الخطـــة

مقدمة

الفصل التمهيدي: مفهوم التعسف و تطبيقاته على الطلاق

المبحث الأول: تعريف التعسف و التمييز بينه و بين مجاوزة الحق

المطلب الأول: تعريف التعسف

المطلب الثاني: التمييز بين التعسف و مجاوزة الحق

المطلب الثالث: الأصول التاريخية لنظرية التعسف في استعمال الحق

الفرع 1: نظرية التعسف في القانون الروماني و تطبيقاتها

الفرع الثاني: نظرية التعسف في القانون الفرنسي و تطبيقاتها

المطلب الرابع: نظرية التعسف في استعمال حق قانون مدني جزائري

الفرع 1: عرض النظرية

الفرع 2: تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري

المبحث الثاني: تطبيق نظرية التعسف على الطلاق

المطلب الأول: حق إيقاع الطلاق في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: فيما يتقيد هذا الحق

الفصل الأول: الطلاق التعسفي

المبحث الأول: الطلاق التعسفي و حكمه

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: حكم الطلاق التعسفي

الفرع الأول: القائلون بالإباحة

الفرع الثاني: القائلون إن الأصل في الطلاق الحظر

المبحث الثاني:صور الطلاق التعسفي

المطلب الأول: الطلاق في مرض الموت

الفرع الأول: مفهوم الطلاق في مرض الموت

الفرع الثاني:آثار الطلاق في مرض الموت

المطلب الثاني: الطلاق بلا سبب

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بلا سبب

الفرع الثاني: آثار الطلاق بلا سبب

الفصل الثاني: حكم القانون و تطبيقات القضاء للطلاق التعسفي

المبحث الأول: موقف القانون

المطلب الأول: المتعة

الفرع الأول:مفهوم المتعة

الفرع الثاني: حكم المتعة

المطلب الثاني: النفقة

الفرع الأول: مفهوم النفقة

الفرع الثاني:حكم النفقة

المطلب الثالث: حق الإسكان و الحضانة

المطلب الرابع: العدة

المبحث الثاني: الاجتهادات القضائية

المطلب الأول: موقف القضاء من المتعة

المطلب الثاني: موقف القضاء من النفقة

المطلب الثالث: موقف القضاء من السكن و الحضانة

المطلب الرابع: موقف القضاء و القانون من العدة

الخاتمة

مقدمـــــة

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله و الصلاة و السلام على من نصح الأمة محمد بن عبد الله، و على إله الأطهار و صحابته الأخيار و التابعين لسنته و بعد:

إن الإسلام الذي رضيه الله للناس دينا تشريع كامل تناول فيه كل جوانب الحياة فنظم علاقة الإنسان بخالقه و الناس بعضهم البعض أفراد و جماعات و كما كانت الشريعة الإسلامية الغراء ومن أهدافها الأصلية بناء مجتمع سليم يعيش الناس فيه سعداء، اعتنت بتنظيم الأسرة باعتبارها النواة الأساسية في المجتمع، و حرصت على أن لا ينشب الخلاف بين الزوجين في تحديد حقوق وواجبات كل طرف منها.

فالزواج في معناه الواسع ليس إلا عملية اشتراك رجل و امرأة في إقامة نظام مدني لحياة مشتركة بينها ، و لبناء أسرة بموجب عقد مختلط(مدني و ديني)ن ضمن إطار قائم على التكافل و التعاون و تقاسم الأعمال في قوله:"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"[1] ، و الشريعة الإسلامية أول ما دعت إليه تربية النفس، وترويضها على ما هو صالح لها و لمجتمعها، و هذا ظاهر عند تأمل الآية الكريمة.

و لقد أصبحت الأسرة تعيش مرض التفكك الأسري، و عند مراجعة أسباب هذا التفكك نجد هناك سوء فهم النظام الحقوقي من جهة، و من جهة أخرى أن المجتمع الإسلامي أصبح غداءه التقاليد الغربية التي أبعدت الأمة عن رسالتها الحقيقية في المجتمع بصفة خاصة و هذا لقول الشاعر:

و إذا أصيب القوم في أخلاقهم * فأقم عليهم مأتما و عويلا.

[1] سورة الروم الآية 21

فأصبح الرجل يعتبر أن الطلاق حق له خوله له الشرع، و يجوز له ممارسته متى يريد و بإرادته المنفردة دون سبب معقول أو مبرر شرعي و دون إهمال أو تقصير من طرف الزوجة فيقع في هذه الحالة هدم الأسرة و بالدرجة الأولى ظلم المرأة برميها في الشارع مطلقة في المدن الكبرى خصوصا و في القرى و المداشر على العموم بعد أن كانت محمية في عصمة رجل في بيت يأويها و خاصة إذا لم يكن لها ولي يقبل إيوائها ، فالطلاق في هذه الحالة يعتبر تعسفا من طرف الزوج .في حين أن المجتمعات الإسلامية جعلته مشروع فقط عند استحالة العيش بين الزوجين لأسباب عدة، و ألا تضررت المرأة ماديا ومعنويا و الزوج في الحالة ملزم بتعويض زوجته جزاء لتعسفه .

و محاولة للحد من هذه الظاهرة بفرض التعويض الذي يرفضه الكثير من الأزواج و من جهة أخرى جبرا لخاطر المرأة مما يصيبها من آلم بعد الطلاق، و حرصا على أن تستوفي المرأة حقها وأن لا تظلم أبيح للزوج أن يطلقها ما دام لا يرغب في العيش معها . فقد جاءت النصوص القانونية تطالب بضرورة تعويض المرأة و إعطائها المتعة اللازمة لذلك. و منحت هذه السلطة في التعويض على سلطة القاضي التقديرية بعد استقراره لظروف الطلاق

ومن خلال ما سبق يظهر الباعث الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع و هو ميولنا من جهة إلى المواضيع الأسرية و محاولة إبراز العلاج القانوني لهذه المشاكل الأسرية من جهة أخرى. و قد اعتمدنا في هذا البحث على الجانب القانوني إضافة إلى الجانب القضائي لإبراز النقاط و الجوانب المتعلقة بالتعسف في الطلاق بغية التوصل إلى الحلول المتعلقة بالمشاكل المطروحة في الطلاق التعسفي

بحيث أن الموضوع التعسف في استعمال الحقوق يكتسب أهمية بالغة في الجانب الفقهي و القانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية و القانونية بموضوع الطلاق التعسفي فظهرت كتابات عديدة في هذا المجال ، لكن التفاصيل في إسقاط عملية التعسف سواء على الحقوق أو على الواجبات و مثال ذلك عدم وجود كتابات في مجال التعسف في استعمال الحق في إطار الأسرة الجزائري.

مقسمين في ذلك موضوعنا إلى فصلين:

الفصل التمهيدي: مفهوم التعسف و تطبيقاته على الطلاق

الفصل الأول: الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: حكم القانون و تطبيقات القضاء للطلاق التعسفي

الفصل التمهيدي:

إن الحقوق هي قدرات ذاتية تخص الشخص بينما الحريات هي قدرات عامة تعني عامة الناس كافة و التساؤل المطروح هنا هو ما إذا كانت القدرات التي تمنحها قواعد القانون للناس حقوقا كانت أو حريات عامة هي قدرات و مكنات مطلقة لا يوجد قيد على صاحبها في استخدامها أوانها مكنات عقيدة لا يمكن لصاحبها استخدامها إلا في نطاق حدود معينة، بحيث يمكن منعه إذا ما حاول تجاوز هده الحدود كما يمكن إلزامه بالتعويض إذا ما تجاوزها فعلا و لإبراز هذه المسألة نأخذ ومثلا محددا و ليكن حق الملكية فهذا الحق يمنح لصاحبه سلطات الاستعمال و الاستغلال و التصرف على المحل الوارد عليه هذا الحق من عقار أو منقول فهل معنى هذا أن المالك له أن يستخدم هذه السلطات حسب مشيئته و في أي وقت شاء و لتحقيق أي غرض و بغض النظر عما يترتب على هذا الاستخدام للغير.

و عليه فإن صاحب الحق حتى و لو كانت له سلطات على المحل السالف الذكر إلا أنه لا يجوز له استعماله إلا في إطار معين بحيث يمنع من استخدامها إذا ما كان يرمي إلى تجاوز هذا الإطار كما يلزم بالتعويض عما يسببه تجاوزه لها من إضرار للغير إذا ما نجح في تجاوزها بالفعل.

المبحث الأول: تعريف التعسف و التمييز بينه و بين مجاوزة الحق

وردت كلمة المضارة في الحقوق في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية[2]، و المقصود منها [3]، كما وردت كلمة الاستعمال المذموم و ذلك تعبيرا عن التعسف

أو الإساءة في استعمال الحق و عليه فإن الفقهاء و الأصوليين لم يعرفوا مصطلح التعسف ولكن عرفوا معناه، حيث أن العنف و التعسف يتفقان في إفادة معنى الظلم و المشقة

[2]ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية مطبعة المحمدية، سنة 1953.صفحة 264.
[3]الدكتور أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة المسؤولية التقصيرية في القانون،1990.صفحة 391.

و الإضرار بالغير، و يكون ذلك بإساءة استعمال الحق او التصرف فيه تصرفا يخالف مقصد الشارع من تشريع الحكم.

- المطلب الأول: تعريف التعسف

الفرع الأول: لغة: لما كان سوء استعمال الحق مرادفا للتعسف في استعمال الحق عرفنا الإساءة[4] جاء في لسان العرب[5].أساء الرجل إساءة، خلاف أحسن و أساء إليه نقيض أحسن إليه و أساء الشيء أفسده ، و لم يحسن عمله و يقال أساءت به و إليه و عليه وله و ساءه فعل به ما يكره، قال تعالى:" إن أحسنتم ، أحسنتم لأنفسكم و إن أسأتم فلها، فإذا جاء وعد الآخرة ليسئوا وجوهكم."[6]

و قوله أيضا:" من عمل صالحا لنفسه و من أساء فعليها و ما ربك بظلام."[7]

و السيئة و الخطيئة، و السيء و السيئة عملان قبيحان و قال عز من قائل:" و هم الذي يقبل التوبة من عباده و بعض عن السيئات و يعلم ما يفعلون."[8] و السوء الفجور و المنكر.

الفرع الثاني: تعريف التعسف اصطلاحا

تعريف أبو زهرة: عرف التعسف بأنه:" تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا و يضيف –قرر الفقهاء- كما في الفقه الحنفي و غيره أن للإنسان أن يتصرف في ملكه

---

[4] و الدليل على ذلك أي كثيرا من الفقهاء و الكتاب من يكتب عن موضوع التعسف في استعمال الحق تحت عنوان سوء استعمال الحق. و كما أن في لبنان اثروا استعمال كلمة إساءة تكبيرا عن التعسف (الدريني الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده، و نظرية التعسف في استعمال الحق ص 272)

[5] ابن منظور ، لسان العرب المجلد1، صفحة 95-96-97.

[6] سورة الإسراء الآية 07.

[7] سورة فصلت الآية 46.

[8] سورة الشورى الآية 25.

تصرفا معتادا و لا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ، و إنما يسأل عن الضرر إذا كان التصرف في ملكه غير معتاد [9].

نقد التعريف:

النقد الأول: إن التعسف لا يرتبط بالتصرف المعتاد و غير المعتاد، و إنما يرتبط أساسا بعناية الحق و نتيجة[10]إذا التصرف قد يكون معتادا ، و لكن إذا كانت النتيجة غير مشروعة، اعتبر الشخص متعسفا بالنظر إلى نتيجة الفعل، كتلقي السلع أو إقامة مصنع في سكني ليساهم في الاقتصاد الوطنية فإذا ثبت تضرر السكان به، رغم عدم قصد صاحب المصنع لذلك و قد استعمل حقه استعمالا معتادا، و أخذ سائر الاحتياطات و أن التصرف في خالص ملكه إلا أنه يعتبر متعسفا في استعمال حقه نظرا لأضرار المترتبة على المصنع وهي منع السكان من الاستفادة من سكناتهم وفق الغرض الذي وجدت له.[11]

ثانيا: ما أورده ابن رجب الحنبلي حول حديث النبي عليه الصلاة و السلام " لا ضرر و لا ضرار" حينما قسم المراد بإلحاق الضرر بغير حق إلى نوعين:

- ما لا يكون فيه غرض سوى الضرر و هو ما عبر عنه الدريني بمحض المضارة
- ما يكون له غرض صحيح مثل: أن يتصرف في ملكه بما فيه مصالحة فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره.... فإن كان على غير الوجه المعتاد في أرضه نارا في يوم عاصف فيعترف ما يليه، فإنه متعمد بذلك و عليه ضمان، و إن كان على الوجه المعتاد ففيه للعلمان قولان مشهوران:
- أحدهما: لا يمنع من ذلك و هو قول الشافعي و أبى حنيفة و غيرهما .

