

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي نور البشير - البيض
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



حالات التعسف في استعمال الحق في فك الرابطة الزوجية

مذكرة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف الأستاذ:

*بواب بن عامر

من إعداد الطلبة:

✓ ميلودي مليكة

أعضاء لجنة المناقشة

<u>الاسم و اللقب</u>	<u>اسم المؤسسة الجامعية</u>	<u>الصفة</u>
هنان علي	المركز الجامعي البيض	رئيسا
بواب بن عامر	المركز الجامعي البيض	مشرفا ومقررا
مشكور مصطفى	المركز الجامعي البيض	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022 – 2023

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر وعرفان

أول ما نبدأ به كلامنا الحمد لله والشكر لله الذي وفقنا لإتمام هذا
البحث وألهمنا الصبر والقوة على كل الصعاب التي صادفت طريقنا ،
والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، أما بعد:
من لا يشكر الناس لا يشكر الله ، نتقدم بأسمى كلمات الشكر والإمتنان
للدكتور " " بواب بن عامر " "
الذي أشرف على هذا العمل وعلى كل التوجيهات والتعليمات التي قدمها
لنا والتي ساهمت في إثراء هذا البحث ، بالإضافة إلى الأساتذة الكرام
أعضاء لجنة المناقشة ...
كما نتقدم بجزيل الشكر والعرفان لجميع أساتذة معهد الحقوق
والعلوم السياسية

جزاكم الله خيرا على كل ما قدمتموه لنا ولي غيرنا من طلبة العلم....



أهداء

الحمد لله الذي ما انتهى درب ولا ختم جهد ولا تم سعي إلا بفضلله

بعد الحمد لله عزوجل وتمام فضلله ، لكل بداية نهاية وها أنا أقف على

عتبة باب التخرج بعد اتمام سنوات من الجد والمثابرة للوقوف وأخيرا

على ما سعيت لأجله

أهدي هذا العمل المتواضع إلى عائلتي الكريمة

وكل من ساعدني من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل ولو بنصيحة أو ابداء رأي

أوتذكير

مليكة

قائمة المختصرات:

ط:	الطبعة.
ص:	صفحة.
ج:	جزء
ص. ص:	من الصفحة إلى الصفحة
ج. ر. ج. ج. ج.:	الجريدة الرسمية جمهورية جزائرية
د. س. ن:	دون سنة النشر
ق. م. ج:	القانون المدني الجزائري.
ق. أ. ج:	قانون الأسرة لجزائري
غ. أ. ش.	غرفة الأحوال الشخصية

مقدمة

تعتبر الأسرة أساس المجتمع، و بها تنهض الأمة، فإذا صلحت صلح المجتمع، فهي تعكس صورة الزواج الصحيح المبني على الأسس المتينة منها المودة و الرحمة بين الزوج و الزوجة، لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقُرُونَ." سورة الروم 21، ولدوام الرابطة الزوجية، يجب أن يكون الاحترام متبادل بين الزوجين، فقد لا يلتزم أحد الطرفين في أداء حقه على وجه كامل اتجاه غيره قبل إبرام عقد الزواج أو بعده، فيضر غيره وبالتالي يقع في دائرة التعسف. حيث أن نظرية التعسف نظرية غير جديدة، تجد أساسها في الفقه الإسلامي، فالتصرف أيًا كان منشأه، لابد أن يحقق المصلحة الشرعية المقترنة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فيكون التصرف مطابقا لما شرع له وبما يضمن تحقيق المصلحة المتوخاة منه، فإن كان التصرف سيرتب ضررا بالغير أو مصلحة غير مشروعة، كان هذا التصرف تعسفا لابد من درئه إذ لا ضرر و لا ضرار .

ولعل من أخطر الحقوق وأهمها والتي يترتب على سوء استعمالها أضرار بالغير، هي الحقوق المتبادلة داخل الأسرة، وهذه الأخيرة أساس تكوينها هو عقد الزواج، الذي يعتبر من أسمى العقود وأهمها وأقدسها فسمي في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ، لقوله تعالى: " وَ أَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا " .

إلا أن هذا الميثاق الغليظ قد يتعرض للفشل و يعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه بأي سبب من الأسباب وبذلك تختل العلاقة الزوجية بين الزوجين و تحل الفجوة محل المودة ويصبح التنافر هو المحتكم فيكون الطلاق هو الأولى، فالطلاق إذن حق و ضرورة أجاز اللجوء إليها كل من الشرع و القانون في حال تعذر الحياة الزوجية و قد يتعسف الزوجين في استعمال هذا الحق .

وبهذا فإن البحث في حالات التعسف في استعمال الحق في فك الرابطة الزوجية يفرض علينا دراسة الإطار المفاهيمي لنظرية التعسف في استعمال الحق و ذلك بتبيان نشأة هذه النظرية و معاييرها و الجزاء المترتب عن التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري و مدى ارتباط هذا التعسف بمسائل الأحوال الشخصية خاصة منها ما يتعلق بفك الرابطة الزوجية و تعسف الزوجين في استعمال هذا الحق وذلك إما عن طريق

الطلاق بالإرادة المنفردة و المتمثل في الطلاق التعسفي و التطلق إذا توفرت أسبابه أو عن طريق التعسف في الخلع .

و لعل من أهم الدوافع و الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هو :

-الميل لقانون الأسرة الجزائري لارتباطه الوثيق بحياتنا اليومية.

-ارتفاع نسبة انحلال الروابط الزوجية في المجتمع والرغبة في معرفة العلة في ذلك

-كثرة استعمال التعسف قبل وبعد إبرام عقد الزواج

- تمادي الطرفين في استعمال حقوقهما بشكل مطلق في انحلال عقد الزواج

- انتشار ظاهرة التطلق و الخلع في المحاكم الجزائرية

و بناءا على ما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية : ما هي الحالات التي يتعسف فيها كل من الزوجين في استعمال حقوقهما في فك الرابطة الزوجية ؟

الأسئلة الفرعية :

يمكن طرح الإشكاليات التالية :

- ماهي الحدود التي يتخدها صاحب الحق لعدم تجاوز حدوده في استعمال حقه؟

- ماهي صور الطلاق التعسفي و آثاره؟

- ماهي صور التعسف في كل من الخلع و التطلق ؟

و تكمن أهمية اختيار الموضوع فيمايلي :

- يعتبر هذا البحث جزء من جزئيات المعرفة الواسعة.

- نظرية التعسف تشمل كافة المجالات والميادين، وتطبيقاتها واسعة ومتعددة، تشمل

كل فروع القانون.

- ضرورة الموازنة بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة في حالة استعمال الفرد

لحق من حقوقه.

- نظرية التعسف لها جزاء وقائي يحمي الحقوق قبل الاعتداء عليها، و جزاء تأديبي يحميها بعد الاعتداء على هذه الحقوق .

الدراسات :

من أهم الدراسات السابقة التي اعتمدنا عليها في موضوع الدراسة ما يلي:
-عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار .الفكر، الأردن، 2007
سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسع والتضييق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم القانونية، قادة بن علي، قسم قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة .الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس ، 2019

المنهجية :

تقتضي في مثل هذه الدراسات ضرورة إتباع المنهج الوصفي و التحليلي ، لقد تعرضنا في هذا البحث إلى الجانبين الفقهي و الجانب القانوني لأن المادة الأولية التي تكون منها قواعد الأحوال الشخصية هي أحكام الشريعة الإسلامية لهذا لا يمكن الدراسة والمقارنة بالجانب القانوني فقط من غير التطرق إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

و للإجابة على اشكالية التالية قسمنا الموضوع إلى مايلي :

الفصل الأول الإطار المفاهيمي للدراسة و قسمناه إلى بحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق و في المبحث الثاني معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عنه.

الفصل الثاني الإطار العملي للدراسة و قسمناه إلى بحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى حالات التعسف في الطلاق و المبحث الثاني حالات التعسف في الخلع .

الفصل الأول

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدراسة

تمهيد و تقييم

إن نظرية التعسف وجدت في الشريعة الإسلامية و هي نظرية قديمة قدم الشريعة الإسلامية لأن مبادئ الشريعة الحث على العدالة فالعدالة هي من أساسيات الشريعة ، وهذه النظرية لا بد لها من ضوابط تضبطها لمعرفة إن كان في هذا الأمر تعسفا أم لا¹

و التعسف مرتبط بفكرة الحق وطبيعته و نقطة البدء التي ننطلق منها في بيان هذا الارتباط هو تقرير طبيعة الحق في الفقه الإسلامي فقد تبين لنا أن الشريعة الإسلامية هي أساس الحق و منشؤه أي أن الحق إنما نشأ بحكم الله و منحة منه تعالى ، و يترتب على هذا أن الحق ليس صفة طبيعية للإنسان حتى يكون مطلقا و غاية في ذاته يتصرف فيه صاحبه بمطلق رغبته و مشيئته و لو أضر بغيره فمصدر الحق في الفقه الإسلامي ليس ذات الإنسان بل الشريعة هي التي أنشأت الحق و هو مقيد بما قيدته الشريعة و عليه ليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع و في الحدود المرسومة²

و قد قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق و في المبحث الثاني معايير التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عنه.

¹ الدكتور جميلة عبد القادر الرفاعي ، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون ، شبكة الالواح الإلكترونية مؤنة للبحوث والدراسات ، المجلد العشرون ، العدد الثالث 2005 ، ص 231.

² فتحي الديري ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة سوريا

1967 ، ص 79

المبحث الأول: ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق

تجد نظرية التعسف في استعمال الحق مصدرها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فهذه الأخيرة تعتبر من المعالم البارزة للفقه الإسلامي¹

إذ قد وجدت في الشريعة الإسلامية قبل ظهورها في الشرائع الغربية الحديثة بنحو ستة قرون²

فإنه عز وجل يمنح لكل شخص مجموعة من الحقوق كالحق في الحياة والحق في الملكية، وذلك بغرض تحقيق المصالح المقصودة من وراء هذا المنح، لكن بالرغم من ذلك إلا أن هذه الحقوق ليست حقوق مطلقة بل تعتبر حقوق مقيدة، فالشخص لا يمكن له أن يستعمل حقوقه إذا كانت فيه مضرة للغير، أو كانت تهدف لتحقيق مصلحة غير مشروعة، فكما يقول الإمام الشاطبي حقوق الغير محافظ عليه شرعا.

المطلب الأول: تعريف نظرية التعسف في استعمال الحق

لم يكن لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تظهر إلى الوجود إلا بعد تطور مفهوم فكرة الحق، إذ لم يعد لصاحب الحق مطلق الحرية في استعماله كما يشاء، بل أصبح مقيدا بالغاية التي شرع الحق لأجلها، حيث قبل الوصول إلى هذا المفهوم المتطور لفكرة الحق، ظل الناس ولفترة طويلة معتقدين أنصاحب الحق هو السيد المطلق الذي يستطيع أن يفعل ما يشاء وذلك ضمن القوانين والأنظمة، وجاءت الثورة الفرنسية ورسخت ذلك خاصة بعد صدور القانون المدني سنة 1804، إذ اعتبر الفقهاء أن الحقوق المعترف بها قانونيا هي مطلقة، إلى أن جاء الفقيهين الكبيرين من أعلام الفقه الفرنسي هما سالي (saleilles) و

¹ شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق (طبيعته ومعاييره في الفقه والتشريع والقضاء)، دار الشروق، مصر،

2005، ص 522

² مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني (الالتزامات، في الفعل الضار، في المسؤولية المدنية)، المجلد الأول، ط 2 د.د.ن، القاهرة، 1992، ص 357.

جوسران (Josserand) ، وحملوا لواء هذه النظرية حتى استقرت بواقع ملموس في كلمن شروح الفقه واجتهادات القضاء.¹

وقبل ذلك كان لهذه النظرية جذور ضاربة في الفقه والتشريع الإسلامي، وتجلت في العديد من كتب الفقه فكانت بذلك الشريعة الإسلامية سباقة للفكر الغربي في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الأول: تعريف الحق

لغة: الحق في اللغة العربية يشمل عدة معاني ويعرف مقصوده حسب المكان الذي يذكر فيه ومن معاني الحق ما يلي:

² "وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ": الحق: نقيض الباطل، لقوله تعالى

"بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذَا هُوَ زَاهِقٌ وَلَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ"³ ولقوله أيضا الحق: يقال فلان حقيقي، بمعنى خليق وهو مأخوذ من الحق الثابت.

الحق: مصدر مؤكد به ونكره لزيادة التأكيد ، أي أنه أكد به المعنى ألزم طاعته الذي دل عليه، كما نقول: هذا عبد الله حقا ، أي نؤكد به .

ثانيا: تعريف الحق اصطلاحا:

اختلفت الآراء وتعددت الاتجاهات في تعريف الحق، لكونه من أكثر الأفكار التي تعرضت للجدل والاختلاف حولها: لذلك سوف نقتصر دراستنا حول الإشارة إلى التعريفات الراجعة لهذا المفهوم : فعند الأصوليين الحق هو : " حكم يثبت " أو ما يستحقه الرجل وقيل بأنه " اختصاص مظهر فيما يقصد له شرعا"

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي

الحقوقية، لبنان، 1998- ، ص 948

² سورة البقرة، الآية 41

³ سورة الأنبياء ، الآية 18

وعرفه جانب من الفقه المعاصر بأنه: صفة شرعية لها يفتقر الإنسان على تصرف والانتفاع بالأعيان المالية تصرفاً مشروعاً". وعرف الفقه الراجح الحق بأنه: " ما يثبت بـشرع الله تعالى أو للإنسان على غير وجه اللزوم¹

إلا أن هذا المعنى العام لا يضبط موضوع الحق بحدوده وغاياته ومضمونه، لذا وجد عدداً من المعاصرين قد ذكروا في شروحاتهم تعريفات للحق نذكر منها²

عرفه علي الخفيق: "كل عين أو مصلحة تكون لشخص بمقتضى الشرع ، له سلطة المطالبة بها، أو منعها عن غيره، أو بذلها في بعض الأحيان أو التنازل عنها"

وعند مصطفى الزرقاء " الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً"

عرفه عدنان البكاء: "بأنه علاقة اختصاصية يثبت بها الشرع سلطة على شيء في حدود معينة أو تسقط بالإسقاط"

عرفه الدريني: " بأنه اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء، أو اقتضاء أداء من آخر، تحقيقاً لمصلحة معينة"³

ثالثاً: تعريف الحق قانوناً

التعريف القانوني للحق، ثلاثة اتجاهات: شخصي، واجتماعي، وثالث شخصي اجتماعي، ينقل السيد الشيرازي في الحق الشخصي عن بعضهم القول: أن الحق ليس إلا سلطة أو القدوة الأساسية المعطاة لشخص في نطاق المعلوم فهو إرادة يحميها القانون، أو حسب الباحث الفرنسي سافيني: الحق قدوة أو سلطة إرادية.

أما في الحق الاجتماعي أو الموضوعي عرفه القانوني إيهرينج بقوله: " الحق مصلحة يحميها القانون"

1 طارق عفيفي صادق أحمد، نظرية الحق، الطبعة الأولى، أعلى مكتبة الأنجلو، القاهرة ، 2016 ، ص 12

2 عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، الأردن، 2007، ص 13

3 جمال شديد علي الخرباوي ، حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، ط 1، المركز القومي للإصدارات

القانونية ، 2011، ص 12

أما الاتجاه الثالث الشخصي الاجتماعي يقال إن الحق والمصلحة في آن واحد، وهذا ما نقرأه في التعريف التالي: "السلطة الموضوعية في خدمة المصالح ذات طابع اجتماعي تمارس إرادة مستقلة".

ويرى أنصار هذا الاتجاه المختلط أن الحق يعرف بالنظر إليه من خلال صاحبه و من خلال موضوعه أو الغرض منه على حد سواء، إن ما ذهب إليه أنصار المذهب المختلط في تعريف الحق وتحديد ماهيته، هو الجدير بالتأييد لسلامة الأساس القانوني قام عليه فكر و آراء أنصار هذا المذهب، كما يعتبر تعريف الحق بأنه: استئثار بقيمة معينة تمنح للشخص الطبيعي أو للشخص المعنوي بواسطة القانون والقانون ذاته هو الذي ينظم هذا الاستئثار ويحميه قاصدا من ذلك حماية مصلحة الفرد و المجتمع.

فتعريف الحق حتى يكون جامعا ثابتا، يجب أن يقوم على التوازن ومحققا له ويمكن تعريف الحق بأنه هو مركز قانوني مزدوج يتكون من عنصرين أحدهما شخصي ويتمثل في المزايا والمكّنات التي يخولها هذا المركز القانوني لصاحبه والثاني موضوعي يتمثل في القيود والحدود والضوابط التي يرسمها القانون لممارسة هذه المزايا والمكّنات الشخصية¹

الفرع الثاني: تعريف نظرية التعسف في استعمال الحق

لو أننا رجعنا إلى القانون الروماني لوجدناه لا يعترف بهذه النظرية لأنه يقوم على السلطة المطلقة و مع ذلك فقد وجدت بعض المسائل التي تحارب التعسف في استعمال الحق، أما القانون الفرنسي فقد وجدنا أن القضاء يطبق النظرية رغم عدم النص عليها في القانون المدني و ذلك لأنه ينتزع نزعة فردية، أما لو رجعنا إلى الكتب القديمة لما وجدنا نظرية التعسف في استعمال الحق بهذا الاسم فقد كان للفقهاء أسلوبهم و طريقتهم الخاصة في تدوين الفقه إذ كانوا يهتمون بالمسائل الفرعية و لم يعتنوا بالمفاهيم الكلية التي تتصل بموضوع معين في وقتنا الحالي²

1 جمال شديد علي الخرباوي، المرجع السابق، ص 13

2 الدكتور جميلة عبد القادر الرفاعي، مرجع سابق، ص 235

و بهذا تعرف نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية على أنها مناقضة قصد الشارع فيتصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل بمعنى أن يستعمل الشخص الحق الممنوح له شرعا على نحو يؤدي إلى الإضرار بالغير، وهذا ما نهى عنه وحرمه الشارع الحكيم، فالله عز وجل عند تقريره للحقوق فإنه كما أقر بالحقوق الفردية أقر أيضا بحقوق الجماعة، باعتبار أن غاية الشريعة الإسلامية في أصولها هي غاية مزدوجة تتمثل في رعاية المصلحتين، أي يجب على الفرد عند استعمال حقه مراعاة مصلحة الجماعة من خلال هذا التعريف يمكن أن نستنبط منه شرطين أساسيين هما:

- يجب ألا يكون هناك تناقض لقصد الشارع سواء كان بطريقة مقصودة أو غير مقصودة كأن يعتمد الشخص باستعمال حقه على وجه غير مشروع بقصد الإضرار بالغير.

