جامعة عمار ثليجي الأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

تعسف الزوجة في إستعمال حقها في الخلع

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة

إعداد الطلبة:

01– جنيدي يوسف
02– دودش لينا فيروز

إشراف الدكتور:

– بطيمي حسين

لجنة المناقشة

الدكتور :	عيمور راضية	رئيسا
الدكتور :	بطيمي حسين	مشرفا و مقررا
الدكتورة :	عمران عائشة	عضوا مناقشا

السنـة الجامعيـــــ2017–2018 ــة

شكـــر وعرفـــان

بسم الله و الصلاة والسلام على رسول الله : (**اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ، وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا بَارَكْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، فِي الْعَالَمِينَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ**)

قال رسول اللهﷺ : (من لم يشكر الناس لم يشكر الله) الشكر والحمد كثيرا أولا وأخير لله وحده العلي القدير الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة و منحنا القوة والصبر لمواجهة العراقيل التي إعترضتنا ومن خلال هذا العمل نتقدم بجزيل الشكر و التقدير و الإحترام إلى والدنا الثاني أستاذنا المشرف الدكتور: بطيمي حسين .

و إلى كل من قدم لنا النصائح و التوجيهات من الزملاء و من الأساتذة الكرام كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة.

ونتقدم بالشكر إلى كل قارئ لهذا العمل المتواضع .

جنيدي يوسف

دودش لينة فيروز

إهـــداء

من أعماق قلوبنا نهدي ثمرة جهدنا هذا إلى من سهرت الليالي وكافحت صعاب الحياة من أجلنا ، إلى من ضاقت مرار العيش من أجلنا ، إلى من حملتنا كرها ووضعتنا كرها ، أمهاتنا العزيزات ز الغاليات حفظهم الله.

ألى من تعهدونا صغارا وكبارا و كسونا بعطفهم ، إلى من أحسنوا تربيتنا و رعايتنا وزرعوا في روحنا بذرة الأخلاق آبائنا الأعزاء حفظهم الله.

إلى إخوتنا و أخواتنا و أهلنا وأصدقائنا و إلى كل من أنار لنا طريقنا و كانوا سببا في تعليمنا إلى جميع أساتذة قسم الحقوق بجامعة عمار ثليجي دون إستثناء.

إلى كل هؤلاء نهدي هذا الجهد المتواضع راجين من الله سبحانه وتعالى أن يجعله بادرة خير لأعمال أفضل .

جنيدي يوسف

دودش لينة فيروز

إن نظرية التعسف في إستعمال الحق ليست حديثة بل هي فكرة قديمة ، وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في الأخذ بهذه النظرية على القوانين الوضعية ذلك لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة ودرء المفاسد والقانون كما الشريعة في تنظيمهما للحقوق وتحديد مضمونهما و السلطات التي تخولها لأصحابها يوفقان بين كافة المصالح سواءا كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة و لذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون والشريعة دون أن يتجاوزها ، وإذا ما خرج صاحب الحق عن هذا و إستعمل حقه بقصد غرض آخر يعد متعسفا في استعمال حقه.

حيث أن التصرف لابد و أن يؤول إلى مصلحة شرعية منوطة بعدم إلحاقها مفسدة للغير فردا أو جماعة و قد يحدث أحيانا أن يستعمل الشخص حقوقه المعترف بها له شرعا و قانونا و لكن خارج الحدود المرسومة له مهما ترتب عنه أذى بالغير وهو ما يصطلح عليه بالتعسف في إستعمال الحق عدة تطبيقات في عدة مجالات من بينها فك الرابطة الزوجية عامة والخلع خاصة .

فالخلع شرع للزوجة لتمكينها من الخلاص من العلاقة الزوجية إذا أصبحت لا تجد فيها راحتها و إستقرارها وأصبحت تبغض زوجها إلى حد تخشى فيه أن لا يقيما حدود الله معه ، فالخلع حق مقرر شرعا وقانونا ، وإستعماله بهذا الشكل يعتبر عملا مشروعا يعصم الزوجة من المسؤولية لكن قد يؤدي إستعمال الحق في الخلع إلى أضرار بالزوج و حتى الأولاد ، وهذه ناتجة عن تعسف الزوجة في إستعمال حق الخلع فإذا كان الخلع حق ثابت للزوجة فإنه يمكننا طرح إشكالية الموضوع كالتالي :

- هل جاء الحق في الخلع في الفقه الإسلامي و تقنين الأسرة الجزائري لتفادي العشرة الزوجية التي إستحال مواصلتها أم ترك الأخير في يد الزوجة أن تستعمل هذا الخلع متى شائت وماهي الأضرار التي يمكن أن يسببها الخلع المبالغ فيه ؟

وتكمن أهمية هذا الموضوع في :

- أن عقد الزواج من أجل العقود و أعظمها، و أن إنحلال هذا العقد لابد أن يكون وفق الشروط معينة تمنع التعسف في
- إستعمال من له الحق في فك الرابطة الزوجية ومن هذا يستمد البحث أهميته
- إساءة إستعمال الزوجة للحق المخول لها شرعا بإعتبار أن لها الحق في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع إضافة إلى تطبيق نظرية التعسف في إستعمال الحق علة ظاهرة الخلع و ذلك لمحاولة الحد من هذه الظاهرة أو جبر الضرر اللاحق بالزوج من خلال ترتيب المسؤولية على الزوجة المتسببة في هذا الضرر .

وتكمن أسباب إختيار هذا الموضوع :

- إنتشار ظاهرة الخلع في مجتمعنا بسبب أو بدون سبب أو حتى لأسباب غير مشروعة
- إن الدراسات كثيرة فيما يتعلق بالخلع إلا أن مصطلح التعسف في إستعمال حق الخلع جديد غير متداول
- إرتباط مشكلة الخلع بالأسرة والتى هي كيان مقدس لأنها هي الخلية الأولى للمجتمعات البشرية وتنجر عن هذه المشكلة عدة نتائج سلبية تهدد سلامة و إستقرار المجتمع و تشتت الأسرة .
- عدم ترتيب المشرع الجزائري لجزاء التعسف الزوجة في المخالعة ، ونجد في أن هذا الموضوع لم يسبق دراسته على حد علمنا من قبل سواءا كانت في مراجعة عامة أو مخصصة و إن كان هناك دراسات في الموضوع لتعسف في إستعمال الحق في مواضيع أخرى كالطلاق التعسفي والعدول عن الخطبة و التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية و غيرها من المواضيع المشابهة .

- و من الصعوبات التي واجهتنا رغم الأهمية التي يكتسبها موضوع التعسف في إستعمال حق الخلع في أننا لم نجد عليه مراجع جزائرية مخصصة مما أجبرنا إلى البحث عن كتب نظرية تتناول نظرية التعسف في مواضيع أخرى و إسقاطها على موضوع الخلع .
- كما كان المنهج المتبع في بحثنا هذا المنهج التحليلي والمقارن و ذلك من خلال المقارنة بين الفقه القانوني و الفقه الإسلامي و عليه الإجابة على الإشكالية المطروحة و محاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع إرتئينا إلى تقسيم موضوع البحث إلى فصلين نستعرض خطواتهما العريضة كالتالي :

الفصل الأول: التعريف بالتعسف في إستعمال الحق والخلع في الفقه الإسلامي و القانون.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في إستعمال الحق

المطلب الاول: تعريف التعسف في إستعمال الحق

المطلب الثاني: معايير وأسس التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري

المبحث الثاني: مدلول الخلع في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة

المطلب الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: الخلع في قانون الأسرة

الفصل الثاني: نظرية التعسف في إستعمال الحق على واقعة الخلع

المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف في إستعمال الحق في الخلع

المطلب الأول: معايير التعسف في الخلع

المطلب الثاني: الضرر الناتج عن التعسف في إستعمال حق الخلع

المبحث الثاني: جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع

المطلب الأول: جزاء التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: جزاء التعسف في إستعمال الحق في الفقه القانوني

الخاتمة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية لبناء المجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة زوجية و القرابة فهي تأتي نتيجة زواج بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي أساسه المودة والرحمة و التعاون[1].

وفي مقابل ذلك نجد أن القانون والشريعة الإسلامية قد جعلا لكل من الزوجين حق في إمكانية فك الرابطة حيث جعل العصمة بيد الرجل في الطلاق وإعطاء للمرأة حق الإفتداء بمقابل مالي، لكن نجد في بعض الأحيان أن هذا الحق متعسف فيه و لتوضيح ذلك إرتئينا أن نقسم الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم التعسف في إستعمال الحق أما المبحث الثاني فكان بعنوان مدلول الخلع في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة .

[1] أبو بكر الدين إيمان –بلعزلة خديجة، التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري،مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال،دفعة 2016، جامعة 08 ماي 1945،ص5.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في إستعمال الحق

من الحقائق المسلم بها أن الإنسان أناني بطبعه و لذلك فهو يسعى إلى تحقيق مصلحة على حساب غيره، ومن بداهة عند تحقيق هذه المصالح فهو كثيرا ما يتعسف في إستعمال حقه وهذا يعتبر خروجا عن مقصود الشارع الذي راعى حماية الأنفس و الأموال[1].

ومن أجل توضيح ذلك قمنا بتعريف التعسف في إستعمال الحق في المطلب الأول و في المطلب الثاني أدرجنا أسس ومعايير التعسف في إستعمال الحق.

المطلب الأول: تعريف التعسف في إستعمال الحق

إن صاحب الحق له رخصة إستعمال حقوقه وفقا لما قرره القانون فإذا خالف ذلك أعتبر متعسفا و من أجل توضيح ذلك علينا أن نميز التعسف عن غيره من المفاهيم.

الفرع الأول: المقصود من التعسف لغة

التعسف مأخوذ من فعل عسف، يعسف، عسفا والذي يعني السير بغير هدى و الأخذ على غير الطريق وكذلك التعسف و الإعتساف، و يقال عسف الطريق: أي سار فيه على غير هدى ويقال عسف في الأمر: فعله بلا روية و لا تدبر[2].

ويقابل مصطلح التعسف في إستعمال الحق abus des droits باللغة الفرنسية وما تجدر الإشارة إليه أن الترجمة الحرفية لمصطلح abus هي الإساءة، فالإساءة أو التعسف في إستعمال الحق

[1] أبو بكر الدين إيمان بلعزلة خديجة، التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال، دفعة 2016، جامعة 08 ماي 1945، ص5.

[2] مداح سيد علي، التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج ماسترعقود مسؤولية، دفعة 2016 ، جامعة عمارثليجي، ص8.

إنما هو تعبير وافد إلينا من الفقهاء المعاصرين في الغرب[1].

الفرع الثاني: المقصود من التعسف إصطلاحا

❖ **أولا: التعريف الفقهي**

فقد ذهب بعض من الفقهاء المعاصرين إلى أن التعسف من باب التعدي بطريقة التسبب، ويقول الشيخ أبوزهرة (وأنه بسبب منع التعسف في إستعمال الحق و منع التعدي على الأحاد قرر الفقهاء في هذا الحال: أن الفعل يتوارد عليه أمران أحدهما و هو ما يقوم على أصل ثبوت الحق)[2]، وهو بهذا فضيلته يصف التعدي تارة بأنه تعسف و تارة بأنه تجاوز و أحيانا يصف الفعل غير المشروع أصلا بأنه تعسف، حيث يقول (ومن تعدي بالقيام بعمل ليس له، فإنه يكون متعسفا في إستعمال الحق).

وعرف الأستاذ الشيخ أبو سنة التعسف فقال: التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرف غير معتاد شرعا ويبدو واضحا أنه جعل مناط التعسف هو التصرف الغير المعتاد[3]، أما الأستاذ الدريني فقال في تعريفه هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه بحسب الأصل [4]ومن هذا التعريف بين جوهر التعسف وحدد نطاق التعسف.

---

[1] فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977 ص45.

2 بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في إستعمال الحق عند الإمام الشاطبي (مبناها،ومعناها)، الطبعة الأولى دارإبن حزم، لبنان، 2009، ص91.

3بدر الدين أحمد عماري،المرجع نفسه ص92

4 فتحي الدريني، المرجع السابق،ص86.

- ✓ **الرأي الأول:** جوهر التعسف (هو مناقضة قصد الشارع) و معنى مناقضة أي المضادة لقصد الشارع سواءا أكانت هذه المضادة مقصودة بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار.
- ✓ **الرأي الثاني:** أنه حدد نطاق التعسف فجعله محصورا في التصرفات التي أذن فيها شرعا، وهذه التصرفات تشمل التصرفات القولية كالعقود و الفعلية كإستعمال حق الملكية على أن تكون هذه التصرفات مأذونا فيها شرعا و إلا كانت إتيانها إعتداءا لا تعسفا وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف[1].

