التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

مقدمــة:

بسم الله الرحمن الرحيم الذي جعل العلم طريق الهداية ومطية تبوء كل سيادة وريادة، عد طلبه والمثابرة عليه عبادة، فأمر به في أول ما أنزل من القرآن، ليعلمنا أن الإسلام دين العلم والنور والبيان من سار على نوره هدي إلى طريق الصواب، من ضل عنه تاهت به المسالك والشعاب، هو المعين الصافي الذي لا يروى منه تائه، ولا يمل راغبه، ولا يصل إلى منتهاه طالبه، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، خير من نتعلم وعلم وهدى للتي هي أقوم سيد الأتقياء وإمام الأنبياء وأجل العلماء، وعلى آله وصحبه ومن اقتفى أثره وهداه، وبعد:

من شأن كل قاعدة قانونية تحدث حقوقا والتزامات، قد تكون مشتركة أو خاصة، وأن ممارسة هذه الحقوق قد يساعد في أسلوبها إلى الآخرين بصورة لا يقصدها الشرع ولا يبررها لأنه يراعي للجميع على قدم المساواة وإن مصالح حياتهم جميعا في ضمنه وأمانة.

وفقه الشريعة غني بالأحكام والقواعد التي تنظم الحقوق المتداخلة، بحيث لا يضار أحد في نطاق مصلحة مشروعة من استعمال غيره لحقوقه مضارة لا تبرير لها في نطاق الحق والشرع.

وإن قضية التعسف في استعمال الحق قد أصبحت في العصر الحاضر الذي نعيشه وغمره النظم المدنية المختلفة، قضية ذات بال وموضوعا كبير الأهمية بارز الشأن، وتزداد أهميته في ظل النظم القائمة على هذه النظم وأوضاعه القانونية.

والتعسف في استعمال الحقوق الزوجية في إطار قانون الأسرة الجزائري ليس إلا صورة أو نموذج تطبيق لهذه الفكرة القانونية، وينصب اهتمامنا في هذا البحث حول نظرية التعسف في استعمال الحقوق الزوجية في العالم الإسلامي الذي يتميز بانتهاء قوانينه الخاصة بالأسرة لكثير من أحكام الشريعة الإسلامية.

فالزواج في معناه الواسع ليس إلا عملية اشتراك الرجل والمرأة في إقامة نظام مدني

لحياة مشتركة بينهما ولبناء أسرة بموجب عقد مختلط مدني وديني ضمن إطار قائم على التكافل والتعاون وتقاسم الأعمال في ظل قوله تعالى: **"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"**. سورة الروم آية 21.

والشريعة الإسلامية قبل وصفها للواجبات والحقوق أول ما دعت إليه هو تربية النفس وترويضها على ما هو صالح لها ولمجتمعها، وهذا ظاهر عند تأمل الآية الكريمة.

ولقد أضحت الأسرة تعيش مرض التفكك الأسري، وعند مراجعة أسباب هذا التفكك نجد هناك سوء فهم النظام الحقوقي من جهة، ومن جهة أخرى أن المجتمع الإسلامي أصبح غذاءه التقاليد الغربية، التي أبعدت الأمة عن رسالتها الحقيقية في المجتمع بصفة خاصة، وهذا قول الشاعر :

" وإذا أصيب قوم في أخلاقهم فأقم عليهم مأتما وعويلا"

فالإسلام منح المرأة المسلمة من الحقوق ما لم تكن تحلم به، فمنح المرأة المساواة التامة مع الرجل، باستثناء ما يتصل بمهمته كرب أسرة حازم وعادل وأمين، وكرئيس للعائلة وراع لمصالحها وضامن لأمنها واستقرارها، ومسؤول عن كل أفرادها، وباستثناء كل كما يتصل مع طبيعتها كأنثى أنها مسيرة إلى ما خلقت إليه، كما أن الرجل مسير إلى ما خلق له، ولا يمكن المساواة بينهما فيما لم يقرر الله عز وجل المساواة فيه، وفيما يجب أن يكمل أحدهما الآخر بشأنه، والمساواة لا تفي بالضرورة العدل لما جاء في قول المناطقة، بحيث أن التسوية بين المتباينين كالتفرقة بين المتماثلين، وانطلاقا من هذا المبدأ الشرعي، جاء قانون الأسرة الجزائري محددا حقوق وواجبات الزوجين.

والسؤال الجدير بالطرح في ما يخص الموضوع الذي سنتناوله هو: هل منح المشرع حقوق للرجل والمرأة، معناه أن يتصرف كل منهما في هذه الحقوق كيف شاء ومتى شاء؟

وسؤالنا هذا لا يعني أبدا تقييد حق الرجل والمرأة، وإنما نقصد من وراءه العلاج لهذا

التصرف استنادا لقوله تعالى: " **ومن تعد حدود الله فأولئك هم الظالمون** " سورة البقرة آية 299.

ومن خلال كل ما سبق يظهر الباعث الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع، وهو ميولنا من جهة إلى المواضيع الأسرية، ومحاولة إبراز العلاج الفقهي لهذه المشاكل الأسرية من جهة أخرى.

وقد اعتمدنا في هذا البحث على الجانب الفقهي إضافة إلى الجانب القانوني لإبراز النقاط والجوانب المتعلقة بالتعسف في استعمال الحقوق الزوجية في إطار قانون الأسرة الجزائري بغية التوصل إلى الحلول المتعلقة بالمشاكل المطروحة في قضية التعسف.

بحيث أن موضوع التعسف في استعمال الحقوق يكتسب أهمية بالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية والقانونية بموضوع التعسف فظهرت كتابات عديدة في مجال التعسف، لكن التفاصيل في إسقاط عملية التعسف سواء على الحقوق أو على الواجبات ومثال ذلك عدم وجود كتابات في مجال التعسف في استعمال الحق في إطار قانون الأسرة الجزائري. وأثناء معالجتنا لهذا الموضوع واجهتنا صعوبات جمة ومتعددة تتمثل في:

1. ندرة المعلومات وخصوصا في ما يتعلق بحق تصرف الزوجة في مالها وكذلك حق الإحتباس.
2. ندرة الأحكام القضائية فيما يتعلق بالتعسف في استعمال الحقوق الزوجية إلا ما وجد في بعض الأحكام القضائية المتعلقة بموضوع الرضاعة.
3. قلة المراجع سواء الفهية أو القانونية فيما يتعلق بموضوع التعسف في استعمال الحقوق الزوجية في المكتبة المركزية، مما اضطرنا إلى القيام باجتهاداتنا الخاصة، بحيث راجعنا الخاصة داخل وخارج الولاية، ومع ذلك استطعنا وإلى حد كبير وبتوفيق من الله عز وجل، أن ننجز هذا البحث وكذلك بالاعتماد على المراجع القليلة التي استطعنا التحصل عليها وبذلك قمنا بالتحقق من تلك الحقوق.

4. لقد استغرق منا هذا الموضوع وقتا طويلا لمعرفة الجوانب الشرعية وكذلك من الناحية القانونية لجميع الحقوق المذكورة في البحث.

وقد اشتمل البحث في تقسيمه على النقاط الهامة التالية :

مقدمة

الفصل التمهيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق

المبحث الأول: تعريف التعسف والتميز بينه وبين مجاوزة الحق

المطلب الأول: تعريف التعسف

الفرع الأول : لغة

الفرع الثاني: اصطلاحا

المطلب الثاني: التمييز بين التعسف ومجاوزة حدود الحق

الفرع الأول : الوجه الأول

الفرع الثاني : الوجه الثاني

المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق

المطلب الأول: نظرية التعسف في القانون الروماني

الفرع الأول: ظهور فكرة التعسف في القانون الروماني

الفرع الثاني: بعض تطبيقات التعسف في القانون الروماني

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: إكمال فكرة التعسف كنظرية عامة في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: مبدأ التعسف في مذاهب الإمام مالك

المطلب الثالث: نظرية التعسف في القانون الفرنسي

الفرع الأول: تطور فكرة التعسف في القانون الفرنسي

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الفرنسي

المطلب الرابع: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: عرض النظرية

الفرع الثاني: تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري

خلاصة الفصل التمهيدي

التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

الفصل الأول : تعسف الزوجة في استعمال حقوقها

المبحث الأول: تعسف الزوجة في التصرف في مالها

المطلب الأول: مفهوم تصرف في مالها ودليل مشروعيته

الفرع الأول : مفهوم حق حرية التصرف في مالها

الفرع الثاني : دليل مشروعيته

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في التصرف في مالها

الفرع الأول: نية الإضرار

الفرع الثاني: عدم تحقيق الفائدة

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة

المطلب الأول: مفهوم حق الرضاعة ودليل مشروعيته

الفرع الأول : مفهوم حق الرضاعة

الفرع الثاني : دليل مشروعيته

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة

الفرع الأول: مغالاة الزوجة في طلب أجرة الإرضاع إضرار بزوجها

الفرع الثاني: امتناع الأم عن إرضاع ابنها مع قدرتها عليه

المبحث الثالث: تعسف الزوجة في مطالبتها بحق النفقة

المطلب الأول: مفهوم حق نفقة ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق النفقة

الفرع الأول: مبالغة الزوجة في المطالبة بالنفقة

الفرع الثاني: مطالبة الزوجة بالنفقة مع علمها بإعسار زوجها

خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني: تعسف الزوج في استعمال حقوقه

المبحث الأول: تعسف الخاطب في حقه في العدول عن الخطبة

التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

المطلب الأول: مفهوم الخطبة ودليل مشروعيتها

الفرع الأول : مفهوم الخطبة

الفرع الثاني: دليل مشروعيتها

الفرع الثالث : الحكمة من مشروعية الخطبة

الفرع الرابع: شروط صحة الخطبة

المطلب الثاني: صور تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة

الفرع الأول : صور تعسف الخاطب في حكم الصداق

الفرع الثاني : صور تعسف الخاطب في حكم الهدايا

المبحث الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة

المطلب الأول: مفهوم ولاية التأديب ودليل مشروعيتها

الفرع الأول: مفهوم الولاية التأديب

الفرع الثاني: دليل مشروعية ولاية التأديب

المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في حق الطاعة

الفرع الأول: استعمال ولاية التأديب لتحقيق مصلحة غير مشروعة

الفرع الثاني: استعمال ولاية التأديب مع العلم بعدم فائدتها

المبحث الثالث: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

المطلب الأول: إثبات حق الاحتباس ودليل مشروعيته

الفرع الأول: إثبات حق الإحتباس

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

المطلب الثاني: حالات تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

الفرع الأول: إلحاق الضرر بالزوجة بقطع صلة رحمها

الفرع الثاني: منع المجتمع من الاستفادة من علمها وعملها

المبحث الرابع: تعسف الزج في استعمال حق الطلاق التعسفي

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي ودليل مشروعيته

التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في استعمال الطلاق التعسفي

الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت

الفرع الثاني: طلاق المرتد

الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق الرجعة

الفرع الرابع: العلاقة بين المتعة والتعويض في الطلاق التعسفي

المبحث الخامس: التعسف في الوصية

المطلب الأول: مفهوم الوصية ودليل مشروعيتها

الفرع الأول : مفهوم الوصية

الفرع الثاني: دليل مشروعيتها

الفرع الثالث: الحكمة من مشروعيتها

الفرع الرابع : تعريف المشرع الجزائري للوصية

الفرع الخامس : مقدار الوصية في القانون الجزائري

المطلب الثاني: صور المضارة في الوصية وآثر التعسف فيها

الفرع الأول: الوصية لوارث

الفرع الثاني: الوصية بما يزيد عن الثلث

الفرع الثالث: الوصية في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

الخاتمة

الفصل التمهيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق

إن الحقوق هي مكانات ذاتية تحول شخصي بعينه بينما الحريات هي مكانات عامة تحول الناس كافة والتساؤل المطروح هنا هو ما إذا كانت المكانات التي تمنحها قواعد القانون للناس حقوق كانت لحريات عامة هي مكنات مطلقة لا يوجد قيد على صاحبها في استخدامها أو أنها مكانات مقيدة لا يمكن لصاحبها استخدامها إلا في نطاق صاحبها بحيث يمكن منعه إذا ما حاول تجاوز هذه الحدود لما يمكن التزامه بالتعويض إذا ما تجاوز فعلا ولا براز هذه المسالة نأخذ مثالا محدودا وليكن حق الملكية فهذا الحق يمنح لصاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف على المحل الوارد ليستخدم هذه السلطات حسب مشيته في كل وقت أم أن صاحب الحق حتى لو كان له سلطات على المحل السالف الذكر إلا انه لا يجوز له استعماله في إيطار معين بحيث يمنع من استخدامها إلا ما كان يرمي إلا تجاوز هذا الإيطار كما يلزم بالتعويض عما يسببه تجاوز لها من أضرار للغير إذا ما نجح في تجاوزها بالفعل

التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

المبحث الأول: تعريف التعسف والتميز بينه وبين مجاوزة الحق

وردت كلمة الحضارة في الحقوق في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية[1] : المقصود منها التعسف[2] كما وردت كلمة الاستعمال تعبيرا عن التعسف في استعمال الحق وعليه فان الفقهاء والأصوليون لم يعرفوا مصطلح التعسف ولكن عرفوا معناه [3]حيث أن التعسف في معناه الظلم والمشقة والإضرار بالغير ويكون ذلك بالسارة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا يخالف مقصد الشارع من تشريع الحكم.

المطلب الأول: تعريف التعسف

الفرع الأول تعريف التعسف لغة:

لما كان استعمال الحق مرادفا للتعسف في استعمال الحق عرفنا الإساءة جاء في لسان العرب أساء الرجل إساءة، خلاف أحسن، وأساء إليه نقيض أحسن إليه وأساء الشيء أفسده ولم يحسن عمله، ويقال أساءت به وإليه وعليه وله، قال تعالى: **"إن أحسنتم أحسنتم لنفسكم، وإن أسئتم فلها، فإذا جاء وعد الآخرة ليسوؤوا وجوهكم ..."**، وكذلك يقول تعالى: **"من عمل صالحا فلنفسه، ومن أساء فعليها، وما برك بظلام للعبيد"**، ويقول عز من قائل: **"وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفوا عن السيئات ويعلم ما يفعلون"** فالسيئة الخطية والسيء عملان قبيحان، مما تقدم تبين أن الإساءة لفظ شامل يطلق على الفعل القبيح، ويطلق على الخطيئة، ويطلق على الفعل المكروه بالغير، ويطلق على المعصية والمنكر، وهو كما قال اللحياني اسم جامع للآفات والداء.

الفرع الثاني: تعريف التعسف اصطلاحا:

في الشرعية الإسلامية تعريف أبو زهرة، عرف التعسف بأنه تصرف الإنسان في حقه تصرف غير معتاد شرعا، ويضيف قرر الفقهاء كما في الفقه الحنفي، غيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفا معتادا، ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ، وإنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد.

ا بن قيم الجوزية الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص 264

[2]احمد سراج ضمان العدوان في الفقه الاسلامي دراسة فقهية لاحكام المسؤولية التقصرية في القانون ص391 نقلا عن كتاب التعسف في استعمال الحق لشوقي السيد

[3] المجع السابق ص391

نقد التعريف: ينتقد هذا التعريف من جهتين:

أ-إن التعسف لا يرتبط بالتصرف المعتاد وغير المعتاد، وإنما يرتبط أساسا بغاية الحق ونتيجة، إذا التصرف قد يكون معتاد، ولكن إذا كانت النتيجة غير مشروحة اعتبر الشخص متعسفا بالنظر إلى نتيجة الفعل كتلقي السلع أو إقامة مصنع في حي سكني ليساهم في الإقتصاد الوطني، فإذا ثبت تضرر السكان به رغم قصد صاحب المصنع لذلك، وقد استعمل حقه استعمالا معتادا، وأخذ سائر الإحتياطات، إلا أنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه نظرا للأضرار المترتبة على المصنع، وهي منع السكان من الإستفادة من سكناتهم وفق الغرض الذي وجدت له.

ب-ما أورده ابن رجب الحنبلي حول حديث النبي صلى الله عليه وسلم " لاضرر ولا ضرار" حينما قسم المراد بإلحاق الضرر بغير الحق إلى نوعين:

- ما لا يكون فيه غرض سوى الضرر، وهو ما عبر عنه الدريني بمحض المضرة.
- ما يكون له غرض صحيح إذ لا يقصد فيه الإضرار، ومع ذلك يضع حيث يقول، والنوع الثاني أن يكون له غرض صحيح مثل أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره.... فإن كان على غير الوجه المعتاد كأن يشعل في أرضه نار في يوم عاصف فيحترق ما يليه، فإنه معتاد بذلك، وعليه ضمان، وإن كان على الوجه المعتاد ففيه للعلماء قولان مشهوران:

أحدهما : لا يمنع من ذلك، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وغيرهما.

ثانيهما: المنع وهو قول أحمد ووافقه مالك، في بعض الصور، ومن بين الصور:

- أن يفتح فجوة في بناءه العالي مشرفة على جاره.
- أن يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماءها.

فإنه يمنع في ظاهر مذهب أحمد ومالك.

أن يكون له ملك في أرض غيره، ويتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه، فإنه يجبر على إزالته ليندفع به ضرر الدخول .... كما في حادثة سمرة ابن جندب، إذ كان له عنق نخل في حائط رجل من النصارى، ومع الرجل أهله، وكان سمرة يدخل إلى النخلة فتأذى به وشق عليه فطلب إليه أن يناقله فأبى، فأتى النبي عليه الصلاة والسلام، فذكر ذلك له، فطلب

إليه النبي أن يبيعه فأبى وطلب أن يناقله فأبى، فقال هبه له ولك كذا وكذا أمرا رغب فيه فأبى، فقال أنت مضار فقال النبي للأنصاري اذهب فاقلع نخله فقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم في هذه المسالة بقلع النخلة لما أضر سمرة على قصد الإضرار ولخصه سائر الحلول، وقد علل الرسول صلى الله عليه وسلم حكمه بالضرر حينما قال أنت مضار، فمن خلال هذا الكلام لابن رجب

نستنتج أنه حتى الاستعمال المعتاد للحق يمنع منه صاحبه إذا أضر بالغير فمنع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق كما قال أبو زهرة بل يشمل أيضا الاستعمال المعتاد إذ ترتب عليه ضرر بالغير[1] .

والخلاصة: أن التصرف الغير معتاد يعتبر تعسفا قطعا والمعتاد قد يكون كذلك بالنظر له ونتائجه في بعض الأحوال.

تعريف الدكتور فتحي الدريني:

عرفه من الوجهة الفقهية بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا قصد بحسب الأصل[2]، ومعنى هذا أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل يقتضي حق شرعي أو بإباحة مأذون فيها شرعا على وجه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير أو خالفه حكمة المشروعية أصلا. يرشد هذا التعريف إلى معنيين أساسيين يتألف منهما التعسف:

المعنى الأول:

مناقضة قصد الشارع: أي مضادة قصده، وهي إما أن تكون متضررة أو غير متضررة.

أ. مقصودة: معناه أن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا[3]، وذلك باستعمال الحق قصد الأضرار وفي ذلك مخالفة لقصد الشارع لأنه شرع الأحكام لتحقيق المصالح لا المضار، أو التحايل بفعل المباح لإسقاط واجب شرعي أو لارتكاب محرم[4].

ففي ذلك تدرع بمظاهره الجواز إلى تحليل ما حرمه الله تعالى، أو إسقاط ما أوجبه الله عليه، وكل هذا يؤدي إلى هدم مقصد الشارع، وهو المناقضة المقصودة الظاهرة وكذلك حكم سائر الحيل المؤدية إلى إبطال حكم شرعي أو تحقيق مصلحة غير مشروعة.

---

[1] الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في نظرية التعسف في إستعمال الحق .مطبعة دمشق . صفحة 312

[2] الشاطبي الموافقات، ج2، صفحة331

[3] الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده

[4] الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في نظرية التعسف في إستعمال الحق . صفحة: 317

ب.غير مقصودة: فكما تكون المناقضة في القصد المضاد لقصد الشارع، لتكون كذلك في الفعل الذي بفضي مالا إلى نقض هذا الأصل، وذلك بأن تكون نتيجته مفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة، ولو لم يكن ثمة قصد إلى هذه النتيجة وعليه فكلما كانت مآلات الأفعال مضادة للأصل العام في الشرع العام كلما كانت المناقضة غير مقصودة، إذ الحقوق شرعت لدرء المفاسد أو جلب المصالح وإذا آل استعمالها إلى خلاف ذلك لم تشرع، والتعسف لا يضبطه الاستعمال المعتاد وغير المعتاد بل النظر إلى المال إن كان معتادا أو غير معتاد.

والخلاصة: كلما كان الفعل مناقضا لمقصد الشارع كلما كان باطلا.

المعنى الثاني: كون الفعل المباح الأصل: في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل أما لو كان الفعل من قبل المعدم فلا يعد فعلا تعسفا في التمتع بحق لحرمة ارتكابه وخروجه من دائرة الحقوق[1] وهو ما عبر عنه الدكتور فتحي الدريني بقوله: (مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: أخرج الأفعال الغير مشروعة لذاتها لأن إتيانها يعتبر اعتداءا لا تعسفا ...)[2] وحتى القوانين الوضعية نجدها متفقة مع الشريعة الإسلامية في هذا الرأي[3].

المطلب الثاني: التمييز بين التعسف ومجاوزة الحق

ظهر الخلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق l'abus de droit وفكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه le dépassement de droit لدى القضاء الفرنسي أول الأمر، ثم سلك مسلكه الفقه حيث أعتبر التعسف في استعمال الحق خروجا عنه، إذ يعد عمل غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية دون جدال[4] وقد تزعم مذهب التسوية هذا الفقيه الفرنسي الكبير بلانيول[5]. حيث يقول: "ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما، لسبب غير قابل بأن يتحض، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في الوقت معا متفق مع القانون ومخالفا له"[6].