- يجب أن يكون الفعل مباحا في الأصل فالأفعال غير المباحة شرعا تخرج من دائرة التعسف¹

أما قانونا :

عرف فقهاء القانون التعسف في استعمال الحق بتعاريف كثيرة، واختلفوا في ذلك، حيث نجد الفقيه

سالي (salie) عرفه: " يقصد به في غالبية الأحيان انتفاء الحق، وليس إساءة استعماله، وأن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلية في نطاق الحق المدعى به"²

حيث اعتبر التعسف خروج عن حدود الحق فهو من القائلين بعدم وجود التعسف في استعمال الحقوق

1عجمي زينة ، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته على ضوء الشريعة والقانون ، مذكرة تخرج نيل شهادة ماستر تخصص قانون خاص ، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2019-2020 ص 11-

12

2فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص - 314.

وفي مقابل ذلك عرفه الفقيه حسن كيرة بقوله "إن التعسف في استعمال الحق هو تخلف عن غاية الحق أو مناقضتها"¹

أي بمعنى أن التعسف في استعمال الحق هو موضوع مستقل عن مجاوزة الحق وأيضا من تعريفات الفقهاء للتعسف في استعمال الحق " انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق "

ويبقى كل فقيه يرى التعسف في استعمال الحق من زاوية خاصة، ولا يزال الفقه القانوني لم يحسم

التعارض ويتفق حول تعريف محدد للتعسف في استعمال الحق.

لمطلب الثاني: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول : أساس نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدر الحقوق وباعتبار هذه الأخيرة هي حقوق مقيدة، فإن هذا الأمر دفع فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تأسيس هذه النظرية على مجموعة الأسس، وعلى ذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى تبيان أهم الأسس التي تحكم هذه النظرية، وتتمثل في أن تكون المصالح معتبرة (أولا)، التكافل الاجتماعي (ثانيا)، مبدأ الخلافة الإنسانية (ثالثا)، الوظيفة الاجتماعية للمال (رابعا)، التوسط والاعتدال (خامسا) .

أولا- أن تكون المصالح معتبرة في الأحكام :

أباح الشارع الحكيم الحقوق من أجل تحقيق المصالح المنشودة والمقصودة من وراء هذا التشريع،

ومن أجل تفادي الشخص للتعسف فلا بد له أن يستعمل حقوقه وفقا لما يبتغيه الله عز وجل من وراء هذا المنح، وإذا كان غير ذلك كان الاستعمال المخالف لقصد الشارع باطلا، وفي

¹حسن كيرة، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط - 5، منشأة

المعارف، الإسكندرية، 1974 ، ص 763

هذا السياق يقول الإمام الشاطبي أن وضع الشرائع هو لصالح العباد في العاجل والأجل معاً¹

ثانياً - التكافل الاجتماعي:

يبني هذا المبدأ في الإسلام على أصول عامة وقواعد مستقرة خلقية وتشريعية، ومن شأن ذلك أن يخلق التوازن بين المصالح كما أنه ينظر للمجتمع على أنه كيان إنساني متواصل متراحم، وعلى ذلك فإن الإسلام أسس هذا المبدأ على مجموعة من الأسس منها مبدأ الرحمة²، لقوله تعالى " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ " ³

والرحمة هو كل ما يشعر به الإنسان في داخله يدفعه لم ا رعاة الغير، ويمنعه من إلحاق الأذى والضرر له، وهناك أيضا ما يعرف بمبدأ الأخوة الذي اقره الله عزوجل في القرآن الكريم كحقيقة ثابتة ودليل ذلك قوله تعالى " إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ " ⁴

يعتبر مبدأ الأخوة معيار لضبط تصرفات كل شخص اتجاه أخيه ويمنعه من الإضرار به، إضافة لهذين الأساسان أو المبدأن هناك أيضا مبدأ الولاية والتناصر وكذلك مبدأ التعاون على البر والتقوى، فكل هذه الأسس نجدها مقررة في القرآن الكريم، وبالرغم من تعددها إلا أن الهدف منها مشترك يتمثل في تقييد استعمال الحق على نحو يضر بالغير وهو الأمر الذي نهى الله عز وجل عنه⁵

ثالثاً-مبدأ الخلافة الإنسانية في الأرض:

1 بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو 2014 ص 27

2 مجيدي العربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، بحث لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية أصول الدين الخروبة، الجزائر، 2002 ، ص 236-237

3 سورة الأنبياء الآية 107

4 سورة الحجرات، الآية 10

5 مجيدي العربي مرجع سابق ص ، 236 - 237

تستوجب هذه الخلافة التقيد بالحدود والأحكام التي رسمها الله سبحانه وتعالى، فهي أصل الالتزامات الإيجابية والسلبية، كما أنها تعتبر عامل من عوامل تقييد الحق على الوجه الأكمل لتحقيق هذه الخلافة، وعليه فإن هذه الخلافة مرتبطة بالمسؤولية الفردية، فالتزام الفرد بتوجيه قصده في العمل على موافقة قصد الله في التشريع منبثق على أساس خلافته في الأرض¹.

رابعاً- الوظيفة الاجتماعية للمال :

يعد المال وسيلة أمن وخير، بحيث أنه لا يمكن أن يكون غير ذلك إلا إذا أدى وظيفة نحو الجماعة من الإنفاق والاستثمار في الوجوه المشروعة²

خامساً- الاعتدال :

تعتبر الشريعة الإسلامية أساس العدالة ومحور قيام الحياة و استقرارها في الأرض، فهذا المبدأ يعد ركيزة من بين الركائز التي تقوم عليها الأمم والتشريعات وغيابه قد يؤدي إلى تدهورها، وهو الأمر الذي دفع بكل فرد من أفراد المجتمع إلى ضرورة احترام غيره من الأفراد وما يجب الإشارة إليه أن هذا المبدأ مقرر في القرآن الكريم لقوله تعالى " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ"³.

قوله أيضا "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا" (2) ⁴.

1 فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984 ، ص 253

2 بلحورابي سعاد مرجع سابق ص19

3 سورة النحل، الآية 90

4 سورة النساء، الآية 58

الفرع الثاني: أساس نظرية التعسف في التشريع الجزائري

تحديد موقف المشرع الجزائري من أساس التعسف، وهنا يختلف الموقف قبل التعديل القانون المدني وبعد تعديله

1- موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق قبل تعديل القانون المدني :

قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، فإن المشرع الجزائري قد تناول حالة التعسف في استعمال الحق في الكتاب الأول للتقنين المدني تحت عنوان أحكام عامة وذلك في نص المادة 41 من ق م ج والتي تنص على أنه "يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
 - إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
 - إذا كان الغرض منها الحصول على فائدة غير مشروعة"¹
- من أبرز الانتقادات التي تعرض إليها المشرع ج من خلال هذه المادة نجد:

1- من حيث موضع المادة:

أدرج المشرع الج نظرية التعسف ضمن المواد المتعلقة بأحكام الأهلية وذلك من المادة 14 وما يليها²

وانعدام العلاقة بين نظرية التعسف في استعمال الحق وأحكام الأهلية واضح وظاهر أن المشرع ج خالف معظم التشريعات العربية بالرغم من كون أن معظم قوانينه مستمدة منها

1 فيلالي علي، الالتزامات(الفعل المستحق للتعويض)، الطبعة الثانية، موقع للنشر، الجزائر 2010 ص 62-63
2 امر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر.ج.ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005 ، ج. ر.ج.ج، عدد 44 ، لسنة. 2005 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 07. 05 مؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج. ر.ج.ج، عدد 31 الصادر في 13 مايو 2007

بما فيها المشرع المصري وذلك من حيث موضع النص أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني الخاص بها ¹

1- من حيث الصياغة :

سبق القول أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية، فهو لم يتناول القاعدة العامة التي تقضي أنه من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر يصيب الغير ونظرية التعسف تعتبر استثناءً عن القاعدة العامة التي تقضي أن الأصل في الأفعال الإباحة، ولذلك وجب ذكر القاعدة العامة. ، بالإضافة إلى ذلك فإنه باستقراء المادة 14 السالفة الذكر تبين أن المشرع ج أورد معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على سبيل الحصر وذلك ظاهر في استعماله عبارة "الأحوال التالية" مما يعني أنها لم ترد على سبيل المثال، وبالتالي فإنه قيد سلطة القاضي في الاجتهاد أي لا يمكن له استخراج حالات تعسف أخرى غير الحالات الواردة في المادة 14 من نفس القانون ²

ب- موقف المشرع الجزائري بشأن أساس نظرية التعسف في استعمال الحق بعد التعديل الذي لحق القانون المدني:

بعد التعديل الذي لحق القانون المدني سنة 2005، إن المشرع الجزائري قد غير من موضع نظرية التعسف من المادة 14 التي أصبحت ملغاة إلى المادة 124 مكرر ق م ج التي تنص " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا كان بقصد الإضرار.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ³.

1 بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 60

2 المرجع نفسه ص 62

3 بوبكر مصطفى، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية. 2015 ، ص 108

من أبرز ما يمكن ملاحظته من المادة 124 مكرر:

1- من حيث موضع المادة :

لقد نجح المشرع في تغيير موقع نظرية التعسف وهو الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض، حيث نص عليها في المادة 124 مكرر، بحيث أن أساس هذه النظرية هو عمل يترتب عليه ضرر يصيب الغير ويلزم بالتعويض، وعلى ذلك فإنه موقع مناسب للنظرية.

لم يعد هناك شك في انطباق هذه النظرية على الأشخاص الطبيعية والاعتبارية على حد سواء، وذلك بعد إعادة المشرع لصياغة المادة 124 مكرر قم ج نفسها بحيث أدخل فيها عبارة الشخص وذلك لتبيان إمكانية قيام مسؤولية الشخص المعنوي المدنية مثل الشخص الطبيعي¹.

2- من حيث الصياغة :

نص المادة 124 مكرر ق م ج لم تعد واردة على سبيل الحصر كما هو الأمر قبل التعديل وذلك بعد استعمال المشرع الج عبارة "لاسيما" مما يعني أنها وردت على سبيل المثال، وبالتالي يمكن للقاضي استنباط معايير جديدة²

المشرع ج في تعديله الجديد للقانون المدني تحدث فقط عن طبيعة هذه النظرية إلى تحديد أحكامها، ومن خلال المادة السالفة الذكر فإنه يظهر أن الطبيعة القانونية لهذه النظرية داخلة في إطار المسؤولية التقصيرية وجعلها صورة من صور الخطأ³

1 أمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق

2 بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 65 - 66

3 بوبكر مصطفى، المرجع السابق، ص 65 - 66

المبحث الثاني: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عنه

إن معايير التعسف في استعمال الحق لها أهمية في ضبط وتحديد ماهية التعسف، وبواسطتها يتم توفير الوصف التعسفي، وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب من المنع أو الإجبار أو التضمين ذلك أن صاحب الحق في تصرفه قد تنتابه أكثر من غاية، فمنها ما هو مشروع ومنها ما هو على غير ذلك، فوضع المعايير له أهمية كبيرة لكشف هذه التصرفات وتحديد ماهية الفعل وكذلك ترتيب الجزاء المناسب له. ومن هنا سوف نتكلم على هذه المعايير في الفقه والقانون.

المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول : معايير التعسف في الشريعة الإسلامية

تعتبر معايير نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية أوسع شمولاً وأدق تحديداً، فالمشرع قد قيد كل شخص عند استعمال حق من حقوقه بضرورة تحقيق المصلحة المقصودة من الشارع الحكيم من وراء منحه الحقوق للأفراد، أما إذا كانت المصلحة التي يريد الشخص تحقيقها من استعمال حقوقه مناقضة لقصد الشارع يكون عمله بذلك باطلاً، بمعنى أنه متعسف في استعمال الحق، وهذا الأخير لا يتحقق إلا بتوافر معايير، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذا الفرع .

المعايير المعنوية

ويقصد به البحث في العوامل النفسية التي دفعت إرادة صاحب الحق باتجاه التصرف بحقه، من أجل غاية الإضرار أو قصد غير مشروع على خلاف مقصود الشارع¹

و هو يحمل شقين

أ- قصد الإضرار: هو توجيه الإرادة نحو غاية محددة وهي الإضرار بالغير و الإساءة إليه ويتحقق ذلك إذا استغل صاحب الحق ما شرع له للإضرار بغيره، وهذا الاستعمال علاوة على أنه مناقضة فإنه مخالفه صريحة لنصوص الشريعة التي تمنع قصد الإضرار بالغير

1 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق ، ص 242

ولهذا يمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه وتحقيقه، ولكن معرفته من الأمور، الصعبة لأنه لا يمكن الاطلاع على مكونات النفس البشرية، ولكن يستعان على الكشف بالأمور الظاهرة المادية، ومنها انتفاء المصلحة الشرعية في استعمال الحق، وأيضاً قلة المصلحة المتحققة من استعمال هذا الحق.

ويشترط لقيام قصد الإضرار شرطين أساسيين هما :

- أن يكون عمداً أو قصد؛

- أن يكون قصد الإضرار قد تمخض واستغرق المصلحة التي حققه.

ب- الباعث غير المشروع: وهو الدافع الذي يحرك إرادة المبيع للتصرف إلى تحقيق غرض، فإن كان قصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق، وإنما يتستر وراء استعمال الحق المشروع كاتخاذ عقد الزواج وسيله لتحليل المطلقة ثلاثاً. وإذا تعددت البواعث فالعبرة للباعث الرئيسي، وغاية الباعث وسيلة لإبطال التصرف الذي ظاهره الجواز، ويقصد به أغراض وغايات محرمة، وبذلك يحمل الباعث معنى الاحتيال على قواعد الشريعة¹

2- المعايير الموضوعية

يقصد به مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من منفعة وما يلزم عن ذلك من مفسدة ووسيلته في ذلك الموازنة وبناء عليه يكون الإنسان مسيئاً في استعمال حقه إذا كانت المصلحة المترتبة عن ذلك الاستعمال لا تتناسب مع الأضرار التي تصيب غيره²

يندرج ضمن هذا المعيار معياران فرعيان هما معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة (أولاً)، ومعيار الضرر الفاحش (ثانياً)

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان،

2008، ص 38

2 تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية

في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية) ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص 83

أولاً: معيار عدم التناسب بين المصالح المتعارضة

يقصد بهذا المعيار مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة، بحيث لا يطغى جانب على آخر، وذلك أن المصالح قد تشوبها مفسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس له مطلق الحرية بل يبقى مقيد في تصرفاته بضرورة مراعاة مصلحة الجماعة، وذلك على أساس أن التشريع الإسلامي خلال تنظيمه لشؤون الحياة في المجتمع يهدف إلى غايتين هما مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، وعندما يكون هناك تعارض بينهما تقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد¹

ينطوي هذا المعيار أيضاً على ضابطين عامين هما: (اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين، واختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة)

أ-اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين :

يقصد به أن يستعمل صاحب الحق حق من حقوقه من أجل تحقيق مصلحة مشروعة لكنها تتعارض مع مصلحة شخص آخر أو أشخاص آخرين، بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو بالأشخاص لا الجماعة²

وهذا الضرر قد يكون أعظم من المصلحة المقصودة جراء ذلك التصرف أو يساويها أو أقل منها، فإذا كان بالإمكان التوفيق بين المصالح المتعارضة وجب الأخذ به، أما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعاً بحيث لا يمكن التوفيق بينهما فإنه يتم تغليب المصلحة على المفسدة³

وهذا في ما إذا كانت المصلحة التي يتوخى صاحب الحق تحصيلها أكبر من المفسدة التي تلحق بالغير أما في حالة تساوي المصلحة مع المفسدة فالأكثر موافقة لروح التشريع الإسلامي فإنه لا يمنع صاحب الحق من التصرف، ولكن ليس على إطلاقه بل لا يجب

1 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان،

2008 ، ص 42

2 جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ، ص43

3 بلحورابي سعاد، مرجع سابق ، ص 27

إعمال مرجع آخر ألا وهو الموازنة بين نوعية الضرر، كذلك توجد أيضا حالة أخرى أين يتم تغليب المفسدة على المصلحة، ويكون ذلك في حالة ما إذا استعمل الشخص حقه وترتب عليه أضرار تلحق بالآخرين فإنه يمنع من التصرف، ومثاله إذا طلب صاحب الأكثر القسمة وشريكه ينضر فإن صاحب الكثير يجاب على أحد الأقوال لأن ضرره في عدم القسمة أعظم من ضرر شريكه بها¹

ب- اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة

تميز التشريع الإسلامي عن غيره من التشريعات بم ا رعاة حقوق الجماعة في التصرفات الفردية ، وذلك من خلال مناداته بمبدأ التضامن والتكافل الاجتماعي. الفرد مقيد في التصرف في حقه، بل أن حق الجماعة منظور إليه ومعتبر ،نظرا إلى كون الفرد جزءا من هذه الجماعة وفي نفس الوقت ؛ فالحق الفردي ميزة وخصية ينبغي مراعاتها وحفظها من جانب الجماعة ، لذلك إن تصرف الفرد في حق من حقوقه سلبا أو إيجابا منوط بمصلحة الجماعة.

فإذا حصل التضارب، قدم الصالح العام على الصالح الخاص، يؤيد ذلك حديث السفينة قدم النبي

صلى الله عليه وسلم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد ، حيث منع الفرد من التصرف في حقه حفظا لحقوق الجماعة²

ثانيا: معيار الضرر الفاحش

.قدر الفقهاء المسلمين هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لاسيما العلاقات الجوارية ويقصد بالضرر الفاحش : ما يكون سبب للهدم أو يخرج عن انتفاع بالكلية ، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضرر بالكلية.