ومن أدلة التعسف في إستعمال الحق أنه لا يجوز في الشريعة الإسلامية حيث قد ثبت منع التعسف في إستعمال الحق لمناقضة قصد الشارع وقد قامت على ذلك براهين متعددة بأدلة شرعية من القرآن الكريم و السنة النبوية و القواعد و مبادئ الشريعة الإسلامية.

1- القرآن الكريم :

- قال تعالى [2]:" **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**"

الآية تدل على أن المطلق بتضييقه على إمرأته و إسكانها معه من أجل الإضرار بها و دفعها للخروج من مسكنه قد ناقض قصد الشارع من إباحته لهما السكن مع بعضهما في أثناء العدة لغرض تقريبهما.

- قال تعالى[1] :" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ**

1 فتحي الدريني، المرجع السابق،ص89

[2] سورة الطلاق الآية 6.

شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"

فالله سبحانه وتعالى نهى الكاتب و الشاهد من المضارة و نهى المدين عن الإضرار بهما بأن يدعو الشاهد إلى إثبات الشهادة و إقامتها في حال عذر، أو ضيق على الكاتب فيدعو إلى الكتابة في وقت لا يتفرغ فيه[2].

2- السنة النبوية:

- عن إبن عباس رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام " [3]فالحديث يدل على النبي ﷺنهى عن إلحاق الضرر بالغير إبتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر، فالحديث بمثابة أصل الأمثلة المثبوتة في القرآن الكريم في النهي عن الضرر في صور متفرقة فهذا الحديث جمع للمتفرقات و إجمال للتفضيلات.
- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ" لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره " [4]فالحديث الشريف دليل على ما ينبغي أن تكون عليه العلائق بين الجيران من التسامح و الإحسان

---

[1] سورة البقرة الآية 282

[2] أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن،ج2،دار المعرفة،بيروت،ص684.

[3] مالك إبن أنس،الموطأ برواية مصعب الزهري المدني،حديث رقم2895 ،مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص468.

[4] صحيح البخاري بشرح فتح الباري،دارالفكر،تحقيق محمد فؤاد،ج13،حديث 2463،ص110.

خصوصا إذا لم يكن ثمة ضرر على الجار ﷺ، فالنبي يؤكد على أهمية التعاون بين الملاك، فلا يمنع المالك جاره من الإرتفاق بملكه عند حاجته إليه على أن لا يوهن بناءه، درءا للتعسف من الجانبين[1].

3- مبادئ الشرعية العامة والقواعد الفقهية :

- مبدأ النظر في مآلات الأفعال: فالأصل في الأحكام أنها شرعت لتحقيق غايات معينة قصدها الشارع الحكيم و إعتبرها في تشريعه و أن الأصل في التصرفات أن تحقق غايتها و تؤدي على مآلاتها، حتى إذا تباينت الغاية من وسيلتها وقعت المناقضة، فبمنع بناء على مبدأ النظر في مآل الفعل و نتيجة تطبيقه صاحب الحق في إستعماله إن أدى إلى هذا المصير الممنوع.

جاء في قوله تعالى[2]" **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**" وقوله تعالى[3]: " **وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**" فالقتال فيه مشقة و ضيق لما يلحق من جرح و قتل لكن له مآل مشروعا و غاية عظيمة هي إعلاء كلمة الله في الأرض و نشر دينه، و القصاص و إن كان فيه جرح و أذى إلا أنه يحقق الإستقرار في المجتمع.

- **قاعدة الضرر يزال:** فالتعسف في إستعمال الحق بما هو إضرار بالغير ممنوع فيرفع بمنع صاحب الحق في التصرف بحقه إبتداءا إذا أدى إلى مآل ممنوع و بإزالة عين الضرر أو بقطع أسبابه إن لم يكن بالإمكان إزالة عين الضرر منعا من إستفحاله[4].

---

[1] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص160

[2] سورة البقرة الآية 216

[3] سورة البقرة الآية 179.

[4] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2007، ص17.

- **قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المنافع:** الحق مشروع إذا إشتمل على مصلحة لصاحبه إلا أنه قد ترتب عليه مفاسد أعظم بالآخرين، فردا أو جماعة، فتعمد إلى القاعدة الشرعية و يستعان لنطبق هذه القاعدة عند موازنة بقاعدتين فرعيتين:

الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام و قاعدة إذا تعارضت مفسدتان دوعي أعظمهما ضررا بإرتكاب أخفهما و بذلك يقدم الحق العام على الحق الخاص و نمنع الضرر الأكبر[1].

❖ **ثانيا:** التعريف القانوني (قانون المدني الجزائري)

لقد أدرج المشرع التعسف بالمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري بالفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض ينص على أنه يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- 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[2].

ونجد أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف التعسف في إستعمال الحق بل إقتصر فقط على معايير التعسف في إستعمال الحق وذلك من خلال المادة 124 مكرر.

و يتميز التعسف في إستعمال الحق بالخصائص التالية:

[1] عبير ربحي شاكر القدومي،المرجع نفسه،ص34.

[2] قانون رقم 05-10 المؤرخ في20 جوان2005، يعدل ويتمم بالأمر 75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية،عدد44، الصادرة في 2005/06/26.

- انه ظاهرة مرتبطة بالحق فقط دون باقي الظواهر القانونية وعلى هذا الأساس لا نكون أمام تعسف في حالة تجاوز المرخص له حدود الرخصة هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون كالتنقل و التقاعد والتعبير و الإبداع و ما إلى ذلك من غير المقصور وجود التعسف في إستعمال الحرية نظرا لكون هذه الأخيرة مقررة للإنسان بوجه عام على أساس المساواة وعدم التمييز.
- أنه ظاهرة تمليها المصلحة العامة و تعجل من الحق وظيفة إجتماعية أكثر منها إمتياز فردي مطلق و هذا يعني عدم خضوع الحق لمشيئة القانون وفي حدوده.
- أنه ضابطة قانونية للحق أكثر منه قيد عليه بحيث يمثل مبدأ عدم جواز التعسف في إستعمال الحق وسيلة كضبط الحقوق على نحو المماثل لما هو معمول به بشأن لوائح ضبط الإداري التي تنظم إستعمال الأموال العامة[1].
- تمييز التعسف في إستعمال الحق عما يشابهه من مصطلحات:

أ- **تمييز التعسف عن الخطأ:** يعرف الخطأ على أنه الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع إدراكه لهذا الإنحراف و هذا الإنحراف قد يقع عند مباشرة رخصة أو عند إستعمال حق و سابقا كان رجال القانون يفرقون بين الرخصة و الحق فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فيقرون أن الخطأ يتحقق إذا إنحرف الشخص عن مباشرة الرخصة و لا يتحقق عند إستعمال الحق إلا إذا جاوز صاحبه حدوده المرسومة له[2].

[1] أبو بكر الدين إيمان –بلعزلة خديجة، المرجع السابق،ص07-08.

[2] أنور سلطان، الموجز في نظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، 1998، ص223.

ب- **تمييز التعسف عن التجاوز:** يعرف التجاوز بالخروج عن حدود الحق التي رسمها القانون لذلك الحق فهو عمل غير مشروع أصلا بينما التعسف مشروعا في ذاته و عيبه هو الإنحراف عن الغاية و الغرض المطلوب قانونا[1] و يمكن التفرقة بينهما فيما يلي:

1. أن التعسف يعتمد في الأصل على وجود حق مشروع و مع ذلك يترتب عن الإستعمال ضرر الغير أما التجاوز فهو عمل غير مشروع أصلا أي تجاوز الحدود الشرعية للحق مما يخرجه عن كونه حقا
2. التجاوز يكون في حالة التعدي شخص حدود غيره، أما التعسف فليس هناك تعدي على حق الغير لكن إستعمال الشخص لحقه على وجه غير مشروع .
3. التجاوز ذو نطاق موضوعي مادي أما التعسف فهو ذو نطاق شخصي غرضي.
4. التجاوز يشكل خطأ تقصيري و يخضع للمسؤولية التقصيرية بينما التعسف أحكامه غير خاضعة للمسؤولية التقصيرية .
5. لا يمنع من إستعمال الحق إلا قصد الإضرار بالغير أو قصد تحقيق مصالح غير مشروعة أما التجاوز لحدود الحق فإنه يمنع ولو قصد إحداث نفع كمن زرع أرض غيره .
6. و كذلك إستعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير ولو كان دون قصد أما المجاوزة لحدود الحق فإنها تمنع مهما كان نوع الضرر أو قدره .[2]

ت-**تمييز التعسف عن الإساءة:** يختلف التعسف في إستعمال الحق عن الإساءة في إستعمال الثقة، إذ أن الأخيرة تعتبر من ضروب سوء النية و يدخلها المشرع الوضعي في نطاق الغش و التدليس و لا دخل

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ج2، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008، ص110.

[2] ليندا حامد ملكاوي، التعسف في إستعمال حق الولاية على المرأة بمنعهاعن العمل وفق التشريعات الأردنية، دراسات علوم شريعة و القانون، المجلد 40، العدد1، 2013، ص4.

لحسن النية في مسألة من تتوافر به أركان المسؤولية المدنية، إذ يلزم المسؤول بتعويض الضرر عما صدر عنه من فعل الضار بخطئه حتى ولو حسنت نيته و على أية حال فإن حسن النية يعني حسن القصد ولا يعني توافره لدى صاحبه إلا من المسؤولية الجنائية و لا يعني ذلك عن المسؤولية التقصيرية[1].

المطلب الثاني: معايير و أسس التعسف في إستعمال الحق

الفرع الأول: أسس ومعايير التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية

1. أسس نظرية التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية:

إن القاعدة العامة في الحق هي تقييده دون إطلاقه و أساس الحق هي الشريعة الإسلامية و ما دام أن نظرية في إستعمال الحق هي من النظريات الراسخة في الفقه الإسلامي فقد أسسها فقهاء الشريعة على عدة أسس و تتمثل في :

أ- أن تكون المصالح معتبرة في أحكام: فالحق شرع لتحقيق مصلحة قصدها الشارع من المكلف وهو أن يتبع الإنسان هذا القصد و الذي يكون موافقا لما يبتغيه الله عزوجل من التشريع وهي مصالح العباد في الدنيا والآخرة ، و يقول الإمام الشاطبي في هذا المجال : " إن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل و الآجل معا " و عليه فإن إستعمال الحق بما يناقض قصد الله تعالى يؤدي إلى إبطاله بالإجماع[2].

[1] عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في إستعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية ، أطروحة الدكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية،قسم العدالة الجنائية كلية الدراسات العليا،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض،2010 ، ص66.

[2] الإمام الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، جزء الثاني،دارالمعرفة، لبنان،ص08

ب- **التكافل الإجتماعي:** و هو التضامن بين الأفراد و هو ثمرة طبيعية لأصول مستقرة في الشريعة تنبع من أصل العقيدة الرحمة والأخوة طبقا لقوله تعالى[1]" **وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ**" **وطبقا لقوله تعالى2** " **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ** "**الولاية والتناصر لقوله تعالى3**"**وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَيُطِيعُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ أُولَئِكَ سَيَرْحَمُهُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ** "**التعاون على البر و التقوى لقوله تعالى4**" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ وَلَا الشَّهْرَ الْحَرَامَ وَلَا الْهَدْيَ وَلَا الْقَلَائِدَ وَلَا آمِّينَ الْبَيْتَ الْحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلًا مِنْ رَبِّهِمْ وَرِضْوَانًا وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَنْ صَدُّوكُمْ عَنِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ أَنْ تَعْتَدُوا وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ** " فهذه الدوافع التي تخلق التكافل بين المؤمنين و تقييد إستعمال الحق على نحو يضر بالغير[5].

ت- مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض: فهو أصل الإلتزامات الإيجابية و السلبية في إستعمال الحقوق لأنها مقيدة بما شرع الله تعالى من أحكام تتحقق هذه الخلافة على الوجه الأكمل[6] فالخلافة تقتضي التقيد

---

[1] سورة الأنبياء الآية 107

[2] سورة الحجرات الآية 10.

[3] سورة التوبة الآية 71.

[4] سورة المائدة الآية 02

[5] بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتهافي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرحقوق، جامعة ملود معمري،2014،ص19.

[6] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص253.

بهذه الإلتزامات فالإنسان خليفة على نفسه أولا ثم على أهله طبقا لقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع و كلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع و مسؤول عن رعيته"[1].

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

ج- التوسط والإعتدال: و قد جاءت النصوص بتقرير هذا الأصل و ذلك مما ينفي عن إستعمال الحق صفة العلو للتطرق أو الإهمال و التفريط فالإنسان هذا يؤدي به إلى القضاء على الثورة وفي هذا يرشد الرسول إلى الصدقة التي يضار معها المتصدق مادة وروحا[2].

