التعسفات المتعلقة بالزواج وانحلاله

د . تـبـوب فـاطـمـة الـزهـراء
أستاذة محاضرة قسم - ب-

من أخطر الحقوق التي ينتج عن تعسف صاحبها في استعمالها أضرار بالغير حقوق الزواج سواء كانت هذه الحقوق متعلقة بسبب انعقاد الزواج (المبحث الأول) أو بممارسة حقوق الزوجية (المبحث الثاني) أو بفك الرابطة الزوجية (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التعسفات المتعلقة بسبب انعقاد الزواج

رغم ورود نص صريح في القانون الأسرة يقضي برضائية عقد الزواج (المادة 04 ق.أ) إلا أن هناك من الأولياء من يتعسف في استعمال حق الولاية على موليته، ويكون ذلك في إحدى صورتين: بتزويجها دون رضاها أو منعها من الزواج بمن ترضى و تريد (المطلب الأول) هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الخطبة هي وعد بالزواج (المادة 05 ق.أ) و من ثم يجوز العدول عنها إلا أن هذا العدول قد يترتب عنه ضرر نتيجة تعسف الأطراف أو أحدهم في استعماله (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعسفات الولي على الزواج.

نص المشرع في قانون الأسرة المعدل سنة 2005 على أن "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له" (المادة 11).

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع لا يسمح للمرأة بإبرام عقد زواجها بنفسها، وإنما يكون ذلك بتفويض وليها بأن يباشر هذا العقد فالولي شرط من شروط عقد الزواج (المادة 09 مكرر من ق.أ). و يقصد بالولي عموما ذلك الشخص الذي جعل له القانون سلطة على نفس الغير أو على ماله أو عليهما معا في نفس الوقت، والمقصود بالولي في هذا المقام على وجه التحديد هو الولاية على النفس التي تتمثل في نفاذ الأقوال و التصرفات على الغير في الأمور التي تتعلق بالنفس كالزواج فيكون للولي إمكانية إبرام عقد زواج المولي عليها، ومن ثم هل يمكن أن نتصور تعسف الولي في استعمال حق تزويج من له ولاية عليها؟ خاصة إذا كان الزواج يراد منه تحقيق غرض من أغراض الولي أو مصلحة من مصالحه فيتعسف بمنع من في ولايته من الزواج (الفرع الأول) و قد يتحقق غرض أو مصلحة الولي في هذا الزواج و يجبر من في ولايته على الزواج دون رضاها (الفرع الثاني) كما قد يتعسف الولي في أمر الصداق و يشترط لنفسه مبلغا من المال مقابل تزويجه من في ولايته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعسف الولي في منع من في ولايته من الزواج

أصطلح الفقهاء على تسمية هذه الحالة بعضل الولي، و يتصور العضل في منع الولي من يتولى عنها من الزواج في غير مصلحة مشروعة كما كان يقع في الجاهلية من منع المرأة من الزواج حين طلاقها و الاشتراط عليها أن لا تتزوج إلا بمن أراده الزوج أو ترد له بعض صداقها[1]، أو كما يحدث في وقتنا عند منع الولي زواج المولي عليها من أجل أن تبقى في خدمته أو من أجل الاستيلاء على مرتبها الذي يخشى أن تقطعه عنه إذا تزوجت و في كل الأحوال أن امتناع الولي عن تزويج من هي تحت ولايته من شخص كفء من الأمور المحرمة شرعا و الأصل في ذلك قوله تعالى:﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْاْ بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكُمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لاَ**

1 - محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي و القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية و الحديث، دار الحديث الحسينية، الرباط 1985 1986، ص 339 - 340.

تَعْلَمُونَ﴾[1]. وقد روي الإمام البخاري عن الحسن إن أخت معقل بن يسار طلقها زوجها حتى انقضت عدتها فخطبها، فأبى معقل فنزلت هذه الآية، وجاءت عدة روايات في صور العضل منها:

روى أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إن الرجل كان يرث امرأة ذي قرابته فيعضلها حتى تموت أو ترد إليه صداقها، فأحكم الله تعالى عن ذلك أي نهى عن ذلك(2)، وقال الحنابلة: "إذا أعضل الولي الأقرب تنتقل الولاية إلى من يليه من الأولياء، فإن عضل الولي الأبعد زوجها الحاكم"[3].

و روى الإمام البخاري عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال : " كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها وان شاءوا زوجوها و إن شاءوا لم يزوجوها، فهم أحق بها من أهلها[4] فالحق في الامتناع عن التزويج إذا استعمل لبواعث مشروعة، كأن يكون في منع المولى عليها من الزواج فيه مصلحة لها أو كان الخاطب شخص غير كفء هنا يكون الولي حسن النية و يصح تصرفه، أما إذا كان الباعث على الامتناع غير مشروع أو كان الولي سيء النية، في هذه الحالة يتولى القاضي أمر تزويجها.

الفرع الثاني: تعسف الولي في إجبار من في ولايته على الزواج

الولاية الإجبارية هي الولاية التي ينفرد فيها الولي بمباشرة زواج المولي عليها، ولا يشاركه فيها أحد حتى المولى عليها نفسها، فهي ولاية عامة و تكون الولاية الإجبارية عند المالكية و الشافعية و الحنابلة على القاصرة، و ناقصة الأهلية، و عديمتها و على البالغة

1 - سورة البقرة، الآية 232.

2 - محمد رياض، المرجع السابق، ص 107.

3 - أبي قاسم عبد الكريم الشافعي العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير بيروت، دار الكتب العلمية، 1997 ج: 07 ص543.

4 - محمد رياض، المرجع السابق، ص 107.

البكر. أما عند الحنفية فتكون على القاصرة، و ناقصة الأهلية و عديمتها فقط، و لا تكون على البالغة بكرا كانت أم ثيبا[1].

وإذا كان حق الإجبار جائز عند الفقهاء فأساس مشروعيته يرجع إلى مصلحة المولى عليهم، ذلك أن الصغير أو الصغيرة لا يدرك وجه المصلحة في تصرفاته، فأجازت الشريعة الإسلامية الولاية عليهم حتى تتحقق مصالحهم على أكمل وجه. أما بالنسبة للبنت البكر فأساس الولاية عليها هو عدم درايتها بأمور الزواج و عدم تبصرها بأحوال الرجال وقلة خبرتها في الحياة. وبالرغم من هذا الخلاف بين المذاهب السنية بشأن البالغة البكر، غير أنهم كلهم متفقين أن حق الولاية الإجبارية ليس مطلق وإنما مقيد بعدم الإضرار بالمولى عليها، فإن حالة الإجبار المقررة منوطة برعاية المصلحة و عدم الضرر كما هو الشأن في من أراد تزويج الصغيرات قبل البلوغ من اجل إسقاط النفقة و الحضانة، أو تحقيق مصلحة شخصية له لا تعود على المولى عليها بأي نفع، فبذلك يكون الولي متعسفا في استعمال حق التزويج.

و موقف المشرع الجزائري واضح في هذه المسألة أنه قرر عدم إجبار الولي أبا كان أو غيره القاصر التي في ولايته على الزواج كما لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها، وذلك لقوله في نص المادة 13 من قانون الأسرة "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، و لا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

المطالب الثاني: العدول التعسفي عن الخطبة

في حالة الخطبة أجاز قانون الأسرة بموجب المادة 05 للطرفين العدول عن الخطبة، وقرر بأنه إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ذلك أن حق العدول عن الخطبة يعتبر حق كسائر الحقوق يمكن أن ينطوي استعماله على تعسف، هذا ما يقود إلى البحث في مسألة العدول عن الخطبة و حكم الضرر الموجب التعويض عنه.

1 - محمد رياض، المرجع السابق، ص 334.

لم يتناول فقهاء الشريعة القدامى هذه المسألة، و ذلك لأسباب أهمها: اختلاف الحياة الاجتماعية و الآراء و العادات في عصرهم عن عصرنا الحالي و اعتبارهم بأن الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل، و أن التعويض لا يكون إلا في حالة الإخلال بالتزام عقدي، و الخطبة ليست عقدا بل هي وعد بالزواج و العدول عنها حق شرعي و متوقع من الخاطبين و من الطبيعي أن ينتج عن العدول شيء من الآلام و المعاناة.

