جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميـرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسيـة

قـــــسم القانون الخـاص

مجالات التعسّف في استعمال الحق في الرابطة الزوجية
-دراسة مقارنة-

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تـخصص القانون الخاص

من إعداد الطالبتين:

- بونصر فهيمة
- شرفة سميرة

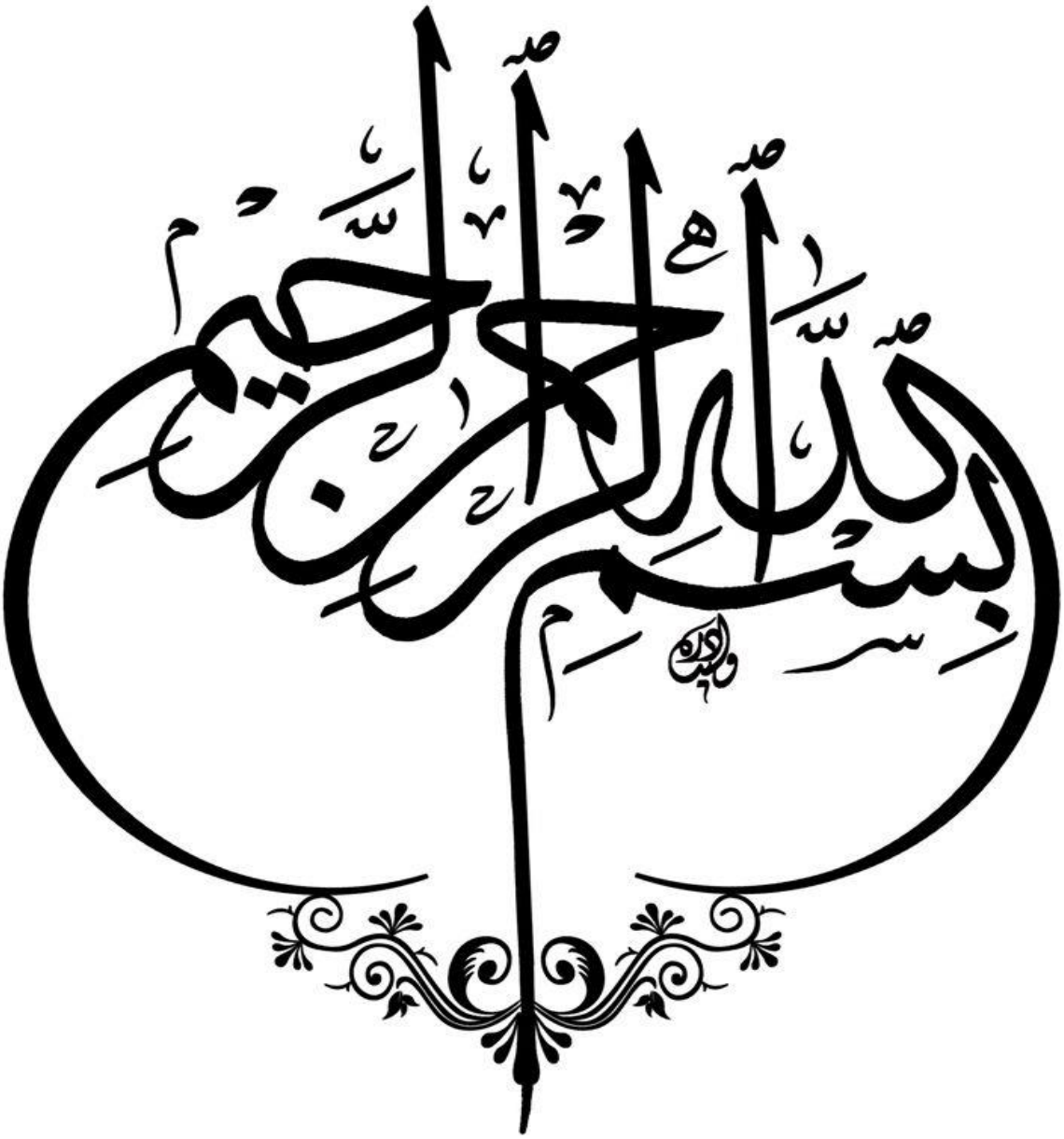
تحت إشراف الأستاذ:

- د.تريكي فريد

لجنـــــــــــة المناقشة:

الأستاذ : سرايش زكريا	رئيسا
الأستاذ : د.تريكي فريد	مشرفا و مقررا
الأستاذة : أيت مولود دهبية	ممتحنة

السنة الجامعية: 2019- 2020


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

وَمَا تَوْفِيقِيٓ إِلَّا بِٱللَّهِ
عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ

- الآية 88 من سورة هود -

شكر وتقدير

الشكر والحمد للمولى عزّ وجل الذي يسّر لنا السبيل ووفقنا في إنجاز هذا العمل المتواضع وأنعم علينا بالصبر والعزيمة.

نتقدم بأسمى عبارة الشكر والتقدير بعد الحمد لله عز وجلّ إلى أستاذنا المشرف الدكتور " ***تريكي فريد****" الذي رافقنا بالمودة والتشجيع والصبر بكل خطوة من خطوات هذا العمل دون ضجر أو ملل، نفعنا الله بعلمه وجزاه عنا خير جزاء.*

كما لا يفوتنا في هذا المقام أن نشكر أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية،

كما لا ننسى تقديم جزيل الشكر لكل زملاء المشوار الدراسي وإلى كل باحث علم ومن لم نستطع ذكره في هذا المقام، فإنه يبقى محفوظ في ذاكرة الأيام.

كما نوجه جزيل الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع، وإثرائه بأفكارهم القيمة، التي لن تزيد له إلاّ إنارةً ووضوحاً.

إهداء

*إلى من قال فيهما سبحانه وتعالى: " **وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَيَانِي صَغِيراً** " -الآية 24 من _سورة الإسراء-*

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأمدهما بالصحة والعافية.

إلى إخوتي رفقاء الدرب سدد الله خطاهم.

إلى أخواتي ريحاحين قلبي حافظهم الله.

إلى جدتي الغالية زهراء أطال الله في عمرها وأمدها بالصحة والعافية.

إلى جدي الغالي م. صغير ركيزة البيت وتاج الرأس حفظه الله من كل داء وأطال الله عمره.

إلى ذكر الأجداد تغمدهم الله برحمتهم

إلى روح عمي رحمه الله تعالى وأسكنه فسيح جنانه.

إلى كل عائلتي "بونصر" خاصةً لامين ولامية وعائلة " بولمشك."

إلى كل الأصدقاء والزملاء خاصةً لامين.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا.

فهيمة

إهداء

اللهم إملأ قلبي بالرحمة بأهلي، واغفر لي تقصيري وجهلي

وارحمهما في الدنيا والآخرة كما رباني صغيرا

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الغالية أمي الحبيبة، حفظها الله ورعاها

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى زوجي الغالي وعائلته

إلى بنوتتي بؤبؤ عيني المنتظرة حفظها الله وسترها

إلى إخوتي كل باسمه

إلى كل الأهل والأصدقاء

إلى زملائي في الدراسة

وكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية

سميرة.

قائمة أهم المختصرات

أولا- باللغة العربية

ج. ر. ج. ج. د. ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ج. ر: الجريدة الرسمية.

ع: عدد.

ط: الطبعة.

د. ب. ن: دون بلد النشر.

د. د. ن: دون دار النشر.

د. س. ن: دون سنة النشر.

د. م. ن: دون مكان النشر.

ص: صفحة.

ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

م. أ. م: مدونة الأسرة المغربية.

ق. أ. ش. س: قانون الأحوال الشخصية السوري.

ق. أ. ش. أ: قانون الأحوال الشخصية الأردني.

ثانيا- باللغة الفرنسية

Ed. : Edition.

Op.cit. : Ouvrage précédemment cité.

P. : page.

مقدمة

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة، باعتبارها الخلية الأساسية في تكوين نسيج المجتمع وعلى قدر جودتها وقوتها وصلاحها يتماسك المجتمع ويُقوى، أين أولى الفقه أهمية قصوى لنظام الذي يحكم الأسرة ويضبط أحكامها ويحل مشاكلها ويعرض لأسباب تماسكها ويقيم أركانها ويعالج عوامل تفككها وضعفها، من أجل ضمان تأدية مهامها وتحقيق أهدافها وترسيخ مبادئها ومن ذلك تجسد صلاح المجتمع و به صلاح للأمة فجاء في قوله تعالى : **"كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ ۗ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ ۚ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ "﴿١١٠﴾**[1] وقال أيضاً: **"وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ۗ وَمَا جَعَلْنَا الْقِبْلَةَ الَّتِي كُنْتَ عَلَيْهَا إِلَّا لِنَعْلَمَ مَنْ يَتَّبِعُ الرَّسُولَ مِمَّنْ يَنْقَلِبُ عَلَىٰ عَقِبَيْهِ ۚ وَإِنْ كَانَتْ لَكَبِيرَةً إِلَّا عَلَى الَّذِينَ هَدَى اللَّهُ ۗ وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ بِالنَّاسِ لَرَءُوفٌ رَحِيمٌ "﴿١٤٣﴾**[2].

مسائل الأحوال الشخصية لم تكن مقننة في الدول الإسلامية كسائر القوانين الأخرى (المدني، التجاري، الدستوري) أين كان القاضي يحكم بما يتوصل إليه اجتهاده في مسائل الأسرة المعروضة عليه، نظرا لأهليته العلمية والأخلاقية، وإن تقيد في أغلب البلدان بالمذهب الفقهي المنتشر في البلد الذي يقيم به، إلا أنه بالتطور الاجتماعي والسياسي الحاصل في المجتمعات الإسلامية أصبحت الحاجة ملحة لتدوين وتقنين القوانين وذلك بشكل دقيق يسمح ويسهل للقاضي ورجال القانون وأصحاب الدعاوى والحق معرفة الحكم وكيفية تطبيقه تطبيقا سليماً .

لتكوين هذه الأسرة أو الخلية الأساسية تكوينا صحيحا وسليما؛ ينبغي توفر عقد زواج صحيح والذي يعتبر أقدس العقود لذلك سماه الشّارع الحكيم في محكم تنزيله ميثاقاً غليظاً ووضع له أحكاما وقواعد يضمن به بقائه واستمراره وذلك سواء في كتابه العزيز وذلك من خلال ما ورد من آيات في العديد من السور القرآنية أو ما جاء في السنة النبوية من أحاديث.

[1] – **سورة آل عمران**، الآية 110.

[2] – **سورة البقرة**، الآية 143.

تدخل قانون الأسرة الجزائري لتكريس هذه القواعد الإلاهية في نصوص قانونية وذلك بموجب القانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري[1]، أين سعى المشرع إلى تكريس هذه النصوص بدايةً بالخطبة وتكيفها حيث اعتبرها وعد بالزواج و وضع شروطها و آثار العدول عنها بشكل يضمن صيانة حقوق أطرافها والتصدي لأوجه التعسف فيها نتيجة لما قد يلحق الأطراف من ضرر محاولا جعل التعويض كآلية لجبر الضرر.

ومن جهة أخرى كرس المشّرع الجزائري أحكام عقد الزواج أو بصيغة أخرى مراحل إبرامه في القسم الثاني من الفصل الأول من الكتاب الأول المعنون "**في الزواج**" من تقنين الأسرة ، سعى المقنن إلى تكريس أركان هذا الميثاق والمجسدة في ركن الرضا والمتمثل في تطابق إرادة الزوج والزوجة تحت طائلة البطلان ، إضافة إلى تكريس جل الشروط القانونية الخاصة بعقد الزواج والتي تضمن صحته من أهلية الزواج الواجب توفرها في أطراف عقد الزواج أين يقتضي في الرجل والمرأة بلوغ سن 19 سنة مع وجوب التنبيه للاستثناء بالنسبة للبنت القاصر وترشيدها من طرف القاضي المختص .

إلى جانب الأهلية نجد شروط أخرى من ضرورة استيفاء الصداق أو المهر ووجوب حضور الولي مع مراعاة أحكامه، كما يقتضي توافر الشهود وانعدام الموانع الشرعية التي تحول دون إمكانية صحة عقد الزواج.

في ومن البديهي أن عقد الزواج بعد إبرامه صحيحاً مكتمل الأركان والشروط يرتب آثاراً قانونية والمتمثلة في الحقوق والالتزامات أين يعتبر كل حقٍ التزام بطرف الأخر، إذ كان الشارع الحكيم شارعاً هذه الحقوق وكرسها المشرع وذلك من أجل تحقق أهداف وغاية محددة شريطة أن تمارس بالشكل مطلوب إلاّ أنّه قد يتجاوز أطراف الرابطة الزوجية الحدود التي رسمت لهذه الحقوق فيكون أمام ما يعرف بنظرية التعسّف.

إنّ نظرية التعسّف في استعمال الحق لا تعد وليدة العصر الحديث أو المدارس الفقهية الحديثة، وإّنما تجد أساسها في الشريعة الإسلامية التي أصّلت لها ووضعت نظاماً خاصا بها أين

[1]- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 24 الصادر في 12 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

أمرت بالبر والإحسان وحسن المعاملة وتنهى عن التعسف وتعتبره خطيئة مخالفة للدين والأخلاق، ومن جهة أخرى حرص التشريع الإسلامي الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة خاصة أن الإسلام اعترف للشخص حقوقا ينبغي أن ينصب استعمالها على نحو يكفل الغاية التي شرعت من أجلها دون إلحاق الضرر بالغير.

يتطلب في استعمال الحق ومباشرة السلطات والصلاحيات الممنوحة شرعا وقانونا للشخص أن يكون استعمالا في الحدود المُرسمة له والشروط المقيدة به دون تجاوز وانتهاك أو ممارسته في إطار يعكس الغاية والهدف الذي شرع لأجله.

لقد تأثرت التشريعات الحديثة بما توصل إليه الفقه الإسلامي خاصة القوانين العربية منها الأمر نفسه يسري على المشرع الجزائري بحيث تبنى نظرية التعسّف في القانون المدني الجزائري وذلك وفقاً للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري[1].

فانطلاقاً من النظرية العامة للتعسّف في استعمال الحق ظهرت فكرة التعسّف في استعمال الحق في الروابط الزوجية بصورة عامة، وآثار التعسّف ذاته وبشكل خاص خاصةً أن هذه النظرية تبلورت لدى مختلف التشريعات والفقه وكذا القضاء في نصوص تشريعية ملزمة، فأصبح لنظرية التعسّف في استعمال الحق دوراً هاماً من حيث نشوء الحق وممارسته.

إنّ البحث في أثر التعسّف في استعمال الحق في الرابطة الزوجية يفرض هنا دراسة مرحلة ما قبل الانعقاد في هذا الميثاق الغليظ وبصيغة أخرى مرحلة الخطبة وما يصدر عنها من التعسّف، ثم نأتي لدراسة هذا التعسّف خلال مرحلة الإبرام أو بقيام الرابطة الزوجية، وفي الأخير دراسة التعسّف أثناء انحلال الرابطة الزوجية.

إن دوافع اختيار الموضوع متعددة أهمها:

- الرغبة الشخصية والشرف العلمي في إبراز خبايا الموضوع محل الدراسة نظراً لما له من بعد اجتماعي بحكم أنه مرتبط بالأسرة.

[1]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

- ارتفاع نسبة انحلال الروابط الزوجية على مستوى الهيئات القضائية والرغبة في معرفة العلة في ذلك.
- امتداد آثار تعسّف أطراف الرابطة الزوجية في استعمالهم لحقوقهم إلى الأولاد والأسرة ككل.
- الرغبة في معرفة وجهة نظر بعض التشريعات المقارنة وكذا الفقه الإسلامي في موضوع التعسّف في حقوق الرابطة الزوجية.
- التّدفيق في الأحكام التي كرسها المشرع الجزائري والخاصة بالموضوع للقدرة على معرفة النقائص محاولين اقتراح حلول لسد الفراغ القانوني.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد كيفية تحقق التعسّف وذلك عن طريق تبيانه في مراحل الرابطة الزوجية بدايةً بالحقوق المترتبة عن الخطبة إلى غاية التعسّف في ممارسة الحق في انحلال الرابطة الزوجية، ولن يكون دراسة مختلف هذه المسائل، إلا إذا أجبنا على الإشكالية الآتية: ما مدى فعلية النصوص القانونية المكرسة من طرف المشرع الجزائري لتنظيم مجالات التعسّف في استعمال الحق في قيام الرابطة الزوجية، مقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي وبعض تشريعات الدول العربية؟

تقتضي في مثل هذه الدراسات ضرورة اتباع المنهج الوصفي والتحليلي، وذلك باستقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية المؤطرة لموضوع مجالات التعسّف في استعمال الحق عند قيام الرابطة الزوجية، ومن جهة أخرى تحليل الآراء الفقهية بغية لإيجاد الحلول لمختلف الإشكالات التي تطرحها نظرية التعسّف في استعمال الحقوق الزوجية وكما اعتمدنا على المنهاج المقارن تارةً الفقه الإسلامي والتشريعات وتارةً أخرى بين التشريعات كلما كان من الضروري إجراء المقارنة.

الفصل الأول

التعسّف في استعمال الحق عند قيام الرابطة الزوجية

يعدّ موضوع الرابطة الزوجية أحد المواضيع ذات الأهمية القصوى، والذي شكّل محور اهتمام الفقهاء والتشريعات الوضعية، تظهر الرابطة الزوجية في شكل علاقة شرعية محكمة بين الرجل والمرأة على وجه الدوام والاستمرار، لا تنعقد هذه الأخيرة إلاّ بالرضى والقبول الكامل من أطرافها ووفقاً للأحكام المقررة شرعاً خاصة أنّ الرابطة الزوجية أقوى ارتباط معنوي ومادي بين الزوجين.

تقوم الرابطة الزوجية على أسس ومبادئ تقوى بها هذه العلاقة بالنظر لما تحمله من حقوق وواجبات بين الزوجين في ضوء الشريعة والقانون.

إذا كان الأصل أن تبنى هذه الرابطة الزوجية على أساس المودة والتّكافل بين أطراف هذه الرابطة فقد يحدث ويتعسّف أحد الطرفين أو كلا الطرفين في استعمال حقوقه، ومن المعلوم أنّ الرابطة الزوجية تمر بمراحل قبل قيامها فتظهر بعض مجالات التعسّف قبل إبرام عقد الزواج أو كما هو معروف لدى الفقه والقانون بمقدمات العقد أو الخطبة **(المبحث الأول)**، ثم تلي مرحلة أخرى هي مرحلة إبرام عقد الزواج الذي وضع الفقه الإسلامي أسسه، وقنّنت التشريعات أحكامه باعتباره ميثاقاً غليظاً، فقد تظهر عدة تعسّفات في هذه المرحلة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التعسّف في حق العدول عن الخطبة

تعدّ الخطبة المرحة الأولى التي تسبق عقد الزواج، ونظراً لأهميتها نظّم الشّرع والقانون أحكامها، غير أنّه يحق للخاطبين أو لأحدهما العدول عنها متى شاء، إلاّ أنّه رغم تقرير هذا الحق وإن كان مشروعاً فلا يحق لأحد الطرفين أو لكلاهما التعسّف في استعمال حقه، ومن هذا المنطلق يقتضي منّا دراسة أحكام العدول التعسّفي عن الخطبة **(المطلب الأول)**، ومن البديهي أنّه عند ممارسة حق العدول بشكل تعسّفي يرتب آثاراً تصدّى لها الفقه وأغلب التشريعات، مما يستوجب تبيانها.

المطلب الأول

أحكام العدول التعسّفي

إنّ دراسة مختلف الأحكام الشرعية والقانونية المؤطرة لأحكام العدول التعسّفي عن الخطبة يفرض علينا مسبقاً تحديد مفهوم العدول التعسّفي عن الخطبة **(الفرع الأول)**، ومن المقرر أنّ العدول عن الخطبة هو حق مكفول لكلا الطرفين، فنشير إلى معايير التعسّف في العدول عن الخطبة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

مفهوم العدول التعسّفي عن الخطبة

يبدو من الوهلة الأولى أنّ الإتيان بمفهوم العدول التعسّفي عن الخطبة تعريف هذا العدول لدى الفقه **(أولاً)**، ثم بعد ذلك التطرق إلى تبيان تعريف العدول التعسّفي عن الخطبة في التشريع الجزائري والمقارن **(ثانياً)**.

أولاً: تعريف العدول التعسّفي فقها

تشمل عبارة العدول التعسّفي عن الخطبة ثلاث مصطلحات لابدّ من تبيان مدلول كل واحدة منها بداية بالخطبة **(أ)**، ثم بعد ذلك عبارة العدول **(ب)**، وفي الأخير مصطلح التعسّف في استعمال هذا الحق **(ت)**.

أ- تعريف الخطبة

يعرف الفقه الحنفي الخطبة بكسر الخاء طلب التزويج[1]، بينما عرّفها المالكية بالتماس النكاح[2]، في حين يراها فقهاء الشافعية بالتماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة[3]، أما الحنابلة يعتبرون الخطبة بأنّها خطبة الرجل للمرأة لينكحها، أو بصيغة أخرى طلب النكاح من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية[4].

ب- تعريف العدول

كلمة العدول مشتقة من عدل عادلاً وعدول أي مال، ويقال عدل عن الطريق بمعنى عدل وحاد أي رجع[5].

أما من الناحية الاصطلاحية فإنّ الفقهاء القدامى وكذا المعاصرين لم يقدموا تعريفاً لمصطلح العدول، وعليه يمكن القول بأنّ العدول هو رجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضى والقبول منهما[6].

---

[1]- محمد الأمين المشهور بابن العابدين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج3، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1992، ص. 08.

[2]- محمد الدسوقي المالكي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص. 216.

[3]- سليمان العجيلي، **حاشية الجمل على شرح المنهج: (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)**، ج4، دار الفكر، د. م. ن.، د. س. ن.، ص. 120.

[4]- إبن قدامة المقدسي، **المغني**، ج7، مكتبة القاهرة، مصر، 1968، ص. 143.

[5]- إبن منظور جمال الدين مكرم، **لسان العرب**، ج5، دار صادر، لبنان، 2005، ص.ص. 62-63.

[6]- محمد عقلة، **نظام الأسرة في الإسلام**، ج1، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1983، ص.173.