ويتبين لنا من هذا التشريع الإسلامي يهدف إلى غايتين في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع و هما مصلحة الفرد و الجماعة معا و أن نظرية التعسف تؤسس على طبيعة الحق المستمد من الشريعة الإسلامية السمحاء و الذي يعتبر وسيلة لتحقيق غايات الشرع ، فالحق في الشريعة الإسلامية يبنى على أساس ديني و أخلاقي يتماشى مع الفطرة البشرية .[3]

2. معايير التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية:

بالرجوع إلى معايير التعسف في الفقه الإسلامي نجدها قد جمعت بين المعايير الذاتية و المعايير الموضوعية و هو ما سنتناوله على التوالي:

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

---

[1] صحيح المسلم، الطبعة1،دار السلام،الرياض1419هـ،كتاب الإمارة،باب فضيلة الإمام العادل،حديث 1829،ص1016.

[2] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص253.

[3] عبد الرحمن المجوبي،التعسف في إستعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرتخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص32.

- معيار التمحض قصد الإضرار: يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير ظهورا بدليل وجوده ف يالشرائع القديمة ، وهذا لمخالفة لمبادئ الأخلاق و العدالة، ويقصد بهذا المعيار توجه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين، حتى لا تتوافر نية أخرى سوى الإضرار و الشريعة الإسلامية تمنع القصد إلى الإضرار و تمنع الفعل المؤدي إلى ذلك بالتبعية لأنه يتنافى و أغراض الشارع من تشريعه[1]، وهذا إثبات في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة نذكر منها قوله ﷺ " لا ضرر ولا ضرار" وقوله تعالى[2] "**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَى**" ولهذا المعيار شرطين أساسين :

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

فالعبرة من تحقيق هذا المعيار هو التمحض في ذلك الضرر دون قصد آخر و إن تحققت له المنفعة بطريق عرفي[3]، ومن تطبيقاته هذا المعيار ما ورد في تبصرة الأحكام لإبن فرحون في المذهب المالكي: لو إدعى صعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة، وليس لهم من قصد إلا لتشهيرهم، و إيقافهم أمام القضاء إيلاما و إمتهانا، لا تسمح الدعوى و يؤدي بالمدعي[4].

[1] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص242.

[2] سورة الطلاق الآية6.

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

[4] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص200.

غير أنه لصعوبة الكشف عن نية الإضرار بإعتبارها من الأمور الخفية كان لابد من البحث عن القرائن للكشف عنها و هي متعددة نذكر منها، إنتفاء المصلحة المشروعة أي أن لا يكون للشخص منفعة من إستعمال حقه و كذلك قرينة تفاهة المصلحة بحيث تكون مصلحة صاحب الحق ضئيلة جدا مقارنة بالضرر اللاحق بالغير و كذلك قرينة تخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء إستعماله لحقه، أي إستعمال صاحب الحق الطريقة الأكثر ضررا بالغير مع إمكانية تفادي ذلك[1].

- معيار المصلحة غير المشروعة: سبق لنا أن عرفنا التعسف بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل وهذا المعني يتحقق في إستعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق، لأن معاندة قصد الشارع باطلة عينا فيكون باطلا بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك، فيتعسف الفرد في إستعمال حقه وفق هذا المعيار بالتحايل على قواعد الشرع عن طريق أمر ظاهر الجواز لتحليل أمر محرم ولا خلاف بين العلماء في أن هذا المعيار يعتبر تعسفا و هو باطل و حرام[2].

- **المعيار الموضوعي (المادي):** لم تقتصر الشريعة الإسلامية على المعيار الذاتي بل أقرت إلى جانبه المعيار المادي الذي ينظر من خلاله إلى نتائج الأفعال لإكتشاف التعسف، و هو مشتق من أصل ثابت في أصول الفقه الإسلامي وهو النظر مألات الأفعال[3] وهذا المعيار ينقسم إلى معيارين رئيسين وهما :
- معيار التوازن بين المصالح المتعارضة: و يقصد به مراعاة التوازن و التناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، ذلك أن الفرد في

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع السابق،ص39/38.

[2] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص252.

[3] فتحي الدريني، المرجع السابق،ص256.

تصرفه ليس مطلقا على القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه و ينطبق هذا المعيار على ضابطين .

- ✓ إختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين: و هو أن تتعارض بمصلحة فرد مع مصلحة فرد آخر أي أن صاحب الحق لا يتمحض قصد الإضرار بل له من إستعمال حقه مصلحة مشروعة لا تتوازن من الضرر الناتج عنها إذا أن الإختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة يتناقض و ضابط المشروعات في الفقه الإسلامي[1]
- ✓ إختلال التوازن بين مصلحة العامة و مصلحة خاصة : لقد تميز التشريع الإسلامي بمراعاة حقوق الجماعة في تصرفات الأفراد، وبناءا على ذلك فإن تصرف الفرد الذي يؤدي إلى مفسدة بالجماعة سواء كانت أكبر من مصلحة الفرد أو مساوية لها يعتبر تعسفا و يعتبر مناقضة لقصد الشارع، و بالتالي يمنع الفرد من هذا التصرف إستثناءا إلى القاعدة الشرعية بدفع الضرر الخاص والأشد و الأخف.

- معيار الضرر الفاحش: قرر الفقهاء المسلمون هذا المعيار (لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في العلاقات الجوارية) و يقصد بالضرر الفاحش (ما جاوز الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من إستعمال الحق) و إن المذاهب الفقهية كلها تقرأن حق المالك مقيد في التصرف في ملكه بعدم الإضرار بجاره أضرار فاحشة[2].

والضرر الفاحش قد يكون ماديا كالدخان الكثيف أو الأصوات المزعجة و تلويث مياه البئر و قد يكون معنويا كالإشراف على مقر النساء في الدار المجاورة ، و تقدير الضرر الفاحش متروك للعرف وطبيعة

[1] عبير ربحي شاكر القدومي، مرجع السابق،ص42-47.

[2] عبد الرحمن المجوبي،المرجع السابق،ص35.

المنطقة كونها منطقة صناعية أو منطقة زراعية فما يعتبر ضررا في مناطق الزراعية لا يعد كذلك في المناطق الصناعية كالدخان الكثيف و أصوات الآلات الصناعية المزعجة[1].

الفرع الثاني: أسس ومعايير التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري .

1- أسس التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري

تعددت أراء شرح القانون حول أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق فقبل بأساسين وهما:

- ✓ ذهب الإتجاه الأول إلى أن الأساس القانوني للتعسف في إستعمال الحق هو المسؤولية التقصيرية إذ يعد التعسف في إستعمال الحق خطأ يوجب التعويض أو إلى أن التعسف في إستعمال الحق لا يخرج عن كونه نوعا متميزا من أنواع الخطأ و له طبيعة خاصة إذ أنه يرتبط بروح الحق وغايته الإجتماعية، و هو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادي و يثير مشكلة الضمير جماعي لا مشكلة ضمير فرد كالخطأ التقليدي.
- ✓ خالف هذا التأصيل فريق آخر من الفقه القانوني الحديث و الذي جعل هذه النظرية ذات كيان مستقل لا يرتبط بالخطأ التقصيري بل يرتبط بفكرة الحق ذاتها، فالحق ليس غاية في ذاته بل هو هو وسيلة لغاية يستهدفها القانون من تقريره و هو ما يقتضي إخضاعها لرقابة القضاء بما يضمن من التعسف فيه الخروج به عن غايته و لذلك فإن التعسف يتوافر إذا إنحرف صاحب الحق في إستعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذي ينتج عنه الخطأ بالمعنى الفني الدقيق

[1] بريكي حجيلة،التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص، جامعة آكلي محند، البويرة، 2013 ،ص28.

و هو ما يفصل بين التعسف و الخطأ و يخرجه بالتالي من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستوي مبدأ عاما و نظرية أساسية ملازمة في النظرية العامة للحق[1].

2- **معايير التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري:** لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في إستعمال الحق في المادة 124 مكرر ق م ج و التي يتضح من خلالها أن المشرع أخذ بثلاثة معايير و قد وردت على سبيل المثال لا الحصر بالإضافة إلى معيار رابع نصت عليه المادة 691 ق م ج و هذه المعايير كالتالي :

- ✓ معيار قصد الإضرار بالغير: نص المشرع الجزائري على هذا المعيار في الفقرة الأولى من المادة 124 مكرر و هو من أظهر صور التعسف في إستعمال الحق ، تكون نية الإضرار الباعث الوحيد لدى صاحب الحق عند إستعماله لحقه و لما قصد الإضرار صعب الإثبات ، فإن القضاء يعتبر إنعدام المصلحة قرينة على قصد الإضرار ، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس[2].
- ✓ معيار ترجيح الضرر على الفائدة: هذا المعيار مادي يختلف عن سابقة في أنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق إنما هو معيار موضوعي ينظر من خلاله إلى نتائج إستعمال الحق، وقد نص عليه المشرع في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر.

[1] عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، المرجع السابق، ص84-85.

[2] بلحاج العربي،المرجع السابق،ص126.

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

- ✓ معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها: نص عليها المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثالثة من المادة 124 مكرر، وهو معيار موضوعي في أساسه و إن كان يستدل عليه بناحية شخصية هي القصد أو النية، وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون أو كانت تتعارض مع نظام العام و الآداب العامة.
- ✓ معيار الضرر الفاحش: نص عليه المشرع الجزائري في المادة 691 ق م ج على مايلي: يجب على المالك إلا يتعسف في إستعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، و ليس للجار أن يرجع في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف و على القاضي أن يراعي في هذا العرف و طبيعة العقارات و موقع كل منها بالنسبة للآخرين و الغرض الذي خصصت له و هذا المعيار خاص بتنظيم العلاقات الجوارية إعتبره المشرع الجزائري كمعيار رابع للتعسف في إستعمال الحق و مقتضاه أن الشخص يكون متعسفا إذا تجاوزت في إستعماله لحقه ما تعرف عليه الناس في إستعمال حقوقهم[2].

[1] علي فيلالي،الإلتزامات،الفعل المستحق للتعويض،موفم للنشر،الطبعة2،الجزائر،2010،ص58.

[2] عبد الرحمن المجوبي، المرجع السابق، ص42-43.

المبحث الثاني: مدلول الخلع في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة

للخلع أهمية كبيرة في حياة المرأة حيث يعتبر المنفذ و المخرج الشرعي و القانون الذي تتمسك به في حالة بغضها لزوجها خوفا من ألا يقيما حدود الله و عليه تستوجب هذه الحالة تبيان مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية كمطلب أول و في المطلب الثاني الخلع في قانون الأسرة .

المطلب الأول: مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية

لمعرفة حقيقة الخلع لابد لنا من تسليط الضوء على تعريفه لغة و إصطلاحا في الفرع الأول ثم مشروعيته كفرع ثاني

الفرع الأول: تعريف الخلع

أولا: التعريف اللغوي للخلع

يقال الخلع (بفتح الخاء) لغة: نزع و الإزالة، يقال خلع فلان ثوبه خلعا، أو نزعه و أزاله، و الخلع بضم الخاء: طلاق المرأة ببدل منها أو من غيرها ويطلق لفظ الخلع لغة و يراد به النزع و التجريد و الإزالة، فالخاء و اللام و العين أصل واحد وهو مزاولة الشئ الذي كان مشتمل به أو عليه و ذهب أخرون إلى أن ضم الخاء خلاف للقياس، مع أنه مصدر للتفرقة بين الإزالة الحسية والمعنوية فبالفتح: للإزالة الحسية، وبالضم: للإزالة المعنوية. وأيضا ذهب أخرون إلى أن الخلع بالضم هو مصدر سماعي و أنه له شواهد كثيرة منها الرضا و الشكر.

ويقال: خلع الرجل ثوبه بفتح الخاء: أي أزاله عن جسده و جاء في النهاية لإبن الأثير: يقال خلع إمرأته خلعا و خالعها مخالعة، و إختلعت هي منه فهي خالع، و أصله من خلع الثوب و الخلع أن يطلق الزوج زوجته على عوض تبذله له[1].

ثانيا: التعريف الإصطلاحي للخلع

عرفه بعض الفقهاء بأنه: حل لعقدة الزوجية بلفظ الخلع فيما معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة كما عرف بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق و من أهم تعريفات للمذاهب.

1- **عند المالكية**: هو طلاق بعوض بكل مايشمل الطلاق من ألفاظ إذا كان بنية الطلاق فيقع بائنا و تلزم الزوجة بالتعويض، ويكون التعويض من الزوجة أو من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع وهذا ما يدل أن الخلع عند المالكية نوعان بعوض أو بغير عوض إذا إقترن بلفظ الخلع كأن يقول لها خالعتك فتقبل و النوع الثاني أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها فتقع به طلقة بائنة و لو لم يقترن بلفظ الخلع ، فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض فعرفه أحد التلامذة الإمام إبن عرفة المالكي بقوله: " هو عقد معاوضة على بضع تملك به المرأة نفسها ويملك الرجل العوض"[2].

