

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
فرع حقوق



التعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

إشراف: د/ بودفع علي

إعداد الطالبة: هادفي بسمة

أعضاء لجنة المناقشة:

أ/ كيفاجي الضيف رئيسا
د/ بودفع علي مشرفا و مقورا
أ/ رواق أمال مناقشا

دورة جوان 2015



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

{ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ
بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }.

الروم 21.

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:

((لا ضرر و لا ضرار)).

حديث شريف.



إهداء

ها أنا أفف على أشواط بحث قطعنها بجهد، أردت من خلالها تقديم ولو جزء يسير لأجل إثراء معرفتي وتجسيد رؤيتي المستقبلية. إن هذا العمل المتواضع، هو نتيجة بحث وتعب مستمر لفناة تتطلع للأفضل.

أهدي هذا الجهد المبذول إلى خير خلق الله محمد صلى الله عليه و سلم.

إلى أمي الحبيبة التي لم تبخل علي بالدعاء.

و إلى أبي العزيز والذي أدين له بكل ما وصلت إليه من مستوى وما حققته من إنجازات لمتابعته لي في مساري الدراسي في كل كبيرة و صغيرة.

إلى أخواتي الحبيبات.... أحلام و سماح.... و أخي الصغير الذي لا تحلى الدنيا بدونه..... سيف الدين.

إلى سائر أساتذة الحقوق بجامعة سكيكدة.

و إلى زملائي الذين تعرفت عليهم خلال مساري الدراسي من كل الجامعات في الفترة ما بين 2010-2015.

و إلى كل من له حق علي.

و إلى كل من آمن بالله ربا وبالإسلام ديناً وبمحمد نبياً ورسولاً.

هادفي بسمة





شكر و تقدير

إن من الفضل شكر ذي الفضل و ذكر فضله، و إن من الجميل عرفان الجميل وشكر أهله، أولاً لله عز وجل الذي أنعم علي بهذا العلم ووفقني و سهل علي مشاق البحث العلمي وسخر لي من يساعدي و ألهمني القوة و الصبر لإعداد هذه الرسالة...و الحمد لله علي فضله.

و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بفائق الشكر و العرفان لأستاذي المحترم، الدكتور "بودفع علي" الذي أعطاني شرف الإشراف على رسالتي، رغم انشغالاته الكثيرة إلا أنه لم يبخل علي من وقته الثمين، من توجيه و نصح و تشجيع دائم لي للبحث على ما هو جديد و معاصر وواقعي أكثر مما أعطاني طاقة ايجابية كبيرة للعمل لأكون عند حسن ضنه.... فكانت فترة إشرافه استفادة كبيرة، أطل الله في عمره لخدمة البحث العلمي.

كما أشكر جزيل الشكر و أقدر كل التقدير، أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشة رسالتي، أستاذتي رواق أمال مناقشا، و أستاذي كيفاجي الضيف رئيسا.

كما أشكر جميع الأساتذة الأفاضل الذين ساهموا في تكوين دفعة الماجستير و فتحوا أمامنا آفاق البحث العلمي.

كما يتوجب علي أن أشكر كل من ساعدي علي إثراء هذا العمل من قريب أو من بعيد، خاصة الأساتذة المحامين اللذين لم يبخلوا علي بالأحكام القضائية لقصد إثراء هذا البحث و استفادة الأجيال منه.

إليكم جميعاً أقدم عملي هذا مكللاً بزهور العرفان والشكر والتقدير والاحترام.

فلكم جميعاً ألف تحية وسلام

هادفي بسمة



المختصرات:

ق أ ج : قانون أسرة جزائري

ق م ج : قانون مدني جزائري

ق ع ج : قانون عقوبات جزائري

د د ن : دون دار نشر

د م ن : دون مكان نشر

د ت ن : دون تاريخ نشر

د ط : دون طبعة

ط : طبعة

ج : جزء

ج ر : جريدة رسمية

ص : صفحة

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

غ أش : غرفة أحوال شخصية

م ق : مجلة قضائية

م م ع : مجلة المحكمة العليا

ن ق : نشرة قضائية

إ ق : اجتهاد قضائي

المقدمة

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده و نستعينه و نستغفره، و نعوذ بالله من شرور أنفسنا و سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له و من يضل فلا هادي له، و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أشهد أن محمدا عبده و رسوله صلى الله عليه و على آله و صحبه وسلم.

أما بعد ..

شغل موضوع الحق و التعسف فيه الفكر الإنساني عموما و فكر القانونيين خصوصا، واستعمال الشخص لحقه في حدود ما يقرره الشرع و القانون يعد حقا مشروعاً لصاحبه، ولكن إذا استعمل هذا الحق بقصد الإضرار بالغير، أو تحقيقاً لمصلحة غير مشروعة، أو لمصلحة أقل من الضرر الناشئ للغير، كان الشخص متعسفا في استعمال هذا الحق و يطبق عليه الجزاء، و هذا ما يسمى بنظرية التعسف في استعمال الحق.

ونظرية التعسف في استعمال الحق ليست من النظريات الحديثة فقد عرفت تطبيقات في القانون الروماني، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم، كما عرفها الفقه الإسلامي وأسهم بنصيب وافر بصياغتها، غير أنها اختلفت ردحا من الزمن بسبب انتشار المذهب الفردي ثم عادت واستقرت بالفقه والقضاء و أخذت بها القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري.

أول ما يثير التساؤل في هذا الصدد عما إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق تقتصر على روابط القانون الخاص المتصلة بالأموال أم تمتد إلى غيرها من الروابط فتشمل كافة فروع القانون؟ و الصائب أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه النظرية في كافة روابط القانون الخاص و العام، حيث جعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ الذي يدخل ضمن المسؤولية التقصيرية، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، و إنما بسطه على هذه النواحي جميعا، بل على نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم أن النظرية تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسري في شأن الحقوق

العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية، و إنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام.

لما كان عقد الزواج، من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، و من أهم التصرفات ذات الشأن الكبير، لما اشتمل عليه من حقوق و التزامات عديدة، عظيمة الأثر وطويلة الأمد، فقد اختص هذا العقد من بين العقود، قبل قيامه بمقدمات تمهيدية، تمهد لإبرام هذا العقد، و هي ما يسمى عادة بالخطبة أو الوعد بالزواج.

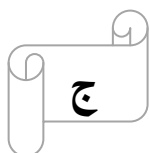
وعليه لا نجد مثالا أظهر و أحوج إلى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج من الخطبة كتمهيد و مقدمة من مقدمات الزواج و نظرا لحساسية هذه المرحلة تطلب منا البحث و التقصي على مواضع التعسف و الانتهاكات للحقوق التي تمارس في إطارها، و مرورا للبحث عن مواضع التعسف في استعمال الحق أثناء انعقاد الزواج قد نصطدم بقضية مهمة و جديرة بالبحث، لإثارها جدلا كبيرا نتيجة المغالطات التي سادت في المجتمع الجزائري خاصة و العربي عامة، والتي تمارس الحقوق في إطارها ممارسة تعسفية خارجة عن حدود الشرع و القانون، من هذه القضايا الحق في الامتناع عن التزويج، و بعد أن ينعقد عقد الزواج سيرتب آثارا تتمثل في الحقوق الزوجية و هي من أهم الحقوق التي تقتضي عدم إهمالها، و أخطرها شأنًا خاصة إذا انتهكت و مورست ممارسة تعسفية ضارة، كحق الزوج في التأديب والتعدد، و حق الزوجة في النفقة و العمل.

هذا ما جعلنا نرى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تهيمن على بعض قضايا الزواج المهمة فهذه القضايا المختارة المذكورة أعلاه هي التي ينصب و يرتكز عليها بحثنا المعنون بالتعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج.

بناء على ما سبق تحاول إشكالية هذه الدراسة الإجابة على التساؤل الرئيسي الآتي:

هل هناك تطبيقات للتعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج؟

يتفرع عن هذا التساؤل تساؤلات فرعية:



- هل نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية حديثة أم أنها نظرية قديمة عرفتها البشرية منذ القدم؟

- ما هي المعايير التي تقوم عليها و هل تنطبق على قضايا الزواج؟
 - هل بينّ الشرع و القانون المجال الذي يستعمل في إطاره الحق و الشروط والضوابط التي تحكمه؟ إذا كان كذلك فمتى نكون بصدد التعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج؟

- هل رتبت الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري جزاءً على الاستعمال التعسفي للحق، في حال الخروج عن مجالاته و ضوابطه، و في حال توفر أحد أو بعض معايير التعسف؟.

إن دراستي لتخصص قانون الأحوال الشخصية و خاصة مقياس منازعات الأسرة أثار في نفسي رغبة شديدة في البحث في موضوع يثير مشاكل و منازعات واقعية و معاصرة تستحق البحث و من ثم ارتأيت أنه من واجبي البحث فيها.

ومما شجعتني أكثر على اقتحام أغوار هذا الموضوع، هو بعض الصور و الحالات المأساوية التي تعيشها أفراد الأسر التي تشاركني الجوار، نظرا لخطورتها و كثرة وقوعها في أيامنا، بالانتشار الرهيب لظاهرة العدول عن الخطبة مع طول مدتها، مع الخروج عن الضوابط الشرعية و العرفية مما يجعل آثار العدول عنها أخطر، و من البنات من منعها وليها من التزوج بالرجل الكفاء لها و بمهر مثلها، و هناك من يضرب زوجته كل يوم مدعيا أن له الحق في ذلك تأديبا لها، و هناك من الأزواج من يتزوجون ثانية و ثالثة إضرارا بالزوجة الأولى و هذه الأخيرة بدورها تمنع زوجها من التعدد و لا تعطيه الإذن بذلك رغم عجزها عن الإنجاب أو لمرض اعترضها، و الأمثلة على ذلك كثيرة، تبعث على التفكير المستمر في الحلول القانونية الممكنة لمعالجتها.

كذلك غياب النص في قانون الأسرة على بعض القضايا الجوهرية و غموض مواده وتناقضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية و أعراف مجتمعنا.

كما أنه من أخطر الأسباب المؤدية إلى الانحلال الأخلاقي و الأسري في مجتمعنا و لعله أهم سبب بالنسبة لي هو عدم الالتزام بما جاء به القرآن الكريم و السنة النبوية، أو الفهم المغلوط للحق، و مجال استعماله و حدوده و من ثم يجب معرفة الضوابط و الحدود التي يمارس فيها الحق لكي لا يصبح تعسف.

من المؤكد مما دفعني أيضا لدراسة هذا الموضوع هو يقيني الكبير بأهميته كونه مرتبطا بعقد الزواج ذي القداسة الخاصة، و الذي يعد المؤسس للبنية الأولى في المجتمع المسلم، و من الضروريات التي وضعها الشارع لتسير حياة الناس على استقامة، و التعسف في استعمال الحق المرتبط بهذا العقد سيمس بقداسة أغلظ الموثيق والعقود وأعظمها شرعا.

من أهداف هذه الدراسة و غايتها هي تسليط الضوء على أهم الحقوق في قضايا الزواج، التي تمارس فيها الحقوق ممارسة تعسفية خارجة عن حدود الشرع و القانون، و الكشف عنها.

توعية من لهم مباشرة الحق، بمفهوم الحق و مجال استعماله و الشروط و الضوابط المقررة لاستعماله.

لعل أهم هدف سعيت إلى تحقيقه في هذه الدراسة، هو تطبيق معايير التعسف على كل حق تم التطرق إليه لبيان وجه التعسف و صورته، و الجزاء المترتب في حالة الخروج عنه وعن مقاصده و غاياته، هذا من جهة، و من جهة أخرى إتاحة فرصة للجميع و خاصة للباحثين في تخصص قانون الأحوال الشخصية، للتعرف أكثر على تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج، و فتح آفاق للبحث في جزئيات و فروع أخرى والتمكين من تطبيقها على مختلف القضايا الأسرية بمختلف تفرعاتها.

تجدر الإشارة أنني لم أصادف أي دراسة متخصصة كاملة مكتملة حول الموضوع، و كل الكتب و الرسائل التي تصفحتها، تطرقت للموضوع كجزئية سطحية فقط من دراستها، سواء من وجهة شرعية محضة، أو من وجهة الشريعة و القانون، و كلها دراسات قبل سنة 2005، أي قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري، و من هذه الدراسات التي توصلت إليها:

أولاً: الكتب:

1- عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط1، 2007.

ثانياً: الرسائل:

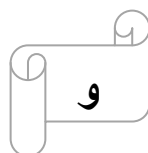
1- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الخروبة، 2001-2002.

2- بلولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2004-2005.

بالرجوع إلى الدراسات القانونية الجزائرية، لا نجد ولا كتاب واحد خصص لدراسة هذا الموضوع.

و عليه حاولت الإمام بهذا الموضوع من خلال الاعتماد على أربعة مناهج و هي: الاستقراء و التحليل و المقارنة، بالإضافة إلى المنهج التاريخي، فالمنهج الاستقرائي اعتمدت عليه في تتبع الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف النصوص القانونية و الأحكام القضائية ذات الصلة، وكذا المذاهب، ثم قمت بتحليلها من خلال المنهج التحليلي، أما المنهج المقارن فقد اعتمدت عليه من أجل تحصيل أوجه الاتفاق والاختلاف بين الشريعة والقانون تارة، وبين القانون الجزائري و القوانين العربية تارة أخرى، و بين مواد قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل و بعده.

بالنسبة للمنهج التاريخي فقد برز في هذا البحث، من خلال التطرق لجذور نظرية التعسف في استعمال الحق، من ناحية الظهور و التطور و الازدهار.



ومما لا شك فيه أنه لا يخلوا بحث من صعوبات و عراقيل، و لعل الجدير بالذكر في هذا الصدد هو الضيق الشديد في الوقت.

للإجابة على الإشكالية المطروحة و لبلوغ غايات هذا البحث ارتأيت تقسيمه بخطة ثنائية بعد هذه المقدمة إلى فصلين مسبقين بمدخل تمهيدي، يحتوي على أهم مصطلحات الدراسة حتى يتضح مسار الموضوع و لا يخرج عن مقاصده، بينت فيه مدلول فكرة الحق والمصطلحات ذات الصلة و مدلول فكرة التعسف و المصطلحات ذات الصلة، و مدلول فكرة الزواج.

أما الفصل الأول فقد تطرقت فيه إلى تطبيقات التعسف في استعمال الحق قبل قيام الرابطة الزوجية، قسمته إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول نظرية التعسف في استعمال الحق، التي بينت فيها ظهورها و تطورها و أحكامها في مطلبين، و في المبحث الثاني التعسف في استعمال الحق في مقدمات الزواج و أثناء انعقاده، و بدوره قسمته إلى مطلبين بينت فيه صور التعسف في استعمال الحقوق الممارسة في إطار الخطبة، و صور التعسف في استعمال الحق في المنع عن التزويج.

أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه إلى تطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية، قسمته إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول التعسف في استعمال حقوق الزوج، تعرضت فيه لصور التعسف في استعمال الحق في التأديب، و صور التعسف في استعمال الحق في التعدد، في مطلبين، و في المبحث الثاني التعسف في استعمال حقوق الزوجة، و بدوره قسمته إلى مطلبين بينت فيه صور التعسف في استعمال الحق في النفقة، و صور التعسف في استعمال الحق في العمل.

أما الخاتمة فقد بينت فيها أهم النتائج و الاقتراحات التي توصلت إليها.

مدخل تمهيدي

أهم مصطلحات الدراسة

أولاً: مدلول فكرة الحق:

لبيان مدلول فكرة الحق سنتطرق إلى تعريف الحق، (1) و تقسيماته، (2) وصولاً إلى المصطلحات ذات الصلة، (3) و سنبين ذلك في ما يلي:

1- تعريف الحق:

سنتطرق في هذا الصدد إلى تعريف الحق في اللغة (أ) و في القرآن الكريم (ب) وفي الاصطلاح (ت) و في القانون (ث) في ما يلي:

أ- الحق لغة:

حسب ابن منظور الحق هو نقيض الباطل، و جمعه حقوق و حقائق، و ليس له بناء أدنى عدد،¹ لقوله تعالى: { وَلَا تَلْبِسُوا الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ }² و لقوله أيضاً: { بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْبَاطِلِ }³.

و الحق في اللغة عند علي الفيومي هو مصدر حق الشيء من بابي ضرب و قتل إذا وجب و ثبت.⁴ و الأمر حقا و حقة و حقوقا صح و ثبت و صدق،⁵ لقوله تعالى: { لِيُنذِرَ مَنْ كَانَ حَيًّا وَيَحِقَّ الْقَوْلُ عَلَى الْكَافِرِينَ }⁶.

و يقال يحق لك أن تفعل كذا يسوغ، و هو حقيق بكذا جدير، و حقيق علي ذلك واجب، و أنا

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ط1، 1119، مجلد 2، ج 11، مادة [حقق]، ص 339.

2 - سورة البقرة، الآية 42.

3 - سورة الأنبياء، الآية 18.

4 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د ت ن، ج1، ص 143.

5 - إبراهيم مصطفى و آخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، د ط، د ت ن، ج1، ص 187.

6 - سورة يس، الآية 70.

حقيق على كذا حريص.¹

ب- الحق في القرآن الكريم:

كلمة الحق مذكورة في القرآن الكريم مائتان و سبعا و عشرين مرة،² و هناك معاني للحق مكررة في عدة آيات،³ منها:

❖ الحق بمعنى الله، لأنه هو الموجود الثابت لذاته،⁴ في قوله تعالى: { وَلَوْ اتَّبَعَ الْحَقُّ أَهْوَاءَهُمْ }، المؤمنون 71.

❖ الحق بمعنى الشريعة الصحيحة، في قوله تعالى: { لَقَدْ جَاءَتْ رُسُلُ رَبِّنَا بِالْحَقِّ }، الأعراف 43.

❖ الحق بمعنى العدل، في قوله تعالى: { وَالْوَزْنُ يَوْمَئِذٍ الْحَقُّ }، الأعراف 8

❖ الحق بمعنى الصدق،⁵ في قوله تعالى: { حَقِيقٌ عَلَىٰ أَنْ لَا أَقُولَ عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ }، الأعراف 105.

❖ الحق بمعنى الوعد الصحيح، الذي لا يخلف في قوله تعالى: { إِنَّ اللَّهَ وَعَدَكُمْ وَعَدَ الْحَقُّ }، إبراهيم 22.

❖ الحق بمعنى الحكمة، في قوله تعالى: { أَلَمْ تَرَ أَنَّ اللَّهَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ بِالْحَقِّ }، إبراهيم 19.

1 - أنظر: إبراهيم مصطفى و آخرون، مرجع سابق، ج 1، ص 187.

2 - عبد الباقي محمد فؤاد، معجم الفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مطبعة الشعب، د م ن، د ط، 1958، ص ص 139-140.

3 - مثال ذلك قوله تعالى: { لَقَدْ جِئْنَاكُمْ بِالْحَقِّ وَلَكِنَّ أَكْثَرَكُمْ لِلْحَقِّ كَارِهُونَ } . الزخرف 78، أي أقرب بالتوحيد، و هو نفس المعنى المذكور في الآية 86 من نفس السورة في قوله تعالى: { وَلَا يَمْلِكُ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِهِ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ }.

أنظر في ذلك: حسن عز الدين بن حسين بن عبد الفتاح أحمد الجمل، مخطوطة الجمل معجم تفسيري لغوي لكلمات القرآن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط1، 2003-2008، ج1، ص 432.

4 - المرجع نفسه، ص 419.

5 - المرجع نفسه، ص 423.

❖ الحق بمعنى الصحيح الذي هو نقيض الباطل،¹ في قوله تعالى: { فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ }. يونس 32.

و هناك عدة معاني للحق في القرآن الكريم نكتفي بما ذكرناه أعلاه.

ت- الحق اصطلاحاً:

عرفه الدكتور أحمد فهمي أبو سنة بقوله " الحق في لغة العرب هو الثابت، و في عرف الفقهاء هو ما ثبت في الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير".²

نلاحظ على هذا التعريف أنه واسع و غير محدد، كما أنه لا يتجاوز ما قرره علماء اللغة من أن معنى الحق هو الثبوت و لم يضاف عليه إلا أن هذا الثبوت من الشارع للإنسان أو لله تعالى على الغير أي ما هو ثابت ثبوتاً شرعياً فكان له بسبب ذلك حماية.

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

كما عرفه الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا بأنه: "اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته فانه سلطة لشخص على شخص".⁴

¹ - حسن عز الدين بن حسين بن عبد الفتاح أحمد الجمل، مرجع سابق، ص 426.

² - أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1967-1787 نقلًا عن بهلول سعيدة، التدبير الوقائي للطلاق بين تأكيد الشرع و نفي الواقع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص الفقه و أصوله، جامعة لحاج لخضر باتنة، 2008-2009، ص 10.

³ - فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984، ص 193.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999، ص

وعرفه الشيخ **علي الخفيف** بأنه: " منفعة يقرها الشارع لفرد أو أفراد".¹ والدكتور **وهبة الزحيلي** بأنه: " اختصاص يقر به الشرع سلطة أو تكليفاً، أو هو ما يقرره الشرع لشخص من اختصاص يؤهله ممارسة معينة أو تكليف معين".²

بالنظر إلى التعريفات السابقة للحق نجد أن كل تعريف لا يختلف عن صاحبه من حيث الشمول و الاستيعاب، إذ أن كل تعريف جامع لكل ما يصدق عليه معنى الحق و جرى استعماله، و مانع من دخول الغير فيه.

ث - الحق قانوناً:

اختلفت آراء الفقهاء كثيراً عند رجال القانون، حول تعريف الحق، و بيان مدلوله، و تحديد ماهيته، و لم ينعقد الإجماع بينهم على وضع تعريف للحق، و ذهبوا في ذلك مذاهب شتى.

فما هي المذاهب الأساسية التي انقسم على إثرها فقهاء القانون في تعريف الحق؟

❖ **المذهب الشخصي:** يتزعمه الفقيه الألماني "سافيني **savigny**"، جوهر الحق -وفقه- هو القدرة الإرادية التي يتمتع بها صاحب الحق، أي السلطة التي يخولها القانون لشخص معين.

❖ **المذهب الموضوعي:** يتزعمه الفقيه الألماني "إهرنج **iherring**" و الحق -وفقه- هو مصلحة مادية أو معنوية يحميها القانون أي أن الحق يقوم على عنصرين:³
الأول: موضوعي: الحق مصلحة مادية أو معنوية لصاحبه.⁴
الثاني: شكلي: حماية القانون لتلك المصلحة عن طريق الدعوى القضائية.⁵

1 - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 32.

2 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، 2001، ج4، ص 42.

3 - محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، 2006، ص 98.

4 - بهلول سعيدة، مرجع سابق، ص 13.

5 - محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 98.

❖ **المذهب المختلط:** هذا التعريف يجمع في تعريف الحق بين عنصرَي الإرادة و المصلحة و قد التف حول هذا التعريف العديد من الفقهاء، لكن أنصاره مختلفون فيما بينهم من حيث تغليب أحد العنصرين و تقديمه على الآخر.¹

فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف الحق على أنه " قدرة أو سلطة إرادية، يعترف بها القانون و يحميها، لشخص من الأشخاص، في سبيل تحقيق مصلحة معينة "، بينما غلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة فعرف الحق بأنه: "مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها و الدفاع عنها".²

بعد عرضنا للاتجاهات الثلاثة نرى أنها ليست محكمة في تعريف الحق و تعيين جوهره و ذاتيته و فيما يلي عرض لبعض التعريفات لفقهاء القانون:

❖ عرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه: " سلطة يقرها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بإعمال و تصرفات معينة تحقيقاً لمصلحة مشروعة".³

❖ عرفه البعض الآخر بأنه: " الحق استثنائي يقره هذا الأخير لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شيء معين، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر".⁴

❖ عرفه البعض الآخر بأنه: " استثنائي شخص بشيء أو بقيمة، استثنائياً يقره القانون".⁵

1 - نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون [نظرية الحق]، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص 28.

2 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 99.

4 - مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص ص 602-603.

5 - علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، دار الثقافة، الأردن، ط8، 2011، ص 21.

2- تقسيمات الحق:

ذهب الفقه إلى تقسيم الحقوق إلى عدة أنواع، تبعا للمعيار المعتمد و لخدمة الموضوع سوف نتطرق إلى تقسيم الحقوق في نوعين:

أ- تقسيمات الحق باعتبار صاحبه: و يقسم إلى:

- ❖ حقوق الله تعالى: و هي ما تتعلق بها النفع العام للعباد، من غير اختصاص بأحد، فتنسب إلى الله تعالى لعظيم خطرها و شمول نفعها، كالعبادات الواجبة من صلاة وصيام والمرافق العامة التي هي حق لله تعالى كالمساجد و الوقف على جهات البر.¹
- ❖ حقوق العباد: و يقصد به كل ما يكون فيه مصلحة لصاحبه، و هو متعلق بالأفراد وليس المراد به النظام العام،² و المال هو المقصود من حقوق العباد،³ كحرمة مال الغير و حق الدية، و حق المشتري في تملك المبيع، و حق البائع في تملك الثمن وحق الزوجة في النفقة الواجبة على زوجها.⁴
- ❖ حقوق مشتركة⁵ بين الله و العبد و حق الله غالب: يكون فيه حق الله، و لشخص بعينه في نفس الوقت لكن حق الله هو الغالب، كحق المهر بالنسبة للزوجة، بحيث لا يمكن إسقاط المهر على أساس انه حق لله من جهة، فهو الذي أوجبه للزوج اتجاه زوجته،

1 - أحمد فراج حسين، عبد الودود محمد السريتي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي و تاريخه، دار النهضة، بيروت، 1992، ص 20.

2 - المرجع نفسه، ص 21.

3 - سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، د ط، د ت ن، ج 1، ص 286.

4 - أحمد فراج حسين، عبد الودود محمد السريتي، المرجع السابق، ص 21.

5 - و قد يسمى الحق المزدوج، و هو ما التقى فيه الحق الخاص و الحق العام، مع تغليب أحد الجانبين على الآخر. أنظر في ذلك: بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي مبناها و معناها، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2009، ص 109.

وحق للزوجة بموجب عقد الزواج من جهة أخرى، و اتفاق الطرفان على نفي المهر ابتداءً لا يجوز، ففي هذه الحالة وجب مهر المثل.¹

❖ **حقوق مشتركة بين الله و العبد و حق العبد غالب:** كحق القصاص من القاتل عمدا عدوانا فقد اجتمع على القاتل حقان حق المقتول، لأنه المعتدى عليه بإزهاق روحه، و حق الله لأن الجاني اعتدى على مخلوق لله و سفك الدم الذي حرم الله،² لقوله تعالى: **{ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ }**.³ لكن حق العبد غالب هنا، فلأولياء المقتول المطالبة بالقصاص، أو التنازل عنه بالعفو أو الصلح على مال. و كحق الزوجة في العدل في القسم، إذ هو حق ثابت لها بإيجاب الشرع، لقوله تعالى: **{ اَعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى }**.⁴ إلا أن حقها غالب هنا، فلها أن تطالب بنصيبها في القسم، أو تتنازل عنه إن شاءت، هذا و كل حق للزوجة فلله حق فيه، من حيث أنه الأمر لأداء الحقوق.⁵

ب- تقسيمات الحق إلى حقوق خاصة:

هي الحقوق التي تنشأ عن علاقات تتعلق بالقانون الخاص، مثل القانون المدني و قانون الأسرة و تثبت للأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط اكتسابها، كحق الملكية و الحقوق الزوجية، و تقسم إلى:

❖ **الحقوق المالية:** هي الحقوق التي يقرها القانون المدني للأشخاص بغية تمكينهم من القيام بأعمال معينة، لتحقيق مصالح يمكن تقويم محلها بالنقود، و تمثل في مجموعها الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص، و لذلك تسمى أيضا بحقوق الذمة المالية، كحق المهر و حق الملك و حق النفقة و الميراث إلى غير ذلك فيجوز التصرف فيها

1 - محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية و التنازل عنها، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 2002، ص 50.

2 - المرجع نفسه، ص 51.

3 - سورة البقرة، الآية 178.

4 - سورة المائدة، الآية 8.

5 - محمد يعقوب محمد الدهلوي، المرجع السابق، ص 51.

و انتقالها بالميراث و الحجز عليها لقاء دين و تصنف بدورها إلى ثلاث أنواع: حقوق عينية، و حقوق شخصية، و حقوق معنوية أو أدبية أو ذهنية.¹

❖ **الحقوق غير المالية [العائلية]:** و هي الحقوق التي تثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة معينة، سواء كان ذلك بسبب الزواج أو بسبب النسب ، كما أن للزوجة حق النفقة،² وتتميز في مجموعها عن بقية الحقوق بأنها لا تخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم واجبات كذلك في نفس الوقت،³ فإن كان من حق الزوجة مطالبة زوجها بمهرها المعجل، فإن من واجبها مطاوعته في السكن، و لئن كان من حق الزوج طلب الطاعة من زوجته، فإن من واجبه الإنفاق عليها، فللزوجة على بعضهما حق المعاشرة بالمعروف،⁴ و من هنا فإن كل واجب يقع على أحد الزوجين هو حق للآخر فهذه الحقوق تسعى لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة، و لمصلحة الشخص الخاضع للسلطة بصفة خاصة.⁵

3- تمييز الحق عما يشابهه:

سنتطرق في هذا الصدد إلى تمييز الحق عن الواجب (أ) و عن الحرية (ب) و عن الرخصة (ت) في ما يلي:

أ- الحق و الواجب:

إن الواجب يعبر عن الوجه الآخر للحق فهو ما طلب الشارع فعله على سبيل الإلزام، فإن كان الحق هو ما يستحقه صاحبه على وجه من الاختصاص الذي يخوله سلطة على الآخرين أو تكليفا لهم، فإنه بذلك يشغل نمم هؤلاء الآخرين بما يجب أن يؤديه نحو صاحب

1 - غالب علي داودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل ، عمان، ط 7، 2004، ص 238.

2 - محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية [نظرية الحق]، المنشورات الدولية، الجزائر، 1997، ص 17.

3 - عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية [نظرية الحق]، مكتبة الوفاء القانونية، دم ن، ط 1، 2009، ص 43.

4 - غالب علي داودي، المرجع السابق، ص 237.

5 - محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص 18.

الحق،¹ و القانون حين يقرر حقا من الحقوق يقرر في ذات الوقت واجب احترام هذا الحق، لذا يقال بأن كل حق يقابله واجب عدم التعرض لصاحب الحق في مباشرته.²

ب- الحق والحرية:

الحق هو كل مكنة تثبت للشخص على سبيل التخصيص و الأفراد، كحق الزوج في طلاق زوجته، أما الحرية فهي مكنة يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز، مثل حرية التعبير.

ت- الحق و الرخصة:

يسوي البعض بين الحرية و الرخصة، فيعتبرها مترادفا لنفس المعنى، لكن الرأي الراجح يرى أن الرخصة هي منزلة وسطى بين الحرية و الحق،³ و هذا ما اتجه إليه الفقه القانوني في تفريقه بين الحق و الرخصة باعتبار هذه الأخيرة مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة، فمثلا حرية التملك هو رخصة أما الملكية فهي حق.⁴

ثانيا: مدلول فكرة التعسف⁵:

1 - أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار السلام، مصر، ط1، 200، ص 55.

2 - محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط، 2009، ص 33.

3 - المرجع نفسه، ص ص 37-38.

4 - فتحي الديني، مرجع سابق، ص 205.

5 - تعسف يعني استبداد: abus، despotisme، tyrannie، تعسفا يعني استبدادا: arbitrairement. و تعسفي:

. tyrannique ، abusif.despotique

أنظر: فريال علوان، جورج سيمون و آخرون، القاموس عربي فرنسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص

يتوقف البحث على مصطلح آخر إلى جانب مصطلح الحق الذي سبق بيانه ، و هو مصطلح التعسف بما أن البحث يدرس التعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج، فكان الكلام عنه لم يكن كاملا بمجرد النظر في مفهوم الحق فقط، لأنه في الحقيقة قد يتعسف في استعمال هذا الحق و لبيان مدلول فكرة التعسف سنتطرق إلى تعريف التعسف، و المصطلحات المشابهة له في ما يلي:

1- تعريف التعسف:

سنتطرق في هذا الصدد إلى تعريف التعسف لغة (أ) و اصطلاحا (ب) في ما يلي:

أ- لغة:

التعسف في اللغة مشتق من العسف، و أصل كلمة تعسف كما ذكره ابن فارس من العين والسين و الفاء، و هي كلمات تتقارب و ليست تدل على خير.

و العسف: هو ركوب الأمر من غير تدبير، و العسيف: المملوك المستهان به الذي اعتسف لخدم، أي قهر.¹

و التعسف عند ابن منظور: هو في الأصل أن يأخذ المسافر على غير طريق، و لا جادة و لا علم، فنقل إلى الظلم و الجور، و تعسف فلان فلانا عسفا إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه، و رجل عسوف إذا كان ظلوما، و العسيف الأجير المستهان به.²

في حديث عن أبي هريرة، و زيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما، قال: جاء أعرابي، فقال: ((يا رسول الله، اقض بيننا بكتاب الله، فقام خصمه فقال: صدق، اقض بيننا بكتاب

¹ - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د م ن، د ط، 1979، ج 4، ص ص 311-312.

² - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، ج 9، مادة [عسف] ص 246.

اللَّهِ، فَقَالَ الْأَعْرَابِيُّ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا، فَرَزَنِي بِأَمْرَاتِهِ ((¹.

أشار الزبيدي في تاج العروس إلى أنه: عسف ضيعتهم رعاها، و كفاهم أمرها و تردد فيما يصلحها.²

ذكر الجرجاني تعريف التعسف بأنه: حمل الكلام على معنى لا تكون دلالاته عليه ظاهرة، و هو الطريق الذي هو غير موصل إلى المطلوب، و قيل هو الأخذ على غير طريق، و قيل ضعف الكلام.³

يتبين من تلك التعريفات أن التعسف عند اللغويين يعني الظلم و الجور، و هو ما يحمل معنى الإساءة و الإضرار بالغير، و هذا لب التعسف عند أهل الاصطلاح.

ب- اصطلاحاً:

وردت بعض الكلمات في كتب فقهاء المسلمين القدامى المقابلة للفظ "التعسف"⁴ أو "الإساءة"، حيث أورد ابن القيم الجوزية كلمة "مضارة الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة،⁵ و الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات بكلمة "الاستعمال المذموم"،⁶ و قد أطلق الشيخ

¹ - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، د م ن، ط1، 1422هـ، ج 9، باب [إذا اصطلحو على صلح جور فالصلح مردود]، رقم 2695، ص 184.

² - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د م ن، د ت ن، ج 24، ص 157.

³ - علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 1413 هـ، ص 55.

⁴ - لم يرد على لسان الأصوليين و الفقهاء كلمة "إساءة" أو "تعسف" و إنما هو تعبير وافد إلينا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب.

أنظر في ذلك : فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988، ص 45.

⁵ - المرجع نفسه، ص 46.

⁶ - الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، د م ن، ط1، 1997، ج3، ص 507.

أبو زهرة لفظه "المضارة" تعبيراً عن التعسف،¹ و قد ربط بعض الفقهاء تعريف التعسف باستعمال الحق، فعرّفه على أنه " يراد بالتعسف في استعمال الحق هو ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له".² لكن الفقهاء المحدثين فقد تناولوا تعريف التعسف بعدد من التعريفات نعرضها في ما يلي:

- ❖ عرفه الدكتور **فتحي الدريني**: بأنه: " ممارسة الشخص فعلاً مشروعاً في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له -بعوض أو بغير عوض- أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً على وجه يلحق بغيره الأضرار أو يخالف حكمة المشروعية".³
- ❖ عرفه **الشيخ احمد أبو سنة** بأنه: "التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً".⁴
- ❖ عرفه **جانب من فقهاء القانون** بأنه استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر بالغير.⁵

كانت هذه حقيقة التعسف عند بعض المحدثين و لعل أن تعريف الدريني هو أحسن التعريفات لأنه بين جوهر التعسف وهو مناقضة قصد الشارع و نطاقه المتمثل في الإضرار بالغير.

2- تمييز التعسف عما يشابهه:

سننتظر في هذا الصدد إلى تمييز التعسف عن التعدي (أ) و عن الإساءة (ب) و عن الخطأ (ت) و عن التحايل (ث) في ما يلي:

1 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 46.
 2 - أحمد النجدي الزهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1991، ص 27.
 3 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 46-47.
 4 - المرجع نفسه، ص 85.
 5 - عبد الودود يحي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 244.

أ- التعسف و التعدي:

من أول العناصر المكونة للتعدي هو مجاوزة الحق، و تجاوز الشخص حدود ملكه إلى حدود غيره،¹ و القيام بعمل لا يستند إلى جواز شرعي أو بدون حق، فالمعتدي إنما يعمل في دائرة عدم المشروعية، أما التعسف فإنه مجال العمل المشروع في ذاته، و التعيب فيه مأتاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع أو النتيجة الضرورية المترتبة عن استعمال الحق،² بدليل أن المتعسف لو عاود الفعل ذاته غير مشوب بقصد الإضرار أو لم ينجم عنه مفسدة، لزال عنه وصف التعسف، فالتعسف فرع وجود الحق، أما التعدي فالفعل غير مشروع في ذاته لعدم استناده إلى حق، و المتعدي يمنع و لو قصد إحداث نفع.³

و عليه يفهم أن التعدي هو عمل غير مباح و لا مآدون فيه شرعا، و على هذا يستوجب فيه الضمان إن كان مباشرا، و إن لم يتعد، و متسببا إن كان متعديا،⁴ أما التعسف لما كان الفعل فيه ناتجا عن استعمال و ممارسة للحق دون خروج عن حدوده، فإنه لا يكون مستوجبا للضمان، عملا بقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان".⁵

ب- التعسف و الإساءة:

يشاع في الاستعمال لفظتين لفظة "التعسف" و لفظة "الإساءة" و إن اللفظين هما مترادفين عند ربطهما في استعمال الحق، لكن كثيرا ما يستخدم التعسف عند الحديث عن

1 - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، (التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته)، مجلة العدل، العدد 22، ص 23.

2- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 72.

3- المرجع نفسه، ص 73.

4 - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 59.

5 - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998، ص 26.

الحقوق و استعمالها فيقال "تعسف في استعمال حقه"، أما الإساءة فكثيرا ما يستخدمها شراح القانون في المجال الإجرائي حيث يقال "إساءة الحق في التقاضي".¹

يرى الدكتور عباس الصراف أن هناك اختلاف بين إساءة استعمال الحق و التعسف فيه، فعندما يجري الحديث عن إساءة استعمال الحق فإن الوضع يتعلق بالعنصر الأساس للمسؤولية التقصيرية و هو الخطأ، فمن يبني بناء بطريقة غير سليمة يميل معها البناء على الشارع ميلانا يعرض الأرواح للخطر، يكون بعمله هذا قد أساء استعمال حقه، هذه حالة من حالات الخروج عن الحق أي عدم وجود حق أصلا، و هو تعدي يوجب المسؤولية التقصيرية، أما التعسف في استعمال الحق فإن الحق ثابت لصاحبه و لكن استعماله وفقا لمعايير التعسف و ذلك بقصد الإضرار بالغير، أو أن المصلحة من استعماله غير مشروعة، أو عدم تناسب المصلحة المستهدفة من صاحب الحق مع الضرر اللاحق بالغير.²

ت - التعسف و الخطأ:

الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي، و الشخص قد ينحرف عندما يباشر رخصة³ قانونية أو عندما يستعمل حقا، و سابقا كان رجال الفقه يفرقون بين الرخصة و الحق في نشوء المسؤولية التقصيرية، فيكون ركن الخطأ متوفرا إذا انحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي في حالة استعماله للرخصة، و في حالة تجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق فلا يتوفر ركن الخطأ، فإنه لا يعتبر مخطأ إذا استعمل حقه دون تجاوز الحدود، و لو أضر بالغير، و لو انحرف عن سلوك الرجل العادي و كان سيء النية.⁴

1 - عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010، ص 66.

2 - عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون [نظرية الحق]، دار الثقافة، ط1، 2008، ص 270.

3 - أنظر: التمييز بين الحق و الرخصة من هذه الرسالة، ص 17.

4 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 2، 2004، ج2، ص ص 45-46.

ث - التعسف و التحايل:

الحيلة تشمل كل ما يتوصل به إلى مقصود بطريق خفي، سواء كان الطريق أو المقصود إليه شرعياً أو غير شرعي،¹ فهو استعمال الجائز للمحذور كالزواج بقصد التحليل، أو استعمال الجائز لمثله، كالزواج بقصد حفظ النسل،² أما التعسف فإنه مجال العمل المشروع في ذاته، و التعيب فيه مأتاه إما من القصد المناقض لقصد الشارع أو النتيجة الضرورية المترتبة عن استعمال الحق.³

ثالثاً: مدلول فكرة الزواج:

الزواج و النكاح يعبر بكل واحد منهما عن الآخر للدلالة على العلاقة الزوجية بين الرجل و المرأة و لبيان مدلول فكرة الزواج يجب أولاً تعريف كل لفظ منهما "الزواج" و "النكاح" انطلاقاً من المعنى اللغوي وصولاً إلى المعنى الاصطلاحي و ذلك كما يلي:

1 - لغة:

الزواج هو الاقتران لقوله تعالى: { كَذَلِكَ وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ }⁴ فالزاء و الواو والجيم أصل يدل على مقارنة شيء لشيء،⁵ و الأزواج القراء، و تزوجه النوم خالطه، و الزوج خلاف الفرد، يقال زوج أو فرد⁶، و أما الأزواج فجمع زوج، و قد يقال زوجة، و الأول

¹ - صالح بوبشيش، الحيل الفقهية ضوابطها و تطبيقاتها على الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في الفقه و أصوله، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1993-1994، ص 16.

² - المرجع نفسه، ص 18.

³ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 72.

⁴ - سورة الدخان، الآية 45.

⁵ - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج 3، ص 35.

⁶ - أنظر في ذلك: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005، ص 192. و ابن منظور، مرجع سابق، ج 20، ص 1884.

أفصح،¹

و بها جاء قوله تعالى: { وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ }.²

ويطلق الزواج في لغة العرب اثنان قوله تعالى:

{ وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى }³ فكل واحد منهما زوج ذكرًا كان أو أنثى.⁴

وقد جاء الزوج بمعنى النوع و الصنف كثيرا في كتاب الله تعالى كقوله عز وجل { وَتَرَى

الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ }.⁵

وقوله أيضا : { فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ }.⁶ وقوله عز وجل: { أَوْلَمْ يَرَوْا إِلَى الْأَرْضِ

كَمْ أَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ كَرِيمٍ }.⁷

يطلق لفظ الزواج على كل من الرجل و المرأة فيقال للرجل و المرأة زوج أيضا، وقد جاء

القرآن الكريم ما يدل على ذلك كقوله تعالى - مخاطبا آدم - عليه السلام: { وَقُلْنَا يَا آدَمُ

اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ }.⁸ فلفظ الزواج هو اقتران أحد الشيين بالآخر و مخالطته به

وارتباطه به فيقال: زوج الشيء أي قرنه به، ومنه قوله تعالى: { وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ }.