ت- التعسّف في استعمال الحق

التعسّف في اللغة مأخوذ من العسّف بفتح العين وإسكان السين، ومعناه السير بغير هداية، والأخذ على غير الطريق، القول أنّ فلان عسّف بمعنى فلان ظلم[1].

أما التعسّف شرعاً هو أن يمارس الشخص عملاً مشروعاً في الأصل: بمقتضى حق شرعي ثابت له بعوض أو غير عوض، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجهٍ يلحق الضرر بالغير أو يخالف حكم المشروعية[2].

وبتوحيد المصطلحات الثلاث فيمكن القول أنّ العدول التعسّفي عن الخطبة لدى الفقه هو رجوع أحد الطرفين أو كلاهما عن الخطبة بشكل مخالف لحكم المشروعية أو على الوجه الذي يلحق الضرر بالطرف الآخر.

ثانيا: تعريف العدول التعسّفي عن الخطبة

أ- في التشريع الجزائري

نظم القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة في الكتاب الأول المعنون بالزواج وانحلاله في الباب الاول من الفصل الأول وفي القسم الأول تحت تسميته في الخطبة، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 05 منه على ما يلي: "**الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة**"[3].

أما التعسّف فعالجه المشرع الجزائري ضمن أحكام الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم حيث أدرج المشرع نظرية التعسّف في استعمال الحق في المادة 124 مكرر من التقنين المدني الجزائري، والواردة على شكل الآتي:" **يشكل الاستعمال التعسّفي للحق خطأً لاسيما في الحلات الأتية:**

---

[1]- إبن منظور جمال الدين مكرم، **لسان العرب**، المرجع السابق، ص.145.

[2]- فتحي الدريني، **الحق ومدى سلطان الدولة في تقديره ونظرية التعسّف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون**، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967، ص. ص. 87-88.

[3]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.**
- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.**
- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".**[1]

تحليلاً المادة 124مكرر فإنّ المشرع الجزائري كرس الأصل والقاعدة العامة واكتفى بالنص على معايير التعسّف دون ذكر مجالات إعمال هذه النظرية، فبالتالي يمكن القول بأنّ التعسّف في استعمال الحق هو استعمال صاحب الحق لسلطته المخولة له قانوناً بكيفية تلحق ضرراً بالغير.

الأمر ذاته ينطبق على العدول التعسّفي في الخطبة خاصة أنّ المشرع الجزائري في المادة 05 أجاز للطرفين العدول عن الخطبة بمعنى استعمال الحق في العدول مشروع، ولكنّه كلما تحققت أحد المعايير الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري أصبح استعمال ذلك الحق تعسّفياً[2].

ب ـ في بعض التشريعات العربية

في حين أقر كذلك المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية للطرفين العدول عن الخطبة بموجب أحكام المادة 06 بحيث جاء فيها: " **يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها** "[3].

لقد سار المشرع المغربي نفس مسار المشرع الجزائري بحيث لم ينص على التعسّف في العدول عن الخطبة في أحكام المواد المنظمة للخطبة.

---

[1]– الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]– عبد المجيد زعلاني، **المدخل لدراسة القانون: (النظرية العامة للحق)**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص. ص. 79–80.

[3]– ظهير شريف، رقم 22، 04، 01 صادر في 12 من ذي الحجة 1424، الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03–07 بمثابة مدونة الأسرة، ج، ر، العدد 5184، الصادر في 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2001)، المعدل والمتمم.

كما أقرّ المشرع السوري حق العدول عن الخطبة دون ذكر أحكام التعسّف فيه ماعدا الضرر كمعيار، حيث جاء في قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة الثالثة منه ما يلي: "لكل **من الخطيب والمخطوبة العدول عن الخطبة**"[1].

في حين كرس ذات الحق المشرع الأردني في قانونه الخاص في الأحوال الشخصية وفي المادة 04 /ف 01 حق العدول والوارد فيها ما يأتي:" **لكل من الخطيب والمخطوبة العدول عن الخطبة**"[2].

ما يلاحظ من مجمل التشريعات المتطرق اليها أعلاه أنّها تغاضت عن إدراج نظرية التعسّف في استعمال حق العدول، مما يفرض العودة الى القواعد العامة التي جعلت المعيار الذي يؤسس ويثبت وجود التعسّف في الضرر وقرينة الضرر وهي قرينة صعبة الإثبات من الناحية العلمية.

الفرع الثاني

معايير التعسّف في العدول عن الخطبة

إنّ العدول عن الخطبة هو حق مشروع للطرفين، إلاّ أنّه قد يساء استعماله بأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول أو يقصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فهناك معيارين يتم من خلالهما معرفة وجود التعسّف في العدول أو عدمه، فنجد المعيار الذاتي **(أولا)**، وكذا المعيار الموضوعي **(ثانيا)**.

أولا: المعيار الذاتي

المعيار الذاتي أو الشخصي هو المعيار الذي يقوم على أساس النظر إلى العوامل النفسية التي حركت إرادة صاحب الحق لاستعمال حقه على وجه يلحق الضرر بالغير، ويقوم المعيار الذاتي على ضابطين أساسيين أوّلهما القصد بالإضرار بالغير (أ)، وكذا ضابط المصلحة غير المشروعة (ب).

---

[1]– قانون الأحول الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

[2]– قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 المعدل في سنة 2010.

أ- قصد الإضرار بالغير

يظهر قصد الضرر من العادل بالنسبة للعدول عن الخطبة إذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر بأمور، كأن يطلب الخطيب من المخطوبة ترك العمل، أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها، ولديها أو لديه الرغبة الكامنة في إنهاء الخطبة والعدول عنها، وذلك بأن يكون العدول بعد مدة وجيزة من طلب ذلك[1].

ب- ضابط المصلحة غير المشروعة

إنّ الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة، هي أن يتم الزواج بين الخطيبين عن رضى وطمأنينة، فإذ تكون شعور لدى أحد الخطيبين أنّ الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجاً، جاز له أن يعدل عن الخطبة من أجل هذه الغاية، ومثله أن يعدل أحدهما من أجل الزواج، مما يفضل الطرف الآخر بالمال والجاه أو غيرهما، فهنا يكون مناقضاً لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة أو كان العدول لتشويه سمعة الطرف الآخر حتى ينفر الناس من تزويجه أو مصاهرته، أو أن يكون العدول عن الخطبة بفترة قليلة عن موعد الزواج بدون سبب يذكر[2].

ثانيا: المعيار الموضوعي

يعتمد المعيار الموضوعي على رابط التناسب، بينما يعود على صاحب الحق من منفعة وما يلزم ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، فإن كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو فاقت المفسدة المصلحة منع الفعل واعتبر في ذلك تعسّفاً في استعمال الحق[3].

يعتمد المعيار الموضوعي أو المادي على ضابطين كذلك أساسيين، بدايةً باختلال التوازن بين المصالح والمفاسد**(أ)**، ومعيار الضرر الفاحش **(ب)**.

---

[1]-جميل فخري محمد جانم، **مقدمات عقد الزواج: (الخطبة في الفقه والقانون)**، دار حميد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 241.

[2]- المرجع نفسه، ص. 242.

[3]- بريكي حجيلة، **التعسّف في العدول عن الخطبة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص. 33.

أ- اختلال التوازن بين المصالح والمفاسد

إذا ترتّب عن العدول ضرر ومفسدة أكثر وأكبر من المصلحة المراد تحقيقها لهذا العدول، فيعدّ الطرف متعسّفاً ومنه العدول عن الخطبة من أجل السفر إلى العمل وكان الخاطب عاملاً في بلده، هذا ما يؤدي إلى تأثير في الطرف المعدول عنه سواء مادياً أو معنوياً أو العدول عن الخطبة بسبب مشاكل تافهة بين عائلتي الخطيبين[1].

ب- معيار الضرر الفاحش

يظهر الضرر الفاحش الناتج عن العدول عن الخطبة في حالة ما إذا أوهم الخاطب المخطوبة وأهلها رغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، ويكون الإيهام بأن يدفع لها جزءا من المهر ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين حين وآخر، فإذا أتّم الدراسة بعد مضي عدة سنوات عدل عن الخطبة، فيكون بذلك قد أضرّ بها ضرراً فاحشاً وفوّت عليها فرصة الزواج من شخص آخر[2].

انطلاقاً مما سبق، يمكن القول أنّ العدول عن الخطبة هو حق مكفول شرعاً وقانوناً لكل من الخاطب والمخطوبة، وتبعاً لما جاء به أعلاه بأنّ تكييف القانون للخطبة هو وعد بالزواج، إلاّ أنّ هذا الحق يقتضي أن يمارس في إطار وبالشكل لا يتجاوز الرّسوم المحدد لها وإلاّ اعتبر الشخص متعسّفاً في استعمال حقه، وهذا ما يتنافى مع مقاصد العدول.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن العدول التعسّفي عن الخطبة

من البديهي أن يترتب عدول أحد طرفي الخطبة أو كلاهما عن الخطبة التي تعدّ بمثابة وسيلة للتعارف بين الخطيبين، والتي كيفتها أغلب التشريعات بأنّها مجرد وعد بالزواج آثاراً قانونية، نتيجة التخلف عن الوعد رغم مشروعية حق العدول، وتظهر هذه الآثار على عدة صور أو عدة اشكالات قانونية جوهرية والمتعلقة أساساً بالهدايا المقدمة أثناء مرحلة الخطبة **(الفرع الأول)**، بالإضافة إلى هذه الآثار فقد يترتب عن العدول التعسّفي ضرر، فلا بد من جبره عن طريق التعويض مما يستوجب علينا دراسة أحكام هذا الأخير **(الفرع الثاني)**.

---

[1]- بركي حجيلة، **التعسف في العدول عن الخطبة**، المرجع السابق، ص. 34.

[2]- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص. 242.

الفرع الأول

حكم الهدايا

جرى العرف أن يتقدم الخاطب بالعديد من الهدايا أثناء مرحلة الخطبة، كما تقدم الخطيبة بدورها مجموعة من الهدايا، وتعدّ الهدية نوعا من أنواع الهبة يقدمه الواهب للموهب له على سبيل الإكرام والتودد والمكافئة، كما أنّ الهدايا مصطلح شامل لكل ما يقدمه المهدي للمهدى إليه من نقدٍ وفضّة وذهب وأثاث إلى أخره...[1].

الهدايا مشروعة بالكتاب والسنة حيث جاء قوله تعالى:" **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴿٤﴾**"[2].

وجاء في السنة النبوية عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النّبي ﷺ قال: "**لاَ تَهَادَوا تَحابُوا**"[3]، وفي رواية الترمذي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: "**تَهَادُوا فإنّ الهَدِيَةُ تَذْهَبُ وحَرَا الصَدْرِ، ولا تَحْتَقِرن جَارةً لجَارتِهَا ولو شق فرسن شاة**"[4].

وبالنظر أنّ الهدية المقدمة بين أطراف الخطبة والتي تكون من باب توطيد العلاقة، ففي حالة العدول يترتب حكماً يمس هذه الهدايا والتي يقتضي تبيانه في الفقه الإسلامي **(أولا)**، ثم بعد ذلك في التشريعات الوضعية **(ثانيا)**.

أولا: في الفقه الإسلامي

وقع اختلاف فقهي حول رد أو عدم رد الهدايا، حيث كان القول الأول للحنفية الذين ذهبوا إلى وجوب رد الهدايا إذا كانت قائمة وعدم ردها إذا كانت هالكة أو مستهلك، خاصةً أنّ الهدية لدى الأحناف تأخذ حكم الهبة ومن موانع الرجوع بالهبة الهلاك أو الاستهلاك، وعليه فإذ قدّم

---

[1]– عبد العزيز سعد، **قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)**، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص.66.

[2]– سورة النساء، الآية 04.

[3]– صحيح البخاري، **(كتاب الهبات)**، حديث رقم 11946، القاهرة، 2008، ص.906.

[4]– رواه الترميذي، **(كتاب الهبة والهدية)**، حديث رقم 1515، د. ب. ن.ص.118.

الخاطب للخطيبة هدية ثم فسخه الخطوبة فإنّه يسترد الهدايا إذا كانت قائمة وفي ملك المخطوبة، كالحلي والذهب أما إذا كانت لباساً وطعاماً فلا يجوز للخاطب أن يسترد قيمتها[1].

أما المالكية ذهبوا للقول أنّه إذا كان العدول من جانب الخاطب فليس له الحق في المطالبة باسترداد الهدايا التي قدمها، أما إذا كان العدول التعسّفي صادر من جانب المخطوبة فللخاطب أن يسترد كل ما أهداه وقدمه من الهدايا إذ كانت هذه الأخيرة قائمة وفي حالة استهلاكها فيسترد قيمتها مؤكدين كذلك على مسألة أخرى، أنّ هذه الأحكام تكون سارية في حالة عدم وجود شرط أو اتفاق أو عرف يقضى بخلاف ذلك[2].

في حين يرى فقهاء المذهب الحنبلي أنّه لا يجوز لأحد الخطيبين إن قدم لآخر هدية ثم عدل عن الخطبة أن يستردها، مؤسسين ذلك بقولهم أنّ الهدية تأخذ كم الهبة ولا يجوز الرجوع عنها إلا إذا كانت قبل قبضها، أما في الحالة العكسية أي في حالة إذا سلمت وانتقلت إلى المهدى إليه فلا رجوع فيها، حيث أنّ فقهاء المذهب الحنبلي لم يفرق بين ما إذا كان العدول صادر من الخاطب أو المخطوبة ففي نظرهم الحكم واحد وهو عدم استراد الهدايا بغرض النظر إن كانت قائمة أو مستهلكة[3].

وبخصوص فقهاء المذهب الشافعي فذهبوا بالقول إلى وجوب رد الهدايا بشكل عيني إذا كانت قائمة ورد قيمتها أو مثلها، إذ كانت مستهلكة وسواءاً كان العدول عن الخطبة صادر من قبله أو من قبلها أو منهما معاً معتمدين في ذلك على حجة أن الهدايا قدمت على أساس إتمام عقد الزواج والذي لم يتم إتمامه[4].

---

[1]– فتح القدير، كمال الدين إبن الهمام، **كتاب النكاح:(شرح فتح القدير على الهدايا شرح بداية المبتدأ)**، دار الكتب العلمية، الأردن، 2003، ص. 284.

[2]–أحمد بن محمد الصاوي المالكي، **حاشية الصاوي الى شرح الصغير:(الخطبة)**، دار المعارف، مصر، د. س. ن، ص.345

[3]– محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (حكم النكاح، وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة)**، ط7، دار المعرفة، لبنان، 1985، ص. 322.

[4]– محمد مصطفى الشلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام**، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص. 803.

ثانيا: في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية

بالعودة إلى ق.أ.ج، فالمشرع الجزائري نص على حكم الهدايا في المادة الخامسة الفقرة الثالثة والواردة على الشكل الآتي: "**لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته**"[1].

فبناءً على ما جاء في صلب المادة 05 فإنّ المشرع الجزائري، يميز بين حالتين للعدول فإذا كان العدول من الخاطب فلا يحق استرداد الهدايا التي قدمها إلى المخطوبة، أما إذا كان العدول عن الخطبة صادر من المخطوبة فيجب عليها أن ترد ما أخذته من الهدايا التي لازالت قائمة بشكل عيني، أما المستهلك فلا يجب عليها ردها، والملاحظ أنّ المشرع الجزائري يأخذ بأحكام المذهب المالكي[2]، في نفس المسار سار المشرع المغربي حيث جاء في المادة 03 من مدونة الأسرة المغربية ما يأتي: "**يسترد الخاطب الهدايا التي يقدّمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله**"[3].

أما المشرع السوري فجاء بصيغة العموم في المادة الرابعة في الفقرة03 أين أخضع حكم الهدايا إلى أحكام الهبة حيث جاء فيها: "**تجري على الهدايا أحكام الهبة**"[4]، يتضح أنّ المشرع السوري صاغ النص بشكل مطلق ولم يبين حكم الرجوع بالهدايا مما قد يفتح المجال أمام عدة إشكالات نظرية وتطبيقية[5].

بينما نص المشرع الأردني بشكل صريح على وجوب رد الهدايا من الطرف الذي صدر منه العدول وذلك في المادة 04 الفقرة /**د** والمنصوص فيها: "**يرّد من عدل عن الخطبة الهدايا إن**

[1] – قانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]– بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)**، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2008 ص. ص. 51.50.

[3]– ظهير شريف، بمثابة مدونة الأسرة المغربي، المرجع السابق.

[4]– قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

[5]– أسامة محمد منصور الحموي، **آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون: (دراسة مقارنة)**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03، كلية الشريعة جامعة دمشق، السوري، 2011، ص.ص.427-428.

كانت قائمةً وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، ولا تسترد الهدايا إذا كانت مما تستهلك بطبيعتها ما لم تكن أعيانها قائمة"[1].

وبناءً ما تقدم أعلاه فإنّ حكم الهدايا يختلف بشكل طفيف ما بين التشريعات، ولعل لب هذا الاختلاف هو اختلاف المذهب المعتمد عليه أثناء صيغة النصوص القانونية.

الفرع الثاني

آثار العدول عن الخطبة في التعويض

إذا كان الفقه أجمع على أنّ الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين الحق في العدول عنها، فإنّهم تغاضوا عما يترتب عن هذا العدول التعسّفي من اضرار، فلا يوجد من كتب الفقه الإسلامي ما يدل على بحث في هذا الموضوع، ولعل العلة في ذلك يعود لبعض الظروف سواء ما تعلق بالحياة الاجتماعية في البلدان الإسلامية لم يكون من شأنها في العصور الماضية أن ترك مجال للإضرار بالمخطوبة في العدول عن الخطبة لأنّ الزواج ينعقد فوراً بعد الخطبة، ومن جهة أخرى لكلا من الطرفين أن يتوقع ما قد يلحق به من أضرار سبب العدول عن الخطبة، لأنّه على يقين أنّ له الحق في العدول وله ممارسته قبل إبرام عقد الزواج وكذا التعويض يكون إلا سبب من أسباب الإخلال بالالتزام كالعقود أو عمل ضار، والخطبة لا ترقى أن تكون عقداً [2].

إلا أنّ الوضعية لم تبقى على حالها بل عرفت تطوراً مس الحياة الاجتماعية والتأثر بالحضارات الغربية، مما جعل وجهة النظر تختلف لدى الفقه الحديث أين ذهب بعض من هذا الجانب الفقهي الحديث أنّ إقرار مبدأ التعويض هو نتيجة لإساءة استعمال الحق، أما الجانب الآخر فذهبوا للقول لابدّ من البحث عن السبب في الضرر[3].

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

[2]– أسامة محمد منصور الحموي، المرجع السابق، ص. 429.

[3]–المرجع نفسه، ص.ص.429.430.

وتجدر الإشارة أنّ التعويض هو أثر أو نتيجة مترتبة عن الضرر الناتج من ممارسة أحد أطراف الخطبة حقه في العدول قد يكون الضرر الناشئ ضررًا ماديًا **(اولا)**، كما قد يكون ضررًا معنويًا **(ثانيا)**، مع ضرورة تبيان موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة**(ثالثا)**.

أولا: التعويض عن الضرر المادي

يقصد بالضرر المادي كل ما يصيب أحد الخطيبين جراء عدول الخطيب الثاني عن إتمام وعده التي تمت بموجبه مصاريف باهظة لتحضير وتجهيز مستلزمات الزواج، ويعرّف كذلك بأنّه كل ما يصيب الشخص في جسده وماله أو بصيغةٍ أخرى هو كل اختلال محقق بمصلحة ذات قيمة مالية[1]، لتحقق الضرر المادي لابد أن يكون مستوفيًا لشروط متمثلة في ضرورة أن يكون الضرر محققًا سواء كان حالاً أو مستقبلاً طالما أنّه من المؤكد أن يقع فللقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر الحالي ويحفظ للمضرور حقه في الرجوع إليه في خلال مدة معينة عندما تسوء حالته في المستقبل، في حين الضرر المحتمل فلا تعويض عنه على سبيل المثال (الضرر المحقق تخلف عاهة من جراء الإصابة تسبب عجزًا لصاحبه فتمنعه من الكسب) بالإضافة إلى ضرورة مساس هذا الضرر المادي بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور[2].

عرف التعويض عن الضرر المادي اختلاف فقهي فهنالك جانب مؤيد **(أ)**، وهنالك جانب آخر معارض**(ب)**.

أ-الاتجاه المعارض للتعويض

يؤسس أنصار هذا الاتجاه المعارض لتعويض رأيهم وموقفهم إلى عدة حجج بداية بالقول أنّ الخطبة يكيفها وعد بالزواج فهي مجره شرعًا من كل اعتبار قانوني والعدول عنها حق مطلق لكل من الخطيبين، فليس للقضاء تقيده مهما نجم عنه من أضرار.

[1]- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري:(الزواج والطلاق)**، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.24.

[2]- محمد حسنين، **الوجيز في نظرية الالتزام: (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)**، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1983، ص.161.

وكذا ما دام أنّ العدول حق مشروع ومباح فلا إلى تحميل الخاطب الذي يعدل عن الخطبة مسؤولية[1].

بالإضافة أنّه إذا كان الزواج لا يترتب عنه الطلاق قبل الدخول إلا ضياع نصف المهر، فكيف نلزم الخاطب بالتعويض قد يتجاوز قيمته ما قد يصعب بالطلاق قبل الدخول، إن هو عدل عن الخطبة مع اليقين أنّها شرعًا وقانونًا أقل في لزومها وآثارها منه وفي ذلك جاء قول الإمام أبو زهرة: "**وأنه عند الطلاق قبل الدخول له أن يسترد نصف المهر ولا يمكن العدول عن الخطبة أكثر إلزامًا من العقد المبرم الذي حدث طلاق بعده**"[2]. فبالتالي جمهور الفقه في هذا الاتجاه يرون بأنّ التعويض عن الضرر المادي غير مبرر لمجرد العدول وإنّما الحكم بالتعويض في هذه الحالة هو الذي يرتب الضرر[3].

ب: الاتجاه المؤيد للتعويض

يقول هذا الاتجاه بإمكانية التعويض عن الأضرار المادية الناتجة عن العدول عن الخطبة ورغم اتفاقهم حول إمكانية التعويض فإنّهم اختلفوا في تكييف الخطبة[4].

