وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

مَجالُ التعسُّف في الحُقُوق الأسَريّة بين التوسِيع والتضييق

على ضوء الإجتهاد القضائي وأحكام التّشريع والفقه الإسلامي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص: علوم قانونية **فرع:** قانون الأسرة

إعداد الطالب:

سنوسي علي

تحت إشراف الأستاذ الدكتور

قادة بن بن علي

لجنة المناقشة

السيد: داودي كريم	أستاذ محاضر " أ "	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد.قادة بن بن علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: علیان بوزیان	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
السيد: لريد أحمد محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2019/2018م الموافق لـ 1440/1439هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى من أمر الله تعالى بطاعتهما والإحسان إليهما ...

الوالدين الكريمين –حفظهما الله-

إلى الزوجة المصون التي تحملت معي مشاق هذا البحث

بصبرها ومرافقتها.

إلى ثمرة الحياة : ولدي (محمد سعيد عبد المنعم)

وابنتي (بشرى نفيسة نور الهدى)

إلى الإخوة والأخوات كل باسمه وجميل وسمه.

أهدي هذا العمل المتواضع

تشكرات

بعد تمام هذا البحث بعون الله تعالى و حسن توفيقه أجدني أنحني شكرا واحتراما واعترافا إلى الأستاذ الدكتور الفاضل" **قادة بن بن علي**" موجها خالص شكري و عرفاني و فائق تقديري لقبوله الإشراف على إنجاز هذا العمل، و على توجيهاته و نصائحه العلمية القيمة والسديدة طوال مدة إعداد هذه الرسالة..

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بمناقشة هذه الرسالة..

كما لا أنسى ما أولاني به الأستاذ عليان بوزيان من جميل توجيهاته و نصائحه منذ الفكرة الأولى لهذا البحث ، رغم ارتباطاته وانشغالاته غير أني لم أجد منه إلا المتابعة والتوجيه والإرشاد

والشكر موصول للأستاذ لريد محمد والأستاذ داودي على ما تفضلا به من نصائح و توجيه ليكتمل هذا الجهد المتواضع في أبهى صوره .....

فلكل هؤلاء وافر التقدير والاحترام. ولله الحمد في أول الأمر و منتهاه.

قائمة أهمّ المختصرات

أوّلا : باللغة العربية:

ج : جزء.

ج.ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.د.ن : دون دار النشر.

د.س.ن : دون سنة النشر.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ص : صفحة.

ط : طبعة.

غ.أ.ش :غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ج.م : غرفة الجنح والمخالفات.

ق.أ : قانون الأسرة.

ق.إ.ج : قانون الإجراءات الجزائية.

ق.ا.م.د :قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.ح .م :قانون الحالة المدنية.

ق.ش.أ : قسم شؤون الأسرة.

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري.

م.ج.ع.ق.إق.س : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.

م.ع.ق.إ: مجلة العلوم القانونية والإدارية.

ثانيا : باللغة الفرنسية

- Art : Article.
- Cf. : Confer.
- Dèc : Décembre.
- èdi : Edition(s)
- O.P.U : Office des Publications Universitaires.
- Op.cit : Option déjà citée.
- p : Page.
- P.U.F : Presses Universitaires de France.
- T : Tome.

مقدمة

مقدمة:

ما زالت الجوانب القانونية والفقهية من نظرية التعسف في استعمال الحق تستقطب اهتمام الباحثين والدارسين، ومازالت رغم هذا الاهتمام تحتاج إلى مزيد من الدراسات التي تعمّق الفهم وتزيل الغموض عن القضايا المرتبطة بهذه النظرية، ولعل من بين هذه الجوانب دراسة مجال التعسف من حيث التضييق والتوسيع، خاصة ما تعلق منه بجانب الحقوق الأسرية، وهو ما جعل نطاق هذه الدراسة يعيش تجاذبا قويا باعتباره احتوى نقطة الاحتكاك بين حرية الشخص في استعمال حقه المشروع من جهة، ومن جهة أخرى قصد الإضرار الذي يقصده صاحب هذا الحق، وهو ما أدى في الكثير من الحالات إلى قيام تنافر قوي تحوّل مع الوقت إلى صدام قانوني أثر على الحياة الأسرية خاصة في ما يتعلق بالمواقع التي يبرز فيها هذا التعسف بصورة جليّة .

ولا يخفى الصراع الذي كان بين الإتجاهات الفقيهية القائلة بوجود التعسف من عدمه، ومن هنا مثّل هذا التجاذب مجالا قانونيا وفقهيا خصبا كثيرا ما تداخل فيه نطاق التعسف بمظاهر إساءة استعمال الحقوق الأسرية، وتأثرت بهذه التجاذبات التشريعات القانونية وانسحب هذا التجاذب إلى المحاكم خاصة في البلدان العربية، وهو ما جعل قضية الاعتماد على الإتجاهات الفقهية تصبح من أولويات المشرع العربي، ولذلك اعتبر القاعدة التي ارتكز عليها كل مشرع أثناء البناء القانوني للقاعدة القانونية ذات الصلة بنظرية التعسف في استعمال الحق بشكل واضح.

لكن هل أخذت هذه التشريعات بعين الاعتبار مسألة الاهتمام بهذه النظرية من باب تطوير جوانب المنظومات القانونية المختلفة؟ وتشجيع الاجتهادات المحلية على مستوى المحاكم والمجالس القضائية ومزاولة النشاط القضائي وتنشيطه، أم أنها اقتصرت على توفير مواد قانونية عرجاء منقوصة تخدم مصالحها دون الالتفات إلى الداخل الأسري والموروث الإجتماعي، والأعراف الخاصة بالمجتمع الجزائري؟ خاصة في ضوء المستجدات والنوازل

التي فرضتها الظروف المتلاحقة في حياة الأسرة الجزائرية، وهو ما انجرت عنه ظاهرة الفراغ التشريعي في كثير من الحالات والوقوع في الإضطرابات القضائية، وما ترتب عنه– وفي غالب الحالات – تأثير واضح على البنية الاجتماعية عامة والأسرية بالأخص.

وكان هذا في نظر الكثيرين من رجالات القانون بسبب الامتياز الذي منحته السلطة السياسية للمرأة على حساب الرجل، متمثلا في نظرة هذه السلطة إلى محاولة وضع إستراتيجية فعالة انتهجتها للإبقاء على وجودها وكسب الكتلة النسوية خاصة في الإستحقاقات الإنتخابية المتعددة.

لقد انعكست هذه الظروف بشكل عام على الحياة العامة للأسرة الجزائرية سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية، أو ما عرفه الكيان الأسري من تحولات كبرى، انعكست حتى على الفرد داخل أسرته.

إن الأسرة في شريعة الإسلام نظام محكم وميثاق معظّم، لا ضرر فيها ولا ضرار، الحقوق الزوجية فيها مكفولة، ولذا كان من قواعد فقهها أن" **الأصلُ في الأبضاع الحرمة، ويُحتاط فيها ما لا يحتاط في الأموال**"[1]؛ وما ذاك إلا لتحقيق مقصدٍ مهمٍ من مقاصد الشريعة الغراء هو حفظ النوع الإنساني بحفظ النسب من الاختلاط، ودوام الودّ والتراحم بين الأفراد؛ ولا يكون ذلك إلا عن طريق حفظ الأسرة من إساءة استعمال الحقوق الزوجية الجعلية من الشارع بلا ظلم ولا اعتداء وفقا لمقاصد وضعها وحكمة تشريعها دفعا لمظاهر الشقاق المفضي للفراق ومفاسد الطلاق.

لهذا اهتمت الشرائع السماوية والوضعية على مر العصور بحماية الأسرة ورعايتها؛ والعمل على ضمان استقرارها وديمومتها، ومنها الشريعة الإسلامية التي أقامتها على أسس ثابتة وركائز متينة، ومن هذه الركائز منظومة حقوق الأسرة فهي صمام الأمان للحفاظ على

---

(1):محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، الباب الحادي عشر، أحكام الأسرة، القاعدة 23، دار المنار 1997، ص 342.

الأسرة واستقرارها، ونظرًا لأهميتها اتخذها أرباب الفكر الحداثي مدخلا لتصويب السهام لها، مما جعلها محط تشكيك خاصة مع وجود مسوغات واقعية لذلك تمثل في تعسف كثير من الناس في استعمال الحقوق الزوجية.

وقد جاءت الشريعة الإسلامية مقررة لحقوق الأسرة؛ فأعطت كلّ ذي حق حقه، ورسمت طريقة ممارستها، وأساليب اقتضائها ومنعت التعسف في استعمالها، منعا الظلم والاعتداء وإقامة للعدل وحفظا لمصلحة الغير من حيث عدم الإضرار بهم، وصيانة لمقصود الشرع من الخلق حفظا للأنفس، والأعراض، والأموال[1].

وقد لا أكون مخطئا إن اعتبرت أن جل المشاكل الأسرية؛ وما ينجر عنها من منازعات أسرية أمام القضاء مرجعها الرئيس التعسف في استعمال احد الزوجين أو الطرفين لحقه الشرعي أو الجعلي، ظنا منه أنها حقوقا شرعية مطلقة لا دخل للقضاة ولا للولاة في استعمالها.

فاعتبارها منحة من الله، فإنها لا تستعمل إلا كوسيلة لتحقيق مصلحة شرعية؛ والتي تخول المشرع والفضاء حق التدخل لمنع التعسف في استعمالها، مما يثير التساؤل عن مدى حرية المكلف في استعمال حقوقه الأسرية بإطلاق؛ ومدى إمكانية تدخل الدولة تشريعا وقضاء في تقييدها، وذلك باعتبار أن الحقوق في الشريعة لا تعدو أن تكون وسائل إلى غايات توخاها الشارع من وضع الأسباب والأحكام، فإذا انحرفت الوسائل عن غاياتها فقدت مشروعيتها؛ ولذلك فحماية الشرع للحق تبقى مبسوطة ما دام هذا الحق خادما للمصلحة؛

(1) : عليان بوزيان، قابلية الحقوق الأسرية للتعسف، (مقالة خاصة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت،2011.

فالحق ليس هو المصلحة، بل المصلحة هي المقصد والحق هو وسيلة تحقيقه، فمتى سقط المقصد سقطت معه وسيلته ولم تعتبر [1].

وقد أثبتت وقائع قضايا شؤون الأسرة أن جل المشاكل والإشكاليات أمام المحاكم سببها الرئيس والغالب التعسف في استعمال الحقوق الشرعية وسط تجاهل الكثير من أن هذه الحقوق مقيدة بقيد عام وهو عدم التعسف في استعمالها؛ مما يتطلب من المشرع التدخل التشريعي بوضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وضعها؛ بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع أو بنية الإضرار أو مع انتفاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال الحق.

فالقاعدة القانونية لم تعد الإطار الذي ينظم العلاقات فيما بين الأشخاص خارج الإنتماء الإجتماعي فحسب، بل أصبحت الآن تمثل وتشكل قانون الجماعة، أو المجموعة، وذلك بإظهار شروط التعايش، بتبيان حقوق وواجبات الأفراد داخل الأسرة الواحدة .ّ ولقيت هذه الأفكار رواجا كبيرا في بداية القرن التاسع عشر، تحت تأثير المذاهب الجماعية المتمثلة في مذهب التضامن الإجتماعي، والمذهب الإشتراكي، وإن كان الفقه الإسلامي قد سبق هذه المذاهب في هذا المجال، كونه فقها مبنيا أساسا على فكرة العدل، المتمثل في إعطاء كل ذي حقّ حقه.

وهكذا فلقد عمدت كل هذه المذاهب إلى تحديد معنى الحق، طبعا وفق المبادئ والأيديوليجيات المعتنقة من جانب كل مذهب، إلا أن جلّها يتّفق حول مسألة وجوب تقييد الحق المطلق، وذلك بالإبتعاد عليه، وتبني مفاهيم أخرى تُظهر الجانب الإجتماعي للحق أو ما يعرف بالوظيفة الإجتماعية للحق .

---

(1): يوسف حميتو، صلة مبدأ اعتبار المآل بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي، نقلا عن الموقع http://www.feqhweb.com، 2015/03/12، 14:53 سا.

فالحق الخاص لم يعد مجرد ميزةً للفرد، بل أصبح الفردُ من خلال هذا الحق بمثابة القائم على تأدية وظيفة اجتماعية، من أجل تحقيق خير الجماعة بأسرها. وعلى هذا النحو فإن القانون يحميه، وإذا ما حاد عن الغرض الذي من أجله مُنح له الحق، فَقَدَ حماية القانون له، بل واستحق الجزاء لتعسفه في استعمال حقه [1].

وهكذا ظهرت نظرية التعسف في استعمال الحق، بالصورة التي هي عليها الآن وإن كانت هذه النظرية قد تجدرت عبر التاريخ، مرورا بالقانون الروماني، الذي كان مشبعا بالروح الفردية، إذ لم تظهر فيه النظرية بوضوح، حيث كانت تسود القاعدة التي تقول: "من استعمل حقه استعمالا قانونيا لا يكون مسؤولا مهما يترتب عليه من ضرر للغير"[2].

و قاعدة" **من استعمل حقه فما ظلم** ".كما نجد أن المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري في القسم الأول من الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني والذي عنوانه المسؤولية عن الأفعال الشخصية، قد نصّت على موضوع التعسف في استعمال الحق، واعتبرته يشكل خطأً، في حالات حددتها حصراً، توجب قيام المسؤولية والتعويض عن الضرر اللاحق بالغير، و الخطأ في مجال المسؤولية التقصيرية هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف، غير أن هذا الانحراف قد يقع من الشخص و هو يأتي رخصةً، و قد يقع منه وهو يستعمل حقاً.

"فالرُخصَةُ (Simple faculté) هي حرية القيام بما لا يحرمه القانون، كالسير، والتعاقد، والكتابة، و التقاضي، و نحو ذلك من الحريات العامة التي كفلتها الدساتير للأفراد أما الحق (Droit défini) فهو مصلحة مرسومة الحدود، يحميها القانون، كحق الملكية مثلا فالتملك رخصةٌ أما الملكية فهي حقٌ. فإذا جاوز صاحبُ الحقّ حدودَ الرخصة، كان هذا

---

(1)محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، وحدة الرغاية، الجزائر، ص304 .

(2) : علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005 ص 210.

خروجا عن الحقّ، وهو خطأ يحقق المسؤولية. فللخطأ على هذا الوجه صورتان، الانحراف في استعمال الحرية، والخروج عن حدود الحق. ولكن الشّخص قد يستعمل حقاً دون أن يجاوز الحدود التي فرضها القانون، ومع ذلك يُلحق بالغير ضرراً من استعماله لحقّه. فهل يتحقق الخطأ إذا لم يخرج الشخص عن حدود حقه، ولكنه تعسف في استعمال هذا الحق؟[1].

إن الإتجاه السائد في الفقه المعاصر يفرق بوضوح بين الخروج عن الحق، وبين التعسف في استعماله، ويجعل كلا منهما صورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية، فالخرج عن الحق هو الخروج عن حدود الحق، وتجاوز لسلطته، أي أن الشخص عندما يخرج عن حدود حقه يعمل في الحقيقة بغير حق[2].

أما التعسف في استعمال الحق، فهو انحرافٌ في مباشرة سلطة من السلطات الداخلة في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل نطاق حقه، ولكنه يتعسف في استعمال حقه. فالشخص الذي يقيم بناء على أرضه، ويجاوز هذه الأرض ويبني على جزء من أرض جاره، إنما يخرج عن حدود حقه، بينما الشخص الذي يقيم حائطاً مرتفعا على أرضه بقصد حجب النور أو الهواء عن جاره إضراراً به، لا يخرج عن حدود حقه ولكنه يتعسف في استعمال هذا الحق.

إنَّ نظرية التّعسُّف في استعمال الحقّ، لا تقتصر في تطبيقاتها على الحقوق المالية فقط وإنما تتسع بحسب معياريها إلى باقي الحقوق، والتي من أهمها الحقوق الزوجية، حيث أن ضبطها وفق مبدأ التعسف من شأنه أن يحفظ لكلا الزوجين وبالأخص للزوجة حقوقها،

---

(1): فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، 1988، ص23.

(2) : مشعل بن مطلق العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة – دراسة تأصيلية مقارنة – ملخص على رابطة جريدة الرياض،بتاريخ: الأربعاء 24 جوان 2009، العدد 14975، منشور على الموقع: http//www.mohamoon-ksa.com، تاريخ الإطلاع على الموقع: 2015/03/25.

حتى تُبنى الأسرة على أُسُسٍ متينةٍ، بصيانة الحقوق، ورعاية الواجبات لكل منهما في إطار من العدل الذي من شأنه بناء كيان تلك الأسرة على الحقوق المُصانة، والواجبات المرعية .

وهكذا كانت الحقوق المتقابلة بين الزوجين هي المحاور المتينة، التي هي أساس سعادة الأسرة وقرارها، وديمومتها، مما يقطع كل ادعاء أن قانون الأسرة الجزائري قد هضم حقوق المرأة بإعطاء الزوج مطلق التصرف فيما منح من حقوق داخل الأسرة، وهذا بموجب ملكه لعصمة الزواج. ولما كانت الحقوق الأسرية تستمد مشروعيتها من الحكم الشرعي[1]، فهي بذلك تسمو لبلوغ مقاصد ومصالح رسمها الشرع، وذلك من خلال إعمال فقه الموازنات، فيجب تقديم المصالح العامة علة الخاصة، والمعتبرة على ما سواها[2].

فالمصالح المرجوة من الحقوق الأسرية هي مصالح شرعيةٌ مقيدةٌ بضوابط شرعية وليست مصالح عقلية واقعية، فلا يجوز للدولة تقييد الحقوق الأسرية إذا كانت ثابتة بنصوص قطعية، غير أنه يجوز لها تقييد مصالح عقلية واقعية، كما يجوز لها تقييد المباح منها بشروط تضمن التنزيل الأسلم للأحكام على الواقع، وبلوغ مقاصدها الشرعية.

يقول الأستاذ الدكتور فتحي الدريني: " إن استعمال الحق لم يُشرع وسيلة للإضرار بالغير أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، وكذلك لم يُشرع ليُتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلةٍ بالنسبة لما يلزم عنه من أضرار راجحة، لأن ضابط المشروعات– كما عُلم بالإستقراء– أنّ كل ما كان ضرره أكبر من نفعه لا يُشرع، وكذلك لم يُشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرارٍ فاحشة تلحق بالغير من الأفراد، أو للإضرار بالجماعة، وكذا لم تكن الحقوق وسائل

---

(1) : عرّف علماء الأصول الحكم الشرعي بقولهم :" خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين طلبا أو تخييرا أو وضعا " ومن هذا التعريف يظهر بأن الحكم عند الأصوليين هو نفس خطاب الله الموجه للمكلف بطلب فعل، أو الكف عنه، أو التخيير فيه، ... وفي هذا يتحدون مع الحقوقيين من حيث مقصد الحكم، ذلك لأن القانونيين يقصدون هم أيضا بالحكم نفس النص الصادر من المحكمة. أنظر: محمد محدة، مختصر أصول الفقه الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر،1990، ص325.

(2): مقتبس عن حميد مسرار، حقوق الأسرة في مدونة الأسرة نحو بناء نظري، من الموقع الإلكتروني http://www.hibapress.com/adm/details بتاريخ 2016/08/12 . 15:33سا.

مشروعة لهذه الأغراض بدا واضحاً ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لمقصد الشارع في التشريع، لأنها استعملت في غير المصالح التي شُرعت من أجلها"[1] .

وبهذا يجب أن يكون لمبدأ إعتبار المآل اهتماماً واسعا في الإجتهاد التشريعي والقضائي عن طريق تحقيق المناط في تنزيل أحكام الشرع على واقع المكلفين، أو أثناء تكييف أفعالهم وفق مقاصد الشارع، وذلك باعتبار أن الأمور تحل وتَحرُم بمآلاتها، إذ المآل ليس شيئا سوى المصالح والمفاسد المتوقعة، أو الواقعة تغليبا أو تقريبا، لما يتسم به هذا المبدأ من سمة علاجية تقوم على أساس التدخل لحسم مادة الفساد بمجرد تحسس آثارها، سواء كانت ناتجة عن قصد مبيَّتٍ من المكلف، أو كانت ناتجة عن فعل مشروع مارسه المكلف، لكن آلت هذه الممارسة إلى مآل ضرري، وسواءٌ كان الضرر واقعا أو متوقعاً، فالحكم واحد عملا بمبدأ الإحتياط، وعملا بما يمكن تسميته من الآن: نظرية التعسف في استعمال الحق، التي تجد امتدادها ضمن القواعد الأصولية المشكلة لمبدأ المآل[2] .

ثم ومع مزيد من الإطلاع على هذا الموضوع، تبلورت لدي جملة تساؤلات تسعى إلى تحديد ضوابط ومعايير فكرة التّعسفّ وما يترتب عليها من آثار ونتائج تمس كيان الأسرة مباشرة، غير أنه ولكثرة مواضع التعسف، وشساعة مجاله بما لا يتحمله هذا ابحث فإني اقتصرتُ على موضعين– تظهر جلية أكثر من غيرها – وهي : التعسف في استعمال الحق قبل نشوء وتكون عقد الزواج، ثم التعسف في استعمال الحق بعد تكون عقد الزواج، وما يصاحبه من مظاهر للتعسف ومجاوزة الحقوق الشرعية.

فهذا البحث حاولت فيه أن أبين أن أصول نظرية التعسف في استعمال الحق موجودة في كتبنا الفقهية القديمة، وليس هذا غريبا فإنه كلما ارتقت البشرية في تشريعها فإنها تقترب

---

(1) : مقتبس عن أحمد الرسيوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، المعهد العالمي لفكر الإسلامي، 1995، ط1، ص138.

(2) : يوسف حميتو، المرجع السابق.

من أحكام الفقه الإسلامي، الذي يثب دائما أنه أرقى التشريعات، وما ذلك إلا لأنه مستمد من كتاب الله الكريم وسنة رسوله، وما تضمنه كل منهما من أدلة تبنى عليها الأحكام.

من هنا ارتأيت البحث في نظرية التعسف ضمن موضوع محصور ومضبوط موسوم بـ: "**مجال التعسف في الحقوق الأسرية بين التوسيع والتضييق عل ضوء الإجتهاد القضائي وأحكام التشريع والفقه الإسلامي**"، ولا أدعي أنني بدأت في هذا البحث من فراغ، وإنما استفدت ممن سبقوني في الكتابة في هذا الموضوع، ولو بصورة عامة، وإن كان لي من جهد في البحث فإن ذلك يظهر في توضيح الصور التي يتجلى فيها التعسف في استعمال الحقوق الأسرية سواء نص عليها القانون أو ذكر أحكمها فقهاؤنا القدامى في كتبهم، ثم في إبداء رأيي في ضوابط ومظاهر التعسف في استعمال هذه الحقوق، وفي ذكر آراء علمائنا القدامى في المسائل المختلف فيها وتحقيق هذه الآراء، ومناقشة أدلتها إن وجدت ، وترجيح ما رأيته راجحا مع بيان مستند الترجيح.

وهذا كله شيء جديد أضفته إلى كتابة من سبقوني في هذا الموضوع، وأرجو أن أكون موفقًا فيما تناولته.

ثم إن هذا الموضوع يمنحنا الفرصة للتعامل مع إشكاليته من خلال الإجابة على كثير من التساؤلات المتعلقة بـ:

حدود التعسف في الحياة الأسرية؛ مظاهره، نطاق التوسع أو التضييق فيه، جزاءاته، أهم الإجتهادات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية المختصة، الثروة الفقهية التي تزخر بها كتب الفقه الإسلامي...

ضف إليه وضعية الأسرة الجزائرية (زوجة، أولاد، زوج، ...) وأثر كل ذلك على الكيان الأسري أولا ثم المجتمعي ثانيا.

- تعريجا على حدود الحق في استعمال الحقوق الأرسة المكفولة شرعا وقانونا.
- حجم مساهمة هذا الضبط في حماية أطراف الأسرة من التعسف الواقع عليهم.

– العوامل المؤثرة في نشوء التعسف وأهم الدوافع إليه، وتأثر العلاقات الأسرية بين مختلف مكونات المجتمع الجزائري.

– دور النظام القضائي ومميزاته...في معالجة قضايا التعسف الأسري والتصدي لها .

وقد يكون منطلق هذه الدراسة نابعا من بعض الميول الشخصية لدراسة هذا الموضوع قصد التعرف على نطاقه وخباياه، لكن هذه الرغبة الشخصية توفرت لها أسس ودوافع علمية جعلتها تترسخ أكثر، وذلك لأن الإهمال ظل يكتنف دراسة هذا الموضوع إلا بعض الكتابات القليلة المتخصصة، ولأن الغموض ظل يحيط بها رغم أهميتها في فهم التحولات الأسرية والاجتماعية والتفاعلات الناتجة عنها، بل حتى في فهم التطورات المتلاحقة التي عرفتها المنظومة القانونية الأسرية بناء على ما أفرزته طبيعة العلاقة بين أطراف الأسرة ومكوناتها.

وقد استقطبت دراسة موضوع التعسف في الحقوق الأسرية اهتمام مجموعة قليلة من الباحثين الذين أنجزوا أعمالا أكاديمية كأطروحة الدكتوراه التي عنوانها "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق – دراسة مقارنة–" لمسعودة نعيمة إلياس والتي ركزت من خلالها على مسائل الزواج والطلاق فقط دون لإلتفات إلى بقية المسائل الأخرى، ومذكرة الماجستير التي كانت من إنجاز نسيمة عليوي حول "العنف ضد المرأة في إطار الزواج" والتي رسمت من خلالها الإطار العام للعنف الذي يكون دافعه التعسف في استعمال الحق الأسري، ومظاهره وحالاته المختلفة أثناء الحياة الزوجية، إضافة إلى مذكرة الماجستير التي أعدها العربي مجيدي حول "نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الأسرة– دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–" والتي بيّن من خلالها طبيعة التعسف وأثره على الأحكام الأسرية، ومذكرة الماجستير التي أنجزها إيهاب محمد عبد العزيز بعنوان "نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية"، والتي أبرز من خلالها فكرة التعسف وأثرها على التعاملات العقارية في المعاملات المدنية.

وعدة مقالات ذات الصلة بالموضوع كمقال الأستاذ بوزيان عليان:" خصوصية نظرية التعسف في استعمال حقوق الأسرة – دراسة تطبيقية مقارنة على قانون الأسرة الجزائري–" والتي فصل فيها المسألة بأدلة شرعية وقانونية مستفيضة مدعما ما ذهب إليه بالكثير من الإجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية التي تصدت لقضايا التعسف في الحقوق الأسرية، كما أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقتصر في تطبيقاتها على الحقوق المالية فقط؛ وإنما تتسع بحسب توافر معيار اعتبار الوصف التعسفي إلى باقي الحقوق الفردية والتي من أهمها الحقوق الزوجية حيث أن ضبطها وفق مبدأ التعسف من شأنه أن يحفظ كلا الزوجين وبالأخص للزوجة الحماية القضائية الموجبة للتعويض. مبرزا خصوصية التعسف في حقوق الأسرة من حيث بيان خطورتها على النظام الأسري ككل. ومقال آخر للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة تحت عنوان "نظرية التعسف في استعمال الحق" والتي أبرز من خلاله بنية هذه النظرية ومفهومها وتأصيلها الشرعي والقانوني وبعض التمثيلات لها.

أما ما يكتسيه البحث من أهمية في هذا الموضوع، خصوصا في ظل محاولات التشويه لمنظومة حقوق الأسرة في الإسلام من خلال تعمد المؤتمرات و الاتفاقيات الدولية الخاصة بالمرأة والأسرة إلى إذكاء التنافسية، بل خلق التنازعية بين حقوق الرجل وحقوق المرأة، داخل الأسرة في إطار عولمة الأسرة، مما أدى إلى استخفاف بعض النساء من بنات جلدتن بحقوقهن الأسرية ومطالبتهن بالمساواة المطلقة مع الرجل في العمل والإنفاق المشترك وحق القوامة، مستغلين في ذلك واقع المرأة العربية في الكثير من المجتمعات الإسلامية، التي تعيش مظلوميةً اجتماعيةً كرّستها العادات الراكدة واستغلتها الموضات الوافدة. فهذ ا التطرف الفكري أدّى إلى فوضى عارمة في المجتمع الواحد، وإلى خَلق طبقة متنافرة، وشيوع الإستغلال الجشع، والتسلط القاهر.مما استوجب إعادة النظر في مسألة إستعمال الحق، وذلك من خلال تقييده، وجعله يتمشى والتطلعات الإجتماعية.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في كونها تكمن في وجهتين: أولاهما علمية، والثانية عملية. فمن الجانب العلمي فإن البحث في هذا الموضوع يكتسي أهمية بالغة باعتبار أن التمتع بالحق واستعماله هو الغاية المثلى للشرائع السماوية والقوانين الوضعية، وعليه نحن أمام حالتين:

الأولى: إما أن تبقى الحقوق على مستوى النظر، حبيسة الذهن، ولو في أعلى صورها في مختلف التشريعات، وهذا لا يغني شيئا في واقع الحياة ومصالح الناس.

الثانية: وإما أن تستعمل هذه الحقوق دون ضوابط قانونية وقواعد تطبيقية سليمة، فتؤدي إلى إساءة استعمال هذه الحقوق، والتعسف فيها، وهذا ما يترتب عليه عدم تحقيق المقصد من وراء هذه الحقوق، وحدودها الشرعية والقانونية، حتى لا يقع التجاوز والتعسف، وبالتالي الإضرار بالطرف الآخر.

أما عن الجانب العملي، فإن هذه الدراسة تكتسب أهميتها العملية من كون أن قضية التعسف في استعمال الحق في قضايا شؤون الأسرة، قضية حيوية خصوصا مع تنامي الدعوة إلى التمتع بالحقوق والحريات على أوسع الحدود، حيث أصبح هذا الميدان – ميدان الحريات الشخصية وحقوق الأفراد – ساحة للصراعات الفكرية والقانونية ، وموقع نظر الكثير من التشريعات العربية والأجنبية، ومحك اختبار لدى الكثير من الهيآت الدولية ومراصد حقوق الإنسان في العالم، فهذا الموضوع وإن كان يوظف المادة الشّرعية والقانونيّة، فهو يستند إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 02/05 متتبعا حالات التعسف في مختلف مواقعه وفقراته، ومقتصرا على المواقع المذكورة سابقاً.

وانطلاقا من أن جل المشاكل والدعاوى أمام المحاكم، سببها الرئيس والغالب هو التعسف في استعمال الحقوق الشرعية وحيث تظهر وبكثرة في الطّلاق التعسفي الصّادر من قبل الزوج بدون مبرر شرعي أو قانوني، ثم نجد بعد ذلك التّطليق للضّرر، والتّعسف في استعمال الزّوجة لحقّها في الخلع، وقبلهما في بعض حالات العدول عن الخطبة، من طرف

الخاطب في غالب الأحيان، والنزاعات الثائرة حول الهدايا، وما قدمه كل طرف للآخر، وغيرها من النزاعات الثائرة بسبب تعسف كل طرف عند استعمال حقه، هذا كله كان محركا لقيام عدة إشكاليات، أهمها تحديد أصول نظرية التعسف في استعمال الحق وبيان ضوابطها، وما موقع هذه النظرية في التشريع الإسلامي؟ وما حدود التعسف ومعاييره عند فقهاء الشريعة والقوانين الوضعية؟، وماهي أبرز تطبيقات نظرية التعسف في قضايا شؤون الأسرة على ضوء قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05. سواء كان قبل نشوء وتكون الرابطة الزوجة أو بعد تكونها.

أما الحالات الأخرى من التعسف في استعمال الحق في قانون الأسرة، فإني لم أجد لها تطبيقات قضائية في المحاكم، ولكن وجدتها في طيات الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا. وخلال السنوات الأخيرة وُجدَت بعض الحالات التي استجدّت، لأنها ظهرت مع صدور التعديل الجديد لقانون الأسرة، خاصة ما تعلق منها بدعاوى التطليق للضرر الناجم عن تعدد الزوجات المخالف لفحوى المواد 08/ و 08 مكرر و53 فقرة 06، من ق أ ج، وكذا التعسف في الإشتراط في عقد الزواج . لكن –كما بينتُ سابقا – ولكثرة مواقع التعسف، وشساعة مواضيعه بما لا يتحمله هذا البحث. فلا يمكن حصر كل مواقع التعسف وتتبعها.

ومن أجل تغطية الموضوع بما يكفي من الدراسة وقصد الإجابة على كل هذه الإشكاليات المشار إليها سلفا، كان من الأوجه الإستعانة بالمنهج المقارن الذي يتيح لي مقارنة أهم مواقع التعسف، انطلاقا من نصوص قانون الأسرة الجزائري ومقابلتها ببعض التشريعات الأجنبية ومذاهب فقهاء الشّريعة الإسلامية، تحليلا ومقارنة ونقدا محاولا الخروج بصورة متكاملة تساهم في التعريف بنطاق ومجال التعسف في الحقوق الأسرية في ظل المنظومة التشريعية الوطنية وبعض التشريعات العربية خصوصا مايتقارب منها مع البناء القانوني الوطني ثم يأتي اعتمادي على المنهج الاستقرائي، الذي يمكنني من تتبع هذه

الفكرة في ثنايا الدراسات السابقة بغية لمّها وتنظيمها حسب ما آراه مفيدا لبحثي، ثم أعتمد المنهج الإستنتاجي الذي أبين به مستقر كل رأي واتجاه وقانون.

غير أن مجموعة من الصعوبات اعترضت إنجاز هذا العمل منها:

قلة الدراسات السابقة التي تناولت موضوع نطاق التعسف الأسري بصفة مباشرة، وهو ما جعل الحصول على المادة العلمية يتطلب وقتا طويلا وجهدا مضاعفا.

– قلة المادة العلمية ضمن المصادر المحلية وتناثرُها ضمن صفحاتها في أحسن الأحوال، وذلك راجع لعدم تخصيص أي منها لموضوع مجال التعسف في الحقوق الأسرية وتفاعلاته المختلفة، وهو ما قلل من فرصة استغلالها رغم أننا استخدمناها بشكل كافٍ دون إقصاء أي منها، وحسب ما توفر منها.

– اهتمام الكتابات المشرقية ببعض جوانب الدراسة كالتعاملات المدنية كالإيجارات والبيوع ...فقط، وهو ما جعلنا أمام حتمية التعامل معها مع الإسقاط على الجانب الأسري، وهذا لكثرة ما لاحظناه من الاختلاف فيما بينها.

– عدم وفرة الوثائق الأرشيفية الخاصة بالأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في قضايا التعسف، على عكس ما يتعلق بالقضايا الأخرى، وهو ما جعلني أضم صوتي إلى جملة الباحثين الذين يُقِرون بصعوبة معالجة قضايا الأحوال الشخصية عموما، وظاهرة التعسف المتعلق بها خصوصا نظرا لعدم وفرة المادة العلمية. خاصة إذا تعلق الأمر ببحث على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد المعدل والمتمم بالأمر 05-02 .

إن الرغبة في إخراج هذا العمل في صورة تليق بأهميته جعلتنا نعتمد على مصادر متنوعة، ذلك أن دراسة نظرية التعسف في استعمال الحق من زاوية الأحوال الشخصية تقتضي بالضرورة تظافر الجهود القانونية والشرعية والفقهيه واللغوية لتكوين صورة شاملة عن

موضوع البحث، ولذلك حاولنا الاستفادة من كل هذا بناء على ترتيب منهجي اقتضاه استغلال ما توفر من المصادر والمراجع .

وتأسيسا على هذا سأحاول تقسيم هذا البحث حسب الخطة التالية:

الفصل التمهيدي: أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية.

يندرج تحته مبحثين كمايلي:

المبحث الأول: أصول نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييرها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أصول نظرية التعسف ومعاييرها في التشريعات الوضعية.

الباب الأول: مجال التعسف وتطبيقاته قبل نشوء وتكون عقد الزواج.

الباب الثاني: مجال التعسف وتطبيقاته بعد نشوء عقد الزواج.

الفصل التمهيدي

أصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ

في التّشريع الإسلامي والتَّشريعات الوضعيّة

المبحث الأول

أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ ومعاييرها في الشَّريعة الإسلاميّة والتشريعات الوضعية.

من المُسَلّم به أنَّ حُصول الأفراد على حقوقهم وسيادة العدل والمساواة هي من أهم اللّبِنَاتِ الأساسية التي قامت عليها الحضارات والشَّرائع السّابقة، ومنها الشَّريعة الإسلاميَّة التي كانت سباقةً في وضع الكثير من الضّوابط والقواعد التي تكفل للأشخاص الحصول على حقوقهم دون المساس بحقوق الغير، أو استعمال الحقّ قصد الإضرار بالآخرين، أو للوصول إلى مصلحة منبوذة شرعاً وعقلاً، عملاً بالقاعدة الفقهية المستمدة من حديثه(ﷺ): « **لا ضرر ولا ضرار** » [1] .

ثم سارت القوانين والتشريعات الوضعية أيضاً على هذا النّهج، وبهذا ظهرت البذور الأولى لنظرية التعسف في استعمال الحق، حيث إن النظرية تُعَدُّ من إحدى أقدم وأهم النظريات التي استند عليها الفقهاء باختلاف مذاهبهم وتوجهاتهم في وضع تشريعاتهم وقوانينهم. فقد عرف القانون الروماني تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق وقيد استعماله بما يحافظ على الأخلاق، ويحقق العدالة. وانتقلت قواعد النظرية إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الكثير من الفقهاء الذين قرروا أن قصد الإضرار بالغير وانعدام المصلحة يعدان تعسفا في استعمال الحق [2].

---

(1): الحديث أخرجه الإمام مالك في الموطأ عن عمر بن يحي عن أبيه مرسلا،وأخرجه الحاكم في المستدرك، والبيهقي والدارقطني من حديث أبي سعد الخدري، وأخرجه ابن ماجه في سننه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت تحت رقم : 2341/2340 – هكذا:[حدثنا محمد بن يحيى. ثنا عبد الرزاق. أنبأنا معمر عن جابر الجعفي، عن عكرمة، عن ابن عباس؛ قال: قال رسول الله :((لاضرر ولاضرار)).موسوعة الحديث النبوي الشريف، الصحاح والسنن والمسانيد، نقلا عن الموقع الإلكتروني " روح الإسلام " www.Islamspirit.com، 2015.الساعة 14.35

(2): إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، **رسالة ماجستير**، جامعة الشرق الأوسط،2012 ص04.

وهذا ما يبين أن فكرة التعسف في استعمال الحق لم تكن غريبة، بل أوصى بها الذوق السليم، والملكة القانونية، فطبقوها على أشد الحقوق إطلاقا ألا وهي الملكية، ولم تكن فكرة التعسف حبيسة أقلام الفقهاء فحسب، بل طبقتها المحاكم والتي كانت تعرف حينها باسم البرلمانات، حيث قضت بأنه ليس لأحد أثناء قيامه بعمله أو صناعته أن يعطل أعمال جيرانه أو أن يجعل سكناهم في منازلهم غير محتملة. غير أن فكرة التعسف وبالرغم من استقرارها في الف قه القانوني وظهورها في تطبيقات قانون المحاكم لم تلبث أن طمست معالمها وزالت أثارها في أواخر القرن التاسع عشر إثر الثورة الفرنسية التي انتهجت وتبنت المذهب الفردي في قيامها والذي يعطي للفرد مطلق الحرية في استعماله لحقوقه غير أنها عادت وعرفت طريقها للتشريع في قضاء المحاكم الفرنسية عقب ذلك[1]

وقد تطوّرت هذه النظريّة في ظلِّ الإشتراكيّة التي جعلت وظيفة القانون المحافظة على المجتمع، وتحقيق المصلحة الاجتماعية، إذ أصبح موضوع التّعسُّف في الحقّ من أهم النقاط التي ارتكز عليها فقهاء القانون المعاصر، لضبط النّوايا والتّصرُّفات، ومنع أصحابها من مجاوزة حدود الحق، حتى أصبحت هذه النظرية نظرية قائمة بحد ذاتها لبيان عدم جواز استخدام الشخص لِحَقّهِ إلا في الحدود التي رسمها له القانون. فإن كان يترتب على استعماله لِهذا الحقِّ إضرارٌ بحقوق الآخرين، هنا يكون مجال تطبيق نظرية التعسف, وبهذا تبيّت التفرقة بين الحقّ والخروج عن نطاقِهِ، وتبين أن المُتَعَسِّف يُمنَعُ من ممارسةِ حقوقه التي وضعها له القانون، إذا تَرتّبَ عليها الإضرار بالآخرين, بينما الخارج عن نطاقِ الحقّ يتجاوز الحدودَ الممنوحة له من قبل القانون وبالتالي يكون مخطئاً ومُلزَماً بإزالةِ هذا التجاوز.

(1): عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 14 وما بعدها.

المطلب الأول: أصل نظريَّة التَّعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي.

الفقهُ الإسلامي أَظَلَّت رايتُهُ بلادَ المسلمين في أكبرِ بُقعةٍ عرفها التاريخُ على وجهِ الأرضِ، ثمانين سنة وثلاثمائة وألفًا –صان فيها حقوق الناس، وحفظ مصالحهم، فنعموا بصلاح التشريع وعدالة القضاء، ذلك العدل الذي من أجله أرسل الله الرُّسُلَ، وأنزل الكتب: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ ﴿٢٥﴾﴾[1].

لهذا جَهِدَ القضاةُ والمفتون من الفقهاء في استنباط الأحكام من مصادر الشريعة، كلما نزلت بهم قضية أو حَزَّ بهم أمرٌ، فكانوا يُحْدِثُون للناس أقضيةً بقدر ما أحدثوا من حوادث، ويصونون فيهم المصلحة التي أرادها الشَّارعُ، كما يقول ﷻ: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[2] . "فقامت بذلك الحجة البالغة على كمال هذا الدِّين، وثبَتَ أن الفقه كائنٌ حيٌّ ينمو ويؤتي أُكله بإذن الله لتلبية حاجات الحياة ومطالبها على اختلاف ألوان المجتمعات في كل عصرٍ ومِصرٍ، ونظرةٌ واحدةٌ إلى تطور الكتب الفقهية من زمن كبار الأئمة المجتهدين تُرِينَا مبلغ الرُّقيِّ المتزايدِ والنُّمو المُطَّرد الذي وصل إليه الفقه في متابعة مستجدات الحياة، وأقضيّة الناس المختلفة" [3].