سورة الدخان الآية رقم 54، أي قرناهم بهن⁹ وقوله تعالى: { أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ

وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ }.¹⁰ أي أحشروا الظالمين مع قرنائهم من أهل السوء.¹¹

¹ - ابن القيم، التفسير القيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 691، ص 131.

² - سورة البقرة، الآية 35.

³ - سورة النجم، الآية 45

⁴ - ابن منظور، مرجع سابق، باب [الزاي]، ج2، ص 1885-1886.

⁵ - سورة الحج، جزء من الآية 5.

⁶ - سورة المؤمنون، الآية 27

⁷ - سورة الشعراء، الآية 20.

⁸ - سورة البقرة، جزء من الآية رقم 35

⁹ - الإمام ابن قيم الجوزية، إعداد الشيخ محمد أويس الندوي، تفسير القيم، دار الهلال، بيروت، ط 1، 1410هـ، ج1،

ص 473.

¹⁰ - سورة الصافات، الآية 22.

¹¹ - ابن منظور، مرجع سابق، باب [الزاي]، ج21، ص 1886.

أما النكاح هو الضم و الجمع،¹ و هو الوطاء و قد يكون العقد، تقول نكحتها و نكحت هي أي تزوجت، وهي ناكح في بني فلان أي ذات زوج منهم، و يقال نكح المطر الأرض إذا اعتمد عليها، و نكح النعاس عينه، و امرأة ناكح، بغير هاء ذات زوج.²

2- اصطلاحا

أ- الزواج عند جمهور الفقهاء: هو "عَقْدٌ يُفِيدُ مِلْكَ الْمُتَعَةِ" أي حل الاستمتاع الرجل،³ والنكاح: هو "حقيقة في العقد مجاز في الوطاء".⁴

ذهب الحنفية إلى عكس ذلك أن النكاح هو: "هُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْوَطْءِ مَجَازٌ فِي الْعَقْدِ".⁵

بالنسبة للعلماء المحدثين فقد عرفوا الزواج بتعريفات مختلفة:

ب- عرفه الشيخ أبو زهرة بأنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، و تعاونهما، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات".⁶

ت- عرفه الدكتور محمد مصطفى شلبي بأنه: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريقة الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به".⁷

1 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ج 4، ص 200.

2 - المرجع نفسه، ج2، ص 626.

3 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992، ج3، ص 3.

4 - نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د ط، د ت ن، ص 9.

5 - ابن عابدين، المرجع السابق، ص 5.

6 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، ط3، 1957، ص 19.

7 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط4، 1985، ص 46.

3 - قانوننا:

- أ- عرفته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".¹
- ب- عرفته المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية بأنه: "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحسان و العفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة".²
- ت- عرفته المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي بأنه " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته السكن و الإحسان و قوة الأمة".³
- ث- كما عرفته المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية في سلطنة عمان بأنه: " الزواج عقد شرعي، بين رجل وامرأة، غايته الإحسان وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة".⁴
- ج- و عرفته المادة التاسعة من القانون القطري بأنه: " الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والإحسان".⁵

¹ - أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 15) ص 19.

² - ظريف شريف رقم 1-4-22، المؤرخ في 3 فبراير 2004، تنفيذ القانون رقم 03-70، و المتضمن مدونة الأسرة المغربية، (جريدة رسمية عدد 5184، 5 فبراير 2004)، ص 421.

³ - القانون رقم 1984/51 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

⁴ - قانون الأحوال الشخصية العماني.

⁵ - قانون الأسرة القطري، 22-2006.

الفصل الأول

تطبيقات التعسف في استعمال الحق قبل قيام الرابطة الزوجية

الفصل الأول:

تطبيقات التعسف في استعمال الحق قبل قيام الرابطة الزوجية:

إن نظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم، و لها أسس تقوم عليها و ضوابط تحكمها، كما أن تطبيقها يستوجب بالضرورة ترتيب الجزاء على من يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً، فنظرية التعسف في استعمال الحق تعرف عدة تطبيقات في عدة مجالات، من بينها الخطبة و الولاية في التزويج.

سنتطرق في هذا المبحث إلى تطبيقات التعسف في استعمال الحق قبل قيام الرابطة الزوجية من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في مقدمات الزواج و أثناء انعقاده.

المبحث الأول:نظرية التعسف في استعمال الحق:

سننترق في هذا المبحث، إلى ظهور وتطور نظرية التعسف في استعمال الحق (المطلب 1)، و الأحكام التي تقوم عليها هذه النظرية (المطلب 2).

المطلب الأول:ظهور و تطور نظرية التعسف في استعمال الحق:

ليست نظرية التعسف في استعمال الحق بالنظرية الحديثة، بل هي نظرية قديمة ظهرت و تطورت مع مرور الزمن حتى وصلت إلى القوانين الحديثة،¹ فظهرت جذور هذه النظرية كتطبيقات في القانون الروماني، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم (الفرع 1)، كما عرفها الفقه الإسلامي و أسهم بنصيب وافر بصياغتها (الفرع 2)، غير أنها اختفت ردحا من الزمن بسبب انتشار المذهب الفردي ثم عادت واستقرت بالفقه والقضاء (الفرع 3) و أخذت بها القوانين الحديثة،² ومنها القانون المدني الجزائري (الفرع 4) .

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، ط2، 2004، ج2، ص 46.

² - مالك جابر حميدي الخزاعي، (إساءة استعمال الحق خطأ تقصيريا يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه)، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد3، 2009، ص 296.

الفرع الأول:النظرية في النظم القانونية القديمة:

سنتطرق في هذا الفرع إلى ظهور النظرية في القانون الروماني (1) و في القانون الفرنسي القديم (2) في ما يلي:

1- في القانون الروماني:

كان هذا القانون مشبعا بالروح الفردية، فلم تظهر فيه نظرية التعسف في وضوح،¹ ويرى بعض الفقهاء أن الرومان صعب عليهم الأخذ بهذه النظرية، و الدليل على ذلك، أن القانون الروماني لم يلزم المالك التعويض، إن استعمل حقه، و أضر بغيره،² و كانت تسود عندهم القاعدة التي تقول: من يستعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما ترتب عليه ضرر للغير،³ فسلطة الأب على الأبناء، و سلطة السيد على عبيده، و سلطة الزوج على زوجته، و سلطة المالك في ملكه، كان لأصحاب هذه الحقوق سلطات مطلقة، ففي الحقوق الأسرية الزوجة لا حقوق لها، و الولد معرض للبيع.⁴

مع ذلك قال الفقيه "ulpien": إن من حفر بئرا في أرضه و تعمق في الحفر حتى قطع العروق النابذة من عين جاره، لا يكون مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، و لكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار.⁵

¹ - أنظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008، ص 210.

² - الصادق قريوي، التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة عنابة، 1989، ص 88.

³ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 210.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني [مصادر الالتزام]، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت ن، ج1، ص 835.

⁵ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 296-297.

2- في القانون الفرنسي القديم:

لقد انتقلت فكرة التعسف في استعمال الحق التي عرفها الرومان في صورتها البدائية (بنية قصد الإضرار فقط) إلى القانون الفرنسي القديم، و لكنها في ظل هذا القانون، سارت خطوة أخرى إلى الأمام، حيث اتسعت لتشمل استعمال الحق دون منفعة،¹ و هذا ما يؤكد الفقيه الفرنسي "Domat" الذي يرى بأنه يكون مخالفا للعدالة ممارسة الحق مع نية الإضرار بالغير، دون أن تكون له مصلحة في استعماله،² و كذلك من يتعسف في مباشرة إجراءات التقاضي، تتحقق مسؤوليته،³

كان أهم مظهر لمبادئ هذه النظرية في هذه الحقبة ما نصت عليه التنظيمات التي تنظم العلاقات الجوارية بين الملاك، إذ يرى الفقهاء الفرنسيون بأن للمالك أن يستعمل حقه كما يشاء و أن يقيم البناء كما يشاء، و لو أضر ذلك بجاره و لكن يشترط أن لا يقصد الإضرار بالغير، و يشترط أن لا يخلو هذا الاستعمال من منفعة حقيقية.⁴

الفرع الثاني:النظرية في الفقه الإسلامي:

عرفنا أن القانون الروماني هو القانون الأب بالنسبة للتشريعات الغربية، إذ لم يعرف نظرية التعسف في استعمال الحق إلا في نطاق محدود، و ذلك أن الرومان كانوا يقدسون

¹ - الصادق قريوبي، مرجع سابق، ص 90.

2- "qu'il est contraire à la justice l'exercice du droit uniquement avec l'intention de porter dommage à l'autrui sans utilité pour soi".

Radmila Kovačević-Kuštrimović&é, (LE DOMAINE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'INTERDICTION DE L'ABUS DE DROIT), The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS, Series Law and Politics, Vol. 1, N0. 1, 1997, p 44.

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 47.

⁴ - الصادق قريوبي، مرجع سابق، ص 91.

الحرية الفردية، و لا يفكرون في تقييد أعمال الإنسان، و كذا القانون الفرنسي القديم، الذي قيد الشخص في استعمال حقه إلا إذا كانت فيه منفعة حقيقية، فهل الوضع نفسه في الشريعة الإسلامية؟

هذه النظرية ليست جديدة على التشريع الإسلامي، بل هي قديمة في هذا التشريع قدم ذلك التشريع نفسه، وهي دليل على إعجاز هذا التشريع العظيم، فقد قام أساسها المُحَكَمَ آياتُ القرآن الكريم وسنة الرسول الأمين، ثم أخذت النظرية تنمو وتتطور وتأخذ مكانها في التشريع الإسلامي على يد الأئمة المُجتهدين وكبار الفقهاء من سلف هذه الأمة، فقد تعهدها أئمة الإسلام في جميع مراحل التشريع الإسلامي بما عهد فيهم من نظر دقيق، وفهم عميق، ودراسة بأصول الشريعة ومقاصدها، حتى استوت النظرية خلقاً سوياً كامل التكوين واضح المعالم.¹

فكانت الشريعة الإسلامية سباقة في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق،² على الرغم من أن هذه النظرية لم تعرف بهذا الاسم في كتابات القدامى من فقهاء المسلمين فإن أصول هذه النظرية، وما يتصل بها من أحكام موجودة في الشريعة لإسلامية، وطبقها المسلمون في القضايا والمسائل التي كانت تحدث لهم في شتى نواحي علاقاتهم ببعض.³

كما وردت بعض الكلمات في كتب فقهاء المسلمين القدامى المقابلة للفظ "التعسف" أو "الإساءة"، حيث أورد ابن القيم الجوزية كلمة "مضارة الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة و الإمام الشاطبي في كتابه الموافقات بكلمة "الاستعمال المذموم" و قد أطلق الشيخ أبو زهرة لفظة "المضارة" تعبيراً عن التعسف، و قد ربط بعض الفقهاء تعريف التعسف باستعمال

1 - سامح عبدالسلام محمد، (في النهي عن استعمال الحق على وجه غير مشروع أو التعسف في استعماله)، على موقع: <http://www.alukah.net/culture/0/60649> ، 03، أبريل، 2015، الساعة 00:05.

2 - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 211.

3 - محمد رأفت عثمان، (التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية و القانون)، مجلة الشريعة و القانون، القاهرة، العدد 1، ص 4.

الحق، بأنه ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له.¹

من أسباب تقييد الحقوق في الشريعة الإسلامية، هو مبدأ العدل المطلق في الفقه الإسلامي، فميزان العدالة في الشريعة ميزان دقيق كامل توزن به جميع الأفعال في مختلف الجهات، و الشريعة الإسلامية لا تتباعد في تقييد الحقوق إلى حد يعدمها أو يشلها، و لا تضحي بالفرد، بل تحفظ كيانه المستقل و تعسفه بحقوقه بشكل معتدل، فهي تقيم التوازن بين حقوق الفرد و حقوق الجماعة.²

1- النصوص الشرعية التي تعرضت للتعسف في القرآن الكريم:

أ- ما ورد في قوله تعالى: { وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ }³. كأن يطلق الرجل المرأة فإن قاربت انقضاء العدة راجعها ضرارا لأن لا تذهب إلى غيره، ثم يطلقها، فتعتد فإذا شارفت على انقضاء العدة طلق لتطول عليها العدة، فنهاهم الله على ذلك و توعدهم عليه.⁴

ب- في قوله أيضا: { لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ }⁵. أي بأن تدفعه عنها لتضر أباه بتربيته، لكن ليس له دفعه إذا ولدته حتى تسقيه اللبن، الذي لا يعيش بدون تناوله غالبا، ثم بعد هذا لها دفعه عنها إذا شاءت، و لكن إن كانت مضارة لأبيه فلا

¹ - أنظر: المدخل التمهيدي، أهم مصطلحات الدراسة، في التعريف الاصطلاحي للتعسف، ص 19.

² - إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011-2012، ص 37.

³ - سورة البقرة، الآية 231.

⁴ - أبو عبد الرحمن عوض ابن لطفی، مختصر صحيح تفسير ابن كثير، دار ابن رجب و دار الفوائد، د م ن، د ت ن، ج 1، ص 98.

⁵ - سورة البقرة، الآية 233.

يحل لها ذلك، كما لا يحل له انتزاعه منها بمجرد الضرر لها، و لهذا قال { وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ }، أي بأن يريد أن ينتزع الولد منها، إضراراً بها،¹ أو بمنعها الأجر على إرضاعه هذا في حال طلاقها أو موت زوجها.²

ت - و قوله أيضاً: { مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ }.³ أي لتكن وصيته على العدل لا على الإضرار، بأن يحرم بعض الورثة أو ينقصه أو يزيده، على ما فرض الله له من فريضة.⁴

ث - و قوله أيضاً: { وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ }.⁵ أي فليس للكاتب أو الشاهد أن يضر بالآخرين، من خلال تحريف الكاتب فيما يكتبه، أو عدم إدلاء الشاهد بشهادته، كما أنه ليس للآخرين أن يضروا بهما، فلا يكلف الكاتب الكتابة في حال عذر يمنعه منها و لا يضيق الأمر على الشاهد لأن يدعى إلى إثبات الشهادة و إقامتها في حال عذر و لا يؤاخذ على ذلك، فيستفاد من الآية حرمة الضرر بالجملة.⁶

ج - و قوله أيضاً: { وَأَحْسِنْ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَ لَا تَبْغِ الْفُسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ }⁷ و قوله أيضاً: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ }.⁸

هذه بعض الآيات الكريمة التي يطلب فيها الله من العباد التعامل بالعدل و الإحسان بغير إضرار أو تعسف.

1 - أبو عبد الرحمن عوض ابن لطفی، مرجع سابق، ج1، ص ص 99-100.

2 - كاملة آل جهام الكواري، تفسير غريب القرآن، دار ابن حزم، ط1، 2008، ج2، ص 233.

3 - سورة النساء، الآية 12.

4 - أبو عبد الرحمن عوض ابن لطفی، مرجع سابق، ج1، ص 180.

5 - سورة البقرة، الآية 282.

6 - محمد أديب قبيسي، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، دار الملاك، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص 21.

7 - سورة القصص، الآية 77.

8 - سورة النحل، الآية 90.

2- الأحاديث النبوية الشريفة التي كرست نظرية التعسف في استعمال الحق:

أ- عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَضَى أَنْ: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارًا)).¹

3- الآراء الفقهية التي عني فيها فقهاء الشريعة الإسلامية بتخريج القواعد الفقهية

المتعلقة بإساءة استعمال الحق:

أ- فمن حيث المبدأ أقر الفقهاء قاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان، " و قد جاء في المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية أنه: " لو حفر إنسان في ملكه بئراً فوق وقع فيها حيوان و هلك، لا يضمن حافر البئر شيئاً، و السبب في ذلك أن مالك الأرض الذي يحفر في ملكه بئراً يكون قد مارس حقاً أجاز له الشرع، و هذا الجواز من شأنه أن يرفع عنه مسؤولية الضرر الذي أصاب ملك الحيوان، بسبب سقوطه في البئر المحفور و هلاكه".²

ب- قاعدة " درء المفسد أولى من جلب المنافع" و قاعدة " الضرر يزال" أو "يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان".

من أحكام الشريعة الغراء أنه " لا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا إذا كان ضرره لغيره فاحشاً"، و يروى عن ابن حزم الأندلسي قوله: " لا يجوز لأحد أن يدخل على جاره لأنه أذى و قد حرم الله تعالى أذى المسلم".³

¹ - الضرر خلاف النفع و الضرر من الاثنتين فالمعنى ليس لأحد أن يضر صاحبه بوجه و لا للاثنتين أن يضر كل منهما بصاحبه ضناً أنه من باب التبادل فلا إثم فيه.

أنظر في ذلك : ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، د م ن، د ت ن، ج2، ص 784.

² - إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص ص 39-40.

³ - المرجع نفسه، ص 40.

إن النصوص الشرعية و الأحاديث النبوية و كذا الآراء الفقهية كثيرة في هذا المجال نكتفي بهذا القدر لنبين أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مختلف المجالات.

الفرع الثالث:

النظرية في العصر الحديث:

ظهرت نظرية التعسف في العصر الحديث في القانون الفرنسي (1) و في القضاء الفرنسي (2) و في الفقه الفرنسي (3) و سنبين ذلك في ما يلي:

1- في القانون الفرنسي:

لقد شطت الثورة الفرنسية في نصرة المبادئ الفردية، و بذلك سادت الروح الفردية التي بني عليها التشريع في تلك الفترة، و بذلك خبا ضوء هذه النظرية الخافتة، و انتكست بسبب تغلب النزعة الفردية إبان قيام الثورة الفرنسية،¹ التي نادى بحقوق الإنسان و جعلت من هذه الحقوق حقوقاً مطلقة و مقدسة، و لهذا لم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان إذا استعمل حقه طالما أن صاحب الحق لا يتجاوز الحدود المادية لحقه،² و أن الفرد في ظل هذه الثورة يعتبر العنصر الأهم في الجماعة و اعتبرت هذه الثورة القانون ما هو إلا وسيلة لتقرير حقوق الفرد الطبيعية و حمايتها، فحق الفرد مقدس لأنه حق طبيعي، و هو الضمان الوحيد لحيته.

لهذه الأسباب السالفة الذكر، نجد القانون الفرنسي قد تأثر بهذه النزعة، فجاء مشبعاً بالروح الفردية،³ فأقيم بالتالي التشريع الفرنسي حينذاك على أساس فلسفي مؤداه تسخير

1 - الصادق قريوي، مرجع سابق، ص ص 91-92.

2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 302.

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 836.

التشريع لحماية الفرد من الحكومة، و بهذا اعتبر حق التملك من مستلزمات الطبع الإنساني، و بالتالي لم يتحدث أي فقيه في تلك الفترة عن نظرية التعسف في استعمال الحق.¹

لكن ظهرت بعض النصوص تقضي بإلحاق الجزاء بالمتعسفين منها تحريم المادة 179 من القانون المدني سوء استعمال حق المعارضة في الزواج، فالمعارضة الحاصلة بهدف المضايقة و لو لم تكن بنية الغش تلزم المعارضين [باستثناء الأصول] بالتعويض عن الأضرار.²

2- في القضاء الفرنسي:

تعرض القضاء الفرنسي لفكرة التعسف منذ البعيد، و قبل صدور القانون المدني، فقد قضى "بارلمان اكس" في 1/2/1577، بإدانة ناسج صوف كان يغني طول النهار لا لشيء إلا لإزعاج جاره المحامي، و على الرغم من أن القانون المدني الفرنسي لم يضع نصا خاصا بالتعسف في استعمال الحق، فإن القضاء الفرنسي قد استقر على إدانة هذا التعسف، و أصدر الكثير من الأحكام في هذا الصدد.³

إن نصوص التشريع الفرنسي المشبعة بروح الفردية، لم تحل دون نشاط القضاء الفرنسي، إذ أن هذا الأخير قد أقام رقابة على استعمال الحقوق إلا أنه لم يقم النظرية على أساس مستقل، فقد تستر وراء المسؤولية التقصيرية و هو الخطأ، ليبنى عليه النظرية، حتى يجد ما يبرر به أحكامه،⁴ و اعتبرت النظرية في ظل القانون الفرنسي و القوانين التي حذت حذوا هذا القانون، أساسها المسؤولية التقصيرية أي الخطأ بينما للنظرية أصل أو أساس مستقل عن هذا الأساس الذي بنيت عليه في الفقه و القضاء، بأن يقيما هذه النظرية على

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 302.

² - إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 48.

³ - علي علي سليمان، مرجع سابق، 219-220.

⁴ - الصادق قريوي، مرجع سابق، ص 92.

أساسها الأصيل، فأدى هذا إلى عدم استيعاب جميع حالات التعسف.¹

تجدر الإشارة أن القضاء قد سبق الفقه إلى ملاحظة خطورة الوضع و ذلك بحكم اتصاله بالحياة و تحت ضغط الواقع العملي ذهب إلى مجابهة إطلاق الحقوق الفردية، و تطبيق مبدأ التعسف ثم وافقه الفقه في ذلك، بعد مطلع القرن العشرين و أصبح يسايره في خطواته.²

لل قضاء الفرنسي نظريات شهيرة في هذا المجال، إذ أدانت محكمة استئناف "كولمار" سنة 1855، مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه من إقامتها حجب النور عن جاره، واعتبرت المحكمة استعمال هذا الحق تعسفا في حق الغير.

كما قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي: " حتى يكون ثمة محل للتعويض، يجب أن يكون هناك خطأ، و القانون لا يعتبر الشخص مخطأ إذا هو عمل ما من حقه أن يعمله إلا إذا قصد بالعمل أن يؤدي الغير، دون أن تكون له مصلحة في ذلك".³

3- في الفقه الفرنسي:

مما يلاحظ أن الفقه الفرنسي لم يكن سابقا في هذا المجال بل سبق كان للقضاء و مع ذلك فإن الفقه غفل عن هذه الأحكام و لم يستيقظ لها إلا في أواخر القرن التاسع عشر، حيث كان الفقهاء الفرنسيون يتكبرون لهذه النظرية،⁴ فقد كان السبق في مجال الفقه للفقهاء "سالي" و "جوسران"،⁵ و قد تأثر الفقه الغربي بالحملة التي قام بها الفقهاء في فرنسا، ودفاعهما عن النظرية، حيث دافع عنها سالي في مقال له نشر في سنة 1905 بمجلة القضاء و التشريع، و دافع عنها جوسران في كتابه الذي وضعه في سنة 1905 عن "التعسف في استعمال الحقوق"، و في كتابه الذي صدر سنة 1927 تحت عنوان " روح

1 - الصادق قريوي، مرجع سابق ص 93.

2 - stark boris, droit civil, les obligations, paris, 1972, p 129. ، نقلا عن ايهاب علي محمد عبد العزيز،

مرجع سابق، ص 47.

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 837.

4 - الصادق قريوي، مرجع سابق، ص 94.

5 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 51.

القوانين و نسبيتها " ثم في كتابه شرح القانون المدني في الجزء الثاني، و تبعهما في الدفاع عنها الكثير من الفقهاء، و عارضها البعض الآخر.¹

مما كتبه جوسران حول الموضوع: " إن الأعمال التي يقوم دون وجه حق، حقوق مطلقة من الناحية القانونية وغير مقبولة اجتماعيا.. ".²

مهما يكن فإن للفقهاء و القضاء في فرنسا دورا كبيرا في إحياء هذه النظرية بعد موتها، إذ أحياء مبدأ تجريم التعسف في استعمال الحق، و صوغ مبدأ التعسف، و أصبح نظرية من أمهات النظريات القانونية.³

الفرع الرابع:

ازدهار النظرية و النص عليها في التقنينات الحديثة:

ازدهرت النظرية و نصت عليها القوانين الحديثة و سنتعرض لبعض القوانين و ليس كلها، منها القانون الألماني (1) و القانون المصري (2) و القانون الجزائري (3) و سنبين ذلك في ما يلي:

1- في القانون الألماني:

لقد عرف القانون الألماني كغيره من القوانين الأجنبية نظرية التعسف في استعمال الحق، و قد كان سابقا في بلورة هذه النظرية حيث أعطاهما شكلا إيجابيا فقد نصت المادة 622 من القانون المدني الألماني على أنه: " لا يجوز استعمال الحق عندما لا يكون هنالك

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 213.

² - "C'est une erreur de croire que la responsabilité délictuelle est attachée aux seuls actes accomplis sans droit. L'absolutisme des droits est juridiquement et socialement inadmissible.."

René Dussault, De l'abus des droits, Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 3, 1961, p 120.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 837.

غرض آخر سوى الإضرار بالغير".¹

إن معيار التعسف في القانون الألماني معيار ضيق حيث اقتصر على الإضرار بالغير، غير أنه شيء إيجابي مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي أورد أحكام النظرية في مواد متفرقة من القانون المدني الفرنسي.²

¹ - إيهاب علي محمد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 52.

² - **Article 348-6** Le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime **abusif** le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité.

Il en est de même en cas de refus **abusif** de consentement du conseil de famille

Article 375-7 Les père et mère de l'enfant bénéficiant d'une mesure d'assistance éducative continuent à exercer tous les attributs de l'autorité parentale qui ne sont pas inconciliables avec cette mesure. Ils ne peuvent, pendant la durée de cette mesure, émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants.

Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus **abusif** ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure.

Article 618 L'usufruit peut aussi cesser par l'**abus** que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien.

Les créanciers de l'usufruitier peuvent intervenir dans les contestations pour la conservation de leurs droits ; ils

peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir.

Les juges peuvent, suivant la gravité des circonstances, ou prononcer l'extinction absolue de l'usufruit, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance de l'objet qui en est grevé, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier, ou à ses ayants cause, une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. =

2- في القانون المصري:

استقبل المشرع المصري نظرية التعسف في استعمال الحق أحسن استقبال، إذ أنه نص على أحكامها في الباب التمهيدي من القانون المدني، أي ضمن المبادئ الأساسية لهذا القانون، وهو إذ أبرز بذلك أهميتها، إلا أنه لم يقصد أن يخرج هذه النظرية عن دائرتها الأصلية، و هي دائرة المسؤولية التقصيرية، فهو صورة من صور الخطأ الذي يترتب عليه التعويض، طبقاً لمبادئ المسؤولية عن العمل غير المشروع.¹

فنص المشرع المصري على الأصل في المادة 4 من القانون المدني التي جاء فيها: " من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر"، و نص على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 5 من القانون المدني، دون ذكر مصطلح التعسف،² حيث جاء فيها: " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية،

=Article 1760 En cas de résiliation par la faute du locataire, celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation, sans préjudice des dommages et intérêts qui ont pu résulter de l'**abus**.

Article 2321 La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.

Le garant n'est pas tenu en cas d'**abus** ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

أنظر في ذلك: القانون المدني الفرنسي.

¹ - سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، د م ن، ط 1، 2009، ص 242.

² - الصادق قريوي، مرجع سابق، ص 100.

بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.¹

كما أورد المشرع المصري نصوصاً أخرى بصدد تطبيق هذا المبدأ من بينها:

ما نصت عليه المادة 1/410 من القانون المدني [م 114 من قانون الإثبات] على أنه « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها».

تنص المادة 695 من القانون المدني و هي واردة في عقد العمل على أنه: " إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين، كان للمتعاقد الآخر، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفياً".²

كما أن ما عرض أمام القضاء المصري و لعل أهمها، هو التعسف في استعمال حق الملكية، مثال ذلك الشخص الذي يبني حائطاً مرتفعاً، أو يزرع أشجاراً مرتفعة على حدود أرضه بقصد حجب الضوء و الهواء عن جاره دون تحقيق أية منفعة له، أو تحقيقاً لمصلحة تافهة، لا تتناسب الضرر الذي يصيب الجار من ذلك، إما إذا كان المالك قد أقام الحائط ليتستر من الجار الذي يطل على مسكنه أو على حديقته، فلا يعتبر متعسفاً.³

3- في القانون الجزائري:

جاء المشرع الجزائري و نص على نظرية التعسف في استعمال الحق، مستلهما بذلك ما جاءت به الشريعة الإسلامية، و ما توصلت إليه أحدث القوانين و الفقه و القضاء في العصر الحديث، حيث نص في القانون المدني قبل التعديل على الحالات التي يكون فيها

1 - القانون المدني المصري، رقم 131 لسنة 1948.

2 - سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 245.

3 - المرجع نفسه، ص 246.

الشخص متعسفا في استعمال حقه، في المادة 41 في الفصل الأول من [الباب الثاني من الكتاب الأول] المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، و جاء ضمن المواد الخاصة بالأهلية، التي نصت على أنه: " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية:

- 1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- 2- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- 3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.¹

موقع هذه المادة كان محل انتقاد حيث رأى محمد صبري السعدي أنه لا صلة لأحكام الأشخاص الطبيعية بنظرية التعسف،² حتى اهتدى المشرع الجزائري من خلال القانون 10-05 المعدل للقانون المدني و ألغى المادة 41، و تم تعويضها بالمادة 124 مكرر، في الفصل الثالث من [الباب الأول من الكتاب الثاني] المخصص للعمل المستحق للتعويض و جاء ضمن المواد المخصصة للمسؤولية عن الأفعال الشخصية.³ والمشرع الجزائري قد أخذ بهذه النظرية في كافة روابط القانون الخاص و العام،⁴ حيث جعل التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ الذي يدخل ضمن المسؤولية التقصيرية، حيث يخرج صاحب الحق عن حدود حقه المرسومة له في استعماله، فهذا الخروج ليس إلا خطأ حتى و لو كان

¹ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر عدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975)، ص 992.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 58.

³ - أضيفت بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، (ج ر عدد 44)، ص 23.

⁴ - فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني، و إنما بسطه على هذه النواحي جميعا، بل على نواحي القانون قاطبة، فهو يجزم أن النظرية تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسري في شأن الحقوق العينية سريانا في شأن الحقوق الشخصية، و إنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام.

أنظر في ذلك: نزيه نعيم شلال، دعاوى التعسف و إساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006، ص 127.

متصلا بالتعاقد،¹ جاء فيها: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

❖ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

أ- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

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

فإذا تحققت هذه الضوابط يكون الشخص قد ارتكب خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.²

وعليه يبدو أن المشرع الجزائري لم ينص على الأصل كما فعلت القوانين العربية الأخرى.³

تجدر الإشارة إلى أن هناك تطبيقات تشريعية لهذه النظرية في القانون الجزائري في نفس التقنين منها ما ورد في المادة 343 فقرة 1 إلى أنه: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

و المادة 576 بأنه: " إذا تعدد الوكلاء كانوا مسؤولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام أو كان الضرر الذي أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك على أن الوكلاء و لو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم متجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا في تنفيذها ".

¹ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ج1، ص 247.

² - بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 153.

³ - تناولت القوانين العربية النص على الأصل و هو أن استعمال الحق استعمالا مشروعاً لا تعسف فيه، و من ثم على الاستثناء و هي الحالات التي يعتبر فيها الشخص متعسفا في استعمال حقه كما أورد القانونين المصري و الليبي في المادتين 4 و 5 و القانون المدني العراقي بالمادتين 6 و 7 أما القانون المدني الجزائري فقد نص على الاستثناء فقط في المادة 41 قبل التعديل و المادة 124 مكرر بعد التعديل.

أنظر في ذلك: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 222.

المادة 681 مكرر 3 من نفس القانون التي جاء فيها: " يعد تعسفا كل استيلاء تم خارج نطاق الحالات و الشروط المحددة قانونا...".

و المادة 691: " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار".¹

كما طبق القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق حينما قضت بأنه:

" من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل، المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، و أن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك الجار، يجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار، إذا تجاوزت الحد المألوف.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك، مما ألزمهم بالدخول إلى منزلهم بطريق بعيد، فإن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون.

و بالتالي فإن النعي على القرار المطعون فيه بتناقض الأسباب و انعدام التسبب ليس في محله.²

¹ - أمر رقم 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، و المتضمن القانون المدني الجزائري.

² - المحكمة العليا، قرار بتاريخ 25-06-1997، قضية رقم 148810. نقلا عن محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص 190-191.

المطلب الثاني:أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق:

من أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق الضوابط و المعايير التي تقوم عليها (الفرع 1) و التي إذا توفرت يكون الشخص متعسفا في استعمال حقه و من ثم يترتب عليه الجزاء (الفرع 2).

الفرع الأول:معايير التعسف في استعمال الحق:

حتى يسمى التعسف بذات المعنى الذي قدمنا له لا بد من حدود تضبطه، و هذه الحدود إذا وجدت كلها أو بعضها وقع بذلك التعسف و منه متى يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه؟

يتوجب علينا أولا التعرف على المعايير الشرعية (1) التي تعتبر المنبع الذي استقت منه القوانين العربية معاييرها وصولا إلى المعايير الوضعية (2) للتوصل إلى أوجه التشابه والاختلاف بين المعايير الفقهية و التشريعية.

1-المعايير الشرعية:

لقد جمعت نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية بين المعيار المعنوي (أ) و المعيار الموضوعي (ب)

أ- المعيار المعنوي:

ينقسم هذا المعيار بدوره إلى ما يلي:

❖ تمحض قصد الإضرار بالغير:

هو أقدم المعايير و أصلها إذ الشريعة الإسلامية تمنع القصد إلى الإضرار بالغير من خلال استعمال الحقوق، لأن هذا القصد ينافي و الأغراض التي من أجلها وضع الشارع هذه الحقوق،¹ و استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير يعتبر معيارا ذاتيا، أو شخصا بحتا إذ أنه يتعلق بالقصد و النية، فينظر أساسا إلى نية صاحب الحق في استعماله، فإن كان لا يقصد بهذا الاستعمال إلا أن يضر بغيره، دون أن تعود عليه هو من الاستعمال أي فائدة، كان متعسفا في هذا الاستعمال،² قال ابن رجب: " و إنما المراد إلحاق الضرر بغير حق و هذا على نوعين: أحدهما أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه و تحريمه"³ و قال الشاطبي " فَلَا إِشْكَالَ فِي مَنَعِ الْقَصْدِ إِلَى الْإِضْرَارِ مِنْ حَيْثُ هُوَ إِضْرَارٌ؛ لِثُبُوتِ الدَّلِيلِ عَلَى أَنَّ "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ".⁴

لما كان قصد الإضرار من الأمور الخفية التي يصعب إثباتها، فيمكن الاستدلال عليه بالقرائن، و من ذلك خلو الفعل من المصلحة، و مع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره، يعتبر قرينة على تمحض قصد الإضرار بالغير.⁵

فاستعمال الحق لمجرد إحداث الضرر بالغير، أو دون منفعة تعود على صاحبه إذا ترتب عنه ضرر بالغير، يعتبر مجرد تسبب في الإضرار، و لو أجزى هذا التسبب لكان مخالفة لقصد الشارع في تشريع الحق لأنه إما لمحض قصد الإضرار أو للعبث، و الإضرار ممنوع، و العبث غير مشروع، لأن كليهما يناقض أصل تعليل الأحكام بالمصالح،⁶ قال الشاطبي:

¹ - عبد الرحمان موجبي، التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 37.

² - أحمد الصويغي شليبيك، (التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون)، مجلة الشريعة و القانون، عدد 38، 2009، ص 29.

³ - طارق بكيري، موافقة قصد الشارع و مخالفته، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2011، ص 243.

⁴ - الشاطبي، مرجع سابق، ج3، ص 55.

⁵ - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 184.

⁶ - طارق بكيري، المرجع السابق، ص 244.

"... أَنَّ الْمُخَالَفَ لِقَصْدِ الشَّارِعِ بِلَا بُدٍّ هُوَ الْإِحْتِيَالُ بِالنَّسَبِ عَلَى تَحْصِيلِ أَمْرٍ، عَلَى وَجْهِ يَكُونُ النَّسَبُ فِيهِ عَبَثًا لَا مَحْصُولَ تَحْتَهُ شَرْعًا إِلَّا التَّوَصُّلُ إِلَى مَا وَرَاءَهُ...".¹

❖ قصد غرض غير مشروع (مخالفة قصد الشارع) :

فهنا مناقضة المستعمل لحقه المشروع في أصله، هي مناقضة قصد الشارع في المصلحة التي توخاها في تشريع الحق ابتداءً، إذ غاية المكلف من استعمال هذا الحق، على هذا الوجه المناقض هو تحقيق مصلحة غير مشروعة يريدها،² و أن استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع يعد تعسفا في استعمال الحق،³ لأن الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح العباد، و لم تشرع لاستغلالها، سعيا لغرض غير مشروع، و مثاله اتخاذ عقد الزواج وسيلة لتحليل المطلقة ثلاثا لزوجها الأول، لا بقصد الزواج الدائم،⁴ و الزوجة الناشز⁵ للزوج حق تأديبها، لحملها على الطاعة، أما إذا ابتغى الزوج بهذا الحق المشروع قصدا غير مشروع، كأن يريد به الانتقام، أو يريد به حمل الزوجة على المعصية، أصبح فعلا تعسفيا غير مشروع لانحرافه بهذا الحق عن المقصد الذي شرع من أجله.⁶

ب- المعيار الموضوعي:

ينقسم هذا المعيار بدوره إلى ما يلي:

- 1 - الشاطبي، مرجع سابق، ج3، 156.
- 2 - مجيد محمود سعيد أبو حجر، نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، 2002، ص 38.
- 3 - طارق بكيري، مرجع سابق، ص 244.
- 4 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 185.
- 5 - أنظر الفصل الثاني من هذه الرسالة في مجال استعمال الحق في تأديب الزوجة، ص 109 و ما بعدها.
- 6 - طارق بكيري، مرجع سابق، ص 245.

❖ الاختلال البين بين المصالح المتعارضة:

هذا المعيار ينظر إلى نتائج الأفعال و مآلاتها و تندرج تحته الضوابط التالية:

الضابط الأول: الاختلال البين بين مصلحتين فرديتين:

صورة هذا الضابط أن يستعمل صاحب الحق حقه من أجل تحقيق المصلحة المشروعة، لكنه يتعارض مع مصلحة شخص آخر أو أشخاص، بحيث يترتب على تصرفه ضرر يلحق بالشخص أو الأشخاص، و هذا الضرر قد يكون أعظم من المصلحة المقصودة، من التصرف أو يساويها، أو أقل منها، فإذا كان التوفيق بين المصالح المتعارضة واجب الأخذ به، أما إذا كان التعارض بين المصالح شاسعا بحيث يستحيل معه التوفيق فإنه لا بد من تغليب المصلحة على المفسدة فالاختلال البين الذي ترجح فيه المفسدة رجحانا كبيرا يتناقض و هذا الضابط المعهود في الشرع و من ثم يتحقق التعسف.¹

مثال ذلك، خَرَجَ أَبُو دَاوُدَ فِي " سُنَنِهِ " مِنْ حَدِيثِ أَبِي جَعْفَرٍ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ أَنَّهُ ((حَدَّثَ سَمْرَةَ بْنَ جُنْدُبٍ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الْأَنْصَارِ، وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ، فَكَانَ سَمْرَةُ يُدْخِلُ إِلَى نَخْلِهِ، فَيَتَأَذَى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ، فَأَبَى فَأَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعَهُ، فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ، فَأَبَى، قَالَ: فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا أَمْرًا رَغَبَهُ فِيهِ، فَأَبَى، فَقَالَ: أَنْتَ مُضَارٌّ فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْأَنْصَارِيِّ: اذْهَبْ فَأَقْلَعْ نَخْلَهُ)) ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ مُرْسَلًا. قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ حَبْلٍ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ لَهُ هَذَا الْحَدِيثَ: كُلُّ مَا كَانَ عَلَى هَذِهِ الْجِهَةِ وَفِيهِ ضَرَرٌ، يُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ أَجَابَ وَإِلَّا أَجْبَرَهُ السُّلْطَانُ، وَلَا يَضُرُّ بِأَخِيهِ فِي ذَلِكَ، فِيهِ مَرْفُقٌ لَهُ.²

¹ - بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة ماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص27.

² - زين الدين عبد الرحمن ابن أحمد بن رجب ابن حسن السلامي البغدادي الحنبلي، جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثا في جوامع الكلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، 7، 2001، ج2، ص 218.

يدخل في هذا المعيار منع صاحب الحق من استعمال حقه إذا تخير وجها للاستعمال يستتضر منه غيره، و لو كانت له مصلحة مشروعة ذات قيمة، إذا كان له الخيار في اختيار وجه آخر من الاستعمال يحقق له نفس المراد و لا يستتضر منه الغير، ذلك لأن توخيه لذلك الوجه الضار قرينة على قصده الإضرار، و لا يشفع له كونه قاصدا مصلحة مشروعة.¹

الضابط الثاني: الضرر العام اللاحق بالجماعة من إجراء الحق الفردي:

إن توخي الفرد المصلحة المشروعة، من استعماله للحق، و أدى ذلك إلى ضرر عام يلحق المسلمين، كما في تلقي السلع و الاحتكار، فهنا يمنع الفرد من التصرف، و عليه أن يتحمل ضرره الخاص، دفعا للضرر العام، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة، و لذا يجوز لولي الأمر أن يفرض التسعير الجبري، مستعينا بأهل الخبرة، لكي لا يجاوز التجار ثمن المثل تجاوزا فاحشا، لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة.²

الضابط الثالث: الضرر الفاحش:

الضرر الفاحش هو ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق،³ وهذا المعيار قرره الفقه الإسلامي لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة، لاسيما في العلاقات الجوارية، و لا شك أن في تنظيمها و تنسيقها رعاية للمصالح العام.⁴

ففي باب العلاقات الجوارية تصرف المالك للعقار على نحو يلحق بجاره أضرارا فاحشة، يخل بالتوازن بين المصالح الفردية، و مآل ذلك إلى الإخلال بالمصلحة العامة لحساب المصلحة الفردية، و ذلك انحراف للحق عن غايته إذ لم يشرع لذلك، و هذا الانحراف يعتبر تعسف،⁵ فحق الملكية لا يجوز التصرف فيه بإطلاق و إنما هو مقيد بما يمنع إيقاع الضرر

1 - طارق بكيري، مرجع سابق، ص 246.

2 - المرجع نفسه، ص ص 246-247.

3 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 28.

4 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 269.

5 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بالجار، لما ورد من نصوص تحرم إيقاع الضرر أو القصد إليه، و مثال ذلك أن يفتح الرجل النافذة في بنائه العالي مشرفة على مقر النساء في الدار المجاورة.