ومعنى هذا الكلام، أنه يشترط في استعمال الحق، أن يكون الفعل مشروعا، وعدم المشروعية لا تكون إلا مجاوزة حدود الحق، أو عدم وجود حق أصلا وعليه فالحق ينتهي

---

[1] محمد أحمد سراج: ضمان العدوان في الفقه الإسلامي صفحة : 392
[2] الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، صفحة: 317
[3] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 760 بند 389 الناشر منشأ المعارف بالإسكندرية
[4] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 718 بند 389
[5] عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد 1، صفحة: 338
[6] المرجع نفسه، Planiol

حيث يبدأ التعسف ومنطقيا فإن التعسف هو المجاوزة. وللرد عليه نقول: إن بلانيول في حد ذاته يعترفا بنظرية التعسف، ويجعلها مستقلة عن المجاوزة لحدود الحق، والجدال الذي يثيره ما هو اختلاف لفظي، حيث وقع في خلط بين معنى مصطلح الحق والقانون في اللغة الفرنسية[1] إلا أن الفرق يكمن في التسوية لا في الحكم[2] حيث يعتبر اسم التعسف هو الخروج عن الحق ولكنه لا يذكر الحكم في كون التعسف هو العمل داخل نطاق الحق، كما أنه لا يوجد ما يمنع كون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق لأنه يدخل في مضمونه، ومخالفا للقانون في مجموعه وهذا هو جوهر التعسف[3] وأن رأي الشريعة يتفق مع رأي رجال القانون في هذه النقطة إذ يقول الدريني : "ولا تناقض إذا قلنا أن الفعل المشروع وفيه تعسف[4] لأن المشروعية المشروعية خاصة بذات الفعل بينما التعسف فهو خاص بكيفية استعمال هذا الفعل، أو بالنظر إلى نتيجته أو الباعث عليه[5] وعليه فالتعسف يفترض في فعل يدخل في مضمون الحق فيكون مشروعا لذاته لأنه حق وينقلب معيبا أو غير مشروعا لانحراف في غرضه أو نتيجته"[6] وأوجه التفرقة بين التعسف ومجاوزة الحق متنوعة وأهم هذه الفوارق هو ما اتفق فيه رأي الشريعة والقانون [7] وهي :

الفرع الأول: الوجه الأول

في حالة الخروج عن الحق نكون بصدد عمل لا يخوله القانون لصاحبه في الأصل[8] فالعمل غير مشروع لذاته والمشكلة تتعلق بمضمون الحق[9] إذ يوجد إلى ذات الفعل ويمنع إثباته مطلقا. بينما في التعسف فالفعل مشروع لذاته والمشكلة تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه فالتحريم ينصرف إلى الغرض أو النتيجة المنحرفة دون المساس بمضمون الحق وبذلك يكون لصاحبه حق معاودة الفعل إذا كان مجردا من التعسف بينما في حالة المجاوزة يبقى الفعل في

---

[1] حسن كيرة: المدخل إلى القانون، صفحة : 759 بند :389
[2] السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني صفحة:838 بند:556
[3] حسن كيرة المدخل إلى القانون، صفحة : 838 بند: 556
[4] أنظر أكثر تفصيل الشاطبي الموافقات صفحة: 258، الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده صفحة: 274
[5] آيت حمودي حيمة، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي صفحة: 36
[6] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 759 بند: 389
[7] نظرا لتطابق رأي الشريعة والقانون الوضعي أدمجنا الكلام ولم نفصل بينهما
[8] مصطفى محمد جمال النظرية العامة للقانون صفحة: 313 بند 292
[9] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 760 بند 398 وكذلك توفيق حسن فرج المدخل للعلوم القانونية صفحة: 297

أصله على أصله من التحريم لأن الحرمة تتعلق بأصل الفعل لا بوصفه، ومن أمثلة ذلك ما جاء في الشريعة الإسلامية أن[1]:

- من بنا بناءا على أرض غيره فإنه يعتبر غاصبا أو متعديا لأن الفعل لا يستند إلى حق وعليه فقد قام بفعل غير مشروع أصلا، أما من بنا حائطا على حدود ملكه وسد النور على جاره فإنه قد أضر بالغير لأنه لم يتسنى للجار الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ففي هذه الحالة يعد متعسفا في استعمال حقه لأنه تصرف داخل في دائرة حقه ولكن بالنظر إلى النتيجة المترتبة من هذا العمل يتضح أنه متعسف.
- من أوصى بالثلث من ماله أو أقله وقصد بذلك مضارة الورثة فإنه يعد في حكم الشريعة متعسفا في استعمال حقه لأن الفعل في الأصل مشروع. أما إذا أوصى بما زاد عن الثلث فهو متعدد ومجاوز لحدود حقه لأن الأصل لا يتجاوز حدود الوصية 3/1 فالفعل غير مشروع أصلا بقطع النظر عن النية والباعث.

الفرع الثاني: الوجه الثاني

صحيح أن كل من التجاوز والتعسف أمر محظور، لكن هذا لا يعني تساويهما فوحدة الوصف الشرعي لا ينفي اختلاف حقيقة كل منها[2]

فالفعل في التعسف:

- مشروع بينما الغاية منه غير مشروعة.
- لا يمنع أحد من استعمال حقه إلا إذا قصد الإضرار بالغير أو تحقيق مصالح غير مشروعة.

[1] الدريني: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق، صفحة: 273
[2] المرجع نفسه، صفحة: 274

- ويشترط أن يترتب على استعمال الحق ضرر فاحش حتى يعتبر غير مشروع ويمنع حيث جاء في المادة 691 من القانون المدني الجزائري "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف ..."
- أما الفعل في المجاوزة فهو غير مشروع لذاته، لأصله لخروجه عن حدود الحق، ويعتبر تعدي على الغير[1]
- يمنع الشخص من القيام بفعل خارج عن حدود حقه وإن أحدث نفع كما في بناء أو زرع أرض الغير بدون إذنه.
- يمنع الفعل في المجاوزة مهما كان الضرر فاحش أو لا[2]

المبحث الثاني: الأصول التاريخية لنظرية التعسف في استعمال الحق

إذا كانت نظرية التعسف في استعمال الحق قد كتب لها التبلور والاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث فلا يعني ذلك أنها جديدة أو مستبعدة، بل هي قديمة وتمتد جذورها إلى الماضي البعيد، حيث عرفها الرومان، وتشبع بها الفقه الإسلامي، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، ثم أخيرا ظهرت كاملة مقننة في القوانين الحديثة .

المطلب الأول: نظرية التعسف في القانون الروماني

إذا كان القانون الروماني لم يعرف نظرية إساءة استعمال الحق كما هي الآن في القانون الحديث فإنه في الواقع لم يخلوا من وسائل المحاربة إساءة استعمال الحق في حالات معينة،

[1] الدكتور توفيق حسن فرج المخل للعلوم القانونية صفحة: 297

[2] الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، (فتجاوز الحكام والموظفين حدود الشريعة وحدود صلاحيتهم كاغتصاب بعض الأموال وجباية ضرائب ظالمة لا يعد تعسفا في استعمال الحق، وإنما هو استعمال لغير الحق وهذا يستوجب التأديب أو التعزير، وقد ثبت في الأثر أن عمر رضي الله عنه عزل عمار بن ياسر عن ولاية الكون والمغيرة عن ولاية البصرة لما اشتكى إليه أهل الولايتين)، ج 29، طبع بالجزائر بإذن من دار الفكر، دمشق، تاريخ الطبع 1991.

وكان أول ما بدت فيه الحاجة إلى تحقيق حدة القانون في استعمال حق الملكية فكان يعتبر المالك الذي يقوم بالحضر في ملكه ويسبب بذلك لأضرار في ملك جاره مسئولا عن ذلك إذا كان فعله يقصد الإضرار بالغير ومن لم يلجأ إليها الفقهاء الرومان إلى فكرة حسن النية ولم يقتصر الأمر على الحد من حقوق الملكية بل اعتراف إلى حقوق أخرى وخاصة حقوق الأسرة فقيد حق المالك على رقيقه ومنع استعمال القصوى معه ومبرر شرعي وغير حق الأب في الموافقة على زواج ابنه واشتراط لرفض الموافقة أن تكون له أسباب مبررة وجعل القاضي رقبة على هذه الأسباب كذلك فيه حق التقاضي فكان "البيرطور" يصدر أمره إلى القاضي أن يراعي عند تطبيق القانون ما يوجبه حسن النية وقواعد الأخلاق ثم جرى العمل على تحليق الخصوم عند التجائهم إلى القضاء على حسن نيتهم أي على أن دعواهم ليست كبدية حتى إذا ما لأثبت سوء نية أحدهم كانت تفرض عليه عقوبة مالية جزءا ذلك حيث كان الهدف من منع الشخص أن يتدرج بالقانون لإلحاق ضرر يغيره فكان يرقى الفقهاء الرومان أن أخلاق استعمال الحقوق وفقا لقانون قد يؤدي إلى المساس بقواعد العدالة وأنهم عملوا بشتى الوسائل على تغليب قواعد الأخلاق وعلى تحقيق العدالة بالحد من استعمال الحقوق كما رسمها القانون.

الفرع الأول: ظهور فكرة التعسف في القانون الروماني

وإن لم يتبين لنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق إلا أن المؤكد أنه عرف- في ضدد بعض الحقوق– فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة، وهي صورة تعمد الإضرار بالغير[1] وقد توسع القانون البريطوري في تطبيق النظرية حتى يخفف من حدة القانون القديم وصرامته، وقد لجأ القانون الروماني لمحاربة إساءة استعمال الحق إلى فكرة حسن النية[2]. فمن استعمل حقه وسبب ضرر للغير، وكان حسن النية لا يكون مسئولا عما يترتب على ذلك من

[1] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 755 بند 387وأنظر مصطفى محمد جمال وعبد الحميد جمال، النظرية العامة للقانون، ص 311 بنذ 291.

[2] محمد جلال حمزة: العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام، ص 90.

ضرر للغير، كمن أقام حفريات في أرضه وسبب ضررا لملك جاره دون أن يقصد إلحاق هذا الضرر، لا يكون مسئولا اللهم إلا إذا كانت لديه نوايا كيدية.

إلا أن هذه التطبيقات الجزئية لم تجد طريقا إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب بينها اختفاء التفكير القانوني للرومان بالحقوق الفردية، وظهور مفهوم المسئولية التقصيرية وما يرشد إلى هذا وجود قاعدة "من استعمل حقه فما ظلم"[1].

الفرع الثاني: بعض تطبيقات التعسف في القانون الروماني

من بين التطبيقات ما أورده فقهاء القانون: أن الفقيه إيلبيان Ulpian قرر أن من حفر بئرا في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره، لا يكون مسئول عن تعويض هذا الضرر، ولكنه يكون مسئولا إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار[2]، وكان القانون الروماني حين يلجأ المتخاصمون إلى القضاء لفظ نزاعاتهم يحلهم القاضي، فإذا تبث سوء نية أحدهم عوقب بغرامة مالية كبيرة[3].

المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

لقد أولت الشريعة الإسلامية التعسف في استعمال الحق في عناية فائقة وأمرت الناس بالرفق والإحسان فاستوت هذه النظرية في الشريعة على أصولها منذ القدم وقد استنبطنا من نصوص الشريعة من الكتاب والسنة كما استخلصه من الفقه الصحابة واجتهادات الأئمة من بعد ثم عبر العصور أصول عباداتها وضبطوا معاييرها حتى بلغت هذه النظرية من الدقة والضبط والوضوح ما لم تبلغه غيرها من النظريات وقد وجدت بذور هذه النظرية في الشريعة الإسلامية قبل ظهورها في القوانين الغربية منها بحوالي 6 قرون فقد كان أئمة المذاهب ينظرون إلى الحقوق نظرة هي الأقرب إلى الإطلاق إلى التقييد ويعتبرون أن الشارع إن يقرر

[1] أحمد سراج: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، ص 36. – ضمان العدوان ص 388 بند 345.
[2] عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 835، بند 451
[3] أنظر محمود جلال حمزة : العمل غير المشروع مصدر من مصادر الإلتزام، ص 90.

للفرد أو يجيزه إتيان فعل فإنه لا يحاسبه على ما ينشأ من استعماله هذا الحق، إن إتيان هذا الفعل من أضرار للغير.

الفرع الأول: إكمال فكرة التعسف كنظرية عامة في الشريعة الإسلامية.

مكنت الشريعة الإسلامية لفكرة التعسف في استعمال الحق، وأعطتها أوسع تصوير ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة [3]

فالقانون في الشريعة الإسلامية حقوق ما هي إلا منحة من الله تعالى وهو المشرع الأعلى يمنحها لعباده من أجل تحقيق مصالح لأجلها شرع الحق[4]

ولذا فاصل في استعمال الحقوق التقييد وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة للجماعة الإسلامية، والمصالح الخاصة لأفراد الناس على حد سواء ذلك أن الشريعة تقيم التوازن بين مصلحة الفرد والجماعة فهي لا تعتبر الحق وظيفة اجتماعية خالصة، بل يتضمن العنصر بين الفردي والجماعي في آن واحد .

ولا يبعد أن يكون الفقه الإسلامي مصدر للقوانين الغربية في التعرف على نظرية التعسف صياغتها[1]

بل إنه أقرب إلى التأثير فيها من القانون الروماني الذي يعتمد عليه في هذه القوانين، ويرجع افتراضا تأثير الفقه الإسلامي على القوانين الغربية بخصوص هذه النظرية نظرا لأمرين: **أولهما :** عدم نضج النظرية في القانون الروماني، واكتمالها في فقه الشريعة على نحو يقترب من الصواب التي تبنتها هذه القوانين في النصف الثاني من القرن 19م **ثانيهما**:إن

[3] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 755 بند 387وأنظر مصطفى محمد جمال وعبد الحميد جمال، النظرية العامة للقانون، ص 755 بنذ 387.

[4] مصطفى محمد جمال وعبد الحميد جمال، النظرية العامة للقانون، صفحة: 311 بنذ 291.وانظر المرجع السابق محمد حسنين الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، الصفحة : 308.

[1] أحمد سراج ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، الصفحة : 389 البنذ: 374.

الفقه الإسلامي أقرب زمانا إلى هذه القوانين وأوثق اتصالا بها لوجود كتبة وترجمة كثيرة منها في القرن 19 إلى اللغات الأربيية[2]

- صورا أخرى كتخلف المصلحة عند صاحب الحق والضرر العام، والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق [3]

بل نجد أن القانون المدني الجديد قد حرص على أن ينتفع في صياغة النص الذي أورد في هذه النظرية، بالقواعد التي استقرت في الفقه الإسلامي واستمد هذه الضوابط التي اشتمل عليها النص [4]

وقد نهى القرآن الكريم صراحة على التعسف في آيات كثيرة لاسيما بالنسبة لحق الإبصاء وحق الطلاق وحق التقاضي.

ومن أحكام القرءان استمد فقهاء الشرع الإسلامي الأسس التي بنو عليها نظرية التعسف وبالقياس عليها توسعوا في تطبيقها، كما استمدوها من السنة النبوية خاصة حديث الرسول- صلى الله عليه وسلم - " لا ضرر ولا ضرار " [5]

وقد أصبحت النظرية عامة في القرن 29 مؤسسة على قواعد هي:

1. استعمال الحق سلبا أو إيجابا، يكون غير مشروع إذا قصد صاحبه بعمله إحداث ضرر بالغير، ذلك لأن الحق شرع لمصلحته معتبرة، والإضرار ليس مصلحة ويقصد باستعمال السلبي كامتناع التاجر عن بيع السلع، احتكار أو ينتظر غلائها حتى يبيعها للناس بسعر مرتفع، وهم في حاجته إليها، فالامتناع هنا تعسف للإضرار بالجماعة، ويتفق القانون الوضعي مع الشريعة في هذا المبدأ حيث يعتبر من أمتنع عن بيع السلعة ما مرتكب جريمة جنائية يعاقب عليها القانون.[1]

---

[2] السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، صفحة:836 بنذ:554.
[3] حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 755 وأنظر محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 308 .
[4] السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، صفحة:836 بنذ:554 نقلا عن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، ص 31-35..
[5] أخرجه إبن ماجه، انظر كتاب جامع العلوم لابن رجب، ص 301 .
[1] محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون الوضعي الجزائري، ص 14.

2. استعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لصاحبه لا تتناسب مطلقا مع الضرر الفاحش الذي يصيب الغير ولو من غير قصد صاحبه لأن مدة مناقضة لقواعد الشريعة التي تقضي بدفع الضرر والأصل درء المفاسد مقدم على جلب المنافع.

3. إذا أصاب المجتمع ضرر عام كما في حالة الاحتكار ولو ترتب على ذلك تفويت مصلحة الفرد.

الفرع الثاني: مبدأ التعسف في مذاهب الإمام مالك

يقوم مذاهب الأمام مالك [2]على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت إلى ذلك مصلحة الجماعة وهذه الفكرة يمكن تحليلها إلى مبادئ ثلاثة :

1. لا يجوز استعمال الحق إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله.
2. يعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا تولد عنه ضرر غير عادي.
3. لا يسوغ استعمال الحق الأضرار للغير.

فبالنسبة للحالة الأولى نجد أن الإمام مالك يحد من ولاية الأب على مال ولده الصغير لأن هذا الحق لم يعطي للأب إلا لحماية مصلحة الولد فإن تعسف في استعمال رد عليه تعسفه.[3]

ومثال الحالة الثانية تنظم العلاقات الناشئة على الجوار، فإذا أدى استعمال الحق إلى إلحاق ضرر غير عادي وجب منع صاحبه من استعماله.

المطلب الثالث: نظرية التعسف في القانون الفرنسي

إن الحديث عن نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي يكون على مرحلتين الأولى في القانون الفرنسي القديم والثانية في القانون الفرنسي الحديث أو الجديد.

الفرع الأول: تطور فكرة التعسف في القانون الفرنسي

[2] محمد صبري سعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ص 49-50.
[3] محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، ص 309 نقلا عن كتاب محمد فتحي .

1. **في القانون الفرنسي القديم:** لقد أتيح لفكرة التعسف أن تنتقل من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم[1]، وهذا بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى[2]، ولكن على نحو أكثر اتساعا[3]، حيث ذهب دوما فيما يبدوا إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير أي تعمد أو لم تكن له مصلحة في استعماله، أي دون مصلحة صاحبة الحق[4]، وكان يرى من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها، فتتحقق مسؤوليته[5]

2. **في القانون الفرنسي الجديد:** كان هذا العهد مسبقا بروح فردية[6]، الذي نتج عن الثورة الفرنسية، وشاع مبدأ سلطان الإدارة، ونودي بحقوق الإنسان، وأصبح الأفراد هم الذين يحكمون علاقاتهم بأنفسهم دون حاجة إلى تدخل المشروع للحد من حرياتهم، وممارساتهم لحقوقهم[7]، وبانتصار الثورة الفرنسية تحقق انتصار المذهب الفردي فانتكست النظرية في هذه الفترة، وفيما تلاها من فترات طوال القرن التاسع عشر 19م، وكان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة هذه الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة، وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحريته في استعمال حقوقا استعمالا مطلقا دون التعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء، وبدلك لم يتحدث أحد من الفقهاء خلال هذه الفترة عن نظرية التعسف، وساعد على كل هذا أن النظرية لم تجمع شتاتها، ولم تصنع لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم[8]

3. وحيث تكاثر الهجوم على المذهب الفردي، وبدأت الدعوة على المذهب الاجتماعي ولم يلبث أن حمل القضاء الفرنسي – منذ أوساط القرن الماضي – على فرض رقابته على استعمال الحقوق [9]، مناديا بأنه لا يسمح استعمال الحقوق الشخصية بما يتنافى الغرض الذي

---

[1] حسن كيرة مدخل القانون صفحة : 755 نبذ 387
[2] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 صفحة: 8366 بند554.
[3] حسن كبرة مدخل القانون صفحة : 755 نبذ 387
[4] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 صفحة: 836 بند554 أنظر المرجع السابق.
[5] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 صفحة: 836 بند554.
[6] جلال حمزة العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام صفحة : 91
[7] المرجع السابق وأنظر حسن كيرة المدخل إلى القانون صفحة : 756 نبذ 387
[8] الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 صفحة: 836 بند555
[9] حسن كبرة المدخل إلى القانون صفحة : 756 نبذ 378 وأنظر جلال حمزة العمل غير المشروع صفحة91

سمحت من أجله [1]، وإلا وجب التعويض على ما ينجز من ضرر وراء ذلك الاستعمال السيئ، السيئ، وبذلك كان للفقه والقضاء في فرنسا فضلا في إحياء مبدأ تحريم التعسف[2]، وأحكام القضاء إلا في أواخر القرن 19م[3]، ولقد حمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث الفرنسي سالي وجوسران[4]، واستأثر الثاني بالجوالات الأولى والأخيرة، فوضع سنة 1905 مؤلفا أسماه أسماه "التعسف في استعمال الحقوق"[5] جمع فيه أحكام القضاء منسقة واستخلص منها أصول النظرية العامة وفي عام 1927 أصدرت كتابه في روح الحقوق للنظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق[6]، وهو اشتمل المؤلفات وأكثرها وضوحا[7] وفي الفقه الفرنسي من يعتبر الحق غير المشروع ولو لم تكن هناك فيه نية الإضرار طالما انه استهدف أغراضا غير التي شرع الحق من أجلها [8]، إذ أن مجرد تحويل الحق من وظيفة الاجتماعية يكون سوء استعمال له، وتلك نظرية أخرى للحق [9]، وعليه فالحق – في نظرية هؤلاء – وظيفة اجتماعية اجتماعية منح للفرد من أجل أداء خدمة للجماعة، لا لتحقيق مصلحة ذاتية كما في السلطة الأبوية فهي لمصلحة الطفل أكثر من مصلحة الوالدين.

وخلاصة القول: أن الفقيه مند أن صاغ نظرية التعسف ونسق بين أجزائها أنار السبيل للقضاء، فصار يمشي على هدى وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية كهذه الأخيرة[10] وعليه فقد أثر القضاء في الفقه وتأثر به.

الفرع الثاني: تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الفرنسي

1. ذهبت محكمة الاستئناف كولمار في حكمها الصادر في 2 مايو 1855م [1] بالحكم بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان غرضه الوحيد من إقامتها حجب النور عن

[1] العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام صفحة : 91
[2] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 صفحة: 837 بند556
[3] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 صفحة: 837 بند556
[4] المرجع السابق وأنظر محمد حسنين الوجيز في نظرية الحق بوجه عام صفحة: 314
[5] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 1 صفحة: 838 بند556
[6] المرجع السابق
[7] محمد صبري السعيدي شرح القانون المدني الجزائري ج2 صفحة: 51 وأنظر المرجع السابق
[8] محمد حسين الوجيز في نظرية الحق يوجه عام، صفحة: 316
[9] المرجع السابق
[10] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 صفحة: 839 بند556

جاره بدون فائدة تعود عليه "ونص الحكم ومن حيث أن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع بشيء، وأن يستعمله وفقا لهواه ولكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق أخر يجب أن يكون حده هو استفاء مصلحة جدية مشروعة".

2. وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء للدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا تبررها أي منفعة شخصية وهي تلحق بالغير أدى جسميا ..." وبناء على هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تقضي بإزالة المدخنة مع التزام المالك بتعويضات.

3. وتوالت أحكام القضاء الفرنسي واعتبرت المالك متعسفا في استعمال حقه بإقامته فواصل خشيته على حدود ملكه[2]، أ وشجيرات كثيفة[3]، أو أحائط من ألإسمنت المسلح أو أستبدل حائط بشبكة حديدية لمجرد حجب النور والهواء أو الرؤية عن نوافذ الجار[4] أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته فلا تعسف ولا تعريض[5].

4. امتدت التطبيقات وشملت حق التقاضي في رفع الدعاوي، فإذا استعمل هذا الحق استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الخصم أو كانت الدعوى منطوية على روح الانتقام[6] أو يقصد عرقلة تنفيذ الحكم [7]، أو لمجرد الطيش وعدم التبصر في استعمال حق التقاضي[8] بل ويكفي القضاء سوء النية، أو التهور، أو الخفة في رفع الدعوى التي يبدوا في أول وهلة أنه لا يحق

---

[1] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 صفحة: 837 بند556 نقلا عن مازو فقرة 557
[2] محمد صبري السعيدي شرح القانون الجزائري صفحة: 50 بند: 37 نقلا عن سيدان المدينة ديسمبر 1901 دالوز 38
[3] الدكتور بالحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ج :2 صفحة: 131 نقلا عن نقض مدني فرنسي 20جانفي 1964م – دالوز 1964 قضاء 518
[4] المرجع السابق نقلا عن محكمة مرسيليا 1968.02.07 دالوز 1964 قضاء 518
[5] السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج1 صفحة: 853 بند567
[6] الدكتور بالحاج العربي النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ج :2 صفحة: 131
[7] المرجع السابق نقلا عن نقض فرنسي 1957.11.28 م ن.م.1957 2. 479
[8] المرجع السابق نقلا عن نقض فرنسي 1967.05.31 م .ن.م. 1967. 38

رفعها أو يكون صاحب الدعوى قد رفعها من قبل وخسرها ثم كرر رفعها ثانيته فإنه يعد تعسفا في حق استعمال حق التقاضي.

5. وتحيط نظرية التعسف بالحقوق العقدية، ويتغير تعسف صاحب العمل في فصل العامل لريه أهم تطبيقا لها في هذه الحقوق، وإن كان التعسف يمكن أن يشوب إنهاء كافة العقود غير محددة المدة[1]

المطلب الرابع: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري

الفرع الأول: عرض النظرية

تبنى المشروع الجزائري فكرة التعسف في استعمال الحق، وقد مزج بين الفقه الحديث والفقه الإسلامي في الأخذ بهذه النظرية، ولم يقف عند نية الإضرار بالغير، بل أخذ بمعايير أخرى جمعها في المادة 41 من القانون المدني الجزائري .