ومن هذا البُعد المقاصدي للفقه الإسلامي في إقراره وتصوره لفكرة الحق، والذي كان يسعى به إلى التوازن وحفظ حقوق الأفراد والجماعات، كان لزاما أن يكون التصرف مطابقا لقصد الشارع ظاهرا وباطناً. غير أنه ظهر بعض الإنحراف في استعمال الحقوق، إما بسوء نوايا أصحابها، أو بما تنتجه تصرفاتهم من ضرر على الغير، فنتج عن هذا ما عُرف بالتعسف في استعمال الحق، واتسع نطاقه حتى استوى على شكل نظرية متكاملة، قائمة بذاتها، تُعرف بـ:" **نظرية التّعسف** " غير أن هذه النظرية بهذا الإسم منقولةٌ عن رجال

(1) : سورة الحديد ،الآية 25.

(2) : سورة الأنبياء ، الآية 107.

(3) : عليان بوزيان، قابلية الحقوق الأسرية للتعسف، (مقالة خاصة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة إبن خلدون، تيارت،2011.

الحقوق الغربيين؛ ولكنَّ هذه النَّظرية عرفها الإسلام منذ أرسل الله رسوله وأنزل عليه قرآنه، وطبَّقه الناس في قضاياهم، وسائر علاقاتهم شريعةً محكمةً، فتبيَّن الحقُّ كما تبيّنت مصادره وأنواعَ التعدي عليه مباشرة وتسببًا وعمدًا وخطأً، وعن طريق التَّحايل والذَّريعة، فلم تترك الشريعةُ قضيةً من غيرِ حكمٍ، ولا قضية من دون قضاء، ولا حق بلا ضبطٍ، ولا اعتداءٍ بلا ردعٍ" [1].

الفرع الأول: تعريف الحقّ في اللغة والإصطلاح.

في الواقع إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يضعوا تعريفا خاصًّا للحقّ، رغم أنهم استعملوه بكثرة، وأسهبوا في الكلام عنه، ومَرَدُّ ذلك أنهم رأوه واضحاً، فاستغنوا عن تعريفه أو لأنهم اكتفوا بمعناه اللغوي الشامل [2].

أولاً: الحق لغة :

جاءت كلمة الحق للدلالة على جملة من المعاني، أهمها: الحق نقيض الباطل، وهو الثابت واللازم، والواجب، وهو الشيء الموجود الثابت الذي لا يسوغ إنكاره.[3]، والحق كذلك خلاف الباطل، وهو مصدر حقَّ الشّيءُ إذا وجَبَ وثَبَتَ [4]، كما أن القرآن الكريم استعمل لفظة "الحقّ"، بمعانٍ متقاربة مع ما سبق ذكره.

قال جل جلاله: ﴿ قَالَ ٱلَّذِينَ حَقَّ عَلَيۡهِمُ ٱلۡقَوۡلُ رَبَّنَا هَٰٓؤُلَآءِ ٱلَّذِينَ أَغۡوَيۡنَآ أَغۡوَيۡنَٰهُمۡ كَمَا غَوَيۡنَآۖ تَبَرَّأۡنَآ إِلَيۡكَۖ مَا كَانُوٓاْ إِيَّانَا يَعۡبُدُونَ ﴾[5].

(1) :عليان بوزيان، المرجع السابق. ص03.

(2): علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، (د د ن)، القاهرة، 1965، ص 36.

(3): إبن منظور ، لسان العرب، ج1، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 680 وما بعدها .

(4): الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الملكية العامة، ج1، (د د ن)، (د س ن)، ص 197.

(5): سورة القصص، الآية63.

كما أورد الإمام الزمخشري[1] في تفسيرها:« أي وجب عليه مقتضاه وثبت» [2]، وقال جل جلاله:﴿ لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴿٧﴾ ﴾[3]. قال الإمام القرطبي في تفسيرها:« أي وجب العذاب على أكثرهم»[4].

ثانياً: الحقّ اصطلاحاً :

إن الوجوه المتعددة لمعاني كلمة الحق وتأويلاتها لا تخرج عن المعنى اللغوي السّالف ذكره، فإن دلَّ هذا على شيء، فإنما يدل على رسوخ معنى كلمة الحق، وثبات دلالته على مقصوده نحو كل ما أقره الشارع وحماه الشرعُ.

1- الحق في اصطلاح علماء الفقه الإسلامي:

لم يُؤْثَر تعريفٌ فقهيٌّ محدَّدٌ لكلمة الحقّ، وهذا اكتفاءً من الفقهاء بالمعنى اللغوي، رغم استعمالهم الكثير للفظة "الحقّ"، التي أطلقوها على كل ما أثبته الشّرعُ وأقرَّهُ وحَمَاهُ، فتارةً يستعملونه إستعمالا عاماً شاملاً، كأن يريدوا بها مصلحةً، أو عيناً تكون للشخص بمقتضى الشرع سلطةٌ للمطالبة بها، أو منعها عن غيره، وتارة يستعملونه استعمالا خاصاً ويحددونه بالمصلحة الشرعية الإعتبارية التي لا وجود لها إلا بعد اعتبار الشارع لها، مثل: حق الشفعة، وحق الخيار في البيع، وحق الطلاق، وحق الولاية....كما أطلقوه على مرافق العقار، كحق الشُّرب والمسيل، أو ما ينشأ عن العقد من التزامات، كوجوب نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ووجوب دفع الثمن إلى البائع[5].

---

(1) هو أبو القاسم جار الله محمود ابن عمر الزمخشري الخوارزمي، إمام كبير في التفسير والتأويل واللغة، ولد سنة 467هـ وتوفي 538هـ، من مؤلفاته :" الكتاب في تفسير القرآن الكريم" و"تفسير الكشاف".

(2): الزمخشري محمد بن عمر، الكشاف، ج3، دار الفكر، بيروت، (د س ط)، ص 187.

(3): سورة يس ، الآية 7.

(4): القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ج5، (د د ن)، (د س ن)، ص7.

(5): عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،ج1، دار إحياء التراث العربي، (د س ن)، بيروت، ص9.

واستقراءًا لما تمَّ بيانُه، فإنه يظهر جلياً من خلال هذه الإستعمالات لكلمة الحق، أنها لا تبتعد عن المعنى اللغوي المراد به الثبوت، ومما لا يجب إغفاله في هذا الموضع، آراء واتجاهات الفقهاء المعاصرين في محاولاتهم وضع تعاريف دقيقة للحق تتميز عن المعاني اللغوية، وتعريفات قدماء الفقهاء. فعرفه الشيخ علي الخفيف: « إن الحق قد يكون مصلحة لمستحقه، تتحقق له بها فائدة مالية أو أدبية،....»[1]. وعرفه الدكتور فتحي الدريني بقوله: « الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع، أو لهما معا، يقررها الشارع الحكيم»[2].

غير أنّ كلا التعريفين، وغيرهما من التعاريف التي تطرقت لهذا الموضوع، يؤخذ عنها تعريف الحق بغايته، لا بذاته، فالحقُ ليس مصلحةً، وإنما وسيلةٌ تحقق مصلحةً، وعلاقةٌ اختصاصيةٌ بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها .

غير أن الدكتور فتحي الدريني أورد تعريفين أَقوَمُ مما سبق، لما نقل تعريف الحق بأنه : « إختصاص يقر به الشرعُ سلطةً أو تكليفاً» [3].

وبتعريفٍ قريبٍ منه:« الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة »[4]. ويظهر من هذين التعريفين شمولهما لنواحي الحقّ، ويتجلّى هذا من خلال الألفاظ المستعملة بدقة، والتي تُظهِرُ حقيقة الحق وجوهره.

ومن جهة أخرى، نرى أن كلا التعريفين يؤسسان لنظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك من خلال تقييد الحق بمصلحة مشروعة، هي سبب إقرار الشرع للإستئثار والإختصاص. فهذه الحماية للإختصاص تزول بمجرد تحول صاحب الحق بالغاية المشروعة للحق، أي أن الحق مقيد بالغاية الموضوعة له شرعاً، وليس مطلقا إطلاقا يؤدي إلى الإنحراف في استعماله .

(1): علي الخفيف، الحق والذمة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1945، ص 37.

(2): فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط4، بيروت، 1984، ص188.

(3): مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام ،ج3، مطابع ألف–باء–الأديب، دمشق، ط9 ، (د س ن)، ص10.

(4): مصطفى أحمد الزرقاء ، المرجع نفسه ،ج3، ص 10.

وكل هذه النتائج ما هي إلا خلاصة وأثرٌ لمنشأ الحق في الفقه الإسلامي، وهو الحكم الشرعي، الذي لا يعتبر الحقوق وليدة إنسانية الإنسان، بل هي مِنَحٌ إلهية جعلية، وُضعت لغايات ومقاصد سامية واجب على العبد مراعاتها والإلتزام بها [1].

2- الحق في اصطلاح علماء أصول الفقه :

بما أن الحق في الفقه الإسلامي، مبناه ومستمده هو الحكم الشرعي الذي هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين إقتضاءً، أو تخييراً، أو وضعاً، فقد برزت عناية علماء الأصول[2] بتقسيمات الحق، لهذا قسموه بحسب المقصود من أفعال المكلفين التي يتعلق بها خطاب الشارع إلى قسمين رئيسيين هما[3] :

- أ- الحق العام:

وضابطه ما يتعلق به النفع العام للمجتمع من غير اختصاص بأحد، كالانتفاع بالطريق العام، والأنهار العامة، والمساجد، وهذا يثبت للناس جميعًا حق الانتفاع به والدفاع عنه.

- ب - الحق الخاص:

وهو ما تتعلَّق به مصلحة خاصَّة للفرد، كحقِّه في ملكه، أو في ولايته على ولده. وميَّز العلماء بين الحقَّين: بأنَّ الأول لا يمكن تمليكه ولا إسقاطُه، والثاني: يمكن تمليكه وإسقاطه.

وما دام التَّعسُّف في استعمال الحق شاملاً للقسمين، فإنه يمكن إدماجهما في تعريف واحد نستخلصه من الاستعمالات المختلفة للفقهاء، وهو ما يثبت للإنسان استيفاؤه، سواء

---

(1) : عليان بوزيان، المرجع السابق، ص03.

(2): القرافي، الفروق، ج1، دار المعرفة، بيروت،(د س ن)، ص140؛ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص87؛ إبن الشاط، أنوار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع على هامش الفروق،ج1، ص142. محمد محدة، المرجع السابق ، ص325 وما بعدها.

(3): عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 1990، ص100.

أكان عامًّا أو خاصًّا، وسواء أكان حقًّا متعلقًا بالمال، كحق الملك في الأعيان، وحق الانتفاع بالعين المستأجرة أو المستعارة، وحق الحبس في المرهون، أم كان حقًّا غير مالي، كحق الولاية للشخص على أولاده، وحق الزَّوجية ومنه حق الطَّاعة لولي الأمر، وحق الشُّورى للأفراد الذين يتأهلون لذلك وغيرهما من الحقوق السياسية [1].

كما أنّ الفقه الإسلامي لا يأبى تقسيم فقهاء القانون للحق إلى شخصي وعيني.

فالأول: دَينٌ أو عمل أو امتناع عن عمل لشخص على آخر، كالثمن المؤجل، ومنفعة الأجير، والامتناع عن الانتفاع بالمرهون أو الوديعة.

والثاني: المتمثل في الحق العيني، الذي هو علاقة اختصاص لشخص على شيء في مواجهة الناس جميعًا، كحقِّ الملك، وحقِّ التَّصرُّف في المَملوك، وحقِّ الارتفاق بالشرب والطريق، ووضع الجذوع على حائِطِ الجار.

وأسباب اكتساب هذه الحقوق إمَّا اختياريَّة، وإمَّا جَبْرِيَّة، فالأولى: العقد، والعمل النافع كالفضالة، ومنها ما لو أنفق على اللقيط بغَيْرِ إذْنِ القاضي عند المالكيَّة، والعمل الضَّار كارتكاب الجرائم، والامتناع الضار. أما الثانية فمثل خطاب الشارع إلزاما بالفعل أو الترك وتحديد أنصبة الورّاث التي جُبر المكلف بعدم تجاوزها، إذ أنها تُكسب حقوقا ثابتة لا تسقط.

والسَّبب الجَبْرِي أمران:

الأوَّل: أوامر الشّارع، كالإنفاق على الأولاد، والضّرائب من العُشْر، والخَرَاج، والزَّكاة.
والثاني: كالإرثُ الذي تنتقل به الملكية من المورِّثِ إلى الوارث، وبها يكتسب حقَّ التَّملك جبراً .كما قسَّم الإمامُ الشَّاطِبِيُّ الحقّ إلى قسمين، حقُّ الله، وحقُّ العبد[2].

---

(1): أحمد فهمي أبو سنة، **نظرية التعسف في استعمال الحق**؛ مجلة الأزهر، ج5، السنة34، ديسمبر1962، ص463-467.

(2): الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، تحقيق عبد الله دراز، دار الحديث، القاهرة، 2006، ص315 .

الفرع الـثـاني: تعريف التَّعسف لغة واصطلاحا.

قبل التطرق للتعريفات الإصطلاحية لابد من الإشارة أن هذا المصطلح لم يظهر عند المتقدمين، والتَّعسُّف في استعمال الحقِّ تعبيرٌ واردٌ إلينا عن الحقوقِيِّين الغربيين.

فعند ترجمة كلمة l'abus des droits، فكلمة l'abus تُرجمت إلى إساءة، ولكن دَرَجَ فقهاء القانون العرب على استعمال كلمة تعسّف، في حين آثر بعضهم كلمة إساءة[1].

فالتَّعسُّف في استعمال الحقِّ هو: استعمال الحقّ على وجهٍ غير مشروعٍ، فالمفروض أن الحق أمرٌ مشروعٌ ومباحُ الاستخدام، ولكن الذي استعمله نحا في ذلك نحوًا غيرَ مشروع، كما سيتبين هذا فيما بعد. غير أنه يجب التّفريقُ بين التَّعسُّفِ، وبين الفعلِ الضَّارِ أو الامتناع الضّار، لأن الأخيرين أمر غير مشروع، أي ممنوعٌ ومحرَّمٌ من أوَّل الأمر، أما التّعسُّف فهو استعمال الحقِّ المشروع على وجهٍ غير مشروعٍ.

أولاً: التّعسُّف لغة.

ورد في المعجم الوسيط : (تعسف) في الكلام تكلّف، وعسف فلاناً أي ظلمه [2].

وعسف عن الطريق أي مال وعدل، وتعسّف فلانٌ فلاناً إذا لم يُنصفه، ورجلٌ عسوفٌ أي ظلوم لم يقصد الحق، ولذلك سُمي الأجيُر المستهانُ به عَسيفاً[3].

ثانياً: التعسف اصطلاحا:

وبهذا المعنى يمكن البحث في تأصيل التعسف، وعرض آراء الأصوليين والفقهاء في هذا المعنى، ومنه يتضح كذلك ماهية التعسف وطبيعته، تمييزا له عن مجاوزة الحق، والتعدي، والخطأ الذي هو محور المسؤولية التقصيرية في القانون الوضعي.

---

(1): فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 46.

(2): المعجم الوسيط،ج2، مجمع اللغة العربية ،القاهرة، ط1998،3 ص601.

(3) : مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط،ج3، مؤسسة الرسالة بيروت، (د س ن) ، ص181؛ ابن منظور، المرجع السابق، ج9، ص 245-246

التعسف عند الفقهاء وعلماء الأصول:

إتحدت كلمة فقهاء الشّريعة الإسلاميّة على أنه لا يسوغ استعمال الحق للحصول على منفعة مع الإضرار بالغير، ويتجلى هذا المبدأ مثلا في منع المالك من التعسف في استعمال ملكه بما يلحق ضرارً بالغير ولو عاد بالنفع عليه، فقد جاء في المدونة :« قال سمعت مالكا يقول وسُئل رجلٌ له أرض وحوله زرع للناس في أرضهم، فأراد صاحب الأرض أن يمر بماشيته إلى أرضه في زرع القوم، قال: إن كان ذلك يُفسد زرعهم فلهم أن يمنعوه"[1].

أما فقهاء الحنفيّة فأوردوا أنه يجب استعمال الحق طبقا للغرض منه، كما في ولاية الأب أو الولي على القاصر، فإن خرجا عن هذا الغرض اعتُبِر عملهم تعسفاً. كما أن استعمال الحق اعتبر غير مشروع إدا نتج عنه ضررٌ فاحشٌ لَحِقَ بالغير[2]، إعمالا للحديث الشريف الذي قال فيه النبي (ﷺ) «...**وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌ**»[3].

أما عند الشافعية[(4)]، فقد نُقل عن الإمام الشافعي، أنه لم يكن يقبل فكرة التعسف في استعمال الحق، لأنه ذهب بإطلاق الحقوق لأصحابها في استعمالاتهم المختلفة، وذلك لأنه لا يعتد بالقصد والدافع لاستحالة معرفتها، وخفائها في النفس، ويقتصر على الحكم على ظواهر الأفعال التصرفات مادامت مستوفيةً لشروط المشروعية الكاملة[(5)]. غير أن هذا الرأي لقي معارضة في المذهب بما ذهب إليه فقهاؤه بعد الإمام الشافعي، فنجد الإمام الغزالي الذي لم يقل بإطلاق الحقوق والحكم على الأعمال والتصرفات، بحكم الظاهر دون النية والقصد والغاية، لأن الحقوق لم تُمنح وتُعطى إلا لغايةٍ معينةٍ وغرضٍ، وعليه يحكم على

(1) :مالك بن أنس ،المدونة الكبرى،ج6 ، (د د ن)، (د س ن)، ص 194-195.

(2):الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج6، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت ،1982، ص 194.

(3) :الحديث رواه الإمام مسلم في صحيحه تحت رقم 1394 – هكذا:[حدثنا محمد بن بشار حدثنا عبد الوهاب. حدثنا أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعد بن زيد،- عن النبي (ﷺ) قال "**من أحيى أرضا ميتة فهي له. وليس لعرق ظالم حق**". قال هذا حديث حسن غريب.

(4) : الشافعي محمد بن إدريس ، الأم،ج3، ط1، دار المعرفة ، بيروت، 2002،ص74.

(5) : أنور سلطان، نظرية التعسف، مجلة القانون والإقتصاد، 1947، العدد الأول، ص 87.

التصرف بناء على هذا القصد، وعلى هذه الفكرة بحث الغزالي جملة من الحقوق، كحق الزواج والطلاق، وحق التّعدد، والتعاقد وحقوق الجوار.....[1]. وهكذا أصبحت هذه الفكرة التي أرساها الإمام الغزالي قاعدة أُسِّسَ عليها مبدأٌ قانونيٌّ الغرض منه تحريم التعسف وسوء استعمال الحق [2].

أما عند الحنابلة[3]، فإنه على وفق ما استقر عليه الأمر عند الإمام الغزالي في المذهب الشافعي أخذ الإمام ابن قيم الجوزية ، بمبدأ نسبية الحقوق وعدم الإقتصار على ظاهر التصرف وشكله دون مراعاة الغرض والقصد منه، وذلك لما سيؤول إليه إطلاق الحقوق من ظلمٍ وتفويتٍ للعدالة فيقول هذا الإمام: « الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره، وهذا نصٌ في أنَّ من نوى التحليل كان محللاً، ومن نوى الربا بعقد التباين كان مرابياً»[4] .

هكذا نخلصُ في الأخير أن مجمل ما ورد من آراء وفروع فقهية في المذاهب الفقهية الأربعة من أحكام تتعلق بالتصرفات واستعمال الحقوق، ووجوب استعمالها بوجهٍ مشروعٍ، شكلاً ومظهراً، وقصداً وغايةً، أدَّى إلى استقرار واستواء فكرة التعسف في استعمال الحقِّ في الفقه الإسلامي على أصولها، رغم أنها لم تكن تَتَسَمَّى باسمها، إلا أنها استقرت وفق معايير ثابتة، جعلتها تتأسسُ كنظريةٍ متكاملةٍ فيما بعد على أيدي الفقهاء المعاصرين. ومن أشهر تعاريفهم ما جاء به الدكتور فتحي الدريني « مناقضة قصد الشارع في تصرفٍ مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»[5]، وعرفه الشيخ محمد أبو زهرة « إستعمال الحق بشكل

(1): الغزالي أبو حامد، إحياء علوم الدين،ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص 233 .

(2) : أنور سلطان، المرجع السابق، ص 88.

(3): إبن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1992، ص 128؛ إبن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، دار الجيل، بيروت، (د س ن)، ص165.

(4): ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ج3، ص 164.

(5): فتحي الدريني، المرجع السابق ص 87.

يؤدي إلى الإضرار بالغير إما لتجاوز حق الإستعمال المباح عادة، أو لترتب ضررٍ بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق»[1].

كما عرفه الدكتور محمد زكي عبد البر « إدخال الضرر بغير حقٍّ»[2].

ومن خلال عرض هذه التعاريف يمكن ترجيح ما ذهب إليه الدكتور الدريني، لأن التعسف في استعمال الحق يتعلق بالأمر المشروع أساساً، أما ما تجاوز الحق وخالفه فهو أمرٌ ممنوعٌ شرعاً، ولا يتعلق بإساءة استعمال الحق .

وبعد ما تبيَّنت معاني التَّعسُّف في اللغة وفي اصطلاحات الفقهاء وعلماء الأصول باختلاف مذاهبهم ورؤاهم الفقهيه، لابد من التّطرق إلى نظريّة التّعسُّف في كل من القرآن الكريم والسنة النبوية، لمحاولة الوقوف على مدى أصالة هذه الفكرة كنظرية متكاملة في المصدرين الرئيسيين للتشريع الإسلامي .

الفرع الثالث: نظرية التعسف في القرآن الكريم والسنة النبوية.

يقوم التشريع الإسلامي على مصدرين أساسيين هما القرآن الكريم والسنة النبوية الصحيحة، اللذان يهدفان إلى جلب المنافع والمصالح، ودرء المضار والمفاسد، في عاجل الناس وآجلهم، لهذا كانت غالب الآيات القرآنية والأحاديث النبوية آمرة بالحسنى، نابذة للتسلط والظلم والتعسف.

أولا : نظرية التعسف في القرآن الكريم.

إن القرآن الكريم، جاء لصالح العباد في عاجلهم وآجلهم، وقَصدُ الشّارع هو المحافظة على الضروريات وما يرجع إليها من حاجيات، وهو ما كلَّفَهُ الله للعبد، فلا بد أن يكون

(1): محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب، القاهرة، 1963، ص 91.
(2): محمد زكي عبد البر، إساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مجلة القانون والإقتصاد، 1986، ص47.

مطلوباً بالقصد إلى ذلك، فمن ابتغى غير ذلك فقد ناقض الشريعة وبَطُلَ عملُهُ، وهدف الشّارع هو تحقيقُ المصالح ودرءُ المفاسد، وأحكامُه كلها مبنيةً على العدلِ والإحسان.

يقول الله ﷻ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ﴾[1].إن هذه الآية وغيرها كثيرٌ تأمر بالحسنى وتنبذ الظلم والتعسف.

وقال الله ﷻ ءَايَتِ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيۡكُم مِّنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡحِكۡمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ﴾[2]. والمراد من الآية: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْ﴾، أي لا تراجعوهن بقصد إلحاق الضرر بهن وإيذائهن بالحبس أو تطويل العدة حتى يضطررن إلى الفدية، ودفع المال لكم، لأنه اعتداءٌ عليهن[3].

قال الإمام الطبري في تفسير هذه الآية:«...إن راجعتموهن في عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن بإمساككم إياهن ومراجعتكم إياهن ضرراً واعتداءً...»[4]. ففي هذه الحالة عُدَّ تصرفه تعسفاً وجب درؤه بأن ترفع أمرها إلى القاضي وأن لا تستأنف عدة جديدة كما ذهب إليه الإمام مالك، وهذا معاملة له بنقيض قصده، فثبت أنَّ هذه الآية أصلٌ في التعسف[5].

فقد أمر الله تبارك وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقا رجعيا يحق له فيه أن يراجعها، أن يتصرف تصرفًا حسنًا فيما يتصل بأمر المرأة، إذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا

(1): سورة النحل، الآية 90.

(2) : سورة البقرة، الآية 231.

(3): وهبة الزحيلي،التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر، ط1، دمشق، 1991، ص 351.

(4): محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري،ج5، تحقيق بشار عواد معروف وعصام فارس الحرشاني، مؤسسة الرسالة، 1983، ص 897.

(5) : فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 105.

مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها، فإما أن يمسكها أي يراجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينوي أن يعاشرها بالمعروف ، أو يسرحها أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من مترله بطريقة حسنة، من غير شقاق بينهما ولا مخاصمة ولا ظلم، وقد كان الرجل قبل نزول هذه الآية الكريمة –كما قال العلماء -يطَلّق المرأة فإذا قاربت عدتها على الإنقضاء أرجعها إلى عصمته وهو غير محتاج إلى مراجعتها يريد الإضرار بها حتى لا تتزوج غيره ثم يطلقها بعد ذلك، فتدخل في عدة جديدة، فإذا قربت العدة أن تنتهي طلقها طلقة أخرى، حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها العدة فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تتزوج غيره ، فنهاهم الله عن ذلك، وتوعدهم عليه بقوله تعالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمسِكُوهُنَّ بِمَعرُوفٍ أَو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعرُوف وَلَا تُمسِكُوهُنَّ ضِرَارا لِّتَعتَدُواْ وَمَن يَفعَل ذَٰلِكَ فَقَد ظَلَمَ نَفسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوا وَٱذكُرُواْ نِعمَتَ ٱللَّهِ عَلَيكُم وَمَا أَنزَلَ عَلَيكُم مِّنَ ٱلكِتَٰبِ وَٱلحِكمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيءٍ عَلِيمٌ﴾.[1] .أي ظلم نفسه بمخالفته أمر الله تعالى، لأنه يعرض نفسه لعقاب الله سبحانه[2].

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على حرمة التعسف في استعمال الحق ، أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يملكها الزوج على زوجته ما دامت في عدتها من طلاق رجعي، وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى أن يستعمل الزوج حقه في ذلك استعمالا مشروعا، وهو أن يمسكها في عصمته إذا كان ذلك مصحوبا بالمعاشرة الحسنة، ونهى الله عز وجل عن أن يستعمل الرجُلُ حقّه في ذلك بصورة غير مشروعة، كأن يمسكها في عصمته وهو يريد بذلك الإضرار بها، وهذا هو الإساءة في استعمال الحق.

وقال الله ﷻ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ﴾[3].

(1): سورة البقرة، الآية231، نقلا عن: أحمد فهمي ابو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص132.

2: الحافظ إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ، مطبعة دار إحياء الكتب العربية.(د س ط)،ج1،ص.280–281.

(3) : سورة النساء، الآية12.

تدل هذه الآية أن الله تعالى قيّد مشروعية الوصية بعدم الإضرار، أي النَّهي عن المضارة بالورثة، بعدم إدخال الضرر عليهم كأن يوصي بدين،أو يزيد عن الثلث في الإيصاء، فإن زاد فإنه يرد إلاَّ أن يجيزه الورثة لأن المنع لحقوقهم لا لحق الله تعالى، وذكر الإمام الفخر الرازي في تفسيره:« واعلم أن الضِّرار في الوصية يقع على وجوهٍ، أحدها أن يُوصِي بأكثرَ من الثلث، وثانيها أن يُقِرَّ بكلِّ ماله أو ببعضه لأجنبي، وثالثها أن يُقِرَّ على تسديد دَينٍ لا حقيقةَ له دفعاً للميراثِ عن الورثة »[1].

فقد بين الله سبحانه نصيب كل من الزوجين والأخوة لأم من الميراث فيجب أن تكون وصية الإنسان محققة للعدل، لا أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيف كأن يوصي الشخص بحرمان بعض ورثته، أو ينقصه عن حقه في الميراث، أو يزيده على المقدار الذي قدره الله .

ووجه الاستدلال من هذه الآية على تحريم التعسف في استعمال الحق أن الوصية مع أنها حق للمورث فإنه لا يجوز له أن يستعمل حقه هذا إلا على وجه مشروع، كأن يوصي ببعض ماله في وجه من وجوه الخير في حدود ثلث أمواله، ولا يجوز له أن يستعمل هذا الحق بطريق غير مشروع، كأن يوصي بزيادة بعض الورثة عن باقيهم، أو يحرم البعض مما له من الميراث، أو ينقصه عنه، أو يقر بدين غير حقيقي حتى يضار الورثة، فمثل هذه الوصايا التي فيها إضرار بالورثة ممنوعة، وهي إساءة لاستعماله لحقه في الوصية.

ثانيا: نظرية التعسف في السنة النبوية.

أصلُ هذا مارواه أبو سعيد الخُدْرِيِّ (ﷺ)عن النبي (ﷺ) :«**لا ضَرَرَ ولا ضِرَار** »[2]، فقد أرسى هذا الحديث أصلا من أصول الدِّين ،وهو إبعاد الضرر بكل وجوهه وصوره، قال عنه

(1): تفسير الفخر الرازي، ج5، دار الفكر، بيروت ، 1995، ص 234 .

(2): أ خرجه مالك في الموطأ مرسلاً، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، (د س ن)، ص1078؛ الشوكاني في نيل الأوطار، ج5، دار القلم ، (د س ن)، ص261؛ ابن رجب، جامع العلوم والحكم،ج1، ص 302.

الإمام الشوكاني :«... فإنه قاعدةٌ من قواعدِ الدِّين تشهدُ له كلياتٌ وجزئياتٌ...حيث أن ما جاء فيه مُجملاً فقد فصلته أحكام الشريعة بما ثبت من نصوص القرآن الك ريم، أو من السنة أيضاً، كالنهي عن مضارة الأبوين ببعضهما في شأن الرَّضاعة، والنّهيُ عن المضارة في الوصية والنّهي عن الإضرار في الرجعة...»[1].

كما أن هذا الحديث جاء عامّاً في النهي عن الأفعال غير المشروعة، لأنه جاء بمطلق اللفظ عن الضرر، مما يجعل هذا الحديث أصلا من الأصول التي تبنى عليها نظرية التعسف في استعمال الحق. وقال (ﷺ) :« **خصلتان ليس فوقهما شيءٌ من الشَّرِّ، الشرك بالله والضَّرُّ بعباد الله، وخصلتان ليس فوقهما شيءٌ من البِرِّ، الإيمان بالله والنفع لعباد الله** »[2].

وروى ابن عباس (رضي الله عنه) أنّ النّبي (ﷺ) قال:« **لا تلقوا الرُّكبان ولا يبع حاضرٌ لبادٍ**»[3]، فقيل لابن عباس: ما قوله: لا يبع حاضرٌ لبادٍ؟ قال: لا يكون له سمساراً، وكذا وجوب الحجر على المفلس في تصرفاته المالية، فكل هذه الأحكام تعود علتها إلى الضرر المترتب والناشئ عليها .

وكذلك ما روي أنه (ﷺ) قال: « مثل القائم على حدود الله والواقع فيها ،كمثل قوم استهموا على سفينة، فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلهما فكان الذين في أسفلها إذا اسْتَقَوْا من الماء مرُّوا على مَن فوقَهُم، فقالوا : لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقا ولم نُؤْذ مَن فوقنا، فإن يتركوهم وما أرادوا هلكوا جميعا، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا »[4].

(1) : محمد بن علي الشوكاني، المرجع سابق ص 261.

(2) : البخاري، الصحيح، فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ بن حجر العسقلاني، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، 1969 ص6.

(3) : أخرجه الإمام البخاري، كتاب البيوع، باب كره أن يبيع حاضر لباد بأجر، حديث رقم2159، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1969، ص 372.

(4): الحديث أخرجه الإمام مسلم في صحيحه.

وجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف أن الذين في أسفل السفينة مع أن لهم الحق في استعمال نصيبهم في السفينة استعمالا مشروعا كالجلوس والنوم فيه، وما شابه ذلك، وهذا أمر لا يحتاج إلى برهان، فإن الحديث قد بيَّن أنهم عندما يريدون استعمال هذا الحق استعمالا غير مشروع يؤدي إلى الإضرار بهم وبغيرهم إضرارا جسيما لا يبرره أنهم يريدون أن يخففوا الجهد الذي يبذلونه عند الشرب، لأن هذا التخفيف سيؤدي إلى هلاكهم وهلاك غيرهم في السفينة فجاء هذه الحديث يبين وجوب منعهم من استعمال حقهم على هذا الوجه غير المشروع.

يقول الشيخ عيسوي أحمد عيسوي معلقا على هذه الأحاديث ومبينا ص لتها بنظرية التعسف :« يعتبر قانونا عاماً في الفقه الإسلامي، هو الذي تقوم عليه كل نظرية التعسف في استعمال الحق، فإن فحوى هذه النظرية هو منع استعمال الحقوق على وجهٍ يُلحق الضرر بالغير، أو على وجه يكون فيه الضرر اللاحق بالغير أكثر من النفع العائد على صاحب الحق، بحيث ينعدم التناسب بينهما، وهذا ما نصت عليه هذه الأحاديث النبوية »[1].

ونَخْلُصُ إجمالاً إلى أنَّ هذه الأحاديث – وغيرها كثيرٌ – قد أرست نظرية التعسف في استعمال الحق، في معيارها المادي المبني على نفي الضرر الناشئ على الأفعال المشروعة والمباحة أصلاً، والتي تتحمل معناها الأحاديث النبوية من خلال إطلاق لفظ الضرر كما سبق بيانه.

بهذا يكون قد تبيّنت أصالة نظرية التعسف في القرآن والسنة، وننتقل الآن إلى بيان أصول هذه النظرية في القوانين الوضعية.

المطلب الثاني:معاييرُ التّعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي وتقديرها.

سبق بيان أن نظرية التعسف، نظريَّةٌ مستمدَّةٌ من الفقه الإسلامي، ومتأصِّلة منذ نزوله وأن أساس التعسف في الشريعة الإسلامية هو المناقضة بين قصد التشريع من إباحة

(1): عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة الخامسة، العدد الأول، (د س ن)، ص 68.

الفعل، وقصد الفاعل من فعله، طبقا للقاعدة المقاصدية التي أقرها الإمام العز بن عبد السلام :" كل تَصَرُّفٍ تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل" أي أن الأصل العام الذي يُعدُّ معياراً عاماً للتعسف، هو استعمال الحق في غير ما شُرِّعَ له[1].

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي .

إنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يرد على لسانهم كلمة تعسف، بل كانوا يطلقون كلمة التّعدي، ولكن هذا الإطلاق ينبغي ألا يبعدنا عن حقيقة التعسف، إذ ليست العبرة بظاهر اللفظ بل بالحقيقة والطبيعة، وفي الواقع أن نظريّة التّعسُّف مرتبطة أساساً بطبيعة الحق وغايته، وهي نظرية مستقلة لها معاييرها الخاصة التي يتأسس عليها القول بوجود التعسف من عدمه، فلهذا وجب بيان وتفصيل معايير التّعسُّف في استعمال الحقّ في كل من الفقه الإسلامي .

أولا: المعيار الذاتي أو الشخصي.

رغم اختلاف الفقهاء في تحديد المعايير، غير أنهم لم يخرجوا عن معيارين أساسيين، هما بمثابة المحور الذي يدور حوله تحديد التعسف في استعمال الحق، وهذين المعيارين هما المعيار الشخصي والمعيار المادي.

ففي المعيار الأول يتم التركيز على العوامل النفسية التي تبعث صاحب الحق على التصرف بذلك الشكل من خلال قصده الإضرار بغيره، أو أنَّ الباعث إلى المصالح التي يريد تحقيقها غير مشروع، ويندرجُ تحت هذا المعيار معياران ثانويان هما : تمحضُ قصدِ الإضرارِ بالغيرِ، وقصدُ غرضٍ غيرِ مَشْرُوعٍ.

(1) : العز عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ص 122.

01- تمحّضُ قصد الإضرار بالغير :

وفي هذا المعيار ننظر في العامل النّفسي الذي حرّك إرادة صاحب الحق، باستعماله لحقه وتصرفه فيه إضراراً بغيره، فإذا لم تكن له أي مصلحة في هذا الإستعمال، كان استعماله تعسُّفاً محرما وجب منعه. كما قرر كل من فقهاء الحنفية[1] في نظرة الإمام أبي حنيفة وصاحبيه، وفقهاء المالكية[2] أن انعدام المصلحة الذاتية قرينة على قصد الإضرار بالغير[3]، وهذا لصعوبة وعسر استجلاء نية وقصد الإضرار، ويُعَدُّ هذا الضابط أو المعيار أوضح معايير التعسف، لأن قصد الإضرار بالغير ممنوعٌ في الشريعة، دلَّ على هذا أكثر من دليلٍ، مما سبق بيانه في التدليل على أصالة النظرية في الفقه الإسلامي[4].

وفي هذا يقول الإمام الشاطبي :« لا إشكال في منع القصد إلى الإضرار من حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أن لا ضرر ولا ضرار في الإسلام »[5]. ويعني بذلك أن أي عمل كان القصد منه الإضرار بالغير يُعَدُّ حراماً، ولاشك أن استعمال الحق بقصد الإضرار هو أكثر صور التعسف قُبحاً، وأجدرها بالمنع، فقد يستعمل الشخص حقه بقصد التشفي، وإشباع الأحقاد. كما نجد لهذا المعيار تطبيقات عديدة في الفروع الفقهية مما أورده فقهاء المالكية، فقد جاء في التّبصرة :

---

(1): عبد الله محمود الموصلي الحنفي، الإختيار لتعليل المختار،ج3، مراجعة وتصحيح محسن أبو دقيقة، ط3، دار المعرفة، بيروت، 1975، ص 83 وما بعدها؛ زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط3، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ص112

(2): أبو الوليد بن رشد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، (د س ن) ؛مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم، ج4، مرجع سابق، ص 253-254. كما أشار إلى هذا المعنى كل من الدرديري والدسوقي في الشرح الكبير، وابن رشد في بداية المجتهد.

(3): محمد حسنين، المرجع السابق، ص 311.

(4): محمود فتحي، المرجع السابق، ص 204.

(5): الشاطبي أبو إسحاق، الموافقات في أصول الشريعة، ج2، المرجع السابق، ص 493.

« أنه لو ادعى صعاليك على أهل الصلاح والطهارة دعاوى باطلة وليس لهم من قصد سوى التشهير بهم وإيقافهم أمام القضاء إيلاماً وامتهاناً، فلا تُسمعُ الدَّعوى ويُؤدَّبُ المُدَّعِي»[1].

وكذا لو أراد الزوج أن يسافر بزوجته إلى بلدٍ بعيدٍ وهو غير مأمون عليها لا يريد بذلك إلا الإضرار بها وإيذائها أو سلب مالها، فيُقْضى بمنعه من السَّفَرِ بها للإضرارِ[2].

كما أفتى الفقهاءُ[3] بتحريم طلاقِ المريض مرض الموت – طلاق الفارّ – وعدم وقوعه، لأنه يريد به منع الزوجة من ميراثه، فإنها ترث ولو بعد انتهاء عدَّتها، عقابا له بنقيض نيّتِه، وكما قرروا تحريم وصية الضِّرَارِ وبُطلانها. وبناءً على هذا فقَصْدُ الإضرار بالغير يُعَدُّ أوضح حالات التَّعسف لأن القصد العام في الحقوق هو تحقيق مصالح العباد، لا الإضرار بالناس، ويُقصد بالإضرار بالتَّصرف كون الفاعل قد ناقض قصد الشَّارع، وهدفه من تشريع الحقّ، وإيجاده فوجب منع المناقِض ومعاملتُه بنقيض قصده، وكل هذه التطبيقات يجمعها قرينة قضائية استخلصها القضاء:« إن استعمال الحقّ دون منفعةٍ، قرينةٌ على أن – مستعمل الحق– لم يقصد سوى الإضرار بغيره، فنيَّة الإضرار مفترضةٌ في هذا الحال »[4].

02– قصدُ غرضٍ غير مشروع.

ومعناه أن صاحب الحق، يقصد باستعمال حقه ويهدف إلى تحقيق مصلحة وغرض غير مشروع، لأنه ينافي الغرض ويخالف القصد الذي شُرِع ذلك الحق لأجله، فحينئذٍ يكون ذاك التَّصرفُ باطلاً سبب مخالفته لقصد الشارع من وضع الحقوق. كما أن

---

(1): إبن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج2، مراجعة طه عبد الرؤوف سعد، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1986، ص 156 وما بعدها، وهذا ما يسمى بالدعاوى الكيدية.

(2): إبن عابدبن، حاشية رد المحتار، ج3، دار الفكر، 1979 ، ص147.

(3): وهم المالكية والشافعية وجمهور الحنفية ، أنظر: إبن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص383؛ ومحمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 314.

(4) : فتحي الدريني، المرجع السابق ، ص87.

هذا موقع اتفاق بين العلماء[1] على بطلانه، لأنه تحايل على المصالح التي بُنيت عليها الشريعة، وهدمٌ لقواعدها.

ومن أوضح الصُّوَر التي تدل على هذا، استعمال الزوج حق تأديب زوجته الناشز عن طريق الضرب لحملها على الطاعة، فإن استعمل هذا الحق وابتغى به غير التأديب، كالإنتقام مثلاً أو التعبير عن كرهه لها أصبح فعله هذا تعسفاً غير مشروعٍ. وفي هذا أورد الشيخ محمد عليش صاحب مِنح الجليل:« فإن تحقق – للزوج– أو ظن عدم إفادة الضرب، أو شك فيها فلا يضربها لأنه وسيلة لإصلاح حالها، والوسيلة لا تُشرع عند ظنِّ عَدَمِ ترتِيبِ المقصودِ عليها »[2].

وكذلك البيع الذي قُصِد به الرِّبا، وما شَاكَلَهُ من بيوعِ العِيِّنَةِ، لأنه ربا كذلك، أو شراء ما باع بأقل من الثمن الذي باع به قبل قبض الثمن، حيث تكون زيادة الثمن المؤجل رباً. وكذا زواج التحليل لأن الزواج وُضِعَ للعِشرةِ الدائمة، وتكوين الأسرة والمحافظة عليها، والتحليل قُصِدَ به عملٌ مؤقّتٌ مذمومٌ عند الله لا تقبله الشّريعة[3]، ومحرمٌ بصريح السّنّة القوليّة، فيما رواه عبد الله بن مسعود(رضي الله عنه) عن النبي (ﷺ) :« لعن رسول الله (ﷺ) المُحَلّلَ والمُحَلَّلَ لهُ»[4].

بهذا نكون قد بيّنا المعيار الذاتي أو الشخصي كمعيار عام، وما يندرج تحته من معيارين فرعيين ونبيّن الآن المعيار الأساسي الثاني الذي هو المعيار الموضوعي أو المادي .

