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

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون الخاص

المرجع: 01

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: قانون الخاص

من إعداد الطالب(ة):

بن نقعوش فاطمة الزهراء

تحت إشراف الأستاذ(ة):

مشرفي عبد القادر

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة) **درعي العربي** .....رئيسا

الأستاذ : **مشرفي عبد القادر** .....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).زواتين خالد .....مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم:**2019/07/01.**

إهداء

أهدي ثمرة جهدي

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار .. إلى من أحمل أسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثماراً قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد..

(والدي العزيز)

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب وإلى معنى الحنان والتفاني .. إلى بسمة الحياة وسر الوجود

إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب

(أمي الحبيبة)

إلى من هو اقرب ألييّ من روحي

إلى من شاركنني حضن ألام وبهم استمد عزتي وإصراري

اخي توأم روحي بوطالب

أخواتي امينة و وداد

عمي ادريس وعائلته

خالي بلقاسو و عائلته

إلى زميلي الذي ساعدني في انجاز هذه المذكرة

الاستاذ يحي باي محمد الامين

الى كل أساتذتي بجامعة عبد الحميد ابن باديس , وكل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة ، أخص بالذكر

الأستاذ المحترم مشرفي عبد القادر

بن نقموش فاطمة الزهراء

بسم الله الرحمن الرحيم

{قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون}

صدق الله العظيم

إلهي لايطيب الليل إلا بشكرك ولايطيب النهار إلى بطاعتك ..

ولاتطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك .. ولا

تطيب الجنة إلا برؤيتك

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم و المعرفة وأعاننا علىأداء هذا الواجب ووفقنا الى انجاز هذا العمل، أود في مستهل هذا البحث أن أتقدم بأسمى عبارات الشكر و العرفان الى استاذي المشرف **مشرفي عبد القادر** على تواضعه معي ، وعلى التوجيهات القيمة و الملاحظات السديدة التي قدمها لنا منذ بداية هذا العمل ، و التي كان لها بالغ الأثر في انجاز هذه المذكرة .

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من أسهم في تقديم يد العون لإنجاز هذا البحث، و نخص بالذكر أستاذتنا الكرام الذين أشرفوا على تكوين دفعة قانون الخاص و الأستاذة القائمين على عمادة و إدارة كلية الحقوق بجامعة عبد الحميد ابن باديس (جامعة مستغانم).

إلى الذين كانوا عونا لنا في بحثنا هذا ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقناإلى من زرعوا التفاؤل في دربنا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والمعلومات ، فلهم منا كل الشكر.

بن نقعوش فاطمة الزهراء

بسم الله الرحمن الرحيم

" وما أتيتم من العلم إلا قليلا "

قائمة المختصرات

1- ق أج : قانون الاسرة الجزائري

2- ق م ج : قانون المدني الجزائري

3- ق م ف : القانون المدني الفرنسي

4- س : سنة

5- ص : الصفحة

6- ع : عدد

7- ط : الطبعة

8- م : المادة

مقدمة

إن نظرية التعسف في استعمال الحق ليست حديثة بل هي فكرة قديمة ظهرت في القانون الروماني وانتقلت منه الى القانون الفرنسي القديم لكنها لم تظهر كنظرية عامة وانما اختصرت في بعض التطبيقات الى ان ظهرت كنظرية عامة في القانون الفرنسي ، وامتدت الى القوانين باقي الدول .

كما ظهرت أيضا في الفقه الإسلامي و قد كانت الشريعة سياقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق عند القوانين الوضعية ذلك لأنّ الشريعة تقيم أحكامها على أساس العدالة و تستهدف تحقيق المصالح و درء المقايس و نظرية التعسف في استعمال الحق ترتبط ارتباطا وطيديا بالحقوق ، فالحق عند فقهاء المسلمين هو مكان مصلحة لها اختصاص بصاحبها شرعا [1] فجعلت الشريعة الحق منحة من الله و أرسلت الآيات القرآنية الكريمة و الأحاديث النبوية الشريفة أسس تقييد الحق و منع ممارسة على نحو يضر بالغير.

إنّ الشريعة الإسلامية غنية بنظامها وقواعدها فقد تناول فقهاؤها الحق بكثير من البحث و التعليق فوصلت في رقيتها درجة لاتدانيها فيها أي شريعة أخرى ، فلقد أرست دعائم فكرة التعسف في استعمال الحق و أعطتها أوسع تصوير ممكن أن تصل إليه الشرائع و المذاهب الاخرى.

لاقت فكرة التعسف في استعمال الحق في بادئ الأمر رفضا من قبل الفقهاء المسلمين فالكل لا يمكن أن يكون غير مشروع إذا نتج عن ممارسة الحق و من هؤلاء: الامام الشافعي الذي قرره صاحب الحق لها أن يستعمل حقه كما يشاء وبالقرينة التي يراها [2] ثم ما لبث الحال أن تطورت و توسعت فكرة التعسف وأعطاها الفقهاء المسلمون منه القرن الثاني الهجري أوسع تصوير و من هؤلاء الفقهاء الامام مالك و ابن القيم الجوزية و الإمام الغزالي الذين انتهوا الى وجوب تقيد الحقوق

[1]-احمد فراج حسين ن عبد الودود السرني ، النظرية العامة في الفقه الاسلامي و تاريخه ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، مصر (ب.س.ت) ،ص 13.

[2]- محمد صبري السعدي ن التصريحة العامة للالتزامات ، القسم الاول ، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني ، المسؤولية التفسيرية ، العمل النافع و القانوني) ن دراسة مقارنة في القوانين العربية دار الكتاب و الحديث و الجزائر، 2003،ص 57.

استعمالها وفقا لغرضها الإجتماعي و الإقتصادي[1] إن الحق في القانون أخذ نصيبه منذ القدم فقد ظهرت عدة إتجاهات في تعريف الحق فالإتجاه الشخصي الذي يتزعمه كيان الفقهاء امثال "سافيني"[2]Savigny .

و "وينشد" يعرفون الحق من خلال النظر الى صاحبه فالحق في نظريتهم هو تلك القدرة أو السلطة الإدارية التي يخولها القانون لشخص ما في نطاق معلوم .

ويتصل هذا الاتجاه اتصالا وثيقا بالمذهب الفردي و ما يتفرع عنه من مبدأ سلطان الإرادة تلك الارادة التي تملك خلق الحقوق أو إنشائها كما تملك تغييرها وانهائها.

إلا أن هذا الإتجاه تعرض الى تحديد من الإنتقادات في القول بأن الحق قدرة إدارية يتنافى مع ما هو مستقر في الشرائع من أن لعديم الأهلية حقوق ، كما أن هذا التعريف يتنافى مع وجود أشخاص أو إعتبارية تثبت لها الحقوق .

ونظرا للإنتقادات التي وجهت لهذا الإتجاه ظهرت إتجاه آخر وهو الإتجاه الموضوعي التي يتزعمه الفقيه الألماني "اهرنج" ihering فهو ينظر إلى الحق من خلال موضوعه ويعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون في الحق حسب "إهرنج " يثبت لذوي الإرادة كما يثبت لعديمها على حد سواء إلا أن هذا الإتجاه هو الآخر لم يسلم من الإنتقادات لأنه يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق بينما في الحقيقة ليست كذلك دائما في إذا كان الحق يشكل المصلحة فالعكس غير صحيح ، فقد توجد مصلحة دون وجود حق و من خلال الإنتقادات الموجهة لكل المذهبين ظهر اتجاه مختلف يجمع بين التعريفين السالف الذكر ويعرف الحق بأنه تلك الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون لشخص من الأشخاص على سبيل الإنفراد و الاستئثار و التسلط على شيء إقتضاء أداء معين من شخص آخر .

[1]- بالحاج العربي لنظرية العامة في القانون المدني الجزائري ، الواقعة القانونية ،ج2،ط5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008،ص 113.

[2]- سافني Savigny: فريد بريك كارل ، فون سافيني فقيه و مؤرخ قانوني الماني و لد في 12 فبراير 1779 برلين ، يعتبر مؤسس المدرسة التاريخية في القانون و، ومن اهم القاوانين في المانيا في القرن 19 أشهر مؤلفاته : تاريخ القانوني الرومان في العصور الوسطى : توفي 1861/10/25.

فهذه الميزة تمنح صاحبها سلطة الاستفادة من مضمون الحق عن طريق ممارسة المكنات و السلطات التي يخولها هذا الحق .و القانون كما ذكرت الشريعة في تنظيمها للحقوق وتحديد مضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوقفان بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة و كذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجاز لها القانون و الشريعة دون أن يتجاوزها و إذا ما خرج صاحب الحق عن هذا و استعمل حقه بقصد عرض آخر يعد متعسفا في استعمال حقه و تقوم مسؤوليته.

و تعرف نظرية التعسف في استعمال الحق عدة تطبيقات في عدة مجالات من بينها فك الرابطة الزوجية و الخلع خاصة .

فالخلع شرع للزوجة لتمسكها من الخلاص من العلاقة الزوجية إذا أصبحت لا توجد فيها راحتها و استقرار و أصبحت تبغض زوجها إلى حد تخشى فيه أن لا يقيما حدود الله معه فالخلع حق مقرر شرعا و قانونا و استعمال بهذا المعنى يعتبر عملا مشروعا يعصم الزوجة من المسؤولية لكن قد يؤدي استعمال الحق في الخلع الى أضرار بالزوج و حتى الأولاد و هذا الأضرار ناتجة عن تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع فإذا كان الخلع حق ثابت للزوجة فإنه يمكننا طرح اشكالية الموضوع كالتالي :

– متى تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حق الخلع ؟ و ماصور تعسفها ؟

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة اشكاليات فرعية :

– ما مدى الإختلاف في طرح نظرية التعسف في استعمال الحق في كل من الفقه الإسلامي و الفقه القانوني ؟ وما مدى ارتباطهما بحق الخلع ؟

– هل الخلع طلاق أم فسخ ؟ و إلى أي مدى يثبت كحق للزوجة ؟

– ما طبيعة الأضرار الناتجة عن استعمال حق الخلع ؟ و هل بدل الخلع كافي لتعويض الأضرار اللاحقة بالزوج ؟ وهل من تعويض لجبر تلك الأضرار؟

أهمية الموضوع و أهدافه :

عقد الزواج من أجل العقود و أعظمها و تدخل الزوجة في انحلال هذه العقد بواسطة الخلع لابد أن يكون وفق شروط تمنع تعسفها فيه و من هنا يستمد البحث أهميته .

و لقد اخترنا دراسة موضوع التعسف في استعمال حق الخلع و مقارنته بين الفقه الاسلامي و الفقه القانوني لأن الفقه الاسلامي هو موطن الدراسة التفصيلية و نظرية التعسف وليدة الفقه الاسلامي في المقابل فإن القانون الوضعي قد تصدى لهذه النظرية و اعتمدتها الكثير من التشريعات و هناك نقاط ثلاثي و افتراق النظرية بين الفقهين .

اضافة الى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ظاهرة الخلع و ذلك لمحاولة الحد من هذه الظاهرة أو جبر الضرر اللاحق بالزواج من خلال ترتيب المسؤولية على الزوجة المسبقة في الضرر.

أسباب اختيار الموضوع :

تكمن أسباب البحث في التعسف في المخالعة في :

– ارتباط مشكلة الخلع بالأسرة التي هي كيان مقدس لأنها الخلية الأولى للمجتمعات البشرية و تنجر عن هذه المشكلة عدة نتائج سلبية تهدد سلامة و استقرار المجتمع و تشتت الأسرة .

– انتشار ظاهرة الخلع في مجتمعنا بسبب و بدون سبب أو حتى لأسباب غير مشروعة

– ترتيب القضاء و التشريع الجزائري تعوض عن الضرر الناتج عن التعسف في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و عدم ترتيبه لجزاء عن تعسف الزوجة في المخالعة .

الدراسات السابقة :

هذا الموضوع لم يسبق دراسته على حد علمي من قبل و إن كان هناك دراسات في موضوع التعسف في استعمال الحق في مواضيع أخرى كالطلاق وبالإرادة المنفردة للزوج أو في حق الملكية أو في الخطبة و غيرها من المواضيع .

الصعوبات : على الرغم من الأهمية التي يكتسبها موضوع تعسف الزوجة في استعمال الحق الخلع إلا أننا لم نجد فيما اطلعنا عليه من مراجع جزائرية متخصصة شامل هذا الموضوع بجميع جوانبه مما دفعنا الى البحث على الكتب تتناول نظرية التعسف في مواضيع اخرى و إسقاطها على موضوع الخلع.

واجهتنا صعوبات كبيرة في سير إجراءات الدراسة الميدانية خاصة أن الموضوع فيه نوع من الحساسية و السرية بالنسبة للمحاكم و المجتمع بصفة عامة و لاسيما ممن هم عينة في الدراسة (الزوجين المتخالعين و أبنائهم) حيث رفضوا التجاوب معنا لأن الموضوع يمس أمورهم الشخصية إلا فئة قليلة منهم ومن المسؤولية الذين تعاونوا معنا و بتحفظ كبير.

المنهج المتبع : للإجابة على التساؤلات و للوصول إلى نتائج مقبولة ينبغي اتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض وعلى ذلك اخترنا كل من المنهج التحليلي والإستقرائي من خلال مختلف النصوص القانونية .

واستقراء نتائج بعض الإحصائيات المتعلقة بالدراسة والمنهج المقارن وذلك من خلال المقارنة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي للخروج بدراسة شاملة للموضوع .

الفصل الأول :التعسف في ايقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي و الفقه القانوني

الفصل الاول : التعسف في ايقاع حق الخلع في الفقه الاسلامي و الفقه القانوني

لقد خلق الله تعالى البشر وشرع لهم حقوق و ألزمهم بواجبات وسوى بينهم، فالحقوق شرعت للبشر بصفة مزدوجة فردية وجماعية وهي وسائل للتحقيق المصلحة الفردية والمصلحة العامة وإن كانت هاتان المصلحتان هما غاية العقد والقانون فقد شرعت وسائل لتحقيق تلك الغاية فلا يجوز استعمال الحق بما يضر الفرد أو المجتمع ولذلك لابد من استعمال الحقوق في المصلحة التي شرعت من أجلها، و إلا كان هذا الاستعمال تعسفيا، ونظرا للأهمية البالغة الاستعمال الحقوق وتأثيرها على الغير فقد شغل هذا الموضوع الفكر الإنساني منذ القدم فنجد الشريعة الإسلامية أولت للموضوع أهمية بالغة فمنعت التعسف في استعمال الحق لقوله :

"لا ضرر ولا ضرار في الإسلام "

وكانت السبّاقة في منع التعسف، لكن هذه النظرية انتشرت وعرفت عند الغربيين ومنهم انتقلت إلى التشريعات العربية الحديثة من بينهم التشريع الجزائري وهذه النظرية تنطبق على جلّ الحقوق بأنواعها.

وفي هذا الصدد نجد الشريعة الإسلامية والقانون قد جعلا العصمة بيد الرجل بفك الرابطة الزوجية وبالمقابل أعطوا للمرأة حقي الاقتداء بمقابل مالي فلم يظلم أحد منهما، ونظرا للعلاقة الوطيدة بين الحق والتعسف فيه وارتباطهما ببعضهما نجد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق خالص له لكن غالبا ما يكون متعسفا فيه، في حين نجد أن الخلع هو حق للزوجة مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، وبما أن الزوج قد يتعسف في استعماله لحقه

فهل يمكن أن تتعسف الزوجة في استعمال حق الخلع؟

وللإجابة على هذا السؤال ارتأينا تقسيم الفصل إلى مبحثين، نتناول في :

– المبحث الأول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والفقه القانوني، أما المبحث الثاني سنتناول فيه صور تعسف الزوجة في استعمال – حق الخلع.

المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي و الفقه القانون.

إن موضوع الحق واستعماله والتعسف فيه قد شغل الفكر الإنساني عموما وفكر القانونين خصوصا ولكن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في التطرق إلى مضمون نظرية التعسف في استعمال الحق وقد عرضت له عدة مسميات مختلفة منها المضارة " و"التعنت" لكن لم تتعرض لها كنظرية متحدة ذات أركان وأسس و تطبيقات.

ونظرية التعسف في استعمال الحق – بهذه التسمية – منقولة عن رجال الحقوق في الغرب الذين أكموا بالموضوع من الناحية القانونية ومنهم انتقلت إلى القانونين العرب لذا ارتأينا أن نتطرق في (المطلب الأول) إلى النظرية في الفقه الإسلامي، ومن ثم التطرق لها في الفقه القانوني في (المطلب الثاني) للإلمام بالموضوع.

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

إن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق، لأنها تبني أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس، هذا ما يستوجب التطرق إلى مفهوم التعسف ونطاق تطبيقه (فرع أول) ونظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم بل لهما أسس تقوم عليها ومعايير تحكمها (فرع ثاني).

الفرع الأول: المفهوم الشرعي للتعسف ونطاق تطبيقه.

لقد تطرق الفقه الإسلامي إلى مضمون هذه النظرية من خلال تعريف التعسف (أولا)، وتسند فكرة التعسف في الشريعة الإسلامية إلى الكثير من الألية الشرعية (ثانيا).

أولا : تعريف التعسف و نقاط تطبيقه :

التعسف لغة : العين والسين و الفاء (ع) كلمات تقارب ليست تدل على خير إنما شي كالحيرة وقلة البصيرة، قال الخليل: التعسف ركوب الأمر من غير تدبر وركوب مفاده بغير قصد، ومنه التعسف"[1].

وكذلك : (عسف عسفا : أخذه بقوة[2]) (وعسف عن الطريق يعسف : مال وعدل[3]) وتعسف، فلان فلانا: (إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه[4]) (ورجل عسوف: إذا كان ظلوما. ولذا سمي الأجير المستهان به : عسيقا[5]) وفي الحديث الشريف :{ إن ابني كان عينها على هذا فزنى بامرأته[6]} : أي أجبرا، وفي الحديث لا تبلغ شفاعتي إماما عسوقا: أي جائرا ظلوما[7] فالتعسف مأخوذ من عسف يعسف عسفا والعسف: السير بغير هدى .

والأخذ على غير الطريق وعسف في الأمر فعله بلا روية ولا تدبر، فالعسف هو الظلم وعدم الإنصاف[8] ويقال عنف المرأة غضبها نفسها واعتدى عليها، عسف فلان: أي استخدمه

---

[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، الرياض2010 ص.66 .

[2]– المقري القيومي، المصباح المنير، ج2 ط 4 ، المطبعة الأميرية، القاهرة ، ب س ن، ص . 560.

[3]– الفيروز أبادي ، القاموس المحيط، ج 3، المؤسسة العربية للطباعة و النشر، بيروت ، ب س ن، ص. 181.

– ابن منظور، لسان العرب ، ج9، دار صادر لبنان ، نسخة إلكترونية، 2005 ، ص.245.

[4]–ابن منظور، لسان العرب ، ج9، دار صادر لبنان ، نسخة إلكترونية، 2005 ، ص.245.

[5]– ابن منظور، المرجع نفسه ، ص 246.

[6]– البخاري . صحيح البخاري بشرح فتح الباري ، دار الفكر ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ج 13، ص.185 حديث 7193، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ط2، دار الفكربيروت 1978 ، ج 3 ، حديث 1698 | ص. 1324.

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

[8]– ابن منظور، المرجع نفسه ، ص 148.

فهو عاسف وعسوف[1] عسف فلان فلان عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف وتخف والعسيف الأجير المستعان به[2] والتعسف : السير على غير علم ولا أثر[3]

التعسف شرعا :

إن المسلمين الأوائل لم يتعرضوا الموضوع التعسف كنظرية مثمرة ذات أركان وأسس و تطبيقات ، كما أنهم لم يعرضوا هذا المصطلح لحداثته وجديته وإن كانوا قد عرضوا له تسميات مختلفة تحت باب الضمانات[4] ، ومن بينها كلمة "التعنت" في المغني لابن قدامى وبدائع الضائع للكساني ويتفق معنى التعنت والتعسف في إقادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من تشريعه[5]، وكذلك وردت عبارة (المضارة في الحقوق) في كتاب الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية[6] ، وأيضا لقد تناول الإمام الشاطبي التعسف تحت مسمى "الاستعمال المذموم"

(وهو تناول المباح على غير الجهة المشروعة، واستعمال النعمة على غير الوجهة منها[7]) فالشاطبي يرى أن التعسف في استعمال الحق من باب التعدي بطريق التسبب[8]، فالنعمة أو الحق ليس هو المذموم، بل استعماله على غير ما قصد الشارع هو الممنوع لأنه مخالف لأصل التشريع الحقي والغاية منه، وقد فضل الشيخ "أبو زهرة لفظة "الحضارة تعبيرا عن التعسف و

---

[1] – شوقي ضيف، المعجم الوسيط ، ط4، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2003، ص .600.

[2]– صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية ، ب، د،ن الرياض ،ب س ن، ص 416 .

[3]– ابن منظور ، المرجع نفسه ص 246.

[4]– عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ،ط1، دار الفكر، عمان، 2007 ص 17.

[5]– محمد أحمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، (ب ط ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998، ص. 24 و الهوامش المذكورة .

[6]– ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، دار الكتاب العلمية لبنان (د.س. ن) ، ص . 310.

[7]– الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991 ، ص.163.

[8]– فتحي الدريني ، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988 ، ص. 59.

أخذ هذا التعبير من القرآن الكريم عند تنفيذ الوصية ، إذا لم يكن فيها مضارة تطبيقا لقوله تعالى : "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير ما وصية من الله والله عليم حليم" [1].

قد ربط بعض الفقهاء تعريف التعسف في استعمال الحق فعرفه أبو نمينة بقوله "استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع" [2]وعرفه أيضا "بأنه استعمال غير المصلحة أو الهدف الذي شرع من أجله شرعا أو قانونا عما يضر بالغير"[3].

وقد وردت عدة تطبيقات للتعسف – بمعناه الحالي – لدى فقهاء المسلمين مثل" العضل[4]" فمصطلح التعسف حديث لم يعمد السابقون إلى تعريفه وقد عرفه فقهاء الشريعة المعاصرون تعريفات عديدة منها تعريف محمد أبو الزهراء بقوله : " التعسف هو المضارة في استعمال الحق[5]"، يتضح من التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عن ضرر يكون الدافع لاستعمالاته الضارة بالأخرين بأن يكون مال الاستعمال المضارة والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار على استعمال الحق ويعرف أيضا بأنه: " تصرف الإنسان في حقه تصرف غير معتاد شرعا[6]" كذلك عرفه جانب من من الفقه على أنه: "استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير" أو " هو أن يستعمل صاحب الحق لحقه بغرض الإضرار بالغير

---

[1]– سورة النساء ، الآية 12.

[2]– أحمد فهمي أبو سنة ، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي. nt. alukah . www / / http تاريخ الإطلاع على الموقع 2019 / 03/ 16 ، على ساعة 15:32.

[3]– ليندا حامد ملكاوي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية ، دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40 ، العدد 01 ، 2013 ، ص. 142.

[4]- الدهش ، عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان ، الفصل في الخلع "أسبابه و أثاره "، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية العدد الأول ، محرم 1420هـ، ص.166.

[5]– محمد أحمد سراج ، المرجع نفسه ، ص. 280.

[6]– فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . ص . 90 – 91.

أو من أجل الحصول على فائدة غير مشروعة[1]"، وعرفه البعض على أنه: "تخلف غاية الحق أو مناقضتها[2] "

والتعاريف في مجملها توضح المدلول العام للتعسف، إلا أنها عجزت عن إعطاء مفهوم محدد للفعل التعسفي ولعل أدق وأقرب تعريف إلى البحث الشرعي هو تعريف الدكتور الدريني له بأنه "مناقضة قصد " الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[3]" ويلاحظ من تعريفه للتعسف أنه وضح جوهر التعسف كما بين الأصل العام الذي الذي يحكم على الفعل بكونه أم لا وهو مصادر التشريع الإسلامي (الكتاب، السنة الاجتهاد).

وبناءا على ما ذكر سأسير في بحثي مهتدية بتعريف الدكتور الدريني وجعله الأساس الذي اعتمده في تطبيق النظرية على الخلع، و لذا سوف أعطي تحليلا بسيطا لهذا التعريف للتمكن أكثر منه و لتسهيل العمل به لاحقا .

تحليل التعريف :

مناقضة قصد الشارع : إن الحقوق في الشريعة الإسلامية وسائل لتحقيق غايات في المصالح واستعمال هذه الحقوق مقيد بتحقيق تلك المصالح حتى إذا استعملت في غير ما شرعت له، كان ذلك الاستعمال تعسفا، ومناقضة القصد الشارع فيما شرعه من تلك الحقوق[4] وهذه المناقضة إما أن تكون مقصودة أي استعمال الحق لمجرد قصد الإضرار كبيع العينة لتوصل إلى الربا المحرم أو أن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه عليه كهبة المال قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، فأصل الهبة الجواز لكن صار مالها المنع لأن القصد منها كان منع الزكاة فالعبرة ليست بصورة الفعل بل بالقصد منه[5]، وهذا ما

[1]– عمر فخري الحديثي ، المرجع نفسه ، ص . 36.

[2]– ابتسام القلام ، المصطلحات القانونية ، (ب ط) ، قصر الكتاب ، الجزائر ، ب س ن، ص . 3.

[3]– حسن كيرة ، المدخل إلى القانون، ط4 ، المنشأة العامة للمعارف ، مصر ، 1971 ، ص .863.

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

[5]– الدريني ، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق، ص. ص. 87– 88

أوضحه الإمام الشاطبي بقوله : "كل من ابتغي في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له، فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل[1]".

وعلى هذا فإن المناقضة : إما أن تكون مقصودة أي استعمال الحق لمجرد قصد الإصرار أو تحقيق مصلحة غير مشروعة أو دون نفع أي لمجرد العبث أو لنفع تافه في سنين أنه يلحق بغيره بينا، وإما أن تكون المناقصة غير مقصودة وتشمل الأفعال التي مآلاتها مضادة للأصل العام في الشرع لأن الحقوق إما شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة[2]

في التصرف : التصرف نوعان إما قولي كالعقود أو فعلي كاستعمال نقل الملكية و كل منهما قد يكون إيجابيا أو سلبيا فمثال التصرف القولي الإيجابي: بيع السلاح أيام الفتنة ، أما التصرف القولي السلبي كامتناع التاجر عن البيع احتكارا لسلعة ، ومثال التصرف الفعلي الإيجابي : استعمال المالك العقاره على وجه يضر بغيره وأما التصرف الفعلي السلبي : كامتناع مالك الحائط المائل إلى الطريق العام عن هدمه[3]

مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: خرج به التصرفات غير المشروعة في ذاتها لأن إتيانها بعد اعتداء لا تعسفا، فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق.

نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق[4] :

إن الفقه الإسلامي لا يفرق – فيما يتعلق بمجال تطبيق نظرية التعسف – بين جميع الحقوق فالأدلة التي تمنع المضارة والانحراف في الاستعمال وردت عامة في كل شأن من شؤون الحياة حتى الأكل و الشرب.

---

[1]– الشاطبي ، مرجع سابق، ص. 418.

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

[3]– المرجع نفسه ، ص . ص . 90 – 91.

[4]– المرجع نفسه ، ص91.

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، يرد كذلك على الحريات والرخص العامة كحرية التعاقد وحرية التقاضي و حرية التجارة والاجتماع والمنافسة والتنقل وما إلى ذلك من الحريات العامة[1]فالإباحة أو الحريات العامة هي إذن من الشارع مع العلم أن مصدر الحق والرخصة إنما هو حكم الشارع فكلاهما يمنحان صاحبها مكنة الانتفاع لتحقيق غرض معين وينطبق التعسف عليها لأنه ينطوي على استعمال الفعل المأذون فيه شرعا في غير ما شرع له، فالتعسف منصور في الإباحة كما هو متصور في الحق.

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، يجمع في الحكم بين استعمال حق الملكية على وجه سلبي بامتناع المالك عن بيع ما يحتاج إليه المسجد من أرضه وبين تلقي السلع للمصلحة العامة وهذا من حرية التجارة وذلك تصرف في حق الملكية[3] ، وهناك كثير من الأمثلة في كتب الفقه منها: في المعاملات : كما في منع الاحتكار ومنع الحاضر للبادي، وفي المناكحات: كما في تزوج الفتاة من الكفء بغير إذن الولي إن عضلها، وفي السياسات كما في منع عمر التزوج من الكتابيات"[4]، وكذلك حق الطلاق وحق الإيصاء فيمنع التعسف فيهما وكذا استعمال حق الملكية على وجه سلبي كهبة المال قرب نهاية الحلول أو استعمال حق التقاضي المكيدة الخصم وهو تصرف في المباحات[5] ، وغيرها الكثير من التطبيقات.