أما في وقتنا المعاصر فقد طرأت على المجتمعات الإسلامية أعراف و عادات جديدة تجعل من المحتمل جدا أن تتضرر المخطوبة و الخاطب من جراء العدول عن الخطبة، خصوصا إذا جرى العدول نتيجة تهور أو طيش أو بغير مبرر شرعي، هذا ما أدى بالفقهاء المعاصرين إلى التفكير في مبدأ التعويض عن العدول التعسفي عن الخطبة[1] تطبيقا لقول الرسول صلى الله عليه وآله و سلم :"لا ضرر و ضرار"، وعملا بنظرية التعسف في استعمال الحق يرى أصحاب هذا الرأي أن العدول عن الخطبة لا يكون في ذاته سببا في التعويض، لأنه استعمال حق من طرف صاحبه، و الحق مادام لا تعدي فيه و لا تعسف في استعماله لا يترتب عليه تعويض، و على هذا لا تعويض عن العدول عن الخطبة إلا إذا حدث تعسفا في استعمال هذا الحق، ويكون الضرر الناشئ عن العدول وفقا لهذا الرأي قسمان: ضرر ينشأ وللطرف الذي عدل دخل فيه، و ضرر ينشأ عن مجرد الخطبة و العدول من غير أن يكون للطرف الذي عدل دخل فيه، فالأول يعوض أما الثاني فلا يعوض؛ لأن الأول كان فيه تغرير و هو موجب للضمان، و الثاني كان نتيجة اغترار فلا تعويض [2]، و عليه يمكن القول أن العدول الذي يستوجب التعويض هو العدول

1 - يرى اتجاه معارض لفكرة التعويض عن العدول عن الخطبة، أن الخطبة ليست عقد، بل هي مجرد وعد بالزواج، و هذا الوعد غير ملزم أصلا لا من ناحية الوفاء ولا من ناحية التعويض عن الأضرار التي تنتج عن العدول عن الخطبة، و هذا ما ذهب إليه الشيخ محمد بخيت رحمه الله" مفتي الديار المصرية سابقا، حيث قال: " لا تعويض في حال العدول عن الخطبة، لأن الخطبة ليست بعقد، بل وعد بالعقد ولا التزام في هذا الوعد، ومن عدل عن خطبته إنما يمارس حقا من حقوقه الشرعية".

بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص 56.

2 - العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين 2001، ص 125.

التعسفي الذي يعتبر قرينة على الإيذاء و الضرر، لأنه ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق يتصرف فيه صاحبه كيف ما يشاء دون رعاية لحق الغير، و إذا كانت الشريعة منحت حق العدول فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار أي بدافع غير مشروع لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار الحق، إذا الحق لم يشرع أصلا ليتخذ وسيلة للإضرار بالغير بل شرع لمصلحة جدية مشروعة و معقولة[1] و هي هنا تمكين كل من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر ليكون على بينة من أمره لينشأ عقد الزواج على أساس متين، و على هذا إذا تعسف العادل و انحرف عن غاية العدول و سبب بذلك ضرر محقق سواء مادي أو معنوي، استوجب ذلك التعويض عن الضرر و الحكم به جزاء للتعسف في استعمال حق العدول، وجبرا للضرر الذي نجم عنه وفي هذا ليس مساس بمبدأ الحرية في العدول ولا مبدأ الحرية في الزواج، إذا التعويض أساسه التعسف في استعمال حق العدول وليس أصل حق العدول و هناك فرق بين أصل الحق و بين التعسف في استعماله[2].

وإذا كان أغلبية الفقهاء المعاصرون قد اقروا مبدأ التعويض عن العدول التعسفي للخطبة فما هو موقف المشرع الجزائري و القضاء من ذلك؟

الفرع الأول: موقف قانون الأسرة من الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة.

المشرع الجزائري حسم في قانون الأسرة مسألة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة وذلك بعبارة صريحة أدرجها بالفقرة الثانية من المادة 05 جاء فيها: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض".

من أمثلة الأضرار المادية المعتبرة الموجبة للتعويض نجد مثلا طلب الخاطب من المخطوبة أن تتخلى عن دراستها أو عن وظيفتها بعد ما يؤكد لها أن العقد و الدخول

1 - محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص522.

2 - محمد فتحي الدريني, نفس المرجع، ص 528.

سوف يكونان بعد فترة قصيرة جدا، فتقدم المخطوبة استقالتها تلبية لطلب الخاطب و بعد يوم أو يومين يعلن الخاطب بأنه عدل عن الخطبة، أو العكس كأن تغير المخطوبة من أوضاع الخاطب المادية كأن يستدين المال اعتمادا على وعدها أنها ستساعده في سداد الدين مثلا لأجل شراء مسكن و تجهيزه للزواج ثم تعدل المخطوبة عن الخطبة.

أما بالنسبة للأضرار المعنوية التي تلحق المخطوبة نتيجة العدول نجد من أمثلتها أن تكون الفتاة في سن يكثر معها الخاطبين، فتختار واحدا منهم، ثم تمتد الخطبة سنين طويلة كما يقع كثيرا في الواقع المعاصر، ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعدما فوت عليها عدد من الفرص (الخاطبين) وربما قد تكون قد تقدمت في السن هذا ما يؤثر على حالتها المعنوية.

وغالبا ما تترتب أضرار معنوية نتيجة مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يقول أبو زهرة [1]:"إن الأضرار التي تمس السمعة و سببها الاستهواء و الإستغواء و نحو ذلك لا محل لها في الفقه الإسلامي" كأن تخرج الخطيبة مع خاطبها إلى الملاهي بحجة التنزه أو التعرف عليه أو كتردد الخطيب على بيت أهلها و بالوقوع في الحرام هذا يعرضها هي و عائلتها للتشهير بسمعتها و يعرضها لإثارة الألسنة و التجريح، ولقد اجمع الفقهاء الباحثون الاجتماعيون على أنه كلما كانت فترة الخطوبة قصيرة زادت مؤشرات الزواج الناجح، لأن هناك بعض المشاكل غالبا ما تبطل الخطبة منها كالوقوع في المحظورات، و دخول الخاطب بيت خطيبته، والشعوذة والسحر إضافة إلى الهاتف و الصور، وعليه يرى هؤلاء أنه كلما تقلصت مدة الخطوبة كان مشروع الزواج ناجحا، وفي حالة إطالتها تكون الخطيبة الخاسرة الأكبر، بحيث كثيرا ما تبطل الخطوبة التي هي مجرد وعد غير ملزم، وهي من المشكلات المعقدة المنتشرة في المجتمع الجزائري[2].

1 - أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره، ص 60 - 61.
محمد فتحي الدريني، بحوث في الفقه الإسلامي و أصوله، ص 528.
2 - الملتقى الوطني الرابع، حول شخصية الإمام مالك بن أنس، المنعقد بتاريخ 30 أوت 2013 بولاية السكيكدة.

والواضح أن موقف المشرع الجزائري بخصوص تعويض الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة انه جوازي، أي خاضعا لسلطة القاضي التقديرية كما إن صياغة المادة 05 ق.أ جاءت معيبة ولعلها تكون أفضل لو صيغت بالشكل الآتي :"إذا ترتب عن العدول التعسفي عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي، فللطرف المتضرر الحق في التعويض" و يترك تقدير العدول كونه تعسفيا أم لا للسلطة التقديرية للقاضي بحسب ما يراه، لأن ترك النص بالصيغة الحالية يفهم منه أن التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول مطلقا دون تقييده، وهذا يؤدي إلى إجبار أو إكراه الخاطب على المضي في إتمام الزواج ولو كرها أي خوفا من الأعباء المالية التي قد يلزمه بها القاضي في حالة العدول، وهذا ما يخالف مقاصد الزواج الذي يجب أن تتوفر فيه كامل الإرادة و الرضا، و بالتالي على المشرع تقييد حق العدول الموجب للتعويض الذي يجب أن يكون منطويا على حالات التعسف فقط.