أما في باب العلاقات التعاقدية فليس لأحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد إذا كان ذلك يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، كما في عقود الإجارة التي تفسخ للأعذار الطارئة عند الحنفية، و عقود شراء الثمار و الزروع التي يحط من ثمنها بقدر ما تحدثه الجائحة الطارئة من نقصان فيها، حتى يصل الأمر إلى فسخ العقد إن كان ما أتلفته الجائحة تلفاً كلياً، و يتحمل البائع وحده دون المشتري عبء الخسارة عند المالكية و الحنابلة.¹

2- المعايير الوضعية:

ذكرنا فيما سبق أن المشرع الجزائري نص على نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة 24 مكرر من القانون المدني والمشرع المصري في المادة 5 من نفس التقنين فتضمنت المادتان معياران الأول شخصي (أ) و الثاني موضوعي (ب)

أ- المعيار الشخصي:

ينقسم هذا المعيار بدوره إلى:

❖ قصد الإضرار بالغير:

هو نفس المعيار في التقنيات الحديثة و منها التقنيات العربية و هو معيار ذاتي،² ويعتبر خطأ عمدي، باعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت إليه نية صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير، و الحقيقة أن القوانين الوضعية لم تبدع بشأن هذه الحالة، و إنما قامت بتقنين الحل التقليدي الذي أخذ به بعض الفقه و القضاء في فرنسا،³ حيث كانا يعتبران أن

1 - مجيد محمود سعيد أبو حجير، مرجع سابق، ص 50.

2 - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 59.

3 - علي فيلاي، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2007، ص 64.

النية و الرغبة الشريرة في الخداع التي تتوجه إلى الإضرار بالغير هي خطأ عمدي يترتب مسؤولية مدنية، غير أن اتجاه القصد إلى تحقيق غاية مشروعة لا يعتبر خطأ و لو ترتب عليه ضرر للغير، مثل التاجر الذي ينافس منافسة شريفة، دون انحراف عن سلوك الرجل العادي، لا يرتكب خطأ بالرغم من تعمدته في الإضرار بمنافسه، هذا يعني أن نية الإضرار وحدها غير كافية لتجسيد التعسف في استعمال الحق، بل يجب أن يصطحب هذه النية انحراف في سلوك الرجل العادي،¹ فحدوث الإضرار بالغير يعتبر قرينة على التعسف فكان قصد الإضرار هو سبب استعمال الشخص لهذا الحق و خاصة إذا لم ينتج عن هذا الاستعمال منفعة أو نتجت و لكنها غير مقصودة.²

مثال ذلك إذا بني شخص جدارا في بيته أو غرس أشجارا في حديقته و لم يكن له من وراء ذلك أية منفعة، و إنما قصد حجب النور عن جاره أو إذا ما قام ببناء مدخنة في داره بقصد الإضرار بجاره و لم يكن له منفعة من ذلك.³

يلاحظ أنه إذا كان إثبات قصد الإضرار بالغير أمرا عسيراً، فإن ذلك يمكن أن يستخلص من انعدام مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه حيث يعد انعدام المصلحة انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية، غير أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها.⁴

هناك قضايا حكمت فيها المحكمة ضد المتعسف في استعمال حقه بقصد الإضرار بالغير نذكر منها محكمة كولمار الاستئنافية في القضاء الفرنسي، التي قضت بمساءلة الشخص عند توافر نية الإضرار بالغير، حيث جاء في معناه أنه من المبدأ أن حق الملكية نوعاً ما هو حق مطلق، بينما استعمال هذا الحق يكون في حدود لتحقيق مصلحة جدية و شرعية، و إن مبادئ الأخلاق و العدالة تعارض كل من يستعمل حقه للإضرار بالغير و لا تبرره أي

1 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 65.

2 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق منشأة المعارف، مصر، د ط، 2000، ص 218.

3 - عمر فخري الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سبباً من أسباب الإباحة، دار الثقافة، عمان، ط 1،

2011، ص 41.

4 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

فائدة شخصية،¹ و أيضا ما قضت به محكمة ليون الاستئنافية في 18 أبريل 1856: بأن المالك الذي يقوم بعمل حفرة في أرضه، لمجرد منع وصول الماء، إلى أرض جاره، و مالك الطاحونة القائمة، إلى جوار طاحونة أخرى، إذا رفع فجأة أبواب الأحواض من غير مقتضى، إلا حجز الماء عن طاحونة جاره، و تعطيلها عن العمل، و المالك الذي يقيم على حدود ملكه جدارا، يصل ارتفاعه إلى الطبقة الثالثة من عقار جاره، بحيث يحجب النور عن الغرفة المواجهة له، إذا لم يكن له من إقامة هذا الجدار منفعة حقيقية.²

ب- المعيار الموضوعي:

ينقسم هذا المعيار بدوره إلى:

❖ إذا كان استعمال الحق يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ

للغير:

في هذه الحالة يعتبر الشخص متعسفا حتى لو كانت له مصلحة في استعمال حقه على وجه معين، و ذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير، إذ تكون الفائدة قليلة بالنسبة للضرر، كمن يغرس أشجارا عالية لتوفير نوع من الرطوبة، و يحجب بذلك النور عن جاره و يمنعه من استعمال شرفته استعمالا مألوفاً، فيكون متعسفا في استعمال حقه لأن المصلحة التي يسعى إليها و هي الحصول على الرطوبة قليلة

¹ - S'il est de principe que le droit de propriétaire est un droit en quelque sorte absolu, cependant l'exercice de ce droit comme celui de toute autre, doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime, que les principes de la morale et de l'équité s'oppose a ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice a autrui.

قرار: 2-5-1855، محكمة كولمار، 1855، منشور في دالوز 1856، ص 9. نقلا عن عبد الر عبد الرحمان موجبي، مرجع سابق، ص 34.

² - أحمد الصويعي شليبيك، مرجع سابق، ص ص 38-39.

الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير و هو عدم استعمال الشرفة،¹ و كمن يرفع صوت المذياع للجيران و التأذي به، و استئجار دار ثم ترك الماء في جدرانها وقتاً طويلاً.²

لذلك إذا كان هناك تعارض بين حق الفرد و مصلحة الغير، كأن يترتب على استعمال الفرد لحقه ضرر للغير، فيجب القيام بمقارنة بين المصلحتين، و إذا تبين أن الفائدة التي يرمي إليها استعمال الحق ضئيلة بالنسبة للضرر الذي يصيب الغير فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد، و يصبح إذا استعمال الحق أمراً غير مشروع.³

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح "الفائدة" عكس التشريعات الأخرى التي استعملت مصطلح "المصلحة" كالمشرع المصري مثلاً، فمصطلح الفائدة يحوي في طياته معاني مادية أي مالية فقط، غير أن المصلحة هو الأجدر كون أن الشخص في استعمال حقه يسعى إلى مصالح قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية.⁴

❖ إذا كان الغرض الحصول على فائدة غير مشروعة:

قد يسعى الشخص من خلال استعمال حقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة،⁵ فإذا كانت المصلحة غير مشروعة بأن كانت مخالفة للنظام العام و الآداب العامة،⁶ فإن ذلك يحقق مسؤولية مستعمل الحق عن الضرر الذي لحق بالغير، فمثلاً لو قام صاحب العمل بفصل العامل بسبب انضمامه إلى نقابة العمال، فالمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها الأول غير مشروعة، لمخالفتها للنظام العام، توجب مسؤوليته عن الضرر الذي لحق العامل من

1 - محمدي فريدة زاوي، مرجع سابق، ص 153.

2 - محمد طلافحة، (قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 2، العدد 4، 2006، ص 10.

3 - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 66.

4 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص ص 70-71.

5 - علي فيلاي، مرجع سابق، ص 67.

6 - بشار ملكاوي، فيصل العمري، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 68.

جراء الفصل،¹ و كذلك التاجر الذي يشتري البضاعة الموجودة في السوق كلها لاحتكارها، ورفع أسعارها، فهنا يكون متعسفا في استعمال حقه في المتاجرة، و أيضا إساءة الحكومة لسلطانها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصي.²

يلاحظ من خلال عرض معايير التعسف في استعمال الحق الشرعية و الوضعية أن النصوص العربية قد استمدت كل المعايير من الشريعة الإسلامية و لكن لم تنص عليها كلها و كان للشريعة الإسلامية العموم و الشمول في النص عليها و الإحاطة بها.

الفرع الثاني:

جزاء التعسف في استعمال الحق:

إذا استعمل الشخص حقه و توافرت فيه أحد معايير التعسف-السابقة الذكر- سيرتب جزاءً على ذلك فما هو هذا الجزاء؟

و عليه يجب معرفة جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية (أولا) ثم في القانون (ثانيا):

1-الجزاء في الشريعة الإسلامية:

تقر الشريعة الإسلامية أربع أنواع من الجزاء على التعسف و هي كما يلي:

أ- الجزاء العيني:

ينقسم إلى تصرفات قولية و تصرفات فعلية و هي كالتالي:

¹ - عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن، ص 422.

² - بشار ملكاوي، فيصل العمري، مرجع سابق، ص 68.

❖ في التصرفات القولية:

يقصد بذلك العقود التعسفية، ككناح التحليل، أو الإضرار في الوصية أو الهبة الصورية، فالجزاء فيها إبطال ذات التصرف لمنع ترتيب آثاره عليها، لأن العقود أسباب جعلية أي ليست مؤثرة بدواتها، بل بجعل الشارع و ليست بعقل عقلية، فيحال بينها و بين ترتيب آثارها عليها، و على ذلك تعتبر هذه العقود باطلة.¹

فقد يكون الجزاء حرمان الشخص من حقه عقوبة له، و مثال ذلك سلب الولاية من الولي، و الحجر على السفیه،² و قد يكون بإلزام صاحب الحق باستعماله كما في حالة عضل الولي عن تزويج من في ولايته للرجل الكفاء،³ - كما سنراه لاحقاً-

❖ في التصرفات الفعلية:

يكون ذلك بمنع مباشرة سبب الضرر قبل الوقوع، أو إزالته إن أمكن ذلك، أو قطع سببه قبل الوقوع، لكي لا يستمر مستقبلاً. فإذا بنى في ملكه حائطاً عالياً، بحيث منع انتفاع جاره بملكه على وجه معتاد، و عطل منافعه المقصودة من الملك، بأن حجب الهواء و الشمس عنه، فإن الحائط يهدم إلى القدر الذي يزول به هذا الضرر الفاحش،⁴ و قد يكون الجزاء بمنع صاحب الحق من استعمال الحق فعلياً، بمنع الغاصب من هدم ما بناه في العين المغصوبة، إذا كانت الأنقاض لا تعود عليه بفائدة، و منع الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الآخر يستتضر بها.⁵

1 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 288.

2 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 30.

3- أحمد الصويغي شليبيك، مرجع سابق، ص 64.

4- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 289.

5 - أحمد الصويغي شليبيك، مرجع سابق، ص 65.

ب- الجزاء التعويضي:

هو التعويض المدني المحض، نتيجة الاستعمال التعسفي للحق، بتعويض المتضرر مادياً أو معنوياً من هذه الإساءة، فمن قام بإتلاف ملك غيره يكون ضامناً لهذا التلّف، و من اتلف زرع جاره قصداً بسبب جريان الماء في أرضه في غير المعتاد، يكون أيضاً ضامناً لما تُلّف.¹

و الشريعة الإسلامية قد شرعت الحد لجريمة القذف و هو ضرر معنوي أدبي، فلا مانع أن يعوض عن الأضرار المعنوية التي هي دون ذلك بالمال إزالة للضرر بقدر الإمكان.²

ت- الجزاء التعزيري:

هو التأديب على الذنوب و المعاصي، التي لم يرد بشأنها نص بحد مقدر من قبل الشارع سواء تعلقت بحقوق الله تعالى أم بحقوق الإنسان لقوله صلى الله عليه و سلم: ((لا ضرر و لا ضرار)). و يجوز للحاكم أن يعزر المتعسف و المسيء في استعمال حقه بما يراه رادعاً و هو يبتدئ باللوم و التنبيه و قد يصل إلى النفي.³

ث- الجزاء الأخروي:

إذا تمكن المسيء في استعمال حقه أن يفلت من الجزاء الدنيوي فإنه لا يستطيع أن يفلت من الجزاء الأخروي، فإن رب العالمين يوقع عليه جزاءاً أخروياً، لأن الله لا تخفى عليه خافية في الأرض أو السماء، و لن يستطيع الإنسان أن يفلت من عقاب الله تعالى،⁴ و الجزاء الأخروي أبقي و أعظم من الجزاء الدنيوي، لما له من أثر بالغ في توجيه النفوس

1 - أحمد الصويحي شليبيك، مرجع سابق، ص 64.

2 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 290.

3 - محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ص 187-188.

4 - المرجع نفسه، ص 188.

إلى ضرورة العمل بأحكام الشريعة الإسلامية، و إتباع أوامر الله و اجتناب نواهيه،¹ لقوله جل و علا: { فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (7) وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ (8) }.²

2- الجزاء في القانون الوضعي:

إن جزاء التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي قد يكون جزاءا وقائيا إذا ظهر التعسف في استعمال الحق بصفة واضحة قبل تمامه، فيمكن منع صاحب الحق من الاستعمال التعسفي لحقه (أ) إما في حالة حدوث التعسف فعلا فإنه يحكم على المتعسف بالتعويض لصالح المضرور كما قد يلزم كذلك لإزالة الضرر ذاته كلما كان ذلك ممكنا (ب).

أ- الجزاء الوقائي:

قد يكون من الأسباب التي حذبت وضع نظرية التعسف، الدور الوقائي الذي تلعبه هذه الفكرة في تحقيق الرقابة، و الإشراف على استعمال الحق على نحو يحول دون التعسف في استعماله، لأنه من الخير عدم الانتظار حتى يقع البلاء، و الأولى منع حدوثه من البداية،³ و تطبيقا لذلك في القانون الجزائري ما نصت عليه المادة: 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يشير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه..."⁴

1 - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 31.

2 - سورة الزلزلة، الآيتان 7 و 8.

3 - عبد العزيز بن عبد الله عبد العزيز الصعب، مرجع سابق، ص 207.

4 - قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، (ج ر عدد

21، 2008)، ص 4.

باستقراء هذه المادة نرى أن المصلحة و الصفة هما شرطان لقبول أي طلب، أو دفاع في الدعوى و أن هذه المصلحة هي مناط تطبيق نظرية التعسف و من ثم فإنه يكون للقاضي و من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم قبول الطلب منعاً من التعسف في استعمال الحق.

كما نصت المادة 343 فقرة 1، ق.م.ج -السابقة الذكر- على أنه: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ".

و المادة 870 من نفس القانون على أنه: " إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء كأن يمنع من تجاوز حد معين في الارتفاق بالبناء أو في مساحة رقعته فإن هذه القيود تكون حقوق ارتفاق على هذا العقار لفائدة العقارات المجاورة التي فرضت لمصلحتها هذه القيود هذا ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك.

و كل مخالفة لهذه القيود قد تجعل محلاً للمطالبة بإصلاحها عينا إلا أنه يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا اقتضى رأي المحكمة اختيار هذه الطريقة للتعويض. "

بالرجوع إلى القانون المدني المصري نجد أنه أقر الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق مثال ذلك ما جاء في المادة 203 على أنه: " يجبر المدين بعد اعذاره، طبقاً للمادتين 219 و 220 على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ممكناً".

على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي، إذا كان لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

ووجه كون الدائن متعسفا هنا أنه يتسبب في استعمال حقه بالمطالبة بإجبار المدين على التنفيذ العيني، في إلحاق ضرر جسيم بالمدين، بينما لا يلحقه هو إلا الضرر اليسير، إذا اقتصر على التعويض النقدي فإذا لا يكون للدائن مصلحة مشروعة في المطالبة في التنفيذ العيني، للإرهاب الذي يخل بالتوازن بين المصالح، و هذا هو التعسف فيمنع انقضاء لضرر

تعسفه، قبل الوقوع، و لهذا كان الاستثناء تطبيقاً لنظرية التعسف في دورها الوقائي.¹

ب - الجزاء التعويضي:

هو صورة علاجية للتعسف بعد وقوعه و يتمثل في إزالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض، و الأصل في جزاء التعسف هو الحكم على المتعسف بمبلغ من المال يدفعه للمتضرر على سبيل التعويض عن الضرر الذي لحق به.²

كما قد يكون التعويض بمقابل مع التعويض العيني، و الهدف من ذلك تجنب الضرر اللاحق و التعويض عن الضرر السابق.

مثال ذلك حكم القاضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليها بهدم المدخنة التي أقامها المالك إضراراً بجاره، مع التعويض عما لحقه من خسارة و ما فاتته من كسب، و السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض العيني فقط دون النقدي أو النقدي دون العيني حسب الحالة التي تعرض عليه.³

مقارنة مع الشريعة الإسلامية يستخلص أن القانون الوضعي قد اقتصر على الجزاء الوقائي بمنع صاحب الحق من ممارسة حقه و حرمانه منه عقوبة له، و الجزاء التعويضي المدني المحض، عن الضرر المادي أو المعنوي نتيجة الاستعمال التعسفي للحق، بينما أضافت الشريعة الإسلامية مع الجزاءين الأخيرين، الجزاء التعزيري و الجزاء الأخروي.

¹ - فتحي الدريني، (الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق التي فاجأ الإسلام بها الدنيا كفيل برعاية مصالح الدولة، والأمة، والأفراد قبل وقوع الضرر، جراء سوء استعمال الحقوق والحريات العامة، وعلى مر العصور)، على موقع:

<http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=131677> ، 15 أبريل 2015، 14:25

² - Mazeaud et Tunc, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T1, 6ème édition, 1939, p 582.

نقلا عن: بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 73.

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 67.

المبحث الثاني:

التعسف في استعمال الحق في مقدمات الزواج و أثناء انعقاده:

إن عقد الزواج يعتبر من أهم العقود و أكثرها أثرا على الإنسان، من هنا كان لابد أن يتم بعد أن يتعرف كل من الخاطبين إلى الآخر، و أن يعرف صفاته الخلقية، ليقوم الزواج على أساس قوي و متين، و تستمر معه الحياة الزوجية على أحسن حال، و إذا لم يتفقا فيحق لكلاهما العدول عن الخطبة (المطلب 1)، غير أنه إذا تم الرضا بين الطرفين تأتي مرحلة انعقاد عقد الزواج و إنشائه، فتحتاج المرأة لا محالة لرأي أو استشارة وليها الشرعي، فمن حقه أن يتأكد من اختيارها ليضمن لها حقوقها و يحافظ عليها نظرا لخطورة هذا العقد و تبعاته المادية و المعنوية الجسيمة، فحق الولاية شرع لتحقيق مصلحة المولى عليه (المطلب 2).

و منه يمكن أن نطرح التساؤل التالي ما هي صور التعسف في استعمال الحق في الخطبة و الولاية في التزويج.

المطلب الأول:

صور التعسف في استعمال الحقوق الممارسة في إطار الخطبة:

الخطبة كما هو معروف هي أولى مقدمات الزواج العملية، و إن من الوسائل التي تعين على حصول المعرفة بين الخاطبين، هي تعرفهما على بعضهما البعض بالنظر و المحادثة¹ و بما أن التكييف القانوني و الفقهي للخطبة - كما سنراه لاحقا- هو وعد بالزواج و ليست عقدا، و أن حق العدول عنها جائز لكل طرف، و هو تصرف مأذون

¹ - نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1، 2006، ص 111.

فيه،¹ و إذا كان الخاطبين مأذون لهما في نظر و محادثة بعضهما، وفي العدول عن الخطبة فمتى نكون بصدد التعسف في استعمال الحق؟

الفرع الأول:

ماهية الخطبة:

لبيان ماهية الخطبة سنتعرض لتعريفها (1) و من ثم طبيعتها القانونية (2) .

1- تعريف الخطبة:

سنتطرق في هذا الصدد إلى التعريف اللغوي (أ) و الاصطلاحي (ب) و القانوني (ت) في ما يلي:

أ- لغة:

قال ابن منظور الخطب الشأن أو الأمر، لقوله تعالى: { قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ }² و خطب المرأة يخطبها خطبا و خطبة بالكسر، أي طلبها للزواج،³ و قيل من الخطاب لأنها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل و من جانب المرأة.⁴

و (خَطَبَ) الخَاءُ وَالطَّاءُ وَالْبَاءُ أَصْلَانِ: أَحَدُهُمَا الْكَلَامُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، يُقَالُ خَاطَبُهُ يُخَاطِبُهُ خِطَابًا، وَالْخُطْبَةُ مِنْ ذَلِكَ. وَفِي النِّكَاحِ الطَّلَبُ أَنْ يُزَوَّجَ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: { وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ }⁵ وَالْخُطْبَةُ: الْكَلَامُ الْمَخْطُوبُ بِهِ. وَيُقَالُ اخْتَطَبَ الْقَوْمُ

1 - أسامة محمد منصور الحموي، (آثار العدول عن الخطبة في الفقه و القانون)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 428.

2 - سورة الداريات، الآية 31.

3 - ابن منظور، مرجع سابق، ج 13، ص 1194.

4 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004، ص 243.

5 - سورة البقرة، الآية 235.

فَلَانَا، إِذَا دَعَوْهُ إِلَى تَزْوِجِ صَاحِبَتِهِمْ،¹ وَخَطَبَ الْمَرْأَةَ إِلَى الْقَوْمِ إِذَا طَلَبَ أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْهُمْ.²
و (الْحَطْبُ) سَبَبُ الْأَمْرِ تَقُولُ: مَا حَطْبُكَ؟. قُلْتُ: قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: أَيُّ مَا أَمْرُكَ؟ وَ (حَاطَبَهُ) بِالْكَلامِ (مُحَاطَبَةً) وَ (خِطَابًا). وَ (حَطَبَ) عَلَى الْمُنْبَرِ (حُطْبَةً) بِضَمِّ الْخَاءِ.³

ب- اصطلاحا:

عرفها **الحنفية** بأنها: "طلب التزويج"⁴ و **المالكية** بأنها: "استدعاء النكاح".⁵ و " التماس التزويج و المحاولة عليه صريحا،⁶ مثل أن يقول فلان يخطب فلانة أو غير صريح،⁷ كيريد الاتصال بكم و الدخول في زمرتكم".⁸ و **الشافعية** بأنها: " التماس الخاطب النكاح من جهة

1 - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج2، ص 198.

2 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج1، ص 173.

3 - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، ط5، 1999، ج1، ص 92.

4 - ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص 8.

5 - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، 1992، ج3، ص 407.

6 - التصريح بالخطبة يكون بعبارة صريحة من الخاطب في طلبه يد المخطوبة و إظهار الرغبة كان يقول اخطب فلانة أو أريد أن أتزوج من فلانة، أو اطلب يد كريمتك أو أريد مصاهرتك بفلانة.

أنظر في ذلك: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 31.

7 - الالتماس و المحاولة غير الصريحة أي بالتعريض والتي يستعمل فيها الخاطب الجمل التي يفهم قصد الخطبة، من عرضها بالقرائن كأن يقول الخاطب لمن يريد أن يخطبها، إني فيك لراغب أو انك جميلة أو نحو ذلك.

أنظر في ذلك: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن ، ط6، 2012، ج1، ص 70.

8 - محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، د ت ن، ج3، ص 167.

المخطوبة "1. و الحنايلة بأنها: " الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها، و الخطبة بالضم هي الحمد لله و التشهد".²

كما عرفها الشيخ أبو زهرة بأنها: " طلب الرجل يد امرأة معينة للزوج بها و التقدم إليها، أو إلى ذويها، ببيان حاله و مفاوضتهم في أمر العقد و مطالبه و مطالبهم بشأنه".³

و عرفها الدكتور وهبة الزحيلي: بأنها: " إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة، و إعلام المرأة وليها بذلك، و قد يتم هذا الإعلام مباشرة، من الخاطب أو بواسطة أهله، فإن وافق المخطوبة أو أهلها فقد تمت الخطبة بينهما و ترتبت عليها أحكامها و آثارها الشرعية".⁴

أما الدكتور بلحاج العربي فقد عرفها بأنها: " الخطبة بكسر الخاء التماس الزواج من امرأة معينة، بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها، أو هي طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، و ذلك بأن يتقدم إليها مباشرة أو إلى أهلها، أو عن طريق أجنب يبعثهم، للتفاهم و التفاوض في أمر العقد، و المطالب الخاصة بهذا الشأن، فإذا أوجب إلى طلبه تمت الخطبة بينهما".⁵

ت - قانونا:

- ❖ عرفت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: " الخطبة وعد بالزواج".⁶
- ❖ عرفت المادة الخامسة من القانون المغربي أنها: " تواعد بين رجل و امرأة على

1 - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مرجع سابق، ج4، ص 219.

2 - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، د ط، 1968، ج 7، ص 143.

3 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 28.

4 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 2010، ج 8، ص 24.

5 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 70.

6 - أمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 15) ص 19.

الزواج".¹

- ❖ وعرفتها المادة الخامسة من القانون القطري بأنها: " هي طلب التزويج، والوعد به صراحة، أو بما جرى به العرف، ولا يترتب عليها أي أثر من آثار الزواج".²
- ❖ كما عرفتها المادة 17 فقرة 1 من القانون الإماراتي بأنها: " طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحاً".³

تجدر الإشارة أن جميع القوانين العربية نصت على الخطبة و لكن بعضها لم يعطي لها تعريفا واضحا كما فعل المشرع الجزائري والمشرع العراقي و التونسي أيضا و اكتفى بذكر طبيعتها القانونية. -التي سنراها لاحقا-

2- الطبيعة الفقهية و القانونية للخطبة:

الخطبة في الشريعة الإسلامية ليست عقد، و إنما هي مجرد وعد بالزواج، لذا فهي لا تبيح للشخص ما يبيحه عقد الزواج لأن الخطبة ما هي إلا مقدمة له فقط،⁴ و حيث أن كلا من الخطبة و العقد يختلفان من حيث وجودهما الشرعي و العرفي، فكان منطوقا أن يختلفا من ناحية الآثار،⁵ فتعتبر المخطوبة أجنبية، و لا يحرم أقارب المخطوبة على الخاطب بمجرد الخطبة، و لا يترتب عليه توارث بين الخاطبين في حال وفاة أحدهما، و يجوز العدول عنها من أحد الطرفين دونما حاجة إلى طلاق أو فسخ.⁶

و هذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 1/5 من قانون الأسرة [05-02]، بأن:
" الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، و هو نفس ما جاء به أيضا

¹ - القانون رقم 1-4-22، و المتضمن مدونة الأسرة المغربية، (جريدة رسمية عدد 5184، 5 فبراير 2004)، ص 421.

² - قانون الأحوال الشخصية القطري، 22-2006.

³ - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، 28-2005.

⁴ - عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985، ص 357.

⁵ - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، (الجزائر)، د ت ن، ص 28.

⁶ - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص ص 44-45.

قرار المحكمة العليا.¹

و يلاحظ على هذه الفقرة استعمال المشرع للفظ الوعد من حيث الصياغة القانونية، وهو نفس المصطلح المشار إليه في المادة 72 من القانون المدني الجزائري " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر، طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"

أما قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج، و من جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.²

لذا نرى تغيير صيغة هذه الفقرة لتجنب التكرار في كلمة "الخطبة" لتصبح " الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج و يجوز للطرفين العدول عنها".

الفرع الثاني:

التعسف في استعمال الحق في التعارف:

إذا كان عقد الزواج يرتبط ارتباطا وثيقا بالإنسان أليس من حق العاقدين أن يعرف كل منهما الآخر، حتى يحصل التوافق الذي يكون سببا من أسباب دوام الزواج؟ و هل يجوز للخطاب الذي يبحث عن شريكة حياته أن يستبيح النظر في كل ذاهبة و آيية؟ أم أن هناك أحكاما و ضوابط في هذا المضمار يجب أن تراعى؟

تكلم قانون الأسرة على حق الخطابين في التعارف سواء بالنظر أو المحادثة، و ذلك بنصه في المادة 222 على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-03-1992، ملف رقم 81129، م ق، 1994، العدد3، ص 62. نقلا عن جمال

سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ج 2، ص 768.

² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 33.

1- شروط استعمال الحق في التعارف:

إن الشريعة الإسلامية قد أباحت النظر بين الخاطب و مخطوبته، حتى يتمكن كل منهما من معرفة صاحبه معرفة تامة، و إذا لم تكف المرة كرر ذلك مرة و مرات.¹

فمن المستحسن شرعا إذا أن يرى الرجل بنفسه من يريد التزوج بها، كما يباح للخاطب أن يجتمع بها و يتحدث معها،² لقوله عز و جل { وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهَا }³ ووجه الاستدلال بالآية أن حسنهن لن يعجب رسول الله إلا بعد رؤيتهن.⁴

فالشارع الحكيم شجع على نظر الخاطبين إلى الخاطب الآخر حتى يعرف شكله، و يتبين ما فيه من عيوب، كالطول الزائد، أو القصر الزائد، أو السمرة الزائدة، أو النحافة المفرطة، أو البدانة الزائدة.⁵

و إباحة النظر بحدود تتناسب مع الآداب، يؤمن الفتنة و الشهوة،⁶ و بوجود محرم،⁷ و الحديث سواء كان مباشرة أو في الهاتف إذا كان له سبب و حاجة، من غير لين و تميع، أما الكلام لمجرد التسلية و بدون فائدة ولا حاجة فيمنع لسد الذرائع،⁸ لقوله تعالى: { فَلَا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ وَقَلْنَ قَوْلًا مَعْرُوفًا }⁹ و ذلك لكي يقدم على

1 - محمد محدة، مرجع سابق، ص 14.

2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه الإسلامي المقارن في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، 1967، ج1، ص 22.

3 - سورة الأحزاب، الآية 52.

4 - مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1999، ج5، ص 340.

5 - أحمد الحجي الكردي، مشكلات أسرية و علاجها على ضوء الشريعة و القانون، دار ابن كثير، دمشق، د ت ن، ص 14.

6 - يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 22، 1997، ص 38.

7 - ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 94.

8 - أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، تمام المنة في فقه الكتاب و السنة، مؤسسة قرطبة، د م ن، ط1، 2004، ص 34.

9 - سورة الأحزاب، الآية 32.

العقد إن أعجبته، أو يحجم إن لم توافقه، و هذا كله لا يعرف إلا بالنظرة و الكلمة و المحادثة الهادئة.¹

و هناك أحاديث في سنة نبينا عليه الصلاة و السلام حول جواز نظر الخاطبين إلى بعضهما، حيث جاء في سنن ابن ماجة : عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ، قَالَ: خَطَبْتُ امْرَأَةً، فَجَعَلَتْ أَتَخَبُّ لَهَا، حَتَّى نَظَرْتُ إِلَيْهَا فِي نَخْلِ لَهَا، فَقِيلَ لَهَا: أَنْتَ فَعَلْتَ هَذَا وَأَنْتَ صَاحِبُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فَقَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: ((إِذَا أَلْقَى اللَّهُ فِي قَلْبِ امْرِئٍ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ، فَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا))².

و في سنن النسائي: عَنْ الْمُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ، قَالَ: خَطَبْتُ امْرَأَةً عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أَنْظَرْتَ إِلَيْهَا؟)) قُلْتُ: لَا، قَالَ: ((فَانظُرْ إِلَيْهَا، فَإِنَّهُ أَجْدَرُ أَنْ يُؤَدِمَ بَيْنَكُمَا))³.

فهذه الأحاديث و غيرها تبيح النظر، و لكنها لم تحدد ما ينظر إليه منها، و من هنا جاء اختلاف الفقهاء في بيانه، و لكن يرى جمهور الفقهاء، من المالكية،⁴ و الشافعية،⁵ و الحنفية، أن للخطاب أن ينظر إلى من يريد خطبتها إلى الوجه و الكفين فقط، لأن رؤيتهما تحقق المطلوب من الجمال و خصوبة الجسد و عدمهما، فيدل الوجه على الجمال أو ضده، لأنه مجمع المحاسن، و الكفان على خصوبة البدن أو عدمها.⁶

و بعض الحنفية يزيد القدمين، و الحنابلة يزيدون الرقبة، و الجعفرية يوافقون الجمهور في قصر النظر إلى الوجه و الكفين في الرواية المشهورة، و في رواية عنهم يضيفون الشعر

1 - أحمد الحجي الكردي، مرجع سابق، ص 14.

2 - سنن ابن ماجه، مرجع سابق، ج1، ص 599.

3 - أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، السنن الصغرى للنسائي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986، ج6، ص 69.

4 - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د م ن، د ت ن، ج2، ص 215.

5 - إسماعيل بن يحيى إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1990، ج 8، ص 264.

6 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 37.

و المحاسن، و الجسد كله من فوق الثياب،¹ و قال داوود الظاهري إلى جواز النظر إلى جميع البدن، لظاهر حديث "أنظر إليها".²

و عليه إذا كانت الأحاديث الشريفة قد بينت أنه يجوز لمن أراد التقدم لخطبة امرأة أن ينظر إليها، فإنه يفهم من الأدلة التي أباحت النظر أن النظر إلى المخطوبة يمكن أن يتم بالأماكن العامة، أو في بيت أهلها أو في بيوت محارمها،³ أي بشروط و ضوابط.

فمتى نكون إذا بصدد التعسف في استعمال الحق في التعارف؟

2- تطبيق معايير التعسف على حق التعارف:

أ- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة:

إن الحكمة و الفائدة من رؤية كل من الخاطبين لبعضهما البعض -كما سبق الذكر- هو تمكن كل منهما من معرفة صاحبه معرفة تامة، فإن كانت الرؤية لغير هذه الغاية، و كان غرضه منها تحقيق مصلحة غير مشروعة مناقضا لقصد الشارع من مشروعية الرؤية و نوضح ذلك فيما يلي:

❖ أن ينظر إليها في شهوة:

يتحقق ذلك إذا نظر الخاطب إلى من يريد خطبتها بقصد التلدد بها، و هي أجنبية عنه، و قد قال الإمام ابن قدامى رحمه الله مؤيدا رأي المالكية: " و لا ينظر إليها نظرة تلدد و شهوة و لا ريبة، قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه، و لا يكون عن طريق لذة، و له أن يردد النظر إليها و يتأمل محاسنها، لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك".⁴

1 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص ص 68-69.

2 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 37.

3 - نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص 130.

4 - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 25.

❖ أن ينظر إليها في خلوة:¹

بينما فيما سبق أن الخطبة ليست زواجا، وإنما هي مجرد وعد بالزواج، فلا يترتب عليها شيء من أحكامه، كالخلوة بالمرأة، لأنها لا تزال أجنبية عنه.²

و علمنا أيضا أنه من حق الخاطبين رؤية بعضهما، لكن قد تُحدث الرجل نفسه أن يختلي بمن يريد خطبتها، و قد يرى استجابة منها أو من أهلها، لذلك فكثيرا ما ترى الخاطب و المخطوبة يخرجان وحدهما دون محرم معهما، فيذهبان إلى عدة أماكن و لا رقيب عليهما من أقاربهما،³ فتتعدد المجالس، و يكثر الذهاب و الإياب إلى بيت المخطوبة،⁴ متحججا بحقه في رؤيتها و متعسفا فيه.

فمادام العقد لم يحصل فإنه يحرم عليهما أن يختليا حتى لو تمت الخطبة و لا يتواجد مع

خطيبته في مكان خال و بعيد عن أعين الناس إلا مع محرم، كالأخ و الأب و غيرها.⁵
عن ابن عباس رضي الله عنه، أنه: سَمِعَ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: ((لَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ، وَلَا تُسَافِرَنَّ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا مَحْرَمٌ))⁶.

أما احتجاج بعض الناس أن الخروج و الانفرد في هذه الفترة أمر ضروري، ليتعرف كل من الشخصيتين على الآخر، و لإحداث نوع من التقارب و التمازج قبل الزواج، فإن هذا

1 - الخلوة لغة: خَلَا بِرَيْدٍ خَلْوَةً انْفَرَدَ بِهِ وَكَذَلِكَ خَلَا بِرَوْجَتِهِ خَلْوَةً وَلَا تُسَمَّى خَلْوَةً إِلَّا بِالِاسْتِمْتَاعِ بِالْمُفَاخَذَةِ وَجِبْتِيذٍ تُؤْتَرُ فِي أُمُورِ الرُّوْحِيَّةِ فَإِنْ حَصَلَ مَعَهَا وَطءٌ فَهُوَ الدُّخُولُ. أنظر في ذلك: أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج 1، ص 181. أما اصطلاحا: هي انفرد الرجل بالمرأة، بعيدا عن أعين الناس، بما يسمح لهما بفعل ما يمتنعان عنه أمامهم. أنظر في ذلك: محمود نايف الرجوب، مرجع سابق، ص 195.

2 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 38.

3 - محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 38.

4 - أبي عبد الله مصطفى بن العدوي، أحكام النكاح و الزفاف و المعاشرة الزوجية، دار ابن رجب، المنصورة، 2000، ص 80.

5 - محمد رأفت عثمان، مرجع سابق، ص 39.

6 - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، مرجع سابق، ج 4، رقم 3006، ص 59.

الكلام باطل و تعسفي من عدة وجوه، أهمها أن الخلوة بالرجل الأجنبي حرام و هو كذلك بالنسبة للخاطب.¹

يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: " و يزعم الذين انحرف بهم المسار عن دين الله و شرعه، أن مصاحبة الخاطب للمخطوبة، و الخلوة بها، و السفر معها، أمر لا بد منه لأنه يؤدي إلى تعرف كل واحد منهما إلى الآخر".²

فخير الأمور هو ما جاء به الإسلام ، فإن فيه الرعاية بحق كلا الزوجين، في رؤية كل منهما الآخر، مع تجنب الخلوة، حماية للشرف، و صيانة للعرض،³ فما على الخاطبين و أوليائهم التزام حدود الله في ولوج باب الخطوبة و دخول عتبة الزواج، إن أرادوا للمرأة كرامتها و للزوج مصلحته و للبيت سلامته و للمجتمع أخلاقه،⁴ لقوله تعالى: { تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }.⁵

و لهذا فالشرع لم يجيء إلا بحق النظر بضوابط و بشروط إذا انتفت هذه الأخيرة أصبح تعسفا في استعمال حق مشروع لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

❖ مس المخطوبة:

إذا كانت الأحاديث الشريفة قد بينت، أنه يجوز لمن أراد التقدم لخطبة امرأة أن ينظر إليها، بشروط و ضوابط فهل يجوز له زيادة على النظر أن يمس شيئا من جسمها؟

¹ - عبد الرحمن بن حسن النفيسة، (حكم ما إذا كان يجوز للخاطب النظر إلى مخطوبته)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 46، 2000، ص 123. و محمد المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، دار الكتب و الوثائق القومية، القاهرة، ط1، 2006، ص 297.

² - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997، ص 58.

³ - السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، د ت ن، ص 20.

⁴ - محمد المصري أبو عمار، المرجع السابق، ص 301.

⁵ - سورة البقرة، الآية 229.

ما تقدم من إباحة النظر إلى المخطوبة لا يعني جواز لمسها، أو مصافحتها، لأنها مازالت أجنبية عنه و الشرع إنما أباح النظر فقط،¹ فلا يجوز له أن يمس شيئاً من جسمها، حتى و لو كان الخاطب أعمى، و هي بدورها لا تمكنه من ذلك.² فكثيراً ما يحدث بين الخاطب و مخطوبته عند اختلاثهما، بعيداً عن أعين أقاربهما من المساوئ الأخلاقية التي يندم عليها الأهل بعد ذلك،³ فقد يضعف الخاطب في حال الخلوة بها، ويستسلم لتلبية غريزته، فيعاشرها معاشرة الأزواج.⁴ لقوله عليه الصلاة و السلام: ((إِنَّ الشَّيْطَانَ يَجْرِي مِنَ الْإِنْسَانِ مَجْرَى الدَّمِ))⁵.

ب - إذا كان يرمي للحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير:

درج كثير من الناس على التهاون في هذا الشأن، فأباح لابنته، أو قريبته أن تخالط خطيبها،⁶ و تخلو معه دون رقابة، و تذهب معه حيث يريد من غير إشراف، فالخلوة ليست فرصة للتعرف الحقيقي، بل تجعل التفكير بالجنس يطغى على عامل العقل.⁷

و قد نتج عن ذلك أن تعرضت المرأة لضياح شرفها، و فساد عفافها و إهدار كرامتها، و قد لا يتم الزواج فتكون قد أضافت إلى ذلك فوات الزواج منها،⁸ و كم آل الخروج و الخلوة إلى مفاسد شرعية و انتهاك المحرمات و العلاقات المشبوهة، و كثيراً ما تكون عاقبة الحرام الفرقة فيتفرقا قبل العقد، و ينهي كل منهما أمر الخطوبة، و قد حدث ما حدث بينهم من

1 - أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، مرجع سابق، ص 33.

2 - محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة و الزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د ت ن، ص 36.

3 - المرجع نفسه، ص 39.

4 - وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 38.

5 - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج4، رقم 2174، ص 1712.

6 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط3، 1990، ص 19.

و علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005، ص 37.

7 - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن، 2014، ص 45.

8 - السيد سابق، مرجع سابق، ص 20.

الأمر المحرمة شرعا،¹ و يترتب على ذلك نتائج وخيمة و بالذات على سمعة الفتاة المخطوبة، و عرضها فتصبح مضغة في الأفواه، و لن يقبل شخص آخر بالتقدم إلى امرأة كانت تخرج مع شخص دون عقد شرعي،² و الله اعلم بما حصل بينهما.³

و من نظر إلى سيرة الغرب في هذه المسألة وجد أن سبيلهم لم يؤد إلى التعارف و التآلف بين الخاطبين، فكثيرا ما يهجر الخاطب خطيبته، بعد أن يفقدها شرفها، و قد يتركها و يترك في رحمها جنينا تشقى به وحدها، و قد ترميه من رحمها من غير رحمة.⁴

و على هذا الأساس فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب و مخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، و لا يلحق نسب الولد الناتج منها بأبيه.⁵

جاء في قرار المحكمة العليا أنه : " لا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل و المرأة زواجا، و لما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"⁶ و بعد حوالي شهر صدر قرار آخر في هذا الصدد حيث جاء فيه أنه: " ... لا يعتبر دخولا ما يحدث بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو عمل غير شرعي، لا يثبت عنه نسب الولد..."⁷

و عليه كان الضرر اللاحق بالمخطوبة أشد ضررا و أعظم خطرا بالنسبة للفائدة والمصلحة التي يراد تحقيقها من تعرف الخاطبين على بعضهما بالنظر و المحادثة.

1 - محمد المصري أبو عمار، مرجع سابق، ص 297.