التي تقول : " يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال الآتية:

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

ويلاحظ في هذه المادة أنها:

1. أنها وضعت في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، وجاءت ضمن المواد الخاصة بالأهلية – م40 م.ج- م45 م.ج – هو مكان غير مناسب مطلقا[2] ولا صلة لهذه الأحكام بنظرية التعسف، وكان من باب أولى أن توضع في

[1] الدكتور محمد جمال الدين زكي الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري صفحة: 525 بند: 255 نقلا عن مارتي ورينو جزء: 2 فقرة 417 مكرر 2 .

[2] الدكتور: جلال حمزة العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام صفحة: 96وأنظر محمد صبري السعيدي السعيدي شرح القانون الجزائري ج: صفحة: 85

مكان يناسب أهميتها، في التقنين المدني، ونرى أن يكون ذلك في الباب الأول من الكتاب الأول عند الكلام عن استعمال الحقوق، كما فعلت التقنيات الحديثة منها والعربية[1].

2. لم ينص المشرع الجزائري على مبدأ عام يمهد فيه لنص التعسف في استعمال الحق، كما فعل المشرع المصري في المادة 4 من القانون المدني المصري، والمشرع السوري في المادة5، وغيرهما.

3. من جهة أخرى فإن العبارات الواردة في نص المادة 41 م ج تكاد أن تكون مطابقة [2] لتلك التي ذكرها المشرع المصري[3]، في المادة 5 ويظهر الاختلاف الطفيف في استبداد كلمة مصلحة "فائدة" مع العلم أن كلمة مصلحة أدق، خاصة في استعمال الحقوق.

- وهكذا استقر الأخذ بنظرية عامة لسوء استعمال الحق في كثير القوانين الحديثة سواء باجتهادات قضائية جزئية، أو بنصوص تشريعية صريحة كالقانون الألماني والسويسري والسوفيتي واللبناني والسوري ...

الفرع الثاني: تطبيقاتها

1. ما تقتضي به المادة 708م ج أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختار دون عذر قانوني، إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط[4]

2. وما تقتضي به المادة 881 من أنه يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به[1].

[1] محمد صبري السعيدي شرح القانون المدني الجزائري صفحة: 59
[2] جلال حمزة العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام صفحة: 96
[3] محمد صبري السعيدي شرح القانون المدني الجزائري ج 2 صفحة: 59
[4] ا لقانون المدني وزارة العدل صفحة: 130

3.ما تقتضي به المادة 705 م .ج من أنه للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليل الحائط المشترك أنه يعليه بشرط أن لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، وعليه أن يتحمل وحده نفقة التعلية [2]

4. وما تقتضي به المادة 691 م.ج من أنه يجب على مالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل مكنها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له [3]

هذا بالنسبة للنصوص التشريعية أما التطبيقات القضائية، فما قضت به المحكمة العليا أن رب العمل إذا قام بفصل العام بسبب مرض إصابة يعتبر متعسفا في استعمال حقه [4]

خلاصة الفصل التمهيدي :

نستخلص من خلال التطور التاريخي لنظرية التعسف أهم النقاط الهامة في هذه النظريات وهي:

1. إن أساس نظرية التعسف كان محل خلاف بين العلماء، وأرجح الآراء أن نظرية التعسف ترتبط بغاية الحق لا بحدوده، لأن من المسلم به أن المتعسف قد لا يخرج عن حدود الحق، ولكنه قد يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي يشرع من أجلها، فنظرية التعسف ترتبط بنظرية الحق لا بفكرة التعدي أو الخطأ المولد من المسؤولية التقصيرية.

---

[1] القانون المدني وزارة العدل صفحة: 161.
[2] القانون المدني وزارة العدل صفحة: 129 .
[3] القانون المدني وزارة العدل صفحة:127
[4]الدكتور بالحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج :2 صفحة: 133 نقلا عن المحكمة العليا 1984.10.15 م ملف رقم 036591.

2. ليس الضرر دائما عليه التعسف، فقد يتحقق التعسف لمجرد الحكمة ومخالفتها أي الغاية أو المصلحة التي من أجلها شرع الحق، دون إلحاق ضرر بأحد، كما في نكاح المحلل فهو باطل لمخالفته الفرض الاجتماعي الذي من أجله شرع الزواج.

3.إن فكرة الحق أصيلة في الفقه الإسلامي تأصلت فيه منذ ارتباط الأرض بالسماء عن طريق الوحي الإلهي، على اعتبار الحق منه الأهلية للإنسان منشأها الحكم الشرعي المستمد من الأصول العامة للتشريع ويوضح هذه الحقيقة

"الإمام الشاطبي":

"لأن ما هو حق للعبد إنما يثبت بكونه حقا بإثبات الشرع ذلك له لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل"[1].

4.إن القول بأصالة نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ليس وليد تعصب ديني غير مؤسس وإن أساسه ما تبث من أدلة شرعية تنبث ذلك سواء من القرءان والسنة من نصوص تمنع المضارة بالغير وتزيل الضرر عند وقوعه.

5. إن التعسف في استعمال الحق يضبط معياران: معيار ذاتي شخصي يعتد بقصد صاحب الحق من استعماله حقه أو ما يعرف بالباعث والمعيار الموضوعي يعتد بالضرر المترتب على التصرف المشروع دون مراعاة قصد صاحبه حيث يعد متعسفا إذا ما نجم عنه ضرر بالغير أكبر من المصلحة المرجوة منه أو يساويها.

[1] الشاطبي : الموافقات ج2 صفحة: 377

الفصل الأول : تعسف الزوجة في استعمال حقوقها

لقد نصت المواد 36و37و74 من قانون الأسرة الجزائرية على حقوق وواجبات الزوجين وهناك بعض الحقوق مقررة للزوجة وأن لم ينص عليها المشرع صراحة، لا أنه يمكن استخلاصها من نص المادة 222 من قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية ويتعين على الزوجة عدم مجاوزة هذه الحقوق بإساءة استعمالها لدرجة تصل حد الأضرار وهذا هو مضمون نظرية التعسف في استعمال الحق وفيما يلي سنتناول بالتفصيل صور تعسف الزوجة في استعمال حقوقها، سواء تلك التي نصت عليها المشرع أو تلك الحقوق المستخلصة من مبادئ ومفاهيم الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: تعسف الزوجة في التصرف في مالها:

لقد كان للشريعة الإسلامية السمحاء السبق في إعطاء المرأة حقها في التصرف في أموالها فقد أبطل الإسلام كرم كان عليه العرب والعجم من حرمان النساء من التملك أو التضييق عليهن فيما يملكن، وهدا خلاف بما يوجه في الأنظمة الغربية من أن الزوجة تفقد اسمها وحريتها في التصرف في أموالها وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن القانون الفرنسي لم يصل إلى تقرير حريتها في التصرف في مالها إلا عند صدور قانون 13 جويلية 1967[1] وقد أوردت المادة 37 من قانون الأسرة أن للزوجة ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخر فهذا المبدأ ليس مطلقا فهو مقيد في السنة النبوية وستطرق أولا إلى هذا الحق ودليل مشروعية ثم نتحدث عن صور تعسف الزوجة في التصرف في مالها من خلال نيتها في الاضطرار بزوجها أو عدم تحقيق فائدة ترجي من هذا التصرف.

[1] إذا كان القانون الفرنسي المدني لسنة 1937 يعتبر المرأة كالصبي والسفيه ولا يسمح لها بالتصرف في أموالها الخاصة إلا بإذن من زوجها وجاء قانون 1942 الذي احدث نظام الأموال المشتركة والذي بالرغم أنه أعاد لها شيء من الاعتبار إلا أنه لم يرفعها إلى مصاف المرأة المسلمة في مجال التصرف في الأموال، انظر عبد العزيز سعد الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ص 197 ط 1996 دار هومة للطباعة والنشر الجزائرية.

التعسف في إستعمال الحق في إطار قانون الأسرة

المطلب الأول: تعريف حق الزوجة في التصرف في مالها ودليل مشروعية:

لقد أقرت الشريعة الإسلامية للمرأة بعد زواجها حق الاحتفاظ بشخصياتها وإبقاء ذمتها المالية عن زوجها صالحة بذلك للتملك والبيع والشراء وكافة ما يستلزمه المال من إجراء أو تصرف بنفسها ولحاسبها دون أدنى مساس بذلك فالزوج لا يغير الأحكام التي كانت تعتري الزوجين قيل زواجهما ومن هذا المنطلق كان لها الحق أن تدير أموالها في أمور تجارية دون أن يمنعها الزوج[1] كما أن الإسلام شرع الوصية والإرث للمرأة تماما مثل الرجل وزادها من فرضا لها على من مهر الزوجية والنفقة عليها وأن كانت غنية ويتبع هذا الحق للمرأة الدفاع عن مالها بالطريق المشروعة كطريق التقاضي.

ويسري هذا الحكم كذلك على راتب المرأة الذي تحصل عليه مقابل الوظيفة أو المهنة التي تمارسها خارج بيتها حيث أن لها مطلق الحرية في التصرف فيه ولا يحق لزوجها أن يستولي عليه تحث أي عذر وهذه القاعدة الأساسية قد قررتها الشريعة الإسلامية حيث يقول الحق عز وجل **" للرجل نصيب مما اكتسبوا وللنساء نصيب مما اكتسبن"** مما يفيد أن ولاية المرأة المالية كاملة ولا يجوز للزوج أن يتصرف في مالها إلا بإذن منها وبموفقتها الصريحة

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في التصرف في مالها.

الفرع الأول: نية الأضرار:

إذا كان للزوجة الحرية في التصرف في مالها فإن هده الحرية مقيدة في السنة إذا ليس لها لأن تتصرف في مالها نية الإضرار بزوجها.

فكما قيدت الشريعة الإسلامية لها أن تتصرف في مالها بنية الإضرار بزوجها فكما قيدت الشريعة الإسلامية حرية المرأة في من ترض زوجها لها إلا بإذن وليها فكذلك الأمر ينشأ التصرف في مالها ويرى البعض من الفقهاء أن تصرف الزوجة في مالها مقيد بما لا يزيد عن الثلث إلا بإذن زوجها ففي رواية الإمام أحمد أنه ليس للزوجة أن تتصرف في مالها بزيادة عن الثلث بغير عوض إلا بإذن زوجها وبه قال الإمام مالك لما عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة " لا يجوز للمرأة عطية في مالها إلا

[1] الدكتور محمد محدة، الخطبة والزواج، ص 404 ط، 1994 دار الشهاب 2000

بإذن زوجها إذا هو مالك عصمتها رواه أبو داود كذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز مرآة عطية إلا بإذن زوجها[1]

وظاهر الحديث لا يجوز لها مطلقا إلا أن الفقهاء قيدوه بما لا يتجاوز عن الثلث قياس على الوصية وحقوق الوارث المتعلقة بمال المريض وذهب المالكية والحنابلة إلى أن حق الزوج يتعلق بمال زوجته ويظهر أثر هذه العلاقة في منع الزوجة من أن تتبرع بما يزيد عن ثلث مالها إذا كان هذا التبرع لغير زوجها وذهب الإمام مالك على أن للزوجة أن يرد تبرعها بالثلث أيضا إذا كان ذلك سيؤدي إلى مضرته[2] وإذا تبرعت الزوجة لجميع مالها دفعة وواحدة كان لزوجها إن يرده كله أو أن يرد ما زاد عن الثلث فقط الجميع في هذه الحال من الثلثين لأنها حين تبرعت بكل مالها وكان الغرض من هذا التبرع الإضرار بزوجها فعاملها الشارع بما يخالف مقصودها وجعل للزوجة رده كله والمعاملة بنقيض القصد في بعض الصور هو منع التعسف الذي يصان به حق الغير[3] إن الأصل هو أن للزوجة حقا التصرف في مالها بمقتضى ملكيتها له ثم لا يجوز أخذ شيء منه ألا برضاها عملا يقوله تعالى: **"لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"** وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم ألا يطيب ألا بطيب نفسه" وما كان اتجاه الملكية والحنابلة إلا لتحقيق ما يتوقف مع روح الشريعة ومقاصدها وهو ما يقتضيه مبدأ التعاون في الإسلام وكذلك إنكار للإضرار بالغير.

الفرع الثاني: عدم تحقيق الفائدة:

اقر المشروع والقانون كما سبق ذكره للمرأة حق حرية التصرف في مالها بمقتضى ملكيتها له أو اكتسابها له من العمل والمهنة التي تزاولها خارج المنزل، إلا أن المرأة تعتبر متعسفة في هذا الحق أذا ما كان تصرفها في مالها غير ذي فائدة عليها وعلى زوجها وأولادها وشؤون منزلها.

---

[1] إبن قدمي المغنى فقه الحنابلة، ج4، ص464 مطبعة المنار القاهرة وخالف في ذلك أبو حنيفة والشافعي وابن المنذر والجعفرية يذهبون إلى أن سلطات الزوجة مطلقة على مالها.

[2] د. فتحي الدريمي، المرجع السابق، ص248.

[3] إبن قدمي المغنى فقه الحنابلة، ج4، ص464.

إن من مقتضيات عقد الزواج التي تعارف عليها الناس في كل بلدان العالم منذ آلاف السنين أن تتفرغ الزوجة لتدبير شؤون المنزل ورعاية الأبناء وأن يتفرغ الزوج للعمل خارج المنزل ليقوم بتوفير ما يلزم لتأمين حاجيات الزوجة والأولاد وما يتصل بالإنفاق عليهم وإسعادهم والسهر على راحتهم جميعا في إطار شراكة زوجية يتقاسم المساهمون فيها مسؤولياتهم تقسيما عادل ومحكما كل حسب قدراته وحسب ما خلق له، وإذا حصل أن طرأ تغيير على هذا الوضع فتركت المرأة مكان عملها الطبيعي المسيرة له وانصرفت إلى طريق كسب خارج المنزل وتركت أولادها وشؤون منزلها إلى امرأة أخرى تؤجرها فإنه ليس من العدل أن تترك لها حرية التصرف في هذا المال تبذره وتنفقه على مواد الزينة وغيرها ويبقى الزوج ملزما بالإنفاق عليها وإطعامها وكسوتها وإسكانها هي وأولادها من المال الذي يحصل عليه بكده وبعرق جبينه، وقد لا يكفي وحده ولا يفي بحاجياتها الكثيرة وحاجياته وحاجات أولادها ولا يمكن أن يدخره لأيام الصعبة[1] ويمكن القول أن الفقرة الثانية من نص 41 من القانون المدني الجزائري التي حددت صور التعسف في استعمال الحق تنطبق على هذه الصورة فالفعل يعتبر تعسفيا إذا كانت الفائدة الموجودة منه أقل بالمقارنة مع الضرر الذي يلحق بالغير وهو من يتحقق هنا بحيث يضار الزوج بنفقات ومصاريف لا قبل من تحملها.

المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة.

ذكر المشرع الجزائري في المادة 36 من قانون الأسرة في الفقرة الثالثة التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد حيث يفهم من مضمون هذه الفقرة أن الإرضاع هو واجب يقع على عاتق الزوجة والتي يتعين عليها القيام من كان باستطاعتها ذلك أما إذا نظرنا إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية إلى جانب أنها تعتبر الإرضاع واجبا من واجبات الزوجة، تعتبره كذلك حقا من حقوقها ومن ثم وجب علينا الرجوع إلى مفاهيم الشريعة الإسلامية وأحكامها للبحث في مضمون هذا الحق وصور التعسف في استعماله.

[1] عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية ص:202

المطلب الأول: تعريف حق الرضاعة ودليل مشروعيته.

يقول الله سبحانه وتعالى: **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بوالدها ولا مولود له بولده"**[1]

ويقول كذلك **" فإن أرضعهن لكم فأتوهن أجورهن وأتموا بينكم بالمعروف وإن تعاسرتم فترضع له أخرى"**[2] وقد وردت هذه الآيات في شأن المطلقات.

لهاتين الآيتين بين الله سبحانه وتعالى الأسس التي تقوم عليها أحكام الرضاعة وفيها أستنبط الفقهاء أكثر أحكامه، وفيهما توزيع لمسؤولية الرضاع بين الأب والأم فكل منهما يقوم بما يستطيع دون مضارة لأحدهما، فلأم بلبنها الذي أجراه إليه لها في ثديها غداء لطفلها وهو أنسب غذاء له في هذه الفترة بعد أن تغذي بدمها فترة الحمل ولأب بالإنفاق عليها لتدر لبنها[3]

ولدى ملاحظتنا للآية الأولى أمكننا الوصول إلى أنها تفتح لجملة خبرية تحمل معنى الأمر **"والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"** فنظر لخبرته هذا الأسلوب الوارد في الآية نستنتج أن الرضاع حق للأم لها أن تستوفيه ولها أن تتنازل عنه ونظرا لمعنى الأمر فيها فهي تفيد أنه واجب عليها لا تستطيع تركه إلا لمانع كمرض ونحوه[4] ومن هنا جاء اختلاف الفقهاء في وجوب الإرضاع على الأم.

وإن نظرة عامة في مذهب الفقهاء توضح لنا أنها متفقه على وجوب الإرضاع على الأم في بعض الحالات، وعدم وجوبه عليها في حالات أخرى مع اتفاقهم جميعا على أن الإرضاع حق الأم لا يزاحمها فيه غيرها إلا إذا أرادت ما لم يكن في ذلك ضرر يلحق بالرضيع أو بالأب، لأن الأم هي أقرب إنسان إلى ولدها وينبض قلبها بالحنان والشفقة عليه وقد أتفق الفقهاء على أن الإرضاع واجب على الأم ديانة سواء كانت الزوجية قائمة أو انتهت بحيث أنها تأثم أمام الله عز وجل إذا امتنعت عن الإرضاع لأبنها مع قدرتها له، ألا أنهم اختلفوا في وجوب الإرضاع عليها قضاء بمعنى أن القاضي يجبرها عليه إذا امتنعت عنه بدون عذر وسنتطرق لهذا الخلاف لدى حديثنا عن صور تعسف الزوجة في حقا الإرضاع.

---

[1] سورة البقرة الآيات 233
[2] سورة الطلاق الأية 6
[3] محمد مصطفى شلبي أحكام الأسرة في الإسلام ص:737 الطبعة 4- 1983 بيروت
[4] د بدر الدين بدران أبو العينين حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ص:49 طبعة 987

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة

بعد الحديث عن الإرضاع باعتبار حقا للأم، فتحدث فيما ياي عن صور تعسف هذه الأخيرة في التصرف في هذا الحق، وهي عموما تتلخص في صورتين، أولهما مغالاة الزوجية في طلب أجرة الإرضاع إضرار بزوجها، أما الصورة الثانية فهي امتناع الأم عن إرضاع إبانها مع قدرتها على ذلك.

الفرع الأول: مغالاة الزوجة في طلب أجرة الإرضاع إضرار بزوجها.

قال الله تعالى: **" وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"** بهذه الآية الكريمة أكد الله عز وجل حق الأم في الأجرة إلا أن هذا الحق لا يؤخذ به على إطلاقه مما طلبته من الأب، وهذا منعا للضرر عن هذا الأخير لأن الأم بمغالاته في طلب الأجرة تقصد الأضرار بالأب دون تحقيق مصلحة مشروعة، فتفعل لهذا الضرر يعطي الولد لغيرها لترضعه[1] أن حق الأم في إرضاع إبنها ثابت، وهي أحق به من الأجنبية ولا يملك الأب منعها منه ما لم يلحقه ضرر من ذلك، فكما نفي القرآن الكريم الضرر عن الأم نفا كذلك عن الأب **" ولا مولود له بولده"** وليس في منح الأم عن طلب الأجرة أو الزيادة، وفي مثل هذه الحالة يقال الأم، إما أن ترضعيه مجانا أو بمثل الأجر الذي قبلت به المرضعة، أو تسليمه لهذه الأخيرة لترضعه، والأم إن تختار في هذه الحالة[2] التوفيق بين مصلحة الطفل في توفير الحليب المتكامل له، وكذا مصلحة الأب في عدم إلزامه بأجر معين مع وجود متبرعة أو من ترض بعجز أقل ومن ثم لا يمكن للأم أن تتخذ من حقها في الإرضاع عصا ترهق بها كاهل زوجها بالنفقات التي لا قدرة له على احتمال لها فيكون جزاء تعسفها هذا إسقاط حقها معاملة لها بنقيض مقصودها.

الفرع الثاني: امتناع الأم عن إرضاع ابنها مع قدرتها عليه.

إن المذاهب الإسلامي على اختلاف قد أنفقت على وجوب إرضاع الأم لأبنها ديانة سواء كانت متزوجة بأب الرضيع أم كانت مطلقة منه، فإن امتنعت عنه مع القدرة عليه كانت مسؤولية أمام الله، واختلفت هذه المذاهب في وجوب إرضاع الأم لأبنها قضاء.

[1] فتحي الدربني المرجع السابق ص 322
[2] د مصطفى شلبي المرجع السابق ص 741

لدى الإمام مالك أن الإرضاع واجب على الأم قضاء سواء كانت زوجة أو معتدة من الطلاق رجعي كما هو واجب ديانة، إلا أنه استثنى المرأة التي تنتمي إلى قوم جرى عرفهم على عدم إرضاع النساء لأولادهم فهنا لا يلزمها إرضاعه إلا إذا كان الصغير لا يقبل ثدي غيرها فإنها تجبر على إرضاعه محافظ عليه من الهلاك وفي هذه الحالة تجبر على الإرضاع وأن كانت مطلقة بائنا[1] أما الشافعية والجعفرية فيرون أن على الأم أن ترضعه أول لبنها المسمى بالباء وهذا لأنه يقوي الصغير وتشتد بنيته به، ولا يجب عليها أن ترضعه ما بعده إلا إذا لم يوجد من يرضعه غيرها أو لم يقبل الطفل ثديها فيتعين عليها الإرضاع [2]

أما الحنابلة فيذهبون إلى أن إرضاع الطفل على الأب وحده، فليس لهذا الأخير إجبار الأم على إرضاعه، في حيين أن الحنفية يذهبون إلى القول بأن الرضاع يجب على الأم ديانة لا قضاء، فإن امتنعت عنه بدون عذر فلا تجبر عليه قضاء إلا في حالت ثلاث:

- إذا لم يكن للطفل أو أبيه مال يستأجر به مرضعة ولم توجد متبرعة لإرضاعه.
- إذا لم توجد مرضعة غير الأم سواء بأجرة أو بدونه ولو كان للأب أو الطفل مال.
- إذا وجدت المرضعة ولكن الطفل لا يقبل غير ثدي أمه.

ففي هذه الحالات تجبر الأم على إرضاع قضاء[3]، وهذا لكي لا يتعرض الصغير للهلاك وهذا هو القول الأقرب للصواب، ففي غير الحالات إذا قامت الأم بإرضاع الطفل فلا يثور أي أشكال كما أنه إذا امتنعت عنه بدون ظاهر لا تجبر عليه لأن الرضاع حق للأم كما هو للولد، ولا يجبر أحد على استفاء حقه إلا إذا وجدها يقتضي الإجبار عليه وهو الحفاظ على حياة الطفل كما هو في الحالات الثلاث السابقة الذكر[4].

ولاشك أن الأم هي أكثر الناس حنانا على ولدها فهي لا تمتنع عن إرضاعه إلا لعدم قررتها على ذلك، ومن ثم فإجبارها سيلحق لها الضرر حتما لأنها ستقوم بما لا قدرة لها عليه وهو ما أعفاها الله منه بسبب ولدها **" لا تضار والدة لولدها"** وفي هذه الحالة على الأب أن يستأجر لأبنه مرضعة فإن لم يفعل كان للأم مطالبته بذلك[5] ونشير إلى أن امتناع الأم عن

---

[1] د مصطفى شلبي المرجع السابق ص: 739.
[2] د. بدران أبو العينين بدران: الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية ص:95، المرجع السابق.
[3] ابن قدامه المفتي ج9 ص: 312 مطبعة المنار القاهرة.
[4] د بدران أبو العينين المرجع السابق ص50.
[5] د بدران أبو العينين المرجع السابق ص51

الإرضاع لا يسقط حضانتها لأنها حقان منفصلان لا يترتب عن سقوط إحداهما سقوط الأخر حتى وأن كانت مطلقة بشرط أن لا تتزوج، فإذا تزوجت سقط حقها في الحضانة لما جاء في الحديث عن ابن عمر أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم بابن لها فقالت" يا رسول الله ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء وحجري له حواء وأراد أبوه أن ينتزعه مني" فقال رسول الله أنت أحق به ما لم تتزوجي"[1] وحفاظا على حق الأم في الحضانة على الأب أن يتفق مع المرضعة على أن تقوم هذه الأخيرة بعملها على وجه لا يضيع حق الأم في الحضانة، كأن تقوم المرضعة بإرضاع الصغير عند أمه أو بنقل الولد إليها في أوقات الرضاعة ثم يرد إلى أمه.