---

[1]-فتحي الدريني ، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ، مرجع سابق . ص . ص . 508 – 510 .

[2]-الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج 1 ، دار المعرفة ، لبنان ، (د س ن ص). 69 .

[3]-الشاطي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج2، دار المعرفة ، لبنان ، (د س ن ص). 348 .

[4]-عبير ربحي شاكر القدومي ، مرجع نفسه ، ص . 17.

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

ونستنتج من كل ما سبق أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تسري على الحقوق وكذا – الرخص والحريات العامة دون استثناء و ذلك نتيجة لخصائص الشريعة الإسلامية التي تتميز بالعمومية والشمولية .

ثانيا: الأدلة على نظرية التعسف في استعمال الحق:

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية وقد ثبت منع التعسف في استعمال الحق لمناقضته قصد الشارع و قد قامت على ذلك براهين متعددة بأدلة شرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية والآثار و القواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية:

أ- القرآن الكريم :

1- قال تعالى: مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ"[1] فالآية الكريمة تدل على أن الوصية حق للمورث و له استعماله على وجه مشروع بأن يكون فيه بريا لورثة لا إضرارا بهم كأن يوصي بأكثر من الثلث لحرمان الورثة من حقهم أو يزيد بغض الورثة عن باقيهم أو يقر بدين غير حقيقي حتى يضار الورثة فمثل هذه الوصايا ممنوع منها وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية.

2-قال تعالى: "**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۖ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ**"[2] وفي الآية يدعى الدائن إلى الرفق بالمدين بتأجيل مطالبته بالوفاء حتى يتيسر حاله ففي الآية أمران أولهما: وجوب انتظار الحديث إذا ظهر إعساره وثانيهما الندب إلى التنازل عن الحق وغبراء المدين أو التصدق عليه بالدبن وهو الأكثر ثوابا من الانتظار .

3- قال تعالى: " **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ**"[3] الآية تدل أن المطلق بتضييقه على امرأته وإسكانه معها من أجل الإضرار بما ودفعها للخروج من

[1]-سورة النساء ، الآية 12

[2]-سورة البقرة ، الآية 280

[3]-سورة الطلاق ، الآية 6.

مسكنه قد ناقض قصد الشارع من إباحته لهما السكني مع بعضهما في أثناء العدة لغرض تقريبيهما.

قال تعالى "**وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ** " [1]فالله سبحانه وتعالى نهى الكاتب والشاهد من النضارة وفي المدين . عن الإضرار ب بأن يدعوا الشاهد إلى إثبات الشهادة وإقامتها في حال عذر، أو يضيق على الكاتب فيدعوه إلى الكتابة في وقت لا يتفرغ فيه[2].

ب – السنة النبوية:

عن ابن عباس قال: قال عليه الصلاة و السلام "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**"[3] فالحديث يدل على أن النبي نهى عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر، فالحديث بمثابة أصل الأمثلة المثبوتة في القرآن الكريم في النهي عن الضرر في صور متفرقة فهذا الحديث جمع للمتفرقات وإجمال للتفصيلات.

2– حديث سمرة بن جندب أنه كان له عذق [4]من نخل في حائط رجل من الأنصار ومع الرجل أهله، وكان مستمرة يدخل إلى نخلة فيتأذى به الأنصاري وشق عليه ذلك فطلب أن يناقله فأبي فأتى الرجل النبي : فذكر ذلك له : فكذا وكذا أمرا من سمرة أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقلة : فأبي، فقال: فهبه له ولك رغبه فيه فأبى فقال : إنما أنت مضار، وقال للأنصاري اذهب فقلع نخله[5] ويدل الحديث على أن النبي قد رأى في تصرف سمرة إضرارا بالأنصاري وإساءة في استعمال حقه في الوصول إلى عذقه فتخير عليه الصلاة والسلام وسائل مختلفة منها للإضرار بأي منهما من المناقلة أو البيع ثم التنازل، وإن امتناع سمرة دلالة على قصده الإضرار مما حدا بالنبي بالانتقال إلى الإجبار بقلع نخله لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

---

[1]- سورة البقرة ، الآية 282.

[2]-أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، ج 2 ، دار المعرفة ، بيروت ، ص 6

[3]-سبق تخريجه 684.

[4]-العذق : النخلة بحملها ، الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مرجع نفسه ، ص . 262 .

[5]-سليمان بن الأشعب السجستاني الأزدي ، السنن أبي داود ، الدار المصرية اللبنانية ، القاهرة 1988 ، ص . 315.

3- بما رواه أبو هريرة قال: قال الرسول : **لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره** "[1] فالحديث الشريف دليل على ما ينبغي أن تكون عليه العلائق بين الجيران من التسامح والإحسان خصوصا إذا لم يكن ثمة ضرر على الجبار، فالنبي يؤكد على أهمية التعاون بين بين الملاك (فلا يمنع الملك جاره من الارتفاق بملكه عند حاجته إليه على أن لا يوهن بناءه، درءا للتعسف من الجانبين[2].

4-عن النعمان بن بشير قال: قال " **مَثَلُ القَائِمِ في حُدودِ اللَّه، والْوَاقِعِ فِيهَا كَمَثَلِ قَومٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سفينةٍ، فصارَ بعضُهم أعلاهَا، وبعضُهم أسفلَها، وكانَ الذينَ في أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ الماءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا في نَصيبِنا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا. فَإِنْ تَرَكُوهُمْ وَمَا أَرادُوا هَلكُوا جَمِيعًا، وإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِم نَجَوْا ونَجَوْا جَمِيعًا رواهُ البخاري.**"[3].عرض النبي في الحديث سورة لاستعمال الحق بغض النظر عن الأضرار المترتبة عليه واللاحقة بالغير والإسلام حرص على عدم المساس بحقوق الأفراد إلا أنه راعى حق الجماعة فالفرد مقيد بتصرفه في حقه بعد الإضرار بالجماعة.

ج- فقه الصحابة:

1- ما روي عن مالك بن أنس أنه قال: أخبرنا عمر بن يحي المازني عن أبيه أنه كان في حائط كي ربيع"[4].

2- لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف (**أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فتنه صاحب الحائط، فكلم عبد الرحمن عمر بن الخطاب ، فقضى عبد الرحمن بن عوف بتحويله**"[5].

---

[1]-البخاري ، مرجع نفسه ، حديث 2463 ، ص. 110.

[2]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص . 160

[3]-البخاري مرجع نفسه ، ص . 132 ، حديث 2493.

[4]-الربيع : النهر الصغير ، فتحي الدريني ، التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، ص 163 .

[5]-الأمام مالك ، الموطأ ، ج2 ، المرجع نفسه ، ص . 468 .

وجه الدلالة: إن امتناع صاحب الأرض عن تغيير مجرى النهر بشكل يخدم جاره من عدم الإضرار به إساءة في استعمال حقه في ملكية الأرض، مما حدا بالخليفة العادل عمر بن الخطاب السماح لعبد الرحمان بن عوف بإجراء نفره جبران .

2- روي الإمام الطبري في تاريخه :" أنه بعد أن انتصر المسلمون في موقعة القادسية، لم يجد رجالهم نساء مسلمات كافيات للزواج منهن في تلك البلاد فأرغمتهم الضرورة على الزواج من كتابيات وبعد حين كثرت النساء المسلمات وزالت الضرورة فبعث عمر بن الخطاب إلى حذيفة بن اليمان الذي كان واليا على المدائن في بلاد العجم رسالة يقول فيها: " بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب وذلك ما لا أرضاه لك، فطلقها، ولا تبقها في عصمتك" فسأله حذيفة: أحلال هذا الزواج أم حرام؟ فكتب إليه عمر بن الخطاب " هذا الزواج حلالا ولكن في نساء الأعاجم خلابة و خداعا و إني لأخشى عليكم منه "[1].

- في تنمي عمر بن الخطاب عن التزوج بالكتاب فيه درء المفسدة خداعهم من الأجنبيات وإبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن وينصرف رجال المسلمين عنهن، وكلاهما ضار للمصلحة العامة[2] .

د- المبادئ الشرعية العامة و القواعد الفقهية:

1-مبدأ النظر في مألات الأفعال: فالأصل في الأحكام أنهما شرعت لتحقيق غايات معينة قصدها الشارع الحكيم واعتبرها في تشريعه وأن الأصل في التصرفات أن تحقق غايتها وتؤدي غلى مآلاتها، حتى إذا تباينت الغاية من وسيلتها وقعت المناقضة، فيمنع بناء على مبدأ النظر في مال الفعل ونتيجة تطبيقه صاحب الحق من استعماله إن أدى إلى هذا المصير الممنوع.

[1]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع نفسه ، ص . 166 .

[2]-– فتحي الدريني ، المرجع و الموضع نفسه .

جاء في قوله تعالى"**كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ** ۖ"[1] وقوله تعالى: **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**"[2]فالقتال فيه مشقة وضيق لما يلحق من جرح وقتل لكن لكن له مال مشروعا وغاية عظيمة هي إعلاء كلمة الله في الأرض ونشر دينه، والقصاص وإن كان فيه جرح وأذى إلا أنه يحقق الاستقرار في المجتمع و نظرا لهذا المال شرع.

2- ويتفرع على هذا الأصل قاعدة سد الذرائع: [3]

والذريعة لغة: (الوسيلة، و الجمع ذرائع) [4].

شرعا: الفعل الذي ظاهره أنه مباح وهو وسيلة إلى فعل المحرم، وتعد هذه القاعدة أصلا عاما في تأييد الحق من حيث الباعث و المال[5].

والذرائع أنواع إلا أن الذي يعنينا في باب التعسف .

- المباح الذي قصد به التذرع إلى المفسدة.
- المباح الذي يقضي إلى المفسدة غالبا ومفسدتها أرجح من مصلحتها.

3- قاعدة الحيل:

وحقيقة الحيلة: (تقديم عمل ظاهره الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر[6]) فبهذا التصرف أجمل ما قصده الشارع، وأعتبر ما أحمله لحكمة" أرتاشا" فهو مناقض والمناقضة باطلة وما يؤدي إليها باطل لأن مال العمل فيه خرق لقواعد الشريعة في الواقع و يتفرع عن هذه القواعد العامة قواعد جزئية :

---

[1]-سورة البقرة ، الآية 216 .

[2]-سورة البقرة ، الآية 179 .

[3]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف ، مرجع نفسه ، ص. 180 .

[4]- المقري القيومي ، المصباح المنير ، مرجع نفسه ، ص . 282 .

[5]- فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 134.

[6]- الشاطبي ، الموافقات . ص . 145.

4- قاعدة الضرر يزال :

فالتعسف في استعمال الحق بما هو إضرار بالغير ممنوع فيرفع بمنع صاحب الحق في التصرف بحقه إبتداءا إذا أدى إلى مال ممنوع و بإزالة عين الضرر أو بقطع أسبابه إن لم يكن بالإمكان إزالة عين الضرر منها من استفحاله[1].

5-قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المنافع:

الحق مشروع إذا اشتمل على مصلحة لصاحبه، إلا أنه قد تترتب عليه مفاسد أعظم بالآخرين، فردا أو جماعة، فتعمد إلى القاعدة الشرعية، ويستعان لتطبق هذه القاعدة عند الموازنة بقاعدتين فرعيتين:

الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام[2] وقاعدة إذا تعارضت مفسدتان دوعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما[3] وبذلك يقدم الحق العام على الحق الخاص ومنع الضرر الأكبر.

الفرع الثاني : أسس و معايير نظرية التعسف في استعمال الحق.

عرفت نظرية التعسف في استعمال الحق مكانة بارزة في الشريعة حيث أقرتها كنظرية عامة وصاغها الفقه الإسلامي بدقة في أحكامها وهذه النظرية تقوم على قواعد تبنى عليها معطياتها ونرى ذلك من خلال الأساس الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق (أولا) وقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط تسري على جميع الحقوق وتقييد استعمالها حتى يكون هذا الاستعمال منطبقا مع المقصد الشرعي وتتمثل هذه الضوابط في المعايير التي تعتمد عليها نظرية التعسف في استعمال الحق (ثانيا).

[1]- القدومي ، مرجع نفسه ، ص . 33.

[2]- ابن نجيم ، الأشباه و النظائر، ص 87. نقل عن القدومي ، مرجع نفسه ، ص . 34

[3]- المرجع نفسه ، ص . 89.

أولا : أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.

إن القاعدة العامة في الحق هي تقييده دون إطلاقه وأساس الحق في الشريعة الإسلامية وما دام أن نظرية التعسف في استعمال الحق هي من النظريات الراسخة في الفقه الإسلامي، فقد أسسها فقهاء الشريعة على عدة أسس و تتمثل في:

أ- **أن تكون المصالح معتبرة في أحكام:** فالحق شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع من المكلف وهو أن يتبع الإنسان هذا القصد والذي يكون موافقا لما يبتغية الله عز وجل من التشريع وهو تعالى يبتغي مصالح العباد في الدنيا والآخرة، ويقول الإمام الشاطبي في هذا المجال:" إن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والآجل معا" [1]وعليه فإن استعمال الحق بما يناقض قصد الله تعالى يؤدي إلى إبطاله بالإجماع.

ب - التكافل الاجتماعي:

وهو التضامن بين الأفراد وهو ثمرة طبيعية لأصول مستقرة في الشريعة تنبع من أصل العقيدة الرحمة والأخوة طبقا لقوله تعالى : **(وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ)**[2] وطبقا لقوله: **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** ،[3]والولاية والتناصر لقوله تعالى : **وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ**[4]، التعاون على البر والتقوى، لقوله تعالى: "**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** "[5].

---

[1]-الشاطبي ، الموافقات ، ج 2 ، مرجع نفسه ، ص . 08 .

[2]- سورة الأنبياء ، الآية 107 .

[3]- سورة الحجرات ، الآية 10 .

[4]- سورة التوبة ، الآية 71.

[5]- سورة المائدة ، الآية 02.

و فهذه الدوافع التي تخلق التكافل بين المؤمنين وتقييد استعمال الحق على نحو يضر بالغير[1].

ج- مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض: فهو أصل الالتزامات الإيجابية والسلبية في استعمال الحقوق لأنها مقيدة بما شرع الله تعالى من أحكام لتتحقق هذه الخلافة على الوجه الأكمل[2] ، فالخلافة تقتضي التقيد بهذه الالتزامات فالإنسان خليفة على نفسه أولا ثم على أهله طبقا لقوله **كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ والإمام راع مَسْؤول عَنْ رَعِيَّتِهِ** "[3].

د- الوظيفة الإجتماعية للمال: إن المال وسيلة أمن وخير ولا يكون كذلك إلا إذا أدى وظيفته نحو الجماعة من الإنفاق والاستثمار في الوجوه المشروعة.

ج- التوسط والاعتدال: وقد جاءت النصوص بتقرير هذا الأصل، وذلك مما ينفي عن استعمال الحق صفة الغلو للتطرف أو الإهمال والتفريط فالإنسان هذا يؤدي به إلى القضاء على الثورة وفي هذا يرشد الرسول إلى الصدقة التي لا يضار معها المتصدق ماده وروحا[4].

ويتبين لنا من هذا أن التشريع الإسلامي يهدف إلى غايتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع وهما مصلحة الفرد والجماعة معا وأن نظرية التعسف تؤسس على طبيعة الحق المستمد من الشريعة الإسلامية السمحاء والذي يعتبر وسيلة لتحقيق غايات الشرع، فالحق في الشريعة الإسلامية يبني على أساس ديني وأخلاقي يتماشى مع الفطرة البشرية .

---

[1]-بلحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير ، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري . تيزي وزو 2014 ص19 .

[2]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف ، مرجع نفسه ، ص 253 .

[3]-مسلم ، صحيح مسلم ، ط1 ، دار السلام ، الرياض 1419هـ ، كتاب الإمارة ، باب فضيلة الإمام العادل ، حديث 1829 ، ص . 1016.

[4]-فتحيالدرينى ، المرجع نفسه ، ص . 67.

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق.

بالرجوع إلى معايير التعسف التفصيلية في الفقه الإسلامي نجدها قد جمعت بين المعايير الذاتية والمعايير الموضوعية وهو ما سنتناوله على التوالي[1].

أ- **المعيار الذاتي (المعنوي):** هذا المعيار يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق إلى التصرف بحقه و هو بدوره ينقسم إلى شقين هما[2]:

1-**معيار محض قصد الإضرار:** يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير ظهورا بدليل وجوده في الشرائع القديمة، وهذا لمخالفته لمبادئ الأخلاق والعدالة، ويقصد بهذا المعيار توجه الإرادة توجه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين، حتى لا تتوافر نية أخرى سوى الإضرار، والشريعة الإسلامية تمنع القصد إلى الإضرار ومنع الفعل المؤدي إلى ذلك بالتبعية لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه [3].

وهذا إثبات في القرآن والسنة النبوية الشريفة[4] نذكر منها قوله " لا ضرر ولا ضِرار " وقوله تعالى "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ** ۚ "[5]ولهذا المعيار شرطين أساسيين:[6]

- أن يقصد صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير عمدا.
- وأن يتمحض قصده لذلك، أي أن يكون الإضرار هو القصد الوحيد.

فالعبرة من تحقيق هذا المعيار هو التمحض في ذلك الضرر دون قصد آخر وإن تحققت له

---

[1]-عبد الرحمان مجوبي، التعسف في استعمال الحق ، و علاقته بالمسؤولية المدنية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير ، قسم العقود و المسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2006/2005، ص. 32.

[2]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع نفسه ، ص . 242.

[3]- أنظر إلى الأدلة في فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص. 93 - 161 .

[4]- فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 242.

[5]-سورة الطلاق ، الآية 06.

[6]- عبير ربحي شاكر القدومي ، مرجع نفسه ، ص . 38 .

المنفعة بطريق عرضي ، ومن عرضي [1]، ومن تطبيقات هذا المعيار ما ورد في تبصرة الأحكام لابن فرحون في المذهب المالكي: "لو ادعى صعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا لتشهير بهم، وإيقافهم أمام القضاء إيلاما وإمتهانا لا تسمع الدعوى، و يؤدي بالمدعي"[2].

غير أنه لصعوبة الكشف عن نية الإضرار باعتبارها من الأمور الخفية كان لابد من البحث عن قرائن للكشف عنها وهي متعددة نذكر منها: انتفاء المصلحة المشروعة أي أن لا يكون للشخص منفعة من استعمال حقه وكذلك قرينة تفاهة المصلحة بحيث تكون مصلحة صاحب الحق ضئيلة جدا مقارنة بالضرر اللاحق بالغير وكذلك قرينة: تخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعماله لحقه، أي استعمال صاحب الحق الطريقة الأكثر ضررا . الغير مع إمكانية تفادي ذلك"[3].

2- معيار المصلحة غير المشروعة :

سبق لنا أن عفنا التعسف بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق، لأن معاندة قصد الشارع باطلة عينا فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك ، فيتعسف الفرد في استعمال حقه وفق هذا المعيار بالتحايل على قواعد الشرع عن طريق أمر ظاهر الجواز لتحليل أمر محرم ولا خلاف بين العلماء في أن هذا المعيار يعتبر تعسفا و هو باطل وحرام [4].

---

[1]- المرجع و الموضع نفسه .

[2]- فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 200 .

[3]- القدومي ، المرجع نفسه ، ص . 38 – 39.

[4]-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 252 .

ب- (المعيار الموضوعي (المادي):

لم تقتصر الشريعة الإسلامية على المعيار الذاتي بل أقرت إلى جانبه المعيار المادي الذي ينظر من خلاله إلى نتائج الأفعال لاكتشاف التعسف، وهو مشتق من أصل ثابت في أصول الفقه الإسلامي وهو النظر في مألات الأفعال[1]، وهذا المعيار ينقسم إلى معيارين رئيسين و هما:

1- معيار التوازن بين المصالح المتعارضة:[2]

ويقصد به مراعاة التوازن و التناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، ذلك أن الفرد في تصرفه ليس مطلقا على القيود، بل تبقى مصلحة اجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه [3] وينطبق هذا المعيار على ضابطين[4].

*** و اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين:** وهو أن تتعارض مصلحة فرد مع مصلحة فرد آخر[5]، أي أن صاحب الحق لايتمحض قصد الإضرار بل له من استعمال حقه مصلحة مشروعة لا تتوازن من الضرر الناتج عنها إذا أن الاختلال البنين الذي ترجح فيه المفسدة يتناقض وضابط المشروعات في الفقه الإسلامي[6].

***اختلال التوازن بين مصلحة عامة و مصلحة خاصة:** لقد تميز التشريع الإسلامي بمراعاة حقوق الجماعة في تصرفات الأفراد، وبناءا على ذلك فإن تصرف الفرد الذي يؤدي إلى مفسدة

---

[1]-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 256 .

[2]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه ، ص. 42، ونص عليه الدريني تحت عنوان الموازنة بين النفع و الضرر ، ص.201

[3]-شرقي سعادية ، التعسف في استعمال حتى الملكية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أكلي جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2013 ، ص. 25 .

[4]- فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 265.

[5]-القدومي ، المرجع نفسه ، ص . 45.

[6]-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 266 .

بالجماعة سواء كانت أكبر من مصلحة الفرد أو مساوية لها يعتبر تعسفا ويعتبر مناقضة لقصد الشارع، و بالتالي يمنع الفرد من هذا التصرف استنادا إلى القاعدة الشرعية " بدفع الضرر العام بالضرر الخاص ، والأشد بالأخف [1].

2-معيار الضرر الفاحش:

قرر الفقهاء المسلمون هذا المعيار التنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما في العلاقات الجوارية) [2]ويقصاء بالضرر الفاحش (ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق) [3]وإن المذاهب الفقهية كلها تقر أن حق المالك مقيد في التصرف في ملكه بعدم الإضرار بيجاره أضرار فاحشة[4].

والضرر الفاحش قد يكون ماديا كالدخان الكثيف أو الأصوات المزعجة وتلويث مياه البئر وقد يكون معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة[5] . وتقدير الضرر الفاحش الفاحش متروك للعرف وطبيعة المنطقة كونها منطقة صناعية أو منطقة زراعية، فما يعتبر ضررا في المناطق الزراعية لا يعد كذلك في المناطق الصناعية كالدخان الكثيف وأصوات الآلات الصناعية المزعجة[6].

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

إن القانون في تنظيمه للحقوق يوفق بين المصالح سواء كانت عامة أو خاصة ولذلك، على الشخص ممارسة حقوقه في حدود ما أجازه القانون دون أن يتجاوزها و قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في حدود ما رسمه القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال: ضرر

---

[1]-عبير ربحي شاكر القدومي ، المرجع نفسه ، ص . 47 .

[2]-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 269 .

[3]-بلحورابي سعاد ، المرجع نفسه ، ص . 28 .

[4]-عبد الرحمان مجوبي ، المرجع نفسه ، ص . 35 .

[5]-فتحي الدريني ، المرجع نفسه ، ص . 271 .

[6]-بريكي حجيلة ، التعسف في العدول عن الخطبة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2013 ، ص. 28.

للغير لذا وجب أن ندرس التعسف في استعمال الحق من ناحية تعريفه ونطاق تطبيقه (فرع أول) و من ناحية أخرى تأصيله و المعايير التي تضبطه (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التعسف و نطاق تطبيقه.

نتطرق في هذا الصدد إلى معنى التعسف في استعمال الحق في القانون (أولا) و تمييزه عما يشبهه (ثانيا) ونطاق تطبيقه (ثالثة).

أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون.

لم يرد تعريف التعسف في استعمال الحق في التشريعات سواء العربية أو الغربية بل تم التطرق إلى حالاته وطبيعته القانونية فقط. ففي القانون الفرنسي لم يتعرض بتاتا لنظرية التعسف في استعمال الحق، لكن المشرع الفرنسي تأثر بهذه النظرية وجسدها في بعض القوانين الخاصة ومنها:

1- القانون الصادر في12/27/ 1890 الذي عدل المادة 1780 وجعل إنتهاء عقد العمل غير محدد في المدة بإرادة منفردة من قبيل التعسف الموجب للتعويض، وقد جدد هذا الحكم في (ق. ع) بالمادة 23 من الكتاب الأول في1910/12/26.

2- القانون الصادر في05/23/ 1941المؤيد بمرسوم12/22/ 1958المعدل للمادة 71 من قانون الإجراءات المدنية و الذي يقضي بغرامة ضد المتقاضي الذي يستأنف الحكم بقصد عرقلة تنفيذه.

3- القانون الصادر بتاريخ04/27/ 1965الذي يقضي بالتعسف ترفض تشغيل عامل أو لإنهاء عقده بسبب انتمائه أو عدم انتمائه إلى نقابة[1].

كما نص المشروع الفرنسي الإيطالي الذي وضع في سنة 1945 على التعسف في المادة 274 و كل هذه القوانين لم تتطرق إلى التعسف بل تناولت حالاته فقط.

[1]-علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2005، ص. 221 .

أما القوانين العربية فقد تناولت التعسف منفصلا عن النصوص الخاصة بالمسؤولية التقصيرية ووضعت أحكامه في الباب التمهيدي ، فقد ورد في القانون المصري و الليبي النص على التعسف بالمادتين الرابعة والخامسة و (ق.م. ع) في المادتين الخامسة و السابعة و فيما يخص (ق.أ. ج) فقد ورد التعسف في استعمال الحق في المادة 41 ملغاة ثم بعدها نص عليه في التعديل الجديد في المادة 124 مكرر[1] .

كل هذه المواد نصت على أن من يستعمل حقه استعمال مشروعا ولا يكون مسؤولا عما يحدثه من ضرر للغير، إلا أن الفقه القانوني اهتم بمسألة تعريف التعسف في استعمال الحق حيث اختلف فقهاء القانون في تعريفهم للتعسف بناءا على اختلافهم في نظرتهم إليه ومع ذلك يمكن إعطائه تعريفا قريبا من مضمون:

يقصد بالتعسف في استعمال الحق استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق الضرر بالغير بمعنى أن الاستعمال في ذاته مشروع و لكن نتائجه وأغراضه غير مقبولة، كالذي يبني جدارا في ملكه لكن يرفعه قصد منع مرور الضوء و الهواء على جاره [2].

ويبقى هذا التعريف قاصرا للمفهوم الشامل للتعسف في استعمال الحق لأن كل فقيه يرى التعسف من زاوية خاصة ، ولا زال الفقه القانوني لم يحسم التعارض حول كون التعسف صورة من صور الخطأ و الخروج عن الحق أو هو مستقل عن الخطأ ومرتبط بغاية الحق على عكس الفقه الإسلامي الذي حسم تعريفه بفضل الدكتور فتحي الدريني .

[1]-المرجع و الموضع نفسه .

[2]-عبد المجيد زعلاني ، المدخل لدراسة القانون ، النظرية العامة للحق ، دار هومه للطباعة و النشر التوزيع ، الجزائر 2003. ص . ص. 79-80.

ثانيا : تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابه من مصطلحات.

أ-تمييز التعسف عن الخطأ:

يعرف الخطأ على أنه: الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي معإدراكه لهذا الانحراف[1] وهذا الانحراف قد يقع عند مباشرة رخصة أو عنداستعمال حق، وسابقا كان رجالالقانون يفرقون بين الرخصة والحق فيمايتعلق بالمسؤولية التقصيرية فيقرون أن الخطأ يتحقق إذا انحرف الشخصعن مباشرة الرخصة ولا يتحقق عند استعمال الحق إلا إذا جاوز صاحبه حدوده المرسومة له[2].

ب – تمييز التعسف عن التجاوز:

يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون لذلك الحق[3]فهو عمل غير مشروع أصلا بينما التعسف مشروعا في ذاته وعيبه هو الانحراف عن الغاية والغرض المطلوب قانونا[4]ويمكن التفرقة بينهما فيما يلي:

1 –أن التعسف يعتمد في الأصل على وجود حق المشروعومع ذلك يترتب عن الاستعمال ضرر للغير أما التجاوز فهو عمل غيرمشروع أصلا أي تجاوز الحدود الشرعية للحق مما يخرجه عن كونه حقا.

2 –التجاوز يكون في حالة تعدي الشخص حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعدي على حق الغير لكن استعمال الشخص لحقه على وجه الغير مشروع[5].

3 –التجاوز ذو نطاق موضوعي مادي أما التعسف فهوذو نطاق شخصي غرضي.

---

[1]- للالتزام (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1998، ص.223.

[2]- أنور سلطان ، المرجع نفسه ، ص . 332 .

[3]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية : (الفعل غير المشروع – الإثراء بلا سبب، القانون الجزء الثاني ، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008 ، ص . 110.

[4]- عمر فخري الحديثي ، المرجع نفسه ، ص . 44.

[5]- ليندا حامد ملكاوي ، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة يمنعها عن العمل وفق التشريعات الأردنية دراسات ، علوم الشريعة و القانون ، المجلد 40 ، العدد 1، 2013 ، ص4 .