1 عبير ربحي شاعر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان 2007 ، ص44- 46

2 مرجع نفسه ، ص43- 44

وعرفه الدرعان بقوله: هو " ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق " (1)¹

والضرر الفاحش على أنواع :

النوع الأول: الضرر المادي:

ويكون بتعطيل منافع الأملاك تعطيلًا ماديًا يصعب معه الاستفادة من الملك .و مثال ذلك: إطالة البناء بحيث يحجب أشعة الشمس والهواء عن الدار

النوع الثاني: الضرر المعنوي

ويكون بإيذاء الجار و تعطيل منافع الملك المألوفة من تصرف الإنسان بحرية في ملكه. ومثال ذلك: انخفاض نوافذ المنزل عن القدر المألوف، ووضع المنازل في عصرنا الحاضر بالقدر الذي يثير الريبة في نفس الجار، خشية النظر إليه من قبل جاره²

النوع الثالث: الضرر الفاحش في العلاقات التعاقدية

والضرر الفاحش لا يقتصر على التصرف الفعلي، بل يتضمن العلاقات التعاقدية في تطبيقه كما في نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها ، ومنها نظرية العذر في عقد الإيجار عند الحنفية أو نظرية الحوائج والثمار عند الحنابلة والمالكية ، بالنظر لما يترتب على تنفيذ العقد من الضرر الفاحش غير المتوقع الذي يلحق الطرف المنكوب ، فلا ينفذ لهذا الضرر الذي لم يلتزم بالعقد

ونلخص من ذلك إلى أن معيار الضرر الفاحش الذي قرره الفقهاء في تطبيقاتهم على صور مختلفة من التعامل يعتبر ضابطًا مهمًا في تحديد الفعل التعسفي، من خلال إلحاق صاحب الحق بالآخرين أضرار يعطل معها منافع أملاكهم تعطيلًا كبيرًا بحيث يستحيل معه الانتفاع .وهذه المعايير في جملتها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية كما بينا، وقد

1 المدخل الفقه الاسلامي : الدرعان ، ص 261 ، نقلا عن جميل محمد جانم ، مقومات العقد في الفقه والقانون ، ص

اعتمدت القوانين العربية اعتمادا ظاهرا على هذه المعايير، مما أظهر التشابه الكبير بل و التوافق أحيانا بين المعايير الشرعية والمعايير في القانون¹

الفرع الثاني: معايير التعسف في التشريع الجزائري

يتمتع صاحب الحق باستعمال حقه و الاستفادة منه لإشباع مصلحته ، ويتم استعمال الحق لصاحبه في إطار الجماعة التي يحيا فيها الفرد ، فإذا أدى استعماله لهذا الحق إلحاق الضرر بالجماعة أو الإخلال بمقاصد الشارع ضمن المعايير المحددة في الموازنة بين الضرر والنفع .

اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية عامة مستقلة على نظام المسؤولية التقصيرية ، وحدد لها نص المادة 41 من القانون المدني التي جاءت صياغتها عامة²

فقد نصت المادة 41 من ق . م من القانون القديم التي كانت تنص على:

أنه يكون استعمال الحق متعسفا في الأحوال التالية ::

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

- .إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة³

مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض .

1 تمون صابرين، التعسف في استعمال الحق في المسائل الزوجية ،مذكرة تخرج نيل شهادة الماستر في القانون الخاص ،المركز الجامعي بلحاج شعيب عين تيموشنت ، معهد العلوم اقتصادية و التجارية ، قسم الحقوق 2019-2020 ص 16

2 بلحاج العربي ،أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ، ط، د .م .ج ، الجزائر، د. س. ن، ص 22

3 المادة 41 من ق رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 الملغاة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20

من ق. م

على أن عموم النظرية لا يتنافى في الحقيقة مع إدخالها على نطاق المسؤولية التقصيرية أو اعتبارها. تطبيقاً لها ، وبجانب النص على المبدأ العام في التعسف في استعمال الحق¹ إن المشرع الجزائري يعتبر المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري ، والتي جاءت على سبيل الأمثلة ، ذلك لاستعماله عبارة تفيد هذا المعنى وهي "لاسيما في الحالات الآتية "

حيث أنه قام بدمج نطاق المسؤولية التقصيرية ضمن نظرية التعسف ، وهذا الدمج في الأصل في غير محله لصعوبة اعتبار التعسف كخطأ تقصيري ، أو فعل ضار لأنه اعتبر الفعل المستعمل في حد ذاته مشروع ولكن نتائجه أو أغراضه غير مقبولة .

فمن خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري الجديد بموجب القانون 10/05 الذي جاء فيها : يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ ولاسيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة²
- ومن هنا نفهم أن القانون المدني الجزائري كان مهتم بنظرية التعسف في استعمال الحق ، وجعل منها نظرية عامة مستقلة وتكون كذلك منطبقة على جميع نواحي القانون وليست مجرد تطبيق لفكرة التعويض .

و على عموم النظرية لا يتنافى في الحقيقة مع إدخالها نطاق المسؤولية التقصيرية أو اعتبارها تطبيقاً لها ، وبجانب النص على المبدأ العام في التعسف في استعمال الحق في المادة 41 من القانون المدني.³

1 بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ص 22

2 القانون رقم : 10/05 المؤرخ في : 2005/06/20 يعدل و يتم القانون رقم 75-58 المؤرخ في 1975/10/26

المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 44

3 بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات ، نفس المرجع ، ص 22

المطلب الثاني : الجزاءات المترتبة عن التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول :الجزاءات المترتبة في الشريعة الإسلامية

1-الجزاء الدنيوي :

1-الجزاء المالي :

يقصد به كل جزاء يقع في مال الشخص، كالغرامة والمصادرة تعويضا عما سببه استعمال الحق

من ضرر بالآخرين¹، فمن تعسف في استعمال حقه وأدى ذلك إلى إلحاق الضرر بالغير، سواء ماديا أو معنويا يترتب على ذلك تعويضا ماليا للمضرور، فمن أتلف زرع جاره أو مال الغير عليه أن يعوض هذا التلف، ومن أجرى الماء في أرضه بقصد إتلاف زرع الغير، وجب عليه التعويض المالي عما أصابا الغير من الضرر.

2-الجزاء العيني: ويظهر هذا الجزاء في عدة صور :

1-إبطال التصرف ذاته ومنع ترتيب آثاره، فتبطل الوصية التي قصد بها الإضرار، ويبطل نكاح التحليل .

2-أن يجبر صاحب الحق الممتنع على استعمال حقه، كإجبار الولي المعضل على تزويج ابنته التي منعها من الزواج.

3-أن يسلب صاحب الحق من حقه، فإذا أهمل الأب تربية ابنه الصغير فيتم سلب الولاية منه .

4-أن يمنع صاحب الحق من استعمال حقه كالذي اغتصب أرضا وبني فوقها مسكنا، فإنه يمنع من هدم ما بناه في هذه الأرض المغصوبة.

1 عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص - 56.

5-القيام بإزالة سبب التعسف حتى يزول الضرر المترتب عليه، فالذي يبيح حائطا ليجب الشمس والهواء عن جاره فيجبر على هدم هذا الحائط حتى يزول الضرر¹

ب- الجزء الأخرى:

إضافة إلى الجزء الديني، فإن الشريعة الإسلامية وعلى خلاف القوانين الوضعية ترتب جزءاً آخرى على المقاصد غير المشروعة التي تلحق إضراراً بالغير وعلى التحايل على قواعد الشرع²

ويعتبر هذا النوع من الجزء خاصاً بالتشريع الإسلامي وقوانينه الربانية، لأن المتعسف في استعمال حقه ولعدم توفر أدله الإثبات، أو عن طريق مراوغته وتحايله على القانون قد يفلت من العقاب الديني ويعتبر الخوف من الجزء الأخرى عاملاً أساسياً لمنع الشخص من التعسف في استعمال حقه والإساءة إلى الآخرين، وذلك بتوعية النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الدين وإتباع أوامر الله سبحانه وتعالى وتجنب نواهيه³

الفرع الثاني : الجزاءات المترتبة في التشريع الجزائري

الجزاء الوقائي للتعسف :

يعتبر الجزء الوقائي من خصوصيات نظرية التعسف حيث يستهدف منع صاحب الحق من استعمال حقه استعمالاً تعسفياً وذلك لمنع وقوع الضرر ، و يظهر ذلك في حالة رفع الدعوى أمام القضاء، فيقوم القاضي بالتأكد من وجود الحق من جهة، و أن استعمال الحق يشكل تعسفاً من جهة أخرى، و إذا ما تبين له ذلك فإنه يحكم بما يمنع حصول التعسف . من تطبيقات المشرع لهذا الجراء ما تقتضي به المادة 788 من الق.م.ج. التي تنص :

1 المرجع نفسه ص56

2 فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 291

3 عبير ربحي شاكرا القديومي، المرجع السابق، ص - 55 .

(إذا كان مالك الأرض و هو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل) (1) ¹

طبقا لنص هذه المادة، لا يجيب القاضي لطلب صاحب الأرض الملاصقة بهدم البناء ، فيحكم على مالك الأرض -الباني- بالتعويض ² و في ذلك تطبيق لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق .

كذلك من بين تطبيقات هذا النوع من الجزاء ما نصت عليه المادة 343 ³ من الق.م.الج. على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها و ذلك منعا لوقوع الضرر . كذلك ما نصت عليه المادة 534 من ال.م.الج. الملغاة بموجب قانون رقم 05-07 (1) ⁴

التي تلزم القاضي أن يرفض الحكم باستعمال حق استعادة المالك للعين المؤجرة إذا تم إثبات أن هذا الأخير يطلب حق الاستعادة بنية الإضرار بالمستأجر أو شاغل المحل و ليس من أجل تلبية رغبة مشروعية، الغاية من هذا الرفض من القاضي هو منع وقوع التعسف و بعدها الضرر .

الجزاء التعويضي للتعسف :

الجزاء التعويضي هو المبلغ النقدي الذي يقدمه صاحب الحق الذي استعمل حقه استعمالا تعسفيا إلى المتضرر .

يترتب على حدوث التعسف جزاء يتمثل في التعويض عن الأضرار المترتبة عليه، الذي قد يكون عينيا أو نقديا بحسب الأحوال، فمن يحفر أرضه بقصد الإضرار بمبنى الجار و يتسبب في تصدع جدرانه يمكن الحكم عليه سواء بإصلاح الجدار المتصدع و هو التعويض

1 أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم مرجع سابق

2 د . بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص 141

3 أمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم المرجع السابق

4 قانون رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن

القانون المدني ج. ر.ج. ج عدد 31 الصادر ، في 13 يونيو 2007

العيني، أو بمبلغ من المال لجبر الضرر و هو التعويض النقدي، و قد يحكم القاضي بكلا التعويضين، كالحكم على المالك بهدم المدخنة التي أقامها لمضايقة الجار و بتعويضه عن الخسارة التي لحقت¹

و من بين تطبيقات الجزاء التعويضي للتعسف نجد المادة 73 من القانون رقم 29/91² التي تقضي ببطلان التسريح التعسفي للعامل بدون مراعاة ميعاد الإخطار، فيأمر القاضي بإعادته إلى منصب عمله و هو التنفيذ العيني، و تعويضه عما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا،³ حيث أنه تنص المادة 4/73 على مايلي:

(إذا وقع تسريح العامل مخالفة للإجراءات القانونية و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا و نهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، و تلزم المستخدم بالقيام بالإجراء المعمول به، و تمنح العامل، تعويضا ماليا على نفقة المستخدم، و إذا حدث تسريح العامل خرقا لأحكام المادة 73 أعلاه، يعتبر تعسفيا).

و قد جاءت قرارات المحكمة العليا الجزائرية عن التسريح التعسفي، ما يلي :

- جاء قرار المحكمة العليا الصادر في 2001/02/13، ملف رقم 212611 ما يلي:
(من الثابت قضاء أنه في حالة غياب مبرر بشهادة طبية مدفوعة لدى الضمان الاجتماعي الذي له الحق في المراقبة الطبية يعتبر الغياب مبررا.
و من الثابت أيضا أن الخطأ المنسوب لما يكون غير ثابت أو غير قائم يجعل قرار التسريح تعسفيا ولو احترمت الإجراءات التأديبية).⁴

- و في قرار آخر لها الصادر في 1999/03/09، ملف رقم 177700 ما يلي:
(من المقرر قانونا أنه في حالة التسريح المعتبر تعسفيا أو خرقا للإجراءات القانونية و/أو الإلزامية يمكن العامل أن يقدم طلب إلغاء قرار التسريح و/أو يطلب تعويضا

1 د بلجاج العربي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 140

2 قانون رقم 29/91 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 يعدل و يتم القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990

المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر. ج. عدد 68 بتاريخ 25 ديسمبر 1991

3 - د بلجاج العربي، النظرية العامة، مرجع سابق، ص 120

4 المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 212611 مؤرخ في 2001/02/13، (قضية م.و.أ ضد ل. ق.)

المجلة القضائية، عدد 1 2002، ص 177

عن الضرر الحاصل لدى الجهة القضائية المختصة التي تبت بحكم ابتدائي ونهائي. ومتى تبين في - قضية الحال - أن المدعى عليه تم تسريحه قبل نشر الأمر 29/96 المؤرخ في 1996/07/09 أي قبل التعديل المتعلق بالمادة 4/73 من القانون المؤرخ في 1991/12/21 فإن القضاة لما قضوا بإرجاع المدعى عليه إلى منصب عمله و منحه تعويضا احترمو مقتضيات المادة 4/73 من القانون 29/91 المذكور آنفا.

- و متى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه).¹

تقر الشريعة الإسلامية جزاء الإبطال لبعض العقود التعسفية: ككناح التحليل أو بيع العينة أو وصية الضرر أو الهبة الصورية قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة، و ترتب جزاء أخرويا على البواعث و النية غير المشروعة أو التحايل عن قواعد الشرع، فيعتبر المتعسف آثما.²

بالرغم من منع المشرع الجزائري للتعسف و حضره الإضرار بالغير، إلا أنه أغفل ذكر الجزاء القانوني المترتب عليه، هذا ما يطرح إشكال أمام القضاء هل يؤسس حكمه و تقدير التعويض طبقا للمادة 124 من الق.م.ج ؟ بما أن المشرع أسس هذه النظرية على الخطأ، و ذلك بصريح العبارة في نص المادة 124 مكرر من قانون رقم 05 - 10 التي تنص على: (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ.....) فإنه يكون التعويض حسب ما تقضي به أحكام المسؤولية التقصيرية، التي تتمثل في التعويض العيني بإزالة الضرر عينا كهدم البناء الذي بناه المالك ملاصقا لجاره، فسد عليه النور و الهواء أو التعويض بمقابل كالحكم بالتعويض - الذي يتمثل في دفع غرامة يقدرها القاضي - على من يستعمل حقا من الحقوق الإجرائية استعمالا تعسفيا، غير أنه نري أن يكون التعويض على أساس التعسف بحد ذاته باعتبارها فكرة مستقلة قائمة بذاتها.³

1 المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية ، قرار رقم 177700 مؤرخ في 1999/09/30 (قضية ش.و.ن.ب . ضد ب.ح .) المجلة القضائية عدد 1 ، 1999 ، ص 132

2 فتحي الديرنى ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مرجع سابق ص 288-291

3 بومنير وهيبة ، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري ، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة

عبد الرحمن ميرة بجاية ، 2012-2013 ص 47

خلاصة الفصل الأول :

يعتبر الحق منحة إلهية لكل فرد ، كما أنه يُخول من طرف القانون ، لكن بالرغم من ذلك إلا أنه لا يمنح لصاحبه الحرية المطلقة في استعماله سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية بل هو مقيد بعدم الإضرار بالغير، فالأصل أن استعمال الفرد لحقه يعد فعل مشروع، لكن إذا استعمل الفرد حقه استعمالا غير مشروع اعتبر متعسفا في استعمال حقه وهو ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق.

كما تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة، بحيث تعود أصولها إلى الفقه الإسلامي، و نظرا لأهمية هذه النظرية فقد كرستها معظم التشريعات أو القوانين، من بينها المشرع الجزائري الذي تبناها في نظمه، وذلك من خلال نص المادة 124 مكرر ق م ج، كما أن هذه النظرية لها تطبيقات واسعة في جميع نواحي القانون فأين وجد هناك حق نجد هناك تعسف .

الفصل الثاني

تقديم و تمهيد

شرّع الشارع الحكيم وقنّن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة حقوقاً زوجية ومنح لأطراف الرابطة الزوجية 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 فيدخل في دائرة التعسف و هو ما يعرف بالطلاق التعسفي ،ولم يهمل جانب المرأة وشرع لها طريقة لحل الرابطة الزوجية إذا أصبحت الحياة غير مستقرة، فجعل لها أن تطلب التطليق إذا توفرت أسبابه المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري و أن تقتدي نفسها بمال تدفعه إلى زوجها تعويضا له لما دفعه لها وهذا الافتداء ما يسمى بالخلع ، ويكون بالإرادة المنفردة للزوجة وبذلك لا يكون الزوج دائما في موضع المسؤولية عند فك الرابطة الزوجية على العكس قد تكون هذه المسؤولية على عاتق الزوجة. وبما أن الخلع يقع بالإرادة المنفردة للزوجة فإنه كسائر الحقوق يخضع للقيد العام وهو عدم التعسف في استعماله ويجوز للزوج المخلوع تعسفا المطالبة بالتعويض على أساس التعسف في استعمال الحق كصورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية وسنتناول في هذا الفصل المباحث التالية .

المبحث الأول: حالات التعسف في الطلاق

الطلاق أبغض الحلال إلى الله لكنه مشروع عند الحاجة والطلاق كسائر الحقوق مقيد بعدم الإضرار بالغير عند استعمال حقه وقت ما شاء أو بدون حجة وإذا استعمل الحق على غير ذلك فهذا يطلق عليه التعسف في استعمال الحق، لاسيما وأنه لم تجيز الشريعة الإسلامية الطلاق لمجرد رغبة الزوج في الخلاص من العلاقة الزوجية، لتسليط الضوء أكثر ينبغي التطرق إلى مايلي:

المطلب الأول: حالات التعسف في الطلاق بالإرادة المنفردة

للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة، يوقعه متى دعت إليه الحاجة، وذلك بعد نفاذ كل طرق الإصلاح المشروعة ودون الحاجة إلى موافقة الزوجة في ذلك، إلا أن الزوج قد ينحرف في ممارسة هذا الحق، فيقع الطلاق التعسفي ويسبب أضراراً للزوجة، ومن ثم كان لها أن تطالب بالتعويض جبراً عن الضرر الذي أصابها .

و قبل التطرق لتعريف الطلاق التعسفي يجب تعريف الطلاق أولاً فيمكن تعريف الطلاق بأنه "حل عقدة النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، وبما أن الطلاق حق للرجل يملك حرية إيقاعه بإرادته المنفردة فيمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه: "مناقضة الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".

أو أنه "إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل له شرعاً" ¹

من التعريفات يتضح أن المقصود بالطلاق التعسفي أن يطلق الرجل زوجته بدون سبب أو لغير حاجة فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو دفع الضرر، فيكون كل طلاق لا يحقق هذا المقصد طلاقاً تعسفياً .

¹ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، القانون، دارحامد، الأردن 2009، ص123

ولقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي دون أن يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها وبذلك فالمطلق بتطبيقه لزوجته تعسفا يعد بمثابة المريض الذي زاد في جرعة الدواء فأضر بنفسه فيتحمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفا في إيقاعه .

الفرع الأول : صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي العديد من الصور والتطبيقات، والتي من خلالها يتجلى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولعل أبرزها الطلاق دون سبب معقول ، وكذا طلاق المريض مرض الموت ، والطلاق بلفظ الثلاث دفعة واحدة .

أولاً: الطلاق دون سبب معقول

إذا كان الطلاق حقا بيد الزوج، فإن هذا الحق مقيد بأسبابه حتى لا يضر بالزوجة ويسيء إليها، حيث قيد الشرع إيقاع الطلاق بقيود حتى تتحقق الحكمة والغاية من تشريعه، وأساس هذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطع لها¹ .

