفع فتحت المضاد هكذا تستعمله العرب أبو الدقيس فالضر ضد النفع والضر بالضم تعني الهزال وسوء الحال.[4]

أما مجمع اللغة العربية فقد عرفه على أنه: النتيجة الضارة المترتبة على الخطأ.[5]

2-التعريف الاصطلاحي للضرر:

بالنسبة لفقهاء القانون يتحدد التعريف عندهم فهو 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.[6]

---

[1] – المرسي أبو حسن بن سيدة، المحكم والمحيط الأعظم ن دار الكتب العليمة، الطبعة1 ، بيروت ، ص 24.

[2]– سورة أل عمران، الآية 120.

[3]–مسبق تخريجه.

[4]–ابن منظور، مرجع سابق، ص 32.

[5]–مجمع اللغة العربية معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون مطابع الأميرية، مصر ،1999، ص 109.

[6]– نادية مامش، مسؤولية المنتج، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،16 جانفي 2012،ص 50.

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.[1]

وقد ذهب بعض العلماء إلى وضع تعريف له فعرفه بعض الفقهاء القدامى بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف.[2]

كما عرفه الدكتور شفيق شحاتة بأنه إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي،[3] فقد قصر تعريف الضرر على اتلاف لشيء ما سواء كان إتلافا لبعض الشيء أو إتلافا له كله.

هذا النهج سار عليها الفقهاء الحداثى منهم الدكتورة وهبة الزحيلي التي عرفته على انه إلحاق المفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو في جسمه أو في عرضه أو عاطفته.[4]

كما عرفه الدكتور العربي بلحاج: بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة.

ومن كل هذه التعاريف نستخلص أن الضرر يتمثل في تلك الخسارة المادية أو المعنوية التي تصيب المضرور نتيجة التعدي الواقع عليه والضرر الناتج عن التعسف في إيقاع حق الخلع هو ما يصيب الزوج والأولاد من ضرر مادي ومعنوي نتيجة تشتت الأسرة بتعسف الزوجة المختلعة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فبالرغم من ورود فكرة الضرر في المواد من 124 إلى 140 وكذا المواد 176 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

---

[1]– مراد بن مغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2011/2010،ص 132.

[2]– ابن حجر الهيثمي، فتح المبين لشرح الأربعين (ب.ط) دار إحياء الكتب الغربية (ب ، و، ن) 1352هـ ، ص 237.

[3]– شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، (ب.ط) مطبعة الاعتماد، القاهرة،(ب.س.ن)،ص 187.

[4]– وهبة الزحيلي، نظرية الضمان(ب.ط) دار الفكر، المعاصر ، بيروت،1998، ص 23.

إلا أن المشرع الجزائري لم يبين نوع الضرر هل هو ضرر مادي أم معنوي؟ وبما أن المواد لجاءت بصفة عامة فالفقهاء فسروها على أن المشرع قصد الضرر بنوعيه المادي والمعنوي.

كما انه خصص المادة176 وما يليها لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريقة التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام.

ثانيا: أنواع الضرر:

الضرر نوعان يتمثل في الضرر المادي،[1] الضرر غير المادي.

1-الضرر المادي : le préjudice matériel:

يعرف الفقهاء الضرر بأنه ذلك الذي يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة.

ويعرف بأنه إلحاق الأذى بالغير مطلقا سواء في الأموال أو الأشخاص،[2] كما يعرفه شراح ، القانون الضرر المادي عند الصنهوري هو إخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية .[3]

وعرفه الدكتور أنور السادات بأنه الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه[4] أو هو مساس بالذمة المالية للمضرور بالإنقاص من عناصرها الايجابية أو الزيادة في عناصرها السلبية وكذلك هو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو ما يترتب عليه الإنقاص في حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة ذات قيمة مالية .[5]

وعندما يعرف الفقهاء أو شراح ، القانون الضرر المادي فإنهم يذكرون على أنه نوعين.

---

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة الالتزامات في ق.أ.ج ، مرجع سابق، ص 143.

[2]- محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته بتعويض الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، مذكرة ماجستير في العدالة الجنائية ، كلية الدراسات العربية، جامعة نايف العربية، الرياض ،2011، ص 118.

[3]- أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (د.ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 55-56.

[4]- محمد بن عبد العزيز أبو عباة، مرجع سابق، ص51.

[5]-سمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان،2010، ص51.

أ- الضرر الجسمي أو البدني:

هو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح ، يترتب عليه تشويه فيه ، أو بجزء عن العمل أو ضعف في المكسب ونحو ذلك، وهذا الضرر قد يكون كليا في إتلاف النفس وقد يكون جزئيا في إتلاف ما دون النفس.[1]

والضرر المادي الناتج عن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع فقد يتمثل في إنقاص من الذمة المالية للزوج بسبب نفقة العدة ونفقة الإهمال وغيرها وكذلك نقص في أمواله أو ضعف في جسمه لما كان يبذله في إعاشة هذه الزوجة الناكرة للجميل التي سلبت منه راحة جسمه لتطالبه بالخلع في نهاية المطاف .

وكذلك وبما أن المشرع الجزائري حدد مبلغ بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل فهذا يحدث ضررا كبيرا بذمة الزوج فكما سبق وأن رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة أن مبلغ البدل في غالب الأحيان يكون أقل من المهر الذي أعطاه الزوج لزوجته.

ب-الضرر المالي:

و هو ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في ماله فيسبب له خسارة في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أو صافها.[2]

ونحو ذلك وكل ما يترتب على نقص في قيمتها كما كانت عليه قبل حدوث الضرر وذلك كإتلاف المال أو تفويت منفعة من منافعه على مالكه.

2- الضرر الغير المادي:

هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة أي سواء تم المساس بعاطفته أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.[3]

---

[1]- أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 63.

[2]- أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 66.

[3]- نادية مامش، مرجع سابق، ص 50.

وهو ذلك الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو وهو ينقسم إلى نوعين في الفقه الإسلامي يقسم إلى ضرر أدبي ومعنوي أما في القانون فيتمثل في الضرر الأدبي والذي يطلق عليه الضرر المعنوي وهو له معنى واحد في القانون عكس الشريعة .

أ-الضرر الأدبي في الشريعة:

وهو مالا يمكن تقويمه بالمال والفقهاء المسلمين استعملوا مصطلحات يمكن ان يستدل منها على معنى الضرر الأدبي وهذه المصطلحات وردت متناثرة في كتب الفقه وفي أبواب مختلفة ومنها مصطلح الأذى يعبرون به عن الأضرار الأدبية بشكل عام حرمت الشريعة السب والشتم والأذى بالكلام.[1]

ويختلف مصطلح الإتلاف الأدبي عن الاعتداء على الشرف ففي استكراه المرأة على الزنى نقل ابن القيم عن طائفة من العلماء قولهم(هو إتلاف أدبي لها).[2]

وقد ذهب اتجاه في الفقه الإسلامي إلى أنه لا تعويض عن الضرر الأدبي لأن التعويض أو الضمان كما يسميه فقهاء الشريعة الغراء مال، والضرر الأدبي لا يمكن تقويمه بالمال.[3]

ب -الضرر المعنوي أو الأدبي في الفقه القانوني:

يسمى الضرر الغير المادي في القانون بالضرر الأدبي والمعنوي فلهما نفس المعنى ،و يعرف الضرر المعنوي من خلال المساس بالحقوق الغير المالية ومن هذه التعارف نذكر تعريف الدكتور عمرو عيسى الفقي الذي عرفه بأنه "الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله ولكن يصيب مصلحة غير مالية".[4]

---

[1]- أبو عبد الله محمد المقدمي، الفروع، الجزء السادس، عالم الكتاب، بيروت ،د.س.ن، ص 54.

[2]- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج5،ط14،مكتبة المنار الإسلامية، الأردن،د.س.ن ، ص 39.

[3]- ابن الحجر الهيثمي، مرجع سابق، ص237.

[4]- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية دعوى التعويض، دار الكتب القانونية، مصر،2002، ص46.

وعرفه الدكتور محمد حسن القاسم الضرر المعنوي لا يمس المال ولكنه يصيب مصلحة غير مالية فهو يصيب الشخص في عواطفه وأحاسيسه وكرامته وسمعته، فكل ما يمس هذه الأمور المادية يعتبر ضررا معنويا.[1]

إن تعريف الضرر المعنوي بأنه الضرر الذي يمس مصلحة غير مالية ،تعريف غير دقيق لأن هذا الضرر مآله إلى الحكم بتعويض مالي للمضرور ،وهذا الحق في التعويض يدخل في الذمة المالية وبالتالي فهناك تعلق الذمة المالية بحسب المأل.[2]

والأذى لا يتسع لكل الأضرار الأدبية التي يمكن أن تكون محلا للتعويض فإفساد علاقة زوجية نتيجة علاقة غرامية فيه ضرر ناتج عن إفسادها وليس عن أذى، فقد يصاب احد الزوجين بأذى لا يصاب ومع ذلك يستحق التعويض عن ما أصابه من ضرر نتيجة إفساد العلاقة الزوجية، وكان من الأفضل أن يتناوله مصطلح الإفساد في تعريفه كونه أوسع وأشمل من مصطلح الأذى وهنا نرجع تعريف الدكتور سليمان مرقس على غيره من التعريفات .[3]

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد انه بعد صدور تعديل 2005 قد فصل المشرع الجزائري نصا خاصا تحدث فيه عن الضرر المعنوي وكل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.

ومن هنا نجد أن كل من الفقه الإسلامي والفقه القانوني جعلا كل ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو عرضه فيؤثر في ذمته المالية ضررا ماديا سواء كان قسم واحد أو قسمين.

وجعل كل ما يؤثر في الذمة المالية ضررا غير مادي سواء كان ضررا أدبيا أو معنويا ولكلاهما وجود نتيجة تعسف الزوجة في المخالعة.

وإجمالا فان تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع لا يضر فقط بزوجها بل وحتى بالأولاد إلا انه لا ينحصر على السلب فقط بل أحيانا بالإيجاب.

---

[1]– محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، مصر ،2003، ص344.

[2]– ياسين محمد يحي، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية د.ب.ن ، 1991، ص 7.

[3]– باسل محمد يوسف ، التعويض عن الضرر الأدبي ، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين،2009، ص14–15.

وسنتطرق فيما يلي الآثار السلبية للخلع على الرجل والأولاد.