---

(1): كالإمام الشاطبي في الموافقات، مرجع سابق؛ محمد الطاهر بن عاشور في مقاصد الشريعة الإسلامية، الشركة التونسية للتوزيع، ط1، 1978؛ وأبو حامد الغزالي، المستصفى، طبعة بولاق، القاهرة،1423هـ؛ مدكور محمد سلامة، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة ،1976؛ عبد الوهاب خلاف، مصادر الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، دار القلم، ط3، الكويت، 1972.

(2): محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل، ج2، دار صادر،(د س ن)، ص176.

(3): إسماعيل العمري، مرجع سابق، ص 139.

(4) : أخرجه الترمذي، كتاب النكاح، باب 28، حديث رقم 1120، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،(د س ن)، ص428 .

ثانيا: المعيار الموضوعي.

إنّ هذا المعيار يتعلق بما ينجمُ عن استعمال الحقّ من مضار ومفاسد في الحال والمآل بغض النظر عن نية صاحب الحق، ويكيِّف التعسف على أساس الضرر الناتج من استعمال ذلك الحق، وعليه يُمنع صاحب الحق من ممارسة حقه مادام يضر بالآخرين ضرراً فاحشاً، أما الضرر المألوف فلا بد من تحمله والتسامح فيه، ويندرج تحت هذا المعيار ثلاثة معايير فرعية :

01 – أن يستعمل الحق بقصد تحقيق مصلحة، أو دفع ضررٍ فيترتب عليه ضررٌ بالغير أعظم من المصلحة المجلوبة أو الضرر المدفوع، أي عدم تناسب بين المنفعة المشروعة التي يقصدها صاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير جراء ذلك[1]. وعلى هذا الأساس تم ضبط الحق وتقييده بأن لا يَنْجَرَّ عنه مضرة للغير، أو مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما ينتج عنه من ضرر فاحش وكل هذا يمكن تأصيله بالحديث النّبوي الشّريف: في قوله(ﷺ):«**لا ضرر ولا ضرار**»[2].

ومن الأمثلة الواضحة على هذا مَنْعُ الإحتكار لقوله (ﷺ):« **لا يحتَـكِرُ إلا خَاطِئٌ**». وإعمالا لهذا ذهب فقهاء المالكية إلى أنه يجب على الحاكم واستعانةً بأهلِ الخبرة تسعيُر السِّلَع لإزالة الضرر العام[3]، وكذلك منع بيع تلقي الركبان [4].

---

(1) محمد حسنين ، المرجع السابق، ص312 .

(2) : أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحي عن أبيه مرسلاً،كتاب الأقضية، باب الترغيب في القضاء بالحق، حديث رقم 1429، وأخرجه الحاكم في المستدرك، من حديث أبي سعيد الخدري، وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة ابن الصامت، ورواه أحمد في المسند ،المجلد5، الباب04. نقلا عن موسوعة الحديث النبوي الشريف، المرجع السابق.

(3):أحمد سعيد المجيلدي، التيسير في أحكام التسعير، تحقيق موسى لقبال، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط2، 1981، ص15.

(4) وصورة هذا البيع أن يخرج التاجر لتلقي الوافدين من الريف إلى المدينة لبيع محاصيلهم، فيشتريها منهم بأقل من ثمنها الحقيقي في السوق، ثم يدخلها إلى المدينة فيبيعها بثمن مرتفع.

وقياسا على هذا يصح للحاكم منع الناس من زراعة ما لا تحتاج إليه الأُمَّةُ، أو ما فيه ضررٌ لها، كزراعة نبات القات، والبنج، والحشيشة، وغيره من المخدرات، وضابط منع هذه التصرفات هو الإخلال بالمصلحة العامة وتعريضها للضرر، وذلك أن الفقه الإسلامي يبني نظرية التّعسُّف على مبدأ مهمٍ هو التوازن بين المصالح العامة والخاصة، وعند التعارض تقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. جاء في المدونة:« قلتُ: فلو أن رجلا بنى قصراً إلى جانب داري ورفعها عليَّ وفتح فيها أبواباً، وكُوى يُشرف منها على عيالي، أو على داري، أيكون لي أن أمنعه من ذلك؟. قال مالك :(نعم يُمنع من ذلك) »[1].

وجاء في المُغْني :« وليس للجار التّصرف في ملكه تصرفاً يضرُّ بجاره نحو أن يبني فيه حمّاماً بين الدُّور، أو يفتح خبازاً بين العطارين، أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره يجتذب ماءها، وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة »[2].

وعليه فإنه من ضوابط التعسف في التصرفات واستعمال الحق، لُحُوُق ضررٍ غير معتادٍ بالغير سواء كان فاحشاً أو مساوياً للمصلحة المُرَادة من التّصرف، وهذا ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية حين عرَّفت الضّرر الفاحش بأنه :"ما يمنع الحوائج الأصلية أي المنفعة الأصلية المقصودة من العقار" [3].

02- أن يستعمل حقه الثابت استعمالاً غير متعارف عليه بين الناس وغير معتادٍ فيترتب عليه ضرر للغير، ويمكن التمثيل لهذا بمن استأجر داراً فحمل على سقفها مالا يتحمله، أو سقى زرعه بطريقة غير معتادة فتسبب كثرة الماء في إتلاف زرع جاره، أو من يرفع صوت المذياع متسببا في إزعاج جيرانه وإيذايتهم. والضابط في كون استعمال هذا الحق معتاداً أو

---

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى،ج6، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، دار صادر، بيروت، (د س ط)، ص51.

(2) ابن قدامة المقدسي الحنبلي، المغني، ج5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص 51.

(3): مادة 1199، مجلة الأحكام العدلية ، ج3، ص 213.

غير معتادٍ هو العرف وليس مقدار الضرر الناشئ، أو أن يتم التحاكم إلى أهل الخبرة والتخصص، لأنه يُمنع من التصرف في استعمال الحق، إذا استعمله بوجه غير معتادٍ، حتى ولو لم يُؤَدِّ إلى ضررٍ، لأن عدم الضرر لا يمنع من وجوده واقعاً [1].

03 – استعمال الحق استعمالا فيه إهمالٌ أو خطأٌ ينشأ عنه ضررٌ بالغير، أي استعمالا لم يُراعِ فيه صاحبُه وجه الإحتياط فأضر به غيْرَه، وهذا ما يُعرفُ بالخطأ الذي هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية.

وعليه يمكن إجمال هذا المعيار في انعدام المصلحة المشروعة، فيكون بذلك استعمال الحق تعسفياً إذا لم يكن لصاحبه مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلةً، بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرارٍ، وسواء كان الخطأ في الفعل ذاته كمن أراد صيداً فطاش السهم فأصاب إنسانا أو حيوانا بضررٍ، فرغم أن الصيد مباح لكنه لم يحترس له مما أدى إلى إحداث ضررٍ بالغير، وبناء عليه يلزم الفاعل بالتعويض عن الضرر الناتج عن تصرفه، وهذا لوجوب الإحتراس في كلٍّ من القصد والتصرف[2].

وبتتبع مختلف آراء فقهاء الشريعة – التي سبق عرضها – فإننا نجد تأصيلا لها بما ورد في القرآن الكريم من عدم ترتيب أي ضمان أو تأثيم على ما لا يمكن الاحتراس منه عادةً .

ومنه قوله جل جلاله: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾[3].

---

(1): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج4، ط1، دار الفكر،1991، ص 35 .

(2): وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج4، ص 37 .

(3) : سورة النساء، الآية 92.

كما أنه بموجب هذا المعيار فلا ضمان على ما لا يمكن الإحترازُ منه، وفي حال استعمال الرُّخص، إلا إذا ثبت التفريط، ووقع الضَّرَرُ على الفرد أو الجماعة فحينئذٍ يُعَدُّ التصرف تعسفاً لأنه يندرج ضمن مبدأ استعمال الحقّ على وجهٍ غير مشروعٍ، والذي هو أحد صور التّعسّف الواضحة.

وبهذين المعيارين– الذاتي والموضوعي – وما اندرج تحتهما من معايير فرعية يتسع مجال نظرية التعسف ليشمل الحقوق والمباحات والرُّخَص، لأنها كلها مشروعة بما لا يخالف قصد الشارع منها وهو تحقيق المصالح والمنافع ودرء المضار والمفاسد، دون أن يترتب عن كل هذا ضرر للفرد أو الجماعة. وعلى هذا الأساس قرر فقهاء الشريعة الإسلامية مبدأ الموازنة بين المصالح المرجوة والمضار المتوقعة، فإن رجحت هذه الأخيرة مُنِعَ العملُ وعُدَّ تعسُّفاً في استعمال الحقّ في غير وجهه المشروع، لأن الحقوق لم تشرع لتكون وسائل مفضيةً لأضرار فاحشة تلحق بالغير فإن أدَّت إلى ذلك كانت مُناقضةً لمقصود الشارع لأنها استعملت في غير ما شُرِعت لأجله[1].

وبمقارنة هذه المعايير، وتوضيح كيف إعتمدها فقهاء الشريعة الإسلامية، والعلاقة بينها نظرياً وعمليًّا، ومدى ملاءمتها للواقع المعيش، ومستجدات وقضايا الناس، فإننا نَخلُصُ إلى مجموعة من النتائج:

أ– أن المذهب المالكي– مقارنة بغيره من المذاهب الإسلامية– يتميز بأنه أكثر المذاهب استثمارا لنظرية التعسف، وذلك بالنظر إلى طبيعة أصوله التي تتميز بالطابع المقصدي المحض.

ب – أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ترتكز على نظرية الباعث التي هي إحدى النظريات الفقهية ذات الارتباط بمبدأ اعتبار المآل، أي نتائج الأفعال.

---

(1) : فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 281.

-ج أن الفقه الإسلامي عامة، والمذهب المالكي خاصة، يتعدى الفعل إلى النّيَّات والمقاصد سواءٌ تمَّ التَّصريحُ بها أو استُفِيدَت من القرائن والأحوال المحيطة بالفعل.

د- أن الحقّ الممنوح من الشرع لا يستقيم في الذهن تصور إفضائه إلى مفسدة، ومتى وقعت هذه المفسدة قصدا أو مآلا فهي من ممارسة المكلف لهذا الحق لا من الحق ذاته.

هـ- أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مبناها على أن الشريعة حين أباحت الحقوق فإنها قد راعت المآلات والنتائج، ومن ثم فإن المكلف ملزم بمراعاة هذا المقصد وعدم مناقضته حتى لا يعود ذلك على تصرفه بالبطلان حفاظا على مقصدين جوهريين:

أولهما العدل، وثانيهما المصلحة، وهما مقصدان جوهريان بمثابة الحاكم على أفعال المكلفين وتصرفاتهم .

و- أن الفقهاء يحرصون على أن يكون فعل المكلف سالما من المناقضة لقصد الشارع، ومن هنا يأتي توظيفهم لقاعدتي سد الذرائع والحيل اللتين هما قوام نظرية التعسف في استعمال الحق وهما آليات التدخل الوقائي للمفتي أو المجتهد اعتبارا للمآل ووقوفا عند النتائج.

ز- إن ارتباط نظرية التعسف في استعمال الحق هو امتزاج المعيار الذاتي المتمثل في قصد الإضرار ونيَّة التعسف، بالمعيار الموضوعي المتمثل في مراعاة النتائج.

ح- أن فقهاء الفقه الإسلامي ترجموا في عملهم إعمال كلا المعيارين حسب واقع التصرف سواء في التصور التجريدي للأحكام، أو في تكييف الأحكام ومقاصدها على أفعال المكلفين.

ط أنه لا اعتبار للمعنى المجرد للحق، إذ الحق لا يحفظ صفته إلا إذا كانت ممارسته ضمن الإطار المقصدي لأحكام الشريعة[1].

(1) : يوسف حميتو، المرجع السابق، ص 6.

ي- أن الفقهاء طبقوا نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن إطار الفهم السليم للواقع المحيط بالنوازل المعروضة عليهم، وفتاواهم تثبت عدم انعزالهم عن واقعهم، وجمعهم بين معرفة واقعهم ومعرفة الواجب فيه، وهذا يثبت البعد التنزيلي للأحكام في أمثل صُوَرِهِ، خاصةً في جانبِ منعِ الضّرَر قبل وقوعه، أو رفعه حال وقوعه، ومنع صاحب الحقّ من قصد الإضرار بحجّة التَّمتع والتّصرف بحقِّه، ممَّا يجسِّدُ واقعِيَّةَ الفقه الإسلامي، وصلاحيته لتولي ضبط تصرفات الأفراد وإحاطتها بقواعد ملائمة تؤكد ريادتَهُ في صياغة نظرية التعسف في استعمال الحق، وتأسيسها على أصولٍ سليمة[1].

بعد أن بيَّنَّا أهم معايير التعسف في استعمال الحق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، بمختلف مذاهبهم ورؤاهم الفقهية، وجب الآن تقدير هذه الإتجاهات لتتضح المسألة وضوحا بينا.

الفرع الثاني: تقدير معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي .

من خلال ما تمَّ بيانه فيما سبق من معايير يتحدد بها التعسف في استعمال الحق، فإنه يظهر جليا التباين بين اتجاهات فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معايير التعسف، وعليه كان لزاماً أن نحاول تقدير هذه المعايير التي كانت منشأ الخلاف بين الفقهاء باختلاف اجتهاداتهم ومذاهبهم الفقهية .

إنَّ فقهاء الشّريعة الإسلاميّة وباستقرائهم للأصول العامّة للشريعة، قد صاغوا قواعد مضبوطة، لهذا كان للمعيار المادي الذي ينبني عليه أساس الضرر تطبيقاتٌ متعددةٌ، أُجملت على شكل قواعد فقهية تضبط التصرفات، وتهدف إلى تحقيق المقاصد السّامية للشريعة الإسلامية وذلك بجلب المنافع والمصالح، ودرءُ المضار والمفاسد، وتقديم المصلحة العامّة على الخاصّة.

(1): يوسف حميتو، المرجع السابق، ص 7.

لهذا يمكن تقدير هذا المعيار – المادي– أنه مرتبطٌ بالنظرة الإجتماعية التي تعود بالمصلحة العامة لهذا فقد تمَّ تقييد هذه الحقوق بهذه الغاية[1].

ولأجل هذا كانت أحكامهم على تصرفات صاحب الحق مبنية على الإرادة الظّاهرة، أي على نتيجة التّصرف واستعمال الحق، وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية والشافعية كما سبق وتأكيدهم على صعوبة إثبات النَّوَايا. وهذا دليلٌ كاف على أن هذا المعيار قوامهُ نظرةٌ إجتماعيّةٌ محضةٌ.

أما المعيار الذاتي الذي أساسه قصد صاحب الحق في استعمال حقه وغايته من وراء ذلك فإنه يظهر جليّاً باستناده إلى سوء نيَّة صاحب الحقّ، وإلى هذا توجّه الإمام الشّاطبي في قوله: «... فإن الأعمال بالنيات، والمقاصد معتبرة في التصرفات، فلا يصلح منها إلا ما وافق قصد الشّارع فإذا كان قصدُ المكلّف إيقاعُ المشقّة فقد خالف قَصْدَ الشّارع، وكل قَصْد خَالَفَ قَصْدَ الشَّارع باطلٌ »[2] .

وبعد هذا يظهر مدى الموازنة بين المعيارين عند فقهاء الشّريعة الإسلاميّة، ومنه كانت تلك المعايير مقرّرةً في الفقه الإسلامي على شكل قواعد فقهية تتصف بما تتصف به القاعدة القانونيّة من العموم والتّجريد والإقتران بالجزاء .

ويرجع الفضل في هذا إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد صاغوا هذه المعايير على شكل قواعد مضبوطة بعد استقرائهم الأصول العامة للشريعة الإسلامية التي تهدف إلى جلب المنافع والمصالح ودرء المضار والمفاسد. فهي إذن نظرةٌ إجتماعيةٌ تعود بالمصلحة العامّة والتي هي أساس المعيار المادي، ولا تُلغي المعيار الذاتي الذي ينبني على النيات والمقاصد مع الإستناد إلى القرائن الخارجية كمؤشر على براءة أو سوء النّيّة.

---

(1): عبد السلام التونجي، المسؤولية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 236.

(2): أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق عبد الله دراز، المجلد الثاني دار الحديث، القاهرة، 2006، ص 351.

كما أنّ الطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي عند إقراره للحقوق الفردية والجماعية مع الأسس التي وضعها لحفظ التوازن بين المصالح عند التعارض، يجعل نظرية التعسف في استعمال الحق مرتبطة بفكرة الحق، كما أنها – نظرية التعسف– تتأسس على أصول بمثابة تدابير احترازية لمنع مجاوزة الحقوق، حيث أنه لو بَني الفقه الإسلامي تشريعه على تقديس الحق الفردي لتَجَاوَزَ الفردُ حدودَ استعمال ذلك الحقّ، ولو نادى الفقه الإسلامي بالحقوق الجماعية لوحدها لما بقي للفرد من حقّ، ولكن من حكمة فقهاء الشريعة أنهم أسسوا نظرية التعسف على المعيارين معا بصفة متلازمة، أما إذا تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة فإنه يُسار إلى الترجيح بما يدفع الضرر العام والأشد، وهذا ما لم يعرفه القانون الوضعي إلا في العصور المتأخرة وفق النظرية الحديثة لفكرة الحق.

بهذا يكون قد اتضحت جليا أصول نظرية التّعسُّف في استعمال الحقّ، وأهم معاييرها في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ في التشريعات الوضعية. (المعايير والتقديرات)

بعد ظهور البذور الأولى لنظرية التعسف في استعمال الحق، وحيث إنها تُعَدُّ من إحدى أقدم وأهم النظريات التي استند عليها الفقهاء باختلاف مذاهبهم وتوجهاتهم في وضع تشريعاتهم وقوانينهم. فقد عرف القانون الروماني تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق، وقيد استعماله بما يحافظ على الأخلاق، ويحقق العدالة. وانتقلت قواعد النظرية إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الكثير من الفقهاء الذين قرروا أن قصد الإضرار بالغير وانعدام المصلحة يعدان تعسفا في استعمال الحق[1].

(1): إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط،2012 ص04.

وأن هذه النظرية تم تطبيقها على أشد الحقوق إطلاقا ألا وهي الملكية ولم تكن فكرة التعسف حبيسة أقلام الفقهاء فحسب، بل طبقتها المحاكم والتي كانت تعرف حينها باسم البرلمانات، غير أن فكرة التعسف وبالرغم من استقرارها في الف قه القانوني وظهورها في تطبيقات قانون المحاكم لم تلبث أن طمست معالمها وزالت أثارها في أواخر القرن التاسع عشر إثر الثورة الفرنسية التي انتهجت وتبنت المذهب الفردي في قيامها والذي يعطي للفرد مطلق الحرية في استعماله لحقوقه غير أنها عادت وعرفت طريقها للتشريع في قضاء المحاكم الفرنسية عقب ذلك [1].

الفرع الأول: أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ في التشريعات الغربية

أولا: ماهية الحقُّ في اصطلاحات فقهاء القانون:

رغم أن غالبية فقهاء القانون سلَّمُوا بفكرة الحقّ، باعتبار أنها فكرة لازمة من النّاحية الإجتماعية، ومن ناحية الصياغة القانونية، غير أنه لا إجماعَ منعقدٌ بينهم على وضع تعريفٍ للحقِّ. ومردُّ هذا الصعوبة في ضبطِ ظاهرةٍ قانونيةٍ مجرَّدة تنطبق على حالات فردية لا يمكن حصرُها بتعريفٍ محددٍ. كما أن التَّعريف عملٌ نظريٌ قد يتأثر باتجاهاتٍ معينةٍ للمعرِّف[2]. لهذا إختلفوا في تعريف الحق، كلٌّ حسب منظوره، وبما تأثر به من مذاهب متعددة في هذه القضية.

---

(1): عامر حسين، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء الحقوق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص14 ما بعدها.

(2): رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، (د س ن)، ص 19.

01- الإتجاه التقليدي[1] :

الملاحظ على هذا الإتجاه، أن أنصاره في تعريفهم للحق لم يعتنوا بتحليل الحق، وإبراز عناصره، وخصائصه المميزة، وإنما اكتفوا وركزوا على جانب من جوانبه فقط، لأنه إذا لاحظنا أن الذين نظروا إلى الحق من جهة صاحبه، وهو ما يعرف بالإتجاه الشخصي فإنه يقابله الإتجاه الموضوعي، الذي يرى أصحابه إلى الحق من جانبه الموضوعي، والغاية منه وليس إلى شخصِ صاحبه.

وهناك مسلك ثالث بين الإتجاهين، حاول الجمع بين النظريتين، وهو ما يعرف بالإتجاه المختلط[(2)] .

02- الإتجاه الشّخصي[3].

إنطلاقا من تركيزهم على جانب صاحب الحق، يرى أصحاب هذا الإتجاه أن لصاحب الحق إرادة مهيمنة تنشط في نطاق معلومٍ، لذلك يعرفون الحق بأنه تلك القدرة أو السلطة التي يخولها القانون لشخص معين في نطاق معلومٍ[4]، فجوهر الحق عند أصحاب هذا الإتجاه، هو الإرادة التي تجعل الحق صفة تلحق صاحبه، فتجعل إرادته متمتعة بقوة سلطان بالنسبة لأعمال معينة هي مضمون الحق .

---

(1): المذاهب الفلسفية بوجه عام تدخل ضمن دراسة فلسفة القانون، ولمزيد من التفصيل يُنظر مؤلفات الفقيه دابان(Dabin)،" النظرية العامة للإلتزام"، و"قن تكوين القانون الوضعي"، و"فلسفة النظام القانوني الوضعي".

(2): نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 21.

(3): وهو مذهب نشأ في أحضان الفقه الألماني في القرن التاسع عشر، ويعرف بالنظرية الإرادية، وينظر فقهاء هذا الاتجاه إلى الحق من خلال صاحبه، ولذلك فهم يعرفون الحق على أنه: (القدرة أو السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم) .وأبرز فقهاء هذا الاتجاه الألمانيان، وينشيد (Wincheid) وسافيني، وGierek وأخذ عليه أي الاتجاه ربطه للحق بالإرادة، وخلطه بين ثبوت الحق ومباشرته، فقد تثبت حقوق لفاقدي الإرادة كالمجنون والصبي، وحتى دون العلم كالغائب، بينما مباشرة الحق لا تكون إلا بتوافر الإرادة، فالصبي تثبت له حقوق، ولكن لا يباشرها إلا ببلوغه

(4): حسن كيرة ،المدخل إلى القانون ،منشأة المعارف، الإسكندرية ، ط5،1974 ،ص 431.

غير أن هذه النظرية، وهذا التعريف للحق، كانا محل انتقادات كثيرة، أهمها أن تعريف الحق بكونه إرادة، يجعل التعريف قاصراً من أن يشمل كل أصحاب الحق، إذ لو كان الحق سلطة إرادية، لوجب ألا يكون لعديمي الأهلية حقوقاً، كالصبي غير المميز، والمجنون، لأن كل منهما فاقد للقدرة، وبالتالي فلا إرادة له، ومع ذلك فإن لهما حقوقا يقرها القانون ويعترف بها. وأيضا فإن هناك من الحقوق ما ينشأ بدون علم صاحبه، ودون إرادته، كحق الموصى له في الوصية، الذي ينشأ بإرادة الموصي، وينتج أثره القانوني بعد موته[1]. فالموصى له قد ثبت له الحق قسراً دون علمه، وكذا الأمر بالنسبة للوارث، في مال مورثه، ومع هذا فلا ينازعهما أحد في حقيهما، ومنه فانعدام الإرادة لا يمنع من وجود الحق.

وكذلك فإن هذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقية لها[2].

كما أن أصحاب هذا الإتجاه يخلطون بين الحق واستعماله، لأن الإرادة ليست لازمة لقيام الحق، ولكن قد تكون لازمة لإستعماله، بل حتى أنها لازمة للإستعمال في كل الصور فالصغير والمجنون مثلا يستعملان حق الملكية بالسكنى مع أنهما عديمي الأهلية .

وبكلِّ هذا يتّضح قصور هذه النظرية– نظرية الإرادة – في تعريفها للحقّ في جميع جوانبه، لأنها لا تَنُصُّ على جوهر الحقّ، ولكنّه تَنصَبُّ على أمرٍ خارجٍ عنه وهو مباشرة الحقّ.

(1): شمس الدين الوكيل، محاضرات في النظرية العامة للحق، مطبعة نهضة مصر،(د س ن)، ص 08.

(2):محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، مكتبة وهبة، مصر، (د س ن)، ص 09.

03- الإتجاه الموضوعي[1] .

ينظر أصحاب هذا الإتجاه[2] إلى الحق من جهة موضوعه والغرض منه، فيعرفونه بأنه : « مصلحة يحميها القانون»[3]. ووفقا لهذا الإتجاه، فإن الحقّ يتشكل من عنصرين أحدهما موضوعي وهو الغاية أو المصلحة التي تتحقق لصاحب الحق، سواء كانت مادية أو معنوية أو أدبية، وعنصر ثان، هو العنصر الشكلي، المتمثل في الحماية القانونية التي تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق إلى تحقيقها وإدراكها.

غير أن هذه النظرية لم تسلم من الإنتقاد كذلك، ويؤخذ عنها تعريف الحق بغايته لأنها اعتبرت المصلحة هي معيار وجود الحق، لأنه قد توجد المصلحة ويتخلف الحق، كما لو فرضت الدولة رسوما جمركية على بضائع مستوردة، ففي هذا الفرض حماية لأصحاب الصناعات المحلية لحمايتهم من المنافسة. ومع هذا، فإن هذه المصلحة لا تعطيهم الحق في فرض هذه الرسوم بأنفسهم، مما يجعل المصلحة لا تصلح أن تكون معياراً للحق، باعتبارها غايةً للحق، ومرادنا هو تعريف الحق نفسه.

---

(1): المذاهب الموضوعية لم تقف عند الحد الشكلي للقوانين ، كالمذاهب الشكلية السابقة، ولكنها تنظر على جوهر القانون وموضوعه، وتذهب إلى تحليله فلسفيا،واجتماعيا للتعرف على طبيعته وكيفية نشأته، أي أنها تأخذ بمعايير موضوعية واجتماعية في تأسيس القوانين .

(2): وهم أصحاب الإتجاه الموضوعي" مذهب الغاية الإجتماعية"، بزعامة الفقيه الألماني أهرنج (IHERING)، وهو اتجاه ظهر كرد فعل للإتجاه الشخصي. والذي يعرف كذلك بنظرية المصلحة، وينظر فقهاء هذا الاتجاه إلى الحق من خلال موضوعه، ولذلك فهم يعرفونه على أنه: (مصلحة يحميها القانون، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو معنوية (أدبية)). وهذا الفقيه كان يرى بأن جوهر الحق هو المصلحة، ويضيف عنصراً شكلياً هو حماية القانون.وقد أنتقد هذا الاتجاه لاعتماده في تعريف الحق وتحديده على المصلحة، رغم كونها ليست جوهر الحق، بل هي الغاية المرجوة منه، وهو وسيلة تحقيقها .

(3) :حسن كيرة ، المرجع السابق ،ص 433؛ عبد الودود يحي،المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية ،القاهرة ، مصر 1981، ص 252.

04- الإتجاه المختلط[1] .

وهو اتجاه جمع فيه أصحابه بين الإتجاهين السابقين(الإتجاه الشخصي والإتجاه الموضوعي)، أي الجمع بين عنصري الإرادة والمصلحة، على تباين بين مؤيديه، في تغليب أحد العنصرين على الآخر، فالدين غلَّبُوا عنصر الإرادة عرَّفوا الحق بأنه قدرة إرادية معطاة لشخص معين لتحقيق مصلحة يحميها القانون. أما الذين غلبوا عنصر المصلحة قالوا أن الحقَّ مصلحةٌ يحميها القانون. وبهذا يوجه إليهم نفس الإنتقادات الموجهة للإتجاهين السابقين، لأن الحق ليس ذاته المصلحة، وليس لازما أن تكون هناك للشخص قدرة إرادية حتى يثبت له الحق[2].

05- الإتجاه الحديث [3].

بسبب الإنتقادات السابقة، إتجه الفقه القانوني الحديث إلى تعريف الحقّ على أساس جوهره وبيان خصائصه ومميزاته، وأهم هذه التعريفات، تعريف الفقيه البلجيكي "جان دابان"

---

(1): يرجع المذهب المختلط إلى الفقيه الفرنسي جيني (Gény)، الذي انطلق من فكرة محتواها هي أن وظيفة القانون تكمن في تحديد ما يجب أن يكون لا ما هو كائن فعلا، والعقل وحده هو الذي يحدد هذا الوجوب، ولكن إعمال العقل يفترض أولا وقبل كل شيء معرفة الحقائق الواقعية حتى يمكن لهذا العقل أن يفرق بين ما يجب أن يكون وما لا يجب أن يكون، ومن هذه الفكرة كانت الحاجة إلى مذهب مختلط . يجمع بين العقل والواقع في آن واحد انطلاقا من الفكرة السابقة يكشف جيني عن أربعة أنواع من الحقائق تشكل القيم التي يحملها القانون، وتتمثل هذه الحقائق في :الحقائق الواقعية أو الطبيعية، الحقائق التاريخية، الحقائق العقلية والحقائق المثالية. وكذلك يعرف هذا المذهب بالاتجاه التو فيقي، وسمّي كذلك لأنه يجمع بين الاتجاهين السابقين، فهو يجمع بين فكرتي السلطة الإرادية والمصلحة، مع الاختلاف بين فقهائه في تغليب إحدى الفكرتين عن الأخرى.فمن غلب الإرادة عرف الحق على أنه: (القدرة الإرادية المعطاة لشخص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون)، أما من غلب المصلحة، فقد عرف الحق على أنه:(مصلحة يحميها القانون عن طريق قدرة إرادية يعترف بها لشخص معين). وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن الجمع بين الإرادة والمصلحة لا يحدد جوهر الحق، فالقدرة الإرادية شيء مختلف عن جوهر الحق، وكذلك المصلحة كونها الغاية المرجوة منه.

(2): حسن كيرة، المرجع السابق، ص436، وجميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص343، وعبد المنعم البدراوي، مرجع سابق، ص444.

(3): وأبرز وأبرز فقهاء هذا المذهب الفقيه البلجيكي دابان(Dabin) ، الذي عرّف الحق على أنه: (استئثار شخص بقيمة معينة، أو شيء معين، عن طريق التسلط عن تلك القيمة أو هذا الشيء)، وتحليل هذا التعريف يورد أربعة عناصر:1 – الاستئثار أو الاختصاص .2 – التسلط .3 – احترام الغير لهذا الحق .4 – الحماية القانونية .

J.DABIN والذي سار عليه واعتمده أغلب فقهاء القانون ، حيث انتهى إلى تحديد عناصر الحق بأنها [1]:

أ – **الإستئثار**: أي اختصاص شخص لقيمة معينة على سبيل الإنفراد، بما يحقق له المصلحة المقصودة، ولكن ليست المصلحة ذاتها، لأن المصلحة لا تصبح حقاً، إلا إذا ثبت للشخص على سبيل التخصيص والإنفراد.

ب – :**التسلُّط**: الذي هو ناتجٌ لازمٌ عن الإستئثار، أي حريّة التّصرُّف في الشيء موضوع الحق، وهو قدرة معنوية تتحقق لصاحب الحق ولو وُجِدَ مانعٌ مادي يحول دون ظهورها، كحال المجنون والصغير حيث يضلُّ التسلُّط لهما مع أن كلا منهما لا يستطيع أن يُظهر تسلطه بنفسه، وإنما يظهر من خلال تصرف الولي أو الوصي، فهذين وإن كان يباشران الحق ويستعملانه غير أنها ليسا أصاحب الحق.

ج– **إحترام الغير للحق**: إذ يذهب الفقيه دابان إلى إضافة عنصر الإحترام للحق من قبل الغير، أي كافة الأشخاص في المجتمع، وذلك بالإمتناع عن كل إضرار بصاحب الحق، وهذا لثبوت الحق في مواجهة الجميع كما في حق الملكية.

وبهذا اتضحت معاني الحق، حسب أشهر إتجاهات فقهاء القانون، وبتنوع مشاربهم ورُؤَاهُم الفقهيّة، ولاكتمال الفكرة لابد من التطرق الآن إلى معنى التعسف لغة وشرعا، وبيان الأصول الشرعية والقانونية لفكرة التعسف، ومفهومها.

ثانيا: أصول نظرية التعسف في أشهر القوانين الغربية.

إنّ نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كانت تبدو حديثة من حيث إنها لم تعرف طريقها إلى التقنين إلا من عصر قريب، لكنها مع ذلك قديمة قدم القانون. فقد عرفتها الشعوب المتحضرة قديما كالبابليين، والعبرانيين وقدماء المصريين، وكذلك الرومان، وسوف

(1) . J.DABIN ;la règle de droit, Librairie Dalloz, Paris,1952, p. 19 .

لن أتعرض للنظرية عند كل هؤلاء بل سأكتفي بعرضها في القانون الروماني، والقانون الفرنسي القديم باعتبار الرومان هم آباء القانون الوضعي، والقانون الفرنسي القديم لما له من تأثير على غالب قوانين الدول العربية .

01- نظرية التعسّف في القانون الروماني.

يعدُّ القانون الروماني المنبع الأوّل الذي اقتبست منه أغلب التّقنينات الحديثة أحكامها، فقد كان قانوناً مُشْبَعًا بالشّكلية، تطغى عليه النّزعة الفردية، ويهتم بحماية المصالح الشّخصيّة دون النّظرِ إلى أثر هذه الحماية على حقوق الغير، ويعتبر القانون الفرنسي الصورة المتطورة للقانون الروماني بفعل إحياء دراساته في القرن السادس عشر.

كما أنّ القانون الروماني الذي يُعَدُّ أب القوانين الوضعية الحديثة، ومنه أَخَذَت أحكامها، كان قانوناً تطغى عليه الشكلية والنّزعة الفردية، يُؤثِرُ المصالح الشّخصيّة ويُقدِّمها على حقوق الغير، فكان يبيح الرِّق، ويسمح للدّائن أن يبيع مدينه إذا لم يتمكن من الوفاء بدينه، وغير ذلك من التّصرفات المناوئة لروح العدالة.

غير أنَّ المبدأ العام الذي كان يقوم عليه القانون الروماني هو "استبعاد النّظريّة"، والسبب في ذلك كما سلف الذِّكر هو أن هذا القانون كان شكليّاً متشبِّعا بروح الفرديّة، ففي العهد الأول من العصر الروماني كان القانون يمنح لربِّ العائلة أربعةَ حقوقٍ غير مُقيَّدةٍ بشرطٍ، ومُطلَقةٌ بأوسع شكلٍ وهي : حق الأب على أبنائه، حق السيد على عبيده، حق الزوج على زوجته، حق الملكية[1].

وكان ربُّ الأسرة في كل هذه الحقوق طليق اليد، يستطيع استعمالها كيفما شاء، فكان له حق التصرف في مال زوجته، ومتاعها، وكان يقدر على هجرانها. كما كان يستطيع بيع أبنائه متى شاء، وكان بمقدوره أن يحرر عبيده أو يقتلهم، أو يبيعهم ،كما كان يقدر استعمال

(1): قطب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان دراسة مقارنة، ط3، دار الفكر العربي، بيروت، 1984، ص68.

ملكه واستغلاله والتصرف فيه على النحو الأكثر إطلاقا ولو كان ما يقوم به تعسفياً ومضراً. فكان لرئيس العائلة استعمال حقوقه على الوجهة التي يراها ملائمة له سواءٌ كانت نيتُه حسنةً أوسيئة وسواءٌ قصد في هذا فعل الخيرِ أولم يقصد، كل هذا دون أي مسؤولية . وكان ربُّ العائلة هو السَّيِّدُ الآمرُ على أفرادِ أسرته وعبيدِه حتى الموت أو الحياة[1].

وقد ذكر الفقيه الروماني بولوس Polus :« أنه لا يأتي عملاً ضاراً إلا من يعمل بدون حقه».كما أيّد أُولبيان Ulpien هذا الإتجاه فقال :« ليس بالمؤذي من استعمل حقه»[2].

كل هذه القواعد والأقوال تناقض بشكل جوهري –كما يبدو– فكرة مبدأ التعسف في استعمال الحق، فهي تنفي المسؤولية على من يمارس حقّاً من حقوقه، ولو أدت هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير.

لكن من جهة أخرى، لايعني كل هذا أن الرومان لم يعرفوا نظرية التعسف في استعمال الحق نهائياً، بل أنهم في فترة لاحقة عرفوا نواة هذه النظرية، وهذا ما يمكن التدليل عليه كما يلي:

عندما تطوَّر القانون الروماني بدأ يقترب من مبادئ العدالة، إذ نرى الفقيه سرفيوس سويليسيوس يقول: « أن العدالة هي أساس القانون، والقانون هو فنُّ الخير».

ويقول أُولبيان Ulpien:" تلك هي أحكام القانون أن تحي أمينا وأن لا يؤذي أحداً، وأن تؤدي كل ذي حق حقه"[3] .

من هذه الأقوال يتبين أن الرومان كانوا ينادون – بعد تطور قانونهم – بضرورة استبعاد النصوص القانونية، والقواعد العامة التي تتنافى مع روح العدالة، والأخلاق الحسنة.

---

(1) : محمود فتحي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية، مجلة القانون والإقتصاد، العددالأول، السنة السابعة عشر، القاهرة، ص82.

(2) Cité par JOSSERAND Louis, De l'ésprit des droits et de leur relativité (Théorie de l'abus des droits), Librairie Dalloz, paris, 1927, p 370.

(3) Cité par DABIN Jean, Le droit subjectif, Librairie Dalloz, Paris, 1952, p 203.

كما أنه وُجدت الأسرة عندهم تطبيقات كثيرة لتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، خاصة في فترة ازدهار القانون الروماني، ووجدت نظرية التعسف في استعمال الحقّ ميدانها في عدّة مجالات[1].

أ- في مجال المعاملات وجدت قاعدة «وجوب المطالبة بمقابل المنفعة»، ومعناها أنه لا يجوز طبقا للقانون الطبيعي أن يثري أحد على حساب ونفقة الغير.

كما وجدت قاعدة " لا يجوز للشخص العادل والطيب أن يكسب من وسيلة كسب الغير"[2].

ب- وفي ميدان العقوبات، ظهر مبدأ احترام المصلحة العامة مما أدّى إلى تقليص حقوق الأفراد المطلقة، وذلك بإنشاء التدابير الصارمة لعقاب من يستعمل حقوقه بطريقة فيها إساءة للغير عن طريق التشهير بالمخالف، وهذا ما يظهر لنا أن الرومان عرفوا أن غاية الحق هو خدمة مصلحة المجموع، وأن من يسئ استعمال الحق يسئ إلى المجتمع ككل، ويضر بالأخلاق الحميدة.

ج-أما فيما يخص حق السّيّد على عبيده فلا يجوز أن يُسئ المرء استعمال حقوقه، وقد نصت مدونة جوستنيان أنه:« لا يجوز الإساءة إلى العبيد بغير سبب مشروعٍ لأنه من المصلحة العامة أن لا يسئ الفرد استعمال ما يملك »، مما يدل على أخذ الرومان بنظرية التعسف في استعمال الحق حتى في ميدان العبيد[3].

د-وفي ميدان الأسرة مُنِعَ ربُّ الأسرة من التصرف بأبنائه، وذلك ببيعهم إلا لقوة قاهرةٍ، ومهما كان فقرهم شديداً، وهذا ما نص عليه التشريع الخاص بنظام الزواج، ولم يُبقِ للأب

---

(1): الذنون حسن علي، المبسوط في المسؤولية المدنية،ج2، دار المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 382 وما بعدها..

(2) : الكزبري مأمون، نظرية التعسف في الملكية العقارية في التشريع المقارن، كلية الحقوق بالرباط، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، 1976، ص138.

(3) : زكي محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري ، ط3، مطبعة جامعة القاهرة، 1977، ص20.

حق تزويج ابنته إلا لأسباب مشروعة يقدرها الحاكم ويوافق عليها، وهذا تقدُّمٌ كبيرٌ لنظرية التعسف على كل حالٍ.

هـ-وفي مجال تسريح الزوجة، فإذا لم يقدم الزوج أسباباً قويةً تدعوه للتسريح يُعاقب بالتشهير.

و-وفي ميدان التقاضي كان القانون الروماني يمنع التعسف في ولوج القضاء. وقد أيّد أُولبيان Ulpien ذلك بقوله :« إذا رفع أحدهم دعوى ضدي بصفة غير مشروعة، وذلك بهدف الإضرار بي أستطيع متابعته أمام المحاكم بدعوى القذف...». ويعاقب هذا القانون بالتدابير القاسية على الغش في الأمانة والولاية والوديعة...، كما تنُصُّ مدونة جوستنيان على منع التقاضي السّريع الذي يكون سببه التَّهوّر[1].

يبقي في الأخير أن نقرر أنّ الرومان عرفوا بعض القواعد التي تنسجم مع نظرية التعسف في استعمال الحق، ورغم أن ذلك القانون كان شكلياً متسما بالفردية، صار بعد ازدهاره يميل لتحقيق فكرة العدالة وبدأ يأخذ بنظرية التعسف ويطبقها في عدة مجالات، كمجال الأسرة ،ومجال معاملات، والتقاضي والتعاقد والملكية،... ففكرة التعسف في استعمال الحق كانت معروفة في القانون الروماني، وكانت قائمة على منع استعمال الحقوق بهدف الإضرار بالغير وإلحاق الأذى.

02- نظرية التعسّف في القانون الفرنسي القديم.

إنَّ ما كان يذهب إليه المشرع الروماني بتحديد مفهوم التعسف، أُصيب بنكسة واختفى في القرون الوسطى، ولكن هذا الإختفاء كان مؤقتاً، فما لبث أن عاد المفهوم إلى الظُّهور ثانية مع عودة القانون الروماني بإحياء دراساته في القرن السادس عشر، ففي سنة 1939 نصت المادة(88) من أوامر **فيلر** على منع التقاضي الذي يتعارض مع المصلحة العامة، ثم كانت أهم تطبيقات نظرية التعسف هي تنظيم العلاقات بين الملاّك والجيران،

(1): برهام محمد عطاء الله، مقدمة علم قواعد المعاملات النظرية المسماة بنظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية،1967، ص114.