[9]الدريني الحق و مدى سلطان في تقيده، و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون ص 311 مطبعة جامعة دمشق 1967.
[10]الدريني الحق و مدى سلطان في تقيده، و نظرية التعسف في استعمال الحق.ص 311
[11]أنظر أكثر تفصيل المرجع السابق ص 299.

- ثانيها: المنع و هو قول أحمد ووافقه مالك في بعض الصور[12]

1- أن يفتح عون في بنائه العالي مسرفة على جاره

2- أن يحفر بئرا بالقرب من بئر جاره، فيذهب ماؤه فإنها تظلم في ظاهر مذهب مالك و أحمد

3- أن يحدث في ملكه ما يضر ملك جاره من هز أو دق و نحوهما فإنه يمنع منه في ظاهر مذهب احمد و مالك

4- أن يكون له ملك في أرض غيره، و يتضرر صاحب الأرض بدخوله إلى أرضه، فإنه يجبر على إزالته ليندفع به ضرر الدخول ....

كما في حادثة سمرة بن جندب إذا كان له عنق نخلة في حائط رجل من النصارى مع الرجل أهله، و كان سمرة يدخل إلى النخلة فتمادى به و شق عليها فطالب إليه أن ينقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه و سلم فنكر ذلك ، فطلب إليه الرسول صلى الله عليه و سلم أن يبعه فأبى فطلب إليه أن ينقله فأبى قال "فهبه له و لك كدا و كدا أمرا، رغبته فيه فأبى ، فقال :" أنت مضار ، فقال النبي عليه الصلاة و السلام للأنصاري " اذهب فقلع النخلة"[13] فقد قضى النبي عليه أضل الصلوات و السلام في هذه المسالة بقلع النخلة لما أصر سمرة على قصد الإضرار و رفض سائر الطول، و قد علل الرسول صلى الله عليه و سلم حكم بالضرر حينها قال : " أنت مضار " فمن خلال هذا الظلام لأبن رجب نستنتج انه حتى الاستعمال المعتاد للحق يمنع منه صاحبه إذا أضر بالغير، فمنع التصرف لا يقتصر على الاستعمال غير المعتاد للحق - كما قال أبو هريرة: بل يشمل أيضا الاستعمال المعتاد إذا ترتب عليه ضرر بالغير.

و الخلاصة: أن التصرف غير المعتاد يعتبر تعسفا قطعا و المعتاد قد يكون كذلك بالنظر لماله و نتائجه في بعض الأحوال.

---

[12] ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم و الحكم، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع. سنة 1992.ص 305.

[13] ابن رجب الحنبلي جامع العلوم و الحكم،دار الفكر و الطباعة و النشر.1992 ص 305-306

تعريف الدكتور الدريني: عرف الدكتور فتحي الدريني التعسف من الوجهة الفقهية بأنه:" مناقصة قصد الشارع في تصرف ما دون فيه شرعا بحسب الأصل[14]

و معنى هذا أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي أو إباحة ما دون فيها شرعا.

على وجه يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير و مخالفة حكمة المشروعية أصلا

محترزات التعريف: يرشد هذا التعريف إلى معنيين أساسيين يتألف منهما:

التعسف الأول: مناقضة قصد الشارع، أي عكس قصده، و هي إما أن تكون

- **مقصودة:** و هي أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا[15] و ذلك باستعمال الحق لقصد الإضرار، و في ذلك مخالفة لمقصد الشارع، لأن الشارع شرع الأحكام لتحقيق المصالح لا المضار، أو التحايل بفعل المباح لإسقاط واجب شرعي أو لارتكاب محرم[16]ففي ذلك تذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل نهاية الحول احتيالا على إسقاط الزكاة[17].

وكل هذا يؤدي إلى هدم مقصد الشارع و هو المناقضة المقصودة و الظاهرة و كذلك حكم سائر الحيل المؤيدة إلى الإبطال الحكم الشرعي أو تحقيق مصلحة غير مشروعة.

- **غير مقصودة:** فكما تكون المتناقضة في القصد المضاد لقصد الشارع، لتكون كذلك في الفعل الذي يقضي مال إلا نقض هذا الأصل.و ذلك بأن يكون نتيجة مفسدة مساوية للمصالحة أو راجحة، و لم يكن ثمة قصد إلى هذه النتيجة[18]، و عليه فكلما كانت مالات الأفعال مضادة للأصل العام في الشارع كلما كانت المناقصة غير مقصودة.

---

[14] الدريني الحق و مدى السلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في استعمال الحق، مطبعة جامعة دمشق، طبعة 1368، ص 312

[15]الدريني الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده، مطبعة جامعة دمشق 1967ص 315

[16]محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ص 392.

[17] انظر المذخل إلى القانون لحسن كيرة ص 760،389 الناشر للمعارف الاسكندرية 1974

[18] الدريني الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده مطبعة جامعة دمشق 1967ص 315

أداء الحقوق شرعت لدرء المفاسد أو جلب المصالح و أداء استعمالها إلى خلاف ذلك لم تشرع و التعسف لا يضبطه الاستعمال المعتاد و غير المعتاد بل النظر إلى المال إن كان معتادا أو غير معتادا

و الخلاصة: كلما كان الفعل مناقضا لمقصد الشارع كلما كان باطلا

الثاني: كون الفعل مباح الأصل في التصرف ما دون فيه شرعا بحسب الأصل أما لو كان الفعل من قبيل المجرم فلا يعد فعله تعسفا في التمتع بحق لحرمة ارتكابه

و خروجه من دائرة الحقوق[19]، و هو ما عبر عنه الدكتور فتحي الدريني لقوله:" ما دون فيه شرعا بحسب الأصل: اخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن إيتائها يعتبر اعتداءا لا تعسفا[20] و حتى القوانين الوضعية نجذها متفقة مع الشريعة الإسلامية في هذا الرأي[21]

ثانيا: في القانون الوضعي:

تعريف جوسران: عرف جوسران التعسف بأنه التحايل على الوظيفة الاجتماعية للحق و ميز التعسف بانعدام الدافع المشروع[22] l'abus de droit se caractérise par l'absence de motif l'égime

المطلب الثاني: التمييز بين التعسف و مجاوزة حدود الحق:

ظهر الخلط بين فكرة التعسف في استعمال الحق و فكرة مجاوزة الحق أو الخروج عنه لدى القضاء الفرنسي أول الأمر ثم سلك مسلكه الفقه ، حيث اعتبر

[19] محمد احمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع 1990.ص 392
[20] الدريني الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في استعمال الحق.
[21] انظر المدخل إلى القانون لحسن كيرة ص 760، 386 الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية 1974.
[22] الدريني الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في استعمال الحق، ص 278 ، مطبعة جامعة دمشق 1967.

التعسف في استعمال الحق خروجا عنه، إذ يعد عملا غير مشروع يندرج تحت أحكام المسؤولية التقصيرية دون جدال[23]

و قد تزعم مذهب التسوية هذا الفقيه الفرنسي الكبير بلانيول حيث يقول ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف و لا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما لسبب غير قابل لأن يدحض، و هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في الوقت معا متفق مع القانون و مخالفا له[24] و معنى هذا الكلام: أنه يشترط في استعمال الحق أن يكون الفعل مشروعا، و عدم المشروعية لا تكون إلا مجاوزة حدود الحق أو عدم وجود حق أصلا و عليه فالحق ينتهي حيث يبدأ التعسف و منطقيا فإن التعسف هو المجاوزة، و للرد عليه يقول الفقيه إن بلانيول في حد ذاته يعترف بنظرية التعسف و يجعلها مستقلة عن المجاوزة لحدود الحق و الجدال الذي يتره ما هو إلا خلط بين معنى مصطلح الحق و القانون في اللغة الفرنسية [25]إلا أن الفرق يكمن في التسمية لا في الحكم[26] حيث يعتبر اسم التعسف هو الخروج عن الحق و لكنه لا ينكر الحكم في كون التعسف هو العمل داخل نطاق الحق ، كما أنه لا يوجد ما يمنح كون الفعل الواحد موافقا لحق من الحقوق ليدخل في مضمونه و مخالفا للقانون في مجموعة و هذا هو جوهر التعسف[27] و أن راي الشريعة يتفق من رأي رجال القانون في هذه النقطة إذ يقول الدريني ، و لا تناقض إذ قلنا أن الفعل مشروعا و فيه تعسف [28] لأن المشروعية خاصة بذات الفعل بينما التعسف فهو خاص بكيفية الاستعمال هذا الفعل، أو بالنظر إلى

---

[23] حسن كيرة المدخل إلى القانون، ص 758.389 طبعة 1974.

[24] الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد 1، ص338-556 طبعة 1964.

[25] حسن كيرة المدخل إلى القانون ص759.389.

[26] السنهوري، الوسيط المجلد 1، ص 838-556

[27] حسن كيرة، المرجع السابق ص 759 بند389

[28] أنظر اكثر تفصيل الشاطبي الموافقات المجلد 2، ص 258-الدريني المرجع السابق ص 274

نتيجة أو الباعث عليه[29] و عليه التعسف يفترض في فعل يدخل في مضمون الحق فيكون مشروعا لذاته لأنه حق و ينقلب معيبا أو غير مشروع لانحراف في غرضه أو نتيجة[30].

و أوجه التفرقة بين التعسف و مجاوزة الحق متنوعة و أهم هذه الفوارق هو ما يقف فيه رأي الشريعة و القانون[31] و هي:

الوجه الأول: في حالة الخروج عن الحق نكون بصدد عمل لا يخوله القانون في الأصل[32]فالعمل غير مشروع لذاته و المشكلة تتكلف بمضمون الحق [33]إذ يوجد التحريم إلى ذات الفعل و يمنع ايتانه مطلقا. بينما في التعسف فالفعل مشروع لذاته و المشكلة تتعلق بغاية الحق لا بمضمونه، فالتحريم ينصرف إلى غرض أو النتيجة المنحرفة دون المساس بمضمون الحق ، و بذلك يكون لصاحبه حق معاودة الفعل إذا كان مجرد من التعسف بينما في حالة المجاوزة يبقى الفعل على أصله من التحريم لأن الحرمة تتعلق بأصل الفعل لا بوصفه و من أمثلة ذلك ما جاء في الشريعة الإسلامية أن:[34]

1- من بنى بناء على الارض فإنه يعتبر غاصب أو متعديا لأن الفعل لا يستند إلى حق و عليه فقد قام بفعل غير مشروع أصلا أما من بنى حائطا على الحدود ملكه و سد النور فإنه قد أضر بالغير لأنه لم يتسنى للجار الإنتفاع بملكه على الوجه المعتاد ففي هذه الحالة يعد تعسفا في استعمال الحق لأنه تصرف دخل دائرة حقه و لكنه بالنظر إلى النتيجة المترتبة من هذا العمل يتضح أنه متعسفا

2- من أوصى بالثلث من ماله أوٌله و قصد ذلك مضارة الورثة فإنه يعد في الحكم الشريعة متعسفا في استعمال الحق لأن الفعل في الأصل مشروع أما إذا كان أوصى بما زد

---

[29] الباعث: هو وسيلة لإبطال التصرفات التي ظاهرها جواز بها الوصول إلى غاية غير مشروعة (آيت حمودي حيمة نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، ص 36)

[30] حسن كيرة، المرجع السابق ص759 بند 389 طبعة 1974

[31] و نظرا للتطابق بين رأي الشريعة و القانون الوضعي ادمجنا الكلام و لم نفصل بينهما.

[32] مصطفى محمد جمال و عبد الحميد محمد جمال ن النظرية العامة للقانون ص 313 بند 292.

[33] حسن كيرة المدخل إلى القانون، ص 760 بند 398 طبعة 1974

[34] الدريني ، المرجع السابق ص 273.

عن الثلث فهو متعد و مجاوزة حقه لأن الأصل ألا يتجاوز حدود الوصية 1/3 فالفعل غير مشروع أصلا بغض النظر عن النية أو الباعث.

الوجه الثاني: صحيح أن كلا من المجاوزة و التعسف أمر محظور - كما أشرنا – و لكن هذا لا يعني تساويهما فوحدة الوصف الشرعي لا يعني اختلاف حقيقة كل منهما[35]فالفعل في التعسف

مشروع الغاية منه غير مشروعة، لا يمنع أحد من استعمال الحق ضرر فاحش حتى يعتبر غير مشروع و يمنح حيث جاء في المادة 691 من القانون المدني الجزائري "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال الحق إلى حد يضر بملك الجار و ليس للجار أن يرجع على جاره" ، في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز ان يطالب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت المألوف"

أما الفعل في المجاوزة فهو غير مشروع لذاته لأصله لخروجه عن حدود الحق و يعتبر محض على الغير[36]يمنع الشخص من القيام بفعل خارج عن حدود حقه و أن أحدث يقع في بناء أو زرع ارض بدون إذنه.

يمنع الفعل في المجاوزة مهما كان الضرر فاحشا أو لا.