2 - نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص 197.

3 - محمد المصري أبو عمار، مرجع سابق، ص 297.

4 - عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 58.

5 - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 43.

6 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 24-09-1884، ملف رقم، 34438، م ق 1990، عدد1، ص 64. نقلا عن بلحاج

العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن ، ط4، 2012.

7 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-11-1984، ملف رقم 34046، م ق، 1990، العدد 1، ص 67. نقلا عن جمال

سايس، مرجع سابق، ج 1، ص 345.

الفرع الثالث:التعسف في استعمال الحق في العدول:

إن العدول¹ عن الخطبة هو أن يتراجع الخاطبان أو أحدهما عن الخطبة أو يفسخاها، بعد تمامها و حصول الرضا و القبول،² و حق العدول ينشأ عن كون الخطبة هي وعد غير ملزم بالزواج و هو أمر مشروع إن كانت له مسببات شرعية و عقلانية،³ كالمرض المعدي أو المانع له من المعاشرة الزوجية، وعجز الزوج عن دفع المهر، والخلاف المستحکم بين الخاطبين أو أسرتهما.⁴

وقد أباحت الشريعة الإسلامية، وعلى غرارها التقنيات الوضعية تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة عن إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك، أو وجد ما ينفره منه.⁵

فالمقصود هنا العدول التعسفي أو العدول الذي ينتج عنه أضرار بأحد الخاطبين، و يظهر من خلال تطبيقنا عليه لمعايير التعسف في استعمال الحق.

و عليه إذا استعمل أحد الخاطبين حقه في العدول عن الخطبة فمتى يكون متعسفا في استعمال هذا الحق؟ و كيف نجبر الضرر الناتج عنه؟

¹ - العدول لغة: (عدل) عدلا وعدولا مَالٌ وَيُقَالُ عَدَلَ عَنِ الطَّرِيقِ حَادٌ وَإِلَيْهِ رَجَعَ وَفِي أَمْرِهِ. أنظر في ذلك إبراهيم مصطفى و آخرون، مرجع سابق، ج2، ص 588.

أما التعريف الاصطلاحي فلم نجد تعريفا في هذا الخصوص.

² - نايف محمود الرجوب، مرجع سابق، ص 224.

³ - بلحورابي سعاد، مرجع سابق، ص 36.

⁴ - أحمد فهمي أبو سنة، (نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي)، على موقع:

<http://www.alukah.net/sharia/0/2551>، 20 أبريل 2015، 10:12.

⁵ - مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص 21.

1- تطبيق معايير التعسف على حق العدول:

أ- إذا وقع بقصد الإضرار:

يتحقق ذلك إذا اتجهت نية الشخص بفعل العدول إلى تشويه سمعة الطرف المعدول عنه،¹ أو بتكليفه بأمور لم يكن ليقوم بها لولا وجود الخطبة.

كما لو قام الخاطب باستئجار دار و هو غير محتاج إليها لولا عزمه على الزواج و قيامه بالخطبة ليسكن فيها مع مخطوبته، بعد أن يعقد عليها النكاح، أو أن الخاطب انتقل من بلده الذي يعيش فيه، ووظيفته فيه، ليسكن مع مخطوبته في بلدها بعد عقد الزواج عليها، مما ترتب عليه فقد منافع مادية مثل فقد مخصصات وظيفته في بلده الذي انتقل منه، أو العكس كأن تقوم المخطوبة بالاستقالة من وظيفتها لتلحق بخطيبها في بلده، بعد إتمام العقد،² و مع ذلك في نيته التراجع و العدول عن الخطبة.

يصور لنا الأستاذ زكي الدين شعبان، أشكالاً من الأضرار في قوله: " إن الخطبة إذا فسخت بعدول أحد الطرفين عنها، و ترتب على فسحها ضرر مادي بالطرف الآخر، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها، الذي كانت تكتسب منه، ثم عدل الخاطب عن خطبتها، أو قام الخاطب بإعداد مسكن خاص، ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة، أو ترتب عليه ضرر معنوي كجرح الشعور و الإحساس، و تعريض الطرف الآخر للأقوال و الافتراء عليه و ما أشبه ذلك"³

¹ - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه و القانون، دار الحامد، عمان، ط1، 2009، ص 94.

² - عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993، ج6، ص 77.

³ - أسامة عمر سليمان الأشقر، الزواج و الطلاق، دار النفائس، الأردن، ط1، 2000، ص 49.

ب- الضرر الفاحش:

يتم ذلك بتأخير فسخ الخطبة، بإيهام أحد الطرفين، للطرف الآخر أو لأهله، رغبته في إتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته، كأن يوهم الخاطب مخطوبته و يدفع لها جزء من المهر، و في كل وقت يؤكد رغبته في إتمام الزواج منها، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي ثلاث أو أربع سنوات من الانتظار، و عدل عن الخطبة، فإنه بذلك أضر بها ضرراً فاحشاً، و عطل عليها فرصة الزواج من آخر، مع تقدم العمر بها.¹

الضرر هنا، و إن كان معنوياً، إلا أن آثاره من الجسامة، حيث تعتبر سبباً في المساءلة.²

يقول محمد بلتاجي في تصويره طبيعة الضرر عند فسخ الخطبة: " مما لا شك فيه أن ضرراً حقيقياً قد يلحق الطرف الآخر، عند فسخ الخطبة الذي قام به غيره، مثل أن يحبس الرجل المرأة على نفسها بخطبتها، فيحرمها من أن يتقدم إليها غيره ممن يساويه أو يفضله، و بعد أن توطن نفسها على الزواج به، ثم فإذا بالخاطب يعلمها بفسخه للخطبة، و عزمه على عدم الإقدام على العقد، و مما ترتب عليه من تفويت رجال آخرين، قد منعهم الخطبة من التقدم، ثم تزوج بعضهم و رغبة بعضهم الآخر عن خطبية فسخت خطبتها." ³

ت- إذا كان يرمى للحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير:

¹ - جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 95.

² - عبير ربحي شاكرا القومى، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط1، 2007، ص 85.

³ - أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص48. أنظر أيضاً: عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، د م ن، ط1، 1984، ص 29. و محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة و الزواج، مرجع سابق، ص 51. و وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، مرجع سابق، ج 8، ص 42.

و يتحقق ذلك بقيام أحد الطرفين بالعدول عن الخطبة دون سبب معقول، و لأسباب يعتقد أنها مبررة له،¹ تحقيقا لمصلحة قليلة بالنسبة للضرر الخطير و العظيم الذي لحق بسمعة و شرف و كرامة الطرف الآخر، فكان الضرر الناشئ أكبر من الفائدة و المصلحة المراد تحقيقها من هذا العدول.

كأن تعدل المخطوبة من أجل الحصول على وظيفة ما، أو يعدل الخاطب من أجل السفر للعمل،² ، فيعتبر العدول هنا ضارا، لأن الناس عادة يعلمون بالخطبة فينصرف عن الخطبة من يفكر في الزواج من المعدول عنها، فتنشر الشائعات في أسباب الرفض، الأمر الذي تنور له النفوس وترتكب بسببه الجرائم.³

ث - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة:

إن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن رضا وطمأنينة، فإذا شعر أحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجا، جاز له أن يعدل عن الخطبة، فإذا كان العدول لغير هذه الغاية، كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال، أو الجاه أو غيرهما، مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة.⁴

2- الجزاء المترتب عن ضرر⁵ العدول التعسفي:

¹ - أنظر الملحق رقم 01، ص 177.

² - جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 95.

³ - أحمد فهمي أبو سنة، مرجع سابق، على موقع: <http://www.alukah.net/sharia/0/2551>، 20 أبريل 2015، 10:12.

⁴ جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 94.

⁵ - عرف بعض الفقهاء القدامى الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، أو هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان في جسمه أو عرضه أو عاطفته، فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي، أو بنقص المانع، أو زوال بعض الأوصاف. أنظر في ذلك: ابن حجر الهيتمي، فتح المبين لشرح الأربعين، دار إحياء الكتب العربية، د م ن، 1352 هـ، ص 237.

أ- على المستوى الفقهي:

لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذه المسألة في مدوناتهم، و يرجع ذلك لعدة أسباب، من بينها، أن الأمور في عهد فقهاءنا القدامى كانت تجري على شيء من اليسر و البساطة، فلم تكن الخطبة تستمر فترة طويلة، بل كانت تستغرق زمنا قصيرا،¹ و كانت طريقة الخطبة و سلوك الخاطبين أثناءها مبني على أساس من الشريعة الإسلامية، و التي رسمت طريق الخطبة و سلوك الخاطبين، فلم يكن من شأنها أن تترك مجالا للإضرار بالمخطوبة عند العدول،² فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر و الحديث إلى خطيبته، و الخروج معها بحضور محرم لها،³ ولا يتصور في مجتمع يقوم على آداب الإسلام أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلا مرة أو مرتين بحضور أقربائها، أما المعاشرة والظهور أمام الناس بمظهر الزوجية وما ينشأ من أضرار بالمخطوبة عند العدول، فذلك مالا وجود له في تلك العصور ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام.⁴

أما في عصرنا الحديث، فقد تعرض الفقهاء المعاصرون لهذه القضية، و ذلك نتيجة لتغير ظروف الحياة و فساد الأخلاق، و ضعف الوازع الديني، و التأثير بالعادات والمفاهيم الغربية، في السلوك الاجتماعي في هذا الزمان،⁵ و لذلك فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة بين مؤيد و معارض، فنجد في هذه المسألة ثلاث آراء:

1 - أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 55.

2 - جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، 89.

3 - أسامة عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 56.

4 - بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2004-2005، ص 44.

5 - جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 124.

❖ **الرأي الأول:** ذهب أصحابه إلى وجوب التعويض للطرف الذي عدل عنه، سواء أكانت مادية أو معنوية، و هو ما ذهب إليه الشيخ **محمود شلتوت**، شيخ الأزهر السابق، حيث قال إن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر.¹

قال فتحي الدريني: " إن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، و لو مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية، أو التعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه لأنه ضرب من التعسف في استعمال الحق".²

يقول الدكتور **عبد الرحمن عتر:** إن مبدأ التعسف في استعمال الحق مبدأ عادل، عرفته الشريعة الإسلامية بفروعها و أصولها، قبل أن تعرفه الدول الأجنبية و سبق الفقه الإسلامي في تطبيقه، في كثير من فروع الفقه كالولاية على العاجز، و الوكالة و الإجارة، و حقوق الغير و الجوار، و سبق هذا الفقه العظيم فقه الألمان الذين تبجحوا بإيجادهم نظرية التعسف".³

قال الشيخ **أبو زهرة:** " و يميل بعض المحدثين ممن كتبوا في الفقه إلى الحكم بالتعويض إذا نال أحد الفريقين بسبب عدول الآخر عن الزواج ضرر، لأنه من المقرر في الشريعة أن ((لا ضرر و لا ضرار))، كما ورد في الحديث الصحيح، و الضرر يزال و طريق إزالته هو التعويض، و لأن الخطبة و إن لم تكن عقدا هي ارتباط قد ينشأ عنه تصرفات يتحمل أحدهما بسببه مغارم مالية".⁴

وعليه فإن القول بلزوم التعويض عن العدول فيه إجبار على إبرام عقد الزواج، فيقدم كليهما على إبرامه هروبا من التعويض الواجب بفسخ الخطبة، مما يؤدي إلى إكراه الطرف

1 - نجيب محمد مثني ناجي، (حكم التعويض عن الضرر في العدول عن خطبة الزواج)، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، العدد 14، 2008، ص 82.

2 - فتحي الدريني، بحث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ط2، 2008، ج 2، ص 470.

3 - عبد الرحمن عتر، مرجع سابق، ص 398.

4 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 36.

الذي ينوي العدول على الزواج مرغما، وهو راغب عنه، وهذا ما يتنافى مع المبادئ التي يقوم عليها عقد الزواج، والذي، يقوم على أساس المودة والتراضي بين الطرفين.

❖ **الرأي الثاني:** ذهب أصحابه إلى عدم التعويض مطلقا، عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، و هو ما ذهب إليه شيخ الأزهر السابق، محمد بخيت المطيعي رحمه الله،¹ و الدكتور عمر سليمان الأشقر.²

قال الشيخ **محمد بخيت المطيعي:** " لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما، لم يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن يشاء."³

إن هذا الرأي كما يبدو أغفل أن الحق قد يساء استعماله مما يترتب عليه الضرر، أو ينظم إليه أمور أخرى تسبب في حدوث الضرر.

❖ **الرأي الثالث:** و هو الاتجاه الذي ذهب أصحابه إلى أن مجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض أما إذا صاحب العدول أضرارا و كان العادل هو المتسبب فيها وجب عليه التعويض، أما الأضرار التي لم يتسبب فيها مباشرة، و كانت نتيجة العدول فلا تعويض عليها.⁴

رأى الشيخ أبو زهرة إلى أن العدول يستوجب التعويض في حالة وقوع ضرر مادي فقط، أما في حالة عدم وقوع ضرر أو كان الضرر معنويا فلا تعويض،⁵ حيث قال: " و في الحق إننا لا نستطيع أن نقر الرأي الأول الذي يمنع كل تعويض عن الضرر بإطلاق، كما

1 - نجيب محمد مثني ناجي، مرجع سابق، ص 81.

2 - عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 78.

3 - نجيب محمد مثني ناجي، مرجع سابق، ص 81.

4 - أسامة محمد منصور الحموي، (آثار العدول عن الخطبة في الفقه و القانون)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 429.

5 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 37. و أنظر أيضا: أسامة محمد منصور الحموي، مرجع سابق، ص 429.

لا نستطيع أن نقر الرأي الثاني، بل نقول قولاً وسطاً فنقرر أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبباً للتعويض، لأنه حق و الحق لا يترتب عليه تعويض قط، و لكن يمكن أن يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة لا لمجرد الخطبة و العدول، كأن يطلب نوعاً من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن، ثم يكون العدول و الضرر، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل، غير مجرد الخطبة فيعوض، و إن لم يكن كذلك فلا يعوض".¹

و في ذلك يقول الدكتور أحمد الغندور: "الضرر قسمان:

- 1- ضرر ينشأ و للخاطب فيه دخل غير العدول عن الخطبة، و تسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فحينئذ يحكم بالتعويض لمن أصابه الضرر لأنه تغرير.
- 2- ضرر ينشأ عن مجرد العدول عن الخطبة، بدون أن يكون من عدل عنها دخل فيه، و هذا لا يعتبر تغريراً يوجب الضمان، و إنما هو اغترار لا دخل للعادل فيه، فلا يلزم بالتعويض".²

يقول السنهوري في هذا: " فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل هذه الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأً يوجب المسؤولية التقصيرية، و الأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقا في التعويض إلا عن الضرر المادي، و لكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي فلا تعويض لا لضرر مادي و لا لضرر معنوي".³

أي أن حق العدول عن الخطبة مقيد بعدم التعسف و الإضرار في استعماله، و من ثم فيكون التعويض مؤسساً على الضرر الناشئ على العدول التعسفي سواء كان مصاحباً أو سابقاً له، و ليس على العدول نفسه، لأن هذا الأخير يعتبر حقا مشروعاً لكلا الطرفين،

1 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 37.

2 - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 45.

3 - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ص 827-828.

فتدخل المسألة في باب التعبير الموجب للضمان،¹ و مثال ذلك ما ذكرناه سابقا في تطبيقات معايير التعسف في استعمال الحق لقصد الإضرار كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها، الذي كانت تكتسب منه، ثم عدل الخاطب عن خطبتها، أو قام الخاطب بإعداد مسكن خاص، ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة.²

وعليه فإن ضابط التعويض حال العدول عن الخطبة هو ضابط ثبوت التعسف من قبل العادل في استعماله حق العدول عن الخطبة، بأن يكون الضرر ناتجا عن تصرف العادل كما في حالة التعبير، دون أن يكون للعادل أي مبرر لعدوله، مما يقيم المسؤولية التقصيرية والتي على أساسها يطالب بالتعويض.³

يتضح أن القول الثالث هو القول الوسط و الأرجح لأنه جمع بين القولين الأول والثاني، و بالتالي لم يهمل أحد دون الآخر، لأنه لا يقوم على التعويض المطلق أو عدمه.

ب- على المستوى القانوني و القضائي:

بعد استعراض مختلف آراء الفقهاء، نبين موقف المشرع الجزائري الذي تكرر في الفقرة الثانية من المادة الخامسة، [2/5]، التي جاء فيها " إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

يلاحظ أن هذه الفقرة جاءت عامة و مطلقة، حيث اعتبرت التعويض على الضرر الناتج عن العدول و ليس على العدول نفسه، و على أساس المسؤولية التقصيرية و ليس العقدية لاعتبار الخطبة وعد و ليست عقد.⁴ و يتضح لنا من كلمة "جاز" أن المشرع الجزائري قد

1 - العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الخروبة، 2001-2002، ص 348.

2 - أنظر: من هذه الرسالة تطبيق معايير التعسف على حق العدول، معيار قصد الإضرار، ص 75.

3 - العربي مجيدي، المرجع السابق، ص 348.

4 - بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 70.

ترك السلطة التقديرية للقاضي،¹ و خاصة في مسألة تعويض الضرر المعنوي، في الحكم بالتعويض من عدمه إذا ظهرت له مبررات مقنعة، و هو ما استقر عليه المشرع في المادة 182 مكرر ق م، المضافة بالقانون 05-10 المعدل للقانون المدني، و التي تنص على أنه، " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".² وعليه فإن هذا النص يحتاج إلى تعديل يضبط به أساس التعويض وبقيدته بناءً على مبدأ التعسف في استعمال الحق، خاصة وأنه مبدأ أقر به المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني المعدل، لتصبح " إذا ترتب عن العدول التعسفي ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض" هذا وبتترك تقدير العدول على كونه تعسفاً موجبا للمسؤولية إلى القاضي، بحسب ما يراه اعتماداً على القرائن الدالة على ذلك.

قد خرج القضاء المصري من هذا الإشكال وذلك عندما انتهى إلى مبادئ ثلاثة تكيف طبيعة الخطبة وتحدد أساس التعويض عن العدول عنها في قرار لمحكمة النقض المدنية، في عام 1939، الذي جاء فيه:

- 1- " الخطبة ليست بعقد ملزم.
- 2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجبا للتعويض.
- 3- إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية".³

كما أن قضاء المحكمة العليا في الجزائر استقر على تعويض الأضرار الناجمة عن العدول، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25-12-1989 أنه " من المقرر قانوناً أنه إذا ترتب على العدول على الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض" كما جاء في حيثيات هذا القرار " حيث أن المخطوبة سببت ضرراً

¹ - حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية و النظام المستقل، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2011-2012، ص 58.

² - المرجع نفسه، ص 71.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص 830.

للمخاطب بعدولها عن الخطبة لذلك يستحق التعويض حسب المادة 124 ق م ج.....حيث حسب المادة 124¹ يجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطوبة و كذلك حسب المادة 2/5 و 4 من قانون الأسرة...².

من الأضرار المعتبرة قانونا، " الاستغواء أو الاستهواء للتغيير بالطرف الآخر،³ والتماطل عن إتمام الزواج بالدخول و تفويت فرص الزواج عليها،⁴ أو استعمال الخديعة و الغش،⁵ و كذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني،⁶ حيث جاء في قرار آخر للمحكمة العليا: " و لما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج، و بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن و الحالة هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك".⁷ و عدول المخاطب عن الخطبة بعد مضي زمن طويل على الخطبة،⁸ حيث جاء في حيثيات قرار آخر بتاريخ 23-04-1991 " حيث أنه من الثابت أيضا أن المدعى عليها في الطعن قد أصابتها أضرار مادية و معنوية من جراء انتظارها

1 - نصت المادة 124 على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و بسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" عدلت بالقانون رقم 05/10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر 44)، ص 23.

2 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19-12-25، ملف رقم 56097، م ق، 1991، العدد 4، ص 102.

3 - نقض مدني مصري، 1961/04/28، غ.أ.ش، ص ص 117-118. نقلا عن بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 73.

4 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-04-1991، ملف رقم، 73919، مذكور سابقا.

5 - محكمة قسنطينة، 28-09-1981، رقم 81/241، ن ق، العدد 43، ص 215. نقلا عن بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 73.

6 - مجلس قضاء مستغانم، 03-11-1966، م ج، 1968، العدد 4، ص 1200. نقلا عن بلحاج العربي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

7 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-07-1993، ملف رقم 92714، م ق، 1995، عدد 1، ص 128. نقلا عن يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2009، ص 8.

8 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 32-04-1966، ملف رقم، 135435، م ق، 1998، العدد 1، ص 130، 23-04-1991، ملف رقم، 73919، م ق، 1993، العدد 1، ص 54. [العدول بعد 9 سنوات]. نقلا عن بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 73.

مدة أربع سنوات كخطيية، لأن الثابت في القضية أن المدعي عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تاوي إليه زوجته عند الزواج، وهو حق ثابت شرعا للزوجة".¹

و عليه فقد كانت هنا فترة الخطبة طويلة إذ أن أربع سنوات كافية لاعتبار العدول الذي يأتي إثر هذه الفترة تعسفا، وأن انتظار الخطبة لمدة 4 سنوات كاملة دون أن ينتهي انتظارها بالزواج مع علمه بعدم إمكانية توفير بيت الزوجية وظل مماطلا طوال هذه المدة مما يشكل خطأ من جانبه، ألحق ضررا بمخطوبته التي انتظرت طوال هذه الفترة ويعطي لها الحق في التعويض.

و أيضا مطالبة الطرف الآخر بمطالب معينة مما ينجر عنه الخسارة الواضحة.²

فلتحديد معيار الخطأ في هذا التصرف، وجب فحص العدول باعتباره تصرف محض من حيث الطريقة التي وقع فيها هذا العدول، هل كان يرمي للحصول على مصلحة قليلة أم هناك أسباب جدية دفعت إليه؟ ثم متى وقع هذا العدول؟ هل بطريقة فجائية؟ هل استغرقت الخطبة زمنا طويلا و من ثم ترتب عليه ضرر فاحش بالطرف الآخر؟ هل كان الخطيب ينوي فعلا إلحاق ضرر بالمخطوبة؟ أم أن استعماله لحقه كان في إطاره المشروع من أجل تحقيق الغاية المرجوة منه؟.

جميع هذه الضوابط وغيرها التي تمكن القضاء من تحديد بعضها هي التي تعتمد لتحديد التصرف الموجب للتعويض، الذي لا يترتب عن العدول في حد ذاته.

¹ - أنظر المحكمة العليا، غ. أ. ش، 23-04-1991، ملف رقم 73919، م ق، 1993، عدد 2، ص 58.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 13-07-1993، ملف رقم 92714، م ق، 1995، عدد 1، ص 128.

المطلب الثاني:صور التعسف في استعمال الحق في المنع عن التزويج:

يعرف الفقهاء المسلمون الولاية على الزواج بأنها: " تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه".¹ و عرفها بلحاج العربي بأنها: "السلطة أو الصلاحية القانونية المخولة للولي، بشأن قبول أو رفض زواج المولى عليها، و تولي إبرام العقد عليها".²

من البديهي أن نعرف بأن الولاية إنما شرعت في الأساس لحماية حقوق العاجزين عن التصرف في نفوسهم أو في أموالهم، بسبب فقدان أهليتهم أو نقصها، للحفاظ على مصالحهم و لضمان عدم ضياعها، و ذلك بإقرار الشارع الحكيم لمن يتولاها، دفعا عليهم للضرر و تحقيقا لهم للنفع.³

و سبب الولاية قد يكون القرابة النسبية كولاية الأب على أبنائه، و قد يكون سببها القرابة الحكمية كولاية المعتق على من اعتقه، إذا لم يكن له قريب عاصب، و قد يكون سببها الإمامة و هي ولاية الحاكم أو القاضي، بتزويج من لا ولي لهم.⁴

يقسم الفقهاء الولاية إلى ثلاث أقسام: الولاية على النفس و الولاية على المال، و الولاية على النفس و المال معا، و الذي يهمنا هنا هو الولاية على النفس، و التي يقسمها الفقهاء إلى قسمين: ولاية الإيجاب و ولاية الاختيار، و هذه الأخيرة يسميها الحنفية بولاية الشركة أو ولاية الاستحباب.⁵

فولاية الإيجاب تعتبر كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء العقد على المولى عليه، و لا

1 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996، ص 120.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 238..

3 - المرجع نفسه، ص 240.

4 - صالح بوبشيش، مرجع سابق، ص 166.

5 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 108.

يشارك فيه أحد،¹ وقد اختلف الفقهاء فيمن تثبت عليه ولاية الإيجابار:

عند الحنفية، علة الإيجابار، الصغر و الجنون سواء أكان المولى عليه ذكرا أو أنثى، وسواء كانت الصغيرة ثيبا أو بكرا، لأن الصغر و الجنون صفة تدل على ضعف العقل، وبالتالي العجز عن إدراك المصلحة، أما البالغة فلا تثبت عليها ولاية الإيجابار.²

أما جمهور الفقهاء من غير الحنفية فذهبوا إلى أن علة الإيجابار الجنون، سواء بالنسبة للذكر أو الأنثى، و الصغر بالنسبة للصغير، أما الصغيرة فعلة الإيجابار هي البكارة، وتستمر هذه الولاية إلى ما بعد البلوغ، مع العلم إلى أن الشافعية ذهبوا إلى أن علة الإيجابار البكارة فقط دون الصغر، فتجبر عندهم البكر البالغ و لا تجبر الثيب الصغيرة، بينما المالكية قالوا بأن البكارة و الصغر كل واحد منهما، يوجب الإيجابار إذا انفرد، فتجبر البكر البالغ، والثيب غير البالغ.³

أما ولاية الاختيار، فثبتت على المرأة البالغة، العاقلة، و الأساس في ثبوت الولاية الاختيارية، هو عدم صلاحية عبارة المرأة لإنشاء عقد الزواج، و جواز استقلالها به لنفسها بدون رضا وليها، و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء،⁴ أما الحنفية فيرون أن المرأة البالغة العاقلة يجوز لها أن تزوج نفسها، و تتولى صيغة العقد، و لكن يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج.⁵

إن الولاية على المرأة البالغة العاقلة، لا يقصد منها قهر المرأة أو إذلالها، أو التحكم فيها،⁶ و إنما تحقيقا لمجموعة من المقاصد و الحكم نذكرها في ما يلي:

1 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن، ص 154.

2 - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 97.

3 - المرجع نفسه الصفحة نفسها.

4 - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 122.

5 - نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 97.

6 - بودفع علي، (حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة و القانون)، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد 4، 2009، ص 255.

- ❖ وجود الولي يوسع دائرة الشورى حتى توفق المرأة في اختيار الرجل المناسب.
- ❖ رفع مكانة المرأة اجتماعيا، حيث هي تقرر ووليها يمثلها، عند عقد زواجها، لتشعر بعزتها و مكانتها و صيانتها، رفعا للظلم و منعا للتعدي و الاحتقار.
- ❖ حتى يطمئن الآباء على مصير بناتهم.
- ❖ حتى لا يتلاعب الفسقة ببنات الناس.¹
- ❖ الرجال أقدر في التحري و البحث و السؤال من النساء.
- ❖ حماية للمرأة من تعسف الزوج و ظلمه، و شعور الزوج و عائلته أن لهذه الزوجة أولياء يقفون إلى جانبها في حالة ظلمه.
- ❖ ارتباط المرأة بالرجل الذي تختاره ليس شأنًا خاصا بالمرأة دون سواها، فالزواج يربط بين الأسر، و يوجد شبكة من العلاقات، و الآباء و الإخوة يهتمهم أن تكون الأسرة التي يرتبطون بها على مستوى من الفضل و الخلق، و ارتباط المرأة بالزوج الصالح يريح أسرتها، و تعثرها في حياتها الزوجية يقلقهم و يتعبهم.²
- قال الشيخ أبو زهرة: " أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار".³
- فإن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار بالمولى عليها، فإن كان الولي يقصد الإضرار بها كان سيء النية في استعمال حقه في الامتناع عن التزويج، بمعنى أنه تعسف في استعمال هذا الحق، لأنه غير مطلق بل مقيد بعدم الإضرار بمن هم تحت الولاية،⁴ و هذا ما اصطلح عليه الفقهاء بعضل الولي.

¹ - من المعلوم أن من وراء كل قصة إجهاض أو أم عازية وعد بالزواج، فهل هذا الارتفاع من طرف الأمهات العازيات كان يمكن أن يكون لو أن الخطبة تمت من خلال الأولياء؟.

² - أنظر في ذلك بودفع علي، مرجع سابق، ص ص 255-256. و شمس الدين، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، شركة دار الأمة، الجزائر، ط1، 2003، ص ص 91-92.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 108.

⁴ - بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 69.

الفرع الأول:

تعريف عضل الولي:

نبين في هذا الفرع تعريف العضل (أولاً) و تعريف الولي (ثانياً).

1- تعريف العضل:

أ- لغة:

عَضَلَ الرَّجُلُ حُرْمَتَهُ عَضْلًا مِنْ بَابِي قَتَلَ وَضَرَبَ مَنَعَهَا التَّرْوِيجَ،¹ و أصلُ العَضْلِ: المَنَعُ والشَّدَّةُ، وَعَضَلَهَا تَعَضِيلاً: إِذَا مَنَعَهَا الزَّوْجَ أَي مِنَ التَّرْوِجِ ظُلْمًا.²

و عند التأمل في التعريف اللغوي نجده يتسع لصورتَي العضل المذكورتين في القرآن الكريم و هما:

في قوله تعالى: { وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ }.³

في قوله أيضا: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا }.⁴

1 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج2، ص 415.

2 - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الزبيدي، مرجع سابق، ج 30، ص 1، و أنظر أيضا: ابن منظور، مرجع سابق، ج11، ص 452. و زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مرجع سابق، ج1، ص

211. أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج4، ص 346.

3 - سورة البقرة، الآية 232.

4 - سورة النساء، الآية 19.

ب- اصطلاحاً:

" وَمَعْنَى الْعَضْلِ مَنَعُ الْمَرْأَةِ مِنَ التَّرْوِيجِ بِكُفِّهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ، وَرَغِبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي صَاحِبِهِ، وَسَوَاءٌ طَلَبَتْ التَّرْوِيجَ بِمَهْرٍ مِثْلَهَا أَوْ دُونَهُ " ¹

2- تعريف الولي:

أ- لغة:

فِي أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى: الْوَلِيُّ هُوَ النَّاصِرُ، وَقِيلَ: الْمَتَوَلَّى لِأُمُورِ الْعَالَمِ وَالْخَلَائِقِ الْقَائِمُ بِهَا، وَالْوَلَايَةُ، بِالْكَسْرِ، السُّلْطَانُ، ² وَالْوَلَايَةُ وَالْوَلَايَةُ بِالْفَتْحِ وَبِالْكَسْرِ، بِمَعْنَى النُّصْرَةِ، ³ يُطْلَقُ الْوَلِيُّ أَيْضًا عَلَى الْمُعْتَقِ وَالْعَتِيقِ وَابْنِ الْعَمِّ وَالنَّاصِرِ وَحَافِظِ النَّسَبِ وَالصَّدِيقِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى. ⁴

ب- اصطلاحاً:

عرفه الإمام ابن عرفة رحمه الله، بأنه: " الْوَلِيُّ مَنْ لَهُ عَلَى الْمَرْأَةِ مِلْكٌ أَوْ أُبُوَّةٌ أَوْ تَعْصِيبٌ أَوْ إِيصَاءٌ أَوْ كِفَالَةٌ أَوْ سُلْطَنَةٌ أَوْ نُوْ إِسْلَامٍ ". ⁵

و عرف الشيخ أبو زهرة الولاية "بأنها القدرة على إنشاء العقد لازماً". ⁶

¹ - ابن قدامة الجماعلي، مرجع سابق، ج 7، ص 31. و أنظر أيضاً: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986، ج2، ص 248.

² - ابن منظور، مرجع سابق، ج 15، ص ص 406-407.

³ - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الزبيدي، مرجع سابق، ج 40، ص 242. و أنظر أيضاً: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مرجع سابق، ج1، ص 345.

⁴ - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج 11، ص 460.

⁵ - محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350 هـ، ج1، ص 158.

⁶ - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، مرجع سابق، ص 153.

الفرع الثاني:الحالات التي يتحقق بها العضل:

هناك حالات إذا تحققت يعتبر الولي بها عاضلا، اتفق الفقهاء في بعضها و اختلف في بعضها الآخر:

1- امتناع الولي من تزويج المرأة التي في ولايته للرجل الكفء:¹

قال معقل بن يسار: « زَوَّجْتُ أُخْتًا لِي مِنْ رَجُلٍ، فَطَلَّقَهَا، حَتَّى إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا جَاءَ يَخْطُبُهَا، فَقُلْتُ لَهُ: زَوِّجْنَاكَ، وَأَفْرَشْنَاكَ، وَأَكْرَمْنَاكَ، فَطَلَّقْتَهَا، ثُمَّ جِئْتُ تَخْطُبُهَا، لَا وَاللَّهِ لَا تَعُودُ إِلَيْكَ أَبَدًا. وَكَانَ رَجُلًا لَا بَأْسَ بِهِ، وَكَانَتْ الْمَرْأَةُ تُرِيدُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَيْهِ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى هَذِهِ الْآيَةَ: { فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ }،² فَقُلْتُ: الْآنَ أَفْعَلُ يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: فَزَوِّجْهَا إِيَّاهُ».³

هو ما ذهب إليه المالكية، إلى أنه: " عَلَى الْوَلِيِّ وَجُوبًا الْإِجَابَةُ لِكُفَاءِ رَضِيَّتِ بِهِ الزَّوْجَةِ الْغَيْرِ الْمُجْبَرَةِ، وَإِلَّا بَانَ امْتِنَاعٌ مِنْ كُفَاءِ رَضِيَّتِ الزَّوْجَةِ بِهِ كَانَ عَاضِلًا بِمَجَرَّدِ الْإِمْتِنَاعِ " .⁴

1 - الكفاءة لغة: المماثلة أو المقاربة، و منه قوله تعالى: { وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ } . سورة الإخلاص الآية 4. أي لا مثيل له. و في اصطلاح الفقهاء المماثلة بين الزوجين، دفعا للعار في أمور مخصوصة، هي عند المالكية الدين، و الحال أي السلامة من العيوب التي توجب الخيار، و عند الجمهور الدين، و النسب، و الحرية، و الحرفة أو الصناعة، و زاد الحنفية و الحنابلة، اليسار أي المال.

أنظر في ذلك: أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، معجم الكتب، د م ن، ط1، 2008، ج3، ص 1942. الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص 248. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج7، ص 229.

2 - سورة البقرة، الآية 232.

3 - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، ج7، رقم 5130، ص 16.

4 - أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د م ن، د ت ن، ج 2، ص 376.

ما يؤكد ذلك ما جاء في المدونة: " قُلْتُ: أَرَأَيْتَ الْبِكْرَ إِذَا رَدَّ الْأَبُ عَنْهَا خَاطِبًا وَاحِدًا أَوْ خَاطِبَيْنِ، وَقَالَتْ الْجَارِيَةُ فِي أَوَّلِ مَنْ خَطَبَهَا لِأَبِ زَوْجِنِي فَإِنِّي أُرِيدُ الرَّجَالَ وَأَبَى الْأَبُ، أَيْكُونُ الْأَبُ فِي أَوَّلِ خَاطِبٍ رَدَّ عَنْهَا مُعْضِلًا لَهَا؟ قَالَ: أَرَى أَنَّهُ لَيْسَ يُكْرَهُ الْآبَاءُ عَلَى إِنْكَاحِ بَنَاتِهِمُ الْأَبْكَارِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُضَارًّا أَوْ مُعْضِلًا لَهَا فَإِنْ عُرِفَ ذَلِكَ مِنْهُ وَأَرَادَتْ الْجَارِيَةُ النِّكَاحَ فَإِنَّ السُّلْطَانَ يَقُولُ لَهُ إِمَّا أَنْ تُرَوِّجَ وَإِمَّا زَوْجَتُهَا عَلَيْكَ، قُلْتُ: وَلَيْسَ فِي هَذَا عِنْدَكَ حَدٌّ فِي قَوْلِ مَالِكٍ فِي رَدِّ الْأَبِ عَنْهَا الْخَاطِبِ الْوَاحِدِ أَوْ الْإِثْنَيْنِ؟ قَالَ: لَا نَعْرِفُ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي هَذَا حَدًّا إِلَّا أَنْ نَعْرِفَ ضَرُورَتَهُ وَإِعْضَالَهُ " ¹

وجه هذا القول للمالكية، أن الولي لا يكون عاضلا برده للخطاب، لأنه قد يرى في الخطاب ما لا تراه هي فيه، و ذلك لما جبل عليه من الحنان و الشفقة اتجاه من في ولايته، و لجهل هذه الأخيرة بمصالح نفسها، إلا إذا تحقق إضراره و استمر رده فيكون عاضلا فتنتقل الولاية إلى السلطان و يزوج عليه. ²

قال الشافعي: " و إن ذكر شيئا نظر فيه السلطان، فإن رآها تدعو إلى كفاءة لم يكن له منعها، و إن دعاها الولي إلى خير منه، و إن دعت إلى غير كفاءة لم يكن له تزويجها والولي لا يرضى به، و إنما العضل أن تدعو إلى مثلها أو فوقها فيمتنع الولي " ³.

عند الحنابلة لو رضيت بغير كفاء كان للولي الامتناع ولا عضل، أما إن عينت كفاء وعين الولي كفاء غيره فإن تعيينها يقدم عليه، حتى أنه يعضل بالمنع. ⁴

أما الحنفية فذهبوا إلى اعتبار الولي عاضلا و ذلك: " لِأَنَّ الْحُرَّةَ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ إِذَا

1 - مالك بن انس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، د م ن، ط1، 1994، ج 2، ص 107.

2 - محمد بن عبد الله الخرخشي المالكي أبو عبد الله، مرجع سابق، ج3، ص 189.

3 - محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، الأردن، السعودية، د ت ن، ص 878.

4 - شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، شرح الزركشي، دار العبيكان، د م ن، ط1، 1993، ج5، ص 56.

طَلَبْتُ الْإِنْكَاحَ مِنْ كُفٍّ وَجَبَ عَلَيْهِ التَّزْوِيجُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مَنُهِىٌّ عَنِ الْعَضْلِ، وَالنَّهْيُ عَنِ الشَّيْءِ أَمْرٌ بِضِدِّهِ فَإِذَا امْتَنَعَ فَقَدْ أَضَرَ بِهَا ¹.

يتضح جليا من خلال آراء الفقهاء أنهم متفقون، على اعتبار الولي الذي يمنع من في ولايته من الزواج من الرجل الكفاء عاضلا.

2- امتناع الولي من تزويج المرأة التي في ولايته بسبب نقصان المهر عن مهر المثل:

اختلف الفقهاء إلى قولين:

ذهب المالكية،² الشافعية، و الحنابلة، و أبو يوسف و محمد بن حسن من الحنفية، ليس للأولياء منعها من التزويج بسبب نقص مهرها عن مهر مثلها، إذا رضيت به فإن فعل عدّ عاضلا، لأن المهر حق خالص لها، و عوض يختص بها، فلا يجوز للولي منعها.³

واشترط المالكية في نقص مهر المثل في عدم الإضرار بالمولى عليها، من جراء تزويجها بأقل من مهر مثلها.

ما يؤكد ذلك ما جاء في مدونة الإمام مالك: " أَرَأَيْتَ إِذَا زَوَّجَ الصَّغِيرَةَ أَبُوهَا بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا أَيْجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: سَمِعْتُ مَالِكًا يَقُولُ يَجُوزُ عَلَيْهَا إِنْكَاحُ الْأَبِ، فَأَرَى أَنَّهُ إِنْ زَوَّجَهَا الْأَبُ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ بِأَكْثَرٍ فَإِنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ إِذَا كَانَ إِنَّمَا زَوَّجَهَا عَلَى وَجْهِ النَّظَرِ لَهَا، قَالَ: وَلَقَدْ سَأَلْنَا مَالِكًا امْرَأَةً وَلَهَا ابْنَةٌ فِي حِجْرِهَا وَقَدْ طَلَّقَ الْأُمُّ زَوْجَهَا عَنْ ابْنَةِ لَهُ مِنْهَا، فَأَرَادَ الْأَبُ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ ابْنِ أَخٍ لَهُ فَأَبَتْ فَأَنْتِ الْأُمُّ إِلَى مَالِكٍ فَقَالَتْ لَهُ إِنَّ لِي ابْنَةً وَهِيَ مُوسِرَةٌ مَرْغُوبٌ فِيهَا وَقَدْ أُصْدِقْتُ صَدَاقًا كَثِيرًا فَأَرَادَ أَبُوهَا أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْ ابْنِ أَخٍ لَهُ مُعْدَمًا لَا شَيْءَ لَهُ أَفْتَرَى أَنْ أَتَكَلَّمَ؟ قَالَ: نَعَمْ إِنِّي لَأَرَى لَكَ فِي ذَلِكَ مُتَكَلِّمًا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَأَرَى أَنَّ إِنْكَاحَ الْأَبِ إِيَّاهَا جَائِزٌ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ مِنْ ذَلِكَ ضَرَرٌ

1 - علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص 252.

2 - الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص 232.

3 - ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 31.

فَيُمنَعُ مِنْ ذَلِكَ".¹

قال أبو حنيفة: لهم [الأولياء] منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا و فيه ضرر على نساءها لنقص مهر مثلهن،² فلا يعد عاضلا بذلك.

اتضح لنا مما سبق أن اغلب الفقهاء اعتبروا الولي عاضلا إذا منع المرأة التي في ولايته من الزواج من الرجل الكفء لنقصان مهرها عن مهر المثل.

- أضاف الحنابلة حالة أخرى للعضل، و هي إذا امتنع الخطاب لشدة الولي.³

- اختفاء الولي و تواريه عن الخطاب و تعززه عليهم.

و عليه إذا تحققت الكفاءة، و صداق المثل، و المرأة الراشدة، فإن امتناعه يعد عاضلا.⁴

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجده قد تعرض قبل تعديله سنة 2005، لموضوع عضل الولي، و بيّن ضوابطه الشرعية، و ميز بين عضل الولي، و بيّن حقه في الاعتراض على زواج لا يحقق مصلحة المكلفة البكر، و ذلك من خلال المادة الثانية عشر [12] فقرة 1: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها." غير أنه بمقتضى التعديل المذكور، عدل المشرع المادة 11، في حين ألغى المادة 12، و عليه فلا وجود اليوم لأية مادة في قانون الأسرة تعالج مسألة عضل الولي.