وقال كثير من الفقهاء الفرنسيين[1] بنفس ما كان يقول به الرومان، بأن الملك يحق له استعمال حقه بما يتملك على ما يهوى كما له إقامة الأبنية والأغراس على النحو الذي يشاء، ولكن شريطة أن لا يكون ذلك بنية الإضرار بالغير، ولا يخلو ذلك من منفعة حقيقية له...[2].

وفي القرن السادس عشر ذهب المشرع الفرنسي إلى إصدار عدة نصوص قانونية بنت عليها المحاكم الفرنسية عدة قرارات، كالتي تمنع إقلاق الجيران، وتحدد استعمال الحقوق، فقد صدر قرار سنة 1570م يحرِّمُ على القصَّابين ذبح أو سلخ مواشيهم في المدن، وأمر أحد القضاة سنة1571م بطرد أحد الحدّادين لأنه أعاق أحد مستشاري محكمة الإستئناف عن إنجاز أعماله بما كان يحدثه من ضوضاء في صناعته الصاخبة[3]. كما كان يُحتم – القانون الفرنسي – على الجار مراعاة علاقات الجوار، وما تعرضه من اعتبارات ناجمة عن المصلحة المتبادلة، وتمليها روح الود والتسامح بأن يسعى الجار في التقليل قدر المستطاع من مضايقة جاره، وبأن يتحمل الآخر بقدر المستطاع ما ينجم عن ذلك. وكما كان هذا القانون يمنع في المدن إنشاء صناعات من شأنها أن تجعل إقامة الجيران في مساكنهم لا تطاق. غير أنه وبالتدقيق فإنه لا يُفهم من هذا المنع إغلاق جميع الأعمال التي قد تنشأ عنها مضايقات، لأن المصلحة الإجتماعية تقتضي أن يتحمل الفرد ولو بقدرٍ قليلٍ بعض هذه المضايقات. ومن العادات المتبعة في ذلك الزمان حقُّ المرء إقامةَ ما يشاء على عقاره من أبنية وأغراس، ولو حجبت النظر عن الجار، أو سببت له الظُلمة، شريطة أن يكون ذلك لغرض حقيقي ولفائدة قائمة، وليس لغرض الإذاية والنكاية والمضايقة[4].

---

(1): وأشهرهم الفقيهان JOSSERAND وSALEILLES ومؤدى نظرتهما أنه وإن كان صاحب الحق يعمل داخل دائرة حقه ، إلا أنه قد ينشأ عن نشاطه إضرار بالغير، مما يشغل مسؤوليته المدنية نحو هذا الغير .

(2) الكزبري مأمون، المرجع السابق، ص 37.

(3): مقتبس عن المختار عطار، قانون العقود والإلتزامات المغربي، مصادر الإلتزامات، الطبعة 2، 1999، ص306.

(4): منصور أمجد ، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان ، ص 376.

وفي ميدان الإجتهاد القضائي، يمكن أن نذكر القرار البرلماني في مدينة **أكس** الصّادر في 1577/02/01 الذي يعاقب خياطا يغزل الصوف كان يغني طوال اليوم لا لشيء إلا رغبة في إقلاق محامٍ يسكن جواره[1].

إلى جانب كل هذا، فإن قانون نابليون الصادر سنة 1804م،كان يمنع التعسف في استعمال الحق كمبدأ عام، لكن في المقابل نجد أن القضاء الفرنسي منع التعسف اعتماداً على نص المادتين: 1382و 1383/ف2 من القانون المدني.

وزيادة على تطبيق هاتين المادتين، صدرت نصوص أخرى متفرقة تقيد استعمال الحقّ بقيود معينة، مثل القانون المؤرخ في 1890/12/27م المعدل للمادة 1780من القانون المدني الفرنسي والذي بعد أن أكَّد حقّ الأطراف في إنهاء عقد العمل غير محدد المدّة أضاف فقرة ثانية لهذه المادة تنصُّ على ما يلي: "... الإنهاء الصادر عن أحد المتعاقدين يمكن أن يُعطي مجالا للتعويض"[2].

ثم صدر القانون المؤرخ في 1928/07/19م، والذي ينصُّ في المادة 23 على أن" التعويضات التي تقرر عند عدم احترام الإخطار ليست من التعويضات التي يمكن أن تُقَرَّرَ في حالة الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير محدد المدة".

من خلال ذِكْرِ مَا سَبقَ، يمكن القول أن التّعسُّف في استعمال الحقّ لم يَرِد كمبدأٍ عامٍ في القانون الفرنسي نظراً للصبغة الفردية التي كان يصْطَبِغُ بها، وإنما جاء النصُّ عليه متفرقاً، ضمن نصوصٍ مختلفة تحت ضغط التّحولات الإجتماعيّة والإقتصاديّة المختلفة .

(1): أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 356.

(2): القانون المؤرخ في 1890/12/27م، المعدل للمادة 1780من القانون المدني الفرنسي.

03- نظرية التعسف في القانون الألماني .

عرف القانون الألماني كغيره من القوانين الأجنبية نظرية التّعسُّف في استعمال الحق، وكان سبّاقاً في بلورة هذه النّظرية التي أعطاها شكلا إيجابياً، إذ تنصُّ المادة 226 القانون المدني على أنه:" لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الإضرار بالغير"، فهذا نصٌّ صريحٌ لايُتيح استعمال وتطبيق نظرية التّعسفّ إلاّ في أضيق الحدود، وهو حالة استعمال الحقّ لمجرد الإضرار، مثله مثل القانون النّمساوي في المادة 1295/ف2، والتي مفادها:" يُلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الأدب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير "[1].

ثالثا: نظرية التعسّف في بعض القوانين العربية.

إنتقلت نظرية التعسف في استعمال الحق في البداية من الفقه والقضاء الفرنسي إلى الفقه والقضاء العربي عبر أزمنة متلاحقة، وتأثيرات مباشرة من الفقهاء الغربيين أو بطريقة غير مباشرة عن طريق المؤلفات والإجتهادات، ولعل أوضح دليل على ما نقول هو القانون المصري.

01- نظرية التعسف في القانون المصري.

جاء القانون المدني الجديد 1948 م بنظرية عامة للتعسف مستعينا بما استقر عليه الفقه الإسلامي، وما خلُصت إليه المذاهب الفقهية الحديثة[2]. وعلى هذا المنوال استقرت فكرة التعسف في المادة04 من القانون المدني المصري التي مفادها " من استعمل حقه استعمالا

---

(1): في حين نجد أن المشرع السويسري إعتنق النظرية كمبدأ عام إذ تنص المادة1/2 من القانون المدني على أن" القانون لا يحمي التعسف البيّن في استعمال الحق".

(2): إن المشرع المصري وضع بذلك دستورا لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ في الشريعة الإسلامية، وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث في نظرية التعسف في استعمال الحق، مجموعة من الأعمال التحضيرية في الـ ج1 ص 207، مقتبس عن فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 232-233 .

مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر". ومما يُفهم من هذه الفقرة أن المشرع المصري أقرّ قضية مبدأ الحق ونسبته وعدم المسؤولية عن الأضرار الناشئة في حالة الإستعمال المشروع للحق. ولما كان الإستعمال غير المشروع للحق هو الذي تترتب عليه المسؤولية إذا نشأ عنه الضرر، جاءت المادة 05 من القانون المدني المصري وحددت معايير التعسف وهي على النحو التالي:

" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار.

ب-إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة" [1].

من خلال استقراء النصين القانونيين 04 و05 من القانون المدني المصري يظهر أن المشرع قد أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي للنظرية.

02- نظرية التعسّف في القانون اللبناني:

بما أن الفقيه الفرنسي جوسران هو واضع القانون المدني اللبناني، فلقد جاءت بصماته واضحة فيما يخص مسألة التعسف في استعمال الحق، إذ نجد المادة 124 من قانون الموجبات اللبناني تَنُصُّ على ما يلي :" يُلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه – أثناء استعمال حقه – حدود حُسْن النية أو الغرض الذي من أجله مُنِح هذا الحق ". وهو كما نرى نفس النّصّ مما يقرره مشروع القانون الفرنسي الإيطالي المشترك للإلتزامات،

(1) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 318.

وبالتالي فهو يمثل المعيارين الذاتي والموضوعي للنظرية[1]، إذ أن الشخص يعتبر متعسفاً إذا استعمل حقه بغرضٍ يخالف الغرض الذي شُرِّع من أجله ذلك الحق. ومن خلال ذكر ما سبق يتبين أن نظرية التعسف في استعمال الحق، قد استحوذت على مواقع مهمة في مختلف القوانين والتشريعات، سواء الغربية أو العربية، واتخذت صفة المبدأ العام.

وبعد بيان هذه النظرية في القانون المقارن، نتطرق الآن إلى القانون الجزائري لبيان مدى أخذه بها.

03- نظرية التعسف في القانون الجزائري.

كان للعوامل التي أثَّرت في تطوير مفهوم الحق في القضاء والفقه، حتّى انتقل من مفهومه الفردي المطلق إلى المفهوم الإجتماعي، وحتى أخذت هذه القوانين والتشريعات في أواخر القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين، بنوع من التباين بين التشريعات الغربية والتشريعات العربية، والتي توسعت نوعاً ما في المسألة، وفي كثيرٍ من الأحوال أخذت بما وصل إليه الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأول للنظرية بشكل مؤسّسٍ وواضحٍ.

وعليه فإن نظرية التعسف في التشريع الجزائري التي اهتم بها القانون المدني الجزائري وجعلها نظريةً مستقلةً عن نظام المسؤولية التّقصيرية، وهذا في المادة 41 [2] التي جاءت صياغتها عامة، قبل أن يقرر المشرع ضمها إلى حيِّز هذا النظام بإلغائها واستبدال مضمونها بالمادة 124 مكرر بموجب تعديل سنة 2005 للقانون المدني[3].

---

(1) فتحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية،ج3، دار العلم للملايين، بيروت، 1983 ، ص54.

(2): المادة 124 ملغاة بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005" يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التّالية:(1)- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.(2)- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.(3)- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

(3): المادة 124 مكرر (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005) : " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأً لا سيما في الحالات الآتية : - إذا وقع بقصد الإضرار بالغير/- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير/-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.".

ومما يلاحظ على موقع المادة 41، أن المشرع كان قد أورده ضمن نصوص القانون المدني تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الإعتبارية والطبيعية، وتحت الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعية. وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التّشريعات العربية الأخرى بما فيها التّشريع المصري من حيث موضع النّص، أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني [1].

وبناء على هذا، فقد سار المشرعُ الجزائريُّ في تناوله لنظرية التّعسُّفِ في استعمالِ الحقّ على وِفْقِ ما سار عليه المشرعُ المصري، حيث مزج بين الفقه القانوني الحديث والفقه الإسلامي، إذ أنه لم يقف عند نيَّة الإضرار بالغير فحسب، بل استمد من الفقه الإسلامي ضوابط ثلاثة[2] تشمل كلا المعيارين الموضوعي والذاتي، وهذا ما نصت عليه المادة 124 مكرر.

وبمقارنة الأحوال التي أوردها المشرع الجزائري في ضوء المعايير التي جاء بها الفقه الإسلامي نستنتج ما يلي:

أ – تمحضُ قصد الإضرار بالغير، وهو معيار أخذ به المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر، وصاغه في عبارة إذا وقع بقصد الإضرار بالغير[3].

ب– تخير صاحب الحق وجها لاستعمال حقه ضارا بغيره، دون الوجه الذي يضره، مع توفره ولو كان له مصلحة جدية مشروعة. وبالتدقيق فإننا نلاحظ أن هذا المعيار تشمله الفقرة 02 من المادة 124مكررق م ج، ومن تطبيقاته في التشريع الجزائري المادة 696 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة

---

(1): العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1992، العدد4 ص 690 وما بعدها .

(2): محمد حسنين، المرجع السابق، ص 321.

(3): بقيت هذه الفقرة على حالها وبنفس الصياغة في المادة 124 مكرر من القانون المدني المعدل .

بين العقار والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين" وهذا ما يقابل المادة 812 من القانون المدني المصري[1].

ج- عدم التناسب بين المنفعة المشروعة المقصودة لصاحب الحق مع الضرر الكبير اللاحق بالغير من جراء ذلك، هذا المعيار يندرج ضمن المادة124مكرر/2، والمادة2/5 مدني مصري. غير أنه وبمقارنة هذا بالفقه الإسلامي، نلاحظ شساعة هذه الفكرة، وامتداد مفهومها في الفقه الإسلامي الذي يكتفي بوجود التفاوت فقط، دون النظر إلى شساعته من عدمها، وبهذا تتحقق صلاحية الفقه الإسلامي وشموليته. ومن تطبيق ات هذا المادة 788 ق م ج، والتي تنص: "إذا كان م الك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نيه على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل"، وهذا ما يقابل المادة 928 ق. م مصري .

أ- الضّرر البيّن اللاّحق بالجار، هذا ما طبّقه المشرع الجزائري في المادة 691 من القانون المدني التي تنص على أنه:" يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار...".

وكذلك مما يمكن ملاحظته أن نص المادة ورد في صياغ المبدأ العام للنظريّة، على خلاف ما جاء في القوانين العربيّة الأخرى، إذ اقتصر المشرعُ الجزائري على إيراد الإستثناءات، رغم أن المنطق يقضي بأن يُذكر الأصل ثم يرد عليه الإستثناء، ولعلنا نوجه نيّة المشرع الجزائري- توجيهاً حسناً - أن هدفه من هذه الصياغة العامة يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون، دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض[2] من

---

(1): أنظر أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط،ج1، بند 552، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1966، ص949. وعبد الفتاح عبد الباقي، نظرية الحق، الطبعة الثانية، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1965.

(2): علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، النظرية العامة للإلتزام، 1972، ص 225..

جهة، ومن جهة ثانية فقد سار المشرع الجزائري في تناوله لنظرية التعسف في استعمال الحق في هذا التعديل على منهج المزج بين الفقه القانوني الحديث والفقه الإسلامي كما سلف الذكر، كما ضمَّ إليها كلا المعيارين الموض وعي والذاتي، وهوما يظهر من منطوق نص المادة 124 حيث أخذ المشرع بالمعيار الذاتي، وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي وذلك فيما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة.

وعليه ومن خلال هذا النص يمكن للقاضي استخلاص معايير التعسف، حتى يسهل عليه التأكد من أنّ أحد الزوجين متعسف في استعمال حقه مثلاً، دون أن يكتفي بصور التعسف المخصصة بالذكر في النص، لأنها واردة على سبيل المثال لا الحصر[1].

بهذا يكون قد تبيَّن لنا جليًّا أصول نظرية التّعسف في استعمال الحقّ عمومًا، سواء في مصادر الشريعة الإسلامية، ومذاهب الفقهاء وأقوالهم، وكذا في القوانين والتشريعات الوضعية، ومن خلاله أتضح مدى الترابط بين القوانين والتشريعات العربية خاصة، وبين الفقه الإسلامي الذي تناول هذه النظرية بمعاييرها المختلفة بالبيان والتدقيق، ولا بد الآن من التطرق إلى معايير التعسف في استعمال الحق، وبيان مختلف الآراء والمذاهب القانونية لتكتمل الصورة العامة لنظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني : معايير التعسف في القوانين والتشريعات العربية وتقديرها.

إعتنت التشريعات العربية بتحديد معايير التعسف في استعمال الحق وضوابطه، غير أنها اختلفت في تحديدها، فبعض الشرائع تقتصر على وضع معيار عام للتعسف، تاركة إلى القضاء أمر تطبيقه على ما يعرض له من أحوال ووقائع تفصيلية في الحياة العملية، وبعضها الآخر يعدّد الصُّوَر المختلفة التي يوجد فيها التّعسّف دون أن يُعنَى باستظهار المبدأ العام الذي يحكمُها.

(1): محمد حسنين، المرجع السابق، ص311-312.

أما في لتشريعات الحديثة أصبحت معايير نظرية التعسف تكتسي أهمية كبيرة، ولها تطبيقات في مجلات شتىّ، كما أنه ظهرت عدة اتجاهات في الأخذ بهذه النظرية.

أولا: معايير التعسف في القوانين والتشريعات العربية.

لقد كرست الكثير من الدول العربية معايير التعسف في نصوصها القانونية وتشريعاتها المختلفة، وعليه سنتطرق إلى أشهر التشريعات العربية في هذا المجال ونقارنها بالتشريع الجزائري ، ولعل أشهر التشريعات العربية هو التشريع المصري والسوري، مع التعريج على القانون الأردني واللبناني والإماراتي لتتوضح المسألة أكثر.

01- معايير التعسف في القانون الجزائري :

إهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وهذا في المادة 41 التي جاءت صياغتها عامة، قبل أن يقرر المشرع ضمها إلى حيز هذا النظام بإلغاء المادة 41 واستبدال مضمونها بالمادة 124 مكرر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني[1]. وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم نجد أن المشرع قد حدد معايير التعسف في استعمال الحق، بحيث يعتبر الشخص متعسفاً في استعمال حقّه إذا تحقّقت إحدى الصُّور التي نصَّت عليها المادة 124 مكرر من القانون المدني: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

(1) : إلى غاية آخر تعديل بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007، وتم إلغاء المادة41 بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 .

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[1].

وفي هذا نجد أنّ المشرع قد سار في تناوله لنظرية التّعسُّف في هذا التعديل على منهج المزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف، والفقه الإسلامي، حيث أنَّه لم يقف عند نيّة الإضرار بالغير فحسب، بل ضمَّ إليها كلا المعيارين الموضوعي والذاتي، وهو ما يظهر من منطوق نص هذه المادة، حيث نلاحظ أَخْذُ المشرع الجزائري بكلا المعيارين الذاتي وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي، وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة. فمن خلال هذا النص يمكن للقاضي أن يستخلص معايير التعسف حتى يسهل عليه التأكد- مثلاً- من أنَّ أحد الزوجين متعسفٌ في استعمال حقه، دون أن يكتفي بصور التعسف المخصصة بالذكر في النص، لأنها واردة على سبيل المثال، وكما سبق بيانه أن نظرية التّعسُّف في الفقه القانوني تقوم على معيارين هما: المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري كذلك.

وقد وردت نصوص تشريعية وتطبيقات قضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري، فمن النصوص التشريعية على سبيل المثال، ما جاءت به المادة 343 من القانون المدني: "يجب على القاضي أن يرفض للمالك استعمال حق الاستعادة إذا أثبت المكتري أو شاغل المحل أن المالك يطلب حق الاستعادة لا من أجل تلبية رغبة مشروعة، ولكن بنية الإضرار به أو بقصد التهرُّب والتملص من أحكام هذا القانون", والمادة 343 من ذات القانون التي تنُصّ على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الأخر على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها"، والجزاء على التعسف في هذا المثال هو منع الضرر قبل وقوعه[2] .

(1): إن تكييف التعسف – بموجب هذا النص – صار واضحا لا يدع أي شك، فالتعسف هو خطأ تقصيري بوجه عام، وعلى الأخص إذا اتخذ إحدى الصور الثلاث التي عددتها المادة وهي مجرد أمثلة يستدل بها القاضي.

(2): بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 1995، ج2 ، ص119

كما نجد نصوصا قانونية أخرى ومنها المادة 73 من القانون رقم 29/91 المعدل المتمم للقانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل التي تلحق البطلان بالتسريح التعسفي للعامل والذي يقع من غير مراعاة ميعاد الإخطار، ويترتب عليه إعادة العامل لمنصبه بأمر قضائي مع ثبوت حقه في التعويض[1] . وقد جوَّزَ قانون الأسرة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة والذي يعتبر العدول فيه تعسفا وبالتالي يستوجب التعويض وفقا لمبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق. أما القضاء الجزائري فقد طبق مبادئ نظرية التعسف في عدد من قراراته، كإساءة استعمال حق الدعوى في حالة وجود نية الإضرار بالغير[2]، أو الاستعمال الكيدي لهذا الحق العام، وهوما حكمت به محكمة وهران، حيث اعتبرت أن من يرفع دعوى مطالباً بشيءٍ يبدو أنه لاحق له فيه فإنه في هذه الحالة يكونُ متعسفاً في استعمال حقّ الادّعاء ومخطئاً خطأً تقصِيرياً مُوجباً للتعويض[3].

كما اعتبر طلاق الزّوج بدون مسوغٍ قانوني، أو مبرر شرعي مقبول طلاقاً تعسفياً يستوجب التعويض[4]، وإلى هذا أشارت بعض القوانين العربية كالقانون المدني الأردني مثلا.

02- معايير التعسف في القانون الأردني .

لقد طبَّقَ المشرّع الأردني مبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق صراحةً في نصوص متفرقة، كما نصَّ عليها في المادة 66 بصريح التعبير بقوله:" يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع. ويكون استعمال الحق غير مشروع:

---

(1): المحكمة العليا الغرفة الاجتماعية، 1984/10/15 ملف رقم 36591، المجلة القضائية، 1989، العدد الثالث، ص123.

(2) : المحكمة العليا،1989/11/15، ملف رقم 56493 " من المقرر قانونا أن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون..... .".

(3): محكمة وهران 1967/01/18، مقتبس عن: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج2 ، ديوان م ج، 1995، ص123.

(4): عز الدين يحيى، حقوق الإنسان العاجز في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه ،جامعة الجزائر، كلية أصول الدين 2003/2002 ، ص193.

أ- إذا توافر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر./ د- إذا تجاوز ماجرى عليه العرفُ والعادة.".

من تدقيق نص المادة 66 المشار إليها سابقاً بجميع فقراتها وبنودها نستظهر أن المشرع الأردني أخذ بالمعيار الذاتي /الشخصي أحياناً، وبالمعيار المادي /الموضوعي أحياناً أخرى. فقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على المبدأ العام في الضمان حين قالت: «يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع» وبمفهوم المخالفة فإن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يلزمه الضمان طبقاً لنص المادة 91 من مجلة الأحكام العدلية التي صرحت بأن «الجواز الشرعي ينافي الضمان».

وهكذا يمكن حمل نيّة المشرع الأردني على أنه قد أخذ بالمعيارين أو احدهما في الفقرة الأولى المشار إليها التي أوجبت الضمان سواء كان الضرر بدافع شخصي/المعيار الذاتي أو بمجرد حصول الضرر/المعيار المادي بصرف النظر عن الدافع أو الباعث فيجب الضمان في الحالين.

بعد ذلك حددت الفقرة الثانية من هذه المادة الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير مشروع، فقالت في البند (أ) من هذه الفقرة أن الاستعمال لا يكون مشروعاً (بمعنى أن هناك تعسفاً في الاستعمال) إذا توفر قصد التعدي وهذا ما يقول به أنصار المعيار الذاتي/الشخصي. أما عن البنود ب، ج، د من تلك الفقرة فإن المستفاد منها أن المشرع الأردني أخذ بالمعيار الموضوعي/المادي ،حيث قال في البند (ب) أن الاستعمال لا يكون مشروعاً « إذا كانت المصلحة المَرْجُوَّة من الفعل غير مشروعة» وهنا ننظر إلى المصلحة التي تغياها صاحب الحق ،هل هي موافقة للقانون نصاً و/أو روحاً، أم أن المشرع يجرم

مدنياً هذه المصلحة ويعتبرها مخالفة للشّرع وأحكام القانون ،بالمعنى الواسع لهذه العبارة؟ وهل تتفق مع حسن النيّة والنزاهة في التعامل أم أنها تجافي النّص وتنأى عن قصد المشرع ؟ فإذا كانت كذلك فالمنطق والفطرة يقضيان بالوقوف في وجه هذه المصلحة وعدم تمكين صاحب الحق من جني ثمار هذه المصلحة غير المشروعة.

فإذا هو لم يبالِ فقد لَزِمَهُ الضَّمَانُ، وارتفعت عنه حماية القانون. وكتوضيح أكثر لهذا نورد الأمثلة التالية:

-من استعمل داره مكاناً للدعارة (الممنوعة قانوناً) بُغيةَ الحصولِ على مكسبٍ ماديٍّ من هذا الفعل فإن مصلحتَه تكون غير مشروعةٍ، ويلزمُه ضمان الضَّرر الذي يلحق الآخرين ،سواء كانوا من ممارسي الدعارة كإصابتهم بالأمراض السارية، أو سواء ما يلحق بالمجاورين من أذى يطول سمعة الحي الذي يسكنون فيه، واحتمال عدم تمكنهم من استغلال عقاراتهم في التأجير أو خلافه بسبب السُّمعة السّيّئة التي تلحق بالحي الذي يسكنونه ، والمصلحة هنا غير مشروعة، لأنها تخالف القانون والنظام العام الذي يمنع فتح بيوت للدعارة في الأردن. والحقيقة أن مثل هذا الشخص لا يكون قد تعسف باستعمال حقه في إنفاق ماله فحسب وإنما يكون قد خرج تماماً عن حدود الحق بارتكابه جرماً يعاقب عليه القانون فعليه تحمل العقاب وضمان الضرر.

-أو كمن يستعمل حقه في إنفاق ماله حسبما يشاء بهدف الحصول على منفعة غير مشروعة تنافي الآداب، كمن ينفق مبالغ طائلة على زوجة أحد الأشخاص وإفساد الرابطة الزوجية بينها وبين زوجها وبالتالي لإقامة علاقة غير مشروعة معها. فهو من حيث المبدأ حر وصاحب حق في إنفاقه أمواله بأي وجه من الوجوه، ولا يملك أحد أن يعارضه ، أو يمنعه من استعمال هذا الحق، أم أن يكون إنفاقه لهذا المال من أجل المتعة والشهوات الجسدية وبسبب إفساد الرابطة الزوجية التي يمنعها القانون، فمثل هذا الشخص يجب

الوقوف في وجهه، ومنعه من تحقيق مآربه الخبيثة وإلزامه بكافة الأضرار التي لحقت بالزوج والأولاد والأقرباء إذا شاعت فعلته هذه.

03- معايير التعسف في في القانون المصري .

تناول القانون المدني المصري مبدأ التعسف في شكل صُوَر مُتعدّدة، دون أن يحدد أي ضابط عام لها، وإن كانت هذه الصور في تعددها تشمل كلا المعيارين- الموضوعي والذاتي- وهذا ما نصت عليه المادة 05 من القانون المدني[1]، في الباب التمهيدي بصريح التعبير" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية: - إذا لم يقصد سوى الإضرار بالغير.

- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، - إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة"[2].

كما يمكن إضافة معيار رابع استقراءً من المادة 807 ق. مدني مصري التي تطرقت إلى حق الملكية، وهو معيار الضرر الفاحش، إذ هو موطن تطبيقه الرئيسي[3].وعلى هذا الأساس فقد قضت المحكمة المختلطة بأنّ « للمالك الحق في أن ينتفع بملكه كيفما شاء، ولكن هذا الحق مقيد بوجوب مراعاة واحترام ملكية الجار. فإذا أجرى المالك حفراً في أرضه دون أن يتخذ الإحتياطات اللازمة ونتج عن حفره وعدم حيطته أن انحطت أرض الجار وسقط البناء القائم فيها، كان هذا المالك مسؤولاً عن تعويض الضرر الحاصل لجاره»[4].ففي هذا الحكم نجد أنّ أساس مسؤولية المالك هو الخطأ المتمثل في سوء نية المالك في استعمال عقاره، أو إهماله في أخذ الإحتياطات اللازمة لمنع الضرر.

---

(1) : كذلك نجد نفس الصيغة في القانون الليبي والسوري والعراقي .

(2): محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص318.

(3): حسن كيرة ، المرجع السابق ، ص 772.

(4): حكم صادر في 16 مارس1925، نقلا عن :أنور سلطان ، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والإقتصاد 1947، العدد01 ، ص116.

وبتطبيق معايير التعسف على نص المادة 05 من القانون المدني المصري المذكورة سالفا نلاحظ أنه وضع ثلاثة معايير للتعسف يمكن تلخيصها كما يلي:

أ- إستعمال الحق لمجرد قصد الإضرار بالغير: وهو معيار ذاتي لا ينطبق إلا إذا تمحض قصد الإضرار بالغير، أو تحققت له مصلحة عرضية غير مقصودة من ذلك، أي كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلي الذي غلب عند صاحب الحق، فهو عين التعسف، ولو كان هذا القصد مصحوبا بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق ويكون توسع واضح في التعسف[1].

ب- رجحان الضرر على المصلحة رجحانا كبيرا، وهذا معيار موضوعي قوامه السلوك المألوف للرجل العادي، والرجل العادي لا يستعمل حقه على وجه يضر ضررا بليغا بالغير ولا يعود عليه إلا بنفع ضئيل لا يتناسب ابتة مع هذا الضرر[2].

ج-عدم مشروعية المصالح التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها: وهذا معيار موضوعي كذلك، حتى وإن كان طريق الوصول إليه عاملٌ ذاتيٌ- هو نية صاحب الحق- فليس من السلوك المألوف للشخص العادي ان يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقه إلى تحقيق مصالح غير مشروعة، فرب العمل الذي يستعمل حقه في فصل عامل لأنه إلتحق بنقابة من نقابات العمال يكون فصلا تعسفيا محضا، ففي كل هاته الحالات تظهر صور التعسف جلية.

إذن من خلال استقراء النصين القانونيين 04 و05 من القانون المدني المصري يظهر أن المشرع قد أخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي معا.

1: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 957.

2: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 341-343. وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 818/فـ2 التي تقرر : " ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط ".ق م مصري رقم 131 سنة 1948.

04- مقارنة هذه المعايير على ضوء الفقه الإسلامي.

بعد هذا العرض المبسوط لمختلف آراء المذاهب الفقهية والمواقف القانونية، والمعايير التي بَنَوْا عليها توجهاتهم، فإنه يمكن الخروج بعدة نقاط تظهر بمقارنة المعايير الفقهية فيما بينها والمعايير القانونية من جهة، ثم المقارنة بين ما رَسَى عليه الفقه الإسلامي من معايير وما قال به فقهاء القانون من جهة ثانية. ومن خلال تلك المعايير المذكورة، التي بها يتحدد مفهوم التعسف في استعمال الحق، فإنه يبدو واضحا تأثير التّخصُّص والمذهب المُتّبع في تحديد معيار التعسف عند كل فريق.

حيث يذهب المشرع المصري في المشروع التمهيدي للقانون المصري إلى إضافة معيارين آخرين إستقرا في الفقه الإسلامي وهما:

- ❖ التعارض مع مصلحة عامة جوهرية.
- ❖ التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف.

كما أن فقهاء الشّريعة الإسلاميّة رغم اتفاقهم على تأصيل فكرة التّعسف في استعمال الحقّ، بما وضعوه من قواعد لتوجيه آرائهم، فأنهم اتجهوا إلى إعتماد المعيارين المشهورين الموضوعي والذاتي ومرجع هذا هو استقرار الفقهاء المتأخرون على تصور فكرة الحق، وشموليتها في حدّ ذاتها فلهذا كان المعيارين وإن اختلفا، يهدفان إلى إرساء التوازن، وإقامة أُسس المصالح والنفع العام، دون إقصاء للمصلحة الفردية الخاصة التي حَضيَتْ بالإعتبار والحماية في كلا المذهبين .

كما أنّ معظم فقهاء الشّريعة الذين قالوا بالمذهب الموضوعي، وبَنَوْا على أساسه فكرة التّعسّف في استعمال الحقّ، إستدلوا بتطبيقات كثيرة في الفقه الإسلامي، تندرجُ عن قواعدَ

فقهيّة معروفة، أهمها قاعدة: "لا ضَرَرَ ولا ضرَار"[1] ، وقاعدة: " درء المفاسد أولى من جلب المصالح"[2] وقاعدة: "الضّرَرُ لا يُزَالُ بالضَّرر" [3]، لأن هذه القواعد – وغيرها كثير– تهدف إلى حصول المنفعة العامة في المجتمع بكل ما يجلُبُها ويدرَءُ كلَّ مفسدة، وعلى هذا لم يُهمل أصحاب هذا المعيار جانب الظاهر والعبارة واعتمادهما في بناء الأحكام وتصرفات الأشخاص وهذا ما ذهب إليه الإمام الشافعي حين يقرر[4] أحكامه ويبنيها على الإرادة الظاهرة، أي على نتيجة العبارة، وكذلك بعض فقهاء الحنفية[5] وقولهم بصعوبة إثبات النوايا. وهذا دليلٌ كاف على إرتباط هؤلاء الفقهاء بالمعيار الإجتماعي الموضوعي.

أما الذين قالوا بالمعيار الذاتي – الشخصي– فلأنهم ينظرون إلى مقاصد أصحاب الحقوق في استعمال حقوقهم، وغياتهم، أي أنهم أحاطوا النوايا باعتبار كبير، آخذين في ذلك كل مؤشر خارجي يمكن صرفه كقرينة على سوء نية صاحب الحق، مؤصلين مذهبهم هذا بالحديث النبوي الشريف الذي يقول فيه(ﷺ) :« **إنما الأعمـالُ بالنّيّات وإنما لكلّ امرئ ما نَوَى...**»[6].

---

(1) : قاعدة نبوية مروية بسند مرفوع بُنيت عليها أبوبٌ كثيرة في الفقه، واندرجت تحتها من المسائل الفرعية ما لا يكاد يحصى، والحديث أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحي عن أبيه مرسلاً وأخرجه الحاكم في المستدرك، وأخرجه بن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت.

(2): محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار، القاهرة، ط1، 1979، ص 107، القاعدة الـ14

(3) : محمد بكر إسماعيل ، المرجع نفسه، ص 98.

(4) : محمد بن إدريس الشافعي ،الأم، ج3، دار المعرفة، بيروت، (د س ن)، ص 74.

(5) : كأبي يوسف، ومحمد الشيباني، وشمس الدين السرخسي، والشيخ النظّام، أنظر:شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1993؛ والفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبا حنيفة، دار صادر، بيروت، 1998؛إبن عابدين، حاشية رد المحتار،ج3، دار الفكر، بيروت، 1979، ص147.

(6) : الحديث رواه الإمام ابن ماجه في كتاب الزهد، باب النية 26، حديث رقم 4227، وذكره ابن حجر العسقلاني في فتح الباري ، باب الزهد، حديث رقم 2392. نقلا عن : موقع روح الإسلام، موسوعة الحديث النبوي الشريف، الصحاح والسنن والمسانيد، الإصدار الأول، 2009.

ومما يُلَاحَظُ على الآخذين بهذا المعيار هو تركيزهم على ما ينبعث إليه القلب من أغراض سواء كانت تجلب نفعاً أو تدفع ضرّاً في الحال أو المآل، وسواء كانت تلك النّوايا والأغراض قوليةً أو فعليةً، وهذا هو الدّليل الكافي على أن أصحاب هذا المذهب قد ركّزوا على مقصود الشّخص وغايتُه وأهدافُه من وراء تلك الأعمال والتصرفات[1]. ومعنى كل هذا هو تغليب المعيار الذّاتي المبني على اعتبار النّوايا والمقاصد مقابل المعيار الموضوعي الذي أساسُه الأثر المادّي الذي يُحدثه الفعل النّاتج عن صاحب الحقّ.

والحقيقة أن فقهاء الإتجاه الذاتي يمثلون الغالبيّة بين فقهاء الشّريعة من المالكيّة والحنابلة، الذين يعتدون بالإرادة الباطنة، والمقاصد التي هي عندهم أساس التّصرفات، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فلأن مَرَدَّ هذا الإتجاه هو الصبّغة الدّينيّة للفقه الإسلامي، واعتمادُه على البعد الأخلاقي، لهذا منعوا بيع العنب لمن يتخذه خمراً، وبيع الخشب لمن يصنعه صليباً، وبيع الدار لمن يتخذها كنيسة.جاء في الشرح الكبير:« ويمنع بيع كل شيء عُلم أن المشتري قصد به أمراً لايجوز كبيع جارية لأهل الفساد، وبيع أرض لتُتّخذ كنيسةً أو خمارةً، وبيعُ خشب لمن يصنعه صليباً وبيعُ العنب لمن يعصره خمراً...»[2].

فيُستخلص من كل هذا مدى إعمال الباعث ومراعاته في العقود والتصرفات، وبناء الأحكام على أساسه، وعليه فإنه يكون الضابط والوسيلة لإبطال أي تصرف ظاهره الجواز ويُقصد به الوصول إلى أمر ممنوع شرعاً. لكن ورغم البون الشاسع بين المعيارين– الذاتي والموضوعي– وما نتج عنهما من اتجاهات عند فقهاء الشريعة الإسلامية، غير أنه يمكن الخروج بنتيجة لهذه المقارنة، والتي عبّر عنها الأستاذ السَّنهُوري بقوله: « ... وعلى الرَّغم من أنَّ الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعيّة بارزة، فإنه يَعتدُّ بالتَّعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها، أي أنَّه يأخذ بمبدأ الإرادة الظّاهرة، لا بمذهب الإرادة الباطنة، حتىَّ كان أقرب في هذه

(1) : محمد مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام،ج2، المرجع السابق، ص 965.

(2) : الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،ج3، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت ، (د س ط)، ص 7.

النَّاحية من الفقه الجرماني... إلاّ أنّه من جهة أخرى فقد تَتَغلَّبُ فيه العوامل الأدبيّة والخُلُقية والدّينيّة، وهذا يقتضي أن يُعتدَّ فيه بالباعث الذي يُقاس به شَرَفُ النَّوَايَا، فكان ينبغي أن يكون لنظريّة السَّبب مك اناً ملحوظاً يُضَاهي مكانها في الفقه اللَّاتيني. »[1].

بهذا يكون قد تمّ بيان أهم معايير التعسف في كلا الفقهين الإسلامي والوضعي بشقيه الغربي والعربي، وننتقل الآن إلى تقدير تلك المعايير، وما استقر عليه الفقه الإسلامي والوضعي في هذا الشأن.

الفرع الثالث : تقدير معايير التعسف في التشريعات العربية .

كما هو معلوم فقد كان للفقه والقضاء الأثر الكبير على التشريعات القانونية، فيما يخص المعايير التي اعتمدها كل تشريع، وكتقدير لتلك المعايير فإنه يظهر تركيز معظم التشريعات العربية على معيار نيّة الإضرار بالغير وهذا راجع إلى تأثرها بالمذهب الفردي الذي كان يدعو إلى إطلاق الحريات، وعدم تقييدها وبالتالي تقييد النظرية، وجعلها تعتمد على المعيار الذاتي في أضيق حدوده، وهو قصد الإضرار .[2].

أما المعيار الموضوعي فإنه يظهر جلياً في قوانين التشريعات العربية المتاثرة بالقانون السوفياتي [3]، وأغلب الدول التي كانت تدور في فلك النهج الإشتراكي الذي يعتدُّ بالغاية أو

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج4، ص53.

(2) : كما يظهر هذا المعيار بصورة أوضح في كل من القانون الألماني، والقانون السويسري حيث تنص **المادة 02** من هذا القانون الصادر سنة 1907م:"يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه، وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقا للقواعد التي يرسمها حسن النية، أما التعسف الظاهر في استعمال الحق، فلا يقره القانون."، فمما يلاحظ على هذا القانون أخذه بالمعيار الشخصي، كنظيره الألماني، غير أن مجال التعسف فيه أوسع، لأنه لم يقتصر على نية الإضرار، بل يشمل أيضا حالات التعسف الأخرى التي تكون فيها الإساءة الموضوعية الناشئة عن مخالفة قواعد حسن النية، أي يكفي لقيام المسؤولية أن يثبت المتضرر أن استعمال الحق من طرف خصمه قد أضر به". مقتبس عن: الكزبري مأمون، المرجع السابق، ص 15.

(3): تنص **المادة الأولى** من هذا القانون على " أن القانون يكفل الحقوق المدنية، إلا إذا كان استعمالها مخالفا للغرض الإقتصادي والإجتماعي الذي وُجدت من أجله". والملاحظ من أول نظرة يتبين له أن هذا القانون قد تجاوز المعيار الضيق للنظرية، وذهب إلى أن التعسف يكون عند مخالفة الغرض الإجتماعي والإقتصادي للحقوق، أي بتبني المعيار المادي المحض، والذي يكيف التعسف بأنه خروج عن الغاية الإجتماعية التي لأجلها وجدت الحقوق.لكن ما يعاب على هذا

الغرض الإجتماعي للحق كمعيار للتعسُّف إذا حاد عنه صاحب الحق، وذلك راجع إلى المذهب المتبع أنذاك، الذي ينطلق من الفلسفة المادية والمذهب السياسي السائد في ذلك الوقت.

غير أن هذا المعيار –وبإمعان النظر فيه– نجد أنه يرجع كثيراً إلى المعيار الشخصي الذاتي، لأنه يقيم أساسه على انعدام المصلحة المشروعة، وهو ما يُعبر عنه بقصد صاحب الحقّ باستعمال حقه في مصلحة ممنوعة، ومما يدل على هذا ما ذهب إليه الفقيه جوسران لما أقام التعسف على أساس انعدام الدافع المشروع.

لكن وبتقدير كلا المعيارين، يظهر قصورهما واضحاً حيثُ أنهما يرجعان في الأصل إلى أساس واحد، مما يجعلهما غير مؤهلين لاستيعاب صُوَرًا كثيرة للتعسف، خاصة أمام التأصيل الفقهي لنظرية التعسف الذي شملت قواعده ومعاييره جميع صور التعسف، آخذا بكلا المعيارين المادي والذاتي في وقت واحد.

ثانيا : المقارنة بين التقديرات السابقة.

بمقارنة تقديرات المعايير السابقة التي وضعها فقهاء التشريعات والقوانين الوضعية فإنه يمكن إستنتاج ما يلي:

– إنّ كلا المعيارين– الذاتي والمادي– يهدفان إلى ضبط التصرفات بعدم الإضرار بالغير.

– كلا المعيارين يمنعان مخالفة المقاصد والمصالح المشروعة التي لأجلها شُرعت الحقوق.

– كلا المعيارين يظهر جلياً تأثرهما بالتَّشبع الفكري، والعقيدة المذهبية لكل فقيه ومشرع.

– إن المعيار الموضوعي يُكيّفُ التّعسُّف على أساس الضرر الناتج من جراء استعمال الحق بغض النظر عن نية صاحب الحقّ، لأن العلاقات الحقوقية–وفقا لهذا المعيار– لا شأن لها

القانون هو أخذه بمعيار واسع وغير محدد، يصعب معه التطبيق في المجال القضائي، بالإضافة أنه يفسح المجال أمام الأهواء السياسية للقضاة، لأن الغرض الإجتماعي والإقتصادي يختلف باختلاف المذاهب والأفكار السياسية والإجتماعية.

بالنوايا والمقاصد، وهذا في حد ذاته تعسفٌ، لأنه قد تكون نيَّةَ الشَّخص بريئة، ومقصدُه سليمٌ، وتكون عواقب فعله أو بعض آثار ونتائج تصرفه تسبب مضرة للغير، ربما بتدخل عوامل لا قبَلَ له بردّها أو دفعها.