المطلب الثالث: الأصول التاريخية للتعسف في استعمال الحق:

إن كانت نظرية التعسف في استعمال الحق فقد كتب لها التبلور و الاستقرار كنظرية عامة في العصر الحديث فلا يعني ذلك أن نظرية جديدة ، بل هي قديمة و تمتد جذورها إلى الماضي البعيد، حيث عرفها الرومان و انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، ثم أخيرا ظهرت كاملة مقننة في القوانين الحديثة.

---

[35] الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده ، و نظرية التعسف في استعمال الحق ص 274.الطبعة الأولى دمشق.1967.

[36] الدكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ص297، مؤسسة الثقافة الجامعية 1981.

الفرع الأول: نظرية التعسف في القانون الروماني و تطبيقاتها

إن القانون الروماني لم يعرف نظرية التعسف في استعمال الحق كما هي الأن في القانون الحديث، إلا أنه عرف فكرة التعسف في صورتها البدائية الضيقة، و هي صورة تعتمد الإضرار بالغير[37] و قد توسع القانون البريطوري في تطبيق النظرية حتى يخفف من حدة القانون القديم و صرامتهن و قد جاء القانون الروماني لمحاربة إساءة استعمال الق إلى فكرة حسن النية[38] فمن استعمل حقه و سبب ضرر للغير، كمن أقام حفريات في أرضه وسبب ضرر للغير وإن كان حسن النية لا يكون مسؤولا عما يترتب على ذلك من ضرر للغير كمن أقام حفريات في أرضه وسبب إضرار لجاره دون ان يقصد إلحاق هذا الضرر لا يكون مسؤولا اللهم إلا إذا كانت لديه نوايا كيدية.

إلا أن هذه التطبيقات الجزئية لم تجد طريقا إلى الصياغة القانونية العامة لعدة أسباب من بينها اعتماد التفكير القانوني الروماني بالحقوق الفردية و ظهور مفهوم المسؤولية التقصيرية و ما يرشد إلى هذا وجود قاعدة من استعمل حقه فما ظلم.

بعض تطبيقات التعسف في القانون الروماني:

من بين التطبيقات ما أورده فقهاء القانون: إن الفقيه أيلبيان أقر أن حفر بئرا في أرضه و تعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره لا يكون مسؤولا عن التعويض هذا الضرر، و لكنه يكون مسؤولا إذا كان التعمق في الحفر من شانه أن يسقط حائط الجار[39] و كان القانون الروماني حيث يلجأ المتخاصمون إلى القضاء لفض نزاعاتهم ، يحلفهم القاضي فإذا تبث سوء نية احدهم عوقب بغرامة مالية كبيرة[40]

---

[37] حسن كيرة، المدخل إلى القانون ص 755 بند 387-الناشر منشاة المعارف بالإسكندرية. جلال خزي و شركاءه 1974

[38] محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام ص 90.طبعة 1986.

[39] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد جزء1، 5-83 بند 451 طبعة 1964

[40] محمود جلال حمزة العمل غير المشروع مصدر من مصادر الإلتزام ص 90.

الفرع الثاني: نظرية التعسف في القانون الفرنسي و تطبيقاتها

إن الحديث عن نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي يكون على مرحلتين: الأولى في القانون الفرنسي القديم و الثانية في القانون الفرنسي الحديث أوالجديد.

1- في القانون الفرنسي القديم:

لقد أتيح لفكرة التعسف أن تنتقل من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم [41]و هذا بعد إحياء دراسات القانون الروماني في العصور الوسطى[42]لكن على نحو أكثر اتساعا[43]، حيث ذهب دوما فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفا في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير -أي تعمده- أو لم تكن له مصلحة في استعماله اي دون مصلحة صاحب الحق[44]، و كان يرى من يباشر إجراءات التقاضي قد يتعسف في مباشرتها، فتحقق مسؤوليته[45]

2- في القانون الفرنسي الجديد:

كان هذا العهد مشبعا بروح الفردية [46] الذي نتج عن الثورة الفرنسية، و قد شاع مبدأ سلطان الإرادة، و ذوي الحقوق الإنسان و أصبح الأفراد هم الذين يحكمون علاقاتهم بأنفسهم دون الحاجة إلى تدخل المشرع للحد من حرياتهم، وممارستهم لحقوقهم[47]

و بإنتصار الثورة الفرنسية تحقق انتصار المذهب الفردي فإنتشرت النظرية في هذه الفترة، و فيما تلاها من فترات طوال القرن التاسع عشر (19م)، و كان طبيعيا أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة هذه الثورة في مطلع القرن الماضي بهذه النزعة، و ما

---

[41]حسن كيرة، مدخل إلى القانون ص 755 بند 378.
[42] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ص 836 بند 554 طبعة 1964.
[43]حسن كيرةن المرجع السابق ص 755
[44]السنهوري، المرجع السابق، ص836.
[45]السنهوري، المرجع السابق، ص836
[46]جلال حمزة ، العمل غير المشروع باعتباره مصدر من مصادر الإلتزام ص 91، ديوان المطبوعات الجامعية 1986.
[47]جلال حمزة، المرجع السابق، ص91.

تعلنه من فكرة سيادة الفرد و حريته في استعمال حقوقه استعمالا مطلقا دون التعقيب عليه في ذلك من قبل القضاء و بذلك لم يتحدث أحد من الفقهاء خلال هذه الفترة عن نظرية التعسف، و ساعد على كل هذا أن النظرية لم تجمع شتاتها، و لم تصنع لا في القانون الروماني و لا في القانون الفرنسي القديم[48]

3- و حيث تكاثر الهجوم على المذهب الفردي، بدأت الدعوة إلى المذهب الاجتماعي لم يلبث أن حمل القضاء الفرنسي منذ أوساط القرن الماضي على فرض رقابته على استعمال الحقوق الشخصية بما يتنافى الغرض الذي سعت من اجله[49] و إلا وجب التعويض على ما ينجر من ضرر وراء ذلك الاستعمال السيئ، و بذلك كان للفقه و القضاء في فرنسا فضلا في إحياء مبدأ تحريم التعسف[50] .

4- و بدا القضاء أولا بتقرير فكرة التعسف صريحة واضحة و يظهر ذلك في تطبيقاته[51]المختلفة ، أما الفقه الفرنسي الذي كان له هو الآخر الفضل في إحياء النظرية لم ينتبه إلى أحكام القضاء إلا في أواخر القرن 19[52].

و لقد حمل لواء هذه النظرية في الفقه الحديث الفرنسي سالي وجو سران[53] و استأثر الثاني بالجولات الأولى و الأخيرة، فوضع سنة 1905 مؤلفا اسماه التعريف في استعمال الحقوق[54]جمع فيه أحكام القضاء منسق و استخلص منها أصول النظرية العامة ، و في عام 1927 اصدر كتابه في روح الحقوق للنظرية المسماة بنظرية التعسف في استعمال الحق[55] و هو اشتمل المؤلفات و أكثرها وضوحا ، و في الفقه الفرنسي من يعتبر الحق غير مشروع و لو لم تكن هناك فيه نية الضرار طالما أنه استهدف أغراضا غيلر التي شرع

---

[48]السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول ص 836 بند 555 طبعة 1964.
[49]جلال حمزة، المرجع السابق ص99
[50]السنهوري، المرجع السابق ص 837 البند 555.
[51]سنتطرق إليه في تطبيقات نظرية التعسف في القضاء الفرنسي.
[52]السنهوري، المرجع السابق ص 839 البند 556.
[53]السنهوري، المرجع السابق ص 837 بند 556، و محمد حسنين الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 314.
[54]السنهوري المرجع السابق، ص 838 بند 556.
[55]السنهوري المرجع السابق، ص 838 بند 556.

الحق من اجلها[56] إذ ان مجرد تحويل الحق من وظيفة الاجتماعية يكون سوء استعماله، و تلك نظرية أخرى للحق[57] و عليه فالحق في نظر هؤلاء وظيفة اجتماعية منح للفرد من اجل أداء الخدمة للجماعة، لا لتحقيق مصلحة ذاتية كما في السلطة الأبوية فهي لمصلحة الطفل أكثر من مصلحة الوالدين.

و خلاصة القول: إن الفقه مند أن صاغ نظرية التعسف و نسق بين أجزائها أنار السبيل للقضاء فصار يمشي على هدى و كثرت الأحكام و التطبيقات القضائية[58] ، و عليه فقد أثر القضاء في الفقه و تأثر به.

- **تطبيقات فكرة التعسف في القضاء الفرنسي:**

1-ذهبت محكمة كولمار في حكمها الصادر في 2 مايو 1855[59] بالحكم بإدانة مالك أقام فوق سطح منزله مدخنة، و كان غرضه الوحيد من إقامتها حجب النور عن جاره بدون فائدة تعود عليه و نص الحكم و من حيث أن المبادئ العامة نقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما حق مطلق، يبيح للمالك أن ينتفع بشيء و ان يستعمله وفقا لهواه، و لكن استعمال هذا الحق كاستعمال أي حق آخر يجب ان يكون حده هو اسيفاء مصلحة جدية مشروعة.

02-و إن المبادئ الأخلاق و العدالة لتتعارض مع تأييد القضاء للدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة، و قد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة دعوى لا تبررها اية منفعة شخصية، و هي تلحق بالغير أذى جسيما...ن و بناءا على هذه الحالة يجوز للمحكمة ان تقضي بإزالة المدخنة مع التزام المالك بتعويضات.

03- و توالت أحكام القضاء الفرنسي و اعتبر المالك متعسفا في استعمال حقه بإقامة فواصل خشبية كبيرة على حدود ملكه[60] او شجيرات كثيفة [61]أو حائط من الاسمنت المسلح

---

[56]محمد صبري السعدي،يشرح القانون المدني الجزائري ن الجزء 2 ص 51
[57]محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 316
[58]محمد حسنين، المرجع السابق.
[59]السنهوري، المرجع السابق ص 837 البند 556.
[60]محمد صبري السعيدي، شرح القانون الجزائري ص 50 بند 37.

او استبدال حائط بشبكة حديدية لمجرد حجب النور او الهواء او الرؤية عن نوافذ الجار[62] أما إذا أقام الحائط ليستر من ان يطل الجار على داره او على حديقته فلا تعسف و لا تعويض[63]

04- امتدت التطبيقات و شملت حق التقاضي في رفع الدعاوى، فإن استعمل هذا الحق استعمالا كيديا ابتغاء مضارة الخصم أو كانت منطوية على روح الانتقام[64]، أو يقصد عرقلة تنفيذ الحكم[65]، أو لمجرد الطيش و عدم التبصر في استعمال الحق في التقاضي بل و يكتفي القضاء بسوء النية أو التهورأو الخفة في رفع الدعوى التي يبدو في أول وهلة أنه لا يحق رفعها من قبل و خسرها ثم كرر رفعها ثانية، فإنه يعد تعسفا في حق استعمال حق التقاضي.

05- و تحيط نظرية التعسف بالحقوق العقدية، و يعتبر تعسف صاحب العمل في فصل العامل لديه أهم تطبيق لها في هذه الحقوق و إن كان التعسف يمكن أن يشوب إنهاء كافة العقود غير محدودة المدة[66].

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

تبنى المشرع الجزائري فكرة التعسف في استعمال الحق، و قد مزج بين الفقه الحديث و الفقه الإسلامي في الأخذ بهذه النظرية، و لم يقف عند نية الإضرار بالغير بل اخذ بمعايير أخرى جمعها في المادة 41 من القانون المدني الجزائري.

التي تقول: يعتبر استعمال الحق تعسفا في الحق في الأحوال التالية:

---

[61]بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني ص 131، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 1999.

[62]بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 131

[63]السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ص 853 بند 567 طبعة 196.

[64]بلحاج العربي ، المرجع السابق.

[65]بلحاج العربي ، المرجع السابق

[66]محمد جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني المصري، 525 بند 225.

- 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."
- و يلاحظ في هذه المادة أنها:
- 1 أنها وضعت في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص لأحكام الأشخاص الطبيعية، و جاءت ضمن المواد الخاصة بالأهلية(المواد 45/40 من القانون المدني الجزائري) هو مكان غير مناسب مطلقا[67] و لا صلة لهذه الأحكام بنظرية التعسف، و كان من باب أولى أن توضع في 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 و العربية.
- 2- لم ينص المشرع الجزائري على مبدأ عام يمهد فيه لنص تتعسف في استعمال الحق كما فعل المشرع المصري في المادة 4 من القانون المدني المصري، و المشرع السوري في المادة 5 و غيرها.
- من جهة أخرى فإن العبارات الواردة في نص المادة 41م.ج تكاد ان تكون مطابقة[68] لتلك التي ذكرها المشرع المصري[69]في المادة 5 و يظهر الاختلاف الطفيف في استبداد كلمة فائدة مع العلم ان كلمة مصلحة أدق، خاصة في استعمال الحقوق.
- و هكذا استقر الاخذ بنظرية عامة لسوء استعمال الحق في كثير القوانين الحديثة سواء باجتهادات قضائية جزئية، أو بنصوص تشريعية صريحة كالقانون الالماني و السويسري و السوفيتي و اللبناني و السوري.....