الفرع الثاني: موقف القضاء من تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

من الأضرار التي اعتبرها القضاء في الجزائر موجبة للتعويض في حالة العدول عن الخطبة، نجد مثلا التماطل في إتمام الزواج بالدخول[1] و استعمال الخديعة و الغش في السن والوضعية الاجتماعية [2] وكذا العدول التعسفي بدون مبرر شرعي أو قانوني [3] وعدول الخاطب عن الخطبة بعد مضي زمن طويل على الخطبة[4] ومطالبة الطرف الأخر بمطالب معينة [5] ورفض إتمام الزواج[6].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 73919 بتاريخ 23 /04 /1991، المجلة القضائية 1993،العدد: 02، ص 58.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39065 بتاريخ 30 /12 /1985 غير منشور.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 92714, بتاريخ 13 /07 /1993، المجلة القضائية 1995, العدد 01، ص 128.

4 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 135435 بتاريخ 23 /04 /1996، المجلة القضائية 1998، العدد 01، ص130.

5 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 92714 بتاريخ 13 /07 /1993 مذكور سابقا.

6 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 56097بتاريخ 25 /12 /1989، المجلة القضائية 1991، العدد 04، ص102.

والملاحظ على هذه الأحكام أن القضاة لم يوضحوا الأساس المعتمد عليه في التعويض في حين أن أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون أن التعويض يكون نتيجة العدول غير المبرر مع توفر القرائن القاطعة على توفر قصد الإضرار بالطرف الآخر أو الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض من العدول الحصول على فائدة وهذا هو مبتغى المادة 124 مكرر من القانون المدني وحتى القضاء الفرنسي أخذ بمبدأ التعسف في استعمال الحق كتبرير للتعويض عن الضرر المترتب على العدول، و بالنتيجة على القاضي قبل الحكم بالتعويض أن يبحث عن المتسبب في العدول عن الخطبة والأسباب الحقيقية التي دفعت إليه، لأنه قد تتعمد المخطوبة إلى التحايل كأن تقوم بتصرفات لا ترضى الخاطب، أو تتعمد الخصام لدفع الطرف الآخر للعدول، لأن العدول عن الخطبة حق مقيد بمبدأ عدم التعسف ومن ثم يلزم الطرف المتعسف بالتعويض متى ثبت تعسفه في استعمال هذا الحق ولحق الطرف الأخر (المخطوبة/الخاطب) ضررا إثر العدول.

المبحث الثاني: التعسفات المتعلقة بممارسة حقوق الزوجية

يترتب على عقد الزواج حقوق للزوج على زوجته وللزوجة على زوجها عملا بمبدأ التوازن والتكافؤ وتساوي أطراف التعاقد الذي يقوم عليه كل عقد، ولكن قد يتجاوز الزوج حدود حقوقه ويكون متعسفا في استعمالها إلى حد أن يضر بزوجته ضررا بليغا. كما يمكن أن تتعسف الزوجة في استعمالها لحقوقها إلى حد أن تضر بزوجها ضررا بليغا. ولذلك نتعرض لبعض الحقوق الزوجية ومدى تأثير فكرة التعسف في استعمالها سواء صدر التعسف من الزوج في استعمال حقوقه الزوجية (المطلب الأول) أو صدر التعسف من الزوجة في استعمالها حقوق الزوجية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعسف الزوج في استعمال حقوق الزوجية

من بين الحقوق التي عادة ما يتعسف فيها الزوج في استعمال حقوقه الزوجية يمكن ذكر: امتناعه عن مباشرة زوجته (الفرع الأول) وتعسفه بمنعها من زيارة والديها

(الفرع الثاني) و استعمال حق تأديبها (الفرع الثالث) و استعمال حقه في التعدد(الفرع الرابع).

الفرع الأول: امتناع الزوج عن حق مباشرة زوجته

إن استمتاع الزوجين ببعضهما حق مشترك إذ كل واحد منهما يستمتع بصاحبه و يختص به، وباستعمال هذا الحق يتحصن كل منهما من الوقوع في فاحشة الزنا[1] لقوله تعالى :﴿ **نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُواْ حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُواْ لأَنفُسِكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّكُم مُّلاَقُوهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ**﴾[2] ولذلك فليس للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخول لها من قبل شرع الله أو يضرها بما لا تحتمل الإقامة معه، فإذا امتنع الزوج عن معاشرة زوجته أو اجبرها على ذلك بقصد الإضرار بها، يعد متعسفا في استعمال هذا الحق، ولذلك أحكام الشريعة الإسلامية رتبت على امتناع الزوج عن مباشرة زوجته حق التطليق، ويهدف تطليق الزوجة إلى منع الضرر الذي لحق بها لأنه بامتناعه عن الجماع أو إكراهها عليه، يعتبر متعديا و متعسفا[3].

و يكون الامتناع كأن يحلف الزوج أن لا يطأ زوجته لمدة أربعة أشهر أو أكثر فيكون بذلك موليا[4] وقد أجاز قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطليق عند تضررها من الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر (المادة 53 فقرة 3 من ق.أ). و المقصود بالهجر هو أن يدير

1- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دراسة أكاديمية مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة و النشر، ص 266.

2- سورة البقرة الآية 223.

3 - بلبولة يختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله،،ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2004/2005، ص 8281.

4- الإيلاء: عرف االمالكية الإيلاء أنه حلف الزوج المسلم المكلف الممكن الوطء لما يدل على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر.

الظهار: قال المالكية: الظهار تشبيه المسلم المكلف من تحل له أو جزءها بظهر محرم أو جزئه،،و قيل هو تشبيه المسلم من تحل له أو جزء من أجزائها بمن تحرم عليه بالأصالة أو ظهرها، وهو قول الرجل لامرأته:" أنت علي كظهر أمي "، أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 15/198.

الزوج ظهره لزوجته في الفراش و لا يهتم بها الاهتمام المطلوب منه كزوج و يتركها عن قصد و دون سبب شرعي قاصدا فقط من وراء ذلك الإضرار بها، هذه الأضرار تجعل الزوجة معلقة لا هي متزوجة تحصل على حقوقها كحق الإنجاب و لا هي مطلقة.

الفرع الثاني: تعسف الزوج في منع زوجته من زيارة أهلها

إذا كان من حق الزوج الإشراف على الأسرة ورعاية شؤونها، فإنه ليس من حقه أن يتعسف فيمنع زوجته من زيارة أبويها وأقربائها واستضافتهم بالمعروف وبالأخص أبويها إذا كانوا في حاجة إلى خدمتها، لأن بر الوالدين مأمور به شرعا كما أنه بالتزاور تتم الألفة وتتواصل ولا تنقطع صلة الرحم التي أمر الله بوصلها، وإذا كانت الزيارة بين غير الأقارب مطلوبة، فمن باب أولى أن تكون بين أقرب الأقارب كالأب و الأم، كما أكدت عليه الفقرة السابعة من المادة 36 فقرة 7 من قانون الأسرة بقولها: " يجب على الزوجين: زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف"، وهكذا فالزوجة أن تخرج لزيارة أبويها في منزلهما أو استضافتهم في منزلها، وليس للزوج أن يمنعها من ذلك وإلا عد متعسفا على أنه لابد أن يكون حق الزيارة في الأوقات المناسبة حتى لا يتحول هذا الحق إلى مصدر إزعاج للزوجين.

الفرع الثالث: تعسف الزوج في استعمال حق تأديب الزوجة

يجب على الزوجة طاعة زوجها بالمعروف من أجل استمرار الأسرة فإن خرجت المرأة عن هذه الطاعة كان للزوج تأديبها مصداقا لقوله تعالى:﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً**﴾[1].

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله عزوجل قد جعل الرجل قيما على المرأة وحق القوامة للزوج يقتضي طاعة الزوجة له في غير معصية الله وفي حالة نشوزها فإن له

1- سورة النساء الآية 34.

تأديبها بالوسائل التي عددتها الآية، وهي: الوعظ ثم الهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح.

فالوعظ يكون بالتي هي أحسن من غير عنف أي تذكير بالخير فيما يرق له القلب، و أما الهجر فعلى أساس ألا يتجاوز مدة الإيلاء المقررة شرعا وهي أربعة أشهر، و أما الضرب فكما قال القرطبي هو ضرب الآداب غير المبرح؛ وهو الذي لا يكسر عظما، ولا يشين جارحة كالكزة ونحوها، فإن المقصود الصلاح لا غير بل قال بعض العلماء أن يكون الضرب بمنديل ملوي أو بيده لا بسوط و لا بعصا وأن لا يمتلك الوجه، وان لا يكون الضرب سبيل للإهانة أو طريقا للانتقام من الزوجة، لأن كل ذلك يعتبر ضرر و لا ضرر و لا ضرار في الشريعة الإسلامية[1].