2- **عند الشافعية:** هو فرقة بين زوجين بعوض بلفظ الطلاق أو خلع كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك على كذا فتقبل، وعرفوه أيضا على أنه (فرقة بين زوجين و لو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج)، ويعبرون على لفظ المفاداة في أغلب كتبهم دون تحديد نوع الفرقة فيه ولعل ذلك راجع إلى إختلافهم في إعتبارهم، فيراه البعض فسخا، كما ذهب إليه الشافعي في القديم في حين يرجح البعض

[1] منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2008،ص37.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، بدون طبعة، دارالهومة لطباعة،الجزائر،2013،ص15.

الآخر أنه طلاق على ما قاله الشافعي في مذهبه الجديد بشرط أن يكون بلفظ الطلاق أو نيته و إلا فهو فسخ عندهم بالإتفاق.

3- **عند الحنفية:** إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه، و القبول هنا يدل على أن الخلع يكون ببدل لذلك لزم قبولها[1].

4- **عند الحنابلة:** فراق إمرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة و مقتضى التعريف أن الخلع عندهم لا يكون إلا بعوض، وهو رواية عن أحمد و يفرقون بين الخلع و الطلاق على و الراجح عند الحنابلة أن العوض ركن في الخلع لا يصح بدونه إلا إذا كان بلفظ الطلاق أو نيته فيقع طلاقا رجعيا.

أما في الفقه الحديث فقد عرفه الأستاذ محمد أبو زهرة أن الخلع يراد به أحيانا معنى عام وهو الطلاق على مال تفدي به الزوجة نفسها سواءا كان لفظ الخلع أو بلفظ الطلاق و هذا الذي قال به المالكية والشافعية أي المعنى العام و هذا النوع من الطلاق على مال بلفظ الخلع أو في معناه، حيث يقول أبو زهرة و الذي يختار المعنى العام و هذا النوع من الطلاق يتميز عن غيره أنه يكون في نظير عوض تقدمه الزوجة لزوجها[2].

الفرع الثاني: مشروعية الخلع

يقول الشيخ محمد متولي الشعراوي رحمة الله عليه أن الله سبحانه وتعالى تحدث عن الطلاق بعد أن تحدث عن المطلقة في عدتها و كيفية ردها و مراجعتها 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**

[1] منال محمود المشني،المرجع السابق،ص39-40.

[2] خليل عمرو، إنحلال الرابطة الزوجية،بدون طبعة،دار الجامعة الجديدة،2015،ص165-166.

فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"

أنه ميثاق غليظ لأنه أباح للزوجين عورات الأخر، في حين أنه لم يقل عن الإيمان أنه ميثاق غليظ، قال عنه "ميثاق" فقط فكأن ميثاق الزواج أغلظ من ميثاق الإيمان و الحق سبحانه وتعالى يريد أن يربي في الناس حل المشكلات بأيسر الطرق لذلك شرع لنا أن نحل عقدة النكاح، ونهاية العقدة ليست كبدايتها[1].

وما رواه البخاري والنسائي عن ابي عباس قال: جاءت إمرأة ثابت إبن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين و لكن أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺأتردين عليه حديقته ؟ فقالت: نعم فقال رسول الله ﷺ" إقبل الحديقة وطلقها تطليقة " وهذا أول خلع في الإسلام، و معنى الحديث أن جميلة بنت عبد الله بن أبي ذكرت لرسول الله ﷺ أنها تكره زوجها ثابت بالرغم من أنه لايسئ إليها و لايقصر فيما يفرضه عليه الإسلام نحوها و أنها تخشى أن تؤدي كراهيتها له إلى التقصير في حقوق التي أوجبها الله على الزوجة نحو زوجها من الإجماع فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفك إلا بكر إبن عبد الله الملزيني و لكن الإجماع إنعقد قبل خلافه .

و قال الإمام مالك بهذا الصدد لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا و أن الرجل إذا لم يضرب المرأة ولم يسيء إليها ولم تأتي من قبله و أحبت فراقه فيحل له أن يأخذ منها إفتدت به كما فعل النبي ﷺ[2].

[1] الشيخ محمود متولي الشعراوي، فتاوي النساء، دارالتوفيقية للتراث،القاهرة،ص281.

[2] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعةالإسلامية،دارالهدى،طبعة2012،ص102-103.

من المعقول: في حالة تشاقق الزوجين و خوفهما ألا يقيما حدود الله و في حالة البغض الشديد للزوج من طرف زوجته أجاز لها الشرع أن تفتدي منه بما أعطاها و لا حرج على الزوج في أن يأخذ ذلك ليطلقها أما إذا لم يكن لها عذر و سألت الإفتداء فقد قال رسول الله ﷺ: " أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة " و في حديث آخر قال ﷺ: " المختلعات هن المنافقات"[1].

المطلب الثاني: الخلع في قانون الأسرة

الفرع الأول: مرحلة الخلع بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984

في بداية الثمانينات ومع تضارب النصوص القانونية مع قرارات المجلس الأعلى و أراء الفقهاء الشريعة صدر قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في رمضان 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 م، فقد نص في المادة 54 منه على: (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم)، فهذه المادة جاءت غامضة و لم يتعرض المشرع فيها إلى تكييف الخلع في كونه يمين من جانب الزوج ومعاوضة من جانب الزوجة أو إلى أنه حق خالص للزوجة و إكتفى بالقول أنه في حال النزاع على بدل الخلع حكم القاضي بمالا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، فإتجه بعض الفقهاء إلى أن الخلع نوع من الطلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها، ولا يصبح الخلع لازما إلا إذغ تم فيه الإيجاب و القبول و يمكن لكلا الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الطرف الآخر.[2]

[1] منال محمود المشني،المرجع السابق،ص44-45.

[2] باديس ذيابي، صوروآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، طبعة 2012،دار الهدى،الجزائر،ص76.

ومن يساير هذا الإتجاه الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى أن الخلع شرع أساسا لمصلحة الزوجة في صورة رخصة و ليس حقا من حقوق الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بإرادة منفردة[1]، و يقول الدكتور بلحاج العربي إذا إتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت و تم ذلك بإيجاب وقبول سمي هذا (مخالعة) ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كالطلاق على مال[2]، ومن خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري في ظل قانون 11/84 أعتبر الخلع عقدا رضائيا و هذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا خاصة في السنوات الأولى من صدور قانون الأسرة فجاء في إحدى قرارات المحكمة العليا ما يلي :

" من المقرر فقها وقضاءا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي سلطة المخالعة الزوجين دون رضى الزوج، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطليق لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بالتطليق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع[3] " نفس الحكم جاء في قرار آخر ".....ومن المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت ،في قضية الحال، أن قاضي الموضوع فرض على الزوج (الطاعن) الخلع و قضى

[1] مسعودة نعيمة إلياس،التعويض عن الضررفي بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه قانون خاص، تلمسان، 2010 ،ص179.

[2] بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،جزء1،الزواج والطلاق،طبعة3،ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون جزائر،2004

[3] قرارالمحكمة العليا ملف رقم 51728 بتاريخ1988/12/21 المجلة القضائية لسنة1990 العدد3،ص72-73.

به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الإتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل خطأ في تطبيق القانون"[1].

إلا أن المحكمة العليا غيرت في إجتهادها قبل تعديل 2005 و هذا في سنوات التسعينات حيث أصبحت قراراتها تذهب عكس ما ذهبت إليه في الثمانينات وهذا يدل على أن المشرع أراد إقرار حق الزوجة في الخلع بإرادة منفردة في المادة 54 و لذلك إستدرك القضاة الخطأ و غيروا إجتهادهم، ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن ما يلي: " .....من القرر شرعا وقانونا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الإقتضاء وليس عقدا رضائيا[2] " و قررت كذلك " .....أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية و كرسه قانون الأسرة سواء رضي به الزوج أو لم يرضى فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة على موافقة الزوج "[3].

الفرع الثاني: الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005

أراد المشرع في هذه المرحلة تحديد الإطار الحقيقي للخلع، بحيث أعتبره حق للمرأة تتمتع به بصفة مطلقة، توازي حق الرجل في الطلاق بالإرادة المنفردة حيث نص المشرع في المادة 54 المعدلة بالأمر 05/02 (يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، و إذا لم يتفق الزوجان على مقابل المالي للخلع حكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم) و بهذا كان المشرع الجزائري صريحا في إعتبار الخلع حق للزوجة تستعمله دون موافقة الزوج مقابل دفع عوض يقدره

[1] قرارالمحكمة العليا ملف رقم73885 بتاريخ 1991/04/23.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30.

[3] قرار المحكمة العليا ملف103793 بتاريخ1994/04/19 نشرة القضاة ، العدد51.

القاضي و لا يتجاوز قيمة الصداق المثل و بهذا أصبح الزوج لا أثر له في إيقاع حق الخلع و لا في تقدير البدل الذي أصبح لا يتجاوز صداق المثل وهذا إجحاف في حق الزوج[1].

و جاء مؤكدا لهذا القرار المحكمة العليا رقم 656259 بتارخ 2011/09/15 قضية (ب ع) ضد (ط ي) أما فيما يتعلق بالخلع من حيث أنه فسخ أم طلاق فإن المشرع الجزائري منذ الوهلة الأولى بتبيينه للإتجاه القائل يعد طلاقا لا فسخا و ذلك واضح من خلال الترتيب الذي جاء به قانون الأسرة من حيث وضعه للمادة 54 من خانة الفصل الخاص بالطلاق لأن الخلع يلحق عقد الزواج الصحيح بينما يكون بطلانا أو فسخا يلحق عقد يشوبه عيب يتمثل أساسا في إخلال أحد أركان العقد و إشتماله على مانع أو شرط يتنافى ومقتضياته بينما الأمر يختلف في الخلع إذ يرد على علاقة صحيحة لا يشوبها أي عارض يعيب العقد، و قد أكد هذا إجتهاد المحكمة العليا في قرار شهير مؤرخ في 1969/02/05 حينما نوه على أنه (لايلحق الطلاق إلا التي عقد عليها بنكاح صحيح)[2].

وفي الأخير نستنتج أن المشرع الجزائري بتعديله لقانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05/02 جعل الخلع حقا أصيلا للزوجة إلا أنه إكتفى بنص وحيد ، وهو المادة 54 في الأمر المتعلق بحق المرأة الإرادي و المنفردة في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.[3]

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق،ص181

[2] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص71.

[3] باديس ذيابي، المرجع السابق،ص81.

ثبت مما سبق ذكره أن التعسف ممنوع شرعا وقانونا بإعتباره أنه يخالف و يناقض المقصد الذي من أجله شرعت الحقوق، ويزيل عن الحق صفة مشروعية، حيث يصبح صاحب الحق بتعسفه في مركز غير محمي قانونا.

ومن بين الأمور نجد تعسف الزوجة في إستعمال حق إفتداء نفسها بمقابل مالي لفك الرابطة الزوجية بالخلع، و في هذا يمكن أن يكون الزوج متضررا جراء ذلك.

و للتوضيح في هذا إرتئينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول تطبيق معايير التعسف في إستعمال الحق على الخلع، وفي سنتناول في المبحث الثاني جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع.

المبحث الأول: تطبيق معايير التعسف في إستعمال الحق في الخلع

في هذا المبحث قمنا بإسقاط معايير التعسف على المخالعة لإظهار مدى إمكانية التعسف فيها كمطلب أول ، وفي المطلب الثاني بعنوان الضرر الناتج عن التعسف في إستعمال حق الخلع على الأسرة.

المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الخلع

بما أن الخلع حق شرعي للزوجة ونظرا لما قد يترتب على سوء إستعماله من أضرار و لأن محور الدراسة يرتكز على التعسف في الخلع فرأينا أن نقوم بتطبيق معايير التعسف على الخلع بنوعيها المعايير الذاتية أو الشخصية و المعايير الموضوعية .

الفرع الأول: المعايير الذاتية أو الشخصية

كما سبق لنا الذكر أنها تتمثل في قصد الإضرار وتحقيق مصلحة

1- معيار قصد الإضرار: يتعلق هذا المعيار بالقصد ونية الإضرار التي تكون الباعث الوحيد لصاحب الحق في إستعماله، ولأنها مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها يمكن للقاضي إستخلاصها من إنعدام الفائدة الكلية للزوجة في إيقاع الخلع و الأصل أن الخلع شرع عند الضرورة و بذلك فإن إنعدام المبرر يجعل الخلع تعسفيا و يظهر ذلك من خلال تمحص الزوجة لا إضرار و تمسكها بالخلع في جلسة الصلح من الرغم أن الزوج قد لا يرضى بالفراق، ومن أمثلة هذا المعيار أن توقع الزوجة الخلع قصد الإضرار بزوجها أو بأهله إنتقاما منهم، أو توقعه في مرض الموت قصد حرمانه من الميراث وقد يكون السبب تافه لا يتناسب مع ما يترتب عليه من أضرار هذا الذي يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوج و الضرر ممنوع

لقوله ﷺ (لاضرر ولا ضرار) ومثال ذلك أن تختلع الزوجة لمجرد أن زوجها يمنعها من الخروج من البيت بدون سبب إلا بإذنه .