و يتضح لنا جليا، أن المادة 12 بينت متى يكون الولي عاضلا، بنصها الواضح والصريح، أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها"، بأن كان كفاء لها و كفيل بتحقيق مصلحتها.

1 - مالك بن انس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، مرجع سابق، ج2، ص 100.

2 - المرجع نفسه الصفحة نفسها.

3 - الزركشي، مرجع سابق، ج5، ص 57.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 245.

الفرع الثالث:تطبيق معايير التعسف على حالة العضل:1-الضرر الفاحش:

يتحقق ذلك عند اختفاء الولي، و تواريه عن الخطاب، و تعززه عليهم، بحيث يشعروهم بتعاضمه، تنفيراً لهم عن خطبتها، حتى لا يزوج موليته،¹ فالمرأة إذا تكررت خطبتها، و تكرر الرفض من وليها، لغير مصلحة شرعية، و كانت هي ترغب بالزواج ممن تقدم لها، فإن ذلك قد يضر بها ضرراً فاحشاً، عندما يستمر المنع و التكبر من الولي، فتقل الرغبة بها و قد تعدم، فيكون المنع قد أضر بها ضرراً فاحشاً، تعطلت معه مصالحها بالزواج، فقد تبقى بدون زواج إذا استمر الولي في عضله.²

قد تدعى الحاجة إلى تزويج المجنونة التي أثبت الطب أن في زواجها مصلحة، و كان امتناعه لغير سبب شرعي يبرره،³ فإن الولي في هذه الحالة متعسف، لما قد يلحق المرأة من ضرر فاحش فقد تبرأ و يصلح حالها، و هذه مصلحة مطلوبة.⁴

2-إذا كان يرمى للحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير:

يتحقق ذلك بمنع المرأة من تزويجها بكفئتها إذا طلبت ذلك، و رغب كل من الزوجين في صاحبه،⁵ بينما أراد وليها كفواً آخر، فإن الضرر المترتب على منعها من الزواج بمن رغبت،

1 - أبو زكرياء محيي الدين يحيى أبو شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991، ج7، ص 58.

2 - عبيد ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص ص 98-99. و أنظر أيضاً: الزركشي، مرجع سابق، ص 56.

3 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، مرجع سابق، ص 164. و أنظر أيضاً: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 149.

4 - عبيد ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص 99.

5 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أكبر من الضرر المترتب على عدم الزواج بمن رغبه الولي، إن الزواج عقد دائم ينبغي أن يسوده الوفاق و الملائمة من بدايته،¹ و عليه فإذا استعمل الولي هذا الحق لتحقيق مصلحة نفسه عدّ متعسفا في استعمال حقه.²

3- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة:

إذا امتنع الولي عن تزويج من في ولايته، لا لفقدان الكفاءة، أو الزواج بأقل من مهر المثل، و لكن لدافع غير مشروع، كالتغالي في المهور إضراراً بها،³ و ظهور الضرر بالفعل، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته و خدمة أولاده إذا لم تكن له زوجة، أو ليستثمرها استغلالاً لمرتبتها، خوفاً منه من انقطاعه عليه إذا تزوجت،⁴ فكان الامتناع لغير مصلحة، أو لمصلحة غير مشروعة، كان في ذلك تناقض بين الحق و قصده، و التناقض تعسف يجب منعه،⁵ و على الولي أن يمارس حقه على وجه النظر و المصلحة لها، حتى إذا استعمل على وجه لا يحقق ذلك، كان متعسفاً.⁶

و عليه يعتبر العضل المتكرر من الولي إضراراً عظيماً بالمرأة المولى عليها، و الضرر ممنوع، و إن منع الولي زواجها بمن رغبته ضرراً كبيراً يفوق عدم زواجها بمن رغبه هو، كما أن منعها من الزواج لتحقيق مصلحة غير مشروعة، يعتبر تناقض بين الحق و قصده، و التناقض تعسف.

1 - عيبر ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص 98.

2 - حجاج مبروك، مرجع سابق، ص 65.

3 - عيبر ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص 98.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 216.

5 - عيبر ربحي شاكراً القدومي، مرجع سابق، ص 98.

6 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 253.

الفرع الرابع:جزاء التعسف في استعمال الحق في المنع عن التزويج:

إذا عضل الولي الأقرب من تزويج من في ولايته ، كأن يكون المولى عليه مجنوناً واثبت الطب أن في الزواج علاجه، أو ثبت أن المصلحة له في زواجه، و امتنع عن تزويجه دون مبرر شرعي،¹ و الامتناع دون مبرر شرعي يبرره الظلم.

يعد الولي ممتنعاً بغير حق إذا وجد الكفاء و مهر المثل و امتنع بدون سبب،² فإن القاضي يأمره أن يزوج فإن رفض زوج عليه.³ فلا تنتقل الولاية إلى من يليه من الأولياء الأقارب، و الدليل على ذلك أن الولاية للسلطان في حالة اختلاف الأولياء، لقوله عليه الصلاة و السلام، ((فَإِنْ اشْتَجَرُوا، فَالْسلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ))⁴. و هذا ما ذهب إليه المالكية، و الشافعية، و الحنفية، و في رواية عن أحمد، لأنه بالعضل خرج من أن يكون ولياً، و يصبح ظالماً، و رفع الظلم موكول للقاضي.

إذا عضل الولي تنتقل الولاية عند الإمام أحمد إلى الولي الأبعد، لأنه تعذر التزويج من الولي الأقرب، كما لو جن، و لأنه يفسق بالعضل، فتنقل الولاية عنه، كما لو شرب الخمر، فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم.⁵

يبدو الرأي الأول أكثر صواباً و هو الذي ذهب إليه جمهور من الفقهاء، لأن العضل أمر تقديري، فربما كان امتناع الولي لمصلحة يراها، لذا من الأحسن أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يتبين ظلم الولي بامتناعه من تزويجها، فإن لم تكن ثمة مصلحة رفع هذا الظلم

1 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 149.

2 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، مرجع سابق، ص 165.

3 - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2007، ص 383.

4 - ابن ماجه، مرجع سابق، ج 1، رقم 1879، ص 605.

5 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 217.

و زوجها، ثم إن انتقال الولاية إلى الأبعد قد يوقع التباغض و التشاحن بين أفراد العصابة الواحدة، و تفقد التآلف و الترابط بينها، ذلك أنه قد يرى أحد أفراد العصابة، أن المتقدم ليس بكفاء، و يرى الآخر أنه كفاء، فيختلفون في ذلك فكان في إرجاع الأمر إلى القاضي حسما للخلاف من أوله.

1- موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل لسنة 2005، نجده نص في المادة الحادية عشر [11]: " يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و القاضي ولي من لا ولي له ".

و نصت المادة [12] فقرة 2 و 3 قبل التعديل على أنه: " إذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون.

غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت. " باستقراء المواد المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري في المادة 11 قد أعطى أهمية للولي و أكد عليها.

و الولي شرعا و قانونا هو الأب، و عند غيابه حقيقة أو حكما تنتقل الولاية إلى الولي الأقرب.

و من الواضح أن هذه المادة لم تبين لنا ماذا يقصد بالمرأة إذا كانت بكرا أو ثيبا، بالغة أو غير بالغة.

و في قوله "القاضي ولي من لا ولي له" نرى في هذه الفقرة أن لها علاقة وطيدة بالعضل، و التي تفيد معنى محدد هو أنه، كل امرأة سواء كانت بكرا أو ثيبا، راشدة أو غير راشدة، ووقعت تحت طائلة العضل، برفض وليها الشرعي تزويجها ظلما، فإن القاضي هو الذي يتولى تزويجها.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نفس المادة التي جاء فيها: " إذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون" تفيد هذه الفقرة أنه إذا حدث و عضل

الولي المكلفة، و منعها من الاقتران بمن رضيته، و كان كفاء لها، يكون بذلك ظالما لها، وعندها يحق للمولى عليها، أن ترفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة. إذا ثبت للقاضي عضل الولي، بأن عجز الأب من تقديم أي مبرر مقنع، لامتناعه عن التزويج ففي هذه الحالة يأمره القاضي، أن يزوج ابنته من كفئها، فإذا امتنع زوجها القاضي عنه.

جاء المشرع الجزائري و نص في الفقرة الثالثة من نفس المادة: " غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " وفقا لهذه الفقرة يجوز للولي الذي هو الأب دون غيره، الاعتراض على زواج البكر دون الثيب، و بالتالي لا يعتبر عضلا، وإنما حماية لمصلحة البكر التي في ولايته. وفق ما تقدم نرى أن المشرع الجزائري قبل التعديل كان متوافقا مع المذاهب الفقهية فهل سيكون كذلك بعد التعديل؟

2- موقف قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل:

إن تعديل 2005، شمل ثمانية عشر مادة [18]، منها المادتان 11 و 12، و التي نصت على ما يلي:

المادة الحادية عشر 11: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها، أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من القانون يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له ".
المادة 12 ملغاة¹

باستقراء المواد المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة الأولى منها أعطى للولي حضور شكلي فقط في قوله " بحضور وليها "، كما خرج عن جميع المذاهب عندما جعل لأي شخص تختاره، حتى دون تقديم الأقارب، على غيرهم و هو ما يفيد معنى

¹ - أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، (جريدة رسمية عدد 15).

"أو" فهي في اللغة للتخيير.¹ فمعنى "شخص" يشمل القريب و البعيد، و الفصل بينهما ب "أو" التي تفيد التخيير، يخرجها عن رأي جميع المذاهب الفقهية.² لأن المرأة قد تختار صديق عشيقها، أو أب خطيبها وليا لها في الزواج.³

لعلّ أهم ما مسه التعديل أيضا في هذه المادة هو إعمال مبدأ القاضي ولي من لا ولي له، حيث كان مجاله قبل التعديل -كما ذكرنا سابقا- هو كل امرأة، سواء كانت بكرا أو ثيبا، راشدة أو غير راشدة، أما بعد التعديل فقد انحصر في حق القاصرة، أي الصغيرة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج المنصوص عليها في المادة السابعة، و هي 19 سنة كاملة، و التي ليس لها ولي يتولى أمر تزويجها، دون المرأة المكلفة الراشدة.

بالنسبة للمادة 12 فالمشعر الجزائري ألغاهها، و عليه لم يبقى في قانون الأسرة الجزائري اليوم أية مادة صريحة تعالج مشكلة عضل الولي حماية الراشدة أو القاصرة من تعسف الولي في استعمال حقه في التزويج بالرجل الصالح.⁴ إلا النص غير المباشر بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من نفس القانون.

إن الغاية التي يسعى المشعر لتحقيقها من تعديل أي نص قانوني، هي تدارك الخلل الموجود في النص المراد تعديله، و لكن ما يبدوا في هذا الصدد أن المشعر الجزائري أراد تهميش سلطة الولي، تماشيا مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، و لهذا يجب إعادة إدراج المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل، أو تعديل المادة 11 بما يتماشى مع قيم ومبادئ و أخلاق مجتمعنا، لأن طبيعة مجتمعنا محافظ، لا يمكن أن تطبق عليه هذه المادة فلا يعقل للمولى عليها أن تختار أي شخص ليزوجها لأنها تتنافى مع عقيدتنا وأعرفنا، والشاذ يحفظ و لا يقاس عليه، و من ثم تستمر الفتاة في استشارة وليها، و يستمر الولي في عضله.

فبالنسبة للمادة 11 في الميدان العملي، حسب رأي النائب العام المساعد بمجلس قضاء

1 - فاتح ربيعي، (موقع الولي في قانون الأسرة الجزائري و مدى مطابقته لأحكام السياسة الشرعية)، مجلة الدراسات القانونية، العدد 5، دورية فصلية نوفمبر 2009، ص 73.

2 - المرجع نفسه، ص 74.

3 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011، ص 42.

4 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 70.

سكيدة، تعتبر حلا في حالة وجود الولي حكما و غيابه و اختفاؤه في الحقيقة بسبب زيادة نسبة الطلاق، فأصبحت المولى عليها تجد صعوبة في إيجاد وليها و عليه تلجأ لأحد أقاربها، أو أي شخص تختاره،¹ و نحن نرى أنه هذه المادة تشجع على الانحلال الأخلاقي، ولا يمكن أن نتغاضى عن مسألة عضل الولي، ونرى من الأحسن أن يعيد المشرع إدراجها أو يعدل المادة 11 ق.أ.ج كالاتي:

إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إنه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي:

" يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين.

و إذا تعسف الولي في استعمال حقه في التزويج كأن امتنع عن تزويج من في ولايته بدون مبرر شرعي، إذا رغبت فيه و كان أصلح لها فللقاضي أن يأذن به".

أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي: "تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند توفر المبرر الشرعي و انعدام الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل".

قضت المحكمة العليا في الجزائر أنه لا يجوز للولي أن يمنع من هي في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان صالحا، و أنه تبين من القضية أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح للأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج قد طبقوا صحيح القانون.

و قد ذهبت المحكمة في قضائها أن الطاعن لم يبين أسباب امتناعه عن تزويج ابنته وكان الراغب في الزواج منها معلم و له مسكن وظيفي، و قد عبرت عن رضاها و قبولها بالزواج منه أمام القاضي الأول، و كان أصلح لها، و عند حصول المنع فللقاضي أن يأذن به، و هذا ما يتفق مع قول خليل، و الثيب تعرب كبكر رشدت أو أعضلت أي: منعها والدها من النكاح، و ليس لها مصلحة في هذا المنع، بل عنادا و إضرارا بها.² و هناك قضايا

¹ - مقابلة شخصية مع بوشعيلة، نائب عام مساعدة، بمجلس قضاء سكيكدة، 3 ماي 2015.

² - المحكمة العليا، غ.ا.ش، 30-03-1993، ملف رقم 90468، م ق، 1994، العدد 3، ص 66. نقلا عن جمال

سايس، مرجع سابق، ص ص 770-771.

كثيرة تتعلق بالعضل.¹

و عليه فلا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يتعسف في استعمال حقه و سلطته في تزويج من في ولايته، دون مبرر شرعي، إضراراً بها، أو بغرض الحصول على مصلحة غير مشروعة، أو للحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الذي يلحقه بمن في ولايته.

في نهاية هذا الفصل نخلص إلى القول أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم، و لها أسس و معايير تقوم عليها و ضوابط تحكمها، و أن تطبيقها يستوجب بالضرورة ترتيب الجزاء على من يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً، و لهذه النظرية تطبيقات قبل قيام الرابطة الزوجية، فكان لها دور بارز في الحقوق الممارسة في إطار الخطبة و الولاية في التزويج و عليه نرى بأن قانون الأسرة بحاجة ماسة للاستعانة بهذه النظرية قبل قيام الرابطة الزوجية.

فهل سيكون لنظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقات أخرى بعد قيام الرابطة الزوجية؟ للإجابة على هذا التساؤل خصصنا الفصل الثاني لتطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية.

¹ - هناك قضية، في الكويت تتعلق بالعضل تتلخص وقائعها في أن فتاة بكر رشيدة تحسن التصرف، تقدم لخطبتها شاب كفاء و ارتضته بعلا لها، و لكن أباه امتنع أن يزوجه هذا الشاب بغير حق، رفعت أمام دائرة الأحوال الشخصية بالمحكمة بالكويت دعوى ضد أبيها تطلب الحكم لها عليه بأن يزوجه الخاطب، وأكد المدعى عليه على أنها ابنته، و ذكر الخاطب أنه تقدم لخطبة المدعية من أخيها وأمها ثم من أبيها الذي رفض الخطبة، و تبين من خلال شهادة الشهود أن الخاطب كفاء لها، و زيادة على ذلك متدين و أخلاقه عالية، و خال من العيوب، و بما أن نصوص المذهب المالكي تجري على أن الأب إذا تحقق عضله، فإن القاضي يأمره بالتزويج و أن القاضي إنما يزوج إذا امتنع الأب بعد هذا الأمر، و أن عضل الفتاة وإضرارها، بمرة واحدة، و بما أنه ثبت بالأوراق الرسمية، أن خاطب المدعية نفسه كفاء لها، و أن أباه قد عضلها و أضر بها. و من أجل ذلك حكمت المحكمة حضوراً للمدعية على أبيها بأن يزوجه هذا الخاطب و لكنه امتنع أن ينفذ هذا الأمر فزوج القاضي الفتاة بخاطبها بحضور شاهدين.

أنظر في ذلك: طاهري حسين، الأوساط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2009، ص ص 34-35.

الفصل الثاني

تطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية

الفصل الثاني:تطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية:

إذا تمت مقدمات الزواج على أحسن حال، و انعقد الزواج بتوافر أركانه¹ و شروطه،² تقوم الرابطة الزوجية، و ترتب آثارا تتمثل في الحقوق الزوجية، قال جل و علا في كتابه العزيز: { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }³ مشيرا إلى المقصد الأسمى الذي وضعه وراء تشريعه الزواج، فتكون الحقوق التي يأخذها الزوجين و المسؤوليات التي يعطيانها، والإباحات التي يتداولان إياها، تدور حول هذا المقصد الشرعي، فأى صورة من المناقضة والمخالفة، والتي تشكل فعلا تعسفيا، تعتبر مناقضة لمقصد الشارع الحكيم و لأحكام القانون، و التعسف لا يقتصر على منطلق غير شرعي و غير قانوني في هذه الحقوق، بل و قد ينطلق من التصرف الشرعي القانوني، غير أنه يؤول إلى ما لا يقصده في المآلات المتوخات، في وضع هذه الحقوق و الإباحات بين الزوجين، قال سلمان رضي الله عنه لأبي الدرداء، مقولته التي أقرها رسول الله صلى الله عليه و سلم: ((إن لربك عليك حقا، ولنفسك عليك حقا، و لأهلك عليك حقا، فأعط كل ذي حق حقه)). تتضمن مبدأ الحق بين الزوجين، إذ أن لكل واحد منهما حقا على الآخر، فعليه أن يؤديه أداءً تاما بصورته المنشودة و من غير تعسف.

وعليه سنعالج في هذا الفصل تطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية في مبحثين نتناول في (المبحث الأول) التعسف في استعمال حقوق الزوج، و في (المبحث الثاني) التعسف في استعمال حقوق الزوجة.

1 - نصت المادة 9 من ق.أ.ج لسنة 2005 المعدل على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

2 - نصت المادة 9 مكرر من نفس القانون، على أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: - أهلية الزوج،

الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية".

3 - سورة الروم، الآية 21.

المبحث الأول:

التعسف في استعمال حقوق الزوج:¹

أعطى الشرع و القانون حقوقا للزوج بمقتضى عقد الزواج، من بينها حقه في تأديب زوجته (المطلب الأول)، و حقه في التعدد عليها (المطلب الثاني)، فإذا كانت هذه الحقوق مقررة للزوج بموجب الشرع² و القانون فمتى يكون الزوج متعسفا في استعمالها؟؟ و هل يعقل أن تتعسف الزوجة بمنع زوجها من استعمال حقه ؟ متى يكون ذلك؟

المطلب 1:

صور التعسف في استعمال الحق في التأديب:

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فإننا لا نجد أي نص أعطى حق تأديب الزوج لزوجته في حال نشوزها و خروجها عن طاعته، سواء قبل التعديل أو بعده، حيث كان حق الطاعة مجسد في المادة 39 فقرة 1 قبل التعديل، التي جاء فيها: " يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة " و لم ينص صراحة على حق الزوج في تأديب زوجته في حالة نشوزها.

أما بعد التعديل لسنة 2005، ألغى المشرع الجزائري المادة 39، و لم ينص على أي حق يختص به الزوج اتجاه زوجته بعد أن كان حق الطاعة مجسدا في هذه المادة، مسايرا

¹ - حقوق الزوج على زوجته كثيرة نجلها في ما يلي: تمكينه من نفسها، طاعته بالمعروف، خدمة البيت، السفر معه، تأديب زوجته بالمعروف، التعدد، التزين و التبرج لزوجها.

² - حق التأديب مقرر للزوج بموجب الشرع فقط و لم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري صراحة بل ترك ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222، و حق التعدد مقرر له بموجب الشرع و القانون.

في ذلك بعض الاتجاهات المعاصرة التي تدافع عن حقوق المرأة وتطالب بالمساواة، وتفسر واجب الطاعة وفقاً لمنظور خاطئ وبعيد كل البعد عن الشريعة الإسلامية ومتجاهلة النصوص من الكتاب والسنة التي تثبت مكانة الرجل وقوامته في الأسرة كآب و كزوج.

مما يفهم أن سكوت قانون الأسرة عن هذا الحق دلالة على رده إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة-السابقة الذكر-وكذلك ما جاء في المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني و التي نصت على أنه: " و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف."

نستخلص من هذه المواد أن أحكام استعمال حق تأديب الزوجة تتحدد وفق ما تقرر في الشريعة الإسلامية.

على خلاف ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية، إذ نصت صراحة على حق التأديب الممنوح للزوج على زوجته، و اعتبرته سبباً من أسباب الإباحة، فنجد أن المادة 35 من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات نصت على أنه: " يعتبر استعمالاً للحق تأديب الزوج لزوجته..... في حدود ما هو مقرر شرعاً و قانوناً.."، و هو نفس ما جاء في المادة 41 من قانون العقوبات العراقي.¹

و عليه نجد أن الشريعة الإسلامية قد أعطت للزوج الحق في تأديب زوجته و الدليل على ذلك في قوله تعالى:

{ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً }².

¹ - عبد الحليم بن مشري، (ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة و القانون)، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6، ص 40.

² - سورة النساء، الآية 34.

وجه الإستدلال من الآية أن: الله تعالى قد جعل الرجل قيما على المرأة، و رئيسها وكبيرها و الحاكم عليها، و مؤدبها إن اعوجت، و له حق تأديبها إذا نشزت و تعالت على زوجها، و أعرضت عن أمره، فمتى ظهر له منها أمارات النشوز، فليعظها، و ليخوفها، عقاب الله في عصيانه، فإن لم تقبل هجرها في المضجع، فإذا لم تردع لا بالموعظة و لا بالهجر، فله أن يضربها ضربا غير مبرح.

أما إذا أطاعته في جميع ما يريده مما أباحه الله، فلا سبيل له عليها بعد ذلك، و ليس له ضربها و لا هجرانها من غير سبب،¹ و لقول رسول الله عليه الصلاة و السلام في خطبة الوداع: ((فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَأَسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوْطِئَنَّ فُرْشَكُمْ أَحَدًا تَكَرَّهْتُمْ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَأَضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))² و قوله عليه الصلاة و السلام عَنْ حَكِيمِ بْنِ مُعَاوِيَةَ الْقُشَيْرِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا حَقُّ زَوْجَةِ أَحَدِنَا عَلَيْهِ؟، قَالَ: ((أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، أَوْ اكْتَسَبْتَ، وَلَا تُضْرِبَ الْوَجْهَ، وَلَا تُفَبِّحَ، وَلَا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ))³.

مما سبق يتبين لنا جليا أن الشريعة الإسلامية أعطت الحق للزوج في تأديب زوجته وفق شروط و ضوابط محكمة، في آيات الله و سنة نبيه، و أول ما يطرح في ذهن القارئ في هذا الصدد إذا كانت الشريعة الإسلامية أعطت للزوج حق تأديب زوجته فمتى يكون متعسفا في استعماله لهذا الحق؟

هذا ما سنوضحه من خلال تقسيمنا هذا المطلب إلى خمس فروع: بدءاً بتعريف التأديب (الفرع الأول)، و مجال استعماله (الفرع الثاني)، و شروطه (الفرع الثالث)، و تطبيق معايير التعسف عليه (الفرع الرابع)، و جزاء التعسف في استعماله (الفرع الخامس).

1 - أبو عبد الرحمن عوض ابن لظفي، مرجع سابق، ج1، ص ص 188-189.

2 - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، مرجع سابق، ج 2، رقم 1218، ص ص 890-891.

3 - أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، د ت ن، ج 2، رقم 2142، ص 244.

الفرع الأول:

تعريف التأديب:

1- لغة:

مادة أدب، (أُدب) بِالضَّمِّ أَدَبًا بِفَتْحَتَيْنِ فَهُوَ (أَدِيبٌ) وَ (اسْتَأْدَبَ) أَي (تَأَدَّبَ)،¹ سُمِّيَ أَدَبًا لِأَنَّهُ يَأْدِبُ النَّاسَ إِلَى الْمَحَامِدِ، وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمَقَابِحِ،² وَ أَصْلُ مَادَةِ الْكَلِمَةِ (أَدَبَ) الْهَمْزَةُ وَالذَّالُّ وَالْبَاءُ أَصْلٌ وَاحِدٌ تَنْفَرَعُ مَسَائِلُهُ وَتَرْجَعُ إِلَيْهِ،³ فَأَدَبَ فَلَانًا: عَلَّمَهُ رِيَاضَةَ النَّفْسِ وَمَحَاسِنَ الْأَخْلَاقِ وَالْعَادَاتِ، وَ أَدَّبَ الْغُلَامَ: هَذَّبَهُ وَرَبَّاهُ، وَ عَلَّمَهُ فُنُونَ الْأَدَبِ،⁴ قِيلَ أَدَّبْتَهُ تَأْدِيبًا إِذَا عَاقَبْتَهُ عَلَى إِسَاءَتِهِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يَدْعُو إِلَى حَقِيقَةِ الْأَدَبِ وَأَدَّبَ أَدَبًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ أَيْضًا صَنَعَ صَنِيعًا وَدَعَا النَّاسَ إِلَيْهِ فَهُوَ أَدِبٌ.⁵

2- اصطلاحاً:

عرفه ابن قدامة رحمه الله، بأنه: " الضرب و الوعيد و التعنيف"، و عرفه ابن المبرد بأنه: " الردع بالضرب و الزجر".⁶

1 - أنظر: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مرجع سابق، ج1، ص 15.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، ج1، ص 206.

3 - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج1، ص 74.

4 - أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ج1، ص 73.

5 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج1، ص 9.

6 - إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التتيم، الولاية الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1428 هـ،

الفرع الثاني:

مجال استعمال الحق في التأديب:

بينت الشريعة الإسلامية مجال استعمال حق التأديب و هو النشوز، و نَشَرَتْ بِفَتْحِ النَّوْنِ وَالشَّيْنِ الْمُعْجَمَةِ وَالرَّأْيِ، أَيِ خَرَجَتْ عَنِ طَاعَةِ زَوْجِهَا بِمَنْعِهِ مِنْ وَطْئِهَا وَالِاسْتِمْتَاعِ بِهَا أَوْ خُرُوجِهَا بِلَا إِذْنِهِ أَوْ تَرَكَتْ حُقُوقَ اللَّهِ تَعَالَى كَغُسْلِ الْجَنَابَةِ وَالصَّلَاةِ وَصِيَامِ رَمَضَانَ بِمَا يُلَيِّنُ قَلْبَهَا لِلرَّغْبَةِ فِي ثَوَابِ الطَّاعَةِ وَالْخَوْفِ مِنْ عِقَابِ الْمُعْصِيَةِ¹ و هو أيضا عصيان الزوجة زوجها فيما يجب عليها،² سواء على ترك فرائض الله،³ أو بالتهاون فيها بترك ما أمر الله به، أو بفعل ما نهى عنه، و إذا قصرت في أداء حقوق زوجها، التي أوجبها له الشرع عليها.⁴

يذهب الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، إلى أن الخروج إلى طلب العلم الضروري الذي تحتاج إليه، و كذلك الخروج لأداء فريضة الحج، لا يتطلب إذن الزوج متى ما كان معها محرم، و إذا أعسر الزوج في النفقة و خرجت لحاجة ملحة للعيش، فلا تعتبر هذه الحالات نشوزا و إنما للضرورة و الضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز للزوج تأديب زوجته عليها.⁵

¹ - محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، 1989، ج3، ص 545. و أنظر أيضا: ابن عابدين، مرجع سابق، ج4، ص 77.

² - إسماعيل كاظم العيساوي، (استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير دراسة مقارنة)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد 3، 2009، ص 81.

³ - ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 319.

⁴ - محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2005، ص51.

⁵ - صباح سامي داود، (تأديب الزوجة بين الإباحة و التجريم)، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد 2، 2010، ص 253.

ما تجدر الإشارة إليه أن قانون الأسرة الجزائري لم يعرف النشوز، مكتفياً بذكر الآثار المترتبة عليه في الطلاق للنشوز و تعويض الطرف المتضرر، حيث جاء في المادة 55 ما يلي: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر" وسكوت المشرع على معنى النشوز، و التصرفات التي تعتبر بها الزوجة ناشزا دليل على تركه ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 السابقة الذكر.

الفرع الثالث:

شروط استعمال الحق في التأديب:

1- الصفة:

من شروط تأديب الزوجة أن يكون هذا الحق للزوج دون غيره فلا يجوز إتيانه من شخص آخر سواء كان من أهلها أو من أهله، أو الإنابة فيه للأب أو الأخ مثلاً بسبب عجز الزوج أو مرضه، و يثبت للزوج سواء كانت الزوجة قاصرة أو راشدة، ذلك أن مناط العلاقة الزوجية و ليس البلوغ أو الرشد،¹ وإذا حدث و أن عوقب المعتدي على الزوجة كونه فاعلاً أصلياً عوقب الزوج كونه شريكاً.²

فمتى قامت العلاقة الزوجية ثبت هذا الحق، و إذا انتهت زال بزوالها، و العبرة بوقت التأديب لا بوقت اقرار الفعل الذي أوجب التأديب، فليس للزوج تأديب زوجته بعد الطلاق عن أفعال توجب التأديب اقترفتها وقت قيام العلاقة الزوجية، فمناط الحق هو العلاقة الزوجية، فإذا انقضت بالطلاق البائن زال حق الزوج بتأديب زوجته.³

1 - صباح سامي داود، مرجع سابق، ص 250-251.

2 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 126.

3 - عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق ص 43.

2- التزام وسائل التأديب:

بالنظر إلى النساء و اختلاف طباعهن، و مزاجهنّ، الذي يختلف باختلاف البيئة، فإننا ندرك سر تنوع وسائل تهذيب المرأة في شرع الله تعالى، ففيهن من تردّها الكلمة عن عنادها و نشوزها، و فيهن من لا يؤثر فيها الكلام، و لا يثمر فيها إلا الهجر و الحرمان، و منهنّ من لا يفيد معها كلام و لا حرمان، لعناد طبعها، فلا يردها إلا الضرب.¹

يتضح لنا جليا أن القرآن الكريم، وجه الرجل إلى إتباع خطوات التأديب، قبل الوصول إلى مرحلة النشوز، لأن النهج الإسلامي لا ينتظر حتى يقع النشوز بالفعل، و تقع المرأة في العصيان، و قد شرع الله تعالى ثلاث وسائل للتأديب، و هي على النحو التالي:

أ- الوعظ و الإرشاد:

ذلك بتذكير المرأة بما أوجب الله عليها،² بأن يحدثها بكلام رفيق لين، كأن يقول لها كوني من الصالحات، و لا تكوني من العاصيات، و اتق الله في الحق الواجب لي عليك، واحذري العقوبة،³ لقوله تعالى: { فَعِظُوهُنَّ }.⁴ و هذا ما يلائم حال المرأة التي تكفيها الإشارة أو الكلمة، فعلى الزوج أن يشعر زوجته في وعظه إياها، أنه يريد الخير لها، و يقيه الضرر و الشر، فيذكرها بمعاني الإيمان، التي تستلزم طاعة الله، بامتنال أوامره و اجتناب ما نهى عنه، و من ذلك حقوق الزوج، التي لا يجوز التفريط فيها، و عواقب العصيان، و ما يترتب على ذلك من فك رباط الزوجية، و تشتيت شمل الأسرة، و سوء عاقبة ذلك على الأولاد.

1 - محمد جمال أبو سنيينة، مرجع سابق، ص 53.

2 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 276.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ص 338-339.

4 - سورة النساء، الآية 34.

يجب أن يكون وعظ الزوج لزوجته بأسلوب حكيم رفيع مقنع، هينا لينا رقيقا، خاليا من التعنيف و الغلظة و الشدة، و روح الاستعلاء، مفعما بالحب و إرادة الخير للزوجة، فلعلها تقبل الموعظة و تعود الأمور إلى مجاريها الطبيعية السليمة، التي تحقق الهدف من الحياة الزوجية، بالسكن و المودة.¹

ب- الهجر في المضجع:

إذا كانت الزوجة من الصنف الذي لا تتفع و لا تفيد معه الموعظة،² وعجز الزوج عن إصلاحها، و ردها إلى جادة الصواب بالموعظة الحسنة، انتقل إلى الخطوة الثانية و هي هجر الزوجة في المضجع لقوله تعالى: { وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ }.³

للعلماء أقوال عديدة في كيفية الهجر فهناك من قال: أن لا يجمعها و يضاجعها على فراشها و يوليها ظهره، و زاد آخرون و لا يكلمها مع ذلك و لا يحدثها،⁴ و أقواها أن يهجرها في فراش النوم، الذي ينامان فيه عادة، بأن يوليها ظهره و لا يجمعها، بتركه الاستمتاع بها، في مدة أولها شهرا و له الزيادة عليه، لكن لا يبلغ به أربعة أشهر.⁵

في هذا الصدد يقول الشهيد سيد قطب، رحمه الله، " و هذا يشعر الزوجة بجدية الزوج في هجره لها، و أنه قادر على التحرر من سلطان إغراء الأنوثة، فالمضجع هو موضع الإغراء و الجاذبية، التي تبلغ فيها المرأة الناشز المتعالية قمة سلطانها، فإذا استطاع الرجل أن يلجم دافعه اتجاه هذا الإغراء، فقد أسقط من يد الناشز، أمضى و أقوى أسلحتها التي

1 - محمد جمال أبو سنيينة، مرجع سابق، ص 54.

2 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 206.

3 - سورة النساء، الآية 34.

4 - أبو عبد الرحمن عوض ابن لطفی، مرجع سابق، ج 1، ص ص 188.

5 - محمد بن أحمد بن محمد عليش، مرجع سابق، ج 3، ص 545. و أنظر أيضا: بدران أبو العينين بدران، مرجع

سابق، ص 277.

تعتر بها، و قد يحملها ذلك على ترك نشوزها، و الرجوع عن عصيانها، أمام صمود رجلها، و بروز قوة الإرادة فيه، في أخرج مواضعها، على أن لا يكون الهجر أمام الأطفال، فيورث نفوسهم شرا و فسادا، و لا أمام الغرباء، فيذل الزوجة، أو يستثير كرامتها، فتزداد نشوزا، فالمقصود علاج النشوز، و ليس إذلال الزوجة، و إفساد الأطفال، و كلا الهدفين يبدو أنه المقصود من هذا الإجراء".¹

ت- الضرب:²

¹ - سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، ج 2، ص 654. نقلا عن محمد جمال أبو سينية، مرجع سابق، ص 55.

² - الفرق بين مدلول كلمة الضرب في حياتنا اليومية المعاصرة وبين مدلولها الشرعي في الإسلام : ففي حياتنا المعاصرة عندما يسمع شخص ما أن رجلا قد ضرب زوجته فعندها يأتي في تفكيره صورة بشعة ووحشية لهذا الزوج العنيف الظالم والذي قد انهال على زوجته باللكمات والركلات، وصورة لتلك الزوجة المظلومة التي تم الاعتداء عليها وجسدها ممتلىء بالكدمات والإصابات والكسور المختلفة، وهذا هو مدلول كلمة ضرب في حياتنا المعاصرة والذي اكتسبناه من خبراتنا الحياتية من صور لرجال همج اعتدوا على زوجاتهم ضربا، أما إذا قلت لك أنني قد ضربت جرس الباب فهل ستفهم عندئذ أنني اعتديت على الباب ضربا؟! أو إذا قلت أنني سأضرب لك مثلا فهل ستفهم أنني سوف أعتدي على المثل بالضرب؟! إذن كلمة ضرب تتغير كلية حسب الاستخدام اللغوي وحسب مقصد المتحدث وشخصيته و أخلاقه فكل هذا يرسم في عقولنا مقصده من كلمة ضرب، ولهذا فإن مفهوم كلمة ضرب في الإسلام تختلف تماما عن مفهومها في حياتنا المعاصرة فمفهوم الضرب في الحياة المعاصرة محرم ومجرم بشدة في الإسلام وعليه فلا سبيل أن يتلاقى المفهومين أبدا فكلهما يناقض الآخر ولو أردنا الإنصاف فيجب أن نقول أنه لا يوجد ضرب للزوجة في الإسلام ولم يسمح به بل إنه نهى عن إهانتها أو الإساءة إليها أو التحدث إليها بفتح الكلام، وإنما مفهوم كلمة الضرب في الإسلام تعني ضربا مثل القرص البسيط كما مثلنا (مثل ضرب الجرس) والذي يهدف فقط إلى إشعار الزوجة بأنها مخطئة في حق زوجها وأن لزوجها الحق في إصلاحها وتقويمها. أنظر في ذلك:

Ahmad Al-Amir et Tsekoura Vivian. battre les femmes est interdit en Islam. traduit par: european islamic research center (eirc) et oana fialcofschi. revu par oana mariam, 2013, p 36 .

إذا أخفقت الوسيلتان السابقتان في تأديب الزوجة، فلم ينفع الوعظ و النصح و التودد، ولم يأت الهجر في المضجع بنتيجة، و أصرت الزوجة على النشوز، انتقل الزوج إلى الوسيلة

الثالثة من وسائل التأديب، و هي الضرب،¹ لقوله تعالى: { وَاضْرِبُوهُنَّ }² و لقول رسول الله عليه الصلاة و السلام في خطبة الوداع: ((فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكَرُّهُنَّ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))³. وجه الدلالة في الحديث، هو جواز ضرب الرجل لامرأته و محل ذلك أن يضربها، تأديباً إذا رأى منها ما يكره فيها يجب عليها فيه طاعته و لو اكتفى بالتهديد و نحوه كان أفضل، إلا إذا كان في أمر يتعلق بمعصية الله.⁴

قد انفقت كلمة الفقهاء على جواز ضرب الزوجات، اللاتي لا تجدي فيهن موعظة، ولا هجر و لا يصلح مثلهن إلا به، و لم يستطع الزوج الصبر على نشوزها، و معصيتها،⁵ وهو علاج للزوجات الشرسات الطبع، و ليس علاج لكل النساء.⁶

على الزوج أن لا يستعجل في اللجوء إلى وسيلة الضرب، و يصبر على زوجته لعله ينجح في إصلاحها، بالوعظ أولاً و بالهجر ثانياً، فإذا نفذ صبره و لم يعد يحتمل نشوزها، و تقصيرها، و رأى في الضرب الوسيلة الوحيدة للإصلاح، و الاستقامة، التجأ إليه، كعلاج للنشوز و ليس للانتقام من الزوجة، لأن بعض النساء قد لا ينفع معهن إلا الضرب.⁷

1 - عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 206.

2 - سورة النساء، الآية 34.

3 - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، مرجع سابق، ج 2، رقم 1218، ص ص 890-891.

4 - مشعل بن مطلق بن مفضل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009، ص 75.

5 - محمد جمال أبو سنيينة، مرجع سابق، ص 56.

6 - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط3، 2010، ص 95.

7 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

في هذا المعنى يقول الشيخ محمد رشيد رضا: " مشروعية ضرب النساء ليست بالأمر المستتكر في العقل، أو الفطرة، فيحتاج إلى تأويل، فهو أمر يحتاج إليه في حال فساد البيئة، و غلبة الأخلاق الفاسدة، و إنما يباح إذا رأى الرجل رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، وإذا صلحت البيئة و صار النساء يعقلن النصيحة و يستجبن للوعظ أو يزدجرن بالهجر، فيجب الاستغناء عن الضرب، فلكل حال حكم يناسبها في الشرع، و نحن مأمورون على كل حال بالرفق بالنساء، و اجتناب ظلمهن...".¹

تجدر الإشارة إلى أن العلماء وضعوا شروطاً ينبغي على الزوج مراعاتها، عند استخدام هذه الوسيلة في التأديب، و ذلك أن لا يلجأ إلى هذه الوسيلة إلا بعد فشل محاولات التأديب، بالوعظ ثم بالهجر،² فإذا فشلت هذه المحاولات لجأ إلى الضرب الرفيق غير المبرح و لا الشائن،³ و هو الذي لا يكسر عظاماً، و لا يشين لحماً، و لا يسيل دماً، و لا يتلف عضواً من الجسم، و لا يكون مفضياً إلى الموت.⁴

هذا و قد اختلف الفقهاء حول الأدوات التي يمكن استعمالها في الضرب، فبعضهم طالب بأن يكون بمنديل ملفوف، أو بالسواك، أو بقصبة صغيرة، أو باليد بشرط أن تكون مفتوحة عند البعض، بينما سمح الآخرون بالضرب بالعصا و السوط.⁵

و لا يجوز أن يضربها ضرباً شديداً، حتى و لو غلب على ظنه أنها ستترك به النشوز، و تعود إلى طاعته، فالضرب وسيلة للتعبير عن عدم رضا الزوج، عن نشوز زوجته لا غير،⁶ فعليه أن يتجنب البطن و الوجه، و أن لا يكون في موضع واحد بل يتوزع على

1 - محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم [الشهير بتفسير المنار]، دار المنار، القاهرة، ط 2، 1947، ج 5، ص 75.

2 - علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، مرجع سابق، ج 3، ص 614.

3 - ابن قدامة، مرجع سابق، ج 7، ص 319. و علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، مرجع سابق، ج 2، ص 344.

4 - غسان عشا، الزواج و الطلاق و تعدد الزوجات في الإسلام، دار الساقى، بيروت، لبنان، ط 1، 2004، ص 61.

5 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

6 - محمد جمال أبو سنينة، مرجع سابق، ص 57.

الجسم،¹ و لا يقع الضرب على الممالك لأن الغرض من الضرب التأديب، لا الإيتلاف والتشويه،² فعن حَكِيمِ بْنِ مُعَاوِيَةَ الْفُشَيْرِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا حَقُّ زَوْجَةِ أَحَدِنَا عَلَيْهِ؟، قَالَ: ((أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ، أَوْ اكْتَسَبْتَ، وَلَا تُضْرِبَ الْوَجْهَ، وَلَا تُقَبِّحَ، وَلَا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ.))³

وجه الدلالة في هذا الحديث هو بيان حق الزوجة على زوجها في النفقة والكسوة ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن ضرب الزوج لزوجته على الوجه تأديباً لها، مما يفهم منه إباحة تأديبها بالضرب دون الوجه.⁴

كما يجب أن يكون مما يعد مثله تأديباً في الوسط الاجتماعي أو البيئة التي يعيش فيها،⁵ وأن يغلب على ظن الزوج أن الضرب سيؤدي إلى إصلاحها وعودتها عن غيرها ونشوزها، لأن الضرب وسيلة إصلاح و الوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها، و إلا فلا يضربها، إلا إذا كان على أمر مشروع كتقصير الزوجة في حق من حقوق الله، أو واجب من واجبات الزوج، فلا يضربها لمطالبتها بحقها عنده، كمطالبتها بالنفقة والكسوة، لأن هذا يعتبر نشوزاً.⁶

يتبين مما سبق أن الشارع الحكيم بين طرق علاج الزوجة، إذا أضرقت عن زوجها، وتمردت على قوامته و قد سلك في أسلوب علاجها التدرج، فبدأ بالموعظة، ثم بالهجر إذا لم تستجب للموعظة، ثم بالضرب غير المبرح، و في هذا الترتيب قال الإمام الرازي: " الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ تَعَالَى ابْتَدَأَ بِالْوَعْظِ، ثُمَّ تَرَقَّى مِنْهُ إِلَى الْهَجْرَانِ فِي الْمَضَاجِعِ، ثُمَّ تَرَقَّى مِنْهُ إِلَى

1 - غسان غشا، مرجع سابق، ص 61.