واستثناء من حق الأم في إرضاع أبنها يكون للأب منع الأم من إرضاع إبانها وإعطاءه للمرضعة محافظة عليه ومنع الضرر عنه[2]، وهذا إذا كانت الأم مريضة مرضا يخشى على الطفل منه أو تبث بالتحاليل الطبية أن لبن الأم لا يصلح للطفل منه أو تبث بالتحاليل الطبية أن لبن الأم لا يصلح للطفل لسبب من الأسباب[3]

المبحث الثالث: تعسف الزوجة في مطالبتها بحق النفقة.

يعتبر الحق في النفقة من بين الحقوق المالية التي تتمتع بها الزوجة والتي أوجبها المشرع على الزوج وهذا ينفي المادة 74 من قانون الأسرة وسنحاول أولا البحث في مضمون هذا الحق ودليل مشروعيته، ثم نتحدث عن صور تعسف الزوجة في المطالبة بهذا الحق.

المطلب الأول: تعريف الحق في النفقة ودليل مشروعيته

النفقة لغة هي الإخراج والذهاب فيقال نفقة الدابة إذا أخرجت من ملك صاحبها بالبيع ومصدرها النفوق والنفقة أسم المصدر وجمعها نفقات أما في الاصطلاح الشرعي فهي ما

---

[1] الشوكاني نيل الأوطار ج6 ص 329 المطبعة العثمانية مصر

[2] د مصطفى شلبي، المرجع السابق ص:741.

[3] د مصطفى شلبي المرجع السابق ص 747، يلاحظ أن اللبن الإصطناعي الذي أصبح ملجئا في حالات عدم استطاعة الأم للرضاع ليس بديلا عن اللبن البشري الطبيعي إذا أراد الوالد ذلك ولكن نتيجة لصعوبات في هذا المجال لا يتدخل القضاء عمليا في ذلك وإنما يفرض نفقه مقدرة لذلك.

يصرفه الزوج على زوجته من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة من كسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج وحكم النفقة الزوجية أنها واجبة على الزوج مادامت في طاعته وهذا نظير احتباسه لها وقصر نفسها عليه بحكم العقد الصحيح، وهي تمثل وفق المادة 78من قانون الأسرة الغداء الكسوة والعلاج والمسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في الأعرف والعادة[1] والنفقة الزوجية واجبة على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة، فقيرة أم غنيه وهذا منذ إنشاء العقد الصحيح بينهما وهذا بغض النظر عما إذا كان موسرا أو معسرا[2] والنفقة الزوجية ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى في شأن المطلقات: **" أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم"**[3]، فقد أوجبت الآية على الزوج إسكانها حسب طاقته فإذا كان إسكان المطلقة واجبا فإسكان الزوجة أوجب هذا لقيام الزوجية حقيقة وحكما ومع هذا فإن الآية أوجبت الإنفاق عموما للمرأة الحامل **"وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"** وكذلك قوله تعالى **"لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقهن فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها "**[4] ففي هذه الآية أمر بالإنفاق وهو مطلق بغير الوجوب حيث لا صارف له عنه[5].

وأما السنة فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب منها ماردا أبو داود عن معاوية القشيري أنه أتى الرسول عليه الصلاة والسلام فقال له ما تقول في نسائنا قال: أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكسون ولا تضربوهن"[6] وكذلك ما رواه مسلم وغيره من أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع " **ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"** وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هند زوجة أبي سفيان اشتكت زوجها إلى الرسول عليه الصلاة والسلام لشحه وعدم أنفاقه عليها وولدها وأنها كانت تأخذ منه دون علمه فقال الرسول صلى الله عليه وسلم "خدي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[7].

---

[1] الدكتور العربي بالحاج المرجع السابق ص: 170
[2] المحمة العليا (غ أ ش) 30- 12-1985 ملف رقم 38610
[3] سورة الطلاق الآية 6
[4] سورة الطلاق-7-
[5] د مصطفى شلبي المرجع السابق ص 438
[6] الشوكاني نيل الأوطارج6 ص: 273
[7] الشوكاني نيل الأوطارج6 ص: 274

فلو لم تكن النفقة واجبة على الزوج اتجاه زوجته لما أمرها بأن تأخذ من مال زوجها بدون علمه، لأنه لا يجوز أخذ شيء من مال الناس بدون حقا

أما الإجماع فلقد أجمعت الأمة في كل العصور على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ولم يحالف في ذلك أحد وهذا لان عقد الزواج يوجب على الزوجة تخصيص نفسها لمنفعة زوجها ونفرغها للحياة الزوجية، فهي محبوسة على الزوج، وهذا ما يمنعنا من التصرف والاكتساب فوجبت نفقتها عليه ومن قواعد الشريعة " من حبس نفسه لحق مقصود غيره ومنفعته تجب نفقته على ذلك الغير[1] فإذا نشأ العقد صحيحا بين الزوجين وطلب الزوج زوجته ولبت الطلب وجبت لها النفقة، وكذلك إذا امتنعت عنه لعذر كعدم إعطائها معجل صداقها أو عدم إعداد المسكن أللائق بالزوجة وجبت لها النفقة كذلك، أما إذا امتنعت بدون عذر فلا نفقة لها ومن هنا يشترط لوجوب النفقة ثلاثة شروط: صحة عقد الزواج شرعا، صلاحية الزوجة للمعاشرة الزوجية ليؤدي احتباسها إلى نتائج الزواج المقصورة منه شرعا ألا يفوت حق الزواج في احتباس الزوجة بغير عذر شرعي أو سبب ليس من جهته.

فإذا توفرت هذه الشروط وجبت النفقة دون تفريق بين الزوجة المسلمة وغير المسلمة فإذا انعدم أحد هذه الشروط أوكلها لم يجب لها شيء[2]

هذه وقد أكدت المحكمة العليا في أحد قراراتها كل هذه الشروط بان حق النفقة مرتبطة بحق التمتع بالزوجة ولو حكما[3] وهذا لا يعدو أن يكون تأكيدا لما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة الجزائرية.

المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في المطالبة بحق النفقة

إن الحق في النفقة يعطي للزوجة الحق في المطالبة به وهو دين ممتاز يعطي لها سلطة اقتضاء دينها منه قبل سائر الدائنين إلا أن هذه السلطة تصبح غير مشروعة متى كان هذه المدين بالنفقة – الزوج – غير قادر على تلبية رغبات الزوجة وتوفير حاجياتها المتزايدة بشكل لا يتوقع مع قدراته المالية كما أن الزوجة تعتبر متعسفة في مطالبتها بحق النفقة إذا كان

[1] مصطفى شلبي المرجع السابق
[2] مصطفى شلبي المرجع السابق ص 440
[3] المحكمة العليا (غ.إ.ش) 10-12-1986 ملف رقم 394 نشرة القضاة عدد 44 ص: 151

زوجها معسرا وكانت الزوجة عالمة بإعساره وإن المطالبة بالنفقة سوف تقضي على حبسه لعدم قدرته على الوفاء وإذا علم أن استعمال الحق لا يحقق مقصوده كان ذلك تعسفا من صاحبه وهذا مصداق لقوله تعالى **" وأن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وإن تصدقوا خيرا لكم أن كنتم تعلمون"**[1]

الفرع الأول: مبالغة الزوجة في المطالبة بالنفقة

اتفق الفقهاء على أن النفقة الواجبة للزوجة هي نفقة الكفاية، فلا إسراف ولا تقتير حيث أن النفقة تحدد في حدود المعروف وعلى أساس طاقته الزوج وهذا أخذا بقوله تعالى: **" لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما أتاها"** [2] وعلى هذا الأساس فإن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بالنفاق عليها في حدود المعقول فلا يجوز لها أن تثقل عليه وتطالبه بنفقات ومصاريف لا طاقة له على تحملها وإلا اعتبرت متعسفة في مطالبتها بهذا الحق فالآية الكريمة جاءت صريحة في وجوب أخذ حال الزوج ميسرا أو معسرا بعين الاعتبار في الأنفاق على الزوجة ومع هذا ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن النفقة تقدر لحال الزوجين معا وحال الزوجة على الأثقل عن حد الكفاية بمعنى أن على الموسر للموسرة نفقة الموسرين وعلى المعسر للمعسرة نفقة المعسرين وعلى الموسر للمعسرة نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين ويؤمر بغذاء جميع المفروض إليها، وعلى المعسر للموسرة نفقة وسط كذلك إلا انه يؤمر بأداء كفاية ويبقى الزائد عن الكفاية دنيا في ذمته بسبب إعساره[3] وعلى هذا فليس للمرأة الموسرة مطالبة زوجها المعسر بنفقة الموسرين وإلا كانت متعسفة في حقها وهذا أنها بقبولها الزواج بالمعسر قد رضت بالنفقة التي عليها وهي نفقة الإعسار[4] على أن لا تقل هذه الأخير عن حد الكفاية أما المشرع الجزائري فكان موثقة من قضية تقدير النفقة أنه أخذ بالوسطية فجاء في المادة 79 من قانون الأسرة أنه يراعي القانون في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم كما نص في المادة 78 من قانون الأسرة على النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وقد جاء عن محكمة سيدي

---

[1] سورة البقرة الآية 280
[2] سورة الطلاق الآية 07
[3] محمد محي الدين عبد الحميد- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص: 193 دار الكتاب العربي
[4] د العربي بالحاج المرجع السابق، ص:182

أمحمد بتاريخ 11-11-1984 جاء فيه على الخصوص أن النفقة واجبة شرعا مراعاة الظروف المادية والاجتماعية للمنفق وحاجة المنفق لهم وقد كانت الآية الكريمة صريحة في تحديد حال الزوج وأخذه بعين الاعتبار في قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته" [1] ولا شك أن تعداد أنواع النفقة الزوجية يتناسب مع حاجة الزوجة ويتفق مع قوله تعالى: **"وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"** وقد ذكر المشروع الجزائري بأن نفقة تطبيب الزوجة وثمن علاجها يقع على عاتق زوجها لأن ضرورة العلاج أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة[2] أما في حق نفقة السكن فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 78 من قانون الأسرة وجعلها حق للزوجة وقد ورد هذا الحق في القرآن الكريم في قوله تعالى: **"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"** وستفاد من نص الآية أنه يشترط في مسكن الزوجية أن يكون مناسبا لحال الزوج المالية وبيئته وحال أمثاله من هذه البيئة [3] وأمام أزمة السكن كأزمة عامة في المجتمع قرر الفقه الجزائري بأن الزوج يكون قد وفر لزوجته السكن إن استطاع أن يوفر لها غرفة في شقة مع أهله مع مرافقتها الضرورية، وعلى الزوجة أن تقيم معه حيث يقيم وإلا كانت ناشزة وله أن يطلقها ويطلب التعويض لأنها متعسفة في استعمال حقها[4]

الفرع الثاني: مطالبة الزوجة بالنفقة مع إعسار زوجها.

لا يحق لمسلم له دين عند أخيه ويعلم أنه معسر أن يطالب به فيؤدي ذلك به إلى سجنه وقد أمر الله سبحانه وتعالى بالإمهال إلى المسيرة فلا يطالبه به حتى يسير الله عليه **" وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسره"** كما أن انظار المعسر يدخل في سياق قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار" على أن الشريعة الإسلامي إذا قيدت حق الدائن في المطالبة والاقتصار إلى حد منعه حالة إعسار مدينه بدينه إلى التصرف به عليه **"وإن تصدقوا خير لكم"**، والمتمعن في هذا النص وتفسيره وأراء الفقهاء فيه يرى أن استعمال الحق لا يجوز إذا لم يفض إلى مصلحة" أما إذا أفضى على ضرر بالغير كحبس المدين مع العلم بإعساره فإنه يكون غير مشروع من باب أولى[5] وإذا قامت الزوجة بمطالبة زوجها المعسر بالنفقة على

---

[1] نقلا عن الدكتور فضيل سعد المرجع السابق ص: 162
[2] د. عربي بالحاج المرجع السابق:ص: 173
[3] المحكمة العليا (غ.إ.ش) 02-04-1984 ملف رقم 32653
[4] د فضيل سعد المرجع السابق ص192
[5] د فتحي الدريني المرجع السابق ص250

أساس أن ذلك حق لها أمكننا القول أن الحق لم يستعمل لغرض صحيح فيكون ذلك دليل على نية الأضرار بالزوج المدين بالنفقة دون تحقيق أية مصلحة فهي عالمة مسبقا بإعساره، وان مطالبتها إياه بأن النفقة ستدخله السجن لعدم قدرته على الدفع فليست لها أية مصلحة وأن كانت تمارس حقا مشروعا، إلا أن ممارسة الحق مع العلم أنه لن يحقق نتائج يعتبر صور التعسف في استعمال الحق والتي نصت عليها المادة 41 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأول، وتقتضي القاعدة الشرعية أن درأ المفاسد أولى من جلب المصالح والأصل في ذلك اعتبار النية ليست لأمر جوهري فيه وإنما يكون النظر إلى النتائج والثمرات فإن كانت نتائجه العمل مصلحة عامة كان واجب بوجوبها وإن أدى على مفسدة فهو ممنوع بمنعها، ولهذا يبقى استعمال الحق مرهون بمال أو ثمرة هذا الاستعمال فإن لم يكن لهذا الاستعمال أية مصلحة سوى الإضرار بالغير كان ذلك تعسفا منها لا يحض وراء ستار وفي قوله تعالى: **" ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها"**[1] فالسكن هنا معناه الراحة الذهنية ورجوع كل من الزوجين للأخر، فلا يتصور لزوجة تقاسمت مع زوجها عشرة زوجية وواجبات والتزامات أن تقوم في فترة إعساره بمطالبته بنفقتها أمام القضاء وأمام عدم قدرته على ذلك يسجن فأية مصلحة هذه التي تجنيها في المطالبة بحقها؟

إن حبس المدين في الواقع هو وسيلة الإكراه على سداد الدين أي إلى تحقيق مصلحة أما وقد استحال تحقيق هذه المصلحة وهي الوفاء في حالة العسر فاستعمال الحق هنا قد أصبح تعسفا

[1] سورة الروح الآية 14

خلاصة الفصل الأول :

نستخلص مما سبق أن للزوجة حقوق مقررة لها سواء تلك التي ذكرها المشرع صراحة أو تلك التي يمكن استخلاصها من المادة 222 قانون الأسرة والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية إلا أن هذه الحقوق لا يمكن للزوجة تجاوزها فإن فعلت ذلك يعتبر تعسفا وقد يؤدي إلى الضرار بزوجها فعاملها الشارع بنقيض مقصودها وأعطى للزوج الحق بالمعاملة بنقيض القصد.

فالزوجة إذا قامت بتصرف في حق من حقوقها كالتصرف في المال أو حقها في الرضاعة أو مطالبتها بحق النفقة، فهي في الحقيقة تمارس حقوقها المشروعة لكن إذا كانت هذه الأخيرة منافعها أقل من ضررها تعتبر متعسفة في استعمال هذه الحقوق.

أن القاعدة الشرعية إن درء المفاسد أولى من جلب المنافع فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجبا بوجوبها وإن أدى إلى مفسدة فهو ممنوع بمنعها ولهذا يبقى استعمال

الزوجة لهذه لحقوق مرهون لنتيجة أو ثمرة هذا الاستعمال ومن بين صور تعسف الزوجة بإيجاز في حق من حقوقها.

- تعسف الزوجة في التصرف في مالها مرتبط بنية الأضرار، كتبرعها بمالها على وجه يلحق الضرر بزوجها أو بعدم تحقيق الفائدة حيث يضار الزوج بتحمل نفقات ومصاريف لا قبل له تحملها.
- حق الرضاعة ففيه إما أن تغالي الزوجة في طلب أجرة الإرضاع لضرار بزوجها، وهنا يعطي الولد لغيرها لترضعه دفعا للمضارة وإما أن تمتنع الزوجة عن إرضاع إبانها مع قدراتها على ذلك.
- حق الزوجة في مطالبتها بحق النفقة تكون أما مبالغتها في المطالبة بالنفقة مع نيتها الإضرار بزوجها، أو أنها تطالب زوجها بالنفقة مع علمها بإعساره فإنها لا ترجو أي مصلحة بل تحقق ضرر بزوجها.

الفصل الثاني : تعسف الزوج في استعمال حقوقه

خلصنا مما سبق إلى أن التعسف في استعمال الحق هو الخروج بالحق والحياد به عما أريد به من مصلحة شرع من أجلها، بأن ترتب على استعماله ضرر يلحق الغير فردا كان أو جماعة وذلك وفق ضابطين أو معياريين تنضبط بهما نظرية التعسف للحكم على التصرف بكونه تعسفا المعيار المادي الموضوعي الذي يجعل الضرر مقياس وضابط التعسف دون مراعاة قصد صاحب الحق في استعماله لحقه، والمعيار الذاتي الشخصي الذي يراعي قصد المتصرف إلى الضرر والإساءة وعليه فإن أي تصرف مباح في الأصل قصد به صاحبه الضرر أو أي ممنوع، أو كان استعماله سيؤول إلى مضرة ومفسدة راجحة على المصلحة المقصودة، فإن هذا التصرف يمنع كونه تعسفا ظاهرا وبالتالي فإن التعسف قد يصاحب أي حق من الحقوق المشروعة للمكلف وفي جميع المجالات حياته، وبالأخص في الحياة الزوجية التي نظمها الله سبحانه وتعالى بتشريعه لجملة من الحقوق، وكان ذلك لأجل مصلحة الأسرة في حد ذاتها لأن مصلحتها مصلحة المجتمع ككل إلا أن هذه الحقوق إذا ما حيد بها عما شرعت من أجله أصبحت تعسفا رتب الشرع والقانون عليه جزءا بحسب الضرر المترتب ومن هذه الحقوق ما سنذكره في هذا الفصل .

المبحث الأول: تعسف الخاطب في حقه في العدول عن الخطبة

المطلب الأول: مفهوم الخطبة ودليل مشروعيتها

الفرع الأول : تعريف الخطبة

لغة: الخطبة بكسر الخاء هي طلب المرأة للزواج.يقال: " خطب فلان ابنته أي طلب منه الزواج منها " [1]

اصطلاحا: لا يبعد معناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي، حيث يمكن تعريفها بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة يحل له التزوج بها، وقد يكون الطلب من راغب الزواج نفسه وقد يكون ممن يبعثه من قريب أو صاحب أو أجنبي[2]، أو هي التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الالتماس إليها أو إلى وليها، وسواء كان هذا الالتماس أو الطلب صراحة بإظهار الرغبة بطريقة مباشرة كأن يقول لمن بخطبها "إني أريد أن أتزوجك" أو بطريقة التعريض بما يستعمله ألفاظ يفهم منها قصد الخطبة من عرضها بالقرائن[3]

الفرع الثاني: حكم الخطبة ودليلها الشرعي

الخطبة مستحبة[4] قبل الزواج تمهيدا وتوطئة لعقد الزواج، وهي مشروعة بالكتاب والسنة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: **" ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم "**[5] ووجه الاستدلال بالآية أن الله عز وجل أباح الخطبة المعتدة من وفاة تعريضا وعليه فإن إباحة غيرها من غير المحرمات جائزة من باب أولى[6]

وجاء في السنة النبوية الشريفة قوله: "ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"[7] وهذا يدل على مشروعية الخطبة للخاطب، وإنه عند سبق المسلم غيره إلى خطبة امرأة وجب احترام حقه في الخطبة وقد وردت الآثار أن النبي- صلى الله عليه وسلم- خطب بعض زوجاته كأم سلمه وجويرية رضي الله عنهما، وفي السنة التقريرية تبث أن

---

[1] المصباح المنير مرجع سابق صفحة: 236
[2] د. وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته مرجع سابق ج 7 صفحة: 10
[3] د . بالحاج العربي الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية 1999 صفحة: 44
[4] ابن جوزي: القوانين الفقهية مرجع سابق صفحة: 198
[5] سورة البقرة الآية: 235
[6] عبد الناصر توفيق العطار : خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، القاهرة مكتبة وهبة صفحة: 11
[7] أخرجه البخاري كتاب النكاح، حديث رقم 5142 ج9 صفحة 198

الصحابة مارسوا الخطبة في عهد الرسول - صلى الله عليه وسلم – وأقرها ولم ينكرها، بل قال لبعض من خطبوا كالمغيرة بن شعبة : " أنظر إليها فإنه أحرى أن يدوم بينكما "[1]

الفرع الثالث : الحكمة من مشروعية الخطبة

ككل عقد من العقود المهمة فإنه وقبل إبرامه تسبقه ممهدات ومقدمات ليتبين كل من العاقدين مدى رغبة الطرف الأخر في إبرام العقد لتتوافق الإيرادات، فإذا ما تلاقت الرغبات أقدم كل منهما على العقد على جلاء وبينة وعقد الزواج يعد من أخطر وأهم العقود لكون موضوعه هو الحياة الإنسانية المبني على أساس الدوام والاستمرار ولكونه عقد يجمع بين الزوجين على وجه التأبيد، ولعظيم أثاره وما رتب عليه الشرع من التكاليف والالتزامات، اعتنى المولى عز وجل فجعل له مقدمة هي الخطبة، الغرض منها هو أن يعلم كل من الطرفين صاحبه سيرتبط معه رباط مفروض فيه أنه أبدي [2] كما ذكرنا فإن الخطبة وسيلة لتسيير سبل التعارف بين الخاطب والمخطوبة وأهليهما بتنمية المودة وذلك بعد أن يتحرى ويسأل كل منهما عن الأخر كما جرت عليه العادة والعرف حاليا [3]

الفرع الرابع: شروط صحة الخطبة

حتى تقع الخطبة صحيحة وينبني عليها عقد الزواج صحيحا تبعا لا بد أن يتوفر فيها شرطان :

1. أن تكون المرأة صالحة لأن يعقد عليها في وقت الخطبة، أي خالية من أي مانع من الموانع الشرعية، فلا يصح خطبة من تكون زوجيتها قائمة، كما تحرم خطبة المعتدة من الطلاق الرجعي لا بالعريض ولا بالتصريح، دون المعتدة من وفاة التي لا تحرم خطبتها إلى إذا كان بطريق التصريح، أما التعريض فيجوز[4] بصريح الآية، أما المطلقة طلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى فقد أباح أغلب الفقهاء خطبتها حال عدتها لكن بطريق التعريض لا التصريح، وذلك لكون الطلاق البائن بنوعيه يقطع رابطة الزوجية فلا تكون خطبتها بطريق التعريض اعتداءا على حق المطلق، فهي كالمتوفى عنها زوجها من ناحية انقطاع رابط الزوجية لكل منهما [5]

---

[1] أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في النظر إلى المخطوبة، حديث رقم 1087 ج3 صفحة: 397

[2] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، بتغازي منشورات جامعة قارة يونس ط 6 1993 صفحة: 63

[3] عبد الناصر توفيق العطار، مرجع سابق صفحة:7، 8

[4] محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج وأثاره، دار الفكر العربي صفحة: 51

[5] زكي الدين شعبان، مرجع سابق صفحة:67

وكذا لا يجوز شرعا خطبة المرأة المحرم على الرجل الزواج بها حرمة أبدية بسبب النسب أو المصاهرة أو الرضاعة

2. أن لا تكون المرأة مشغولة الذمة، أي غير مخطوبة للغير قبله، فلا يحل خطبتها مادامت خطبة غيره قائمة وحصل الركون والتوافق بين الخاطب والمخطوبة وأهلها وهذا لصريح قوله -صلى الله عليه وسلم : " ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب " [1] أما في حال التردد بين الرفض والقبول أي مرحلة التردي فقد اختلف الفقهاء بين المنع والإجابة وذلك لإطلاق لفظ الحديث [2]

المطلب الثاني: صور تعسف الخاطب في استعمال حق عدول عن الخطبة

على اعتبار أن الخطبة ليست إلا وعدا بالزواج ومقدمة وتمهيدا له، فإنها لا ترتب أي التزام على الخاطبين حين العدول، لكون أن الالتزام أن المترتب عليها ليس إلا التزاما أدبيا أخلاقيا بموجب حث الإسلام على الوفاء بالوعد كما جاء في قوله تعالى : "وأوفي بالعهد إن العهد كان مسؤلا" [3] فإذا ما عدل أحد الطرفين عن الخطبة بلا مسوغ ولا سبب معقول، أي أن عدوله كان عدولا تعسفيا فإنه يعد إثما عند الله لإخلاله بهذا الالتزام الأخلاقي، أما إن كان العدول لسبب مشروع مقبول عند ذوي العقول فلا إثم، وهذا أول أثر على العدول عن الخطبة غير أنه إلى جانب الإثم المترتب على العدول إن عدولا تعسفيا، فإنه يترتب كذلك على فسخ الخطبة أثر مادي يتعلق بالصداق إذا كان قد دفع في الخطبة، وكذا الهدايا التي تكون قد صحبت الخطبة، فضلا عما قد يتسبب فيه العدول من أضرار لطرف المعدول عنه معنوية كانت أو مادية وهو ما سنوضحه .