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة: إذا كانت الزوجة تريد تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا فإنها تكون متعسفة في ذلك لأن الشرع إن جعل الخلع بإرادة الزوجة المنفردة كان ذلك عند إستحالة الحياة الزوجية ، أما أن تستعمله دون سبب فقد يؤدي إختلال في نقص المصلحة التي من المفروض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى إنهدام أسرة ومن أمثلة هذه الحالة التي تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الميراث لأنها لم تستعمل الخلع فيما شرع له إنما تقصي مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة إتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا[1].

الفرع الثاني: المعايير الموضوعية أو المادية

تتمثل في إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة و كذلك في الضرر الفاحش .

1- معيار إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: قد تقوم الزوجة بإيقاع الخلع بناءا على أسباب تعتبرها مبررات وذلك لدفع الضرر عن نفسها و بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع حق الخلع من مصالح، و ما ينتج عنه من مفاسد و أضرار تلحق كل من الزوج و الأولاد نجد أن المفاسد و الأضرار الناتجة أكبر من المصلحة المراد تحقيقها و بذلك تكون الزوجة متعسفة في حقها.

2- معيار الضرر الفاحش: إن قيام الزوجة بخلع زوجها قد يضر به ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشها معا وكان يبذل كل جهده في الإنفاق عليها و بعد أن تقدم به العمر قامت الزوجة

[1] بن زيطة الهادي، التعويض عن الضرر المعنوي في ق أ ج دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007، ص170.

بمخالعته وهو في أمس الحاجة إلى من يقف إلى جانبه فالزوجة بذلك تكون حتما قد أضرت به ضررا فاحشا بالإضافة إلى النظرة المجحفة في حقه من طرف أفراد المجتمع[1].

المطلب الثاني: الضرر الناتج عن التعسف في إستعمال حق الخلع

الفرع الأول: تعريف الضرر و أنواعه.

1- تعريف الضرر:

❖ **لغة:** الضرر هو الإسم من الضر بالفتح و الضر ضد النفع، أما الضر بالضم فهو ماكان من سوء الحال أو فقر أو شدة أو الضيق لقوله تعالى :(**فَلَمَّا دَخَلُوا عَلَيْهِ قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ وَجِئْنَا بِبِضَاعَةٍ مُزْجَاةٍ فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ**) فالضر في هذه الآية يدل على سوء الحال وقوله تعالى (**وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَى رَبَّهُ أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ**)فالضر هنا يدل على سوء حالة سيدنا أيوب وشدة مرضه وعلى الهزال الذي أصابه .

فالضر بالفتح و الضم ضد النفع و الضر بالضم : الهزال و سوء الحال و الضرر النقصان يدخل في الشيء و المضرة خلاف المنفعة، و بالنظر في المعاني اللغوية نجد أن الضرر في اللغة يأتي لعدة معاني أشهرها ما كان ضد النفع و يأتي بمعني سوء الحال و شدته و الأذية و الضيق و النقص في الأموال و الأنفس[2].

---

[1] جميل فخر الدين جانم،التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن،2009 ، ص981.

[2] إبن المنظور لسان العرب، جزء9، دارصادر، لبنان، 2005، ص573.

❖ **إصطلاحا:** عرفه بعض الفقهاء القدامى بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقا أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواءا كان في جسمه أو في عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف.

وقد عرفه الفقهاء المعاصرين الضرر بأنه إتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي و المقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا، وعرفه آخرون على أنه : هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه، أو في مصلحة معتبرة له شرعا سواءا كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية[1].

2- **أنواع الضرر:** الضرر نوعان مادي و غير مادي

أ- **الضرر المادي:** يعرف الفقهاء الضرر المادي بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في ماله فيسبب له خسارة مالية أو يصيبه في جسمه، فيسبب له تشوها، أو عجزا عن العمل أو ضعفا في كسبه و نحو ذلك، ويعرفه أيضا بأنه إلحاق الأذى بالغير مطلقا سواءا في الأموال أو الأشخاص و عرفه السنهوري هو: إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية، و عرفه الدكتور بلحاج العربي الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه و ماله ويفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة[2].

ومن تعريف الفقهاء و شراح القانون للضرر المادي فإنهم يذكرون أنه على نوعين :

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق،ص84.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء1، طبعة3، منشورات الحلبية حقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص714.

- **الضرر المالي:** هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة من نقصها، أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها، ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث الضرر و ذلك كإتلاف المال أو تفويت منفعة من منافعه على مالكه.

ومن ثم فإن هذا الضرر يتمثل في تفويت مال على مالكه سواء كان بإتلاف آتي على كل المال وعلى بعضه أو بتعييب في المال نقصت به قيمته عما كان عليه قبل العيب أو بتفويت منفعة من منافعه على مالكه .

- **الضرر الجسمي أو البدني** : هو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح ، يترتب عليه تشويه فيه أو عجز عن العمل، أو ضعف في الكسب ونحو ذلك، وهذا الضرر قد يكون كليا في إتلاف النفس وقد يكون جزئيا بإتلاف ما دون النفس[1] و الضرر المادي الناتج عن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع فقد يتمثل في إنقاص من الذمة المالية للزوج بسبب نفقة العدة ونفقة الإهمال و غيرها و كذلك نقص في أمواله، و ضعف في جسمه لما كان يبذله في إعاشة هذه الزوجة الناكرة للجميل التي سلبت منه راحة جسمه لتجازيه بالخلع في نهاية المطاف.

وكذلك بما أن المشرع الجزائري فقد حدد مبلغ بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل فهذا يحدث ضرر كبير للزوج إن بدل الخلع يتمثل فقط في المبلغ المالي و لا يمس المجوهرات التي كانت كنحلة للزوجة من طرف الزوج[2].

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع السابق، ص285.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص56.

ب- **الضرر الغير مادي:** وهو الذي لا يترتب عليه إتلاف مال أو نفس أو عضو ،وهو ينقسم إلى نوعين في الفقه الإسلامي ضرر أدبي و ضرر معنوي أما في القانون فالضرر غير المادي فيتمثل في الضرر الأدبي فقط و الذي يطلق عليه البعض الضرر المعنوي وهو في القانون واحد أما الشريعة فنوعين :

- **الضرر الأدبي في الشريعة:** وهو ما لا يمكن تقويمه بالمال و يتمثل فيما يصيب الإنسان في شرفه و عرضه من فعل أو قول بعد مهانه ، كما في القذف و السبب و ذلك كما لو شتم أحد اخر فآلمه في نفسه و ما يصيبه من ألم في جسمه أو عاطفته و أيضا ما يصيبه من تحقير في مخاطبته أو مهانة في معاملته.
- **الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية:** ويتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها، كما في إلتزام إمتنع فيه الملتزم عن تنفيذ إلتزامه كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، و المستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، و قد يتمثل ذلك أيضا في تفويت فرصة على شخص ما، وذلك كالموظف الذي يهمل واجب وظيفته ويفوت بذلك فرصة على ما كان يرغب في التقدم لها أو يؤدي إلى أداء طالب الإمتحان في موعده المحدد ونحو ذلك[1].

الضرر الأدبي " المعنوي " في القانون يسمى الضرر غير المادي في القانون بالضرر الأدبي أو المعنوي فالمصطلحين معا يدلان على نفس المعني و هو الضرر الغير المادي لكن إختلف فقهاء القانون في تعريفه و أغلبهم عرفه على أنه " الأذى الذي يصيب الشخص في عاطفته و شعوره و شرفه و يدخل إلى قلبه الغم و الحزن ثم تنوعت التعريفات بين موسع و مضيق ومن أهم تلك التعريفات ما يلي :

[1] أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضررولاضرارفي نطاق المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص64-65.

- الضرر المعنوي : وهو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره وسمي ضرر أدبيا و معنويا لأنه غير ماديا .

- الضرر الأدبي أو المعنوي : هو الذي يصيب الجسم فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك، أو قد يصيب الشخص في شرفه أو في إعتباره أوفي عرضه أو عاطفته و بالجملة فهو عبارة عن الألم و الحزن الذي يصيب الإنسان

- الضرر الأدبي : هو الضرر الذي يصيب الشخص في حساسيته كالآلم و في شعوره أو في عاطفته .

- الضرر المعنوي: هو إلحاق مفسدة في شخص الأخرين لا في أموالهم و إنما فيما يمس كرامته أو يؤدي شعورهم أو يخدش من شرفهم أو يتهمهم في دينهم أو يسيء إلى سمعتهم أو نحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم إسم " الأضرار الأدبية "

و بالرجوع إلى قانون المدني الجزائري نجد أنه بعد صدور تعديل 2005 قد خصص المشرع الجزائري نص خاص تحدث فيه عن الضرر المعنوي و بالرجوع إلى نص المادة 182 مكرر نجدها تنص ب" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "[1]

ومن هنا نجد أن كلا من الفقه الإسلامي و الفقه القانوني جعلا كل ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله فيؤثر في ذمته المالية ضررا ماديا سواء كان قسما واحد أو قسمين ، وجعلا ما يؤثر في الذمة المالية ضررا غير مادي سواءا كان ضررا أدبيا أو معنويا ولكلاهما وجود نتيجة تعسف الزوجة و إجمالا فإن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع لا يضر فقط بزوجها بل و حتى بالأولاد وفيما يلي أهم الأثار السلبية للخلع على الرجل و الأولاد .

❖ الأثار السلبية على الرجل :

[1] علي فيلالي، المرجع السابق، ص289-290.

1- الشعور بالنقص و إمتهان الكرامة بين الأهل و الأصدقاء و المعارف و الجيران خاصة و أنه يحمل لقب " الزوج المخلوع و الذي عبر عنه الكثير من هؤلاء الأزواج الذين بتجربة الخلع بأنه " بصمة عار على جبهتهم" خاصة و أن مجتمعنا يتقبل طلاق الزوج للزوجة و رفضه لها ولا يتقبل أبدا رفض المرأة لزوجها و خلعها له .

2- الأثار النفسية و الأمراض العصبية التي يتعرض لها الكثير من الأزواج بعد الخلع مما أثر كثيرا على مستوى أدائهم العلمي و الوظيفي .

3- الخسارة المادية الكبيرة التي يتعرض لها الزوج المخلوع حيث يتكبد الزوج في زواجه مبالغ باهضة إضافة إلى تكاليف إعداد منزل الزوجية بينما ترد له الزوجة في حالة الخلع و في كثير من الأحيان مبالغ رمزية وخاصة أن المشرع في المادة 54/ف2 (ق.أ.ج) جعل بدل الخلع لا يتعدى صداق المثل ، مع مراعاة الجانب المادي للمرأة مما ينزله القضاة إلى مبلغ زهيد جدا مقارنة بما دفعه الزوج من أموال و مجوهرات و غيرها كصداق للزوجة .

4- ومن الأثار الأكثر تأثيرا على الرجل ، إضافة إلى هدم أسرته وتشتيت أولاده ، قد يخسر أمواله و عقارته في كثير من الأحيان التي كان ملكها لزوجته من مال و جهده تعبيرا له عن حبه الكبير لها و ثقته بها فتكون المكافأة له خلعه ورد صداق المثل المتمثل في النقود فقط مع إنزاله في بعض الأحيان و الذي لا يتجاوز في كثير من الاحيان 90الف دينار جزائري[1].

[1] بن زيطة الهادي،المرجع السابق،ص189.

❖ **الأثار السلبية على الأولاد:**

تشير الدراسات النفسية إلى أن الخلافات الزوجية الحادة و إنفصال الزوجين ، يترك أثرا عميقا لدى الأطفال و المراهقين تظهرعلى شكل العدوان و الجنوح ، وظهور حالات و أعراض الإكتئاب عند الأبناء ، إضافة إلى إنخفاض في مشاعر الأمن و الثقة في النفس فيولد لديهم صراع داخلي و إضطراب النمو الإنفعالي و العقلي الذي يؤدي إلى تراجع في تحصيلهم العلمي و علاقتهم بالأخرين، و قد تضطرب الحالة المادية للأبناء بعد إنفصال والديهم، حيث يضطرون إلى التنازل عن وضعهم المادي و التعليمي و الصحي و الترفيهي، و أحيانا يتنازلون عن السكن المناسب، بسبب عدم قدرة الأب على توفير السكن مناسب لهم لممارسة الحضانة ليهدد بذلك مكانتهم الإجتماعية و حرمانهم من تلبية الإحتياجات التي إعتادو عليها.

و يمكن إجمال الأثار السلبية للخلع على الأولاد في النقاط التالية :

1- خسارة الجو الأسري الطبيعي ، الذي ولدو فيه وتعودوا عليه .

2- صعوبة إختيار الأولاد لأحد الوالدين للعيش عنده ، و تشتت الإخوة وتفرقتهم

3- تغير نظرة الناس لديهم ، بحيث يضج الأولاد يحملون لقب " أبناء الخالعة " و "أبناء المخلوع " حيث أن تركيبة المجتمع القائم على العادات و التقاليد و النظرة الذكورية ترفض هذا الأمر[1].