ومن جملة الحجج التي استندوا عليها هو اعتبار الخطبة عقدًا ملزما أو بصيغة أخرى عقد من نوع خاص نتيجة احتوائها على مقدمات العقد من إيجاب وقبول، ومن البديهي أنّ الإخلال أو العدول عن هذا العقد يكون محل التعويض[5].

---

[1]– مصطفى راتب حسن علي، **أثار العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه**، مجلة كلية البريمي، عدد31، جامعة عمان الأردن، د، ن، س، ص.1870.

[2]– ابو زهرة محمد، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص.73.

[3]– المرجع نفسه، ص.74.

[4]– مقنانة مبروكة، **الخطبة وآثار العدول عنها**، رسالة لنيل شهادة الماجيستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2009، ص.88.

[5]– محمد محدة، **سلسلة فقه السنة: (الخطبة والزواج)**، ج1، ط2، د، د، ن، 1994، ص.67.

وبخصوص مبدأ التعويض فيعتبرون أنّ الخطبة مجرد وعد بالزواج فيترتب عنها التعويض عن الأضرار المادية مستندين في ذلك إلى حديث الرسول ﷺ:" **لاَ ضَرَرَ ولاَ ضَرارَ**"[1].

كما أنّهم جعلوا أصل التعويض ضرر العدول يعود لمبدأ الالتزام في الفقه المالكي في مشهور الأقوال وهو أن: "الوعد بشيء يقضي بتنفيذ الوعد إذ كان مبنيا على سبب وأخل الموعود بالسبب"، وعليه فيجب الوفاء بالوعد ما دام أنّه معلق على سبب[2].

ثانيا: الضرر المعنوي

يعدّ الضرر المعنوي كلّ أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره سمي ضررًا أدبيًا أو معنويًا باعتباره غير مادي، فإنّه محل العاطفة والشعور وله عدة صور منها الشتم وربما الجرح عن طريق الكلام[3]، وكذا خيبة الأمل المترتبة لدى الطرف الآخر المعدول عليه أو تأخير الزواج بالمخطوبة مدة ارتباطها بالخطبة، تفويت عدة فرص أفضل وحتى ضياع فرصة الزواج، بالإضافة إلى ما قد يمسّ كرامة الطرف المعدول عليه من إثارة الألسنة بالتجريح وتشهير بسمعة المخطوبة نتيجة مخالطته لها والتردد على بيتها، كما قد يكون الضرر المعنوي ناتجاً بالقول أو العمل والافتراء الذي يلحق ضررا ذو طابع معنوي وبشكل جسيم قد يمتد ليشمل أسرة الطرف المعدول عليه[4].

وعليه يمكن القول بأنّ الضرر المعنوي يشمل عدّة أصناف، جانب يتعلق بالحالة الاجتماعية للذّمة المعنوية خاصةً ما يمس السمعة والشرف الذي يكون عن طريق القذف والاتهام، أما الجانب الآخر بالجانب العاطفي ومنه العدول بدون سبب مبرر[5].

---

[1]– صحيح البخاري، **(كتاب الطلاق)**، حديث رقم 2341، مصر،2011، ص.654.

[2]– وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج7، دار الفكر، مصر،1992، ص.27.

[3]– فيصل بن ظهر بيك مغل، **التعويض عن الضرر المعنوي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2008، ص.09.

[4]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.101.

[5]– علي فلالي، **الالتزامات: (الفعل المستحق للتعويض)**، ط 02، موفم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 290.

أما بخصوص الجانب الفقهي حول مسألة التعويض عن الضرر المعنوي فهناك اختلاف، فجانب يرى بأنّ الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي لابد أن يقترن بشرط وهو أن يكون الضرر المعنوي مصحوباً بالإغواء، والمقصود بهذا الأخير موكل ما يصدر من وعود وأقوال من أجل الوصول إلى قبول بالزواج ولابدّ أن يكون مصحوباً بوسائل غير مشروعة، أما الجانب الآخر فيرى أنّه ليس من الضروري التقرير بالتعويض عن الأضرار المعنوية معتبرين في ذلك أنّ الأساس هو اعتبار الخطبة هو مجرد وعد بالزواج وللأطراف الحق في العدول، فمن غير المنطقي إلزامهما بإتمام العقد وإلاّ اعتبر إكراها[1].

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية

طبقاً لأحكام المادة الخامسة الفقرة الثالثة من تقنين الأسرة الجزائري والوارد فيما يأتي: " **إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض**"[2].

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أنّ المقنن الجزائري قد جاء بنص عام ومطلق مؤسساً إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عن العدول وليس للعدول نفسه، فبالتالي التعويض في هذه الحالة يكون مؤسسا أو مبنيا على أساس المسؤولية التقصيرية، وليس المطالبة به على أساس المسؤولية العقدية لانتفاء العقد بحكم أنّ الخطبة وعد بالزواج وليست عقداً[3].

فيمكن القول أنّ المشرع الجزائري أزال كل الغموض والإشكالات التطبيقية بتعديل 2005 أين نصّ بشكل صريح في متن المادة أعلاه، أين يجوز لأحد الطرفين المطالبة بالتعويض، إما عن الضرر المادي أو المعنوي.

وأكدّ الاجتهاد القضائي هذا المبدأ أين صدره عن المحكمة العليا عدة قرارات تؤكد فيها حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على التعويض قد جاء في أحد قراراتها لسنة 1998 والذي مفاده: " **إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعدّ خرقا للقانون**

[1]– مقنانة مبروكة،**الخطبة و آثار العدول عنها**، المرجع السابق، ص. 94.

[2]– قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 103.

وكما كان من الثبات في قضية الحال أنّ المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة لطلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي أصيب بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك فيستوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

ويعود الاختصاص في النظر في مثل هذه الدعوى المتعلقة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وكذا فيما يخص مسألة استرجاع الهدايا والمهر إلى قسم شؤون الأسرة وذلك ما نصّ عليه المشرع الجزائري بشكل صريح في أحكام المادة 01/423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: "**ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:**

1-الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج..."[2].

والمشرع الجزائري جعل الاختصاص النوعي في مثل هذه القضايا لقسم شؤون الأسرة، وتعتبر قواعد الاختصاص من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها وكذا للقاضي عدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص، أما فيما يخص بعض التشريعات المقارنة فنجد أنّ المشرع المغربي في مدونته وفي المادة السابعة والمنصوص فيها: "**مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويضاً غير أنّه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل يسبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"[3].**

ما يلاحظ على المشرع المغربي أنّ صياغته للمادة كانت بكل وضوح، أين أسّس التعويض على كل ضررٍ يكون نتيجته أو مترتب عن العدول وليس بسبب ممارسة الحق في العدول.

---

[1]- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 560.97، المجلّة القضائية 1991، قرار بتاريخ 12/25/ 1998، العدد الرابع، ص. 102.

[2]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1426 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد 21، مؤرخة في 23-04-2008.

[3]- ظهير شريف، بمثابة مدونة الأسرة المغربي، المرجع السابق.

في حين قانون الأحوال الشخصية الأردني بعد تفحص مجمل مواده فلم ينص على وجوب التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول، وبمفهوم آخر المشرع الأردني لا يعترف بالتعويض عن العدول[1].

ذات المسار سار عليه قانون الأحوال الشخصية السوري فلم ينص على التعويض أو الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، وإنّما الحكم فيه يكون تأسيساً على القواعد العامة أي الحكم وفقاً لأحكام القانون المدني وقواعد المسؤولية التقصيرية، مما يقتضي تدارك مثل هذه الفراغات القانونية لسدّ مختلف الإشكالات العلمية[2].

[1]– قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

[2]– مسعودي نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق: (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص. 35.

المبحث الثاني

التعسّف في استعمال الحق أثناء إبرام عقد الزواج

الأسرة هي ناتج لعقد الزواج فلا عائلة بدون زواج ولا زواج إلاّ والعائلة هي نتاجه، فالإنسان مخلوق خلقه الله تعالى ليستخلفه في الأرض لإعمارها، ولم يتم هذا إلاّ ببقاء هذا النوع[1].

فالزواج في الإسلام عقد متين وميثاق غليظ أساسه نية العشرة الدائمة بين الزوجين لتحقيق الثمرة النفسية التي ذكرها القرآن الكريم، حيث قال الله تعالى:" **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴿٧٢﴾**"[2].

عقد الزواج مثله مثل سائر العقود لا ينعقد إلا إذا كان مستوفيا للأركان والشروط التي سنها المشرع الجزائري من أجل أن يرتب الآثار التي وجد لأجلها أساسا، والأصل أن ينعقد عقد الزواج بكل رضا، إلا أنّه قد تصدر عدة تعسّفات ممن لهم حق ومصلحة في هذا الميثاق أثناء إبرامه **(المطلب الأول)**، بعد انعقاد عقد الزواج بكافة الشروط والأركان نكون بصدد رابطة زوجية، فمن البديهي أن ترتب حقوق والتزامات، فقد يتعسّف أحد أطراف هذه الرابطة في استعمال حقوقه الزوجية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

التعسّف أثناء إنشاء العقد

إذا كان عقد الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين الأسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الإنسان[3]، لن يقوم هذا العقد إلاّ إذا توفر فيه ركن الرضا وشرط الصحة المنصوص 1عليها في المادة09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري وشرط الولي ضمن شروط هذه الصحة والذي سنركز الدراسة عليه فيما يخص

[1]– بلخير سديد، **الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. ص.05 ،06.

[2]– سورة النحل–الآية 72.

[3]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

التعسّف الذي يصدر منه **(الفرع الأول)**، هذا الميثاق الغليظ أطرافه زوج وزوجة بما قد يصدر منهم تعسّف، فقد يتعسّف الزوج عن تقديم المهر **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعسّف الولي في زواج القاصر

الولاية في عقد الزواج هي سلطة شرعية تجعل الشخص قادراً على إنشاء عقد الزواج نافذاً لنفسه أو لغيره، مما يعني أنّ الولي في عقد الزواج من صلاحيته مباشرة عقد الزواج لنفسه لأنّه صاحب الشأن فيه أو مباشرته بإنابة من الشارع، وقد تكون هذه الولاية ولاية قاصرة أو ولاية متعدية[1].

ويقصد بالولاية المتعدية في عقد الزواج بتلك السلطة الشرعية التي تخول لصاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره، فهي السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي بشأن قبول أو رفض زواج المولي عليها وتولي إبرام العقد عليها[2].

جاء في الشريعة الإسلامية بكل وضوح ما يمنع الولي من عضل أو ظلم وليّته سواء كان العضل بمعنى منع الولي المرأة من الزواج بكفئها أو كان المعنى الإضرار بالزوجة للتنازل عن حقوقها الشرعية، فهي أمور محرمة[3].

فقد يصدر من الولي أثناء استعماله للصلاحية الممنوحة له قانونياً في تزويج القاصر، بمعنى استعمل الولاية المتعدية تعسّفاً، فلابدّ من دراسته على ضوء ما جاء في قانون الأسرة الجزائري **(أولا)**، ثم اللجوء لمعرفة موقف المشرع السوري**(ثانيا)**، بالإضافة إلى معرفة مظاهر تعسّف الولي في مدونة الأسرة المغربية **(ثالثا)**.

---

[1]– أبو زهرة محمد، **محاضرات في عقد الزواج وآثاره**، المرجع السابق، ص. 107.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 309.

[3]– بلال فنيش، **تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017، ص. 33.

أولا: موقف الأسرة الجزائري من الولاية المتعدية

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري في سنة 2005 بموجب الأمر 05-02، فالتعديل مسّ المادتين 11 و13 التي تناول من خلالها المشرع الولي في عقد الزواج، فالمادة 11 تنص على: "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.**

دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القاصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوّلين والقاضي ولي من لا ولي له"[1].

يتبيّن من خلال نص المادة أنّ الولي لا يعتبر شرطاً للزواج بالنسبة للمرأة الرّاشدة، بل حضور رمزي ولها أن تختار وليّها بكل حرية، كما أنّ غياب الولي في عقد زواج الرّاشدة لا يؤدي إلى انعدام وإبطال هذا العقد، وأكثر من ذلك فإنّ المشرع قد وسّع من جعل كل الأشخاص ولياً للمرأة، وسوّى بين الولي الخاص بالمرأة وبين من تختاره من أجانب دون مراعاة ترتيب بين القرابة، كما ألغى المشرع دور القاضي في ولاية تزويج البالغة[2].

وبالنسبة للقاصر فيعتبر الولي شرطاً من شروط عقد الزواج، وبذلك ليس للولي أن يزوج من هي في ولايته ممّن لا تريد الاقتران به، كما ليس له أن يزوجها إن لم تكن راغبة في الزواج، كما لا يجوز له أن يمنع ابنته القاصرة من الزواج إذا كان الزواج كفئا لها وتتوفر فيه جميع شروط الزوج الصالح، كما أنّه لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج دون موافقتها[3].

ففي حالة قيام هذه المظاهر المذكورة أعلاه فيتحقق تعسّف الولي في استعمال ولايته، مما يسمح للقاصر اللّجوء إلى القاضي ليتولى تزويجها نظير كفء لها[4].

---

[1]- قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- دوادي عبد القادر، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، ط02، دار البصائر للطباعة والنشر، الجزائر، 2010، ص. 112.

[3]- لحسن بن الشيخ أث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 49.

[4]- المرجع نفسه، ص.ص. 49-50.

رغم قيام المشرع الجزائري بتعديلات سنة 2005 على المادة التي تضمنت الولي إلاّ أنّه لم يبيّن حدود الولي ولا حتى الصّلاحيات التي لا يجب عليه تجاوزها وكيف يكون الولي متعسّفاً في حقه، مما قد يثير إشكالات عملية وتطبيقية كثيرة.

ثانيا: موقف المشرع السوري من الولي في زواج القاصر

نصّ المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية على الولي كشرط في عقد الزواج، وجعله العصبة واشترط فيه أن يكون عاقلا وبالغاً مع التنبيه أن الزواج الذي نصّ عليه هو زواج لرّاشدة، وهو استعمال مصطلح زواج "الكبيرة" إضافةً إلى المادة 170 من باب الولاية على نفس القاصر وماله[1].

ما يلاحظ على قانون الاحوال الشخصية السوري أنّ المشرع لم يفصّل في زواج القاصر على خلاف المشرع الجزائري، إلاّ أنّه في نص المادة 21 الخاصة بزواج الرّاشدة، في حالة تخلف الولي يبرم العقد، إلاّ أنّه في حالة ما إذا قدر الولي بأنّ العقد هو عقد زواج ليس بغير كفء، فله المطالبة بالفسخ ومظاهر الكفاءة تستخلص من العرف القائم في البلد، فيمكن إسقاط هذه المادة في حالة تعسّف الولي في تزويج القاصرة وتقدير هذا التعسّف حسب تلك الأعراف الواردة في المجتمع[2].

ثالثا: موقف المشرع المغربي من الولي في زواج القاصر

سار المشرع المغربي نفس مسار أغلبية التشريعات المقارنة، فاشترط الولي في زواج القاصر وذلك تأسيساً بالمادة 21 من مدونة الأسرة المغربية، إلاّ أنّه لم يتطرق إلى مظاهر تعسّف الولي أثناء زواج القاصر[3].

---

[1]– أنظر المادة 21 و170 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

[2]– ساهرة حسني كاظم الربيعة، "**التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس: (الأولياء في القانون السوري واليمني والمغربي والتونسي)**، مجلة الكلية، جامعة العراق، 2016، ص. 36.

[3]– تنص المادة 21 من مدونة الأسرة المغربية: "**زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.**

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بتقاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع".

إنّ الولي كنائب شرعي فأثناء تزويجه للقاصر فلابدّ أن يأخذ بعين الاعتبار موافقة القاصرة على الاقتران بذلك الزوج، ومن جهة أخرى عليه هو بالقبول متى كان ذلك الزوج تتوفر فيه كل الشروط التي تؤهله من أجل أن يكون زوجاً صالحاً[1].

الفرع الثاني

تعسّف الزوج في تقديم المهر للزوجة

يعدّ المهر حقا مالياً للزوجة فرضه الله تعالى على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول بها، ويسمى بالصداق أو الأجر أو الفريضة ونحو ذلك مما هو مذكور في القرآن الكريم، وتستحق المرأة المهر بالزواج الصحيح ويتأكد بالدخول الحقيقي[2].

نصّ قانون الأسرة الجزائرية على أحكام المهر في المواد من 14 إلى 17 أين نصّت المادة 15 المعدّلة على ضرورة تسمية المهر في العقد حيث جاء فيها: "**يحدد الصداق في العقد سواءاً كان معجّلاً أو مؤجّلاً.**

في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

وكما أنّ للزوجة الحق في قبض المهر والتصرف فيه استناداً أنّه حق خالص لها فلها أن تتصرف فيه كما تشاء ما دامت كاملة الأهلية فيمكن لها أن تشتري به ما تريد أو تهبه أو تتنازل عنه لزوجها، ولا يجوز لأحد الاعتراض على ذلك[3].

بالنظر إلى الطبيعة القانونية للمهر التي يعتبر واجب على الزوج وحق مؤكّد للزوجة، فلا يحق للزوج أن يحبس عن دفع الصداق والذي يعتبر تعسّفاً حيث يرى جمهور العلماء أنّه لا يحل للزوج حبس المهر بمجرد قول المرأة أنّه مليء وأنّه غيب ماله، فإن تبيّن له ظلمه أمره أن يوفي

---

[1]– عادل أبراغ، **قراءة في أحكام النيابة الشرعية على ضوء مدونة الأسرة**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويمي، المغرب، 2018، ص. 22.

[2]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 73.

[3]– مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**، ج01، ط03، مطبعة دمشق، سوريا، 1970، ص. 186.

أو يحبسه، وإن تبيّن بالقرائن عجزه فيحل له الحبس دون أن يكون متعسّفاً، وكذا في حالة إعسار الزوج فلا يعدّ متعسّفاً[1].

وفي حالة نشوب نزاع حول الصداق فإن كان هذا الخلاف قبل الدخول، فإنّ القول قول الزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذ كان الخلاف بعد الدخول فإنّ القول قول الزوج أو ورثته مع اليمين[2].

والحكمة من تقرير مشروعية المهر هي إظهار لمكانة هذا العقد وتقدير للمرأة ولإشعارها بأّنها موضع حب وعطف ورعاية، هو أمر كرّسه المشرع الجزائري كما تمّ تبيانه أعلاه وسعت أغلب التشريعات إلى الأخذ بنفس المبدأ رغم وجود الاختلافات في الصياغة، فالأمر يجعلنا نتطرق ونبحث في معرفة وجهة نظر التشريع السوري حول مسألة التعسّف في تقديم المهر **(أولا)**، ثم بعد ذلك إبراز هذا التعسّف في مدونة الأسرة المغربية **(ثانيا)**.

أولا: تعسّف الزوج في تقديم المهر للزوجة في التشريع السوري

يشترط المشرع السوري المهر في عقد الزواج بموجب المواد55 الى 62 أين جعله حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه إلا إذا دفعه إليها إذا كانت كاملة الأهلية، مالم توكل في وثيقة العقد وكيلا خاصا بقبضه، فانطلاقا مما تم ذكره فيمكن القول أنّ المشرع السوري نفسه نفس أغلب التشريعات، فتعسّف الزوج في تقديم المهر للزوجة يظهر في عدم تعيينه دون مبرر وعدم تقنين هذه المسألة في تقنين قانون الأحوال الشخصية السوري يفتح المجال للتعسّف من جهة، ويوحي أنّ للقاضي نوع من السلطة التقديرية في تقدير ظروف الزوج عند عدم تقديمه للمهر الذي تستحقه المرأة بالعقد وفي الزواج الصحيح فيوجب المهر بمجرد تمام العقد ولو لم يعقبه دخول، بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها[3].

---

[1]– سدي عمر، "**الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق**"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد08، العدد02، المركز الجامعي تمنراست، 2018، ص. 64.

[2]– تنص المادة 17 من قانون 84–11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري: "**في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين**".

[3]– عبد الرحمن الصابوني، **شرح قانون الاحوال الشخصية السوري: (الزواج وآثاره)**، ط7، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 1996، ص. 265.

ثانيا: تعسّف الزوج في تقديم المهر في التشريع المغربي

نصت مدونة الأسرة المغربية على ذات المبدأ أين جعل الصداق شرط في عقد الزواج تستحقه الزوجة ويثبت لها بمجرد تمام العقد، فإنّ لها مطلق التصرف فيه وجعل المهر حقاً خالصاً للزوجة يعني بصيغة أخرى هو واجب على الزوج وعدم تقديمه يعتبر تعسّفاً في استعمال الحق مما يؤدي إلى إخلال التوازن في العلاقة بين الزوجين للمساس بالحقوق والواجبات المتبادلة تأسيسا أنّ المهر هو حق للزوجة وواجب على الزوج[1].

المطلب الثاني

مظاهر التعسّف في استعمال الحقوق الزوجية

الزواج في الإسلام هو البنية الأولى التي يتأسس عليها المجتمع، وصفه القرآن الكريم بالميثاق الغليظ ورتب الشرع عليه حقوقاً لكل واحد من طرفيه تعدّ في ذات الوقت واجبات على الطرف الآخر، ومما لا شك فيه أنّ نظرية التعسّف في استعمال الحق عرفت ومازالت تعرف تطبيقاً واسعاً في شتى المجالات سيما ما تعلق منها بالعلاقة بين الزوجين[2]، فكثيراً ما يتعسّف الأزواج في استعمال حقوقهم المعترف بها شرعاً وقانوناً مما يعني أنّ الزوج قد يتعسّف في استعمال حقوقه الزوجية **(الفرع الأول)**، الأمر ذاته يسري على الزوجة التي قد تتعسّف كذلك في استعمال حقوقها الزوجية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعسّف الزوج في استعمال الحقوق الزوجية

أقّر الشرع والقانون للزوج جملة من الحقوق التي ربما أثناء استعماله أن يتعسّف فيها، ومن بين هذه الحقوق حقه في الطاعة والتأديب**(أولا)**، وقد يتعسّف كذلك الزوج متى استعمل حقه في التعدد**(ثانيا)**، وكما أنّه قد تكون أموالا مشتركة بين أطراف الرابطة الزوجية **(ثالثا)**.

---

[1]– فتيحة الشافعي، **التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط، 2004، ص.97.

[2]– مخالفية سعاد، **حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص.06.