– أما المعيار الذاتي فيركز على توافر قصد الإضرار، والدافع الأساسي لصاحب الحق في استعماله لحقه، وفي هذا تضييق من مجال تطبيق نظرية التعسف، لأن النوايا والمقاصد أمور خفية يصعب الكشف عنها، وقد يتعذر على القاضي الوصول للدوافع الحقيقية لتعسف صاحب الحق في استعمال حقه.

– إن المعيار الموضوعي المادي يرى أن الحقوق الخاصة ليست غايات في حد ذاتها بقدر ما هي وسائل لتحقيق مصالح منشودة لصاحب الحق، في حين يذهب المنادون بالمعيار الذاتي أن الحق في حد ذاته أولا، ثم حمايته ثانيا، هو الغاية المنشودة لصاحب الحق .

– إن المعيار الموضوعي يظهر تأثره بالمذهب الإجتماعي، لهذا نادى بتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة تغليبا كبيراً، باعتبار أن المصلحة العامة هي المنظور إليها في تقرير الحق عكس المذهب الشخصي الذي يميل إلى المنفعة الخاصة إذا كانت النية والمقصد سليمين.

– بمقارنة المعيارين فإنه يظهر بعض العيب على المعيار الموضوعي حيث أنه يُخلُّ بالتَّوازن المقصود من تشريع الحق الفردي واعتباره ،إذ يتحول الفرد – وفق هذا المعيار – إلى مجرد وكيل أو موظف يمارس سلطة محدودة، أو آلة إجتماعية يغيب بموجبها كيان الفرد وشخصيتُه[1] .

– في كثير من الحالات نلاحظ تقاطع المعيارين وتداخلهما رغم تباين التسمية بينهما، ومثال ذلك ما أض افه الف قيه بودان Beudant، وهو من أنصار الم ذهب الذاتي، حي ن أدرج

(1) : فتحي الدريني، نظرية التعسف ، المرجع السابق ،ص 324.

(استعمال الحق بإهمال ودون تَبَصُّر)،كون هذه الحالة تندرج كذلك ضمن المعيار الموضوعي المادي، لأن عدم التحرز والتثبت والإهمال متعلقان بالإرادة، إذ هما الوجه السلبي لها،[1] وبالتدقيق فإننا نجد أن هذه الحالة تندرج أيضا ضمن المعيار المادي لأن عدم التحرز هو نفسه قصد الإضرار،الذي هو أساس المعيار الشخصي.

– وكخلاصة عامة لمقارنة المعيارين – الذاتي والمادي –، وتقديراتهما فإنه يمكن القول أنّهما معيارين متأصلين في نظرية التعسف، والتي هي بدورها مستمدّةٌ من الفقه الإسلامي، وفي هذا يقول الدكتور حسن كيرة :« والشريعة الإسلامية مكّنت لفكرة التعسف في استعمال الحق وأعطتها أوسع تصور ممكن وصلت إليه الشرائع والمذاهب الفقهية الحديثة »[2].

وفي النهاية يمكن القول أنّ كل المعايير التي وضعها فقهاء القانون الوضعي رغم اختلافاتهم المذهبية، أو في الفقه والقانون الوضعي لا تخرج عن المعيارين الأساسيين وهما المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي.

وبعد هذا التفصيل ننتقل الآن– في الباب الأول– إلى تبيين أهم صور وتطبيقات هذه النظرية قبل نشوء عقد الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، وإيراد أهم الإجتهادات الصادرة عن المحكمة العليا في كل مسألة مع عدم إغفال الثروة الفقهية المأثورة عن فقهاء الشريعة الإسلامية في الموضوع.

أما الباب الثاني فسنخصصه إلى تفصيل أهم صور وتطبيقات هذه النظرية بعد نشوء عقد الزواج سالكين نفس المنهج المتبع في الباب الأول.

---

(1) :Charles BEUDANT, cours de droit français, ed. Robert BEUDANT

مقتبس عن: محمد السعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق أساسه ونطاق تطبيقه، المرجع السابق، ص 97 .

(2): حسن كيرة، المدخل إلى القانون، المرجع السابق، ص 755.

الباب الأول

مجال التعسف و تطبيقاته قبل تكون عقد الزواج

خلُصنا في ما تطرقنا إليه في الفصل التمهيدي، إلى أن كلا من التشريع الإسلامي والقوانين والتشريعات الوضعية على اختلاف مذاهبها ومعاييرها، قد استقرت على أن فكرة الحق كونها اختصاصُ شخصٍ معيّنٍ بشيءٍ معيّنٍ يسمح له أن يمارسه بهدف تحقيق مصلحة فردية أو اجتماعية تستحق الرعاية والإعتبار، غير أنه قد ينجم عن استعمال صاحب الحقّ لحقِّه ضرراً يصيبُ الغير.

فهل يُمنع هذا التّصرف رغم كونه استعمالٌ للحق، وهل يترتب عن هذا الضرر تعويضٌ للطرف المتضرر، عملاً بمبدأ التعسف في استعمال الحق؟

وعليه ماهي أهم مظاهر التعسف في استعمال الحق – في الحقوق الأسرية –قبل نشوء عقد الزواج، على ضوء قانون الأسرة الجزائري، وبعض القوانين والتشريعات العربية، وما موقف الفقه والقضاء من كل هذا ؟.

وسنقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول هي:

- **الفصل الأول:** التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة.
- **الفصل الثاني:** التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.
- **الفصل الثاني** :التعسف في استعمال حق الإشتراط في عقد الزواج

الفصل الأول

التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة.

الفصل الأول :

التعسف في استعمال حق الولاية[1] على المرأة.

تعسُّفُ الوليُّ في استعمال حقّ الولاية على المرأة كان ولا يزال مثار جدل، بين فقهاء الشريعة الإسلامية كما بين فقهاء القانون والتشريعات المختلفة، وقد يرجع هذا إلى سبب الموروث الإجتماعي الخاطئ، الذي يجعل الرجل يعتلي على المرأة ويتسلط عليها بحجة أن القوامة حقٌ من حقوقه الشرعية، أو بسبب ضعف الوازع الديني وتمادي الأولياء بتسلطهم على مَن في ولايتهم إلى درجة قد تصل إلى العنف النفسي والبدني المؤلم الذي يُكبل المرأة ويجعلها في غُبن مُبين، وقد يكون هذا التعسف مرجعه إلى اتباع عادات وتقاليد بالية ما أنزل الله بها من سلطان، وبالتمعن في هذه المسألة التي تبرز أهميتها – زيادة على الجانب الشرعي – في كونها ترتبط ارتباطا وثيقا بمبادئ حقوق الإنسان، مما جعلها موضع اهتمام من الباحثين والدارسين، ومنظمات حقوق الإنسان عموما ومنظمات حماية المرأة خصوصا.

هذا ما سنحاول دراسته في هذا الفصل، –أي الولاية في عقد الزواج– وخاصة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري[2]، الذي يعتبر محل نقاش وجدل في الفقه

---

(1): يعد موضوع الولاية في الزواج من المواضيع المكفولة شرعا وقانونا وذلك وفق اتباع إجراءات معينة، بحيث تعتبر الولاية منبع صلة الأفراد والأسر ببعضهم البعض من ناحية أن عقد الزواج عقد ديني ومدني في أن واحد، ومن ناحية أخرى فالآثار المترتبة عنه والتي تتعدى طرفي عقد الزواج ممثلان في الزوج والزوجة بل أكثر من ذلك ألا وهي أسرتي الطرفين ولذلك رسخت الشريعة الإسلامية مبادئ هذا الميثاق الغليظ وكفلته بحماية شاملة، ولا يخفى علينا أن مرحلة التحضير لهذا العقد هي التي يثور فيها التضارب في الآراء في نظرية الولاية بين مؤيد ومعارض، ومن هذا التضارب في الآراء سيتم التطرق إليها من خلال جانبين جانب الشريعة الإسلامية وجانب آخر وهو القوانين الوضعية، ولهذا فبعض المذاهب الفقهية التي سلمت بضرورة اشتراط الولي رأي في الزواج وساهمت بشكل كبير في إهدار حق المرأة في اختيار شريك حياتها، وبالمقابل فإن هناك بعض المذاهب الفقهية الأخرى رجحت رأي المرأة وهمشت دور الولي في عقد الزواج، كذلك الأمر نفسه بالنسبة للقوانين الوضعية والتي لم تحسم أمرها بعد من بالمذاهب الفقهية ولم تتقيد بمذهب واحد ومنها التشريع الجزائري.

(2): القانون رقم 84–11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05–02 المؤرخ في 2005/02/27.

والقانون والذي أثار عدة تساؤلات منذ زمن ولا يزال يطرحها إلى يومنا هذا مثل: ما مدى سلطة الولي على المولى عليها في تزويجها؟ وما حكم تزويج المرأة نفسها أو بدون وليها؟، وإلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في هذه المسألة؟.

المبحث الأول: ماهية الولاية وشروطها.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والإصطلاحي.

الفرع الأول: لغة:

الولي القربُ والدُّنُوُ، يُقال تباعد بعد ولي أي تباعد بعد قُرْب، وتولى الأمر أي تقلد[1]، والولاية بكسر الواو السلطان، وبفتحها النُصرة، والوليُّ مفرد أولياء[2]، كل من وُلّيَّ أمراً أو قام به، وقد ورد لفظ (الولاية) في القرآن الكري م مرةً واحدةً[3]، في قوله تعالى: ﴿**هُنَالِكَ ٱلوَلَيَةُ لِلَّهِ ٱلحَقِّ هُوَ خَير ثَوَابا وَخَيرٌ عُقبا** ﴾، ولفظ (ولي) 20 مرة، كقوله تعالى: ﴿ **أَلَم تَعلَم أَنَّ ٱللَّهَ لَهُۥ مُلكُ ٱلسَّمَوَتِ وَٱلأَرضِ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ ٱللَّهِ مِن وَلِىّ وَلَا نَصِيرٍ** ﴾[4]، ولفظ (وليًا) 13 مرة، كقوله تعالى: ﴿**وَٱللَّهُ أَعلَمُ بِأَعدَائِكُم وَكَفَى بِٱللَّهِ وَلِيّا وَكَفَى بِٱللَّهِ نَصِيرا** ﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿ **وَمَا لَكُم لَا تُقَتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلمُستَضعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَاءِ وَٱلوِلدَنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخرِجنَا مِن هَذِهِ ٱلقَريَةِ ٱلظَّالِمِ أَهلُهَا وَٱجعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيّا وَٱجعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا**﴾[6]، ولفظ (أولياء) 34 مرة، كقوله تعالى: ﴿ **لَّا يَتَّخِذِ ٱلمُؤمِنُونَ ٱلكَفِرِينَ أَولِيَاءَ مِن دُونِ**

(1)الجوهري، إسماعيل بن حماد، معجم الصحاح، حرف الوا، مادة ولي، دار المعرفة، ط3،2007، ص1161، بيروت، لبنان.

(2): معجم لغة الفقهاء، ص 510

(3) : سورة الكهف. الآية 44.

(4) : سورة البقرة. الآية 107.

(5) : سورة النساء. الآية 45.

(6) : سورة النساء. الآية 75.

ٱلْمُؤْمِنِينَ... ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱلطَّٰغُوتِ فَقَٰتِلُوٓاْ أَوْلِيَآءَ ٱلشَّيْطَٰنِ ﴾[2].

وبتتبع كل هذه الألفاظ لمادة (و ل ي)، نجدها تؤدي معاني النصرة والقرب والتأييد[3].

الفرع الثاني: إصطلاحا:

لم تتعرض التشريعات العربية إلى تعريف الولي أو الولاية، وهذا ليس عيبا، إذ ليس من مهامها ذلك، بل هو من صميم عمل الفقه، لذا قمنا بالبحث في بعض الكتب بحثا عن تعريف جامع مانع لمصطلح الولاية، لكننا صادفنا تعريفات متفرقة إخترنا منها ما رأيناه يُلائمُ هذا البحث، مع إيراد بعض التعليقات على كل تعريف، وأشهر ما وجدناه من تعاريف: هي:" القدرة على مباشرة التّصرف من غير توقُّف على إجازة أحد"[4].

ويؤخذ على هذا التعريف العموم في لفظ" التّصرف" الذي هو لفظ مشترك يمكن تأويله إلى عدة وجوه، فإن صُرف إلى الولاية فلا يسلم من أن يدخل تحته عدة أنواع للولاية.

وقيل هي:" تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى"[5].

---

(1) : سورة آل عمران، الآية 28.

(2) : سورة النساء، الآية 76.

(3) : ذكر الزبيدي صاحب تاج العروس،(المرجع السابق) واحدا وعشرون معنى للولي والمولى منها : المحب، الصديق، النصير، الجار، الحليف، المالك، المنعم،....، وولي المرأة هو الذي يلي عقد النكاح عنها ولايدعها تستبد بعقد النكاح دونه. وهذه المعاني –كلها كما نرى– إيجابية تخرج عن الجانب السلبي، كما لها دلالات توحي بالرابطة القوية بين الولي والمولى عليه، ولهذا يبنى معنى الولاية دائما على الشفقة وكمال النظر وحسن الرأي والتدبير.

(4): الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته،ج 7، ط 02 ، دار الفكر ، سورية ، دمشق ،سنة1985، ص.186

(5): إبن عابدين، الدر المختار، ج3، ص55 والبحر الرائق، ج3، ص117.

كما يُؤخذ على هذا التّعريف قصر مفهوم الولاية على نوع واحد منها فقط وهو " ولاية الإجبار"، كما أن هذا التعريف غير مانع أيضا، فهو شامل للولاية عموما، أي على النفس والمال.

كما عرفوها:" الولاية في النكاح سلطةٌ شرعيّةٌ لعصبة نسب، أو من يقوم مقامهم، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده". وهو تعريف أسلم من سابقيه، لدقة ألفاظه وتركيزه على ولاية الزواج خاصة.

التعريف المختار:

الولاية سلطةٌ شرعيةٌ تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها، فإن كانت متعلقةً بشؤونه كتزويجه لنفسه، أو التّصرف في ماله فهي ولايةٌ قاصرةٌ، وإن كانت متعلقةً بشؤون غيره كتزويج بنته أو تصرفه في مال ولده، فهي ولاية متعدية.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولاية والحكمة منها.

يقول الإمام ابن رشد:" إختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط النكاح، أم ليست بشرط؟... وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنةٌ هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلا عن أن يكون في ذلك نصٌ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها، هي كلها محتملة، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها، هي أيضا محتملة في ذلك. [1]

فهذا هو موطن الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، أما مشروعية[2] الولاية في الزواج فهي في الجملة محل اتفاق بينهم، وهذا راجع لأهمية عقد الزواج وقدسيته، وما يترتب

(1) : إبن رشد، الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط1، 2008، دار الإمام مالك، الجزائر، ص 12.

(2) : ومن أشهر ما احتج به من اشترط الولاية في الزواج ما يلي:

عليه من آثار في حياة الإنسان، ولهذا استمدت الولاية أهميتها من أهمية هذا العقد، وعناية الإسلام به وصيانته ورفع مكانته ورعاية مقاصده، حتى أضحت – الولاية في الزواج – شرفٌ لمن تمسك بها، وحفظا للمكارم لا يتشبث بها إلا ذوي الغيرة على أعراضهم وأنسابهم[1].

وذلك أن المولّى عليه في الزواج إما أن يكون عاجزا عن إدراك المصلحة لنفس ه بنفسه كالصغير والمجنون، فهؤلاء تكون الولاية عليهم ضمن ولاية أعم وأشمل لحفظ النفس والمال ورعاية المصالح ودرء المفاسد.

وإما أن يكون المولّى عليه في الزواج هو الأنثى، ففي الولاية عليها رعاية لحقها، وصيانة لكمال أدبها وحيائها، دون هضم لحقها في اختيار من ترضاه زوجا لها، وإبعادا لها عن اتباع الهوى والوقوع في الزلة في عقد الخطأ فيه جليل، والندم فيه لا ينفع.

فهذه بعض محاسن الولاية في الزواج على المرأة، فلا معنى للقهر والإذلال، ولا مكان لاستغلال حياء المرأة التي يعز عليها إبداء رأيها ورغبتها في الأزواج.

وبناء على ما تقدم إختلفت مذاهب الفقهاء في مدى ثبوت ولاية النكاح بين الإجبار والإختيار، أو ما يُصطلح عليه بالطبيعة القانونية للولاية في عقد الزواج على النحو التالي:

من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ...﴿٢٣٢﴾﴾ (البقرة: 232) قالوا وهذا خطاب للأولياء، ولو لم يكن لهم الحق في الولاية لما نهوا عن العضل، وكذا قوله تعالى :﴿ وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾ (البقرة/221) وهذا خطاب للأولياء كذلك، فلو كان أمر الولاية للمرأة لكلن الخطاب موجها إليها.

-أ ما من السنة فقد استدلوا بما يلي: ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة(ض) قالت: قال لرسول الله (ﷺ):" **أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل** (ثلاث مرات)...." رواه أبو داوود – كتاب النكاح– باب الولي– حديث رقم 2083./ والترمذي ، حديث رقم 1108.

(1): إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 57–59.

يُقسم فقهاء الشريعة للإسلامية ولاية الزواج إلى قسمين: ولاية إجبار وولاية اختيار، أو ولاية الشّركة، أو كما يسميها أبو حنيفة ولاية استحباب، والولاية الأولى هي التي تعتبر ولاية كاملة.

1- **ولاية الإجبار**[1]: وتسمى بالولاية الكاملة، وهي التي يستبد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج على المولّى عليه، ولا يشاركه فيها أحد.

أ- عند المالكية والحنابلة:

الولاية يمارسها الولي على البنت البكر والمجنون والصغير، وعلتهم في ذلك البكارة وفقدان العقل والصغر[2]. وهما سببان مؤديان للعجز، ومن ثم تكون -هذه الولاية - على الصغار القاصرين ومن في حكمهم من فاقدي الأهلية بجنون أو عته وهذا لعدم مقدرتهم على حسن التصرف، وعجزهم عن إدراك معاني العقود وآثارها.

ومنه نجد أن المالكية والحنابلة قد أقاموا ولاية الإجبار على أساس الصغر والبكارة معا، فقالوا بالنسبة للصغير أنثى أو ذكر يستطيع الولي إجبارهما قبل البلوغ، ويزوجهما دون إذنهما أو رضاهما، فإن بلغ الذكر فإنه يملك أمر نفسه ويتزوج بمحض إرادته، أما المرأة البكر - كبيرة أو صغيرة - فلوليها جبرها مطلقا، وكذلك المصابين بعته أو جنون فللولي إجبارهما، لأن كلا الصفتين مرض عقلي يظهر أثره في التصرفات والأقوال مما يجعل صاحبه غير سوي في مواجهة الحياة، مما يستلزم وجود ولي يتولى أمرهم سواء قبل البلوغ أو بعده[3].

(1) : وتسمى الولاية الكاملة، وهي التي يكون فيها للولي حق الإستبداد بإنشاء العقد، وتزويج من كانت تحت ولايته، دون مشاركة له في الإختيار أو إبرام العقد.

(2) : وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، دار الفكر، دمشق-سورية- الطبعة الرابعة معدلة سنة 1997، ص14-67.

(3) : محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، دار الرحاب، 2000، ص 256.

فهذه الولاية هي حق يمارسه الولي جبرا على هؤلاء، وقد حصرها المذهب المالكي في الأب ووصي الأب دون سواهما وليس للعصبات ولا حتى للقاضي ولاية إجبار على الصغير أو الصغيرة[1].

ب- عند الشافعية:

تثبت هذه الولاية عندهم على الصغيرة والبكر والمجنون وعلة الإجبار على التزويج في هذا المذهب ليست واحدة فقد تكون الصغر وقد تكون البكارة وقد تكون فقدان العقل والعجز على التصرف في أمور الحياة وما تقتضيه مصلحة المولى عليه[2] وحصروها في الأب والجد وإن علا [3].

وتصح ولاية المجبر – بعد الأب والجد – بتزويج الصغير والمجنون صغيرا أو كبيرا والبكر البالغة العاقلة بدون استئذان ورضا بعدة شروط أهمها:

1-ألا يكون بينها وبينه أبدا عداوة ظاهرة معروفة لأهل الحي، فإن زوجها لمن يكرهها فإنه لا يصح.

2- أن يكون الزوج كفئا لها.

3- أن يزوجها بمهر مثلها، وأن يكون المهر من نقد البلد، وأن يكون حالا.

فمتى تحققت هذه الشروط كان للأب أو للجد إجبار البكر صغيرة أو كبيرة، عاقلة أو مجنونة، ولكن يستحسن استئذانها تطييبا لخاطرها إن كانت بالغة.

وإن كانت صغيرة يتيمة الأب، وكانت مجنونة انتقلت الولاية عليها في المال إلى الحاكم، ولكن لا يصح له أن يزوجها إلا بشرطين:

---

(1) : القاضي هشام قبلان، الزواج في الإسلام وأشكال الزواج المستحدث، مؤسسة الرحاب الحديثة، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص27.

(2) : احمد فراج حسين، المرجع السابق، ص165.

(3) : القاضي هشام فيلان، المرجع السابق، ص 27.

1- أن تبلغ لأنها لا تحتاج إلى الزواج قبل البلوغ.

2-أن تكون محتاجة بعد البلوغ إلى النفقة أو الخدمة، بحيث لا تندفع حاجتها إلا بالزواج[1].

ج- عند الحنفية:

تثبت عندهم على الصغير والمجنون ذكرا أم أنثى وعلتهم هو الصغر والجنون ولا عبرة عندهم بالبكارة أو الثيوبة[2] فهم عاجزون عن النظر في شؤونهم ولا يدركون المصلحة.

والولاية الإجبارية في الزواج عندهم تختلف قوة وضعفا باختلاف الولي، فالأب والجد والابن إن كانوا من ذوي السيرة المحمودة والرأي السديد، فان العقد الذي يجريه احدهم يلزم الصغير وليس له حق الخيار عند البلوغ أو الشفاء، بعكس ما إذا كان أحدهم من ذوي السيرة السيئة وعرف بسوء الاختيار، فعندئذ يشترط مهر المثل والكفاءة، أما إذا كان الولي من باقي العصبات فعليه التقيد بالكفاءة بالنسبة للذكر وبمهر المثل بالنسبة للأنثى[3]، وذهب إلى مثل هذا الإتجاه الإمامية من الشيعة وبعض الآراء الفقهية المتفرقة، التي تأخذ بمبدأ الوسطية في مسألة الولاية[4].

(1) : الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج، ص 105.

(2) : احمد فراج حسن، المرجع السابق، ص 165.

(3 : القاضي هشام قيلان، المرجع السابق، ص26.

(4) : وهو اتجاه يأخذ بمبدأ الوسطية في الولاية: وقد حاولوا التوفيق بين من اشترطوها لزوما من جهة وبين من تساهلوا في اشتراطها من جهة أخرى، فنجد محمد بن الحسن الذي لم يشترط في صحة العقد إلا إذن الولي وبذلك يكون للمرأة حق تزويج نفسها بعبارتها موقوف على إذن الولي فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل، إن لم يكن في رفضه عضل، لأن عضله يدفع القاضي إلى إجازة العقد .كما نجد كذلك مذهب الإمامية الذي يمنح المرأة الثيب حق تزويج نفسها بعبارتها فلا ولاية عندهم عليها من أب أو جد أو سائر أوليائه من باب الأولوية، واختلفوا في أمر البكر فمنهم من قال أنها كالثيب ولكن يستحب أن تنيب أباها أو جدها ليتولى عقد نكاحها، ومنهم من قال أن الأمر مشترك بينها وبين الولي فلا يستقل أحدهما بالعقد دون الآخر، فإن تولته البكر فلابد من إذن الولي مستندين في ذلك على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها " وهو تقريبا ما ذهب إليه الثوري فعقد الزواج عنده مشترك بين المرأة ووليها كيف ما كانت هذه المرأة بكرا أو ثيبا تحت طائلة البطلان، فإن أذن لها ابتداءا أن تعقد نكاحها فالعقد صحيح، وإن باشر هو العقد بعد أن أذنت له فالعقد صحيح كذلك، إلا أن هنالك روايات أخرى عنه مقتضاها أن أي رجل

2- **ولاية الإختيار**[1] : وهي التي تثبت على العاقلة البالغة، لأنه ليس للولي الإنفراد بإنشاء عقد الزواج، بل يشاركها في اختيار الزوج، لأنه ليس له إجبارها، بل لابد أن تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك ويتولى هو الصيغة.

وهذا النوع من الولاية محل إجماع- في المذاهب الفقهية- على إثباتها للمرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا [2] لأنها سلطة ثابتة شرعا تخول له تزويج المولى عليها بعد موافقتها ورضاها بالكلام الصريح [3] مستدلين من القرآن والسنة، فمن القرآن قوله تعالى:﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**﴾ **(البقرة:232)** ، وأما من السنة فقوله ﷺ: **"الأَيّمُ أولى بنفسها من وليها. والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ في نفسها"** .قيل يا رسول الله! إنَّ البكر تستحي أن تتكلم.

قال: ((**إذنها سكوتها**))[4]. فهذا الحديث يبين أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق في أمر زواجها وهو متروك لها.

مسلم تولى عقد المرأة جاز العقد، مصداقا لقوله تعالى : ﴿ **والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**﴾ أما إن تولت هي عقد زواجها أو عقد زواج غيرها فالعقد باطل.

(1) : **ولاية الاختيار** أو الشركة أو الاستحباب كما يسميها أبو حنيفة، هي ولاية لا جبر فيها، يكون الرضا فيها من طرفين معا – أي الولي والمولى عليه- وذلك لأن جمهور الفقهاء يرون أنه ليس لها أن تنفرد بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في اختيار الزوج ، وينفرد هو بتولي الصيغة بعد اتفاقه معها ولذلك تسمى ولاية الاختيار، كما تسمى ولاية الشركة ، لأنه ليس له أن يجبرها، بل تتلاقى إرادتها مع إرادة الولي في ذلك، ويشتركا في الاختيار، ويتولى هو الصيغة. وفي حين يرى أبو حنيفة أن البالغة العاقلة ليس لأحد عليها سلطان في شأن زواجها، وإنما يستحب أن يتولى الولي بالنيابة عنها صيغة الزواج، ولذلك يطلق عليها ولاية الاستحباب. وتثبت ولاية الاختيار للمرأة البالغة العاقلة، كما تثبت للثيب البالغة التي زالت بكارتها بزواج فاسد أو صحيح ولكن امتنع فيه إقامة حد الزنا لسبب من الأسباب ، كما يجيز المالكية ولاية الاختيار للبكر التي رشدها أبوها.

(2) : عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص121.

(3) : عيسى حداد، المرجع نفسه، ص 122.

(4) : إبن ماجه، السنن كتاب النكاح، الباب11(إستئمار البكر والثيب)، حديث رقم 1870.

كذلك اتفقوا على ثبوتها للرجل فله أن يزوج نفسه بنفسه ولا يشترط في صحة العقد ولي، فإذا باشره بنفسه يكون صحيحا نافذا لازما سواء كانت الزوجة التي تزوج ها كفأ له أم لا وحتى ولو تزوجها بأكثر من مهر مثلها[1].

من خلال ما تقدم يتضح أن ولاية الاختيار التي تثبت على المرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا ليس لها أن تنفرد بتزويج نفسها بغير موافقة وليها بل لا بد أن تتفق إرادة كل من الولي والمولى عليها.

(1) : رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الجلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص319.

المبحث الثاني: ضوابط الولاية وموقف التشريعات العربية منها.

إذا كان فقهاء الشريعة – كما سبق بيانه – ذهبوا إلى ثبوت الولاية بالرغم من اختلافهم في علتها، لكنهم أجمعوا على أن الإجبار للولي يثبت متى كان في زواجها مصلحة لها، وتكون هذه المصلحة يقينية مؤكدة ، فإن المشرع الجزائري قد ذهب مذهب انتفاء ولاية الإجبار على الصغيرة، وعلى هذا المبدأ سار في تشريعاته من حيث اعتبار المصلحة كقاعدة، إذ لا يجوز للولي إجبار من في ولايته على الزواج[1].

المطلب الأول: ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية.

الفرع الأول: ولاية الزواج في القانون الأردني :

إن المشرع الأردني وأثناء وضعه لقانون الأحوال الشخصية وبالخصوص حين أراد تقنين موضوع الولاية وجد نفسه، أمام مجموعة من الاجتهادات الفقهية في هذا الموضوع، آراء تتك امل وتتضارب كما رأينا سابقا، لذا كان من الضروري عليه أن يجد له طريقا داخل هذا الزخم من الآراء، وان يتبنى رأيا أو عدة آراء منها، تكون أساسا ومرجعا له في سن النصوص المتعلقة بولاية الزواج، لذلك فعند سن المشرع لقانون الأحوال الشخصية[2] لسنة 1976 ، ذهب إلى الأخذ بحديث الرسول (ﷺ) "**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صُمَاتُها**" وذلك في محاولة منه لامساك العصا من الوسط، فجعل الولاية على بعض النساء ولم يشترطها في البعض الأخر ، ففرق بين البكر التي يتراوح عمرها بين

(1) : غير أنه منح سلطة المنع والإعتراض للأب دون غيره على ابنته ، بمعنى أنه لا يجوز لغير الأب منع البنت البكر من الزواج،ومهما كان الولي جدا أو عما أو من هم في درجتهم من العصبات من الأقارب، إذا هي سلطة مخولة للأب على ابنته فقط .

(2) : قانون الأحوال الشخصية الأردني : قانون الأحوال الشخصية قانون مؤقت رقم 05 لسنة،2010 نسخة منقحة معتمدة من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

الخامسة عشر والثامنة عشر[1]، وبين المرأة التي تجاوز عمرها الثامنة عشرة والثيب، فاشترط الولاية على الأولى، ولم يشترطها في الثانية.

فبالنسبة للبكر بين الخامسة عشر والثامنة عشر من عمرها، فقد اشترط المشرع لصحة عقد زواجها أن يتولى الولي العقد نيابة عنها، والوالي الذي له الحق في تزويج المرأة حسب المادة التاسعة من نفس القانون "الولي في الزواج هو العصبة بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجح من مذهب أبي حنيفة" ، والذي اشترطت فيه المادة (11) أن يكون بالغا، عاقلا، وان يكون مسلما إذا كانت المخطوبة مسلمة.

هذا وقد نصت المادة (6) في فقرتها الأولى على عدم جواز عضل البكر من طرف الأولياء بدون سبب مشروع، إلا أن المادة استثنت في فقرتها الثانية عضل الأب والجد على البكر التي لم تبلغ الثامنة عشر بعد، حيث أجاز المشرع لهما حق العضل حتى وإن لم ينبن على سبب مشروع، وكان عضل هذا الولي لمجرد التسلط والتحكم في أمور البكر سواء كان هذا الزواج كفؤا لها أم لم يكن.

أما بالنسبة للبكر التي بلغت الثامنة عشر من عمرها فأكثر، فالمشرع وإن كان يشترط الولي لصحة عقدها فانه منع كافة الأولياء من عضلها حتى وإن كان هذا الولي أباها أو جدها، كما منحها حق تزويج نفسها، إن لم يوجد ولي لها وذلك حسب ما جاء في المادة (22) من قانون الأحوال الشخصية الأردني[2].

في حين منح المشرع الأردني الثيب حق تزويج نفسها بنفسها، حسب ما جاء في المادة 13 والتي تنص على "لا يشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة

(1) : أهلية زواج الخاطب والمخطوبة العاقلين أن يتم الخاطب السادسة عشرة وأن تتم المخطوبة الخامسة عشرة من العمر حسب القانون الأردني .

(2) : تنص المادة 22، على أنه إذا نفت البكر أو الثيب التي بلغت الثامنة عشر من عمرها وجود ولي لها وزوجت نفسها من آخر ثم ظهر لها ولي ينظر فإن زوجت نفسها من كفء لزم العقد ولو كان المهر دون مهر المثل وإن زوجت نفسها من غير الكفء فللولي مراجعة القاضي بطلب فسخ النكاح.

من العمر ثمانية عشر عاما"، وعدم اشتراطه لموافقة الولي في زواج الثيب، إنما هو نابع من تأثره بمجموعة من الأحاديث والاجتهادات الفقهية المعتمدة لهذا الاتجاه.

كما منح المشرع الأردني للقاضي المكلف بأمور الزواج الكثير من الصلاحيات بخصوص الولاية في الزواج، فقد منحه حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشر من عمرها عند الطلب في حالة عضل الولي غير الأب أو الجد، بلا سبب ، حسب المادة(6)، وحق تزويج البكر التي عضلها وليها بدون سبب وان كان أبا أو جدا إذا بلغت ثماني عشرة سنة، وذلك حسب نفس المادة (6)[1] كما منع المشرع إجراء عقد الزواج على المرأة التي لم تبلغ الثامنة عشر من عمرها إذا كان خاطبها يكبرها بأكثر من عشرين عاما، إلا بعد موافقة القاضي وتحققه من رضاها واختيارها، وأن مصلحتها متوفرة في هذا الزواج المادة (7).

هذا وقد أعطى المشرع للقاضي أيضا الإذن بزواج من به جنون أو عته، إذا تبث بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له المادة (8). إضافة إلى مسؤوليته في فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج عند الطلب، إلا أن الفسخ مقرون بعدم حمل الزوجة، لأنها إن حملت لا يفسخ العقد، وهو ما نصت عليه المادة (23): " للقاضي عند الطلب فسخ الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج ما لم تحمل الزوجة من فراشه، أما بعد الحمل فلا يفسخ الزواج".

إلا أن ما يؤخذ على هذا القانون كونه جعل للأب والجد حق العضل على البكر التي لم تبلغ الثامنة عشرة من العمر، ومنع باقي الأولياء من ذلك ، فالمشرع هنا لم يراع مصلحة البكر، ووضعها بين نارين، نار مشروعية عضل الأب والجد لها وإن حرماها من الكفء بسبب هذا العضل، وبين نار اللجوء إلى القضاء في حال عضل باقي الأولياء لها فكيف نتصور من فتاة في الخامسة عشرة من عمرها تقاضي أخاها أو عمها مثلا من أجل

(1) : تنص المادة 6 على : أ- للقاضي عند الطلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشر من عمرها من الكفء في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياءو بدون سبب مشروع – ب- أما إذا كان عضلها من الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا أتمت ثمانية عشر عاما ، وكان العضل بلا سبب مشروع.

الزواج، وهي التي لا تعلم أص لا معنى الكفء والكفاءة، ومدى مصلحتها في هذا الزواج ولا حتى كيفية إثبات العضل الذي يعد إثباته أمرا بالغ الصعوبة، في مجتمع تسود فيه ثقافة ضرورة احترام قرارات الأسرة ، ثم كيف ستكون نظرة عائلتها لها في حال تجرأت على تحدي أسرتها، وكيفي ة معاملتهم لها، سيما إن اثبت القاضي عدم كفاءتها، لتكون بذلك لا هي فازت بزوج يحميها ويقيها ردة فعل أسرتها، ولا هي صانت عطف أسرتها عليها. لذلك كان من الأسلم للمشرع الأردني أن يعمل على رفع سنّ أهلية الزواج لثماني عشرة سنة وذلك حماية لها من عضل الأب أو الجد عليها من دون سبب، ومن حمايتها من مواجهة أهلها في سن مبكرة لا تستطيع فيه تحمل نتائج هذه المواجهة.

كما يُؤخذ على هذا القانون ما جاء به المشرع بخصوص حقّ الثيّب العاقلة المتجاوزة الثّامنة عشرة من العمر في أمر تزويج نفسها. حيث نجد المشرع نصّ في المادة (13) على حقّها في أن تزوج نفسها ممن تريد ولو بدون موافقة الولي، ليعود في المادة (22) لينصّ على أنه إذا نفت الثيّب وجود ولي ثم ظهر لها وليّ ، جاز لهذا الأخير المطالبة بفسخ العقد إن لم يكن الزّوج كفؤا لها، فالثيّب هنا ليست ملزمة بنفي الولي حتى تزوج نفسها مادام المشرع أعطاها حق تزويج نفسها ولو من دون موافقته، لذلك كان على المشرع عوض النص على حالة نفي الولي، أن ينص أن للوالي سلطة الرقابة على موليته، فان لم تزوج نفسها من الكفء جاز لوليها المطالبة بفسخ العقد.

الفرع الثاني: ولاية الزواج في القانون الكويتي.

إن المشرع الكويتي وفي متناول حديثه عن الولاية في الزواج أكد على أنها لازمة في كل عق د، كما أن الولي شرط ضروري لصحة العقد، فنص في المادة الثامنة على أنه: ((ينعقد الزواج بإيجاب من ولي المرأة وقبول من الزوج أو من يقوم مقامه)) ليضع بذالك حدا للجدال الفقهي الدائر في الموضوع، فالمشرع الكويتي آثر أن يعمل بالمذاهب والآراء الفقهية التي تنص على إلزامية الولي واشتراطه، من خلال القناعة التي اكتسبها في الموضوع

بضرورة الولي، والولي وفق ما ذهب إليه هذا القانون هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث ثم القاضي[1].

وقد ذهب المشرع الكويتي أيضا أثناء تناوله للولاية إلى التفريق بين زواج البكر التي بين البلوغ والخامسة والعشرين سنة، وبين الثيب والبالغة من العمر الخامسة والعشرين. فبالنسبة للبكر التي بين البلوغ والخامسة والعشرين سنة فقد اشترط المشرع الولي لتمام عقدها، واستلزم موافقته ورضاه، ليكون العقد منتجا لآثاره، كما اشترط في الفقرة الثانية من المادة (29) "يشترط اجتماع رأي الولي والمولى عليها"، فجعل على المرأة ولاية الاختيار أو الشراكة، فلا يكون لأحد منهما الاستبداد برأيه في مواجهة الأخر، بل لابد من موافقة ورضا الطرفين عن الزوج والتقاء إرادتهما في إتمام العقد.

في حين جعل المشرع للثيب ومن بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأي لها في زوجها، فهي المسؤولة عنه، والتي لها الحق في قبول الزوج ورفضه بناءا على رغبتها واختيارها ومصلحتها، لكنه مع ذلك لم يمنحها حق تزويج نفسها، فان جعل الرأي لها فقد اشترط عليها أن يباشر الولي العقد نيابة عنها، فلا يجوز عند المشرع الكويتي الزواج بعبارة النساء مطلقا، وليس لها أن تباشر عقدها بنفسها، سواء كانت ثيبا أو بالغة من العمر الخامسة والعشرين ، وذلك حسب المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي الذي ينص على "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها الرأي لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها" إلا أن المشرع، استثنى من هذه القاعدة في الفقرة الثانية من نفس المادة بأن أجاز للثيب أن تطلب من قاضي الوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها السابق، وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه في الموضوع.

(1) : تنص المادة 29 على أ- الولي في زواج البكر والتي بين البلوغ والخامسة والعشرين سنة هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث، وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضي ويسري هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى.

كما نصت المادة (27) على "يجوز التوكيل في عقد الزواج" حيث يجوز للزوج أن يوكل من شاء ليتم العقد مكانه، كما يجوز لولي المرأة التوكيل لمن شاء أن ينوب عنه، في إتمام العقد، شرط أن تتوفر فيه شروط الولي نفسه، في حين لا يجوز للمرأة أن توكل غيرها ذكرا كان أو أنثى ليتم العقد نيابة عنها ، لان ليس لها أصلا حق تزويج نفسها.

وقد منح المشرع الكويتي للقاضي الإذن لزواج المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى بعد الإدلاء بتقرير طبي يثبت بان زواجه يفيد من شفائه ، ورضي الطرف بحالته، ودلك حسب الفقرة الثانية من المادة 24، كما أن للقاضي عند رفع الأمر إليه أن يأمر أو لا يأمر بتزويج الفتاة التي عضلها وليها في أمر تزويجها، وكذلك الأمر في حال تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة، وعضلوا جميعا، أو اختلفوا، إضافة إلى إمكانية توليه لعقد الثيب لمباشرة عقد زواجها من زوجها السابق بعد أخذ رأي وليها.

الفرع الثالث: الولاية في القانون التونسي.

إن المشرع التونسي أثناء تطرقه لموضوع الولاية ركز بشكل كبير وأساسي على مبدأ ضرورة إبراز رضى الطرفين وهما الزوج والزوجة على إتمام العقد، وذلك للتحقق من صدوره عنهما أو وكيليهما، من خلال ما نص عليه الفصل الثالث من أنه لا ينعقد الزواج إلا برضى الزوجي ن وباشتراط المشرع هنا ضرورة رضى الزوجين أسقط الولي ودوره في تولي عقد زواج المرأة، وذلك بمنح هذه الأخيرة حق تزويج نفسها ليكون المشرع التونسي بذلك قد خطى خطوة جريئة وخطيرة في نفس الوقت، فبالتنصيص على أن زواج المرأة التونسية لا ينعقد إلا برضاها سواء كانت رشيدة بالغة للعشرين من عمرها ، أو كانت غير رشيدة محجور عليها لصغر أو سفه أو ضعف عقل، في وقت مازالت فيه جل الدول العربية

تنص على إلزامية الولي بشكل أو بآخر لتمام عقد زواج المرأة وعدم اشتراط ولي في عقد زواج المرأة راجع ربما إلى تأثر المشرع التونسي في هذا المجال بالمستعمر الفرنسي[1].

فالمشرع التونسي وأثناء تحدثه عن زواج من لم تكمل سن الرشد وهو 20 سنة فرق بين فئتين عمريتين، فئة أولى بلغت سن السابعة عشر من العمر، وفئة ثانية لم تكمل السابعة عشر بعد، وبالنسبة للفئة الأولى نجد أن الفصل السادس يصرح بخصوصها –زواج القاصر– يتوقف على موافقة الأب والأم، وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه، والمشرع وإن اشترط الولاية على زواج القاصر بعد رضاها ورغبتها للزواج فإنه لم يجعل هذه الولاية مطلقة للأب أو غيره من الأولياء، من أشرك الأم في الموافقة في هذا الزواج، فالأب والأم شريكان في الموافقة على زواج القاصر بحيث لابد أن يصدر هذا الرضا عنهما معا، فالزواج بمقتضى هذا القانون لا ينعقد بموافقة الأول.