ويقصد بالسبب المشروع، السبب المبرر المقبول شرعا الذي يبرر طلاق الزوج، لأن الطلاق التعسفي يكون لسبب غير مقبول، كانتقام من الزوجة أو من أجل الخلاص منها فقط أو قصد تعريضها للفقر والبؤس² ، وتعتبر من الأسباب المعقولة للطلاق أن تقوم الزوجة بالإساءة للزوج بالسب والشتم أو الضرب أو ارتكاب الفواحش أو إفساد العلاقة بينه وبين أهله، أو أن تكون الزوجة ناشزا.

وإذا كان الطلاق بغير مبرر معقول هو إحدى صور الطلاق التعسفي، فإن المادة 52 من ق.أ.ج لم تتبناه واكتفت بذكر عبارة تعسف الزوج تاركة مسألة تكييف حالة الطلاق كونه

1 سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقهاء الإسلامي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي ليايس، سيدي بلعباس، 2019 ص 266 .

2 عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة- الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، العدد 11 ، 2017 ص 662 ،

تعسف أم لا للقاضي، فعلى الزوج أن يثبت أن إيقاعه للطلاق كان لسبب معقول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسف فيه.

ومن بين المسائل التي عمدت المحكمة العليا إلى تكييفها طلاقاً بدون مبرر معقول نجد:

*عدم تحقيق مطلب شرعي للزوجة: حيث قضت المحكمة العليا بما يلي: "من المقرر أن نشور الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقاً على شرط توفير سكن

مستقل لم يتحقق، لكن حيث أن الحكم المطعون فيه قضى بأن الطلاق كان تعسفياً من طرف الطاعن، على أساس أن نشور الزوجة غير ثابت، باعتبار أن الطاعن عند سعيه لتنفيذ القرار القاضي بالرجوع قد تجاهل شقا منه، والمتعلق بتوفير مسكن مستقل للزوجة واكتفى بالشق المتعلق بالرجوع فقط، وبذلك لم يتم بتنفيذ القرار كلياً وبصفة جدية، حتى يكون نشور الزوجة أمراً مؤكداً، خاصة وأن هذه الأخيرة قد دفعت بأن رفضها للرجوع المحرر في محضر الامتناع يعود إلى عدم توفير بيت منفرد لها من طرف الزوج مما يجعل الوجهين غير مؤسسين، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن " ¹

*عقم الزوجة:

جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "حيث أنه يتعين تذكير الطاعن بأن عقم الزوجة أو عدم قدرتها على الإنجاب هي من المسائل التي تخرج عن إرادتها والحال أن هذه لا تعد من الأسباب القانونية التي تخول للزوج الطلاق وتحمل المطلقة مسؤوليته وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف في طلاقه وتجاوز في استعمال حقه، وأن تقدير مبلغ التعويض عن الضرر الحاصل عن تجاوز الزوج في استعمال حقه في الطلاق هو من الأمور الموضوعية الخاضعة لرقابة قضاة الموضوع شريطة أن يوضحوا العناصر التي اعتمدها في تقدير

1 المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 31531 ، قرار بتاريخ 22 / 09 / 2004 ، المجلة القضائية، العدد 65 ، 2010 ، ص 311.

المبلغ المحكوم به، وأن قضاة المجلس قد أشاروا إلى ذلك في قرارهم الذي جاء معللا تعليلا كافيا ومقبولا مسائرا لأحكام القانون. الأمر الذي يتعين معه رفض هذا الوجه لسداده "1. .

الدفع بعدم عذرية الزوجة بالرغم من عدم اشتراطها في عقد الزواج:

حيث جاء في قرار المحكمة العليا: "بدعوى أن القرار المنتقد قد حمل الطاعنة مسؤولية الطلاق على أساس أنها لم توافق على الفحص الطبي للتعرف على مدى عذريتها مما أوجب حرمانها من التعويض عن الطلاق، حيث أنه بالفعل فإن المطعون ضده لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج وبذلك فإن البناء ينهي كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض، وعليه فالوجه غير مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض وبدون إحالة "2.

ثانيا- الطلاق في مرض الموت

إن الغرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث³

ووجه اعتبار هذه الصورة من الطلاق التعسفي إذا كان الزوج يقصد إلحاق الأذى بالزوجة، أما إذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن فار.ومن أمارات عدم الفرار في طلاقه أن يكون الطلاق برضاها وأن تخالعه على الطلاق⁴

تعريف الطلاق في مرض الموت :

1 المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 3707 ، قرار بتاريخ 15 / 11 / 2006 ، المجلة القضائية، العدد 01 ، 2007 ، ص 499 ،

2 المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 243417 ، قرار بتاريخ 23 / 05 / 2000 ، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 ، ص 109_.

3 سليمان ولد خسال، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المحلية الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، -العدد 05 ، كلية الحقوق، جامعة المدية، ص 66.

4 سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص - 67

نفهم من ذلك أن مرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان صحته ويعقبها الموت وهو الفناء .

اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومهم للحالة:

عند الحنفية: (هو المرض الذي أصاب الشخص وأعجزه عن القيام بحوائجه.)

عند المالكية: (هو المرض الذي يكون الشأن فيه الموت.)

أما عند الشافعية: (كل ما يستعد بسببه الموت بالإقبال على العمل الصالح.)

وعند الحنابلة: (هو كل ما كان سببا صالحا للموت من الأمراض.)

وخلاصة تعريفات الفقهاء لمرض الموت أنه لا بد من تحقق أمرين لاعتباره مرض موت ينظر في تصرفاته صاحبه.

1- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت في أكثر الأحيان: كأمراض القلب، والسرطان، وأمراض الدم مثلا.

2- أن يعقب المرض الموت فعلاً.

والأصل في التصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح مادام الشخص واعيا مدركا لما يدور حوله ويقدر الآثار وترتب النتائج على تصرفاته، حتى إذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مضرة بهم عن قصد أو بدون قصد كتبرعه بماله كله، أو بيعه بمحابة، أو تطليقه لزوجته، أو غير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه، فإن تصرفه موقوف لا يرتب أثر¹.

أما المشرع الجزائري لم يتطرق لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني لتعريف مرض الموت ولكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجري أثناء ذلك

¹ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص - 226.

وصية فنصت عليه المادة 204 من ق.أ.ج "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" ¹

ونصفي المادة 776 من ق.م.ج "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف".

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن التاريخ ثابتاً... ²

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري بعاجز عن ذلك فقد استقر مجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/4/7 على أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير و أن كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه و يجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف ³ و بعدما عرفنا طلاق المريض مرض الموت سوف نتطرق إلى حكم هذا الصورة من صور الطلاق التعسفي

حكم الطلاق في مرض الموت :

إن مرض الرجل مرض الموت لا يؤثر على طلاقه أثناءه فطلاقه واقع بلا خلاف سواء في العدة أو بعدها سواء كان الطلاق بائنا أم رجعيًا إلا أن الفقهاء اختلفوا في ميراث المطلقة المريض مرض الموت إذا طلقها فيه طلاقاً بائناً إلى ثلاث أقوال:

¹ القانون رقم - 84 / 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، متضمن قانون الأسرة الجزائري ، ج.ر.ج.ج، عدد 24 ،

صادر في 12 جوان 1984

² المادة - 776 من القانون المدني الجزائري

³ مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في

القانون الخاص)، جامعة بالكايد، تلمسان 2009 ، ص146

القول الأول: أنها تترث في عدتها ولا تترث بعد العدة : وبهذا القول أخذ أبو حنيفة وأصحابه وأبو سفيان و الأوزاعي و الليث، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها وقد استدلوا على ذلك بأنه بطلاقها في مرض موته قصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر بشرط أن تكون أهلا .

-القول الثاني: ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة إلى أن المطلقة طلاقا بائنا من المريض مرض الموت أنها ترثه إذا توفي و هي في العدة و بعدها ما لم تتزوج بآخر لأن الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في مرض الموت فارا من إرثه¹

-القول الثالث: ذهب المالكية و الحنابلة إلى القول بأن مطلقة المريض مرض الموت تترث منه لأنه فارا من طلاقها مضار بها ، فإذا مات عن امرأته في مرضه ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها وتزوجت غيره وهو ما ذهب إليه المالكية و استدلوا في ذلك بتوريث عثمان ابن عفان رضي الله عنه لتماضر بنت الأصبع الكلبية مطلقة عبد الرحمان ابن عوف في مرض موته

ولقد بنو حكمهم على أن المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب أن يعاقب بنقيض قصده و ذلك بإثبات الميراث للمطلقة²

فالطلاق و إن شرع للإزالة الضرر و رفع الحرج عند استحكام الشقاق بين الزوجين و انعدام أيل آخر إلا الفرقة لقوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"³

فالطلاق حق مشروع بالكتاب و السنة و لكن لم يمنح للرجل ليتخذ وسيلة للإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث فان كان استعماله لهذا الحق قصد الفرار من الميراث عومل بنقيض قصده ذلك دفعا للظلم و مرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء نيته وعن

¹ جميل فخري محمد ناجم مرجع سابق ، ص204

² فتحي الديريني مرجع سابق ، ص 172-173

³ سورة البقرة، الآية 229

قصده الإضرار بالزوجة فحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت إن طلاقها وقع في مرض الموت دون حاجة إلى بيان التعسف من عدمه

وعليه لا بد من القول بتوريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها باتا في مرض موته معاملة بنقيض قصده ودرء لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حقه ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج كوسيلة للإضرار بزوجته و حرمانها من حقها في الميراث فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها ودفعاً للظلم..

-ولقد اتفق الفقهاء على أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فطلاقه يقع و تترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح فإن طلقها طلاقا رجعيا ثم توفي وهي في عدتها ورثته لبقاء الزوجية الموجبة للميراث ، ولأنه ملك حق إرجاعها مادامت في العدة بغير رضاها و بدون عقد جديد، أما إذا توفي بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج و لأنه بتطليقها رجعيا لا يعتبر فارا من الميراث .

انطلاق المريض مرض الموت واقع و ان المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 17/03/1998 " من المقرر شرعا وقانونا أن مريض الموت مهما كان القصد من الطلاق¹.

حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون.

وخلاصة القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فارا من ميراث زوجته فرد عليه قصد بتوريثها منه.

*ولقد ألحق الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لان من الميراث اتحاد الدين بين الوارث و الموروث، وهذا

¹ حياة خطاب ، الطلاق التعسفي و آثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص

أحوال شخصية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2015/2014 ، ص36

بموجب المادة 138 ق أ ج " يمنع من الإرث اللعان والردة"¹

أما بالنسبة للمطلقة ثلاثا في مرض الموت فقد اشترط الفقهاء لتوريثها عدة شروط منها:
-أن يطلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت أو ما في حكمه و أن يموت الزوج بسبب هذا المرض دون أن يشفى منه حتى مات فان طلقها في مرض موته ثم صح ثم مات لم ترث منه لان المرض إذا عقبه شفاء لم يكن مرض موت فتبين أنه حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا، وقد روي عن النخعي و الشعبي و الثوري وزفر " أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث"²

-أن تكون الزوجة وارثة أو أهلا للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته، بأن يكونا مسلمين فلو كانت كتابية وقت الطلاق لا ترث عند الجمهور لان الكتابية لا ترث زوجها أصلا و ترث عند المالكية إن طلقها في مرض موته، ثم أسلمت وهي في عدتها ومن كانت أهلا لميراث عند الطلاق ثم ارتدت فقد سقط حقها في الميراث، ومن كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم ارتدت في العدة ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة فإنها لا ترث منه.

-أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة أي منه لا منها بسببه لا بسببها فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث.

ثالثا- طلاق الثلاث بكلمة واحدة

ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج الحكمة المقصودة في التفريق بين الطلاقات الثلاث ومناقضة لقصد الشارع في ذلك، فإنها شرعت ليتدارك المفطر ويعتبر.

وقد ذهب جمهور الأئمة إلى وقوع طلاق الثلاث وبينونة الزوجة به ولا تحل حتى تتكح زوجا غيره، إلا أن كثيرا من الفقهاء المعاصرين يفتون باعتبار الطلاق الثلاث واحداً تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية و مراعاة لمصلحة الأولاد، خصوصا في هذا الوقت

¹ المادة 138 ، من قانون الأسرة الجزائري

² جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 129

الذي قل فيه الورع والاحتياط وتهاون الناس في التلفظ لهذا الصيغة في الطلاق، وهم يقصدون غالبا التهديد الزجر.¹

كل هذه الإجراءات والأحكام ما هي إلا فرصة للعودة منحها الله تعالى للزوجين لتدارك الأخطار السابقة، وقد يتعجل البعض ويوقع الثلاثة بكلمة واحدة كأن يقول: أنت طالق ثلاثا، أو في وقت واحد بأن يقول: أنت طالق طالق طالق، فما الحكم في هذه الحالة؟ وهل تعتبر الطلقات الثلاث بحسب ما وقعت وتحرم الزوجة على زوجها إلا بعد زواجها من آخر، أم أن الثلاث إن تتابعت وقعت واحدة، لأن الأصل في الطلاق إيقاعه واحدة بعد الأخرى، هذه هي صورة المسألة، وقد وقع الاختلاف بين الفقهاء في احتسابها ثلاثا أم واحدة²

القول الأول:

إن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا كما أوقعه المطلق، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية، وجمهور الحنابلة وابن حازم أدلة أصحاب القول الأول واستدل جمهور الفقهاء بما ذهبوا إليه من وقوع الطلاق بلفظ الثلاث أو ثلاثا متتابة وأنها تحسب ثلاثا: بالقرآن والسنة والأثر والمعقول.³

أ- من القرآن: قول الله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁴

-وجه الدلالة: إن الآية الكريمة دلت على أن الله سبحانه وتعالى وسع على عباده بأن جعل لهم فسحة في الطلاق مرة بعد مرة، فمن ضيق على نفسه ولم يقدر من هذه النعمة فإن الطلاق يلزمه.

قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا﴾.⁵

¹ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، مذكرة مكملة لنيل شهادة -الماجستير في العلوم الإسلامية، أ.د محمد بلعتروس، جامعة العقيد، أحمد درية، أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، 2006، ص 103

² عبير ربحي شاكرك القدومي، المرجع السابق، ص - 209 .

³ عبير ربحي شاكرك القدومي، المرجع السابق، ص - 212

⁴ سورة البقرة، الآية - 229.

⁵ سورة الطلاق، الآية - 02.

-وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى تعهدت لمن اتقاه بأن يجعل له في الأمور كلها مخرجاً وفرجاً، ومن طلاق ثلاثاً مجتمعة لم يتق الله، فحق عليه أن لا يكون له مخرج، وأن يقع حالاته ثلاثاً كما أوقعه.¹

ب من السنة - :

ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر رضي الله عنه وسنتين من خلافة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلاق الثلاث واحدة فقال عمر: "إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيها عليهم فأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ".

-وجه الدلالة: إن الناس على عهد النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يطلقون واحدة فقط، تم مع تغير الزمن أصبحوا

يقعون الطلاق ثلاثاً فألزمهم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه

ج- من الأثر :

عن أنس رضي الله عنه قال: "فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان لا يؤثر رجل طلق ثلاثاً إلا أوسعهُ ضرباً وفرق بينهما".

-وجه الدلالة: إن تعزيز ابن الخطاب رضي الله عنه للمطلق ثلاثاً مجتمعة، كان لمخالفة. المشروعة في إيقاف الطلاق مع لزوم الطلاق عليه.²

د من المعقول - :

1- (ولأنه تحريم للبعض بالقول فأشبهه الظاهر بل أولى، لأن الظاهر يترفع بالتفكير وهذا لا سبيل إلى دفعة بحال) فيقع ثلاثاً كما ألزم نفسه وليس من مخرج ولا كفارة.

¹ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص - 212 .

² المرجع نفسه ، ص 213 - 214.

2- (ولأن النكاح ملك تصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الأملاك) فمن طلق ثلاثا مجتمعة أو متفرقة وحرمت عليه زوجته ولا تحل له إلا بعد أن تتكح زوجا غيره.¹

القول الثاني:

إن الطلاق بلفظ الثلاث يقع مرة واحدة فقط، وبه قال: طائفة من السلف والخلف من الصحابة مثل الزبير بن عوام، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود رضي الله عنهم وابن عباس رضي الله عنه في الرواية عنه، وابن تيمية من الحنابلة، وابن القيم والزيديّة.

أدلة أصحاب القول الثاني: واستدل هؤلاء بالقرآن الكريم والسنة والقياس والمعقول.

أ - من القرآن: من قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾²

وجه الدلالة:

إن كل طلاق شرعه الله تعالى في كتابة العزيز في المدخول بها إنما هو الرجعي طلاقاً واحدة، ولم يشرع لأحد أن يطلق الثلاث جميعاً، ولا أن يطلق المدخول بها بائناً، فلا يقع إلا ما شرعه الله وهو الواحدة، ومن أوقع على غير ذلك ألزم بها.³

ب من السنة - :

ما رواه ابن عباس رضي الله عنه قال: "طلق ركانة بن عبد يزيد أخو بني المطلب امرته ثلاثاً في مجلس واحد، فحزن عليها حزناً شديداً، قال فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقته؟ قال طلقته ثلاثاً، قال: في مجلس واحد؟ قال نعم، قال فإنما تلك واحدة فأرجعها إن شئت، قال: فرجعها.

¹ نفس المرجع، ص - 215.

² سورة الطلاق، الآية - 01.

³ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 215.

-وجه الدلالة: الحديث الشريف دل بمن طوقه على أن الطلاق الثلاث في مجلس واحد إنما يحتسب واحد، لعدم وقوعه على وجه الشرعي، وأن من شاء المراجعة بعده فله ذلك من القياس.

إن المطلق ثلاثا بكلمة واحدة لا يقع طلاقه قياسا على الوكيل بالطلاق إن خالف الأمر وطلق ثلاث فلا يقع لمخالفته الصورة الشرعية للإيقاع.

ج - من المعقول - :

ولأن في إيقاع الثلاث جملة احتمال الوقوع في الندم، ولا يمكن التدارك، فيقع في الزنا، وهو أشد حرمة من القول باحتسابها واحدة مع إمكانية المراجعة.¹

د الترجيح - :

وبعد هذا العرض لأدلة الفقهاء، وما دار حولها من ردود و اعتراضات يظهر لنا أن القول الثاني وهو القائل بعدم وقوع طلاق الثلاث ثلاثا كما أوقعه المطلق بل يقع واحدة، هو القول الأول والأرجح

في طبقا للأدلة الصحيحة من الكتاب والسنة التي استدلت بها أصحاب من القول، ثم للأدلة من المعقول التي تؤكد الأدلة وتدعمها، وهي واضحة في الدلالة على ما ذهبوا إليه.