أولا: تعسّف الزوج في استعمال حق الطاعة والتأديب

ضمن الحقوق المقررة لزوج هو الحق في أن تطيعه زوجته، إلّا أنّه قد يتعسّف في استعمال حقه في الطاعة **(1)**، بالإضافة إلى حقه في التأديب الذي قد يمارس فيه نوعا من التعسف**(2)**.

أ_ تعسّف الزوج في استعمال حق الطاعة

قد جعل الإسلام طاعة الزوج من الأحكام الشرعية وثوابها الجنة؛ فالطاعة هي التزام الزوجة بالانقياد للزوج في الحقوق الناتجة على عقد النكاح، مما يعني أنّ الطاعة هي حق للزوج رتبته الشريعة على زوجته ومدلوله أن تلتزم الزوجة بطاعة زوجها عن طريق تنفيذ أوامره التي ليس فيها مخالفة ومعصية لله عزّ وجل.

إنّ طاعة الزوجة للزوج لا يعني الاستجابة لرغباته غير المشروعة أو الممنوعة وإنّما على الزوجة أن تحفظ زوجها في نفسه وماله في حالة حضوره أو غيابه، خاصةً أنّ الزوج هو عماد البيت والأسرة[1].

لعل التعسّف يظهر في تجاوز الزوج لحدود الطاعة، وذلك عندما تكون الزوجة قد امتثلت في طاعة زوجها وهو ما يقتضي عليه أن يعاملها بحسن المعاشرة وكذا فإنّ الطاعة واجبة على الزوجة إذا كان الأمر يقتضي شأناً من شؤون الحياة الزوجية، وخاصةً أنّ غاية الشارع الحكيم أثناء منحه للزوج حق في الطاعة يريد من خلاله توطيد المحبة والعلاقة بينه وبين زوجته[2].

إلَّا أنّ الواقع يثبت تعسّف الزوج في استعمال حق الطاعة، رغم أنّ غاية الشارع الحكيم هي جعل الرابطة أو العلاقة بين الزوجين وثيقة ووطيدة وأن يضمن لأطرافها العيش بأمان واطمئنان[3].

---

[1]– الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص.83.

[2]– عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.178.

[3]– المرجع نفسه، ص.178.

ومن أمثلة التعسّف في حق الطاعة أن يطلب الزوج من زوجته طاعته في أمور حرّمتها الشريعة كأمره لها بانتهاك حرمة رمضان بالأكل أو المعاشرة أو مشاركته شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير أو إتيان أوضاع محرّمة في العلاقة الجنسية بينهما وغير ذلك.

بالعودة الى قانون الأسرة الجزائري المشرع في تعديل 2005 وفي المادة 36 نص على الحقوق والواجبات التي تكون بين الزوجين وأولها المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة والمعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة[1].

ب- تعسّف الزوج في استعمال حق التأديب

التأديب بصفة عامة هو الضرب والوعيد والتعنيف، فحق تأديب الزوجة حق للزوج الذي أباحه الله عز وجل إذا لم تطيعه زوجته وذلك بوسائل تأديب محددة شرعاً بغاية صلاحها وإعادة إرجاعها إلى الطريق الصائب وإبعادها عن طريق العوج الذي مضت فيه[2].

إنّ إباحة حق التأديب كان تأسيساً بما جاء به الله عز وجل في سورة النساء أين قال:" **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾**"[3].

إنّ تجاوز الزوج لحدوده في التأديب بجدٍّ متعسّفاً خاصةً الضرب الذي يملك الزوج إذا كان شديداً وشائناً بمعنى ضرب مبرح، فهنا يكون قد تعسّف الزوج في استعمال حقه في التأديب وهناك عدة مظاهر أخرى يتحقق فيها تعسّف منها الأذى بالسب والشتم والإهانة[4]، فالضرب كتأديب

---

[1]- تنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري وفقا لتعديل 2005:

"**1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.**

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة".

[2]- ألغات ربيحة، **الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي في الجزائر**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011، ص.225.

[3]- سورة النساء، الآية 34.

[4]-إبراهيم رفعت الجمال، **الحقوق الغير المادية بين الزوجين**، دار الجامعة الجديدة للطباعة والنشر، مصر،2005، ص.87.

هو ضرب تنبيه غير عقابي وغير مبرح، وإلا يعدّ تعسّفاً في استعمال الحق إلى غاية شعور المرأة بالإهانة أو الإحساس بوجود رجل قوي يستطيع محاسبتها[1].

ومن التعسّف أيضاً في التأديب اللجوء إلى الضرب مباشرة دون المرور على الإجراءات التي تسبقه من موعظة وهجر في المضجع.

ثانيا: تعسّف الزوج في استعمال حق التعدد

إنّ آيات القرآن الكريم هي أكبر دليل وخير ناطق في أمر التعدد في الزوجات حيث جاء في قوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾**"[2].

كما أن نظام تعدد الزوجات قائمة في المجتمعات القديمة إلا أنّهم كانوا يتزوجون النساء دون ضوابط حتى جاء الإسلام ونظم هذا التعدد[3].

نظّم قانون الأسرة الجزائري مسألة تعدد الزوجات من خلال المادة 08 ووضع لهذا نظاما ومنع ممارسة نظام التعدد دون القدرة عليه[4].

يمنع على الزوج أن يتعسّف في استعمال هذا الحق على وجه غير مشروع ولعلَّ تعسّفه يظهر في تجاوز الحد الأقصى للزوجات وهو الزيادة على الأربع، فإذا تزوج رجل بخمسة وفي عصمته أربع كان عقده عليها باطلا[1].

---

[1]– محمد محروس المدرس الأعظمي، **المسؤوليات الإدارية للأسرة وفق للإجتهادات الفقهية ومدى موافقتها للعقل السليم والفطرة الإنسانية**، دار الإعلام للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن، ص. 70.

[2]– سورة النساء، الآية 03.

[3]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.106.

[4]– تنص المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري على:

"–يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

– يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

– يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدراته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ومن جملة تطبيقات ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي من خلاله تقضي بوجوب العدل بين الزوجات في حالة التعدد، بمعنى أنّه على الزوج أن يسعى إلى تحقيق المساواة بين نسائه في النفقة وكل مشتملاتها وإلا يكون التعدد بقصد الإضرار بإحدى الزوجات، فإنّ الزوج إن لم يسعى إلى تحقيق وتطبيق قاعدة المساواة بين الزوجات وفقاً لما قضت به أحكام الشريعة الإسلامية فيعدّ متعسّفاً في استعمال حقه[2].

الفرع الثاني

تعسّف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية

الحق والواجب عنصران متلازمان، ومتى وقع عقد الزواج صحيحا نافذا وفقا لما تقتضيه فطرة الله التي فطن الناس عليها، مما كان محرمًا إلا بالزواج و حلّ لكل منهما أن يستمتع بالآخر على الوجه المأذون به شرعا، مالم يكون هناك مانع شرعي[3]، وتبعا لذلك تنشأ الحقوق والواجبات ويعود أساس تقديرها إلى العرف المستند إلى فطرة كل من الرجل والمرأة طيلة استمرار الحياة الزوجية[4]، فمثلما قد يتعسّف الزوج في ممارسة حقوقه الزوجية، وكما تم تبيانه مسبقاً فقد تمارس كذلك الزوجة نوعاً من التعسّف أثناء استعمال حقوقها الزوجية والتي من خلالها قد تؤثر على العلاقة الزوجية، فسنتناول تعسّف الزوجة في استعمال حق النفقة(**أولا**)، ثم بعد ذلك دراسة كيف يكون تعسّف الزوجة في استعمال حق الخروج من بيت الزوج(**ثانيا**).

أولا: التعسّف في استعمال حق النفقة

يعتبر الحق في النفقة من بين الحقوق المالية التي تتمتع بها الزوجة والتي أوجبها المشرع .ج. على الزوج وهذا ما قضته به في المادة 74 من ق. أ. ج. و التي تنص:" **تجب نفقة الزوجة على**

---

[1]– عبد الناصر توفيق العطار، **تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية**، المكتبة الأزهرية للتراث للنشر والتوزيع، مصر،2011،ص.ص. 114-115.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 195.

[3]– بلعيد رندة، **أثار التعسّف في استعمال الحق في العلاقة الزوجية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند ولحاج، البويرة، 2016، ص. 08.

[4]– محمود بندر علي محمد، **نفقة الزوجة في الشريعة والقانون**، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 16، جامعة الأنبار، العراق، 2010، ص. 372.

زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 وَ 79 وَ 80من هذا القانون"[1] ، يتضح من خلال متن المادة أنّ المشرع .ج. لم يعرف الحق في النفقة ولكن أورد من تجب لهم النفقة وما هي مشتملاتها حسب المواد 78-79-80 (أ)، كما أنّ للحق في النفقة دليل تستند إليه أو بصيغة أخرى تستمد منه المشروعية(ب)، ومن المسلم فعلاً أنّ لهذه الزوجة الحق في النفقة إلا أنّها قد تصدر تصرفات تُحي بتعسّفها في هذا الحق، فسنحاول دراسة حدود هذا الاستعمال بشكل يبيّن لنا مظاهر التعسّف(ج).

أ-مشتملات النفقة

تأسيسيا بالمادة 78 فإن مشتملات النفقة تتجسد في:

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

2- **نفقة الكسوة:** وهي واجبة لقوله ﷺ: " :" **وَلَهُنَّ عَلَيْكُم رِزْقَهُنَّ وكَسْوتُهُنَّ بالْمَعْرُوفِّ"، فالكسوة الواجبة للزوجة على زوجها كسوتان واحدة صيفاً وأخرى شتاءً.**

3- **المسكن:** فالمسكن من مشتملات نفقة الزوجة، فيجب أن يكون سكناً شرعياً، وأن يكون ملائماً لحال الزوج المالية والاجتماعية، وأن يكون مشتملاً على ما يلزم من أثاثٍ وفراشٍ وأدوات منزلية، وأيضاً أن يكون مكان تأمين فيه الزوجة على نفسها ومالها [2].

ب-مشروعية النفقة

ثبت من الكتاب آيات عدة تُشير إلى مشروعية ووجوب النفقة فجاء لقوله تعالى: "**يُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِۖ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَاۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴿٧﴾**"[3]، وقال أيضا: "**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ**

[1]- قانون رقم 84-11- المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]- سليمان ولد خسال، **الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ط1، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.ص.116-117.

[3]- سورة الطلاق، الآية 07.

ذَٰلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٣﴾"[1].

إن هذه الآيات تقضي بوجوب النفقة والكسوة للزوجة حالة الزوجية لشمول الآيات لسائرهن من الزوجات والمطلقات ومن باب أولى تجب النفقة لزوجة لازال زوجيتها قائمة[2].

أما من الناحية التشريع الوضعي فإن نفقة الزوجة تكون بموجب عقد صحيح مستوفي لأركانه من المادتين 09 و09 مكرر من ق.أ.ج بشرط وجود الاحتباس من الزوج لزوجته أو لا تتعداه له، لذا فإنّ الزوجة المعقود عليها عقداً فاسداً أو باطلاً لا نفقة لها[3].

ج-حدود استعمال حق النفقة

إنّ الحق في النفقة يعطي للزوجة الحق بالمطالبة به، وهو دين ممتاز يعطي لها سلطة اقتضاء دينها منه قبل سائر الدائنين، إلا أنّ هذه السلطة تصبح غير مشروعة من تجاوز الزوجة بعض الحدود مما يوحي أنّه رغم كون النفقة حق من حقوقها فهذا لا يعني أنّه مطلق وإنّما هو مقيّد بما تتقيد به الحقوق في الفقه الإسلامي والقانون، فمن صور تعسّف الزوجة في استعمال حقها في النفقة المبالغة في المطالبة(1)، وكذا مطالبة الزوجة بالنفقة مع إعسار زوجها(2).

1_ مبالغة الزوجة في المطالبة بالنفقة

اتفق الفقهاء على أنّ النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية فلا إسراف ولا تقتير، حيث أنّ النفقة تحدد في حدود المعروف وعلى أساس طاقة الزوج وهذا لقوله تعالى:" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾" [4]، وعلى هذا الأساس فإنّ للزوجة الحق في مطالبة زوجها بالإنفاق عليها في حدود معقول، فلا يجوز أن تثقل عليه وتطالبه بنفقات ومصاريف لا طاقة له على تحملها وإلاّ اعتبرت متعسّفة بمطالبتها بهذا

---

[1]- سورة البقرة، الآية 233.

[2]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 145.

[3]- عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص.37.

[4]- سورة الطلاق، الآية 07.

الحق ،كما ليس للمرأة الميسورة مطالبة زوجها المعسر بنفقة الميسرين وإلا كانت متعسّفة بحقها، وهذا أنّها بقبولها الزوج المعسر قد رضيت بالنفقة التي عليها وهي نفقة الإعسار.

مع العلم أنّ المشرع. ج. في تقديم النفقة أخذ بالوسطية وذلك ما يظهر جليًا في المادة 79 من ق.أ.ج. والتي تنص فيها:" **يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم**"[1].

إنّ المشرع الجزائري جعل من النفقة ما يطبب الزوجة وثمن علاجها يقع على عاتق زوجها لأنّ ضرورة العلاج أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة، أما بخصوص مسكن الزوجية يشترط أن يكون وفق حال الزوج المالية وبيئته، وأمام أزمة السكن عامة في المجتمع، فيرى الفقه الجزائري بأنّ الزوج يكون قد وفر لزوجته السكن إن استطاع أن يوفر لها شقة مع أهله مع مرفقاتها الضرورية، وعلى الزوجة أن تقيم معه حيث يقيم وإلا كانت ناشزة وله أن يطلقها ويطلب التعويض لأنها متعسّفة في استعمال حقها[2].

2-مطالبة الزوجة بالنفقة مع إعسار زوجها

لا يحق لمسلم له دين عند أخيه ويعلم أنّه معسر أن يطالب به فيؤدي ذلك به إلى سجنه وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالإمهال إلى الميسرة فلا يطالبه به حتى يسير الله عليه:" و**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ۖ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٨٠﴾**"[3]، فرغم أن الشريعة الإسلامية قيدت حق الدائن في المطالبة والاقتصار إلى حد منعه حالة إعسار مدينه بدينه إلى التصرف به عليه، والمتمعن في هذا النص وتفسيره فيتخلص أنّ استعمال الحق لا يجوز إذا لم يفضي إلى المصلحة،

[1]- قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2]- فضيل سعد، المرجع السابق، ص. 192.

[3]- سورة البقرة، الآية 280.

أما إذا أفضى إلى ضرر الغير كحبس المدين مع العلم بإعساره فإنّه يكون غير مشروع من باب أولى[1]

يستخلص مما تم تبيانه أعلاه أنّ المشرع الجزائري بتعزيزه لحق الزوجة ينبغي عليها أن لا تتعسّف في استعمال هذا الحق، منه أن تطالبه بالطعام ولباس ومسكن يفوق قدرة الزوج أو تطالبه بأن ترتدي لباساً يخل بسمعتها، فالزوج في هذه الحالة هو المتضرر وأن تقوم كذلك بإنفاق مال الزوج في وجه غير مشروع[2].

ثانيا: التعسّف في استعمال حق الخروج من بيت الزوج

إذا كان على الزوج واجب الإحسان إلى زوجته والمعاملة بالمعروف والثقة، وأن يكون سنداً في السرّاء والضرّاء لأنّ أساس الرابطة الزوجية هي المودة والرحمة[3]، فعلى الزوجة بدورها أن تحفظ زوجها في ماله ونفسه وحضوره وغيابه في حدود ما أوجبه الشارع الحكيم ومن باب طاعة الزوج[4]، ومن أهم الحقوق التي تتمتع بها الزوجة، حق الخروج من بيت الزوجية إما لزيارة الأهل أو الأقارب**(أ)**، أو الخروج إلى العمل الكسبي **(ب)**، فقد تصدر من الزوجة تعسّفات في شأن هذه الحقوق أثناء ممارستها وعليه سنحاول تبيان كيف يكون التعسّف في هذين الحقين.

أ- إساءة استعمال الزوجة لحقّها في الخروج إلى زيارة الأهل

يعتبر خروج الزوجة من مسكن الزوجية مباحاً بحكم الشرع، أين ذهب المذهب الحنفي والمالكي والشافعي للقول بأنّ للزوجة أن تزور أهلها ولو لم يأذن لها زوجها بذلك متى كان أحدهم مريضاً أو بحاجة ماسة إلى خدمة، أما البعض فيرون أن خروج الزوجة إلى زيارة أهلها يحتاج إذن زوجها[5] ، إلاّ أنّ هناك حالات قد تسيء الزوجة في استعمال حقها في الخروج لزيارة أهلها منها

---

[1]– بلبولة بختة، **أثر فكرة التعسف في استعمال الحق عن الزواج وانحلاله**، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص. 92.

[2]– المرجع نفسه، ص. 92.

[3]– قاسي سيلية، **المركز القانوني للمرأة في أحكام قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2013، ص. 39.

[4]– الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص. 83.

[5]– محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي الشافعي، **مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء**، منشورات لحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.324.

أن تقوم بالخروج لزيارة أهلها دون سبب وبصفة مستمرة ودائمة، مثاله الخروج في مرات عدة في ذات الأسبوع، فيعتبر مضيعة لحقوق الزوج والأولاد والأسرة، أو كانت الزوجة تقصد بفعل الخروج الإضرار بسمعة الزوج، ففي هذه الحالة تعتبر متعسّفة في استعمال حقها[1]، مما يخول للزوج منع زوجته من زيارة والديها ومحارمها متى كان لهذه الزيارة ضرر وهلاك ومفسدة خاصة أنّ درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، فللزوج أن يدفع الضرر عن زوجته خاصةً إذ علم الزوج وتيقّن أنّ والدي الزوجة يحثانها على إتيان العصيان والنشوز وفعل ما لا يجوز شرعاً، وحتى أنّ منع الزوج زوجته من استعمال الحق، لابدّ أن لا يكون متعسّفاً[2].

ب-إساءة استعمال الزوجة لحقها في الخروج إلى العمل الكسبي

يقتضي أن يكون خروج الزوجة للعمل الكسبي مشروعاً وأن يكون مأذوناً به من طرف الزوج مالم يظهر أنّ عملها منافي لمصلحة الأسرة أو مشوب بإساءة استعمال الحق[3]،و العمل المشرع الذي تقوم به الزوجة ولا يلحق الضرر بالزوج فلا مانع أن تقوم به، منه ميدان التعليم أو الطب وكل الأعمال الضرورية للمجتمع أن لا يكون العمل الكسبي يسيئ لسمعة المرأة وتكوينها الجسمي ولا يضر بمصالحها شخصياً، منها أن تعمل المرأة في الملاهي أو المراقص أو بيع الخمور، أو أن تعمل في مكان يسمح لها أن تبقى مع أجنبي لوحدها فالزوج له أن يمنعها من ذلك [4].

---

[1]- علي محمد علي قاسم، "**نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي**"، دار الجمعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2004، ص. 98.

[2]- المرجع نفسه، ص. 93.

[3]- رشدي شحاتة أبو زيد، **الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية**، دار الوفاء الطباعة والنشر والتوزيع، مصر،2008، ص.37.

[4]- بلعيد راندة، المرجع السابق، ص.37.

ومن أمثلة استعمال حق الزوج الزوجة المنافي لمصلحة الأسرة الجزائرية، بأن يكون عملها يستدعي سهرها ليلا مما يضر بمصالح الزوج أو الأولاد أو الزوجة نفسها[1]، أو أن يحدث انحراف في السلوك لأحد الأبناء نتيجة عدم إشراف الأم عليه خلال الوقت الذي تقضيه في العمل، أو أن يكون للزوجة ابن مريض بمرض مزمن يلازمه الفراش ولا يوجد من يقوم برعايته، أو أن يمرض الزوج مرضا يمنعه من الحركة مما يجعله في حاجةٍ الى مرافقة زوجته له لتمريضه ورعايته والاهتمام به[2].

[1]– رمضان على السيد الشرنباصى، جابر عبد الهادي سالم الشفعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء: (دراسة مقارنه لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 384.

[2]– عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، **(من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)**، ط3، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص.29.

خلاصة الفصل الأول

تعد الخطبة وعداً بالزواج يجوز لطرفيها العدول عنها، فيعدّ هذا الأخير حقاً مشروعاً، إلا أنّه ينبغي على أطراف الخطبة أن لا يمارس أحدهم حقه بشكل يجعل الحق يتغير وصفه إلى أن يصبح تعسّفياً كالعدول بدون مبرّر شرعي أو من أجل إلحاق الضرر بالمخطوبة إلى غيرها من الأمثلة، ومن البديهي أنّ في هذه الفترة يتبادل أطراف الخطبة هدايا، وقد يكون الخطيب قد منح لها مهراً، فقد ذهب الفقه وقانون الأسرة الجزائري لتحديد مصير هذه المسائل أثناء العدول خاصةً التعسّفي، إلا أنّه ما يلاحظ على المشرع الجزائري في هذه المسائل القانونية لم يفصل ولم يحدّد العدول التعسّفي باستثناء التعويض.

قد يصدر من أطراف الرابطة الزوجية بعد قيامها عدة تصرفات تحمل نصف التعسّف في مجال الحقوق الزوجية، فقد يتعسّف الزوج في حقوقه سواء ما تعلق بالتأديب والطاعة، كما بدورها قد تتعسّف الزوجة أثناء ممارستها لحقوقها منها حق في النفقة، حق في الخروج للكسب أو لزيارة الأقارب، إنّ التعسّف في ممارسة هذه الحقوق الزوجية يؤدي إلى التعارض بما شرعه الله.

الفصل الثاني

التعسّف في استعمال الحق عند عند إنهاء الرابطة الزوجية

شرّع الشّارع الحكيم وقنّن المشّرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة حقوقاً زوجية ومنح لأطراف الرّابطة الزّوجية رخصاً من خلالها يطالبون بإنهاء هذه الأخيرة متى كان ذلك واجبا وضرورياً، فمنح للزوج الحق في المطالبة بالطلاق وجعل العصمة بيده، فيقتضي على الزوج أن يمارس هذا الحق في إطار مشروع ووفقاً للغاية والهدف الذي يسعى المشرع لتكريسه وتحقيقه، أما في الحالة العكسية فقد يستعمل الزوج هذا الحق المكرس له بشكل يغيّر من وصف الحق ولذا سنقوم بدراسة التعسف الصادر من طرف الزوج أثناء رغبته في انحلال الرابطة الزوجية **(المبحث الأول)**.