و إذا كان حق تأديب الزوج لزوجته ثابت بمقتضى حق القوامة في حال اعوجاج سلوك المرأة وعصيانها أو تفريطها في حق الزوج أي النشوز، فإنه لا ينبغي أن لا يتعدى أو يتعسف الزوج في استعماله، لأن حق التأديب مقيد بالوسائل الشرعية دون إفراط أو تعسف، حيث يلجأ إليه الزوج عند الضرورة القصوى و الضرورة تقدر بمقدارها كما أشار القرآن الكريم في الآية السابقة من سورة النساء أي بعد استنفاذ كل الطرق الحكيمة لمعالجة عصيان ونشوز المرأة المتمثلة في الموعظة الحسنة ثم الهجر في المضجع وأخيرا الضرب غير المبرح. وإذا ظن الزوج عدم الفائدة من الضرب وجب أن لا يسلكه لأن ضرب الزوجة أو حق تأديبها شرع للعلاج و العلاج يلجأ إليه عند الضرورة.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة فإننا لا نجد أي نص يتكلم عن حق تأديب الزوجة عند نشوزها وخروجها عن طاعة زوجها وكل ما نجده هو فقط نص الفقرة الأولى من المادة 39 التي توجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة والتي ألغيت بموجب القانون رقم -05 09 المؤرخ في 04 مايو سنة 2005.

1- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 03، الطبعة الخامسة 1996، ص 112 - 113.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي ترجعنا إلى أحكامها في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، نجد أن حق تأديب الزوج لزوجته عند نشوزها شرع لحكمة وهي العلاج لا غير على أن يكون متدرج بحيث يبتدئ الزوج وهو يعالج نشاز زوجته بالأخف فإن لم تكن النتيجة مرضية شدد بعض الشيء إلى أن يصل إلى العلاج الأشد كمرحلة قصوى، بمعنى أن الزوج ملزم بالتدرج في تأديب زوجته وفق التدرج المذكور في الآية الكريمة من سورة النساء. أما إذا تجاوزا الزوج حدود حق التأديب أعتبر متعسفا في استعمال هذا الحق، لأن الضرب المبرح الذي يتجاوز فيه حدود حق التأديب يعد ضرر فاحش للزوجة، وفي هذا الشأن أجاز قانون الأسرة بموجب المادة 53 الفقرة 10 للزوجة أن تطلب التطليق.

و صدرت فعلا في هذا الشأن عدة قرارات قضائية استجاب فيها القضاء لطلب الزوجة التطليق بسبب استخدام الزوج أسلوب العنف ضد زوجته، نذكر منها ذلك القرار الذي جاء فيه:"حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه، أن المجلس بعد سماع ملاحظات الطرفين وممارسته للسلطة التقديرية المخولة له، أسس قراره على عدة شهادات تثبت أن الزوج يستعمل عدة مرات العنف على زوجته وأنه اعترف بالضرب و أن محكمة حسين داي - القسم الجزائي- حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 27 سبتمبر 1980 و في 03 مارس 1982، ومن ثم فإن الطلاق الذي صرح به المجلس بطلب الزوجة جاء معللا"[1].

الفرع الرابع: تعسف الزوج في استعمال حق التعدد

تعدد الزوجات كمبدأ عام حق شرعي للزوج(2)، وهو مكفول له في قانون الأسرة ضمن قيود وضعت له حدودا وضوابط لا ينبغي على الزوج تجاوزها و إلا عد متعسفا

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41104 قرار مؤرخ في 05/05/1986، غير منشور.

2- قال تعالى:﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ**﴾ سورة النساء الآية 03.

في استعمال حقه و ملحقا ضررا ماديا ومعنويا بزوجته أوزوجاته يستوجب التعويض عنه قضاء. ويكون الزوج متعسفا في ذلك إذا خالف أحكام المادة الثامنة والثامنة مكرر من قانون الأسرة، حيث نصت الأولى على أنه :"يسمح بالزواج بأكثرمن زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط و نية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما و أثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية".

وأما المادة 08 مكرر فتنص على أنه:" في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق".

و باستقراء هذين النصين نجد أن المشرع الجزائري لم يطلق حكم التعدد، و إنما قيده بشروط تضمن سلامة تطبيق هذا الحكم، من خلال تحقيقه مقاصده وتفادي الأضرار التي يرتبها في حالة عدم مراعاة الزوج لها، تتمثل هذه القيود في: وجود مبرر شرعي وتوفرشروط ونية العدل بين الزوجات وإعلام الزوجة السابقة واللاحقة بالزواج.

وخلاصته تبقى مسالة التعدد مرتبطة بالضرورة الشرعية، فلا يجوز إباحته بإطلاق ولا منعه بإطلاق، وإنما يجب مراقبته من طرف القاضي لمعرفة كل واقعة تتوفر فيها الضرورة، فإذا رأى القاضي أن الزوج في حاجة ماسة إلى الزواج بأكثرمن واحدة وكانت لديه القدرة على الوفاء بحقوقهن رخص له أن يعدد، أما إذا لم يكن الرجل في حاجة إلى تعدد الزوجات أوليست له القدرة على العدل بينهن والوفاء بحقوقهن الشرعية وليس له مبرر شرعي، و إنما يريد فقط أن يعدد من اجل الانتقام من الزوجة الأولى مثلا، أو بسبب إشباع شهوات آنية عابرة أوكان يبحث الزوج لدى المرأة ما لم يجده عند زوجته السابقة من إنجاب للذكور مثلا، معتقدا بأن الزوجة الأولى هي السبب في إنجاب الإناث أكثرمن الذكور أو العكس، أوبنية إنقاص حظ الزوجة الأولى من التركة لبغضه لها مثلا

لأنه لا يستطيع طلاقها لسبب أو لأخر فيتعمد إلى أخذ جزء من الميراث منهما بطريقة احتيالية خصوصا إذا علم من نفسه الهلاك، فكل هذا يدخل في باب التعسف في استعمال حق التعدد الذي سرعان ما ينتج عنه مشاكل أسرية واجتماعية لا حصر لها.

المطلب الثاني: تعسف الزوجة في استعمال حقوق الزوجية

من بين صور تعسف الزوجة في استعمال حقوقها الزوجية امتناعها عن الالتحاق بمسكن الزوج أو السفر معه (الفرع الأول) أو امتناعها عن خدمت البيت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: امتناع الزوجة عن الالتحاق بمسكن الزوج أو السفر معه

إذا كان الزوج هو المكلف بإيجاد السكن لقوله تعالي :**(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ...)**[1] فهذه الآية تدل على واجب تقدير الزوجة لحال الزوج من يسر أو عسر وعلى هذا فعلى الزوجة أن تتبع زوجها إلي المنزل الذي يختاره ومن حقه أن يسافر بها إلي أي بلد شاء بشرط الأمن عليها وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرار جاء فيه: "أنه من الواجب على الزوجة تتبع زوجها و الالتحاق به أين طاب عيشه"[2]. وعلى هذا فإذا توفرت شروط الانتقال فلا يحق للزوجة أن تمانع فيه و إلا اعتبرت متعسفة خصوصا إذا كانت ظروف الزوج قد اضطرته أن ينتقل من بلده التي فيها إلي بلدة أخرى.

وكثيرا ما يتعلق حق المساكنة أن تمتنع الزوجة من السكن مع أبوي الزوج على أساس أن ذلك فيه ضرر لها نتيجة التشاجر المستمر معهما فمتى طلبت الزوجة الانفراد في السكن عن أم الزوج أو أبويه أو غيرهم من أقاربه أجيبت لذلك، لأنه لا يحق للزوج إرغام زوجته السكن مع والديه إذا كان يترتب علي ذلك ضرر ومشاحنة.

1- سورة الطلاق الآية 06.

2 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 89467 بتاريخ 13 /01 /1986.