2 - السيد سابق، مرجع سابق، ص 134.

3 - أبو داود سليمان السجستاني، مرجع سابق، ج 2، رقم 2142، ص 244.

4 - العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 352.

5 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 132.

6 - محمد جمال أبو سنينة، مرجع سابق، ص 56-57.

الضرب، وذلك تنبيهً يجري مجرى التصريح في أنه مهماً حصل الغرض بالطريق الأخرى
وجب الإكتفاء به، ولم يجر الإقدام على الطريق الأشق¹.

3- حسن النية:

يعني هذا الشرط أن يكون استعمال حق التأديب متفقاً مع الغاية والحكمة المقصودة من
تشريعه، فلا ينحرف به الزوج عن ذلك شفاء لحقد في نفسه أو انتقام أو لمجرد الإيذاء، فعلى
الزوج أن يضع نصب عينيه غاية سامية وهي التأديب أثناء أفعاله، فالتأديب قد شرع للزوج
لتقويم وتصحيح سلوك المرأة الناشز،² فالأساس إذاً من تقرير هذا الحق هو الإصلاح، فإذا
ما كانت هناك غاية أخرى غير الإصلاح، كالبغض و الكره، أو الطمع في مالها، فلا وجود
للحق والإباحة. لأنه بعمله هذا قد تعسف في استعمال حقه و لا يجوز له الاحتجاج به.³

الفرع الرابع:

تطبيق معايير التعسف على حق التأديب:

1- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير:

ولاية التأديب وضعها الشارع حقاً بيد الزوج، ليستهدف باستعماله حق التأديب هذا
الغرض،⁴ و هو تهذيبها وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها،⁵ فإذا ابتغى بفعله غير ذلك،
أصبح فعله تعسفياً غير مشروع، لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها، كأن
يريد به الانتقام أو التعبير عن الكراهية،⁶ و يظهر هذا عندما يستخدم مثلاً حقه بوعظه

1 - الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، د ت ن، ج 10، ص 72.

2 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 129.

3 - عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص 44-45.

4 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 255.

5 - إسماعيل كاضم العيساوي، مرجع سابق، ص 81.

6 - العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 311.

زوجته، على وجه مشين و فيه إذلال و احتقار، و بغلظة و بشدة ، فهذا قطعاً لن يؤدي إلى رجوع الزوجة إلى جادة صوابها، و إنما سيجعلها أكثر إصرار على الباطل، معاندة و مكابرة، و يظهر ذلك أيضاً عند هجرها دون سبب معقول لمدة تفوق أربعة أشهر إضراراً بها، وإجبارها على فعل غير مشروع، كحملها على المعصية أو إنفاق مالها في وجه لا تراه مناسباً، ولو أنه استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعاً وقانوناً¹ ويقول صاحب منح الجليل : " إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضرها، لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها".²

وهكذا يقرر الفقهاء على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة لأن ذلك يناقض قصد المشرع من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها باطل ولا يمكن أن يكون هناك معنى للتعسف غير هذا.³

و عليه فإن قصد الزوج الإضرار من جراء استخدامه حق التأديب، فيمنع من استعمال حقه، لأن استعمال الحق مقيد بشرط السلامة، و بتحصيل مقصود الشارع من منحه حق التأديب، فإن خرج الزوج عن حدود التأديب المشروع لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعتبر متعسفاً، و مناقضاً لمقصود الشارع.

2- الضرر الفاحش:

عرفنا سابقاً بأن الضرر الفاحش، هو ما جاوز الحد الذي تتحصل به المصلحة المقصودة من استعمال الحق،⁴ و نرى ذلك ينطبق على حق التأديب في حالة تجاوز الزوج لوسائل

1 - عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، مرجع سابق، ص 150.

2 - محمد بن أحمد بن محمد عليش، مرجع سابق، ص 545.

3 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 255.

4 - أنظر معايير التعسف في استعمال الحق في الفصل الأول، ص 46 و ما بعدها.

التأديب و عدم احترامه للتدرج و الترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة، و انتقاله مباشرة إلى مرحلة الضرب المبرح، و استخدامه في كل زلة، و التماذي فيه أمام أنظار الأطفال.

فإذا ترتب على استعمال الزوج لحقه المشروع في تأديب زوجته ضررا فاحشا، بأن تلفت أو أصيبت بعاهة، أو قطع أو وفاة، فذهب الحنفية و الشافعية إلى وجوب الضمان، لأن الضرر الذي لحق بها دليل على تجاوز الزوج للفعل المأذون له فيه، لأنه وقع قتلا أو قطعا لا تأديبا،¹ غير أن المالكية و الحنابلة، ذهبوا إلى عكس ذلك، فلا ضمان على استعمال حق التأديب المشروع،² على أن يكون الضرب مما يعتبر في مثله أديبا، فإن كان الضرب شديدا، بحيث لا يكون مثله أديبا للزوجة فيه الضمان، بمعنى أن الزوج لا يسأل جنائيا و لا مدنيا عن التأديب مادام في حدوده المشروعة، لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع.³

الفرع الرابع:

جزاء التعسف في استعمال الحق في التأديب:

بالنسبة لتعسف الزوج بهجر زوجته في المضجع مدة تفوق أربعة أشهر، فإذا لم تتجاوز مدة الهجر أربعة أشهر، كان الفعل تأديبيا مباحا، فإن تجاوزت فللزوجة طلب التطليق طبقا لنص المادة 53 فقرة 3، فقد يكون الهجر وسيلة لتأديب نشوز الزوجة، و قد يكون لتعسف الزوج باستعمال حقوق الزوجية قصد إلحاق الضرر بالزوجة، يقول الله عز وجل: **{ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ }**.⁴

فما نلاحظه أن الهجر في المضجع قد يتحول من وسيلة تأديب إلى وسيلة هلاك إذا تجاوز مدة الأربعة أشهر المقررة شرعا و قانونا، لكن لا يحق للزوجة أن تطلب التطليق إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط:

1 - إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التميمي، مرجع سابق، ص 484.

2 - المرجع نفسه، ص 485-486. و أنظر أيضا: غسان عشا، مرجع سابق، ص 62-63.

3 - العربي مجيدي، مرجع سابق، ص 365.

4 - سورة الطلاق، الآية 6.

- هجران الزوج زوجته ولا يعاملها معاملة الأزواج.
 - أن يكون الهجر عمديا وهذا ما يسمى بالهجر غير المشروع.
 - أن تفوق مدة الهجر الأربعة أشهر متتالية دون أن يقع أي اتصال بينهما، وهذا تأكيد على أن الهجر في هذه الحالة ليس بغية الإصلاح، إنما بغية الإضرار.¹
 و تبقى مسألة إثبات هجر الزوج لزوجته في المضجع مسألة صعبة، و مسألة موضوعية يختص بها القاضي الفاصل في الدعوى المطروحة أمامه.²

بالنسبة للضرب فقد أثبتت بعض القوانين العربية حق الزوج في معاقبة زوجته بالضرب، " غير المبرح" بهدف التأديب، لأنه يمارس حقا أباحت له الشريعة،³ حيث نصت المادة 60 من قانون العقوبات المصري، على أنه " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة".⁴

فإذا استجمع في الضرب الشروط المذكورة أعلاه، كان فعلا تأديبيا مباحا، فإن اختلفت شروطه، كأن كان الزوج سيء القصد، أو لم يحترم ترتيب التأديب أو كان ضربه مبرحا، وحدث و أن انتفت حالة النشوز، فإن فعله يخرج من الإباحة، و يعطي قانون الأسرة الجزائري للزوجة الحق في طلب التطلق⁵ طبقا للمادة 53 فقرة 10 و يكيف تحت "الضرر المعترف شرعا".

¹ - ربيحة إغايات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 211.

² - يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2011، ص 40.

³ - غسان عشا، مرجع سابق، ص 63.

⁴ - قانون العقوبات المصري، رقم 95، لسنة 2003.

⁵ - أنظر الملحق رقم 02، ص 182 و ما بعدها.

جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية لسنة 2002: " إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطلاق دون اشتراط صدور حكم جزائي" و جاء في حيثيات القرار ما يلي:

" حيث أنه و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه و إلى عريضة الطاعن، ووقائع الملف يتبين أن قاضي الموضوع عندما قضى بتطلاق المطعون ضدها تأكد لديه توفر الضرر المعتبر شرعا، و ذلك باعتداء الطاعن على المطعون ضدها بالضرب و الجرح العمدي...".¹

تجدر الإشارة أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، و هذا ما أكده الاجتهاد القضائي التالي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق، لكل ضرر معتبر شرعا، كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

متى تبين في قضية الحال، أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق، و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما و طبقوا صحيح القانون".²

كما يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها طبقا للمادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طالبت التطلاق لتضررها من ضرب الزوج و طردها، وإهمالها مع أولادها، و عدم الإنفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلاق والتعويض معا، لثبوت تضررها و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطلاق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون".³

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 258555، م ق، 2002، العدد 2، ص 417. وأنظر أيضا:

القرار بتاريخ 16-01-1996، ملف رقم 127948، ن ق، 1999، العدد 54، ص 100.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-05-1999، ملف رقم 222134، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 126.

³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-07-1998، ملف رقم 192665، إ ق، 2001، عدد خاص، ص 116.

جاء في قرار آخر: " من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للتطبيق في حالة ثبوت تضررها فعلا.

و من الثابت في قضية الحال، أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها و الذي أدى إلى سقوط حملها...¹

كما اعتبر قانون العقوبات الجزائري فعل الضرب جريمة و يعاقب فاعلها²، بحسب ما أدت به من نتيجة، في نص المادة 264 و ما بعدها، مما يفهم أن الجريمة و المسؤولية الجنائية تقوم على الزوج، إذا أدى ضرب زوجته إلى تشويهها أو وفاتها، و هو نفس ما يسري على الزوجة أيضا إذا ضربت زوجها.

وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بقرارها 1965 /6/7 "و... أن أبيض للزوج تأديب زوجته تأديبا "خفيفا" على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، إلا أنه لا يجوز له أصلا أن يضربها ضربا " فاحشا" وأن يكون محكوما بغاية الإصلاح والتهديب.. " وهو ما يتفق مع العلة في تقريره، ويتطابق مع مضمون المادة أنفا، المشرع الليبي في المادة 69 ق ع، واللبناني في المادة 183 ق ع، والسوداني في المادة 44 ق ع.

جاء أيضا في المادة 41 ق ع عراقي: "يباح للزوج تأديب زوجته بالضرب الخفيف في حدود ما هو مقرر شرعا وقانونا ويمكن التعرف على قصد الزوج من جسامة الضرب"، وبناء على ذلك يخرج عن حدود ما للزوج من حقوق تأديب زوجته أن تسقط على الأرض جراء دفع الزوج لها وإصابتها بضرر، كما يخرج عن حدود الإباحة للزوج ضرب الزوجة ضربا مبرحا، وعضها، وكيها بالنار، وفي هذا الصدد قررت محكمة التمييز العراقية (قرار رقم 452 في 9/5/1976) بأن اعتداء الزوج على زوجته بضربها على وجهها وجر شعرها

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-06-2000، ملف رقم 245159، إق، 2001، عدد خاص، ص 259.

² - أنظر الملحق رقم 02، ص 182 و ما بعدها.

في الشارع العام أمام المارين يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج وبشكل جريمة طبقا للمادة 415 ق.ع.¹

المطلب الثاني:

صور التعسف في استعمال الحق في التعدد:

أعطى القانون الحق للزوج في الزواج بأكثر من واحدة مسايرا بذلك أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، مجسدا ذلك في نص المادة الثامنة 08 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتم لسنة 2005، و التي نصت صراحة على أنه: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

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

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

والمادة 08 مكرر " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.

و المادة 08 مكرر 1: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه.

¹ - ياسر الوزني، (حق تأديب الزوجة مفهوم الشريعة و خلاف القانون)، على موقع:

<http://www.startimes.com/?t=31285025> ، 2 ماي 2015 ، 00:57.

و ما يؤكد ذلك قوله تعالى: { إِنَّ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مِمَّنِّي وَثَلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِن خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ بَدَأْتُ أَلَّا تَعُولُوا }¹.

مما سبق يتبين لنا جليا أن الشرع و القانون، منحا للزوج الحق في التعدد وفق شروط و ضوابط محكمة، و أول ما يطرح في ذهن القارئ في هذا الصدد إذا كانت الشريعة الإسلامية و القانون، أباحا للزوج حق التعدد فمتى يكون متعسفا في استعماله لهذا الحق؟

وهل يعقل للزوجة أن تتعسف بمنع الزوج من استعمال حقه؟ متى يكون ذلك؟ هذا ما سنوضحه من خلال تقسيمنا لهذا المطلب إلى خمسة فروع: بدءاً تعريف التعدد (الفرع الأول)، و مجال استعماله (الفرع الثاني)، و شروطه (الفرع الثالث) وتطبيق معايير التعسف عليه (الفرع الرابع) و جزاء التعسف في استعماله (الفرع الخامس) .

الفرع الأول:

تعريف التعدد:

1- لغة:

جاء في لسان العرب: " يَتَعَادُونَ وَيَتَعَدَّدُونَ عَلَى عَدَدٍ كَذَا أَي يَزِيدُونَ عَلَيْهِ فِي الْعَدَدِ، وَقِيلَ: يَتَعَدَّدُونَ عَلَيْهِ يَزِيدُونَ عَلَيْهِ فِي الْعَدَدِ"².

جاء في المعجم الوسيط: " تعدد: صار ذا عدد وهم يتعددون على ألف يزيدون"³.

جاء في المصباح المنير: " الْعَدْدُ هُوَ الْكَمِّيَّةُ الْمُتَأَلِّفَةُ مِنَ الْوَحَدَاتِ فَيَخْتَصُّ بِالْمُتَعَدِّدِ فِي ذَاتِهِ وَعَلَى هَذَا فَالْوَاحِدُ لَيْسَ بِعَدَدٍ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدِّدٍ إِذِ التَّعَدُّدُ الْكَثْرَةُ"⁴.

1 - سورة النساء، الآية 03.

2 - ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الرابع، ج 32، مادة [عدد]، ص 2833.

3 - إبراهيم مصطفى و آخرون، مرجع سابق، ج 2، مادة [تعدد]، ص 587.

4 - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ج 2، مادة [عدد]، ص 395.

جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: " تعددت الزوجات، صارت أكثر من واحدة".¹

2- اصطلاحاً:

هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة، جامعا بينهما على أن لا يزيد عددهن عن الأربعة.²
 لقوله تعالى: { إِنَّ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا }.³ أي قصره على أربع نسوة، يكن في عصمة الرجل في وقت واحد.

الفرع الثاني:

مبررات استعمال الحق في التعدد:

إذا نحن حاكمنا الموضوع محاكمة منطقية بعيدة عن العاطفة، وجدنا للتعدد حسناته وسيئاته، و حسناته ليست في التعدد في حد ذاته، فما من شك أن وحدة الزوجية أولى وأقرب إلى الفطرة، و أحسن إلى الأسرة، و أدعى إلى تماسكها، و تحاب أفرادها، و من أجل ذلك كان هو النظام الطبيعي الذي يفكر الإنسان المتزوج العاقل في العدول عنه إلا عند الضرورات، و تتمثل هذه الأخيرة في ما يلي:

1- الضرورات الاجتماعية:

أ- نقص الرجال على النساء:

1 - أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ج 2، مادة [عدد]، ص 1464.
 2 - أحسن زقور، (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، 2004، ص 68.
 3 - سورة النساء، الآية 03.

كما هو الحال في كثير من البلدان كشمال أوروبا، فإن النساء فيها في غير أوقات الحروب و ما بعدها تفوق الرجال بكثير، إذ أصبحت نسبة النساء للرجال واحدا إلى أربعة أو إلى ستة، فقامت النساء الألمانيات بمظاهرات، يطالبن بالأخذ بنظام تعدد الزوجات، بعد أن قتلت الحرب معظم رجال ألمانيا، و بعد أن كثر اللقطاء في الشوارع و الحدائق العامة.¹

ففي هذه الحالة يكون التعدد أمرا واجبا، أخلاقيا و اجتماعيا، و هو أفضل بكثير من تسكع النساء الزائدات، عن الرجال في الطرقات لا عائل لهن و لا بيت يؤويهن، و لا يوجد إنسان يحترم استقرار النظام الاجتماعي يفضل انتشار الدعارة على تعدد الزوجات.²

ب- زيادة عدد العوانس و المطلقات و الأرامل:

قال الدكتور عبد الناصر توفيق العطار: " إن زيادة عدد العوانس و المطلقات و الأرامل في العصر الحديث، زيادة من شأنها أن تصنع بطالة في الحياة الجنسية لعدد كبير من النساء، و هذه البطالة تنتج عنها مشاكل كثيرة قد تؤدي إلى إفساد المجتمع كله و انهياره". و العنوسة من العنس، و العانس من الرجال و النساء، هو الذي يبقى دون زواج، و عنست المرأة إذا كبرت و عجزت في بيت أبويها،³ فمن أسباب العنوسة عزوف الشباب عن الزواج لأسباب عديدة،⁴ قد يكون منها توفر الفرص للالتقاء بالنساء خارج إطار الزواج ومسؤولياته، أو قد تكون مسؤوليات الزواج وتكاليفه عندما لا يجد الشباب المسكن المناسب،

1 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 169.

2 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3 - العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط 1، 2013، ص 264.

4 - عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية و الاجتماعية و القانونية، مؤسسة الرسالة، دمشق بيروت، 1976، ص 38-39.

وإن وجده لا يجد ما يدفع مهراً، إلى غير ذلك من تكاليف تجعله يعزف عن الزواج، وإضافة إلى ذلك امتناع الآباء عن تزويج بناتهم إلا من طبقة اجتماعية أو انتماء قبلي معين.¹

أما زيادة الأرمال والمطلقات فيمكن أن تحدث لأسباب منها: أن مؤسسة الزواج أو الأسرة لم تعد لها احترامها ومكانتها فيكثر الطلاق، أما الترميل فهو نتيجة الأحداث والحوادث من حروب وغيرها، ومن أسباب الترميل أيضاً أن النساء يعشن في المتوسط أكثر من الرجال، لما يتعرض له الرجل من مخاطر في حياته.²

2- الضرورات الشخصية:

تظهر جلية في دوافع الشخص للتعدد، ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

أ- عقم الزوجة:

قد يظهر بعد الزواج أن المرأة مصابة بالعقم، أي أنها لا تنجب، وحب الأولاد غريزة في النفس،³ وهنا يفوت على الزوج غرض أساسي، ومقصد سام، من مقاصد الزواج، وهو طلب الذرية، لأن قدرة الزوج على التناسل غير محدودة، أما قدرة المرأة فلها حد لا تتعداه،⁴ وفي هذه الحالة لا خيار من أحد أمرين، إما أن يتزوج عليها ثانية ويبقيها في عصمته، ويجب عليه العدل، وإما أن يضطر لطلاقها، ليحقق ما يصبو إليه من الذرية،⁵ ومن الإكرام للمرأة العقيم أن تزوج زوجها بأخرى، وتبقى هي في كنف زوجها، يرعاها و يوفيه حقوقها

1 - مازن مطبقاني، الزواج مثني و ثلاث و رباع الأسباب و الضوابط، دون دار نشر، د م ن، ط 1، 2005، ص 27.

2 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3 - محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 72.

4 - عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 14، 1997، ج

1، ص 53.

5 - عبد الله الطيار، العدل في التعدد، دار العاصمة، الرياض، 1992، ص 12.

ث- شدة كره الزوج لزوجته:

عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يُكْتَرُ أَنْ يَقُولَ: ((اللَّهُمَّ ثَبِّتْ قَلْبِي عَلَى دِينِكَ))، فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تَخَافُ عَلَيْنَا وَقَدْ آمَنَّا بِكَ، وَصَدَّقْنَاكَ بِمَا جِئْتَ بِهِ، فَقَالَ: ((إِنَّ الْقُلُوبَ بَيْنَ إصْبَعَيْنِ مِنَ أَصَابِعِ الرَّحْمَنِ عَزَّ وَجَلَّ يُقَلَّبُهُ)).¹ بحيث لا ينفع معه علاج التحكيم، و الطلاق الأول ولا الثاني، و فترة العدة التي تستغرق ثلاث أشهر، فيجد نفسه مختار بين طلاقها، أو إمساكها مع تزوجه بأخرى، و لعل الحل الثاني هو الحل الأصح.²

ج- كثرة سفر الزوج:

إن كثرة أسفار الزوج، وإقامته في بلد آخر وحيدا قد تطول فهل يتخذ زوجة يعيش معها بطريقة مشروعة أو يترك الرجل ليقع في الخطأ؟ إن بعض الرجال ينتقل عمله من بلد إلى آخر فتأبى زوجته الانتقال معه وهو لا يريد مفارقتها فهل يتركها وأطفالها بالطلاق أو تبقى على نمته يزورها ويؤدي واجبه نحوها.³

ح- رغبة الرجل في الاقتران بامرأة أحبها:

ثمة مناسبات تجعل الرجل يتعرف إلى امرأة ما وبخاصة المجتمعات التي فيها قدر من الاختلاط، أو سمع بمزاياها وقد لا تكون لزوجته مثل هذه المزايا فيرغب في الزواج منها، فحرصاً على عفافه والتزامه الطريق السليم يتقدم للأخرى، فهل يكون من الإنصاف للأولى أن يطلقها أو أن يحاول الوصول إلى المرأة الأخرى خارج نطاق الزواج.⁴

1 - ابن ماجه، مرجع سابق، ج 2، رقم 3834، ص 1260.

2 - مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار الوراق، بيروت، ط 7، 1999، ص 71.

3 - المرجع نفسه، ص 71.

4 - مازن مطبقاني، مرجع سابق، ص 29.

خ- دافع القوة الجنسية:

قال عز و جل: { زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ }¹ التي لا يكتفي معه بزوجته، إما لكبر سنهما، و إما لزيادة فترة الحيض أو النفاس، أو الحمل، و ما أشبهها، فإن كان زوجا صبورا فلا توجد مشكلة، أما إذا لم يستطع معها صبورا، فالأولى به أن يسلك الطريق المشروع و يتزوج ثانية، أحسن من الوقوع في المحذور مع امرأة أخرى و تضييع حقوقها و حقوق أولادها، و هذا ما تقضي به مبادئ الأخلاق و العدالة.² و هناك أسباب كثيرة في هذا الصدد نكتفي بهذا القدر.

الفرع الثالث:

شروط استعمال الحق في التعدد:

سنبين في هذا الصدد الشروط الشرعية للتعدد (1) و الشروط القانونية (2)

1- الشروط الشرعية:

أباح الإسلام التعدد بنص الكتاب المنزل في قوله تعالى: { فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا }³ لكنه قيده بضوابط و شروط منعا من التعسف في استعمال الحق، في أربعة شروط لا يجوز أن يُقدم عليه المسلم ما لم تتحقق:

أ- العدد:

1 - سورة آل عمران، الآية 14.

2 - مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص 71.

3 - سورة النساء، الآية 03.

نظام تعدد الزوجات كان معروفًا قبل الإسلام، لكنه غير محدود بعدد معين،¹ ف جاء الإسلام وأدخل عليه إصلاحًا جذريًا، وقيد العدد بأربع نسوة، لا يحل بحال من الأحوال الزيادة عليهن،² فلا يجوز لمسلم يؤمن بالله ربًا، وبمحمد نبيًا ورسولًا، أن يجمع في عصمته وقت واحد أكثر من أربع نسوة،³ و لو حتى في عدة مطلقة، فإن أراد أن يتزوج بخامسة فعليه أن يطلق إحدى زوجاته الأربع، و ينتظر حتى تنقضي عدتها ثم يتزوج بمن أراد،⁴ وذلك لما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال أن غيلان الثقفي أسلم و له عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه و سلم، أن يتخير أربعًا منهن ، فذل ذلك على أن الزيادة على الأربع لو كانت حلالًا لما أمره النبي عليه الصلاة و السلام بمفارقتهن، فذل على أن منتهى العدد المشروع هو الأربع، و لأن في الزيادة على الأربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بحقوقهن.⁵

و الإسلام لم يبيح للمرأة أن تتزوج بأكثر من رجل واحد، و ذلك أن الفطرة السوية و الدوق البشري، يأبيان تعدد الأزواج، لأن المرأة هي موضع النسل، و لو شرع لها التعدد، كما شرع للزوج، لأدى ذلك إلى اختلاط الأنساب، و هو أمر واقع في تعدد الأزواج، و الشرع أعطى القوامه على الأسرة للزوج، و لو كان للزوجة أكثر من زوج لاضطرب نظام الأسرة.⁶

ب- القدرة المالية:

هي طاقة الزوج ووسعه في توفير المتطلبات اللازمة لزوجاته و أولاده، من سكن و لباس و أكل و شرب و علاج، و غيرها، مما تستوجبه الحياة الكريمة،⁷ وتشمل النفقة: الطعام،

1 - عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 54.

2 - عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، مدار الوطن، السعودية، ط 2، 2012، ج 5، ص 42.

3 - عبد الله الطيار، مرجع سابق، ص 19.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 165.

5 - مشعل بن مطلق بن مقلد العنبي، مرجع سابق، ص 126.

6 - العربي بختي، مرجع سابق، ص 266-267.

7 - صالح بوبشيش، (أحكام تعدد الزوجات)، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، 2004، ص 122.

والشراب، والكسوة، والمسكن، وما يلزم له من أثاث يناسب المرأة، وذلك متروك للعرف، حسب الزمان، والمكان، والأشخاص، فإن لم يكن الراغب في التعدد مستطيعاً للنفقة فلا يجوز له الإقدام عليه، لأن النفقة على الزوج واجبة بالإجماع،¹ المستند إلى قوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}.² فلا يحل شرعا الإقدام على الزواج إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج و تكاليفه،³ لقوله عليه الصلاة و السلام: (مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمُ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ، فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ).⁴

ت - العدل بين الزوجات:

هذا الشرط صريح في الآية التي أباحته التعدد: { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً }.⁵ وقوله أيضا: { وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا }.⁶ قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ((مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَحَدُ شِقَيقِيهِ مَائِلًا)).⁷

والعدل المطلوب هنا هو ما كان المسلم مستطيعاً له، قادراً على تحقيقه، و هو العدل بين الزوجات في المأكل، والمشرب، والملبس، والمسكن، والمبيت، والمعاملة،⁸ أما العدل في

1 - عبد الله الطيار، مرجع سابق، ص 19.

2 - سورة النساء، الآية 134.

3 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 168.

4 - أبو داود سليمان السجستاني، ج 2، رقم 2016، ص 219.

5 - سورة النساء، الآية 03.

6 - سورة النساء، الآية 129.

7 - علي الخراساني، مرجع سابق، ج 7، رقم 3942، ص 63.

8 - عبد الله الطيار، مرجع سابق، ص 20.

الميل القلبي و الوطاء فإن الرجل لا يقدر عليه، و لهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: عَنْ عَائِشَةَ، قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَفْسِمُ فَيَعْدِلُ، وَيَقُولُ: ((اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي، فِيمَا أَمْلِكُ فَلَا تَلْمَنِي، فِيمَا تَمْلِكُ، وَلَا أَمْلِكُ))،¹ قَالَ أَبُو دَاوُدَ: يَعْنِي الْقَلْبَ.

ث - أن لا يكون الجمع بين من يحرم الجمع بينهما:

هناك من النساء من يحرم الجمع بينهما، و هو ما نصت عليه المادة 30 فقرة 6 من قانون الأسرة الجزائري المعدل، فلا يجوز بحال من الأحوال أن يجتمعن في عصمة رجل واحد، مثل الأخوات، والجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع، وهذا محل إجماع عند أهل العلم، فإذا عزم المسلم على الزواج بأكثر من واحدة، وجب ألا تكون الثانية، ممن تحرم عليه، لقوله عليه الصلاة والسلام: ((عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، نَهَى عَنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ يُجْمَعُ بَيْنَهُنَّ: الْمَرْأَةَ وَعَمَّتِهَا، وَالْمَرْأَةَ وَخَالَتِهَا))².

و عليه فإن الشريعة الإسلامية جعلت التعدد بيد المرأة و ليس بيد الرجل، فالرجل لا يمكنه أن يجبر المرأة على أن تكون زوجته، بل يتم ذلك بإرادتها و اختيارها، و هي الوحيدة بموافقتها التي يمكنها أن تجعل من التعدد واقعا قائما، فلها أن توافق إن أرادت بحريتها واختيارها، و لها أن ترفض إن أرادت بحريتها و إرادتها.³

و الخلاصة أن التعدد مباح، ولكنه ليس مطلقاً، بل إنه تقيد بالأربع زوجات، والعدل بينهما، والخوف من يقع في الجور بمعاملته لهن، فإن خاف الجور فليقتصر على واحدة.

1 - أبو داود سليمان السجستاني، مرجع سابق، ج 2، رقم 2134، ص 242.

2 - علي الخراساني، مرجع سابق، ج 6، رقم 3291، ص 97.

3 - شمس الدين، مرجع سابق، ص 102.

2- الشروط القانونية:

بداية يجب الإشارة إلى أن هناك من القوانين العربية من تسمح بممارسة التعدد دون قيد أو شرط، و وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي من بينها، الكويت، المملكة العربية السعودية، اليمن، لبنان، السودان، و هناك من القوانين العربية من تمنع التعدد منعاً باتاً و ترتب عليه جزاءً، و لا نجد في هذا الصدد إلا القانون التونسي.¹

غير أنه هناك من القوانين العربية من تسمح بالتعدد لكن بضوابط و شروط نذكر منها، القانون المغربي،² الذي قيده بشرط العدل، و يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها، و في حالة عدم اثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي، فلا يجيزه القاضي، والقانون السوري³ أيضاً الذي قيده بوجوب الحصول على إذن مسبق من القاضي، بعد التأكد من قدرة الزوج على الانفاق، و توفر المسوغ الشرعي. أما القانون العراقي⁴ فقد نص على أنه: " لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

¹ - الفصل 18، [نصح بالقانون عدد 70 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 وأضيفت إليه الفقرات 3 و 4 و 5 بالمرسوم عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 20 فيفري 1964 المصادق عليه بالقانون عدد 1 لسنة 1964 المؤرخ في 21 أبريل 1964]

" تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام ويخطبة قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبات ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون.

ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجاً على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957 المؤرخ في 1 أوت 1957 والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية ويبرم عقد زواج ثان ويستمر على معاشرته زوجته الأولى.

ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين".

² - أنظر في ذلك المواد 40-46 من القانون المغربي.

³ - المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية السوري، لسنة 1975.

⁴ - المادة الثالثة فقرة 4 و 5 و 6 و 7، من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188، لسنة 1959 و تعديلاته.

ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

5- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

6- كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين 4 و 5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما.

7- استثناء من أحكام الفقرتين 4 و 5 من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أيضاً قيد استعمال حق التعدد بشروط، حيث نصت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم، على أنه: " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

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

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

يستخلص من هذه المادة، أن المشرع الجزائري و بمقتضى التعديل الجديد، قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه فرض جملة من الضوابط و الشروط لا يمكن إبرام الزواج إلا من خلالها و هي:

أ- المبرر الشرعي:

استعمل المشرع الجزائري عبارة " المبرر الشرعي " دون تعريفه أو بيان ما يدخل في نطاقه، و هو ما يجعل الأمر موكل للسلطة التقديرية لرئيس المحكمة، في تقدير ما يعتبر

شرعياً من عدمه.¹

نحن نرى أن المبررات الشرعية لا يمكن حصرها لأنها تختلف باختلاف الأشخاص وباختلاف الزمان و المكان، و لعل ما نراه أقوى المبررات الشرعية هو المرض المزمن، والعقم، كما نص عليها المنشور الوزاري رقم 84-102، بتاريخ 23-12-1984، و اكتفى لإثبات المبرر الشرعي شهادة طبية، لطبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة أو مرضها العضال، و صدر منشور وزاري آخر تحت رقم 14 بتاريخ 22-08-1985، ليوسع من مفهوم المادة الثامنة [08]، قبل التعديل، و أعطى السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص بالزواج من ثانية، و هو خارج الحالتين السابقتين [العقم و مرض العضال]، في المنشور الأول، ومع هذا نجد أن هاذين المنشورين بقيا طي النسيان، ولا يتم العمل بهما، ويبقى المبرر الشرعي يطرح التساؤل عن مفهومه.

ب- نية العدل:

هو ما سبق التطرق إليه في الشروط الشرعية للتعدد و ما يمكن أن نضيفه في هذا الصدد، هو تقديم الزوج للإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الإيجار و كشف الراتب أو السجل التجاري، و غيرها، أو أن يصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي.²

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين لنا الإجراءات التي يتم بها إثبات نية العدل، شفويا أو في قالب مكتوب؟.

¹ - مقابلة شخصية مع: عمارة جافي، رئيس محكمة سكيكدة، بمحكمة سكيكدة، 3 ماي 2015.

² - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 112.

ت- إخبار و موافقة الزوجة السابقة و اللاحقة:

يجب على الزوج إخبار الزوجتين طبقاً لنص المادة، و الهدف من إخبار الزوجتين هو عدم تفاجئ الزوجة الأولى و الثانية، أو هما معاً، و أول تساؤل تبادر إلى أذهاننا جميعاً، كيف يتأكد رئيس المحكمة من موافقتهما هل يتم شفويًا أم برسالة؟

هذا ما بينه لنا رئيس محكمة سكيكدة عمار جافي، بأنه يتم التأكد من موافقتهما في مكتبه، و لا يشترط حضور الزوجتين معاً، فيمكن أن تقابله كل زوجة لوحدها، و أول ما يقوم به هو طلب بطاقة التعريف من الزوجة للتأكد من هويتها، لأنه قد يحصل و أن يحظر الزوج امرأة أخرى لتبدي موافقتها، و بعد التأكد من الهوية يخبرها بأن زوجها سيتزوج ثانية، فإن رفضت، يحرم الزوج من الترخيص، و إن قبلت دون ذلك في انتظار قبول الزوجة الثانية، و التي يخبرها بنفس الطريقة السابقة فإن قبلت أعطى له الترخيص، و إن رفضت، فلا ترخيص، و حسب قوله فنادراً ما تقبل الزوجتان فإذا قبلت الثانية لا تقبل الأولى، و إذا قبلت الأولى لا تقبل الثانية، و أنه هناك حالة واحدة فقد مرت عليه و رخص فيها بالتعدد بناءً على قبول الزوجتين معاً و توفر باقي الشروط.¹

وعليه يتضح لنا أن حق التعدد بكل ضروراته و شروطه متوقف على قبول الزوجتين وخاصة الزوجة السابقة.

ث- القدرة المالية على الإنفاق:

يمكن لرئيس المحكمة أن يرفض إعطاء الإذن بالتعدد حتى و لو قبلت الزوجتان إذا رأى عدم قدرة الزوج على الإنفاق على أسرته الأولى و أولاده مع قلة مرتبه.²

1 - عمارة جافي، رئيس محكمة سكيكدة، مرجع سابق.

2 - المرجع نفسه.

ج- تقديم الشهادة الطبية:

التي تثبت الخلو من الأمراض التي قد تشكل خطراً على الحياة الزوجية.¹

ح- الحصول على رخصة من القاضي المختص:

بعد تأكد رئيس المحكمة من توفر المبرر الشرعي، و توافر الشروط الشرعية من القدرة على الإنفاق، و العدل بين الزوجات، و بعد إخبار الزوجتين الأولى و الثانية و موافقتهما، يحرر القاضي الإذن بالتعدد، لأن الناس خصوصاً الجهلة أسأؤوا استعمال رخصة التعدد المأذون بها شرعاً لغايات إنسانية كريمة، لكن تولى المخلصون دحض مثل هذه الشبهات لأسباب معقولة.²

و منه و مما سبق نرى أن تأكد القاضي من توافر الشروط في الحالة المعروضة عليه ليست من أحكام الشريعة الإسلامية، إلا شرط إقامة العدل بين الزوجين، و هذا لا يمكن إثباته إلا بعد الزواج بالثانية، و هو أمر ديني لا يترتب على عدم توافره بطلان الزواج الثاني، و بالنسبة لشرط ضرورة موافقة الزوجة الأولى، و إعطاء القاضي السلطة التقديرية، في تسجيل الزواج الثاني، هذان الشرطان سيؤديان إلى كثرة حالات الزنا و انتشار الزواج العرفي، و الأولاد غير الشرعيين.³

إذا كانت هذه الشروط بمثابة حدود وقيود على إباحة التعدد فإن ذلك يعني أن هذه الإباحة ليست مطلقة بل مقيدة بما تنقيد به جميع الحقوق في الشريعة الإسلامية وهو مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 154-06 صادر في 11 ماي 2006، المحدد لكيفيات تطبيق المادة السابعة مكرر، ج ر عدد 31، بتاريخ 14 ماي 2006، يتضمن 8 مواد متعلقة بالموضوع، زيادة على نموذج للشهادة الطبية.

² - حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره، رسالة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010، ص ص 61-62.

³ - شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 84.

الفرع الرابع:

تطبيق معايير التعسف على حق الزوج في التعدد و حق الزوجة في منحه

الموافقة بذلك:

متى نكون بصدد التعسف في استعمال الحق في التعدد؟ و هذا ما سنبينه من خلال تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على حق الزوج في التعدد و حق الزوجة في إعطاء الموافقة بذلك في ما يلي:

1- إذا وقع بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير:

أباح الإسلام التعدد، لضرورات اجتماعية و شخصية ذكرناها سابقا، فإن كل خروج عن المصلحة المشروعة من إباحة التعدد هو التعسف بعينه، فالذي يتزوج بامرأة ثانية قاصدا الإضرار بزوجه الأولى و مستيقنا عدم قدرته على العدل و الإنفاق، مخالفته للمقاصد التي شرع من أجلها التعدد.¹ لأن إباحة التعدد مشروط بعدم الإضرار، لذا فكل من أقدم عليه قاصدا الإضرار فقد تعسف في استعمال حقه، و هذا الفهم مأخوذ من قوله تعالى: { فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً }.²

فهناك حالات يتم فيها الزواج لا لشيء سوى تلبية لمقاصد الزوج الذاتية، و مصالحه الآتية، المبنية على الأنانية و حب النفس، و لو على حساب الطرف الآخر فيحدث أن يتزوج الرجل بأخرى انتقاما من زوجته و إذلالا لها، فلا هي في حكم الزوجة التي تجب لها الحقوق على زوجها، و لا هي مطلقة تبحث عن حياتها و سعادتها مع زوج آخر، فنجد

¹ - حميد مسرار، (تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي - رؤية حقوقية-)، مجلة الفقه و القانون، العدد 3، 2013، ص 9. أنظر أيضا: أحمد فهمي أبو سنة، (نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي)، على موقع:

<http://www.alukah.net/sharia/0/2551> ، 20 أبريل 2015، 10: 12.

² - سورة النساء، الآية 03.

الزوج قد بلغ السبعين أو الثمانين من عمره متزوج من فتاة لم تبلغ العشرين بعد، فبدل أن يحقق التعدد مقاصده المشروعة يكون سببا لمشاكل أسرية و اجتماعية لا حصر لها.¹

يقول الشيخ ابن محمود: " إن بعض هؤلاء متى استجد أحدهم نكاح امرأة، ووقعت في نفسه موقع الحظوة والرغبة، أقبل عليها بكليته ووحدها باتصاله وصلته، وقطع صلته بالأولى، وقطع نفقته عليها وعلى عياله منها، حتى يدعها معلقة لا هي ذات زوج و لا مطلقة، فيتضاعف عليها الضرر من كل الحالات، لعجز الزوج عن القيام بكفاءة المرأتين لا في البيت ولا في المبيت ولا في النفقة. و إن هذا يستحق أن لا يُسمح له بالتعدد لعجزه عن القيام بواجبه، و لإخلاله بشرطه".²

رأى الدكتور محمود الشافعي: " إذا كان اقتران الزوج بأخرى - بدون رضا الأولى - إضرارا كان هذا الاقتران -بالضرورة- حراما لأن كل إضرار حرام و هذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء لأنه مخالف لكتاب الله و سنته و إجماع المسلمين، و قد فعل إضرارا، و ارتكب حراما حين تزوج بأخرى بدون رضا الأولى و إن صحابته و تابعيهم، من جاء بعدهم كذلك فعلوا الإضرار و ارتكبوا الحرام و هذا ما لا يتصوره مسلم يؤمن بالله و رسوله.

إن المقرر أن الضرر الممنوع في هذا الصدد في قوله صلى الله عليه و سلم: ((لا ضرر و لا ضرار))³، هو فعل ما لا يجوز شرعا.⁴

يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري جاء بموقف معتدل فلا هو منع التعدد و إنما قيد منه، منعا لتعسف الأزواج، من التعدد بقصد تحقيق مصلحة قليلة كإشباع رغبات جنسية عارضة، أو تحقيق مصلحة مالية مرتقبة، مقابل الضرر الذي لحق بزوجه الأولى وأولادها، فكم من زوج تزوج بأخرى دون علم الأولى، و تركها مهملة معرضة للعوز و الإهمال و لم

1 - صالح بوبشيش، أحكام تعدد الزوجات، مرجع سابق، ص 139.

2 - عبد الله الطيار، مرجع سابق، ص 46.

3 - سبق تخريجه.

4 - طاهري حسين، مرجع سابق، ص ص 123-124.