أولا : حكم الصداق

[1] أخرجه البخاري كتاب النكاح، حديث رقم 5142 ج9 صفحة 198

[2] أنظر محمد أبو زهرة: مرجع سابق صفحة 54، محمد زكي شعبان مرجع سابق صفحة:69 ود. وهبة الزجيلي الفقه الإسلامي وأدلته ج7 صفحة: 11

[3] سورة الإسراء الآية34

مما هو متفق عليه بين الفقهاء أن الخاطب إذا قدم لمن خطبها المهر كله أو بعضه ثم فسخ الخطبة سواء كان الفسخ تعسفيا أو لسبب، وسواء كان هذا الفسخ أو العدول من الخاطب أو المخطوبة، فإنه يسترده كاملا إن كان موجودا قائما فإذا ما استهلك أو هلك استرد قيمته إن كان قيميا أو مثله إذا كان مثليا وهذا سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة وسواء ترتب ضرر على هذا العدول أم لا، وذلك كون الصداق من مقتضيات عقد الزواج وأركانه والخطبة لا تكيف بأنها عقد الزواج [1]

أما إذا كان سيترتب على استرداده ضرر للمرأة كأن رتبت على نفسها التزامات بهذا الصداق كخياطة ثوب أو صناعة أثاث، فإن المشرع لم يتناول حكم تحمل هذه الالتزامات ولم يضع لها حل كمسألة الهدايا، وكحل معقول فإن هذه الالتزامات يتحملها الذي عدل عن الخطبة، بمعنى إذا كان العدول من الخاطب تسلم هذه الأشياء التي حول إليها مبلغ الصداق مع تحمله دين أجرة الخياط أو النجار، وإن كان العدول من المخطوبة فإنها هي التي تتحمل هذا الالتزام وترجع له الصداق كما دفعه أو مثله إن كان مثليا [2]

ثانيا: حكم الهدايا

تعددت أراء الفقهاء حول حكم الهدايا المقدمة بسبب الخطبة إذا ما فسخت بالعدول.

1. فذهب الأحناف إلى أن الخاطب يسترد ما قدم من هدايا ما دامت قائمة لم تستهلك أما إذا هلكت أو استهلكت فليس له استردادها ولهذا لأنها تدخل في معنى الهبة [3]، وهذا سواء كان العدول من الخاطب أو المخطوبة .
2. بينما ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه ليس الخاطب أن يسترد ويرجع في شيء مما أهداه سواء كانت قائمة أم استهلكت، وذلك كونها تأخذ حكم الهبة بعد جواز الرجوع فيها4.

3. أما المالكية فقد جاء في الشرح الكبير: " وجاز الإهداء في العدة لا النفقة عليها فإن أهدى أو أنفق ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء ومثل المعتدة غيرها ولو كان الرجوع

[1] زكي الدين شعبان، مرجع سابق صفحة: 77
[2] د.محمد محدة: مرجع سابق صفحة : 59. 60
[3] حاشية إبن العابدين ج3 صفحة:153
[4] الشافعي: الأم ج 4 صفحة: 61. والمغني ج 6 صفحة: 316

من جهتها، وأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط "[1] حيث يفهم من هذا القول: أن المسألة فيها تفصيل من حيث جهة العدول إن كانت من الخاطب أو المخطوبة

فإن كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه ولو كان موجودا في يدها وذلك حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم فسخ الخطبة وألم استرداد الهدايا.

وإن كان العدول من المخطوبة فإن للخاطب الحق في استرداد ما قدمه من هدايا، فإن كان قائما استرده بعينه، وإن هلك أو استهلك رجع عليها بمثله إن كان مثليا أو قيمتها إن كانت عينية، وذلك أيضا حتى لا يتجمع على الخاطب ألم العدول وألم ضياع ماله[2]

موقف المشرع الجزائري:

لقد سار المشرع الجزائري في مسألة الهدايا[3] حال العدول عن الخطبة وفسخها على وفق المذاهب المالكي بالنظر إلى جهة العدول إن كانت من الخاطب أو المخطوبة، حيث تنص المادة 5 من قانون الأسرة في الفقرتين 3 و4 على أنه: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه " وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك ما أهدته له أو قيمته " الفقرة الرابعة، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمية.

التعويض عن الأضرار المترتبة جراء العدول:

لقد ذهب المشرع الجزائري في قانون الأسرى مذهب القائلين بالتعويض عن الأضرار المترتبة جراء العدول سواء كانت أضرارا مادية أو معنوية، حيث تنص المادة 2/5 منه على أنه: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض" غير أن هذا النص يحتاج إلى تقييد بناءا على ما ذكرنا، لأن النص جاء مطلقا في حكمه بجواز التعويض عن العدول عن الخطبة، مما قد يفهم منه أن الحكم بالتعويض متعلق بالعدول في حد ذاته وهو قول منتقد كما ذكرنا باعتبار أن الخطبة وعد لا يترتب عليه أي التزام، وبالتالي فإنه يحق لكلا الطرفين العدول، وإنما يطلب التعويض إذا ما ترتب على هذا

---

[1] الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش . دار الفكر ج [2] صفحة: 219. 220

[2] أنظر في هذا التفصيل: د أحمد الغندور، مرجع سابق صفحة: 54

[3] المحكمة العليا (غ أ ش) 30-12-1985 ملف رقم 39065 وملف رقم 39289، أنظر د. بلحاج العربي قانون الأسرة المرجع السابق، ص: 43.

العدول ضرر على وفق ما ذكر من الشرطين، وعليه فإن هذا النص يحتاج إلى تعديل يضبط به أساس التعويض ويقيده بناءا على مبدأ التعسف في استعمال الحقوق خاصة وأنه مبدأ أقر به المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون المدني، وعليه يمكن أن يعدل نص الفقرة الثانية من المادة 5 على هذا الشكل: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي بسبب أفعال مقترنة بالخطبة جاز الحكم بالتعويض " وقد قيدنا الأفعال بأن تكون مقترنة بالخطبة لأن الأضرار الناتجة عن الأفعال بأن تكون مقترنة بالخطبة، لأن الأضرار الناتجة عن الخطبة الكل متفق على حق المضرور في طلب التعويض عنها، كأن ينسب أحد الطرفين إلى الأخر إحدى الأفعال التي تعتبر قانونيا قذفا [1]

هذا ويترك تقدير العدول كونه تعسفا موجبا للمسؤولية إلى القاضي بحسب ما يراه اعتمادا على القرائن الدالة على ذلك.

وقد خرج القضاء المصري من هذا الإشكال وذلك عندما انتهى إلى المبادئ الثلاثة[2] تكيف طبيعة الخطبة وتحدد أساس التعويض عن العدول عنها:

1. العقدة ليست بعقد ملزم
2. مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موحيا للتعويض
3. إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضررا بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصرية .

المبحث الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة

لقد ورد في الآية الكريمة قوله تعالى: **" واللائي تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا "** [3]

---

[1] د: محمد محدة: مرجع سابق صفحة: 66
[2] السنهوري الوسيط، مرجع سابق، ج1 صفحة: 830
[3] سورة النساء: الآية رقم 34

فإن خالفت الزوجة زوجها فيما تجب عليها طاعته فيه، فلزوجها أن يؤدبها بادئا بالموعظة الحسنة ثم الهجر في المضجع بألا يبيت معها في فراش واحد ثم بالضرب غير المبرح وليسا ضربا أليما مبرحا لأي سبب، وإذا فعل فإنه إضرار يخول لها طلب الطلاق.

ويلاحظ أن ولاية التأديب الزوج لزوجته تكون على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقدر، كترك الزينة إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية، أو كعدم إجابتيها إذا كانت طاهرة عن الحيض أو النفاس، وككشف وجهها لغير محرم مع خوف الفتنة، أو تتكلم عمدا مع الزوج أو تشاغبه حتى يسمع صوتها الأجنبي، أو تعطى من بيته شيء من الطعام بلا إذنه.

وبذلك تقوم الزوجة بالقيام بأوامر الزوج وتمتنع عن نواهيه باعتباره رئيس العائلة، لقوله تعالى : **"الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض"**[1] وقوله: **"ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة "**[2] ومعنى الدرجة هنا هي درجة الرئاسة المنزلية والعائلية، ودرجت القوامة ألقيت على عاتقه.

إلا إن هذا الحق لا يخول له بأي شكل من الأشكال التمادي في استعماله لدرجة تصل حد التعسف وعلى هذا وجب علينا البحث في مضمون هذا الحق وصور التعسف في استعماله.

المطلب الأول: مفهوم ولاية التأديب المشروعة ودليل مشروعيتها

من خلال ما تم ألتطرق إليه يتبين لنا أنه يجب على الزوجة أن تطيع زوجها في غير ما نهى الله عنه، وتحفظه في نفسها وما له في حظرته وغيبته، وذلك بالامتثال لأوامره والامتناع عن نواهيه باعتباره رئيس العائلة .

[1] سورة النساء: الآية رقم 34
[2] سورة النساء: الآية رقم : 228

وللرجال طبقا لهذا الحق سلطة منع الزوجة من الخروج من البيت إلا بإذنه ولضرورة، وله منعها ألا تزور أحدا إلا بإذنه، ولا تدخل بيتا أخر إلا بموافقة الصريحة[1]، وهذا لقوله تعالى: **" وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية"** [2]

كما أنه انطلاقا من ولاية التأديب المخولة للزوج، فإن القانون لا يبيح للزوجة النشوز[3] أو العصيان، وقد أباح المشرع الإسلامي للزوج أن يتخذ حيالها من الوسائل الإصلاح والتأديب ما يكفل رجوعها إلى طاعته.

الفرع الأول: مفهوم الولاية التأديب

التأديب لغة:

يقال أدبه، أدبا أي علمه رياضة النفس، وأدبه تأديبا إذا عاقبه على إساءة واستأدب أي تأدب [4].

التأديب اصطلاحا:

جاء في المعنى أن التأديب بصفة عامة هو الضرب والوعيد والتعنيف [5]

ويمكن تعريفه بوجه أخر: أن حق تأديب الزوجة هو حق الزوج الذي أباح له الشارع بمقتضاه أن يؤدب زوجته بالقول والفعل إذا لم تطعه فيما أوجب الله من طاعته[6] أو هي سلطة قررها المشرع للزوج على الزوجة الناشزة بالفعل تتمثل في وسائل تأديب محددة من أجلتهذيبها وإصلاحها [7]

الفرع الثاني: دليل مشروعية ولاية التأديب

لقد قضت السنة الكونية وظروف الحياة الاجتماعية أن يكون في الأسرة فيما يدير شؤونها ويتعهد أحوالها لتؤدي رسالتها على أكمل وجه، ولما كان الرجل أقدر على تحمل هذه المسؤولية من المرأة بما وهبه الله من العقل وقوة العزيمة والإرادة، وبما كلفه من السعي والإنفاق على المرأة والأولاد كان هو الأحق بهذه القوامة والتي في حقيقتها درجة مسؤولية

---

[1] د . بالحاج العربي الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجزائري. " الزواج والطلاق " ص: 65، ديوان المطبوعات الجامعية
[2] سورة الأحزاب الآية: رقم 33
[3] نشزت نشوزا المرأة بزوجها ومنه وعليه استعصت عليه فهي ناشز وناشزة جمع نواشز.
[4] د.حسن علي اليمني : الوجيز في الأحوال الشخصية 1999 .صفحة: 266
[5] المصباح المنير : مادة أدب أنظر د: سعيدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، بيروت دار الفكر، طبعة: 1 سنة 1998
[6] ابن قدامه المغني ج: 1 صفحة: 357
[7] محمد عبد المالك استعمال الحق تأديب الزوجة، مجلة الأمين العام عدد: 43 أكتوبر 1986 صفحة: 3

وتكليف، ومن جملة حقيقة القوامة القيام على الفساد بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة[1] ولما كانت الطاعة للزوج على زوجته تقرر له الحق في تأديبها، ونجد أن القوانين الغربية التي تنتقد هذا الحق وتعتبره استعبادا للمرأة هي من احتضنت هذا الحق ولم تحتفظ للمرأة بكرامتها تجاه الرجل فنجد القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 1938م، 1942م و1970م وزوال سلطة الزوج على زوجته، لم يعد له الحق في تأديبها، حيث كان يستعمل سلطته بقسوة باعتبارها خادمة يحق له تأديبها كلما بد له ذلك، وقد يصل الأمر إلى حد حبسها إذا أذنبت.

وقد وضح الشيخ " رشيد رضا " في تفسيره " المنار " بقوله: " إن مشروعية ضرب النساء ليست بالأمر المستنكر في العقل أو الفطرة فيحتاج إلى التأويل، فهو أمر يحتاج إليه في حال فساد النية وعلة الأخلاق الفاسدة، وإنما يباح إذا رأى الرجل أن رجوع المرأة عن نشوزها يتوقف عليه، وإذا صلحت البيئة، وصار النساء يعقلن النصيحة ويستجبن للوعظ أو يزدجرن بالهجر، فيجب الاستغناء عن الضرب " [2]

ويتبين دليل مشروعية ووجوب الطاعة أو ولاية التأديب من خلال ما سوف نتطرق إليه فيما يلي:

تقرير حق الطاعة للرجل بما خصه به الله تعالى على المرأة من قوامة لقوله تعالى: **"الرجال قوامون على النساء "** [3] وقد نزلت هذه الآية في "سعد بن الربيع" عندما نشزت امرأة "حبيبة "حبيبة بنت زيد بن خارجه بن أبي زهير" فلطمها، فقال أبوها: "يا رسول الله أفرشته كريمتي فلطمها" فقال عليه الصلاة والسلام : "لنقتص من زوجها" فانصرفنا مع أبيها لنقتص منه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ارجعوا هذا جبريل أتاني" فأنزل الله سبحانه وتعالى هذه

[1] الصابوني: مرجع سابق: ج 1 صفحة: 474
[2] تفسير المنار: بيروت، دار المعرفة طبعة 2 سنة 1983 ج5 صفحة: 75
[3] سورة النساء: الآية: 34

الآية فقال عليه السلام: "أردنا أمرا وأراد الله غيره" وفي رواية أخرى : "أردت شيئا وما أراد الله خير" ونقض الحكم [1]

وما هو ملاحظ في الشريعة الإسلامية وعند استقرار أحكامها على أن الله سبحانه وتعالى لم يأمر في شيء من كتابه بالضرب صراحة إلا أنه رخص وأجازة إذا كان الأمر بصدد ضرب الأزواج، ويكون ذلك في الحدود المرخص بها شرعا، حيث يساوي معصيتهن لأزواجهن بمعصية الكبائر، ويكون ذلك للأزواج دون الأئمة، وجعله لهم دون القضاة بغير شهود ائتمانا من الله عز وجل للأزواج على النساء.

ولقوله عليه الصلاة والسلام: " اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم"[2] وعن إياس ابن عبد الله بن أبي ذباب قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :"لا تضربوا إماء الله "فجاء عمر إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال: دئرت[3] النساء على أزواجهن فرخص في ضربهن، فطاف يسأل رسول صلى الله عليه وسلم نساء كثير يشكون أزواجهن، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لقد طاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن ليس أولئك بخياركم"[4]

وبذلك طاعة الزوجة لزوجها واجبة شرعا وقانونا، وذلك بنص المادة 36 من القانون الأسرة الجزائري، كذلك قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة "

أما فيما يخص دليل وجوب طاعة الزوجة لزوجها فقد ورد ذلك في كل من الكتاب والسنة على وجه التالي:

1. دليلها من الكتاب قوله تعالى: **" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضكم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله واللائي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا يبتغوا عليهن سبيلا" [5]**

---

[1] أنظر القرطبي : الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار إحياء التراث العربي بيروث سنة 1965 ج: 5 صفحة:168، 169

[2] رواه إبن ماجه والترمذي : وقال حديث حسن وصحيح

[3] أي إجترأت ونشزت وغلبن أزواجهن

[4] سنن أبي داوود الج: 2 صفحة: 245

[5] سورة النساء: الآية: 34

2. أما دليل الطاعة من السنة فيتمثل في قوله صلى الله عليه وسلم: "ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة إن أمرها أطاعته وإن نظر إليها أسرته وإن غاب حفظته في نفسها وماله" وقال أيضا : " أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة" [1] وما روي أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم وقالت له إني رسول النساء إليك وما منهن إلا وهي تهوي مخرجي إليك، الله رب الرجال والنساء، وإن رسول الله للرجال والنساء كتب الله الجهاد على الرجال، فإن أصابوا أثروا، وإن استشهدوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون، فما بعد ذلك من أعمالهم؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "طاعة أزواجهن والمعرفة بحقوقهن والقليل منكن من تفعله".

ومن خلال ما تقدم ذكره، فإذا خرجت الزوجة من حدود طاعة زوجها كانت له ولاية التأديب عليها التي هي على مراحل وهي:

أولا: وعظ الزوجة وإرشادها، هي أولى مراحل التأديب حيث ينبه الرجل زوجته إلى الخطأ الذي ترتكبه، ويبين مضار ومساوئ هذا الخطأ وأثاره السيئة على كيان الأسرة وعلى العلاقات الزوجية، ثم يرشدها إلى السلوك القومي والصحيح بأسلوب العتاب والملامة، بحيث ينهاها عن المنكر بالمعروف [2]

ثانيا: الهجر في المضجع، ويكون بالإعراض عنها بأن لا يبيت معها في فراش واحد عسى أن نصلح حالها، لأنها بهجرها يمس شعورها كأنثى ويقلل من أهميتها، مما يجعلها تنصاع لزوجها وترجع عن خطتها.

ثالثا: الضرب الغير مبرح، وهو العلاج الأخير للزوجة التي لا تتعظ ولا يؤثر فيها الهجر في المضجع، فمنحت الشريعة الإسلامية حق ضربها كدرجة أخيرة، لكن في الحدود المعقولة حتى لا يصبح اعتداءا عليها وهذا ما منعه الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: " لا ضرر ولا ضرار"[3]

---

[1] رواه ابن ماجه والترمذي

[2] أنظر الدكتور عبد العزيز سعد: المرجع السابق صفحة: 205

[3] أنظر د . بالحاج العربي الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجزائري. ج1 صفحة: 165

المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في حق استعمال حق الطاعة

لقد منح الشرع والقانون للزوج حق التأديب لإجبار الزوجة على الرجوع إلى جادة الصواب إن هي انحرفت، والمصلحة في ذلك مشروعة، وهي حماية كيان الأسرة، وجعل القرآن الكريم الضرب آخر الوسائل الإصلاحية ودواء لا يلجأ إليه إلا عند الضرورة، ومع ذلك كره الرسول صلى الله عليه وسلم الضرب ولم يفعله قط، لكن أباحه حين يتوقف عليه رجوع المرأة عن نشوزها، فهو لا يكون إلا لداع قوي وقد وصفه بعض الفقهاء الغربيين على أنه علاج جاف لا يتفق مع طبيعة التحضر والتمرن الذي يقتضي تكريم المرأة والزوجة.

ولكن هل من كرامة الزوج أنه كل ما انحرفت أو خرجت عن الطريق السوي أن يهرع إلى القاضي وينشر نشوزها أمام القضاء، ولربما كان هذا الأمر سببا من الأسباب في هدم بيتها.

ولا يهمنا من هذا البحث التركيز على ماهية هذه الحقوق ودلالتها، بقدر ما يهمنا تعسف صاحبها في استعمال هذه الحقوق، فلو قلنا بأن للزوج ولاية تأديب زوجته إلى درجة ضربها وأن هذا مسموح شرعا وقانونا، فكيف يتعسف في استعمال هذا الحق؟ وهل كل تأديب للزوج لزوجته يفسح لها المجال للدفع بتعسفه في استعمال هذا الحق؟

الفرع الأول: استعمال ولاية التأديب لتحقيق مصلحة غير مشروعة

بناء على ما ذكرنا فإن حق التأديب يعتبر حقا مباحا للزوج فاستعماله إذا قامت أسبابه أي نشوز الزوجة وعصيانها، مراعيا في ذلك الترتيب الذي جاءت به الآية الكريمة في علاج هذا النشوز، والذي يبدأ من الوعظ وينتهي بالضرب غير المبرح، أي الذي لا يؤلم ولا يترك أثرا فإذا ما استعمل الزوج حقه في تأديب زوجته عند قيام أسبابه فإنه يكون بصدد استعمال حق أباحه له الشارع وأقره القانون، وإن كان الفعل ممنوعا شرعيا خارج دائرة التأديب وبالأخص الضرب حيث يعاقب عليه القانون بموجب المادة 204 من القانون العقوبات حيث تنص على أنه: " كل من أحدث عمدا جروح للغير أو ضربه أو أرتكب أي عمل أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية..."

غير أنه إذا ترتب على استعمال الزوج حقه في تأديب زوجته ضررا كبيرا بأن تلفت أو

أصيبت بعاهة، فذهب " الإمام مالك " و" أحمد بن حنبل " بأن الزوج لا يضمن للزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر في مثله أدبا فإذا كان الضرب شديدا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة فيه الضمان[1]، أي أن الزوج لا يسأل جنائيا ولا مدنيا عن التأديب مادام في حدوده المشروعة لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع [2]

أما في القانون فقد اعتبر الرابطة الزوجية كعذر مخفف للعقوبة وقد تجلى هذا التخفيف في المادة 279 من القانون العقوبات على أنه: " يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا أرتكبها أحد الزوجين على الأخر..." وكذلك فقد كيف هذا على أنها جريمة غير عمديه يستفيد بموجبها من ظروف التخفيف من العقوبة المقررة في المادة 264 من القانون العقوبات، حيث تنص المادة 2/242 : " يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على ألأكثر وبغرامة مالية من 100 دج إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من تسبب بغير قصد في إحداث جروح أو إصابة أو مرض لا يترتب عليه عجز كلي عن العمل يجاوز ثلاثة أشهر وكان ذلك ناشئا عن رعونة أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو مراعاة النظم "

أما إذا تعدى الزوج حدود وشروط التأديب، أو حاد بقصده أو غرضه من استعماله عن المقصود الشرعي، أي من قصد التأديب إلى قصد الانتقام[3] أي يكفي تصرفه بكونه تعسفا يتحمل بتبعته وآثاره، باعتباره ضربا أو جرحا فلا يعتبر تأديبا أي أنه سيسأل مسؤولية جنائية يعاقب عليها على كونها مخالفة الضرب والجرح ألعمدي أو جنحة الضرب والجرح ألعمدي، وذلك بحسب العجز الناجم عنها، وفق ما تنص عليه المادة 1/442 والمادة 270 من قانون العقوبات.