كما خولت للزوجة صلاحية إنهاء الرابطة الزوجية متى توفرت الأسباب المقررة لها شرعا وقانونا عن طريق الاعتماد على التطليق متى توفرت أسبابه، ولها أن تخالع زوجها عندما يصبح الاستمرار في العلاقة الزوجية أمر يصعب تحقيقه، أمر يدفعنا لدراسة التعسّف الصادر من الزوجة أثناء رغبتها في إنهاء الرابطة الزوجية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

التعسّف الممارس من طرف الزوج (الطلاق التعسّفي وأحكامه)

ذهب المشرع الجزائري إلى تكريس قاعدة ذهبت جلّ الدول العربية والإسلامية إلى إقرارها في منظومتها التشريعية، وهي جعل الطلاق حق إرادي أصيل للزواج دون العودة إلى الزوجة التي تنعدم إرادتها أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني[1]، وهذا ما يظهر جلياً في أحكام المادة 48 من قانون الأسرة والواردة فيها: " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"[2].

وعليه فإنّ الطلاق مفوض للزوج وحق من حقوقه، إلاّ أنّه ليس على طلاقته وإنّما هو حق مقيّد بما تتقيّد به جميع الحقوق، إذ يجب أن يكون الطلاق لسبب مشروع يدعو إليه، وفي حالة ما إذا خالف الزوج ذلك فيعدّ متعسّفاً، وهذا الأمر يدفعنا لدراسة مفهوم الطلاق التعسّفي **(المطلب الأول)**، بالإضافة إلى ضرورة تبيان الآثار المترتبة عن هذا الطلاق التعسّفي **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مفهوم الطلاق التعسّفي

ينبغي لدراسة مفهوم الطلاق التعسّفي تحديد تعريفه وتبيان حكمه **(الفرع الأول)**، مع دراسة معايير الطلاق التعسّفي **(الفرع الثاني)**، وفي الأخير تبيان أبرز صور الطلاق التعسّفي **(الفرع الثالث)**.

---

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

[2]– قانون رقم 84–11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

الفرع الأول

تعريف الطلاق التعسّفي وحكمه

الأصل أنّ الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بكل حرية، وهذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين مما يلحق الطلاق وصف التعسّف، وعليه سنقوم بتبيان المقصود بالطلاق التعسّفي **(أولا)**، وأكيد أنّ لهذا الطلاق حكم يتعين من تبيانه **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بالطلاق التعسّفي

لم يرد في كتاب الفقهاء القدامى والمعاصرين وفقهاء القانون وقوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للطلاق التعسّفي، إلاّ أنّه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية أين نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسّف، إلاّ أنّه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى[1].

إلاّ أنّه اجتهد بعض الباحثين المعاصرين بوضع تعريف للطلاق التعسّفي، أين يعتبر الطلاق التعسّفي: " استخدام الرّجل صاحب الحق في إيقاع الطلاق حقه بطريقة غير صحيحة، وذلك بأن يطلق زوجته بدون مبرر أو سبب مقبول شرعاً أو أن يقصد بطلاقه الضرر على زوجته، كما في صورة طلاق الضرر وذلك بأن يطلق الرجل زوجته في مرض موته ليحرمها من الميراث"[2].

وعرّفه باحثون بأنه: " مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل"[3].

كما عرف كذلك الطلاق التعسّفي: " مناقضة الشارع رفع قيد النكاح حالاً أو مالاً بلفظٍ مخصوص"[4].

يتبيّن من خلال التعاريف أعلاه أنّ التعريف الثاني والمتمثل في أنّ الطلاق التعسّفي هو مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعاً حسب الأصل، هو التعريف

---

[1]– عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسّف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، دار الفكر الأردن، 2007، ص. 19.

[2]– صبري عورة، **الطلاق التعسّفي دراسة فقهية مقارنة**، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد 13، جامعة فلسطين، 2009، ص. 170.

[3]– أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 319.

[4]– خطاب حياة، **الطلاق التعسّفي وآثاره في التشريع الجزائري**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر، بسكرة، 2015، ص. 24.

الأكثر دقة والذي يعبر عن فكرة التعسّف في الطلاق وحقيقته، حيث أنّ الطلاق حق وتصرف قد أذن به الله سبحانه وتعالى للزواج لغايةٍ وحكمةٍ ومقصدٍ، ومتى خالف الزواج هذه الغاية والحكمة والمقصد اعتبر مناقضاً لقصد الشارع الحكيم جلّ وعلا، وبالتالي يعتبر متعسّفاً في الطلاق[1].

وبالعودة إلى التشريع الجزائري فإنّ المشرع لم يعرّف الطلاق التعسّفي إلاّ أنّه أشار إليه في نص المادة 52 ق.أ.ج التي تنص على أنه: "**إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاّحق بها** "[2].

يتبيّن من خلال نص المادة أعلاه أنّ المشرّع الجزائري أوجب أن يكون الطلاق مبررًا نظرًا لأثاره في فك الرابطة الزوجية، وإلا كان الزوج متعسّفاً في استعمال حقه ويلحق ضرراً بالزوجة من جراء ذلك، لذا أقر المشرع كذلك ضرورة التعويض في حالة قيام هذا النوع من الطلاق بغية جبر الضرر الذي قد يكون ماديا أو معنويا.

ثانيا: حكم الطلاق التعسّفي

اختلف الفقه الإسلامي في امكانية تحقق التعسّف في طلاق الرجل للزوجة وذلك بناء على اختلاف حكم أصل الطلاق هل هو الإباحة **(أ)**، أو الحظر **(ب)**.

أ-الأصل في الطلاق الإباحة

اتجه بعض الفقهاء المحدثين إلى عدم وجود التعسّف في الطلاق، وذلك بناءًا على أن الأصل في الطلاق الإباحة، إن الله سبحانه وتعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة أين يعدّ الزوج حر في التصرف فيه[3]، وعليه فإن الطلاق مشروع في نفسه إلا أنّ المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم حيث قال السرخسي:" **إن حكم الطلاق مباح**"، وذهب إليه القرطبي، دل الكتاب والسنة إجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور[4].

---

[1]- أحمد عادل علي العازمي، " **الطلاق التعسّفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية (دراسة فقهية مقارنة)**"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 45، عدد 04، كلية الشريعة الجامعة الأردنية، الأردن، 2017، ص. 265.

[2]- قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص.187.

[4]- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، **المبسوط**، دار المعارف، مصر، 1989، ص 333.

قال إبن قدامى:" وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه"، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصبح بقاء النكاح مفسدة محض وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة السكنة، وحبس المرأة مع سوء العشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة اقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لنزول المفسدة الحاصلة منه[1].

ب-الأصل في الطلاق الحظر

يذهب أنصار هذا الجانب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر والإباحة عند الحاجة حيث ذهب إبن الهمام الحنفي للقول أنّ الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت المصالح الدينية والدنياوية والإباحة للحاجة إلى الإخلاص، وقال إبن عابدين:" وأما الطلاق في الأصل فيه الحظر بمعنى أنّه محظور لعارض يبيحه[2].

قد استدل أصحاب هذا القول في إباحة الطلاق عند الحاجة لقوله تعالى:" **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَالَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾**"[3]، وقوله عز وجلّ:" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴿١﴾**"[4].

أما القول الراجح هو ما ذهب إليه الجانب الثاني القائل بأنّ الأصل في الطلاق الحظر والإباحة عندما تدعو إليه، وذلك للأدلة المذكورة من قبل التي ترغب في استقرار الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلاءم ومقصد الديمومة في الزواج، وعليه فالأصل الحظر في الطلاق وإباحته من حيث الاستثناء[5].

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.197.

[2]- إبن الهمام كمال الدين بن عبد الواحد،" **فتح القدير**"، ج3، دار الفكر، مصر، د. س. ن، ص.425.

[3]- سورة البقرة، الآية 236.

[4]- سورة الطلاق، الآية 01.

[5]- بانوح كريمة بوشنتوف ظريفة، **الطلاق التعسفي وسلطة القاضي في تقديره**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص.15.

الفرع الثاني

معايير الطلاق التعسّفي

من أجل إضفاء صفة التعسّف على الطلاق الذي يعدّ في الأصل حقا مشروعا يقتضي توفر معيارين، أولهما المعيار الذاتي والمتمثل في الأساس مناقضة قصد الشارع من المحكمة من مشروعية الطلاق **(أولا)**، أما المعيار الثاني فهو المعيار الموضوعي المتمثل في انعدام التناسب بين المصالح أو الاختلال البيّن بتوازنها في الطلاق **(ثانيا)**.

أولا: المعيار الذاتي (مناقضة قصد الشارع من مشروعية الطلاق)

إن الرابطة الزوجية هي علاقة قائمة بين الرجل و المرأة شرعها الشارع الحكيم بغية تحقيق مقاصد سامية وأهداف نبيلة أبرزها وأهمها تكوين أسرة متينة مبنية على أساس التكافل والمودة والرحمة، ولعل الأساس الذي تقوم عليه الرابطة الزوجية هو الاحترام المتبادل أين يكون كل طرف يكمل الطرف الآخر مصداقا لقوله تعالى: " **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾**"[1] يتطلب هذا المعيار ضرورة النظر في العوامل النفسية التي دفعت إرادة الزوج إلى الطلاق، فمتى كان الزوج متناقضاً للغاية من مشروعية الطلاق فكان متعسّفاً في استعمال حقه وتظهر المناقضة بأحد الأمرين:

أ-الطلاق لغير المصلحة التي شُرع من أجلها

تكون مناقضة قصد الشارع من الحكمة من مشروعية الطلاق عندما لا يكون هناك منفعة حقيقية للرجل من الطلاق، وهو ما عبّر عنه بعض الباحثين في معايير التعسّف باستعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله[2]، وذلك أنّ الله تبارك وتعالى إنما شرع الطلاق كحل نهائي عندما يستفحل الخلاف والشقاق بين الزوجين، وتتعذر كل سبل الإصلاح بينهما، وتكون الحياة بينهما بدلاً من المودة والرحمة الشقاء والتعاسة، ففي بقائه عندئذٍ مفسدة، وبالتالي شرع الطلاق ليزيل تلك المفسدة الحاصلة بالنكاح[3].

---

[1]– سورة الروم، الآية 21.

[2]– بلخير سديد، المرجع السابق، ص.17.

[3]– منصورين يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع على متن الإيقاع**، ج4، دار الفكر، د.س.ن.، ص. 232.

ومتى خالف الزوج هذه الحكمة من مشروعية الطلاق وطلق زوجته بلا سبب معقول ولا مقبول اعتبر متعسّفا في استعمال الحق، كأن يطلقها استجابة لرغبة زوجة أخرى لديه، أو لعقمها وضعف كلامها أو سماعها، فهذه الأسباب كلها لا تعتبر عذراً ومبرراً شرعياً للطلاق، وبالتالي يعتبر هذا الطلاق طلاقاً تعسّفياً.

ب-الطلاق بقصد الإضرار

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

كما يكون متعسّفاً في استعمال حق الطلاق ومناقضاً للحكمة من مشروعيته، كذلك عندما يكون قصده الإضرار بالزوجة، وهو ما يعبّر عنه بعض الباحثين في معايير التعسّف بتمحض قصد الإضرار[2]، فالله تبارك وتعالى لم يشرع الحقوق لتكون سبيلاً للإضرار بالآخرين، وحق الطلاق ما جعل بيد الزوج ليتعسّف باستعمال ذلك الحق، فشرع الله منزه عن ذلك كلّه.

ثانيا: المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي مدى تناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة[3].

أ-انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر

يقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أنّ المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين والفرد في تصرفه ليس مطلقاً عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيى من خلالها في ملاحظة التصرف في حقه[1].

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، المرجع السابق، ص. 163.

[2]- أحمد عادل علي العازمي، "**الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية (دراسة فقهية مقارنة)**"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 45 العدد 04، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2017، ص. 265.

[3]- بانوح كريمة بوشنتوف ظريفة، المرجع السابق، ص. 10.

ب-وجود مصلحة معتبرة للمطلق

نجد مثالها في استحالة الحياة الزوجية مما يختار الزوج طريقاً لإنهاء الحياة الزوجية، والتي من خلالها يلحق ضرراً كأن يطلق زوجته حتى إذا اعتدت وقاربت عدّتها على الانتهاء راجعها ثم طلّقها أخرى ليطيل أمد عدّتها، إلى جانب هناك حالة أخرى هو تعارض مصلحة المطلق في طلاقه مع المصلحة العامة، كأن يكون الزواج الذي يراد حلّه قد أثمر عدداً من الأولاد وبطلاقه يكون قد ساهم إلى إفقادهم إلى البيئة والمحيط الذي يضمن لهم الرعاية والتربية السليمة وهي الخلية الأساسية[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية

إذا كان المشرع الجزائري نص على الطلاق التعسّفي شأنه شأن معظم التشريعات المقارنة وعليه سنقوم بتبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير (أ)، ثم بعد ذلك التطرق إلى بعض التشريعات المقارنة(ب).

أ-موقف التشريع الجزائري

إنّ المشرع الجزائري اكتفى بالأخذ بالمعيار الذاتي وتغاضى عن المعيار المادي، ونصّ في المادة 124 من القانون المدني على أنّ كل شخص يرتكب خطأ ويسبب ضرر للغير فيلزم بالتعويض، فنص المادة 124 جاءت بشكل عام حيث أنّ كل ضرر يقتضي تعويض[3]، ويستوي أن يكون الفعل كان حقا أو تعسّفا أو كان بغير حق بمعنى عبارة عن خطأ[4].

ب-موقف بعض التشريعات العربية

ضمن مقتضيات هذا العنصر سنحاول التعرض للمشرع المغربي(1)، بالإضافة إلى دراسة ما جاء فيه المشرع السوري(2)، وفي الأخير تبيان موقف المشرع الأردني(3).

---

[1]– بانوح كريمة بوشنتوف ظريفة، **الطلاق التعسفي وسلطة القاضي في تقديره**، المرجع السابق، ص. 10.

[2]– بلحواراني سعاد، **نظرية التعسّف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 35.

[3]– تنص المادة 124 على ما يأتي: " **كلُّ فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض**".

[4]– طاري سعيد، **التعسّف في فرق الزواج وآثاره (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2012–2013، ص.21.

1 -موقف المشرع المغربي

بالعودة إلى مدونة الأسرة المغربية، وباستقراء المواد من 78 إلى غاية 93 المعنونة بالطلاق فإنّ المشرع المغربي يشير منذ البداية أنّه لم ينص صراحةً على الطلاق التعسّفي الممارس من طرف الزوج، وإنّما أدرج مصطلح التعسّف في المادة 84 من المدونة أثناء تكريسه للمستحقات الزوجية فجاء في المادة 84 ما يلي:" الصدق المؤجل إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسّف الزوج في توقيعه.

- تسكن الزوجة خلال العدة في بيت الزوجية، أو للضرورة في مسكن ملائم لها وللوضعية المادية للزوج، وإذا تعذر ذلك حددت المحكمة تكاليف السكن في مبلغ يودع كذلك ضمن المستحقات بكتابة ضبط المحكمة[1].

وعليه يمكن القول أنّ المشرع المغربي لم يكرس تعويضاً عن الطلاق التعسفي وليس بإمكاننا تحديد المعيار تحقق التعسّف، وأكثر من ذلك حتى لو أوقع الزوج الطلاق بشكل تعسّفي فهل أنّ المطلقة ليس لها طلب التعويض نتيجة تعسّف الزوج، أم لها أن تكتفي بالمستحقات الواردة في المادة 84 و85 التي تحيل إلى المواد 168 و190 من ق. أ. م.

2-موقف المشرع السوري

باستقراء نص المادة 39/ف3 من ق. أ. ش. س، نجد أنّ المشرع السوري تبنى المعيار الذاتي بحيث كلما تبيّن للمحكمة أنّ الزوج متعسّف في طلاقه وأنّ الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، فتحكم للزوجة بالتعويض وتقدره المحكمة بشكل يتناسب مع الحالة المادية للزوج ودرجة تعسّفه، وذلك ما جاء بشكل صريح في المادة 39/ف3 والتي تنص على أنّه:

- **إذا طلق الزوج زوجته وتبيّن للمحكمة أن الزوج متعسّف في طلاقها وأنّ الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسّفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى**[2].

[1]– ظهير شريف، رقم 22، 04، 01، المرجع السابق.

[2]– قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

3-موقف المشرع الاردني

إن المشرع الأردني لم يتبنى نظرية التعسّف في الطلاق في قانون الأحوال الشخصية، وذلك ما يظهر جليا بعد استقرائنا للنصوص القانونية الواردة في هذا القانون، فبالتالي تغاضيه عن مسألة التعسّف في الطلاق يجعلنا لا نجد أي معيار، وأكثر من ذلك اكتفى المشرع الأردني بالنص على التعسّف في القانون المدني وأبرز أهم مظاهره وصوره من تحدٍ وإضرار.

فبالتالي قد يطرح عدم نص المشرع الأردني على الطلاق التعسّفي عدّة اشكالات في مسائل الأحوال الشخصية خاصة بارتباطها بالدرجة الأولى بالرابطة الزوجية وحقوق أطرفها.

الفرع الثالث

صور الطلاق التعسفي

إنّ معرفة وتبيان صور وحالات الطلاق التعسّفي ليس بالأمر الهيّن، وذلك أنّ المشرّع الجزائري إن لم يحدد صوراً له[1]، بل حاول فقط الباحثين القانونيين بوضع حالات يمكن اعتبارها طلاقاً تعسّفياً، والتي سوف نحاول تبيانها فيما يأتي:

أولا: انعدام المبرر الشرعي في الطلاق

يظهر ذلك لو ادعى الزوج أنّ الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها والمكوث بالبيت، فقاضي الموضوع لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج اشترطه عليها في عقد الزواج، فيحكم القاضي هنا بتعسّف الزوج، إلى جانب أنّه لا يكون للزوج مبرر منطقيا، وهذا يعني أنّ السبب الذي أسّس عليه طلاقه مبالغٌ فيه وليس منطقيا، وأكثر من ذلك قد يكون الطلاق غير مبرر أصلاً[2].

ثانيا: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار

إنّ المشرع الجزائري لم يبيّن تعريف مرض الموت وماهيته، بل اكتفى بتكريس بعض أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني وقانون الأسرة، وعليه فإنّ لمعرفة المقصود بطلاق المريض مرض الموت فلا بدّ من العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبدوره الفقه الإسلامي اختلف

---

[1]– غناني زكية، **حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011، ص. 27.

[2]–hanifi louiza, la dissdution du lien conjugal du vivant des époux, thés, doctorat, université d'Alger, 2008, p. 78-79.

في تعريفه لمرض الموت، فعرّفه الشافعية مرض يستعد بسببه للموت، وعرّفه المالكية بأنّه كل مرض يؤكد الأطباء بأنّه يكثر الموت من مثله كالسّل، ويراد بكثرة الموت أن يكون شائعا لا يتعجب منه[1]، فذهب الفقه للقول في طلاق المريض مرض الموت ومدى ثبوت التوارث للقول أنّ الطلاق يقع بمرض الموت، إلاّ أنهم اختلفوا في ثبوت التوارث بينهما إذا كان الطلاق بائنا، فالقول الأول يرى أنّها لا ترث منه حتى ولو كانت في العدّة، وهو قول الشافعي في الجديد وذلك أنّ الزوجية قد زالت بالطلاق البائن قبل الموت، أما القول الثاني هو قول الحنفية بأن الزوجة ترث ما دامت في العدّة، أما الحنابلة فذهبوا للقول أنّ الزوجة ترث ولو نقضت العدّة، وفي الأخير يرى المالكية بأنها ترث مطلقاً سواء كان الطلاق بطلب منها أو بغير طلب منها، وسواء موته في عدّتها أو بعد عدّتها بل ولو تزوجت[2].

مع التأكيد أنّ هذه الحالات هي الأبرز والأكثر وقوعاً خاصتاً لتحايلها من مقصد الإسلام من شرعة الطلاق[3].

المطلب الثاني

آثار الطلاق التعسّفي

إنّ إعمال وتطبيق المعايير التي تحدد وتكيف الطلاق أنّه تعسفياً حسب ما تمّ تبيانه أعلاه، وذلك أن يكون الطلاق لمبرر غير شرعي، فالإسلام لم يترك الرجل يعبث بحقوقه دون تأديب أو رقيب خاصةً أنّ الطلاق جعله محظوراً ومكروه والإقدام عليه ويكون عند الحاجة، وإذا أصرّ الرجل على عدم إرجاع زوجته وتعسّف في استخدام حقه فترتب عن ذلك ضرر، فبالتالي يعدّ هذا الأخير ضمن آثار الطلاق التعسّفي والذي يستوجب منا تعريفه **(الفرع الأول)**، إن القاضي بعدّ حكمه بالطلاق وفي حالة ما إذا رتب ضرراً وفيه الشروط الواجبة قانونا من أجل استحقاق التعويض **(الفرع الثاني)**، وعليه فإن التعويض أثر من آثار الطلاق التعسّفي **(الفرع الثالث)**.

---

[1]– دالي فتيحة، **تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص. 14.

[2]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.134.

[3]– مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.146.

الفرع الأول

تعريف الضرر

لم يعرّف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي وكأنهم تركوا معناه اللغوي، والمراد من الضرر شرعاً هو ما ذهب إليه الإمام البوطي: هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره[1]،بينما يعرفه الفقيه دردير المالكي أنّ الضرر الذي يبيح للزوجة أن تطالب التعريف بسببه ويقول لها –الزوجة–التطليق على الزوج بالضرر هو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها[2].

أما من الناحية القانونية فإنّ الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له أو إخلال بمصلحة مشروعة له مادية كسلامة الجسم والمال أو معنوية كالسمعة والشرف[3].

والضرر نوعان مادي ومعنوي، أساس تقسيمه كان بحسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها وهذه الأخيرة لا تخرج عن النطاق المادي والمعنوي، وهو المعتمد لدى أغلب التشريعات الوضعية[4].