الفرع الثاني: امتناع الزوجة عن خدمة البيت

يذهب بعض فقهاء الشريعة أنه على الزوجة القيام بشؤون البيت من طهي وتنظيف بما يليق بحال الزوج من يسر أو عسر ورعايته وفق ما جرى عليه العرف في كل العصور في حدود استطاعتها. وقد تعرض قانون الأسرة إلى هذا الحق في المادة 39/1 قبل إلغائها، والتي كانت تنص على أنه: "يجب على الزوجة طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئس العائلة" والمقصود بكلمة مراعاته تستلزم القيام بالواجبات المنزلية.

المبحث الثالث: التعسفات المتعلقة بانحلال رابطة الزواج

لما كان موضوع دراستنا يتعلق بالتعسف في استعمال الحق فإن الطلاق والخلع كطريقين لفك الرابطة الزوجية لا يمكن أن يسلما من سوء استعمالهما سواء من طرف الزوج في حالة الطلاق(المطلب الأول) أو من طرف الزوجة في حالة الخلع(المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطلاق التعسفي وصوره

إذا كان لا يوجد نص في قانون الأسرة يجعل طلب الزوج للطلاق موقوف على أسباب معينة، فإن القضاء في الجزائر قد تعود على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعت به إلى طلب الطلاق ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب جدية وشرعية ومقبولة أم أنها أسباب غير جدية وغير شرعية، فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق طلب تعسفي وغير مبرر فيطبق أحكام المادة 52 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[1].

والواضح أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 الأخير جعل إثبات التعسف من صلاحيات القضاء، فالقاضي هو الذي يظهر ويبين صور التعسف من خلال سلطته التقديرية الواسعة المنوطة له، هذا التعسف جعله المشرع متوقف على معيار الضرر الذي يوقعه الزوج لزوجته، في حين كان على المشرع تحديد متى يظهر تعسف الزوج في

1[0]– عبد العزيز سعد قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، 2009، ص 123.

الطلاق لكن نص المادة (52 ق.أ) اكتفى بذكر تعسف الزوج وترك تكييف حالة الطلاق كونه تعسفيا أم لا للقاضي، فعلى الزوج أن يثبت أن لطلاقه سبب جدي ومعقول ومقبول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسفا فيه. كما أن ترك أمر تقدير التعسف للقضاة دون إلزامهم بمعايير خاصة توضح ما هو الطلاق التعسفي وما هو الطلاق غير التعسفي فيه مجازفة وخطورة ينبغي على المشرع تفاديها مستقبلا، بتوجيهه بمعايير أكثر دقة تخص الطلاق التعسفي المنصوص عليه بنص خاص في قانون الأسرة، غير أن هذا لا يمنع القضاة من الاسترشاد بمعايير التعسف العامة الواردة في المادة 124 مكرر من القانون المدني باعتبار الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث تسهل هذه المعايير التأكد من أن الزوج عند استعماله لحقه في الطلاق كان متعسفا أم لا وبتطبيق هذه المعايير العامة على الطلاق التعسفي يمكن تكييف الطلاق التعسفي على النحو التالي:

- **إذا وقع بقصد الإضرار:** وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا فقط الإضرار بها كأن يطلقها فقط بدافع الانتقام و الكراهية، أو يطلقها لسبب غير مشروع، حيث لا توجد أي منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق[1]، مع الإشارة أن الزوج غير ملزم بالإفصاح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق لكن في نفس الوقت يتحمل مسؤولية هذا التصرف، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤوليته دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج ... وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير قد طبقوا صحيح القانون."[2].

1– جميل فخري محمد نجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد الأردن الطبعة الأولى، ص 197.

2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 23019 مؤرخ في 15 /06 /1994، الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية عدد خاص، 2001، ص 104.

- **معيار المصلحة المشروعة:** شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين ولم يشرع إلا لهذا القصد، وفي إيقاع الطلاق لغير هذا المقصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق[1].

- **معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:** قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق، وذلك لدفع الضرر عن نفسه ووهنا لا بد من الموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق الزوجة والأبناء والمجتمع، فعندما يتبين أن الأضرار والمفاسد الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، أي يكون الطلاق جالبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، فيكون عندئذ الزوج متعسفا في استعمال حقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وفي ذلك يقول زياد صبحي:" إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق ولكن ألحق بالمرأة ضرر، وكان ضرر المرأة كبير بجانب مصلحة الزوج بإيقاع الطلاق، فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا". كما يذهب زياد صبحي إلى أبعد من ذلك حيث يرى إذا تساوت المصلحة المراد تحقيقها من الطلاق مع المفسدة الناجمة عنه، فإن الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق ففي هذه الحالة، وفي ذلك يقول بل أنني أذهب إلى أبعد من ذلك، فأقول: إذا كانت المصلحة المرجوة من الطلاق تعادل الضرر الذي يلحق بالمرأة، فإن الرجل في هذه الحالة يكون متعسفا عملا بقاعدة "درء المفاسد أولى من جاب المنافع"،أو" درء المضار أولى من كسب المنافع"، ولأنه في هذه يتساوى جانب المنفعة والمضرة في الطلاق فان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر يرجع كونه فعله في هذه الحالة يعتبر تعسفا[2].

ونجد للطلاق التعسفي تطبيقات وصور عديدة[3]، أشهرها تلك التي نص عليها الفقهاء، وأسهبوا في أحكامها وتتمثل في:

1 – جميل فخري محمد ناجم، المرجع السابق، ص 197.

2– جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى دار حامد الأردن 2009، ص 198.

3– خير الدين، انحلال الرابطة الزوجية في ضوء فقه المقاصد، مجلة المعيار، العدد 09 لعام 2004، ص 317.

- **الطلاق في الحيض:** وصورة التعسف فيه تتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة.

- **طلاق الثلاث بلفظ واحد:** يظهر التعسف فيه في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضة قصد الشارع في ذلك فإنها شرعت ليتدارك المفرط.

- **طلاق الهازل والسكران:** ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بقداسة عقد الزواج بحيث لا يعرف قصد الهازل في وقوع الطلاق والسكران إذا كان متعديا بسكره متناول إياه بكامل إرادته.

- **طلاق الغضبان:** أن الغضبان إذا وقع منه طلاق وغلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله بحيث يخرج عن عادته فلا يقع منه الطلاق.

- **الطلاق دون مبرر معقول:** فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول، يكون قد أساء استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء أكان هذا الضرر ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزوج أم معنويا كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها، أو يطلقها ليقيم علاقة غير مشروعة مع أخرى أو ليتفرغ للزواج من غيرها مرة ثانية أو ثالثة.

وقد جاء في قضاء المحكمة العليا ضمن مبادئ الاجتهاد القضائي ما يلي:"من المقرر قانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"[1]، وبهذا فإن منطوق هذا القرار صرح أن الطلاق غير المبرر هو صورة من صور الطلاق التعسفي الذي لم تتبناه المادة 52 من قانون الأسرة التي اكتفت بذكر عبارة تعسف الزوج وتركت تكييف حالة الطلاق كونه تعسف أم لا للقاضي فعلى الزوج أن يثبت أن لطلاقه سبب معقول أو مبرر مقبول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسف فيه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار أخر لها:"... حيث أن قاضي الموضوع قد

1– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار المؤرخ في 29 /05 /1969.

قضى بالطلاق على إرادة الزوج وقد حمله مسؤولية وقوعه وليس على قاضي الموضوع البحث عن ظروف التعسف إذ يكفي عجز الزوج عن تبرير طلب الطلاق"[1].

وجاء في قرار أخر: "حيث أن القرار المنتقد مسبب تسبيبا كافيا ومؤسس تأسيسا سليما، وذلك لأن الطاعن قد طلب أمام محكمة الدرجة الأولى بالحكم بينه وبين المطعون ضدها بالطلاق دون أن يقدم سببا جديا يمكن معه إسناد الخطأ والظلم إلى مطلقته، لأن هذه الأخيرة لم ترتكب أي خطأ كما أنها لم يثبت وأنها ناشز مما يجعل الطاعن متعسفا في طلبه الطلاق من المطعون ضدها وفق المادة 52 من قانون الأسرة."[2].