تم بعد ذلك يتبين لنا أن هذا القول أسلم للأسرة وأحفظ، فقد يتسر ع الرجل ويسبقه لسانه ويوقع الطلاق ثالثا على غير ما شرعه الله تعالى فلو ألزمناه لألحقنا به و بالمرأة الضرر، ولو عاقبناه على فعله لشمنا الزوجة بالعقاب وهي بريئة منه وهي هذا ظلم وهو ممنوع.²

الفرع الثاني: آثار الطلاق التعسفي

من خلال هذا الفرع تتضح مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يقدمه الزوج للزوجة نتيجة للضرر اللاحق بها، وهو الأثر المترتب عن التعسف في استعمال الحق الذي قام به

¹ نفس المرجع، ص - 216 ، 217

² عيبر ربحي شاكرا القدومي، المرجع السابق، ص 222-223

الزوج، وتتم معالجة ذلك بيان معنى التعويض ثم إلى تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي و أخيرا أساس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

١-تعريف التعويض في الاصطلاح الفقهي:

لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي شائعا ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أدائه كتعويض مثل البذل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها وبذل الشيء الواجب.

وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا ومن تعريفات الضمان ما يلي:

-الضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته.

-الضمان هو إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات أو قيمته إذا كان من القيمات¹ من تعريفات السابقة للضمان نجد أنها تضمنت معنى التعويض وذكرت سببه تلميحا وهو حدوث الضرر والهالك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإلتلاف والغصب، وعليه فالتعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور جبر الضرر والضمان هو الالتزام بالتعويض فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض سواء كان مالا أو فعلا جابرا للضرر، أما لفظ الضمان فينطبق على فعل التعويض وهو الالتزام بالشيء

المعوض به، ولقد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض منهم الشيخ محمد شلتوت حيث قال " التعويض هو المال الذي يحكم به من أوقع الضرر على غيره في النفس أو المال أو التقدير في الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر "

¹ حياة خطاب ، الطلاق التعسفي و آثارة، مرجع سابق ، ص 52

يتضح من التعريف أن مفهوم التعويض يرتكز على نقطتين:

- أن التعويض مال يعطى للمتضرر عن طريق القاضي

- ذكر أنواع الضرر الواجب فيها التعويض وان تقدير التعويض يستند الى تحديد قيمة

الضرر وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره

فالأصل في التعويض انه جبر للضرر و النقصان والتلف الذي أصاب صاحب الحق أو

إزالة الضرر الواقع عليه " ¹

ب: تعريف التعويض في القانون

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض إلا أنه نص في المادة 124 ق م ج واعتبره

جزاء من الفعل الضار فذكر "أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر

للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ²

يتضح من المادة أن التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف

المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر.

كما أوردت المادة 132 بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على انه: "يعين

القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن

يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا 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 الغير مشروع " ³

¹ حياة خطاب، الطلاق التعسفي و أثارة ، مرجع سابق ، ص 53

² المادة 124 قانون المدني الجزائري

³ المادة 132 قانون مدني الجزائري

و رغم أهمية مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي لم يرد مفهومها له لدى الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية، وتماشيا مع الآراء عند بعض الفقهاء، بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، ومن تم تستحق المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض، إذا كان طلاقها بسبب مشروع للأضرار العديدة التي تلحق بها نتيجة الطلاق، حيث يضيع مستقبلها، تفقد مأوى، وتقل الرغبة بها كزوجة في أسرة جديدة، ويجوز طلاق التعسف والعبث والمضاربة بهذا التقيد نوع خاص من الظلم وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق، أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من شرعه.¹

من كل ما سبق يمكن تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي بأنه: " البذل بسبب الضرر أي حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة وفقدانها العائل ومعاناتها من الوحدة وألم الفراق وما شابه ذلك "

أو أنه " مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقة نظير ضرر ألحقه بها لتبدأ حياته من جديد لتوفير حياة كريمة لها بسبب سلب دفء الحياة الزوجية و الاستقرار و الأمن..."

لم يعرف المشرع الجزائري التعويض عن الطلاق في قانون الأسرة، وإنما وضح أن القاضي إذا تبين له تعسف الزوج، يحكم بالتعويض للزوجة للضرر، وإذا لم يوجد فلا تعويض، والسلطة التقديرية للقاضي واسعة في ذلك سواء في تحديد معيار التعسف، أم في طليعة تعويض المقدم من الزوج للزوجة من خلال المادة 52 من ق.أ.ج .

أما بالرجوع للقواعد العامة تتحدث عن التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية في المادة 124 ق.م "كل عمل أي كان يرتكبه الفرد بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، لكن يجب الإشارة أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعمال لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عليها في المادة 124 من القانون المدني .

¹ علي السنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتصنيف، على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي الياصب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 19 مارس 1962، ص 289

و حتى لا يكون هذا التعويض عشوائيا يجب تحديد أساس و مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

إن البحث في الأساس الفقهي لفكرة التعويض بصفة عامة، يأخذنا للحديث عن موجبات التعويض في الفقه الإسلامي، والمتمثلة أساسا في أركان التعويض باعتبار أن الأخير لا يتحقق إلا بوجود ركنين أساسيين هما: الاعتداء والضرر تم محاولة إسقاطها على واقعة الطلاق للتحقق من إمكانية ذلك أم لا، هذا من جهة واعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي أيضا وهذا كما يلي:

- أركان التعويض:

إن التعويض عن الضرر مقرر شرعا وعقلا، وقانونا وعرفا، لجبر الضرر واقع لكل شخص معتدى عليه، سواء بهضم حقه، أو إلحاق ضرر به، كان ذلك زاجرا للمعتدين و رعاية للحقوق وتوفير للعدل والتعويض عن الشيء لا يفرض إلا بتوافر معناه، حيث لا يعرض جزافا ، ولا يطلب عشوائيا، ولا يأخذ ظلما ولا غضبا وإنما له ركنان أساسيان، لا يتحقق معناه إلا بوجودهما هما الاعتداء والضرر وقد أضاف

فقهاء القانون ركن ثالث هو علاقة أو الرابطة السببية بين الاعتداء والضرر¹.

أ الاعتداء - :

ورد معنى الاعتداء في اصطلاح الفقهاء بأن ظلم والعدوان ومجاورة الحق وضابطه هو انحراف على السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو عمل ضار بدون حق، وجواز شرعي هو مجاورة الحق، حيث جاء في تفسير القرطبي لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾²

الاعتداء هو التجاوز والتعدي يعبر عنه الحقوقيون بالخطأ ويمكن تعريف التعدي الأولي، لأن التعبير بالتعدي يشمل الخطأ والعمد ويشمل التقصير والإهمال ونحوهما أما التعبير بالخطأ فبمجرد النطق به، يوهم مقابلة الخطأ ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص.

¹ عمارة محمد أمين ، مذكرة ماستر بعنوان الطلاق كمسألة موجبة للتعويض، المركز الجامعي بلحاج شعيب عين تيموشنت ، معهد العلوم الاقتصادية و التجارية ، قسم الحقوق ، 2020/2019 ، ص 50-51

² سورة البقرة الآية 194

أما معيار التعدي في الفقه الإسلامي هو إتباع الأوامر واجتناب النواهي أي مرجعه إلى الأحكام الشرعية والعرف، فالاعتداء ظلم منهى عنه، ولا يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق بل يكون خروجاً عن الحق، و تجاوزه له والاعتداء يلزم فاعله بالتعويض وعليه فإن مخالفة أحكام الشرع الحنيف، والعرف، وما اعتاده الناس وألفوا إتباعه ينسب للفاعل فعل الخطأ أو التقصير والتصدي والإهمال، وكل ذلك بموجب التعويض فالمشرع أعطى للزوج حق الطلاق، كان ذلك في الحدود المرسومة له بحسب الشرع فإذا تجاوزها، كان ذلك خروجاً عنه واعتداء على أمره وهذا يمثل في حد ذاته فعلاً محرماً، ومن بين أنواع الطلاق التي يتحقق ويتوافر فيها الركن هو الطلاق البدعي على نوعه، طلاق المرأة حائض التي لا تزال في عدتها، وطلاق المرأة التي جومت فيه، لأن الزوج المطلق في هذه الأحوال، قد تجاوز وخرج عن حدود المقيدة لإبقاء الطلاق الذي أمر بها الله تعالى وخالف سنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم

وعليه نستخلص أن كل الطلاق من الزوج على هذه الشاكلة إذا ما ترتب ضرر بالمطلقة سواء مادي ومعنوي، يوجب الحق في المطالبة بالتعويض¹

ب الضرر - :

إن الضرر مرتبط بمفهوم المسؤولية المدنية وهو الركن الثاني، الذي تكمن أهميته في أي مطالبة بالتعويض عند وقوع الخطأ دون إنتاجه للضرر سيكون مصيرها الرفض، وبالرغم من وجود أكثر من فكرة عن الضرر في التشريع القانوني إلا أنه يصعب استنتاج تعريف موحد أو منضبط للضرر.

وفي القانون المدني الجزائري لا يوجد كذلك تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وجدت في المادة 124و ما يليها، بعض الأحكام المتعلقة بالضرر²

¹ عمارة محمد أمين ، الطلاق كمسألة موجبة للتعويض ، مرجع سابق ، ص 51

² المادة 124 من القانون المدني الجزائري

والمادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام بطريق التعويض، أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام، حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.¹

نظرا لما سبق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أو أدبية.

ويصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها سواء كانت مادية أو معنوية، إلا أن كلاهما موجب للتعويض عنه، ولا يوجد فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض وقد يكون الضرر ماديا أو معنويا.

الضرر المادي:

يعرف الضرر ما يصيب الإنسان في جسمه أو في ذمته المالية منقصا منها فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بالحق أو بمصلحته سواء كان ماليا أو غير مالي² وعموما يتفق الفقه أن المقصود بالضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحته المشروعة.³

قد يترتب الضرر المادي نتيجة المساس بحق غير مادي كالاغتداء على سلامة الجسم ما يلحقه من خسارة مالية، كالعجز عن الكسب أو نفقات العلاج سواء كان ذلك المساس جروحا أو كسورا أو وفاة، ويعتبر المساس بجمال الشخص ضرر مادي بها يكلفه نفقات العلاج وما ينجم عنه من اضطرابات نفسية⁴

كما أن كل مساس بحق من الحقوق المتعلقة بالإثبات كالحرية الشخصية وحرية العمل، إذا كان يترتب عنه خسارة مالية، كحسب الشخص دون حق أو منعه من السفر يترتب عليه

¹ المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج - 2، الواقعة القانونية، ط 3، ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 145.

³ علي فيلا لي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط - 1، دار موقعة للنشر، الجزائري، 2002، ص 247.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص - 146.

ضررا ماديا، بالإضافة إلى ذلك إذا كانت الزوجة عاملة، وتتقاضى أجرا على عملها، تم يأتي الزوج ويأمرها بترك العمل، سواء أنه هو من يتولى النفقة عليها من مجاميعها أو يهددها بالطلاق إذا امتنعت عن ترك العمل فتركه، ثم يأتي الزمن مع هذا الوعد من الزوج، قريب كان أم بعيد، يخلف بوعده بطلاقه منها، وتبقى الزوجة من دون عمل يؤمن حاجياتها، دون إعانة من أحد، خاصة إذا كان ذلك العمل هو الفرصة الأولى والأخيرة لها للحصول على الوظيفة.

كما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة وهي التي لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة حسب نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري¹

وأن شرط مشروعيتها المصلحة في استعمال دعوى المسؤولية معناه لا دعوى بغير مصلحة، وقد حرست المادة 35 ق.إ.م.إ لاستحقاق التعويض في الضرر، لا بد أن يكون الضرر حالا، أو محقق الوقوع ولو كان مستقبلا، أما إذا كان احتماليا فلا يستحق عنه التعويض إلا بحدوثه فعلا²

-الضرر المعنوي:

يتمثل هذا النوع من الضرر في الجانب الغير المالي لذمة الإنسان، هو المتعلق بالمشاعر، و على هذا الأساس يسمى بالضرر المادي أو الأدبي، كما أن هناك من يعرفه بأنه ذلك الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، أي ما يصيب الإنسان في كرامته، شرفه، شعوره أو عاطفته.

الضرر الأدبي هو الذي يسبب ألما للمضروب ومظاهره، تتنوع مصادر الضرر وشدته فالألم الذي يحدثه الضرر المعنوي قد يكون ناتج عن اعتداء على حق غير مالي مثل الحقوق الشخصية كالاعتداء على الشرف والشم والسب، هذا يحدث ضررا أدبيا يحق للمضروب المطالبة بالتعويض عنه، لكن بعض الفقهاء عارض هذا النوع من الأضرار متمسكين بفكرة

¹ تنص المادة - 97 ق.م.ج "إذا التزم المتعلق لسبب غير مشروع ولسبب مخالفا للنظام العام والآداب العامة."

² قانون رقم - 08 - 09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر ،

العدد 21 ،الصادرة في 21 أفريل 2008

صعوبة تقويمه بالمال خلافا للضرر المادي لكن هذا الجدل لم يعد قائما الآن، حيث تبين إجماع الفقه والقضاء أن الضرر المعنوي يستوجب التعويض كالضرر المادي.¹

يتبين ويتضح موقف المشرع الجزائري من فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بشكل صريح في النصوص القانونية التي من بينها دستور 2016 جاء في نص المادة 405 أنه: "يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة المعاملة القاسية ولا إنسانية أو المهنية بقمعها القانون".²

نستخلص من خلال نص المادة أن الدستور قد كفل حماية الأشخاص من أي عنف سواء سبب ذلك ضرر مادي أو معنوي بالإضافة إلى حماية كرامة الأشخاص من أي مساس أيضا نجد في نص المادة 47 من ق.م.ج " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض مما لحق من ضرر"، هذه المادة تكرر حماية حقوق الأشخاص من أي اعتداء، وتؤكد على منح الحق للطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية والمادية أيضا، وعليه نجد أن الضرر الذي يخلق بالشخص من قبيل الضرر المعنوي والمادي في وقت واحد.³

- كما نص المشرع الجزائري على هذا التعويض في المادة 38 من ق.إ.ج. ف 4 "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".⁴

حكم القضاء الجزائري في تطبيقاته القضائية المتعلقة بدفع التعويض المعنوي عن الجروح غير المتعمدة والأضرار الجمالية والمساس بالشرف من هتك العرض، وعن الشعور بالألم

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص - 72 .

² قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 26 جمادي الأول 1437 الموافق ل 06 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج.ج. العدد 14.

³ علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط - 8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 240.

⁴ أمر رقم - 66 - 155 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل والمتمم.ج.ر، عدد 49، المؤرخة في 11 يونيو 1966

من جراء موت ابن في حادث مرور عن الضرر الجسمي والمعنوي الذي لحق الزوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها،¹

مع الإشارة أن هذا الوضع يشكل للمرأة المطلقة ضرر معنوي كبير، خاصة إن كانت لا تحمل أي شهادة تعنيها للبحث عن عمل للخروج من هذه الضائقة قد تتحمل فيها سماع كلام وإساءات محرجة قد تأتي في غالب الأحيان من الأخ أو زوجته في حال كان الوالدان غير موجودان .

تنص المادة 182 مكرر من ق.م.ج "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر التعويض عن الضرر المعنوي في ثلاث حالات وهي المساس بالحرية الشرف والسمعة²

بالإضافة إلى الأساس الفقهي للتعويض هناك الأساس القانوني والذي نتطرق فيه إلى موجبات التعويض والتي تشمل عنصرين هما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وهما مشتقتين من المسؤولية المدنية لذا وجب علينا التعرف على هذه المسؤولية في مسألة التعويض عن الطلاق..

1- المسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية العقدية ذلك الالتزام المترتب عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فلما كان العقد شريعة المتعاقدين فإن كان إلزاما احترام مضمون هذه العلاقة وأي إخلال بها إلا ويستوجب تحمل الطرف الذي تسبب في حصول هذا الإخلال المسؤولية، ولكي تقوم هذه الأخيرة يتعين أن يتم الإخلال بعقد صحيح من الناحية القانونية، أما إذا كان ذا مال فلا مجال لتطبيق قواعد هذه المسؤولية، فالمسؤولية العقدية هي التي تقوم بمخالفة ما اتفق عليه الطرفان في التعاقد³

¹ العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص - 74

² عمارة محمد أمين ، مذكرة ماستر في القانون الخاص ، بعنوان الطلاق كمسألة موجبة للتعويض ،مرجع سابق ، ص 56

³ عمارة محمد أمين ،الطلاق كمسألة موجبة للتعويض ، مرجع سابق ، ص 56

وبالتالي نكتفي بنتيجة لما سبق ذكره في المسؤولية العقدية وهو أن هذه المسؤولية لا يمكن اعتبارها أسباب للحكم بالتعويض عن الطلاق لأن أحد أهم أركانها غير محقق، وهو الخطأ أو الإخلال بالالتزام تعاقدية.

فالأزواج إذا استعمل حقه في الطلاق لا يعني أنه أخطأ، أو أخل بالالتزام عقدي يوجب عليه التعويض، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية لا تعتبر أساسا للحكم بالتعويض عن الطلاق .

2- المسؤولية التقصيرية:

المسؤولية التقصيرية تترتب بمجرد الإخلال بالواجبات القانونية سواء كان منصوصا عليها في بنود تشريعية أو كانت تابعة من نظام التعايش الاجتماعي كضرورة احترام حقوق الجوار وعدم المساس بسلامة الأفراد.

فالقاعدة الكلية تقتضي عدم الإضرار بالغير، حيث يلزم كل من تسبب في وقوع هذا الضرر أداء التعويض للطرف المضرور .

وإذا طبقنا هذا المبدأ على أحكام الطلاق وحقيقته فالمسؤولية التقصيرية تعتبر كأساس للتعويض عن الطلاق، وذلك في حالة إخلال بالالتزام قانوني في حق استعمال الطلاق، فمتى نص القانون على التزام معين اتجاه مسألة الطلاق وقام الزوج بمخالفة هذا الالتزام يترتب التعويض على الطلاق أساس بالمسؤولية التقصيرية¹

أما بالنسبة لمقدار التعويض لا نجد من خلال قانون الأسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض عن الطلاق التعسفي، إذا استقر المشرع على مبدأ التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له ،² وقد كان للقضاء الجزائري تطبيقات قضائية في ذلك حيث قضت المحكمة العليا في : 02 / 04 / 1984 أنه "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض لزوجته من حقوق على زوجها يخضع لقضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة.

¹ عمارة محمد أمين، الطلاق كمسألة موجبة للتعويض، 2020/2019، مرجع سابق، ص 57

² يومبجي عبد الطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2014- 2015، ص 105

فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإثارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون الاعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما وفقر الآخر ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون أي قاعدة شرعية، ومن كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة.¹

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو ا زد، فإنه بال رغم مما يتمت ع به من سلطة تقديرية، فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا بالمقصود في التسبيب.. و كي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر شروط نذكرها فيما يلي :

١- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين

الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن طلاق تعسفي لا يتم إلا إذا كانت الزوجة قائمة فعليا بين الزوجين والذي يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أنتكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا .

وإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لا يجامع مثلها فعند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية أن النفقة لا تجب، لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع، فلا تستحق التعويض، و قالوا كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح أنها تجب، أن التمكين وجد من جهتها، وإن تعذر الاستيفاء من جهته، فوجب ت لها النفقة كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها .

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984 / 04 / 02-ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد

أما الأحناف فقالوا: أن الزواج إذا استبقى الصغيرة في بيته، وأمكنها للاستئناس بها وجب لها التعويض وإن لم يسكنها في بيته فلا تعويض إذا سلمت الزوجة نفسها وهي مريضة مرضاً يمنعها من مباشرة الزوج لها وجب لها التعويض ومثل المريضة "الرتقاء"¹ والنحيفة² والمعيبة بعيب يمنع من مباشرة الزوج لها، وكذلك إذا كان الزوج عنيماً³ أو مجبواً أو خصباً ومريضاً مرضاً يمنعه من مباشرة النساء أو حبس في دين أو جريمة ارتكبتها،

لأنه وجد التمكين من الاستمتاع من جهتها وما تعذر فهو من جهته، وهو سبب لا تنسب فيه إلى التفريط، وإنما هو الذي فوت حقه على نفسه . .

فلا تعويض عن طلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها ما يلي:

من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاصه وتقدير قضاة الموضوع. ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة.

وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستجوب رفض الطعن⁴

ب- أن يكون الزوج صاحب الأمر في الطلاق بالإرادة المنفردة :

العصمة الزوجية مملوكة شرعاً للزوج، فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالسابق كما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم.

¹ الرتقاء: التي سد فرجها - .

² النحيفة: الهزيلة - .

³ عنيماً: من يعجز عن جماع النساء، أولاً يرغب فيهن رجل عني

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 216865 - بتاريخ 16 / 03 / 1999، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص

وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباتها الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء أنها واجبات مالية وأخرى غير مالية.

و يجب أن الزوج متعسفا في طلب الطلاق ويعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر.

والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه المشرع تعريفا محددا تاركا المجال للفقهاء الشرعي والقانون للخوض في هذا الأمر، فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في مادته 41 منه¹ عرفته بتحديد صورة الذي عندها بثلاث وهي:

إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.

-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الأولى أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبها الرامي للطلاق عن ذلك دليلا على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة، وتبرير الطلاق تمثل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

والواقع السائد في المحاكم القضائية أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعد قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية.

وتبعا للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق كما ذكرنا آنفا فإن كل ما يدعيه الزوج في محاربة منه لتبرير طلاقه يسعى أن يؤسسه بدليل والإثبات القاطع، وإلا عدّ متعسفا في طلبه الرامي للطلاق².

¹ المادة 41 من القانون المدني الجزائري

² عامرة محمد أمين، الطلاق كمسألة موجبة لتعويض، مرجع سابق، ص 64

المطلب الثاني: حالات التعسف في التطليق

إذا كان الأصل في إنهاء الرابطة الزوجية حق للزوج و يكون بمحض إرادته وفقا لما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية و قننته التشريعات المقارنة و كذا التشريع الجزائري إلا أن المرأة كان لها نصيب كذلك في إنهاء الرابطة الزوجية إذا سببت لها أضرار مادية و معنوية إلى درجة أنها ليس بمقدورها الاستمرار في هذه الرابطة فلها المطالبة بالتطليق متى توفرت الأسباب الشرعية و ذلك مع وجوب إثباته .

الفرع الأول: صور التعسف في التطليق

التطليق هو حق مخول للزوجة بفك الرابطة الزوجية، وقد أشار المشرع إلى هذا الحق في نص المادة 53 ق أ ج التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

- 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 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، تستحيل 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 مبينة.
- 8- الشقاق المستمر بين الزوجين.
- 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
- 10- كل ضرر معتبر شرعا

يفهم من خلال نص المادة السالفة الذكر أن حق التطليق حق مخول للزوجة، لا يمكن لها المطالبة به إلا إذا توفرت أحد الأسباب الواردة في المادة أعلاه، وجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد ذكر 07 أسباب في ظل القانون 11/84 إلا أنه بعد تعديله بموجب الأمر 02-05 أضاف 3 أسباب أخرى، وهذا حماية للزوجة¹

سنحاول التعرض لبعض الحالات الواردة في المادة أعلاه التي يظهر فيها التعسف:

أ- التطليق لعدم الإنفاق

النفقة واجبة على الزوج لزوجته طبقا لنص المادة 74 من ق.أ. ج حتى وإن كانت الزوجة غنية ، مسلمة أو كتابية إلا أنه قد يتمتع عن أداء النفقة الزوجية إضرارا بها مع قدرته على الإنفاق ، بالتالي يعد مخلا بالتزامه بالنفقة باعتباره حق من حقوق الزوجية²

قد يتمتع الزوج عن الإنفاق على الزوجة لعسره و عجزه و ليس إضرارا بها و بذلك تلجأ الزوجة في سبيل الخروج من هذا المأزق إلى طلب التطليق من القاضي ، إلا أن استخدامها لهذا الحق تلحق ضررا بزوجها و ذلك بتركه مع حاجته لها في حالة عسره ، و يتناقض مع أصل المعاشرة بالمعروف و مواصلة الحياة الزوجية في السراء و الضراء ، كما تلحق ضررا بالغير و ذلك بأن تفرق بينها و بين أولادها أو بينهم و بين أبيهم و في ذلك تشتيت للأسرة.³

¹ قانون 11/84 المؤرخ في 29 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24 صادر بتاريخ 12 يونيو 1984 ، معدل و متمم بالقانون رقم 09 /05 مؤرخ في 24 ماي 2005 ، ج.ر.ج.ج، عدد 43 ، صادر في 22 يونيو 2005 ، يتضمن الموافقة على الأمر 02-05 . المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر.ج.ج، عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005

² تريكي آيت شاوش دليلة " التطليق لعد الإنفاق " المجلة الأكاديمية للبحث القانوني كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، العدد 01 جوان 2010 ، ص155

³ - عبير ربحي شاكور القدومي ، المرجع السابق ، ص 133

قد تطلب الزوجة التطلاق ليس لتضررها من إعسار زوجها و إنما لسبب خفي كأن تكون قادرة على رعاية نفسها و أولادها و هذا يدل على قصد الإضرار بالزوج و يكمن الضرر في اجتماع مصيبة الإعسار و مصيبة ابتعادها عنه ¹

و الواضح أن الزوجة تعتبر متعسفة في استعمال حقها في طلب التطلاق للإعسار بالرغم من قدرتها على توفير متطلبات الأسرة و لمنع وقوع اساءة استعمال الحق يرفض القاضي الحكم بالتطلاق .

ب - التطلاق للعيب :

يقصد بها العيوب التي من شأنها أن تؤثر في مقصد الزواج، وتمنع تحقيق الهدف منه، أو هي الأمراض أو العيوب الجنسية التي تستحيل عليها إكمال العلاقة الزوجية، ففي حالة ما إذا كان لدى الزوج عيوب جنسية تؤدي إلى الإضرار بالزوجة، فيحق لهذه الأخيرة طلب التطلاق، ويجب على القاضي الاستجابة لطلبها إذا كانت تلك العيوب مبررة لا يمكن البرء منها ولم يكن هناك أمل للشفاء وذلك بشرط عدم علم الزوجة بذلك العيب قبل العقد. لكن إذا كانت تلك العيوب من العيوب الغير دائمة والقابلة للشفاء، وبالرغم من هذا فإن الزوجة تصر على التطلاق فإنها تعتبر متعسفة في استعمال الحق، ولا يجب على القاضي الاستجابة لطلبها ²

و لكي يكون العيب سببا مبررا للتطلاق في القانون الجزائري يجب توفر الشروط التالية :

1- أن ترفع دعوى التطلاق أمام القاضي

2- أن يكون العيب في الزوج

¹ عبير ربيحي شاكرك القدومي، المرجع السابق، ص 133-134

² بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2014

3- أن يمنع العيب تحقيق الهدف من الزواج ويترك تقدير ما إذا كان العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو لا إلى القاضي و على هذا الأخير أن يتأكد من وجود ما تدعيه الزوجة من عيوب بواسطة الخبرة أو بأي وسيلة أخرى كالإقرار مثلاً

ج- التطلاق للهجر:

أباحته الشريعة الإسلامية للزوج هجر فرش الزوجة بغرض تأديبها واصلاحها، لكن ليس بغرض الإضرار بها، وذلك لمدة لا تزيد عن أربعة أشهر، لكن إذا تجاوز الزوج هذه المدة فإن ذلك يعد إضراراً بالزوجة، وبالتالي فإنه يحق لها اللجوء إلى القضاء للمطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق التطلاق بسبب تجاوز مدة الهجر في المضجع، ويستوجب على القاضي في هذه الحالة التفريق بين الزوجين عند ثبوت السبب.

لكن قد يحدث وأن تطلب الزوجة التطلاق وتتمسك به بالرغم من كون أن الهجرة في المضجع كان لسبب أو لعذر مشروع وقانوني، ففي هذه الحالة تعتبر الزوجة متعسفة في استعمال حقها ولا يجب على القاضي أن يستجيب لطلبها إلا بعد التأكد من وجود هجر في المضجع دون سبب شرعي¹

¹ العربي بختي ، المرجع السابق ، ص 105-106

الفرع الثاني: آثار التعسف في التطلاق

للتطبيق العديد من الآثار لعل أهمها، ما يلي:

أولاً: العدة

تعرف العدة على أنها مدة تتربصها المرأة عقب وقوع سبب الفرقة، فتمتنع عن الزواج فيها، وبانقضائها يزول ما بقي من آثار التحريم¹

وأجمع العلماء على وجوبها لقوله تعالى:

﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾²

ثانياً: النفقة

تجب النفقة للمرأة بعد الحكم لها بالتطبيق و تشمل نفقة العدة و نفقة الإهمال.

1-نفقة العدة: تستحق المعتدة نفقة عدتها من مال زوجها طيلة هذه المدة. وتحددها

المحكمة

إجمالاً أو شهرياً، وفق المادة 61 ق أ.ج. ويسقط هذا الحق شرعاً إذا تركت المطلقة مقر

الزوجية ولم تقض العدة فيه دون مبرر شرعي باعتبارها ناشراً.

2-نفقة إهمال: أوردت المادة 74 ق أ.ج، أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بالدخول بها

فإذا لم يقم بالإنفاق عليها يحق لها طلب نفقة إهمال، تحسب من تاريخ خروجها من مسكن

الزوجية إلى غاية صدور حكم التطلاق³

¹ منصوري نورة، التطلاق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر

2012 ، ص 80

² سورة البقرة الآية 228

³ منصوري نورة، المرجع نفسه ، ص 83

ثالثا: متاع البيت

المتاع هو ما ينتفع به في بيت الزوجة من فراش وأدوات منزلية. ويشمل مقتنيات الزوج. للإعداد مسكن الزوجية وكذا ما تحضره الزوجة معها إلى بيت زوجها لغرض الانتفاع به. لكن قد يتنازع الزوجان في بعض متاع البيت أو كله، بأن يزعم أحدهما أن المتاع ملكا له في هذه الحالة حاول المشرع التصدي بنص المادة 73 ق أج¹ حيث يتضح من خلالها أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بيته.

رابعا: التعويض

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق للأسباب الواردة بالمادة 53 ق أج وعليه يمكن للقاضي عند حكمه بالتطلاق، أن يحكم للزوجة بالتعويض عما أصابها من ضرر حسب نص المادة 53 مكرر. وتجدر الإشارة أنه يدق التشابه بين مصطلحي التعويض والتمتع. فهذه الأخيرة هي ما يعطيه الزوج لزوجته جبرا لخاظرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر، وهي واجبة لها كلما تحقق هذا ضرر²

و ذلك عملا بقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۚ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾³

وبناء على هذه الآية، يتبين لنا أن الشريعة الإسلامية أوجبت على الرجل تمتيع مطلقة وذلك بتعويضها جراء ما أصابها من ضرر مستعملة مصطلح "تمتع". أما القوانين الوضعية فأوجبت على القاضي إلزام الزوج بدفع مبلغ من المال نقدا أو عينا يخضع للسلطة التقديرية. تحت تسميته "التعويض"

¹ تنص المادة 73 من ق أج: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيته فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشاركات بينهما يقسمانها مع اليمين."

² منصوري نورة، مرجع سابق، ص 88

³ سورة البقرة الآية 241

المبحث الثاني : حالات التعسف في الخلع

شرع الإسلام الخلع للمرأة كمخرج نجاة للخلاص من حياة زوجية لا تطيقها، ولا تجد الراحة فيها لنفورها من زوجها، فيفوت الغرض المقصود من الزواج، فكان لها أن تقتدي نفسها بمقابل لقاء ذلك الخلاص¹.

كما اعترف المشرع الجزائري للزوجة بحقها الخالص في الخلع، فأصبح مرده إرادة الزوجة المنفردة دون الحاجة إلى موافقة الزوج، ودون أن تكون ملزمة بتحديد أسباب لجوئها للخلع. وأمام هذا الاعتراف المطلق للمشرع بحق الزوجة في الخلع بات تعسف الزوجة في إيقاع الخلع متوقعا، وخاصة أمام ما نعيشه في وقتنا الحالي من انحلال الأخلاق وغياب الوازع الديني.

المطلب الأول : حقيقة الخلع

الخلع إحدى صور فك الرابطة الزوجية، وفي هذا المطلب سنبين تعريف الخلع لغة و اصطلاحا وقانونا في الفرع الأول، ثم الأساس القانوني و الشرعي للخلع كفرع ثان

الفرع الأول : تعريف الخلع

1-الخلع لغة: يطلق لفظ الخلع لغة بفتح الخاء فيقصد به النزع والتجريد و الإزالة ، فيقال خلغ الشيء يختلعه خلعا نزع، وخلع الثوب والرداء جرّده، وخلع امرته خلعا بالضم فاختلفت وخالعه، أزالها على نفسه وطلقها على بدل منها²

¹ منال محمود المشيني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، 2008-، ص 43

² ابن منظور، لسان العرب، ج - 8 ، ط 1 ، دار صادر، بيروت، ص 86

2 -الخلع اصطلاحاً: عرف الفقهاء الخلع بأنه إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع أو ما في معناه، فهو إنهاء العلاقة الزوجية نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها، لتخليص نفسها مما هي فيه بلفظ الخلع، كما عرّف بأنه الفرقة بعوض يأخذه الزوج¹.

وعرف العلماء المحدثين الخلع بأنه إزالة ملك النكاح بمال تدفعه الزوجة بألفاظ مخصوصة بالتراضي بين الزوجين أو بحكم القاضي، أي أن المخالعة تكون باختيار الزوجة أو الزوج وهي المخالعة الرضائية، أو يكون بحكم القاضي بناءً على رغبة الزوجة وهو الخلع القضائي الإلزامي².

3-الخلع قانوناً: لم يعرف المشرع الجزائري الخلع ولكنه اعتبره بموجب المادة 54ق.أ.ج إحدى طرق فك الرابطة الزوجية، وذلك بنصه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، أي أن الخلع طلاق مرجعه الإرادة المنفردة للزوجة .

والخلع يقع به طلاق بائن، ولا يجوز للزوج مراجعة مختلعه في العدة إلا برضاها وبعقد جديد³.

¹ أحمد علي جرادات ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، ص - 1 ، دار الثقافة، عمان، 2012 ، ص 193

² منال محمود المشيني، المرجع السابق، ص -43

³ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، - 2013 ، ص 15.

الفرع الثاني : الأساس القانوني و الشرعي للخلع :

الأساس الشرعي : دليل مشروعية الخلع

من الكتاب :

قوله تعالى . "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمُ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ " البقرة: الآية 229 ¹

من السنة النبوية الشريفة :

تعتبر حبيبة بنت سهل الأنصاري زوجة ثابت بن قيس بن شماس، أول حالة خُلِعَ في الإسلام، بل إن هذه الآية الكريمة السابقة نزلت في هذا الشأن؛ ففي صحيح البخاري عن عكرمة عن ابن عباس، أن امرأة ثابت بن قيس قالت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "يا رسول الله، زوجي ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام - أي: أكره عدم الوفاء بحقه لبغضي له - فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ((أتردين عليه حديقته))، وهي المهر الذي أمهرها، فقالت: نعم، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لثابت: ((اقبل الحديقة، وطلّقها تطليقة))

حكم الخلع :

الخلع قد يكون مباحا و قد يكون مكروها و قد يكون محرما فيكون مباحا إذا كرهت الزوجة زوجها لسوء خلقه أو خلقه أو كرهت نقص دينه أو كبر سنه أو مرضه أو ضعفه أو نحو ذلك من العيوب. و تخشى أن لا تؤدي حق الله في طاعته أو لا تحقق المقصود من الزواج في الشريعة الإسلامية، رغم عدم تقصيره في حقوقها و قيامه بواجبه نحوها، فتري في كراهيتها هذه أن تقدي نفسها بمال تعطيه لزوجها لإنهاء العلاقة الزوجية بينهما حتى لا تقع في المحذور فيكون في ذلك الخلع مباحا و مشروعاً و لا كراهية فيه.²

¹ سورة البقرة الآية 229

² أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، مصر 2014، ص 15

و يكون الخلع مكروها إذا كان سببه مكروها، كأن تميل إلى غير زوجها و ترغب في نكاحه فتخالع زوجها لتتكدح من مالت إليه و رغبت فيه، فهذا الخلع مكروه¹

كما قد يكون الخلع محرما إذا أكره الزوج زوجته لتقتدي نفسها منه كأن ينالها بالضرب والأذى حتى تخالعه، أو يضيق عليها أو يمنعها حق من حقوقها كالنفقة عليها مثلا، فهذا الخلع حرام لأن سببه خبيث و ذلك لقوله تعالى: * يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا ۖ وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِيَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۚ² وقوله تعالى :. "فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ"³

الأساس القانوني :

لم يتعرض المشرع الجزائري لمسألة تكيف الخلع قبل تعديل 2005 ، وبذلك فتح المجال لشرح القانون المتبنين لرأي لا خلع بدون إرادة الزوج، فانشق بذلك الرأي الذي يعتبر الخلع يمينا من جانب الزوج لأنه يرتبط بالطلاق، و معاوضة من طرف الزوجة لأن المسألة متعلقة بالتعويض.