الفرع الثاني

الشروط الواجب توفرها في الضرر المستحق للتعويض

يشترط في الضرر المراد تعويضه أن يستوفي شروطاً معينةً بدايةً بضرورة أن يكون الضرر المحقق الوقوع (أولاً)، وشرط أن يكون ضرراً شخصياً (ثانيا)، بالإضافة إلى أن يكون الضرر واقعاً من أحد الزوجين على الزوج الآخر (ثالثا)، وفي الأخير أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة (رابعا).

---

[1]– محمد سعيد رمضان البوطي، **محاضرات في الفقه المقارن**، ط02، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1981، ص. 91.

[2]– عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**،ج08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993، ص. 437.

[3]– محمد فتح الله النشار، **حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، ط02، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص.164.

[4]– بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.19.

أولا: أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط في الضرر حتى يكون موجباً للتعويض أن يكون محققاً، مما يعني أنّه قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل[1].

والضرر الأولى في التعويض هو الذي وقع فعلاً وتكونت عناصره ومظاهره التي تتيح للقاضي إمكانية تقديره، أما الضرر المستقبلي والذي سيقع حتما مثاله: أن يصاب شخص فيعجز عن العمل وعليه فإذا قدر القاضي ذلك الضرر فحكم للمضرور بالتعويض وحكم به كاملاً[2].

الأمر نفسه يسري على طلب التفريق للضرر، حيث أن تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء بل يكون كذلك قبل الدخول، فالمذهب المالكي لا يفرق بين حالة الدخول وعدم البناء في طلب التفريق للضرر مما يعني أن الدعوى في كلتا الحالتين[3].

ثانيا: أن يكون الضرر شخصياً

بغية المطالبة بالتعويض يقتضي على الشخص أن يكون قد أصابه ضرر شخصي والمتمثل في الأذى الذي يصيبه نتيجة المساس بحقوقه أو مصلحته الشخصية، مما يفيد تحقق ضرر أو خسارة معنوية أو مالية[4]، حيث أنّه لا دعوى بدون مصلحة بحيث يستبعد الادعاء المدني على ضرر حلّ بشخص آخر[5].

ثالثا: أن يكون الضرر واقعاً من أحد الزوجين على الآخر

بالإضافة إلى ضرورة أن يكون الضرر شخصياً فيقتضى أن لا يتعدى أسرة الزوج الآخر، فبالتالي فإنّ الضرر يستند على فعل أحد الزوجين، فلا يعتبر الضرر الواقع على أحد الزوجين من أسرة الزوج الآخر ضرراً موجبا يقتضى التفريق[6].

---

[1]– نبيل إبراهيم سعد، **النظرية العامة للالتزام: (أحكام الالتزام)**، ج02، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص. 61.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (نظرية الالتزام بوجه عام)**، ج01، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص. 975.

[3]– فريحاوي كمال، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2001، ص. 23.

[4]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 257.

[5]– عبد السلام ذيب، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**، ط02، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص. 62.

[6]– فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص. 24.

رابعا: أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية

أشار المشرع الجزائري إلى أن يكون الضرر معتبراً شرعاً في المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بموجب الفقرة 06[1]، وأضاف في المادة 56 من ذات القانون عن الضرر لشدة الخصام، حيث جاء في المادة ما يأتي: " **إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين**".

إلاّ أنّه جاء في قرار صادر من المحكمة العليا شرط أن يكون في الضرر خطورة واستمرارية رغم أن المذهب المالكي لم يشترط جسامة الضرر أو الخطورة، حيث جاء عن الإمام مالك قوله: " **وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيئاً معرّفاً**".

فبالتالي يقتضي أن يكون الضرر مما لا يستطيع معه دوام العشرة الزوجية وتستمر معه حالة الشقاق فتهدم أهداف الزواج[2].

الفرع الثالث

التعويض عن الطلاق التعسّفي

تعرضت معظم التشريعات لمسألة التعويض عن الطلاق التعسّفي، منها التشريع الجزائري(أولا)، ثم بعد ذلك سنحاول دراسة التعويض عن الطلاق التعسّفي في بعض التشريعات المقارنة(ثانيا).

أولا: التعويض عن الطلاق التعسّفي في التشريع الجزائري

إنّ التعويض هو ما يقدمه الزوج لطلقته تعويضاً عن طلاقها بدون سبب مشروع، بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره خاصةً أنّ طلاق الزوج لزوجته يكون قد أحدث به ضرراً مادياً، أو معنوياً، وعليه فقد نصت المادة 52 من ق.أ.ج على مسألة التعويض في الطلاق التعسّفي والتي تنص على أنّه" **إذا تبيّن للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"[3]. (أنظر الملحق رقم 02).

---

[1]- تنص المادة 06/53 من القانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة: "**كل ضرر معتبر شرعاً ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 08 و37 أعلاه**"

[2]- فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص. 25.

[3]- قانون 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

وقد قضت المحكمة العليا في أحد قرارتها الصادر 27-01-1986 أنّه: من المقرر شرعاً وقضاء أنّ المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ومما كان الثابت في قضية الحل أنّ القرار المطعون فيه قضي بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة الزوجية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئياً فيما يخص المتعة[1].

إنّ اجتهاد المحكمة العليا الذي قضى بالحكم بالتعويض كان يستلزم الزواج أنّ يتحمل كافة المسؤولية خاصةً أنّ كل دوافع الطلاق كانت من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض[2].

ثانيا: التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعات العربية الأخرى

تطرقت بعض التشريعات المقارنة لمسألة التعويض عن الطلاق التعسّفي فنجد المشرع المغربي(أ)، كان للمشرع السوري موقفاً في مسألة التعويض عن الطلاق التعسّفي والذي سنحاول تبيانه(ب)، ثم بعد ذلك سنقوم بدراسة الأساس القانوني للقانون الأردني(ج).

أ-المشرع المغربي

بالعودة إلى مدونة الأسرة المغربية فنجد أن المشرع المغربي عالج الطلاق بموجب المواد من 89 إلى 93 إلا أنّه باستقراء مجمل هذه المواد فلا نجد مصطلح "التعويض" وإنّما سمّاها المشرع بمستحقات المرأة والأولاد، مما يطرح إشكالات عدة فهل تعتبر هذه المستحقات نفقة أما مبالغ مالية تجبر الأضرار، فالمشرع المغربي تغاضى عن مسألة التعويض في الطلاق التعسّفي.

ب-التعويض عن الطلاق التعسّفي عند المشرع السوري

تناول المشرع السوري التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على أنّه" **إذا طلق الرجل زوجته وتبيّن للقاضي أنّ الزوج متعسّف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على**

[1]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،27 -01-1986، ملف رقم 39731 المجلة القضائية، 1993، عدد 1، ص. 61، نقلاً عن العطري محمد، **التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016 ص. 42.

[2]- مسعودي نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص. 183.

مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهرياً حسب مقتضى الحال"[1].

يتبيّن من نص المادة 117، أنّه بقيام التعويض ينبغي أن يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وأن يكون تعسّفياً، بالإضافة أن يصيب الزوجة من جراء هذا الطلاق بؤس، فمنه يجوز للقاضي تقدير هذا التعويض شرط أن لا يتجاوز ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جلمةً أو شهرياً حسب مقتضي الحال[2].

يتبيّن كذلك للمشرع السوري موقفاً خاص مقارنةً بالمشرع الجزائري خاصةً أنّ المشرع السوري قد ربط فكرة التعويض بوجوب حصول البؤس والفاقة المطلقة فيه يكون قد خرج عن المدلول العام للتعويض الذي يقرر من أجل جبر الضرر الذي لحق بالمطلقة[3].

ت-التعويض عن الطلاق التعسّفي عند المشرع الأردني

أخذ المشرع الأردني بمبدأ التعسّف في إبقاء حق الطلاق ورتب جزاء على الزوج إن تعسّف في استعمال هذا الحق فأوجب عليه أن يعوض المطلقة عن الضرر الذي لحق بها جبراً لخاطرها، ولقد أشر القانون الى ما جاء به الفقه القائل بالتعويض من أنّ الأصل في الطلاق الحظر والا يتعامل إلا بحاجة ولسبب معقول، فإذا استعمل حقه بدون حاجة وبدون مصلحة أو سبب مشروع، كان استعماله مناقضا لما شرع الحق من أجله فكان تعنيفاً[4].

جاء في قانون الأحوال الشخصية في المادة 134 منه " إذا طلق الزوج زوجته تعنيفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً وشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة ويدفع التعويض جملة أو حسب مقتضى الحال، ويراعي في ذلك حاجة الزوج يسراً أو عسراً، ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة"[5].

---

[1]– قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

[2]– العطري محمد، المرجع السابق، ص.45.

[3]– بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.222.

[4]– ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص. ص.111.112.

[5]– قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

كما أضافت المادة 148 من ذات القانون على أنّ للمطلقة طلب التعويض، إذا تعسّف المطلق في استعمال حقه في الطلاق أين يقدر القاضي قيمة التعويض مع وجوب مراعاته لبعض العوامل منها حالة الزوج[1].

ما يلاحظ على التشريعات المتطرق إليها أنّها تتفق على مبدأ هو منح التعويض للمطلقة تعسّفياً رغم اختلاف صياغة نصوص المواد، وكذا وجهة النظر لهذا التعويض مع منح القضاة سلطة تقديرية في تقدير هذا التعويض وتقدير جسامة التعسّف فيه.

[1]– تنص المادة 148 من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه:

1–للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدر القاضي قيمة التعويض مراعياً في ذلك حالة الزوج ومقدار الضرر الذي وقع على المطلقة دون أن يؤثر ذلك على حقوق الزوجية الأخرى شريطة ألا يقل هذا التعويض عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة خمس سنوات...

2–يحكم القاضي بأجرة مسكن أو مأوى لمطلقته ما لم تتزوج إذا كان حجم الضرر الواقع عليها يبرز ذلك.

المبحث الثاني

التعسّف الصادر من الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية

إذا كان الأصل أنّ إنهاء الرابطة الزوجية حق للزوج، ويكون بمحض إرادته وفقاً لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية وقننته أغلب التشريعات المقارنة وكذا التشريع الجزائري، إلا أن المرأة كان لها نصيب كذلك في إنهاء الرابطة الزوجية إذا سببت لها أضراراً مادية ومعنوية إلى درجة أنّها ليس بمقدورها الاستمرار في هذه الرابطة، فلها المطالبة بالتطليق متى توفرت الأسباب الشرعية وذلك مع وجوب إثباته **(المطلب الاول)**، ولها كذلك أن تخالع زوجها دون الحاجة إلى إثبات الضرر **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تعسّف الزوجة في استعمال حق التطليق

أجاز المشرع الجزائري، للمرأة أن تطلب حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وذلك استناداً لنص المادة 53 من ق.أ.ج. المعدلة سنة 2005 أين حاول المشرع التوسيع فيه وفي الحالات التي توجب فيها حماية المرأة ودرء المفاسد عنها والأضرار التي قد تلحقها من طرف الزوج، وعليه سنحاول ضمن متطلبات هذا المطلب دراسة المقصود بالتطليق وأسبابه **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك دراسة موقف المشرع الجزائري مع بعض التشريعات العربية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف التطليق

يقصد بالتطليق ذلك الطلاق بناءا على الإرادة المنفردة للزوجة ويتم بحكم قضائي حتى ولو عارض الزوج له، طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقانون الأسرة، فهي لا تملك أن تطلق نفسها بنفسها من زوجها لذا أجازت لها الشريعة الالتجاء إلى القضاء لأنها الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستناداً إلى القانون[1].

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

في حين أنّ المشرع الجزائري باستقراء نصوص قانون الأسرة الجزائري فنستخلص أن المشرع تغاضى عن تعريف التطليق واكتفى بذكر الحالات والأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق.

وعليه فإنّ التطليق عبارة عن طريقة شرعية وقانونية لحل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة والتي عليها رفع طلبها أمام القاضي المختص، ومتى استجاب هذا الأخير لطلبها يتم فك الرابطة الزوجية وبكل ما يترتب عنها من آثار متعلقة بهذا الحل[1]، والأسباب التي يجوز من خلالها للزوجة أن تطلب التطليق ذكرها المشرع الجزائري في نص المادة 53 والمنصوص فيها:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكون عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7-ارتكاب فاحشة مبيّنة،

8-الشقاق المستمر بين الزوجين،

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

[1]- خالد قاري، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص.ص.11.12.

10-كل ضرر معتبر شرعاً"[1].

فقد يظهر التعسّف بشكل كبير وواضح في حالة الغيبة بمعنى غياب الزوج دون مبرر شرعي، إلا أنّ هناك بعض الحالات التي يغيب فيها الزوج عن مقر الزوجية دون نية الترك والتخلي عن الالتزامات العائلية منها المادية والأدبية، فقد تكون الغيبة لسبب جدي كالإقامة في مكان العمل مع إرسال الزوج النفقة إلى زوجته، الإقامة في غير الموطن من أجل العلاج من أجل الدراسة، وكذا من أجل أداء الخدمة الوطنية، ففي هذه الحالة إن تمسكت الزوجة بالتطليق تعد متعسّفة في حقها[2].

إن التطليق للغيبة كانت محل جدل فقهي لدى الفقه أين يرى الفقه الحنفي والشافعي أنه ليس للزوجة الحق في طلب التطليق لغيبة الزوج وإن طالت، وذلك لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما[3]، أما الفقه المالكي والحنبلي فيرون جواز التفريق للغيبة وإذا طالت وتضررت الزوجة بها، ولوترك لها الزوج مالا تنفق منه، لأن غيابه ضرر عليها والضرر يدفع قدر الإمكان[4] .

كما قد يظهر تعسّف الزوجة في استعمال حقها في التطليق وذلك بالتمسك بأنّ الزوج لا يقدم لها النفقة الواجبة، خاصةً إذا كانت تعلم بأنه في حالة إعسار فتطالبه بأكثر ما هو بمقدوره، وقد تكون هنالك حالات يغيب فيها الشخص عن مقره الزوجية إلا أنّ الزوجة تدعي وتتمسك بأنّ الزوج تركها بدون نفقة أو تقر أنّ مبالغ النفقة غير كافية وضئيلة وبالمقابل هي على دراية بالحالة المالية للزوج[5].

كما أن التطليق للإعسار بالنفقة اختلف فيه الفقه، بحيث كان للحنفية رأي بأنه لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق لأن الزوج إما معسر أو موسر إلا أنه يأمر القاضي الزوجة بالإستدانة متى ثبت لديه إعسار الزوج، ثم ترجع على الزوج متى أيسر في حين أنه إذا ثبت للقاضي عجزه عن النفقة فإنّ له أن يحبسه

---

[1]- قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]- لنكار محمود، **الحماية الجنائية للأسرة (دراسة مقارنة)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010، ص.ص.157.158.

[3]- محمد الأمين المشهور بإبن العابدين، المرجع السابق، ص. ص 310.311.

[4]- المرجع نفسه، 315.

[5]- كمال بوشليق، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، مذكرة نهاية التكوين المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 03، الجزائر، 2002، ص. 16.راجع كذلك: صانة سهام، **المركز القانوني للمفقود بين الحكم بالفقد والوفاة الحكمية (دراسة مقارنة)**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص.ص. 58.57

بطلب الزوجة، لأنه ظالم لها بالإمتناع عن الإنفاق ولاكن ليس له أن يطلقها عليه حتى في هذه الحالة بل الواجب تخلية سبيله إن تبين له بعد حبسه أنه عاجز بالفعل عن النفقة [1].

في حين يرى جمهور الفقه المالكي والشافعي وأحمد التفريق لعدم الإنفاق، وقالوا بأن للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلما منه مقدرته[2].

استدل جمهور الفقهاء لقوله تعالى:" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٣١﴾**"[3]

وكذا لقوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾"[4]

فبالتالي ليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها، المعسر إذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فعلى القاضي دفع العدوان عنها بالتفريق [5].

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية من التطليق التعسّفي

إذا كان التطليق هو حق مشروع للزوجة إلا أنّ هذه الأخيرة قد تمارسه بشكل تعسّفي مما يدفعنا لمعرفة موقف المشرع الجزائري من هذا التعسّف الصادر من الزوجة **(أولا)**، ثم بعد ذلك معرفة موقف بعض التشريعات العربية بخصوص هذه المسألة **(ثانياً)** .

[1]– الخصاف أبوبكر أحمد بن عمرو، **كتاب النفقات**، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984، ص .38.

[2]– أبو البركات مجد الدين، **المحرر في الفقه**، ج 2، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، د.س. ن، ص.116.

[3]– سورة البقرة، الآية 231.

[4]– سورة البقرة، الآية 229.

[5]– بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.130.

أولا: موقف المشرع الجزائري من التطليق التعسّفي للزوجة

سمح المشرع الجزائري للزوجة أنّ تطلب التطليق من زوجها شريطة أن يؤسس ذلك على سبب مشروع، أما مسألة التعسّف في التطليق فالمشرع الجزائري اكتفى بذكر الأسباب الواردة في المادة 53 ق. أ. ج. مع التأكيد على السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتطليق في المادة 53 مكرر [1].

أما مسألة تعسّف الزوجة في استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، فتغاضى المشرع الجزائري عن تكريس مادة من خلالها يعالج مسألة التعسّف وأكثر من ذلك فهل يمكن القول بأنّ الزوجة إذا اعتمدت وأسست حقها على هذه الأسباب فلا تكون متعسّفة وبمفهوم المخالفة إذا كانت الزوجة قد خرجت عن الأسباب الواردة في المادة 53 فهل تعدّ هنا متعسّفة فعلى المشرع الجزائري تدارك هذا النقص الوارد في تقنين الأسرة وذلك بتفعيله بنصوص قانونية جديدة، باعتبار أنّ التطليق كسبيل لحل الرابطة الزوجية فآثاره تتعدى الزوج والزوجة وتمس الأولاد.

ثانياً: موقف بعض التشريعات العربية

سنحاول ضمن مقتضيات هذا العنصر معرفة موقف بعض التشريعات العربية من مسألة تعسّف الزوجة في استعمالها حق التطليق بداية بالمشرع المغربي**(أ)**، ثم بعد ذلك المشرع السوري **(ب)**، وفي الأخير المشرع الأردني **(ج)**.

أ-موقف المشرع المغربي

باستقراء النصوص القانونية الواردة في مدونة الأسرة المغربية، فنجد أنّ المشرع المغربي كرس للزوجة حق المطالبة بالتطليق متى تحققت الأسباب الواردة في المادة 98 من المدونة والتي تنص على أنه:" للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية:

1-إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج،

2-الضرر،

3-عدم الإنفاق،

4-الغيبة،

[1]- تنص المادة 53 مكرر من الأمر رقم 05-02 من قانون 84-11 وفق لتعديل 2005، " **يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** ".

5-العيب،

6-الإيلاء والهجر"[1].

ما يلاحظ على المشرع المغربي أنّه سار نفس مسار المشرع الجزائري، بحيث لم ينص على حالة تعسّف الزوجة أثناء استعمالها لحقها في فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، بل اكتفى بذكر الأسباب التي من خلالها يحق لهذه الزوجة المطالبة بالتطليق، أمر قد يثير عدة اشكالات قانونية، لكن ما يلاحظ على التشريع المغربي وهو الفرق الواحد بينه وبين التشريع الجزائري وذلك بأنّ المشرع المغربي شرح أسباب المطالبة بالتطليق بنصوص مستقلة[2].

ب-موقف المشرع السوري

أقر المشرع السوري في قانون الأحوال الشخصية للزوجة حق المطالبة بالتطليق أو التفريق وذلك بتحقق مجموعة من الأسباب والتي ذكرها في مواد مختلفة[3]، دون أن ينص على تعسّف الزوجة في استعمالها لهذا الحق مما يعني أنّ المشرع السوري سلك نفس المنهج التشريع الجزائري.

ت-موقف المشرع الأردني

إنّ المشرع الأردني أطلق على حق التطليق بحق التفريق للمرأة لكن باستقراء نصوص قانون الأحوال الشخصية نستشف بأنّ المشرع الأردني ميّز ما بين حالة ما قبل الدخول ويعد الدخول وذكر بعض الأسباب التي من خلالها يمكن للمرأة المطالبة بالتفريق[4]، إلا أنّه بخصوص التعسّف في التفريق أو التطليق، فالمشرع الأردني لم ينص على هذه المسألة، وعليه يمكن القول بأنّ هذه التشريعات تغاضت عن الإشارة إلى التعسّف في التطليق وهو أمر يحتاج إلى إعادة النظر.

---

[1]- ظهير شريف، رقم 22-04، المرجع السابق.

[2]- راجع: آيت شاوش دليلة، **إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية)**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014.

[3]- انظر المواد 110، 111، 112 من قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

[4]- انظر المواد 113 إلى 116 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

المطلب الثاني

تعسّف الزوجة في استعمال حق الخلع

منحت الشريعة الإسلامية وأغلب التشريعات الوضعية للزوجة حق مفارقة زوجها بواسطة الخلع، فبدوره المشرع كرس هذا الحق في المادة 54 من ق. أ. ج. بغية خلق نوع من التوازن عن الفرقة بينهما رغم أنّ العصمة في يد الزوج فإنّه لا تمنح له الحرية المطلقة حتى يتعسّف في استعماله[1]، وعليه سنحاول دراسة المقصود بالخلع ودليل مشروعيته **(الفرع الأول)**، ثم بعد ذلك دراسة تطبيق معايير التعسّف على الخلع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الخلع

منحت الشريعة الإسلامية حق الطلاق للرجل فبإمكانه إيقاعه وقت ما شاء ولو بطريقة تعسفية، وذلك لحكمة أقرها المولى عز الوجل لأن الزواج يحتكم للعقل عكس المرأة التي تقتاد وراء عواطفها، وزيادة على ذلك فهو الملزم بتحمل الأعباء المالية حتى ولو بعد الطلاق وعليه سنقوم بتعريف الخلع اصطلاحا **(أولا)**، ثم بعد ذلك قانونا**(ثانيا)**.

أولا: التعريف الفقهي للخلع اصطلاحا

يعرف المالكية الخلع بأنه: إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها، أو هو بلفظ الخلع [2] في حين يرى الحنفية أن الخلع: إزالة ملك النكاح، بلفظ الخلع أو ما في معناه، نظير عوض تلتزم به الزوجة[3].

بينما يرى الشافعية أن الخلع هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع[4]، ولحنابلة يعرفون الخلع بأنه فراق الزوج لامرأته بعوض، يأخذه الزوج منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[5].