وقد ذهب القضاء في الجزائر إلى أبعد من ذلك حين اعتبر أن البكارة في الزواج إذا لم يشترطها الزوج في عقد الزواج بشرط واضح وصريح لا تعتبر موجبة من موجبات الطلاق، مما يجعل الزوج المطلق متعسفا في الطلاق، والتعويض المحكوم به هو مقابل التعسف الذي ينتج عنه الضرر[3].

كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار أخر: "أن توقيف الزوجة عن العمل ليس سببا شرعيا للطلاق"[4].

- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث: وهو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته ليحرمها من إرثها منه[5].

أما بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي نجد أن المشرع الجزائري عكس التشريعات الأخرى لم ينص على المتعة في قانون الأسرة وإنما نص على التعويض في المادة 52 التي جاء فيها:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض

1– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 90291 مؤرخ في 14 /04 /1992.
2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 253823 مؤرخ في 21 /02 /2001.
3– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رم 253750 مؤرخ في 12 /02 /2001.
4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 78061 المؤرخ في 27/10/ 1992.
5– بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص124 - 125.

عن الضرر اللاحق بها."، ويقوم أساس التعويض حسب هذه المادة على تحقق شرطين هامين هما: وجود التعسف في الطلاق و إلحاق الضرر بالمطلقة.

المطلب الثاني: التعسف في استعمال حق الخلع

قد تصرح الزوجة لزوجها عن بغضها له وتلجأ إلى القضاء مصرحة بعريضة الدعوى أنها تبغض زوجها وتخشى عدم إقامة حدود الله، وقد يتعنت الزوج ويرفض أن يخالعها وأمام هذا التعسف هل يملك القاضي سلطة مخالعة الزوجة دون موافقة الزوج؟

كما قد تتعسف الزوجة وتطلب الخلع دون مبرر شرعي هل يمكن للقاضي أن يلزمها بتعويض زوجها المخلوع نتيجة تعسفها أسوة بما هو مقرر لها إن طلقها بغير رضاها وتبين للقاضي تعسفه ومن أجل ذلك نتعرض إلى الخلع الرضائي وصور التعسف فيه و إلى الخلع الإلزامي وصور التعسف فيه.

الفرع الأول: الخلع الرضائي وصور التعسف فيه

التراضي في الخلع اختلف فيه فقهاء الشريعة قديما وحديثا، وانعكس هذا الاختلاف على القوانين الوضعية، ومن بينها قانون الأسرة الجزائري الذي تبنى الرضائية في الخلع بموجب المادة 54 منه قبل تعديلها عام 2005 بالقانون رقم 09-05، التي جاء نصها كالأتي:"يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم."

هذه المادة جاءت غامضة في صياغتها فلم يحدد المشرع الجزائري موقفه بصورة واضحة من مسألة ما إذا كان الخلع عقدا يتطلب إيجابا وقبولا ولا يقع إلا بموافقة الزوج، أم أنه حق للمرأة فلا يحتاج إلى موافقة الزوج.

كل ما تطرقت إليه هذه المادة هو إمكانية مخالعة الزوجة لنفسها من زوجها مقابل مال تدفعه له إذا تم الاتفاق عليه، أما إذا لم يحدث اتفاق عليه، كان للقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. وبالرغم أن النص السابق من قانون الأسرة لم يشر للاشتراك في المخالعة أو التراضي على مبدأ المخالعة غير أن أغلبية شراح

قانون الأسرة فسروا النص المذكور على أن الخلع رخصة للزوجة متوقفة علي إجازتها أو قبولها من قبل الزوج و ليست في صورة حق من حقوق الزوجة، وساير القضاء الجزائري لسنوات عديدة هذا الاتجاه[1]، حيث صدرت عدة أحكام وقرارات قضائية رافضة حق الزوجة في الخلع مشترطة موافقة الزوج على الخلع حتى يقع صحيحا مما ترتب أن الكثير من الزوجات بقيت سنين طويلة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة نتيجة تعسف الزوج ورفضه لمبدأ الخلع، حيث جسد هذا المعنى قرار مجلس قضاء مسيلة الصادر بتاريخ 15 /03 /1982 الذي قضى برجوع الزوجة إلى محل الزوجية بالرغم من أنها اشتكت منذ حوالي عشر سنوات من الإساءات المسلطة عليها من طرف زوجها وأن قضاة الموضوع لاحظوا هذه الإساءة من خلال الموقف التعسفي الذي أظهره الزوج، والمتمثل في تصلبه ورفضه بتسريح زوجته بعد استحالة العشرة الزوجية بينهما، حيث أن المستأنف ضده الزوج، أبدى هذا الموقف بصورة جلية وواضحة لما صرح أمام قاضي المحكمة بأنه يتركها معلقة، وأنه إلى جانب هذا استمر في استعمال طرق المساومة معها وأعلن أنه يقبل الطلاق مقابل عوض لا تطيق عليه، ورغم كل هذا صرحوا قضاة المجلس برجوع الزوجة إلى محل الزوجية رغم موقف التعسف البين والواضح من طرف الزوج، وتعود هذه الزوجة إلى بيت الزوج حاملة الحقد والكراهية والقسوة أكثر لهذا الزوج أما بالنسبة للزوج قد تطغيه نشوة الانتصار والانتقام، فلا تزيده إلا قسوة وتجبرا، وكل هذا مخالف لمعاني الزواج التي تقوم على الوفاق والوئام وفيه تعسف بين في استعمال الحق.

ومن الاحتياطات الشرعية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية لرفع تعسف الزوج في إرغام زوجته على الخلع أو إكراهها عليه والضرر بها من أجل ذلك فيمضي الطلاق

1[0]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 517281 صادر بتاريخ 21 /12 /1988، جاء فيه: **"يعتبر قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ مخالفا للقانون وأحكام الفقه."** وجاء في قرار أخر صادر بتاريخ 08 /02 /1982 ما يلي:**" إن الخلع عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين."**، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة 1982، ص 258.

بالخلع ويرد إليها ما أكرهه عليها من مال، وقال الإمام مالك في الموطأ من أن المفتدية التي تفتدي من زوجها أنه إذا علم أن زوجها أضر بها وضيق عليها وعلم انه ظالم لها مضي الطلاق ورد عليها مالها، وذكر ابن جزي في القوانين الفقهية أن من شروط الخلع، أن يكون من المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه.

فإذا أضر الزوج بالمرأة حتى انساقت إلى الخلع دون رغبة منها ورضا فإنها ترجع عليه بما قدمته له من مال مقابل الخلع وذلك بشروط ذكرها الشيخ خليل في مختصره وابن عاصم في تحفته: "إثبات الضرر ويثبت بشهادة السماع، كما يثبت بالشهادة القطعية بمخالطة الشهود والإطلاع على الأحوال، كما يثبت الضرر بشهادة عدل، كما يثبت باليمين المكملة للنصاب وخصوصا في شهادة السماع، مع اليمين المتممة، واليمين الأولى تنصب على تأكيد الضرر والثانية على أن الخلع ما وقع منها إلا بسبب هذا الضرر، كما يمكن للزوجة المتضررة أن تقوم بشهادة الاسترعاء بالضرر قبل وقوع الخلع فتفيدها كما لو صرحت في وثيقة الخلع أن ما فعلته عن طواعية واختيار، ووثيقة الاسترعاء بالضرر تكون على الشكل الأتي:"أشهدت فلانة على نفسها إشهاد استرعاء واستحقاق و استكتام للشهادة، أنها ما أعطت زوجها شيئا من مالها أو أسقطت عنه سائر حقوقها أو التزمت له نفقة على أحد بنيها منه أو دفعت إليه ابنها منه فليس ذلك عن طوع منها ولا عن طيب نفس ولا عن التزام لذلك وإنما يضمها إلى ذلك الضرورة والرغبة في الخلاص منه والراحة من أضراره بها وتعديه عليها لا لغير ذلك و إنها مهما تخلصت منه فهي مرتجعة في جميع ما تسقطه عنه وما تلتزمه له، شهد على إشهادها بذلك وهي بحال صحة وطوع..."[1].