[67] جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر من مصادر الالتزام، ص 96، و انظر محمد صبري السعيدي، شرح القانون الجزائري، ص 85.
[68] محمد صبري السعيدين شرح القانون المدني الجزائري، ص 59
[69] جلال حمزة، العمل غير المشروع بإعتباره مصدر من مصادر الإلتزام ص 96.

- **الفرع الثاني: تطبيقاتها**

1. ما تقتضي به المادة 708 م ج انه ليس لمالك الحائط ان يهدمه مختار دون عذر قانوني إن كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط[70]

2. و ما تقتضي به المادة 881 من انه يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق او إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المتفق به[71]

3. ما تقتضي به المادة 705م ج من انه للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تعليل الحائط المشترك أنه يعليه بشرط ان لا يلحق بشريكه ضررا بليغا، و عليه ان يتحمل وحده نفقة التعلية[72]

4. ما تقتضي به المادة 691م ج من انه يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، و ليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير انه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، و على القاضي أن يراعي في ذلك العرف و طبيعة العقارات و موقع كل مكنها بالنسبة إلى الآخرين و الغرض الذي خصصت له[73]

هذا بالنسبة للنصوص التشريعية أما التطبيقات القضائية، فما قضت به المحكمة العليا ان رب العمل إذا قام بفصل العام بسبب مرض إصابة يعتبر متعسفا في استعمال حقه[74]

---

[70] القانون االمدني، وزارة العدل ص 130.
[71] القانون االمدني، وزارة العدل ص 161
[72] القانون االمدني، وزارة العدل ص 129
[73] القانون االمدني، وزارة العدل ص 127
[74] ابلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء 2 ص 133 نقلا عن المحكمة العليا1984/10/15.ملف رقم 036591

المبحث الثاني: تطبيق نظرية التعسف على الطلاق

نتناول في هذا المجال تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق، بالنسبة لمسألة انحلال الزواج بالطلاق باعتباره من أكثر المسائل الأحوال الشخصية تعرضا للجدل أمام المحاكم.

المطلب الأول: حق إيقاع الطلاق

من المسلم به في الشريعة الإسلامية أن للزوج حق طلاق زوجته بإرادته المنفردة تنفيذا لقوله تعالى:" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[75]

و قوله أيضا:" يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"[76]، و في السنة إثر عن الرسول عليه الصلاة و السلام أنه طلق إحدى زوجاته تم راجعهن فهذا فضلا عن اجماع المسلمين على مشروعية الطلاق، و قد طلق كبار الصحابة نسائهم و منهم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه[77]

و قد شرع الطلاق في الإسلام لكي يتخلص الزوج من زوجته التي لا فائدة منها و لا مصلحة في بقائها إذ دخل البغضاء بينهما محل التعاطف و التالف و القسوة محل الرحمة ، بحيث يفوت الغرض من الزواج و ينقلب إلى المضرة[78]

و يفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين إيقاع الطلاق ووقوعه، لأن الإيقاع فعل الزوج و لذلك يوصف بالحل و الحرمة، أما الوقوع فهو حكم الشرع و ليس فعل زوج و لذا فإنه لا يمكن أن يوصف بالحل و الحرمة و يظهر أثر هذه التفرقة حيث يكون ايقاع الطلاق محرما و يؤاخذ الزوج عليه، حكمه الشرعي[79].

---

[75] سورة البقرة الآية 229

[76] سورة الطلاق الآية 01

[77] المبسوط للإمام السرخسي الجزء 2 ص 3 المجلد الأجزاء 5 و 6

78 صلاح الدين عبد الوهاب، موسوعة الأحوال الشخصية ص 233 طبعة 1959.

[79] صلاح الدين عبد الوهاب، المرجع السابق ص 234.

المطلب الثاني: فيما يتقيد هذا الحق

يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب موافقته للحكمة التي دعت إلى تشريعه

قلنا أن الحكمة التي دعت الحق إيقاع الطلاق إنما هي الخلاص من زوجته لا فائدة منها فوجب أن تكون هذه الحكمة شرط لإباحة الطلاق فإذا لم تتوافر هذه الحكمة كان إيقاع الطلاق على غير الوجه المباح شرعا فيحرم و تطبيقا لذلك:

1. يكون إيقاع الطلاق مكروها إذا لم يكن موجها بحاجة تدعوا إبيه فقد قال الله تعالى:"فإن أطعنكم فلا تبنوا عليهن سبيلا"[80]

2. اتفق كلمة الفقهاء على تحريم الطلاق في الطهر الذي يجامع الزوج زوجته[81] و كله ذلك أن إقدام الزوج في مجامعة في وقت الظهر و هو وقت رغبته فيها دليل ظاهر على تخلف الحكمة الداعية إلى الطلاق و هي عدم موافقة الاخلاق و حلول البغضاء والتنافر محل الحب و التالف

3. إذا طلق الرجل زوجته في مرض موته طلاقا بائنا فإنها ترثه ن و العلة في ذلك أنه يتفهم في هذه الحالة بقصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصدهن و هذا هو مذهب أبي حنيفة الذي عليه العمل[82]

كما يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب عدم ترتب ضرر للزوجة عليه لا شك في أن الطلاق كطريق لإنهاء الزواج ضرر في ذاته بالمرأة و لكن المقصود هنا هو الضرر الذي ينشأ عن إنهاء الزواج

و بعبارة أخرى هو الذي ينشأ عن وقوعه نتيجة لإيقاعه بطريقة صعبة او في وقت معين ينشأ عنهما ضرر بالمطلقة[83]

---

[80] سورة النساء الآية 34.

[81] صلاح الدين عبد الوهاب، المرجع السابق ص235

[82] صلاح الدين عبد الوهاب، موسوعة الأحوال الشخصية ، ص 235ن طبعة مكتبة النهضة المصرية طبعة 1959.

و من ذلك ما ذكره الفقهاء في الطلاق بألفاظ متتابعة في ظهر واحد و الطلاق أثناء الحيض[84]

خلاصة الفصل التمهيدي:

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

1- إن أساس نظرية التعسف كان محل خلاف بين العلماء، و أرجح الآراء أن نظرية

التعسف ترتبط بغاية الحق لا بحدوده، لأن من المسلم به أن التعسف قد لا يخرج عن حدود الحق،و لكنه قد يستعمل حقه على نحو يناقض الغاية التي يشرع من اجلها، فنظرية التعسف ترتبط بنظرية الحق لا بفكرة التعدي أو الخطأ المولد من المسؤولية التقصيرية.

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

3- إن فكرة الحق أصلية في الفقه الإسلامي تأصلت فيه منذ ارتباط الأرض بالسماء عن طريق الوحي الإلهين على اعتبار الحق منه الأهلية للإنسان منشأتها الحكم الشرعي المستمد من الأصول العامة للتشريع و يوضح هذه الحقيقة.

4- **الإمام الشاطبي**:

لأن ما هو حق للعبد إنما يثبت بكونه حقا بإثبات الشرع ذلك له بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل[85] .

---

[83] صلاح الدين عبد الوهاب، موسوعة الأحوال الشخصية ص 235

[84] صلاح الدين عبد الوهاب، موسوعة الأحوال الشخصية ص 235، 236

[85] الشاطبي، الموافقات الجزء 2، ص 377

5-إن القول بأصالة نظرية التعسف في التشريع الإسلامي ليس وليد تعصب ديني غير مؤسس و غن أساسه ما تبث من أدلة شرعية تنبث ذلك سواء من القرآن و السنة من نصوص تمنع المضارة بالغير.

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

الفصل الأول:الطلاق التعسفي

جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل يوقعه بإرادة منفردة و الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل لا بيد المرأة يتمتع بقدرة على تحكيم العقل و عدم الاستجابة للانفعالات النفسية و العاطفية أكثر من المرأة، و هذا ليس عيبا فيها و لا أية من آيات تفضيل الرجل عليها و إنما شاءت إرادة الله ان تكون المرأة على هذا النحو من التكوين الجسدي و النفسي و لأنه أكثر انسجاما مع رسالتها كأم و ربة بيت، في حين أن الرجل قد أعطاه الله مسؤولية القوامة و السعي في طلب الرزق لهن و لأولاده و زوجته، و لهذا كان في مشاعره أكثر استعلاء و اقل رضوخا لها.

و لكن السؤال: هل منح الشرع حق الطلاق للرجل معناه أن يتصرف في هذا الحق كيفما شاء و متى شاء؟؟

قال الله تعالى: " يا أيها الناس اتقوا الله الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها و بث منها رجال كثيرا و نساء و اتقوا الله الذي تساءلون به و الأرحام، إن الله كان عليكم رقيبا."[86]

و قوله أيضا: " و عاشروهن بالمعروف"

و قوله عليه الصلاة و السلام:"أبغض الحلال عند الله الطلاق"[87]

فكلمة ابغض لابد أن تشير إلى عدم رضا الشرع بالتفكك و لو يرضى الزوجين فكيف و لو كان الطلاق قد أوقعه الرجل دون وجود سبب معقول أو الحاج تدعو إليه فما رأى القانون و القضاء في تصرف الرجل في حقه في الطلاق على وجه غير مشروع.

---

[86] سورة النساء، الآية 01.

[87] أخرجه أبو داود و ابن ماجة عن ابن عمر

المبحث الأول: الطلاق التعسفي و حكمه

التعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير[88]و المقصود بالحق في هذه الحالة هو الطلاق الذي يعتبر من الأمور الاجتماعية الهامة التي ضمن لها الإسلام المبادئ و القواعد التي تحميها لتمنع هذا النظام على الانحراف في التطبيق[89]

و لا يقال أن الطلاق حق للرجل و لا تعويض على من يمارس حقه، فالجواب على هذا أن كل حق في الإسلام منوط استعماله بعدم الإساءة إلى الغير

فإذا أساء الزوج فيجب على هذا الحق الذي منحه الإسلام له، في قيود و شروط فيجب أن يعرف كيف يستعمل هذا الحق و متى يكون، لقوله تعالى:"و إن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم."

المطلب الأول:مفهوم الطلاق التعسفي

لا يوجد مفهوم الطلاق التعسفي لا في القانون و لا القضاء و لهذا استخرجنا مفهوم الطلاق التعسفي من تعريف الطلاق الذي سبق و أن تعرضنا إلى تعريفه و مفهوم التعسف

فمفهوم الطلاق التعسفي ك هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين على وجه غير مشروع، و بدون سبب أو ضرورة تدعو الزوج إلى ذلك

و التعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته[90]، و يقول ابن الهيثم"....فإذا لم تكن حاجة فهو محض كفران نعمة و سوء و أدب"

و تعرف إحدى الدراسات الجزائرية الحديثة الطلاق بأنه هو عبارة عن نوع من التفكيك الأسري و انهيار الوحدة الأسرية، و انحلال بناء الأدوار الاجتماعية المرتبطة بها

---

[88] وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى: 1984/1404، ص 530

[89] سورة البقرة الآية 227

[90] بلحاج العربي المرجع السابق، ص 237

عندما يفشل أحد أعضاءه بالقيام بالتزامات دوره بصورة مرضية، و ينتج التفكك الأسري إلى درجة لا يمكن تداركها[91]، و للزوج الحق في إنهاء زواجه بمحض إرادته، فالشريعة الإسلامية ملكت حق الطلاق للرجل و قد يحدث دون موافقة الزوجة أو حتى علمها أحيانا نظرا لكونه تضرر أقل من الزوجة من وضعية ما بعد الطلاق ماديا و معنويا ن مما جعل البعض على المناداة بجعل الطلاق بيد القاضي إذ رأى ضرورة لذلك[92] و قد ذكر القانون السوري في المادتين 116-117 من قانون الأحوال الشخصية في استعمال الطلاق و هو الطلاق في مرض الموت أي طلاق فار، و الطلاق بغير سبب معقول[93] فيكون هذا الطلاق مضرا بالزوجة و مسيئا لسمعتها في بعض الضر و الإضرار لزوجة مما يصيبها من فقر و احتياج[94]و هذا النوع من الطلاق يعتبر تعسفا و عدوانا خالصا ضد الزوجة التي تملك سوى الرضوخ لرغبة زوجها الذي عمد مفارقتها و أصبح لا يطيق معاشرتها، في حين لا تزال هي راغبة في البقاء معه و دون تقصير منها في واجباتها، اتجاه زوجها.

و لهذا على الزوج إثبات عدم التعسف، و هذا ما قضت به محكمة النقض السورية و جاء في ذلك :" لما كان على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف ببيان سبب صحيح للطلاق و كان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا و لا تكلف المطلقة إثبات عدم التعسف لأنه نفى مطلقا، لا يمكن إقامة البينة عليه."

لا تعسف إذا كان سبب الطلاق مشروعا:"إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين أن سببه يطاح باعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعا أو عرفا[95]

---

[91] الأستاذة مسعودة كسال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1986، ص 25

[92] عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام-القاهرة دار الفكر 1968ص87

[93] وهبة الزحيلي،، الفقه الإسلامي و أدلته ن الجزء السابع ، الأحوال الشخصية ، طبعة 1404، 1984 ص 530.