---

[1]– بلعيد راندة، **أثار التعسف في استعمال الحق في العلاقة الزوجية**، المرجع السابق، ص.64.

[2]– أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، **الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القرواني**، ج2، دار الفكر، لبنان، 1995، ص 34.

[3]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص. 530.

[4]– عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص .257.

[5]– أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، المرجع السابق، ص. 35.

وعليه فأن الخلع طلاق بعوض أو فرقة بين الزوجين بعوض مقصود يأخذه الزوج، وكما يعرف إزالة ملك النكاح بلفظ الخلع أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة[1].

أما الخلع قانوناً فإنّ المشرع الجزائري وحتى المشرع السوري والمغربي والأردني لم يضعوا تعريفاً للخلع بل منحوا فقط للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، مما يعني أنّه حق لها لكن بمقابل وذلك ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 54 من ق.أ.ج، والوارد فيها ما يأتي: " **يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي**".

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"[2].

ونص المشرع المغربي على هذا الحق في مجموعة من المواد من 115 إلى 120، بحيث نص على كيفية المخالعة وإجراءاته[3].

في حين المشرع السوري نص على الخلع في مجموعة من المواد على شروط واجب توفرها لصحة هذا الإجراء[4].

أما المشرع الأردني فنص على الخلع من المواد102 إلى غاية 111 أين نص كذلك على شروطه وإجراءاته خاصةً فيما يخص القسط والمبلغ المالي ومختلف شروط صحته[5].

أما دليل مشروعيته فجاء في قوله تعالى:" **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٢٢٩﴾**"[6]

---

[1]– باديس ذبابي، **صور فك الرابطة الزوجية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص.ص. 58.59.

[2]– قانون رقم 84–11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]– ظهير شريف، رقم 22–04–01، المرجع السابق.

[4]– انظر المواد 100إلى 103، قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق.

[5]– انظر المواد 102إلى غاية 111 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، المرجع السابق.

[6]– سورة البقرة، الآية 229.

الفرع الثاني

تطبيق معايير التعسّف على حق الخلع

إذا كان للمرأة الحق أن تستعمل الخلع لإنهاء الرابطة الزوجية إلا أنّها قد تقصد الإضرار بالزوج، أو تجلب منفعة لنفسها، فسنقوم بدراسة بعض المعايير بداية بمعيار قصد الإضرار بالزوج**(أولا)**، ثم بعد ذلك معيار المصلحة غير المشروعة **(ثانيا)**، وأخيراً معيار التوازن بين المصالح المتعارضة والضرر الفاحش**(ثالثا)**.

أولا: قصد الإضرار بالزوج

يتعلق هذا المعيار بالقصد ونية الإضرار التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله بحيث أنّها مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، بل يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع، مما يبرر بأنّها تعسّفت في استعمال حقها أين تتمسك هذه الأخيرة بالخلع خلال جلسات الصلح رغم أنّ الزوج لا يرضى بالفراق، من أمثلة هذا المعيار نجد مخالعة الزوجة لزوجها قصد الإضرار به وبأهله انتقاماً منهم أو أن توقعه في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث فهنا يتحقق التعسّف[1].

ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة

شرعت الحقوق من أجل أن تحقق أهدافها إذا استعملت وفقاً للشروط والمعايير المرسومة له، فإذا كانت الزوجة قد استعملت حقها في الخالعة قصد الإضرار فاعتبرت متعسّفة في استعمال هذا الحق، خاصةً أنّ القاعدة الشرعية والحديث الشريف: "**لا ضرر ولا إضرار**"[2]، فقد تتعسف الزوجة في حق الخلع حتى بورثتها لذلك تقوم بخلع زوجها من أجل مصلحة غير مشروعة[3].

ثالثا: معيار التوازن بين المصالح المتعارضة والضرر الفاحش

إن مصلحة الزوج في إنهاء الرابطة الزوجية واستئنافها مع زوجةٍ أخرى والرغبة في تجديد حياته وجلب المنافع له ودفع المضار الناتج من استمراره في الزواج، فبالموازنة بين المضار(الضرر) التي

---

[1]– بن نقعوش فاطمة الزهراء، **تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2019، ص. 65.

[2]– صحيح البخاري، (كتاب **الطلاق**)، حديث رقم 2341، مصر، 2011، ص.654

[3]– بلبولة بختة، المرجع السابق، ص. 143.

تقع على الزوجة والأسرة ويفق بكثير على الضرر الذي سيدفعه بإنهاء الحياة الزوجية مما يعني أن الزوجة الموقعة للخلع بسبب فائدة قليلة مقارنةً بالضرر اللاحق بالزوج تكون متعسّفة[1].

أما الضرر الفاحش فيقصد بمجاوزة الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق، خاصةً أنّ طلاق المرأة يجلب لها العدد من الولايات الاجتماعية والمادية خاصةً أنّه تحوم حولها جملة من التساؤلات أين يقسو عليها المجتمع، وقد يصيبها الفقر وتبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا والسبب في ذلك باعتبارها مرأة مطلقة[2].

[1]– جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسّفي في الفقه والقانون**، المرجع السابق، ص. 198.

[2]– حيدب نور دين، **التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلى محند أولحاج، البويرة، 2015، ص. 58.

خلاصة الفصل الثاني

إنّ الأصل في عقد الزواج الديمومة و الاستمرار باعتباره ميثاقاً غليظاً، إلا أنّه قد تقع هناك حالات يعجز فيها أطراف الرابطة على الاستمرار في العلاقة الزوجية، فشرع الشارع الحكيم سبلاً لحل هذه الرابطة، سعى المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات المقارنة إلى تكريسها في منظومته التشريعية والمتمثلة في الطلاق الذي يقع بالإرادة المنفردة للزوج، إلا أنّ هذا الأخير قد يمارسه بشكل تعسّفي متى أوقعه بدون سبب مشروع، أو كان يقصد الإضرار بالزوجة، فهنا بالمقابل أجاز المشرع الجزائري وكذا التشريعات المقارنة التي تمت دراستها الحق في التعويض نتيجة التعسّف، أما الطرق الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية فتتمثل في التطليق و الخلع، فمن الممكن أن تتعسّف الزوجة في استعمال حقها قصد إضرار الزوج، فتكون متعسّفة وتخرج عن تحقيق الغرض أو الهدف الذي شرعت من أجله هذه الحقوق.

خاتمة

بعد تحليل واستقراء الأسس القانونية الفقهية والقضائية التي عالجها بحثنا توصلنا إلى مجموعة من النتائج وفضلنا أهمها بصفة متوازية مع مجموعة من الاقتراحات التي من شأنها إزالة الغموض على بعض الأحكام المؤطرة لموضوع مجالات التعسّف في استعمال الحق عند قيام الرابطة الزوجية وانحلالها.

إنّ الرابطة الزوجية مسألة مقدسة فقها وقانونا كفل لها الشّارع الحكيم والمشّرع من الأحكام ما يضمن استمراريتها والعيش فيها بمودة ورحمة وعلى أساس التكافل، تبدأ الرابطة بالوعد بالزواج أو ما يسمى بالخطبة هذا الوعد قد يعدل عليه أحد الأطراف شريطة أن يكون وفقا للطريقة المشروعة وبشكل لا يجعله متعسّفا فيه، من ثم بعد ذلك تأتي مرحلة الإبرام وفقا للأركان والشروط الواجب توافرها والمكرسة في تقنين الأسرة والتي جاءت من أجل صيانة الحقوق المترتبة عن هذا العقد باعتباره ميثاقاً غليظاً.

قد يصدر من أطراف الرابطة الزوجية بعد قيامها عدة تصرفات تمس بمشروعية الحقوق الزوجية المشرعة لهم، وهذه الأفعال تحمل وصف التعسّف والذي يغيّر من أصل الحق سواء ما تعلق بالحقوق الزوجية للزوج ما تعلق بالتأديب والطاعة أين يتجاوز الزوج الإطار المرسوم له شرعا وقانونا بخصوص استعماله لهذه الحقوق، والأمر ذاته ينطبق على الزوجة التي قد تتعسّف في استعمال الحقوق المكفولة لها سواء ما تعلق بالنفقة والجانب المالي، وكذا ما تعلق بالخروج للعمل أو لزيارة الأقارب والمجالات عدة ومتعددة.

إنّ موضوع التعسّف ومجالاته في العلاقة لزوجية هو موضوع شائع وواسع يقوم أساساً على الموازنة بين الحق الخاص والحق العام، لأنّه لا يمكن التحكم فيه من زاوية واحدة نظراً لأنّه يحتاج للبحث المستمر تماشيا مع الظروف الزمانية والمكانية، ومن جهة أخرى الحقوق الزوجية سلسلة لا يمكن حصرها ولا تعدادها وأكثر من ذلك يصعب معرفة التعسّف فيها.

إنّ أول مرحلة يظهر فيها التعسّف هي الخطبة التي تعدّ وعدا بالزواج حسب التشريع الجزائري والتشريعات العربية، خاصةً أنّ لطرفي الخطبة حق العدول إلا أنّه قد تمارس أطراف هذه الخطبة عدولاً بشكل تعسّفي كالعدول من أجل الإضرار بالطرف الآخر، مع الإشارة أنّ لهاذا العدول آثار على الهدايا المتبادلة خلال هذه الفترة، فإذا حدث عدول من

طرف الخاطب، فلا يستردها وليس له الحق المطالبة بها، أما إذا كان العدول من طرف المخطوبة فعليها أن ترد الهدايا أو قيمة ما استهلك، وفي حالة ممارسة حق العدول بشكل تعسّفي فالطرف المضرور له حق المطالبة بالتعويض.

الرابطة الزوجية أو العقد بعد إبرامه صحيحاً يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات، فللزوج حق تأديب وطاعة زوجته، فلا بد عليه أن يمارسها بشكل يحقق الهدي الذي شرع له هذا الحق، وفي حالة ما استعملها بشكل يتعارض أساساً مع الهدف فيكون متعسّفاً كما لأطراف هذه الرابطة الزوجية حق المطالبة بانحلال الزواج بالطلاق.

وقد يمارس هذا الحق من طرف الزوج بشكل تعسّفي كأن يكون الطلاق بدون مبرر شرعي، أو من أجل إلحاق الضرر بالزوجة، فأمر أكده المشرع الجزائري أين أقرّ التعويض للمطلقة متى تبيّن للمحكمة المختصة أن الزوج تعسّف في استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية، أما انحلال الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة عن طريق التطليق، فقد تتعسّف الزوجة في استعمال حقها ولعل الأمثلة المقدمة يظهر فيها التعسّف الممارس من طرف هذه الزوجة كأن تتمسك بعدم إنفاق زوجها أو غيبته بدون عذر شرعي وهو في الأصل على خلاف ذلك ، ومع التنبيه أنّ المشرع الجزائري وسائر التشريعات العربية المتطرق إليها تغاضت عن التعسّف الذي يصدر من هذه الزوجة بل اكتفى بتكريس الحق وأسبابه دون ذكر التعسّف وآثاره، الأمر ذاته بنسبة للخلع الذي يعدّ حقا للزوجة بالمطالبة بالتفريق دون أن تتصدى هذه التشريعات من بينها المشرع الجزائري، للتعسّف الذي قد يصدر من الزوجة أمر يحتاج إلى إعادة النظر فيه.

إنّ المشرع الجزائري لم يفصل في مسألة التعسّف ما عدا الإشارة إليه في الطلاق رغم أنّه قد يمارس من طرف الزوجة أثناء مطالبتها بالتطليق أو الخلع، وقد يعتبر هذا الفراغ القانوني باباً للعديد من الإشكالات عملية وتطبيقية، مما يستوجب على المشرع الجزائري إدراج نصوص قانونية من أجل تأطير هذا التعسّف وضبطه.

ورغم أنّ المشرع الجزائري أدرج نظرية التعسّف في الطلاق، إلا أنّه توجد نقائص في مجال التعسّف الصادر من أطراف الرابطة الزوجية تبقى ظاهرةً، مما يستلزم على المشرع الجزائري تعزيز وتفعيل قانون الأسرة الجزائري بنصوص قانونية جديدة وإعادة الصيغ

في متن بعض المواد للقدرة على صيانة وضمان حقوق أطراف الرابطة الزوجية من كل أوجه التعسّف الذي يصدر من هذه الأطراف ولمالا وضع أحكام احترازية ووقائية للحد من التعسّف من أجل ضمان استمرار الرابطة الزوجية والمحافظة على الأسرة ككل.

ملاحق

نسخة عادية

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

حـــكـــم

مجلس قضاء: بجاية
محكمـــة: سيدي عيش
القســـم: شؤون الأسرة

رقم الجدول: 07/0281
رقم الفهرس: 08/0045
تاريخ الحكم: 08/02/16

بالجلسة العلنية المنعقدة بمقر محكمة سيدي عيش

بتاريخ: السادس عشر من شهر فيفري سنة الفين و ثمانية

السيد (ة)

برئاسة السيد (ة): قاضي
و بمساعدة السيد (ة): أمين ضبط
وبحضور السيد(ة): وكيل الجمهورية

ضـــد /

صدر الحكم الآتي بيانه

وكيل الجمهورية

بين السيد (ة):

1): مدعي

الساكن : **01 شارع الاخوة بزينة حي برشيش القصر 06310**

المباشر للخصومة بنفسه

ضـــد /

1) مدعي عليه

الساكن : **بحي ادراقن بلدية تيمزريت**

المباشر للخصومة بنفسه

2):**وكيل الجمهورية** حاضر

ضريبة الدمغة 15 دج ضريبة الدمغة 10 دج ضريبة الدمغة 15 دج

بيـــان وقـــائع الـــدعـــوى

بموجب عريضة افتتاح دعوى المودعة بكتابة ضبط المحكمة بتاريخ : 2007/11/21 أقامت المدعوة ، الساكنة القصر دعوى في شؤون الاسرة تحت رقم 07/281 مباشرة للدعوى بنفسها ضد المدعى عليه ، الساكن تيمزريت بحضور النيابة جاء فيها:

أنها تزوجت المدعى عليه في : 1981/11/26 وأثمر عن ذلك ميلاد4 أبناء ولكنه تخلى عنها في بيت أهلها منذ 2007/07/25 بدون أي حق وعليه سمس الرجوع لبيتها وأن يضمن لها المدعى عليه حق العيش والكرامة .

-أجاب المدعى عليه ، مباشرا للدعوى بنفسه بعرائض جوابية جاء فيها أنه قد طلب من أهل المدعية الحضور لفسخ العقد لكنهم رفضوا كونه قد طلقها (3) مرات وعليه يلتمس فسخ العقد قضائيا.

-التمس ممثل النيابة أثناء الجلسة تطبيق القانون.

-وضعت القضية في النظر للفصل فيها وفقا للقانون بجلسة 2007/02/16.

ولـــــــــهذه فـــــــــإن المحكـــــــمـــة

- بعد الاطلاع على العرائض و المقالات.
- بعد الاطلاع على المواد 12-13-22-24-26-34-225-459 من قانون الاجراءات المدنية.
- بعد الاطلاع على قانون الأسرة .
- بعد الاطلاع على مجمل الوثائق و المستندات المرفقة بالملف .
- بعد النظر في القضية وفقا للقانون .

من حيث الشكـــــل :

- حيث أن الدعوى جاء ت مستوفية للشروط الشكلية المقررة قانونا مما يتعين قبولها شكـلا .

من حيث الموضوع :

- حيث أن المدعية ترافع المدعى عليه بحضور النيابة تلتمس الرجوع لبيت الزوجية وضمان لها العيش والكرامة .
- حيث أن المدعى عليه دفع بفسخ عقد زواجه بالمدعية كونه قد سبق أن طلقها .
- حيث أن ممثل النيابة التمس تطبيق القانون .
- حيث أن الدعوى تتعلق بدعوى الرجوع لبيت الزوجية .
- حيث يتبين للمحكمة أن الطرفان اقترنا بموجب عقد رسمي لدى بلدية تيمزريت في 1981/11/26 تحت رقم 164.
- حيث أن المحكمة و تطبقا للمادة 49 من قانون الأسرة أجرت جلسة صلح بجلسة 2007/12/22 بحضور الطرفين إلا أنها باءت بالفشل وذلك رغم أن المدعية إلتمست الرجوع لبيت الزوجية ولم يحدث أي طلاق بينها وبين المدعى عليه وهي موجودة ببيت أهلها منذ6أشهر ولكن المدعى عليه تمسك برفضه لإرجاع المدعية كونه قد تلفظ لها بالطلاق (3) مرات وقد حرمت عليه شرعا وهي متوجداة ببيت أهلها منذ 2007/07/25 فحرر بذلك محضر عدم الصلح.
- حيث يتبين للمحكمة أن المدعية تلتمس الرجوع لبيت الزوجية في حين المدعى عليه دفع بطلب مقابل بفسخ عقد الزواج بينه وبين المدعية .
- حيث أنه ومادامت العصمة في يد الزوج فيتعين الإستجابة لطلبه حول الطلاق طبقا للمادة 48 من القانون الاسرة إلا أنه لم يقدم أي سبب جدي أودليل اثبات أنه قد أوقع عليها الطلاق مما يجعل طلبه خالي من أي سبب شرعي لطلب الطلاق مما يجعله متعسفا في إستعمال حقه وصدور الطلاق بإرادته المنفردة .
- حيث أن المصاريف القضائية تقع على عاتق المدعية خاسرة الدعوى طبقا للمادة 225 من قانون الاجراءات المدنية

ولـــــــــهـــذه الأســـــــباب

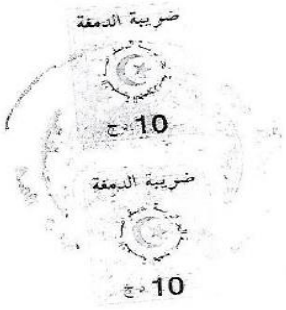
فصلا في قضايا شؤون الأسرة اصـدرت المحكمة حكما علنيا حضوريا نهائيا قضت فيه:
-بفك الرابطة الزوجية بين المدعية . والمدعى عليه . بإرادة الزوج المدعى عليه المنفردة وبتعسف منه.
- مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية تيمزريت بتسجله بسجلات الحالة المدنية للبلدية .

رقم الجدول: 07/0281
رقم الفهرس: 08/0045

- والتأشير بذلك على هامش عقود ميلاد الطرفين حسب الإختصاص .
- مع تحميل المدعية المصاريف القضائية .

بذا صدر وأفصح بهذا الحكم جهارا بالتاريخ المذكورأعلاه وبصحته وقعه كل من الرئيس وأمين الضبـــط

الرئيس (ة) أمين الضبط



رقم الجدول: 07/0281
رقم الفهرس: 08/0045

صفحة 3 من 3

وزارة العـــــدل
مجلس قضاء بجاية
محكمـــة اقبـــو

قســم الأحوال الشخصية

رقم الجدول:04/237
رقم الفهرس:05/227
حكم/28-05-2005

نسخة عادية

الجمهوريـة الجزائريـة الديمقراطيـة الشـعبيـة
باسم الشعب الجزائري

بتاريخ الثامن و العشرون من شهر ماي عام ألفين و خمسة على الساعة الثامنة و النصف صباحـا عقـدت محكمـة اقبـو جلستها العلنيـة، للنظر فـي قضـايـا الأحوال الشخصية تحت رئاسة السيد/ نـوي صالح رئيسا لها و بمساعدة السيد/ فركان صديق كاتب الجـلسـة صـدر الحكم الآتـي بيانـه وبيـن الأطـراف التاليـة للبث فـي الدعـوى القائمـة:

المدعي/ مصطفى، الساكن بصدوق وادة. المباشر للخصام بواسطة الأستاذين/

من جهـــة

المدعي عليها/ بنت يوسف المقيمة ب 03 شارع مونتان 78300 بواسيي فرنسا.المباشرة للخصام بواسطة الأستاذ/.

من جهة أخرى

ضـــد/

بيـان الوقائـــع

- بموجب عريضة افتتاح دعوى في:20-07-2004 رقم:237 أقام المدعي دعوى جاء فيها: أنهما تزوجا رسميا في1994 بعقد رقم:44 و أنجبا ثلاثة أولاد، و ذهبا سنة 1995 إلى فرنسا للعمل عندها بدأت في خلق المشاكل و الشكاوي أمام مصالح الشرطة هناك، إلى ان دخلا أرض الوطن سنتي 99 و 2001 للاستقرار في الجزائر الا أنها دون اذن منه رجعت إلى فرنسا تاركة الأبناء عند ذويها، فاستقر بالجزائر إلا أنها رفضت العودة، و بالتالي لم تعر اهتماما بالحياة الزوجية و الأسرة و أصبحت الحياة الزوجية مستحيلة و عليه يلتمس فك الرابطة الزوجية بتظليم الزوجة و إسناد حضانة الأبناء لوالدهم.----------

-حيث أجابت المدعي عليها في:20-11-2004 جاء فيها: في الشكل:عدم اختصاص القاضي الجزائري للفصل في القضية طبقا للمادة:12-2 ق.م.ج كون المدعي يحمل الجنسية الفرنسية و القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي. و أضافت ان القاضي الجزائري غير مختص كذلك طبقا للاتفاقية الجزائرية الفرنسية الصادرة في:18-09-1980 و هو ملزم باحترامها كونه تم رفع دعوى طلاق بفرنسا فان القضاء الجزائري ملزم بالحكم بعدم الاختصاص بتاريخ:06-07-2004 و ان المدعي رفع الدعوى في:17-07-2004.----------

في الموضوع:أنه كان يعيش بفرنسا و يحمل جنسيتها و دخل أرض الوطن بجواز فرنسي و تزوج بها على ان تلتحق بفرنسا و العيش هناك و تطلب الجنسية و تم تسجيل الزواج ببلدية الصدوق و القنصلية الفرنسية في:17-08-1995 و أن الأولاد ولدوا في فرنسا، و كانت الحياة هادئة و محترمة إلى ان تغير سلوكه و اتهمها بعدم إنجاب الذكور ة أصبح يضربها فرفعت شكوى ضده و أهملها بعد ذلك فرفعت ضده دعوى طلاق، فأدخل أولاده خلسة للجزائر إلى أن فوجئت بدعوى الطلاق و ان مزاعمه غير ثابتة و تعسفية كونهما لم يعيشا في الجزائر و ان الأولاد كانوا رفقة والدهم بفرنسا، و أنها قامت بكل ما في وسعها للحفاظ على الأسرة و عليه فطلبه تعسفي طبقا للمادة52 ق.ا.ج و انها مستعدة للرجوع إلى أسرتها و توقف جميع الإجراءات امام القضاء الفرنسي بشرط أن تعامل باحترام و في حالة إصراره على الطلاق ان يكون على مسؤوليته و تلتمس في الشكل، برفض الدعوى شكلا طبقا للمادة12 ق.م.ج. و الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في:13-09-1980.----------

احتياطيا في الموضوع: إلزامه بإرجاعها للعيش في فرنسا مع أولادهم.----------

-في حالة إصراره على الطلاق إلزامه بمبلغ:50.000دج نفقة عدة-500.000دج عن الطلاق التعسفي-20.000دج شهريا نفقة إهمال- إسناد حضانة الأولاد لأمهم لتمارسها في فرنسا مكان إقامتهم-5000دج نفقة شهرية لكل واحد من الأبناء.----------

-بعد اكتفاء الأطراف بسابق الطلبات و الدفوع وضعت الدعوى في النظر.----------

.../1...