4- الخجل من الناس.

5- التغييرات الإجتماعية الكبيرة و الحد الشديد من العلاقات الإجتماعية.

6- إحساس الأولاد الذكور بعدم وجودهم عند الأم يضعف إحساسهم بوجود رقابة صارمة على تصرفاتهم مما يؤدي فعلا إلى إنحرافهم خاصة إذا كانوا في مرحلة المراهقة .

[1] معن الخليل، علم الإجتماع الأسرة، بدون طبعة،دار الشروق للطباعة و النشر(ب.م.ن)، 1994، ص234.

7- إنخفاض معدل النتائج الدراسية لدى الأبناء بشكل ملحوظ وأحيانا كثيرة يؤدي الخلع بين الزوجين إلى خروج أبنائهم من المدرسة وضياع مستقبلهم .

كانت هذه أهم الأضرار الماسة بالزوج و الأولاد من جزاء تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع.[1]

الفرع الثاني: شروط الضرر وإثباته

تناولنا في هذا الفرع الضرر الموجب للتعويض وكيفية إثباته

أولا: شروط الضرر الموجب للتعويض: لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط

1- أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة:

سواءا كان هذا الحق ماديا أو معنويا فيجب لمسألة المتعدي أن هذا الإعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون أي أن تكون المصلحة التي أخل بها الضرر مصلحة مشروعة غير مخالفة لدين و نظام، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فإنها لا تستوجب التعويض[2] فكل ضرر يلحق بالزوج من جزاء تعسف الزوجة بخلعها له لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوجة.

2- أن يكون الضرر محقق الوقوع :

يكون الضرر في الخلع محققا إذا وقع فعلا ومثال ذلك أن يصاب الزوج المختلع تعسف بصدمة نفسية من جراء الخلع الذي هوبدون أسباب ، أمام الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الإنفصال وما سينجر عن ذلك من تبعات أما الضرر الإحتمالي فهو ضرر لم يتحقق

[1] مرجع نفسه ص 234 .

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص157-158.

بعد يقع في المستقبل وقد لا يقع و طالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض[1].

3- أن يكون الضرر مباشرا:

الضرر المباشر في الخلع هو الذي ينجر عن التعسف في إستعمال حق الخلع كأن تمارسه الزوجة بعد وقت قصير من الزواج دون سبب أو دون سابق إنذار فيسبب للزوج ضررا ماديا و معنويا من جراء الإنفصال فهذا يعد ضررا مباشرا[2].

4- أن يكون الضرر شخصيا:

إن المشرع الجزائري لم يرد نص في هذا الشأن و بالنسبة لذلك فإنه لامانع من جواز مطالبة الورثة الزوج المختلع بالتعويض عن الضرر اللاحق بمورثهم شخصيا أثناء حياته ، بحيث إذا توفي هذا الأخير قبل حصوله على التعويض الناتج عن التعسف في إيقاع حق الخلع و بعد مطالبته به ، ينتقل حق المطالبة بالتعويض إلى الورثة[3] لأن التعويض أو ما يسمى ببدل الخلع يدخل في الذمة المالية للورثة بعد وفاة مورثهم و لذلك لهم الحق في المطالبة به.

5- أن لا يكون قد سبق تعويض الضرر:

و هذا الشرط يعتبر من الشروط المعروفة بداهة، وذلك أننا نتحدث عن الشروط التي بمقتضاها يكون الضرر جزيا بالتعويض عنه، فإذا كان الضرر قد سبق التعويض عنه، فلا محل للنظر فيه، فلا

[1] علي فيلالي،المرجع السابق،ص293-294.

[2] علي فيلالي،المرجع نفسه،ص296.

[3] علي فيلالي،المرجع نفسه،ص297.

يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض فإذا قام محدث الضرر بإصلاح الضرر بمحض إرادته، فيعتبر أنه قد وفي بإلتزامه ولا يحق للمضرور المطالبة بالتعويض عن ذلك الضرر، إلا إنه يمكن للمضرور الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي يشمله التعويض.

ثانيا: إثبات الضرر الموجب للتعويض وعليه يبنى إثبات التعسف .

1- عبء الإثبات: وفقا للقاعدة العامة فإن البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر و أصل هذه القاعدة بالحديث النبوي الشريف " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه " فيقع عبء إثبات الضرر على المضرور، و الأصل أن صاحب الحق لا يتحمل عبء إثبات مشروعية إستعمال حقه، ذلك أن الإستعمال المشروع للحق هو الواجب إفتراضه إبتداءا إلى أن يقوم الدليل على العكس، فبالرجوع إلى القواعد العامة يتضح أن عبء إثبات الضرر في المسؤولية عن تعسف في إستعمال الحق يقع على عاتق المضرور، طالب التعويض الذي لايستطيع السير في المسؤولية خطوة قبل إثباته ذلك وفقا لما تقتضيه القاعدة العامة[1].

2- وسائل الإثبات : بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الإثبات في دعوى المسؤولية عن الأفعال الشخصية فإننا نجد الإثبات فيها يتم بكافة الطرق الإثبات لأنها واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن[2]، لكن غالبا ما يثبت الضرر الناتج عن الخلع سواء ضرر مادي أو معنوي بالمعاينة المادية أو الشهادة الطبية أو وصل دفع مبالغ لتجهيز حفل الزفاف و غيرها أوتقدير الخبراء و إثبات حصول الضرر و نفيه

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق،ص166.

[2] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح قانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص141

من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا[1].

فالضرر الموجب للتعويض سببه بطلب المتضرر التعويض و يمكن إثباته بإعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا و بالنسبة للضرر الناتج عن إنهاء الرابطة الزوجية بإرادة منفردة للزوجة فإنه مفترض، ولذلك فإن المطلوب من الزوج الذي يدعي أن زوجته خالعته تعسفيا أن يثبت وجود التعسف في إيقاع زوجته للخلع و يمكنه إثباته بكافة الطرق القانونية للإثبات[2].

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق،ص289.

[2] حياة خطاب،الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014، ص49.

المبحث الثاني: جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع.

إن تعسف الزوجة في إيقاع حق الخلع سيترتب عليها جزاء شرعي و آخرقانوني، و أنها تتحمل مسؤولية تصرفها و تؤخذ عليه و لتوضيح ذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول جزاء التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي أما المطلب الثاني فنبين فيه جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الفقه القانوني .

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

أتت الشريعة الإسلامية لهداية الناس لصالح الأعمال تارة بالرغيب أو الترهيب حيث جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الشريعة جزاء دنيوي و جزاء أخروي .

الفرع الأول: جزاء الدنيوي

قد يكون الجزاء ماليا ، وقد يكون عينيا وقد يكون عقوبة تعزيرية .

أ- **<u>الجزاء العيني:</u>** و يقصد به مطالبة المتضرر إصلاح العين المتضرر في كل الأحوال لتعود إلى الحالة التي كانت عليها قبل الضرر .

ولقد إختلف الفقهاء حول جزاء التعسف ، فهناك من يرى أنه يكون نقدي فقط لأنه لا يمكن التعويض العيني و حجتهم أن هذا الأخير يكون عند مجاوزة حدود الحق ولكن هذا الرأي لم يؤيده الفقه والقضاء أي أن ليس هناك ما يمنع التعويض العيني إن إدعت الأحوال إلى ذلك.

وقد ذكر الدريني ثلاثة أنواع للجزاء العيني في التصرفات القولية هي إبطال التصرف و الإجبار على إيقاع التصرف و سلب الحق في التصرف، ولكن للتعويض العيني أنواع و صور أخرى تختلف بإختلاف حالات التعسف يمكن ذكرها في قسمين[1]:

✓ **النوع الأول:** في التصرفات القولية

ويقصد بها العقود التعسفية مثل : نكاح التحليل ، وصية الضرار، الهبة الصورية قرب نهاية الحلول لإسقاط الزكاة وغيرها ولقد رتبت الشريعة الإسلامية عليها جزاء يتمثل في إحدى الصور التالية :

1- إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب أثار عليه، كما في نكاح التحليل عند جمهور الفقهاء ووصية الضرار، والطلاق البائن في مرض الموت ومنه الخلع و الهبة الصورية قرب نهاية الحلول لإسقط الزكاة.

2- إجبار الممتنع عن إستعمال حقه بإستعماله: كما في إجبار الولي على تزويج المولى عليها إذا عضلها عن الزواج، وما هو ملاحظ من المثال هو يمكن أن نسمي هذا الجزاء إزالة الضرر عملا بقاعدة " الضرر يزال "

3- سلب الحق من صاحبه: كما في سلب الولاية من الوالي الممتنع من تزويج المولى عليها من الكفء و قيام القاضي بتزويجها[2]، وكذلك حرمان السفيه من التصرف في أمواله.

✓ **النوع الثاني:** في التصرفات الفعلية

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

[1] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص288.

[2] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص288-290.

- المنع من مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع: إذا كان في إستعمال حق الضرر بالغير فقد بين الشارع الحكيم أنه يجب منع الإنسان من إستعمال حقه قبل وقوع الضرر، إذا كانفي إستعماله لحقه ضرر مباشر، فيمنع المالك من التصرف بملكه إذا ترتب عليه ضرر فاحش بجاره .

وبهذا فإن الجزاء العيني في التصرفات الفعلية يمنع قبل وقوعه إن أمكن ذلك منعا لتفاديه إما إذا وقع فعلا فيجب إزالته و يتحمل الضرر صاحب الحق المتعسف فيه وفقا لمبدأ الموازنة بين المضار و عملا بقاعدة " الضرر الأشد يزال بالأخف "و قاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"[1]

ب- **الجزاء التعويضي** : إذا تعذر التعويض العيني يلجأ التعويض المالي فهو جزاء من جزاءات التي تلحق بصاحب الحق المتعسف في إستعماله سواء كان ضرر مادي أو أدبي فحتى هذا الأخير يمكن تعويضه بالنقل، وهذا ما جاء في نص المادة 132 من ق م ج والتي جاء فيها مايلي: " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

و يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع."

فهو تعويض مالي محض كما لحق المضرور من إساءة إستعمال الحق من ضرر سواء كان ماديا أو معنويا فالعقوبة التي تصيب مال الشخص كالغرامة و المصادرة[2].

[1] جميل فخري محمد جانم،متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، بدون طبعة، دار الحامد، الأردن، 2009، ص189.

[2] بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق،ص167.

ت- **الجزاء التعزيري:** يجوز للحاكم أن يعزز كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر في الشرع ، سواء كانت تلك المعصية تتعلق بحقوق الله عز وجل كترك الصلاة أم تتعلق بحقوق العبادة كمن يؤذي جاره فهذا الجزاء إذ يقصد به العقوبات المقررة على جرائم لم تضع الشرعة لها عقوبة مقدرة .

وقد ترك الشارع لها عقوبة محددة وهذا الأمر يصبح موكل إلى القاضي بحسب ما يراه مناسب وفق سلطة التقديرية والأفعال التعسفية تندرج تحت المنكرات و الأفعال المحضورة ، ويختلف تقدير العقوبة بحسب الأشخاص و الظروف المحيطة بهم[1].

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية التعزيز على من إستعمل حقه إستعمالا تعسفيا من أجل ردع الجاني ، ومنع كل من تسول له نفسه في إستعمال حقه بقصد الإضرار بالآخرين و نجد ذلك في أقوال الفقهاء و أفعال الصحابة .

1- مارواه أنس أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان إذا أتى برجل طلق إمرأته ثلاثا أوجع ظهره ضربا و كأنه أخذ تحريمه من قول رسول الله ﷺ "أيلعب بكتاب الله "

2- ماجاء في الإختبار للتعليل المختار في تعزيز المحتكم لقوله " إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن الإحتكار أي القاضي فأن رفع إليه ثانية حبسه دفعا للضرر عن الناس[2] " و يعاقب من تزوج إمرأة بنية تحليلها لزوجها الأول فإن قام النكاح على شرط التحليل مع علم الشهود عوقب الزوج و الولي و الشهود تعزيرا .

الفرع الثاني: الجزاء الأخروي

[1] جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق،ص190.

[2] فتحي الدريني،المرجع السابق،ص290-291.

هو ترتب الإثم والعقاب في الأخرة على المتعسف و ذلك إذا ثبت قصد الإضرار و التحايل على أحكام الشريعة و هو جزاء إختصت و إمتازت به الشريعة الإسلامية و يعرف بالجزاء الأخروي على البواعث أو النبات غير المشروعة، وذلك للبعد الديني الذي تنصبغ به أحكامها، لأننا كما رأينا فإن الحق في الإسلام مصدره هو الحكم الشرعي النابع من خطاب الله عز وجل[1].