4- التجاوز يشكل خطأ تقصيري ويخضع للمسؤولية التقصيرية بينما التعسفي أحكامه غير خاضعة للمسؤولية التقصيرية[1].

5 -لا يمنع استعمال الحق إلّا قصد الإضرار بالغير أو قصد تحقيق مصالح غيرمشروعة أما التجاوز لحدود الحق فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع كمن زرع أرض غيره.

6- وكذلك استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ولو كان دون قصد، أما مجاوزة حدود الحق فإنها تمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره [2].

ج- تمييز التعسف عن الإساءة:

يختلف التعسف في استعمال الحق عن الإساءة في استعمال الثقة، إذ أن الأخيرة تعتبر من ضروب "سوء النية " ويدخلها المشرع الوضعي في نطاق الغش والتدليس ولا دخل لحسن النية في مسائلة من تتوافر به أركان المسؤولية المدنية، إذ يلزم المسؤول بتعويض الضرر عما صدر عنه من فعل ضار بخطئه حتى ولو حسنت نيته [3].

وعلى أية حال فإن حسن النية يعني حسن القصد ولا يغني توافره لدى صاحبه إلا من المسؤولية الجنائية ولا يعني ذلك عن المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق .

لقد اختلف فقهاء القانون في تحديد نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ومجال تطبيقها ونتج عن ذلك اتجاهين: الأول يرى أن التعسف يرد على الحقوق دون الرخص والثاني يبسط محل التعسف على الحقوق والرخص العامة.

---

[1]- عمر فخري الحديثي ، المرجع و الموضع نفسه .

[2]-ليندا حامد ملكاوي ، المرجع و الموضع نفسه .

[3]- عبد العزيز الصعب ، المرجع نفسه ، ص. ص. 83 – 84 .

أ-سريان نظرية التعسف على استعمال الحقوق فقط:

يذهب جانب من الفقه ومنهم السنهوري إلى أن التعسف مقصور على الحقوق بالمعنى الدقيق دون . الرخص، ومثالها حرية التعاقد وحرية التملك فعندما تباشر هذه الرخص يترتب بذلك ضرر للغير فلا تكون المسؤولية على أساس فكرة التعسف في استعمال الحق بل على أساس أحكام المسؤولية المدنية[1].

إنه وطبقا لأحكام المسؤولية المدنية، فإن الانحراف في استعمال الرخصة يعتبر مستوجبا للتعويض[2].

ب -سريان نظرية التعسف في استعمال الحق على الحقوق والرخص بصفة عامة:

ذهب جانب من الفقه و منهم جوسران (JOSSERAND)، وأنور سلطان إلى أن مجال تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق هو الحقوق كلها والحريات أو الرخص العامة، فباشتراط المشرع المشروعية الحق أي أن المشروعة، سواء كانت تتمثل في الحق بالمعنى الدقيق أم كانت من الحقوق العامة الممنوحة للجميع.

أي أن التعسف في استعمال الحق يرد على الحق بمعناه القانوني الدقيق كما يرد كذلك على الحريات والرخص العامة فالقانون يحكمها في حالة الاستعمال المشروع وكذلك حالة الاستعمال غير المشروع، وذلك بالحد من التعسف في استعمالها [3]وبهذا نرى أنه لم يجمع رجال فقهاء القانون على أن يستثنوا الحريات العامة من نظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني : أساس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق.

وفي هذا الصدد سوف نتناول اساس نظرية التعسف في استعمال الحق (أولا) ومن ثمة نتناول معايير النظرية (ثانيا).

---

[1]- بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص . 109. بلحورابي سعاد ، المرجع نفسه ، ص . 56 .

[2]-جوسران (OSSER AND): محامي فرنسي ، ولد عام 1968 ، تقلد منصب عميد كلية الحقوق بمدينة ليون، توفي عام . 1941

[3]-بلحورابي سعاد، المرجع نفسه ، ص. ص. 57-58 .

أولا: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق:

تعددت آراء شرح القانون حول أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، فقيل بأساسين هما:

أ- ذهب اتجاه الأول إلى أن الأساس القانوني للتعسف في استعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية إذ يعد التعسف في استعمال الحق خطأ يوجب التعويض، أو إلى أن التعسف في استعمال الحق لا يخرج عن كونه نوا متميزا من أنواع الخطأ وله طبيعة خاصة إذ أنه يرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية، وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي لا مشكلة ضمير فرد كالخطأ التقليدي[1].

ب- خالف هذا التأصيل فريق آخر من الفقه الحديث والذي جعل هذه النظرية ذات كيان مستقل لا يرتبط بالخطأ التقصيري بل يرتبط بفكرة الحق ذاتها، 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 ولذلك فإن التعسف يتوافر. إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذي ينتج عنه الخطأ بالمعنى الفني الدقيق وهو ما يفصم بين التعسف و الخطأ ويخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأ عاما ونظرية أساسية ملازمة في النظرية العامة للحق[2].

ويخلص الدكتور حسن كيرة إلى القول بأن : " فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق وأنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية، و تجاوز في دورها وجزائها الدور والجزاء التعويضي البحث الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية، وأنها لكل أولئك يجب أن تتوافر

[1]-عبد العزيز الصعب ، مرجع نفسه ، ص . 84.

[2]-عمر فخري الحديثي ، المرجع نفسه ، ص . ص . 38 – 39 .

على كيان ذاتي خارج دائرة المسؤولية التقصيرية، تصبح نظرية مستقلة بحد مكانها الطبيعي في نطاق النظرية العامة للحق"[1].

موقف المشرع الفرنسي:

لم ينص المشرع الفرنسي على نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني وبالتالي فلا أساس لهما في هذا القانون إنما كان القضاء الفرنسي يطبق المادة 1382 (ق. م .ف) و المتعلقة بالنص العام للخطأ لتوقيع المسؤولية على المتعسف[2].

موقف المشرع المصري:

جعل المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي من (ق. م. م) الجديد 1948، حيث نصت المادة 4 منه على أن " من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر"[3].

ثم نص في المادة 5 منه على أنه " يكون استعمال الحق غير مشروع في الحالات التالية:

– إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير .

– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصير الغير من ضرر بسببها.

– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة .

و هذا يعني انها نظرية عامة تسري على كل نواحي القانون وأنا بعيدة عن نطاق المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن آراء الفقهاء.

---

[1]-عبد العزيز الصعب ، المرجع نفسه ، ص . 85.

[2]- عبد الرحمان مجوبي ، المرجع نفسه ، ص . 47. و ص. 18.

[3]- محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق"، كلية الحقوق جامعة بنها WWWPDFFACTORY.COMص . 124 و أحمد محمد الرفاعي ، برنامج الدراسات القانونية ، المدخل العلوم القانونية (نظرية القانون) كلية الحقوق جامعة بنها ، ص. 346

موقف المشرع الجزائري:

الدراسة أساس نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري يجب التطرق إلى مرحلتين:

- مرحلة ما قبل تعديل (ق.م) بموجب القانون رقم 05-10[1].
- والمرحلة الحالية.

1-وضع نظرية التعسف في استعمال الحق قبل التعديل :

نص المشرع بعد صدور (ق.أ. ج) على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 41 منه على النحو التالي : يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

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

الانتقاد من الناحية الشكلية:

نظم المشرع النظرية في الباب الثاني من الكتاب الأول من (ق.م) تحت عنوان (الأشخاص الطبيعية والاعتبارية) وتناول النظرية في المادة 41 من الفصل الأول المعنون بالأشخاص الطبيعية ومنه يستنتج أن هذه النظرية لا تسري على الأشخاص الاعتبارية التي خصص لها الفصل الثاني ومن جهة أخرى قد وضع المشرع الجزائري المادة المتضمنة النص على التعسف بين المادة 40 وما يليها وهي مواد تتعلق بأحكام الأهلية ومن المؤكد أنه لا

[1]- قانون رقم 05-10 المؤرخ في20/ 06/ 2005، يعدل و يتمم بالأمر 75 - 58 ، مؤرخ في26/ 09/ 1975يتضمن القانون المديني جر عدد 44 ، الصادرة في26/ 06/ 2005

علاقة بين هاتين المادتين و نظرية التعسف[1] . كما تجدر الإشارة أن المشرع خالف التشريعات العربية الأخرى من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني[2].

الانتقاد من الناحية الموضوعية:

خالف المشرع الجزائري نظيره المصري في هذه النظرية رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامها ، إذ أنه لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي أنه من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عتا ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير ، فنظرية التعسف استثناء من القاعدة العامة على أن الأصل في الأفعال هو الإباحة . كما أنه لم ينص على الجزاء القانوني المترتب عن التعسف في استعمال الحق و هو أمر غريب جعل نص المادة ناقصة و مبتورا [3].

جعل المشرع حالات التعسف على سبيل الحصر باستعمال عبارة "يعتبر استعمال الحق تعسفية في الأحوال التالية : فعبارة (الأحوال التالية) تفيد أن هذه المعايير وارة على سبيل الحصر و بذلك لم يترك الفرصة للقاضي الإمكانية استنباط معايير أخرى للتعسف ، و بذلك يكون قيد حرية القاضي في الاجتهاد [4].

المزايا التي توخاها المشرع الجزائري في تنظيمة لنظرية:

رغم الانتقادات الموجهة إلى المشرع الجزائري إلا أن تنظيم المشرع لهذه النظرية له بعض المزايا التي جاوز با مضمون النظرية في القانون المصري وهي كالتالي:

---

[1]-بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-10 الموافق ل 20 يونيو 2005 ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، العدد 1 سنة 2011 ، ص275.

[2]-بلحاج العربي به مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية , والبداية العماد 4 كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1999 ، ص .690.

[3]-علي عليسليمان ، المرجع نفسه ، ص . 222.

[4]-بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص . 276.

– استعمل المشرع الجزائري عبارة التعسف متفادية بذلك عبارة " العمل الغير المشروع "على عكس كل التشريعات العربية الأخرى.

صاغ المشرع الجزائري النظرية صياغة أعطت لها مدلولا أوسع من المدلول الذي أعطته لها جل التشريعات العربية وخاصة القانون المصري الذي يعد المصدر التاريخي استمد منه هذه النظرية. فالمشرع الوطني لم يستعمل كلمة "يؤى" من المعيار الأول مما أعطى للنظرية مجالا أوسع، وكذلك بالنسبة للمعيار الثاني حيث أسقط كلمة" البتة " فالمشرع المصري قد ضيق في مجال النظرية في هذا المعيار حيث صاغه كالآتي: " إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها" وفي المقابل المشرع الجزائري صاغها كالتالي : "إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير ... " فاشترط فقط اختلال التوازن بينما المشرع المصري اشترط انهيار أو انعدام التوازن[1].

وبالتالي يتضح لنا بأن موقف المشرع الجزائري حول أساس نظرية التعسف أنداك قد كان مبهما فلم ينص عليه ضمن الأحكام المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية ولم ينص عليه كذلك ضمن الباب التمهيدي حتى نقول بأنه أعتبر النظرية مستقلة عن فكرة المسؤولية التقصيرية.

وضع النظرية بعد تعديل القانون المدني [2]:

بعد تعديل القانون المديني غير المشرع موضع النظرية من المادة 41 و التي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر من (ق.م) و أعاد صياغتها لتصبح : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

– إذا وقع بقصد الإضرار .

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

[1]-بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص . ص . 278 – 279 .

[2]-المرجع نفسه ، ص . 283 .

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة. " تقييم موقف المشرع الجانب الشكلي :

لقد تجاوز المشرع الجزائري الانتقادات السابقة و يتجلى ذلك فيما يلي :

– الوقع المختار للنظرية هو المادة 124 مكرر التي تنطبق على الأشخاص الطبيعية و المعنوية حيث أعاد المشرع صياغة المادة 124 و أدخل فيها عبارة الشخص بدلا من عبارة المرء لتنطبق على كل من الأشخاص الطبيعية والمعنوية .

– نجح المشرع الجزائري في اختيار المكان المناسب للنظرية وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، لأن التعسف في استعمال الحق يولد التزام بالتعويض[1].

تقييم موقف المشرع الجزائري من الجانب الموضوعي:

لقد أعاد المشرع صياغة النظرية من جديد لتفيد بأن المعايير الواردة فيها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، ليسمح للقاضي أن يمارس رقابة واسعة على الاستعمال التعسفي للحقوق وتمنح له حرية في استنباط حالات أخرى للتعسف عن طريق القياس والاجتهاد[2].

نقل المشرع النظرية إلى المادة 124 مكرر لم يتجاوز به الانتقادات الشكلية والموضوعية فقط بل حسم الاختلاف الفقهي في أساس النظرية بصفة ضمنية لما نقل النظرية من الباب التمهيدي المعنون " بالأحكام العامة " إلى الفصل الثالث من الكتاب الثاني تحت عنوان" الفعل المستحق للتعويض".

[1]-بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص . 281

[2]-المرجع نفسه ، ص . 283 .

غير أن المشرع في معالجته للأخطاء الشكلية المتعلقة بالنظرية وقع في أخطاء من حيث الصياغة[1]، ولذلك كان المشرع أن يتناول أحكام التعسف دون تحديد طبيعته وذلك باقتراح أن يكون النص على النحو التالي "يعتبر استعمال الحق تعسفية لا سيما في الحلات التالية ..."ويذكر المعايير، أما طبيعته القانونية فلا داعي لذكرها لأنها تفهم من موقع المادة في الترتيب 124 مكرر على أنها صورة من صور الخطأ[2].

ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق:

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

أ- المعيار الشخصي أو الذاتي :subjectif .

معيار قصد الإضرار: يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير حيث أن تطبيقاته تعود جذورها إلى القانون الروماني[4].

وانتقل إلى فقهاء القانون الفرنسي القديم ومن أبرز القائلين به من الفقهاء المعاصرين الفقيه الفرنسي[5] جورج ريبير (Ripert George) [6]، و مقتضى هذا المعيار البحث عن نية الإضرار لدى صاحب الحق عند استعماله[7].

---

[1]- بوبكر مصطفى ، المرجع نفسه ، ص . 285 .

[2]-المرجع نفسه ، ص . 286.

[3]-عبد العزيز الصعب ، المرجع السابق ، ص . ص . 86-87 .

[4]- فتحي الدريني ، نظرية التعسف ، مرجع نفسه ، ص . 317 .

[5]- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري ، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و التشريع المصري ، دار الخلدونية للنشر ، ط1 ، الجزائر ، 2010، ص . 729.

[6]- جورج ريبر (Ripert George): أستاذ قانون وسياسي فرنسي ، و فقيه بارز ، صاحب العديد من الأطروحات ، ولد في1880/04/22، تولى منصب عميد كلية الحقوق بباريس.تقلد وزير الدولة للتعليم و الشباب وتوفي عام 1958/07/04 بباريس.

[7]- فتحي الدريني ، نظرية التعسف ، مرجع نفسه ، ص . 317.

بحيث يجب توافر هذه الأخيرة حتى يعتبر الفعل تعسفية ، ولا عبرة بالأضرار اللاحقة بالغير جراء استعمال الحق إن لم تكن مقصودة ، ولقد كانت محكمة كولمار (Colnar) الاستئنافية أول من قال في القضاء الفرنسي بوجوب المساءلة عند توافر نية الإضرار ، وذلك في حكم لها صادر بتاريخ1855/05/02حيث قضت بإدانة المالك الذي أقام مدخنته فوق سطح منزله في مواجهة نافذة جاره بقصد إيذائه[1]، و قد أخذ القانون الفرنسي هذه الفكرة حيث ذهب الفقيه دومات (Donnat) [2]إلى أن الشخص يكون متعفا إذا قصد الإضرار بالغير[3]، وبما أن إثبات النية أمرا عسيرا تم الاستعانة بقرائن تدل على وجود نية الإضرار كانتفاء المنفعة أو تفاهتها ، فمعيار قصد الإضرار يقوم على نية الإضرار الثابتة أو المفترضة ، ومن أبرز من نادي بهذا المعيار الفقيه "مازو" و الفقيه "بودان"[4] .

2- معيار انعدام الدافع المشروع: هو المعيار الشخصي الذي جاء به حامل لواء نظرية التعسف في استعمال الحق [5]في العصر الحديث الفقيه " جوسران " "jossrant" عند تحققه من عدم فعالية معيار الهدف الاجتماعي والذي سوف نتناوله بالدراسة ضمن المعايير الموضوعية ، و يقول الفقيه "جوسران " في هذا الصدد أن التصرف يكون عادي أو مشوب بالتعسف إذا كان يحمل في طياته باعث أو هدف غير مشروع .

وإن هذا الهدف المشروع هو الذي بدوره سيشكل الحجر الأساسي لنظرية التعسف في استعمال الحتي فهذا المعيار يقترب بشكل كبير من المعيار التقليدي لنظرية التعسف في استعمال الحق و هو معيار قصد – الإضرار ، بحيث أن معيار الباعث المشروع يجر معه علنية البحث عن النوايا لجعله أداة لتطبيق معيار الهدف الاجتماعي ، لكن هذا المعيار أنتقد بشدة و بقي معيار

---

[1]- عبد الرحمان مجوبي ، المرجع نفسه . ص . 30. وبلحورابي سعاد ، مرجع سابق ، ص .69.

[2]-دومات (Domat): هو قانوني و فيلسوف سياسي فرنسي ، من مواليد 1530 ، عضو برلماني في باريس و أستاذ القانون في تولوز ، اشتهر بنظريته عن السيادة توفي سنة 1956.

[3]- بريكي حجيلة ، مرجع نفسه ، ص . 23.

[4]- عبد الرحمان مجوبي ، المرجع نفسه ، ص . ص .30 – 31. و بريكي حجيلة ، المرجع و الموضع نفسه .

[5]- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، ص . ص . 326

قصد الإضرار هو المعيار الوحيد الثابت كمعيار شخصي للتعسف في استعمال الحق في الفقه الأوربي [1].

ب-المعيار الموضوعي أو المادي:

ويقوم على النظر في مال التصرف و الموازنة بين المصالح و المفاسد المترتبة على التصرف بالحق و ذلك من خلال :

1- معيار الهدف الاجتماعي: بعد الانتقادات التي وجهت إلى المعيار الشخصي من تضييقه لنظرية التعسف ، وما يؤدي إليه من تحكم القضاة ، فقد ذهب الفقيه "سالي" (salielles) [2] إلى أن القاعدة الأساسية للتعسف في استعمال الحق ، تتمثل في الإستعمال الغير طبيعي له[3]، و الذي يتحدد بالظروف البيئية بما فيها العرف و هو نفس نفس ما ذهب إليه الفقيه "OssCrand" ، حيث أنه يتفق مع الفتية " سالي" في اعتبار التعسف تو استعمال الحق على وجه ينافي الغرض الاقتصادي و الاجتماعي الذي شرع من أجله غير أنه يعتبر الحق في ذاته و وظيفة اجتماعية و ليس وسيلة لتحقيق غرض أو غاية[4] ، ومن ثم فإنه يجب أن تبقى الحقوق في إطار الوظيفة التي ترتبط بها و إلا يكون صاحب الحق متعسفا[5]، غير أن هذا المعيار لم يسلم من النقد ، نظرا لصعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق.

2- معيار انعدام المصلحة المشروعة: فأمام صعوبة اثبات نية الإضرار التي يقوم عليها المعيار الذاتي و نظرا التضييقه من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق ، فقد ذهب جمع

---

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

[2]-سالي (salielles): أحد فقهاء القانون الفرنسي ، ولد عام 1855 ، قام بدراسة عن الجريمة الاجتماعية باريس عام 1898 ، ساهم في دراسة العمل القانوني في (ق. م.) 1901 ، توني في03/03/ 1912بباريس

[3]-عبد الرحمان مجوبي ، المرجع نفسه ، ص . 31.

[4]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، ص . ص . 322 - 323.

[5]-شوقي بناسي ، مرجع نفسه ، ص . 735.

جيني (jeny): الفقيه جيني واشتهر هذا الفقيه الفرنسي بمذهب "العلم والصياغة ولقد نشأ هذا العلم في القرن العشرين على يد جيني وهو عبارة عن جملة من الآراء الصحيحة من النظريات السابقة، ويرى جيني أن علم القانون علم معقد، و أن فكرة تحليل هذا العلم يكون على أوجه رئيسية هي عنصر العلم من جهة، وعنصر الصياغة من جهة أخرى .

من الفقهاء من أبرزهم "سالي "(salielles) و "جيني" (jeny) [1]إلى القول بأن الحقوق ليست غايات في حد ذاتها بل هي وسائل ممنوحة لأصحابها لتحقيق مصالح و هذه المصالح لا تكون محمية بالقانون إلا إذا كانت مشروعة و على ذلك يكون صاحب الحق متعسفة في استعمال حقه إذا كان يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة"[2]. وتكون كذلك إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون و تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة.

ج معايير النظرية في التشريعات الحديثة:

معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري: لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من (ق.م. ج)[3] ، و التي يتضح من خلال نصها أن المشرع اخذ بثلاثة معايير وقد وردت على سبيل المثال لا الحصر بالإضافة إلى معيار رابع نص عليه في المادة 691 من (ق.م. ج) و هذه المعايير كالتالي :

– **معيار قصد الإضرار بالغير:** نص المشرع الجزائري على هذا المعيار في الفقرة الأولى من المادة 24 مكرر و هو من اظهر صور التعسف في استعمال الحق ، تكون نية الإضرار الباعث الوحيد لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه ولما قصد الإضرار صعب الإثبات فإن القضاء يعتبر انعدام المصلحة قرينة على قصد الإضرار[4] لكن هذه القرينة قابلة الإثبات العكس.

– **معيار ترجيح الضرر على الفائدة:** هذا المعيار مادي يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق إنما هو معيار موضوعي ينظر من خلاله إلى نتائج

---

[1]-جيني (jeny): الفقيه جيني واشتهر هذا الفقيه الفرنسي بمذهب "العلم والصياغة ولقد نشأ هذا العلم في القرن العشرين على يد جيني وهو عبارة عن جملة من الآراء الصحيحة من النظريات السابقة، ويرى جيني أن علم القانون علم معقد، و أن فكرة تحليل هذا العلم يكون على أوجه رئيسية هي عنصر العلم من جهة، وعنصر الصياغة من جهة أخرى .

[2]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف ، مرجع نفسه ، ص . ص . 320 – 321 .و شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص .ص.732 – 733.

[3]-انظر ص 21 من هذا البحث .

[4]-بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع نفسه ، ص . 126 .

استعمال الحق ، و قد نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر بقوله: " إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير " .

فهذا المعيار يعتبر الشخص متعسفة حتى ولو كانت له مصلحة من استعمال حقه و ذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير ، فترجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد ويصبح بذلك . استعمال الحق تعسفيا[1].

- **معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:** نص عليه المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر ، وهو معيار موضوعي في أساسه وإن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية ، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو كانت تتعارض مع النظام العام و الآداب العامة[2] .

- **معيار الضرر الفاحش:** نص عليه المشرع الجزائري في المادة 691 من (ق.أ. ج) على ما يلي:"يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، و ليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في هذا العرض و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي خصصت له "، وهذا المعيار خاص بتنظيم العلاقات الجوارية أعتبره المشرع الجزائري كمعيار رابع للتعسف في استعمال الحق و مقتضاه أن الشخص يكون متعسفة إذا تجاوز في استعماله لحقه ما تعارف عليه الناس في استعمال حقوقهم[3].

2-معايير في استعمال الحق في التشريع المقارن :

كما سبق الذكر فإن نظرية التعسف في استعمال الحق قد تم النص عليها في أغلب تشريعات العالم الغربية و العربية منها ، إلا أنها قد اختلفت في تحديد معاييرها : فنجد معظم

[1]-علي فيلالي ، الالتزامات ، العمل المستحق للتعويض ، موقع للنشر ، الجزائر ، 2002، ص . 58 .

[2]-شوقي بناسي ، المرجع نفسه ، ص 746.

[3]-شرقي سعدية ، المرجع نفسه ، ص .29. و مجوبي عبد الرحمان ، المرجع نفسه ، ص . ص . 42-43.

التشريعات الغربية اعتمدت على معيار نية الإضرار لاعتبار الشخص متعسف في استعمال حقه و ذلك التأثير المذهب الفردي عليها نذكر منها القانون الألماني الذي قصر النظرية على المعيار الذاتي و هو قصد الإضرار، في حين نجد القانون السويسري أكثر توسعا في نصه في المادة الثانية من القانون المدني[1]، كما أن بعض التشريعات الأخرى أخذت بالمعيار المادي وحده وهو ما ذهب إليه القانون السوفياتي و القانون البولوني وذلك راجع للمذهب المتبع لديهما.

– أما بالنسبة للتشريعات العربية فنجدها تنص على المبدأ العام بأن من يستعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسؤولا عما يحدثه من ضرر للغير و هو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 04 من قانون المدني ثم نص على المعايير كاستثناءات على المبدأ العام في المادة الخامسة و هي:

أ– إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب – إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

ج– إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ، وتقابل هذه المادة في القانون السوري المادة 06 [2]أما بالنسبة للقانون الأردني و الإماراتي فقد نص على النظرية تحت عنوان إساءة استعمال الحق و ذلك بالمادتين 66 من (ق.م.أ) و المادة 106 من قانون المعاملات الإماراتي و المعايير المعتمدة لديهما نفسها في القانون الجزائري و القانون المصري أضاف عليها معيار رابع وهو " تجاوز ما جرى عليه العرف و العادة "[3].

من مجمل ما سبق يمكن القول أن نظرية التعسف في استعمال الحق من أعرق النظريات استوت أصولها في الشريعة الإسلامية وتطورت وانتشرت في القوانين الغربية لها

[1]-راجع : النص الكامل للمادة في شرقي سعدية ، المرجع نفسه ، ص . 29.

[2]-علي علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص ص . 222 – 223.

[3]-أنظر شامش رقم 3 في بلحورابي سعاد ، مرجع نفسه، ص .71. و ليندا حامد ملكاوي ، مرجع نفسه ، ص143.

أسس تقوم عليها و معايير تضبطها والتي يمكن الحكم على الفعل إذا ما كان تعسفيا من خلالها ، وهذا ما يساعدنا على معرفة صور تعسف الزوجة في استعمال حق اخلع الذي يكون محل دراستنا في المبحث الثاني .

المبحث الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع:

إن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الرجل يوقعه عند وجود ما يقتضيه أو إذا ساءت العشرة و أصبح بغض زوجته و لكن الشارع الحكيم لم يمهل جانب المرأة و شرع لهما طريقة لحل الرابطة الزوجية إذا أصبحت لا تحل فيها استقرارها ، فجعل لها أن تفتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضا له لما دفعه لها و هذا الاعتداء ما يسمى بالخلع ، ويكون بالإرادة المنفردة للزوجة وبذلك لا يكون الزوج دائما في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية على العكس قد تكون هذه المسؤولية على عاتق الزوجة. فهل يمكن أن تتعسف الزوجة في استعمال حق الخلع ؟ بالمعنى الذي عرفناه في المبحث الأول .

و للإجابة على هذا السؤال سوف نتطرق في هذا المبحث إلى : مفهوم الخلع و أحكامه (مطلب أول) وكذا موقف المشرع الجزائري (مطلب ثاني) وفي (مطلب ثالث) نماذج المسألة في دراسة ميدانية و العينة مأخوذة من محكمة مستغانم بولاية مستغانم .

المطلب الأول: مفهوم الخلع و أحكامه.

إن المشرع الجزائري لم يتعرض الموضوع الخلع من جميع جوانبه واكتفى بالنص الوحيد فيه و هو نص المادة 54 منه [1] المعدل و المتمم بالأمر 02 / 05 المتعلق ب (ق.أ. ج)[2]، لذلك وطبقا لنص المادة 222 من نفس القانون التي تنص على أن :"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه لإحكام الشريعة الاسلامية ، ومن ثم كان لازم الرجوع إلى الشريعة

[1]-قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة

[2]-الأمر 02 /05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة الجزائري الجريدة الرسمية 15، المؤرخة في 27 فيفري2005.

الاسلامية لمعرفة تعريف الخلع (الفرع الأول) وبيان أحكامه وأدلته (الفرع الثاني) و تكييف الخلع الفقهي حول اذا ما كان طلاق ام فسخا ؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الخلع.

نحاول من خلال هذا الفرع بيان تعريف الخلع لغة (أولا) وتعريفه الاصطلاحي والشرعي (ثانيا).