الآثار السلبية على الزوج:

- الآثار النفسية والإصابة بالأمراض العصبية جراء القيام الزوجة بمخالعته مما اثر بشكل كبير على مستوى أدائهم العلمي والوظيفي .
- الخسارة المادية الكبيرة التي تعرض لها الزوج المخلوع حيث يتكبد الزوج في زواجه مبالغ باهضة إضافة إلى تكاليف إعداد بيت الزوجية بينما ترد له الزوجة في حال الخلع مبالغ رمزية فعاد المهر المعجل يعتبر مسألة شكلية يتم توثيقها في عقد الزواج وهي في الواقع اقل بكثير من التكاليف التي دفعت للزوجة وقت الزواج.
- الشعور بالنقص واستهانة الكرامة بين الأهل والأصدقاء والجيران خاصة وانه يحمل لقب الزوج المخلوع والذي عبر عنه الكثير من هؤلاء الأزواج ، مروا بتجربة الخلع بأنه "بصمة عار على جبينهم " خاصة وان مجتمعنا يتقبل طلاق الزوج لزوجته ورفضه لها ولا يتقبل أبدا رفض المرأة لزوجها وخلعها له .

ومن الآثار الأكثر تأثيرا على الرجل إضافة إلى هدم أسرته وتشتيت أولاده قد يخسر أمواله وممتلكاته في كثير من الأحيان التي كان قد ملكها لزوجته من ماله وجهده ورغبته في كثير من الأحيان تعبيرا عن الكبير لها وثقته بها فتكون المكافئة له خلعه ورد صداق المثل المتمثل في النقود فقط مع إنزاله في بعض الأحيان والذي لا يتجاوز في كثير من الأحيان 90 ألف دينار جزائري .

- انتشار ظاهرة تعدد الأزواج خاصة بين النساء بان من تزوجها هي زوجة لرجل آخر في إحدى الدول العربية فإذا ما اكتشف الأمر سرقت ما تستطيع ووكلت محاميا لرفع دعوى الخلع على زوجها الثاني وولت هاربة إلى بلدها.[1]

[1]– منال محمود المشني، مرجع سابق، ص 237.

الآثار السلبية على الأولاد:

تشير الدراسات النفسية إلى أن الخلافات الزوجية الحادة وانفصال الزوجين تترك أثرا عميقا لدى الأطفال والمراهقين تظهر على شكل العدوان والجنوح وظهور حالات الاكتئاب عندهم ، إضافة إلى حرمانهم من مشاعر الأمن والثقة بالنفس،[1] وهذا ما يجعلهم في صراع نفسي دائم واضطراب النمو الانفعالي والعقلي الذي يؤدي إلى تراجع في تحصيلهم العلمي وعلاقتهم بالآخرين .

وقد تضطرب الحالة المادية للأبناء بعد انفصال والديهم، حيث يضطرون إلى التنازل عن وضعهم المادي والتعليمي والصحي والترفيهي وأحيانا كثيرة ما يتنازلون عن السكن المناسب، بسبب عدم قدرة الأب على توفير سكن مناسب لهم لممارسة الحضانة ليهدم بذلك مكانتهم الاجتماعية وحرمانهم من تلبية احتياجات التي اعتادوا عليها.[2]

ويمكن إجمال الآثار السلبية للخلع على الأولاد فيما يلي:

- الخجل من الناس.
- خسارة الجو الأسري الطبيعي الذي ولدوا فيه وتعودوا عليه .
- صعوبة اختيار الأولاد لأحد الوالدين وتشتت الإخوة وتفرقهم .
- التغيرات الاجتماعية الكبيرة والحد الشديد من العلاقات الاجتماعية .
- تغيير نظرة الناس لديهم بحيث يصبح الأولاد يحملون لقب أبناء المخالعة وأبناء المخلوع حيث وان تركيبة المجتمع القائم على العادات والتقاليد والنظرة الذكورية ترفض هذا الأمر .
- إحساس الأولاد الذكور بعدم وجودهم عند الأم يضعف إحساسهم بوجود رقابة صارمة على تصرفاتهم مما يؤدي فعلا إلى انحرافهم وجنودهم خاصة إذا كانوا في مرحلة المراهقة .

---

[1]– موسى عبد الرحمن وتوق، محي الدين المدخل إلى علم النفس،ط3، مركز الكتاب الأردني، الأردن،1993 ، ص186–187.

[2]– معنى الخليل، علم اجتماع الأسرة، (د.ط)، دار الشروق للطباعة والنشر،(د.ب.ن) ، ب.س.ن ،ص234.

- انخفاض معدل النتائج الدراسية عند الأبناء بشكل ملحوظ وأحيانا وكثيرة يؤدي إلى الخلع بين الزوجين إلى خروج أبنائهم من المدرسة وضياع مستقبلهم.

كانت هاته أهم الأضرار الماسة بالزوجة والأولاد من جراء تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع.

وبهذا نكون قد انهينا المطلب الأول الذي تناولنا فيه الضرر وأنواعه، لكن ليس كل ضرر موجب للتعويض.

ولذلك ارتأينا تبيان شروط الضرر الموجب للتعويض وطريقة إثباته في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب التعويض و إثباته:

نتناول في هذا الفرع شروط الضرر الموجب للتعويض أولا و كيفية اثبات هذا الضرر ثانيا.

أولا: شروط الضرر الموجب للتعويض:

لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط لذلك و هي:

1-إذا مس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة:

يجب لوقوع الضرر إن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو مصلحة مالية له سواء أكان هذا الحق ماديا أو معنويا فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بحق أو مصلحة يحميها القانون.[1]

أي أن تكون المصلحة التي اخل بها الضرر مصلحة مشروعة غير مخالفة للدين و النظام، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض،[2] فكل ضرر يلحق الزوج جراء تعسف الزوجة بخلعها له لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوجة.

2-أن يكون الضرر محقق الوقوع certain:

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

[1]- العربي بلحاج،النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص 157 158 .

[2]- عبد الرزاق احمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 ، مرجع سابق، ص 974.

بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلا dommage réalisé أو سيقع حتما لان الضرر الغير المحقق قد يقع و قد لا يقع[1] .

و يكون الضرر في الخلع محققا إذا وقع فعلا و مثال ذلك أن يصاب الزوج المختلع تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقه الذي هو بدون أسباب ، أما الضرر المستقبلي فيمثل 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 بوجب التعويض[2].

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 حدا إلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط لذلك لتكون مرجعا و أساسا يبنى عليها و يحتج بها.

3-أن يكون الضرر مباشرا:

الضرر أما أن يكون مباشرا أو غير مباشر فالضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب الضرر و يكون كافيا لحدوثه.

فلكي يقال عن الضرر انه مباشر يجب أن تكون بينه و بين الفعل الضار علاقة سببية كافية (Le lien causalité).[3]

و لقد جاء في نص المادة 182 (ق.م.ج) الوارد بشأن أثار الالتزام بصفة عامة " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، و يشمل التعويض ما لحقه

[1]- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1، مصادر الالتزام(ب.د.ن) ،الجزائر 1994، ص 249.

[2]- حياة خطاب، مرجع سابق، ص 49.

[3]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 170.

من خسارة أو ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لم يكن في لعد الوفاء بالتزام أو للتأخير في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد ".

و مقتضى هذا النص الضرر الذي يوجب التعويض عن ذلك الأذى الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار.

أي الضرر المباشر دون غيره و الضرر المباشر هو الذي يستطيع المضرور أن يتوخاه ببذل عناية الرجل العادي.[1]

و الضرر المباشر في الخلع هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الخلع كأن تمارس الزوجة بعد وقت قصير من الزواج دون سبب آو دون سابق إنذار فيسبب للزوج ضرر ماديا و معنويا من جراء الانفصال فهذا يعد ضرر مباشرا.

4- أن يكون الضرر شخصيا:

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق حقوقه أو مصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا و هذا يبرز الطابع الشخصي للضرر سواء أكان ماديا أو معنويا فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة و ينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار.[2]

[1]- علي فيلالي ، مرجع سابق، ص 296.

[2]- مسعودة نعيمة إلياس , مرجع سابق ص 359، حياة خطاب، مرجع سابق، ص 50.

و على العموم يفترض وجود علاقة مباشرة بين المضرور المباشر و المضرور بالارتداد، و لقد وصفه بعض الفقهاء بأنه الضرر المعاكس من الفعل الضار و هذا ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي "تورنو " و ذهب البعض غلى أنه الضرر الذي ينشأ أو يصيب الضحية مباشرة.[1]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يرد نص في قانونه في هذا الشأن و مع ذلك فيمكن القول بأخذ الحالة التي نص عليها القانون المصري.[2]

و بالنسبة للخلع فإننا لا نرى مانعا من جواز مطالبة ورثة الزوج المختلع بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا أثناء حياته، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله على التعويض الناتج عن التعسف في إيقاع حق الخلع و بعد مطالبته به ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة.

لأن التعويض أو ما يسمى ببدل الخلع يدخل في الذمة المالية للورثة بعد وفاة مورثهم و لذلك لهم الحق في المطالبة به.

خامسا: أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر:

و هذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة، و ذلك أننا نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر جديرا بالتعويض عنه فإذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه فلا مجال للنظر فيه.[3]

فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض الإصلاح بعينه فإذا قام محدث الضرر بإصلاح الضرر بمحض إرادته، فيعتبر أنه قد وفى بالتزامه و لا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر إلا أنه يمكن للمضرور الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي لم يشمله التعويض.[4]

---

[1]– مرقس سليمان،الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثاني في الفعل الضار و المسؤولية المدنية القسم 1 الطبعة 5 ، دار الفكر للطباعة و النشر 2001 ص 287.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 283.

[3]– محمد بن عبد العزيز أبو عباة، مرجع سابق ،ص129.

[4]– بريكي حجيلة، مرجع سابق ،ص 53،54.