بل وحتى في استعماله وسيلة الهجر في المضجع فإنه إذا تعسف في المدة بأن تجاوز بها مدة الأربعة أشهر بما يسبب ضرر للزوجة فإنه يحق للمرأة أن ترفع أمرها للقضاء لإزالة هذا الضرر بطلبها حق التطليق للضرر وفقا لما نصت عليه المادة 3/53 من قانون الأسرة : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :

---

[1] عبد القادر عودة: مرجع سابق ج 1 صفحة: 518 وأنظر إلى لاه أحمد: مرجع سابق صفحة: 189 وما بعدها وأنظر المغني ج 10 صفحة: 349

[2] عبد القادر عودة: مرجع سابق ج 1 صفحة: 517، 518

[3] د . بالحاج العربي: أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي مرجع سابق ج1 صفحة: 346

الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " وذلك وفقا لسلطة التقديرية للقاضي، فإذا ما تبت التعسف من الزوج في استعماله هذا الحق سقط عن فعله صفة الإباحة وأصبح في مركز مسؤولية جنائية ومدنية .

الفرع الثاني: استعمال ولاية التأديب مع العلم بعدم فائدتها

في هذا الفرع نقدم صورة ثانية من صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه، وهي صورة استعمال ولاية التأديب مع العلم بعدم فائدتها، وفي هذه الحالة يظهر لنا تعسف الزوج في استعمال هذا الحق خصوصا عند التحقق من عدم إفادة الضرب، فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم رتيب مقصودها [1]

ومثاله كأن تطالب الزوجة بخلع مقابل تعرضه على الزوج فيقوم هو بتأديبها، أو بالأحرى يقوم بضربها في الحد المباح له استعماله، وذلك لأجل استقرار الحياة الزوجية، فإن كانت الغاية من استعمال حقه مشروعة إلا أنها لا تعد مجدية ولا ثمار ترجى منها، لأن هذه الزوجة لم تعد ترغب في استمرار الحياة الزوجية .

أو كأن تقوم الزوجة ببعض الأعمال لا تكون النتيجة من ورائها سوى غضب الزوج عليها بحيث تكون هذه الأعمال خارجة عن نطاقها، كالمرأة التي اختل توازنها العقلي، بحيث تكون هذه الأعمال خارجة عن شعورها أو عقلانيتها، بحيث يقوم الزوج هنا باستعمال ولاية التأديب بضرب زوجته وهذا لحملها على الطاعة، فيكون هذا تعسفا في استعمال حقه في الطاعة لأنه قام باستعماله مع علمه بعدم فائدته، لأن الغاية هنا لن تتحقق وإن لم يتجاوز حدود حق المشروعة له.

[1] أنظر الدكتور فتحي الدريني : المرجع السابق صفحة: 481

وسلطة التأديب هذه ليست مجرد إباحة، بل هي حق بالمعنى الدقيق، لأن الزوج يستأثر بهذا الحق دون غيره، ونظرية التعسف في استعمال هذا الحق تبرز في خروج عن الغاية المشروعة المرسومة له، وليس عن حدود الحق في حد ذاته.

إذ أن حق الزوج في تأديب زوجته مرتبط بنشوزها، والنشوز يعني العصيان، وبانتهاء حالة النشوز ينتهي حق الزوج في التأديب[1]

ومما تجدر الإشارة إليه، هو أن حدود ولاية التأديب معينة في أحكام الشريعة الإسلامية، فقد روى عن بردة الأنصاري أن الرسول صلى الله عليه وسلم : " لم يكن يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله " وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إذا قاتل أحدكم أخاه فليتجنب الوجه "[2] وفي قوله تعالى : **".... واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"**[3]

المبحث الثالث: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس

يتبع حق الطاعة حق آخر، هو حق القرار في البيت لا تبرحه إلا بإذنه، وليس القرار في البيت سجنا أو غبنا لها، كما فهمه بعض قصار النظر، وإنما إعانة لها على أداء وظيفتها التي خلقت لها، وهي التفرغ لتربية ألأولاد في بداية حياتهم، ليحيوا حياة سليمة، وقبل ذلك المحافظة عليها من الفتنة والفساد وليس معنى ذلك أن تظل حبيسة البيت لا تخرج منه أبدا كما فهمها بعض الناس خطأ، لأنه ليس من حقوق الله حتى يكون لازما، بل هو حق للزوج إن شاء تمسك به، وإن شاء تنازل عنه وأذن لها بالخروج، ما لم يترتب عن خروجها مفسدة، ويتحتم المنع تحقيقا للمصلحة[4].

---

[1] أنظر الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا: العنف داخل الأسرة بين الرقابة والتجريم والعقاب.... كلية الشريعة الإسلامية والقانون بطنطا جامعة الأزهر صفحة: 38

[2] صحيح مسلم: ج 16 صفحة: 165

[3] سورة النساء الآية 34

[4] أنظر الدكتور عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، صفحة: 160

على أن حق المنع ثابت بشرط أن يكون قد أوفى لها حقوقها، وأن لا يكون لخروجها ماسوغ شرعي، كأداء فريضة الحج بشرط أن يكون سفرها مع ذوي الرحم المحرم منها، وأبويها ومحارمها من أخوتها وأعمامهم وغيرهم.

وعليه مما تقدم ذكره، يمكننا أن نقول أن بأن للزوج الحق في مطالبة الزوجة بالبقاء في بيت الزوجة وهو ما أقرته له الشريعة الإسلامية وإن كان المشرع لم ينص عليه صراحة في قانون الأسرة.

بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى قواعد الشريعة العامة نجد هذا الحق مفصلا فنعرج أولا على ماهية هذا الحق ودليل مشروعيته، ثم نبحث عن الصور التي تجعل الزوج متعسفا في ممارسة هذا الحق ومعيار تعسفه.

المطلب الأول: ماهية حق الاحتباس ودليل مشروعيته

عقد الزواج رابطة تضمن تعهد كل من الزوجين بالقيام بالمطالب الزوجية، وإن هذه المطالب تقتضي قرار الزوجة في المنزل حتى تستطيع التفرغ لما شرع له الزواج[1] فمن حق الزوج أن تقيم معه زوجته في المسكن الذي أعده لها، وهيأة فيه أسباب الراحة والاستقرار بما يتلاءم مع قدراته ومكانته، حتى تتفرغ للقيام بالمطالب الزوجية والعناية بالأولاد، وتهيئة وسائل الراحة للأسرة وتصون نفسها عما يدنس شرفها وشرف زوجها، في ماله وعرضها[2]

الفرع الأول: ماهية الاحتباس

[1] أنظر الأستاذ عبد الفتاح تقية، في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي طبعة2000/1999 م صفحة: 160

[2] أنظر الحديث والثقافة الإسلامية، وزارة المعارف المملكة العربية السعودية طبعة: 1413هـ 1993م دار الأصفهاني للطباعة جدة صفحة: 87

إن حق الاحتباس هذا معناه قرار الزوجة وبقائها في بيت الزوجية، لأن وظيفة المرأة في الأسرة لا تتحقق إلا بانتقالها إلى المنزل الزوجية، والقرار فيه حتى تمارس حقها في مواجهة الزوج، وتؤدي واجباتها التي هي للزوج، وتقوم بوظائفها في رعاية الأسرة وإنجاب الأولاد وتربيتهم[1] وذلك لقوله تعالى : **" وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"** [2] والحكمة الظاهرة من هذه الآية الكريمة من إبقاء الزوجة في بيت الزوجية، بالإضافة إلى أنه تكليف من الله سبحانه وتعالى، فهو حق للرجل على زوجته، للقيام بما يجب من رعايته ورعاية البيت والأولاد، وبما يتلاءم بطبيعتها كأنثى، ويبعدها عن مطاق الفتنة لأن الخروج داعية إليه.

وكذلك ما جاء ما جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم:"أيما امرأة ماتت وزوجها راض عنها دخلت الجنة "[3] وبذلك فإن الشريعة الإسلامية أوجبت على المرأة البقاء في بيت زوجها ولا تخرج منه إلا بإذنه، على أن الدين الإسلامي دين يسر وليس دين عسر، بحيث هذا الحق لا يعني احتباس الزوجة في بيت زوجها ومنعها من الخروج.

الفرع الثاني: دليل مشروعية حق الاحتباس

إن دليل مشروعية حق القرار في البيت "الاحتباس" ثابت من الكتاب والسنة

1. فدليل مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: **" وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى"**[4] وكذلك قوله تعالى : **" فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله "**[5] الحكمة من هاتين الآيتين الكريمتين هي أن بقاء الزوجة في بيت الزوجية، بالإضافة إلى أنه تكليف من الله عز وجل، فهو حق للزوج وعلى زوجته القيام به بما يجب من رعايته ورعاية البيت والأبناء.

---

[1] أنظر الدكتور كمال الدين الإمام، الزواج في الفقه الإسلامي الدار الجامعية للنشر بالإسكندرية 1998 صفحة: 189
[2] الآية 33 من سورة الأحزاب
[3] رواه ابن ماجه والترمذي : نيل الأوطار الجزء السادس صفحة: 233
[4] الآية 33 من سورة الأحزاب
[5] الآية 34 من سورة النساء

2. وأما دليله من السنة النبوية الشريفة، أنه جاء في الحديث الشريف عن أبي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أيما امرأة إستعطرت فخرجت فمرت على قوم ليجدوا ريحها فهي زانية وكل عين زانية"[1] وقال عليه الصلاة السلام : " المرأة راعية في بيت زوجها ومسئولة عن رعيتها"[2]

إن هذه الآيات والأحاديث تدل دلالة واضحة جلية على اعتبار حق الاحتباس للزوج على زوجته .

المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في حق استعمال حق الاحتباس

إن الغريب في الأمر أن هناك ظاهرة اكتسحت المجتمع الجزائري منذ زمن، وإن قلت حدتها نوعا ما في الآونة الأخيرة بفضل الوعي الاجتماعي، وتتمثل في الموقف السلبي اتجاه دراسة وعمل الفتاة والتي تعد أهم عنصر الأسرة ودعامة بنائها، حيث نجد عدد من الأسر المجحفة في حقوق أبنائها فيتجاوز الأب حدود ولايته عليها، ويجردها من حق منحها الله إياه، وهو حق التعلم والمعرفة وما يقال عن الأب في حدود سلطته يمكن إسقاطه على سلطة الزوج اتجاه زوجته، فكذلك قد يقوم الزوج من حرمان زوجته سواء من التعليم أو من كسب المعرفة، أو حتى من العمل فيمكن أن تتضرر الزوجة من جراء بقائها في البيت، خاصة ونحن نعلم الحالة المزرية للأسرة الجزائرية في حالة غياب مصدر القوت والعيش بحيث يمكن للزوجة المساعدة في أعباء المصاريف المنزلية واليومية، والتخفيف من حدة تلك الحالة المزرية، وخير دليل على ذلك اعتلائها لأهم المناصب، وتكفلها بأسرتها من جميع النواحي .

وعليه فمتى يكون استعمال حق الاحتباس إضرار بالزوجة؟ ومتى يكون هذا الاستعمال تعسفا من قبل الزوج مع اشتراط الزوجة العمل أثناء عقد الزواج ؟ وما هو موقف المشرع والقانون من ذلك ؟

الفرع الأول: إلحاق الضرر بالزوجة بقطع صلة رحمها

إذ كان للزوج على زوجته حق البقاء في البيت الزوجية خدمة له ولأولاده فإن على هذه الزوجة أيضا واجبات هي أحق بالرعاية، وذلك من واجباتها اتجاه الله عز وجل، وكذلك اتجاه أهلها، وحتى اتجاه المجتمع.

---

[1] أنظر : نيل الأوطار الجزء السادس دار الفكر صفحة:177

[2] حديث صحيح رواه البخاري ومسلم

فاستثناء من حق الزوج على زوجته البقاء في بيت الزوجية، أنه يجوز لها أن تخرج لتمريض والدها، إذا تعين ذلك، ولم يوجد غيرها للقيام بذلك، لأن صلة الرحم أمر واجب في الإسلام وفي مقدمة الأرحام الوالدان[1]

ولها الحق في زيارة أبويها، فلها أن تزورهما بحسب ما جرى به العرف ولو لم يأذن له زوجها، لأن ذلك من صلة الرحم الواجبة، ولها أن تمرض المريض منهما إن لم يوجد من يمرضه، ولو لم يرض زوجها، لأن ذلك واجب ولا يجوز أن يمنعها من الواجب[2]

بحيث أن المرأة تخرج من بيتها خروج عاديا إلا بإذنه إلا أن حاجة والديها إليها وصلة الرحم التي أوجبها الله تعالى عليها، يجعل من منعه لها من الخروج إضرار بها، لأن ذلك يمنعها أولا من ممارسة واجب شرعي وتكليف أمرت بالقيام به وهو البر بوالديها وصلة رحمهما، وثانيا إن هذا الواجب الذي تؤديه لا يتعارض مع واجبها اتجاه زوجها، فما المانع أن تخرج لأداء هذا الواجب؟

وعليه فبالموازنة بين المصالح، ككون مصلحة أخرى وهي بقاء الزوجة في بيت الزوجية، فإن كانت موفية لحقها اتجاه زوجها وراعية لمصالحه فإن منعه هذا يكون تعسفا من جانبه في استعمال حقه، وكذلك الحال ولو منعها الزوج عن أداء فرض شرعي لازم، كأداء فريضة الحج المفروض عليها مع توافر شروط فيها، فلها أن تخرج بغير إذنه، وإن كان عليها أن تعلمه بذلك قبل الشروع فيه أدبا[3]

فإن هذا الحق وإن كان حقا خالصا للزوج تجاه زوجته، إلا أن استعماله بما فيه مضرة للزوجة، فيه تعسفن وإن جزاء هذا التعسف شرعا هو سقوط الحق عنه.

وبالمقابل فإن زيارة الزوجة لأهلها حق لها، طالما أنها لا تتعسف في استعماله، ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك إلا خوف عدم الأمن عليها.

---

[1] أنظر الدكتور أحمد الشرباجي: يسألونك في الدين والحياة دار الجيل، بيروت طبعة 1 سنة 1995 المجلد 6 صفحة: 144

[2] أنظر السيد السابق، فقه السنة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان بيروت طبعة 4 سنة 1983 المجلد 2 صفحة: 177

[3] أنظر الدكتور أحمد الشرباجي المرجع السابق صفحة: 144

ونفس القول ينطبق على حق الزوجة في استضافة أهلها من المحارم بالمعروف، إلا أنه يشترط في الزيادة أو الاستضافة أن تكون في حدود اللزوم ولمدة معقولة، وفي الأوقات المناسبة، حتى لا تتحول إلى أداة تخريب بيت الزوج على حساب رعاية الأولاد[1]

الفرع الثاني: منع المجتمع من الاستفادة من علمها وعملها

مما لأشرنا إليه سابقا أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون قد أقر للزوج على زوجته حق القرار في البيت "احتباس الزوجة" في مقابل دفع مهرها كاملا، إلا أنه لا يمكن له التعسف في استعمال هذا الحق، بحيث يجب أن يشار إلى شرط بقاء الزوجة في البيت قبل الدخول بها، لقوله صلى الله عليه وسلم : " إن أحق الشروط أن توافرا به ما استحللتم به الفروج "[2]، وهذا ما ذهب إليه احمد وإسحاق بن رهاوية والأوزاعي.

ومن النظر في مضمون هذا الحق عن قرب، فإنه لا يقصد به احتباس الزوجة في البيت ومنعها من الخروج إلى المحافل الثقافية والعلمية، أو حرمانها من متعة الحياة أو المساهمة في الأعمال الخيرية والإنسانية، بعد القيام بواجباتها المنزلية، وبعد القيام بالتزاماتها نحو أولادها وزوجها[3]، إن الزوج لا يستطيع أن يمنع زوجته من الخروج لطلب العلم أو لأداء عمل تقوم به، وتكون من ورائه فائدة أو منفعة داخل المجتمع، لأن المصلحة الجماعية أوثق بالرعاية، ويتمثل هذا المنع في أمرين هما:

أولا :منع الزوجة من العمل

لقد فرق العلماء بين عمل المرأة الذي يؤدي إلى تنقيص حق الزوج أو ضرره أو خروجها من بيته، وبين العمل الذي لا ضرر فيه مع اشتراطها العمل أثناء عقد الزواج: فمنعوا الأول وإجازة الثاني، فقد قال ابن عابدين من فقهاء الأحناف في هذا المقام ما يلي: "والذي ينبغي تحريره أن يكون منعها من كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره، أما العمل الذي لا ضرر فيه فلا وجه لمنعها منه وكذلك ليس له منعها من الخروج إذا كانت تحترف عملا هو من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة مثل عمل القابلية "[4]

---

[1] أنظر د . بالحاج العربي: مرجع سابق صفحة: 144

[2] رواه بخاري ومسلم وغيرهما، عن بن عامر

[3] أنظر د: عبد العزيز سعد المرجع السابق صفحة: 204

[4] أنظر السيد السابق المرجع السابق صفحة: 179

فلا يحق للزوج استعمالا لحق الاحتباس أن يحول دون انتفاع المجتمع بعلم أو عمل الزوجة سواء أكانت طبيبة أو قابلة، وحال دون ممارستها لوظيفتها هذه، فلا ضرر ولا حرج فيما يخص هذا العمل، وهذا ما يمكن استخلاصه من المادة 67 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري : " ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبب من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة " إلى جانب المادة 26 فقرة 03 من قانون الأسرة الجزائري : " التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم " ومن خلال هذا لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل حق للرجل في استعمال حق الاحتباس خاصة إذا ثم اشتراطه في عقد الزواج أي أثناء إبرامه، لأن العمل المرأة من أجل مساعدة زوجها وخاصة مع الحالة المزرية للعائلة الجزائرية في وقتنا الحالي، لأن عملها يدخل في مصلحة الأسرة والغاية المنشودة لأجلها.

ثانيا : خروج الزوجة لطلب العمل

في هذه الحالة يجب أن نفرق بين أمرين اثنين هما: إذا كان الزوج قادرا على تعليم زوجته، أو غير قادر على ذلك، بحيث إذا كان العلم الذي تطلبه الزوجة مفروضا[1] عليها وجب على الزوج أن يعلمها إياه إذا كان قادرا على ذلك، فإذا لم يفعل عليها أن تخرج حيث العلماء ومجالس العلم، لتتعلم أحكام دينها ولو من غير إذن زوجها لها.

أما إذا كانت الزوجة عالمة بما فرضه الله عليها من أحكام، أو كان الزوج متفقها في الدين وقام بتعليمها، فلا حق لها في الخروج لطلب العلم إلا بإذنه[2]

ومما تقدم يمكننا القول: أنه رغم وجود الحق في احتباس الزوجة من طرف الزوج في بيت الزوجية، إلا أن هنالك استثناء عن القاعدة العامة، بحيث يمكن للزوجة أن تخرج من البيت الزوجية للقيام بعملها، مع ضرورة احترام زوجها في هذا العمل، وصيانة كرامته مع القيام

[1] العلم الفرض: هو العلم بالعلم الذي فرضه الله لأن كل ما فرضه الله عمله فرض العلم به.
[2] أنظر السيد السابق المرجع السابق صفحة: 177

بالواجبات المنزلية نحو الأولاد وزوجها، كما يمكن لها الخروج إلى المجالس العلمية لطلب العلم إن كان زوجها غير متفقه في الدين الله فإذا منع الزوج زوجته من هذه الحقوق، فقد تعسف في استعمال حق الاحتباس.

المبحث الرابع: الطلاق التعسفي

جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة، والحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل لا المرأة، لأن الرجل يتمتع بقدرته على تحكيم العقل وعدم الاستجابة للانفعالات النفسية والعاطفية أكثر من المرأة، وهذا ليس عيبا فيها ولا أية من آيات تفضيل الرجل عليها، وإنما شاءت أرادت الله أن تكون المرأة على هذا النحو من التكوين الجسدي والنفسي، لأنه أكثر انسجاما مع رسالتها كأم وربة بيت، في حين أن الرجل قد أعطاه الله مسؤولية القوامة والسعي في طلب الرزق له، ولأولاده وزوجته، ولهذا كان في مشاعره أكثر استعلاء وأقل رضوخا لها.

ولكن السؤال المطروح هل منح الشرع حق الطلاق للرجل معناه أن يتصرف في هذا الحق كيف شاء وقت ما شاء والله تعالى يقول : **"يا أيها الناس اتقوا الله الذي خلقكم من نفس**

واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا "[1] وقوله عز وجل : **"وعاشروهن بالمعروف"**

وقوله عليه الصلاة والسلام : " أبغض الحلال إلى الله الطلاق" [2] فكلمة أبغض لا بد أن تشير إلى عدم رضا الشرع بالتفكك ولو برضا الزوجين، فكيف ولو كان الطلاق قد أوقعه الرجل دون وجود سبب معقول، أو حاجة تدعوا إليه فما رأي الشرع والقانون في تصرف الرجل في حقه في الطلاق على وجه غير مشروع .

المطلب الأول: مفهومه وحكمه الشرعي

لا يوجد مفهوم موضوع الطلاق التعسفي لفقهاء الشريعة الإسلامية، ولهذا بدأنا بتعريف الطلاق لغة واصطلاحا، وربطنا بين هذا التعريف ومفهوم التعسف واستخرجنا مفهوم الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: مفهومه

الطلاق لغة: حل القيد حسي كحل قيد الفرس، أو معنويا كحل قيد النكاح[3] وهو اسم بمعني التطليق للسراح لقوله تعالى: **" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"**[4]، أما اصطلاحا : فهو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين، أو بمعنى إزالة النكاح إزالة باتة بعد الطلاق الثالث، أو نقصان حله أي إزالة جزئية، يجوز رجوع المطلق والمطلقة إلى الزواج من جديد بعد الطلاق الأول والطلاق الثاني[5]

---

[1] سورة النساء الآية : رقم 01

[2] أخرجه أبوا داوود وابن ماجه عن ابن عمر وهذا نقلا من كتاب مدى حرية الزوجين، المجلد 1 لعبد الرحمن الصابوني صفحة: 91، 92

[3] الأسرة في الشرع الإسلامي : محمد الدسوقي صفحة: 325، نشر وتوزيع دار الثقافة، قطر الدوحة، طبعة 1 سنة هـ1406، 1986م

[4] سورة البقرة الآية: 229

[5] الأسرة في الشرع الإسلامي لعمر الفروخ سنة 988، المكتبة العصرية، بيروت صفحة: 171

أما عن مفهوم الطلاق التعسفي، فهو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين على وجه غير مشروع وبدون سبب أو ضرورة تدعو الزوج إلى ذلك، وفي هذا خروج عن التي إفتضت به إباحته[1]

ويقول ابن همام : " ... فإذا لم تكن حاجة فهو محض كفران النعمة وسوء أدب"[2]

والطلاق كحق منحه الله عز وجل للرجل لا يمكن أن نقيده ونظيف عليه على وجه غير مشروع، لأن ليس كل طلاق تعسفي فقد تكون الزوجة في أن طلاقها إنما كان تعسفيا، ولو تمعن في أسباب طلاقها لربما هي التي كانت سبب في طلاقها لنشوزها أو لارتكابها فاحشة قد يستعصى على الرجل إثباتها، ولهذا وضع الفقه شروط حتى لا يكون هناك تناقض مع روحية الشريعة، وما اقتضته الحكمة الإلهية .