أولا : الخلع لغة : الخاء و اللام و العين أصل وأحد . وهو مزايلة الشيء الذي كان يشتمل به أو عليه[1] واخلع النزع و التجريد و الإزالة ، فخلع الرجل ثوبه أي : أزاله[2] . وفي حديث كعب بن مالك " **إن من توبتي أني أنخلع من مالي صدقة** " أي أتجرد منه [3]وجاء في شرح الحديث أيضا أنه يعني : أخرج من جميعه و أتصدق به و أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا أخلع ثوبه [4]. ونجد : تخالع القوم : نقضوا الحلف و العهد بينهم.

وفي الحديث:" من خلع يدا من طاعة لقي الله يوم القيامة لا حجة له " [5]: أي من خرج عن طاعة سلطانه وعدا عليه لقي بالشر، و الخلع في أصل اللغة يعني الفضائل و الأخلاق الحميدة ، فيقال رجل خليع كما يعني النزع و العزل كأن يقال خلع الشعب الملك : أي أنزله من على عرشه [6].

---

[1]-عامر سعيد الزيباري ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، بيروت، لبنان ، 1997 ، ص. 47

[2]-ابن منظور، لسان العرب ، ج8 ، ط1 ، دار صادر ، بيروت، لبنان (ب. س. ن) ، ص .86

[3]-البخاري ، مرجع نفسه ، ص . 1014، حديث 2607 .

[4]-أحمد عبد العال الطهطاوي ، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق و الظهار ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003، ص . 7.

[5]-مسلم ، صحيحه ، ج 3 ، ص .1473 .

[6]- منال محمود المشني ، الخلع في قانون الأحوال الشخصية (أحكامه ، أثاره) ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 2008، ص. 32.

ويعني أيضا الفزع و الخوف كأن نقول : رجل مخلوع الفؤاد[1]. وفي : خلع الشجرة : سقط ورقه ، وخلع ابنه : تبرأ منه[2]– وللخلع معاني شئ لا تعد ولا تحصى[3].

وعموما أن الشائع في الخلع بفتح الحاء مصدر قياسي " خلع" و يستعمل في الأمور الجنسية فيقال خلعت خلعا أي نزعته مصداقا لقوله تعالى : **فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَىٰ * إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ ۖ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى** " [4] و الخلع في هذه الآية بمعنى النزع ، و في الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعة إذا أزال زوجيتها وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه.

واخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين لكن الخلاف في أنه حقيقي في إزالة الزوجية أو ما جاز اعتبار أن المرأة للرجل والعكس صحيح، لقوله تعالى : **هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ** ۗ[5] فأستعير لفظ لفظ الخلع فحل ما بينهما من الرابطة التي جعلت أحدهما لباسا للاخر[6] وهذا وقد قال الفقهاء : إن العرف خص استعمال الخلع بفتح الخاء في إزالة غير الزوجية[7] و الخلع بالضم في إزالة الزوجية ومن خلال هذا التعريف يتضح أن مصطلح الخلع

---

[1]-أحمد عبد العال الطهطاوي ، المرجع نفسه ، ص . 8.

[2]-أيت شاوش دليلة ، إنماء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة بين الفقه الإسلامي و (ق.أ. ج) و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية)، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 ، ص 298.

[3]-أحمد عبد العال الطهطاوي ، المرجع نفسه ، م . م . 7– 11.

[4]-سورة طه ، الآية 11 –12.

[5]-سورة طه ، الآية 11 –12 .

[6]-– مصطفى عبد الغني شيبة ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق و أثاره) ، ط1 ، (ب. د. ن) ليبيا ، 2006 ، ح .80.

[7]-نورة منصوري ، التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، 2002 ، ص.101 ، جمال جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، الخلع في الشريعة الإسلامية (دراسة فقهية مقارنة) ، ب ط ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ص . 26 ، باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ، دار الحمادي ، عين مليلة الجزائر، ص ..؟

ينطوي على عدة معاني إلا أن المتداول بين رجال القانون هو استعماله للدلالة على فك الرابطة الزوجية من قبل الزوجة [1]

بمال تدفعه لزوجها تعويضا له لما دفعه لها[2] وبالتالي نقول : خالعت المرأة بعلها إرادته على طلاقها ببدل منها فهي اختلعت منه فهي مختلعة [3].

ثانيا: الخلع اصطلاحا.

أ-**اصطلاحا:** الخلع هو إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه في مقابل بدل مع قبول الزوجة[4] ويقول الإمام أبو زهرة في تعريفه له "الخلع يجيء على ألسنة فقهاء الشريعة فيراد به أحيانا معنى عام و هو الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها ، وتقدمه لزوجها سواء كان بلفظ الخلع أو كالمبارأة أو كان بلفظ الطلاق ، و هذا هو الشائع عند الكثيرين الآن ، وأحيانا يطلق و يراد به معنى خاص و هو الطلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة و هذا كان شائعا على ألسنة المتقدمين من الفقهاء ... ونحن نختار إرادة المعنى العام"[5].

و يعرف أيضا على أنه : إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة و المباينة و المفارقة[6] وعرفه الدكتور بلحاج العربي بقوله : " هو أن يتفق الرجل

---

[1]-شكال وردة ، حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية ، مذكرة ماستر ، (ق.أ. ج)، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015، ص. 46.

[2]- نسيمة عبدي ، الخلع على ضوء الشريعة و قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر ، قانون الأسرة كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015 . ص . 5.

[3]- أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلاته العلمية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه ، (ب ط) ، دار الكتب القانونية ، مصر 204، ص .14.

[4]-عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية (فقه و قضاء الزواج) ط 1 ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، (ب . م . ن) 1984، ص . 303 .

[5]-محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط3، دار الفكر العربي للطباعة والنشر ، (ب. م. ن)، 1957، ص.329.

[6]-أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق و حقوق الأولاد و نفقات الأقارب) ، (ب ط) ، الدار الجامعية للطباعة و النشر بيروت ، 1998، ص. 134 .

و المرأة على الطلاق مقابل مال تدفعه الزوجة تزوجها و ذلك كأن تقول الزوجة لزوجها (خالعني على صداقي أو على 5000 دينار فيقول قبلت ، تحقق الخلع) ولا فرق في إيجاب اخلع أن يكون من قبل الزوج او من قبل الزوجة ، غير أن الفرقة لا تقع إلا بعد القبول لأن الخلع عقد على الطلاق بعوض لا يستحق العوض بدون القبول "[1]. وقد افادت هذه التعاريف أمورا:

1- أن تكون الزوجية قائمة حقيقية أو حكمة : فلا يصح الخلع في الزواج الفاسد كخلع المرتدة او خلع المطلقة طلاق بائنا.

2- قبول المرأة للخلع لأنه يعتبر من جانبها معاوضة و المعاوضات يلزم فيها قبول من يلتزم بدفع العوض.

3- أن يشتمل على بدل من جانب الزوجة لأنه ركن لصحة الخلع.

4- أن يذكر رفض من الألفاظ الصريحة في معنى الخلع أو الكنايات عنه كالإبراء و الاقتداء حتى يختلف عن الطلاق على مال لأن لكل منهما أحكامه[2] . والخلع الذي أباحه الإسلام مأخوذ من خلع الثوب إذا أزاله لأن المرأة لباس للرجل و الرجل لباس لها لكن تعريفات الفقهاء المسلمين للخلع متباينة تبعا لاختلافهم في تكييفه، سنعرض ك؟ بالتفصيل الموجز[3]:

1- عند المالكية: هو طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ إذ كان بينة الطلاق فيقع بائنا و تلزم الزوجة بالتعويض[4] و يكون التعويض من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع وهذا يدل على أن الخلع عند المالكية نوعان بعوض أو بغير عوض إذا

---

[1]-بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج 1 ، الزواج و الطلاق ، ط3. ديوان المطبوعات الجامعية بين عكنون ، الجزائر ، 2004، ص ، 262 . وكان الخلع بهذا التعريف قبل تعديل (ق.أ. ج) بالأمر 02/05، لكن بعد التعديل لم يعد اتفاقي بإرادة الزوجة المنفردة .

[2]-بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، ط2، مطبعة دار التأليف ، مصر ، 1961 ، ص . ص.269

[3]-منال محمود المشني ، المرجع نفسه ، ص . 39.

[4]-منصوري نورة ، المرجع نفسه ، ص 104.

اقترن بلفظ الخلع كأن يقول لهما خالعتك فتقبل و النوع الثاني أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل ما على أن يطلقها فتقع به طلقة بائنة و لو لم يقترن بلفظ الخلع [1]فاخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض فعرفه أحد تلامذة الإمام ابن عرفة المالكي بقوله: "هو عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض"[2] .

2-عند الشافعية: هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل[3] ، وعفوه أيضا على أنه " فرقة بين الزوجين و لو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج ". ويعبرون عنه بلفظ المفاداة في أغلب كتبهم دون تحديد نوع الفرقة فيه و لعل ذلك راجع إلى اختلافهم في اعتباره ، فيراه البعض فسخ ، كما ذهب إليه الشافعي في القديم في حين يرجح البعض الآخر أنه طلاق على ما قاله الشافعي في مذهبه الجديد بشرط أن يكون بلفظ الطلاق أو نيته وإلا فهو فسخ عندهم بالاتفاق[4].

3-**عند الحنفية:** إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه [5]، و القبول هنا يدل على أن الخلع يكون بدل لذلك لزم قبولها.

4-عند الحنابلة: فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة [6] و مقتضى التعريف أن الخلع عندهم لا يكون إلا بعوض ، و هو رواية عن أحمد و يفرقون بين الخلع والطلاق على

---

[1]-وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته (الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية و أهم النظريات الفقهية)، ج7، الأحوال الشخصية ط2، دار الفكر ، دمشق 1985، ص.ص.480 481.

[2]-– لحسين بن الشيخ أث ملويا ، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة لطباعة والنشر ، الجزائر 2013، ص. 15.

[3]-آيت شاوش دليلة ، المرجع نفسه ، ص 298.

[4]- إسماعيل موسى مصطفى عبد الله ، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجيستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين ، 2008، ص . ص . 23-24.

[5]- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي ، ق أج حسب آخر تعديل له رقم 0509 المؤرخ في 04 ماي 2005) ط 1 ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر 2007، ص . 266.

[6]-رواط رزيقة ، زرارقة فاطمة الزهراء ، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية ، كلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، 2015 ، ص .14.

مال [1]و الراجح عند الحنابلة أن العوض ركن في الخلع لا يصح بدونه إلا إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته فيقع طلاق رجعية [2].

5-عند الجعفرية: "طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج " ومن جملة هذه التعريفات نخلص إلى أن الخلع هو : بذل المرأة العوض على فراقها بألفاظ مخصوصة ، وهو يندرج تحت الأصل العام من كراهية مفارقة الزوجين أحدهما للآخر دون مبرر شرعي معقول و إلا كان الخلع تعسفية [3].

الفرع الثاني: حكم الخلع و أدلة مشروعيته:

سنتطرق في هذا الفرع إلى حكم الخلع (أولا) ودليل مشروعيته من الكتاب و السنة والإجماع (ثانية).

أولا : حكم الخلع:

طلب الخلع فعل من أفعال المكلفين تعتريه الأحكام الخمسة من الوجوب أو الندب أو التحريم أو الكراهة . أو الإباحة [4]. فاختلف الفقهاء في حكم الخلع حسب وضع المرأة و حالتها الزوجية وقت طلب الخلع فذهب الجمهور إلى أن الأصل في الخلع أنه مكروه فقال ابن الهمام و الأصح حضره إلا لحاجة " ويكون حراما إذا طلبته الزوجة من غير سبب لقوله : " كل امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما سبب فحرام عليها رائحة الجنة [5]و الخلع نوع من أنواع

---

[1]- عامر الزيباري ، المرجع نفسه ، ص.51.

[2]-وهبة الزحيلي ، المرجع نفسه ، ص. 481 .

[3]-عمر فخري الحديثي ، المرجع نفسه ، ص . 257 .

[4]- رفيق محمد عبد الحكيم الصافي ، نقاط الافتراق في فقه الطلاق (دراسة مقارنة بين المذاهب الخمسة) ، (ب ط)، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، 2011، ص 64 .

[5]-أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، سنن أبي داوود ، كتاب الطلاق ، باب الخلع ، طبع دار الحديث ، القاهرة ، (ب.م.ن، ص. 516 .د بم عيسى بن سورة الترمذي ، كتاب الطلاق و اللعان ، باب ماجاء في المختلعات ، حديث1191 ، طبع دار الفكربيروت، (ب.م.ن) و ص .402 . أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، المرجع نفسه ، كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع للمرأة ، حديث 2055 ، ص .662 . عبد الله بن عبد الرحمان الدرامي السمرقندي ، سنن الدرامي

الطلاق و يكون مباحا : إذا كرهت المرأة زوجها و خافت ألا تؤدي الحقوق الزوجية[1]. ويكون مستحب إذا كان الزوج مقطأ في حقوق الله فقد جاء في فقه الحنابلة " وهي كهو في أن تختلع إن ترك حق الله تعالى " [2]ويكون واجبة في حالة كراهة الزوجة الشديدة لزوجها وتخشى أن لا تقيم حدود الله و الراجح أن عامة أهل العلم أخذو بكراهيته – والكراهة لا تنافي الجواز – إلا ما ذكر عن بكر بن عبد الله المزني[3] .

ثانيا : أدلة مشروعيته :

قبل الحديث عن أدلة مشروعيته في الشريعة الإسلامية ينبغي الإشارة إلى أن الخلع وقع في الجاهلية وقد روي عن عامر بن ضرب أنه زوج ابنته من ابن أخيه عامر ابن الحارث فلما دخلت عليه نفرت منه فشكى إلى أبيها فقال : لا أجمع عليك فراق أهلك و مالك و قد خلعتها منك بما أعطيتها [4]. أما في الإسلام فقد ورد عليه النص في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وإجماع الصحابة [5].

أ– في القرآن الكريم :

لقوله سبحانه و تعالى : " **إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ** [6]. فهذه الآية صريحة في جواز الخلع و هو الاقتداء بالمال في حالة الخوف من

، كتاب الطلاق ، باب النهي عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، حديث 2270 ، نشر دار الرياض للتراث ، دار الكتاب العربي اللبناني ، لبنان ، ب . س. ن) ، ص.216.

[1]-عامر سعيد الزيباري ، المرجع نفسه ، ص . ص . 66–68.

[2]-رفيق محمد عبد الحكيم الصافي ، المرجع نفسه ، ص. 66 .

[3]-جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص .33 .

[4]-منال محمود المشني ، المرجع نفسه ، ص 44 ، تقي الدين الهلالي ، أحكام الخلع في الإسلام ، ط2، المكتب الإسلامي بيروت ، 1395، ص. 46 ، وهذا هو أول خلع في دنيا العرب

[5]-مصطفى عبد الغني شيبة ، المرجع نفسه ، ص . 80 ، وهبة الزحيلي ، المرجع نفسه ، ص . 482 ، مبروك المصري ، الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر ، (ب . س.ن)، ص . 266 .

[6]-سورة البقرة ، الآية 229 .

عصيان الله بعدم إقامة حدوده . لقوله تعالى : **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا**"[1]. وجه الدلالة من الآيتين أنه يجوز للمرأة أن تفتدي نفسها بالمال مقابل أن يطلقها في حالة بغضها الشديد له و الذي قد يدفعها إلى عدم إقامة حدود الله و الآية الثانية تحيز للزوج أخذ البدل عوضا عن الفراق[2] .

ب-السنة النبوية

ما روي عن ابن عباس الي قال :" **عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتردين عليه حديقته ؟ قالت : نعم ، قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة** "[3].

وجاء في رواية أخرى : **عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها أخبرته عن حبيبة بنت سهل الأنصاري أنها كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله قال ما شأنك قالت لا أنا ولا ثابت بن قيس لزوجها فلما جاء زوجها ثابت بن قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ**

---

[1]- سورة النساء ، الآية 4.

[2]-محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية) ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008 ، ص. 1.305.

[3]-البخاري ، ج 3 ، المرجع نفسه، كتاب الطلاق ، حديث رقم 5273 ، ص . 406 .

منها فأخذ منها وجلست في بيت أهلها"[1] فكان هذا أول خلع في الإسلام ، و روي أنه سبب نزول آية الغداء المذكرة سالفة [2].

ج- الإجماع :

ز الخلع و يستدل

على ذلك من عمل الصحابة ، فما روي عن عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته قالت :"كان لي زوج يقل على الخير إذا حضر و يحرمني إذا غاب ، قالت وكانت مني ذلة يوما ، فقالت : أخلع منه بكل شيء أملكه ، قال : نعم ، قالت، ففعلت . فخاصم عي معاذ بن عفراء إلى عثمان لي فأجاز الخلع و أمره أن يأخذ ما – دون عقاص الرأس" [3].

من المعقول:

في حالة تشاقق الزوجين و خوفهما ألا يقيما حدود الله و في حالة البغض الشديد للزوج من طرف زوجته أجاز لها الشرع أن تفتدي منه بما أعطاها و لا حرج على الزوج في أن يأخذ ذلك ليطلقها أما إذا لم يكن لها عذر و سألت الافتداء فقد قال رسول الله : " **أَيُّمَا امْرَأَةٍ سَأَلَتْ زَوْجَهَا طَلاقًا** فِي غَيْرِ **مَا** بَأْسٍ فَحَرَامٌ عَلَيْهَا رَائِحَةُ الْجَنَّة " وفي حديث آخر قال:" **المختلعاتُ هنَّ المنافِقات** "[4] .

وعن ابن عباس أن النبي قال :" **لَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا الطَّلَاقَ فِي غَيْرِ كُنْهِهِ ، فَتَجِدَ رِيحَ الْجَنَّةِ وَإِنَّ رِيحَهَا لَيُوجَدُ مِنْ مَسِيرَةِ أربعين عاما**"[5]، ويكره الخلع لأنه طلاق بالنظر إلى

---

[1]- مالك بن أنس ، الموطأ ، باب ما جاء في الع ، ط1 ، دار الإمام مالك للطباعة و النشر باب الوادي ، الجزائر ، 2013م – 1434 هـ، حديث رقم 1184 ، ص . 316 .

[2]-تقي الدين الهلالي ، المرجع نفسه ، ص .46 .

[3]-جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص. 39. و عقاص الرأس خيوط تفتل من الصوف و تصبغ و تصل به المرأة شعرها ، نفس المرجع و الموضع .

[4]-سنن الترمذي ، المرجع نفسه ، حديث 1186 ، ص . 492 .

[5]-سنن ابن ماجة ، المرجع نفسه ، حديث 2054، ص .662 .

أصله لقوله ﷺ :" **أبغض الحلال إلى الله الطلاق**"[1]. فلقد ذم رسول الله و المرأة التي تطلب الخلع من غير ضرورة تدعو إليه ، لأن الخلع بدون سبب فيه مضرة على الزوجين و قد قال النبي ﷺ :" لا ضرر ولا ضرار " و المرأة التي تريد أن تختلع من دون مبرر تكون من الذواقات قال رسول الله ﷺ :" **لا تطلقوا النساء إلا من ريبة، إن الله تبارك وتعالى لا يحب الذواقين ولا الذواقات** "[2].

وفي حديث آخر قال : " **المُخْتَلِعَاتِ والمنتزعاتِ هُنَّ المُنافِقَاتُ** [3] " . وكذلك يكره أو يحرم على الرجل أن يعضل زوجته و يضر بها لتفتدي نفسها منه .

لقوله تعالى: **(وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَن يَأْتِينَ** بِفَاحِشَةٍ **مُّبَيِّنَةٍ** ۚ..)[4].

و الخلاصة أنه لا يجوز للزوج أن يضيق على زوجته ليدفعها إلى الاقتداء منه كما لا يجوز للزوجة أن تخالع زوجها من دون سبب فالله سبحانه و تعالى جعل حسن العشرة من حدوده و أن من تعداها فهو من الظالمين لقوله تعالى : "**تِلْكَ حُدُودُ اللهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ** الظَّالِمُونَ"[5] .

الفرع الثالث: مذاهب الفقهاء في تكييف الخلع (هل هو طلاق أم فسخ) .

اختلفت آراء الفقهاء في تكييف الخلع فهناك من اعتبره طلاق و هناك من اعتبره فسخ و لذلك انقسمت الآراء الفقهية إلى فريقين في هذه المسألة :

الفريق الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الخلع طلاق لا فسخ و ذهب إلى ذلك عثمان بن عفان ، وابن مسعود و علي ، و روي ذلك عن سعيد بن المسيب و الحسن البصري و غيرهم

[1]-المرجع نفسه ، حديث رقم 2018 ، ص. 650 .

[2]-سعيد الزيباري ، المرجع نفسه ، ص 82.

[3]-مسند الإمام أحمد، ص .414، حديث رقم 9094 .

[4]-سورة النساء ، الآية 19.

[5]-سورة البقرة ، الآية 229.

و إليه ذهب الحنفية و المالكية و هو القول الجديد عند الشافعية و رواية عن أحمد و هو قول الظاهرية و ما استقر عليه جمهور العلماء[1] .

واستدلوا بقوله تعالى : " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**" ووجه الدلالة أن الله عز وجل ذكر الخلع بين طلاقين فعلم أنه ملحق بهما[2] .

واستدلوا كذلك من السنة بما رواه البخاري في صحيحه ، عن عكرمة ابن عباس رضي الله عنهما أن الرسول في قصة ثابت بن قيس قال : "**اقبل الحديقة وطلقها تطليقة**" [3] فقد جعله ﷺ الخلع طلاق [4].

وفي حديث أبي سعيد التي قال : قال رسول الله ﷺ: " تردين عليه حديقته ويطلقك ؟ " قالت نعم و أزيده قال : " ردي عليه حديقته و زيديه " . و جاء في موطأ الإمام مالك عن الربيع أنه قال : أخبرنا الشافعي فقال : ... عن أم بكرة الأسلمية أنما اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد ثم أتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال : هي تطليقة إلا أن تكون قد مميت شيئا فهو ما مميت ، قال محمد : و كذا نأخذ الخلع تطليقة بائنة إلا أن يكون سمي ثلاثا أو نواها فتكون ثلاث[5] .

و بما أنه يجوز أن يكون الصداق و غيره بدلا للخلع ، فلو كان فسخا لما جاز على غير الصداق لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل[6] .

الفريق الثاني : ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الخلع فسخ العقد و ليس طلاق ، إلا إن سمي تطليقة فهي كذلك و بالتالي لا ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته و هو رواية عن ابن عمر وهو مذهب الشافعي القديم و ما ذهب إليه أحمد بن حنبل في الرواية

---

[1]-عمار سعيد الزيباري ، المرجع نفسه ، ص . 222 .

[2]-جمال عبد أوهاب عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص . 111 – 112.

[3]-البخاري ، المرجع نفسه ، حديث رقم 4971 ، ص 2021 .

[4]- جمال عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص. 112 .

[5]-آيت شاوش دليلة ، المرجع نفسه ، ص . 329 .

[6]- المرجع و الموضع نفسه .

الثانية عنه و طاووس و ابن عباس و عكرمة[1] وأبو ثور و إسحاق و الإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه [2] و استدلوا بالكتاب و السنة .

فمن الكتاب قوله تعالى : " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**" ووجه الدلالة أن الله عندما ذكر الطلاق ذكره مبين " الطلاق مرتان " ثم ذكر بعده الافتداء " فلا جناح عليهما فيما افتدت به " ثم ذكر الطلقة الثالثة " فإن طلقها فلا تحل له من بعد " فلو كان الخلع طلاقا لكان عدد الطلقات هنا أربعة وهذا غير صحيح أن الطلاق مرتان تحل بعدهما المرأة لزوجها أما الطلقة الثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره [3].

ومن السنة النبوية الشريفة : فاستدلوا أنه فسخ عندما أمر النبي و ثابت بن قيس أن يطلق امرأته و أمرها أن تعتد بحيضة واحدة وهذا دليل آخر على أنه فسخ الاطلاق فلو كان كذلك لأمرها أن تعتد ثلاث حيضات **لقوله تعالى :**"**وَالْمُطَلَّقَاتُ** يَتَرَبَّصْنَ **بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ** "[4]ويرى ابن القيم أن الذي يدل على أن الخلع ليس طلاق أن الله تعالى ترتب على الطلاق بعد الدخول ثلاثة أحكام محلها منتفية عن الخلع:

- أن الزوج أحق بالرجعة فيه .
- أن العدة ثلاث قروء و قد ثبت بالنص والإجماع أنه لا رجعة في الخلع .
- الفرقة عن طريق الخلع من صريح الطلاق و نيته فكانت فسخا [5].

الرأي الراجح: يظهر من جهة ترجيح الرأي القائل أن الخلع فسخ لأنه جعل حقاً للزوجة لتملك حريتها وتتخلص من قيد الزوجية ، وهذا يتعارض مع كونه طلاق ، لأن الطلاق بيد الرجل و إذا استعمله ينقص من عدد الطلقات ، فمن غير المنطقي أن تستعمل الزوجة حقاً لها و يفقد

[1]-آيت شاوش دليلة ، المرجع نفسه ، ص . 329 .

[2]- عبد الوهاب عبد الغفار ، المرجع نفسه ، ص . 104 .

[3]- منال محمود المشني ، المرجع نفسه ، ص . 64.

[4]- سورة البقرة ، الآية 228 .

[5]-آيت شاوش دليلة ، المرجع نفسه ، ص . 330.

الزوج طلقة من الطلقات التي يملكها . و من جهة أخرى يظهر ترجيح الرأي القائل أن الخلع طلاق لسبب يعود لحقيقة الفسخ الذي يكون في العقد بسبب وجود عيب يشوبه ، أما الخلع فيرد على علاقة زوجية صحيحة وإنما يثور الخلع لظروف خارجة عن أركان و شروط العقد و التي لا يمكن حلها إلا بالطلاق .

ثمرة الخلاف: وتظهر ثمرة الخلاف رجل طلق امرأته مرتين ثم خالعها . هل تحرم عليه باعتبار الخلع طلقة ثالثة أم لا تحرم عليه باعتبار الخلع فسخ ؟

حسب تقديرنا : و رأينا صحيح يحتمل الخطأ أنما تحرم عليه ولا يمكنه مراجعتها إلا بعد زواجها من رجل آخر ، أي أن الخلع طلاق و ليس فسخ

ومن خلال كل هذا و ما توصلنا له من مفهوم للخلع و أحكام في هذا المطلب سنتعرض إلى موقف المشرع الجزائري في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من الخلع .

في شد المطلب سنتي إطلالة موجزة للتطور التشريعي للخلع في الجزائر بتمهيد له في مرحلة ما قبل صدور القانون 11/84 ثم في ظل قانون 11/84 (الفرع الأول) و بعدها في ظل قانون 05/02 (الفرع الثاني) ومن ثم على ضوء الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا (الفرع الثالث). بعد استقلال الجزائر في1962/07/05 بقي العمل بالتشريعات الأجنبية إلى حين 1975/07/05حيث تمت جزأرت التشريع الجزائري ولم تكن النصوص القانونية تأخذ بأحكام الخلع حتى صدور القانون المديني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل مؤخرة بالأمر05/ 10 [1]و التي نصت المادة الأولى منه على " ... و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية "[2]. كما نشير إلى أن في هذه المرحلة

[1]-القانون رقم 05-10 مؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق ل 20 يونيو سنة 2005 – يعدل ويتمم الأمر 7558 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم المنشور في (ج ر) رقم 44 لسنة 2005 م.

[2]-باديس ذيابي ، المرجع نفسه ، ص . 72.

كان رضا الزوج شرطا ضروريا لوقوع الخلع حيث يتجلى ذلك من خلال قرار المجلس الأعلى في ملف رقم 05 213 بتاريخ02/25/ 1980 جاء فيه " و بناء على ذلك فإن الخلع لا يتم إلا برضا الطرفين و اتفاقهما على مقدار العوض الذي تدفعه المرأة إلى زوجها مقابل طلاقها منه ، و هذا يتوقف على الإيجاب و القبول من كليهما "[1].

الفرع الأول : الخلع في ظل قانون11/84.

في بداية الثمانينات و مع تضارب النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى و أراء فقهاء الشريعة صدر (ق أج) رقم 11/84 المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 م * و برجوعنا إلى القانون 11/84 ، نجده قد نص في المادة 54 منه على :"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم [2]. فهذه المادة جاءت غامضة و لم يتعرض المشرع فيها إلى تكييف الخلع في كونه يمين من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة أو إلى أنه حق خالص للزوجة و اكتفى بالقول أنه في حال النزاع على بدل الخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. فاتحه بعض الفقهاء إلى أن الخلع نوع من الطلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها ، و لا يصبح الخلع لأزمة إلا إذا تم فيه الإيجاب والقبول و يمكن لكلا من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الطرف الآخر.

[1]-باديس ذيابي ، المرجع نفسه ، ص . ص .72-73.

[2]-يوسفات على هاشم ، الخلع و الطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2009، ص . ص . 18 – 19 .