ثانيا: إثبات الضرر الموجب للتعويض

و عليه يبنى إثبات التعسف على:

1-عبئ الإثبات:

يتجلى من خلال هذه القاعدة أن صاحب الحق لا يتحمل عبئ إثبات مشروعية استعمال حقه و هذا طبيعي، لأنه يكلف بحمل الإثبات من يدعي على خلاف الأصل أو الظاهر أو المعروض أو على خلاف الثابت فعلا،[1] و يقع إثبات التعسف على المدعي طبقا للقاعدة " البينة على من ادعى و اليمين على من انكر ".[2]

و الأصل هو أن صاحب الحق لا يتحمل عبئ إثبات مشروعية استعمال حقهن ذلك أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه ابتداء إلى أن يقوم الدليل بالعكس.[3]

فبالرجوع إلى القواعد العامة يتضح أن عبئ إثبات الضرر في المسؤولية عن التعسف في استعمال الحق يقع على عاتق المضرور، طالب التعويض الذي لا يستطيع السير في المسؤولية خطوة قبل إثباته و ذلك وفقا لما تقتضيه القواعد العامة المذكورة آنفا.

2- وسائل الإثبات:

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الإثبات في دعوى المسؤولية عن الأفعال الشخصية فإننا نجد الإثبات فيها يتم بكافة طرق الإثبات لأنها وقائع يجوز إثباتها بكافة الطرق و خاصة البينية و القرائن[4] لكن غالبا ما يثبت الضرر الناتج عن الخلع سواء ضرر مادي أو ضرر معنوي ، بالمعاينة المادية أو شهادة طبية أو وصل دفع مبالغ تجهيز حفل الزفاف و غيرها، أو تقدير الخبراء و إثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع.

---

[1]- عصام أنور سليم، أسس الثقافة القانونية في نظرية القانون و الحق و للعقد بدون طبعة الدار الجامعية ،الإسكندرية 1997.

[2]- بلحاج العربي، مرجع سابق ،ص 271.

[3]- حسن كيرة، مرجع سابق ،ص79.

[4]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى الجزائر، 2011، ص 141.

كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و لا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا.[1]

فالضرر الموجب للتعويض بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض و يمكن إثباته باعتباره واقعة مادية لجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا.

و بالنسبة للضرر الناتج عن إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة فإنه مفترض و لذلك فإن المطلوب من الزوج الذي يدعي أن زوجته خالعته تعسفا و أن يثبت وجود التعسف في إيقاع زوجته للخلع و يمكن إثباته كما سبق بكافة طرق الإثبات.[2]

فحق الزوج المضرور يعتبر في حكم العدم و يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث المنشئ له و هو الخلع.

لأن الأصل افتراضا أن الزوجة استعملت حقها استعمالا عاديا بحسب الغرض منه و بحسب نية، و عليه يمكن للزوج إثبات تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع بكافة طرق الإثبات و على هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيء في استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الإضرار و قيام المسؤولية التي تستوجب تعويض الضرر و يستطيع القاضي الإذن بالقرائن القضائية لاستنباط نية الإضرار بالغير لدى من يشرع باستعمال الحق استعمالا غير مشروع،ومن أهم هذه القرائن انعدام على للمصلحة أو تحقيق منفعة ضئيلة أو الاستعمال الكيدي للحق .[3]

المطلب الثاني : الجزاء المترتب على التعسف في إستعمال حق الخلع:

و ثبت كما سبق ذكره أن التعسف أمر ممنوع شرعا و قانونا باعتبار أنه يخالف و يناقض المقصد الذي من أجله شرعت الحقوق و يزيل عن الحق صفة المشروعية،ومن ذلك فإن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع سيترتب عليه جزاء شرعي وأخر قانوني أي أنها تتحمل مسؤولية

[1]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في (ق.م.ج) ، مرجع سابق، ص 289.

[2]– حياة خطاب، مرجع سابق، ص51.

[3]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق ، من ص138إلى 140 .

تصرفها و الشرع والتشريع اجمعا على أحقية الخلع بالنسبة للزوجة فلا يحق لها استعماله في غير مجاله الشرعي والتشريعي وبما أن الخلع حق ثابت في القانون و الشرع فان التعسف فيه والإخلال به يقابله جزاء يحدده القانون لرفع الضرر المترتب جراء التعسف فضلا عن الإثم والمؤاخذة الشرعية باعتبار ارتكابه محظور شرعي.

الفرع الأول: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي:

يترتب على التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية جزاء دنيوي وجزاء أخروي، والجزاء الدنيوي قد يكون ماليا وقد يكون عينيا وقد يكون عقوبة تعزيرية.

وسنقوم بالتطرق في الفرع الأول إلى الجزاء الدنيوي أولا وثانيا إلى الجزاء الأخروي.

أولا: الجزاء الدنيوي: قد يكون الجزاء ماليا أو عينيا وقد يكون عقوبة تعزيرية

1-الجزاء العيني:

هذا الجزاء له عدة صور يختلف باختلاف حالات التعسف فقد يكون الجزاء يحرمان صاحب الحق من حقه عقوبة له وذلك مثل سلب الولاية من الولي على النفس أو المال إذا تعسف في استعمال حقه فأضر بالصغير في نفسه أو ماله والحجر على السفيه و التطليق الزوجة لزوجها عند مضارتها في مذهب الإمام مالك [1].

1- جميل فخري محمد جانم ، متعة التعويض وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ،مرجع سابق ،ص108.

وقد يكون بالتزام صاحب الحق باستعماله كجبر المحتكر على بيع الطعام للمحتاجين وجبر الولي على تزويج ابنته التي عضلها ومنعها من الزواج وجبر المدين على بيع ماله لسداد الديون فإذا أصر كل منهم على الامتناع قام الحاكم مقامه في ذلك.

– وقد يكون بإزالة سبب التعسف بحيث يوفق الضرر الناتج عنها وذلك كإجبار الجار على بناء ساتر يمنعه من الاطلاع والإشراف على عورات جاره وهدم بئره التي كانت سببا في ذهاب الماء من بئر جاره.

– وقد يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعا للضرر الناتج منه وذلك كمنع الغاضب من هدم ما بناه في العين المغصوبة إذا كانت الأنقاض لا تعود عليه بفائدة، ومنع الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الأخر سيضر بها.

– وقد يكون بإبطال التصرف لمنع ترتيب أثار عليه : كما في نكاح التحليل عند جمهور الفقهاء، في مرض الموت والهبة الصورية ،ووصية الضرار والطلاق البائن .[1]

سلب الحق من صاحبه :كما في سلب الولاية من الوالي الممتنع عن تزويج المولى عليها من الكفئ وقيام القاضي بتزويجها، وكذلك حرمان السفيه من التصرف في أمواله.[2]

وقد ذكر الدريني ثلاثة أنواع للجزاء العيني في التصرفات القولية هي إبطال التصرف، والإجبار على إيقاع التصرف وسلب الحق في التصرف.[3]

و لكن التعويض العيني أنواع وصور أخرى تختلف باختلاف حالات التعسف يمكن ذكرها في قسمين:

[1]– جميل فخري محمد جانم ،متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي،مرجع سابق ، ص109.

[2]– جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ،ص109 .

[3]– أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، يناير 2011، ص 81.

النوع الأول: في التصرفات القولية:

ويقصد بها العقود التعسفية مثل: نكاح التحليل الوصية الهبة الصورية قرب نهاية الحلول الإسقاط الزكاة وغيرها وقد رتبت الشريعة الإسلامية عليها جزاء يتمثل في إحدى الصور التالية:[1]

1- إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب أثار عليه: كما في نكاح التحليل عند جمهور الفقهاء ووصية الضرار والطلاق البائن في مرض الموت ومنه الخلع والهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة.[2]

2- إجبار الممتنع عن استعمال حقه باستعماله: كما في إجبار الولي على تزويج المولى عليها إذا عضلها عن الزواج.

3- سلب الحق من صاحبه : كما في سلب الولاية من الوالي الممتنع من تزويج المولى عليها من كفئ وقيام القاضي بتزويجها وكذلك حرمان السفيه من التصرف في أمواله.[3]

النوع الثاني: التصرفات الفعلية:

رتبت الشريعة الإسلامية على إساءة استعمال الحق في التصرفات الفعلية جزاء يتمثل في إحدى الأمور التالية:

1-إزالة سبب الضرر:

أو إزالة سببه بعد الوقوع منعا من استمراره في المستقبل فإذا حجب الجار الهواء عن جاره ببناء حائط فان الحائط يهدم إلى القدر الذي يزاوله به الضرر الفاحش وكذلك هدم جدار يخشى سقوطه وردم بئر تسبب في ترهي، جدار جاره، وإغلاق نافذة بيت ينكشف بها الجار.

---

[1]- فتحي الدريني ،نظرية التعسف في إستعمال الحق، مرجع سابق ،ص288.

[2]- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 109.

[3]- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 109.

2- منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا فعليا:

كمنع الغاصب من هدم البناء الذي بناه على الأرض المعصوبة إذا لم يعد عليه فائدة، ولو كان الغاصب مالكا لما بناه في هذه الأرض.[1]

3- الإجبار على استعمال الحق:

إذا كان التعسف سلبياته بعدم استعمال الحق مثل الإجبار على عمارة ملك مشترك.[2]

وبهذا فان الجزاء العيني في التصرفات الفعلية يمنع قبل وقوعه أن أمكنه من باب الاحتياط والتحرر منه ما أمكن ذلك منعا لتفاديه أما إذا وقع فعلا فيجب إزالته ويتحمل الضرر صاحب الحق المتعسف فيه وفق مبدأ الموازنة بين المضار وعملا بقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف" وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام".[3]

2- الجزاء التعويضي (الضمان):

وهو التعويض المحض وهو جزاء من الجزاءات التي تلحق بصاحب الحق المتعسف في استعماله سواء أكان الضرر مادي أو أدبي، فمن اتلف مال غيره يضمن هذا التلف ومن أجرى الماء في أرضه يقصد به إتلاف جاره أو أجراها لري أرضه وكان إجراؤه للماء غير معتاد فادى كل ذلك إلى الإضرار بزرع جاره كان عليه ضمان ما تلف فهو تعويض مالي والأصل وجوب إزالة الضرر عملا بالقاعدة الفقهية " الضرر يزال".[4] والقاعدة الفقهية "الضرر يدفع قدر الإمكان".[5]

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، ، مرجع سابق، ص 109.

[2]-جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 110.

[3]- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة ، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير ،كلية أصول الدين، خروبة، جامعة الجزائر،2002/2001، ص 133.

[4]- علي حيدر،دور الحكام ،شرح مجلة الأحكام ،دار الكتب العلمية ،بيروت، د.س.ن ، ص33.

[5]- علي حيدر، المرجع نفسه، ص37، وأسامة عبد العليم الشيح، مرجع سابق، ص 372.