ينفق عليها و لا على أولادها، و يرجع ذلك للفهم الخاطئ الذي فهمه الأزواج لحق التعدد، مما أدى إلى كثر التعسف و الظلم و تعدد الضرر.¹

تجدر الإشارة أن الزوجة أيضا قد تحرم زوجها من استعمال حقه في التعدد، رغم تقديمه لكامل الملف، بجميع الضوابط المنصوص عليها باستثناء الموافقة، لأن من الزوجات من تتعسف في عدم منح الموافقة،² فتحرم غالبية النساء أزواجهن من التعدد، رغم تفریطهن في واجباتهن الزوجية، فمنهن من تصارع المرض، وأخريات حُرمن من الذرية، ومع ذلك ترفضن "الضرة"، هذا الرفض يجعل الرجال يتحايلون على القانون وعلى الزوجة الأولى، وحتى على الثانية لتحقيق رغبتهم. وتظن الزوجة الأولى أن رفضها سيكبح جماح زوجها، وأن المحاكم ستنصرها، إذا ما تزوج دون إعلامها، لكن ما تجهله كثيرات أن المحاكم تسجل وبطريقة عادية الزواج الثاني، حتى ولو كان عرفيا خاصة بوجود الأطفال،³

لهذا يجب على القاضي أن يتدخل بما له من سلطة تقديرية في الفصل في هذا الإشكال فبيحث في مدى تعسف الزوجة السابقة، في استعمال حقه هل كان الرفض لمبرر شرعي أم لا؟ و إذا توافرت كل الشروط، و رفضت الزوجة دون توافر المبرر الشرعي سوى الغيرة العمياء، جاز للقاضي أن يرخص بالتعدد.⁴

1 - طاهري حسين، مرجع سابق، ص ص 124-125.

2 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 114.

3 - نادية سليمان، جريدة الشروق، 18-11-2012، على موقع:

<http://www.echoroukonline.com/ara/articles/147973.html>، 15 ماي 2015، 23:55.

4 - عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012، ص ص 26-27.

الفرع الرابع:جزاء التعسف في استعمال الحق في التعدد:

نصت المادة 08 مكرر على أنه: " في حالة التدليس¹ يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق." و المادة 08 مكرر 1، على أنه: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه."

من خلال استقراء هاتين المادتين يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد فرض جزاءً صريحا على مخالفة القانون، فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة الأولى بأنه مقبل على الزواج بامرأة ثانية، و بعدم إخبار المرأة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما لم ينحل بعد، و يتمثل هذا الجزاء في معاقبة الزوج المخالف عقوبة تتمثل في إعطاء كلا الزوجتين السابقة واللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد موطن الزوج ضمن دائرة اختصاصها لتطلب الحكم بالتطليق، إذا كان الزوج لم يخبر كليهما بوضعيته الحقيقية.

جاء في قرار المحكمة العليا: " من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقائها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت العشرة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.²

¹ - التدليس في المفهوم القانوني يقصد به استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو يثير الغلط في ذهن المتعاقد، فيعيب الإرادة و مؤدى هذا التدليس يسبب عيبا يشوب الإرادة هذا العيب هو الغلط الذي يولد التدليس.

أنظر في ذلك: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 41.

² - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-02-1991، ملف رقم 75588، م ق، 1993، العدد 4، ص 78.

اعتبرت المحكمة العليا زواج الزوج دون علم زوجته،¹ أو عدم العدل بينها و بين باقي الزوجات،² و الهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات،³ يشكل الضرر المعتبر شرعا بالنسبة لها يعطيها الحق في طلب التظليق.

لكن في حالة مرور مدة من الزمن هل يسمح القانون لإحدى الزوجتين رفع الدعوى؟ ما نلاحظه هو وجود فراغ قانوني يتمثل أولا في عدم وجود المدة الزمنية المتاحة لرفع الدعوى وثانيا في حالة الرضا ابتداء ثم النكول عن ذلك، هل يعتبر الرضا الأولي مسقط لحق في رفع الدعوى القضائية؟

و أما ما يتعلق بوجود الحصول على رخصة من رئيس المحكمة، فإن الجزاء الذي يفرضه القانون في مثل هذه الحالة سيكون هو فسخ عقد الزواج الثاني الذي يكون قد وقع إبرامه وعقده بدون رخصة في حالة ما قبل الدخول، وما يعاب على هذا الجزاء هو سكوته عن حالة بعد الدخول.

وبما أن الأغلبية من الأزواج المقبلين على التعدد، يتم فيه استهلاك الزواج الثاني وهذا ما يجعل أمر مخالفة الرخصة القضائية دون جدوى، وبالتالي الفسخ المقرر للقاضي يمكن تجاهله تماما وذلك بمجرد الدخول بالزوجة الثانية.

ومن جهة أخرى، منح المشرع للقاضي الحق في فسخ عقد لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ولكن يعتبر تعديا على الحريات الشخصية فيما يتعلق بحقوق الأفراد المقررة لصالحهم وخذشا لسلطان الإرادة في إبرام العقود وخاصة إذا كانت هذه العقود لا تخالف النظام العام و الآداب العامة، وبما أن هذين المفهومين مستمدين من الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، فلا مجال لإقحام القاضي في أمور مشروعة ومباحة.

1 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 26-09-1995، ملف رقم 122443، ن ق، 1999، العدد 55، ص 171.

2 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12-07-2006، ملف رقم 356997، م م ع، 2006، العدد 2، ص 441.

3 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11-02-2009، ملف رقم 480240، إ ق، 2009، عدد 1، ص 279.

المبحث الثاني:

التعسف في استعمال حقوق الزوجة:

أعطى الشرع و القانون حقوقا للزوجة بمقتضى عقد الزواج، من بينها حقها في النفقة، (المطلب الأول)، و حقها في العمل، (المطلب الثاني)، فإذا كانت هذه الحقوق مقررة للزوجة بموجب الشرع و القانون فمتى تكون الزوجة متعسفة في استعمالها؟؟ و هل يعقل أن يتعسف الزوج بمنع زوجته من استعمال حقها ؟ متى يكون ذلك؟

المطلب الثاني:

صور التعسف في استعمال الحق في النفقة:

نص المشرع الجزائري في المادة 37 فقرة 1 من ق.أ.ج قبل التعديل على أنه: " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها " غير أن المشرع الجزائري ألغى هذه الفقرة، بعد التعديل سنة 2005، بعد أن كانت تنص صراحة على هذا الحق، و نجده قد أعطى للزوجة الحق في النفقة عندما جعلها واجبة على الزوج، فما هو واجب له فهو حق لها، و ذلك في نص المادة 74 ق.أ.ج " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة...".

ما يؤكد ذلك قوله تعالى: { الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ }¹.

قوله أيضا: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ (6) لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ

¹ - سورة النساء، الآية 134.

وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا¹.

قوله عليه الصلاة والسلام: ((عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ هِنْدَ بِنْتَ عُتْبَةَ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَلَيْسَ يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَالِدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ وَهُوَ لَا يَعْلَمُ، فَقَالَ: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَالِدِكَ، بِالْمَعْرُوفِ»))².

مما سبق يتبين لنا جليا أن الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، منحا للزوجة الحق في النفقة وفق شروط و ضوابط محكمة، و أول ما يطرح في ذهن القارئ في هذا الصدد متى تكون الزوجة متعسفة في استعمال حقها؟ و هل يعقل للزوج أن يتعسف و يمنع عنها ممارسة هذا الحق؟ متى يكون ذلك؟

و هذا ما سنوضحه من خلال تقسيمنا لهذا المطلب إلى خمسة فروع: بدءاً بتعريف النفقة (الفرع الأول)، و مجال و شروط استعمالها (الفرع الثاني)، و مشمولاتها و طرق تقديرها (الفرع الثالث) و تطبيق معايير التعسف عليها (الفرع الرابع) و جزاء التعسف في استعمالها (الفرع الخامس).

¹ - سورة الطلاق، الآيتان 06-07.

² - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، مرجع سابق، ج 7، رقم 5364، ص 65.

الفرع الأول:

تعريف النفقة:

1- لغة:

(تَفَقَّ) النُّونُ وَالْفَاءُ وَالْقَافُ أَصْلَانِ صَحِيحَانِ، يَدُلُّ أَحَدُهُمَا عَلَى انْقِطَاعِ شَيْءٍ وَدَهَابِهِ، وَأَنْفَقَ الرَّجُلُ: افْتَقَرَ، أَيِ ذَهَبَ مَا عِنْدَهُ.¹ و أنفق مالاً: صرفه و أنفده،² على نفسه وعلى عياله.³

2- اصطلاحاً:

يطلق لفظ النفقة على كل ما يحتاج إليه المرء لإقامة حياته من ضروريات الحياة،⁴ وتشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة و هذا ما جاء في نص المادة 78 ق.أ.ج.

والنفقة فرض عين أي ليس لها حد معين، و إنما هي مقدرة بالكفاية من ناحية الكمية، وبالقدرة المالية للمنفق،⁵ و هذا استناداً إلى قوله تعالى: { لِيُنْفِقُ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن

1 - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج 5، ص 454. أنظر أيضاً: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مرجع سابق، ج 1، ص 316.

2 - أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ج 3، ص 2260. و أنظر أيضاً: إبراهيم مصطفى و آخرون، مرجع سابق، ج 2، ص 942.

3 - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، مرجع سابق، ج 26، ص 433.

4 - العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط1، 2013، ص

111.

5 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا¹.

الفرع الثاني:

مجال و شروط استعمال الحق في النفقة:

مادامت الحياة الزوجية قائمة و مستمرة، فهي واجبة على الزوج نحو زوجته، حتى ولو كان فقيرا و الزوجة غنية،² فتستعمل الزوجة حقها في النفقة حسب رأي الجمهور إذا حدث التمكين والاستمتاع الكامل بها، ليس بالعقد عليها، و حسب رأي الحنفية أن سبب استحقاق الحق في النفقة هو العقد الصحيح، و الاحتباس،³ ولهذا فصغر المرأة الذي يجعلها عاجزة عن القيام بالأمر الزوجية، أو نشوزها عن طاعة زوجها دون مبرر شرعي يحرمها من هذا الحق ولا مجال بالمطالبة به و استعماله،⁴ نص قانون الأسرة في هذا الصدد في المادة 74 السابقة الذكر على أنه: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة...".

باستقراء هذه المادة نرى أن المشرع الجزائري قد أوجب على الزوج أن ينفق على زوجته، إذا دخل بها، أو دعته إلى الدخول بها و لم يحصل، و لها دليل على ذلك، وبمفهوم المخالفة يحق للزوجة استعمال حقها في النفقة إذا دخل بها دخولا فعليا أو حكما إذا دعته إلى ذلك ببيينة. و ما يؤكد ذلك أيضا قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه: " إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة و لو حكما....."⁵.

1 - سورة الطلاق، الآية 07.

2 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 146.

3 - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار حامد، عمان، ط 1، 2009، ص 227.

4 - عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 172.

5 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10-02-1986، ملف رقم 39394، ن ق، 1988، العدد 44، ص 151.

و عليه تجب النفقة للزوجة على زوجها إذا توافرت الشروط التالية:¹

1- العقد الصحيح:

يجب أن يكون الزواج صحيحا شرعا، استوفى أركانه طبقا للمادة 9 و 9 مكرر، فالعقد الباطل أو الفاسد لا يترتب عليهما أي حكم من أحكام النفقة، فالزواج في العقد الباطل أو الفاسد وجب فسخه، و لا يمكن اعتبار الزوجة محبوسة لحق الزوج.²

نصت المادة 32 ق.أ.ج على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد". و المادة 33 من نفس القانون: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يبطل قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فإذا تم العقد بين الزوجين ثم تبين أن العقد كان فاسدا كأن يتزوج امرأة و يتبين أنها أخته من الرضاعة فلا نفقة عليه، فإن أنفق عليها بحكم القاضي كان له حق الرجوع بما أنفق عليها، لأنه كان يعطيها النفقة مقابل الاحتباس و التسليم في عقد صحيح ثم تبين فساد العقد، و إن كان يعطيها النفقة من تلقاء نفسه، ثم تبين فساد العقد فلا يرجع عليها بما أنفق لأنه متبرع.³

2- صلاحية الزوجة للاستمتاع و المعاشرة الزوجية و القيام بالواجبات الزوجية:

إذا كانت الزوجة صغيرة، لا تقدر على و طء و لا على خدمة بيتها، فهي لا تحقق أهداف الزواج و مقاصده و بالتالي لا تجب لها النفقة. لأن المشرع يشترط فيها سن 19 سنة

¹ - عبد الله عبد الرحمن السعيد، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2012، ص 112.

² - أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج و الطلاق، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2012، ص 121.

³ - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، مرجع سابق، ص 230.

في نص المادة 07 ق.أ.ج المعدل و المتمم، و التي جاء فيها: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..".

كما لو كانت أيضا مريضة مرضا شديدا أو مرض الموت، يتعذر به تحقيق الاستمتاع فليس لها نفقة قبل الدخول و هو قول المالكية و الشافعية في أصح أقوالها، في حين ذهب الحنفية إلى أن الزوج إذا احتبس الصغيرة، و أسكنها معه للاستئناس بها، وجبت لها النفقة الزوجية.¹

كما لا تجب النفقة على الزوجة التي بها عيب يمنع من المعاشرة الزوجية، كالرتق مثلا، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن لها النفقة، لأنه يمكن الاستمتاع بها، في حين ذهب المالكية إلى أن الزوجة التي بها عيب يمنع من الوصول إليها كالرتق لا نفقة لها إلا إذا كان الزوج عالما بعيبها واستمتع بها بغير وطء.²

وعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية و خروجها من بيت زوجها دون إذن أو مبرر شرعي، يسقط حقها في النفقة.³

3- التمكين التام من نفسها:

على الزوج أن ينفق على زوجته إذا دعي إلى البناء بها و سلمت نفسها إليه، بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، سواء تم الوطء التام أو لم يتم لضعف الزوج جنسيا،⁴ بأن تخلي الزوجة مع زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها،

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 345.

² - جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، مرجع سابق، ص 234.

³ - المرجع نفسه، ص 236.

⁴ - المرجع نفسه، ص 343.

أو من قبل غير الزوج،¹ أما في حال رفضت الزوجة الدخول أو رفضت الانتقال إلى بيته بعد العقد الصحيح فتعتبر ناشزا و لا تجب لها النفقة.²

الفرع الثالث:

مشمولات النفقة و طرق تقديرها:

نصت المادة 78 ق.أ.ج³ على أنه: " تشمل النفقة: الغداء و الكسوة و العلاج، والسكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".
و المادة 79 ق.أ.ج التي جاء فيها: " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره بعد مضي سنة من الحكم ".
و عليه فمن مشتملات النفقة ما يلي:

1- نفقة الطعام:

تشمل الطعام و الشراب على حسب حال الزوج أو يسره أو عسره، لقوله تعالى:

{ يُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا }⁴.

جاء في تأويل قوله تعالى: { مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ }⁵ إن أعلى ما يطعم الرجل أهله الخبز و اللحم، و أوسط ما يطعم الرجل أهله الخبز و الزيت، و أدنى ما يطعم

1 - أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 121.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 343.

3 - هو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 24، و قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 71، حيث أضافا عنصرا آخر للنفقة و هو خدمة الزوجة التي يكون لأمثالها معين.

4 - سورة الطلاق الآية 07.

5 - سورة المائدة، الآية 189.

الرجل أهله الخبز و اللبن، أما الدهن فلأنه لا يستغنى عنه خصوصا في ديار الحر فهو من أصل الحوائج كالخبز.¹

أما الشريبي من الشافعية فقد حدد جنس الطعام بقوله: " إن جنس الطعام هو غالب قوت البلد، أي بلد الزوجين من حنطة أو شعير أو الأرز أو الذرة أو التمر، حتى يجب الأقط و اللحم، في حق أهل البوادي الذي يعتادونه".²

ويجب في النفقة تسليم الطعام، و أجاز الحنفية و المالكية دفع الثمن أو النقود عنه لتتفق نفسها.³

2- نفقة الكسوة:

مما يجب على الزوج أيضا من مشمولات النفقة، كسوة الزوجة بإجماع أهل العلم،⁴ وهي ما تحتاج إليه من ثياب بما يتناسب و حالة الزوج المادية، و منزلته الاجتماعية مع مراعاة عرف البلد المقيم به الزوجان.⁵

ما يؤكد ذلك قوله عليه الصلاة و السلام: ((وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ))⁶ و هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه.⁷

¹ - محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار اليازوري، الأردن، عمان، 2010، ص 56.

² - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشريبي، مرجع سابق، ج 5، ص 153.

³ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 125.

⁵ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 58.

⁶ أبو داود سايمان السجستاني، مرجع سابق، ج 2، رقم 1905، ص 186.

⁷ - أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 125.

وقد نص الفقهاء في الشريعة الإسلامية على أن الواجب الأصلي كسوتان في كل سنة، أحدهما للصيف و الثاني للشتاء فكما تحتاج إلى الطعام و الشراب تحتاج إلى اللباس، لستر العورة و لدفع الحر و البرد.¹

3- نفقة المسكن:

يعد السكن أو بدل الإيجار من مشمولات النفقة،² فالزوجة من حقها أن تطالب بسكن حتى و لو لم تحتفظ بهذا الحق في عقد الزواج.³

دليل ذلك ما جاء في قوله تعالى: { أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ }⁴ فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي على عصمة زوجها أولى، و قوله أيضا: { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }⁵ فمن المعروف أن يوفر لها مسكن.⁶

ويشترط أن يكون المسكن مما يليق بها، سواء كان ملكا له أو استأجره أو استعاره، وليس له أن يشرك غيرها معها في السكن لأنها ستتضرر بذلك، و لا تأمن على متاعها و يمنعها ذلك من تمام المعاشرة و الاستمتاع مع زوجها، لأن راحة الزوجة في مسكنها حق من حقوقها، و هي لا تجد هذه الراحة إذا شاركها في السكنى أهل زوجها.⁷

جاء في المادة 26 من ق.أ.ش العراقي على أنه: " ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضررتها في دار واحدة بغير رضاها، و ليس له إسكان أحد أقاربه معها، إلا برضاها سوى ولدها الصغير غير المميز".

1 - محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص 59.

2 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-04-2010، ملف رقم 554808، م م ع، 2010، العدد 1، ص 241.

3 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03-03-1971، رقم الملف غير موجود، ن ق، 1972، العدد 2، ص 35.

4 - سور الطلاق، الآية 06.

5 - سورة النساء، الآية 19.

6 - أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 126.

7 - محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص 62.

و نصت المادة 69 من ق.أ.ش السوري: " ليس للزوج إسكان أحد من أقاربه مع زوجته سوى ولده الصغير غير المميز إذا ثبت إيذاؤهم لها ".

4- نفقة العلاج:

من باب معاشررة الزوجة بالمعروف، و من باب المودة و الرحمة بين الزوجين، لقوله تعالى: { وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }¹ و قوله أيضا: { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }² كما نصت المادة 04 من ق.أ.ج على أنه: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون وإحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

فوجب عليها على زوجها نفقات الطبيب و العلاج والولادة، فكانت حاجتها إلى العلاج أولى من حاجتها إلى الطعام، فوجب عليه حفاظا على صحتها،³ لأنه ليس من المودة و الرحمة ولا المروءة، أن يترك الزوج زوجته تعاني أمام عينه من مرضها دون أن يعرضها على الطبيب.⁴

5- ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة:

أحسن المشرع الجزائري عندما نص في المادة 78 المذكورة أعلاه على هذا العنصر، مما يفهم أن العناصر المذكورة أعلاه هي على سبيل المثال لا الحصر، لاتساعه و شموله على عناصر أخرى قد أهملها المشرع الجزائري، تتماشى مع التطور و التقدم المعيشي، منها نفقات التعليم، و نفقات الخدم إذا كان الزوج ميسور الحال ماديا، والزوجة ممن يخدم أمثالها،

1 - سورة النساء، الآية 19.

2 - سورة الروم، الآية 21.

3 - أحمد علي جرادات، مرجع سابق، ص 128.

4 - محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص 70.

فإن كانت من وسط تخدم فيه الزوجات أنفسهن فلا يلزم الزوج بالخادمة.¹

كما يعتبر من الضروريات في عرف مجتمعنا، الزينة و أدواتها التي تتضرر المرأة بتزكها، مثل الكحل و الحناء، و الماكياج، أي بما تقتضيه العشرة الزوجية بالمعروف، و قال بعض المالكية، ليس عليه أجره المزينة و الماشطة، إلا إذا اشترطتها الزوجة في عقد الزواج.²

تجدر الإشارة أن ق.أ.ج قد ألزم القاضي الذي سيصدر الحكم بالنفقة بأن يراعي الحالة الاقتصادية و الاجتماعية و ظروف المعيشة للطرفين، عندما يقدر مبلغ النفقة التي سيحكم بها لطالباها، فالقانون قد منح القاضي سلطة واسعة في مجال تقدير النفقة، و تبذوا مهمته في ذلك صعبة، و تسهل عليه إذا حكم ضميره، و اعتمد على حال الطرفين و ظروف المعاش، وهذا التقدير قال به جمهور الفقهاء، من الحنفية و المالكية و الحنابلة.³

حيث يرى مالك ابن أنس رضي الله عنه، " أنها غير مقدرة بالشرع، و أن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج و حال الزوجة، و أن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة و الأزمنة والأحوال"، و قال أيضا: " الاعتبار بقدر حال المرأة و حال الزوج في يسره و اعساره".⁴

فمن المقرر فقها و قضاءً، أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا، ثم حال مستوى المعيشة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.⁵

كما أن النفقة المحكوم بها للزوجة، لا تقبل المراجعة إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ صدور الحكم.

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 346-347.

2 - المرجع نفسه، ص 347.

3 - أنظر في ذلك: عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 107. و سليمان ولد

خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 2010، ص 97.

4 - بلقاسم شتون، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، د م ن، د ت ن، ص 626.

5 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-02-1987، ملف رقم 44630، م ق، 1990، العدد 3، ص 55.

الفرع الرابع:

تطبيق معايير التعسف على حق النفقة:

1- إذا كان الغرض منه تحقيق مصلحة غير مشروعة أو بقصد الإضرار بالغير:

لا خلاف بأن للزوجة الحق في النفقة، و أن الزوج من واجبه الإنفاق عليها، كما اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يدفع الزوج على امرأته ما يجب لها عليه من النفقة و الكسوة، أو دفع إليها أقل من كفايتها، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه، بإذنه أو بغير إذنه.¹ بدليل قوله عليه الصلاة و السلام: ((خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ، بِالْمَعْرُوفِ))².

غير أن هذا الحق مقيد بعدم الإضرار، و بمراعاة قدرة الزوج المادية بالمعروف، فإذا استعملت الزوجة هذا الحق بقصد الإضرار بزوجها بتبذير و إسراف ماله و عدم المحافظة عليه، و صرفه في أمور و أشياء غير أساسية، أو غير مشروعة، ك شراء لباس لا يليق بها، و يخل بسمعتها، أو أن تطلب الزوجة من القاضي أن يزيد قيمة النفقة، دون مبرر مشروع، رغم إنفاق الزوج عليها، فكان استعمال حق النفقة في غير الغاية التي شرع لها، وهو عين التعسف لما قد يلحق ذلك من أضرار بالزوج، خاصة إذا كان فقيرا أو متوسط الدخل.

تجدر الإشارة أن الزوج يكون متعسفا إذا أهمل زوجته و امتنع عن الإنفاق عليها، باعتباره المكلف شرعا بالنفقة، لكونه شحيح أو بخيل، و بدون مبرر شرعي،³ رغم يسر حاله، و قدرته المادية، فمجرد الامتناع مع القدرة، يعد قرينة على قصد الإضرار بها و التضييق عليها، فعليه ألا يكون سيء النية في ذلك، فينفق على زوجته من غير إسراف أو تقتير، و من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي.⁴

1 - نور الدين أبو لحية، للمرأة على الرجل في الزواج الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2007، ص 62.

2 - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، مرجع سابق، ج 7، رقم 5364، ص 65.

3 - بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 146.

4 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22-02-2000، ملف رقم 237148، م ق، 2001، العدد 1، ص 284.

الفرع الخامس:جزاء التعسف في استعمال الحق في النفقة:

إذا أساءت الزوجة استعمال النفقة كانت ملزمة بتعويض ما نشأ عن الإساءة من أضرار ويجوز القاضي تعزيرها، كما يجوز له أن يمنعها من قبض نفقتها، ويفوض غيرها في الإنفاق عليها طبقا لما هو مقرر في الحجر على السفية.¹

و إذا امتنع الزوج عن الإنفاق الواجب عليه لزوجته بدون مبرر شرعي كانت ديننا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وبذلك يكون من حق الزوجة أن تطلب من القاضي حبسه ليوفيقها حقها،² فإذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا استوجب تطبيق العقوبة عليه طبقا للمادة 330 ق.ع.ج التي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، و لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه و أصوله و فروعه، و ذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

و يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و لا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حال من الأحوال...".³

و عليه يجب على الزوجة أن ترفع دعوى أمام المحكمة المختصة تلزم فيها الزوج بدفع

1 - بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 92.

2 - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

3 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، (ج ر رقم 84) ، ص 24.

النفقة المستحقة قانوناً، و يشترط أن يكون هذا الحكم نافذاً،¹ و من ثم يتعين أن يصل الحكم إلى الزوج عن طريق التبليغ حسب الأشكال ووفق الشروط المقررة في قانون الإجراءات المدنية، فإذا رفض تنفيذه و استمر في امتناعه لمدة أكثر من شهرين من يوم انقضاء مهلة 15 يوم المحدد في التكليف بالوفاء،² فإنه من حق الزوجة المحكوم عليها بالنفقة أن تتوجه بشكاية إلى وكيل الجمهورية مصحوبة بنسخة تنفيذية من الحكم، الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، و بمحضر امتناع عن التنفيذ يحرره العون المكلف بالتنفيذ.³

وسوء النية مفترضة في جنحة عدم تسديد النفقة، كما يتبين ذلك في الفقرة الثانية للمادة

331 ق.ع.ج.⁴

فإذا تحققت المحكمة من توافر كل العناصر المذكورة في المادة 331 ق.ع.ج يمكن لها أن تحكم بإدانتها و يصدر حكم قضائي يقضي بالحكم على الزوج بجنحة عدم تسديد النفقة، و يطبق عليه الجزاء،⁵ وهو الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج.

كما يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق طبقاً لأحكام المادة 53 فقرة 1 التي جاء فيها: "

يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.."

1 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، ط 15، 2012-2013، ج 1، ص 178.

2 - المرجع نفسه، ص 182.

3 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 109.

4 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 185.

5 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص 110.

تجدر الإشارة أن الزوجة لا يمكنها أن تطلب التطلق إلا إذا توافر لديها نسخة من الحكم الذي قضى بحقها في النفقة، و نسخة من محضر الامتناع عن التنفيذ من قبل الزوج، على أساسهما يحكم لها القاضي بالتطبيق و يخلصها من الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج، و إهمال زوجته رغم قدرته على الإنفاق عليها مما ألحق بها الضرر.¹ و يمكن لها أن تستفيد من النفقة المقررة بموجب القانون الجديد، المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

كما يجب أن ننبه في هذا الصدد إلى أن الزوجة قد تتعسف في استعمال حقها في طلب التطلق للإعسار، الذي اعترض الزوج مؤقتاً، رغم اعتياده على الإنفاق عليها لما كان ميسوراً مادياً، فقد يكون سببه خفياً، و لكن المرأة تتذرع بعجز الزوج عن الإنفاق و خاصة إذا كان لديها دخل مادي يكفيها لحين يسار الزوج.² هو الأمر الذي دعى عدداً من الفقهاء القدامى إلى القول بعدم جواز التفريق للإعسار، درءاً لوقوع إساءة استعمال الحق.³

¹ - يمكن للزوجة أن تستفيد من صندوق النفقة، طبقاً للمادة 2 فقرة 3 من قانون إنشاء صندوق النفقة على أنه: " المستفيد أو الدائن بالنفقة: الطفل و الأطفال المحضون، ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، و كذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة". فيتم دفع المستحقات المالية للزوجة من هذا الصندوق إذا امتنع الزوج عن تنفيذ الحكم القضائي، وحرر المحضر القضائي محضر الامتناع عن التنفيذ، و هو ما قضت به المادة 03 من نفس القانون، و التي جاء فيها: " يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك، أو لعدم معرفة محل إقامته، يثبت تعذر التنفيذ بموجب محضر يحرره محضر قضائي".

أنظر في ذلك: القانون رقم 15-01، المؤرخ في 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، (ج ر عدد 1 المؤرخة في 7 يناير 2015)، ص ص 7-8.

² - عيبر ربحي شاكرا القدومي، مرجع سابق، ص 133.

³ - المرجع نفسه، ص 134.

المطلب الثاني:صور التعسف في استعمال الحق في العمل:

أعطى القانون الجزائري للمرأة الجزائرية الحق في العمل، عملاً بمبدأ المساواة بين المواطنين، و أنه لا تمييز بينهم في توفير فرص العمل، في نص المادة 51 من القانون الدستوري التي جاء فيها: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون".¹

كما أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تشتت العمل في عقد الزواج في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 التي جاء فيها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم يتتافى مع أحكام هذا القانون ". ولا يوجد رأي فقهي يقرر عمل المرأة خارج بيتها دون إذن زوجها.²

غير أنه إذا اشترطت المرأة على الرجل عند عقد الزواج عدم منعها من العمل أو الاستمرار فيه، أو كانت تعمل وسكت عن ذلك، فقد اختلف الفقهاء في مدى إلزام الزوج الوفاء بهذا الشرط على عدة أقوال فذهب الحنفية أن هذا الشرط فاسد ملغى، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل، و إلا اعتبرت ناشزا، و ذهب المالكية أن هذا الشرط صحيح، ولكنه مكروه، ولا يلزم الوفاء به ولكن يستحب، وبالتالي فللزوج أن يمنع زوجته من العمل، فإن رفضت رغم منعه لها اعتبرت ناشزا، أما الشافعية رأوا أن مثل هذا الشرط لا قيمة له؛ لأن النفقة عندهم إنما تجب بالتمكين التام، لا بالعقد، وأن هذا العمل يترتب عليه خروجها من البيت بغير إذن الزوج، و تعتبر ناشزا.³

¹ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية رقم 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدل ب: القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

² - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 208-2009، ص 466.

³ - المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بينما يرى الحنابلة أن هذا الشرط ملزم للزوج، بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد، فيجب على الزوج الوفاء بهذا الشرط، ولا يحق له أن يمنعها من العمل، فإن أراد منعها فلم تمتنع فلا تكون ناشزة بناء على هذا الشرط، إذ ليس فيه إخلالا بالطاعة الواجبة عليها، ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً.¹

تجدر الإشارة أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن للمرأة عملاً أساسياً ووظيفة لا جدال فيها هي القيام على شؤون الأسرة ورعايتها وتربية النشء.

و عليه إذا كان القانون الجزائري قد منح للزوجة الحق في ممارسة العمل برضا زوجها إذا اشترطت عليه ذلك، فمتى تكون متعسفة في استعمالها هذا الحق؟ و إذا كان من حق الزوج أن يرجع عن موافقته في الإذن لزوجته بالعمل فمتى يكون متعسفا بذلك؟ هذا ما سنوضحه من خلال تقسيمنا لهذا المطلب إلى خمسة فروع: بدءاً بتعريف العمل (الفرع الأول)، و مجال استعمال هذا الحق (الفرع الثاني)، و شروطه (الفرع الثالث) وتطبيق معايير التعسف عليه (الفرع الرابع) و جزاء التعسف في استعماله (الفرع الخامس).

الفرع الأول:

تعريف العمل:

سننترق في هذا الفرع إلى تعريف العمل في اللغة و في الاصطلاح (1) و إلى استعمالاته في القرآن الكريم (2)

1- لغة:

(عَمِلَ) الْعَيْنُ وَالْمِيمُ وَاللَّامُ أَصْلٌ وَاجِدٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ عَامٌّ فِي كُلِّ فِعْلٍ يُفْعَلُ.²

¹ - محفوظ بن صغير، مرجع سابق ص 468.

² - أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، مرجع سابق، ج 4، ص 145.

والعمل المهنة و الفعل، و الجمع أعمال، عَمَلَ عَمَلًا، و أَعْمَلَهُ غَيْرُهُ و استعمله، و اعتمل الرَّجُلُ عمل بنفسه، و العُمَالَةُ بالضم، رزق العامل الذي جُعِلَ له على ما قُلِّدَ من العمل.¹ عَمَلَ الرَّجُلُ: بمعنى مهن "عمل نجارًا، طبيبًا، مهندسًا". أي مارس نشاطًا وقام بجهد للوصول إلى نتيجة نافعة "عمل بنظام، عمل على إرضاء والده، عمل للصالح العام"، و يُعْمَلُ بالقانون يطبَّق ويُنفَّذ، و يعمل عن بُعد يمارس العمل عن طريق حاسوب في بيته متّصل بمكان عمله.²

2- اصطلاحا:

استنادا إلى التعريف اللغوي يمكن أن نعرف العمل بأنه: كل ما يبذل من جهد إنساني سواء من الرجل أو المرأة، فكريا كان أو فنيا أو جسمانيا، في مقابل أجر.

3- استعماله في القرآن الكريم:³

للمعمل عدة معاني في القرآن الكريم نذكر منها:

- أ- العمل بمعنى الفعل الصالح في قوله تعالى: { وَبَشِّرِ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ }.⁴
- ب- العمل بمعنى الصناعة في قوله تعالى: { وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ }.⁵
- ت- العمل بمعنى الأخرى في قوله تعالى: { قُلْ كُلٌّ يَعْمَلُ عَلَى شَاكِلَتِهِ }.⁶

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، المجلد 4، ج 35، ص ص 3106-3107.

² - أحمد مختار عبد الحميد عمر، مرجع سابق، ج 2، ص 1554.

³ - أنظر في ذلك: مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، مرجع سابق، ص ص 83-84.

⁴ - سورة البقرة، الآية 25.

⁵ - سورة الصافات، الآية 96.

⁶ - سورة الإسراء، الآية 84.

الفرع الثاني:

مجال استعمال الحق في العمل:

إن قضية عمل المرأة قد تكلم فيها الفقهاء قديماً بمفهوم مغاير عن المفهوم الحالي، إذا كان الإسلام قد جعل الرجل هو المسؤول عن الأسرة بالإنفاق عليها و توفير متطلباتها المالية، فإن المرأة ليست في حاجة إلى العمل إلا عند الضرورة، ذلك أن الأصل هو استقرار المرأة في بيتها، لقوله تعالى: { وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى }¹ و لا تخرج إلا لحاجة تقتضيها أو لضرورة قائمة، فأجاز لها أن تخرج إذا لم يكن لها من الرجال من يقوم بهذا العمل بدلا منها.²

كما يجوز لها الخروج إلى العمل إذا كانت ضرورة خاصة أو ضرورة اجتماعية أو مصلحة من ذلك، كتمريض النساء و تطبيبهن، و توليدهن، كي لا تضطر المرأة لكشف عورتها أمام الرجال إلا في حالة الضرورة كعدم وجود طبيبة أنثى أو عجز الطبيبة عن مداواة المريضة، و كذا تعليمهن و ما إلى ذلك من الأمور التي تحتاج إليها النساء في مجتمعهن.³

كما أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تشتت العمل في عقد الزواج في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 التي جاء فيها: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم يتنافى مع أحكام هذا القانون".

يفهم من هذه المادة في هذا الصدد، أن مجال استعمال الحق في العمل في قانون الأسرة

¹ - سورة الأحزاب، الآية 33.

² - خيرى أبو العزائم فرجاني، حقوق المرأة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة، د د ن، دم ن، د ن، ص 88. على موقع: <http://saaid.net/book/19/12859.pdf>.

³ - فاطمة عمر نصيف، حقوق المرأة وواجباتها في ضوء الكتاب و السنة، د د ن، دم ن، ط1، 2010، ص 128.

الجزائري يتحدد بمجرد اشتراط ذلك في عقد الزواج برضا الزوج، و يستوي أن تعمل المرأة للضرورة أو لغير الضرورة.

الفرع الثالث:

شروط استعمال الحق في العمل:

إن الإسلام لا يمنع عمل المرأة مادامت تؤدي ذلك العمل في حدود و شروط نجمها في ما يلي:

- 1- أن يأذن لها زوجها بالعمل، باعتباره صاحب القوامة في الأسرة،¹ لقوله تعالى: { الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ }.²
- 2- أن لا يكون هذا العمل الذي تزاوله صارفا لها عن الزواج الذي حث عليه الإسلام وأكده، أو مؤخرا له دون حاجة.³
- 3- أن لا يكون العمل صارفا لها عن الإنجاب بحجة الانشغال بالعمل، لقوله تعالى: { وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ }.⁴
- 4- أن لا يستغرق العمل جهدها ووقتها، يجعلها تقصر في حق بيتها و زوجها و أولادها، وترجع مرهقة من العمل طيلة النهار خارج بيتها.⁵
- 5- أن يكون عملها مشروعا أي متفقا مع كتاب الله و سنة نبيه، كالبيع و الشراء و التعليم و الطب و الدعوة إلى الله.
- 6- أن يتفق عملها مع طبيعتها و أنوثتها و خصائصها البدنية و النفسية مثل الأعمال

1 - نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، بحث مقدم لجائزة نايف عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية و الدراسات الإسلامية المعاصرة، د م ن، ط1، 2006، ص 895.

2 - سورة النساء، الآية 34.

3 - نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، المرجع السابق، ص 895.

4 - سورة النحل، الآية 72.

5 - حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية، السعودية، ط 1، 1420هـ، ص 512.

المشروعة المذكورة سابقا.¹

7- أن تخرج للعمل باللباس الشرعي الساتر لجميع جسدها، بأوصافه و شروطه، لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ وَبَنَاتِكُمْ وَنِسَاءَ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا }.² و أن لا تبدي زينتها، لقوله تعالى: { وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ }.³

8- أن لا تخلوا بالرجل الأجنبي و لا تزاحمه، و أي عمل يقوم على الاختلاط و الخلوة فإن الإسلام يحرمه و يمنعه،⁴ لقوله تعالى: ((لَا يَخْلُونَ رَجُلًا بِامْرَأَةٍ، وَلَا تُسَافِرَنَّ امْرَأَةٌ إِلَّا وَمَعَهَا مَحْرَمٌ)).⁵

9- أن تؤدي عملها في وقار و حشمة، حتى تكون بعيدة عن مهاوي الفتنة، وسوء الضن.⁶

الفرع الرابع:

تطبيق معايير التعسف على حق الزوجة في العمل و حق الزوج في الرجوع عن

الإذن بذلك:

1- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير:

يتحقق ذلك إذا زاولت المرأة أعمالا غير مشروعة في أماكن مشبوهة و غير محترمة،

¹ - زيد محمود لعقائلية، (حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية)، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 8، ص 413.

² - سورة الأحزاب، الآية 59.

³ - سورة النور، الآية 31.

⁴ - فاطمة عمر نصيف، مرجع سابق، ص 129.

⁵ - محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، مرجع سابق، ج4، رقم 3006، ص 59.

⁶ - خيربي أبو العزائم فرجاني، مرجع سابق، ص 88.

كالمراقص و الملاهي، و التمثيل، و الغناء، و بيع الخمر، أو الأماكن التي قد تتحتم عليها الخلوة بأجنبي عنها، أو السفر لمدة طويلة، و خاصة إذا لم تستر عورتها، و تظهر بصورة المتبرجة التي تدعو إلى الفتنة، و عليه يصبح عملها غير مشروع خارج عن الغاية المقصودة منه،¹ و تعسفي من عدة وجوه، لما قد يلحق بالزوج و الأبناء من أضرار كتشويه السمعة، و إلحاق العار.

❖ إن بعض الرجال قد يتعسف في استعمال الحق الذي أعطاه إياه الشرع في إباحة الرجوع عن الإذن لزوجه بالعمل خارج المنزل، و هذه قرينة على قصد الإضرار بها، خصوصا و أنه وافق لها ابتداءً،² و في هذا قال بدران أبو العينين بدران: " إن كثيرا من الرجال يتزوجون المحترفات رغبة في استثمارهن، حتى إذا عجزوا عن تحقيق هذه الرغبة طلبوا إليهن ترك العمل بقصد الإضرار".³

كأن يكون مقصده من التراجع عن الإذن بعملها ليس مصلحة الأسرة، أو مصلحة الزوج نفسه بتحصيل التمكين و إنما أراد معنى آخر غير معتبر شرعا و ليس حقا له، مثل قصده الإضرار و النكاية بالمرأة،⁴ أو بقصد التضيق عليها، كأن تكون مرتبطة بعقد مع مؤسسة أو هيئة معينة على العمل مدة محددة، ثم يطلب منها الزوج الانقطاع عنه، مما قد يترتب عليه تغريمها أو معاقبتها قانوناً لعدم الالتزام بالعقد.⁵

أو تقويت مكافأة نهاية الخدمة عليها، أو الراتب التقاعدي، أو من أجل أن يساومها على المعاوضة على الإذن، أو للمساومة على بعض الحقوق الواجبة عليها لتسقطها و نحو ذلك من الأغراض الممنوعة.⁶

1 - بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 94.

2 - عيبير ربحي شاكرك القدومي، مرجع سابق، ص 141.

3 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 243.

4 - محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 468.

5 - ليندا حامد ملكاوي، (التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية)،

دراسات علوم الشريعة و القانون، المجلد 40، العدد 1، 2013، ص 148.

6 - عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، د د ن، الرياض، ط 1، 2011، ص 52.

و هذا التعسف محرم شرعا و ما يذل على ذلك قوله تعالى: { وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ }¹ و لقوله أيضا: { وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ }².

2- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير:

يتحقق ذلك إذا قصرت الزوجة في واجباتها الزوجية، لإهمالها لأبنائها، إذ يفقد الابن حنان الأم و رعايتها، حيث ينشأ في حالة اضطراب نفسي، مما يؤدي إلى انحرافهم في السلوك لانعدام الرعاية و الإشراف، أو كحاجة الابن أو الزوج لها عند المرض و ملازمة الفراش،³ و عدم تسليمها الكامل لزوجها، بسبب بقاءها في العمل طيلة النهار و عودتها ليلا، أو دوام عملها ليلا أو بعضا منه، مما أدى إلى رجوع الزوج عن إذنه لها بالعمل،⁴ وتمسك بعملها في البيت، و رفضت هي البقاء فيه، فعدم امتثالها لأوامر زوجها في هذه الحالة هو تعسف، و خروج عن الطاعة بغير حق يعتبر نشوزا.⁵

بهذا يكون عملها قد تعارض مع مصلحة الأسرة و الأولاد، و هذا لا يمنع من رجوع الزوج عن إذنه لزوجته بالعمل.⁶ لأنها بذلك تجاوزت حدود حقها في الخروج، و قصرت فيما فرض عليها، و المجاوزة أشد خطرا من التعسف.⁷ و عليه فتشيت و تضييع أسرة و إهمالها هو أشد ضررا من الخروج للعمل، فكان الضرر الذي ألحقته الزوجة بأسرتها أكبر من المصلحة التي قد تحققها من خروجها للعمل.