ومعارضة الثاني أو العكس، وذلك حسب المادة 23 في فقرتها الثانية، "و يتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم بما في ذلك التعليم والسفر والمعاملات ومشاركة الأب في مشمولات الولاية من باب التعاون على تسيير شؤون الأسرة"، إلا أن الكلمة الأخيرة في موضوع الموافقة في حال معارضة أحدهما أو كليهما للمحكمة، لأن القاصر أمام هذا الوضع الحق في الالتجاء للمحكمة من أجل إتمام الزواج، إلا إن كانت المحكمة لا تأذن لهذا الزواج إلا بعد التأكد من توفر عناصر الترجيح وموافقة

(1) : خصوصا إذا علمنا أن هذا القانون أو المجلة قد صدرت سنة 1956. وذلك في الرائد الرسمي عدد 66 الصادرة في 17 غشت 1956 ، في وقت كانت الدولة التونسية خاضعة لسيطرة الاستعمار الفرنسي.

ليس هذا فقط بل سيذهب إلى إنشاء قواعد جديدة بخصوص زواج من لم يكمل سن الرشد من حيث الولاية عليه، هذه القواعد والمقتضيات لم يسبق لأي دولة عربية أن نصت عليها، إضافة إلى أنها غير مستمدة من التشريع الإسلامي لا من قريب ولا من بعيد، هذا التشريع الذي تحاول معظم الدول العربية احترام مقتضياته خصوصا في هذا الموضوع .

الولي والأمر تأخذ شكلين اثنين فإما أن تكون هذه الموافقة عند إبرام عقد الزواج على أن يتم إمضاء الولي والأم على رسم الزواج أو على دفتر العدول، وإما أن تكون هذه الموافقة مدونة ضمن حجة رسمية يوافق بمقتضاها الولي والأم على زواج الق اصرة مع وجوب ذكر اسم ولقب الطرف الثاني في الزواج وإلا لم تعتبر موافقة، فالموافقة هنا موافقة على الزواج وموافقة على الزوج أيضا [1]، وبالتالي يكون المشرع التونسي قد أعطى الأم الحق في التدخل في زواج ولدها القاصر والحد من السلطة المطلقة للولي في الموافقة على زواج القاصر .

أما بالنسبة للفئة الثانية فبالإضافة إلى اشتراط المشرع موافقة الأب والأم معا على زواج هذا القاصر اشترط أيضا إذنا خاصا من المحكمة مع الإشارة إلى الأسباب الدافعة إلى ذلك، وهو ما نص عليه الفصل الخامس، "و كل من لم يبلغ العشرين سنة كاملة من الرجال وسبعة عشر سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد الزواج، وإبرام عقد الزواج دون السن المقررة يتوقف على إذن خاص من المحكمة، ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين".كما نص المشرع في النص السابق من نفس القانون على أن "زواج المحجور عليه لسفه لا يكون إلا بعد موافقة المحجور له وللمحجور له أن يطلب من الحاكم فسخه قبل البناء".

كما تجدر الإشارة إلى أن الفصل التاسع نص على: ((للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما أو ليوكلا من شاء وللولي حق التوكيل أيضا))، والذي تجدر إليه الإشارة أن الوكيل في الزواج هنا كأي ولي آخر، فكلاهما تطبق عليه شروط الوكالة العامة دون اشتراط شرطي الوكالة الخاصة في زواج المتمثلان في ضرورة تحرير التوكيل في حجة رسمية وأن يتضمن التوكيل وبصفة صريحة اسم المرأة واسم الرجل الذي ترتضيه زوجا لها .

(1) : عبد الخالق احمدون، المرجع السابق، ص 218.

الفرع الرابع: الولاية في الزواج وفق قانون الأسرة المغربي[1]:

خيرت المرأة الرشيدة بين أن تزوج نفسها بنفسها دون الحاجة إلى الالتجاء للولي وبين أن تزوج نفسها بواسطة وليها، وهذا ما نصت عليه المادة (25) بقولها " للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها" في حين جاء في المادة (24) "الولاية حق للمرأة تمارسه الرشيدة حسب اختيارها ومصلحتها" وبهذا تكون المدونة قد أحدثت تغييرا جذريا على الفصل (12) من مدونة الأحوال الشخصية التي كانت تميز بين المرأة الرشيدة ذات الأب وبين الرشيدة التي لا أب لها [(2)].

وإن كان المشرع قد أعطى للراشدة حق تزويج نفسها دون الحاجة للالتجاء للولي فإنه عكس ذلك فقد اشترط الولي في زواج القاصر واعتبره شرطا لصحة هذا العقد، وهو ما يستشف من الفقرة الأولى من المادة (21)التي تنص على "زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي[(3)]" بالإضافة إلى موافقة القاضي بمقرر معلل يبين فيه المصلحة

1: تعد مدونة الأسرة الجديدة لسنة 2003، أول مدونة أسرة تعرض على البرلمان وقد أحدثت ثورة كبرى في ميدان الأحوال الشخصية بالمغرب لما جاءت به من مستجدات في قانون الأسرة على جميع المستويات ، كان على رأسها تعديل سن الرشد القانوني، وسن أهلية الزواج، والإتيان بمقتضيات فيما يخص التعدد والولاية، وقد عرف هذا الموضوع بالخصوص – موضوع الولاية– جدلا كبيرا بين أعضاء اللجنة الملكية فتجادلوا حول دعوتين، الأولى تطالب بضرورة الإلغاء التام للولاية في الزواج، على اعتبارات منها أن المرأة أصبحت تتحكم في مصير شعب، فكيف لا تتحكم في مصيرها هي، وأن شرط الولي ينقص من كرامة المرأة ويهينها، والثانية أنه لا مبرر لحذف الولاية في الزواج، على اعتبار أن الولاية كما كانت تقررها مدونة الأحوال الشخصية هي ولاية تفويض، وولاية شكلية، بمعنى أن الولي لم يكن يعقد على وليته، إلا بتفويض منها في ذلك. لكن مدونة الأسرة وضعت حدا لهذا النقاش، وحسمت الخلاف وذلك بمحاولة سلك المسلك الوسط.

(2) : وقد أجاب وزير العدل في إحدى جلسات مناقشة المشروع أمام أحد المجلسين عن تساؤل طرح عليه بخصوص مغزى التنصيص على هذا النوع من الولاية بقوله أن هذه الولاية هي حق للمرأة تمارسه بنفسها لتشعر بأن لها حرية الإرادة في اختيار زوجها وأنها الأكثر ملائمة مع ما ينبغي من الإجراءات لصيانة الحقوق والمحافظة على كرامة المرأة، كما أن هذه النصوص وضعت لتجنب التعسف ولمواجهة ذوي المصالح الشخصية الخاصة من الأولياء .نقلا عن المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة من خلال أجوبة السيد وزير العدل ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عن الأسئلة والإستفسارات المثارة أثناء مناقشة مشروع المدونة أمام مجلسي البرلمان، ص6.

(3) : وتتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضور إبرام العقد وإذا امتنع النائب الشرعي للقاصر على الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع

والأسباب المبررة لذلك وذلك وفق ما جاء في المادة (20) من مدونة الأسرة، وزواج القاصر لا يتم إلا بناء على مجموعة من الشروط هي كون هذا الزواج لا يترتب عليه ضرر للمعني بالأمر، والتأكد من استعداد الزوج المعني بالأمر ولتحمل الأعباء الزوجية والمسؤولية وذلك بالاستعانة بخبرة طبية وإجراء بحث اجتماعي، ووجود مصلحة في هذا الزواج إضافة إلى حضور نائبه الشرعي والاستماع إليه وموافقته وهو استثناء من الأصل المقرر بالنسبة للرشداء، وهذا القرار غير قابل للطعن[1]، وأن المشرع اعتمد على المقاربة الاجتماعية للولاية في طرح هذا المفهوم، إلا أنه أغفل خاصية مهمة بخصوص من لم يشترط الولاية سواء كان ابن رشد أو الإمام أبي حنيفة النعمان أو غيرهما وهي خاصية الكفاءة في الزواج ، فإن كان ينص كل منهما على أنه ليس لأحد سلطان على المرأة بخصوص أمر زواجها فقد جعل للولي سلطة الرقابة عليها، فإن لم تزوج نفسها من الكفء لها أو أبانت عن عدم نضجها جاز للولي الحجر عليها بل وحتى فسخ عقدها.

فالمشرع المغربي بعدم اشتراطه للكفاءة على الأقل في الزواج فتح الباب على مصراعيه لبعض النساء للتمرد على أسرهن، وإن كان الكثير من الدارسين لهذا الموضوع مطمئنون إلى أن هذا الموضوع لن يؤثر كثيرا على المجتمع المغربي المعروف بحرصه على تماسك الأسرة ، واتساقا مع هذا القول نجد الدكتور عبد المنعم التمسماني يقول "فإني أعتقد بأن الولاية بهذا المعنى الاجتماعي الواسع ستظل معتبرة على مستوى الواقع لا يستغنى عنها، وستبقى مطلوبة بشكل عام في العرف المغربي، بل وربما تغضب الفتاة وتقاطع

(1) : إلا أن ما يثير الانتباه هو أن المشرع بعدم اشتراط الولاية ضرب بعرض الحائط ما جاء في المذهب المالكي وهو المذهب المعتمد عليه بالمغرب من اشتراط الولي ، فحتى وإن أكد السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في معرض أجوبته عن أسئلة النواب عن المفهوم الجديد للولاية بقوله أنه ليس هنالك قطعا إجماع على وجوب الولاية في الزواج فحتى في نطاق المذهب المالكي نفسه فهناك من لا يقول بوجودها كابن رشد.

أباها أو أخاها إن تركاها تنفرد بالعقد على نفسها ولم يقف بجانبها ويقدم لها المساعدة المطلوبة في ذلك" [1].

الفرع الخامس: ولاية الزواج في القانون الجزائري.

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجديد على تعديل مجموعة من مواد المرسوم القديم، فجاء من أبرز هذه التعديلات التعديل الجذري للفصول المتعلقة بالولاية والتي بعدما كانت تنص في المرسوم 59 – 1082 الصادر في فيفري1959 [2] على أن الولاية حقٌ للمرأة تمارسه بنفسها وليس لأحد أن يقوم مقامها في ذلك ، وليا كان أو غيره حيث ذهب المشرع في هذا المرسوم إلى حد اعتبار العقد باطلا إذا لم يكن التعبير عن الرضى صادرا عن الزوجة شخصيا في محل إنشاء العقد، وهو ما صرحت به المادة الثانية من المرسوم بقولها ((ينعقد الزواج بتراضي الزوجين ويكون العقد باطلا إذا لم يكن التعبير على الرضى شفويا وصادرا عن الزوجين شخصيا بحضرة شاهدين بالغين)).

فالمشرع هنا اشترط موافقة كلا الزوجين شفويا وعلانية وشخصيا بصحة هذا العقد دون ض رورة للولي في العقد، إلى أن جاء قانون الأسرة الجديد ليعلن في المادة(1) ((يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقربائها الأولون))[3] ليضع بذلك قطيعة صريحة مع المرسوم القديم، هذا القانون الجديد ذهب عكس اتجاه المرسوم بأن جعل الولي ركنا من أركان العقد، ليُنصّ بذلك على أنه لا يجوز للمرأة أن تعقد على نفسها وجعل ذلك حقا للولي

---

(1) : مجلة الفرقان – مقال لعبد المنعم التمسماني تحت عنوان – الولاية في الزواج بين المذاهب الفقهية ومدونة الأسرة العدد 50/ 1425–2004.ص:32

2: بعدما تحصلت الجزائر على استقلالها لم تسمح لها الظروف آنذاك بإعادة النظر في كل النصوص القانونية التي كانت سارية المفعول، ومن ثم فقد استعصى عليها وضع نصوص تنظم كل المسائل الأسرية لقلة الكوادر، ومن ثم لميبق للجمعية التأسيسة إلا وضع قانون صدر في 1962/12/31،نصت بمقتضاه بأن كل القوانين الموروثة عن المستعمر الفرنسي تبقى سارية المفعول فيما عدا التي لها طابع عنصري أو ماسة بسيادة الدولة، وعليه فإن مسألة الزواج والطلاق تصبح خاضعة بمقتضى هذا القانون إلى الأمر الصادر في 1959/02/04.

(3) : القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن لقانون الأسرة.

فهو الذي يعقد عليها، وبالتالي فالمرأة وفق هذا التقنين لا تتولى إنشاء العقد مطلقا وإلا عرض للبطلان، وهو ما أكده الفقه القضائي إذ جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الزواج المنعقد بدون رضا ولي الزوجة هو زواج باطل بتاتا مطلقا، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه"[1].

إلا أن المشرع وإن اعتبر الولاية ركنا من أركان عقد الزواج فقد اشترط عدم إجبار المرأة فرضاها على إتمام العقد شرط لازم لابد للولي من احترامه، وذلك حسب ما جاء في المادة 13 "و لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يجبرها من دون موافقتها"، فالولي وفق هذه المادة ملزم بأن يأخذ برأي وليته ومن مشاورتها بخصوص مشروع زواجها، فإن وافقت على الزواج باشر العقد نيابة عنها، وإن رفضت فليس له أن يجبرها بل عليه مساعدتها في اختيار الزوج الكفء لها .

كما منع الولي من عضل[2] المرأة ومنعها من الزواج بدون سبب مقنع إن كان الزوج ك فأ لها ، لأنه قد يستولي الهوى على بعض الناس وتُطمس الفطرة السليمة، فيحول الأب دون زواج ابنته دون سبب إلا للإضرار بها والتعسف في استعمال هذا الحق، بل والتوسع والمبالغة فيه وهو العضل الذي نهى عنه الشرعُ[3] بدليل قوله ﷻ ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ

(1) :نقلا عن : عبد الخالق عبد الخالق احمدون ، المرجع السابق، ص، 216.

(2) : والعضل من أوضح صور تعسف الولي في ممارسة حق الولاية، ومعناه الحبس والمنعُ، وفي الاصطلاح يقصد به منع المرأة من الزواج بكفء ترضاه إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه، سواء ذلك بمهر مثلها أو دونه في كل زمان ومكان، وذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى تحريم العضل لأنه صورة من صور الظلم ، فإن منع المولى موليته من النكاح بكفء رغبته ضَرَرٌ بيّنٌ، وإضرارٌ بحق المرأة المشروع من العفاف بالنكاح ، والضرر جاءت الشريعة بمنعه ورفعه، والعاضل تزول ولايته بامتناعه لرفع الضرر عن موليته.

قال الإمام بن تيمية : " فليس للولي أن يجبرها على النكاح بمن لا ترضاه، ولا يعضلها على نكاح من ترضاه إذا كان كفئا باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها ويعضلها أصل الجاهلية والظلمة..." نقلا عن: محمد المدخلي، أحكام العضل في فقه الأسرة والنظم المعاصرة، بحث عن كلية الشريعة وأصول الدين، قسم الفقه، السعودية، 2007، ص 11-15.

ويتحقق العضل من الولي برده أول خاطب كفء إذا لم يكن ذلك الولي أبا عند المالكية، وأما إن تعلق الأمر بالأب نفسه فإن المر يختلف حيث قالوا لا يعتبر الأب المجبر عاضلا بمجرد رد الكفء، ولو تكرر ذلك منه حتى يتحقق ضرره ويُعلم

﴿ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحنَ أَزوَجَهُنَّ إِذَا تَرَضَواْ بَينَهُم بِلمَعرُوفِ﴾[1]، فإذا تحقق هذا العضل، وتوسع فيه الولي حتى أصبح وجها للتعسف في استعمال حق الولاية فهنا نجد أن المشرع قد تدخل وفتح الباب للمولى عليها للجوء إلى المحكمة لاستصدار الإذن بالزواج وهو ما تناولته المادة (12) في فقرتها الأولى "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إن رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (9) من هذا القانون"[2].

بأنه عضلٌ فعلا، لأن الأب في الغالب مجبول على العطف والشفقة بابنته، وأنه في كل الأحوال يبتغي مصلحتها وعدم الإضرار بها، إذ قد يعلم الأب جهل ابنته بمصالح نفسها، أو أن حال الخاطب لا يصلح لها وإن رأته هي مناسبا لها، لأنه أعرف بحالها منها. ومنه يمكن إستقراء حالات إعتبار العضل في النكاح كما يلي:

- منع الولي موليته الزواج بكفء لها.
- منع الولي موليته بتزوجها كفئا غيرالكفء الذي ترضاه.
- إكتناع الخاطب من خطبة الفتاة خوفا من وليها.

لكن وبالنظر إلى هذه المسألة على ضوء قانون الأسرة 05-09، نجد أن المشرع الجزائري وما دام قد قلص دور الولي إلى حد قد جعل منه أمرا شكليا لا حاجة لموافقته ولا إلا حضوره العقد، ومع التوسع في معنى الولي الذي أصبح يشمل حتى من الناس، فإن المشرع لم يكن بحاجة إلى التكلم عن عضل الولي ومنعه، بل بات الولي الشرعي هو المعضول بمنعه من ممارسة حقه الشرعي في ممارسة الولاية. لكن وبالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل إلى إعمال أحكام الشريع الإسلامية نجد أن الفتاة التي منعها وليها من الزواج بمن ترغب فيه دون مبرر مقنع، فإن تصرفه هذا يعد من قبيل الظلم الذي يجب إزالته ، وعليه فإن الولاية الخاصة تنتقل – كما يقول بن عابدين من الأحناف– إلى الولاية العامة على أساس رفع الظلم، وبهذا الرأي يكون المأخذ السليم الذي يجب اتباعه.

(1) : سورة البقرة.، الآية 232.

(2) : إن صدور هذا القانون خلف وراءه موجة من التصريحات والانتقادات من جهة والرضى من جهة مقابلة فقد وجدت الجمعيات النسائية المطالبة بحقوق المرأة ومساواتها مع الرجل قد رأت في القانون نكسة وإجحافا لحقوق المرأة الجزائرية ومساسا خطيرا لأهم مكتسباتها ووجهوا للقانون انتقادات لاذعة عن فرض الولاية وعن تصريحه بأن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إن كان في المنع مصلحة دون تحديد المقصود بهذه المصلحة أو التصريح بالأسباب المقبولة التي تصوغ للإنسان من حقه في التزوج وطالبوا بضرورة تعديل القانون في أقرب الآجال، في حين خلف في الجهة المقابلة الكثير من الارتياح والرضى داخل بعض فئات المجتمع حيث اعتبرت القانون خطوة جبارة من أجل توطيد دولة إسلامية تهدف إلى حماية حقوق المجتمع وصيانتها ورمي مخلفات المستعمر المتجسدة في المرسوم **59 – 1982**.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة[1]، نجد أن المادة(09)مكرر[2] تجعل الولي شرطا من الشروط الواجبة في عقد الزواج، ثم نجد المادة (11) والمادة (13) اللتان تحددان الولي[3]، ومدى وجوبه، إذ بالرجوع لنص المادة (9) مكرر نجد أنها تضع الولاية شرطا من شروط عقد الزواج، وليس ركن ا، على خلاف القانون السابق الذي كان يعتبر الولي ركنا من أركان عقد الزواج[4]، وبالنظر إلى المادة (11) نجدها تحدد الإطار العام للولاية في الزواج، وبتحليل النص يتبين لنا أن المشرع تناول حالتي المرأة – في إبرام عقد الزواج – من حيث أنها راشدة وقاصرة، إذ الفقرة الأولى تتكلم عن المرأة الراشدة التي بلغت (19) سنة، وكانت كاملة الأهلية، فإنها هي التي تقوم باختيار الزوج، وهي التي تقوم بإجراء العقد أو توكل شخصا آخر كوكيل وليس كولي، أما الولي ولو كان أبوها فهو من باب الحضور لا غير، وليس كشرط، فإن لم يكن الأب موجودا أو امتنع عن الحضور أو الموافقة فأحد الأقارب فإن لم يكن هذا فأي شخص من المجتمع تختاره المرأة.

والملاحظ أن المشرع جَرَّدَ الولي من ولايته، إذ لم يتبق للولاية أي معنى، لأن الشخص الأجنبي الذي تختاره المرأة هو في الحقيقة يعتبر شاهدا على العقد وليس وليا لها[5]، وهكذا تنعدم الولاية، ويذوب مفهومها من أساسه، بعدما كان الولي ركنا ركينا في عقد

---

(1) : القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 1984/06/09 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02المؤرخ في 2005/02/27.

(2) : تنص المادة 09 مكرر:" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : – أهلية الزواج، – الصداق، –الولي، – شاهدان، – إنعدام الموانع الشرعية للزواج."

(3) : تنص المادة 11 : "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره....." ، أما المادة 13 فتنص على : " لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

(4) : في القانون 84-11 إعتنق المشرع المذهب المالكي حيث جعل أركان الزواج أربعة وهي " رضا الزوجين، ولي الزوجة، الصداق، الشاهدان" طبقا لنص المادة 09 من القانون المذكور.

(5) : نصّت المادة 16 الفقرة الأولى(ب)من إتّفاقية سيداو، أنّه من أجل القضاء على التمييز ضدّ المرأة في كافّة الأمور المتعلّقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص من أجل ضمان تساوي المرأة والرجل في حرّية إختيار الزوج. ونظرا لما إعتبرته لجنة" سيداو "في ملاحظتها بأنّ وجود وليّ الزوجة في عقد الزواج يعتبر تقييد لحريّة المرأة في الرضا لإبرام عقد

الزواج قبل تعديل 2005 في المادة (09)، فأصبح في القانون الجديد شرطا بصريح المادة (09) مكرر، ثم وردت المادة 11/ف1 التي أهدرت مفهوم الولاية من أصله، وأخطر ما في نص هذه المادة هو:"... **أو أي شخص آخر تختاره...**"، وهو ما قد يفتح باب الزواج العرفي والسّرّي الذي تعاني منه دول المشرق العربي، بسبب خروج النص عن الحدود المرسومة للولاية في الفقه الإسلامي[1].

الزواج، أبدت الجزائر إعادة النّظر في نصّ المادة 09 وأصبحت وفقا للأمر رقم 02 - 05 تنص على وجود ركن واحد فقط لإبرام عقد الزواج ويتمثّل في ركن الرضا " :ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين." فلم يعد الولي ركن لإبرام عقد الزواج وانّما أصبح شرط لصحة عقد الزواج، وهذا م نصّت عليه المادة 9 مكرر وهذه الشروط تتمثّل في أهلية الزواج، الصداق، الولي، واشاهدين وانعدام الموانع الشرعيّة. بل ذهب المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم02 - 05 وبالتّحديد في نصّ المادة 11 على حقّ المرأة الراشدة في أن تعقد زواجها بحضور وليّها وهو أوبها أو أحد أقاربها، أو بحضور أيّ شخص تختاره. وهو ما يتعارض مع خصوصيّة المجتمع الجزائري بإعتباره شعب مسلم، لأنّ إلغاء موافقة الولي في إبرام عقد الزواج والإكتفاء بحضوره الجسدي فقط ، يتعارض مع قوله تعالى" فأنكحوهنّ بإذن أهلهنّ "وقول رسول الله ﷺ " أيما إمرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل".

ويذكر أن الجزائر قد أبدت تحفظها على نص المادة 16 من اتفاقية سيداو ، ويهدف التّحفظ إلى إستبعاد الأثر القانوني لبعض بنوذ المعاهدة أو إعطائها تفسيرا خاصّا ، إذا كانت لا تتماشى مع الأنظمة الدّاخلية للدول المتحفّظة، لاسيما بالنّسبة للدول الّتي تجعل من المعاهدات الدولية أعلى مرتبة من القوانين العادية كالجزائر مثلا .

وهنا يؤاخذ على الجزائر – حسب الأمم المتحدة – أنها قد خرقت مبدأ تدرّج القواعد القانونية المجسّدة دستوريا والذي بموجبه تتمتّع المعاهدات الدولية بمرتبة أسمى من القوانين العادية. وهنا ندرج نص التحفظ الذي أبدته الجزائر حول المادة 16 من إتفاقية" سيداو:" تعلن حكومة الجمهورية الجزائر ية الدّيمقراطية الشّعبية أنّ أحكام المادة 16 المتعلّقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور الّتي لها صلة بالزواج وعند فسخه على السّواء ينبغي أن لا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة رقم84-11" ، وفي نفس السياق، إعتبرت هيئة الأمم المتحدة أنّ التّحفظات التي أبدتها الجزائر على نصوص إتفاقية" سيداو " يتعارض مع هدف الإتفاقية وهذا وفقا لنص المادة 2 / 28 من إتفاقية" سيداو "الّتي تنصّ على أنّه" :لا يجوز إبداء أيّ تحفّظ يكون منافيا لموضوع هذه الإتفاقية وغرضها".

غير أن الحقيقية قد وافقت الجزائر على إتفاقية" سيداو "بتحفّظ بموجب الأمر رقم031 - 96 ، ثمّ إنضمت إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم51 – 96 .

(1) : ويبقى هذا الموضوع يثير الكثير من ردود الفعل المتضاربة بين مؤيد ومنتقد، كما يبقى هذا الموضوع حديث الساعة على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يوفق في هذا التعديل، لأنه أراد إرضاء كل الأطراف (الشارع، الجمعيات النسوية التي تحججت كثير بأن سلطة الولي هي المسبب الرئيس في ارتفاع نسبة العنوسة في المجتمع، الضغوطات الدولية، وخاصة أنه انظم وبدون تحفظ إلى المعاهدة الدولية الخاصة بمنع التمييز ضد المرأة ، وأخير مبادئ الشريعة الإسلامية)، وهذا الأمر غير ممكن في نظر أهل الإختصاص.

أما الفقرة الثانية من نص المادة(11) فقد نصت على تزويج القُصَّر من طرف أوليائهم، فجعل ذلك موكولا للأب، فأحد الأقارب دون تحديد ولا ترتيب ثم القاضي بعد ذلك[1]، ويظهر جليا قصور المادة في عدم تحديدها من هم القُصّر؟ هل هم الذكور أم الإناث؟، رغم تأكيد المادة على عدم الإخلال بأحكام المادة (07) من هذا القانون[2].

ثم نجد المادة (13)[3]– بعد إلغاء المادة (12) – التي وضع فيها المشرع حدّاً للولاية الإجبارية التي أقرها جمهور الفقهاء للأب والجد، وحجتهم في ذلك أن الولاية الإجبارية لا تثبت إلا لحاجة المُوَلَّى عليه لها، وعند ثبوت الحاجة إليها، وبحيث أن الأب والجد هما الأقرب والأكثر شفقة على المُوَلّى عليه، فهما الأقدر على تقدير مصلحة القاصر، أما غيرهم فليسوا كاملي الشفقة[4]، وعليه كان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن ينحى هذا المنحى، ويجعل ذلك مرتبط أساساً بإذن القاضي، كما كان من الأحسن إفراد نص خاص بالمجنون والمعتوه، وبيان من له الحق في تزويجه بعد استشارة أهل الخبرة في ذلك.

الفرع السادس: الولاية في القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية .

إن الدول العربية ومند استقلالها وهي تركض وراء هاجس اسمه الوحدة، سواء كانت هذه الوحدة اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية، أو حتى قانونية، مرتكزة في ذلك على أن كل الدول العربية متلاصقة فيما بينها بحيث تشكل مع بعضها كتلة واحدة يطلق عليها اسم العالم العربي، إضافة إلى أنها تتكلم نفس اللغة، وتعتنق نفس الديانة، ويجمعها نفس المصير، وهذه كلها مقومات تصب في الوحدة، هذه الدوافع والطموحات حاولت التجسد في

(1) : المادة 11/ف2:" دون إخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

(2) :وبالأخص الفقرة 2 من المادة 07:" يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

(3) : سبق ذكرها.

(4) : وباستقراء موقف المشرع الجزائري يتضح لنا أنه لم يأخذ بولاية الإجبار، لأنه إعتبر رضى المرأة ركنا رسميا في عقد الزواج بصريح المادة 09 من الأمر 05-02، ورتب علي تخلفه البطلان حسب المادة 33 من الأمر نفسه.

بعض النماذج الأولية للتوحد كإتحاد دول المغرب العربي، واتحاد دول التعاون الخليجي، وإنشاء مجلس لوزراء العدل العرب، الذي جمع نخبة من كبار فقهاء القانون ووزراء العدل من مختلف أقطار العالم العربي، هدفت من وراء إنشاء هذا المجلس وضع ترسانة قانونية عربية موحدة، نتج عنها وضع بعض القوانين كالقانون الجنائي العربي الموحد، وقانون التحفيظ العقاري العربي الموحد، إضافة إلى وضعه لقانون الأحوال الشخصية العربي الموحد، وكان ذلك سنة 1985 حيث تم وضع أول مشرع عربي موحد للأحوال الشخصية، وتم عرضه بدورة الرباط لنفس السنة، إلا أن هذه الوثيقة ستلاقي جدلا كبيرا أثناء مناقشتها، حيث اعترض مجموعة من الفقهاء حول العديد من النقاط المثارة في هذا الموضوع، كانت أبرز هذه النقاط على الإطلاق، مسألة الولاية، ليطرأ عليه بعد ذلك مجموعة من التعديلات في بعض مواده، لتفرز هذه التعديلات في الأخير وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، وهي الوثيقة النهائية لهذا القانون والتي أنهت الخلاف في النقاط المثارة في القانون.

فقد نصت المادة (20) من وثيقة الكويت على: "يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها" بعدما كانت تنص في نفس المادة في وثيقة الرباط على "يتولى الزوجان المتمتعان بالأهلية وفق أحكام هذا القانون عقد زواجهما ولهما التوكيل بذلك" فالمشرع تراجع هنا عن إعطاء المرأة حق تزويج نفسها التي نصت عليه وثيقة الرباط، ليعوضها بإلزامية الولي لصحة العقد في وثيقة الكويت، هذا التراجع كان وليد الضغط الذي تعرض إليه المشرع من جراء رفض بعض الفقهاء لفكرة تولي المرأة عقد نكاحها، وهذا التعديل يبقى من أهم التعديلات التي طرأت على القانون، إضافة إلى التعديل الذي عرفته المادة (8) والتي بعدما كانت تفرق بين سن أهلية الفتى للزواج والمتمثلة في بلوغه لسن الرشد القانوني، وسن أهلية الفتاة المتمثلة في بلوغها سن الثامنة عشرة من العمر، نصت بعد ذلك وثيقة الكويت على

"تكتمل أهلية الزواج بالعقل، وإتمام الثامنة عشرة من العمر" فسوى بين سن أهلية الزواج بين الفتى والفتاة".

هذا بالنسبة لمن أتمت الثامنة عشرة من العمر، أما من لم يتم هذا السن، فقد اتفقت الوثيقتين على ضرورة موافقة الولي، فضلا عن موافقة القاضي لتمام العقد وصحته، فنجد المادة (11) تقول: "إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن له به إذا تبث له قابليته البدنية، وبعد موافقة وليه..." ، كما نص في المادة (10) على ضرورة موافقة الولي لزواج المحجور عليه لسفه، وكذلك هو الحال في زواج المجنون والمعتوه وذلك حسب المادة (9)، وقد اشترطت المادة (15) في الولي أن يكون ذكرا، عاقلا، بالغا، غير محرم بحج أو عمرة، وأن يكون مسلما إذا كانت الولاية على مسلم ، كما نصت المادة (14) "الولي في الزواج هو العاصب بنفسه على ترتيب الإرث، فإذا استوي وليان في القرب، فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز، ويتعين من أذنت له المخطوبة".

كما منح المشرع وفق أحكام هذا القانون القاضي سلطات واسعة في مجال الولاية في الزواج فبالإضافة ما رأينا سابقا من دور القاضي في الإذن بزواج من لم تكمل الثامنة عشرة من العمر وأكملت الخامسة عشر، وذكرا كان أو أنثى، تنص المادة (12) على "أ-لا يزوج من لم يكمل الخامسة عشرة من العمر، ذكرا كان أو أنثى إلا بإذن من القاضي. ب- لا يأذن القاضي بهذا الزواج إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك".

هذا ولا يجيز المشرع زواج المحجور عليه إلا بعد إذن من القاضي، وتأكد هذا الأخير من ملائمة حالته المادية، وكذلك الحال بالنسبة لزواج المجنون أو المعتوه، فلا يجوز زواجه إلا بعد موافقة القاضي وتأكده من توفر مجموعة من الشروط[1] ، هذا فضلا عن المادة (17) التي تنص على أن "القاضي ولي من لا ولي له".

(1) : وقد نصت على هذه الشروط المادة (9) ، حيث ورد فيها : أ-لا ينعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور اذن من القاضي بذلك، ب: لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توفر شروط التالية :

و تنص المادة (13) من هذا القانون على "يكتسب من تزوج وفق المادتين (11) و(12) أهلية التقاضي في كل ما له علاقة بالزواج وأثاره".

المطلب الثاني: المركز القانوني للولي في نصوص قانوني الأسرة 84-11 و05-09 وإمكانية تعسفه في الولاية.

إن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري والذي مس المركز القانوني للولي، كان محل جدل واسع واختلاف متباين بين فئة موافقة وأخرى رافضة، فالمؤيد يرى أنه موافق لأحكام الشريعة الإسلامية، أما الرافض فيرى أنه مناف لحقوق المرأة، وللوقوف على هذا التعديل توجب معرفة ما هو هذا التغيير المستحدث الذي مسَّ المركز القانوني للولي في كلا القانونين من جهة، ومن جهة أخرى البحث عن أسباب هذا التغيير، لأن معرفة السبب تحدد اتجاه المشرع، وبالتالي يسهل تفسير النصوص وتطبيقها.

الفرع الأول: المركز القانوني للولي في قانون الأسرة 84-11.

أولا: قراءة في المواد : 7، 10، 11، 20.

حدد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 7 من القانون 84-11 أهلية الزواج بـ 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، ثم بين في المادة 9 من نفس القانون الأركان التي ينعقد بها الزواج حيث نصت على أنه: " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق"، وتلتها المادة 10 بتبيان كيفية التعبير عن الرضا، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

---

1. قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد الإطلاع على حالته .
2. كون مرضه لا ينتقل منه إلا نسله.
3. كون زواجه فيه مصلحة له .

و يتم التثبت من الشرطين الآخرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص.

وفي نفس الوقت نصت المادة (11) من نفس القانون على أنه:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، مما يفيد أن الولي هو الذي يباشر عقد زواج المرأة، وهو الذي يقوم بصيغة الإيجاب والقبول عنها، لكن هل يكون هذا على سبيل الوكالة؟، أم أن سلطة الولاية تمنح للولي حق التعسف في ممارسة الولاية على المرأة؟؟.

بالنظر إلى ما ورد في المذكرة التوضيحية لقانون الأسرة رقم 84-11 نجد مايلي:" الترتيبات الخاصة بمختلف أشكال الوصاية تمثل وجها من وجوه العناية المعطاة من التشريع لحماية العاجزين الناتجة عن إحدى أسباب الضياع ونقص القدرة، وكذلك بالنسبة للذين لا يتحملون الضرورة"[1].

إذن فتولي الولي أمر زواج المرأة ليس على سبيل الوكالة[2].

هذا وقد يُنظرُ إلى وجود نص المادة (11) من القانون 84-11 أنه يُعدم المرأة من أهليتها[3]، ويمنعها من ممارسة حقها في إبرام عقد زواجها وكذلك التوكيل فيه ، وهذا ما كرسته المادة 20 من نفس القانون حيث نصت على:" يصح أن ينوب عن الزوج وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".، وعليه أعطى المشرع الجزائري حق التوكيل في إبرام

---

(1) : نقلا عن: لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة، دار هومة، الجزائر، 2004،ص 54.

(2) : لكن السؤال الثائر هنا هو: إذا كان المشرع الجزائري يصنف المرأة مع العاجزين والقصر فلماذا يحدد لها سنا تكتمل فيه أهليتها للزواج؟ مادامت ستبقى محجورا عليها حتى وإن بلغت تلك السن؟ لأن الأصل عند تحديد سن تكتمل فيه الأهلية، أنه عند بلوغ الشخص هذه السن مع تمتعه بكامل قواه العقلية- كما جاء في المادة 40 من القانون المدني- يعتبر كامل الأهلية، وله مباشرة كل حقوقه المدنية ومنها إبرامه عقد زواجه بنفسه وكذلك التوكيل فيه.

(3) :المجلة القضائية ، سنة 1992، العدد3، ص 72، القرار الصادر في 1987/11/09 والذي مفاده أن الاجتهاد القضائي قد سار مع هذا الموقف من جعل المرأة معدومة الأهلية، حيث ذهب إلى رفض طلب التطليق المقدم من الزوجة قبل الدخول بها إلا بإذن وليها، وذلك في القرار 1987/11/09 حيث جاء فيه :" حيث أن الزوجة طلبت بنفسها تطليقها والحال هنا أنها لازالت تحت ولاية من زَوَّجَهَا (الولي) الذي له سلطة الإجبار عليها، فالدخول الذي يكون لها به المطالبة شخصيا بالتطليق لم يثبت، وقبول دعواها وتطليقها يتعارض مع سلطة الإجبار التي جعلها المشرع بيد الولي للجبر المسؤول عن إتمام الزواج بخبرته، أو تحمل نتائج عدم اهتمامه"

النكاح للرجل كامل الأهلية دون المرأة، وذلك لملكه فعل ذلك بنفسه دونها. وفي هذا مظهر جلي من مظاهر تكريس التعسف في ممارسة حق الولاية على المرأة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك اختلاف بين النصين العربي والفرنسي للمادة 20، بحيث أن النص الفرنسي يجمع في الحكم بين الزوجين"[1].

وبالرجوع للنص الفرنسي نجد:"Le future conjoint"، وتعني كلمة Conjoint بالفرنسية L'époux ومعناها الزوج، وبإضافة كلمة future فيقصد بها الخاطب أو زوج المستقبل، وإذا كان يقصد الزوجين أو الخاطبين معا لجاءت المادة بصيغة:"Les futures conjoints"، إلا إذا كانت كلمة Conjoint في مفردها تفيد المذكر والمؤنث ، فهنا تصلح وكالة الرجل والمرأة على أساس الصيغة بالفرنسية.

ثانيا: قراءة في المواد: 4، 9، 11، 12، 13.

بالرجوع إلى نصوص المواد 9، 11، 12 بالفرنسية، لأن من مصادر تفسير القاعدة القانونية الرجوع إلى الصياغة الفرنسية– رغم أن الأصل اللغة العربية –فإننا نجد ما يلي:

تنصُّ المادة 9 من القانون 84–11 : Le mariage est contracté par le consentement des futures conjoints la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins, ainsi que la constitution d'une dot››

ومعنى : La présence du tuteur هو حضور الولي .

وتنصُّ المادة 10 من نفس القانون على أنه:" يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح"

(1) : قرار صادر في 1988/11/12، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1992، ص53.كما نصت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1988/11/12أنه حين ترفض الزوجة الدخول فوليها هو الذي يطالب بإلزامها بالدخول، وإن بقيت مصرة على ذلك ولم يتم الزواج فالولي هو الذي يتحمل نتيجة الدخول"

أوليس الرضا المقصود هنا هو رضا الزوجين حسب المادة 9 من قانون الأسرة– سواء النص بالعربية أو بالفرنسية –، وبما أنه بالإيجاب والقبول تُبرم العقود، فإن المرأة إذا هي التي تباشر عقد زواجها بنفسها في ق انون 84–11، وما يُ دعم هذا الت فسير هو نص المادة (04)من نف س القانون:" الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"، بمعنى أنه ليس بين رجل وولي امرأة، فالمركز القانوني للمرأة في عقد الزواج هو أنها طرف فيه لا محالة.

لكن ما يُحدثُ إشكالا هو نص المادة 11 من نفس القانون، والتي نصت في فقرتها الأولى على أنه:" يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، فهذه المادة توح ي بأن الولي هو الذي يباشر العقد وليس هي، بيد أنه وبالرجوع إلى نفس النص باللغة الف رنسية نجد أنه:" «La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père, soit l'un de ses parents»

ومعنى كلمة Incombe فهي مشتقة من الفعل incomber الذي يفيد معنى توجب أو تحتم ، وعبارة Ce travail lui incombe تعني : هذا العمل مفروض عليه ، ومنه : هل تولي عقد زواج المرأة مفروض على الولي على سبيل الحتم والوجوب؟، فإذا تقرر هذا ، أفلا يكون تكريسا صريحا لسلطة الولي في ممارسة حق الولاية ؟، وإمكانية التعسف فيها؟ لأن القانون يوجب عليه ممارستها على سبيل الحتم والوجوب ، وهو ما يمنحه إمكانية التعسف في استعمال هذا الحق القانوني الواجب عليه، وما ينتج عنه من توسيع لمجال التعسف في ممارسة الولاية على المرأة.

لكن وبالرجوع لنص المادة (12) من نفس القانون – بالنص العربي – قد تتضح الص ورة: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها،

وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة (9) من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت" .

ومنه ألا يبدو أن فحوى المادة (12) يفسر جعل ولاية التزويج على سبيل الحتم والوجوب على الولي كما جاء في الصياغة الفرنسية للمادة(11) من نفس القانون؟ حيث لا يمنع[1] الشخص عن المنع إلا إذا كان هدا الأخير صورة معاكسة لواجب عليه، بمعنى أن منع الولي موليته الزواج هو صورة معاكسة لأصل وجوب تزويجه لها، أو وجوب قبوله لزواجها والإستثناء هو: رفضه ذلك لأن فيه ضررا لها، وعليه بيان ذلك وإثباته أمام القاضي الذي يملك السلطة التقديرية في ذلك.

كما جاء ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة باللغة الفرنسية ما يلي.

«Toute fois ; le père peut s'opposer au mariage de sa fille vierge si tel est L'intérêt de la fille»

وتكون الترجمة الصحيحة لهذه الفقرة كما يلي:" إلا أنه للأب أن **يعترض**[2] على زواج ابنته البكر إذا كان في هذا الإعتراض مصلحة للبنت".

---

(1) : مع ملاحظة أن كلمة " يمنع" أقوى في المعنى والدلالة من كلمة " لا يجوز".

(2) : إن تحديد المصطلح والتفرقة بين المنع والإعتراض أمران ضروريان، لأن المنع هو أن تحرم الشيء من أمر بنفسك، أما الإعتراض هو أن تعرب عن الرأي في إنكار قول أو فعل أو إنكار صحته، والإعتراض كذلك هو أن يعرب المرء عن إرادته للحيلولة دون إتمام عمل قانوني كالإعتراض عن الحكم القانوني فهو يفيد طلب إبطاله أو عدم تنفيذه

أما من جهة أخرى فهناك فرق بين إعطاء صلاحية المنع وإعطاء صلاحية الإعتراض، حيث أن الأولى تُعطى للولي حق منع الزواج بنفسه، أما الثانية فتوجب عليه التوجه إلى القاضي ذو السلطة التقديرية في الأمر، وهذا أقرب إلى فحوى نص المادة 12 من القانون 84-11 وهو نما يوافق مذهب الحنفية.