فإذا لم تكن إزالة الضرر الواقع ممكنة فيجب تداركه للتعويض عن الضرر الواقع بسبب سوء استعمال الحق، فيعوض المتضرر بالمثل أو القيمة إن عجز عن المثل، و القاضي هو الذي يتولى تحديد التعويض و يستعين بالخبراء في تحديد القيمة.[1]

و ينقسم الضرر الواقع بالغير نتيجة سوء استعمال الحق إلى قسمين الضرر المادي و الضرر المعنوي.[2]

أ- القسم الأول :الضرر المادي:

إذا كان الضرر الواقع بسبب سوء استعمال الحق أو التعسف في استعماله فيجب إزالته فإذا لم تكن إزالته عينا ممكنة لأن الواقع لا يرتفع، وجب تداركه بالضمان عن طريق التعويض المالي العادل ، فيعوض المتضرر بالمثل أو بالقيمة إن عجز عن المثل و من أمثلة ذلك:

1-من حفر بئر في ملكه بقرب الطريق فوقع فيها أحد.

2- من عمل على هدم جدار بيته فتأثر جدار الجار.

3- من أوقد نار أو سقى مزرعته فوق المعتاد في السقي نتج عنه ضرر على الجار.

ب - القسم الثاني: الضرر الأدبي:

و هو الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية فإذا كان الضرر الواقع معنويا أو أدبيا فإنه لا يمكن إزالته عينا و لذلك فإن قواعد الشريعة لا ترفض تقرير التعويض عنه.[3]

و قد يقال ان الضرر المعنوي غير متقوم لأن التقويم يعتمد الإحراز و الإجراء يعتمد البقاء، و البقاء للأعراض، و الضرر الأدبي عرض ، فهو غير متقوم و لا يمكن تعويضه بالمال[4].

كما أن الشريعة الإسلامية قد شرعت الحد لجريمة القذف و هو ضرر معنوي أدبي كما شرعت تعويض ما ليس بمال كـ: الدية و مهر المثل و بدل الخلع، فلا مانع من تعويض الأضرار

---

[1]- دار الينابيع للنشر والتوزيع(د.ب.ن) 1992،ص 105.

[2]- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص190.

[3]- فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص 290.

[4]- فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص 290.

المعنوية بالمال إزالة للضرر قدر الإمكان[1]، و ليس للمدين أن يتمسك أو يفرض على الدائن التعويض بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكنا لأنه الأصل[2].

3-الجزاء التعزيري:

يجوز للحاكم أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر في الشرع سواء كانت تلك المعصية تتعلق بحقوق الله عزوجل كترك الصلاة أم تتعلق بحقوق العباد، كمن يؤذي جار[3]،فهذا الجزاء إذا بقتصد به " العقوبات المقررة على جرائم لم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة"[4].

و التعسف في استعمال الحق إذا ترتب عليه ضرر للغير جازم للإمام أن يوقع عقوبة تعزيرية، إذا لم ترد فيها عقوبة خاصة كتعزير المحتكر فضلا عن جبره على البيع بالثمن المثل أو البيع جبرا إذا أبى كتعزير على من يدعي على أهل الفضل دعاوى باطلة لإيقافهم أما القضاء إيلاماو امتهانا.[5]

و لقد ترك الشارع حق تقدير هذه العقوبات لرأي الحاكم المسلم نوعا و مقدارا يوقعهما على كل معصية و فعل محظور، لم يرد فالشرع لها عقوبة محددة و هذا الأمر يصبح موكلا إلى القاضي حسبما يراه وفق سلطته التقديرية لأن التعزير: تأديب على ذنب، معصية أو جناية ، للحد فيها و كفارة.[6]

و لقد أوجبت الشريعة الإسلامية التعزير على من استعمل حقه استعمالا تعسفيا من أجل ردع الجاني و منع كل من تسولت له نفسه في استعمال الحق بقصد الإضرار بالآخرين .

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 111.

[2]- مقدم سعيد ، مرجع سابق، ص 183.

[3]- احمد الصويعي شلبيك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 64.

[4]- جميل فخري محمد ناجم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 191.

[5]-احمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق،ص 65.

[6]- وهبة الزحيلي، العقوبات الشرعية و الاقضية والشهادات ، طرابلس، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، 1991، ص 103.

الجزاء الأخروي:

تمتاز الشريعة الإسلامية بترتيب الجزاء الأخروي بجانب الجزاء الدنيوي على البواعث أو النيات الغير المشروعة و الجزاء الأخروي أبقى و أعظم من الجزاء الدنيوي لما له من اثر بالغ في توجيه النفوس غلى ضرورة العمل لأحكام الشريعة الإسلامية و إتباع أوامر الله و اجتناب نواهيه.[1]

و يقصد بالجزاء الأخروي ترتب الإثم و العقاب في الآخرة على المتعسف و ذلك إذا ثبت قصد الإضرار و التحايل على أحكام الشريعة.[2]

و هو جزاء اختصت و امتازت به الشريعة الإسلامية يعرف بالجزاء الأخروي على البواعث أو النيات الغير المشروعة و ذلك للبعد الديني الذي تتصبغ به جميع أحكامها لأننا كما رأينا فإن الحق في الإسلام مصدره هو الحكم الشرعي النابع من خطاب الله عز وجل،[3]و تعسف في استعمال الحق فعل غير مشروع و حكمه شرعا التحريم و المنع، لأنه إما أن يكون عملا ناقض به قصد الشارع أو عملا نشأ عنه أضرار بالغير و كلاهما ممنوع شرعا، فعن تعسف صاحب الحق في استعماله لحقه يكون قد ارتكب محظورا أو منهيا عنه ترتب عليه إثم كبير و عقوبة شديدة في الآخرة.

و هو جزاء مهم في استقرار المجتمع لأنه في بعض الأحيان لا يمكن إثبات التعسف أمام القضاء، فيبقى الجزاء الأخروي يرجع صاحب الدين المؤمن من التعسف،لأن المؤمن لا يرتدع عن ارتكاب المحاظير خوفا من السلطة الحاكمة و العقوبة الدنيوية. و إنما يرتدع خوفا و خشية من الله عز وجل.[4]

---

[1]– احمد الصويعي شلبيك، مرجع سابق، ص 66.

[2]– أيمن مصطفى الدباغ، مرجع سابق، ص79.

[3]– العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 134.

[4]– جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق،ص 113.

– و ذلك لأن الشريعة الإسلامية ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال و الحرام المنزلة الأولى في أحكامها ثم تضع إلى ذلك القواعد التشريعية الملزمة أي التي يجب تنفيذها قضاء فكان بذلك نظاما روحيا و مدنيا معا.[1]

فالله لا تخفى عليه خافية لا في الأرض و لا في السماء و لن يستطيع الإنسان أن يفلت من العقاب و سيلقى جزاءه من جنس عمله طبقا لقوله تعالى: " فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهْ وَ مَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًا يَرَهْ " [2]

و لذلك فالمؤمن صاحب الدين و الخلق يترك التعسف الذي نهى الله عز وجل عنه لمقصدين:[3]

الأول: إرضاء الله عز وجل بطاعته فيما أمر واجتناب ما نهى عنه وزجر .

الثاني: الخوف من العقوبة في الآخرة.

وهذان المقصدان يرتبط كل منهما بالآخر ليقوم عليهما مجتمعين مقتضى الإيمان بالله عز وجل، فان لم يرعى دينه وإيمانه من التعسف كان في الجزاء الأخروي ما يهدئ نفس المتضرر، ويبعث فيه الطمأنينة بان المتعسف لن ينجو من عذاب الله يوم القيامة.[4]

و مثال ذلك: خلع المريضة مرض الموت بقصد الإضرار بزوجها وحرمانه من الميراث تعسفا في استعمال حقها في الخلع، يترتب عليه الإثم و الجزاء الأخروي فضلا عن الجزاء الدنيوي الذي هو هنا توريثه منها.[5]

و القرآن الكريم لم يولى عناية لبيان الحكم وتفصيله ومنع التعسف فيه والظلم والإضرار كما فعل في موضوعات الأحوال الشخصية.

---

[1]–فتحي الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ص 113.

[2]– سورة الزلزلة الآية 7–8.

[3]– جميل فخري محمد جانم متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق ،ص 193.

[4]– زياد صبحي على ذياب المرجع نفسه ص 106، فتحي الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع أعلاه ص 291، جميل فخري محمد جانم متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع أعلاه، ص 193.

[5]– فتحي الدريني نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع نفسه، ص 291.

وفي الطلاق على وجه الخصوص والخلع نوع من أنواع الطلاق ترغيبا وترهيبا حتى انه يبين الحكم من أحكام الطلاق بكلمات مع معدودات ثم يتبعها بكلام طويل مرغبا في التزام ذلك الحكم ومحذرا من تنكبه والتعسف فيه.[1]

أما الترغيب فلم تذكر الآيات مناداة المؤمنين ومناداتهم باسم الإيمان وحثهم عن العمل بمقتضاه وبمقتضى تقوى الله والإحسان وبمقتضى بنعمة الله على المؤمنين كما تكررت في مواضع بيان أحكام الطلاق وأمثلة على هذا كثيرة منها "يَا أَيُهَا الَذِينَ أَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَ طَلَقْتُمُوهُنَ ".[2]

" وَ الْمُطَلَقَاتُ يَتَرَبَصْنَ بِأَنْفُسِهِنَ ثَلاَثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُ لَهُنَ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنَ إِنْ كُنَ يُؤْمِنَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْأَخِرِ".[3]

"وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَقُوا اللهَ وَاعْلَمُوا أَنَ اللهَ بِكُلِ شَيْءٍ عَلِيمٌ".[4]

"بِيَدِهِ عُقْدَةُ الْنِكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلْتَقْوَى وَلاَ تَنْسَوْا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَ اللهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ".[5]

وقوله تعالى :"ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْأَخِرِ وَمَنْ يَتَقِ اللهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبْ وَمَنْ يَتَوَكَلْ عَلَى اللهِ فَهُوَ حَسْبُهُ".[6]

ومن الملاحظات الجديرة بالتأمل مجيء آيتين عن الصلاة في ضمن آيات الطلاق على نحو ملفت للانتباه "لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُوهُنَ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَ فَرِيضَةً" وقوله تعالى: "حَافِظُوا عَلَى الصَلَوَاتِ وَالصَلاَةِ الوُسْطَى وَقُومُوا للهِ قَانِتِينَ(238) فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالاً أَوْ

[1]– أيمن مصطفى الدباغ ، مرجع سابق ،ص79.