و التعسف في إستعمال الحق فعل غير مشروع لأنه إما أن يكون عملا ناقض به قد الشارع أو عمل نشأ عنه إضرار بالغير وكلاهما ممنوع شرعا ، فإن تعسف صاحب الحق في إستعمال حقه، يكون قد إرتكب محضورا أو منهيا عنه و يترتب عليه إثم كبير وعقوبة شديدة في الآخرة، وهو جزاء ملهم لإستقرار المجتمع لأنه في بعض الأحيان لا يمكن إثبات التعسف أمام القضاء، فيبقى الجزاء الأخروي يردع صاحب الدين المؤمن من التعسف[2].

لأن المؤمن لا يرتدع عن إرتكاب المحضور خوفا من السلطة الحاكمة و العقوبة الدنيوية، و إنما يرتدع خوفا و خشية من الله عز وجل فالله لا تخفى عليه خافية في الأرض أو في السماء و لن يستطيع الإنسان أن يفلت من العقاب و سيلقى جزاء عمله لقوله تعالى " **فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ** " ولذلك فالمؤمن صاحب الدين و الخلق يترك التعسف الذي نهى عنه لمقصدين.

- **الأول:** إرضاء الله عز وجل بطاعته فيما أمر و إجتناب ما نهى عنه .
- **الثاني:** الخوف من العقوبة في الآخرة

[1] جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق،ص193.

[2] فتحي الدريني،المرجع السابق،ص291.

وهذان المقصدان يرتبط كل منهما بالآخر ليقوم عليهما مجتمعين مقتضى الإيمان بالله عز وجل ، فإن لم يردعه دينه و إيمانه من التعسف ، كأن في الجزاء الأخروي ما يهدأ نفس المتضرر و يبعث فيه الطمأنينة بأن التعسف لن ينجو من عذاب الله يوم القيامة مثال ذلك: خلع المريضة مرض الموت بقصد إضرار زوجها و حرمانها من الميراث تعسفا في إستعمال حقها في الخلع يترتب عليه الإثم .

و الجزاء الأخروي، فضلا عن الجزاء الدنيوي، الذي هو هنا توريثه منها، و ذلك لأن الشريعة الإسلامية، ترتكز على عقيدة دينية تجعل لفكرة الحلال و الحرام المنزلة الأولى في أحكامها و من ثم تضع القواعد الملزمة و القرآن الكريم لم يولى عناية لبيان حكم و تفصيله ومنع التعسف فيه و الظلم و الإضرار كما فعل في موضوعات الأحوال الشخصية[1].

وفي الطلاق على وجه الخصوص، و الخلع نوع من أنواع الطلاق ترغيبا و ترهيبا حتى أنه بين الحكم من أحكام الطلاق بكلمات معدودات ثم بكلام طويل مرغبا في إلتزام ذلك الحكم و محذرا من التعسف فيه .

أما الترغيب فلم تتكرر آيات مناداه المؤمنين و منادتهم بإسم الإيمان و حثهم على العمل بمقتضاه و بمقتضى تقوى الله و الإحسان و بمقتضى نعمة الله على المؤمنين، كما تكررت في مواضع بيان أحكام الطلاق و أمثلة كثيرة منها الآيات: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا** " ، " **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآَخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ**

[1] فتحي الدريني،المرجع السابق،ص291-292.

دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ "[1]، " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "[2]،" وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ "[3] ،" 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 ذَلِكَ أَمْرًا (2) فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا "[4] ، " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " ، " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَعْرُوفٍ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " [5].

و كذلك الترهيب لم يتكرر ، بهذه القوة و التتابع و الشدة كما تكرر في أيات الطلاق الأيات : " **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**

[1] سورة الأحزاب، الآية 49.

[2] سورة البقرة، الآية 231

[3] سورة البقرة، الآية 237

[4] سورة الطلاق الآيتان 2 و 3

[5] سورة البقرة 236– 240

فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ " [1]، **" فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230) وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَةَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "**[2]، **" 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 ذَلِكَ أَمْرًا "**[3].

و كأن المعنى في ذلك، تحذير الناس إن خالفوا أوامر الله تعالى في الطلاق أن يصيبهم مثل ما أصاب قبلهم و السبب في هذه العناية الشديدة ترغيبا و ترهيبا، أن المضارة في الطلاق عامة و في الخلع خاصة أمر خفي بين الزوجين يتعذر إثباته ، أمام القضاء لينصف المظلوم من الظالم و غالبا ما تشغل المرأة حق الخلع لغير ما شرع له، ومن العسير أن تثبت تعسفها فيه أمام القضاء، لأنها قد تدعي ما تشاء، و حتى لو يثبت تعسفها فإن طلاقها بمقابل المال أو ما يسمى بالخلع ينفذ في الغالب و تترتب عليه أثاره و مضاره ، وإن كان الشارع الحكيم قد خفف من هذه المضار بفرض الجزاء الدنيوي أو بدل الخلع[4].

[1] سورة البقرة الآية 229

[2] سورة البقرة الآية 231

[3] سورة الطلاق الآية 01

[4] العربي مجيد،نظرية التعسف في إستعمال الحق و أثرهافي أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية أصول الدين، الخروبة الجزائر،2001-2002، ص134-135.

إلا أن المضار سيبقى منها أثار لا تزول مدى الدهر و لذلك جاء الجزاء الأخروي و التشديد فيه ليردع من تسول أنها نفسها إساءة إستعمال حق الخلع ، وذلك بالإضافة إلى أهمية الأسرة و ضمان إستمرارها ونضيق سبل هدمها و أسباب إنتهائها و في ذلك قال رسول الله ﷺ " إنما إمرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة " فلقد حرمه رسول الله صلى عليه وسلم على المرأة طلب الطلاق من غير بأس و جزائها الأخروي للمرأة المتعسفة في إستعمال حق الخلع .

و مما سبق يظهر لنا أن الشريعة الإسلامية إعتنت بالأسرة و منعت التعسف في إستعمال حق إنهاء الرابطة الزوجية و بتهديم هذا الكيان المقدس و رتبت على ذلك جزاء دنيوي يختلف بإختلاف صور وقوع التعسف ويكون عينيا أو ضمانا و في حالة عدم إمكانية إثبات الضرر في الدنيا فإن الله عز وجل لا يخفى عليه أمر في الأرض و لا في السماء و يعلم ما في القلوب لذلك فإنه سيوقع الجزاء الأخروي على المتعسف في إستعمال حقه عامة و على المرأة المتعسفة في إيقاع الخلع[1].

المطلب الثاني: جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الفقه القانوني

إذا إستعمل الشخص حقه في إستعمال غير مشروع ، يكون بذلك قد إبتعد عن الهدف الذي منح من أجله هذا الحق في القانون منح الشخص المتضرر أن يطلب التعويض من صاحب الحق فهذا التعويض ، يمثل الجزاء على التعسف في إستعمال الحق عن الأضرار المترتبة عليه وقد ذهب بعض الفقهاء في بادئ الأمر إلى إقتصار هذا التعويض على التعويض النقدي وحده دون التعويض العيني إستنادا إلى كون النقود مقياس القيم ومن ثم كفاية لجبر الأضرار المادية و شافية للأضرار المعنوية و بدعوى أن التعويض العيني يفترض عملا داخل حدوده الحق و مضمونه و لكن هذا الرأي لم يلقى تأييد

[1] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار إبن حزم، طبعة1، 1998، بيروت، ص207.

من الفقه أو القضاء فأستقر الرأي على القول بالجزاء التعويضي ومن جهة أخرى فإنه في نظرية التعسف في إستعمال الحق فقد يقع الجزاء قبل وقوع الضرر و هو ما يسمى بالجزاء الوقائي[1].

الفرع الأول : الجزاء التعويضي

هو الصورة العلاجية للتعسف عامة و لتعسف حق الخلع خاصة بعد وقوعه، و يتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، و الأصل في جزاء التعسف عن الضرر الذي لحق به و الذي تم تسميته ببدل الخلع في إستعمال حق الخلع في قانون الأسرة الجزائري فقد نص المشرع الجزائري في المادة 132 ق م ج " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، و يصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا. و يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور[2]، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع ."

ومن هنا يتضح لنا أن التعويض هو جزاء المسؤولية التقصيرية و غالبا ما يكون تعويضا نقديا وإن كان يجوز أن يتخذ شكل التعويض العيني أو التعويض غير النقدي[3].

[1] مهند وليد حداد–خالد وليد حداد، مدخل لدراسة علم القانون، نظرية القانوننظرية الحق، الطبعة1، مؤسسة الوراق للنشروالتوزيع، الأردن، 2008، ص106.

[2] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص72.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص73.

1) **المقصود بالتعويض النقدي:** هو عبارة عن مبلغ من النقود معين يعطي دفعة واحدة و لكن إذا إقتضت الظروف غير ذلك فللقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط حيث أخذ المشرع الجزائري في تقديره لبدل الخلع في المادة 54 ق أ ج بما لا يتجاوز صداق المثل وبما أن الصداق يصلح أن يكون نقديا فإن بدل الخلع يمكن أن يكون نقدا .

2) **أما التعويض العيني:** فهو الوفاء بالإلتزام عينا وهو يكثر في نطاق الإلتزامات العقدية أما في المسؤولية التقصيرية فهو نادر الوقوع وهذا النوع من التعويض لا يصلح أن يكون تعويضا عن الخلع .

3) **أما التعويض غير النقدي:** فيكون من دون عوض ملموس كأن يحكم القاضي في جرائم السب والقذف، ينشر إدانة المدعى عليه في الصحف، ويعتبر هذا النشر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصلب المدعى وهذا ما قصده المشرع في قوله بالمادة 132 ق م ج ...أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالعمل غير مشروع، و هذا النوع من التعويض يكون كتعويض عن التعسف في المخالعة، لكن المشرع الجزائري لم يأخذ به و إكتفى بقوله بمالا يتجاوز قيمة الصداق المثل أي قيمة الصداق المثل أي قيمة الصداق تكون تعويضا عن الخلع و أن هذا التعويض واجب على الزوجة المخالعة سواء تعسفت أم لم تتعسف و طرق تقديره تكون بإتفاق الأطراف و في حالة عدم الإتفاق تكون عن طريق القضاء بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل و هذا التعويض الذي يسمى ببدل الخلع ليس تعويضا على التعسف لأنه بحكم به في جميع حالات الخلع دون إستثناء و لم يراع فيه طرق التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف[1].

[1] منصوري نورة، المرجع السابق، ص153.

الفرع الثاني: الجزاء الوقائي

إن الجزاء على التعسف لا يقتصر على الجزاء العلاجي فقط بل يتمثل في الجزاء الوقائي أيضا و هو جزاء يمنع إبتداء الإستعمال التعسفي للحق و يحول دون وقوع الضرر أصلا، لذلك فإن وجوب التعويض لا ينفي بقية الإجراءات التي يستطيع المتضرر بمقتضاها أن يمنع حصول الضرر قبل وقوعه أو يوقف هذا الضرر الذي سيد صاحب الحق أو بطلب إعادة الحال إلى ما كان عليه فهذا الجزاء يميز نظرية التعسف في إستعمال الحق و يهدف إلى منع صاحب الحق من إستعمال حقه إستعمالا تعسفيا قبل أن يترتب على هذا الإستعمال ضرار ما فيلتجأ صاحب الحق إلى القضاء مطالبا بالإعتراف بحقه و حمايته و تمكينه من إستعماله، هنا يتأكد القاضي قبل إجابه طلب المدعي من وجود الحق من جهة و من أن الإستعمال المرجو منه لا يحمل معنى التعسف من جهة أخرى.

ويرفض القاضي طلب صاحب الحق إذا كان يتسم بالعنف ويترتب على ذلك منع الإستعمال التعسفي أصلا: و مثال ذلك أن المؤلف لا يستطيع سحب مصنفه إذا كان قد تصرف في حق إستغلاله ماليا ألا بعد الحصول على إذن المحكمة إذا طرأت أسباب خطيرة تبرر ذلك[1] و أمثلة ذلك أيضا ما ذهبت إليه المادة 1141 من القانون المدني الأردني حيث نصت على أنه " إذا أحدث شخص بناء أو غرسا أو منشآت أخرى من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره يزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات أن يمتلك الأرض بثمن مثلها ، وإذا كانت قيمة الأرض لا تغل عن قيمة المحدثات كأن لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة "[2].

[1] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص74.

[2] أبو رحمة، مذكرات إيضاحية لقانون المدني الأردني، الطبعة2، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1985، ص68

وفي ختام بحثنا المتواضع والذي تطرقنا فيه لمسألة تعسف الزوجة في إستعمال حقها في الخلع إتضح لنا أن الخلع حق مقرر شرعا و قانونا للزوجة، وهذا شرع حتى لا يكون هناك إرغام لها على العيش مع الزوج الذي أصبحت تبغضه و تخاف ألا تقيم حدود الله معه، إلا أنه إستعملت هذا الحق بطريقة تعسفية بأن يكون الهدف من الخلع هو الإضرار بالزوج أو يكون الخلع لأسباب غير مشروعة أو يكون الضرر الحاصل من جزاء الخلع للزوج أشد و أكبر من الفائدة التي حصلت عليها الزوجة وتقوم المسؤولية التقصيرية للحد من ظاهرة التعسف في إستعمال حق الخلع لجبر الأضرار التي أصيب بها الزوج سواء كانت أضرار مادية أو معنوية .