وعليه يمكن القول – مع كل تحفظ حيث أن الأصل هو النص بالصياغة العربية – أنه حسب المواد 04-09-10-11-12 من القانون 84-11، واستنادا لما سبق شرحه: تملك المرأة العاقلة غير المحجور عليها والتي بلغت السن القانونية للزواج (18سنة) حسب المادة 40من القانون المدني أن تباشر عقد زواجه بنفسها، وبالتالي أن توكل فيه... لأنها كما ذكرنا سابقا طرف في العقد، أما الولي فيمكن القول أن له دور إشراف على هذا العقد.

غير أن الإتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها، قد يُبعد هذا التفسير أو الإحتمال، حيث أنها اعتبرت المرأة ولو بلغت 18 سنة وهي متمتعة بكامل قواها العقلية قاصر، لا تستطيع حتى طلب تطليقها قبل الدخول إلا بإذن وليها، وفُرضت عليها السلطة أو الولاية الإجبارية لأبيها عليها، وكما هو واضح فهدا تكريس لسلطة الولي على المرأة، وتوسيعٌ لمجال تعسفه مما يمنحه الحق في ممارستها وا التمسك بها ، ولو نتج عن هذا إضرارٌ بالمرأة وتفويتٌ لمصلحتها، وهذا هو عين التعسف بل إطلاقٌ له وتوسيعٌ.

وفي هذا الشأن تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات لا تتناسب مع فحوى نص المادة 13 من القانون 84-11 التي تنصُّ على أنّه:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزّواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".، هل المقصود بكلمة "الزّواج" المذكورة في هذه المادة هو العقد فقط وإبرامه، أم حتى تنفيذ العقد بالدخول؟ فإذا كان المقصود هو الأول فقط، فيمكن القول أنه لا يوجد تناقض بين ما ذهبت إليه المحكمة العليا من قرارات وما تنصُّ عليه المادة (13)، أما إن كان المقصود هو الإثنين معا، وهو الأرجح لأن الهدف من عدم الإجبار منشود في الدخول وما يبعده، وليس في إبرام العقد فحسب، فما قضت به المحكمة العليا من قرارات بإجبار الولي للبكر كاملة الأهلية في الدخول، يتناقض مع نص المادة (13). إلا إذا كان المقصود في هذه المادة الفتاة القاصر[1]..؟ وعلى الأرجح أنَّ هذا هو الأصح[2].

---

(1): والقاصر هو الشخص الذي لم يبلغ السن القانوني لاكتمال الأهلية، وهي في الزواج 18 سنة حسب المادة 7 من القانون 84-11، وعليه هل يُعقل أن تُجبر البكر البالغ العاقل التي أكملت السن القانوني للزواج، وأن يُمنع جبر القاصر ويُشترط موافقتها لتزويجها...؟ لم يقل مذهب ولا فقيه مسلم بهذا الرأي، وحتى من منع تزويج الصغار فقد منعه مطلقا.

(2) :إنه من المنطقي أن يقصد بما جاء في المادة 13 كل من المرأة القصر والبالغة، وهذا هو الأصح والأكثر انسجاما مع ما تم بيانه سابقا فيما يخص ما ذهبت إليه المحكمة العليا، وعليه يكون للولي – بما له من سلطتي المنع والإجبار- فمركزه القانوني في العقد أنه طرف فيه، وعليه يمكننا توجيه المسألة بما يلي :بقراءة نصوص المواد 01-09-10-11-12-13 من القانون84-11، تملك المرأة كاملة الأهلية إبرام عقد زواجها بنفسها وبالتالي يمكنها التوكيل فيه .

وزبدة هذا النقاش وما أثير فيه من مسائل هي أن المشرع الجزائري في القانون 84-11 لم يحالفه التوفيق في إيجاد توازن بين ضرورة توفير أهلية المرأة لمباشرة عقد زواجها ووجود ولي، ما يؤدي إلى صعوبة تحديد المركز القانوني لكل منهما، كما أنه لم

الفرع الثاني: المركز القانوني للولي في قانون الأسرة 05-09.

وسنتطرق فيه إلى مسألة أهلية المرأة وإشكالية الولاية عليها، حيث وبعد تعديل قانون الأسرة بالقانون رقم 05-09 أ أصبح موقف المش رع الجزائري فيما يخص أهلية المرأة في الزواج، ومسألة الولاية عليها أكثر وضوحا، وذلك تبعا لما جاءت به تعديلات المواد: 04-09-10-11-13، حيث جاءت على النحو الآتي:

1/ عُدلت المادة 04 التي تُعرف عقد الزواج وأُضيفت إليها كلمة " رضائي" بمعنى عقد رضائي، – والعقد الرضائي هو الذي يكفي لانعقاده الإيجاب والقبول – وذلك تأكيدا لكون رضا الزوجين هو نواة وأساس الزواج، وأن حصوله بإيجاب وقبول– كما جاء في المادة10 – يُبرم عقد النكاح.

2/ وعُدلت المادة 09 فأصبحت تنصُّ على ما يأتي:" ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، وهذا تكريسٌ لما جاء في تعديل المادة 04 من أن عقد الزواج عقد رضائي، وتم التأكيد أن الرضا يتبادل بين الزوج والزوجة وليس بين الزوج والولي، وهذا ما ينسج مع فلسفة المشرع المنتهجة في مسألة الولاية في الزواج، والتي تقومعلى اعتبارها أمرا شكليا غير ذي بال، مادامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، كما لها أن تباشره بنفسها ولا حاجة لموافقة وليها مهما كانت درجة قرابتهفضلا عن موافقته حينما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة مهما بعدوا ، فلا قيمة لمعيار القرابة مادام الولي في نظر المشرع هو: أبوها أو أحد

يضبط مصطلحات مواده، ولم يوازن بين النصوص بالعربية والفرنسية، ولا يخفى مدى أهمية دقة المصطلحات وما له من تأثير على النصوص القانونية، لأن عدم ضبطها من شأنه خلق ثغرات وتناقضات في النص القانوني.

وبالرجوع إلى ما كان معمولا به من الناحية التطبيقية، أو بالأحرى ما كان سائدا في الأذهان ومتعارفا عليه، هو أن المرأة كاملة الأهلية القانونية لا تملك عقد زواجها قانونا ولا التوكيل فيه، وأن لوليها مباشرته، وهذا ما كانت تؤكده المادة 20 من القانون84-11، وعليه يحق لنا التساؤل الآتي " هل طُبق قانون الأسرة 84-11 تطبيقا صحيحا، وعلى الأقل في المسائل محل بحثنا هذا ؟؟"

أقاربها أو أي شخص تختاره، وهو ما قد يُستشف منه نية المشرع إبعاد تعسف الولي في ممارسة الولاية على المرأة وتضييقٌ لمجال تعسفه.

3/ عُدلت المادة 11 فأصبحت تنصُّ على مايلي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره،دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ".

إذن وتأكيدا لما جاء في المادتين 4 و9 فرق المشرع الجزائري بهذه المادة بين الفتاة القاصر التي لم تبلغ السن القانونية للزواج وبين المرأة كاملة الأهلية، وجعل الولي هو الذي يبرم عقد القاصرة دون كاملة الأهلية التي أعطاها الحق في مباشرة العقد بنفسها وهنا توسيعٌ لمجال وإمكانية تعسف الولي في ممارسة ولايته على الأولى وتضييقٌ عليه في الثانية.

4/ وتأكيدا لفحوى المادة (11) ، تم تعديل المادة(13) التي كانت تنصُّ على مايلي:" لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، وأضيف لها كلمة " قاصرة"، وهذا ما يتوافق مع ما تم التوصل إليه آنفا عندما حاولنا تفسير التضارب الحاصل بين المادة(13) من قانون 84-11 وقرارات المحكمة العليا.

وبناء على كل ما ذُكر يمكن القول أنّ المركز القانوني للمرأة في عقد الزّواج أصبح واضحا، حيث أصبحت طرفا أصيلا فيه تُباشره بنفسها، وبهذا يضيق مجال تعسف الوليّ في ممارسة ولايته على المرأة، وتنحصرُ سلطته المطلقة التي كان يتمتّعُ بها في ظلّ القانون 84-11.

وكخلاصة لما سبق ذكره من تعديلات، وتطبيقا للقاعدة العامة لمن يملك التوكيل قانونا[1]، فمن المفروض أن تملك المرأة كاملة الأهلية توكيل الغير في إبرام عقد زواجها في ظل قانون الأسرة 05-09، وبالتالي كان من المنطقي أن تُعدل في نفس سياق تعديل المواد 04-09-11-20 من نفس القانون حيث تصبح كالآتي : " يصح- أو يجوز – أن ينوب عن الزوج أو الزوجة وكيل في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة ".

غير أنه – وللأسف – لم يحدث هذا التعديل، وما يفاجئ أكثر هو أن المادة (20) أُلغيت تماما...لكن هل الأصل في إلغاء هذه المادة هو إلغاء الوكالة ومنع التوكيل في الزواج مطلقا؟، أم هذا إلغاء لأحد المواد التي توحي بالتمييز ضد المرأة؟ حيث جاء في عرض الأسباب في نص المشروع التمهيدي لقانون الأسرة ما يلي:

" تقترح هذه المادة إلغاء المواد 12-13-63 المتعلقة بالولاية، والمادة 20 التي تنُصُّ على الزواج بالوكالة بغرض تحقيق الانسجام مع التعديلات المقترحة..."[2].

وتأصيلا لهذه المسألة فقد أورد فقهاء المالكية[3] أن المرأة إذا وكلت شخصا لتزويجها ممن أحب من الرجال، فإنه يجب عليه أن يعين لها من اختاره لها، فتعلم به قبل العقد، كما ليس له أن يعقد عليها دون إعلامها بمن عيّنه لها، فإن حصل العقد قبل إعلامها وعلمت بعد ذلك، فللمرأة أن تجيز العقد الذي أمضاه وكيلها، ولها أن ترده ولو بعد زمان أو طال الوقت بين حصول العقد والإطلاع على التزويج، أما لو وكّلته بتزويجها ممن تحب هي

(1) : السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص86.

(2): صراحة لا يظهر أي انسجام بين هذه وتلك، سوى أن هذه المواد –إضافة إلى المواد 38-39 الملغاة هي الأخرى – يتبين فيها التمييز بين الرجل والمرأة ، ومن أهم وأول أسباب تعديل قانون الأسرة 84-11 بالقانون 05-09 حسب ما جاء في مجلة الفكر البرلماني هو سحب هذا النوع من التمييز ، وذلك تنفيذا وتطبيقا لما جاء لما جاء في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر

(3): شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتاب العربي ، د ت ط، ج2، ص228-230.

فزوجها دون تعينه لها قبل العقد، ففي هذه الحالة يصح النكاح إن قرُب رضاها فقط، وأما إذا لم تعلم إلا بعد زمن طويل فقد قيل بعدم صحة العقد[1].

وبالمقارنة يتضح لنا ما يلي:

إن المشرع الجزائري قد تراجع جزئيا عن تعصبه لحرمان الولي من منع موليته عن الزواج ، غير أنه منح سلطة المنع والإعتراض للأب على ابنته في عبارة "غير أن للأب دون غيره"، وهذا في ولاية الإجبار، أي أنه لا يجوز لغير الأب منع البنت البكر من الزواج مهما كانت درجة الولي من القرابة أو العصبة، إذا فهي سلطة مخولة للأب دون غيره على ابنته، بالرغم من أن المشرع قد ولى الأولياء مسألة زواج القصر لأوليائهم وهم الأب والجد وأحد الأقارب، وكذلك المادة (12) حيث رتب الأقرب فالأقرب من الولي إلى القاضي في مسألة المنع، وعلى هذا الأساس يمكن أن نطرح هذا التساؤل: أليس في هذا تكريس لسلطة الولي في ممارسة حق الولاية مما يسمح له بالتعسف في استعمالها، وإمكانية لجوئه إلى عضل موليته والتضييق عليها؟؟.

إن الولي مأمور بأن يحقق مصلحة المرأة ويعينها على تحقيق رغبتها في الزواج، ولا يجوز له التعسف في استعمال هذا الحق الشرعي، واستغلاله للتضييق على المرأة والإضرار بها، فإذا خطب المرأة كفء فليس لوليها رده إذا رضيت هي به، وليس له الامتناع عن تزويجها تعسفا، حيث نصت المادة (12) ق أ ج قبل إلغائها على أنه" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج أذا رغب ت فيه وكان أصلح لها، وله أن يمنع البكر". فإذا أصر الولي على الإمتناع وكان الزوج كفءا، والمهر مهر المثل مع عدم وجود مبرر شرعي لهذا الامتناع، فإن هذا منه عظل وظلم، وتوسع في التعسف، وفي هذه الحالة تنتقل الولاية مباشرة إلى القاضي ليزوجها نيابة عن هذا الولي الظالم ويكون عقده في قوة عقد ذلك الولي، كما أنه يتحقق عضل

---

(1) : وقد يُصطلح على هذا بـ"الإفتيات"، والمرأة المفتاتُ عليها هي التي يعتدي عليها وليها غير المجبر، فيزوجها بغير إذنها، وادعى أنها اذنت له ووكلته بتزويجها .

الولي لموليته وتعسفه في استعمال الولاية عند منعها – رغم أنها عاقلة بالغة – من الزواج بكفء لها، إذا طلبت ذلك ، ورغب كل منهما في الآخر، وقد نهى الله ﷻ الولي عن العضل في قوله: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾[1]، ومنه نستشف أنه إذا رضيت المرأة رجلا وكان كفؤا لها، فليس لوليها منعها من الزواج به، فإن منعها كان فعله من فعل الجاهلية، وهو عين التعسف بل توسعٌ فيه مضرٌ بالمرأة[2]، وإذا عضل الولي وليته فإن الولاية تنتقل عنه إلى غيره[3].

وقد اختارت التشريعات العربية للأحوال الشخصية هذا الرأي ونقلت الولاية إلى القاضي عند امتناع الولي عن التزويج[4]، منعا له من العضل وتضييقٌ لمجال تعسفه في ذلك.

وبهذا نخلص إلى : إن الاختلاف في موضوع الولاية في الزواج إنما هو نعمة من الله ﷻ أنعم بها علينا، ودليل أخر صريح على صلاحية هذا الدين لكل زمان ومكان،

---

(1) : سورة البقرة، الآية 232.

(2) : لأن مصلحة البنت تكمن في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول مفاسد كبرى بتزويجها بمن تبغضه ولا ترضى به، فإن أنكحها وليها بمن لا ترضاه فقد جعلها أسيرة عنده، ومعلومٌ أن إخراج مالها كله أهون عليها من تزويجها بغير رضاها، وقد وفق المشرع الجزائري في هذه المسألة بتركه مذهب المالكية واختيار مذهب الحنفية تحقيقا للمصلحة وميلا للقول الأرجح.

(3) : الرأي الراجح عند الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة إنتقال الولاية إلى السلطان ليأمر بالتزويج.

(4) : القانون القطري للأحوال الشخصية قانون رقم (22) لسنة 2006 بإصدار قانون الأسرة الصادر بتاريخ 29/06/2006، الموافق 1427/06/03 هجري

المادة 27 : إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز.، وإذا تولى العقدَ الوليُ الأبعدُ مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج نافذاً، ما لم يكن الأقرب أباً فينعقد موقوفاً على إجازته، فإن لم يجزه فله طلب الفسخ، وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسباً وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة .

يالمادة 28: تولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها.

لمادة 29: يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد في الحالتين التاليتين

1. إذا عضل الولي الأقرب المرأة، أو تعدد الأولياء، وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعاً، أو اختلفوا.
2. إذا غاب الولي الأقرب، وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج .

المادة 30: قاضي ولي من لا ولي له، ولا يجوز له أن يزوج نفسه ممن له الولاية عليه

فباختلاف الفقهاء حول موضوع الولاية، سهلوا مأمورية من يأتي بعدهم من مشرعين أو فقهاء، في تطبيق الرأي الأنسب لزمانهم وظروفهم الاجتماعية والمعيشية، فان كان جمهور الفقهاء يرى فيما مضى أن الولاية شرط في صحة عقد الزواج، وانه لابد من وجود الولي في كل مشروع زواج، فانه مع التقدم العلمي والتطور الذي عرفته المجتمعات خاصة في عصرنا الحالي، واحتكاك المرأة بالرجل في كل مجالات الحياة، ابتدءا من مرحلة التعليم الأولي، مرورا بمرحلة الدراسة الجامعية وصولا إلى ميادين العمل، ونظرا لتفتحها على العديد من حضارات العالم، أصبحت معه أكثر معرفة واحتكاك بعالم الرجل، ولدت لها القدرة في معرفة مصلحتها، وبذالك فهي التي لها الحق في تزويج نفسها في هذا العصر لما سبق ذكره، إضافة إلى ما أصبحت تعرفه جل الدول العربية من ضغوطات من طرف بعض الجهات من أجل منحها هذا الحق.

إلا أن هذا لا يعني أن نعطي للمرأة الحقّ المطلق في ممارسة حقّ تزويج نفسها، كما ذهبت إليه بعض القوانين والمدونات كما هو الحال في المغرب وتونس، بل لابد أن يكون للولي دورٌ في هذا الأمر، وذلك ليس لنقص فيها، أو حجر لها، بل لمجرد الحفاظ علي ها وصونها من أن تقع في الزلل، خاصة وأنها تغلب عليها عاطفتها أكثر من عقلها، ونظرا لأن الإنسان خَطَّاءٌ بطبعه، لهذا فلا بد أن يكون في هذا الحقّ سلطةُ رقابة قبلية، لإعادتها إلى الطّريق إن ضلَّت، وذلك حفاظا عليها من الوقوع في الخطأ من جهة، وللحفاظ والتَّشبث بمبادئ شريعتنا السَّمحاء من جهة ثانية.

هذا وبعد التفصيل في موضوع التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة، وما صاحبه من آراء واتجاهات مختلفة، ننتقل الآن إلى موضوع آخر لا يقل أهمية عن سابقه ألا وهو التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، ومتى تتجلى صوره وتطبيقاته، وما يترتب عليه من أحكام.

الفصل الثاني

التّعسُّف في استعمال حقّ العدول عن الخِطبة.

الفصل الثاني:

التّعسُّف في استعمال حقّ العدول عن الخِطبة.

لا يمكن للأسرة أن تصل إلى غاياتها وأهدافها المرسومة إلا إذا استعملت الحقوق المترتبة عليها وفق الضوابط التي تفضي إلى تلك الأهداف، فسلطة الزوجين في استعمال حقوقهما ليست على الإطلاق، بل هي مقيدة بما يضمن مصلحة الأسرة، ويمنع إلحاق الضرر بها في استعمالها، وكل إخلال بالمصلحة المشروعة هي عين التعسف، كما أن كل إضرار بسبب استعمال الحق يجب أن يُزال، وعليه فحقهما ليس مطلقا، وإنما مقيد بما يحقق المقصد منه، فإذا أدى إلى مفسدة أكبر منه كانا متعسفين، وجاز للطرف المتضرر المطالبة برفع الضرر، أو التعويض عما لحقه جراء ذلك الضرر.

وبذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية قبل أن يكون عقدا، وحتى بوصفه بالعقد، فهو عقد من نوع خاص، إذ أنه يفترض فيه الدوام، وهو بذلك من أقدس الروابط التي يمكن أن تجمع بين الرجل والمرأة، ويعتبر السبيل الوحيد الذي يحافظ على الأنساب ويمنع اختلاطها، وقد أفرغ الله سبحانه وتعالى عليه صبغة الميثاق الغليظ[1].

وكما أنّ قوانين الأسرة قد كرَّست ذلك من خلال نصوصها المحددة لشروط الزواج وآثاره.[2]

ولتحقق تلك المصالح المرجوة من عقد الزواج، لا بد من ابتنائه على أُسُسٍ متينة، وقواعد سليمة، منطلقها الخِطبة. وعليه يجب التطرق إلى ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية، وبيان موقف المشرع الجزائري من هذا، ثم ما هي آثار استعمال حق العدول في الخطبة، وما هي إنعكساته على الطرفين؟

---

(1) قال الله تعالى:" (وقد أفضى بعشكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليضا) سورة النساء/21.

(2) إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، سنة 2009، ص 8.

المبحث الأول:

ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

إنَّ أهميّة الحديث عن الخِطبة وبيان أحكامها شرعاً وقانونًا، إنما تُستمد من أهمية عقد الزواج ّالذي وصفه المولى عزّ وجل بالميثاق الغليظ، قال ﷻ:﴿**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾**﴾ [1]

فهي تمهيد بين يدي هذا العقد تدع مجالا للحرية والاختيار، وتجعل كلا من الخاطب والمخطوبة يُقدم أو يُحجم عن هذا العقد دون أن يشعر بأن هناك التزاما على عاتقه يُلزمه بطائلة المسؤولية المدنية أو الجزائية، وهي فرصة ليتأكد كل منهما من صدق رغبة الآخر، ومن الإمكانية الواقعية لهذا الارتباط.

المطلب الأول: تعريف الخِطبة والحكمة منها

الفرع الأول: لغة:

ترد الخطبة بمعنى أعم وهو التماس الشّيء، كما ترد بمعنى أخص وهو الدّعوة إلى التزويج، قال صاحب القاموس: خطب المرأة خطبا وخِطبة واختطبوه دَعَوْه إلى تزويج صاحبتهم[2]. والخِطبة بكسر الخاء هي طلب الزواج، أي طلب المرأة للزواج بها، وبضم الخاء كلام الخطيب الذي يلقيه على الناس، ويقال خطب الرجل بنت فلان أي طلب منه الزواج بها[3] .

---

(1): سورة النساء، الآية 21.

(2): الفيروزآبادي، القاموس المحيط ج1، ص63، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1403هـ – 1983م.

(3) : المصباح المنير، المرجع السابق، ص236.

الفرع الثاني: اصطلاحاً.

درج الفقهاء على تعريف الخطبة بأنّها التماس التّزويج[1]، ذلك أن خطبة الرّجل للمرأة التماس منه لتزويجه إيّاها، وعرفها وهبة الزحيلي بقوله" :هي إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك"[2]. وعرفت: " طلب الرجل التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية ".

ومعلوم أن الخطبة تمر بمرحلتين، مرحلة أولى تقتصر على مجرد الطلب والإلتماس، ومرحلة ثانية يحدث فيها القبول والتراكن؛ لأن مجرد الالتماس والطلب لا تنتظمه أحكام الشرع أو القانون، بينما حينما يتحول إلى وعد بالزواج وهذا بعد قبول الطلب فينتظم من حيث ما يمكن أن ينجرّ عنه من آثار قد تلحق أحد الطرفين أو كلاهما.

وعليه فيكون تعريف الخطبة بما يلي: " تواعد متبادل بين رجل وامرأة خالية من الموانع الشرعية أو من يمثلها بعقد الزواج في المستقبل " [3].

وبتدقيق النظر في هده التعاريف يظهر أنه لافارق بين المعنى اللغوي والإصطلاحي للخِطبة، فكلاهما إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة يحل الزواج بها، وقد يكون الطلب من راغب الزواج نفسُه، أو ممن يبعثه كقريب أو صاحب أو أجنبي[4]. أو هي التماس الزواج من امرأة معينة بتوجيه هذا الإلتماس إليها، أو إلى وليها، وسواء كان هذا الإلتماس صراحة بإظهار الرغبة مباشرة، كأن يقول لها "إني أريد أن أتزوجك"، أو بطرق التعريض بألفاظ يُفهم منها قصد الخِطبة من عرضها بالقرائن[5].

---

(1) : الخرشي، الخرشي على مختصر خليل ج2، ص167 ، المطبعة الأميرية، مصر، ط 2، 1317هـ.

(2) : وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ج7، ص10، دار الفكر، دمشق، ط 2، 1985.

(3) :عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط/1، 2004م، ص15.

(4): وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص10.

(5): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص44.

الفرع الثالث: وفي الاصطلاح القانوني.

عرّف المشرع الجزائري الخطبة في المادة الخامسة من تقنين الأسرة بأنها: " وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عنها "

ويلاحظ أن قانون الأسرة عرّف الخطبة في مرحلتها الثانية أي ليس عند إظهار الرغبة ولكن بعد إعطاء الموافقة؛ فالخطبة إذن هي التي تتم بعد إجابة الطالب لطلبه فعندئذ تصبح وعدا كما نص في المادة السادسة منه (الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27)" إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا".

وهذا يدل على أنه سوى بين الفاتحة والخطبة باعتبار أن كلا منهما وعد بالزواج لا يصل إلى مرتبة العقد، كما أنه فرّق بين الفاتحة ومجلس العقد وكأنه أراد بالفاتحة هنا ما جرت به عادات وأعراف بعض المناطق من قراءة الفاتحة من طرف مجلس الرجال، غير أن الفاتحة في عرفنا هي عقد شفوي تتوافر فيه جميع أركان عقد الزواج من إيجاب وقبول وحضور الولي والشاهدين وتسمية الصداق، وهو ما جعلها في نظر الشرع تعد عقدا صحيحا مرتبا لجميع آثاره، كما يعتبر في القانون عقدا شرعيا يتحقق إثباته وتصحيحه بموجب حكم قضائي بموجب أحكام المادة 22 من نفس القانون.

أما الخطبة المقترنة بالفاتحة دون سائر شروط عقد الزواج فهي غير معتبرة سواء في الشرع أو القانون؛ لأن اقترانها بالخطبة دون سائر الشروط جرت في عرف بعض المجتمعات مجرى التبرك لا العقد الشرعي.

وهو نفس التعريف الذي تضمنته قوانين الأحوال الشخصية في كل من المغرب وتونس وسوريا. جاء في المادة (05) من مدونة الأسرة ما نصه: ((الخطبة تواعد رجل وامرأة

على الزواج. تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا)).

وفي الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الخطبة تعني: ((تواعد رجل وامرأة على الزواج)) ونصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن: ((الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدايا لا تكون زواجا)).

وعرف نص المادة الأولى من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الخطبة:((طلب التزوج والوعد به، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا))

أما القانون المدني الفرنسي فلم يتعرض إلى تعريف الخطبة وآثارها رغم أن الفرنسيين لا يتزوجون إلا بعد المرور بمرحلة الخطبة التي تقصر أو تطول حسب الظروف.

فمن خلال هذه التعاريف نستنتج أن الخطبة ما هي إلا وسيلة للتعارف بين الخاطبين، وليست التزاما قانونيا يتمتع بقوة إلزامية تلزم الطرفين معا. فمجرد الوعد أو التواعد لا ينشأ التزاما وهذا ما جرت عليه أحكام الشريعة الإسلامية؛ ولو اعتبرت الخطبة عقدا ملزما بإجراء عقد الزواج مستقبلا لفقدت وظيفتها والغاية من تشريعها.

وذهب فقهاء الشريعة إلى استحباب الخطبة قبل الزواج، وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، ففي القرآن نجد قوله ﷻ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ... وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿٢٣٥﴾﴾ [1].

ووجه الإستدلال بالآية، أن الله تعالى إذا أباح خِطبة المعتدة من وفاة تعريضاً، فإن إباحة غيرها من غير المحرمات يكون من باب أولى جائزاً، بشروط مفصلة عند الفقهاء.

(1): سورة البقرة، الأية 235.

أما من السنة النبوية، فنجد قوله (ﷺ): « **المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم أن يبتاع على بيعة أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر...**»[1].

وهناك أحاديث كثيرةٌ كلها تدور حول مشروعية وجواز الخِطبة[2].

أما الحكمة من الخِطبة فإنها تظهر في أنه من شأن كل العقود المهمة أن تُسبق بمقدمات ليتبين لأطرافها ما يحيط بها من ملابسات، وتظهر رغبة كل طرف في مدى إقدامه على إبرام العقد، ولأن عقد الزواج من أهم العقود التي يجريها الإنسان في حياته، وأعزها شأناً، وأرفعها مكانة عند الله تعالى، فإن الشريعة قد جعلت له الخطبة كمدخل لمن أراد الإقدام على هذا الرباط، وجعلت للخطبة حِكماً، أهمها أن يعلم كل طرف بمن سيرتبط به إرتباطاً أبدياً، كما أن الخِطبة وسيلةٌ للتعارف بين الخاطب والمخطوبة وأهليهما، وتوفير الإستقرار النّفسي والتّكيُّف على العشرة تدريجياً[3]، ليحصُل الإطمئنان على الزّواج، بعد أن يتحرَّى كلٌّ منهما على الآخر كما جرى عليه العرف والعادة.

وفي هذا يقول الشيخ أبو زهرة: « ... وإنه من تمام الأُلفة وحسن العشرة أن يعرف كل واحد من الرَّجُل والمرأة، ما عليه للآخر خلقاً وخُلقاً ودينا وطبعاً، فإن ذلك كله من شأنه أن يجعل عقد الزواج قائماً على أساس قوي، يصح أن يستمر إلى أن يقضي كل واحدٍ منهما أجله في الحياة » [4].

---

(1): أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم 5142،ج9، ص198.

(2): وروى الإمام أبو داوود : باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها حديث رقم 2082. حدثنا مسدد، ثنا عبد الواحد بن زياد، ثنا محمد بن إسحاق، عن داود بن حصين، عن واقد بن عبد الرحمن يعني ابن سعد بن معاذ عن جابر بن عبد اللّه قال قال رسول اللّه (ﷺ): "إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل" قال: فخطبت جاريةً فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها [وتزَوُّجِها] فتزوجتها.

(3) : عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 7، 8 .

(4) : الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص20.
أما عن شروط صحة الخطبة فإنه يُشترط لجواز الخطبة شرطان رئيسيان هما:

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة.

ونبين فيه الطبيعة القانونية للخطبة وموقف المشرع الجزائري منها، ثم نتطرق إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة وموقف المشرع الجزائري منها.

لقد اختلف الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للخطبة أهي عقد ملزم أم مجرد وعد لا ترتقي إلى مرتبة العقد على آراء ثلاثة:

الشرط الأول: أن تكون المرأة خالية من الموانع الشرعية التي تمنع زواجها في الحال، بمعنى أنه لا تجوز خطبة المحرمة عليه تحريما مؤبداً، كالبنت والأخت والعمة والخالة...، أو محرمة تحريما مؤقتاً كزوجة الغير، أو المعتدة من طلاق، أو الجمع بين الأختين، والحكمة من تحريم هؤلاء، هو أن الخطبة وسيلة إلى الزواج الحلال كما هو معلومٌ، والزواج بالمحرمات حرامٌ، والوسيلة إلى الحرام حرامٌ أيضا، ولا يمكن الوصول إلى الحلال بطريق الحرام. ولذلك فلا تحل خطبة معتدة الغير من طلاق رجعي، لا بطريق التصريح، ولا بطريق التعريض، لأنها في حكم زوجة الغير، فخطبتها تعتبر تعدياً على حق من حقوقه. أما المرأة المعتدّة من طلاقٍ بائنٍ ببينونةً صُغرى أو كُبرى، فيرى الأحناف أنه لا تجوز خطبتها لا تصريحا ولا تعريضاً، مادامت العدة باقية، لبقاء بعض آثار الزواج، غير أن المالكية والشافعية في قول لهم، والحنابلة والجعفرية يرون بجواز خطبتها تعريضا، لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج على زوجته. أما المعتدّة من وفاة فإنه يباح خطبتها تعريضا فقط، بصريح الآية السّابقة، ولا تُباح الخطبة بالتّصريح ما دامت مُعتدة من وفاةٍ.

والفرقُ بين التّصريح التّعريض، أنَّ الأول هو أن يذكر الخاطب لفظاً صريحا لا يحتمل سوى الخطبة كقوله:" أرغب في الزواج منك"، أمَّا التعريض فهو أن يذكر لفظاً يحتمل معنى الخِطبة بشكل غير مباشر كقوله:" أتمنى أن أجد زوجة مثلك"،" لو وجدت امرأة صالحة لتزوجتُ" والقرائن هي التي تدل على ذلك.

الشرط الثاني: ألا تكون مخطوبة للغير خطبة شرعية، لأن في خطبتها بهذه الصورة إعتداء على حق الخاطب الأول، وإيذاءٌ له، لورود النهي عن ذلك في قوله (ﷺ): « **المسلم أخو المسلم فلا يحل لمسلم أن يبتاع على بيعة أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر...**» ، ومخطوبة الغير كما هو معلوم إذا تقدم أحد لخطبتها إما أن تكون موافقة، وإما ترفض، وإما أن تسكت ، فإذا وافقت على الخطبة، فلا يحق لخاطب آخر أن يتقدم لخطبتها وهو يعلم أنها مخطوبة من الغير، وإن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب التقدم لخطبتها لزوال المانع بالرفض، وإذا سكتت ولم يوجد ما يدل على صريح القبول، ولا صريح الرفض، اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشّافعية في قول لهم جواز خطبتها، لأن السُّكوت يعتبر رفضاً ضمنياً، ولأنه مع ترددها لم يثبت للخاطب الأول حقٌ حتى تعتبر الخطبة الثانية إيذاء له، ويرى المالكية والحنفية إلى أنه لا يجوز للخاطب الثّاني أن يتقدم لخطبتها لأن سكوتها لا يدل على الرَّفض، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول، وتقدم الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحري، فيكون في هذا إعتداءٌ وتشويشٌ على حق الخاطب الأول.

أولا: الخطبة وعد بالزواج وليست بعقد .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الخطبة من مقدمات الزواج وهي لا تضفي عليها أثرا ملزما، إذ اعتبروها وعدا بالزواج وليست بعقد، أي ليست لها قوة الإلزام والالتزام. والوعد بالعقد ليست له قوة العقد إطلاقا في إلزام طرفيه بآثار العقد .

وهذا الاتجاه هو الذي تبنته الشريعة الاسلامية ومعظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، فالخطبة لا تقيد أحدا من المتواعدين بالزواج إذ لكل منهما أن يعدل عن هذا العقد متى شاء، والقول بغير هذا يتعارض مع المقصد الأساسي من تشريع الخطبة التي هي مجرد مرحلة وسطى للتفكير في الزواج، كما أن القول بغير ذلك يعدم مبدأ الحرية في الزواج، وعليه فالعدول عن الخطبة أمر مباح لا يترتب عنه أي تعويض لأنها ليست بعقد بل هي وعد بالزواج غير ملزم.

وفي هذا يقول الدكتور الأستاذ أبو زهرة رحمه الله : " الخطبة ليست إلاّ وعدا، والوعد لا يرقى إلى مرتبة العقد، ولا له قوة العقد وإلزامه، حتّى على رأي الفقهاء القائلين أنّ الوعد ملزم لإنشاء العقد، وذلك لتتوافر حرية الاختيار كاملة، وأنّ ذلك من مصلحة المجتمع، ومن مصلحة المتعاقدين، لأنّ الزّواج عقد حياة، والتروّي فيه أمر ضروريّ، ولو ألزم الخاطب بخطبته لكان في ذلك حمل له على العقد، قبل أن تتوفّر كلّ أسباب الدّرس والتّمحيص ".

وعلى هذا المنوال سار المشرع الجزائري لما اعتبر الخطبة وعدا غير ملزم؛ بمعنى أنه لا يتولد عنها التزامات قانونية في ذمة الخاطبين، وهذا ما نصت عليه المادة(5) إذ جاء فيها: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، وهو الاتجاه نفسه عند الكثير من التشريعات العربية فقد نص الفصل الأول من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواج ولا يقضى به "وهو نفس ما نصت عليه المادة (5) من المدونة المغربية: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج "كما نصت المادة (3) من القانون السوري على أن: "لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة ".

وفي القضاء المصريّ قررت محكمة النّقض المصرية في أحد الأحكام أن الخطبة " ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزّواج، ووعدا به، وأنّ هذا الوعد لا يقيّد أحدا، من المتواعدين، فلكلّ منهما أن يعدل عنه في أيّ وقت شاء خصوصا أنّه يجب أن يتوافر في هذا العقد كامل الحريّة للمتعاقدين".

وعلى هذا فقد أفرد قانون الأسرة[1] الخِطبة بمادتين تنُصَّان عليها صراحة هما المادة5 والمادة (6)، ومنه تم تكييف الخطبة على أنها وعدٌ بالزواج[2] يحق لكلا الطرفين العدول عنها[3]. لكن رغم هذا التكييف فهذا لا يعني أن تُطَبَّقَ عليها أحكام المادة (71) من القانون المدني التي تعرضت إلى الإتفاق الذي يُعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، ويستبعد كذلك في الوعد بالزواج الحكم الوارد في المادة (72) من القانون المدني والذي يطبق على الوعد بالتعاقد[4].

وبإمعان النظر، نجد أن قانون الأسرة قد خالف هذه القاعدة في القانون المدني، فمن جهة إعتبر الخطبة وعدا بالزواج، ومن جهة أخرى إعتبرها غير ملزمة، ويصح للطرفين العدول عنها وبناء على ما سبق يمكن القول أن الخطبة هي وعد من نوع خاص، يخضع

---

(1): القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

(2): فقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج، وهو ما نجده في المادة 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمادة 05 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة والمادتين 02 و03 من القانون السوري للأحوال الشخصية والمادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(3) :المادة5 ق أ ج :" الخطبة وعد بالزواج .يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.لايسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته."./ **المادة 6**:"إن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة9 مكرر من هذا القانون".

(4) : **المادة 71 ق م ج** :" الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.وإذا اشترط القانون لتمام العقد، إستيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."/ **المادة 72 ق م ج**:" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ العقد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد.".

لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار، ولا يأخذ قوة العقد، فلا إلزام ولا التزامٌ فيه. ومنه فإن الخطبة لا تتمتع بأي قوة إلزامية بالنسبة للطرفين، ولو طال أَمَدُ تَرَاكُنِهِمَا، أو صُبَّت في قالب رسمي شكلي، ذلك لأن القانون لم يرقَ بها إلى مرتبة العقد، بل أقرَّ لها صفتها الشرعية التي هي مجرد وعد بالزواج من الطرفين، مع أحقيّة العدول والتراجع عنها ورفض إبرام عقد الزواج[1]، وقد أكد المشرع في المادة(06)، أنه لا يغيير من الطبيعة القانونية للخطبة أن تقترن بالفاتحة، وهي ما يقرأ للتبرك بعد الخطبة، إلا إذا توافر ركن الرضا، وشروط الزواج النصوص عليها في المادة (09) مكرر.

ويجب التنبيه هنا أن الذين تبنوا هذا الاتجاه استثنوا من هذه المسألة الحالة التي يصاحب فيها العدول عن الخطبة فعل ضار بالطرف الآخر حيث يترتب عن ذلك مسؤولية تقصيرية.

ثانيا: الخطبة عقد ملزم والعدول عنها يوجب التعويض .

اعتبر هذا الاتجاه الخطبة بمثابة عقد ملزم، ولا يمكن للأطراف العدول عنها، إلا بالإرادة المشتركة أو الإقالة الاختيارية، وإذا عدل أحد الأطراف عنها يُسأل على أساس المسؤولية العقدية، ومن بين الأنظمة القانونية ألّتي ذهبت هذا المذهب التشريع الألماني والإنجليزي والتركي والسويسري، إذ اعتبرت العدول عنها نوعا من أنواع عدم التنفيذ مما يترتب عليه أثار المسؤولية العقدية، أي بعبارة أخرى تسري عليها قواعد الإسناد الخاصة بالعقد.

(1) : محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية،ج1، دار الشهاب، باتنة ، (د س ط)، ص28.

فهذه التشريعات أضفت على الخطبة الطابع المدني، أي أعطت للخطبة وضعا قانونيا نظم بموجبه شروطها الموضوعية والشكلية والآثار المترتبة عنها في حالة العدول [1].

وتجدر الإشارة إلى أن أول ظهور لهذه النظرية العقدية للخطبة كان في فرنسا إبان صدور القانون المدني الفرنسي سنة 1804، حيث أدى سكوت المشرع عن تنظيم أحكام الخطبة إلى تطبيق القواعد العامة للقانون عليها، وعليه قرر بعض المنظرون لهذه النظرية على أنه لما كان الالتزام بعمل يتحول عند عدم تنفيذه إلى تعويض؛ فإن الوعد بالزواج ليس إلا التزام بعمل وعدم الوفاء به يترتب عنه تعويض، وبالتالي يخضع لما تقضي به القاعدة العامة في هذا الصدد والواردة في المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن : "كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول الى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه". وقد جاءت عبارة هذا النص عامة مما يجعلها تسري على الوعد بالزواج وغيره من الوعود، وإذا ما أريد عدم إخضاعه له لابد من نص صريح يستبعد هذا الوعد ويستثنيه من

(1) : إختلف فقهاء القانون الغربي حول الطبيعة القانونية للخطبة، فمنهم من أضفى عليها الصبغة العقدية، ومنهم من رأى أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد، فيرى أصحاب الإتجاه الأول– من أنصار هذا الإتجاه الفقيه الفرنسي جوسران ، وأيده في ذلك الفقيهين هانري وليون.– أنها عقد بناء على سببين هما:

– حق الخاطبين في المطالبة بالزواج والتعويض في حال العدول.

– تتضمن الخطبة التعبير عن إرادتين متطابقتين –إيجاب وقبول–

وعلى أساس هذا يشَبِّهُ الفقيه جوسيران Josserand عقد الزواج بعقد العمل غير محدد المدة، ففسخ هذا العقد بالإرادة المنفردة لرب العمل لا يحرك المسؤولية العقدية، بالرغم من ذلك يمكن في عقد العمل غير المحدد أن يكيَّف فسخه بالإرادة المنفردة لربِّ العمل على أساس أنه تعسف في استعمال الحق ويقول: « الخطبة تشكل عقدا صحيحا يمكن نقضه بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف، لكن هناك تعسف في استعمال الحق إذا تم فسخه بدون سبب مشروعٍ يؤدي إلى تحريك سؤولية المتسبب في فسخه » نقلا عن LOUIS Josserand, Leçons de droit civil, 3eme vol, 6eme Ed, page 78.

بينما يرى أصحاب الإتجاه الثاني أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد لسببين وهما:

– كفالة الحرية الشّخصيّة للخاطبين في الإختيار والرضا.

– كون الخطبة مجرد فترة اختبار لكل من الخاطبين مجردة من كل تعهد نهائي.