[2]– سورة الأحزاب الآية 228.

[3]– سورة البقرة الآية 231.

[4]– سورة البقرة الآية 231.

[5]– سورة البقرة الآية 237.

[6]- سورة الطلاق الآيتان 2-3.

رُكْبَانًا فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَاذْكُرُوا اللهَ كَمَا عَلَمَكُمْ مَا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ(239)وَالَذِينَ يُتَوَفَوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ(240)".

وكأن المعنى في ذلك أن من لم يراع أحكام الطلاق، فلن يحافظ على عماد الدين وهي الصلاة ومن حافظ على عماد الدين حقا فحري به أن يلتزم أحكام الطلاق وأحكام الخلع كونه نوعا من أنواع الطلاق ولا يتعسف ولا يضار.

وكذلك الترهيب، لم يتكرر بهذه القوة والتتابع والشدة كما تدور في آيات الطلاق نحو:"فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَا يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا إِفْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوا وَمَنْ يَتَعَدَ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمْ الظَالِمُونَ(229)[1] وَتِلْكَ حُدُودُ اللهِ يُبَيِنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ(230)[2] وَلَا تُمْسِكُوهُنَ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَخِذُوا آيَاتِ اللهِ هُزُوًا(231).[3]

" أَلَمْ تَرَى إِلَى الَذِينَ خَرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ وَهُمْ أُلُوفٌ حَذَرَ المَوْتِ فَقَالَ لَهُمْ اللهُ مُوتُوا ثُمَ أَحْيَاهُمْ إِنَ اللهَ لَذُو فَضْلٍ عَلَى النَاسِ وَلَكِنَ أَكْثَرَ النَاسِ لاَ يَشْكُرُونَ(243)".[4]

وكان المعنى في ذلك تحذير الناس إن خالفوا أوامر الله تعالى في الطلاق أن يصيبهم مثل ما أصاب من قبلهم.

والسبب في هذه العناية الشديدة ترغيبا وترهيبا أن المضارة في الطلاق عامة وفي الخلع خاصة أمر خفي بين الزوجين يتعذر إثباته أمام القضاء لينصف للمظلوم من الظالم، وغالبا ما تستعمل المرأة حق الخلع لغير ما شرع له ومن العسير أن يثبت تعسفها فيه أمام القضاء، لأنها قد تدعي ما تشاء، وحتى ولو ثبت تعسفها فان طلاقها بمقابل المال أو ما يسمى بالخلع ينفذ في الغالب وتترتب عليه أثاره ومضاره، وان كان الشارع الحكيم قد خفف من هذه المضار بفرض الجزاء الدنيوي أو بدل الخلع.

---

[1]– سورة البقرة الآية 229.

[2]– سورة البقرة الآية 230.

[3]– سورة البقرة الآية 231 .

[4]– سورة البقرة الآية 243.

إلا أن المضار سيبقى منها أثار لا تزول مدى الدهر ولذلك جاء الجزاء الأخروي والتشديد فيه ليردع من تسول لها نفسها إساءة استعمال حق الخلع وذلك بالإضافة إلى أهمية الأسرة وضمان استمرارها وتضييق سبل هدمها وأسباب انتهاءها.[1]

ومما سبق يظهر لنا أن الشريعة الإسلامية اعتنت بالأسرة ومنعت التعسف في إنهاء الرابطة الزوجية وتهديم هذا الكيان المقدس ورتب على ذلك جزاءا دنيويا يختلف باختلاف صور وقوع التعسف ويكون عينيا أو ضمانا أو تغريريا وفي حال عدم اخذ صاحب الحق حقه في الدنيا فان الله عز وجل لا تخفى عليه خافية وهو يعلم ما في القلوب لذلك فانه سيوقع الجزاء الأخروي على المتعسف في استعمال حقه عمة وعلى المرأة المتعسفة في إيقاع حق الخلع خاصة.

و للقانون نصيبه في توقيع الجزاء على المرأة المتعسفة في استعمال حق الخلع لأنه نص وشرع الحق ورتب الجزاء على التجاوز فيه.

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه القانوني:

قد يظهر التعسف في استعمال الحق قبل تمام هذا الاستعمال وقد لا يتبين إلا بعد تمامه،[2] وتبعا لذلك يختلف الجزاء المترتب في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية ففي الحالة الأولى يمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي وهو ما يعرف بالجزاء الوقائي أما في الحالة الثانية فلا يبقى المجال إلا للتعويض وهو الجزاء العلاجي وهذا الجزاء ينصب على الطريقة التي استعمل فيها الحق وليس على الحق بحد ذاته.

و سنتطرق على النحو التالي الجزاء التعويضي ومن جهة أخرى فانه في نظرية التعسف في استعمال الحق فقد يوقع الجزاء قبل وقوع الضرر وهو ما يسمى بالجزاء الوقائي ثانيا.

أولا: الجزاء التعويضي:

هو الصورة العلاجية للتعسف عامة ولتعسف حق الخلع خاصة بعد وقوع الضرر ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض.

---

[1]- أيمن مصطفى الدباغ ،مرجع سابق، ص 80-81.

[2]- بلبولة بختة، مرجع سابق ،ص 32.

و الأصل في الجزاء التعسف عن الضرر الذي لحق به والذي تم تسميته بدل الخلع في استعمال حق الخلع.

ويترتب على حدوث التعسف جزاءا يتمثل في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه والتعويض قد يكون عينيا أو نقديا بحسب الأحوال فمن يحفر أرضه بقصد الإضرار لمبنى جاره ويتسبب في تصدع جدرانه يمكن الحكم عليه بإصلاح المتصدع وهو التعويض العيني ويقصد به الوفاء بالالتزام عينا وهو يكثر في نطاق الالتزامات العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فهو نادر الوقوع.[1]

وقد اتفق المشرع الجزائري مع رأي التشريعات الحديثة على أن التعويض يكون ملائما لطبيعة الضرر وهذا ما نصت عليه م 132 قانون الأسرة الجزائري: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب أن يأمر بإعادة الحالة لما كانت عليه...".

يتضح لنا من المادة 132 أن التعويض هو جزاء للمسؤولية التقصيرية وغالبا ما يكون تعويضا نقديا وإن كان يجوز أن يتخذ شكل التعويض العيني أو التعويض الغير النقدي.[2]

فالمقصود بالتعويض النقدي : وهو في الأصل عبارة عن مبلغ من النقود معين يعطي دفعة واحدة ولكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك فعلى القاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط أو يكون على شكل مبلغ من المال يدفع إلى شركة التأمين لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمتضرر ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن.[3]

وهذا النوع من التأمين يصلح ليكون تعويضا عن الخلع وهذا ما اخذ به المشرع الجزائري لتقدير لبدل الخلع المادة 54 من نفس القانون بما لا يتجاوز صداق المثل وبما أن الصداق يصلح لان يكون تعويضا نقديا فان بدل الخلع يمكن أن يكون نقدا.

---

[1]– خليل احمد حسن قدادة ، مرجع سابق، ص 263.

[2]–خليل احمد حسن قدادة، المرجع نفسه ، ص 263.

[3]– خليل احمد حسن قدادة، المرجع أعلاه ، ص 263.

التعويض الغير النقدي:

ويكون من دون عوض ملموس كأن يحكم القاضي في جرائم السب والقذف بنشر حكم إدانة المدعى عليه في الصحف ويعتبر هذا النشر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعي وهذا ما قصده المشرع في قوله في المادة 132 قانون الأسرة الجزائري و أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل الغير المشروع.[1]

وهذا النوع من التعويض يمكن أن يكون كتعويض عن التعسف في المخالعة لكن المشرع الجزائري لم يأخذ به وإنما اكتفى بقوله(بمال لا يتجاوز صداق المثل أي أن كل ما يصلح أن يكون صداقا يصلح أن يكون تعويضا على الخلع وان هذا التعويض واجب على الزوجة المخالعة سواء تعسفت آم لم تتعسف وطرق تقديره تكون باتفاق الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق تكون عن طريق القضاء بما لا يتجاوز صداق المثل ومن الملاحظ أن هذا التعويض أو ما يسمى ببدل الخلع لا يعتبر تعويضا عن التعسف لأنه وكما سبقت الإشارة انه يحكم به في جميع حالات الخلع دون استثناء ولم يراع فيه طرق التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف ويراعي في تقدير التعويض عن طريق القضاء معيارين

المعيار الأول: معيار الظروف الملابسة ومدى توافر حسن النية

حيث نصت المادة 131 ق.م بقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة....".

والظروف الملابسة هي الظروف التي تلابس المضرور ويقصد بها الظروف الشخصية والصحية والعائلية والمالية التي تلابس المضرور وتحيط به وهذه تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد فينظر إلى المضرور نظرة شخصية لان التعويض يهدف إلى جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات دون غيره.[2]

[1]– خليل احمد حسن قدادة، المرجع والموضع نفسه، ص 263.

[2]– عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص971.

المعيار الثاني: معيار الخسارة الواقعة و فوات الكسب :

تنص المادة 182 من القانون المدني على ما يلي: إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.[1]

– والمقصود بالخسارة اللاحقة الضرر المباشر الذي لحق حقا أو مصلحة مشروعة للمضرور.

– أما الكسب الفائت فيخص كل الثمرات الطبيعية للشيء المتلف أو محل الالتزام والأرباح المتوقعة في المسؤولية العقدية ويضاف إليها الإرباح الغير متوقعة في المسؤولية التقصيرية طالما كانت محققة.[2]

أما طرق تعويض الضرر في الفقه الإسلامي فهي كما يلي:

أ– إما عن طريق التعويض بنص الشارع.

ب– أو من خلال حكومة العدل وهو ما يسمى بالوسائل الغير إرادية مع مراعاة ظروف زيادة التعويض بمقدار الألم الذي لحق بالمضرور كما سبق وإذا ازداد الضرر فلا بد من زيادة التعويض.

ج– وإما أن يكون التعويض إراديا أي لإرادة الإنسان في تقدير التعويض دورا كبيرا وذلك كما في المخالعة والطلاق قبل الدخول.[3]

لكن في حالة عدم الاتفاق اخذ المشرع الجزائري بما لا يتجاوز صداق المثل وهذا إجحاف في حق الزوج لأنه لم تراعي فيه ظروف الحالة والتي قد تكون الزوجة متعسفة في إيقاع هذا

---

[1]– مقدم السعيد ، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الحداثة للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 1985،ص 256.