وإنطلاقا من هذا فإن النتائج المتوصل إليها من خلال بحثنا أن نظرية التعسف في إستعمال الحق و تطبيقها على حق الخلع لم تأت للحد من الحق في الخلع أو لتقييد الزوجة في إستعمال حقها و جبرها على العيش مع الزوج الذي تخشى أن لا تقيم حدود الله معه ، و إنما جاءت هذه النظرية للموازنة بين المصالح المتضاربة ، مصلحة الزوجة في ممارسة حق الخلع و مصلحة الزوج في عدم الإضرار به و المصلحة العامة في إستقرار المجتمع .

فحق الخلع لم يشرع ليكون وسيلة ضغط وطغيان بيد الزوجة تستعمله كيفما شاءت ، ووقت ماشاءت بسبب أو بدون سبب بطريقة تؤذي بها الزوج تحت غطاء إستعمال الحق ، بل شرع لتستعمله الزوجة دون الإخلال بواجبها إتجاه زوجها و أولادها خاصة و المجتمع عامة .

فالخلع مثله مثل بقية الحقوق مقيدة بعدم التعسف في إستعماله ، وهذا ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، فهناك توافق بينهما على منع التعسف في إستعمال الحق و توقيع الجزاء الدنيوي على المتعسف و بالمفهوم القانوني ما يسمى بالجزاء التعويضي ، رغم أن هناك

إختلافات شتى بين الشريعة الإسلامية والقانون فيما يتعلق بنظرية التعسف في إستعمال الحق نذكرها في النقاط التالية:

- نظرية التعسف في إستعمال الحق مصدرها الشريعة الإسلامية غير قابلة للنقاش ولا للتأويل وهو القرآن بينما مصدرها في القانون فهو عمل البشر نتيجة لزخم فكري و خاضع للتعديلات القانونية تبعا للتطورات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية.
- الفقه الإسلامي أعطى مفهوم دقيق للتعسف لا على سبيل الحصر، بحيث أن كل واقعة تنطبق معه تعتبر تعسفا عن طريق القياس ، في حين أن القانون ترك هذا العمل لإختلاف المذاهب الفقهية القانونية في وضع الأساس القانوني للتعسف في إستعمال الحق والذي بناءا عليه يتحدد التعريف و تتحدد المعايير .
- الشريعة الإسلامية جعلت مجال تطبيق التعسف شامل ينطوي على جل الحقوق و الحريات بينما القانون لم يتطرق إلى نطاق تطبيق النظرية و ترك الخلاف الفقهي حول هذا المجال بحيث هناك جانب من الفقه يجعل الحقوق وحدها مناطا لهذه النظرية بينما جعلها آخرون تسري على الحقوق و الحريات العامة بصفة شاملة .
- وسع الفقه الإسلامي في تقريره معايير التعسف على عكس القانون الذي حد منها وإختلف فيها .

الإقتراحات :

- على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على وجوب التعويض عن التعسف في الخلع نظير ماجاء به في المادة 52 ق أ ج في التعويض عن الطلاق التعسفي و كذلك عليه أن يبين كيفية تقدير التعويض ، و المعايير و الأسس المعتمدة في ذلك ،وهذا حفاظا على حقوق الزوجين المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

- إن المشرع الجزائري لم يفصل بين بدل الخلع الذي هو ركن في الخلع و التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف في إستعمال حق الخلع ، فعليه أن يتدارك هذا الأمر.
- تكوين قضاة على دراية الواسعة والكافية بشؤون الأسرة بوجه خاص وكذلك يجب أن يكونوا ملمين بأحكام الشريعة الإسلامية نظرا لإرتباطها بالقانون إرتباطا وثيقا طبقا للمادة 222 من ق أ ج.
- يتوجب على المشرع الجزائري إستكمال المادة 54 ق أ ج بمواد أخرى لتوضيح أحكام المخالعة المتعلقة بالزوجة الرشيدة والتي دون سن الرشد ، كذلك بأن لا يتعلق الخلع بحق من حقوق الأطفال و أن لا يكون مقابل الخلع حضانة الأطفال إلى غير ذلك التي يتوجب المشرع أن يوضحها في مواد قانونية واضحة تفاديا لتضارب الأحكام القضائية في المسألة الواحدة .
- تخصيص قانون إجرائي خاص بشؤون الأسرة حتى لايصعب على المتقاضين معرفة الإجراءات الواجب إتخاذها .
- على المشرع أن يسن قوانين أكثر صرامة لعلاج مشكلة الخلع ليحد من تفشي هذه الظاهرة كأن يلزم الزوجة المتعسفة في إستعمال حق الخلع بدفع تعويض عن الضرر اللاحق بالزوج مع خسارتها لكل حقوقها و الرفع من بدل الخلع الذي كان قد حدده المشرع في قانون الأسرة الجزائري بما لا يتجاوز صداق المثل .
- على المشرع تحديد معايير التعسف في المخالعة لضرورتها الملحة لمعرفة ما إذا كان الخلع تعسفيا أم لا ، وهذا لجبر الضرر و إلزام الزوجة بدفع التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذا التعسف .
- كما يؤخذ على المشرع الجزائري بإطلاق العنان للزوجة في مباشرة حقها في الخلع دون قيد ولا تفهم الأسباب مما يسبب أضرار في حق الزوج و خاصة الأولاد مما يؤدي إلى تشتيت الأسرة عوض المحافظة عليها و صونها من كل شائبة تهدد البنيان المرصوص للأسرة .

أولا: المصادر.

1- القـرآن الكريم.

2-كتب الحديث و التفسير:

- أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج2، دار المعرفة، بيروت.
- مالك إبن أنس، الموطأ برواية مصعب الزهري المدني، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- صحيح البخاري بشرح فتح الباري، دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد، ج13
- صحيح المسلم، الطبعة1، دار السلام، الرياض1419هـ، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل.
- الشيخ محمود متولي الشعراوي، فتاوي النساء، دار التوفيقية للتراث، القاهرة.

3- المعاجم والقواميس:

- إبن المنظور، لسان العرب، جزء9، دار صادر، لبنان، 2005.

4-الكتب:

- أبو رحمة، مذكرات إيضاحية لقانون المدني الأردني، الطبعة2، مطبعة التوفيق، عمان، الأردن، 1985.
- أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر و لاضرار في نطاق المعاملات المالية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007.
- إدريس فاضلي،الوجيز في نظرية الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة،الجزائر،2009.
- الإمام الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، جزء الثاني، دار المعرفة، لبنان.
- أنور سلطان، الموجز في نظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، 1998.

- بن زيطة الهادي، التعويض عن الضرر المعنوي في ق أ ج دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007
- بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في إستعمال الحق عند الإمام الشاطبي (مبناها، ومعناها)، الطبعة الأولى، دارإبن حزم، لبنان،2009
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ج2، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008.
- باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، طبعة 2012، دار الهدى، الجزائر.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء1، الزواج والطلاق، طبعة3، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون جزائر،2004
- جميل فخر الدين جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن،2009
- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، بدون طبعة، دار الحامد، الأردن، 2009.
- خليل عمرو، إنحلال الرابطة الزوجية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، بدون طبعة، دار الهومة لطباعة، الجزائر،2013.
- معن الخليل، علم الإجتماع الأسرة، بدون طبعة، دار الشروق للطباعة و النشر(ب.م.ن)،1994.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح قانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2011
- منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى ، طبعة2012.

- منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية، الطبعة1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،2008

- مهند وليد حداد–خالد وليد حداد، مدخل لدراسة علم القانون، نظرية القانون نظرية الحق، الطبعة1، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، الأردن،2008

- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2007.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء1، طبعة3، منشورات الحلبية حقوقية، بيروت، لبنان،1998.

- عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار إبن حزم، طبعة1، 1998، بيروت.

- فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1977.

5- الرسائل و المذكرات:

- عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في إستعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة الدكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، قسم العدالة الجنائية كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.

- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه قانون خاص، تلمسان، 2010 .

- العربي مجيد، نظرية التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير،كلية أصول الدين، الخروبة الجزائر،2001-2002

- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير حقوق، جامعة ملود معمري، 2014.
- عبد الرحمن المجوبي، التعسف في إستعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- أبو بكر الدين إيمان –بلعزلة خديجة، التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج ماستر قانون أعمال، دفعة 2016، جامعة 08 ماي 1945.
- بريكي حجيلة، التعسف في العدول عن الخطبة، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون خاص، جامعة آكلي محند، البويرة، 2013.
- حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.
- مداح سيد علي، التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج ماستر عقود مسؤولية، دفعة 2016، جامعة عمار ثليجي.

6- المقالات:

- ليندا حامد ملكاوي، التعسف في إستعمال حق الولاية على المرأة بمنعها عن العمل وفق التشريعات الأردنية، دراسات علوم شريعة و القانون، المجلد 40، العدد1، 2013.

7- نصوص قانونية وقرارات المحكمة:

- قانون رقم 05-10 المؤرخ في20 جوان2005، يعدل ويتمم بالأمر75-58 مؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد44، الصادرة في 2005/06/26.

- قرار المحكمة العليا ملف رقم 1728 بتاريخ1988/12/21 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد3.

- قرار المحكمة العليا ملف رقم73885 بتاريخ 1991/04/23.

- قرار المحكمة العليا رقم 141262 بتاريخ 1996/07/30.

- قرار المحكمة العليا ملف103793 بتاريخ1994/04/19 نشرة القضاة ، العدد51.

إهداء

شكر و عرفان

المقدمة.....01

الفصل الأول : المقصود من التعسف في إستعمال الحق و الخلع في الفقه الإسلامي و القانون 07

المبحث الأول : مفهوم التعسف في إستعمال الحق.....08

المطلب الأول : تعريف التعسف في إستعمال الحق 08

الفرع الأول : المقصود من التعسف لغة.....08

الفرع الثاني : المقصود من التعسف إصطلاحا.....09

أولا : التعريف الفقهي.....09

1-القرآن الكريم 11

2-السنة النبوية 12

3-مبادئ الشرعية العامة والقواعد الفقهية.....12

ثانيا : التعريف القانوني (قانون المدني الجزائري).....13

المطلب الثاني : معايير و أسس التعسف في إستعمال الحق 16

الفرع الأول : أسس ومعايير التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية..16

1-أسس نظرية التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية.....16

2-معايير التعسف في إستعمال الحق في الشريعة الإسلامية 18

الفرع الثاني : أسس ومعايير التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري....22

1-أسس التعسف في إستعمال الحق في التشريع الجزائري.....22

المبحث الثاني : مدلول الخلع في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة.....24

المطلب الأول : مفهوم الخلع في الشريعة الإسلامية.....25

الفرع الأول : تعريف الخلع.....25

أولا : التعريف اللغوي للخلع 25

ثانيا : التعريف الإصطلاحي للخلع 25

الفرع الثاني : مشروعية الخلع.....27

المطلب الثاني : الخلع في قانون الأسرة 28

الفرع الأول : مرحلة الخلع بعد صدور قانون الأسرة سنة 1984.....28

الفرع الثاني : الخلع في ظل قانون الأسرة بعد تعديل 2005 31

الفصل الثاني : نظرية التعسف في إستعمال الحق على واقعة الخلع.....34

المبحث الأول : تطبيق معايير التعسف في إستعمال الحق في الخلع.....35

المطلب الأول : معايير التعسف في استعمال الحق في الخلع.....35

الفرع الأول : المعايير الذاتية أو الشخصية.....35

الفرع الثاني : المعايير الموضوعية أو المادية.....36

المطلب الثاني : الضرر الناتج عن التعسف في إستعمال حق الخلع.....37

الفرع الأول : تعريف الضرر و أنواعه.....37

1-تعريف الضرر.....37

2-أنواع الضرر.....38

الفرع الثاني: شروط الضرر وإثباته.....44

المبحث الثاني : جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع 47

الفرع الأول : جزاء الدنيوي.....47

الفرع الثاني : الجزاء الأخروي.....51

المطلب الثاني : جزاء التعسف في إستعمال حق الخلع في الفقه القانوني.....55

الفرع الأول : الجزاء التعويضي.....56

الفرع الثاني : الجزاء الوقائي.....57

خاتمة.....60

قائمة المصادر و المراجع.....65

الفهرس.....71

الفهـرس

قائمة المراجع

الفصـــل الأول

التعريف بالتعسف في إستعمال الحق والخلع في الفقه الإسلامي و القانون

الفصـــل الثانـــي

نظرية التعسف في إستعمال الحق على واقعة الخلع

مقدمة

الخاتمة