الفرع الثاني: الخلع الإلزامي وصور التعسف فيه

عالج المشرع الجزائري مسألة تعسف الزوج في امتناعه للخلع بنصه على الخلع الإلزامي الذي رأى أنه علاج ووسيلة فعالة للحد من التعسف فسحب صلاحية توقيع الخلع من الزوج و أسندها للقاضي ليرفع الحرج الحاصل عملا بالقاعدة الفقهية "لا

1 - الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، الجزء 02، ص 335.

ضرر ولا ضرار"، حيث نصت المادة 54 من قانون رقم 05 - 09 المؤرخ في 04 /05/ 2005 أنه:"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

جاءت عبارة "دون موافقة الزوج" واضحة ولم تترك مجالا للاختلاف بشأنها مما حدا بالفقه الجزائري إلى التراجع عن الموقف السابق (الخلع الرضائي) وبات يعرف بالخلع على أنه طلاق مرجعه الإرادة المنفردة للمرأة. ويلاحظ أن هذه المادة في صيغتها المعدلة (م 54 ق.أ) توحي بأن المشرع تبنى موقف القضاء من مسألة الخلع الإلزامي، التي سبق وأن حسمها بموجب القرار المؤرخ في 21 /07/ 1992 الذي قضى بأنه:"... من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن المادة المذكورة سابقا من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على المال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا وقانونا، وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"1 .

بعد هذا القرار توالت القرارات مؤكدة الاتجاه الجديد للمحكمة العليا، ومن أبرزها القرار المؤرخ في 19 /04/ 1994، الذي قضت فيه برفض الطعن مسببة قرارها كما يلي:"لكن وحيث أن القاضي قد طبق المادة 54 من قانون الأسرة التي أجازت للزوجة أن تخالع دون اشتراط رضا الزوج بذلك..."، وقرار المؤرخ في نفس التاريخ جاء فيه أنه:"... وبالرجوع إلى طبيعة الخلع الذي أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة للزوجة في المادة 54 يتبين أن اللجوء إلى الخلع لا يكون إلا بعد استحالة مواصلة

1 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 134.

العشرة الزوجية بين الزوجين لأسباب خاصة حملتها على عرض دفع البدل والعوض لافتداء نفسها من الزوج الذي لم يكن بإمكانها لأسباب خاصة مواصلة الحياة الزوجية معه من أجل فك العصمة الزوجية بينهما عن طريق الخلع سواء رضي الزوج به أم لم يرضى..."[1].

وبموجب هذه القرارات ونص المادة 54 من قانون الأسرة المعدلة، أصبح الخلع يتساوي فيه حق المرأة في فك الرابطة الزوجية مقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة، فإذا كانت العصمة في يد الزوج له حق الطلاق يستعمله متى شاء ومتى قدر أن العلاقة الزوجية أصبحت لا تطاق فكذلك المرأة لها هذا الحق في الخلع وهو أيضا تصرف بإرادة منفردة في فك الرابطة الزوجية متى شعرت وقدرت عدم القدرة على استمرار العلاقة الزوجية وهي ليست ملزمة أن تعلن عن سبب الخلع لأن نص المادة(54 ق.أ) لا يتطلب وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة، ويتأكد القاضي من رغبة الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع خلال جلسة الصلح التي يجريها بين الطرفين، فتقرر الزوجة خلالها أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وإذا أصرت على الخلع فيتعين على القاضي الاستجابة لطلبها، ولكن هذه الزوجة التي صارت تملك حقا إراديا ينبع من إرادتها المنفردة قد تسئ استعمال حق الخلع، وقد تتعسف فيه، وبالتالي جاز إسقاط التعسف في استعمال حق الخلع عليه ومن صوره نجد:

الصورة الأولى: لجوء الزوجة لطلب الخلع دون مبرر شرعي ولأتفه الأسباب أو لدوافع ذاتية فقط أولتحقيق مصلحة غير مشروعة قاصدة من وراء ذلك الإضرار بهذا الزوج وإلحاق به صفة الزوج المخلوع أو بدافع الانتقام و الإضرار و الإهانة، ويعتبر كل منها معيارا لوجود التعسف في استعمال الحق، كما يمكن أن يستدل على وجود تعسف من خلال طبيعة استعمال الحق نفسه، وذلك في حال مخالفة صاحب الحق القصد الذي من أجله شرع هذا الحق، فإذا كان مناط الخلع الكراهية أي عندما تصبح الحياة

1 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية 1997 العدد 52، ص 10 وما يليها.

الزوجية غير ممكنة الاستمرار تصل كراهية الزوجة لزوجها إلى درجة قد تؤدي بها إلى معصية الله وذلك بمعصيتها له، فإذا قصدت الإضرار بزوجها عند استعمالها حق الخلع اعتبرت متعسفة في استعمال هذا الحق وفي ذلك مخالفة واضحة لقصد الشارع في تشريع الخلع كحق لا يلجأ إليه إلا في حالة الضرورة.

وبالرجوع لواقع المجتمع الجزائري نلاحظ تفاقم ظاهرة الخلع بشكل غير مسبوق مقارنة مع سنوات نهاية الألفية الفارطة، حيث حسب الإحصائيات المسجلة لدى وزارة العدل، فإن عدد الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا الخلع التي رفعت على مستوى الجهات القضائية وصل إلى 655 حالة خلع ما بين سنوات 1998-1994 في حين وصل عددها سنة 2004 إلى 813 حالة خلع ليرتفع العدد إلى 1170 سنة 2006 ثم إلى 1500 حالة خلع سنة 2011 و 20 ألف حالة في 2013 كما ارتفع إلى 22000 حالة سنة 2014 والرقم مرشح للارتفاع أكثر.

يستشف من هذه الإحصائيات ملاحظة أنه إذا كان المشرع الجزائري تراجع عن الخلع الرضائي لكي يضع حدا لتعسف الزوج في إجازته للخلع، فنجد أن المشرع بإقراره الخلع الإلزامي دون تقييده قد عالج خطأ بخطأ أو تعسف بتعسف، حيث أصبح الرجال يفاجئون بخلعهم غيابيا، حين يمتنع الزوج عن مقابلة زوجته في جلسة الصلح، وبعد مراعاة المدة القانونية من طرف القاضي يصدر الحكم بالخلع، ويكون الحكم ابتدائيا وبإمكان الزوج معارضة الحكم الغيابي إلا أن المعارضة تتعلق بالتعويض الذي ستدفعه له في حالة طلبه لمبلغ أكبر فقط دون مبدأ الخلع، خصوصا أن بعض الرجال يعتقدون أن في لجوء الزوجة إلى الخلع إعفاء له من الحقوق المادية كنفقة العدة وبدل الإيجار، في حين هو ملزم بتسديدها وقد تكون أكثر من بدل الخلع، ثم تترسخ لدى الزوج المخلوع فكرة الانتقام من الزوجة المختلعة فيسلك سبل الانتقام للثأر لرجولته المطعونة وكرامته المهدورة، فيقرر تحويل حياتها إلى جحيم دائم حتى بعد انفصالهما لأن عبارة الزوج المخلوع تزلزل مكانته اجتماعيا فما بالك إذا كان الحكم غيابيا.

الصورة الثانية: من صور تعسف الزوجة في استعمال الخلع أن تجعل منه وسيلة للإثراء على حساب الزوج فتجدها تدفع القليل من المال الثابت في عقد الزواج في صورة الصداق، وتأخذ الكثير الذي يكون الزوج قد منحه لها بدافع الود والمحبة[1]، وحتى نص المادة 54 من قانون الأسرة يسمح للزوجة التي قد تتعمد عدم الاتفاق مع الزوج على مقابل الخلع حتى يحكم القاضي إلا بصداق المثل وقت صدور الحكم ولوكان الزوج قد دفع صداقا يفوق ذلك بكثير.

الصورة الثالثة: قد تتعسف الزوجة في استعمال الحق في الخلع إذا قصدت الإضرار بالورثة، كما في حالة خلع المريض مرض الموت، وقد عالجت الشريعة الإسلامية هذه الصورة، فقال الإمام مالك: "يجب أن يكون بدل الخلع بقدر ميراثه منها، فإن زاد على إرثه منها تحرم الزيادة ويجب ردها وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما ولو ماتت في عدتها"2 ، وعند الحنابلة مثل ما عند مالك في أنه إذا خالعت الزوجة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع فيه، وإن خالعته بزيادة بطلت هذه الزيادة[3] .