[94]بلحاج العربي، المرجع السابق محكمة النقض السورية 15 مايو 1956.

[95] عبد الرحمن الصابوني ، مجلد اول ، مدى حرية الزوجين ص 109-110

أن لا يكون الطلاق يرضى الزوجة أو بناء على طلبها لأن هذا يعد سببا من الأسباب المعقولة.

المطلب الثاني: حكم الطلاق التعسفي

لقد اختلف العلماء في أصل الطلاق، هل هو الخطر أو الإباحة

الفرع الأول: القائلون بالإباحة

بعض الفقهاء يرون بأن حق الزوج غير مقيد بحاجة فهو حرا في التصرف[96] و لا يجوز الرقابة عليه فيما يفعلن و بالتالي لا يجوز الحكم عليه بأي تعويض طالما استعمل حقا منحه إياه المشرع و القانون.

و قال السر خسي في المبسوط:" و إيقاع الطلاق مباح و إن كان مبغضا في الأصل"[97]

و قال ألزيغي عند النهاية:" إن إيقاع الطلاق صباح" و قال القرطبي في تفسيره:" دل الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أن الطلاق غير محظور"[98]

و من أسبابه المبيحة له طاعة الوالدين فيه قال ابن عمر:" كانت تحتي امرأة أحبها، و كان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها فأبيت، فذكر ذلك على النبي عليه الصلاة و السلام فقال:" يا عبد الله بن عمر: طلق امرأتك."[99]

و على هذا قضت محكمة استئناف مصر فقالت:"إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ، لأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا و إذن فهي تعلم

---

[96] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء الأول، دار النهضة للطباعة و النشر، بيروت لبنان 1386-1967 ص 309-310.

[97] شمس الدين السرخسي، المسوط المجلد الثالث، الأجزاء (5-6) دار المعرفة للطباعة و النشر، الطبعة الثانية ص 02.

[98] عبد الرحمن الصابوني المرجع السابق ، ص 87-88 الجزء الأول طبعة 1973

[99] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 358، الجزء الرابع طبعة 1991.

وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها ان تتظلم منها و لأن الشريعة و القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق

و النفقة العدة دون تعويض و لان المناقشة في التعويض تستلزم الخوض في أسباب الطلاق،

و ذلك فضح لأسرار العائلات، و لأن المصلحة تقضي بأن لا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيق معاشرتها، لعيب نفسي أو خلقي فيها، و في الحكم عليه بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة.[100]

أدلتهم:

إطلاق الآيات القرآنية التي جاءت بأحكام الطلاق ، فمن ذلك قوله تعالى:" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تعرضوا لهن فريضة...." [101] و قوله أيضا:" فطلقوهن لعدتهن"[102]، و ذلك كله يقتضي إباحة ايقاع الطلاق .

أما من السنة النبوية، فقد طلق النبي عليه الصلاة و السلام حفصة ثم رجعها ، وكذلك فقد طلق الصحابة زوجاتهم دون بيان سبب الطلاق، وطلق عبدالرحمن بن عوف تماضر و كان الحسن بن علي رضي الله عنه عنهما يكثر من الطلاق.

القياس:

إن الطلاق إزالة الملك بطريقة الإسقاط فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق[103]

---

[100] قرار محكمة استئناف مصر الصادر بتاريخ 1927/12/18.
[101] سورة البقرة الآية 236.
[102] سورة الطلاق الآية 01.
[103] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق ص 87-88.

الفرع الثاني:القائلون إن الأصل في الطلاق الحظر

إنه لا ينبغي ان يفهم من كون الطلاق عندنا مش روعا إن الحبل متروك على الطالب، و انه لا يخلو من القيود و الأسباب بل أنه و لو كان حلالا، فإن هذا الحلال المبغوض عند الله لما فيه من قطع للوشائج و فك عقدة الأسرة و تشتيت الأولاد[104].

إن إيقاع الطلاق بغير سبب شرعي حرام مكروه[105] و في هذا يقول ابن قدامة في المغنى:" فأما الطلاق المحرم فهو الطلاق من غير حاجة إليه."[106]

و ما جاء في شرح النبيل:" الطلاق مكروه و هو الواقع بغير سبب" و يقول ابن عابدبن الحنفي ، إذا وجدت الحاجة أبيح الطلاق و في هذه القاعدة صونا للزوجين من العبث و الإبداء بلا سبب[107]

و صرح الحنابلة: إنه لا يجب على الرجل طاعة أبويه و لو عدلين في الطلاق أو منع من الترويح[108].

المبحث الثاني: صور التعسف في الطلاق

بعد تعرضنا للطلاق التعسفي و حكمه تأتي الأن إلى توضيح صور التعسف و التي أدرجنا فيها الطلاق في مرض الموت و الطلاق بلا سبب.

و نجد ان المشرع الجزائري ترك أمر تحديد أو تقيد حالات الطلاق التي يعتبر فيها الطلاق تعسفيا و ترك ذلك لتقدير و تكييف القاضين بينما نجد بعض التشريعات الأخرى قد تطرقت إلى ذكر بعض الحالات التي يتم فيها الطلاق التعسفي منها القانون السوري الذي

---

[104] عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاء و قضاء، دار الفكر العربي الطبعة الأولى 1404، 1984م ص 266

[105] سناء الحوالي، الأسرة و الحياة العائلية، دار النهضة بيروت طبعة 1984، 259.

[106] محمد الدسوقي، الأسرة في التشريع الإسلامي، دار الثقافة قطر طبعة 1986، ص 127.

[107] بلحاج العربي، المرجع السابق ص 87.

[108] وهبة الزحلي، المرجع السابق، ص 358

نص في المادتين 116-117 على حالتين و هما الطلاق في مرض الموت الطلاق بدون سبب معقول.

لذلك سنتناول توضيح للحالات السابقة الذكر معتبرين بذلك أن المشرع و إن لم ينص عليها فهو لا يخالفها لأنها تبقى أهم الأسباب أو الحالات التي يبدو فيها حاليا تعسف الزوج في الطلاق و هو في الاحتضار أو بدون سبب معقول بل لغرض في نفسه.

المطلب الأول: الطلاق في مرض الموت

و هو إحدى صور التعسف التي تندرج ضمن الحالات الطلاق التعسفي أين يقوم الرجل بإيقاع الطلاق على زوجته و هو في فراش الموت و المرض فيوقعه و هو في هذه الحالة بنية الإضرار بالزوجة

الفرع الأول: مفهوم الطلاق في مرض الموت

نجد أن الشارع استمد أحكام و تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية، و كذا من نص المادة 1559 من مجلة الأحكام العدلية التي عرفت مرض الموت في قولها:" مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور و داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن و إن امتد مرضه و مضت عليه سنة و هو حال واحدة كان في حكم صحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه و يتغير حاله و لكن لو اشتد مرضه و تغير حاله و مات قبل مضي سنة يعد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة مرض الموت" [109]

[109] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المجلد الاول دار النشر المصرية 1960، ص 313

فعلا مات المريض مرض الموت هو أن يلازم المريض الفراش و إن لا يخرج من الدار إن كان رجلا و إن لا تقوم بأعمال البيت إن كانت امرأة فهناك التقدير يبقى للقاضي حتى يتسنى مدى انطباق هذه العلامات مع المريض الذي تعرض تصرفاته عليه[110]

من خلال ما سبق الإشارة إليه فيمكن أن نعتبر التعريف الراجع للمريض مرض الموت و هو المرض الذي يتحقق فيه أمران هما:

- أن يكون المرض يغلب فيه الهلاك عادة و يرجع في ذلك على أمل الخبرة من الأطباء و الإحصاءات الطبية.
- أن يتصل الموت بالمرض مباشرة سواء كان الموت بسبب المرض أو سبب شيء آخر كالغرق أو الحرق أو أي حادثة أخرى أو مرض أخر أشد من ذلك.

- **المطلب الثاني**: **آثار الطلاق في مرض الموت**

يمكن أن نأخذ أثر الطلاق في مرض الموت من ناحية الهدف من هذا النوع من الطلاق و كذلك من ناحية التوارث (الإرث)

ما دفع الرجل إلى تطليق زوجته و هو في تلك الحالة؟

و قد يكون بدافع الأنانية أو بدافع حرمانها من الميراث أو غيرها من التفسيرات و الاحتمالات التي يمكن للقاضي أن يستنبطها من إيقاع الطلاق في هذه الحالة

و قبل ذلك يمكن الإشارة إلى أن العلماء اشترطوا شروطا لاعتبار المريض فارا من إرث زوجته خمسة شروط:

1-أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة

[110] الشيخ محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية دار الفكر العربين الطبعة 1950، ص 319.

2-أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي فلو كان الطلاق قبل الدخول الحقيقي و لو الخلوة لا يستحق ميراثا لعدم تحقيق الفرار منه.

3- أن تستمر أهلية الزوجية للميراث من وقت الطلاق على وقت الوفاة

4- أن يموت و المطلقة في العدة فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية و أثارها

5- أن يكون طائعا مختارا غير مكره[111]

و قد أخذت القوانين العربية فيما يتعلق بحكم طلاق المريض مرض الموت بوقوع الطلاق المريض و ميراث زوجته منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت[112]

كما ان القضاء العربي حكم بأن مرض الموت هو الذي يعجز صاحبه عن مباشرة أعماله خارج البيت و لا يعتبر كذلك إذا ثبت مزاولة المتوفي لعمله خارج بيته و بعد وقوع الطلاق

و الطلاق الواقع في هذه الحالة لا يعتبر فرار إن أعقبته الوفاة[113]و لم يورد القانون الجزائري نصا بهذا المعنى أي لم يأتي بتعريف لمرض الموت و علية نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت و لو انقضت العدة و تزوجت بغيره و لو كان الطلاق برضاها و اختيارها ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث[114].

---

[111]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول: الزواج و الطلاق.ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2005، ص 241.

[112] المادة 1559 من مجلة الأحكام العدلية المادة 116 من القانون السوري، المادة 35 من القانون العراقي، و المادة 11 من القانون المصري

[113]محكمة الاستئناف طنطا 1962/01/18، قانون الأحوال الشخصية، ص 200.

[114]العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ص 242 طبعة 2005

و قد انقسم رأي العلماء في حكم طلاق المريض مرض الموت إلى فئتين: الأولى تنفي ميراث الزوجة من الزوج المريض مرض الموت و الثانية التي تقر بتوريثها :

فيرى الحنيفة ان المريض مرض الموت إذا طلق زوجته طلاق بائن ببينونة صغرى أو كبرى اعتبر فارا اي هاربا من الميراث و انه يريد بتطبيقه إياها حرمانه لها من الميراث فيتبث لها الميراث إذا مات و هي في العدة منه معاملة له بالعكس مقصودة

و نيته و على ذلك كان الأمر زمن الصحابة فقد طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر طلاقا مكملا للثلاث في مرضه الذي مات فيه فحكم بها عثمان بن عفان بميراثها فقال ما اتهمته و لكن أردت السنة

أما عند الظاهرية فيقول ابن حزم الظاهري و الطلاق المريض كطلاق صحيح و لا فرق إن مات من ذلك المرض أو لم يمت منه و إن كان الطلاق المريض ثلاث أو أكثر من ثلاث أو قبل ان يطأها فمات أو ماتت فإن المرأة لا ترثه لأنه قبل تمام العدة أو بعدها لو كان الطلاق رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه و لا يرثها أصلا.

أما المالكية ترى أن حق الزوجة في الميراث لا ينقطع و لو تزوجت قبل الموت لأن قصد الإثم مردود على صاحبه و قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده و ذلك بتوريثها كما لو لم يكن قد طلقها و لو مات فإن المرأة ترثه لأنه فار بطلاقها حينئذ من الإرث سواء كان مدخولا بها ام لا، انقضت عدتها ام لا

أما الشافعية لديها روايتان أولها أن طلاق المريض كطلاق صحيح و الثانية يعتبر المريض فارا و ترك زوجته

فقال الشافعي في أحد القولين أنها ثرته لأنه منهم يقطع ارثها فورثت القائل كما كان منهما في استعجال الميراث لم يرث كالطلاق في الصحة[115].