ومن مسايري هذا الاتجاه الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة وليس حق من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة [1].

ويقول الدكتور بلحاج العربي "إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغ من المال لقاء طلاقها فقبلت وتم ذلك بإيجاب و قبول سمي هذا (مخالعة) ، ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال ..." [2]، ومن خلال كل ما سبق نجد أن المشرع الجزائري في ظل ق 11/84 اعتبر الخلع عقد رضائيا و هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة فجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي: من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضى الزوج و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة لأحكام الفقه و لما كان من الثابت في قضية الحال – أن المطعون ضدها طلبت التطليق لميا لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادا لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول؟ من هذا الأخير ، فإن القضاء بتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفة للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع[3].

نفس الحكم جاء في قرار آخر : " ... و من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون ، ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع و قضى به بالرغم

[1]-مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2010 . ص .179.

[2]- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح (ق.أ. ج) ، المرجع نفسه ، ص . 264.

[3]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 51728 بتاريخ12/21/ 1988، المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد 3 ص . 72، نقلا عن : آيت شاوش دليلة المرجع نفسه ، ص . ص . 349 – 350.

من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل أخطأ في تطبيق القانون "[1].

إلا أن المحكمة العليا غيرت من اجتهادها قبل تعديل 2005 و هذا في سنوات التسعينات حيث اصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينات و هذا يدل على أن المشرع أراد إقرار حق الزوجة في الخلع بالإرادة المنفردة لها في المادة 54 و لذلك أستدرك القضاة الخطأ و غيروا اجتهادهم ، و من بين قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي : "... من المقرر قانون و شرعا ان اخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقد رضائيا " [2].

و قررت كذلك " ... إن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية و كرسه قانون الأسرة و سواء رضي به الزوج أو لم يرضى فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة غلى موافقة الزوج" [3].

الفرع الثاني : الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005 :

تعدى هذه المرحلة التي أراد المشرع من خلالها تحديد الإطار الحقيقي للخلع ، بحيث اعتبره حقا للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة ، توازي حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة حيث نص المشرع في المادة 54 المعدلة بالأمر05/02 " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، و إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل و قت صدور الحكم " و إذا كان المشرع الجزائري صريح في اعتبار الخلع حقا للزوجة تستعمله دون موافقة الزوج مقابل دفع عوض مالي قدره القاضي ولا يتجاوز

[1]- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 73885 بتاريخ1991/04/23، نقلا عن آيت شاوش دليلة ، المرجع نفسه ، ص . 350 ، منصوري نورة المرجع نفسه ، ص 133 .

[2]-قرار رقم 141262 بتاريخ07/30/ 1996، نقلا عن آيت شاوش دليلة المرجع نفسه ، ص . 352 ، منصوري نورة ، المرجع نفسه ، ص 134.

[3]-قرار المحكمة العليا ، ملف 103793 بتاريخ04/19/ 1994، نشره القضاة ، العدد 51، نقلا عن المرجع نفسه ، ص 353.

قيمة صداق المثل و كذا أصبح الزوج لا أثر له في إيقاع حق الخلع و لا في تقدير البدل الذي أصبح لا يتجاوز صداق المثل و هذا إجحاف في حق الزوج[1].

وجاء مؤكدا لهذا قرار المحكمة العليا رقم 656259 بتاريخ09/15/ 2015 قضية ب. ع ضد (ط.ي) [2]. أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري منذ الوهلة الأولى بتبيينه للاتجاه القائل يعد طلاق لا فسخ و ذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث وضعه للمادة 54 من خانة الفصل الخاص بالطلاق لأن الخلع يلحق عقد زواج صحيح بينما يكون بطلانا أو فسخ يلحق عقد يشوبه عيب يتمثل أساسيا في إخلال أحد أركان العقد واشتماله على مانع أو شرط يتنافى و مقتضياته بينما الأمر يختلف في – الخلع إذ يرد على علاقة صحيحة لا يشوبها أي عارض بعيب العقد ، و قد أكد هذا اجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في02/05/ 1969 حينما نؤه على أنه لا يلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح) [3].

وفي الأخير نستنتج أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05/02 جعل الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا أنه اكتفى بنص وحيد و هو المادة 54 في الأمر المتعلق بحق المرأة الإرادي و المنفردة في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه [4].

وللإشارة فإن المحكمة العليا لها قرارات عدة في هذا الشأن سنعرضها في الفرع الثالث إضافة إلى قرارات أخرى صدرت في ظل القانون 11/84 و غيرها و في كل ما تعلق بالخلع .

[1]-مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع نفسه ، ص . 181.

[2]- قرار المحكمة العليا ، ملف 65259 بتاريخ09/15/ 2011، مجلة المحكمة العليا 2012 ، العدد 1 ص .318.

[3]-باديس ذيابي ، المرجع نفسه ، ص .71.

[4]-المرجع نفسه ، ص . 81.

الفرع الثالث : الخلع على ضوء الاجتهادات القضائية .

لم تستقر المحكمة العليا سابقا على اجتهاد مجتمع عليه ، فمن يقول على الزوجين أن يتراضيا على إنشاء عقد الزواج بالخلع ، و هناك من يقول الخلع هو حق للزوجة منحته لها الشريعة السمحاء من أجل فك الرابطة الزوجية [1].

ولهذا تناقضت قرارات المحكمة العليا الصادرة سابقا و اختلفت فجاء في بعضها أن الخلع عقد رضائي و في البعض الأخر جاء حق خالص للزوجة دون حاجة لموافقة الزوج و فيما يلي بعض هذه القرارات على اتجاهين :

أ -**الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع :**

لقد وجد تطبيقه في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها: - القرار الصادر بتاريخ 1982/02/08، ملف رقم 26709 والذي قضى ب: "من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرضن على الزوجة كما لا يفرض على الزوج ، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ، ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه ما لمفارقتها ، إن قبل تم اخلع و طلقت منه "[2].

- القرار الصادر بتاريخ22/04/ 1985، ملف رقم 36709 " الخلع " الحكم بالتطليق بين الزوجين خلع على مبلغ مالي قدره 3000 دج طعن بالنقض لعدم رضى الزوج بالخلع - قبول الطعن - إن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يمكن للقاضي فرضه عليه [3].

---

[1]- باديس زيابي ، المرجع نفسه ، ص . 71.

[2]-ملف رقم 26709 ، قرار بتاريخ1982/02/08، نشرة القضاة ، عدد خاص ، ص . 258 . نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس، المرجع نفسه ص . 181 .

[3]-ملف رقم 36709، قرار بتاريخ22/04/ 1985المجلة القضائية 1 لسنة 1989 نقلا عن دلاندة يوسف ، قانون الأسرة مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001، ص . 53 أحمد لعور ،نبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة موسوعة الفكر القانوني القانوني ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2007، ص. 70 .

ب- الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 30 يوليو 1996 و الذي جاء فيه ما يلي: لكن و حيث أن الخلع هو حق خولته الشريعة الإسلامية السمحاء للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقدة رضائيا كما يزعم الطاعن في عريضة طعنه ، و أن قاضي الحكم المطعون فيه عندما استجاب لطلب الزوجة المطعون ضدها في الطلاق خلع و قضى ها به ، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية و ما تنص عليه المادة 54 من (ق .) . ج) [1]. قرار المحكمة العليا في03/16/ 1999، ملف رقم 216239 جاء فيه : من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليست للقاضي سلطة مخالفة رأي الزوجين ، فالزوج الطاعن لم يوافق على الخلع والحكم المطعون ضدها في الطلاق خلع و قضى ها به ، إنما طبق في ذلك مبادئ الشريعة الإسلامية و ما تنص عليه المادة 54 من (ق .أ .ج) [2].

قرار المحكمة العليا في03/16/ 1999، ملف رقم 216239 جاء فيه : من المقرر فقها و قضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وليست للقاضي سلطة مخالفة رأي الزوجين ، فالزوج الطاعن لم يوافق على الخلع والحكم المطعون فيه قضى بما يخالف رضا الزوج مما يعرضه للنقض ، فقررت المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن شكلا و رفضه موضوع[3].

قرار المحكمة العليا رقم 252994 الصادرة بتاريخ2000/11/21، قضية (في) ضد (ر) " خلع –عدم عرض مبلغ الخلع – رفض الدعوى لمخالفة القانون ، إن قبول الزوج أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز و الاستغلال بين الزوجين ، فعن الوجه الوحيد

---

[1]-ملف رقم 141262 قرار بتاريخ07/30/ 1996نقلا عن الحسين بن شيخآث ملويا ، المنتقى في القضاء الأحوال الشخصية ، ج1 ، ط2، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 . ص . 425 .

[2]- ملف رقم 141262 قرار بتاريخ1996/07/30نقلا عن الحسين بن شيخآث ملويا ، المنتقى في القضاء الأحوال الشخصية ، ج1، ط2، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2006 . ص . 425.

[3]-الحسين بن شيخآث ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، المرجع نفسه ، ص . ص . 412- 414.

المأخوذ من مخالفة المادة 54 من قانون الأسرة قررت المحكمة العليا : غرفة الأحوال الشخصية قبول الطعن شكلا و موضوعا[1] " لأن رفض طلب الزوجة للخلع من طرف القضاة فيه خطأ في تطبيق المادة 54 قانون الأسرة فرغم أنها لم تعرض بدل الخلع إلا أنه تبقى السلطة للقاضي في تقديره أما قبول الزوج للخلع فليس مشروط.

قرار المحكمة العليا رقم 83603 ، الصادر بتاريخ1992/07/21، قضية (ع.م) ضد (ب. د.ن) "خلع – تطليق الزوجة خلعا دون موفقة الزوج – تطليق صحيح للقانون ، من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت – الحكم . و عليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال – لما قضوا بتطليق الزوجة خلع دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2]. هذه الاجتهادات حسمت موقف المشرع الجزائري من الخلع الذي فضلنا فيه في هذا المطلب ، وستكون لنا دراسة ميدانية تطبيقية للتعسف في المخالعة في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: تطبيق التعسف في المخالعة (دراسة ميدانية) .

في هذا المطلب سوف نقوم بإسقاط معايير التعسف على المخالعة لإظهار مدى إمكانية التعسف فيها كونها بالإرادة المنفردة للزوجة (الفرع الأول) و من ثم نقدم بعض النماذج لدعاوى الخلع (الفرع الثاني) .

[1]-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 252594، الصادر بتاريخ2000/11/21، مجلة قضائية 2001 العدد 1، ص . 293 نقلا عن جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج2 ، ط1 ، منشورات كليك ، المحمدية ، الجزائر ، 2013 ، ص. ص .989-990.

[2]-قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 83603 ، الصادر بتاريخ1992/07/21، نشره القضاة 2001 عدد خاص ، ص . 134، نقلا عن : جمال سايس ، المرجع نفسه ، ص . ص . 1053 – 1054

الفرع الأول: معايير التعسف في المخالعة.

و بما أن الخلع حق شرعي للزوجة و نظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار لأن محور دراستنا يرتكز على التعسف في الخلع فارتأينا أن نقوم بتطبيق معايير التعسف على الخلع بنوعيها: المعايير الذاتية و الموضوعية

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية:

كما سبق لنا الذكر أن المعايير الموضوعية تتمثل في : قصد الإضرار وتحقيق مصلحة غير مشروعة .

أ-**معيار قصد الإضرار**: يتعلق هذا المعيار بالقصد و نية الإضرار التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، و لأنها مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع و الأصل أن الخلع شع عند الضرورة و بذلك فإن انعدام المبرر يجعل الخلع تعسفيا و يظهر ذلك من خلال تمحص الزوجة لا إضرار و تمسكها بالخلع في جلسات الصلح الثلاث من الرغم أن الزوج قد لا يرضى بالفراق و من أمثلة هذا المعيار أن توقع الزوجة الخلع قصدا للإضرار بزوجها أو بأهله انتقاما منهم أو توقعه في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث و قد يكون السبب تافه لا يتناسب مع ما يترتب عليه من أضرار هذا الذي يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوج و الضرر ممنوع نقوله (لا ضرر ولا ضرار) و مثال ذلك أن تختلع الزوجة لمجرد أن زوجها يمنعها من الخروج من البيت بدون سبب إلا بإذنه .

ب-**معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة** : إذا كانت الزوجة تبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصداً شرعية فإنها تكون متعسفة فيه ذلك لأن الشرع إن جعل أمر الخلع بإرادة الزوجة المنفردة كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية [1]، أما أن تستعمله دون سبب

[1]-بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في ق أج ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر ، الجزائر 2007 ، ص 170 (إسقاط الخلع على الطلاق).

فقد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي من المفروض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى انعدام أسرة و من أمثلة هذه الحالة أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الميراث لأنها لم تستعمل الخلع فيما شرع له إنما تقصد منه مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث و هي مصلحة غير مشروعة اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفية .

ثانيا : المعايير الموضوعية أو المادية : تتمثل في اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة وكذلك في الضرر الفاحش .

أ-**معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :** قد تقوم الزوجة بإيقاع الخلع بناء على أسباب تعتبرها مبررات و ذلك لدفع الضرر عن نفسها و بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع حق الخلع من مصالح و ما ينتج عنه من مفاسد و أضرار تلحق كل من الزوج و الأولاد نجد أن المفاسد و الأضرار الناتجة أكبر من المصلحة المراد تحقيقها و بذلك تكون الزوجة متعسفة في حقها و إسقاط للخلع على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد زياد صبحي يقول : " إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق و ألحق بالمرأة ضررا و كان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفة"[1].

ومنه نستنتج أن الزوجة الموقعة للخلع بسبب فائدة قليلة مقارنة بالضرر اللاحق بالزوج تكون متعسفة .

ب- معيار الضرر الفاحش : إن قيام الزوجة بخلع زوجها قد يضر به ضررة فاحشة خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا وكان يبذل كل جهده في الإنفاق عليها و بعد أن تقدم به العمر قامت الزوجة بمخالعته و هو في أمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه و يخف عنه ألم الوحدة و الفراق و مشاق الحياة الزوجة بذلك تكون حتما قد أضرت به ضرر فاحشا . و خاصة

[1]-- جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه و القانون ، دار حامد ، الأردن ، 2009، ص1981 .

إذا كان قد أثنى شبابه في تلبية حاجاتها وبعد أن ترم اختلعت منه وتركته ، وأصبحت فرصته في الزواج مرة أخرى ضئيلة و بالتالي سيعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى النظرة المجحفة في حقه من طرف أفراد المجتمع.

و كانت هذه معايير التعسف في المخالعة ذكرناها بإيجاز ملم في هذا الفرع أما في الفرع الموالي فسنعرض نماذج الدعاوي الخلع.

الفرع الثاني : إجراءات رفع دعوى الخلع.

في البداية يجب الإشارة إلى أن دعاوى اخلع حسب نص المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ترفع أمام المحكمة بعريضة مكتوبة و موقعة و مؤرخة تسمى بعريضة افتتاح الدعوى تودع مرفقة بوثائق في قسم شؤون الأسرة (حسب المادة 423 . ق. إ. م. و.) بالمحكمة الواقعة في حيز وجود مسكن الزوجية (حسب نص المادة 426. ق .. م. و. !) و الوثائق المرفقة هي :

- نسخة من عقد الزواج . شهادة ميلاد الزوجة .
- شهادة ميلاد الزوج .
- بطاقة عائلية .
- شهادات ميلاد الأبناء .

و تكون دعوى الخلع خاضعة لإجراءات الصلح إلزامية (حسب نص المادة 49. ق. أ.ج) و تكون سوية (حسب المادة 439 . ق .إ.م . و. !) ، و تكون جلسات الصلح قبل الحكم بالخلع الذي يكون حكم ابتدائي مائي على مستوى الدرجة الأولى (حسب المادة 57 ق.أ.ج) إلا جوانبه المادية فإنها تقبل الاستئناف .

ولقد وضعنا بين أيديكم نموذج عريضة افتتاحية لطلب الخلع[1] ، و التي بواسطتها تباشر دعوى الخلع وكذلك حكم صادر بشأن قضية خلع عن محكمة مستغانم.

[1]- أنظر الملاحق المرفقة المعنونة والمرقمة ب: (II.I).

الفصل الثاني:أثار التعسف في إستعمال الحق

المبحث الأول في تعريف الضرر

المطلب الاول : تعريف الضرر و أنواعه .

أولا: تعريف الضرر لغة:

جاء في لسان العرب[1] : الضر ضد النفع، والضر بالضم الهزال وسوء الحال، ويضيف صاحب لسان العرب قوله: والمضرة خلاف المنفعة، والضار وراء:

القحط والشدة، والضر سوء الحال وجمعه أضر ومن ذلك قولهم:

وخلال الأضر جم من العيش يعفي كلو مهن البواقي

وكذلك الضرر والتضرة، والتضرة الأخيرة مثل بها سيبويه[2] وفسرها السيرافي[3]، وقوله أنشده ثعلب:

محلى بأطواق عتاق يبينها على الضر راعي الضأن لو يتوقف

إنما كني به عن سوء حاله في الجهل وقلة التمييز يقول: كرمه وجوده يبين لمن لا يفهم الخير فكيف بمن يفهم؟.. وقيل: الضراء النقص في الأموال والأنفس وكذلك الضرة والضرارة والضرر في مالي، وسئل أبو الهيثم[4] عن قول الأعشى[5]: ثم وصلت ضرة بربيع، فقال: الضرة شدة الحال فعلة من الضر. وأضاف صاحب لسان العرب [6] – أيضا–: والضر أيضا هو حال

---

[1]- لسان العرب (١٠٣/ 6 - ١٥)

[2]- هو عمرو بن عثمان بن قشير الحارثي بالولاء أبو بشر الملقب سيبويه، إمام النحاة، وأول من بسط علم النحو ، ولد في إحاديفريشيراز وقدم البصرة فلزم الخليل بن أحمد فقاقه، وألف كتابه المسمى "كتاب سيبويه في النحو لم يصنع فيله ولا بعده مثله، ولد سنة 148ه وتوفي سنة ١٨٠ه - الأعلام للزر كلي (د ٢٠٢). وانظر أيضا بغية الوعاة ٢٢٩/ ٢ ، ٢٣٠. ط البابي الحلبي

[3]- هو يوسف بن الحسن بن عبدالله بن المرزبان أبو محمد السيرائي، أديب لغوي من أهل بغداد، نسبته إلى سيراف و أصله منها، ولد سنة ٣٣٠هـ وتوفي سنة ٣٨٥ هـ. انظر الأعلام للزر كلي (٢٩٨/٩). وانظر أيضا بغية الوعاة ٢/٥٥ ٣ .

[4]- هو أبو الهيثم الرازي كان إماما لغويا أدرك العلماء وأخذ عنهم وتصدر بالري للإفادة، ومات سنة ٢٧٩ هـ. انظر : بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي ٣٢٩/ ٢ ط أولى البابي الحلبي.

[5]- هو ميمون بن قيس ، ولد في قرية منفوحة من اليمامة في قومه بن قيس بن ثعلبة ، وهم بطن من بطون بكر بن وائل بن ربيعة، وكان أعشى العينين، وهو من مشاهير شعراء الجاهلية، مات على جاهليته عام٧هـ. انظر ترجمته في مقدمة ديوانه، مطبعة دار صادر، بيروت.

[6]-المرجع السابق.

الضرير وهو الزمن، والضراء الزمانة، قال ابن الأعرابي[1]: الضرة الأذاة، وقوله عز وجل:**غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ**(النساء: 15). أي: غير أولي الزمانة، وقال ابن عرفة[2]: أي: غير من به علة تضره وتقطعه عن الجهاد، وهي الضرارة أيضا، يقال: ذلك في البصر وغيره.

وجاء في محيط المحيط ما يلي:

ضره وضر به ضرا وضره ضد نفعه، أي: جلب إليه الضرر، والضر بالفتح مصدر وبالضم اسم، ويقال: أضرني فلان إذا دنا من دنوا شديدا، وأضر الرجل: راحت عليه ضرة في المال، ومن ذلك قولهم:

بحسبك في القوم أن يعلموا أنك فيهم غني مضر

وأضاف صاحب محيط المحيط: الضرر سوء الحال والضيق والنقصان يدخل في الشيء.

وجاء في موسوعة العلوم الإسلامية، أن الضرر هو سيلان الدم في الجراحة وكذا في حدود الأمراض.

ومن النهاية في غريب الحديث لأبي السعادات نقتطف ما يلي: "يقال ضرني فلان إذا دنا مني دنوأ شديدا".

وبعد عرض هذه النصوص، يمكننا أن نستخلص المعاني اللغوية لكلمة الضرر، وهي كثيرة كما رأينا، ومن ذلك أن الضرر ورد في اللغة بمعنى ما كان ضد النفع، وهو أشهر معانيه، وقيل: هو النقص في الأموال والأنفس، وخصه بعضهم بالنقص في المال، وقيل: هو النقص يدخل في الشيء، وقيل: معناه الهزال وشدة الحال، وقريب من هذا المعنى قولهم: هو

[1]- هو محمد بن زياد أبو عبدالله بن الأعرابي، من موالي بني هاشم، كان عالمة باللغة والشعر، كشي السماع، راوية للأشعار، حسن الحفظ لها، كان موطه بالكوفة، ولد سنة ، هاه، وتوفي على الراجح سنة ٢٣١ هـ. بغية الوعاة للسيوطي (1/د ١٠٩، ١٠) ط أولى البابي الحلبي.

[2]- هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبدالله، إمام علامة برع في الأصول والفروع والعربية و المعاني والبيان والقراءات و الفرائض والحساب، لم يكن في المغرب من يجري بحراه في التحقيق، ولا احتمع لهم ما أجتمع له في العلم، ولد بتونس سنة ٧١٩هـ، وتوفي ليلة 24 من جمادى الآخر سنة ٧٨٣هـ. بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة (٢٢٩/ ١) البابي الحلبي،

القحط والسنة والشدة، وذكروا من معاني هذا اللفظ أيضا الأذاة و الزمانة، واستعمل كذلك للدلالة على عمي البصر، كما استعمل بمعنى الدنو الشديد، وجاء بمعنيسيلان الدم.

والآن يجدر بنا أن نحدد المعنى اللغوي لكلمة الضرر بما يتفق وموضوع كتابنا.

من عرض المعاني السابقة، للفظ الضرر بصيغة المختلفة، وجدنا أن المعنى الذي يتفق وموضوع البحث الذي هو (التعويض عن الضرر) تعريف الضرر بأنه:

ما كان ضد النفع، وأقرب من هذا مطابقة لموضوع البحث، قولهم: إن الضرر يعني النقص في الشيء كما ذكره صاحب محيط المحبط[1] . أو هو النقص في الأموال والأنفس كما جاء في لسان العرب.

المعنى الثاني أدق في شموله للمعنى الذي نقصده، والمعنى الأول أوسع دلالة، وأخص المعنيين الثالث؛ لأن النقص في المال والنفس داخل في تعريف الضرر بأنه النقص في الشيء؛ لأن الشيء شامل للمال والنفس وزيادة، والنقص في الشيء يندرج تحت عبارة ضد النفع قطعا، ومضادة النفع تأتي من النقص وغيره.

كما أننا نجد أن المعنى السابق هو الإطلاق الشائع لكلمة الضرر، وأكثرها استعمالا في المعنى الذي حددناه، فإذا أطلقت كلمة الضرر يفهم منها ما كان ضد النفع، ونادرا ما تستعمل في المعاني الأخرى التي ذكرتها كتب اللغة.

وقد استعملت النصوص الشرعية كلمة الضرر في عدة مواضع من الكتاب والسنة، وفيما يلي نذكر أمثلة لذلك:

– *قوله تعالى:* ﴿**وَإِذَا مَسَّ الإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ**﴾ (يونس: ١٢). وقال جل شأنه أيضا: ﴿**كَأَنْ لَمْ يَدْعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَسَّهُ**﴾ (يونس: ١٢). فما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضر، وما كان ضد النفع فهو ضر، يؤكد ذلك أن الله عز وجل قد قابل الضر للنفع في قوله:﴿**قُلْ فَمَن يَمْلِكُ لَكُم مِّنَ اللَّهِ شَيْئًا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًا** *(الفتح: ١١)*

[1]-ج ٢، ص١٢٦٢.

ومنها أيضا قوله تعالى: ***وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ*** (البقرة: ٢٨٢)، وفي تفسيره وجهان: أحدهما لا يضار فيدعى إلى أن يكتب وهو مشغول، والآخر: أن معناه لا يضار الكاتب أي: لا يكتب إلا الحق، ولا يشهد الشاهد إلا بالحق، فالمعنى الأول: فيه إلحاق الأذى بالكاتب، بينما المعنى الثاني: يدل على نهي الكاتب أن يؤذي غيره،ومنها قوله تعالى: ***لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ*** (البقرة: ١٣٢). والمعنى:

يجوز أن يكون المعنى لا تضارر على وزن تفاعل، وهو أن ينزع الزوج ولدها منها فيدفعه إلى مرضعة أخرى، وهذا من قبيل الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة، ويجوز أن قوله تعالى: ولا تضاه معناه: لا تضار الأم الأب فلا ترضعه، أي: توقعه في ضيق ومشقة وحرج، وهذا من قبيل الإضرار بالامتناع عن الفعل النافع.

ومن معاني الضرر التي وردت في القرآن الكريم قوله تعالى: ... ***غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ*** .. أي: غير أولي الزمانة، وهي العلة التي تضر صاحبها وتقطعه عن الجهاد، وهذا من قبيل الضرر الجسمي

ومن أمثلة استعمالات الضرر في السنة الشريفة ما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضر ولا ضرار» [1]. ومعنى الضرر هنا: ما كان ضد النفع، ومنه الحديث: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاررن في الوصية فتجب لهما النار» [2] . والمضارة ألا تمضي الوصية، أي: ينقص بعضها أو يوصي لغير أهلها، ونحو ذلك مما يخالف السنة.

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا:

تناول كثير من الفقهاء وبعض الأصوليين لفظ الضرر بالتعريف، أثناء شرحهم للحديث الذي رواه الجماعة إلا النسائي. عن ابن عباس رضي الله عنهما– قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

[1]- حديث حسن وسيأتي ذكر مصادره بالتفصيل (٢)

[2]- سنن الترمذي (٢٩٢ / ٩) رقم ٢١١٨

والتعاريف التي ذكروها للفظ الضرر، هي:

1 -الضرر: هو النقص الذي يلحقه الرجل في شيء أخيه

2 -الضرر: هو الفعل الضار من واحد فقط.

3 -الضرر: هو الفعل الضار أبتداء

4- الضرر: ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت.

5- الضرر: هو إلحاق مفسدة بالآخرين مطلقا.

6- قال بعض المالكية: إن الضرر هو الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.

7- الضرر: هو النقص في النفس أو الطرف أو العرض أو المال) [1].

مناقشة هذه التعاريف:

يظهر على التعريف الأول والثاني والثالث قصور بين؛ ولعل ذلك ناتج عن مقابلة الشراح للضرر بالضرار، واعتمادهم في تعريفه على السياق في الحديث؛ وبخاصة التعريف الثاني والثالث، أما الأول: فقد اكتفى صاحبه بالمعنى اللغوي اللفظ الضرر، لذلك نجد هذه التعاريف للضرر غير وافية، ولا تكاد تلمح فيها المعنى الذي نقصده. أما التعريف الرابع: ففيه معنى إلحاق مفسدة بالآخرين، لكنه قيده بقوله: «و تنتفع به أنت»، والصواب: أنه ليس هناك لزوم لهذا القيد، فإلحاق الضرر بالغير لا يستلزم دائما أن تكون فيه منفعة للضار؛ ولعل صاحب هذا التعريف يقصد الضرر الذي ينتج عن فعل مقصود، ولم يضع في اعتباره أن الضرر كما يكون مقصودة يمكن أن يكون كذلك من غير قصد، فالعمد والخطأ في أموال الناس سواء، وحتى لو كان يقصد بهذا التعريف الضرر الذي ينتج بسبب انتفاع المرء بملكه، فلا نسلم له كون حصول المنفعة للضار ملازما للفعل الضار الذي يصدر عنه.

[1]- انظر هذه التعاريف في أحكام الأحكام شرح أصول الأحكام مجلد ٣ ص 86، نصب الراية ج4، ص4 ٣٨، شرح الزرقانى ج 4، ص ٣٢، النهاية ج6، ص 40، 41 ، نيل الأوطار للشوكاني جد، ص ٣٨٣، جامع العلوم والحكم ص ٢٩٧، غاية الأصول ص ٢٩٩، بدائع المنن ج ٢، ص ١٩٣، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر ج ١، ص ١١٨.