حيث يقول بلحاج العربي في هذا الصدد، إذا اتفق الزوج مع زوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها فقبلت و تم ذلك بإيجاب و قبول سمي هذا مخالعة، و من هنا فإن التكيف، القانوني للخلع يعتبر يمينا من جانب الزوج لأنه علق طلاقها على شرط قبولها دفع المال مقابل تخليص نفسها من الرابطة الزوجية، و سلطان زوجها الذي أصبحت لا تطبق الحياة معه⁴ .

¹ - جمال عبد الوهاب عبدالغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003 ، ص 45

² سورة النساء ، الآية 19

³ سورة البقرة الآية 229

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان. المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ، ص 263-264

في نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "ليس الخلع من القانون إلا طلاقا صادرا عن إرادة الزوج المنفردة يحصل مقابل أداء الزوجة له تعويضا يقدر باتفاق الطرفين، غير أن عرض الزوجة للخلع لا يخولها أي حق ولا أثر له على إبقاء الرابطة الزوجية إذا لم يرضى الزوج به و لا يمكن اعتباره كطلب مقدم إلى القضاة و يكون عليهم الفصل فيه.¹

تبقى الدوافع وراء هذا التفسير هو غموض النص القانوني الذي لم يحسم في مسألة تكييف الخلع، و الذي ورد بصيغة عامة لا يفهم منها اشتراط موافقة الزوج على الخلع أو عدم مخالفته، ففسر شراح القانون و القضاة عبارة "أن تخالع نفسها من زوجها" أن المشرع قصد من ورائها اشتراط موافقة الزوجين مجاريا في ذلك الفقه الإسلامي السائد.² وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 222 ق.أ.ج بأنه "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/07 غير المشرع الجزائري وجهة نظره في تكييف الخلع باعتباره حقا للزوجة بدلا من اعتباره يمينا من جانب الزوج و معاوضة من جانب الزوجة فنصت المادة 54 في فقرتها الأولى من ق.أ.ج على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي تبني المشرع الجزائري رأي الإمام ابن رشد في اعتبار الخلع حقا للزوجة مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق يمكنها اللجوء إليه متى شاءت ومتى تبين لها أن مواصلة الحياة الزوجية أمرا مستحيلا يصعب تحقيقه³

¹ - قرار المحكمة العليا ،ملف رقم 511728 مؤرخ في 21 /06/1988مشار إليه لدى أحمد لعور نبيل صقر، الدليل

القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007 ، ص 51

² زكية تشوار حميدو، "الدور الإيجابي للقضاة في تسيير المادة 54 من قانون الأسرة"، مقال نشر في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41 ، العدد الثاني الصادر في 2003 ص - 22.

³ أحمد نصر الجندي ،من الفرق الزوجية ،ا لخلع والإيلاء و الظهار واللعان، دار الكتب القانونية ،مصر، 2009 ،

كما كان الإمام مالك متحفظا و متشددا في منح الزوجة حق مخالعة نفسها، فذكر أن الخلع في الأصل يكون بالتراضي بين الطرفين و يكون بعد أخذ القاضي رأي الحكمين إذا كرهت المرأة زوجها على أن تدفع له ما قدمه في هذا الزواج من مال، فأصبحت الزوجة بعد التعديل تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج، فما عليها إلا أن تقدم طلبها بذلك إلى القاضي، و هذا الأخير لا يملك حق رفض التفريق بالخلع و ليس له أية سلطة تقديرية إلا فيما يخص بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على ذلك، لأن الأمر في هذه الدعوى يتعلق بممارسته الحق الإرادي طبقا للشكل المقدر قانونا¹ وكان ذلك تنويفا لاجتهادات المحكمة العليا، التي أخذت تعمل على تطوير اتجاهها ليظهر أخيرا في قاعدة جديدة، و هي القاعدة التي تقوم على أساس النطق بالطلاق عن طريق الخلع حتى و لم يرضى الزوج عليه، بل يكون للقاضي الاكتفاء بإرادة الزوجة لوحدها دون مراعاته لإرادة الزوج إذا أصبحت العشرة بينهما لا تتطابق و مقتضيات الدين الإسلامي.

ومن قراراتها في هذا الصدد القرار الصادر في 21 جويلية 1992 "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال، يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

إن المادة المذكورة 54 ق.أ.ج) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال و قدره، و في حالة عدم اتفاقهما، ترجع في ذلك السلطة التقديرية للقاضي على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم دون الالتفات لعدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز و التعسف. الممنوعين شرعا و عليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال حين قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون²

¹ عمر زودة، طبعة الحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و اثر الطعن فيها، دون دار النشر، الجزائر، 2003، ص 60

² مقدم الهام، مذكرة ماستر، المركز القانوني للزوجة في التطلق و الخلع و الآثار المترتبة عنه في التشريع الجزائري، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم القانون الخاص 2016-2017، ص 25-

المطلب الثاني : إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق في الخلع

يعتبر الخلع من أهم صور فك الرابطة الزوجية، الدالة على قوة المركز القانوني للمرأة وذلك لسهولة الإجراءات ووضوحها¹.

وتعتبر المادة 54 من ق أ ج وصياغتها تدل على المعنى الاستبدادي الذي أصبح بابا واسعا من أبواب هدم البيوت، وتشريد الأطفال دون عوائق تماما كما يفعل الرجل حين يستبد في طلاقه لزوجته ، وذلك على اعتبار أن يمارس حقه الديني المشروع بينما يلقي بنفسه وأبنائه إلى التهلكة.

إذن فالخلع يخضع للإرادة المنفردة للزوجة لكن لا بد لها من ضوابط وقيود لمنع التعسف من استعمال هذا الحق، وهذه الضوابط هي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وقد كفل لها القانون الحماية الواجبة، وعليه فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة هذا الحق، بشكل لا يكون تعسفيا وكيف يكون سلوكها سويا في مثل هذه الحالة².

الفرع الأول : صور التعسف في الخلع

إذا أقدم الزوج على الطلاق ولم يستطع تبريره فهو طلاق تعسفي، وقد استقر القضاء على أن الطلاق غير المبرر هو طلاق تعسفي وقياسا على ذلك فإنه على الزوجة المخالعة، كذلك تبرير أسباب لجوئها إلى الخلع وأن استعمال حقها في الخلع يجب أن يكون موافقا لنص المادة 124 من ق المدني

و . من الطبيعي والمنطقي أن المرأة شأنها شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الخلع كما لو كانا لزوج رجلا ناجحا صالحا قائما بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل ثم تعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها وحبها لها

¹ بودفع علي، المركز القانوني للمرأة في قضايا الطلاق (قانون الأسرة الجزائري نموذجا)، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، عدد خاص، ص199

² أحمد حسام النجار ، الخلع و مشكلته العملية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه ، د ط ، دار

وامتنالا للصالح معها رغم تغنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه ألا تعتبر الزوجة قد أساءت استعمال حقها المقرر وانحرفت عن غايته وممرماه، ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها لتوفر العلة الشرعية والمنطقية التي تلزمها بتعويض زوجها من جراء هذا التعسف و سوف نتطرق لذلك فيما يلي فيما يلي :

أولاً- لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي :

إن عدم اشتراط القانون تحديد الزوجة لأسباب لجوئها إلى الخلع عند تقديم عريضة افتتاح دعوى الخلع ، يفتح أمام بعض الزوجات الباب للتخلص من أزواجهن بكل سهولة لنيل مرادهن، فتكون هذه الفجوة ملاذاً لهن في استعمال الخلع ، دون أن تكون الزوجة بحاجة ماسة إليه، فتستعمله لا لشيء إلا لنيل مبتغاها والمتمثل في أسباب ذاتية منبعثة من أنانيته، تبتغي من خلال الخلع التحرر من زوجها الذي أصبحت لا تطيقه، والذي يضيق الخناق عليها فيمنعها من الخروج والسفر وإقامة العلاقات مع. الأصدقاء، وغير ذلك من التصرفات الدخيلة على مجتمعنا الإسلامي المحافظ في ظل تحرر المرأة ،

فتنظر إلى زوجها وكأنه متخلف ولا يرقى إلى مستواها الاجتماعي والثقافي والحضاري ، فتلجأ إلى الخلع لتتحرر من قيود الزواج، لتعيش حرة دون أن يكون هناك من يقيد¹

فالشرع لما منح الزوجة الحق في الخلع فإنما يكون ذلك بسبب زوج تمقته وتنفر منه، وتعجز عن أداء واجباتها الزوجية نحوه فتخشى على نفسها الوقوع في الحرام، فيكون خلاصها الخلع كآخر حل تلجأ إليه، وليس لأهواء و نوازع ذاتية.

ثانياً: عدم مشروعية المصلحة التي ترمي الزوجة المخالعة إلى تحقيقها

قياساً على التعسف في الطلاق بالنسبة للزوج ، فإذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكماً أو مقصداً شرعياً فإنه يكون متعسفاً، ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تضع حمايتها على ما يخالف حكمها²،

¹ خلافاً لمياء ، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج و انحلاله ،مذكرة ماستر في القانون الخاص، جامعة 08 ماي 1945 قالمة 2021 2022 ، ص 90

² بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص - 170

فكذلك هو الحال بالنسبة للزوجة فالشرع إن جعل أمر الخلع بإرادتها كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية وليس لاستعماله لمصلحة غير مشروعة. ومن أمثلة هذه الحالة أن تستعمل الزوجة الخلع في مرض الموت بغرض حرمان زوجها من الميراث، فهي لم تستعمل الخلع فيما شرع له، إنما تقصد منه مصلحة مادية تتمثل في حرمان زوجها من الإرث، وهي مصلحة غير مشروعة

اتخذت حق الخلع وسيلة لتحقيقها فكان الخلع تعسفيا¹.

ثالثا: أن تجعل الزوجة من الخلع وسيلة للإثراء على حساب الزوج

فقد تتعمد الزوجة عدم الموافقة على مقابل الخلع الذي يطلبه الزوج، إذ أنها تجد في صداق المثل ملاذًا لها، فالنص بأن يكون بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين حول قيمة الصداق بحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل فتح لباب التحايل، فتجدها تطلب مهرا كبيرا إذا كان الزوج ثريا، وقد تكون قد تزوجته لإعبارات مالية ثم تلجأ إلى المخالعة للتخلص منه، فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته، تعترض فيرفع الأمر إلى القاضي الذي يحكم بصداق المثل، فمن باب سدّ الذرائع وجب على المشرع أن يراعي هذه المسألة²

الفرع الثاني : آثار التعسف في الخلع

من دون أي شك أن تعسف الزوجة في الخلع سيلحق أضرار بالزوج سواء كانت أضرار مادية أو معنوية، فبالنسبة للأضرار المادية فتتمثل في المساس بالذمة المالية للزوج المخلوع بسبب الحكم بالنفقة بأنواعها، كما أن البديل الذي يقدم للزوج قد لا يتناسب أبدا مع المهر المقدم من الزوج³

¹ بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2019، ص7

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية الجزائر 2008، ص 211-212

³ بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، العدد 1، 2019، ص7

أما الأضرار المعنوية فتتمثل في الأذى النفسي الذي يتعرض له الزوج ويتمثل في الشعور بالنقص، وامتهان الكرامة بين الأهل والأصدقاء، خاصة وأنه يحمل لقب الرجل المخلوع فمجتمعا يتقبل طلاق الزوج لزوجته ورفضه لها، ولا يتقبل رفض المرأة لزوجها وخلعها له، هذا إضافة إلى الآثار النفسية والعصبية التي يتعرض لها الزوج، بعد الخلع نتيجة لهدم أسرته وتشتت أولاده¹

والتساؤل المطروح هو عن مدى أحقية الزوج في التعويض عن تعسف الزوجة في الخلع.

أولاً: أساس التعويض عن تعسف الزوجة في حق الخلع

منعت الشريعة الإسلامية الإضرار بالغير مهما كان نوعه فأقرت مبدأ الضمان، وهو ما يعرف بالتعويض، حفاظاً على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم و جبرا للضرر وقمعاً للعدوان و زجرا للمعتدين²

فالتعويض هو بمثابة جبر للضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ وترميم لآثاره، فيكون التعويض المالي بمثابة عقوبة مالية في حالة ما إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا.

فإن الزوجة لما تستعمل حق الخلع إنما هي تستعمل حقها الشرعي، و استعمال الإنسان لحقه الشرعي ينافي الضمان، فلا يلزمه التعويض لأن الشارع أذن له وأباح له ذلك والإذن ينافي الجزاء والعقوبة³.

لكن الحق شيء واستعماله شيء آخر فالإنسان لا يحاسب على استعماله لحقه المشروع، وإنما على الضرر الواقع جزاء استعمال ذلك الحق لغاية مناقضة لقصد الشارع، إذ هو بهذه المناقضة يكون متعسفاً في استعمال حقه، والتعسف يلحق ضرراً بالغير، والضرر يزال شرعا فإن أمكن رفعه وجب ذلك،

¹ منال محمود المشيني، المرجع السابق، ص - 237

² وهبه الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، -

1998، ص 22

³ عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، - 1998، ص 180.

وإن لم يمكن رفعه فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر جزاء استعماله للحق لغاية غير مشروعة.

لذا فالخلع حق مشروع للزوجة إذا توفرت أسبابه، وذلك عند استحالة مواصلة الحياة الزوجية، إذا كرهت الزوجة زوجها ولم تتمكن من القيام بالتزاماتها الزوجية نحو زوجها، وتخاف الوقوع في معصية الله عز وجل، أما إذا كان استعمالها للخلع دون وجود مبرر شرعي على وجه ألحق الضرر بالزوج فلا بد من التعويض. فقاعدة الضرر يزال تعتبر مبدأً محكماً تكلفت الشريعة في تطبيقه في جميع أبواب الفقه، وتدور عليه أحكام نظرية التعسف¹

ليكون ذات الأمر من الناحية القانونية، فالشخص إذا اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني، فالأصل أن يمارسه بحرية دون رقيب ولا حسيب ولا مسؤولية ولا تعويض، كونه يمارس حقه الطبيعي والممنوح له قانوناً، إلى أن يقع في دائرة التعسف المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني، حيث يعتبر هنا متعسفاً متحماً للتعويض إذا ما أثبت الطرف المتضرر ذلك.

وبرجوعنا إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تتحدث عن حالات التعسف في استعمال الحق، فإنها حددت تلك الحالات كما يلي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة²".

فتكون تلك الحالات قابلة للانطباق على حالات الخلع التي تطرقنا إليها من خلال عرضنا صور تعسف الزوجة في الخلع، إذ أنها في أغلبها تبني على أسباب ذاتية وسطحية منبعثة عن أنانية الزوجة، وتخفي المخالعة وراءها مصالح غير شرعية منافية للمقصد الحقيقي للخلع.

¹ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص - 213

² خلفاوي لمياء، نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج و انحلاله، مذكرة ماستر في القانون الخاص، جامعة 08 ماي 1945 قالمة 2021 2022، ص 93

ومنه فالأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض، هو التعسف في استعمال الحق المولد لضرر يلحق الغير، والذي يجد تطبيقاً له في نظرية التعسف في استعمال الحق، التي نص عليها و سبقتها في ذلك الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد، والتي كانت تقوم على أساس فكرة منع الضرر اللاحق بالغير وفرض الجزاء عليه 4.

وعلى ضوء هذا الفهم، ينبغي توقيع إيجاب التعويض عن الضرر لصالح الزوج المتضرر من الزوجة إثر تعسفها في الخلع¹.

لكن ورغم كل ذلك فالمشرع الجزائري لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعها، فكل ما منحه إياه هو الإبقاء له على بدل الخلع.

فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 54 ق.أ.ج: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. فإذا عرفنا بدل الخلع نقول بأنه كل ما صح أن يكون صداقا، كون الصداق يجوز بكل ما يصح التزامه شرعا²

فهو بمثابة فدية تؤديها الزوجة للزوج، وعلى ذلك فالمشرع لم يمنح الحق للزوج في أي تعويض آخر لأن العوض الذي يتلقاه هو بمثابة تعويض، وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "لكن خلافا لمزاعم الطاعن مرة أخرى، وبالإطلاع على القرار المطعون فيه يتضح منه أنه قبض مبلغ 60,000 دينار مقابل الخلع وهذا يعتبر بمثابة تعويض عن التخليق..."³

ومنه فما تبدله الزوجة من عوض، هو مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وحق الزوجة في التعويض في حالة التعسف، فلا يجوز أن يحصل الزوج على التعويض

¹ خلفاوي لمياء ، التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق ، ص94

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج - 1 ، المرجع السابق، ص 268

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 09 / 00761 ، قرار بتاريخ 10 / 06 / 2009 ، غير منشور، نقلا عن لحسين

بن شيخ آث ملويا، ص 263

مرتين عن ضرر واحد 3 ، فالمشرع اعتبر قيمة البذل في الخلع يقابله التعويض في الطلاق إذا كان تعسفيا.

و المشرع الجزائري أقر بدل الخلع في كل طلاق عن طريق الخلع، سواء تعسفت فيه الزوجة أو لمتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، وهذا يتتافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر¹

والتي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر، إذا ما ألحق به ضرر نتيجة لتعسفه في استعمال حقه وفقا للمادة 124 مكرر ق.م.ج، كما جعل المشرع بدل الخلع سواء تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين أو محددًا قانونًا بأن لا تتجاوز قيمته مقدار صداق المثل وقت صدور الحكم في حالة اختلافهما حوله، دون أن يراعي ما لحق الزوج من ضرر وما فاتته من ربح، نتيجة لتخريب أسرته دون سبب منه ولا رغبة ، فقيد بذلك سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع وحصر، قيمته وهذا فيه إجحاف

لحق الزوج. كما أن ذلك يتتافى مع تقدير التعويض، فحتى لو سلمنا بأن الضرر واقع فعلا في جميع حالاته، فالذي لا نسلم به هو أن درجة الضرر ليست واحدة في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى ومن زوج لآخر²

ومنه فالمشرع قد حرم الزوج من التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة لتعسف الزوجة في الخلع، لكون بدل الخلع وفقا لما سبق لا يعتبر تعويضا كافيا وحقيقيا للضرر، فكان الأولى بالمشرع أن يفعل دور القاضي، وذلك بأن يجعل التعويض عن التعسف في الخلع، يعود إلى سلطة القاضي التقديرية، مثلما هو الحال في سلطته عند تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي.

والسؤال المطروح هو عن كيفية إثبات تعسف الزوجة في الخلع. خاصة وأن الخلع أمر مبني على أمور نفسية تتعلق بمشاعر الزوجة نحو زوجها، أضف إلى ذلك أن المشرع لم يلزمها بتسبيب طلبها الخلع.