أما القانون الأسرة الجزائري فقد اكتفى بالنص في المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث"

و دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي و عدة الطلاق البائن [116]

و مما سبق نخلص على أن هؤلاء الفقهاء قد اجمعوا فإن المريض مرض الموت يقع طلاقه كما يقع طلاق الصحيح ما دام المرض لم يؤثر على قواه العقلية و يترتب عليه جميع الآثار التي يترتب على الطلاق صحيح و يترتب عليه جميع الآثار التي يترتب على الطلاق صحيح و لا يختلف عنه إلا في استحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق

المطلب الثاني: الطلاق بلا سبب

يعتبر سبب وقوع الطلاق من أصعب ما يمكن إثباته او تبنيه لدى القاضي و المقصود هنا هو السبب الذي أدى إلى النزاع و الذي كنتيجة له وقع الطلاق لذلك لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا السبب معقول أو شرعي حتى يقع الطلاق؟

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بلا سبب

هو الطلاق الذي يلجأ إليه الزوج و بدون أي سبب معقول أو شرعي بل راجع إلى رغبة في نفس الزوج الذي يمكن أن تدفعه أهوائه و غرائزه إلى استبدال زوجته بغيرها و التخلص منها بأسهل الطرق و هي الطلاق الذي يعتبر حق من حقوقه الشرعية.

---

[115] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الجزء الثاني، مكتبة الكليات الأزهرية 1409، 1989 ص 137

[116] عبد العزيز سعد،الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية تم الإيداع 13/141656/13

و كذلك هو إيذاء متعمد على الغير و هو الزوجة و الله سبحانه و تعالى حرم ذلك على عباده جعله ممنوع عليهم لقول رسوله الكريم صلى الله عليه و سلم:"المسلم أخو المسلم لا يظلمه و لا يسلمه"، و لقوله تعالى:" و لا تمسكوهن ضررا لتعتنوا من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه....."[117]

فطلاق الزوجة من غير سبب سفه و كفر بنعمة الله فضلا عما فيه أذى يلحق الزوجة و أولادها أن كان لها أولاد .

فالعلاقة الزوجية لها من التقديس و الاحترام فهي أساس بناء العمران و سبب وجود الإنسان إذا لولا ما أوجده الله من الرحمة و المودة بين الزوجين و أودعه في قلبيهما من العطف الذي يدفع كل واحد إلى التعلق بالآخر لما وجد النوع الإنساني.

الفرع الثاني: آثار الطلاق بلا سبب

إذا طلق الرجل زوجته لغير سبب معقول و تبين للقاضي ان الزوجة فقيرة و انها تتعرض للبؤس و الفاقة بسبب هذا الطلاق جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف و درجته بشروط يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة و للقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال[118]

و ذلك ما نص عليه القانون السوري للأحوال الشخصية في المادة 117 و نجد المشرع الجزائري بدوره لم يتغاض عن هذه الحالة فذكر وجود التعويض للمطلقة التي تبين أن زوجها قد تعسف في طلاقها و ذكر ذلك في المادة 52 من قانون الاسرة:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الأحق بها"

و عليه فإن المرأة تستحق بعد كل هذا الضرر تعويضا لا يغنيها عن ما قد يصيبها بعد طلاقها فجاءت القوانين اليوم تعطي للقاضي الحق في أن يفرض لها على مطلقها بالتعويض

---

[117] سورة البقرة الآية 231

[118] محمد محي الدين عبد الحميد الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ص 243

بالنسبة للتعسف و درجته و أوجب بعض الفقهاء و استحب بعضهم الأخر إعطاء المتعة للمطلقة و هذه رغب فيها القرآن و جعلها بالمعروف فيترك ذلك تقديرها للقاضي بحسب العرف[119]

لكننا نأخذ على القانون تقيد التعويض بما لا يزيد عن نفقة سنة و الواجب أن تترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا يدفع الفاقة و البؤس عن الزوجة المطلقة مهما بلغ التعويض (الذي يراه كفيلا يدفع الفاقة).

و يمكن العودة إلى المادة 52 قانون الأسرة من المشروع التعديل لقانون الأسرة التي أضافت إلى المادة الأصلية حق الزوجة في المتعة و هي بذلك تريد أن تجمع بين التعويض و المنعة و التي يقدرها القاضي بمبلغ مالي معتبر حتى يكون التعويض عادل بالنسبة لحق الطلاق للرجل و طلاق المرأة تعسفيا هذا من جهة و من جهة أخرى حتى يكون هنا الإلزام بالتعويض بمثابة ردع أو حاجز يجعل من شرع الزوج إلى الطلاق زوجته بدون سبب معقول محدودا لخوفه مما قد يدفعه لها تعويضا على ذلك فتكون هذه الطريقة قد ساهمت في الحد هذه الظاهرة التي تفشت في المجتمع فتكون على جانب ذلك كمصدر حماية للمرأة التي تعتبر الضحية الأولى و المتضرر الأول من إيقاع الطلاق و من نتائجه

من هنا نخلص على انه في حالة الطلاق بلا سبب وجب تعويض الزوجة و هذا الحق يبقى مسألة تقديرية تخضع إلى إدارة القاضي لا إدارة الزوجة المتضررة الأولى بسبب الطلاق التعسفي و تبقى هذه المسألة قابلة للمناقشة.

و بالتالي فالتعويض يمكن اعتباره أهم آثار الطلاق التعسفي إلى جانب آثار اخرى كالنفقة و العدة و الحضانة.

---

[119] الشيخ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته الجزء السابع، الأحوال الشخصية الطبعة الأولى 1404ه/1984 م الطبعة 5 بالجزائر

الفصل الثاني: القانون و تطبيقات القضاء على الطلاق التعسفي

في هذا الفصل نحاول أن نبين و نوضح إذا ما جاء في القانون ما يدل على الطلاق التعسفي و بعض أحكامه و ما هي الآثار الناجمة عنه حالة وقوعه و كذلك ما إذا وردت اجتهادات قضائية في هذا الموضوع يعتبر موضوعا هاما يجب مراعاة نتائجه و مكانة او تكييفه في القانون و انعكاسه على المجتمع.

المبحث الأول: موقف القانون

قد جاء القانون الجزائري(قانون الأسرة) مواد تخص آثار الطلاق من حيث إذا كان تعسفيا و لذلك أردنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول للمتعة و الثاني للنفقة

و نحاول حصر ما جاء في القانون من مواد في هذا الموضوع

المطلب الأول: المتعة

تعتبر من آثار الطلاق التعسفي و التي وجدت اختلاف من حيث اعتبارها واجبة أو حل اعتبارها غير واجبة فطبقا لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 من هذا القانون.

الفرع الأول: مفهوم المتعة

يمكن تعريف المتعة تعريفا تاما بأنها ما يدفعه الرجل لمطلقته بعد الفرقة بينهما و هذا ما جاء به في نص قانون مادة 52 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" و هي في أساسها تقوم على ما ورد بالقرآن الكريم من

قوله تعالى:" و لا جناح عليكم إن طلقتم النساء م لم تمسهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره و على المقدرة قدر متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"[120]

و قوله:" يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن و سرحوهن سراحا جميلا"[121]

و قوله تعالى:" و للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[122]

و لا نجد مجالا للخوض في الخلاف القائم بين المفسرين حول تفسير المقصود بهذه الآيات. من يقول البعض أن ما جاء بها عن المتعة إنما قصد به الندب و الإرشاد إلى أن يمتنع الرجل مطلقته دون إمكان

إجباره عليها و قول البعض الأخر ان المتعة المشار إليها في هذه الآيات نوعين:

متعة يقضي بها و متعة لا يقضي بها وإنما تلزم فيها بينه و بين الله.[123]

الفرع الثاني: حكم المتعة

المتعة واجبة يقضي هبا للمطلقة قبل الدخول بها مهر و هي غير واجبة للمطلقة التي سمي لها مهرا إذ لا يستحق إلا نصف المسمى

و يرى فريق ثالث أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول و قد سمي مهرا فإن الواجب في هذه الحالة هو نصف المسمى و يرى فريق رابع أن المتعة واجبة على المطلق سوءا كان طلاقه قبل الدخول أو بعده و سوءا كان قد فرض للمطلقة مهرا أو لم يفرض لا نجد مجالا للتوسع في ذلك لأنه يبعدنا عن نطاق بحثنا.

---

[120] سورة البقرة آية 236.
[121] سورة الأحزاب الآية 49
[122] سورة البقرة الآية 241.
[123] صلاح الدين عبد الوهابن موسوعة الأحوال الشخصية ، مكتبة النهضة المصرية، ص 237-238 الطبعة 1959م .

و الذي نخرج به من هذه الآراء جميعا أن من فقهاء الشرع ما قال إن المتعة واجبة على الرجل لكل مطلقة سواءا كان طلاقها قبل الدخول أم بعده سواء كان قد فرض لها صداقا أم لا.

و يرى الدكتور سعيد مصطفى السعيد وجوب الأخذ بهذا الرأي الأخير، مع تقيد إطلاقه بالحكمة التي من أجلها شرع حق المتعة للمرأة طبقا للقول المالكية و الشافعية و هو جبر الضرر الذي يصيب المطلقة بسبب الطلاق[124]

و بذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق في طلاقها معنى الضرر و بذلك لا تكون المتعة واجبة لمن يكون سبب الطلاق من جهتها لأنه لا ضرر في هذا الطلاق إذا كانت هي التي باشرته كالمخيرة و المختلفة لرضها به.

و يرى أستاذنا أنه يجب عدم قصر هذه الحالة على ضرورة مباشرة المطلقة للطلاق بل يجب أن تشمل الحالات التي تكون هي المتسببة فيها في الطلاق و لو أوقعه الزوج كما لوأعوج سيرها ، أو ساء خلقها.

حتى لجأ الزوج إلى طلاقها فإنها هي المتسببة فيما يلحقها من ضرر و لا يتسنى لنا أن نجبر الزوج على جبر ما لم يتسبب هو فيه، و إذا أخرجنا هذه الصور من الفروض المحتملة للطلاق تبقى حالة فقط تكون المتعة واجبة على الرجل لمطلقته.

ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة كما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق

و ذلك يتفق مع قول المالكية و الشافعية من أن الغرض منها جبر ضرر المطلقة

و معنى ذلك أن الأصل في المتعة أنها تعويض عن الضرر بسبب الطلاق، و لكن لا يمنع ذلك من تعويض الضرر الذي قد يتوافر عند المطلقة إذ مراعاته واجبة من باب أولى

و الراجح أن المتعة تقدر حسب حالة الزوجين.

---

[124] صلاح الدين عبد الوهاب، موسوعة الأحوال الشخصية، طبعة 1959 ص 238

المطلب الثاني: النفقة

تعتبر أثر من آثار الطلاق التعسفي و التي تجب على الزوج اتجاه زوجته التي طلقها سواءا كان طلاق عاديا أو بدون

الفرع الأول: مفهوم النفقة

النفقة في اللغة يمكن الإخراج و التهاب، تقال نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع، و المصدر النفوق كالدخول

و النفقة اسم مصدر و جمعها نفقات

و هي في الاصطلاح الشرعي: ما يصرفه الزوج على زوجته و أولاده و أقاربه من طعام و كسوة و سكن و كل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج (المادة 78) ، و من هنا يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسع على الزوجة و الأولاد (وفي حالة عجز الأب يجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك)، (كما يوجب نفقة الأصول على الفروع ،و الفروع على الأصول حسب القدرة و الاحتياج و درجة القرابة في الإرث) المادة 77 قانون الأسرة الجزائري.

و تعود النفقة في حقيقتها الشرعية إلى أحد السببين و هما:

الزواج أو القرابة[125] .

و قد اتفق العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ما دامت في طاعته و الدليل على ذلك قوله تعالى:" لينفق ذو سعة سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها فسيجعل الله بعد العسر يسرا."

و من شروط الست

[125] العربي بلحاج، المرجع السابق، الوجيز، ص 99 رقم النشر 02.38.38 رقم الإيداع 99/8.

حقوق النفقة الزوجية:

1- الدخول بالزوجة: أي معنى الخلوة الصحيحة بالزوجة سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أم لا متى كان العجز يعود لضعف في الزواج ذلك لعدم حصول المخالطة برفض الزوجة للزوج و مقاومتها له يعتبر نشوزا منها و بالتالي يسقط حقها في النفقة.

2- العقد الصحيح يجب أن يكون الزواج صحيحا شرعا يستوفي أركانه طبقا للمادة **9** من قانون الأسرة يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :- أهلية الزواج- الصداق- الولي- الشاهدان- انعدام الموانع الشرعية للزواج.

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة: فإن كانت الزوجة صغيرة لا تصلح للإئتناس و الخدمة لم تجب لها النفقة و من هنا المشرع الجزائري يشترط في المادة 7 قانون الأسرة يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا تزيد عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بها قد تكتشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، و يؤشر بذلك في عقد الزواج

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.

<u>الفرع الثاني</u>: حكم النفقة

طبقا لنص المادة 74 قانون الأسرة الجزائري : " تجب النفقة الزوجية على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إلى بيته مع مراعاة أحكام المواد 78-79-80 من هذا القانون و من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها .

و من المقرر قانونا أن امتناع الزوجة من استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية يعتبر نشوزا منها و بالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة و غيرها

المادة 75: تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب

و من المقرر سترى أي إثبات دفع نفقة الأبناء من المسائل الموضوعية التي تقضي بأنه في حالة الخلاف عليها بين الزوجين و الحال أن الزوج حاضر بالبلد و يدعي الإنفاق على زوجته و أبنائه ومنها فالقول له بيمنه و أن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية[126]

المادة 76:"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك"

المادة 77:" تجب نفقة الأصول على الفروع و الفروع على الاصول حسب القدرة و الإحتجاج و درجة القرابة في الإرث"

المادة 78:" تشمل النفقة الغداء و الكسوة و العلاج و المسكن او أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة

من المتفق عليه فقها و قضاءا أن الحكم بنفقة الزوجة المريضة مدة سنة يتوقف على تحديد اجل العلاج و يتوقف كذلك ضرورة بقائها في بيت الزوجية و لو حكما و للقضاء بما يخالف ذلك حسب المادة 80 من قانون الأسرة استوجب نقض القرار الذي بعد ان صرح بالتطليق بطلب من الزوجة بسبب المرض بدفع نفقة لها لمدة سنة

المادة 79:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"

[126] المرجع السابق: الدكتور بلحاج العربي، مبادئ الاجتهادات القضائي ، طبعة 1994، ص 149 ، ديوان المطبوعات الجامعية، رقم النشر 4/02/3986

و من المقرر فقها و قضاءا أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسرا أو عسرا ثم حال مستوى المعيشة و من تم فإن القضاء بما يخالف المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية

و من المقرر شرعا و قانون ان تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا تبث نشوز الزوجة و من المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم[127]

المادة 80:" تستحق النفقة من تاريخ دفع الدعوى و للقاضي ان يحكم باستحقاقها بناءا على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"

إن المحكمة المختصة بمسائل النفقة في محكمة مواطن الشخص المقرر له قبض النفقة

و من المقرر قانونا بأن الدعاوى المتعلقة بالنفقة يكون امام المحكمة الي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة .

و من المقرر أنه ليس بالضرورة ان يكون تاريخ سريان النفقات في جميع الأحوال من يوم رفع الدعوى إذ يجوز للقاضي ان يحكم بها بأثر رجعي من يوم خروج الزوجة من بيت الزوجية.

المطلب الرابع: العدة

العدة هي مدة زمنية مقدرة يحكمها النظام الديني يلزم المرأة المراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها و بين زوجها.

[127] العربي بلحاج ، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفق لأجتهادات المحكمة العليا طبعة 1994ن رقم النشر 3986-02-4 ص 149.

و العدة تجب بالفرقة و حكمتها التأكيد من عدم حملها[128] حتى إذا تزوجت بغيره تكون الأمور قد اتضحت فقد وجبت لتعلم بها فراغ الرحم و عدم شغلها بالحمل فلا يقع من العواقب الوخيمية ما تقع.

و في العدة معان أدبية كفظ ذكرى الزوجية إلى أمر تطهر فيه الزوجة الحزن لزوال نعمة الزواج

و العدة في الإسلام من النظام العام أي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها

و قد شرعت العدة من أجل هدف أساسي و هو التأكد من براءة الرحم و عدم شغلها بالحمل و ذلك لمنع اختلاط الأنساب و كثرة الفوضى في المجتمعات ، و العدة واجبة شرعا و قانونا، و قد قال الله تعالى في كتابه الكريم:" و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[129]

و في السنة الشريفة قوله صلى الله عليه و سلم لفاطمة بنت قيس:" اعتدي في بيت أم كلثوم"

و قد اتفق الجماعة و الأئمة على وجوب العدة لما يجعلها من النظام العام، فلا يجوز الاستغناء عنها لأي سبب من الأسباب."

المبحث الثاني: الاجتهادات القضائية

المطلب الأول: موقف القضاء من المتعة

من المقرر ضرعا و قانونا أن للزوجة حق المتعة الذي يمنح لها مقابل الضرر الذي ينتج عن الطلاق التعسفي أو الطلاق الغير مبرر

[128] سورة البقرة الآية 226
[129] سورة البقرة الآية 226

لقد قررت الشريعة الإسلامية للزوجة التي طبقها زوجها متعة تعطي لها تخفيف عن آلم فراق زوجها، و تعتبر المتعة في هذه الحالة تعويضا فإذا ما قضى القاضي بخلاف هذا يكون قد خالف هذا المبدأ و يعتبر خرقا لأحكام و قواعد الشريعة الإسلامية السمحاء و كذا مبادئ القانون.

و جاءت عدة أحكام قضائية تقضي بوجوب تعويض الزوجة المطلقة سواءا كانت مطلقة طلاقا تعسفيا غير مبرر أو طلاق لسبب ما و من بين هذه الأحكام قرار مجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية في 8 أفريل 1985[130] المؤيد للحكم الصادر من محكمة نفس المدينة الذي قضى بالطلاق الرجعي بين الزوجين بطلب من الزوج و إسناد الحضانة الأولاد لأمهم و تكليف الوالد بالإنفاق عليهم بمبلغ شهري لكل واحد منهم قدره 150 دج على المتعة العائلية ابتدءا من شهر أكتوبر 1980 و تخصيص سكن لهم و لأمهم و 200 دج كنفقة إهمال تضاف إليها 500 دج شهريا كأجر لها على الحضانة و 600 دج مقابل نفقة العدة و 600 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي.

و كذلك قرار المجلس الأعلى الصادر يوم 1986/01/27[131] و الذي قضى القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف في 1984/02/07 فيما يخص الحضانة و المتعة

و إحالة القضية و الأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى و على المطعون ضدها المصاريف القضائية الذي قضى بتأييد الحكم المعاد بالطلاق مع القول ان مسؤولية مشتركة بين الزوجين و تعديله بإسناد حضانة الولدين للأم مع تحديد نفقتهم و نفقة العدة للزوجة و المتعة.

[130] المجلة القضائية عدد رقم 01 ملف رقم 35912 قرار بتاريخ 1986/04/08.
[131] المجلة القضائية1993 عدد رقم 04 ملف رقم 39731 قرار بتاريخ 1986/01/27

المطلب الثاني: موقف القضاء من النفقة

إن من الأحكام الشرعية أنه يحق للزوجة التي طلقت طلاقا تعسفيا نفقة عدة نفقة إهمال، نفقة متعة، و كذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبلغ المحكوم به لها لصالح الزوجة المطلقة فالقاضي ملزم بعدم مخالفة هذا المبدأ، و بمفهوم لمخالفة أن القاضي إذا ما خالف هذا المبدأ يعرض حكمه للطعن.

و لقد جاءت عدة قرارات و أحكام قضائية تقضي بحق النفقة المخول للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا بدون مبرر و بإرادة منفردة من الزوج و من بين هذه الأحكام و القرارات، القرار الصادر بتاريخ 1986/04/07 عن المجلس الأعلى القاضي بنقض القرارات المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء بسكرة في الأول من فبراير عام 1982 و إحالة و الأطراف أمام مجلس باتنة للفصل في القضية من جديد و حكم على المطعون ضده بالمصاريف. هذا القرار الذي أيد الحكم المعاد الصادر عن محكمة بسكرة الذي حكم بالطلاق بين الزوجين و اسند الحضانة إلى الأم و حكم لهذه الأخيرة و الأولاد بنفقة الإهمال1200دج شهريا لكل واحد منهم و ذلك ابتدءا من 1981/01/10.

تنتهي للزوجة يوم صيرورة الحكم نهائيا و تستمر للأولاد إلى غاية سقوط أو بلوغ كما حكم للزوجة بمبلغ 5000 دج مقابل الطلاق عن طلب زوجها.

و تقدير النفقة واجب و هذا مأخوذ من الشريعة الإسلامية فيقدر حال الزوجة كانت مسيرة الحال أو معصورة الحال و بحسب تكاليف المعيشة الراهنة وقت صدور الحكم بالنفقة، و يقول الشيخ ابن عاصم صاحب التحفة في باب النفقة و كل ما يرجع للافتراض موكل إلى الاجتهادات القاضي بحسب الأوقات و الأحيان و السعر و الزمان و المكان

المطلب الثالث: موقف القضاء من السكن و الحضانة

إن من تكريم الله سبحانه و تعالى للعلاقة الزوجية و تقديسها جعل من الفطرة و الحكمة أن يجتمع الزوجين في مكان يؤويهم و يسترهما، و يسمى ذلك بالمسكن الذي تبنى بين جدرانه أساس الأسرة لتستمر فيه الحياة و العشرة الزوجية

لقوله تعالى:" أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"[132]أي حسب الزوج و قدرته المالية، و قوله تعالى:"و عاشروهن بالمعروف"[133]

و قد ذكر الشافعية أن الواجب في المسكن هو الإمتاع أي الانتفاع لا التمليك أما المستهلك كالطعام فيجب فيه التمليك، و يكون المسكن في الطعام و الكسوة على قدر يسار الزوجين و إعسارهما لقوله تعالى:" من وجدكم"فالمسكن هو أيضا المكان الذي يجتمع فيه أفراد الأسرة بما فيها الزوجين و الأولاد المادة 62 من قانون الأسرة الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين ابيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا.

و حفاظا على الأولاد أوجب الله على أن الأب الذي هو الزوج المحافظ على أولاده و زوجته في مسكن يأويها سواءا استمرت العشرة الزوجية أو انقطعت بالطلاق حيث قضت محكمة سيدي بلعباس و هي تبث في مسائل الأحوال الشخصية علنيا و حضوريا، نهائيا للطلاق و ابتدائيا طرفي الدعوى

أولا: الحكم بالطلاق بين طرفي الدعوى

ثانيا: الحكم على المدى بأن يدفع للمدعي عليها توابع العصمة متمثلة 25000دج مقابل نفقة المتعة 8000دج مقابل نفقة العدة 2000دج مقابل نفقة الإهمال شهريا احتسابها ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى 2000/05/17 إلى غاية النطق بالحكم

---

[132] سورة الطلاق الآية 07

[133]سورة النساء الآية 19

الحكم بإسناد حضانة الابن لأمه و ابنه حق زيارته كل يوم جمعة أيام العطل الرسمية الوطنية و الدينية ابتداءا من الساعة 9 صباحا إلى غاية الخامسة مساءا إلزامه بأن يجري له نفقة غذائية معجلة النفاذ قدرها 1400دج شهريا يسري احتسابها ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى 2000/07/17 إلى غاية النطق بالحكم إلى غاية سقوطها شرعا و قانونا، الحكم يرفض طلب إجراء السكن لعدم التأسيس

تمهيديا قبل الفصل في الموضوع، الحكم بتوجيه اليمين للمدعي المطلق حول الصداق المتنازع فيه[134]، فبالرغم من أن الطلاق يقطع الصلة الزوجية بين المرأة و الرجل إلا أنه بوجود الأطفال تبقى هذه الصلة قائمة و تفرض على كل من الوالدين القيام بواجبه اتجاه أطفاله، فتبقى حضانتهم من أمهم وواجباته عليها، و النفقة و توفير المسكن من واجب الزوج باعتباره الأب المسؤول عن رعاية أولاده و الحفاظ عليهم.

فإذا تبث طلاق الزوج لزوجته بتعسف أو بغير تعسف فإن المشرع اوجب حق إسكان المطلقة مع محضونها لممارسة واجب الحضانة، و قد رد النص على إسكان الزوجة المطلقة و على شروطه و سبب فقدانه في المادة52 من قانون الأسرة الجزائري و من تحليل نص المادة، يتضح لنا أنه لكي يمكن تطبيقها و يمكن للزوجة المطلقة ان تطلب الحكم بإسكانها او بقائها في المسكن الزوجية أن تتوفر 3 شروط مع مراعاة حالة الزوج المادية، سواء يسرا أو عسرا حتى لا يؤدي الإرهاق فيه إلى منع الطلاق و انحراف الزوج عن طريق المستقيم، بشكل غير مباشر، و ينتج آثار و أضرار اجتماعية أكثر من أضرار إساءة استعمال حق الطلاق فتصبح بذلك الإساءة عامة إلى الأسرة و المجتمع و قد أقر المشرع حق إسكان للمرأة المطلقة مع محضونيها حسب وسع الزوج، إذا لم يكن لها ولي يقبل ايوائها.

و يتسنى من القرار بالسكن مسكن الزوجية إذا كانت وحيدة و هذا ما جاءت به بدفع أجرة هذا المسكن شهريا.

[134] محكمة سيدي بلعباس، قسم الأحوال الشخصية 2000/07/25 رقم 20010863

و لما كان من حق الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، السكن مع محضونيها و مقابل ذلك فإنه يمكن أن تفقد هذا الحق أو يسقط عنها و ذلك يكون في الحالات الثلاثة التالية التي أشارت إليهم المادة المذكورة أعلاه

أما ثالث حالة هو ثالث حالة هو ثبوت انحرافها خلقنا و ذلك بمعنى ان المطلقة التي تحكم لها المحكمة بالسكن تم تستعمله للفسق و الفساد و استقبال الرجال الغرباء فستفقد هذا الحق، و لا يجب على زوجها في هذه الحالة جميع طرق الإثبات القانونية و منها محاضر رجال الأمن و الإقرار و غيرها، و بالتالي يجب التشدد في ضمان السكن للمطلقة، و ذلك لتفرقة بين هذا الحال و الحال الذي تتخذ فيه الزوجة من الزوج وسيلة لإنجاب طفل او طفلين يضمن لها حق السكن و تفارق بعدها زوجها لتنغمس في حياة الفسق و الدعارة.