أما التعريف الخامس الذي ذكره بعض فقهاء المالكية، فهو وإن كان قريبا من التعريف الرابع؛ إلا أنه أضاف إليه قيدا أخر زيادة على القيد الذي أورده التعريف السابق؛ فكان بذلك أكثر التعاريف بعدا عن الصواب؛ لأنه قيد تعريفه للضرر بقيدين، فحصره بذلك في صورة ضيقة جدا، وهذان القبدان هما: فيده أولا: بأن يكون النفع ملازما للفعل الضار، بالنسبة لمن صدر عنه، وهو عين القيد الذي جاء في التعريف السابق. وثانيا: كون الضرر خاص بالجار، وهذا لم يقل به أحد، والجمهور على خلافه، بل هو محض تحكم، ولا دليل يسنده؛ ولذلك وجدنا أن العلامة الشوكاني –رحمه الله – يقول: إن الضرر على أي صورة كان فهو محرم من غير فرق بين الجار وغيره، فلا يجوز في صورة من الصور إلا بدليل يخص به هذا العموم، فعليك .مطالبة من جوز المضارة في بعض الصور بالدليل، فإن جاء به قبلته وإلا ضربت بهذا الحديث وجهه)[1].

ولعل التعريف السادس أقرب التعاريف السابقة إلى المراد؛ وإن كان ينقصه التفصيل من جهة، ومن جهة أخرى فقد أطلق المعنى دون قيد؛ مما جعل التعريف غير مانع لدخول ما ليس مرادا في التعريف؛ لأن التعازير الشرعية ضرر، ولكن إجراءها جائز، وكذلك الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضررة؛ لأنه قد يضر بالجيران مباشرة، ويسبب اشتهاء الأطعمة للفقراء منهم، فينشأ عن ذلك ضرر لهم، فهذه الأضرار وما شابهها لامؤاخذة فيها، فيجب ألا تدخل في تعريف الضرر).

ومن غير شك فإن التعريف الأخير أكثر التعاريف السابقة جميعا تفصى؛ لأنه ذكر محل الضرر؛ وهو العرض والنفس والمال. ثم إنه أكثر مطابقة للمعنى المقصود من الضرر باعتباره أحد أسباب الضمان؛ لأن دراستنا للضرر هنا تأتي معنى: يشمل عدة مسائل ذكرتها كتب الفقه متفرقة في أبواب مختلفة؛ ولأننا لا نذكر الضرر هنا إلا مقرونة بالتعويض؛ وعليه فذكر محل

[1]- هو محمد بن علي بن محمد عبدالله الشوكاني، فقيه بحتها من كبار علماء اليمن من أهل صنعاء، ولد بهجرة شوكان من بلاد غولان باليمن، ونشأ بصنعاء، وولي قضاءها سنة ٢٢٩ام، ومات حاكمة بها، كان يرى تحريم التقليد. له من المؤلفات 114 مؤلفا، منها: نيل الأوطار، وفتح القدير في التفسير، كان مولده سنة ١١٧٣ هـ وتوفي –رحمه الله– سنة ١٢٠٠هـ.

الضرر هنا في غاية الأهمية، وهذا ماجعل هذا التعريف يكاد يطابق ما ذهب إليه الفقهاء المحدثون، الذين يتجهون في دراستهم للفقه، إلى جمع شتات المسائل المتشابهة تحت نظرية واحدة، ويؤخذ على هذا التعريف إطلاقه لمعنى الضرر، حتى شمل المشروع منه والمأذون فيه شرعا.

و سنورد فيما يلي ما جاء في تعريف الضرر عند الفقهاء المحدثين، من ذلك قولهم: «المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو من زوال بعض أوصافها ونحو ذلك؛ مما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر كالضرر الجسمي والضرر المعنوي، فقد خص هذا التعريف بالضرر المالي؛ ولعله قد قصر التعريف على الضرر المالي؛ لأنه النوع الوحيد الذي يستلزم التعويض في نظره، أما الضرر المعنوي – كما يظهر فهو غير قابل للتعويض، وأما الضرر الجسمي، فهو وإن كان يوجب بدلا مالية في حالة امتناع القصاص لسبب ما، فهو في نظر الكاتب عقوبة وليس تعويضا عن ضرر، ولا فرق في ذلك عنده بين ما يستوجب الدية أو الأرش أو حكومة العدل. ولا شك أن الضرر المالي هو أهم أنواع الضرر، بل هو المقصود الأول عند التحدث عن الضرر، ورغم أن موضوع البحث، يدور في أغلب فصوله حول الضرر المالي والتعويض عنه؛ وذلك لكثرة مسائله، وتنوع موضوعاته وفروعه، وكثرة حوادثه، إلا أنه لا ينبغي أن نسقط بقية الأنواع من التعريف؛ لأن اللفظ شامل لجميع أنواع الضرر. فلا بد من تعميم التعريف حتى يشمل بقية أنواع الضرر، ولا يضيرنا بعد ذلك، أن تخص الضرر المالي بدراسة مستفيضة، ونشير إشارة موجزة لبقية الأنواع الأخرى. فلابد إذا من إضافة الضرر المعنوي، والضرر الجسمي إلى التعريف السابق.

وعرفه آخر بقوله: «هو عبارة عما يصيب المعتدى عليه من الأذى، فينلف له نفس، أو عضوا، أو مالا متقوما محترما»[1].

[1]-المسئولية التقصيرية عن فعل الغير السيد أمين ص ٩٣

يفهم من هذا التعريف أنه قد قصر الضرر على ما حصل بطريق التعدي، والمعروف أن الضرر كما يحدث بالتعدي على نفس الغير أو ماله، يحدث من غير تعد، فقد يحدث الضرر نتيجة القيام بفعل مباح، فحصر الضرر فيما كان بالتعدي تقييد لا لزوم له، ثم هو قد أسقط كذلك الضرر المعنوي من التعريف، رغم أن اللفظ يشمله.

من مزايا هذا التعريف؛ أنه قيد المال الذي يكون محلا للضرر بكونه محترم منفوما، وهذه لفتة طيبة في التعريف؛ لأن الضرر المراد في التعريف هو ما يعتبره الشرع ضررة، وأما ما لايعتبره الشرع ضررا، فهو وإن سمي ضررا في اللغةفإنه لا يترتب عليه شيء. خلافا للضرر المعتبر شرعا فإن فيه التعويض وغيره.

و لعل أقرب التعاريف الحديثة إلى مطابقة المعنى المراد هو الآتي:

«الضرر هو إلحاف مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص، سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته»[1].

قد شمل هذا التعريف جميع أنواع الضرر؛ ولكنه ترك المحززات، وهذا ما يجعله غير مانع؛ لأنه بهذا الإطلاق، يمكن اعتبار إتلاف المال غير المنقوم ضررا، وإتلاف النفس غير المعصوبة كذلك.

وعد مناقشة هذه التعاريف يمكننا أن نضع للضرر تعريف جامعا، متجنبين فيه المآخذ التي رأيناها في التعاريف السابقة، فيكون بحمد الله التعريف الذي نرتضيه وهو الآتي:

«الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون».

[1]- نظرية الضمان لوهبة الزحيلي ص ٢٠

المطلب الثاني : شروط الضرر و إثباته .

نتناول في هذا المطلب شروط الضرر الموجب للتعويض (الفرع الأول) و كيفية إثبات هذا الضرر الفرع الثاني) .

الفرع الأول : شروط الضرر الموجب للتعويض .

لكي يكون الضرر موجب للتعويض يشترط عدة شروط :

أولا : أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة :

سوآءا كان هذا الحق مادية أو معنوية فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون [1]، أي أن تكون المصلحة التي أخل بها الضرر مصلحة مشرعة غير مخالفة لدين و النظام ، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض [2]، فكل ضرر يلحق بالزوج من جراء تعسف الزوجة بخلعها له التحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوجة .

ثانيا : أن يكون الضور محقق الوقوع : certain

لا يكفي الإخلال بمصلحة مشروعة للمضرور للمطالبة بالتعويض بل لابد أن يكون هذا الإخلال محققا، بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلا donnage réalisé أو سيقع حتما لان الضرر الغير محقق قد يقع وقلم لا يقع [3] ، و لقد أجمع الفقه و القضاء على أنه إذا لم يكن الضرر قد تحقق فيكفي أن يكون وقوعه مؤكدا ولو تراخي إلى المستقبل [4]، فيعتد إذن بالضرر المستقبل دون الضرر المحتمل حيث لا صعوبة في التعويض عن الضرر الذي تحقق فعلا بأن اتضحت معالم حدوده بصورة نهائية مما يسهل تحديده و الحكم بالتعويض الذي يجبره [5]، ويكون

---

[1]-بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في (ق.أ. ج) ، المرجع نفسه ، ص . ص .157 – 158 .

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، المرجع نفسه ، ص .974.

[3]-أحمد حسن قدادة ، الوجيز في شرح (ق.أ. ج) ، ج1 ، مصادر الإلتزام ، (ب. د.ن) الجزائر ، 1994 ، ص . 249 .

[4]-مقدم ستيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، (ب. ط) ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ، ص .192 ،ص93–40.

[5]-أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية والغير إدارية ، دراسة فقهية وقضائية ، (ب.د.ن)، (ب.م.ن)، 2002، ص ص .260–261.

الضرر في الخلع محققا إذا وقع فعلا و مثال ذلك أن يصاب الزوج المختلع تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقه الذي هو بدون أسباب ، أمام الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الانفصال و ما سينجز عن ذلك من تبعات أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع و طالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض[1]، ومثال ذلك تقليل الفرصة على الزوج المختلع بسببكبر سنه من إيجاد من تقبل به كزوج بعد هرمه، كأن تختلعة بعد 25 سنة من الزواج فضلا عن ذلك من نكران للعشرة الزوجية الطويلة و على كل فإن في تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات و الحكم باستحقاق التعويض وعدمه أمر نسبي و ينبغي أن تعالج كل حالة على حدى إلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط لذلك لتكون مرجعا وأساسا يبنى عليها و يحتج بها.

ثالثا : أن يكون الضرر مباشرة .

الضرر إما أن يكون مباشرة أو غير مباشرا ، فالضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر و يكون كافية لحدوثه، أما الضرر الغير مباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل مباشرة فيكون الفعل الأصلي عاما لازم خصول الضرر ولكن لا يكون وحده كافية لإحداثه و إنما تدخل أسباب أخرى[2]، فلكي يقال عن الضرر أنه مباشر يجب أن تكون بينه و بين الفعل الضار علاقة سببية كافية[3] (e lien de causalité1) وقد جاء في نص المادة 182 ق.م. ج) الوارد بشأن آثار الالتزام بصفة عامة :"إذا لم يكن التعويض مقدارة في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة أو ما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة

[1]-حياة خطاب ، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015/2014. ص. 49.

[2]-مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع نفسه ، ص . 260.

[3]-علي علي سليمان ، المرجع نفسه ، ص. 170

طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلايلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيمة إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد " ومقتضى 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 يتوقاه ببذل عناية الرجل العادي[1] ورغم أنها تحدثت عن الخطأ العقدي إلا أنه يمكن تعميم الحكم، والحكم بالتعويض عن أي ضرر مباشر أيا كان سببه[2].

والضرر المباشر في الحلم هو الذي ينجز عن التعسف في استعمال حق الخلع كأن تمارس الزوجة بعد وقت قصير من الزواج دون سبب أو دون سابق إنذار فيسبب للزوج ضررا ماديا ومعنويا من جراء الإنفصال فهذا يعد ضررا مباشرا .

رابعا: أن يكون الضرر شخصية.

الضرر كا سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة متعلقة به شخصية و هذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر سواءا كان ماديا أو معنويا فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصية عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة وينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار[3].

ومسألة الضرر الشخصي تثير حالة أخرى في الضرر المرتد و هو الأذى الذي يصيب الغير كالأضرار التي يصيب الخلف نتيجة وفاة السلف، و عليه في هذه الحالة فإن ورثة المتوفي يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي خق بمورثهم لا من الجروح التي أحدثها

[1]- علي فيلالي ، المرجع نفسه ، ص 296 .

[2]-حياة خطاب ، المرجع نفسه ، ص . 50.

[3]-مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع نفسه ، ص . 259 . /حياة خطاب ، المرجع نفسه ، ص .50 .

فحسب، وإنما من جراء الموت التي أدت إليه هذه الجروح باعتباره من مضاعفاتها ، فمتى ثبت للمضرور الحق في التعويض عن الضرر الذي لحقه من الفعل الضار قبل وفاته ، فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته و يحق لهم مطالبة المسؤول عنه بالتعويض عن الضرر الذي سببه لمورثهم [1].

والمشرع المصري في هذا الصدد نص في المادة 1/228 من القانون المدني على أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل في القانون إلا في حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون المضرور قد رفع المطالبة بالتعويض فينتقل الحق إلى الورثة بعد وفاته . الحالة الثانية: أن يكون التعويض قد تحقق باتفاق بين المضرور و المسؤول.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يرد نص في قانونه في هذا الشأن ومع ذلك يمكن القول يأخذ بالحالة التي نص عليها القانون المصري[2].

بالنسبة للخلع فإننا لا نرى مانعة من جواز مطالبة ورثة الزوج المختلع بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصية 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 اخلع يدخل في الذمة المالية للورثة بعد وفاة مورثهم ولذلك لهم الحق في المطالبة به.

خامسا: أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر.

وهذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة، وذلك أننا نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر حريا بالتعويض عنه، فإذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه ، فلا محل للنظر فيه[3].

---

[1]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام (ق.م. ج)، المرجع نفسه ، ص 167 .

[2]-بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في (ق.م. ج) ، المرجع نفسه ، ص 168 ، أخذ عن علي علي سليمان ، دعوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث و عن الضرر المرتد (ق.م. ج)، 1988، ص . 283.

[3]-محمد بن عبد العزيز أبو عباة ، المرجع نفسه ، ص .129.

فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض الإصلاح بعينه، فإذا قام محدث الضرر بإصلاح الضرر بمحض إرادته ، فيعتبر أنه قد و بالتزامه و لا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر ، إلا أنه يمكن للمضرور الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي لم يشمله التعويض[1] .

الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض.

وعليه يبني إثبات التعسف :

أولا: عبء الإثبات:

وفقا للقاعدة العامة فإن "البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر[2] " وأصل هذه القاعدة الحديث النبوي الشريف "البيته على المدعي واليومي على المدعى عليه[3]" فيقع عبء إثبات الضرر على المضرور . و لأصل هو أن صاحب الحق لا يتحمل عبء اثبات مشروعية استعمال حقه، ذلك أن الاستعمال المشروع للحق هو الواجب افتراضه ابتداءا إلى أن يقوم الدليل على العكس[4].

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 خطرة قبل إثبات وذلك وفقا لما تقتضيه القاعدة الماء المذكورة آنفا .

ثانيا: وسائل الإثبات.

بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الإثبات في دعوى المسؤولية عن الأفعال الشخصية فإننا نجد الإثبات فيها يتم بكافة طرق الإثبات الأغا وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق

---

[1]-بريكي حجيلة ، المرجع نفسه ، ص . ص . 53- 54.

[2]-إدريس فاضلي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2009، ص .232 .

[3]-البخاري ، صحيحه ، المرجع نفسه ، حديث 2514، ص 245 .

[4]-حس كيرة ، المرجع نفسه ، ص 79.

وخاصة البينة [1]والقرائن ، 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 وغيرها ، أو تقدير الخبراء وإثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقرها محكمة الموضوع كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع و لايخضعونفي ذلك لرقابة المحكمة العليا)[2].

فالضرر الموجب للتعويض بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض و يمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا و بالنسبة للضرر الناتج عن إنهاء الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة فإنه مفترض ولذلك فإن المطلوب من الزوج الذي يدعي أن زوجته خالعته تعسف أن يثبت وجود التعسف في إيقاع زوجته للخلع و يمكنه إثباته كما سبق الذكر بكافة طرق الإثبات[3].

فحق الزوج المضرور يعتبر في حكم العدم و يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث المنشئ له وهو الخلع. لأن الأصل افتراض أن الزوجة استعملت حقها استعمالا عاديا بحسب الغرض منه وبحسن النية . وعليه يمكن للزوج إثبات تعسف الزوجة في إيقاع حق اخلع بكافة طرق الإثبات وعلى هذا فإنه يكفي وجود دافع مسيء في استعمال الحق لاعتباره تعسف، وإن مجرد استعمال الحق بغير مصلحة يعتبر إساءة تستوجب رفع الأضرار وقيام المسؤولية التي تستوجب تعويض الضرر ويستطيع القاضي الأخذ بالقرائن القضائية الاستنباط نية الإضرار بالخير لدى من يشرع باستعمال الحق استعمالا غير مشروعة، ومن أهم هذه القرائن

---

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

[2]-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في (ق.م. ج)، المرجع نفسه ، ص 289 .إقرار المحكمة العليا الصادر في 18 نوفمبر 1986، ملف رقم 46297 (غير منشور) . كما أن تقدير مبالغ التعويض ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع الغير خاضعين لرقابة المحكمة العليا 06 مارس 1985 ملف رقم 34034 (غير منشور). أخذ عن بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 169 .

[3]-حياةخطاب ، المرجع نفسه ، ص ، 51.

انعدام كلي للمصلحة أو تحقيق منفعة ضئيلة أو الاستعمال الكبدي للحق[1]. كما أن تحقيق انتفاء نية الإضرار في حالة حدوث ضرر للغير لا يتناسب مع المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق.

كان هذا مجمل ما جاء في المبحث الأول الذي كان بعنوان الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخلع والذي يندرج تحته مطلبين، المطلب الأول تناولنا فيه تعريف الضرر لغة واصطلاحا وكذلك أنواع الضرر و فصلنافي كل من نوعية المادي و غير المادي أو ما يعرف بالضرر المعنوي أو الأدبي و ختمناه بالآثار السلبية على الزوج و الأولاد نتيجة تعسف الزوجة في إيقاع حق اخلع أما المطلب الثاني فخصصناه إلى دراسة شروط الضرر الموجب للتعويض وكيفية إثباته سواء من ناحية من يقع عليه عبئ الإثبات أو من ناحية الوسائل المستعملة في الإثبات و بكذا نكون قد خلصنا من تبيان كل ما يرتبط مع الضرر الناتج عن التنسن في إيقاع حق اخلع لننتقل إلى بيان ما ينجم عن وقوع هذا الضرر و إثباته لنتناول في المبحث الثاني جزاء التعسف في استعمال حق الخلع.

المبحث الثاني : جزاء التعسف في استعمال حق الخلع.

ثبت مما سبق ذكره أن التعسف أمرا ممنوعا شرعا و قانونا باعتبار أنه يخالف يناقض القصد الذي من أجله شرعت الحقوق، و يزيل عن الحق صفة المشروعية، حيث يصبح صاحب الحق بتعسفه في مركز غير محمي قانونا لذا فإن إذا ثبت على صاحب الحق تعسفه في استعمال حقه مما سيؤدي إلى ترتيب ضرر يلحق بالغير فردا كان أو جماعة فإنه سيترتب عليه جزاء سواء ي الشرع أو في القانون، ومن ذلك فإن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع سيرتب عليها جزاء شرعي وآخر قانوني أي أنها تتحمل مسؤولية تصرفها و تؤخذ عليه انطلاقا من قاعدة (لا يجوز التعسف في استعمال الحق) فنقول و رأينا صواب يحتمل الخطأ أن الشرع والتشريع أجمعين على أحقية الخلع بالنسبة لزوجة فلا يحق لها استعماله في غير مجاله

[1]- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في (ق.أ. ج)، المرجع نفسه ، صص . 138 – 140.

الشرعي و التشريعي، وبما أن الخلف حق ثابت في القانون والشرع فإن التعسف فيه والإخلال بشروطه يقابله جزاء حدده القانون لرفع الضرر المترتب جراء هذا التعسف، فضلا عن الإثم و المؤاخذة الشرعية باعتبار ارتكابه محضور شرعا، ولذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول جزاء التعسف في إستعمال التي في الفقه الإسلامي أما المطلب الثاني غبين في جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه القانوني.

المطلب الأول: جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي.

جاءت الشريعة الإسلامية بداية الناس لصالح الأعمال تارة بالترغيب بنيل رضا الله تعالى والفوز بالجنة وتارة أخرى بالترحيب وذلك عند القيام بما يخالف الله تعالى و من ذلك التعسف في استعمال الحق عامة والتعسف في المخالعة خاصة، وترتب الشريعة على هذا الأخير دنياوية (الفرع الأول و جزاء أخراوية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاء الدنيوي.

قد يكون الجزاء ماليا، وقد يكون عينيا و قد يكون عقوبة تعزيرية[1].

أولا : الجزاء العيني (Réparation en nature):

ويقصد به مطالبة المتضرر إصلاح العين المتضررة في كل الأحوال لتعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل الضرر [2].

ولقد اختلف آراء الفقهاء حول جزاء التعسف، فهناك من يرى أنه يكون نقدي فقط لأنه لا يمكن التعويض العيني وحجتهم أن هذا الأخير يكون عند مجاوزة حدود الحق، ولكن هذا الرأي لم يؤيده الفقه والقضاء. أي أن ليس هناك ما يمنع التعويض العيني إن دعت الأحوال إلى ذاك[3].

---

[1]- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع نفسه، ص 288.

[2]-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع نفسه، ص 29/ الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع نفسه ص 288) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي دار حامد للنشر ط1، عمان 2009 ص 108 محمد شبري السعدي، شرح (ق.م.ج) دار عودة للنشر و التوزيع، الجزائر 2004 ص 156.

[3]-حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع نفسه ص. 991.

وهذا ما أكدته المادة 164 من ق.أ. ج) والتي تنص على ما يلي: "يجبر المدين بعد إعذاره للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا و بالتالي يمكن للمضرور أن يطلب هذا التعويض العيني طبقا لنص المادة السابقة، فإذا بني شخص حائط في ملكه وسد هذا الحائط النور والهواء عن الجار فإن هذا الجار يعد متعسف في استعمال حقه والتعويض في هذه الحالة عن الضرر يكون عينيا بعدم الحائط على حساب من قام ببنائه [1].

وقد ذكر الدريني ثلاثة أنواع للجزاء العيني في التصرفات القولية، هي إبطال التصرف، والإجبار على إيقاع التصرف وسلب الحق في التصرف [2].

ولكن للتعويض العيني أنواع و صور أخرى تختلف باختلاف حالات التعسف يمكن ذكرها في قسمين:

أ) النوع الأول: في التصرفات القولية:

ويقصد بها العقود التعسفية مثل: نكاح التحليل، وصية الضرار، المحبة الصورية قرب نهاية الحلول لإسقاط الزكاة وغيرها، وقد رتبت الشريعة الإسلامية عليها جزاء يتمثل ي إحدى الصور التالية: [3]

1- إبطال ذات المصرف لمنع ترتيب آثار عليه: كما في نكاح التحليل عند جمهور الفقهاء، ووصية الضرار ، والطارق البائن في مرض الموت ومنه الخلع، والهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة[4].

2- إجبار الممتنع عن استعمال حقه باستعماله : كما في إجبار الولي على تزويج المولى عليها إذا عضلها عن الزواج، وفي إجبار المحتكر على استعمال حقه في بيع السلعة بسعر

---

[1]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 966 .

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

[3]-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع نفسه ص 288 جميل فخري، محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع نفسه ص. 108 . جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي المرجع نفسه، ص. 188.

[4]-جميل فخري، محمد باشم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المربع نفس، ش. 109.

المثل، وذلك للإزالة الضرر الواقع على الناس من الاحتكار، وإجبار العمال على العمل بأجر المثل وكما هو ملاحظ من الأمثلة يمكننا أن نسمي هذا الجزاء إزالة الضرر عملا بقاعدة " الضرر يزال" [1].

وتفيد هذه القاعدة وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه لأن الضرر ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، ولذا فإن هذه القاعدة تعد من قواعد الإسلام العظيمة، وتشريعاته الحكيمة السمحة إذ أن من مقاصد الشريعة المحافظة علي الضروريات الخمس و حمايتها، والتي هي الدين، النفس، العقل والنسل والمال و دفع الضرر عنها[2].

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

ب- النوع الثاني : في التصرفات الفعلية: رتبت الشريعة الإسلامية على إساءة استعمال الحق في التصرفات الفعلية جزاء يتمثل في إحدى الأمور التالية :[4]

المنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع: إذا كان في استعمال الحق ضرر بالغير فقد بين الشارع الحكيم أنه يجب منع الإنسان من استعمال حقه قبل وقوع الضرر، إذا كان في استعماله لحقه مباشرة للضرر، فيمنع المالك من التصرف يملكه إذا ترتب عليه ضرر فاحش بجاره[5].

1- إزالة سبب الضرر: أو قطع سببه بعد الوقوع منعا لاستمراره في المستقبل فإذا حجب الجار الهواء والشمس عن جاره بناء حائط، فإن الحائط يهدم إلى القدر الذي يزاول به الضرر الفاحش، وكذلك هدم جدار يخشى سقوطه، و ردم بئر تسبب في توهين جدار جاره، و إغلاق نافذة بيت ينكشف بها لجار .

---

[1]-علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب.س. ن) المادة 20 ص .33.

[2]-إسماعيل بن حسن بن محمد علوان، القواعد الفقهية الخمس الكبرى، و القواعد المتدرجة تحتها، ط1، دار ابن الجوزي السعودية 1420م-2000م ، ص. 341.

[3]-جميلفخري، محمد جاثم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، المرجع نفسه ص 109.

فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال المتقي، المرجع نفسه، م. 288

[4]-فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال المتقي، المرجع نفسه، م. 288.

[5]-جميل فخري، محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع نفسه ، ص 189.

2- منع صاحب الحق من الاستعمال حقه فعليا: كمنع الغاصب من هدم البناء الذي بناه على الأرض المعصوبة، إذا لم يعد عليه فائدة، و لو كان الغاصب مالكا لما بناه في هذه الأرض [1].

3- الإجبار على استعمال الحق: إذا كان التعسف سلبيا بعدم استعمال الحق، مثل الجبار على عمارة ملت مشترك [2].

وبهذا فإن الجزاء الميني في التصرفات النيلية يمنع قبل وقوعه إن أمكن من باب الاحتياط و التحرر منه با أمكن ذلك منعا لتفاديه أما إذا وقع فعلا فيجب إزالته و يتحمل الضرر صاحب الحق المتعسف فيه وفق مبدأ الموازنةبين المضار و عملا بقاعدة " الضرر الأشد يزال بالأخف" و قاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[3] .

ثانيا: الجزء التعويضي: (الضمان) (reparation par équivalon)

إذا تعذر التعويض العيني يلجأ التعويض المالي فهو جزاء من الجزاءات التي تلحق بصاحب الحق المتعسف في استعماله ، سواء كان ضررا مادي أو أدبي، فحتى هذا الأخير يمكن تعويضه بالنقد، و هذا ما نصت عليه المادة 132 من ق.أ. ج) و التي جاء فيها مايلي: يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز فيه هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا ، و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات بالفعل غير المشروع".

فهو تعويض مالي محض كما لحق المضرور من إساءة استعمال الحق من ضرر سواء كان ماديا أو معنويا فهو العقوبة التي تصيب مال الشخص كالغرامة و المصادرة ".

---

[1]-جميل فخري، محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع نفسه، ص. 109.

[2]- المرجع نفسه، ص .110.

[3]-العربي مجيد، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير ، كلية أصول الدين، الخروبة جامعة الجزائر 2002/200.، ص. 133.

والأصل وجوب إزالة الضرر إذا وقع عملا بالقاعدة الفقهية "الضرر يزال"[1]، والقاعدة الفقهية" الضرر يدفع بقدر الإمكان[2]، فإذا لم تكن إزالة الضرر الواقع ممكنة، فيجب تدارك. للتعويض عن الضرر الواقع بسبب سوء استعمال الحق، فيعوض المتضرر بالمثل أو القيمة إن عجز عن المثل، والقاضي هو الذي يتولى تحديد التعويض، ويستعينبالخبراء في تقرير القيمة[3]. وينقسم الضرر الواقع بالغير نتيجة سواء استعمال الحق إلى قسمين، الضرر المادي و الضرر المعنوي[4].

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 ومن أمثلة ذلك:

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

2- من عمل على هدم جدار بيته، فتأثر جدار اجار .

3-من أوقد نارا ، أو سقي مزرعته فوق المعتاد في السقي نتج عنه ضرر على الجار .

بالقسم الثاني : الضرر المعنوي "الأدبي" : و هو الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية ، فإذا كان الضرر الذي يصيب مصلحة غير مالية ، فإذا كان الضرر الواقع معنويا أو أدبيا فإنه لا يمكن إزالة عينا، و لذلك فإن قواعد الشريعة لا ترفض تقرير التعويض عنه [5].