[2]– فؤاد قواف كلة، أثارا لمسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري(دعوى والتعويض)، رسالة ماجستير،1975–1976 ،ص78.

[3]– أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، القاهرة مصر، 2007، ص 373–374.

الحق وهو الخلع، لذلك وجب إلزام الزوجة بأداء تعويض عن تعسفها في استعمال حقها في الخلع، ويبنى هذا التعويض على الأساس التالي:

الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع:

إن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقا خالصا لها بمقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق إذ لا تملك المحكمة رفض طلبها وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط وهو ما يستخلص من نص المادة 54 من ق.أ.ج.

وطالما أن الخلع حق خالص للمرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها ومرده دائما لإرادتها ،ينبغي إذا التعرض لبعض ضوابط إستعمال الحق ، إذ المقرر أن الحق دائما محدود بما ليس فيه مساس للغير بإساءة إستعماله أو التعسف فيه ،وهي ضوابط اخلاقية في المقام الأول وإن كفل لها القانون الحماية الواجبة ،وبناءا عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية إستخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع ومدى إتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحال[1] .

ثانيا :الجزاء الوقائي:

إن الجزاء على التعسف لا يقتصر فقط على الجزاء العلاجي فقط بل يتمثل في الجزاء الوقائي أيضا وهو جزاء يمنع إبتداء الإستعمال التعسفي للحق ويحول دون وقوع الضرر أصلا لذلك فإن وجوب التعويض لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرر بمقتضاها أن يمنع حصول الضررقبل وقوعه ، أو يوقف هذا الضرر الذي سببه صاحب الحق أو يطلب إعادة الحال لما كان عليه [2].

1- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه ،ب.ط ، دار الكتب القانونية ،مصر ،2004،ص 58-59.

2- أسامة السيد عبد السميع ، مرجع سابق، ص373-374.

فهذا الجزاء يميز نظرية التعسف في إستعمال الحق ويهدف إلى منع صاحب الحق من إستعمال حقه إستعمالا تعسفيا قبل أن يترتب على هذا الإستعمال ضرر ما ، فيلجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا للإعتراف بحقه وحمايته وتمكينه من إستعماله ، هنا يتأكد دور القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الإستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة اخرى .

ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالعنف ويترتب على ذلك منع الإستعمال التعسفي أصلا ، مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه إذا كان قد تصرف في حق إستغلاله ماليا إلا بعد الحصول على إذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك [1] .

1- مسعودة نعيمة إلياس ، مرجع سابق ،ص74.

خلاصة للفصل الثاني

وكخلاصة للفصل الثاني نستخلص أن حق الخلع لم يشرع من قبل الشرع والقانون ليكون وسيلة جور من قبل صاحبها أي أن لا تستعمله الزوجة كيفما شاءت ،ووقتما شاءت بسبب او دون سبب بل شرع لتستعمله الزوجة دون الإخلال بواجبها إتجاه زوجها وأولادها خاصة ،وفي حال ما إذا تجاوزت حدود إستعمالها لهذا الحق جاز للزوج المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر إزاء هذا التعسف.

الخاتمة

لقد جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الرجل و أعطاه الحق في إنهاء الحياة الزوجية وفقا لإرادته المنفردة, و لكن بالمقابل أعطى للزوجة كذلك طريقين للخلاص من فك الرابطة الزوجية, إذا استحالت مواصلة العشرة الزوجية و الحياة معه و زاد بينهما الشقاق و التباغض.

فقد أعطى المشرع طريقا لفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع و الذي كان موضوع دراستنا.

و بالرغم من أهمية هذا الموضوع و انتشاره خاصة خلال الآونة الأخيرة إلا أن المشرع الجزائري أغفله و أهمله و يظهر ذلك من خلال تنظيمه لأحكام الخلع, و قد جاءها بمادة وحيدة فقط في شرحه أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي يلجأ فيها إلى الشريعة الإسلامية .

أما المشرع الجزائري فاكتفى بمقابل عوض يتفق عليه الزوجان و في حالة عدم الاتفاق تعطى السلطة التقديرية للقاضي.

وعليه يظهر جليا إغفال المشرع الجزائري لأحكام الخلع أما سكوته يتعين علينا الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لنص المادة 222 ق.أسرة.

حق الخلع لم يشرع ليكون وسيلة جور و طغيان بيد الزوجة تستعمله كيفما شاءت، و وقتما شاءت ، بسبب أو بدون سبب، بطريقة تؤذي الآخرين و خاصة الزوج تحت غطاء استعمال الحق، بل شرع لتستعمله الزوجة دون الإخلال بواجبها إتجاه زوجها و أولادها خاصة و المجتمع عامة.

فالخلع مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله و هذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، فهناك توافق بينهما على منع التعسف في استعمال الحق و توقيع الجزاء الدنيوي على المتعسف أو بالمفهوم القانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي، هذا رغم أن هناك اختلافات شتى بين الشريعة الإسلامية و القانون فيما يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق نجملها في النقاط الآتي ذكرها:

– نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها في الشريعة الإسلامية وهو تشريع إلا هي غير قابل للنقاش ولا للتأويل وهو القرأن بينما مصدرها في القانون هو عمل البشر ، فالنظرية من خلال الدراسة التي قمنا بها يتضح أن الخلع حق مقرر شرعا وقانونا للزوجة، وهذا الحق شرع حتى لا يكون هناك إرغام لها على العيش مع زوج أصبحت تبغضه وتخاف معصية الله في البقاء معه، إلا انه إذا استعملت هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو الإضرار بالزوج أو يكون الخلع لأسباب غير مشروعة او يكون الضرر الحاصل من جراء الخلع للزوج اشد وأكبر من الفائدة التي تحصلت عليها الزوجة، تقوم المسؤولية التقصيرية للحد من ظاهرة التعسف في استعمال حق الخلع، ولجبر الأضرار التي أصيب بها الزوج سواء كانت أضرار مادية أو معنوية.

وانطلاقا من هذا فان النتيجة المتوصل إليها من خلال بحثنا هي أن نظرية التعسف في استعمال الحق وعن طريق تطبيقها على حق الخلع لم تأت للحد من الحق في الخلع أو تقييد الزوجة في استعمال حقها وجبرها على العيش إلى جانب زوج تخشى معصية الله في البقاء معه، وإنما جاءت هذه النظرية للموازنة بين المصالح المتضاربة، مصلحة الزوجة في ممارسة حق الخلع ومصلحة الزوج في عدم الإضرار به والمصلحة العامة في استقرار المجتمع.

من هنا تظهر القيمة الاجتماعية لنظرية التعسف في استعمال حق الخلع والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه هذه النظرية.

فحق الخلع لم يشرع لكون وسيلة جور وطغيان بيد الزوجة تستعمله كيفما شاءت، ووقت ما شاءت، بسبب أو بدون سبب، بطريقة تؤذي الآخرين وخاصة الزوج، تحت غطاء استعمال الحق، بل شرع لتستعمله الزوجة دون الإخلال بواجبها اتجاه 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 الدنيوي على المتعسف أو بمفهوم قانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي. هذا رغم أن هناك اختلافات شتى بين الشريعة الإسلامية والقانون فيما يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق، نجملها في النقاط آتي ذكرها:

نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها في الشريعة الإسلامية هو تشريع إلا هي غير قابل للنقاش ولا للتأويل وهو القران، بينما مصدرها في القانون هو عمل البشر، فالنظرية جاءت نتيجة لزحم فكري، فهي عرضة للنقص، وخاضعة لتعديلات قانونية تبعا لهذا النقص وتبعا للتطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

الفقه الإسلامي أعطى مفهوم دقيق للتعسف لا على سبيل الحصر، بحيث أن كل واقعة تنطبق معه تعتبر تعسفا عن طريق القياس، في حين أن القانون ترك هذا العمل لاختلاف المذاهب الفقهية القانونية في وضع الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق والذي بناءا عليه يحدد التعريف وتحدد المعايير.

الشريعة الإسلامية جعلت مجال تطبيق نظرية التعسف شامل ينطوي على جل الحقوق والحريات، بينما القانون لم يتطرق إلى نطاق تطبيق النظرية وترك الخلاف الفقهي حول هذا المجال، بحيث هناك جانب من الفقه يجعل الحقوق وحدها مناطا لهذه النظرية بينما جعلها آخرون تسري على الحقوق والحريات العامة بصفة شاملة.

وسع الفقه الإسلامي في تقريره معايير التعسف على عكس القانون الذي حد منها واختلف فيها.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خالف بقية التشريعات العربية، إذ انه لو يتناول القاعدة العامة والتي تضمن أن استعمال الحق بصفة مشروعة لا يولد المسؤولية، كالمشرع المصري، رغم انه المصدر الذي استمد منه أحكامه، وكنظيره الأردني الذي نص على: الجواز ينافي الضمان ثم تطرق إلى المعايير فنظرية التعسف في استعمال الحق هي استثناء من

القاعدة العامة التي تقضي بان الأصل في الأفعال الإباحة. ولهذا فان كان الخلع حق فان ممارسته على الوجه المشروع لا يولد أي مسؤولية في مواجهة الزوجة المخالعة، بينما المسؤولية تترتب على استعمال بطريقة غير مشروعة وترتيبه للضرر بالنسبة للزوج ومن كل هذا نلمس وضوح هذه النظرية ودقتها وشموليتها في الفقه الإسلامي، من خلال نظرته إلى الحق كما انه لا يقر التناقض بين مصلحة الفرد والجماعة، بل بالعكس وفق بينهما، كما انه يعرف بمرونة لم يعرفها أي تشريع أخر، هذا لأن قواعده من وضع الشارع الحكيم، فكان أجدر بالتشريعات العربية أن تصوغ نظرية التعسف في استعمال الحق كما جاءت بها الشريعة الإسلامية حتى تتفادى النقص والتناقض وتتفادى الصراعات الفقهية.