.../2...

و عليه فان المحكمة

- بعد دراسة الملف.
- بعد الإطلاع على المواد:08-12-13-325-225-459 ق.ا.م.ج..
- بعد الإطلاع على المواد:9-12-13-22-ق.م.ج.
- بعد الإطلاع على ق.ا.ج.
- بعد النظر.

-في الشكل: حيث ان المدعي عليها تدفع بكون القاضي الجزائري غير مختص للفصل في الدعوى كون المدعي يحمل الجنسية الفرنسية و ذلك طبقا للمادة:12 ق.م.ج و الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة:1980 و كونه تم رفع دعوى طلاق بفرنسا.----------

-لكن الثابت طبقا للمادة:22 ق.م.ج انه في حالة تعدد الجنسيات تطبق الجنسية الحقيقية، و أن القانون الجزائري هو الذي يطبق اذا كانت للشخص في وقت واحد عدة جنسيات.-------

-حيث ثبت من دراسة الملف أن المدعي يحمل الجنسية الجزائرية الأصلية(مزدوج الجنسية)، مما يتعين تطبيق قانون الجنسية الحقيقية و هو القانون الجزائري طبقا للمادة:12-22 ق.م.ج.

-حيث ثبت كذلك ان الحكم المؤرخ في:03-01-2005 المحتج به صدر غيابيا و هو غير نهائي، و غير ممهور بالصيغة التنفيذية من القضاء الجزائري طبقا للمادة:325 ق.ا.م.ج.---

-حيث و الحال هذه يتعين عدم قبول الدفع الشكلي بعدم الاختصاص طبقا للمواد:12-22 ق.م.ج و الحكم بقبولها شكلا.----------

-الموضوع:حيث ان المدعي يلتمس الطلاق على مسؤوليته و إسناد حضانة الأولاد له.-----

-حيث ان المدعي عليها تلتمس إرجاعها لبيت الزوجية، و احتياطيا إلزامه بالتعويض عن الطلاق التعسفي و نفقة الإهمال و إسناد حضانة الأولاد لها على نفقة أبيهم.----------

-حيث ان المحكمة حاولت الصلح بينهما طبقا للمادة:49 ق.ا.ج لكن دون جدوى، اين تمسك الزوج بالطلاق و تغيبت الزوجة.----------

-حيث تبين من دراسة الملف و ان المدعي تمسك بالطلاق في جميع مراحل الخصومة و أكد ذلك في محضر محاولة الصلح في:04-12-2004.----------

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية حكما علنيا حضوريا، نهائيا.

الشكل: قبول الدعوى.----------

الموضوع:----------

-الحكم بالطلاق بين الطرفين على مسؤولية الزوج مع الأمر بتسجيله بالحالة المدنية.-----

-إلزام المدعي ان يدفع للمدعي عليها المبالغ التالية:----------

-150.000دج تعويض عن الطلاق التعسفي.----------

-20.000دج نفقة عدة.----------

-4.000دج شهريا نفقة إهمال تسري من رفع الدعوى لحين صدور الحكم.----------

-إسناد حضانة الأولاد القصر(-) لأمهم على نفقة والدهم بمبلغ:3000دج شهريا إلى غاية سقوطها شرعا لكل واحد منهم.----------

-منح حق الزيارة للأب كل يوم جمعة و الأعياد الدينية.----------

-تحميل المدعي بالمصاريف القضائية.----------

بهذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه ووقع على أصلـــه كل من الرئيس و أمين الضبط.

الرئيس كاتب الضبط

سجل بأقبو في 14 JUIL. 2005
الحقوق المقبوضة .....
حجم .....صفحة .....
ايصال .....

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. **القرآن الكريم**

II. **الأحاديث**

1-صحيح البخاري، (كتاب الطلاق)، حديث رقم 2341، مصر، 2011.
2-_____، (كتاب الهبات)، حديث رقم 11946، القاهرة، 2008.
3- رواه الترميذي، (كتاب الهبة والهدية)، حديث رقم 1515، د. ب. ن.

III. **القواميس**

- إبن منظور جمال الدين مكرم، **لسان العرب**، ج5، دار صادر، لبنان، 2005.

IV. **الكتب:**

1-أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه، ج 02، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، د.س. ن.
2- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، مصر، 1971.
3-أحمد بخيت الغزالي عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
4-أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي، الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القرواني، ج2، دار الفكر، لبنان، 1995.
5-أحمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي إلى شرح الصغير:(الخطبة)، دار المعارف، مصر، د. س. ن.
6- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
7-إبراهيم رفعت الجمال، الحقوق الغير المادية بين الزوجين، دار الجامعة الجديدة لطباعة والنشر، مصر،2005.
8-إبن الهمام كمال الدين بن عبد الواحد،" فتح القدير"، ج03، دار الفكر، مصر، د س ن.
9-إبن قدامى المقدسي، المغني، ج 07، مكتبة القاهرة، مصر، 1968.

10- الخصاف أبوبكر أحمد بن عمرو، كتاب النفقات، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984.

11- باديس ذبابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في القانون الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

12- _____، صور فك الرابطة الزوجية، دار الهدة للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، 2000.

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

14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007.

15- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

16- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

17- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

18- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

19- _____، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

20- _____، مقدمات عقد الزواج: (الخطبة في الفقه والقانون)، دار حميد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

21-دوادي عبد القادر، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط02، دار البصائر للطباعة والنشر، الجزائر، 2010.

22- رشدي شحاتة أبو زيد، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، دار الوفاء للطباعة والنشر، مصر، 2008.

23- رمضان على السيد الشرنباصى، جابر عبد الهادي سالم الشفعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء:(دراسة مقارنه لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

24- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، 1989.

25-سليمان العجيلي، حاشية الجمل على شرح المنهج: (فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب)، ج04، دار الفكر، د. م. ن.، د. س. ن.

26-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط01، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

27- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الاحوال الشخصية السوري: (الزواج وآثاره)، ط07، منشورات جامعية دمشق، سوريا، 1996.

28-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج01، ط03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

29- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط02، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

30- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،ج08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993،

31- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

32- _____، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد: (شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل)، ط02، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

33-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

34-عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، (من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري)، ط03، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.

35- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج08، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1993.

36-عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون: (النظرية العامة للحق)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

37- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية، المكتبة الأزهرية للتراث للنشر والتوزيع، مصر، 2011.

38- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر الأردن، 2007.

39-علي فلالي، **الالتزامات:** (الفعل المستحق للتعويض)، ط 02، موفم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

40- علي محمد علي قاسم، "نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي"، دار الجمعية الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

41-الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

42- فتح القدير، كمال الدين إبن الهمام، كتاب النكاح:(شرح فتح القدير على الهدايا شرح بداية المبتدأ)، دار الكتب العلمية، الأردن،2003.

43-فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ونظرية التعسّف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.

44- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري:(الزواج والطلاق)، ج01، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

45-لحسن بن شبح أث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

46- محمد الأمين المشهور بابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج03، ط02، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1992.

47- محمد الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.

48- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة المغربية: (الزواج)، ج 01، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، 2006.

49- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: (حكم النكاح، وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة)، ط07، دار المعرفة، لبنان،1985.

50- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام: (مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري)، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر،1983.

51- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، ط02، دار الفكر المعاصر، لبنان، 1981.

52- محمد عقلة، نظام الأسرة في الإسلام، ج01، مكتبة الرسالة الحديثة، الأردن، 1983.

53- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ط02، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.

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

55- محمد محدة، سلسلة فقه السنة: (لخطبة والزواج)، ج01، ط02، د. د. ن،1994.

56- محمد محروس المدرس الأعظمي، المسؤوليات الإدارية للأسرة وفق للإجتهادات الفقهية ومدى موافقتها للعقل السليم والفطرة الإنسانية، دار الإعلام للطباعة والنشر والتوزيع، الأردن، د. س. ن.

57- محمد محيدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، د. ب. ن.1984.

58- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 02، دار النهضة العربية، مصر، 1977.

59-مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج01، ط03، مطبعة دمشق، سوريا، 1970.

60-منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

61- منصورين يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع على متن الإيقاع، ج04، دار الفكر، د.س.ن.

62-نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: (أحكام الالتزام)، ج02، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999.

63- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07، دار الفكر، مصر،1992.

V. الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ) -أطروحات الدكتوراه:

1. ألغات ربيحة، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.
2. آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات الأحوال الشخصية العربية)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2014.
3. غناني زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011.

4. فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكدال الرباط، 2004.
5. فيصل بن ظهير بيك مغل، التعويض عن الضرر المعنوي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2008.
6. لنكار محمود، الحماية الجنائية للأسرة (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2010.
7. مسعودي نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق: (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، 2010.

ب) -رسائل الماجستير:

1-بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق عن الزواج وانحلاله، رسالة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
2-بلحواراني سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
3-ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة لنيل شهادة الماجيستر في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011.
4-طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره: (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2012-2013.

5-خطاب حياة، الطلاق التعسّفي وآثاره في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر، بسكرة، 2015.

6-فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري: (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2001.

7-مخالفية سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، رسالة لنيل شهادة الماجيستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2016.

8-مقنانة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

ج) -مذكرات الماستر:

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

2-بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

3-بلال فنيش، تعديلات قانون الأسرة الجزائري في الخطبة وعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2017.

4-بلعيد رندة، أثار التعسف في استعمال الحق في العلاقة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند ولحاج، بويرة، 2016.

5-بن نقعوش فاطمة الزهراء، تعسف الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب الخلع، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر، 2019.

6- كمال بوشليق، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، مذكرة نهاية التكوين المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 03، الجزائر، 2002.

7-حيدب نور دين، التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلى محند أولحاج، البويرة، 2015.

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

9-دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

10- صانة سهام، المركز القانوني للمفقود بين الحكم بالفقد والوفاة الحكمية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

11- عادل أبراغ، قراءة في أحكام النيابة الشرعية على ضوء مدونة الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويمي، المغرب، 2018.

12- العطري محمد، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2016

13- قاسي سيلية، المركز القانوني للمرأة في أحكام قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

VI. المجلات:

1-أحمد عادل علي العازمي، "الطلاق التعسفي وتطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية "(دراسة فقهية مقارنة)"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 45 العدد 04، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، الأردن، 2017.

2-أسامة محمد منصور الحموي، "آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون: (دراسة مقارنة)، "مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية"، المجلد 27، العدد 03، كلية الشريعة، جامعة دمشق، سوريا، 2011، ص. ص 415-438.

3-ساهرة حسني كاظم الربيعة، "التزامات الأولياء وحقوقهم في الولاية على النفس: (الأولياء في القانون السوري واليمني والمغربي والتونسي)"، مجلة الكلية، جامعة العراق، 2016، ص. ص 32-143.

4- سدي عمر، "الحماية القانونية لحق الزوجة في الصداق، "مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية"، المجلد08، العدد02، المركز الجامعي لتمنراست، 2018، ص ص 56-68.

5- صبري عورة، "الطلاق التعسفي دراسة فقهية مقارنة"، مجلة أبحاث في العلوم التربوية والاجتماعية، عدد 13، جامعة فلسطين، 2009، ص ص 02-204.

6- عبد الرّزاق نجيب، "طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة"، مجلة الحقوق، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ص329-369.

7- محمود بندر علي محمد، "نفقة الزوجة في الشريعة والقانون"، مجلة العلوم الإسلامية، العدد 16، جامعة الأنبار، العراق، 2010، ص ص269-301.

8- مصطفى راتب حسن على، "أثار العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه"، مجلة كلية البريمي، عدد31، جامعة عمان الأردن، د. س. ن، ص ص1848-1929.

VII. النصوص القانونية

أ) -النصوص التشريعية:

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة ج. ر. ج. ج. د. ش، العدد24 الصادر في 12يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 فبراير2005.

3. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1426 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ج. ج. د. ش، عدد21، صادر في 23-04-2008.

ب) -الاجتهاد القضائي

- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 560.97، المجلّة القضائية، 1991، قرار بتاريخ 1998/12/25، العدد الرابع.
- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، 27-01-1986، 1993، عدد 1.

ج) -نصوص قانونية أخرى

1-ظهير شريف، رقم22، 04، 01، صادر في 12 من ذي الحجة 1424، ل 03 فبراير 2004، بتنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، ج. ر العدد 5184، الصادر 14 ذو الحجة 1424 (05 فبراير 2004)، المعدل والمتمم.

2-قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 95 لعام 1953المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

3-قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 1976 المعدل في سنة 2010.

ثانيا: الكتب باللغة الفرنسية

Thèses :

- HANIFI Louiza, la dissdution du lien conjugal du vivant des époux, thés de doctorat, université d'Alger, 2008.

الفهرس

الفهرس

مقدمة 3

الفصل الأول: التعسّف في استعمال الحق عند قيام الرابطة الزوجية 8

المبحث الأول: التعسّف في حق العدول عن الخطبة 9

المطلب الأول: أحكام العدول التعسّفي 9

الفرع الأول: مفهوم العدول التعسّفي عن الخطبة 9

أولاً: تعريف العدول التعسّفي فقها 10

أ-تعريف الخطبة 10

ب-تعريف العدول 10

ت-التعسّف في استعمال الحق 11

ثانيا: تعريف العدول التعسّفي عن الخطبة 11

أ-في التشريع الجزائري 11

ب -في بعض التشريعات العربية 12

الفرع الثاني: مفهوم العدول التعسّفي عن الخطبة 13

أولا: المعيار الذاتي 13

أ-قصد الإضرار بالغير 14

ب-ضابط المصلحة غير المشروعة 14

ثانيا: المعيار الموضوعي 14

أ-اختلال التوازن بين المصالح والمفاسد 15

ب-معيار الضرر الفاحش 15

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن العدول التعسّفي عن الخطبة 15

الفرع الأول: حكم الهدايا 16

أولا: في الفقه الإسلامي 16

ثانيا: في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية 18

الفرع الثاني: أثار العدول عن الخطبة في التعويض 19

أولا: التعويض عن الضرر المادي 20

أ-الاتجاه المعارض للتعويض 20

ب: الاتجاه المؤيد للتعويض 21

ثانيا: الضرر المعنوي 22

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية 23

المبحث الثاني: التعسّف في استعمال الحق أثناء إبرام عقد الزواج 26

المطلب الأول: التعسّف أثناء إنشاء العقد.....26
الفرع الأول: تعسّف الولي في زواج القاصر.....27
أولا: موقف الأسرة الجزائري من الولاية المتعدية.....28
ثانيا: موقف المشرع السوري من الولي في زواج القاصر 29
ثالثا: موقف المشرع المغربي من الولي في زواج القاصر 29
الفرع الثاني: تعسّف الزوج في تقديم المهر للزوجة.....30
أولا: تعسّف الزوج في تقديم المهر للزوجة في التشريع السوري.....31
ثانيا: تعسّف الزوج في تقديم المهر في التشريع المغربي 32
المطلب الثاني: مظاهر التعسّف في استعمال الحقوق الزوجية 32
الفرع الأول: تعسّف الزوج في استعمال الحقوق الزوجية 32
أولا: تعسّف الزوج في استعمال حق الطاعة والتأديب.....33
أ_ تعسّف الزوج في استعمال حق الطاعة.....33
ب_ تعسّف الزوج في استعمال حق التأديب.....34
ثانيا: تعسّف الزوج في استعمال حق التعدد.....35
الفرع الثاني: تعسّف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية 36
أولا: التعسف في استعمال حق النفقة 37
أ- مشتملات النفقة.....38
ب-مشروعية النفقة.....37
ج- حدود استعمال حق النفقة.....39
1- مبالغة الزوجة في المطالبة بالنفقة.....39
2-مطالبة الزوجة بالنفقة مع إعسار زوجها.....39
ثانيا: التعسّف في استعمال حق الخروج من بيت الزوج.....40
أ-إساءة استعمال الزوجة لحقّها في الخروج إلى زيارة الأهل 40
ب-إساءة استعمال الزوجة لحقها في الخروج إلى العمل الكسبي.....41
خلاصة الفصل الأول.....43
الفصل الثاني: التعسّف في استعمال الحق عند عند إنهاء الرابطة الزوجية 44
المبحث الأول: التعسّف الممارس من طرف الزوج (الطلاق التعسّفي وأحكامه) 46
المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسّفي 46
الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسّفي وحكمه.....47
أولا: المقصود بالطلاق التعسّفي.....47
ثانيا: حكم الطلاق التعسّفي.....48
أ-الأصل في الطلاق الإباحة.....48

ب-الأصل في الطلاق الحظر 49
الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسّفي.....50
أولا: المعيار الذاتي (مناقضة قصد الشارع من مشروعية الطلاق).....50
أ-الطلاق لغير المصلحة التي شُرع من أجلها 50
ب-الطلاق بقصد الإضرار 51
ثانيا: المعيار الموضوعي.....51
أ-انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر 51
ب-وجود مصلحة معتبرة للمطلق.....52
ثالثا: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية.....52
أ-موقف التشريع الجزائري.....52
ب-موقف بعض التشريعات العربية.....52
1 -موقف المشرع المغربي.....53
2-موقف المشرع السوري.....53
3-موقف المشرع الاردني.....54
الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي 54
أولا: انعدام المبرر الشرعي في الطلاق.....54
ثانيا: الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار.....54
المطلب الثاني: آثار الطلاق التعسّفي.....55
الفرع الأول: تعريف الضرر.....56
الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في الضرر المستحق للتعويض.....58
أولا: أن يكون الضرر محقق الوقوع 57
ثانيا: أن يكون الضرر شخصياً 57
ثالثا: أن يكون الضرر واقعاً من أحد الزوجين على الآخر.....58
رابعا: أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.....58
الفرع الثالث: لتعويض عن الطلاق التعسّفي.....58
أولا: التعويض عن الطلاق التعسّفي في التشريع الجزائري.....59
ثانيا: التعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعات العربية الأخرى.....59
أ-المشرع المغربي.....59
ب-التعويض عن الطلاق التعسّفي عند المشرع السوري.....60
ت-التعويض عن الطلاق التعسّفي عند المشرع الأردني.....60
المبحث الثاني: التعسّف الصادر من الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية 62
المطلب الأول: تعسّف الزوجة في استعمال حق التطليق.....62

الفرع الأول: تعريف التطليق.....62
الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية من التطليق التعسّفي.....65
أولا: موقف المشرع الجزائري من التطليق التعسّفي للزوجة 66
ثانياً: موقف بعض التشريعات العربية.....66
أ-موقف المشرع المغربي.....66
ب-موقف المشرع السوري.....67
ت-موقف المشرع الأردني 67
المطلب الثاني: تعسّف الزوجة في استعمال حق الخلعبغ.....68
الفرع الأول: تعريف الخلع 68
أولا: التعريف الفقهي للخلع اصطلاحا.....68
الفرع الثاني: تطبيق معايير التعسّف على حق الخلع.....70
أولا: قصد الإضرار بالزوج.....70
ثانيا: معيار المصلحة غير المشروعة 70
ثالثا: معيار التوازن بين المصالح المتعارضة والضرر الفاحش.....70
خلاصة الفصل الثاني.....71
خاتمة 72
ملاحق.....77
قائمة المراجع 83
الفهرس.....95

مجالات التعسّف في استعمال الحق في الرابطة الزوجية

ملخص:

يعتبر الزواج رابطة مقدسة وأساس تكوين الأسرة، هدفه تكوين وإنشاء رابطة زوجية تقوم على التكافل والمودة والرحمة، يمر عقد الزواج بعدة مراحل، تبدأ بالخطبة إلى غاية قيام عقد زواج صحيح، فإذا اكتملت أركان وشروط الزواج سعى قانون الأسرة الجزائري إلى تكريس مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الزوجين، إلا أنه قد يحدث أن يتم التعدي على هذه الالتزامات والحقوق عن طريق الاستعمال التعسّفي للحق في الرابطة الزوجية والتي تظهر عبر مختلف مراحل عقد الزواج.

يترتب عن نظرية التعسّف في استعمال الحق آثار وإشكالات علمية وعملية، ما جعل المشرع الجزائري كبعض التشريعات الأخرى يتبنى هذه النظرية في مجال الحقوق الزوجية.

الكلمات المفتاحية:

التعسف، الحق، التعدي، الزواج.

Résumé

Le mariage est considéré comme un lien sacré et la base de fonder la famille, son but est de former et d'établir un lien conjugal basé sur la solidarité, l'affection et la mansuétude, le contrat de mariage passe par plusieurs étapes qui commencent par les fiançailles jusqu'au contrat d'un mariage valide, et si les éléments constitutifs du mariage et ces conditions sont achevés, le législateur algérien a consacré un ensemble de droits et d'obligations mutuels entre les époux, mais il peut arriver que ces droit et obligations soient violés par l'exercice abusif d'un droit dans le lien conjugal, à travers les différentes étapes du contrat de mariage.

La théorie de l'arbitraire dans l'utilisation du droit a plusieurs effets et pose des problématiques scientifiques et pratiques, ce qui a pousser le législateur algérien comme certaines législations, a adopté cette théorie dans le domaine des droits conjugaux.

Mots clés :

Abus, droite, infraction, mariage.