وقد يقال إن الضرر المعنوي غير متقوّم، لأن التقوم يعتمد الإحراز، و الإجراء يعتمد البقاء، ولا بقاء للأعراض والضرر الأدبي عرض، فهو غير متقوم و لا يمكن تعويضه بمال[6].

---

[1]- علي حيدر ، المرجع نفسه ، ص 33.

[2]-علي حيدر المرجع نفسه ، ص. 37/و أسامة العليم الشيخ ، المرجع نفسه ، ص.372.

[3]-دار الينابيع للنشر و التوزيع ، (ب.م. ن) ، 1992، ص. 105.

[4]-جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص 190.

[5]- فتحي الذريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، 290.

[6]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، 290.

ويجاب عليه : بأن المنافع المعنوية متقومة على الأرجح ، و تقاس عليها المضار المعنوية بالتقويم بجامع أن كلا منهما عرض و لا بقاء له، صيانة لأعراض الناس ، يؤيد هذا أن الشريعة قد حرمت الإضرار و الإيذاء بشتى صوره[1].

كما أن الشريعة قد شرعت الحد لجريمة القذف، وهو ضرر معنوي أدبي، كما شرعت تعويض ما ليس بمال كالدية، ومهر المثل، وبدل الخلع فلا مانع من تعويض الأضرار المعنوية بالمال إزالة للضرر قدر الإمكان[2] وليس للمدين أن يتمسك أو يفرض على الدائن التعويض بمقابل بدلا من التنفيذ العيني متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، لأنه الأصل[3].

ثالثا: الجزاء التعزيري:

يجوز للحاكم أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر في الشرع، سواء كانت تلك المعصية تتعلق بحقوق الله عز وجل، كترك الصلاة أم تتعلق بحقوق العباد ، كمن يؤذي جاره[4]. فهذا الجزاء إذا يقصد به : العقوبات المقررة على جرائم الم تضع الشريعة لأيها عقوبة مقدرة[5].

قد ترك الشارع حق تقدير هذه العقوبات الرأي الحاكم المسلم نوعا ومقدارا ،يوقعهما على كل معصية، وفعل محضور لم يرد في الشرع لهما عقوبة محددة وهذا الأمر يصبح موكل إلى القاضي بحسب ما يراه وفق سلطته التقديرية لأن التعزير : تأديب على ذنب – معصية أو جناية – لا حد فيها ولا كفارة[6] ولا شي من جنس ماله حد مقدر، كفعل، كفعل المنكرات،

---

[1]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، 290.

[2]-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه، ص. 111/ جميل فخري محمد حاتم متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص. 191/ فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق المرجع نفسه ، 290

[3]-مقدم سعيد، المرجع نفسه، ص. 183.

[4]-أحمد الصويعي شليبك ، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون ، مجلة الشريعة و القانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن و ثلاثون ، الإمارات العربية المتحدة ،2009/04/05.

[5]-جميل فخري ڤمدجانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع نفسه، ص. 191.

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

والأفعال التعسفية تندرج تحت المنكرات والأفعال المحظورة ، ويختلف تقدير العقوبة في التعزير بحسب الأشخاص و الظروف المحيطة بكم. كتعزيز من يدعي على أهل الفضل دعاوى باطلة لإيقاظهم أمام القضاء و إيلاما و امتهانا [1].

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية التعزير على من استعمل حقه استعمالا تعسفيا، من أجل ردع الجاني، ومنع كل من تسول له نفسه في استعمال حقه بقصد الإضرار بالآخرين و نجد ذلك في أقوال الفقهاء و أفعال الصحابة :

أ-أما رواه أنس أن عمر بن الخطاب ، كان إذا أتى برجل طلق امرأته ثلاثا، أوجع ظهره ضربة، وكأنه أخذ تحريكه من قول رسول الله صلى الله عليه و سلم "أيلعب بكتاب الله" [2].

ب- ما جاء في الاختيار لتعليل المختار في تعزير المحتكر قوله "إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن الاحتكار أي القاضي فإن رفع إليه ثانية حبسه و عزره بما يرى و دفعا للضرر عن الناس"[3].

ج- نقل الذرعان عن تبصرة الحكام "قال اصبغ : إن كان المدعي عليه من أهل الصلاح و البراءة أدب المدعي، قصد أذيته أو لم يقصدها"[4].

ويعاقب من تزوج امرأة بنية تحليلها لزوجها الأول فإن قام النكاح على شرط التحليل مع علم الشهود عوقب الزوج و الولي و الشهود تعزيرا[5].

---

[1]-بلحواريي سعاد، المرجع نفسه، ص 31/أحمد الصويعي شليبك، المرجع نفسه ، ص. 65.

[2]-النسائي، سنن بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي ، مطبوع مع حاشية الإمام أحمد بن شعيب السندي ، اعتنى به و رقمه ووضع فهارسه : عبد الفتاح أبو غدة ، ط3، دار البشائر الإسلامية ،1406هـ/1986م، حديث 3401، ص.142. - رويمخزمة عن أبيه ، قال : سمعت محمود بن لبيد قال: "أخبر رسول الله ( ) عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهرهم؟" حتى قام رجل وقال يا رسول الله : (ألا فأقتله). انظر سنن النسائي، حديث 1407، ص.142.

[3]-عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الاختيار لتعليل المختار ، ط3، دار المعرفة ، بيروت، لبنان ، ص. 161.

[4]- إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المديني ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، مصر ،1378 هـ/1958 م، ص. 153.

[5]-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص. 112.

أضاف زياد صبحي: " والحقيقة أن العقوبة التعزيرية موكلة لولي الأمر، فله أن يجمع بينهما وبين عقوبة التعويض، أو إزالة الضرر، وذلك لأن صدق العقوبة هو جزر صاحب الحق من التعسف في استعمال حقه ، وزجر غيره من الناس من تسول أنفسهم فعل مثل ذلك ، أما التعويض فهو زجر للضرر الذي وقع"[1].

الفرع الثاني : الجزاء الأخروي:

المقصود بالجزاء الأخروي : ترتب الإثم و العقاب في الآخرة على المتعسف و ذلك إذا ثبت قصد الإضرار أو التحايل على أحكام الشريعة، وهو جزاء اختصت و امتازت به الشريعة[2] الإسلامية يعرف بالجزاء الأخروي على البواعث أو النيات غير 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 التعسف في استعمال الحق فعل غير مشروع، وحكمه شرعا التحريم والمنع ، لأنه إما أن يكون عملا ناقض به قصد الشارع، أو عمل نشأ عنه أضرار بالغير وكلاهما ممنوع شرعا، فإن تعسف صاحب الحق في استعمال حقه، يكون قد ارتكب محضورة أو منهيا عنه ، ترتب عليه إثم كبير وعقوبة شديدة في الآخرة، وهو جزاء مهم لاستقرار المجتمع لأنه في بعض الأحيان لا يمكن إثبات التعسف أمام القضاء، فيبقى الجزاء الأخروي يردع صاحب الدين المؤمن من التعسف، لأن المؤمن لا يرتدع عن ارتكاب المحاضير خوفا من السلطة الحاكمة و العقوبة الدنيوية، وإنما يرتدع خوفا و خشية من الله عز وجل [4]وذلك لأن الشريعة الإسلامية باعتبارها ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها ثم تضع إلى ذلك القواعد التشريعية الملزمة، أي التي يجب

[1]-زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص.ص. 105- 106.

[2]-أيمن مصطفى الدباغ ، المرجع نفسه ، ص 79.

[3]-العربي مجيدي ، المرجع نفسه ، ص 134.

[4]-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص. 113. 2-

تنفيذ ما قضاء فكانا بذلك نظاما روحيا ومدنيا معا[1]، والجزاء الأخروي أبقى وأعظم من الجزاء الدنيوي لماله من أثر بالغ في توجيه النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الشريعة الإسلامية وإتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه[2]، فالله لا تخفى عليه خافية في الأرض أو في السماء ولن يستطيع الإنسان أن يفلت من العقاب وسيلقى جزاءه من جنس عمله طبقا لقوله تعالى: **فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (7)وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ** " [3]ولذلك فالمؤمن صاحب الدين والخلق يترك التعسف الذي تهى الله عز و جل عنه لمقصدين[4] :

الأول: إرضاء الله عز و جل بطاعته فيما أمر و اجتناب ما نخفي عنه و زجر .

الثاني: الخوف من العقوبة في الآخرة.

وهذان المقصدان، يرتبط كل منهما بالآخر ليقوم عليهما مجتمعين مقتضى الإيمان بالله عز وجل، فإن لم يردعه دينه وإيمانه من التعسف، كان في الجزاء الأخروي ما يهدأ نفس المتضرر، و يبعث فيه الطمأنينة بأن المتعسف لن ينجو من عذاب الله يوم القيامة[5].

مثال ذلك: خلع المريضة مرض الموت بقصد الإضرار بزوجها وحرمانه من الميراث تعسف في استعمال حقها في الخلع، يترتب عليه الإثم والجزاء الأخروي، فضلا عن الجزاء الدنيوي الذي هو هنا توريثه منها"، وذلك لأن الشريعة الإسلامية ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال والحرام المنزلة الأولى في أحكامها ومن ثم تضع القواعد التشريعية الملزمة[6].

والقرآن الكريم لم يول عناية لبيان حكم وتفصيله ومنع التعسف فيه والظلم والإضرار، كما فعل في موضوعات الأحوال الشخصية.

وفي الطلاق على وجه الخصوص واخلع نوع من أنواع الطلاق – ترغيبا وترهيبا حتى إنه

---

[1]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع نفسه، ص. 291.

[2]-أحمد الصويعي شليبك ، المرجع نفسه ، ص 66 / و بلحورابي سعاد ، المرجع نفسه ، ص. 31.

[3]-سورة الزلزلة ، الآيتان 7–8.

[4]-جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتهما بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع نفسه ، ص 193

[5]-زياد صبحي علي ذياب ، المرجع نفسه ، ص.106 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع نفسه ص. 291/جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع نفسه ، ص .193.

[6]-فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، المرجع نفسه ، ص. 291.

ليبين الحكم من أحكام الطلاق بكلمات معدودات ثم يتبعها بكلام طويل مرغبا في التزام ذلك الحكم ومحذرا من تنكبه والتعسف فيه [1].

أما الترغيب فلم تتكرر آيات مناداة المؤمنين ومناداتهم باسم الإيمان و حثهم على العمل بمقتضاه وبمقتضى تقوى الله والإحسان وبمقتضى نعمة الله على المؤمنين ، كما تكررت في مواضع بيان أحكام الطلاق وأمثلة هذا كثيرة منها : "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ**[2]**،وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ**[3]**وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**[4]**،"بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ"**[5]**، "ذَٰلِكُمْيُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا (2) وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۚ وَمَن يَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ فَهُوَ حَسْبُهُ"**[6]، ومن الملاحظاته الجديرة بالتأمل: مجيء آيتين عن الصلاة في ضمن آيات الطلاق على نحو ملفت للانتباه: " **لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّساءَ ما لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**"، "**حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَىٰ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ** "، "**فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا ۖ فَإِذَا أَمِنتُمْ فَاذْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ**"، "**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ** "[7]، 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 نوع من أنواع الطلاق ولا يتعسف ولا يضار.

---

[1]-أيمن مصطفى الدباغ ، المرجع نفسه ، ص. 79.

[2]-سورة الأحزاب ، الآية. 49.

[3]-سورة البقرة ، الآية. 228.

[4]- سورة البقرة ، الآية. 231.

[5]-سورة البقرة ، الآية. 237.

[6]-الطلاق ، الآيتان ،3.2

[7]-سورة البقرة ، 236-240.

وكذلك الترهيب، لم يتكرر هذه القوة والتتابع والشدة كما تكرر في آيات الطلاق نحو: فإن خفتم ألا يقيما محدود الله فلا جناح عليهما فيما آفتدت به تلك حدود ال فلا تعتدوها ومن يتعد حدود آل فأولتي هم اللون[1] ، وتلك حدود الليبها لقوم يعلمون جيد،[2] ولا ميوه ضرارا تعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخدواايست آل هو =مة[3]، على حدود الله ومن يتعد حدود اللي قد ظلم نفسه [4] ومن الملاحظات الجديرة بالتأمل أيضا في سورة الطلاق: أنه عقب بيان أحكام الطلاق بالحديث عن قرى ع عن أمر ربما ورسله فعذبت عذابا شديدا في سورة الطلاق الآية (8)، وأعقب بيان أحكام الطلاق في سورة البقرة بقوله: و ألم تر إلى الذين خرجوا من ديرهم وهم ألوف حد الموت قال له الله تموتوا بن أخيهم [5]، وكأن المعنى في ذلك : تحذير الناس إن خالفوا أوامر الله تعالى في الطلاق، أن يصيبهم مثل ما أصاب من قبلهم.

السبب في هذه العناية الشديدة ترغيب وترهيب : أن المضارة في الطلاق عامة و في الخلع خاصة أمر خفي بين الزوجين، يتعذر إثباته أمام القضاء لينتصف للمظلوم من الظالم، وغالبا ما تستغل المرأة حق الخلع لغير ما شرع له، ومن العسير أن يثبت تعسفها فيه أما القضاء، لأنها قد تدعي ما تشاء، وحتى لو ثبت تعسفها، فإن طلاقها بمقابل المال أو ما يسمى بالخلع ينفذ في الغالب وتترتب عليه آثاره ومضاره، وإن كان الشارع الحكيم قد خفف من هذه المضار بفرض الجزاء الدنيوي أو بدل اخلع، إلا أن المضار سيبقى منها آثار لا تزول مدى الدهر ولذلك جاء الجزاء الأخروي والتشديد فيه ليردع من تسول لهما نفسها إساءة استعمال حق اخلع، وذلك بالإضافة إلى أهمية الأسرة وضمان استمرارها وتضييق سبل هدمها وأسباب انتهائها،[6] وفي ذلك قال رسول الله : "أنا امرأتي سألت زوجها الطلاق في غير ما يأس فتراه عليها رائحة

---

[1]-– سورة البقرة ، الآية .229

[2]-سورة البقرة ، الآية .230.

[3]-سورة البقرة ، الآية . 231 .

[4]-سورة الطلاق ، الآية .1.

[5]-سورة البقرة ، الآية .243 .

[6]-أيمن مصطفى الدباغ ، المرجع نفسه ، ص.ص. 80. 81.

الجنة "[1] فلقد حرم رسول الله على المرأة طلب الطلاق من غير بأس وجزاءها الحرمان من الجنة وبالتالي فمصيرها نار جهنم خالدة فيها وهذا الجزاء الأخروي للمرأة المتعسفة في استعمال حق

ومما سبق يظهر لنا أن الشريعة الإسلامية إعتنت بالأسرة ومنعت التعسف في استعمال حق إنماء الرابطة الزوجية وتقديم هذا الكيان المقدس ورتبت على ذلك جزءا دنيويا يختلف باختلاف صور وقوع التعسف، ويكون عينيا أو ضمانا أو تعزيرية، وكذلك في حالة عدم إمكانية إثبات الضرر في الدنيا فإن الله عز وجل لا يخفى عليه أمر في الأرض ولا في السماء وهو يعلم ما القلوب لذلك فإنه سيوقع الجزاء الأخروي على المتعسف في استعمال حقه عامة وعلى المرأة المتعسفة في إيقاع الخلع.

وللقانون نصيبه في توقيع الجزاء على المرأة المتعسفة في استعمال حق الخلع لأنه نص وشرع الحق ورتب الجزاء على التجاوز فيه، ولذلك فإن دراستنا في المطلب الموالي ستنصب على جزاء التعسف في استعمال الحق في الفقه القانوني.

المطلب الثاني : جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه القانوني.

إذا استعمل الشخص حقه في استعمال غير مشروع، يكون بذلك قد ابتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق في القانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض يمثل الجزاء على التعسف في استعمال الحق عن الأضرار المترتبة عليه[2]. وقد ذهب بعض الفقهاء في بادئ الأمر إلى اقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني استنادا إلى كون النقود مقياس القيم ومن ثم كافية لجبر الأضرار المادية و شافية للأضرار المعنوية[3]. وبدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا مجاوزة حدود الحق بينما التعسف يفترض عملا داخل حدود الحق ومضمونه ولكن هذا الرأي لم

[1]-سبق تخريجه.

[2]-مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة نظرية القانون نظرية الحق، ط1، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع ، الأردن، 2008،ص 20.

[3]-مقدم سعيد ، المرجع نفسه، ص. 176.

يلق تأييدا من الفقه أو القضاء فاستقر الرأي على هجره وعلى القول بالجزاء التعويضي (الفرع الأول من جهة أخرى فإنه في نظرية التعسف في استعمال الحق فقد يوقع الجزاء قبل وقوع الضرر وهو ما يسمى بالجزاء الوقائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الجزاء التعويضي:

هو الصورة العلاجية للتعسف عامة ولتعسف حق الخلع خاصة بعد وقوعه، ويتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، والأصل في جزاء التعسف عن الضرر الذي لحق به [1] والذي تم تسميته ببدل الخلع في استعمال حق الخلع في (ق.أ. ج).

غير أنه يجوز للمحكمة الحكم بالتعويض العيني مع التعويض بمقابل ويكون الغرض من ذلك التعويض عن الضرر السابق ولتجنب الضرر السابق ولتجنب الضرر اللاحق، ومثال ذلك الحكم بعدم المدخنة التي أقامها المالك للإضرار بجاره وبتعويضه عما لحقه من خسارة، ويمكن للقاضي الحكم بالجزاء العيني فقط أو الاكتفاء بالتعويض النقدي وفقا لحالة التعسف[2].

فقد اتفق رأي المشرع الجزائري برأي التشريعات الحديثة على أن التعويض يكون ملائمة الطبيعة الضرر وهذا ما نصت عليه المادة 132 ق. أج)" يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ... ويقدر التعويض بالنقد على أنيجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب الضرورة، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه..." وقد نصت القوانين العربية على صورة من صورة جزاء التعسف في استعمال الحق حيث جاء في (الفقرة 1 من المادة 66) من القانون المدني الأردني[3](الفقرة 1 من المادة 106) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي [4] (الفقرة 1 من المادة 29) من قانون المعاملات المدنية السوداني[5] على أنه :" يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع".

---

[1]-Mazeaud et tunc , traité théorique et pratique de la responsabilité cirile,op,cit,p582.

[2]-محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. ص. 72-73.

[3]-أبو رحمة ، مذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ط2، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1985، ص.82.

[4]-قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م

[5]-قانون المعاملات المدنية لدولة السودان، رقم 6 لسنة 1984، ص.16.

يتضح لنا من هذه القوانين أن الجزاء على التعسف في استعمال الحق اتخذ صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه وهو التعويض–الضمان– عن الأضرار المترتبة عليه سواء أكان هذا التعويض عينية أو مادية أي نقدية.[1]

ويتضح لنا من المادة 132 من ق.أ. ج) أن التعويض، هو جزاء المسؤولية التقصيرية و غالبا ما يكون تعويضة نقدية، وإن كان يجوز أن يتخذ شكل التعويض العيني أو التعويض غير النقدي[2].

والمقصود بالتعويض النقدي: أنه الأصل في الأنواع الثلاثة للتعويض والتعويض النقدي في الأصل عبارة عن مبلغ من النقود معين يعطى دفعة واحدة، ولكن إذا اقتضت الظروف غير ذلك فللقاضي أن يحكم القاضي بتعويض نقدي مقسط، أو يكون على شكل مبلغ من المال يدفع إلى شركة التأمين لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمتضرر ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن[3].

وهذا النوع من التأمين يصلح ليكون تعويضا عن الخلع وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تقديره لبدل الخلع المادة 54ق.أ. ج) بما لا يتجاوز صداق المثل وبما أن الصداق يصلح أن يكون تعويضا نقديا فإن بدل الخلع يمكن أن يكون نقدا.

أما التعويض العيني: فهو الوفاء بالالتزام عينا وهو يكثر في نطاق الالتزامات العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فهو نادر الوقوع[4].وهذا النوع من التعويض لا يصلح أن يكون تعويضا عن الخلع. أما التعويض غير النقدي: فيكون 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 بالمادة 132 من (ق.أ. ج) (أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل

[1]-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، المرجع نفسه ، ص.114.

[2]-أحمد حسن قدادة ، المرجع نفسه، ص. 262.

[3]-أحمد حسن قدادة ، المرجع نفسه، ص.263.

[4]-المرجع نفسه. ص.263.

بالعمل غير المشروع)[1].

وهذا النوع من التعويض يمكن أن يكون كتعويض عن التعسف في المخالعة لكن المشرع الجزائري لم يأخذ به واكتفى بقوله بما لا يتجاوز صداق المثل أي أن كل ما يصلح أن يكون صداقا يصلح أن يكون تعويضا عن الخلع وأن هذا التعويض واجب على الزوجة المخالعة سواء تعسفت أم لم تتعسف. وطرق تقديره تكون باتفاق الأطراف وفي حالة عدم الاتفاق تكون عن طريق القضاء بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل ومن الملاحظ أن هذا التعويض أو ما يسمى ببدل الخلع لا يعتبر تعويضا عن التعسف لأنه وكما سبقت الإشارة أنه يحكم به في جميع حالات الخلع دون استثناء ولم يراع فيه طرق التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف. فطرق تقدير التعويض عن الضرر في القانون الروماني، يتم بثلاث طرق:

أ- إما أن يكون بنص القانون .

ب- أو أن يكون بقدير القاضي.

ج- وإما أن يكون بتقدير المعتدى عليه أو من أصابه الأذى ثم يحكم له بذلك القاضي أو بأقل من ذلك حسب الأعدل و الأولى[2].

أما في القانون المدني: فيراعى في تقدير التعويض عن الضرر والذي يكون عن طريق القضاء ما يلي :

أ- الظروف الملابسة للمضرور والتي تدخل في تحديد قدر الضرر الذي أصابه وليس الظروف التي تلابس المسؤول عنالضرر.

ب- فضلا عن ذلك فإنه يجب أن تراعي أيضا الظروف الشخصية والعائلية للمضرور ..... الخ و شي ما تشبه ظروف زيادة التعويض بمقدار زيادة الألم في الفقه الإسلامي[3].

أما طرق تعويض الضرر في الفقه الإسلامي، فهي كما يلي:

---

[1]-المرجع و الموضع نفسه .

[2]-أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي و القانون، دار الجامعة الجديدة القاهرة، مصر 2007، ص. 373.

[3]-المرجع و الموضع نفسه .

أ- إما طرق التعويض بنص الشارع.

ب- أو من خلال حكومة العدل، وهو ما يسمى بالوسائل غير الإرادية 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 إرادية أي لإرادة الإنسان في تقدير التعويض دورا كبيرة، وذلك كما في المخالعة والطلاق قبل الدخول[1].

لكن في حالة عدم الاتفاق أخذ المشرع الجزائري بما لا يتجاوز صداق المثل وهذا إجحاف في حق الزوج لأنه لم تراعى فيه ظروف الحالة والتي قد تكون الزوجة متعسفة في إيقاع هذا الحق وهو الخلع، لذلك وجب إلزام الزوجة بأداء تعويض عن تعسفها في استعمال حقها في الخلع، ويبني هذا التعويض على الأساس التالي:

الأساس القانوني لاستحقاق التعويض عند الحكم بالخلع:

إن الزوجة في طلبها للخلع تستعمل حقا خالصا لهما بمقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق إذ لا تملك المحكمة رفض طلبها وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع فقط وهو ما يستخلص صراحة من نص المادة 54 من (ق.أ. ج).

وطالما أن الخلع حق المرأة وأن هذا الحق يخضع لمشيئتها و مرده دائما لإرادتها، ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط استعمال هذا الحق، إذ المقرر أن الحق دائما محدود بما ليس فيه مساس بالغير بإساءة استعماله أو التعسف فيه ، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإن كفل لهما القانون الحماية الواجبة، وبناء عليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى اتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة[2].

---

[1]-المرجع نفسه ، ص ص .373-374.

[2]-أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية و أحكامه ، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2004، ص . ص.58-59

و من خلال موقف المشرع المصري والجزائري من الطبيعة القانونية للخلع نلاحظ أن كلاهما قد جعل الخلع من قبيل الحقوق المقررة للمرأة فإذا ما نفرت من زوجها وجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت حقها فيه، وليس للقاضي الخيار في قبول طلبها إذا ما استوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وفي هذه الحالة من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال حقها وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية و المادية التي أصابته؟ **وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة المهر المثل وقت الحكم تعويضا حقيقية لما أصاب الزوج من ضرر؟**

فمن خلال أحكام الطلاق نرى أن الرجل يوقع الطلاق بإرادته المنفردة ولا يعتبر حكم القاضي منشأ للطلاق بل مثبتا فقط لإرادة الزوج وأنه يحق للزوج أن لا يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق بما أن المشرع جعل العصمة بيد الزوج بقوله" **ويتم بإرادة الزوج**" فالزوج يفصح عن إرادته في الطلاق أي فك الرابطة الزوجية إذا لم يقيده بأي شرط أو التزام، فما على القاضي إلا الاستجابة لذلك ويصدر حكمه بالطلاق[1]، على أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بدون مبرر شرعي يسمح للزوجة بطلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، فالزوج استعمل حقا خالصا له، ولكنه تعسف فيه، فهذا التعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق. وقد أعطت المادة 124 مكرر من **(ق.أ. ج)** وصف التعسف في استعمال الحق لا سيما إذا اتخذت ثلاث حالات وهي:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر اللاحق بالغير.

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

وحتى إذا أقدم الزوج على طلب الطلاق ولم يتمكن من تبريره فهو طلاق تعسفي، وقد استقر

[1]-لحسين بن شيخآث ملوي ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص. 219.

الاجتهاد القضائي على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي، وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة كذلك أن تبرر أسباب لجوئها إلى طلب الخلع، وأن استعمالها لحقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 من (ق.أ. ج). السالفة الذكر[1] .

فمن الطبيعي و المنطقي أن المرأة شأنها شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع كما لو كان الزوج رجلا ناجحا صالحا قائمة بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل ثم تعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بما وحبه لها وامتثالا للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه ألا تعتبر في هذه الحالة الزوجة قد أساءت استعمال حقها المقرر وانحرفت عن غايته ومرماه، ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها لتوفر العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف؟

أليس في ذلك الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا و قانونيا و أخلاقيا و شرعيا لاستعمال هذا الحق؟ ولعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها ما لا يتعارض مع الشرع والمنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية واجتماعية وقانونية لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل و يقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبيل المصالح المرسلة التي عرضت بصدور هذا التشريع[2].

إن هذه المسؤولية تحد أساسها في القواعد القانونية المقررة لاستحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي، و كما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنهمن المنطقي أن إساءة استعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج بما لحقه من ضرر وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، فهل يعتبر صداق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟

[1]-مسعودة نعيمة الياس، نفس المرجع ، ص 186.

[2]-أحمد حسام النجار ، المرجع نفسه، ص. ص. 61-62.

وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة؟

ما نلاحظه على نص المادة 54 من (ق.أ. ج) أنها قد أجحفت بحق الزوج في التعويض، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج في حالة تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع، فإن ادعى الزوج أنه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، ويلتزم بإثبات عناصر. هذا التعسف، وكما سبق القول يرخص له ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة، فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها، أو التقتير عليها، أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية فقط، وأن هناك أضرار جمة قد لحقت به وباستقرار أسرته.

وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي النظر في الدعوى بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له، وأنها قد حققت منه فائدة مشروعة، وأن الزوج الممم يلحقه ضرر وبالتالي لا يلزمها بالتعويض[1].

ولكننا نرى بأن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا وذلك لسببين:

أولهما: أنه قد جعل التعويض عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة أسباب ودوافع كافية، وإن كان طلبها للخلع بغير مبرر قانوني، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر.

ثانيهما: أنه قد حدد هذا التعويض بما لا يتجاوز صداق المثل، إلا أنه يمكن أن يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفا في (ق.أ. ج) بنص المادة 54.

ومن جانب القضاء فقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ1992/07/21 بأنه من المقرر فقها وقانونا "أنه يسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه،

[1]-مسعودة نعيمة الياس، المرجع نفسه ، ص.188.

كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفاف إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف الممنوعين شرعة وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعة دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

فإن كان هذا القرار قد ذهب إلى أن تحديد قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند استعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للابتزاز والتعسف فهو من جهة أخرى لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج بل أن القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى أن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواء كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها، ويقضي به القاضي سواء كان مناسبا للضرر اللاحق بالزوج أولا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به[1].