الاقتـــراحـــــات:

– على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على وجوب التعويض عن التعسف في الخلع ما جاء به في المادة 52(ق.أ.ج) في التعويض عن الطلاق التعسفي، وكذلك عليه أن يبين تقدير التعويض، والمعايير والأسس المعتمدة في ذلك، وهذا حفاظا على حقوق الزوجين المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض، والمعايير والأسس المعتمدة في ذلك، وهذا حفاظا على حقوق الزوجين المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

– إن المشرع الجزائري لم يفصل بين بدل الخلع الذي هو ركن في الخلع والتعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخلع، لذلك فالأولى أن يتدارك هذا الأمر.

– تكوين قضاة لهم الدراية الواسعة والكفاية بشؤون الأسرة بوجه خاص، لان الخطأ في مسالة أو قضية لا يمس أطرافها فحسب، بل يتعداه إلى ابعد من ذلك فيجب على القضاة أن يكونوا ملمين بأحكام الشريعة الإسلامية نظرا لارتباط القانون بها ارتباطا وثيقا طبقا للمادة 222(ق.أ.ج).

– إيجاد أخصائيين نفسانيين واجتماعيين، يوضعون تحت تصرف القاضي المختص بشؤون الأسرة. من شانهم أن يبينوا له الاتجاه الصحيح الذي يسلكه، وذلك باعتماده على تقارير في المسائل الفنية التي يصعب عليه معرفتها بنفسه، خصوصا في مسائل فك الرابطة الزوجية، ففي الخلع قد تدعي الزوجة بغض زوجها فترد له صداق المثل وتتشتت الأسرة من اجل أن تتزوج هذه المرأة برجل آخر و لربما غر بها هذا الأخير.

– يتوجب على المشرع الجزائري استكمال المادة 54 (ق.أ.ج) بمواد أخرى لتوضيح الأحكام المتعلقة بمخالعة الزوجة الرشيدة، والتي دون سن الرشد، كذلك بان لا يتعلق الخلع بحق من حقوق الأطفال، وان لا يكون مقابل الخلع حضانة الأطفال... إلى غير ذلك من الأمور التي يجب على المشرع أن يوضحها في مواد قانونية واضحة، تفاديا لتضارب الأحكام القضائية في المسألة الواحدة.

– تخصيص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لا يصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب اتخاذها.

– على المشرع أن يسن قوانين أكثر صرامة لعلاج مشكلة الخلع لعله بسن هذه القوانين يحد من تفشي هذه الظاهرة. كان يلزم الزوجة المتعسفة في استعمال حق الخلع بدفع تعويض عن الضرر اللاحق بالزوج مع خسارتها لكل حقوقها والرفع من بدل الخلع الذي كان قد حدده المشرع في (ق.أ.ج) بما لا يتجاوز صداق المثل.

–على المشرع الجزائري وضع مواد تنص صراحة عن نوع الفرقة في الخلع ويبين أنها طلاق وليست فسخ وكذلك عليه أن يبين نوع المال الذي يجوز أن يكون بدلا للخلع، وقدره، ومتى يستحق؟.

-على المشرع تحديد معايير التعسف في المخالعة لضرورتها الملحة لمعرفة إذا ما كان الخلع تعسفيا أم لا، وهذا لجبر الضرر وإلزام الزوجة بدفع التعويض عن الإضرار الناجمة عن هذا التعسف.

ويبقى لنا أن نتساءل أخيرا إلى متى يفك المشرع الجزائري الاتهامات في نصوصه والمتعلقة بفك الرابطة الزوجية عموما والخلع بوجه خاص؟ ومتى يسد المشرع الجزائري الثغرات القانونية التي من خلالها تنفك وتنحل الرابطة الزوجية والتي هي في الأصل المعيار الأساسي لبناء مجتمع متماسك ومتين؟.

قائمة المصادر والمراجع

أولا /المصادر

1-القرآن الكريم .

2- السنة النبوية .

ثانيا / المراجع

1-الكتب

- المرسي أبو حسن ،المحكم والمحيط الأعظم ،دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ،بيروت
- المصري مبروك ،الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائري ،دراسة فقهية مقارنة ،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،34حي لابرويار بوزريعة الجزائر.
- المقري القيومي ،المصباح المنير ،الطبعة الرابعة المطبعة الأميرية ،القاهرة،ب.س.ن.
- أيمن مصطفى الدباغ ،التعسف في الطلاق جامعة الأقصى،سلسلة العلوم الإنسانية 1991.
- إبن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الطبعة الرابعة عشر، الأردن ب.س.ن.
- إبن تيمية ،سد الذرائع ، الطبعة الأولى ، دار الفضيلة للنشر والتوزيع،الرياض،2004.

إبن حجر الهيثمي ،فتح المبين لشرح الأربعين، بدون طبعة ،دار إحياء الكتب الغربية،1934.

- إبن رجب الحنبلي ،جامعة العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة،2001.
- إبن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني دار الفكر الطبعة الأولى ب.س.ن.

- إبن منظور ،لسان العرب ، المجلد الثاني ، الطبعة الأولى ،دار صادر، بيروت،1997.
- أبو رحمة ،المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ،الطبعة الثانية، مطبعة التوفيق
- أبو عبد الله محمد المقدمي ،الفروع ،الجزء السادس،عالم الكتاب ،بيروت ،1402هـ.
- أبو علي الفضل بن حسن الطبرسي ،مجمع البيان في تفسير القرأن ،دار المعرفة بيروت
- أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2004
- أحمد شامي ،قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ،دراسة فقهية مقارنة ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2010
- أحمد شوقي عبد الرحمن ،المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق ،كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ،2002/2001.
- أسامة السيد عبد السميع ،التعويض عن الضرر الأدبي ،دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون ،دار الجامعة الجديدة القاهرة ،مصر، 2007 .
- أسامة عبد العليم الشيخ ،قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة ، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2007.

ب.س.ن.

- بربارة عبد الرحمن ،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23 ، منشورات بغدادي ،الطبعة الأولى 2009.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،الجزء الأول ، الزواج والطلاق
- بن زيطة الهادي ،تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ،دار الخلدونية ،الجزائر2007.

بن عكنون ، الجزائر.

- بومدين ميمون ،التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، سعيدة 2007/2006.

الجزء الرابع ،الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية، بيروت ،بدون سنة نشر.

الجزائر،2004.

الجزائر،2008.

- جمال عبدالوهاب عبد الغفار ،الخلع في الشريعة الإسلامية ،دراسة فقهية مقارنة
- جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي،دار حامد للنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى الأردن ،2009.
- جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة ،دار حامد للنشر والتوزيع ،الأردن ،2009.
- حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة الفانونية ، الناشر للمعارف الإسكندرية ،1974.
- خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ،مصادر الإلتزام ، الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2010.

د.س.ط

الدار الجامعية ،الإسكندرية ،1997.

دار الهدى ،الجزائر،2011.

دار هومة ، 2006.

- رمضان علي السيد ،المدخل لدراسة الفقه الإسلامي والنظرية العامة للنشأة والتطور المعاصر، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ،مختار الصحاح ،الطبعة الخامسة ،المكتبة العصرية ،بيروت ،1999.
- سمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض ، الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ،جار قنديل للنشر والتوزيع ،عمان 2010.
- شفيق شحاتة ،النظرية العامة للإلتزامات في الشريعة الإسلامية،مطبعة الإعتماد، القاهرة.
- شوقي البناسي ،نظرية الحق في القانون الوضعي ، دراسة مقارنة لأحكام الفقه الإسلامي ،دار الخلدونية ،2001.
- طاهري حسين ،الأوسط في شرح قانون الأسرة ، مدعما بإجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية ،الطبعة الأولى ،دار الخلدونية ،الجزائر ،2009.

الطبعة الأولى ،دار إبن فرحون ، الرياض ،2010.

الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر،عمان ،2011.

الطبعة الأولى ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2005.

الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،2003.

- عامر سعيد الزيباري ،أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى ،1997.
- عبد الرحمن الجزيري ،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،الطبعة الأولى ،دار حزم للطباعة والنشر ، بيروت، 2001.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد ،نظرية الإلتزام ، الطبعة الثالثة ،منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،2000.
- عبد العزيز سعد ،أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ،الطبعة الرابعة ، دار هومة
- عبد الله بن أحمد بن قدامى المعني الجزء الثامن ،لا طبعة ،1405هـ.

- عبد الله بن محمد بن سعد أل خنين ،الخلع بطلب من الزوجة لعدم الوئام مع زوجها ،
- عبد المجيد الزعلاني ،المدخل لدراسة القانون ،دار هومة ، الجزائر ،2011.
- عبير ربحي شاكر القادومي ،التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ،دار الفكر ،عمان 2007.
- عصام أنور سليم ،أسس الثقافة القانونية في نظرية القانون والحق والعقد ،بدون طبعة
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
- علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2005.

عمان، الأردن، ب.س.ن.

- عمر فخر الحديثي،تحريم التعسف في إستعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة
- الغوثي بن ملحة ،قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء ،الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2008 .
- فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطات الدولة في تقييده الطبعة الأولى ،مطبعة جامعة دمشق ،سوريا ،1967.
- فتحي الدريني ،نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى
- فريدة محمدي زواوي ،المدخل للعلوم القانونية ،نظرية الحق ،بن عكنون .
- الفيروز الأبادي ،القاموس المحيط ،المؤسسة العربية للطباعة والنشر ،بيروت ،ب.س.ن.

للنشر ،تونس،1984.

- لوعيل محمد لمين ،المركز لقانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري الطبعة الثانية

- مالك بن أنس الموطأ، باب ما جاء في الخلع ،الطبعة الأولى ،دار الإمام مالك للطباعة والنشر ،باب الوادي ،الجزائر، 2013.

المجلد 18،العدد الأول ،يناير، ،2011.

- محفوظ لشعب ،المبادئ العامة للقانون ،الطبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية
- محمد الطاهر بن عاشور ،التحرير والتنوير ،المجلد الأول ،الجزء الخامس الدار التونسية
- محمد حسن القاسم ،المدخل لدراسة القانون ،الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان.
- محمد حسين منصور ،نظرية الحق دار الجامعة الجديدة للنشر،القاهرة ،2009.
- محمد سراج ،نظرية الحق والتعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي ،دار
- محمد صبري السعدي ،شرح القانون المدني ،الجزء الثاني الطبعة الثانية ،دار الهدى
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات
- محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام ،الطلاق والخلع وفقا لأحدث التشريعات ،الجامعة الجديدة ،أزاريطة ،2004.
- محمد مصطفى شلبي ،فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري ،والقانوني ، أحكام الأسرة في الإسلام ،الطبعة الرابعة ،الدار الجامعية للطباعة والنشر ،بدون بلد وسنة النشر .
- مرقس سليمان ،الوافي في شرح القانون المدني ،المجلد الثاني، القسم الأول ،الطبعة الخامسة ،دار الفكر للطباعة والنشر ،2001.