1 - سورة النساء، الآية 19.

2 - سورة الطلاق، الآية 6.

3 - بلبولة بختة، مرجع سابق، ص 95.

4 - بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 241.

5 - العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 204.

6 - نقض مدني سوري، 23-05-1968، رقم 211. نقلا عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،

مرجع سابق، ص 353.

7 - عبيد ربحي شاكر القدومي، مرجع سابق، ص 141.

الفرع الخامس:

جزاء التعسف في استعمال الحق في العمل:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على جزاء تعسف الزوجة في استعمال حقها في العمل وترك ذلك لأحكام الفقه الإسلامي طبقاً لنص المادة 222 من نفس القانون، و اكتفى بإعطاءها الحق في اشتراط مزاولتها للعمل طبقاً لنص المادة 19 السابقة الذكر.

لكن إذا لم تشترطه الزوجة في عقد الزواج، واشترط الزوج عليها ترك عملها، و لم توف بهذا الشرط، و عملت رغم رفض الزوج له، فإن الرأي الغالب في الفقه المعاصر أن الزوج يمكن أن يمنع عنها النفقة.¹ و تعتبر ناشزاً، و تعوضه إذا طلقها، طبقاً لنص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نصت على أنه: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر".

بالرجوع إلى القانون المصري نجده نص على جزاء تعسف الزوجة في استعمال حقها في العمل و عدم امتثالها لطاعة زوجها بالامتناع عن العمل و هو سقوط حقها في النفقة، في الفقرة الخامسة من المادة الأولى التي جاء فيها: " لا يعتبر سبباً لسقوط نفقة الزوجة خروجها من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع مما ورد به نص، أو جرى به عرف، أو قضت به الضرورة و لا خروجها للعمل المشروع، ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط منسوب بإساءة استعمال الحق، أو مناف لمصلحة الأسرة، و طلب منها الزوج الإمتناع عنه".²

و هو نفس الجزاء الذي ذهب إليه القانون السوري حيث نص في المادة 143 منه: " يسقط

¹ - سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 100. أنظر أيضاً: نور الدين أبو لحية، قبل الحب و الزواج ماذا تعرف عن الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009، ص 160.

² - قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم 25 لسنة 1925، المعدل بالقانون 100 لسنة 1975.

حق الزوجة في النفقة إذا عملت خارج البيت دون إذن زوجها صراحة أو ضمناً، وبعد سكوته بعد علمه بعملها في أثناء الخطبة إذنا لها في العمل لا يسقط حقها في النفقة".¹
 أما موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني من المنع. جاء في المادة 68 بعد التعديل ما نصه "تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت النفقة بشرطين".
 أ - أن يكون العمل مشروعاً.

ب - موافقة الزوج على العمل صراحة، أو دلالة، ولا يجوز له الرجوع عن موافقته إلا لسبب مشروع ودون أن يلحق بها ضرراً .

وبهذا نرى أن قانون الأحوال الشخصية الأردني قد راعى حق كل من الزوجين في المسألة، فأجاز للزوج أن يعترض على زوجته العاملة ويمنعها من الاستمرار في العمل إذا أثبت أن عملها أضر بحقوقه الزوجية، أو بمصالح الأسرة ضرراً يتجاوز الضرر الواقع عليها بترك الوظيفة، وكان قد هياً لها مسكناً شرعياً فيه كل المتطلبات الزوجية، في حين أنه راعى حق الزوجة، ومنع الزوج من حرمانها من العمل إذا كان الضرر الواقع عليها أكبر من الضرر الذي لحق بالزوج، وكان عملها مشروعاً، فإنه في مثل هذه الحالة يكون الزوج متعسفاً في استعمال حقه، ولا تعتبر الزوجة ناشراً بخروجها للعمل، وكذا الزوجة إذا أصرت على عملها وكان في إصرارها على العمل ضرر أكبر من النفع الذي يعود عليها من العمل تكون متعسفة، وتعتبر إذا خرجت ناشرة ولا نفقة لها، لا سيما أنها غير مكلفة بالإنفاق على نفسها، ويترتب على عملها ضرر بالأسرة كلها.

أما جزاء تعسف الزوج يعتبر سبباً لإلغاء الرجوع عن الإذن و وجوب النفقة عليه، فإن تقرير أن هذا التصرف تعسف، من الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى تأمل و إثبات و نظر إلى مقاصد و مآلات الأفعال، و لذا فإنه مردود للقاضي إذا ثبت عنده التعسف صحّ منه الحكم بلزوم النفقة مع العمل، و إلغاء تراجع الزوج عن إذنه لها بالعمل، فيكون حكمه بذلك من باب معاملة الزوج بنقيض قصده.²

¹ - قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2009.

² - عبد السلام بن محمد الشويعر، مرجع سابق، ص 53.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة الحق في طلب التظليق إذا أخل الزوج بالتزاماته التعاقدية، و خالف الشروط المتفق عليها في عقد الزواج و من هذه الشروط عمل المرأة، في الفقرة 9 من المادة 53.

في نهاية هذا الفصل نخلص إلى القول أن لنظرية التعسف في استعمال الحق تطبيقات بعد قيام الرابطة الزوجية، و لها دور بارز في استعمال حقوق الزوج، من حق في التأديب وحق في التعدد، و استعمال حقوق الزوجة من حق في النفقة و حق في العمل.

الأختان

خاتمة:

من خلال بحثي و دراستي في هذا الموضوع المعنون بالتعسف في استعمال الحق في قضايا الزواج توصلت إلى النتائج و الملاحظات التالية:

1- نظرية التعسف في استعمال الحق لم توجد من العدم، حيث ظهرت جذورها في القانون الروماني وانتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم، كما عرفها الفقه الإسلامي، وأسهم بنصيب وافر بصياغتها، غير أنها اختفت ربحاً من الزمن بسبب انتشار المذهب الفردي ثم عادت واستقرت بالفقه والقضاء الفرنسي في العصر الحديث، وأخذت بها القوانين الحديثة، ومنها القانون المدني الجزائري في المادة 124 مكرر.

2- لهذه النظرية أسس ومعايير تقوم عليها و ضوابط تحكمها، وتطبيقها يستوجب بالضرورة ترتيب الجزاء على من يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً.

3- يكون أحد الخاطبان متعسفاً في استعمال حقه في التعارف، إن كان غرضه الإضرار بالطرف الآخر، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو مصلحة قليلة بالنسبة للضرر اللاحق بالطرف الآخر.

4- يكون أحد الخاطبين متعسفاً في استعمال حقه في العدول إذا كان غرضه من ذلك تشويه سمعة الطرف المعدول عنه، و التماطل عن إتمام الزواج، والعدول دون سبب معقول من أجل السفر أو الحصول على وظيفة، أو كأن يعدل أحدهما من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال، أو الجاه أو غيرهما، فكان جزاء العدول التعسفي هو الحكم بالتعويض للطرف المتضرر طبقاً للمادة 2/5 ق أ ج.

5- يكون الولي متعسفاً في استعمال حقه، إذا امتنع عن تزويج من في ولايته للرجل الكفء و بمهر المثل و كان امتناعه بدون سبب، في حال تكررت خطبتها، و تكرر الرفض من وليها، لغير مصلحة شرعية، و كانت هي ترغب بالزواج ممن تقدم لها، كأن يمنعها من الزواج لتقوم بخدمته و خدمة أولاده إذا لم تكن له زوجة، أو ليستثمرها استغلالاً لمرتبها، فإن القاضي هنا يأمره أن يزوج فإن رفض حرمة من ممارسة حقه و زوج عليه.

6- يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه في التأديب إذا اختلت شروطه، كأن حدث و أن انتفت حالة النشوز، أو كان سيء القصد، وابتغى بالتأديب تحقيق مصلحة غير مشروعة بعدم احترامه لتدرج وسائل التأديب أو هجرها لمدة تفوق 4 أشهر، أو بقصد الإضرار بها ضررا فاحشا، بأن كان ضربه مبرحا، فللزوجة الحق في طلب التظليق طبقا للمادة 53 فقرة 10 و يكيف تحت "الضرر المعتبر شرعا"، والمادة 53 فقرة 3، للهجر في المضجع لمدة تتجاوز الأربعة أشهر، كما تقوم المسؤولية الجنائية ضده طبقا للمادة 264 ق.ع.ج بجريمة الضرب و الجرح العمدي.

7- يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه في التعدد، إذا انتفت ضروراته و شروطه، وكان غرض الزوج منه الإضرار بالزوجة الأولى أو تحقيق مصلحة قليلة ذاتية و آنية كإشباع رغبات جنسية عارضة، أو تحقيق مصلحة مالية مرتقبة، مقابل الضرر الذي لحق بزوجه الأولى وأولادها.

8- في حالة تخلف شرط إخبار الزوجتين، فيحق لهما طلب الحكم بالتظليق، طبقا للمادة 08 مكرر ق.أ.ج، كما اعتبرت المحكمة العليا عدم العدل بين الزوجات، والهجر في المضجع في حالة تعدد الزوجات، يشكل الضرر المعتبر شرعا، يعطيها الحق في طلب التظليق طبقا للمادة 53 فقرة 10 ق.أ.ج. و أما ما في حالة عدم الحصول على الرخصة من رئيس المحكمة، فإن الجزاء في مثل هذه الحالة سيكون هو فسخ عقد الزواج الثاني قبل الدخول طبقا للمادة 08 مكرر 1 ق.أ.ج.

9- قد تتعسف الزوجة في عدم منح الموافقة للزوج بالتعدد، وتحرمه من استعمال حقه، رغم تقديمه لكامل الملف، بجميع الضوابط المنصوص عليها باستثناء الموافقة، رغم تفریطها في واجباتها الزوجية، فمنهن من تصارع المرض، وأخريات حُرمن من الذرية، مما أدى إلى انتشار الزواج العرفي.

10- تكون الزوجة متعسفة في استعمال حقه في النفقة، إذا استعملت هذا الحق بقصد الإضرار بالزوج بتبذير و إسراف ماله و عدم المحافظة عليه، و صرفه في أمور وأشياء غير أساسية، أو غير مشروعة، ك شراء لباس لا يليق بها، ويخل بسمعتها، أو أن تطلب الزوجة

من القاضي أن يزيد قيمة النفقة، دون مبرر مشروع، رغم إنفاق الزوج عليها، خاصة إذا كان فقيرا أو متوسط الدخل.

11- يكون الزوج متعسفا إذا أهمل زوجته وامتنع عن الإنفاق عليها، رغم يسر حاله، وقدرته المادية، فمجرد الامتناع مع القدرة، يعد قرينة على قصد الإضرار بها والتضييق عليها، فللزوجة أن ترفع دعوى لتلزمه بدفعها، فإذا امتنع عن تسديد النفقة المحكوم بها قضائيا لمدة تتجاوز الشهرين، استوجب تطبيق العقوبة عليه طبقا للمادة 330 ق.ع.ج، كما يجوز للزوجة أن تطلب التطلق طبقا للمادة 53 فقرة 1، ق.أ.ج. و أن لا تتعسف في اللجوء إلى هذا الإجراء الأخير، إذا واجه الزوج إعسار مؤقت، رغم اعتياده على الإنفاق عليها لما كان ميسورا ماديا، فقد يكون سببه خفيا، ولكن المرأة تتذرع بعجز الزوج عن الإنفاق و خاصة إذا كان لديها دخل مادي يكفيها لحين يسار الزوج.

12- يحق للزوجة العمل إذا اشترطت ذلك في عقد الزواج طبقا لنص المادة 19 ق.أ.ج، وتكون متعسفة إذا قصرت في واجباتها الزوجية، وزاولت أعمالا غير مشروعة في أماكن مشبوهة و غير محترمة، أو سافرت لمدة طويلة، و خاصة إذا لم تستر عورتها، وتظهر بصورة المتبرجة التي تدعوا إلى الفتنة، لما قد يلحق بالزوج والأبناء من أضرار كتشويه السمعة، و إلحاق العار، و هذا لا يمنع من رجوع الزوج عن إننه بالعمل، فإذا لم تمتنع فيمكن أن يمنع عنها النفقة، وتعتبر ناشزا، و تعوضه إذا طلقها، طبقا لنص المادة 55 ق.أ.ج.

13- قد يتعسف الزوج في استعمال حقه في الرجوع عن الإذن في حالة خروج الزوجة عن حدود الحق المخول لها، إذا لم يقصد من المنع مصلحة الأسرة أو الزوج، و إنما قصد الإضرار أو النكايه و التضييق عليها، فيجوز لها في هذه الحالة أن تطلب التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج طبقا لنص المادة 53 فقرة 9، ق.أ.ج.

توصيات:

من وحي هذه النتائج التي تمثل ثمرة هذا البحث المتواضع أتقدم بالاقتراحات التالية:

1- ضرورة الالتزام بحدود الشريعة و القانون في العلاقة بين الخاطبين، و تقليص فترة الخطبة بقدر الإمكان، ابتعادا من التسبب في الأضرار المادية و المعنوية التي تترتب عن العدول عنها.

2- تغيير صيغة المادة 05 لتجنب التكرار في كلمة "الخطبة" و ضبط أساس التعويض وتقييده بناءً على مبدأ التعسف في استعمال الحق، خاصة وأنه مبدأ أقر به المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني المعدل لتصبح " الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج و يجوز للطرفين العدول عنها.

إذا ترتب عن العدول التعسفي ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض".

3- إعادة إدراج المادة 12 ق.أ.ج قبل التعديل المتعلق بعضل الولي، أو تعديل المادة 11 بما يتماشى مع قيم و مبادئ و أخلاق مجتمعنا، لأن طبيعة مجتمعنا محافظ، لا يمكن أن تطبق عليه هذه المادة فلا يعقل للمولى عليها أن تختار أي شخص ليزوجها لأنها تتنافى مع عقيدتنا و أعرفنا، و الشاذ يحفظ و لا يقاس عليه، و من ثم تستمر الفتاة في استشارة وليها، و يستمر الولي في عضله، ولهذا يمكن أن نقترح بعض التعديلات في المادة 11 كالآتي:

إذا كانت إرادة المشرع متجهة إلى اعتبار حضور الولي واشتراط إنّه فعلى ذلك يكون صياغة نص المادة على النحو الآتي:

" يتولى زواج المرأة الراشدة وليها وهو أبوها، فأحد أقاربها الأولين.

إذا تعسف الولي في استعمال حقه في التزويج كأن امتنع عن تزويج من في ولايته بدون مبرر شرعي، إذا رغبت فيه و كان أصلح لها فللقاضي أن يأذن به".

أما إذا كانت إرادته متجهة إلى إلغاء أي دور للولي فتكون صياغتها على النحو الآتي:

"تتولى المرأة الراشدة عقد زواجها بنفسها، وللأولياء حق الاعتراض بطلب الفسخ عند توفر المبرر الشرعي و انعدام الكفاءة أو نقصان المهر عن مهر المثل".

4- وضع نص خاص بحق الزوج في تأديب زوجته مع بيان مجال استعمال هذا الحق وشروطه و جزاء التعسف في استعماله.

5- تعديل المادة 08 من ق.أ.ج الخاصة بتعدد الزوجات، بتوضيح مفهوم المبرر الشرعي وما يدخل في نطاقه و ما لا يدخل في نطاقه، و الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، بطريقة شفوية أم في قالب مكتوب، و إلغاء شرط تأكد القاضي من موافقة الزوجة لمخالفته لمبادئ الشريعة الإسلامية، و ترك السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء الإذن لبيحث في مدى تعسف الزوجة السابقة، في استعمال حقها، إذا كان الرفض لمبرر شرعي أم لا؟ فإذا رفضت مع توافر المبرر الشرعي و كل الشروط الأخرى، و كان السبب في ذلك سوى غيرتها العمياء، فعليه أن يرخص له بالتعدد، تجنباً للأضرار التي تلحق بالزوج، و التقليل من الانتشار الرهيب للزواج العرفي.

فإن هذه النتائج والتوصيات التي ارتأيتها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير ونظر حسب تعدد وجهات النظر.

وعلى هذا يبقى هذا القانون -في رأبي- مشوباً بالقصور شكلاً وموضوعاً، مما يتطلب إعادة النظر في بعض موادّه بالتعديل والإثراء أو الإضافة أو الإلغاء، على أن هذا لا يعتبر انتقاصاً من الجهد المبذول من قبل المشرعين، وإنما لا يتعدى كونه عملاً بشرياً يعتريه النقص، و ما الكمال إلا لله.

هذا فإن أصبت من الله وحده والفضل له تعالى أولاً و آخراً، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

في الأخير يمكن أن نتساءل هل هناك صور للتعسف في استعمال الحق في قضايا الطلاق؟

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الملاحق

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع:

القرآن الكريم

أ- باللغة العربية:

أولاً: الكتب:

- 1- إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التتم، الولاية الخاصة في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، السعودية، ط1، 1428 هـ.
- 2- إبراهيم مصطفى و آخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة، ط1، د ت ن.
- 3- ابن تيمية، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص 94.
- 4- ابن حجر الهيتمي ، فتح المبين لشرح الأربعين ، دار إحياء الكتب العربية ، 1352 هـ.
- 5- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط2، 1992.
- 6- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء الكتب العربية، د م ن، د ت ن.
- 7- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414 هـ .
- 8- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، د م ن، د ط، 1979.
- 9- أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، د م ن ، د ت ن.
- 10- أبو داود سليمان السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية صيدا، بيروت، د ت ن.
- 11- أبو زكرياء محيي الدين يحيى أبو شرف النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط3، 1991.
- 12- أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الخراساني، السنن الصغرى للنسائي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1986.
- 13- أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف العزازي، تمام المنة في فقه الكتاب و السنة، مؤسسة قرطبة، د م ن ، ط1، 2004.

- 14- أبو عبد الرحمن عوض ابن لطفی، مختصر صحيح تفسير ابن كثير، دار ابن رجب و دار الفوائد، د م ن، د ت ن.
- 15- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة، د ط ، 1968.
- 16- أبي عبد الله مصطفى بن العدوي، أحكام النكاح و الزفاف و المعاشرة الزوجية، دار ابن رجب، المنصورة، 2000.
- 17- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، ط 15، 2012-2013.
- 18- أحمد الحجي الكردي، مشكلات أسرية و علاجها على ضوء الشريعة و القانون، دار ابن كثير، دمشق، د ت ن.
- 19- أحمد النجدي الزهو، التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1991.
- 20- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د ت ن.
- 21- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للحق منشأة المعارف، مصر، د ط، 2000.
- 22- أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2012.
- 23- أحمد فراج حسين، عبد الودود محمد السريتي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي وتاريخه، دار النهضة، بيروت، 1992.
- 24- أحمد فهمي أبو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار التأليف، مصر، 1787-1967.
- 25- أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار السلام، مصر، ط 1، 200.

- 26- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، معجم الكتب، د م ن، ط1، 2008.
- 27- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 28- أسامة عمر سليمان الأشقر، الزواج و الطلاق، دار النفائس، الأردن، ط1، 2000.
- 29- إسماعيل بن يحيى إسماعيل أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني، دار المعرفة، بيروت، 1990.
- 30- الإمام ابن قيم الجوزية، إعداد الشيخ محمد أويس الندوي، تفسير القيم، دار الهلال، بيروت، ط 1، 1410هـ.
- 31- بدر الدين أحمد عماري، نظرية التعسف في استعمال الحق عند الإمام الشاطبي مبناها و معناها، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2009.
- 32- بدران أبو العينين بدران، الفقه الإسلامي المقارن في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د ط، 1967.
- 33- بشار ملكاوي، فيصل العمري، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 34- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن ، ط6، 2012.
- 35- بلحاج العربي، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن ، ط4، 2012.
- 36- بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، د م ن، 2014.
- 37- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دار الفجر، د م ن، د ت ن.
- 38- بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- 39- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008.

- 40- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
- 41- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار حامد، عمان، ط 1، 2009.
- 42- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، عمان، ط1، 2009.
- 43- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية، السعودية، ط 1، 1420هـ.
- 44- حسن عز الدين بن حسين بن عبد الفتاح أحمد الجمل، مخطوطة الجمل معجم تفسيري لغوي لكلمات القرآن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، ط1، 2003-2008.
- 45- خليل احمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 46- خيرى أبو العزائم فرجاني، حقوق المرأة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة، د د ن، د م ن، د ت ن.
- 47- الرازي، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، د ت ن، ج 10، ص 72.
- 48- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية ، الدار النموذجية، بيروت، ط5، 1999.
- 49- زين الدين عبد الرحمن ابن أحمد بن رجب ابن حسن السلامي البغدادي الحنبلي، جامع العلوم و الحكم في شرح خمسين حديثا في جوامع الكلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7، 2001.
- 50- سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح، مصر، د ط، د ت ن.

- 51- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، الجزائر، ط 1، 2010.
- 52- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، د م ن، ط 1، 2009.
- 53- السيد سابق، فقه السنة، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، د ت ن.
- 54- الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، د م ن، ط 1، 1997.
- 55- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 56- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد ابن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط 3، 1992.
- 57- شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري، شرح الزركشي، دار العبيكان، د م ن، ط 1، 1993.
- 58- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.
- 59- شمس الدين، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، شركة دار الأمة، الجزائر، ط 1، 2003.
- 60- طارق بكيري، موافقة قصد الشارع و مخالفته، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2011.
- 61- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2009.
- 62- عباس الصراف، المدخل إلى علم القانون [نظرية الحق]، دار الثقافة، ط 1، 2008.
- 63- عبد الباقي محمد فؤاد، معجم الفهرس لألفاظ القرآن الكريم، مطبعة الشعب، د م ن، د ط، 1958، ص ص 139-140.
- 64- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، د ت ن.

- 65- عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار، الأردن، ط1، 1985.
- 66- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني " مصادر الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ت ن.
- 67- عبد السلام بن محمد الشويعر، أثر عمل المرأة في النفقة الزوجية، د د ن، الرياض، ط 1، 2011.
- 68- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط3، 1996.
- 69- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ط3، 2011.
- 70- عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، د م ن، ط1، 1984.
- 71- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 72- عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 14، 1997.
- 73- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1993.
- 74- عبد الله الطيار، العدل في التعدد، دار العاصمة، الرياض، 1992.
- 75- عبد الله بن محمد المطلق، الفقه الميسر، مدار الوطن، السعودية، ط 2، 2012.
- 76- عبد الله عبد الرحمن السعيد، أحكام الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية، الآفاق المشرقة، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2012.
- 77- عبد الناصر توفيق العطار، تعدد الزوجات من النواحي الدينية و الاجتماعية والقانونية، مؤسسة الرسالة، دمشق بيروت، 1976.
- 78- عبد الودود يحي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- 79- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط3، 1990.
- 80- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط1، 2007.
- 81- العربي بختي، أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط 1، 2013.
- 82- العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع و النظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة، الجزائر، ط 1، 2013.
- 83- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية [نظرية الحق]، مكتبة الوفاء القانونية، دم ن، ط1، 2009.
- 84- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ط2، 1986.
- 85- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، 1413 هـ.
- 86- علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 2005.
- 87- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
- 88- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
- 89- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008.
- 90- علي فيلالي، الالتزامات، موفم للنشر، الجزائر، ط3، 2007.
- 91- علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، دار الثقافة، الأردن، ط8، 2011.
- 92- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1997.

- 93- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، تجريم التعسف في استعمال الحق بوصفه سببا من أسباب الإباحة، دار الثقافة، عمان، ط1، 2011.
- 94- غالب علي داودي، المدخل إلى علم القانون، دار وائل ، عمان، ط 7، 2004.
- 95- غسان عشا، الزواج و الطلاق و تعدد الزوجات في الإسلام، دار الساقى، بيروت، لبنان، ط1، 2004.
- 96- فاطمة عمر نصيف، حقوق المرأة وواجباتها في ضوء الكتاب و السنة، د د ن، د م ن، ط1، 2010.
- 97- فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1984.
- 98- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، ط2، 2008.
- 99- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1988.
- 100- فريال علوان، جورج سيمون و آخرون، القاموس عربي فرنسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
- 101- كاملة آل جهام الكواري، تفسير غريب القران، دار ابن حزم، ط1، 2008.
- 102- مازن مطبقاني، الزواج مثنى و ثلاث و رباع الأسباب و الضوابط، دون دار نشر، د م ن، ط1، 2005.
- 103- مالك بن انس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، د م ن، ط1، 1994.
- 104- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005.
- 105- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط4، 2004.
- 106- مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق و نظرية الظروف الطارئة، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة، عمان، 2002.

- 107- محمد أبو إسماعيل أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، دار طوق النجاة، د م ن، ط1، 1422هـ.
- 108- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، القاهرة، ط3، 1957.
- 109- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الزائد العربي، بيروت، لبنان، د ت ن.
- 110- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، د ت ن.
- 111- محمد أديب قبيسي، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، دار الملاك، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
- 112- محمد المصري أبو عمار، الزواج الإسلامي السعيد، دار الكتب و الوثائق القومية، القاهرة، ط1، 2006.
- 113- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، 2006.
- 114- محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د م ن، د ت ن.
- 115- محمد بن أحمد بن محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د ط، 1989.
- 116- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، الأردن، السعودية، د ت ن.
- 117- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، بيروت، د ت ن.
- 118- محمد بن قاسم الأنصاري أبو عبد الله الرصاع، شرح حدود ابن عرفة للرصاع، المكتبة العلمية، ط1، 1350 هـ.
- 119- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د م ن، د ت ن.
- 120- محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2005.

- 121- محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د ط، 2009.
- 122- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار اليازوري، الأردن، عمان، 2010.
- 123- محمد رأفت عثمان، فقه السنة في الخطبة و الزواج، دار الاعتصام، القاهرة، د ت ن.
- 124- محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الحكيم [الشهير بتفسير المنار]، دار المنار، القاهرة، ط 2، 1947.
- 125- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط 2، 2004.
- 126- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، (الجزائر)، د ت ن.
- 127- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط 4، 1985.
- 128- محمد يعقوب محمد الدهلوي، حقوق المرأة الزوجية و التنازل عنها، دار الفضيلة، الرياض، ط 1، 2002.
- 129- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية [نظرية الحق]، المنشورات الدولية، الجزائر، 1997.
- 130- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، ط 3، 2010.
- 131- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2007.
- 132- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت ن.

- 133- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، دمشق، ط1، 1999.
- 134- مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- 135- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار الوراق، بيروت، ط 7، 1999.
- 136- مصطفى العدوي، جامع أحكام النساء، دار ابن عفان، القاهرة، ط1، 1999.
- 137- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ط1، 2006.
- 138- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون [نظرية الحق]، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010.
- 139- نزيه نعيم شلال، دعاوى التعسف و إساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2006.
- 140- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، د ط، د ت ن.
- 141- نور الدين أبو لحية، قبل الحب و الزواج ماذا تعرف عن الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.
- 142- نور الدين أبو لحية، للمرأة على الرجل في الزواج الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2007.
- 143- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، سوريا، 2001.
- 144- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 2010.
- 145- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1998.
- 146- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 22، 1997.
- 147- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2011.

148- يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط3، 2009.

ثانيا: الرسائل و الأطروحات الجامعية:

1- إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011-2012.

2- بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير في القانون، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2004-2005.

3- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة ماجستير فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

4- بهلول سعيدة، التدبير الوقائي للطلاق بين تأكيد الشرع و نفي الواقع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير تخصص الفقه و أصوله، جامعة لحاج لخضر باتنة، 2008-2009.

5- حجاج مبروك، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية و النظام المستقل، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2011-2012.

6- حسين مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة في قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره، رسالة ماجستير في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

7- حمزة جبايلي، ضوابط الزواج في المجتمع الجزائري بين قانون الأسرة و الأعراف الاجتماعية مدينة خنشلة نموذجا، رسالة ماجستير تخصص علم الاجتماع القانوني، جامعة لحاج لخضر باتنة، 2008-2009.

8- ريحة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.

- 9-الصادق قريوي، التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد العلوم القانونية و الإدارية، جامعة عنابة، 1989.
- 10- صالح بوبشيش، الحيل الفقهية ضوابطها و تطبيقاتها على الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في الفقه و أصوله، المعهد الوطني للتعليم العالي للعلوم الإسلامية، باتنة، 1993-1994.
- 11- عبد الرحمان موجبي، التعسف في استعمال الحق و علاقته بالمسؤولية المدنية، رسالة ماجستير تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- 12- عبد العزيز عبد الله عبد العزيز الصعب، التعسف في استعمال الحق في مجال الإجراءات المدنية، أطروحة دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2010.
- 13- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012.
- 14- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، الخروية، 2001-2002.
- 15- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص فقه و أصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008-2009.
- 16- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

- 17- مشعل بن مطلق بن مقلد العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2009.
- 18- نوال بنت عبد العزيز العيد، حقوق المرأة في ضوء السنة النبوية، بحث مقدم لجائزة نايف عبد العزيز آل سعود العالمية للسنة النبوية والدراسات الإسلامية المعاصرة، د م ن، ط1، 2006.

ثالثا: المقالات العلمية:

- 1- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، (التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته)، مجلة العدل، العدد 22.
- 2- أحسن زقور، (تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري)، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، 2004.
- 3- أحمد الصويغي شليبيك، (التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة و القانون)، مجلة الشريعة و القانون، عدد 38، 2009.
- 4- أسامة محمد منصور الحموي، (آثار العدول عن الخطبة في الفقه و القانون)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011.
- 5- أسامة محمد منصور الحموي، (آثار العدول عن الخطبة في الفقه و القانون)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011.
- 6- إسماعيل كاظم العيساوي، (استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير دراسة مقارنة)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد 3، 2009.
- 7- بودفع علي، (حدود سلطة الولي في التزويج في ضوء الشريعة و القانون)، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية، جامعة سكيكدة، العدد 4، 2009.

- 8- حميد مسرار، (تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي - رؤية حقوقية-)، مجلة الفقه والقانون، العدد 3، 2013.
- 9- زيد محمود لعقائلية، (حقوق المرأة العاملة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 8.
- 10- صالح بوبشيش، (أحكام تعدد الزوجات)، مجلة المعيار، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد التاسع، 2004.
- 11- صباح سامي داود، (تأديب الزوجة بين الإباحة و التجريم)، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، عدد 2، 2010.
- 12- عبد الحليم بن مشري، (ضوابط تأديب الزوجة بين الشريعة و القانون)، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 6.
- 13- عبد الرحمن بن حسن النفيسة، (حكم ما إذا كان يجوز للخاطب النظر إلى مخطوبته)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 46، 2000.
- 14- فاتح ربيعي، (موقع الولي في قانون الأسرة الجزائري و مدى مطابقته لأحكام السياسة الشرعية)، مجلة الدراسات القانونية، العدد 5، دورية فصلية نوفمبر 2009.
- 15- ليندا حامد ملكاوي، (التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة بمنعها من العمل وفق التشريعات الأردنية)، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 40، العدد 1، 2013.
- 16- مالك جابر حميدي الخزاعي، (إساءة استعمال الحق خطأ تقصيرياً يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه)، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 3، 2009.
- 17- محمد رأفت عثمان، (التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون)، مجلة الشريعة و القانون، القاهرة، العدد 1.
- 18- محمد طلافحة، (قاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد 2، العدد 4، 2006.

19- نجيب محمد مثني ناجي، (حكم التعويض عن الضرر في العدول عن خطبة الزواج)، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، العدد 14، 2008.

رابعاً: الاجتهادات القضائية:

- 1- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-04-1991، ملف رقم 73919، م ق، 1993، العدد 2.
- 2- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 03-03-1971، رقم الملف غير موجود، ن ق، 1972، العدد 2.
- 3- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 09-02-1987، ملف رقم 44630، م ق، 1990، العدد 3.
- 4- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 10-02-1986، ملف رقم 39394، ن ق، 1988، العدد 44.
- 5- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 11-02-2009، ملف رقم 480240، إ ق، 2009، عدد 1.
- 6- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 12-07-2006، ملف رقم 356997، م م ع، 2006، العدد 2.
- 7- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15-04-2010، ملف رقم 554808، م م ع، 2010، العدد 1.
- 8- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 16-01-1996، ملف رقم 127948، ن ق، 1999، العدد 54.
- 9- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 17-03-1992، ملف رقم 81129، م ق، 1994، العدد 3.
- 10- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 18-05-1999، ملف رقم 222134، إ ق، 2001، عدد خاص.
- 11- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-02-1991، ملف رقم 75588، م ق، 1993، العدد 4.
- 12- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 20-06-2000، ملف رقم 245159، إ ق، 2001، عدد خاص.

- 13- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21-07-1998، ملف رقم 192665، إق، 2001، عدد خاص.
- 14- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 22-02-2000، ملف رقم 237148، م ق، 2001، العدد 1.
- 15- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 23-01-2001، ملف رقم 258555، م ق، 2002، العدد 2، ص 417.
- 16- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 26-09-1995، ملف رقم 122443، ن ق، 1999، العدد 55.
- 17- المحكمة العليا، غ.أ.ش، 25-12-19، ملف رقم 56097، م ق، 1991، العدد 4.

خامسا: القوانين و الأوامر:

- 1-دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية رقم 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، معدل ب : القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 25، المؤرخة في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.
- 2-أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة الجزائري،(جريدة رسمية عدد 15).
- 3-أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، و المتضمن القانون المدني الجزائري (ج ر عدد 78 ، الصادرة في 30 سبتمبر 1975).
- 4-قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، (ج ر عدد 44) .
- 5-قانون رقم 15-01، المؤرخ في 4 يناير 2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، (ج ر عدد 1 المؤرخة في 7 يناير 2015).

- 6- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري (ج ر عدد 21، 2008).
- 7- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، 28-2005.
- 8- قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2009.
- 9- قانون الأحوال الشخصية العماني.
- 10- قانون الأحوال الشخصية القطري، 22-2006.
- 11- قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم 25 لسنة 1925، المعدل بالقانون 100 لسنة 1975.
- 12- قانون الأسرة القطري، 22-2006.
- 13- قانون العقوبات المصري، رقم 95، لسنة 2003.
- 14- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- 15- القانون المدني الفرنسي.
- 16- ظريف شريف رقم 1-4-22، المؤرخ في 3 فبراير 2004، تنفيذ القانون رقم 03-70، و المتضمن مدونة الأسرة المغربية، (جريدة رسمية عدد 5184، 5 فبراير 2004).
- 17- القانون رقم 1984/51 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
- 18- مرسوم تنفيذي رقم 06-154 صادر في 11 ماي 2006، المحدد لكيفيات تطبيق المادة السابعة مكرر، ج ر عدد 31، بتاريخ 14 ماي 2006، يتضمن 8 مواد متعلقة بالموضوع، زيادة على نموذج للشهادة الطبية.

سادسا: المقابلات الشخصية:

- 1- بوشعيلة، نائب عام مساعد، بمجلس قضاء سكيكدة، 3 ماي 2015.
- 2- عمارة جافي، رئيس محكمة سكيكدة، بمحكمة سكيكدة، 3 ماي 2015.

سابعا: مواقع الكترونية:

- 1- أحمد فهمي أبو سنة، (نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي)، على موقع: <http://www.alukah.net/sharia/0/2551>، 20 أبريل 2015، 10:12.
- 2- سامح عبدالسلام محمد، (في النهي عن استعمال الحق على وجه غير مشروع أو التعسف في استعماله)، على موقع: <http://www.alukah.net/culture/0/60649>، 03 أبريل 2015، 00:05.
- 3- فتحي الدريني، (الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق التي فاجأ الإسلام بها الدنيا كفيل برعاية مصالح الدولة، والأمة، والأفراد قبل وقوع الضرر، جراء سوء استعمال الحقوق والحريات العامة، وعلى مر العصور)، على موقع: <http://www.ahlalhdeth.com/vb/showthread.php?t=131677>، 15 أبريل 2015، 14:25.
- 4- نادية سليمان، جريدة الشروق، 18-11-2012، على موقع: <http://www.echoroukonline.com/ara/articles/147973.html>، 15 ماي 2015، 00:57.
- 5- ياسر الوزني، (حق تأديب الزوجة مفهوم الشريعة و خلاف القانون)، على موقع: <http://www.startimes.com/?t=31285025>، 2 ماي 2015، 23:55.

II- ثانيا: باللغة الفرنسية:

- 1-Radmila Kovačević-Kuštrimović&é, (LE DOMAINE DE L'APPLICATION DU PRINCIPE DE L'INTERDICTION DE L'ABUS DE DROIT), The scientific journal FACTA UNIVERSITATIS, Series Law and Politics, Vol. 1, N0. 1, 1997.
- 2-René Dussault, De l'abus des droits, Les Cahiers de droit, vol. 4, n° 3, 1961.

3–Ahmad Al–Amir et Tsekoura Vivian, battre les femmes est interdit en Islam, traduit par: european islamic research center (eirc) et oana fialcofschi, revu par oana mariam, 2013.

الفهرس

الصفحة	الفهرس
أ	المقدمة
8	مدخل تمهيدي: أهم مصطلحات الدراسة
28	الفصل الأول: تطبيقات التعسف في استعمال الحق قبل قيام الرابطة الزوجية
29	المبحث الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق
29	المطلب الأول: ظهور و تطور نظرية التعسف في استعمال الحق
30	الفرع الأول: النظرية في النظم القانونية القديمة
30	1- في القانون الروماني
31	2- في القانون الفرنسي القديم
31	الفرع الثاني: النظرية في الفقه الإسلامي
33	1- النصوص الشرعية
35	2- الأحاديث النبوية
35	3- الآراء الفقهية
36	الفرع الثالث: النظرية في العصر الحديث
36	1- في القانون الفرنسي
37	2- في القضاء الفرنسي
38	3- في الفقه الفرنسي
39	الفرع الرابع: ازدهار النظرية و النص عليها في التقنيات الحديثة
39	1- في القانون الألماني
41	2- في القانون المصري
42	3- في القانون الجزائري
46	المطلب الثاني: أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق
46	الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق
46	1- المعايير الشرعية

51	2- المعايير الوضعية
55	الفرع الثاني: جزاء التعسف في استعمال الحق
55	1- الجزاء في الشريعة الاسلامية
58	2- الجزاء في القانون الوضعي
61	المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في مقدمات الزواج و أثناء انعقاده
61	المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحقوق الممارسة في إطار الخطبة
62	الفرع الأول: ماهية الخطبة
62	1- تعريف الخطبة
65	2- الطبيعة الفقهية و القانونية للخطبة
66	الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في التعارف
67	1- شروط استعمال الحق في التعارف
69	2- تطبيق معايير التعسف على حق التعارف
74	الفرع الثالث: التعسف في استعمال الحق في العدول
75	1- تطبيق معايير التعسف على حق العدول
78	2- الجزاء المترتب عن ضرر العدول التعسفي
86	المطلب الثاني: صور التعسف في استعمال الحق في المنع عن التزويج
89	الفرع الأول: تعريف عضل الولي
89	1- تعريف العضل
90	2- تعريف الولي
91	الفرع الثاني: الحالات التي يتحقق بها العضل
91	1- امتناع الولي من تزويج المرأة التي في ولايته للرجل الكفاء
93	2- امتناع الولي من تزويج المرأة التي في ولايته بسبب نقصان المهر عن مهر المثل
95	الفرع الثالث: تطبيق معايير التعسف على حالة العضل
95	1- الضرر الفاحش

95	2- إذا كان يرمي للحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
96	3- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة
97	الفرع الرابع: جزاء التعسف في استعمال الحق في المنع عن التزويج
98	1- موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل
99	2- موقف قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل
104	الفصل الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الحق بعد قيام الرابطة الزوجية
105	المبحث الأول: التعسف في استعمال حقوق الزوج
105	المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحق في التأديب
108	الفرع الأول: تعريف التأديب
108	1- لغة
108	2- اصطلاحا
109	الفرع الثاني: مجال استعمال الحق في التأديب
110	الفرع الثالث: شروط استعمال الحق في التأديب
110	1- الصفة
111	2- التزام وسائل التأديب
118	3- حسن النية
117	الفرع الرابع: تطبيق معايير التعسف على حق التأديب
117	1- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير
118	2- الضرر الفاحش
119	الفرع الخامس: جزاء التعسف في استعمال الحق في التأديب
123	المطلب الثاني: صور التعسف في استعمال الحق في التعدد
124	الفرع الأول: تعريف التعدد
124	1- لغة

124	2- اصطلاحا
125	الفرع الثاني: مبررات استعمال الحق في التعدد
125	1- الضرورات الاجتماعية
127	2- الضرورات الشخصية
130	الفرع الثالث: شروط استعمال الحق في التعدد.
130	1- الشروط الشرعية
134	2- الشروط القانونية
149	الفرع الرابع: تطبيق معايير التعسف على حق الزوج في التعدد و حق الزوجة في منحه الموافقة بذلك.
149	1- إذا وقع بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
142	الفرع الخامس: جزاء التعسف في استعمال الحق في التعدد.
144	المبحث الثاني: التعسف في استعمال حقوق الزوجة:
144	المطلب الأول: صور التعسف في استعمال الحق في النفقة
146	الفرع الأول: تعريف النفقة
146	1- لغة
146	2- اصطلاحا
147	الفرع الثاني: مجال و شروط استعمال الحق في النفقة
148	1- العقد الصحيح
148	2- صلاحية الزوجة للاستمتاع و المعاشرة الزوجية و القيام بالواجبات الزوجية
149	3- التمكين التام من نفسها
150	الفرع الثالث: مشتملات النفقة و طرق تقديرها
150	1- نفقة الطعام
151	2- نفقة الكسوة

152	3- نفقة المسكن
153	4- نفقة العلاج
153	5- ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة
155	الفرع الرابع: تطبيق معايير التعسف على حق النفقة
155	1- إذا كان الغرض منه تحقيق مصلحة غير مشروعة أو بقصد الإضرار بالغير
156	الفرع الخامس: جزاء التعسف في استعمال الحق في النفقة
159	المطلب الثاني: صور التعسف في استعمال الحق في العمل
160	الفرع الأول: تعريف العمل
160	1- لغة
161	2- اصطلاحا
161	3- استعمالاته في القرآن الكريم
162	الفرع الثاني: مجال استعمال الحق في العمل
163	الفرع الثالث: شروط استعمال الحق في العمل
164	الفرع الرابع: تطبيق معايير التعسف على حق الزوجة في العمل و حق الزوج في الرجوع عن الإذن بذلك
164	1- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير
166	2- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
167	الفرع الخامس: جزاء التعسف في استعمال الحق في العمل
171	الخاتمة
177	الملاحق
196	قائمة المراجع
217	الفهرس