ومن جانب الفقه أن معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة يظهر تعسف الرجل في مطالبته بزيادة على المهر كبدل الخلع، وذلك أن المرأة في تكليفها رد المهر وزيادة مع ألم الفشل في حياتها الزوجية يفوق الضرر اللاحق بالرجل إن ترد إليه مهره دون زيادة حيث لم له ماله، و من هذا المعيار يدفع أعظم الضررين وهو الضرر اللاحق بالمرأة المخالعة بتحمل أيسرهما، وإن كان الضرر معنويا بالنسبة إلى الرجل فلا يقال بالزيادة [2].

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على أن يكون بدل الخلع صداق المثل، فإن المشرع المصري في المادة 20 من القانون 1 لسنة 2000 جعل بدل الخلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية وأن ترد له الصداق الذي أعطاه لها.

فإذا استمرت الحياة الزوجية سنين طويلة ثم جاءت الزوجة بعد عشرين سنة إذا صار الزوج

---

[1]-مسعودة نعيمة الياس، المرجع نفسه ، ص . ص. 188-189.

[2]-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه ، ص.265.

شيخا ومقعدة وبعد أن كان شابا قادرا على تلبية طلباتها و طلبت من المحكمة أن تخلع نفسها مقابل أن ترد عليه صداقه الذي أصبح اليوم مبلغا زهيدا، فإن القاضي لا يملك إلا أن يقضي بالخلع و رد الصداق للزوج، وفي ذلك إجحاف بحق الزوج وعدم اعترافه بالضرر الذي لحق به من استعمال الزوجة لحق الخلع.

وأتساءل كيف أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة في حالة الطلاق ويعطي للقاضي سلطة واسعة في تقدير تعويضه دون أن يحدد أدناه وأقصاه، ثم لا يعترف للزوج بالضرر الذي يلحقه في حالة الخلع ويحدد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع، بما لا يتجاوز صداق المثل وكأنما يرى المشرع أن الخسارة الوحيدة للزوج في زواج لم يحقق غايته و يستمر فيما قدمه لها من صداق وليس استقرار أسرة بأكملها وسنوات من الحياة الزوجية أفناها الزوج في خدمة أسرته وتلبية متطلباتها.

الفرع الثاني : الجزاء الوقائي:

إن الجزاء على التعسف لا يقتصر على الجزاء العلاجي فقط، بل يتمثل في الجزاء الوقائي أيضا، وهو جزاء يمنع ابتداء الاستعمال التعسفي للحق و يحول دون وقوع الضرر أصلا، لذلك فإن وجوب التعويض لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرر بمقتضاها أن يمنع حصول الضرر قبل وقوعه، أو يوقف هذا الضرر الذي سببه صاحب الحق، أو يطلب إعادة الحال إلى ما كان عليه [1] فهذا الجزاء يميز نظرية التعسف في استعمال الحق ويهدف إلى منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالا تعسفيا قبل أن يترتب على هذا الاستعمال ضررا ما، فيلتجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا بالاعتراف بحقه و حمايته و تمكينه من استعماله، هنا يتأكد القاضي قبل إجابة طلب المدعي من وجود الحق من جهة ومن أن الاستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى.

ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالعنف ويترتب على ذلك منع الاستعمال التعسفي أصلا. مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه، إذا كان قد تصرف

[1]-حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع نفسه، ص. ص 791.-792.

في حق استغلاله ماليا إلا بعد الحصول على إذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك[1]. وأمثلة ذلك أيضا ما ذهبت إليه المادة 1141 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه: "إذا أحدث شخص بناء أو غرسا، أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك الأرض بثمن مثلها، وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة"[2].

والمادة 928 من (ق. م. م)، من أنه: "إذا كان مالك الأرض و هو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك في نظير تعويض عادل"[3].

وما نصت عليه المادة 1029 من القانون المدني المصري من أنه :"لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به[4].

وبهذا نكون قد أخينا هذا الفصل من الدراسة الذي كان تحت عنوان آثار التعسف في استعمال حق الخلع والذي أدرجنا تحته مبحثين ، تناولنا في **(المبحث الأول)** الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخلع الذي شمل كل من تعريف الضرر في اللغة و الاصطلاح، وكذلك أنواع الضرر الناتج عن هذا التعسف من ضرر مادي وغير مادي أو ما يعرف بالضرر الأدبي أو المعنوي وماذهب إليه كل من القانون والشريعة في تعريفهما إضافة إلى تبيان شروط الضرر الموجب للتعويض و كيفية إثباته للوصول إلى التعويض.

---

[1]-مسعودة نعيمة الياس، المرجع نفسه ، ص.74.

[2]-– أبو رحمة، المرجع نفسه، ص.686

[3]-رمضان أبو سعود، الوجيز في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون و بخاصة المصري و اللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية بيروت ، لبنان 1992، ص.663.

[4]-المرجع و الموضوع نفسه.

أما **(المبحث الثاني)** الذي كان بعنوان جزاء التعسف في استعمال حق الخلع فقد أدرجنا فيه كل من جزاء التعسف في استعمال الحق في **الفقه الإسلامي** و الذي شمل **الجزاء الدنياوي و الجزاء الأخراوي** وذهبنا إلى هذا الجزاء أيضا في الفقه القانوني الذي شمل **الجزاء التعويضي** والأساس الذي يبنى عليه **والجزاء الوقائي** لمنع حصولالضرر.

الخاتمة

خاتمة

من خلال الدراسة التي قمنا بما يتضح أن الخلع حق مقرر شرعا وقانون للزوجة، وهذا الحق شرع حتى لا يكون هناك إرغام لها على العيش مع زوج أصبحت تبغضه و تخاف معصية الله في البقاء معه ، إلا أنه إذا استعملت هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو الإضرار بالزوج أو يكون الخلع لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل من جراء الخلع للزوج أشد و أكبر من الفائدة التي حصلت عليها الزوجة، تقوم المسؤولية التقصيرية للحد من ظاهرة التعسف في استعمال حق الخلع، و لجبر الأضرار التي أصيب بها الزوج سواء كانت أضرار مادية أو معنوية.

وانطلاقا من هذا فإن النتيجة المتوصل إليها من خلال بحثنا هي أن نظرية التعسف في استعمال الحق وعن طريق تطبيقها على حق الخلع لم تأتي للحد من الحق في الخلع أو لتقييد 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 .

ومن هنا تظهر القيمة الاجتماعية لنظرية التعسف في استعمال حق الخلع و الهدف الذي تسعى إلى تحقيقه هذه النظرية .

فحق الخلع لم يشرع ليكون وسيلة جور و طغيان 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 أجزاء الدنيوي على المتعسف أو بمفهوم قانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي.

خاتمة

هذا رغم أن هناك اختلافات شتى بين الشريعة الإسلامية و القانون فيما يتعلق نظرية التعسف في استعمال الحقي، نجملها في النقاط التي ذكرها:

– نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها في الشريعة الإسلامية هو تشريع إلاهي غير قابل للنقاش ولا للتأويل وهو القرآن، بينما مصدرها في القانون هو عمل البشر، فالنظرية جاءت نتيجة لزخم فكري، فهي عرضة للنقص، و خاضعة لتعديلات قانونية تبعا لهذا النقص و تبعا للتطورات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية.

– 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 يتحدد التعريف وتتحدد 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 هذه النظرية بينما جعلها آخرون تسري على الحقوق والحريات العامة بصفة شاملة .

– مع 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 أنه لم يتناول القاعدة العامة و التي تضمن أن استعمال الحق بصفة مشروعة لا يولد المسؤولية، كالمشرع المصري ، رغم أنه المصدر الذي استمد منه أحكامه ، وكنظيره الأردني الذي نص على: الجواز ينافي الضمان ثم تطرق إلى المعايير فنظرية التعسف في استعمال الحق هي إستثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن الأصل في الأفعال الإباحة. ولهذا فإن كان الخلع حق فإن ممارسته على الوجه المشروع لا يؤيد أي مسؤولية في مواجهة الزوجة المخالعة، بينما المسؤولية تترتب على استعماله بطريقة غير مشروعة و ترتيبه الضرر بالنسبة للزوج ومن كل هذا نلمس

وضوح هذه النظرية ودقتها وشموليتها في الفقه الإسلامي، من خلال نظرته إلى الحق كما أنه لا يتم التناقض بين مصلحة الفرد والجماعة، بل بالعكس وفق بينهما، كما أنه يعرف بمرونة نم يعرفها أي تشريع آخر. هذا لأن قواعده من وضع الشارع الحكيم. فكان أجدر بالتشريعات العربية أن تصوغ نظرية التعسف في إستعمال الحق كما جاءت بها الشريعة الإسلامية حتى تتفادى النقص في التناقض و تفادي الصراعات الفقهية

الاقتراحات:

-على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على وجوب التعويض عن التعسف في الخلع نظير ما جاء به في المادة52(ق.أ. ج) في التعويض عن الطلاق التعسفي، وكذلك عليه أن يبين كيفية تقدير التعويض، و المعايير والأسس المعتمدة في ذلك، وهذا حفاظا على حقوق الزوجين المتخاصمين من جهة و لفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

- إن المشرع الجزائري لم يفصل بين بدل الخلع الذي هو ركن في الخلع و التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في استعمال حق الخلع، لذلك فالأولى أن يتدارك هذا الأمر.

- تكوين قضاة لهم الدراية الواسعة و الكافية بشؤون الأسرة بوجه خاص، لأن الخطأ في مسألة أو قضية لا يمس أطرافها فحسب، بل يتعداه إلى أبعد من ذلك فيجب على القضاة أن يكونوا ملمين بأحكام الشريعة الإسلامية نظرة الارتباط القانون بما ارتباطا وثيقا طبقا للمادة 222ق.أ.ج) .

- إيجاد أخصائيين نفسانيين واجتماعيين، يوضعون تحت تصرف القاضي المختص بشؤون الأسرة. من شأنهم أن يبينوا له الإتجاه 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 أجل أن تتزوج هذه المرأة برجل آخر و لربما غرر بها هذا الأخير ؟ .!

– يتوجب على المشرع الجزائري استكمال المادة 54 (ق.أ.ج) بمواد أخرى لتوضيح الأحكام المتعلقة بمخالعة الزوجة الرشيدة، و التي دون سن الرشد، كذلك بأن لا يتعلق الخلع بحق من حقوق الأطفال، و أن لا يكون مقابل الخلع حضانة الأطفال... إلى غير ذلك من الأمور التي يجب على المشرع أن يوضحها في مواد قانونية واضحة، تفادية التضارب 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. كأن يلزم الزوجة المتعسفة في استعمال حق الخلع بدفع تعويض عن الضرر اللاحق بالزوج مع خسارتها لكل حقوقها و الرفع 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 و يبين أنها طلاق و ليست فسخ وكذلك عليه أن يبين نوع المال الذي يجوز أن يكون بدلا للخلع، و قدره، ومتى يستحق؟.

–على المشرع تحديد معايير التعسف في المخالعة لضرورتها الملحة لمعرفة إذا ما كان الخلع تعسفية أم لا، وهذا الجبر الضرر و إلزام الزوجة بدفع التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التعسف .

ويبقى لنا أن نتساءل أخيرا إلى متى يفك المشرع الجزائري الإمامات الواردة في نصوصه و المتعلقة بفك الرابطة الزوجية عموما و الخلع بوجه خاص؟ ومتى يسد المشرع الجزائري الثغرات القانونية التي من خلها تنفك و تحل الرابطة الزوجية و التي هي في الأصل المعيار الأساسي لبناء مجتمع متماسك و متين ؟.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر .

أ – القرآن الكريم برواية حفص عن عاصي.

ب. – كتب التفسير:

– أبو علي الفضل ابن الحسن الطبرسى، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج2، دار المعرفة بيروت(ب.م.ن).

ج. كتب الحديث وشرحه:

– ابن رجب، القاعدة الذهبية في المعاملات الإسلامية لاضرر ولا ضرار، تحقيق إيهاب حمدي غيث ، دار الكتاب العربي للنشر، (ب.م.ن)، (ب. س. ن).

– أبو عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباتي، ج2، دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة، (ب.س. ن).

– أبي داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، الأردن، سنن أبي داوود، طبع دار الحديث القاهرة(ب.م.ن).

– أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي بشرح الحافظ، جلال الدين السيوطي، مطبوع مع حاشية الإمام السندي، أعتني به و رقمه ووضع فهارسه عبد الفتاح أبو غدة، ط3، دار البشائر

الإسلامية، 1406هـ/1986م .

– البخاري، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج13

(ب.م.ن)، (ب.س. ن).

– بن أبي القاسم بن محمد فرحون المالكي المديني، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناشج الأحكام مطبعة مصطفى البايدي الحلبي، القاهرة، مصر،1378/ 1958م.

– بن مودود الموصلي الحنفي، الاختبار لتعليل المختار، ط3،دار المعرفة، بيروت، لبنان، (ب.س. ن).

– عبد الله بن عبد الرحمان الدرامي السمرقندي، سنن الدرامي، نشر دار الرياض للتراث، دار الكتاب العربي اللبناني، لبنان ، (ب.س. ن).

– مالك بن أنس، الموطأ، ط 1، دار الإمام مالك للطباعة والنشر، باب الواد، الجزائر 1434/ 2013 هـ .

–مالك بن انس، الموطأ، برواية مصعب الزهري المديني ، مؤسسة الرسالة بيروت، 1993.

–مالك بن أنس، الموطأ، منشورات دار الآفاق الجديدة، (ب.م.ن)، (ب.س.ن).

– محمد بن عيسى الترمذي، طبع دار الفكر، بيروت، (ب.س. ن).

– مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، بشرح النووي ط2، دار الفكر، بيروت، 1979. – مسلم، صحيح مسلم، ط1، دار السلام ، الرياض، 1419 هـ.

د– المعاجم و القواميس :

– المقري القيومي، المصباح المنير، ج2، ط4، المطبعة الأميرية، القاهرة ، (ب.س. ن).

– الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج3، المؤسسة العربية لطباعة والنشر، بيروت، (ب..ن).

– ابن منظور، لسان العرب، ج9، دار صادر ، لبنان، 2005.

– ابن منظور لسان العرب، ج6 ، ط1، دار صادر ، بيروت، لبنان، (ب.س. ن).

– شوقي ضيف، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003.

– صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المتتم الصافي في اللغة العربية(ب.د..ن)

الرياض، (ب . س . ن).

ثانية المراجع باللغة العربية

أ-الكتب :

-ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الكتب العلمية، لبنان(ب.س.ن).

- شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، (ب. ط)، مطبعة الاعتماد القاهرة و(ب.س. ن).

- إبتسام القلام، المصطلحات القانونية، ط4، المنشأة العامة للمعارف، مصر، 1971.

- ابن حجر الهيثمي، فتح المبين لشرح الأربعين، (ب . ط)، دار إحياء الكتب العربية (ب. د.ن) 1352هـ.

- أبو رحمة، المذكرات الإيضاحية، (ق.م.أ) ، ط2، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن ، 1985.

- أحمد حسام التجارة الخلع ومشكلات العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءات العملية وأحكامها ب .ط)، دار الكتب القانونية، مصر ، 2004.

-أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق . م . ج)، ج 1، مصادر الالتزام (ب. د.ن)، الجزائر، 1994 .

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية والغير إدارية دراسة فقهية وقضائية ، (ب.د.ن)، (ب.م.ن)، 2002.

- أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام (الطلاق وحقوق الأولاد ونفقات الأقارب)(ب.ط) ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، 1998.

- أحمد فراج حسين عبد الودود السريني، النظرية العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، (ب.س.ن).

– أحمد لعور، نبيلصقر، الدليل القانوني للأسرة موسوعة الفكر القانوني القانوني، دار المدى للطباعةوالنشر و التوزيع، طبعة 2007.

– ادريسفاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009.

– 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 في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي(ب.ط) ،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007 .

– إسماعيل بن حسن ابن علوان، القواعد الفقهية الخمسة الكبرى، والقواعد المندرجة تحتها ط1 دار ابن الجوزي، السعودية، 1420ه/2000.

– أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.

– أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، (ب.ط)، منشأة المعارف، (ب. د.ن)، (ب.م.ن).

– الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

– باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر ، (ب.س. ن).

– بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام (ق.م. ج)، التصرف القانوني، العقد، الإرادة المنفردة ديران المطبوعات الجامعية ، ط4، الجزائر ، 2005 .

- بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام في (ق.م. ج)، الواقعة القانونية (الفعل الغير مشروع الإثراء بلا سبب، القانون) ج2، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

- بلحاح العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر ، 2004.

- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، مطبعة دار التأليف مصر، 1961.

- بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في (ق. أ.ج)، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007.

- تقي الدين الهلالي، أحكام الخلع في الإسلام، ط2، المكتب الإسلامي بيروت، 1395.

جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج2، ط1، منشورات كليك المحمدية ، الجزائر، 2013.

- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون والنظرية العامة للحق، دار هومة للطباعة والنشروالتوزيع، الجزائر، 2003.

- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دارالفكر ، عمان، 2007.

- علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني (بدائع الضائع في ترتيب الشرائع) ، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، (ب.س.ن).

- علي حيدر، درر الحكام، شرح مجملة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت ، (ب.س.ن).

- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،2005 . - علي فبلايلي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر ، 2002 .

- علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- عمر فخري الحديثي، تحريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، ط1 دار الثقافة للنشر، عمان، 2011.
- فتحي الدريني، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة بيروت1988.
- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط1،مطبعة جامعة دمشق سوريا، 1967 .
- الحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في عطلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة) دار هومه لطباعة والنشر، الجزائر، 2013.
-لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في القضاء في الأحوال الشخصية، ج3، ط2، دار هومه للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2006.
- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري (دراسة فقهية مقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر ، (ب.م.ن)، (ب.م.ن).
- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية،ط 3، دار الفكر العربي للطباعة والنشر (ب. م.ن) 1957.
- محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، (ب. ط) دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 1998.
- محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية (شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية) ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح قان المدني، النظرية العامة للالتزامات، دار المدى الجزائر 2011.
- محمد صبري السعدي، شرح (ق.م. ج)، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2004.

– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات القسم الأول ومصادر الالتزام، الكتابالثاني ، المسؤولية التقصيرية، العمل النافع والقانون) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الكتاب الحديث، الجزائر ، 2003.

– محمد مدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، راب . تلـه)، دار إشبيليا الرياض 2004.

– مصطفى الجمال النظرية العامة للقانون، (القاعدة القانونية، الحق) منشورات الحلبي الحقوقية لبنان2002 .

– مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية (الطلاق وآثاره) ط1 ب. د.ن)ليبيا، 2000.

– معن الخليل، علم اجتماع الأسرة، (ب.ط)، دار الشروق للطباعة والنشر (ب.م.ن) 1994 – مقدمسعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، (ب. ط)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ص.1992.

– منال محمود المشني، الخلع في القانون، أحوال شخصية، (أحكامه وآثاره) ط1، دار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان ،2008.

– منصوري نورة، التطليق وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار المدى، عين مليلة الجزائر ،2002.

– مهند وليد الحداد، خالد وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون، نظرية الدولة، نظرية القانون، نظرية الحق، ط1، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.

– موسى عبد الرحمان وتوق محي الدين، المدخل إلى علم النفس، ط3، مركز الكتاب الأردني الأردن1993.

– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية)، ج7 الأحوال الشخصية ط2، دار الفكر، دمشق.

– وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (ب.ط)، دار الفكر المعاصر، بيروت ،1998.

ب- الوسائل و المذكرات :

رسائل الدكتوراه :

- 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.

- آيت شاوش دليلة، إنماء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة بين الفقه الإسلامي و(ق.أ.ج) وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

- مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق في دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

- رسائل الماجستير :

- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014.

- عبد الرحمان مجوبي، التعسف في استعمال الحق، وعلاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادته الماجستير، قسم العقود و المسؤولية كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2006/2003 .

- إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008 .

- يوسفات على هاشم، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.

– فريحاوي كمال، التفريق للضرر في (ق.أ. ج)، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2001.

– 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 العليا، جامعة نايف العربية الرياض، 2011.

– العربي مجيد، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون،مذكرةماجستير،كلية أصول الدين،الخروبة جامعة الجزائر 2002/2001.

– **مذكرات الماستر :**

– شرقي سعدية، التعسف في استعمال حق الملكية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

– بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الناس، كلية التوق، باسية أكلي مسند أولحاج، البويرة، 2013 .

– شكال وردة، حق الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية، مذكرة ماستر، (ق.أ. ج)، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة 2015.

– نسيمة عبدي، الخلع على ضوء الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر ، قانون الأسرة كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015.

– إسماعيل موسى مصطفى عبد الله، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.

– رواط رزيقة، زرارفة فاطمة الزهراء، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الأحوال الشخصية، كلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2015.

– نذير ستان، التطليق في (ق.أ. ج)، مذكرة ماستر، قانون خاص، أكلي مند، البويرة، 2013.

–حياة خطاب، الطلاق التعسفي و آثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.

ج– المقالات :

– أحمد فهمي أبو سنة، التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

http// www .alukah.nt تاريخ الإضافة05/16/ 2019، زيارة 44487.

– ليندا حامد ملكاوي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية، دراسات ، علوم الشريعة و القانون، المجلد 40 ، العدد 01، 2013.

– الدهش، عبد الله بن عبد الرحمان بن عثمان، الفصل في الخلع "أسبابه و أثاره "، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية العدد الأول، محرم 1420.

– محمد أحمد المعداوي، المدخل للعلوم القانونية " نظرية الحق "، كلية الحقوق جامعة بنهاWWWPDFFACTORY.COM.

– أحمد محمد الرفاعي، برنامج الدراسات القانونية، المدخل العلوم القانونية (نظرية القانون كلية الحقوق جامعة بنهاWWW.PDFFACTORY.com

– بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق (ق.م. ج) مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 4، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999.

– بوبكر مصطفى، الطبيعة القانونية لنظرية التعسف في استعمال الحق على ضوء تعديل القانونالمدني بالقانون رقم 05–10 الموافق ل 20 يونيو 2005 ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، العدد 1، سنة 2011.

– محمد سنان الجلال، التعويض المادي عن الضرر الأدبي أو المادي غير المباشر الناتج عن الجناية أو الشكوى الكيدية الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي،

المنعقدة في مكة المكرمة عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، الدورة الثانية والعشرون المجتمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة المكرمة.

– عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، ضمان الأضرار المعنوية بالمال، الدورة الثانية والعشرون للمجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة المكرمة .

– فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني والعشرون العدد 2، سوريا 2006 .

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

– أحمد الصويعي شليبك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثامن والثلاثون، الإمارات العربية المتحدة 2009/04/05.

د– النصوص القانونية:

القوانين :

– قانون رقم 05–10 المؤرخ في2005/06/20، يعدل ويتمم بالأمر 75 – 58 ، مؤرخ في1975/09/26يتضمن القانون المدني (ج،ر) عدد 44 ،الصادرة في2005/06/26.

– قانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم ، (ج.ر) العدد 24 المؤرخة في 12 جوان 1984.

– قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 المعدل بالقانون اتحادي رقم 1 لسنة 1987م .

– قانون المعاملات المدنية لدولة السودان، رقم 6 لسنة 1984.

– قانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن (ق .إ. م .و.إ.)، ج.ر) العدد 21 المؤرخة في 2008/04/23 .

الأوامر :

– الأمر 02/05 المؤرخ في2005/02/27 المتضمن تعديلرق.أ. ج) (ج.ر)، العدد 15 المؤرخ في 27 فيفري 2005.

القرارات:

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 26709، قرار بتاريخ1982/02/08 نشره القضاة، عدد خاص.

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34034، قرار بتاريخ1985/03/06 غير منشور ، نقلا عن بلحاج العربي.

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36709، قرار بتاريخ1985/04/22.

المجلة القضائية 1 لسنة 1989.

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 46297، قرار بتاريخ1986/11/18 .

غير منشور (نقلا عن بلحاج العربي).

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51728، قرار بتاريخ1988/12/21.

– المجلة القضائية العدد 03، لسنة 1990 .

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73895، قرار بتاريخ1991/04/23نقلا عن آيت شاوش دليلة مرجع نفسه.

– المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603، قرار بتاريخ1992/07/21.

- نشره القضاة عدد خاص 2001.

- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 141262، قرار بتاريخ1996/07/30 نقلا عن آيت شاوش دليلة مرجع نفسه.

- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 252594، قرار بتاريخ2000/11/21 المجلة القضائية 1 لسنة 2001 .

- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 65259 ، قرار بتاريخ 2011/09/15 مجلة المحكمة العليا 2012 ، عدد 1.

-الوثائق :

- **الموقع الإلكتروني:**https://www.wikipedia.org/wiki بتاريخ 2019/05/03 على الساعة 20:18.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية :

1-mazeaud .H.et L .et tunc .andré traité théorique et pratique de la responsabilité civile droit francais .tom 5. ed 1966 et edition 1957.

الفهرس

مقدمة .....أ
الفصل الأول: التعسف في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي و الفقه القانوني ...6
المبحث الاول:نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي 8
المطلب الاول: نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي 8
الفرع الأول: المفهوم الشرعي للتعسف و نطاق تطبيقه 8
أولا: تعريف التعسف و نطاق تطبيقه..... 9
ثانيا: الأدلة على نظرية التعسف في استعمال الحق..... 15
الفرع الثاني:أسس ومعايير نظرية التعسف في استعمال الحق.....20
أولا: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.....21
ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق.....23
المطلب الثاني : نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه القانوني 26
الفرع الأول: تعريف التعسف و نطاق تطبيقه.....27
أولا: معنى التعسف في استعمال الحق في القانون.....27
ثانيا: تمييز التعسف في استعمال الحق عما يشابه من مصطلحات.....29
ثالثا: نطاق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق 30
الفرع الثاني: أساس و معايير نظرية التعسف في استعمال الحق.....31
أولا: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق.....32
ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق.....38
المبحث الثاني صور تعسف الزوجة في إستعمال حق الخلع 44
المطلب الأول : مفهوم الخلع و أحكامه 44
الفرع الأول: تعريف الخلع.....45
أولا: الخلع لغة.....45
ثانيا: الخلع اصطلاحا.....47

الفرع الثاني: حكم الخلع و أدلة مشروعيته.....50
أولا: حكم الخلع.....50
ثانيا: أدلة مشروعيته.....51
المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من الخلع 57
الفرع الأول: الخلع في ظل قانون 11/84.....58
الفرع الثاني: الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005.....60
الفرع الثالث: الخلع على ضوء الإجتهادات القضائية.....62
المطلب الثالث : تطبيق التعسف في المخالعة (دراسة ميدانية). 64
الفرع الأول: معايير التعسف في المخالعة.....65
أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية 65
ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية.....66
الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى الخلع.....67
الفصل الثاني :أثار التعسف في إستعمال حق الخلع 68
المبحث الأول: تعريف الضرر وأنواعه 69
المطلب الاول : تعريف الضرر و أنواعه 69
أولا: تعريف الضرر لغة.....69
ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا.....72
المطلب الثاني : شروط الضرر و إثباته 77
الفرع الاول: شروط الضرر الموجب للتعويض.....77
الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض.....81
المبحث الثاني : جزاء التعسف في حق الخلع 83
المطلب الأول : جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي 84
الفرع الأول: الجزاء الدنيوي.....84

الفرع الثاني: الجزاء الاخروي.....91
المطلب الثاني جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الفقه القانوني 95
الفرع الاول: الجزلء التعويضي.....96
الفرع الثاني: الجزاء الوقائي.....104
الخاتمة 107
قائمة المراجع 112
الفهرس.....128

مـلخص المذكرة

جعل الشارع الحكيم العصمة بيد الزوج و أعطاه الحق في إنهاء الرابطة الزوجية وفقا لإرادته المنفردة ، ولكن في مقابل ذلك لم يهمل المرأة و جعل لها طريقتين للخلاص من فك الرابطة الزوجية و هما التطليق و الخلع ،و هذا الأخير كان موضوع دراستنا ، بحيث تطرقنا لدراسته في فصلين فالأول التعسف في إيقاع حق الخلع في الفقه الإسلامي و الفقه القانوني فهنا درسنا نظرية التعسف في استعمال الحق لكلا منهما و كذا صور تعسف الزوجة في استعمال حق الخلع أما الفصل الثاني درسنا آثار التعسف في استعمال الحق و عرضنا فيه تعريف الضرر و شروطه و إثباته ، كما تناولنا جزاء التعسف في استعمال حق الخلع في الفقه الإسلامي و الفقه القانوني ، و هذا ما إلا ملخص بسيط عن موضوع بحثي .

وفي الأخير أتمنى أني كنت عند حسن ظنكم و تقبلوا مني فائق الإحترام و التقدير.

الكلمات المفتاحية : 1/قانون الأسرة 2/الخلع

3 /فك الرابطة الزوجية 4/نظرية التعسف

5/الفقه الإسلامي 6/الفقه القانوني