المطبوعات،الإسكندرية.

- معنى الخليل ،علم إجتماع الأسرة ،بدون طبعة، دار الشروق للطباعة والنشر .

- مقدم السعيد ،التعويض عن الضرر المعنوي ،دراسة مقارنة ،الحداثة للطبع والنشر والتوزيع ،الطبعة الأولى لبنان، 1985.
- منال محمود المشني ،الخلع في قانون الأحوال الشخصية ،احكامه واثاره ،دار الثقافة للنشروالتوزيع ،عمان ،2008.
- منصوري نورة ،التطليق والخلع وفقا للقانون والشريعة ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،عين مليلة ،الجزائر ،2012.

مؤسس الرسالة ،لبنان،1988 .

- موسى عبد الرحمن وتوق ،محي الدين ، المدخل إلى علم النفس،الطبعة الثالثة ،الأردن 1993.
- نبيل إبراهيم سعد ،المدخل إلى القانون ،القاعدة القانونية ، نظرية الحق ،منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان ،2007.
- وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي وأدلته ،الجزء السابع ،الأحوال الشخصية ،الطبعة الثانية دار الفكر، دمشق 1985.
- وهبة الزحيلي ،نظرية الضمان، بدون طبعة، دار الفكر المعاصر ،بيروت،1988.
- ياسين محمد يحي ،الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، دار النهضة العربية

2-المذكرات والأطروحات

- باسل محمد يوسف ،التعويض عن الضرر الأدبي، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.

بتعويض الكوارث الطبيعية، مذكرة ماجستير ،الرياض،2011.

- بريكي حجيلة ، التعسف في العدول عن الخطبة ،مذكرة لنيل الماستر، كلية الحقوق أكلي محند أولحاج،البويرة ،2013.

- بلبولة بختة ،اثر فكرة التعسف في إستعمال الحق على الزواج وإنحلاله، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2005/2004.

جامعة مولودمعمري ،تيزي وزو،2012.

- حياة خطاب ،الطلاق التعسفي أثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر قسم الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2015/2014.
- شرقي سعدية ،التعسف في إستعمال حق الملكية ،مذكرة لنيل شهادة الماستر قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة أكلي محند اولحاج ،البويرة ،2013 .
- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في إستعمال الحق في مجال قانون الإجراءات المدنية، دراسة تأصيلية ،أطروحة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2010.
- العربي مجيدي ،نظرية التعسف في إستعمال الحق وأثارها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر،2001-2002
- عمار حنتيت ،التعسف في إستعمال حق الفسخ في العقود، مذكرة لنيل ماجستير،القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر،2015.
- فؤاد قواف كلة، أثار المسؤولية التقصيرية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير 1976-1975.
- محمد بن عبد العزيز أبو عباة ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي وعلاقته
- مراد بن صغير،الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية،رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011/2010 .

- مسعودة نعيمة إلياس،التعويض عن الضرر في بعضمسائل الزواج والطلاق،رسالة دكتوراه في القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،2010.
- نادية مامش،مسؤولية المنتج،مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون ،كلية الحقوق
- نور الدين قطيش محمد السكارنة،الطبيعة القانونية للضررالمرتد،رسالة للحصول على شهادة الماجستيرفي القانون الخاص،كلية الحقوق ،جامعة الشرق الأوسطحزيران،2012.
- يوسفات علي هاشم ،الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري،مذكرة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق ،جامعة أبو بكر بلقايد ،تلمسان،2009.

3-النصوص القانونية:

1-قانون رقم 09/08 الصادر في 25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الجريدة الرسمية،العدد21،المؤرخة في 23أفريل 2008.

2-قانون رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر02/05 والمؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية15،المؤرخة في 27 فيفري2005 الموافق عليه بمقتضى القانون09/05 الصادر في 2005/05/04،الجريدة الرسمية العدد43 المؤرخة في 22 جوان 2005.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44 .

4-قرارات المحكمة العليا:

1-قرار المحكمة العليا ملف رقم51728 بتاريخ 1988/12/21، المجلة القضائية 1990 العدد 03.

2-قرار المحكمة العليا ملف رقم 73885بتاريخ 1991/04/23،المجلة القضائية العدد03.

3-قرار المحكمة العليا ملف رقم 656259 بتاريخ 2011/09/15،مجلة المحكمة العليا 2012،العدد الأول.

4-قرارالمحكمة العليا الصادرعن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 1992/07/21،رقم 83603 الإجتهاد القضائي ،العهد الخاص،2001.

5- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 1999/03/16،ملف رقم 216239،العهد الخاص،2001.

6- قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية،بتاريخ 1985/04/22 ملف رقم 36709،المجلة القضائية ،العدد01،لعام 1989.

7-ملف رقم 174132 الصادر بتاريخ 2011/04/14 غرفة الأحوال الشخصية قبل التعديل المتعلق بقانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة .

8-قرار رقم 62084 المؤرخ في 2011/04/14غرفة شؤون الأسرة المواريث، مجلة المحكمة العليا العدد 01 ،2012.

9- قرار رقم 19827 المؤرخ في 1979/04/16 ،غرفة الأحوال الشخصية ،المجلة القضائية ،العدد1981،02.

10- قرار رقم 81850 المؤرخ في 1992/04/14 ،غرفة الأحوال الشخصية ،العدد الخاص 2001.

الفهرس

محتوى البحث

الموضوع **الصفحة**

شكر

إهداء

مقدمة.....**1-4**

الفصل الأول: دعوى الخلع.....**6**

المبحث الأول: الأساس الشرعي والقانوني لدعوى الخلع.....**7**

المطلب الأول: الأساس الشرعي 7

الفرع الأول: تعريف الخلع و ألفاظه.....8

أولا: تعريف الخلع شرعا 8

ثانيا :ألفاظه.....8

الفرع الثاني: حكم الخلع ودليل مشروعيته..... ..10

أولا: حكم الخلع..... 10

ثانيا: دليل مشروعيته 12

الفرع الثالث: أركان الخلع وشروطه في الشريعة الإسلامية.....14

أولا: شروط صحة الخلع بالنسبة للزوج المخالع والزوجة المختلعة 15

ثانيا: شروط صحة الخلع بالنسبة للصيغة.....18

ثالثا: شروط صحة الخلع بالنسبة للعوض.....20

المطلب الثاني: الأساس القانوني لدعوى الخلع.....22

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من دعوى الخلع 22

أولا: تعريف الخلع.....22

ثانيا: الطبيعة القانونية للخلع..... 24

ثالثا : أركان الخلع وشروطه في القانون الجزائري.....26

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الخلع.....30

أولا: موقف المشرع المغربي.....30

ثانيا: موقف المشرع التونسي.....31

ثالثا: موقف المشرع المصري.....31

رابعا: موقف المشرع السوري.....31

المبحث الثاني: التنظيم الإجرائي لدعوى الخلع.....32

المطلب الأول: الإجراءات الخاصة برفع الدعوى.....32

الفرع الأول: إجراءات رفع الدعوى وشروطها.....32

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص المتعلقة بالخلع.....33

أولا: الاختصاص النوعي.....33

ثانيا: الاختصاص المحلي.....34

الفرع الثالث:جلسات الصلح والتحكيم في دعوى الخلع.....35

أولا: إجراءات الصلح.....35

ثانيا: إجراءات التحكيم.....37

المطلب الثاني: الحكم الصادر في دعوى الخلع.....40

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر في دعوى الخلع.....40

أولا: طبيعة الحكم الصادر في دعوى الخلع.....40

ثانيا: أقسام الحكم الصادر في دعوى الخلع.....41

الفرع الثاني: طرق الطعن القانونية لدعوى الخلع.....41

أولا: أحكام الخلع غير قابلة للاستئناف.....41

ثانيا:أحكام الخلع قابلة للاستئناف.....42

الفرع الثالث: توابع الخلع.....43

أولا: الآثار التي ينفرد بها الخلع.....43

ثانيا: الآثار العامة.....45

ثالثا: النزاع حول متاع البيت.....49

ملخص الفصل الأول.....52

الفصل الثاني : تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع والأثار المترتبة عليه.....54

المبحث الأول: تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي

المطلب الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.....55

الفرع الأول: مفهوم التعسف شرعا ونطاق تطبيقه.....56

أولا: تعريف التعسف من الجانب الشرعي.....56

ثانيا: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.....58

الفرع الثاني: الأدلة الشرعية التي تستند عليها فكرة التعسف في استعمال الحق.....59

أولا : أدلة النظرية من الكتاب.....60

ثانيا: أدلة النظرية من السنة.....60

ثالثا: فقه الصحابة.....61

رابعا: المبادئ الشرعية العامة والقواعد الفقهية.....61

الفرع الثالث:أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق.....63

أولا:أسس نظرية التعسف في استعمال الحق من الجانب الشرعي.....63

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق وفقا للشريعة الإسلامية..... 66

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني.....68

الفرع الأول: تعريف التعسف ونطاق تطبيقه.....69

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق قانوني.....69

ثانيا: مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.....72

الفرع الثاني: أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي.....74

أولا : أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القوانين الوضعية.....74

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق وفقا للقانون الوضعي.....79

المبحث الثاني: النتائج المترتبة على التعسف في استعمال حق الخلع.....86

المطلب الأول: الضرر كأثر مترتب على التعسف في استعمال حق الخلع.....87

الفرع الأول: تعريف الضرر.....88

أولا: تعريف الضرر.....88

ثانيا: أنواع الضرر.....90

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض وإثباته.....96

أولا: شروط الضرر الموجب للتعويض.....96

ثانيا: إثبات الضرر الموجب للتعويض.....100

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال حق الخلع.....101

الفرع الأول: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي.....102

أولا: الجزاء الدنيوي.....102

ثانيا: الجزاء الأخروي.....108

الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه القانوني.....112

أولا: الجزاء التعويضي..... 112

ثانيا: الجزاء الوقائي.....116

خلاصة الفصل الثاني.....118

خاتمة.....120

قائمة المصادر والمراجع.....127

فهرس الموضوعات.....