ومن بين هذه الشروط إن يقع هذا الطلاق بالسبب وإنما لثروة شخصيته[3] أو يقصد به الإضرار بالزوجة يؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج وعلى الزوجة إثبات عدم التعسف وهذا إما ما قضت به محكمة النقض السورية وجاء في ذلك:" لما كان على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف بيان سبب صحيح للطلاق وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتبار تعسفا ولا تكلف المطلقة إثبات عدم التعسف لأنه نفي مطلق لا يكمن ٌقامة البنية عليه"

لا تعسف إذا كان الطلاق مشروعا:" إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين أن سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعا أو عرفا"[4]

الفرع الثاني: حكمه الشرعي

لقد اختلاف العلماء في أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة

الاتجاه الأول: القائلون بالإباحة

بعض الفقهاء يرون حق الزوج غير مقيد بحاجة فهو حر التصرف[1] ولا يجوز الرقابة عليه فيها بفعل، وبالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما استعمل حق منحه أتاه الشرع والقانون.

---

[1] الدكتور بالحاج العربي المرجع السابق، صفحة: 237
[2] حكمة الله في أحكام الأسرة الإسلامية لزكريا البدري صفحة: 36
[3] د. عبد العزيز سعد المرجع السابق،ص:305
[4] مدى حرية الزوجين لعبد الرحمان الصابوني المجلد ص 109، 110)

وقال السرخصي في المبسوط:" وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل"[2] وقال الزيغي عند النهاية: "إن إيقاع الطلاق مباح" وقال القرطبي في تفسيره:" دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق غير محظور"[3]

- وقال ابن مندر:" وليسا في المنع منه خير يثبتا"[4]

وعلى هذا محكمة استئناف مصر – فقالت:" أن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء لأن الزوجة حين زوجها كانت على بينة من حق زوجها هذا وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها أن تتظلم منها، ولأن الشريعة والقانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج قصرتا حق الزوجة عند الطلاق وعلى مؤخر الصداق ونفقة العدة دون تعويض ولأن المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق وذلك فضح لأسرار العائلات ولأن المصلحة تقتضي بأن لا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيق معاشرتها، لعيب خفي أو خلقي فيها، وفي الحكم عليه بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة"[5]

أدلتها:

إطلاق الآيات القرآنية التي جاءت بأحكام الطلاق، فمن ذلك قوله تعالى:" **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة**"[6] وقوله أيضا: " **فطلقوهن لعدتهن**"[7] وذلك كله يقتضي إباحة إيقاع الطلاق.

أما من السنة النبوية، فقد طلق النبي عليه السلام حفصة ورجعها. وكذلك فقد طلق الصحابة زوجاتهم دون بيان سب الطلاق وطلق عبد الرحمان بن عوف تماضر وكان الحسن بن علي رضي الله عنهما يكثر من الطلاق.

القياس: إن الطلاق إزالة الملك بطريقة الإسقاط فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق[8]

---

[1] ذ بدران أبوا العينين بدران الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ج 1، دار النهضة للطباعة والنشر بيروت لبنان 1386 هـ 1967 ص،309-310

[2] شمس الدين السرخسي –المبسوط المجلد، 3 أجزاء 6.5 دار المعرفة للطباعة والنشر ط 2، ص2

[3] عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص 87،88

[4] المرجع السابق، ص:88

[5] قرار محكمة استئناف مصر الصادر بتاريخ 1927/12/18

[6] سورة البقرة الآية 236

[7] سورة الطلاق الآية 1

[8] عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص، 87،88

الاتجاه الثاني: القائلون الأصل في الطلاق الحظر:

إنه لا ينبغي أن يفهم من كون الطلاق عندنا مشروعا، أن الحبل متروك فيه على الغالب أو أنه خلو من القيود والأسباب بل إنه ولو كان حلالا فإن هذا الحلال مبغوضا عند الله، لما فيه من قطع للوشائج وفك عقدة الأسرة وتشتيتا للولد[1]

إن إيقاع الطلاق بغير سبب شرعي إحرام ومكروه[2] وفي هذا يقول ابن قدامة في المغني: "فأما "فأما الطلاق والمحرم فهو الطلاق من غير حاجته إليه"[3]

وما جاء في شرح النيل:" الطلاق مكروه وهو الواقع بغير سبب"[4]

-إن الزواج عقد أبدي لازم، فلقياس أن لا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة إلا لحاجة فإذا قامت حاجة إليه وإلا فالقياس هو منع الطلاق[5]

ويظهر لنا ذلك من خلال قوله:" **وعاشروهن بالمعروف"** وقوله أيضا:" **ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"** وقال أبو زيد مفسرا لهاتين الآيتين:" تتقون الله فيهن كما عليهن أن يتيقن الله فيكم"[6] وكذلك من خلال قوله صلى الله عليه وسلام:" أبغض الحلال عند الله الطلاق"[7] وقوله أيضا:" تزوجوا ولا تطلقوا الله لا يحب الذواقين والذواقات"[8]

المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق

بعدما تعرضنا بالتفصيل لمفهوم الطلاق التعسفي وحكمه، نتحدث فيما يلي عن بعض صور التي تشمل كلآ من الطلاق في مرض الموت طلاق المرتد والتعسف في استعمال حق الرجعة ونتطرق إليها بالتفصيل على النحو الآتي:

الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت

---

[1] د عبد العزيز عاصر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء دار الفكر العربي،ط 1، سنة1:1404هـ 1984م، ص: 266

[2] د سناء الحوالي الأسرة والحياة العائلية- دار النهضة بيروت 1404هـ- 1984، ص:259

[3] د محمد دسوقي الأسرة في التشريع الإسلامي ص، 127

[4] عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص، 87

[5] د عبد العزيز عامر المرجع السابق ص 266

[6] وهيبة النحلي فقه الإسلام وأدلتها ص، 328

[7] أخرجه أبو داود وابن ماجه عن أبن عمر، نقلا من كتاب مدى حرية الزوجين لعبد الرحمان الصابوني ص 91- 92

[8] رواه الطبراني عن ابن موسى نقلا من كتاب حرية الزوجين لعبد الرحمان الصابوني، ص: 90

ما هو مرض الموت؟ لم يأت القانون المدني بتعريف المرض الموت لذلك توجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية التي أستمد منها الشارع أحكام تصرفات المريض مرضا الموت.

جاء في المبسوط: "وحد المرض الذي يكون فارا أن يكون صاحب الفراش أضناه المرض فأما الذي يجيء ويذهب في حوائجه فلا يمكن فارا وإن يشتكي أو يحم"

ونصت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية وهي تقنين الفقه الحديث على ما يأتي: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وداخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب الفراش أو لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو حال واحد كان في الصحيح، وتكون تعر فاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت"[1]

ويسمى بمرض الموت لاتصال الموت بذلك المريض وعموما فإن مرض الموت الذي يمنع به تصرفات المريض ما تحقق فيه أمران:[2]

- أن يكون مرضا يحدث منه الموت غالبا

- أن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا به[3]

هذا وقد عرفت المحكمة العليا مرض الموت الذي يبطل به التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد وعيه وتميزه[4]

حكم طلاق المريض الموت:

إذا طلق المريض مرضا الموت زوجته وهو في مرضه وكان الطلاق رجعيا فالزوجة ترثه مادامت في العدة لأنها لا تزال زوجته أما إذا كان الطلاق بائنا فالأصل أنها لا ترث، لأن الزوجة تبين بالطلاق البائن فلا ميراث وجاء في المغني لابن قدامة:" لو مرض الزوج في عدة المدخول بها ومات بعد انقضاء عدتها لم ترث لأنها طلاق الصحة، وإن طلقها واحدة في

---

[1] - عبد الرزوق أحمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المجلد الأول دار النشر للجمعات المصرية 1960- ص: 313

[2] ابن عابدين حاشيه رد المختار ج 3 ص 383

[3] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية القاهرة دار الفكر العرب ص 314

[4] المحكمة العليا غرفة الأحوال شخصية، 9 جويلية 1984، ملف رقم 33719 د بالحاج العربي الوجيز في شرح القانون الأسرة ،ص: 244

صحة[1] وأبانها في مرضه ثم مات فحكمها لو ابتدأ طلاقها في مرضه لأنه فر من ميراثها، فإذا طلقها واحدة في صحة وأخرى في مرضه ولم يبينها حتى بانت بانتهاء عدتها لم ترث لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثه ولم يؤثر في بينونتها"[2] وقد انقسم رأي العلماء في حكم طلاق المريض مرض الموت إلى فئتين الفئة الأولى تنفي ميراث الزوجة من الزوج المريض مرضا الموت والفئة الثانية التي تقر بثوريتها:

القائلون بعدم توريثها:

فقهاء الشيعة الأمامية: يرون أن تصرفات المريض كتصرفات الصحيح سواء بسواء وجميعها نافذة[3]

أما عند الظاهرية فيقول ابن حزم الظاهري:" وطلاق المريض كطلاق الصحيح ولا فرق مات من ذلك المرض أم لم يمت منه، وإن كان طلاق المريض ثلاث أو أكثر من ثلاث أو قبل أن يطأها فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان الطلاق رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها أصلا"[4]

القائلون بثوريتها:

المالكية: إن حق الزوجة في الميراث لا يقطع ولو تزوجت قبل الموت لأن القصد الإثم مردود على صاحبه وقصد حرمنها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بثوريتها كما لو لم يكن قد طلقها ولو مات فإن المرأة ترثه لأنه فار بطلاق حينئذ من الإرث سواء كن مدخولا بها أم لا، انقضت عدتها أم لا وقال المالكية ترث المطلقة في مرض الموت ولو كان الطلاق برضها واختيارها[5]

[1] الإمام موفق الدين بن قدامة المرجع السابق ص 221
[2] نفس المرجع السابق ص 221
[3] عمر فروج المرجع السابق،ص:205
[4] أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم
[5] مالك بن أنس المدونة الكبرى ج 3 مطبعة السعادة مصر ص-34-35

الأحناف: قالوا ترث زوجة الفار مادامت في العدة ولو كان الطلاق بائنا خلاف الأصل الشافعية: ولدى الشافعية روايتان أولهم أن طلاق المريض كطلاق الصحيح، والرواية الثانية تعتبر المريض فار وترث زوجته وقد اختلاف قول الشافعي رحمه الله فيمن بث طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت فقال في أحد القولين أنها ترثه لأنها متهم بقطع إرثها فورث كالقاتل لما كان شهما في استعمال الميراث لم يرث والثاني أنها ترث وهو الصحيح لأنها بينونة قبل الموت فقطعت الإرث كالطلاق في الصحة فإذا قلنا أنها ترث، وهو فإلى أي وقت ترث؟ فيه ثلاث أقوال:

1. إحداهما إن مات وهي في العدة ترث لأنها حكم الزوجية باق، وإن مات وقد انقطعت العدة لم ترثه
2. الثاني أنها ترث ما لم تتزوج لأنها إن تزوجتا عملنا أنها اختارت ذلك.
3. الثالث أنها ترث أبدا لأن توريثها للغرار وذلك لا يزول بالتزويج فا لم يبطل حقها[1]

الحنابلة: الزوجة ترث زوجها مادامت في العدة وقد اختلفوا فيها لو انتهت العدة أو الطلاق قبل الدخول فقالوا لا ترثه وعند الإمام أحمد ترثه ما لم تتزوج.

الاجتهادات القضائية:

في القضاء الجزائري: إن القضاء الجزائري في طلاق المريض مرض الموت طبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى أن الزوجة ترث زوجها ولو طلقها في مرض الموت[2] ولو انقضت العدة وتزوجت غيره سواء كان الطلاق برضاها واختيارها أم لا ولا يرثها لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث كما ألزمه المشرع بالتعويض المادي والمعنوي جراء طلاق زوجها لها بارادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطة القاضي التقديرية[3] ولكن يلاحظ في بعض الكتاب منهم :

---

[1]- أبو الوليد محمد ابن راشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، مكتبة كليات الأزهر، سنة 1409هـ - 1989م، ص:137

2 د. العربي بلحاج المرجع السابق ص: 244

[3] المحكمة العليا غرفة القانون الخاص 1969/05/29 دكتور بلحاج العربي قانون الأسرة، ص 75 نقلا عن النشرة السنوية 1969.

د. بالحاج العربي أنه الفقه المالكي أسرف في فهم سوء قصد المريض مرض الموت لأن مطلقته بعد أن تتزوج بغيره تكون قد انقطعت الصلة الزوجية بينهما ولو اقتصر فقه المالكية على ميراثها منه ما لم تتزوج لكان أوجه[1]

وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 126: "إن أسباب الإرث القرابة والزوجية" والمادة 130:" يوجب النكاح التوارث بين الزوجين،ولو لم يقع البناء"، والمادة 132 إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو في العدة الطلاق استحق الحي منها الإرث" [2]

أخذ القانون السوري والمصري برأي الجمهور (غير الشافعية) في توريثها المرأة في طلاق الفار إذا مات زوجها وهي في العدة[3]

وجاء في القانون السوري في المادة 116:" من باشر سبب من أسباب البينونة في مرض موته في حالة يغلب في مثلها الهلاك بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث بشرط أن تستمر أهليتها لإرث من وقت الإبانة إلى الموت" وجاء في قرار لمحكمة التميز السوري:" إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاق بائنا صحيح الجسم حين إيقاعه الطلاق فإن امرأته لا ترثه ولو مات وهي في العدة، بخلاف ما لو كان مريضا مرض الموت فإنه بهذا الطلاق يعتبر فارا وترث زوجته إن مات وهي في عدة الطلاق"[4]

الفرع الثاني: طلاق المرتد

لو أن مريض ارتد في مرضه عن الإسلام فقتل في ردته أترثه امرأته أم لا؟

قال ابن القاسم:" لا يرثه وورثته المسلمون" وقال مالك:" ولا يتهم أحد عند الموت بأنه يفر بميراثه عن ورثته بالشرك بالله" وقال مالك:" وإن علم أنه ارتد طائعا غير مكروه فإن امرأته تبين منه وإن ارتد ولا يعلم أطائعا أو مكرها فإن امرأته تبين منه وإن علم ارتد مكرها فإن امرأته لا تبين منه"[5]

1 قانون الأسرة الجزائري،ص: 34، 35، 36
2 وهيبة الرحيل المرجع السابق،ص:530
3 قرار المحكمة السورية بتاريخ 1954/05/31م عبد الرحمان الصابوني المرجع السابق ص 114-115
4 الإمام مالك بن أنس المرجع السابق- ص:36-37
5 السرخسي، المرجع السابق، ص: 163

وجاء في المبسوط:" إذا ارتد المسلم ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وله امرأته مسلمة لم تنقضي عدتها بعد فلها الميراث منه يوم ارتد لأنه بردته قد أشرف على الهلاك والتوريث يستند إلى ذلك الوقت فلا يعتبر فعله في إسقاط حقها عن ميراثه ولأن الردة من الرجل كالموت لأنه يستحق قتله بها، والنكاح كان قائما بينهما يومئذ فكان لها الميراث"[1]

وجاء في المغنى: "لو ارتد ثم أسلم ومات ورثته" وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي لا ترث[2].

وجاء في المادة 138 من القانون الأسرة الجزائرية:" يمنع من الإرث اللعان والردة"[3] كما جاء في حكم لمحكمة مصر الابتدائية الشرعية:" نص الفقهاء على أن المرتد ترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة لأنه يصير فارا وإن كان صحيحا وقت ردته وجعلوا حكم المريض مرض الموت إذا طلق زوجته بقصد الفرار من إرثها له ومات وهي في عدته"

الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق الرجعة

قال الله تعالى: **"وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزؤا واذكروا نعمة الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به واتقوا الله واعلموا أن الله بكل شيء عليم"** وقال أيضا : **"والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحمهن إن كن يؤمن بالله واليوم الأخر وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا"**[4]

جعل الله عزوجل المرجعة في يد الزوج بعد الطلاق الرجعي القصد استئناف حياة زوجية كريمة وإصلاح لما قد يكون من تسرع ونزق في تطبيقها فاتخاذ هذا الحق ذريعة للإضرار

[1] ابن قدامة، المرجع السابق، ص:184
[2] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص: 117
[3] سورة البقرة الآية 231
[4] سورة البقرة الآية 228

بالزوجة وذلك بتطويل العدة عليها أمر لا يبيحه الشرع لأنه تعسف واستعمال للحق في غير ما شرع له

يقول ابن رجب:" من كان قصده بالمراجعة المضارة فإنه إثم بذلك"[1]، ويقول محمد عزة دروزة:" وفي جملة " إن أرادوا إصلاحا بعد جملة **"وبعولتهن أحق بردهن في ذلك"** حيث توجب أن يكون قصد الأزواج في المراجعة الإصلاح وإن الزوجة إذا لم تطمئن بذلك حق لها الامتناع عن قبول مراجعته مع القول بأن ذلك يجب إن لا يكون تخمينا وتوهما بل يجب أن يكون مستندا إلى أساب قوية مقنعة"[2]

وذهب مالك إلى أن من راجع امرأة قبل انقضاء العدة ثم طلقها من غير مسيس أنه إن قصد مضارتها بالتطويل لم تستأنف العدة وبنت على ما مضى وإن لم يقصد ذلك استأنفت عدة جديدة[3] وفي ذلك معاملة له نقيض قصده ورد لتعسف في استعمال حق المراجعته[4]

وهذه الآية أصل في التعسف لأن استعمال الحق لمحض المضارة وهذا ما يؤكده محمد عزة دروزة في كتابه الدستور القرآني حينما تكلم عن المراجعة يقصد الإضرار بالزوجة وقال:" نهى الرجل عن تعمد الضرر"[5]

لقد قضي المشرع الجزائري فيما ورد في المادة 52 من قانون الأسرة بالتعويض للمطلقة الذي تبث تعسف زوجها في طلاقها حيث تنص في الفقرة 1: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

هذا وتكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية[6]

وعليه فإنه إذا طلق زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقه بأن كان دون سبب معقول وأن الزوجة لحقها ضرر بذلك، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة

---

[1] ذ – محمد وحيد الدين سوار النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثارها في تقييد حق المالكية،ط198- 95

[2] ابن رجب الحنبلي جامع العلوم والحكم دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع- 1992، ص:305

[3] ابن رجب الحنبلي المرجع السابق،ص: 304

[4] د فتحي الدريني المرجع السابق ص: 331

[5] محمد عزة دروزة المرجع السابق،ص 119

[6] المحكة العليا غرفة القانون الخاص 29 ماي 1969م، د: بالحاج العربي، قانون الأسرة صفحة: 75 نقلا عن نشرة سنوية 1969

ودرجة تعسفه بالتعويض عادل متروك تقديره لسلطة القاضي التقديرية وفقا لحالة الزوج المالية[1] وهذا وفقا للمادة 52 من قانون الأسرة : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

الفرع الرابع: العلاقة بين المتعة والتعويض في الطلاق التعسفي

وقد قضى المشرع الجزائري بالمتعة للمطلقة على وفق ما أقره الفقهاء دون التعويض كتخفيف عن ألم الفراق عن زوجها، لأنه يعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضا، حيث ذهبت المحكمة العليا في هذا الصدد بأنه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية، تقرر للزوجة المطلقة المتعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يتعبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة ويدفع مبلغ أخر كتعويض[2]

أما في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه فإن للمطلقة حقها في المتعة إضافة إلى التعويض على الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بأنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي[3]

وعليه فإن المشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول يكون مسنده مبدأ التعسف في استعمال الزوج حق الطلاق، حيث أن إنتفاء السبب المشروع لإيقائه يعتبر قرينة للضرر، وهو مبدأ مستمد من الفقه الإسلامي الذي يقضي بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير[4] وهذا تطبيق لمبدأ التعسف في المعيار الذاتي الذي يعتد بالباعث والدافع في استعمال الحق، فإيقاع الطلاق من غير ما سبب وحجة

---

[1] د: بالحاج العربي، المرجع السابق صفحة: 235

[2] المحكة العليا (غ.أ.ش) 08 أفريل 1985م، ملف رقم 35912، د: بالحاج العربي، المرجع نفسه ص: 234

[3] المحكة العليا (غ.أ.ش) 07 أفريل 1986م، ملف رقم 41560، د: بالحاج العربي، قانون الأسرة المرجع نفسه ص: 77

[4] الدكتور بالحاج العربي المرجع السابق، ص: 238

يعتبر قرينة على قصد الضرر والأذى قد يستند عليه القاضي في تقديره الأضرار اللاحقة بالزوجة والحكم بالتعويض لها .

كما أنه قد بني الحكم بالتعويض على وفق القاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار " وذلك حينما ترك للقاضي مطلق الحرية في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء هذا الطلاق التعسفي بما يتفق والحالة المالية للزوج.

المبحث الخامس: التعسف في الوصية

المطلب الأول: تعريف الوصية ودليلها وحكمة تشريعها

الفرع الأول تعريف الوصية لغة واصطلاحا:

أولا تعريف الوصية لغتا: من أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه، والوصية ما أوصيت به وسميت وصية الاتصال لما بأمر الميت، ووصي الشيء بغيره وصيا وصله، ووصيت الشيء أو وصلته سواء[1]

ثانيا تعريف الوصية اصطلاحا: الوصية عند الفقهاء اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته[2] أوهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع سواء كان التمليك عينا أم منفعة[3]

الفرع الثاني دليل مشروعيتها:

الوصية مشروعة بما ثبت من نصوص القرآن والسنة وهي مندوبة على اعتبار أنها عقد من عقود التبرع. فمن القرآن: قوله تعالى:**" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين"**[4] ونسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث[5]

وقوله تعالى:**" شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية"**[6]

وقوله تعالى:**" من بعد وصية يوصي بما أودين"**[1]

---

[1] لسان اللسان تهذيب لسان العرب ثم تهذيبه من طرف المكتب التقافي لتحقيق الكتب إشراف الأستاذ عبد علي مهنا دار النهضة العربية ط1، سنة1933، ج2، ص:742.

[2] الكساني بدائع الصنائع، ج7، ص:333

[3] د. وهيبة الزحلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، ط1، 1987، ص:8

[4] سورة البقرة الآية 180

[5] ابن قرامة المغني ج6، ص:415

[6] سورة المائدة الآية 106

ومن السنة الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم: "ما حق أمر من مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" [2].

والمراد الحث على صاحب مال يمر عليه زمن وله ما يوصي فيه ولا يكتب وصيته فالحديث فيه حث على المبادرة على كتابة الوصية

الفرع الثالث الحكمة من مشروعيتها:

لقد شرع الله الوصية كباب من أبواب التبرع ووسيلة من وسائل التكافل وتحصيل ذكرى الخير في الدنيا ونوال الثواب في الآخرة، فقد شرعها الله تمكينا من العمل الصالح ومكافأة من أسدى للمرء معروفا، وصلة للرحم ولأقارب غير الوالدين، وسد خلة المحتاجين وتخفيف الكرب على الضعفاء والبؤساء والمساكين[3]

وهي مظهر من مظاهر رحمة الله بعبده حينا شرعها له ليتدارك بها ما فاته أو قصر فيه من الوجبات خلال حياته ليختمها بعمل صالح وصدقة جارية تبقى بعد موته.

ولكن مشروعيتها وفق ضوابط وشروط وضعها الفقهاء تضبطها، وهذا حتى لا يضر الموصي بأصحاب الحق في ماله بعد موته وهم الورثة، وحتى لا تحيد الوصية عن سبيل المقصد الذي شرعت من أجله

الفرع الرابع تعريف المشرع الجزائري للوصية:

لقد تناول المشرع الجزائري الوصية في القانون الأسرة في الكتاب الرابع لخاص بالتبرعات حيث عرفها على وفق تعريف الفقهاء لها، فقد نصت المادة 184 منه على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد لموت بطريق التبرع" حيث يشمل التعريف جميع أنواع الوصايا وذلك باستعمال لفظ التمليك بصيغة الإطلاق مما يشمل الوصية بالأعيان والوصية بالمنافع، أو بإسقاط الديون على الغير لأنها من باب تمليك الدين للمدين.