¹ مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص - 188

² خلفاوي لمياء ، التعسف في استعمال الحق ، المرجع السابق ، ص95

والإجابة هناك تكون بإلزام القانون الزوجة بتسبيب طلبها، كما يجب ربط الخلع بضوابط ومعايير معينة تضي عليه طابع الجدية ومحاصرته بقرائن محددة كما ولا بد من إعادة الدور الإيجابي للقاضي، بإلزامه التحري عن الأسباب الذي جعلت الزوجة تطالب بالخلع، فلا يستجيب لهذا الطلب إلا بوجود مبرر شرعي أي يتأكد من حقيقة بغض الزوجة لزوجها والبحث عن سيرة الزوج وعلاقته بزوجه¹.

ومن ثم فإن إثبات تضرر الزوج من تعسف الزوجة في الخلع يقع على عاتق الزوج، باعتباره هو المتضرر، تطبيقاً لمبدأ البيئة على من ادعى، فيلتزم بإثبات عناصر التعسف ويرخص له باستعمال كافة طرق الإثبات المقررة قانوناً، فيثبت مثلاً أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، وأنهم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها أو التقدير عليها، وأنها لجأت إلى الخلع أنانية منها ولدوافع ذاتية، وأن هناك أضرار لحقت به و باستقرار أسرته²

وللزوجة مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوة بما له من سلطة تقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر، وإما أن الزوجة قد استعملت حقها في الخلع في حدود ما وضع له، وأن الزوج لم يلحقه ضرر فلا يلزمها بالتعويض³.

ومنه نقول بأن إساءة الزوج استعمال الحق في الطلاق يقابله تعويض للزوجة، فمن المنطقي أن إساءة الزوجة استعمال الحق في الخلع يقابله كذلك تعويض للزوج.

¹ تبوب فاطمة الزهراء، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2016

ص 103

² مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص - 188.

³ - بن ثغري موسى، المرجع السابق، ص - 8

خلاصة الفصل الثاني

ومن خلال الفصل الثاني لهذه الدراسة ، نكون قد بينا حالات الطلاق بالإرادة بإرادة و التي تكون في حالة الطلاق التعسفي و هو أن يطلق الرجل زوجته بدون مبرر شرعي فيلحق الضرر بالزوجة، فيكون ملزما بتعويض هذا الضرر الذي يحدده القاضي بما له من سلطة تقديرية جبرا للضرر الذي أصاب الزوجة و قد يكون التطليق بطلب من الزوجة عند توفر الأسباب المذكورة في المادة 53 ، ثم تناولنا في المبحث الأخير حالات تعسف الزوجة في حق الخلع الذي قد توقعه دون مبرر أو لتحقيق مقصد غير شرعي فتلحق الضرر بالزوج، غير أن بدل الخلع لا يعتبر تعويضا حقيقيا وكافيا لجبر الضرر الذي أصاب الزوج نتيجة تعسف الزوجة في حق الخلع.

الخاتمة

الخاتمة

وفي الختام لما سبق حاولنا بقدر الإمكان التطرق لموضوع حالات التعسف في استعمال الحق في فك الرابطة الزوجية من خلال ما تناولته في دراستنا ، فيتضح لنا أنه موضوع حساس لأنه من المواضيع اليومية المهمة التي لها علاقة بحياتنا الشخصية فك الرابطة الزوجية سواء عن طريق الطلاق التعسفي أو عن طريق التطليق أو الخلع متى توفرت أسبابه يعتر من الحلول التي نعتمد عليها في حياتنا إذا استحال استمرار العشرة بين الزوجين وبهذا فإن التعسف في استعمال الحق مفاده ألا يستعمل الإنسان حقه إلا في حدود التي رسمها القانون. حيث - أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف ضمن نطاق المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الشخصية، وهكذا يعد التعسف في استعمال الحق بمثابة الخطأ ويلزم من كان السبب فيه بالتعويض.

حدد المشرع الجزائري صور التعسف في استعمال الحق في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، وهي مذكورة على سبيل المثال: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، وإذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير، وإذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

إن كلا من التشريع و القانون ينهيان عن التعسف لكون يسبب ضررا للغير مهما كان حجمه ويجب استعمال الحق في الحدود التي شرعها الله والقانون خاصة إذا تعلق هذا التعسف بالميثاق الغليظ الذي يعتبر من أسمى العقود التي ذكرها المولى عزو جل في كتابه العزيز.

من أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث المتواضع هي:

-مصطلح التعسف هو مصطلح حديث أما بالنسبة لنظرية التعسف فهي نظرية قديمة قدم الشريعة الإسلامية.

-لم يعط المشرع الجزائري تعريفا محدد للطلاق التعسفي باعتبار هذا المصطلح حديث النشأة

الخاتمة

-إن مشروعية الطلاق التعسفي برغم أنها من النوازل المعاصرة، فإنها تستند إلى القواعد العامة لشريعة الإسلامية كنظرية التعسف في استعمال الحق، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار

-التعويض الذي ينتج عن الطلاق التعسفي يتحمله في الأصل الزوج المطلق، باعتباره هو صاحب الشأن، لكن يمكن للمرأة أن تتحمل عبئ التعويض إذا تبين أنها السبب في الطلاق.

-المشرع الجزائري حصر الأسباب التي يمكن للزوجة أن تأسس عليها طلبها في التطلاق في عشرة أسباب، إلا أنه يمكن أن تكون أسباب أخرى تعكر صفو الحياة الزوجية ولا يمكن لها أن تجعلها كأساس لطلب التطلاق لعدم ورودها ضمن الأسباب المدرجة في نص المادة 53 ق.أ.ج.

-منح المشرع الجزائري حق الخلع للمرأة وكان ذلك نتيجة للتعسف والظلم الذي تتعرض له الزوجة من قبل زوجها، وعدم الاستجابة لطلبها للكيد والإضرار بها، فجعل الخلع حقا لها حتى لا تلتزم بالبقاء مع زوج لا ترغب فيه، وذلك بلجوئها إلى القضاء طالبة مخالعتها منه دون موافقته، ودون ذكره للأسباب الشخصية والموضوعية التي تدفعها لطلب الخلع.

في الأخير من خلال بحثنا هذا في موضوع حالات التعسف في فك الرابطة الزوجية أتوجه برسالة إلى كل امرأة ورجل الذي أو التي يظنان بأن الطلاق أو التطلاق أو الخلع أمر هين، فهو بقدر ما هو حل لكثير من المشكلات بقدر ما هو باب مفتوح لكثير من العقبات التي قد تؤدي إلى تفكك الأسرة وتشرد الأولاد وضياعهم، فالرجل والمرأة مكملان لبعضهما البعض ولا تكمن سعادتهما وسعادة أولادهما إلا ببقائهما مجتمعين متعاونين تحت سقف واحد. فالرجل بشدته وتعصبه والمرأة بعطفها وحنانها وهنا يكمل التكامل بينهما.

المصادر

والمراجع

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية

الكتب :

ابن منظور، لسان العرب، ج - 8 ، ط 1 ، دار صادر، بيروت،

أحمد حسام النجار الخلع و مشكلته العملية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه ، د ط
دار الكتب القانونية، مصر 2004،

أحمد علي جرادات ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد، الزواج والطلاق، ص - 1 ،
دار الثقافة، عمان، 2012

أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام ،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014 ،

أحمد نصر الجندي ،من الفرق الزوجية ،الخلع والإيلاء و الظهار واللعان، دار الكتب القانونية ،مصر،
2009 ،

بختي العربي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر 2014

بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج - 2، الواقعة القانونية، ط 3،
ديوان مطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 .

بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ،الزواج والطلاق، الطبعة
الرابعة، ديوان. المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 ،

بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم د ا رسة مقارنه ببعض التشريعات
العربية، ط 1، دار الخلدونية الجزائر 2008

بوبكر مصطفى، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة
الجديدة، الإسكندرية. 2015

تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي (دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال
الشخصية في بعض. البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية)، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009،

جمال شديد علي الخرباوي ،حق المجني عليه في التنازل عن الدعوى الجنائية، ط 1، المركز القومي
للإصدارات

المصادر والمراجع

- جمال عبد الوهاب عبدالغفار الهلبي، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003
- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه و القانون، دارحامد، الأردن 2009
- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان، 2008 ،
- حسن كيرة، المدخل إلى القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، ط 5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974
- سليمان ولد خسال، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي، المحلية الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، -العدد 05 ، كلية الحقوق، جامعة المدية،
- شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق(طبيعته ومعايير في الفقه والتشريع والقضاء)، دار الشروق، مصر، 2005 ،
- طارق عفيفي صادق أحمد، نظرية الحق، الطبعة الأولى، أعلى مكتبة الأنجلو ، القاهرة ، 2016
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، -1998 ،
- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، - 1998 ، ص.
- عبير ربحي شاكر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى دار الفكر ، الأردن ، 2007
- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ،.
- علي فيلا لي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط - 1، دار موقعة للنشر، الجزائري ، 2002
- لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، الجزائر، - 2013.
- مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني(الالتزامات، في الفعل الضار، في المسؤولية المدنية)، المجلد الأول، ط 2د.د.ن، القاهرة، 1992

المصادر والمراجع

منال محمود المشيني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه آثاره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، عمان، -2008

منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة . والنشر والتوزيع، الجزائر 2012

وهبه الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، - 1998 ،

الاطروحة

بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو 2014

سنوسي علي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2019

عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة مكملة لنيل شهادة -الماجستير في العلوم الإسلامية، أ.د محمد بلعتروس، جامعة العقيد، أحمد درية، أدرار، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، الجزائر، 2006 ،

علي السنوسي، مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتصنيف، على ضوء الاجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، في العلوم القانونية، جامعة الجيلالي ليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، 19 مارس 1962 ،

مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص)، جامعة بالقايد، تلمسان 2009

يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، 2014-2015

المصادر والمراجع

المذكرات

بومنير وهيبة التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية 2012-2013

تمون صابرين التعسف في استعمال الحق في المسائل الزوجية مذكرة تخرج نيل شهادة الماستر في
القانون الخاص المركز الجامعي بلحاج شعيب عين تيموشنت معهد العلوم الاقتصادية و التجارية قسم
الحقوق 2019-2020

حياة خطاب الطلاق التعسفي و آثاره في التشريع الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص أحوال شخصية جامعة محمد خيضر بسكرة 2014/2015

خلفاوي لمياء نظرية التعسف في استعمال الحق في عقد الزواج و انحلاله مذكرة ماستر في القانون
الخاص جامعة 08 ماي 1945 قالمة 2021 2022

عجمي زوينة التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته على ضوء الشريعة والقانون مذكرة تخرج نيل
شهادة ماستر تخصص قانون خاص جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية لكلية الحقوق و العلوم السياسية
2019-2020

عمامرة محمد أمين مذكرة ماستر في القانون الخاص بعنوان الطلاق كمسألة موجبة للتعويض .

مقدم الهام مذكرة ماستر المركز القانوني للزوجة في التطليق و الخلع و الآثار المترتبة عنه في التشريع
الجزائري جامعة ألكلي محند أولحاج البويرة كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص 2016-
2017

المقالات :

زكية تشوار حميدو، "الدور الإيجابي للقضاة في تسيير المادة 54 من قانون الأسرة"، مقال نشر في
المجلة الجزائرية

المجلات

بن ثغري موسى، إثبات التعسف في دعوى الخلع، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، العدد
1 ، 2019

عبد المجيد بن يكن، المستحقات المالية للمطلقة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه
الإسلامي وقانون الأسرة - الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة باتنة، العدد 11 ، 2017 ،

المصادر والمراجع

المجلات القضائية

المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، قرار رقم 212611 مؤرخ في 2001/02/13 ، (قضية م.و.أ ضد ل.ق) المجلة القضائية ، عدد 1 ، 2002 ،

المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية ، قرار رقم 177700 مؤرخ في 1999/09/30 (قضية ش.و.ن.ب . ضد ب.ح .) المجلة القضائية عدد 1 ، 1999 ،

المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 243417 ، قرار بتاريخ 23 / 05 / 2000 ، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 ،.

المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 31531 ، قرار بتاريخ 22 / 09 / 2004 ، المجلة القضائية، العدد 65 ، 2010 ،

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،-02 / 04 / 1984 ملف رقم 32779 ، المجلة القضائية، 1989 ، عدد 02 .

المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 00761 / 09 ، قرار بتاريخ 10 / 06 / 2009 ، غير منشور، نقلا عن لحسين بن شيخ آث ملويا

المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم - 3707 ، قرار بتاريخ 15 / 11 / 2006 ، المجلة القضائية، العدد 01 ، 2007 ،

النصوص و القوانين

أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر.ج.ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975 ، معدل ومتم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جويلية 2005 ، ج. ر.ج.ج، عدد 44 ، لسنة. 2005 ، معدل ومتم بالقانون رقم 07. 05 مؤرخ في 13 مايو 2007 ، ج. ر.ج.ج، عدد 31 الصادر في 13 مايو 2007

أمر رقم - 66 - 155 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966 ، يتضمن قانون العقوبات، معدل والمتمم.ج.ر، عدد 49 ، المؤرخة في 11 يونيو 1966

أمر رقم 58- 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق

أمر رقم 58-75 ، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم المرجع السابق

المصادر والمراجع

- أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم مرجع سابق
- قانون 11/84 المؤرخ في 29 جوان 1984 ، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، عدد 24 صادر بتاريخ 12 يونيو 1984 ، معدل و متمم بالقانون رقم 09 /05 مؤرخ في 24 ماي 2005 ، ج.ر.ج.ج، عدد 43 ، صادر في 22 يونيو 2005 ، يتضمن الموافقة على الأمر 02-05 . المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج.ر.ج.ج، عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005
- قانون رقم - 08 - 09 المؤرخ في 25 / 02 / 2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر ، العدد 21 ،الصادرة في 21 أبريل 2008
- القانون رقم - 84 / 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، متضمن قانون الأسرة الجزائري ، ج.ر.ج.ج، عدد 24 ، صادر في 12 جوان 1984
- القانون رقم : 10/05 المؤرخ في : 20/06/2005 يعدل و يتم القانون رقم 58-75 المؤرخ في 1975/10/26 المتضمن القانون المدني الجديدة الرسمية عدد 44
- قانون رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني ج. ر.ج.ج عدد 31 الصادر في 13 يونيو 2007
- قانون رقم 16 - 01 مؤرخ في 26 جمادي الأول 1437 الموافق ل 06 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، ج.ر.ج.ج العدد 14.
- قانون رقم 29/91 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 يعدل و يتم القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل ، ج . ر.ج.ج عدد 68 بتاريخ 25 ديسمبر 1991
- قرار المحكمة العليا ،ملف رقم 511728 مؤرخ في 21 /06/1988مشار إليه لدى أحمد لعور نبيل صقر، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2007 ، ص 51
- قرار المحكمة العليا رقم- 216865 بتاريخ 16 / 03 / 1999 ،الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،

الفهرس

الفهرس

أ.....	اهداء
ب.....	شكر و تقدير
ت.....	قائمة المختصرات
1.....	مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للدراسة

6	المبحث الأول: ماهية نظرية التعسف في استعمال الحق
6	المطلب الأول: تعريف نظرية التعسف في استعمال الحق
7	الفرع الأول: تعريف الحق
9	الفرع الثاني: تعريف نظرية التعسف في استعمال الحق
11.....	المطلب الثاني: أساس نظرية التعسف في استعمال الحق
11.....	الفرع الأول : أساس نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية
14.....	الفرع الثاني: أساس نظرية التعسف في التشريع الجزائري
17.....	المبحث الثاني: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق والجزاء المترتب عنه
17.....	المطلب الأول:معايير التعسف في استعمال الحق
17.....	الفرع الأول : معايير التعسف في الشريعة الإسلامية
22.....	الفرع الثاني:معايير التعسف في التشريع الجزائري
24.....	المطلب الثاني : الجزاءات المترتبة عن التعسف في استعمال الحق
24.....	الفرع الأول :الجزاءات المترتبة في الشريعة الإسلامية
25.....	الفرع الثاني : الجزاءات المترتبة في التشريع الجزائري
29.....	خلاصة الفصل الأول :

الفصل الثاني: الإطار العملي للدراسة

المبحث الأول : حالات التعسف في الطلاق.....	32
المطلب الأول : حالات التعسف في الطلاق بالإرادة المنفردة	32
الفرع الأول : صور الطلاق التعسفي.....	33
الفرع الثاني: آثار الطلاق التعسفي.....	44
المطلب الثاني : حالات التعسف في التطليق	58
الفرع الأول : صور التعسف في التطليق.....	58
الفرع الثاني : آثار التعسف في التطليق	62
المبحث الثاني : حالات التعسف في الخلع.....	64
المطلب الأول : حقيقة الخلع.....	64
الفرع الأول : تعريف الخلع.....	64
الفرع الثاني : الأساس القانوني و الشرعي للخلع :	66
المطلب الثاني : إسقاط نظرية التعسف في استعمال الحق في الخلع	70
الفرع الأول : صور التعسف في الخلع.....	70
الفرع الثاني : آثار التعسف في الخلع.....	72
خلاصة الفصل الثاني.....	78
خاتمة	80
المصادر المراجع.....	83
الفهرس.....	89
الملخص.....	92

الملخص :

تعتبر نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة، بحيث تعود أصولها إلى الفقه الإسلامي، و نظرا لأهمية هذه النظرية فقد كرستها معظم التشريعات أو القوانين، من بينها المشرع الجزائري الذي تبناها في نظمه، وذلك من خلال نص المادة 124 مكرر ق م ج، كما أن هذه النظرية لها تطبيقات واسعة في جميع نواحي القانون فأين وجد هناك حق نجد هناك تعسف .
و من بين تطبيقاتها ما يتعلق بمجال الأحوال الشخصية خاصة عقد الزواج و انحلاله فحالات التعسف في فك الرابطة الزوجية إما يكون بالإرادة المنفردة و يتمثل في الطلاق التعسفي الصادر من الزوج أو التطلق الذي يكون بطلب من الزوجة طبقا للأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري أو يكون فك الرابطة عن طريق الخلع و هو مبلغ من مال تقدمه الزوجة كمقابل للزوج من أجل فك الرابطة الزوجية

الكلمات الافتتاحية

الكلمات المفتاحية: التعسف، الزوجين، قانون الأسرة الجزائري، استعمال الحق، الضرر، التعويض.

Abstract:

The theory of abuse of the right is an old theory, so that its origins go back to Islamic jurisprudence, and due to the importance of this theory, it has been enshrined by most legislation or laws, including the Algerian legislator, who adopted it in its systems, through the text of Article 124 bis BCE, and this theory has wide applications in all aspects of law, so where there is a right, we find there is arbitrariness. Among its applications is related to the field of personal status, especially the marriage contract and its dissolution, cases of abuse in the dissolution of the marital bond either be unilaterally and is represented in the arbitrary divorce issued by the husband or divorce that is at the request of the wife according to the reasons mentioned in Article 53 of the Algerian Family Code or be the dissolution of the tie through discolation in order to break the marital bond.

Keywords: arbitrariness, spouses, Algerian family law, use of right, damage, compensation.