وبهذا الخصوص يقول عبد الرحمان الجزيري في كتابه الفقه على المذاهب الأربعة: "إن مريض مرض الموت له أن يتصرف في ماله بغير التبرع. أما التبرع فليس له أن يتبرع بما يزيد عن الثلث، وعلى هذا يكون في الجواب تفصيل وهو أن العوض إن كان يساوي مهر المثل فإنه ينفذ بلا كلام، لأن مهر المثل في نظير حل العصمة فليس فيه تبرع، أما إذا كانت الزيادة على مهر المثل تكون تبرعا و في هذه الحالة ينظر إن كانت الزيادة أقل من الثلث فإنه يأخذها وأن لم يجز الورثة أوكان الثلث أقل منها فسخ العوض المسمى ورجع مهر المثل وإما أنها تكون وصية فتجري عليه أحكام الوصية"[4] . وإذا توفيت الزوجة في

1 - علي محمد حسنين حماد، الخلع في القانون المصري ومدى موافقته للأصول الفقهية، المكتبة المصرية، الإسكندرية 2004، الطبعة 01، ص 80.

2 - علي محمد حسنين حماد، الخلع في القانون المصري ومدى موافقته للأصول الفقهية، المكتبة المصرية، الإسكندرية 2004، الطبعة الأولى، ص 80.

3 - السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، الفتح العربي القاهرة 1998، ص 326.

4 - عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت 1990، ص 357.

مرضها بعد انقضاء عدتها من خلعها فللمخالع الأقل من بدل الخلع ومن ثلث مالها ولا ينظر في هذه الحالة إلى مقدار نصيبه من تركتها ميراثا كما سبق، لأن الإرث بين الزوجين غير قائم من كل وجه عند وفاتها، حيث أنها توفيت بعد انقطاع كل أثر من أثار الزوجية التي هي سبب التوارث بين الزوجين، فلا يمكن اعتبار المخالع وارثا منها[1] .

والمشرع الجزائري لم يورد حكما بخلع المريضة لكن التقنينات العربية تعرض بعضها لهذه المسألة فقد نصت المادة 119 من القانون الكويتي على ما يلي: يصح خلع المريضة مرض الموت، ويعتبر العوض من ثلث مالها عند إجازة الورثة، فإن ماتت وهي في العدة فللمخالع الأقل من ميراثها ومن العوض ومن ثلث المال وإن ماتت بعد العدة أو قبل الدخول فله الأقل من العوض ومن ثلث المال.

ومقتضى هذا الأمر أن الزوجة المريضة مرض الموت، إذا خالعت زوجها على مال وقبلت صح الخلع ويلزمها المال بشرط أن لا يزيد عن الثلث مما تملكه لأنها متبرعة والتبرع في مرض الموت وصية والوصية لا تنفذ إلا من الثلث للأجنبي و الزوج بالخلع صار أجنبيا عنها وإذا ماتت المخالعة المريضة مرض الموت وهي في العدة، فإن مخالعها لا يستحق إلا أقل الأمور الآتية: بدل الخلع، ثلث تركتها ميراثه منها، لأنه قد تتواطأ الزوجة مع زوجها في مرض موتها وتسمي بدل الخلع باهظا يزيد عما يستحقه بالميراث فلأجل الاحتياط لحقوق ورثتها، ورد القصد المتواطئ. أما إذا برئت من مرضها ولم تمت، فله جميع بدل الخلع المسمى لأنه بين أن تصرفها لم يكن في مرض الموت، أما إذا ماتت بعد انقضاء عدتها فله بدل الخلع المتفق عليه بشرط أن لا يزيد عن ثلث تركتها، لأنه في حكم الوصية .

كما نص القانون الليبي في المادة 19 يصح خلع المريضة مرض الموت ويعتبر البدل عند عدم إجازة الورثة من ثلث مالها، فإن ماتت وهي في العدة أو بعد انقضائها فلمخالعها الأقل من بدل الخلع ومن ثلث المال وإن برئت من مرضها أو أجاز الورثة فله جميع البدل المسمى.

1 - إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة 7، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1999، ص 200

ما نقترحه بخصوص التعسف في استعمال حق الخلع:

إعادة الدور الإيجابي للقاضي في دعوى الخلع بإلزامه بالتحري عن الأسباب التي تجعل الزوجة تطالب بالخلع، ولا يستجيب القاضي لهذا الطلب إلا بوجود مبرر شرعي أي التأكد من حقيقة بغض الزوجة لزوجها والبحث عن سيرة الزوج وعلاقته بزوجته، لأن الطرح الجديد الذي جاء به المشرع عند تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة سلب القاضي جميع سلطاته ولم يبقى له إلا تقدير بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه، وليس له رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط قبول الزوج، وفي حالة ما إذا ثبت لدى القاضي أن الزوجة متعسفة في طلبها للخلع، كأن تكون قاصدة من ورائه فقط إلحاق الضرر بالزوج المخلوع فتتحمل مسؤولية الأضرار الذي يتعرض لها هذا الأخير سواء المادية أو المعنوية والتي لم يكن له يد فيها، أسوة بما هو مقرر للمرأة إذا ما أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق(المادة 52 ق.أ) هذا بطبيعة الحال إضافة لما هو مقرر من بدل الخلع الذي يعتبر شرط في الخلع الذي لا يكون بدونه، هذا التعويض يستمد أساسه من نظرية التعسف من استعمال الحق التي تجد أصلها في الفقه الإسلامي والمؤكدة من طرف المشرع الجزائري في المادة 124 من قانون المدني.

الخاتمة:

في الختام نخلص إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق كان لها أثر في ردع التجاوزات التي حدثت داخل الأسرة سواء من طرف الزوج أو من طرف الزوجة أثناء ممارسة الحقوق الزوجية أو عند انحلالها ومن أكثر الحالات التي عرضت على قاضي شؤون الأسرة التي تتعلق بهذه التعسفات هي حالة الطلاق التعسفي وكذا التطليق للضرر الناتج عن تعسف الزوج في استعمال حق التعدد والخلع التعسفي.

ورغم الحماية القانونية التي وفرها المشرع للمتضرر من التعسف عن طريق فرض جزاء (الطلاق، التطليق و التعويض) إلا أنها تبقى غير كافية خاصة بالنسبة للزوجة والسبب في ذلك لا يرجع إلى نقص في التشريع وإنما البعد عن الوازع الديني ويبقى أن الحل للحد من هذه التعسفات هو الرجوع إلى الأخلاق الإسلامية المستمدة من منبعها الأصلي كتاب الله وسنة رسوله باعتبارهما أشمل من القانون الوضعي حتى وإن استمد منهما قانون الأسرة أحكامه.

المراجع:

- ابى قاسم عبد الكريم الشافعي العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير ، دار الكتب العلمية، بيروت 1997 .

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الخامسة 1996.

- إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان 1999.

- أحمد نصر الجندي، من فرق الزوجية (الخلع، الإيلاء، الظهار، اللعان)، دار الكتب القانونية، مصر 2005.

- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثره .

- الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الثاني .

- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2001.

- السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، لقاهرة 1998.

- بلقاسم شتوان، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي، دراسة مدعمة بالأدلة الشرعية و قانون الأسرة الجزائري، دار الفجر للطباعة و النشر .

- بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائري 2007.

- بل بولة بختة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2004 - 2005 .

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999.

- جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار حامد الأردن، الطبعة الأولى 2009.

- خير الدين، انحلال الرابطة الزوجية في ضوء فقه المقاصد، مجلة المعيار، العدد 9 سنة 2004.

- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة بثوبه الجديد، دار هومة للطباعة و النشر 2009، الطبعة الثانية.

- علي محمد حسنين حماد، الخلع في القانون المصري و مدى موافقته للأصول الفقهية، المكتبة المصرية الإسكندرية 2004، الطبعة الأولى.

- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية 1990.

- محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي و القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم دراسات عليا في العلوم الإسلامية، دار الحديث الحسينية، الرباط 1985 - 1986.

- محمد فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

- محمد فتحي الدريني، بحوث في الفقه الإسلامي و أصوله .

- هشام حسن مهدلي، الخلع بين الفقه و القانون ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2000.