---

[1] سورة النساء الاية 12

[2] أخرجه مسلم، كتاب الوصية، حديث رقم 1627، ج 11، ص: 63

[3] د. وهبة الزجيلي، مرجع سابق، ص:11

وإيراده للفظ التبرع يدل على أن المشرع يقصد بالنص لوصية التي تبني على محضا التبرع ولا يكون في مقابلها أي عوض فقد اخرج بهذا القيد الوصايا التي تنشئ عن بيع أو إيجار لأن مثل هذه الوصايا هي تمليك ولكن بعوض وليست تبرعا.

الفرع الخامس مقدار الوصية في القانون الجزائري:

لقد قيد المشرع الجزائري مقدار الوصية بالثلث، وجعل نفاذها في حال تجاوز الموصي الثلث المحدد لها على إجازة الورثة كما ذهب إليه الفقهاء حيث تنص المادة 185 من القانون الأسرة الجزائري : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"

المطلب الثاني: صور المضارة في الوصية وآثر التعسف فيها

لقد أباح الشرع الوصية لمقصد نبيل وسامي يعود على الموصي ينال به الثواب حتى بعد موته ولكن في حدود مشروعة مقيدة بأن لا يضر بأصحاب الحق في ماله بعد موته وهم الورثة، لذا فقد صرح المولى عز وجل بتحريم المضارة فيها قوله تعالى: **"من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار"**[1] وهذا حتى لا تحيد الوصية عما شرعت من أجله، غير أن الموصي قد يجانب هذا المقصد بأن يلحق بوصيته ضررا بالورثة وذلك من خلال صور متعددة لهذا المضرة لا تكيف على كونها تعسف في استعمال الحق في الوصية بناءا على مفهوم التعسف وضوابطه ومن هذه الصور لمضارة في الوصية هي:

الفرع الأول: الوصية لوارث:

بأن يؤثر وارثا بوصيته دون باقي الورثة أو إضرار بهم وهذه وصية باطلة ولا تجوز باتفاق العلماء[2] وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم:" إن الله أعطى لكل ذي حقا حقه فلا وصيه لوارث"[3] وقد أبطلها المشرع الجزائري إلا إذا أجازها الورثة كما ورد في المادة 189 من القانون الأسرة الجزائري:" لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة"

---

[1] سورة النساء الآية 12

[2] بداية المجتهد، ج2، ص:337

[3] أخراجه الترميذي كتاب الوصايا باب ما جاء لا وصية لوارث، رقم 2120، ج4، ص: 433

وهذه الصورة من المضارة في الوصية لا تكيف على أنها تعسف وذلك كون التعسف في استعمال الحق في تأسيسه يقوم على وجود حق حتى يتم وصفه بكونه متعسفا فيه وفي الوصية لوارث فإن الحق منتف وذلك لبطلان الوصية من أصلها.[1]

الفرع الثاني: الوصية بما يزيد عن الثلث:

الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث وقلنا إن نفاذها متوقف على إجازة الورثة، فإن هم أجازوها عد ذلك تبرعا وتنازلا منهم عن جزء من حقهم في الميراث وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القانون الأسرة في المادة 185:" تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث فتوقف على إجازة الورثة"

وكذلك فإن هذه الصورة لا تعد ولا تكيف على أنها تعسف من الموصي في استعمال حقه في الوصية، وذلك لنفس سبب الصورة الأولى أي انتفاء وجود الحق يوصف بكونه تعسفا، فالوصية بأكثر من الثلث المحدد شرعا هي من باب الخروج عن حدود الحق وبالتالي فلا تدخل في نطاق ونظرية التعسف أصلا[2]

الفرع الثالث: الوصية في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة:

وهذه الصورة هي عين التعسف وذلك أن الموصي قد تقيد بالشروط الموضوعية للوصية ولم يخرج عن الحدود المشروعة لها غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة.

وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة باعتبار ارتكابه لمحرم ثابت بصحيح القرآن، ولما قاله النبي صلى الله عليه وسلم:" إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضر لها الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار"، وقد قال ابن عباس رضي الله عنه:" الإضرار بالوصية من الكبائر"[3]

ولقد ذهب الفقهاء الذين اعتدوا بالباعث في التصرفات والعقود إلى القول بإبطال الوصية إذا كان الدفاع إلى إبرامها هو محضا الإضرار بالورثة.

---

[1] د . فتحي الدريني نظرية التعسف مرجع السابق ص،107

[2] المرجع نفسه، ص:106

[3] أنظر د وهيبة الزحيل لتفسير المنير ج4،ص:285

فيقول الإمام ابن القيم الجوزية: "القاعدة الشرعية التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا...، ودلائل هده القاعدة تفوق الحصر ...، وقال الله تعالى: **"من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار"**[1] فإنما قدم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي ضررا، فإن قصده للورثة أبطلها وعدم تنفيذها[2]

وعليه فإن الحنابلة يعتدون بالباعث في التصرفات، فأيما عقد أو تصرف كان الباعث عليه أمرا محظورا سواء تضمنتا صيغة ما يدل عليه أو لم تتضمنه وكان أمرا باطنيا فإنه يعد باطلا لكونه استعمال الحق في غير ما شرع له.

ويقول "الإمام القرطبي" في تفسيره الآية الوصية":" إلا أن مشهور مذهب مالك وابن القاسم أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه لأن ذلك حقه، فله التصرف فيه كيف يشاء، وفي المذهب قول أن ذلك مضارة فترد"[3] ولعل هذا لرأي مرده احترام إرادة الموصي في أخر حياته وصعوبة إثبات قصده بناء على اعتبار وفاة صاحب الوصية.

غير أنه وبالرجوع إلى القواعد المذهب الملكي والذي أعتد بالباعث في التصرفات وتوسع في الأخذ بمبدأ "سد الذرائع" يرجح القول بإبطال الوصية إذا ما بنيت وقصد بها محض الإضرار بالورثة.

ويوضح الأستاذ "على الخفيف" بأن ابن القاسم نفسه يرى بأن الوصية للوارث - إن قصد به إضرار الورثة - ترد ولو أجازوا، فإذا قال الموصي: إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين، فإن وصيته تبطل وترجع ميراثا، لأنه أوصى لبعض ورثته ثم جعلها للمساكين إن لم يجيزوا دل ذلك على قصد الضرر بالورثة، وما قصد به الضرر لا يمضي لقوله تعالى في حق الموصي: **"غير مضار"** ولخبر:" لا ضرر ولا ضرار"[4].

---

[1] سورة النساء 12

[2] إعلام الموقعين ج3 ص:9596

[3] الجامع لأحكام القرآن ج5 ص:89

[4] أنظر د. فتحي الدريني،ص111 نقلا عن أحكام الوصية للأستاذ الشيخ علي الخفيف

وعليه نخلص إلى أن حق الوصية قد شرع في حدود ثلث المال كوسيلة من وسائل البر والثواب، غير أنها تبطل إذا ما ثبت تعسف الموصي فيها بأن قصد بها محض الإضرار بالورثة، أي أن القصد كان إلحاق الضرر هو الباعث الأساسي على إبرام الوصية.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري

لم يرد في قانون الأسرة ما يتناول موضوع الإضرار بالوصية والتعسف فيها وذلك إحالة منه على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وإن كان قد تناول مسألة تجاوز الوصية في حدود الثلث في المادة 185 والإيصاء للوارث في المادة 189 غير أن هذين النصين لا يتناولان المضارة في الوصية المتأسسة على التعسف فيها وذلك لكون تجاوز مقدار الثلث في الوصية والإيصاء لوارث يعدان خرجا وتعديا عن الحق وليس تعسفا، وهذا أخذ ما يؤخذ على أن قانون الأسرة الجزائري بإغفاله لأثر التعسف في استعمال حق الوصية بنص صريح باعتباره قد اعتد بهذه النظرية في القانون المدني وإن كان النصان السابقان قد تناولا موضوع الإضرار في الوصية ولكنه ضرر غير ناشئ عن التعسف فيها وذلك الانتقاء الحق في حد ذاته كما ذكرنا والتعسف لا يقوم إلا إذا وجد الحق أصلا.

خلاصة الفصل الثاني:

مما سبق ذكره أن حالات تعسف الزوج في حقوقه تظهر فيما يلي :

1- إن العدول عن الخطبة حق مشروع لكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق المعدول عنه وفق سلطة التقديرية إذا ما تبت لديه تعسف الطرف العادل بتعزيره بالطرف المعدول عنه بما ألحق به الضرر لا عن العدول في حد ذاته.

2- إن حق التأديب شرعا بالضرب حق مشروع للزوجة حال نشوز زوجته وعدم إفادة الأمور الآخرة في إصلاحها غير أنه حق مقيد بشروط وضوابط تقيده حتى لا يخرج عن حدوده المشروعة فإذا ما تعدى الزوج وثبتا تعسفه لدى القاضي في استعمال هدا الحق تحمل مسؤولية تصرفه وتعديه

3- إن الطلاق حق تابتا شرعا عند قيام أسبابه، وأن التعسف فيه إضرار بالزوجة يثبت التعويض لما عما لحق بها على وفق ما يقرره القاضي حسب سلطته التقديرية

4- إن القول بميراث المطلقة في مرض الموت مطلقها يعتبر تجسيدا واضحا لنظرية التعسف في استعمال الحق غير أن تقيد ميراثها بعد زواجها بعد انتهاء عدتها نراه الأرجح حتى لا تخالف الأصل العام القاضي بعدم ميراث المرأة من زوجين في حال واحدة

5- إن حق الوصية مشروع بما يلاحق ضررا بالورثة، فإذا ما ثبت قصد الموصي بوصيته إضرار بهم أو ألحق بهم فعلا ضررا عد ذلك تعسفا منن الموصي يؤدي إلى إبطالها وعدم تنفيذها درءا للضرر الناجم عن التعسف فيها.

الخاتمة :

فقبل أن نضع نقطة النهاية لبحتنا هذا نود أن نجمل الملامح الرئيسية ونبرز ما أهتدينا إليه من النتائج المأمول أن تكون صائبة ومفيدة لخدمة الطلبة، وهي كالتالي:

1- إن العدول عن الخطبة حق مشروع لكن للقاضي أن يحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق المعدول عنه وفق سلطة التقديرية إذا ما تبت لديه تعسف الطرف العادل بتعزيره بالطرف المعدول عنه بما ألحق به الضرر لا عن العدول في حد ذاته.

2- إن حق التأديب شرعا بالضرب حق مشروع للزوجة حال نشوز زوجته وعدم إفادة الأمور الآخرة في إصلاحها غير أنه حق مقيد بشروط وضوابط تقيده حتى لا يخرج عن حدوده المشروعة فإذا ما تعدى الزوج وثبتا تعسفه لدى القاضي في استعمال هدا الحق تحمل مسؤولية تصرفه وتعديه

3- إن الطلاق حق تابتا شرعا عند قيام أسبابه، وأن التعسف فيه إضرار بالزوجة يثبت التعويض لما عما لحق بها على وفق ما يقرره القاضي حسب سلطته التقديرية

4- إن القول بميراث المطلقة في مرض الموت مطلقها يعتبر تجسيدا واضحا لنظرية التعسف في استعمال الحق غير أن تقيد ميراثها بعد زواجها بعد انتهاء عدتها نراه الأرجح حتى لا تخالف الأصل العام القاضي بعدم ميراث المرأة من زوجين في حال واحدة

5- إن حق الوصية مشروع بما يلاحق ضررا بالورثة، فإذا ما ثبت قصد الموصي بوصيته إضرار بهم أو ألحق بهم فعلا ضررا عد ذلك تعسفا منن الموصي يؤدي إلى إبطالها وعدم تنفيذها درءا للضرر الناجم عن التعسف فيها.

6- تعسف الزوجة في التصرف بمالها على وجه يلحق الضرر بزوجها أو بعدم تحقيق الفائدة حيث يضار الزوج بتحمل النفقات والمصاريف لا قبل له بتحملها.

7- حق الرضاعة ففيه إما أن تغالي الزوجة في طلب أجرة الإرضاع إضرارا بزوجها، وهنا يعطى الولد لغيرها لترضعه دفعا للمضرة، وإما أن تمتنع الزوجة عن إرضاع ابنها مع قدرتها على ذلك.

8- حق الزوجة في مطالبتها في حق النفقة تكون إما بمبالغتها في المطالبة في النفقة، مع نيتها الإضرار بزوجها، أو أنها تطالب زوجها بالنفقة مع علمها بإعساره، فإنها لا ترجو أي مصلحة بل تحقق ضرر لزوجها.

وهنا نضع القلم شاكرين الله النعمة على ما أمدنا به من عون في هذا العمل البسيط ونرجوا منه وحده أن لا نبتغي في ذلك إلا مرضاته سبحانه وتعالى والله نسأل أن يتقبل منا هذا العمل بحسن الجزاء، وأن يجعله في ميزان الحسنات، فإن أصبنا فمن الله وحده، وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان.

والحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

القرآن الكريم وتفسيره :

- المصحف الشريف برواية ورش عن الإمام نافع، شركة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة –الجزائر-
- الكتاب العربي – الجامع لأحكام القرآن – أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي – ج3، دار للطباعة والنشر سنة 1967.

الحديث الشريف :

- صحيح مسلم –ج3- مطبوعات مكتبة ومطبعة محمد علي صبحي وأولاده بمصر.
- صحيح سنن المصطفى لأبي داوود - ج2 مؤسسة جواد للطباعة والنشر والتصوير- بيروت لبنان.
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار – للإمام محمد بن علي الشوكاني ج 5 طبع شركة مكتبة ومطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، عصر بدون طبعة.
- جامع العلوم والحكم في الشرع خمس حديث من جوامع الكلم تأليف زين الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن رحب الحنبلي البغدادي دار الفكر للطباعة والنشر 1992م.

المراجع الفقهية :

- الموافقات ج 2 لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي دار الفكر العربي
- بداية المشتهد نهاية المقتصد أبي الوليد محمد بن احمد بن رشد ج2 دار الجيل بيروت بدون طبعة
- المدونة الكبرى لمالك بن أنس ج3، دار صادر بيروت طبعة جديدة.
- كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي، المجلد الثالث ج 5 الطبعة الثانية – دار

المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان

- المغنى للامام موفق الدين ابن قدامى، ج 7 دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بيروت طبعة جديدة بالاوفست
- المحلي لأبي محمد علي ابن سعيد ابن حزم لتحقيق الشيخ احمد حمد شاكر منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ابن القيم الجوزية تحقيق محمد حامي الفقي مطبعة السنة المحمدية 1953م.
- الدستور القرآني والسنة النبوية في شؤون الحياة محمد عزة دروزة ج 2 مكتب إسلامي 1981.
- أحكام الزواج والطلاق –بدارات أبو العنين بدران- الطبعة الثالثة 1966 دار المعارف – أحكام الأسرة في الإسلام د. محمد مصطفى شلبي الطبعة الرابعة الدار الجامعية بيروت 1983.
- الفقه الإسلامي وأدلته –د. وهبة الزحيلي- ج 4 الطبعة الأولى طبع في الجزائر بإذن دار الفكر (دمشق) الحراش، سنة 1991.
- الأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية فقها وقضاءا –عبد العزيز عامر- الطبعة الرابعة، 1984، دار الفكر العربي.
- الأسرة في الشرع الإسلامي لعمر فروخ 1998م، المكتبة العصرية صيدا لبنان.
- الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، - د. بدران أبوا العينين بدران-، ج 1، دار النهضة للطباعة والنشر بيروت لبنان 1386 هـ 1967 ص.
- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية -محمد محي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، 1984.
- الأسرة في الشرع الإسلامي -محمد الدسوقي- نشر وتوزيع دار الثقافة، قطر الدوحة، طبعة 1 سنة هـ1406، 1986م.

- الزواج في الفقه الإسلامي-الدكتور كمال الدين الإمام- الدار الجامعية للنشر بالإسكندرية، 1998.
- حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون - د. بدر الدين بدران أبو العينين- طبعة 1987، مؤسسة شباب الجامعة للنشر والتوزيع، مصر.
- ضمان العدوان في الفقه الإسلامي - محمد احمد سراج- دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1994.

المراجع القانونية:

- الحق ومدى سلطان الدولة في نظرية التعسف في استعمال الحق – د. فتحي الدريني- الطبعة الأولى، مطبعة جامعة دمشق، 1967.
- العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الالتزام -محمد جلال حمزة- قدم له الأستاذ محمد هشام القاسم- ديوان المطبوعات الجامعية- بن عكنون الجزائر 1986.
- المدخل إلى القانون –د. حسن كيرة- الناشر منشأ المعارف بالإسكندرية جلال خزي وشركائه بدون تاريخ الطبعة.
- المدخل للعلوم القانونية -توفيق حسن فرج- مؤسسة الثقافة الجامعية سنة 1981.
- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري -الدكتور بالحاج العربي- ج 2: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- النظرية العامة للقانون -مصطفى محمد جمال ود. عبد الحميد محمد الحمال- المكتبة القانونية- الدار الجامعية، سنة 1987.
- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام -محمد حسنين- المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية سنة 1985.
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -عبد الرزاق السنهوري- دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان سنة 1952.
- العنف داخل الأسرة بين الرقابة والتجريم والعقاب -الدكتور أبو الوفا محمد أبو الوفا- الدار الجامعية للنشر طبعة جديدة 2000.

- الخطبة والزواج -الدكتور محمد محدة – الطبعة الثانية- دار الشهاب 2000.
- الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجزائري -د . بالحاج العربي- ديوان المطبوعات الجامعية 1994.
- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائرية-عبد العزيز سعد- الطبعة الثانية- دار هومة، الجزائر.
- الأسرة والحياة العائلية -د سناء الحوالي - دار النهضة بيروت 1404هـ- 1984.
- شرح قانون المدني الجزائري- مصادر الالتزام- د. محمد صبري السعيدي الطبعة الأولى –دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع – عين الميلة الجزائر.
- شرح قانون الأسرة الجزائري- فيصل سعد- المؤسسة الجزائرية للكتاب 1986.
- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – د. عبد الرحمان الصابوني- الطبعة الخامسة- المطبعة الجديدة- دمشق.
- مباحث في قانون الأسرة الجزائرية من خلال مبادئ وأحكام الفقه الطبعة الأولى 1999.

المصادر القانونية :

- قانون الأسرة 1994 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر.
- القانون المدني –وزارة العدل- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مطابع الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991.
- قانون العقوبات رقم 82 المؤرخ في 13 فبراير 1982.

الفهـــــــــرس

العنـــوان	الصفحة
مقدمة	1
الفصل التمهيدي: نظرية التعسف في استعمال الحق	8
المبحث الأول: تعريف التعسف والتميز بينه وبين مجاوزة الحق	9
المطلب الأول: تعريف التعسف	9
الفرع الأول : لغة	9
الفرع الثاني: اصطلاحا	9
المطلب الثاني: التمييز بين التعسف ومجاوزة حدود الحق	12
الفرع الأول : الوجه الأول	14
الفرع الثاني : الوجه الثاني	15
المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق	16
المطلب الأول: نظرية التعسف في القانون الروماني	16
الفرع الأول: ظهور فكرة التعسف في القانون الروماني	17
الفرع الثاني: بعض تطبيقات التعسف في القانون الروماني	17
المطلب الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية	18
الفرع الأول: إكمال فكرة التعسف كنظرية عامة في الشريعة الإسلامية	18
الفرع الثاني: مبدأ التعسف في مذاهب الإمام مالك	20
المطلب الثالث: نظرية التعسف في القانون الفرنسي	21
الفرع الأول: تطور فكرة التعسف في القانون الفرنسي	21
الفرع الثاني: تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الفرنسي	23
المطلب الرابع: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري	24
الفرع الأول: عرض النظرية	24

الفرع الثاني: تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري	26
خلاصة الفصل التمهيدي	27
الفصل الأول : تعسف الزوجة في استعمال حقوقها	28
المبحث الأول: تعسف الزوجة في التصرف في مالها	28
المطلب الأول: مفهوم تصرف في مالها ودليل مشروعيته	29
المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في التصرف في مالها	29
الفرع الأول: نية الإضرار	29
الفرع الثاني: عدم تحقيق الفائدة	30
المبحث الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة	31
المطلب الأول: مفهوم حق الرضاعة ودليل مشروعيته	32
المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق الرضاعة	33
الفرع الأول: مغالاة الزوجة في طلب أجرة الإرضاع إضرار بزوجها	33
الفرع الثاني: امتناع الأم عن إرضاع ابنها مع قدرتها عليه	34
المبحث الثالث: تعسف الزوجة في مطالبتها بحق النفقة	36
المطلب الأول: مفهوم حق نفقة ودليل مشروعيته	36
المطلب الثاني: صور تعسف الزوجة في استعمال حق النفقة	38
الفرع الأول: مبالغة الزوجة في المطالبة بالنفقة	38
الفرع الثاني: مطالبة الزوجة بالنفقة مع علمها بإعسار زوجها	40
خلاصة الفصل الأول	42
الفصل الثاني: تعسف الزوج في استعمال حقوقه	43
المبحث الأول: تعسف الخاطب في حقه في العدول عن الخطبة	44
المطلب الأول: مفهوم الخطبة ودليل مشروعيتها	44
الفرع الأول : مفهوم الخطبة	44
الفرع الثاني: دليل مشروعيتها	44
الفرع الثالث : الحكمة من مشروعية الخطبة	45

الفرع الرابع: شروط صحة الخطبة	45
المطلب الثاني: صور تعسف الخاطب في استعمال حق العدول عن الخطبة	46
الفرع الأول : صور تعسف الخاطب في حكم الصداق	47
الفرع الثاني : صور تعسف الخاطب في حكم الهدايا	47
المبحث الثاني: تعسف الزوج في استعمال حق الطاعة	50
المطلب الأول: مفهوم ولاية التأديب ودليل مشروعيتها	51
الفرع الأول: مفهوم الولاية التأديب	51
الفرع الثاني: دليل مشروعية ولاية التأديب	52
المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في حق الطاعة	55
الفرع الأول: استعمال ولاية التأديب لتحقيق مصلحة غير مشروعة	56
الفرع الثاني: استعمال ولاية التأديب مع العلم بعدم فائدتها	57
المبحث الثالث: تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس	59
المطلب الأول: إثبات حق الاحتباس ودليل مشروعيته	60
الفرع الأول: إثبات حق الإحتباس	60
الفرع الثاني: دليل مشروعيته	61
المطلب الثاني: حالات تعسف الزوج في استعمال حق الاحتباس	61
الفرع الأول: إلحاق الضرر بالزوجة بقطع صلة رحمها	62
الفرع الثاني: منع المجتمع من الاستفادة من علمها وعملها	63
المبحث الرابع: تعسف الزج في استعمال حق الطلاق التعسفي	66
المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي ودليل مشروعيته	66
الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي	67
الفرع الثاني: دليل مشروعيته	68
المطلب الثاني: صور تعسف الزوج في استعمال الطلاق التعسفي	70
الفرع الأول: الطلاق في مرض الموت	70
الفرع الثاني: طلاق المرتد	74

الفرع الثالث: التعسف في استعمال حق الرجعة	75
الفرع الرابع: العلاقة بين المتعة والتعويض في الطلاق التعسفي	7
المبحث الخامس: التعسف في الوصية	78
المطلب الأول: مفهوم الوصية ودليل مشروعيتها	78
الفرع الأول : مفهوم الوصية	78
الفرع الثاني: دليل مشروعيتها	78
الفرع الثالث: الحكمة من مشروعيتها	79
الفرع الرابع : تعريف المشرع الجزائري للوصية	79
الفرع الخامس : مقدار الوصية في القانون الجزائري	80
المطلب الثاني: صور المضارة في الوصية وآثر التعسف فيها	80
الفرع الأول: الوصية لوارث	80
الفرع الثاني: الوصية بما يزيد عن الثلث	81
الفرع الثالث: الوصية في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة	81
الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري	83
خلاصة الفصل الثاني	84
الخاتمة	85
قائمة المصادر والمراجع	87
الملاحق	91