و يبقى واجب القاضي في أن يأمر بإخراجها من السكن طبقا لأحكام القانون في المادة، فإنه يجوز لنفس المحكمة التي حكمت للمطلقة بضمان المسكن لها و لمحضونها بموجب حكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي فيه ، أن بحكم سقوط حقها بتوافر الشروط السابقة الذكر أو بناءا على دعوى يقيمها ضدها زوجها بموجب عريضة يقدمها إلى كتابة الضبط بالمحكمة الموجودة بدائرة اختصاصها المسكن موضوع الدعوى و هذا هو المعنى الذي أشارت إليه الفقرة السابقة ، فليس من الحكمة يمنح الزوج لمطلقته سكنا للحفاظ و رعاية الأولاد، و في حين تقوم هي باستغلال هذا الحق لأغراض فاسدة فتضيع بذلك أولادها فحتى لو كان الطلاق طلاقا تعسفيا، فيجب على الزوجة أن تبقى محافظة على أخلاقها للحفاظ على أولادها و على حقها في حضانتها و الاجتماع معهم في مكان واحد، فقد تطلق الزوجة بدون إرادتها ثم تتغير أخلاقها و أهدافها و تنسى واجبها المخول غليها و يمكن أن نضيف هنا أنه إذا انتهت مدة الحضانة أو صدر حكم بسقوطها عنها فإنه يمكن أن تفقد هذا الحق إذا كانت حاضنة بحكم لها البقاء في المسكن الزوجي أو بتوفير مسكن لائق لممارسة الحضانة، استعمال الحكم بالبقاء.

و إلى جانب النفقة التي يتكفل بها الزوج اتجاه أبناءه و السكن المعد لهم فإنه ملزم أو مكلف شرعا أو قانونا أن يأتي زوجته المطلقة نفقة العدة كحق شرعي ثابت لا اعتراض عليه و لا إسقاط فيه قال تعالى:"..... يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهم و أحصوا العدة...."[135].

المطلب الرابع: موقف القضاء و القانون من العدة

أكد المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة: تعتد المطلقة المد خول بها غير الحامل بثلاثة قروء، و لليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق هذه المادة جاءت لتبين أن المشرع الجزائري خالف أحكام الشريعة الإسلامية من تاريخ بدء العدة[136]فجعلها من يوم التصريح بالطلاق و عكس الشريعة الإسلامية التي جعلتها من يوم التلفظ بالطلاق و لم تفهم السبب الذي جعل المشرع الجزائري يتبنى هذه الفكرة و يخالف الشرع الإسلامي، فقد تعتد المرأة من يوم التصريح بالطلاق و هذا ما يجعلها تعتد مرتين ، و هو الأمر غير مفهوم و غير مقبول، فالمطلقة المد خول بها تعتد بثلاثة قروء[137] ـ و قد اختلف الفقهاء في تحديد معنى القروء بعضهم يرى بأنه الطهر و منهم الإمام الشافعي، و ابن عمر، و بعضهم يرون بأن الحيض و في الحقيقة لها معنى مشترك.

أما الغير المحيض أو اليائس، فعدتها ثلاثة أشهر تبذأ من يوم التصريح بالطلاق أم عدة الحامل فتمتد إلى غاية وضع حملها .

و في الأخير يمكن القول بأن العدة فترة زمنية ضرورية تقضيها الزوجة بمفردها، و ذلك للتأكد من براءة رحمها و كذلك لنبين الزوجة حزنها على زوجها.

---

[135] سورة الطلاق الآية 01

[136] عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 310.

[137] نبيل صقر، قانون الأسرة ص 179

الخاتمة

نجد من كل ما تقدم أن الإسلام في أصل نظامه الذي وضعه للطلاق راعى فيه ضرورات الحياة وواقع الناس في كل زمان كما أنصف فيه المرأة من فوضى الطلاق التي كانت سائدة في الجاهلية عند العرب حيث لم تكن هناك عدة و لا حقوق و لا التزامات مترتبة عن الفراق بين الزوجين، كما كانت سائدة في الشرائع التي كانت تبيح الطلاق.

و نجد كذلك أن المرأة لم تعد تحت رحمة الرجل الذي يملك حق الطلاق بل فتح لها الإسلام منافذ منها لإلى الحياة الراحة من زوجة شقية بائسة مع زوج قاس ظالم، فيسر لها الخلاص من الزوج برضاه و رضاها إذا كفلت له التعويض عن الخسائر المالية بسبب الطلاق، و ذلك عن طريق الخلع كما فتح لها الطريق إلى القضاء ليحكم بالتفريق بينها و بين زوجها في حالات لا تستطيع الحياة فيها و زوجها.

و حتى في حالات الطلاق التعسفي من جانب الرجل فقد ضمن لها الإسلام حقوقها، كما ذكرنا أنفا كالنفقة و المتعة و حق السكن فلم يبقى بعد ذلك مجال للشكوى إلا من حالات أساء فيها الزوج استعمال حق الطلاق و مثل هذه الحالات لا يستطيع أي قانون في الوجود أن يحتاط لمنع وقوعها، و إنما المدار في ذلك على التربية الدينية، و يقضة الضمير و استقامة الوجدان و هذا ما حرص الإسلام على أن يربي عليه المسلم تربية تمنعه من الإساءة لا إلى زوجته فحسب بل إلى اي انسان آخر قريبا كان أو بعيدا، مواطنا أو أجنبيا، و يقول: الدكتور مصطفى السباعي: أني أحيل الذين يشككون في هذا الأمر إلى إحصاءات الطلاق ليروا كيف يكاد الطلاق ينعدم في البيئات المتدينة تدينا واعيا صادق لا جهر فيه و لا عباوة و لا تدجيل و لا تجارة.....[138]

[138] مصطفى السباعي، المرأة بين الفقة و القانون ، المكتب الإسلامي، بيروت الطبعة السادسة 1984.

قائمة المراجع

المصادر و المراجع:

1. القرآن الكريم و تفسيره:

1. المصحف الشريف برواية ورش عن الإمام نافع، شركة دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة الجزائر.

2. الكتاب العربي، الجامع لأحكام القرآن أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبين الجزء الثالث دار الطباعة و النشر 1967.

2-الحديث الشريف:

1.جامع العلوم و الحكم، زيد الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن رجب الحنبلي البغدادي- دار الفكر للطباعة و النشر 1992 م

3-المراجع الفقهية:

1. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ابن القيم الحوزية تحقيق محمد حامي الفقهي، مطبعة المحمدية 1953م.

2. مدى حرية الزوجين في الطلاق، الدكتور عبد الرزاق الصابوني الجزء الأول سنة الطبع 1973 م

3. الفقه الإسلامي و أدلته-دكتور وهبة الزحيلي-جزء الأول في الجزائر دار الفكر (دمشق) الحراش سنة 1991م.

4. الأحوال الشخصية الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا-عبد العزيز عامر- الطبعة الرابعة 1984 دار الفكر العربي
5. الأسرة في التشريع الإسلامي – دكتور محمد الدسوقي-نشر و توزيع دار الثقافة – قطر الطبعة الأولى 1986 م
6. الفقه الإسلامي و أدلته- دكتور وهبة الزحيلي-الجزء السابع طبع في الجزائر بإذن دار الفكر (دمشق) الحراش سنة 1991
7. الأسرة و الحياة العائلية- دكتور سناء الحوالي- دار النهضة بيروت- طبعة 1404ه/1984م
8. ضمان العدوان في الصنعة الإسلامية-دكتور محمد أحمد سراج دار الثقافة لنشر التوزيع، 1990.
9. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- دكتور بلحاج العربي- ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر 1999.
10. الدكتور بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، الجزء 1 دار النهضة للطباعة و النشر، بيروت-لبنان 1386ه/ 1967م
11. أحكام الزواج و الطلاق-بدران ابو العينين بدران- الطبعة الثالثة 1966-دار المعارف.
12. الفقه المقارن للأوال الشخصية بين المذاهب- دكتور بدران ابو العينين بدران-دار النهضة للطباعة و النشر و التوزيع لبنان 1967.
13. مشكلة الطلاق في المجتمع الإسلامي- دراسة ميدانية حول عينة من المطلقات في الوسط الحضري الجزائري-دكتورة كسال مسعودة طبعة 1986.

4- المراجع القانونية:

1- الحق و مدى سلطان الدولة في تقيده و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون- دكتور فتحي الدريني- الطبعة الأولى مطبعة جامعة دمشق 1967م

2- العمل غير المشروع بإعتباره مصدرا للإلتزام- دكتور محمود جلال حمزة-قدم له الأستاذ محمد هشام القاسم-ديوان المطبوعات الجامعية-بن عكنون الجزائر-1986م

3- مدخل إلى القانون-دكتورحسن كيرة-الناشر منشأة معارف الإسكندرية جلال خزي و شركائه طبعة 1974م.

4- المدخل للعلوم-دكتور توفيق حسن فرج- مؤسسة الثقافة الجامعية سنة 1981م

5- الدكتور عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري- المجلد الأول، البند 556 طبعة 1964م

6- موسوعة الأحوال الشخصية-دكتور صلاح الدين عبد الوهاب-ملتزمة النشر و التوزيع مكتبة النهضة المصرية-القاهرة طبعة 1959م

7- الدكتور بلحاج العربي-النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري- ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر طبعة 1999م.

8- الدكتور العلابي بلحاج، مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لاجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية10-1994

9- بن عكنون الجزائر، رقم النشر 4/02/3986

10-شرح قانون الجزائري دكتور محمد صبري السعدي طبعة 1901.

الاجتهادات القضائية:

1- المجلة القضائية عدد رقم 01 قرار بتاريخ 8 افريل 1985.

2- المجلة القضائية1993 عدد رقم04 قرار بتاريخ 27 جانفي 1986.

3- المجلة القضائية1996 عدد رقم02 قرار بتاريخ 7أفريل 1986.

4- قسم الأحوال الشخصية 25 جويلية 2000.

الفهرس

مقدمة..... 04

الفصل التمهيدي: مفهوم التعسف و تطبيقاته على الطلاق..... 07

المبحث الأول: تعريف التعسف و التمييز بينه و بين مجاوزة الحق..... 07

المطلب الأول: تعريف التعسف.....08

المطلب الثاني: التمييز بين التعسف و مجاوزة الحق.....12

المطلب الثالث: الأصول التاريخية لنظرية التعسف في استعمال الحق..... 15

الفرع 1: نظرية التعسف في القانون الروماني و تطبيقاتها..... 16

الفرع الثاني: نظرية التعسف في القانون الفرنسي و تطبيقاتها.....17

المطلب الرابع: نظرية التعسف في استعمال حق قانون مدني جزائري.....20

الفرع 1: عرض النظرية.....20

الفرع 2: تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري.....22

المبحث الثاني: تطبيق نظرية التعسف على الطلاق.....22

المطلب الأول: حق إيقاع الطلاق في الشريعة الإسلامية 23

المطلب الثاني: فيما يتقيد هذا الحق.....24

الفصل الأول: الطلاق التعسفي.....27

المبحث الأول: الطلاق التعسفي و حكمه.....28

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.....28

المطلب الثاني: حكم الطلاق التعسفي 30

الفرع الأول: القائلون بالإباحة 30

الفرع الثاني: القائلون إن الأصل في الطلاق الحظر.....31

المبحث الثاني:صور الطلاق التعسفي.....32

المطلب الأول: الطلاق في مرض الموت.....33

الفرع الأول: مفهوم الطلاق في مرض الموت.....33

الفرع الثاني:آثار الطلاق في مرض الموت.....34

المطلب الثاني: الطلاق بلا سبب.....37

الفرع الأول: مفهوم الطلاق بلا سبب.....37

الفرع الثاني: آثار الطلاق بلا سبب 38

الفصل الثاني: حكم القانون و تطبيقات القضاء للطلاق التعسفي.....40

المبحث الأول: موقف القانون.....40

المطلب الأول: المتعة.....40

الفرع الأول:مفهوم المتعة.....40.

الفرع الثاني: حكم المتعة.....41

المطلب الثاني: النفقة.....43

الفرع الأول: مفهوم النفقة.....43

الفرع الثاني:حكم النفقة.....44

المطلب الثالث: حق الإسكان و الحضانة.....45

المطلب الرابع: العدة 46

المبحث الثاني: الاجتهادات القضائية.....47

المطلب الأول: موقف القضاء من المتعة 48

المطلب الثاني: موقف القضاء من النفقة.....49.

المطلب الثالث: موقف القضاء من السكن و الحضانة.....50

المطلب الرابع: موقف القضاء و القانون من العدة.....53.

الخاتمة..... 54

قائمة المراجع.....55

الفهرس