وعليه يقول الفقيه لويسل Loycel« إذا كان من حق الخطيبة التعلق أو ترك خطيبها فإن أي خطيب له الحق في عدم الزواج ».LOUIS Josserand, op. cit, p 78

القاعدة العامة، وبما أن هذا الاستثناء غير موجود فإن القضاء الفرنسي لا يمكنه أن يستثني الوعد بالزواج من الخضوع لأحكام المادة(1142) من القانون المدني الفرنسي .

وزيادة على ذلك فإن الفقه الفرنسي طبق القاعدة الواردة في المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي والتي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة للوعد بالزواج، وقرر هذا الفقه على أنه لا يمكن استبعاد هذا الوعد إلا بنص خاص صريح، ومادام أن هذا النص غير موجود فإن الوعد بالزواج يعتبر اتفاقا صحيحا ملزما لطرفيه [1].

وقد وجدت هذه النظرية تطبيقا لها في الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي صدرت عنه عدة أحكام تؤكد الطابع العقدي للخطبة، فقد جاء في حكم لمحكمة تولوز : " الخطبة عقد ملزم يرتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول كلا منهما دعوى لإجبار الآخر على الوفاء به، لكن طبيعة هذا الارتباط تقضي بأن تتحول إلى التزام بالتعويض، يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقا للمبادئ العامة التي أخذ بها القانون الفرنسي "، ولكن هذا الرأي ليس هو السائد في النظم القانونية المعاصرة، كما أن القضاء الفرنسي نفسه قد هجر هذا الرأي ولم يعد يأخذ به في الوقت الحاضر.

هذا وقد وجهت لهذا الرأي عدة انتقادات منها ما ذكره "توفيق حسن فرج" الذي قال بأن القواعد العامة التي تطبق في العقود المالية تختلف بشكل كبير عن تلك التي تتعلق بالزواج. ومثال هذا أن الوعد بالزواج لا يصدر من مدين إلى دائن كما هو الأمر بالنسبة للعقود العادية، فالزواج هو رباط بين نفسين أو روحين.

والوعد بالزواج لا يمكن أن يولد رابطة قانونية لأنه غير ملزم من الناحية المدنية ولن يكون هذا الوعد ملزما إلا من حيث الضمير فقط، وكل ما هنالك أن هذا الأمر يكون حكمه ديانة بين العبد وربه إذ على من أخل بوعده دون سبب شرعي أن يتوب إلى الله.

(1) : الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، توفيق حسن فرج. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1962 –1961، العدد 3 و4 ، مطبعة جامعة الإسكندرية، الصفحة 13 و14 بتصرف.

وأما أن يكون هناك تعويض فهذا غير وارد في الوعد بالزواج؛ لأنه لا يمكن إجبار الخاطب المخل بالوعد على تنفيذ هذا الوعد، خاصة أن هذه المرحلة هي مرحلة تعارف وتآلف بين الخطيبين يمكن لكل واحد منهما التراجع عنها إذا ظهر له أو لها ما يوجب ذلك، ولاشك أن اعتبار الخطبة عقدا يدل على عدم فهم المقصود الأساسي من الزواج الذي هو رباط بين النفوس لا علاقة من علاقات العمل وعلى هذا المنوال فعدم تنظيم القانون المدني الفرنسي لأحكام الخطبة لا يعني تطبيق القواعد العامة في العقود كما رأى بعض المنظرين والشراح، وإنما هذا السكوت يعني عدم الاعتراف بذاتية الخطبة من الناحية القانونية لأنها لا تولد أي التزام .

ثالثا: الخطبة عقد والعدول عنها لا يوجب التعويض إلا إذا تعسف أحد طرفيها في العدول .

ما يميز هذا الاتجاه عن سابقيه هو إمكانية إنهاء الخطبة بإرادة أحد الخطيبين المنفردة متى كانت هناك أسباب مشروعة لذلك، أما إذا تم إنهائها بلا أسباب مشروعة فإن المخل بالخطبة يكون متعسفا في استعمال حق العدول، ونتيجة لذلك يجب عليه التعويض.

وقد تبنى هذا الطرح الفقيه الفرنسي" جوسران " الذي يرى أن الخطبة لا تعدو كونها عقدا حقيقيا من العقود التبادلية التي يلتزم فيها الخطيبان بالقيام بعمل، وهو إبرام عقد الزواج في المستقبل، غير أنه يقر بإمكانية إنهاء هذا العقد من جانب واحد بالإرادة المنفردة، وهو حق نسبي ومسبب، فلا يمكن أن يمارس إلا لأسباب مشروعة، فإذا استعمل هذا الحق استعمالا تعسفيا كان هناك مجال لمساءلة الخاطب الذي أساء استعمال حقه.

فجوسران لا يرى في الوعد بالزواج أنه مجرد من كل قيمة قانونية، فإذا كان القانون المدني الفرنسي لم ينص على اعتبار الخطبة عقدا ملزما لطرفيه، فليس هذا معناه عدم الاحتجاج به، إذ أن كل عقد لم يمنعه القانون فهو جائز .

وما يلاحظ في هذا الشأن هو السعي إلى تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على الطرف الذي عدل عن الخطبة بإرادته المنفردة، لكن ليس استنادا على أن مجرد العدول عن الخطبة يشكل خطئا عقديا في حد ذاته، بل باعتبار فعل العدول قد يشكل في بعض الحالات إساءة لاستعمال الحق، ولأنها إساءة واقعة في دائرة العقد تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية. والثابت في الفقه والقضاء أن إساءة استعمال حق العدول عن الخطبة تترتب عنه المسؤولية التقصيرية، حتى لو كان الحق الذي أسئ استعماله ناشئا عن عقد، وهذا ما أكد عليه الدكتور" سليمان مرقس "مضيفا بأنه مادام الأمر مصيره إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ، فلا فائدة من محاولة إثبات أن الخطبة عقد يكون لكل من عاقديه حق العدول عنه.

ورغم أن هذا الاتجاه يبدو كحل وسط بين الاتجاه الأول والثاني فإنه لم يسلم هو الآخر من النقد.

والنقد الذي وجه إليه يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق في شأن العدول عن الخطبة، فقد أكد "توفيق حسن فرج"[1] أن الفقه لا يوافق في جانب كبير منه في إعمال هذه النظرية، خاصة أن القاعدة الفقهية تقول " الجواز ينافي الضمان ." ، وهذه القاعدة يستشف منها أن لكلا الطرفين الحرية في العدول عن الخطبة، وبالتالي فهذا العدول هو ممارسة لحرية الشخص في عدم إتمام الزواج الشئ الذي يعني أن الخاطب يمارس حريته في عدم التعاقد، وهذا من الحريات العامة التي يستوي الأفراد في شأنها من المركز .

وعليه فالقول بأن العدول عن الخطبة بدون مبرر يرتب مسؤولية تقصيرية باعتباره تعسفا قول مردود وغير مقبول، لأن ذلك يعني أن للوعد بالزواج صفة الزامية، والأمر عكس ذلك .

(1) : توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، المرجع السابق، ص44.

أما عن موقف المشرع الجزائري من كل هذا فالملاحظ أنه وبالرجوع إلى نص المادة 05 نجد أنها كيفت الخطبة على أساس أنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبرت هذا الوعد غير ملزم حيث أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

والملاحظ من خلال الفقرة استعمال لفظ الوعد من خلال الصياغة، فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة (72) ق م ج[1] ، فنجد أن قانون الأسرة خالف هذه القاعدة من القانون المدني فمن جهة إعتبر الخطبة وعدا بالزواج ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وتطبيق النصوص بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن تجديد وتوحيد المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية، لذا لا بد العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

وقد يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص والموجود في القانون المدني هو نص عام وبالتالي فإن النص الخاص يقدم على العام ومنه فلا تعارض بين النصين، لكن في نفس الوقت يُرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد لأن المصطلح كما قلت فيه خلاف فقهي وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح المعنى وينضبط المقصود.

ولعل الحكمة المرجوة من التفرقة بشأن الطبيعة القانونية للخطبة بين الوعد والعقد تكمن في المسؤولية أي أن المسؤولية القائمة في هذه الحالة –حالة العدول– هي مسؤولية تقصيرية أي أن عبء الإثبات يقع على المضرور أي على الشخص الذي سبب له العدول ضررا وهذا ما نصت عليه المادة (5/ف2) ق أ ج ومن ثمة يجب على المضرور إثبات الخطبة بأي وسيلة

(1) : تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري:" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"

من وسائل الإثبات ثم بعد ذلك إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف الآخر والضرر الذي أصابه نتيجة ذلك .

الفرع الثاني: مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة.

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى مسألة التعسف في العدول عن الخطبة، ولعل السبب في ذلك أن الحياة الإجتماعية الإسلامية في تلك العصور، لم تكن تسمح بوجود فكرة العدول عن الخطبة وتسبيب الضرر للطرف الآخر، وهذا راجع لاتباع قواعد إختيار الخطيبة منمنظور إسلامي خالص، ينبني عليه عدم الإختلاط وترك الحبل على الغارب، ومنه يكون سلوك الخاطبين مضبوط بمحاذير الشريعة الإسلامية، وبالتالي حتو وإن حدث الدول فلا يترتب عليه ضرر كبير، ويكون الفسخ إجراءٌ عادي، وعليه لم تكن هناك حاجة للبحث في مسألة التعسف في العدول عن الخطبة عند الفقهاء القدامى، هذا مع مناداتهم بالوفاء بالوعود عامة– ومنها الخطبة – وكراهية العدول عنها بلا مبرر إشارة منهم إلى منع التعسف في استعمال العدول عن الخطبة، خاصة إذا كان يترتب على هذا العدول ضرر يلحق الطرف الآخر[1].

غير أن الفقه المعاصر ظهر فيه خلاف واضح في مسألة العدول عن الخطبة من عدمه، يمكن تلخيصه في مذهبين هما:

أولا: مذهب يقول بوجود التعسف في العدول عن الخطبة إذا كان هذا العدول بلا مبرر شرعي، لأنه ومن المسلم به في الفقه الإسلامي أن صاحب الحق له أن يمارس حقه لمصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بعدم المساس بحقوق الغير، فالحق تثبت له الصفة الفردية والجماعية في وقت واحد، فأما الأولى لأن ذلك ميزة تخول لصاحبها الإستمتاع

(1) : جميل فخري محمد غانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص89.(بتصرف).

بثمرات حقه منفردا، وأما الثانية مناطها تقييد هذا الحق حتى لا يتخذ وسيلة للضرر بالغير فردا كان أم جماعة[1] .

وتأسيسا على هذا فإن الشرع إذا منح حق العدول، فلا يبرر هذا المنح استعماله على وجه ضار بباعث غير مشروع، أو قصد سيء لإلحاق الأذى بالغير تحت شعار " الحق"، إذ الحق لم يشرع أصلا ليُتخذ وسيلة للإضرار بالغير بل لمصلحة مشروعة جدية ومعقولة[2]

هذا إذا كان العدول معيبا في باعثه[3] ، أو نتيجة مآل يوجب المسؤولية إذا ألحق بالطرف الآخر ضررا محققا– ماديا أو أدبيا – وكان كل من الباعث غير مشروع، أو النتيجة الضرورية اللازمة واللاحقة بالغير من جراء العدول، ليس هو الغاية التي ضرع من أجلها حق العدول، فهو إذا تعسف وانحراف عنها، بل هو توسع في التعسف باستعمال حق العدول عن الخطبة.

ثانيا: مذهب يقول بأن العدول عن الخطبة بلا مبرر لا يعد تعسفا في استعمال الحق[4]، ويرى أصحابه أن العدول عن الخطبة ليس حقا بل هو رخصة لكلا الخاطبين، ولأن الحق سلطة يثبتها القانون لشخص كميزة له لتحقيق مصلحة مشروعة، والعدول عن الخطبة مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، ولا ميزة فيه لأحدهما عن الآخر، ولا يعتبر أحدهما مدينا أو دائنا للآخر بهذا العدول، فكان العدول رخصة لكل منهما وليس حقا، والتعسف في استعمال الحق لا يكون إلا بوجود الحق أصلا[5].

---

(1) : وبناء على هذا المذهب فإن العدول عن الخطبة بغير مبرر هو تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل الجهد في إتمامه، لأن الوفاء بالعهود مأمور به شرعا، مع عدم مصادرة حق كل طرف في العدول إذا توفر لديه المبرر الشرعي.

(2) : جميل فخري محمد غانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 90.

(3) : الباعث هو الدافع الذي يحرك إرادة المنشيء للتصرف الذي يحقق غرضا غير مباشر.

(4) : هذا ما قد يفتح باب التوسع في استعمال حق العدول.

(5) : وهناك قول ثالث يرى أصحابه أن العدول عن الخطبة بغير مبرر إنما هو خطأ تقصيري في ذاته، لأنه غير ناشئ عن إخلال بالتزام عقدي، نظرا لأن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة عقدا، ووجه الخطا في العدول بغير مبرر هو

بعد بيان ماذهب إليه كل رأي يمكن مناقشة أدلتهما، حيث أن القول بأن العدول عن الخطبة بغير مسوغ وحدوث ضرر نتيجة هذا الفعل للطرف الآخر يعتبر تعسفا في استعمال الحق، وبذلك يمكن ترجيح القول الثاني القائل بأنه يكون تعسفا في استعمال الحق في العدول عن الخطبة إذا لم يكن هناك مبرر كاف لهذا العدول، وهذا لما قد يلحق بالطرف المعدول عنه من ضرر، إعمالا للمقصد العام للشريعة الإسلامية المنادي بدرء وإبعاد المضار والمفاسد قبل جلب المنافع والمصالح.

عدول طائش ، لأن العادل كان يجب عليه أن يتحرى ويسأل قبل الإقدام على الخطبة، وطالما تمت الخطبة برضاه التام ثم عدل عنها بغير مبرر، فإن ذلك العدول تصرف طائش لا يخلو من تغرير وضرر، لأن العادل سبق وأن أكد رغبته في الزواج .

المبحث الثاني:

أثار استعمال حقّ العدول عن الخطبة[1]، وحكم تعويض الضرر الناجم عنه.

سبق القول أنّ الخِطبة وسيلةٌ للزّواج، وهو عقد عُمريٌ رضائي، وأنّ رضائية الخطبة من رضائية عقد الزواج، ومن ثم يكونُ العدول عنها حقٌّ إراديٌّ من الحقوق التي يملكها كل من المتواعدين، فمن الطبيعي أنه إذا رفض الطرفان، أو أحدهما إتمام الزواج، فإنه يجوز له العدول والرجوع عن طلبه، والقول بغير ذلك يجعل الخِطبة عقدا ملزما، ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وهو ما ينافي حرية الاختيار، والإرادة الواجب توفرهما في العقود، ولا سيما عقد الزواج، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية [(2)] .

فإذا كانت الخطبة تكتسيها كل هاته الأهمية، وقد تقرر أن العدول عنها حقٌّ مكفولٌ لكلا الطرفين، فكيف يكون التعامل مع ما ينتج عن هذا العدول من آثارٍ ومضرات للطرفين

---

(1) : لقد تم ضبط الأسس والأحكام الإجرائية في قسم شؤون الأسرة وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية الإدارية /09/08 والمؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 حيث تناول في الكتاب الثاني من الباب الأول بالفصل الأول منه هذا الموضوع من جانبه الإجرائي.

أما من الناحية الموضوعية فنجد أن المادة(4) و(5) (6) من قانون الأسرة المعدل بموجب الأمر(05-02)قد تناولت هذا الموضوع.

لقد وضح القانون (08-09) /المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية وفسر الجهات القضائية التي ترفع أمامها النزاعات المتعلقة بالخطبة واختصاص كل منها نوعيا وإقليميا.

ففي حالة نشوب نزاع بين الخاطبين، فأن الدعوى القضائية ترفع أمام الجهة المختصة وهذا حسب نص المادة(13) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن اذا ما اشترطه القانون.

ويتبين من خلال هذا النص القانوني، أنه يتعين على من يرغب في اللجوء للقضاء أن يتأكد من توافر شرطين في مباشرة ورفع دعواه.

(2) : محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، مصر، 2007، ص78.

أو لأحدهما؟، وهل يصح المطالبة بتعويض الأضرار الناتجة عن العدول؟ وما موقف الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية من كل هذا ؟.

هذا مع الإشارة إلى أنّ التعويض عن الضرر عامة، والمعنوي خاصة في فسخ الخطبة، لا يزال مجالاً خصباً للاجتهاد المدعم بالآراء الفقهية والاتجاهات التشريعية المعاصرة، وهو ما سأحاول بيان البعض منه فيما يأتي، حيث سأعرض لأهم الآثار المترتبة عن استعمال حق العدول عن الخطبة، ثم أتعرض لحكم تعويض الضرر المترتب عن العدول في الخطبة في الفقه الإسلامي أولا، ثم في قانون الأسرة الجزائري ، وأخيرا أعقد مقارنة للموازنة بينهما في نقاط محددة .

المطلب الأول: آثار استعمال حقّ العدول عن الخطبة.

ومادامت الخطبة وعدٌ بالزواج، وإخلاف الوعد بعذرٍ مشروعٌ أمر مباح، فينبني على هذا أن فسخ الخطبة بسببٍ جائزٍ، كالمرض المعدي أو الخلاف المستحكم بين الخطيبين أو أسرتيهما، يكون فسخا جائزاً، فإن كان الفسخُ من غير سببٍ، كان إخلافًا للوعد من غير عذرٍ، بل كان إخلافًا ضارًّا لأن الناس عادة يعلمون بالخطبة ويركُنون إليها، فينصرف عن الخِطبة من يفكِّرُ في الزواج منها فإذا فَسَخَ الخطيبُ من غير سببٍ، فقد فوَّتَ عليها فُرَصَ الزَّواج التي كانت سانحةً، ونشرَ حولها الشائعات في أسباب الرَّفض، الأمر الذي تثور له النُّفوس، وتُرتكب بسببه الجرائم، ولاسيما في هذا الزمن الذي فسدت فيه الأخلاق، وكثرت الظنون السيئة، فتتعطل بذلك مصلحتها الأساسية التي أعدها الله لها. وإخلاف الوعد إذا ترتب عليه أمثال هذه المفاسد كان مُنْكَرًا يجب تغييره ومعصيةً يستحق فاعلُها التعزير عليها[1].

(1): أحمد فهمي أبو سنة، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، المركز العالمي **للوسطية** http://www.wasatiaonline.net.2015

وبصريح المادة (05) من قانون الأسرة، فإن المشرع يعترف لكل طرف بحق العدول عن الخطبة التي هي عقد غير ملزم، ولكن فسخها يترتب عليه تعويض، وهذا التعويض لا يترتب على أساس المسؤولية العقدية، بل على أساس المسؤولية التقصيرية[1]، أي ارتكاب الخطأ، لأنه انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي بالنظر للظروف التي رافقت هذا العدول، غير أن نص المادة (05) سالفة الذكر يحتاج إلى تقييد، بناءً على أن النّص جاء مطلقا في حكمه بجواز التعويض عن العدول مما يفهم منه أن الحكم بالتعويض متعلق بالعدول في حد ذاته، وهو قول منتقد، باعتبار أن الخطبة وعدٌ لا يترتب عليه أيُّ التزام، وبالتالي فإنه يحق لكلا الطرفين العدول، وإنما يطلب التعويض إذا ما ترتب على هذا العدول ضرر، بتوفر شرطين هما: [2]

1- أن يكون العدول غير مبني على سبب مقنع ينزع على العادل صفة السلوك الخاطئ، الذي يوجب الضمان تبعا.

2- أن يكون الضرر اللاحق بالطرف المعدول عنه ناشئا عن تصرف صادر من العادل، مقترنا بالخطبة، كما في حالة التغرير بالطرف الآخر ثم العدول عنه.

وعليه فان هذا النص يحتاج إلى تعديل يُضْبَطُ به أساس تقدير التعويض، ويقيِّدُه بناءً على مبدأ التّعسف في استعمال الحقوق[3]. فللقاضي أن يعاقب الفاسخ لا على مبدأ تعويض الضرر، بل على مبدأ التعزير على الإتيان بهذا المنكر، وهو إخلاف الوعد المسْتَتْبَع للمفاسد، والتلاعب بمصالح الناس وأعراضهم، لأن التعزير ثابت على كل فعل أو قول فيه إيذاء للمسلم بغير حق زجرًا للناس عن ارتكاب المفاسد والمضار واستصلاحًا لهم

(1) : المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية،30/12/1985، ملف رقم 39065، غير منشور، نقلا عن بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2 ، 1995، ص23 .

(2): العربي مجيدي، المرجع السابق، ص342.

(3): محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، 1994، ج1؛ ص66.

لقوله(ﷺ):« **من رأى منكم منكراً فليغيره بيده...**»[1] ، وهو خطاب لأولياء الأمر، وهذا المبدأ إذا عُمِل به حَمَلَ الذين يريدون الخطبة على الإمعان والتروي قبل الإقدام عليها، وعلى أن يفرقوا بين العدول عن شراء سلعة تم الوعد بشرائها وفسخ خطبة فتاة كريمة على نفسها وعلى قومها[2]. ولا شك في أن العدول عن الخطبة قد يسبب أضرارا مادية ومعنوية للطرف المعدول عنه، إذ قد تستمر الخطبة زمنا طويلا ممّا يؤدي إلى تقدم المخطوبة في السّن، فيسبب لها ذلك ضرراً يتمثل في تفويت فرصة الزواج من آخر، أو قد تكون موظفة أو تتابع دراستها، فتقدم استقالتها أو تتوقف عن الدراسة استعداد للزواج، ثم بعد ذلك يعدلُ الخاطبُ عن الخطبة، كما أنه قد يُطلب من الخاطب إعداد منزل خاص في مدينة معينة ويكلفه ذلك مبالغ باهظة، ثم يحدث العدول من المخطوبة، إضافة إلى أن مجرد العدول عن الخطبة يسبّب أضرارا معنوية، تتعلق بالسمعة وخدش الشعور، وما قد تلوكه الألسنة عن أسباب العدول، مما قد يؤذي سمعة المعدول عنه، ويعرضه لكثير من الشائعات ويفتح باب التأويلات والظنون السيئة فيه.[3]

وهو ما قررته المادة (05) من ق انون الأسرة في فقرتها الثانية فقد نصت على أنه:" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.". ويشار هنا إلى أن التعويض عن الضررعامة، والمعنوي خاصة في فسخ الخطبة، لا يزال مجالاً خصباً للاجتهاد المدعم بالآراء الفقهية والاتجاهات التشريعية المعاصرة، وهو ما

---

(1): أخرجه ابن ماجه، كتاب الفتن، باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، حديث رقم 4013، قال حدثنا أبو كريب. حدثنا أبو معاوية، عن الأعمش، عن إسماعيل بن رجاء، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:((من رأى منكم منكرا. فاستطاع أن يغيره بيده، فليغيره بيده. فإن لم يستطع، فبلسانه. فإن لم يستطع، فبقلبه. وذلك أضعف الإيمان)). وكذا في : فتح الباري في شرح صحيح البخاري ،لابن حجر العسقلاني، كتاب الفتن، حديث رقم 6685.

(2): أحمد فهمي أبو سنة، ال**مرجع السابق**.

(3) : سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة– دورية المعيار– جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية– قسنطينة ، الجزائر، 2004، العدد 09، ص01.

سأحاول بيان البعض منه فيما يأتي، حيث سأعرض لحكم تعويض الضرر المترتب عن العدول في الخطبة في الفقه الإسلامي أولا، ثم في قانون الأسرة الجزائري ، وأخيرا أعقد مقارنة للموازنة بينهما في نقاط محددة .

المطلب الثاني: حكم تعويض الضّرر النّاجم عن العدول في الخطبة في الفقه الإسلامي

لا شك أن كلاًّ من الخاطب أو المخطوبة اللذان تم العدول عن خطبتهما، يعانيان الأمرّين من جراء الشائعات التي تلحقهما، أو تعيرهما من الأقوال والآثار المخلفة للضرر بهما ماديا أو معنوياً، فما هو النظر الفقهي في التعويض عن مثل هذه الأضرار ؟.

ولعل الفقه الإسلامي القديم لم يتعرض لمبدأ تعويض ضرر العدول، وذلك ناشئ عن أسباب متعددة منها : أن مثل هذه الأمور كانت بسيطة ويسيرة، ولم تكن الخطبة تستغرق فترة طويلة.

كما أن طبيعة الحياة الاجتماعية لم تكن لتسمح بمثل هذه الدعاوى، نظرا لتمسكها بتعاليم الإسلام من الوفاء بالوعود وحب الخير للآخر. غير أنه بعد ظهور كثير من النزاعات، والحوادث المتعلقة بحصول أضرار لا يستهان بها جراء العدول عن الخطبة واحتياج الناس إلى ضوابط شرعية ومخارج فقهية لأقضيتهم، إجتهد الفقهاء المعاصرون في مسألة وجوب التعويض عن الضرر اللاحق بالمعدول عنه من عدمه، فنتج لدينا اتجاهين:

إتجاه أول ذهب أصحابه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة[1]سواء أكان ماديا أم معنويا، وقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بخيت المطيعي والدكتور عمر سليمان الأشقر. فيقول الشيخ بخيت المطيعي في إحدى فتاواه: " ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن

(1): وعلى رأس هذا الإتجاه الشيخ محمد أبو زهرة، والشيخ مصطفى الزرقاء، وعمر سليمان الأشقر، والشيخ بخيت المطيعي وغيرهم .

يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يُلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء" [1].

ويمكن إجمال أدلّة الفريق في النّقاط الآتية:

1-إن التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة، فالمفروض فيه أنه لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد أو فعل ضار، والخطبة ليست بعقد، ولا يترتب عليها أي أثر، وكل ما في الأمر أنها وعد، ومن ذهب إلى إيجاب التعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد وقع في التناقض.

2- من المقرر شرعا أن العدول حق مكفول للطرفين في وقت لزومه ومشروعيته، ومن المقرر أيضا أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان"، أي أن من يمارس حقا مشروعا أو مباحاً، لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر، لأن الجواز ينافي المسؤولية وبالتالي فلا وجه للمطالبة بتعويض الضرر [2].

3- إن الخطبة مقدمة تمهيدية لعقد خطير وهو الزواج، وقد جعل الشارع العدول عنها حقا شرعيا للخاطب إذا توفرت مبرراته، وعليه فلا بد من ترك الحرية الكاملة له بالإقدام أو الإحجام، ولو حُكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع رغبته عنها، فكأن في الأمر إكراها غير مباشر، وهو لا يجوز في العقود مطلقا فكيف في عقد الزواج ؟.

4- إن المطالبة بالتعويض عند العدول كثيرا ما تكون بسبب الاغترار، وليس التغرير كما أن تفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به، يرتب مسؤوليتها الدينية ولا تستحق تعويضا إذا عدل عنها هذا الخاطب[3] .

---

(1) : مقتبس عن: أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص58 .

(2): أسامة الأشقر، المرجع نفسه، ص57 .

(3): سعاد سطحي، المرجع السابق، ص01.

وفي نفس المعنى يرى الشيخ أبو زهرة في أحد آرائه أنّ الشريعة الإسلامية لا تقيم وزنا للضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة، لأنه من قبيل الاستهواء الجنسي، وأن هذا الضرر مبناه مخالفة الشرع، وهيهات أن يشجع الإسلام على ذلك بتعويض الآثمين[1].

5- يرى الشَّيخ مصطفى الزَّرقا أنه ما من مُبرر استصلاحي لمعالجة الأضرار الأدبيَّة ما دامت الشّريعة قد فتحت مجالاً واسعا لقمعه بالزَّواجر التَّعزيريَّة، بل أن قبول مبدأ التعويض المالي يفتح باب الدَّعاوى والأقضية التي تحوي أرقاماً بالملايين مقابل أضرار تافهة[2].

6-ويرى الدكتور عمر سليمان الأشقر أن القول بالتّعويض مخالف لإجماع الأمّة الإسلاميّة وحكم على أنَّ الأمّة الإسلاميّة ضلّت عن الحقّ عبر تاريخها الطّويل في هذه المسألة[3].

بينما يتضمن الاتجاه الثاني مذهبين يقولان بالتّعويض، يوجب **الأول** منهما التّعويض مطلقا دون تفصيل، أما **الثاني** فيقول بالتعويض، لكن مع شيء من التفصيل المقصود به تمييز الحالات القابلة للتعويض عن غيرها.

فيذهب مؤيدو المذهب الأول إلى القول بوجوب التعويض مطلقا، من غير تفصيل في ماهية الضرر أما المذهب الثاني فيذهب مذهبا وسطا بين الإتجاهين السابقين، فهو لا ينفي القول بالتعويض ولا يبالغ أو يفرط في إيجابه في الوقت ذاته، بل يحيط عملية إيجاب التعويض بمجموعة من الضوابط والمحددات الشرعية ، والتي تصب دائما في صالح تدعيم موقف دعاة تعويض الضرر المعنوي.

وهذا الاتجاه الثاني يقر بتعويض الضرر المعنوي، إذا لم تُرافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة ويقصد بذلك العدول التعسفي، ولكن هذا الاتجاه انقسم على نفسه عند محاولته

---

(1): محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، حلب، 1998، ص 61. ويقصد الشيخ بالاستهواء: استسلام الخطيبين لرغباتهما الجنسية.

(2) : مقتبس عن: أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص59 .

(3) أسامة الأشقر، المرجع نفسه، ص61 .

تحديد نوع الضرر أو الشروط الواجبة لتعويضه . ففي المسألة اعتبر الشيخ أبو زهرة مسألة التدخل في حال إنشاء الضرر لا عن مجرد العدول هو الذي يعوض، ولم يفرق بين نوعي الضرر المادي أو الأدبي[1].

وبالنظر في رأي أبي زهرة في المسألة نلاحظ أنه يتَّسِمُ بالوسطية، حيث لا يُقِرُّ الرأي الأول القاضي بمنع التعويض كلياً، كما لا يُقِرُّ الرأي الثّاني القائل بالتّعويض مطلقاً، بل يذهبُ مذهباً وسطاً مفاده أنَّ العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون قد تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضها حينئذ[2].

ويستدل أصحاب هذا الإتجاه بالأدلة التالية:

1- إن العدول عن الخطبة - وإن كان مباحا - فإنما أبيح لهدف معين، هو إقامة الفرصة لكل من الخاطبين لتفادي الارتباط بزواج لا يرتضياه، أما إذا رافق هذا الفسخ خطأ أو ضرر لم يكن جديرا بحماية القانون، فإنه يحق للآخر المطالبة بالتعويض، فلا تحمي الشريعة عدولا طائشا لا يبرره مسوغٌ[3]. وعلى هذا الأساس فإن منشأ المسؤولية والحكم بالتعويض هو العدول المعيب في أصله أو مآله، إذا ألحق ضرراً مُحققاً بالطرف الآخر.

2- كل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أو مآلا، أيا كان منشؤه، وهذه من حقائق التشريع الثابتة بالقاعدة الفقهية التي تقرر أنه: « لا ضرر ولا ضرار» وهي أصل عام معتبر في التشريع كله، وتُؤيده جزئيات وكليات لا تحصى [4].

---

(1): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر،(د س ط)، دمشق، سوريا ، ص 36.

(2): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه ، ص 37.

(3): أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1962 ص828 .

(4): فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، ج2، دار النهضة العربية، ط4، 1980، ص524 .

3- يقرر الأستاذ مصطفى السباعي أنّ مبدأ التعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر، يصبح حينئذٍ مبدأ عادل تُقرِّه مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين:

الأصل الأول : مبدأ " إساءة استعمال الحق " الذي يقول فيه أن الإمام أبا حنيفة قد أقره في كثير من فروع الفقه في مسائل الولاية على القاصر، وإحياء الموات، وحقوق العلو والجوار.

وقد قال به الإمام مالك في مسائل كثيرة منثورة في فقهه [1]، كما أصبح هذا المبدأ من المسلمات والمبادئ في التشريعات المعاصرة.

الأصل الثاني : مبدأ الإلتزام في الفقه المالكي، من المعروف المطلق أو المعلق على شيء، والذي يفترق فيه القضاء بالوعد إلى أربعة أقوال، أشهرها تنفيذ الوعد المبني على سبب وكان السبب قد دخل[2]، ولما كان الإجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم، كان لا بد من اعتبار الضرر الناشئ عن النُّكول بهذا الوعد والقول بوجوب التعويض عنه وجوبا ملزماً[3].

4- يعتبر الأستاذ فتحي الدريني العدول المعيب عن الخطبة من باب التعسف في استعمال الحق، لأن الفعل مشروع بخلاف ما إذا تم اعتباره من باب المسؤولية التقصيرية فيكون العدول ممنوعا، وفي كلا الحالتين يتقرر التعويض للطرف المتضرر [4].

وبإمعان النظر فيما سبق، فإنه لا شك أنّ كل الاتجاهات السابقة تتفق على أنّ الخطبة وعد بالعقد، وأن الوعد غير ملزم الوفاء به قضاءً، فلكل من الطرفين حق العدول وبالمقارنة يظهر ما يلي:

---

(1) :ـمن ذلك ما ورد في كتاب الأقضية من الموطأ، أبواب القضاء في المياه والمرافق، ص453 ،455.

(2): الباجي أبو الوليد الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج2، مطبعة النهضة، تونس، 1344هـ، ص 117.

(3): مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، (د س ط)، دمشق، سوريا ، ص 64.

(4) : فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله، المرجع السابق، ص 523، 524.

أ- :إن قول نفاة التعويض بأن العدول حق، والحق لا يترتب عليه تعويض، ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وهذا ثابت، ولكن التعويض لا يترتب هنا عن الحق، بل هو نتيجة لإساءة استعماله، وبالتالي يضر الغير فيجب تعويضه، وأما القول بأن التعويض والوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما فيرد عليه بأن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة إطلاقا، وأن لا وجه للاقتران بينهما من أجل القول بالتناقض المفترض.

ب- وإذا كان إيجاب التعويض في حد ذاته يعد إلزاما للخاطب العادل بإتمام الزواج، فإن حرية الزواج ليست مرتبطة بالتعويض، فقد مُنحت لكل إنسان من باب العدل، والعدل كذلك يظهر في فرض التعويض على من ألحق ضررا بغيره تعسفا، فيبقى حق العدول مكفولا وحرية الزواج كذلك. والتفريق بين أصل الحق والتعسف في استعماله، والتمييز بينهما من أبلغ وجوه الدقة في التَّشريع، ثم لَعَلَّ القول بأن الأضرار المعنوية ناجمة من الاستهواء الجنسي والتشهي اللذان لا تقيم الشريعة لهما وزنا، قولٌ غيُر موفقٍ ، وبأنّ كل من تضرر من جراء العدول عن خطبته يُعد مزاجياً على إطلاق ظنٌّ مبالغٌ فيه.

ج- ثم أنه ليس من العدل أن نجمع على المخطوبة ضررين، الأول هو ضرر فسخ خطوبتها والثاني هو ضرر تلويث سمعتها بما ليس فيها دون أن نعطيها الحق في التعويض، وهذا عين التعسف وبالنسبة لرأي الشّيخ الزرقا حول عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال، فإن خلاف ذلك وارد في المواطن التي يرد فيها عن الشارع حُكمٌ مقدَّرٌ أو عقابٌ واجبٌ، وأقوال الفق هاء التي يمكن الاستدلال بها على مشروعية التعويض بعيدة عن نطاق التعزيرات المالية لأنها تندرج ضمن حيز السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم، كإجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه مناسبا، وهذا ما لا يكون إلا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نصٌ يفيد حكمًا واجبَ الإتباع.

د- وبالمقابل يرى البعض أن تعويض الضرر، وبالأخص المعنوي منه، ليس بالأصيل في فقهنا الإسلامي وأنه من قبيل الإفرازات الخارجية على مجتمعاتنا المسلمة، ثم إن ابتناء قوانين

تقيد الحقوق بموجب الأخلاق والأدبيات يُشكِّلُ كمًّا هائلاً من القوانين المستحدثة التي تكون سيوفا مسلطة على رقاب الناس في جزئيات حياتهم التي جاء الشَّرع لرفع الحرج فيها[1].

وبناء على كل هذا يمكن تلخيص موقف الفقه الإسلامي من مسألة التعويض– وخاصة الهدايا – على النحو التالي:

الرأي الأول: وإليه ذهب الحنفية [2]، حيث يرون أن الهدايا تعتبر من قبيل الهبة، فعند العدول عن الخطبة سواء أكان العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة؛ يجوز للخاطب أن يرجع عن هبيته ويسترد ما قدمه من هدايا ما دامت باقية (لأن الهبة عند الأحناف يجوز للواهب الرجوع فيها إلا إذا ورد مانع يمنع من الرجوع، والتي منها هلاك أو استهلاك غير الموهوبة أو تغييرها تغييرا يخرجها عن طبيعتها الأولى)، وإذا كان ما أهداه الخاطب هلك أو استهلك أو تغيّر؛ كأن كان خاتما فضاع أو قماش فصنع ثوبا أو طعاما فأكل، ليس له الحق في استرداده ولا في استرداد بدله أو قيمته.

الرأي الثاني: وإليه ذهب الحنابلة وبعض الشافعية؛ حيث يرون أن الخاطب ليس له أن يسترد ما أهداه لخطيبته ولو كان موجودا لديها، سووا في ذلك أن يكون العدول من جانبه أو من جانبها لأنه هبة ولا يجوز عندهم الرجوع في الهبة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " العائد في هبته كالعائد في قيئه".

الرأي الثالث: وإليه ذهب بعض الشافعية[3]، حيث يرون أن الخاطب له الحق أن يسترد كل ما قدمه من هدايا إلى مخطوبته؛ فإن كان قائما أهداه وإن هلك أو استهلك أو تغير استرد قيمته سواء أكان العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة؛ لأن هدايا الخطبة تأخذ حكم الهبات، والهبات عندهم يجوز الرجوع فيها.

---

(1): مقتبس عن أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص61 .

(2): ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار ج168/3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط/2، 1987م.

(3): المطيعي، تكملة المجموع ج 16 ، ص339، ، مكتبة الإرشاد، جدة، (د.ت.)

الرأي الرابع: وإليه ذهب المالكية [1]، حيث يفصلون القول في هذا الأمر على النحو التالي:

– إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف بين الناس يتعلق بحكم الهدايا في حالة العدول عن الخطبة عملبه.

– إذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إلى المخطوبة ولو كان موجودا.

– إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة استرد الخاطب ما قدمه إليها من الهدايا، فإن كان قائما استرده بذاته، وإن هلك أو استهلك استرد قيمته.

ولا شك أن أعدل الآراء وأقربها إلى الإنصاف والعدالة وقواعد الشريعة هو رأي المالكية. وقد رجح أكثر العلماء المعاصرين وشراح القانون هذا الرأي.

يقول الشيخ أبو زهرة: " فلا يجوز أن يجمع على المهدى إليه بين ألم العدول وألم الاسترداد إن لم يكن هو الذي عدل عن الخطبة، ولا يجمع على المهدي ألم العدول والغرم المالي إن كان العدول من الجانب الآخر "[2].

وقد قد أخذ برأي المالكية القانون الجزائري، المغربي والتونسي، وأخذ به القانون الكويتي والإماراتي لعام2005، وسنفصل القول في هذا على النحو التالي

---

(1): الدردير، الشرح الصغير بحاشية الصاوي، ج2، ص 456. محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوة على مذهب مالك ج1/404–408.

(2): محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، (د س ط)، دمشق، سوريا ، ص40.

المطلب الثالث: حكم تعويض الضرر الناجم عن العدول في الخطبة في القانون الوضعي.

بعد هذا العرض المبسوط لأهم آراء ومذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية، حول مسألة تعويض الضرر الناجم عن استعمال حق العدول، يكون لازما التطرق لما استقر عليه فقهاء القانون الوضعي، وهذا بعرض توجهاتهم وأدلتهم التي بنوا عليها آرائهم.

الفرع الأول: في بعض القوانين والتشريعات الأجنبية .

بناء على ما سلف ذكره، نتطرق إلى القانون الفرنسي كأحسن مثال للقوانين اللاتينية، ثم نتطرق إلى القانون الألماني كمثال للقوانين الجرمانية، باعتبارهما في ريادة القوانين الوضعية، ثم القانون المصري باعتباره من ارسخ القوانين العربية مقارنة بغيره في البلاد العربية.

أولا: في القانون الفرنسي:

وقد ظهر اتجاه النظرية العقدية للخطبة في فرنسا غداة صدور القانون المدني فيها مطلع القرن التاسع عشر، ونظرا لسكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة في القانون المدني، اتجهت إرادة الشُّرّاح إلى تطبيق القواعد العامة عليها، فقرروا أنه لماَّ كان كل التزام بعملٍ يتحول عند عدم تنفيذه إلى تعويض، متى لم يكن من المستطاع تنفيذه عينا. وأن الوعد بالزواج ليس إلا التزاما بعمل فإنه يخضع لما تقضي به القاعدة العامة في هذا الصدد : والواردة بالمادة(1142) مدني فرنسي :

"كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه"[1].

(1) Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, Op,Cit,T2, p 68-69.

ويعتبر أصحاب هذا الاتجاه أنّ ما يحدث من ركون بين الطرفين يرقى إلى مرتبة العقد، معتمدين في ذلك على أساسين أحدهما تاريخي والآخر قانوني[1]. فبالنسبة للأساس التاريخي تعتبر الخطبة تقليدا قديما يعود إلى ما قبل العهد الروماني يتضمن مرحلتين : **الأولى** : الرضا والاتفاق.

و**الثانية** : تنفيذ العقد والبناء الفعلي، وقد كانت الخطبة في القانون الكنسي عقدا صحيحا تترتب آثاره، ويستلزم إبرام عقد الزواج، وهي التزام صحيح كامل من الناحية القانونية، تؤيده دعوى قضائية في حالة عدم الوفاء به، ومن الملاحظ هو تأثر الفقه الفرنسي بالقانون الكنسي تأثرا بالغا في هذا الشأن[2]. أما بالنسبة للأساس القانوني، فيستند إلى كون الخطبة تشبه العقد في تكوينها فالعقد اتفاق بين شخصين أو أكثر للقيام أو الامتناع عن عمل، وكذلك الخطبة اتفاق بين شخصين على الزواج.

ومما يؤكد هذا المعنى نصُّ المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي، التي تنصُّ على أنَّ "الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون إزاء من عقدها"، وهذا النص عامٌّ لا يم كن تقييده إلا بقواعد خاصة، وما دام ليس في القانون ذلك، فإن الوعد بالزواج والمواعدة به تبقى ملزمة للجانبين في إطارها العقدي المتفق عليه[3].

وتحت هذا التأثير، سار القضاء وبعض الفقهاء القانونيين في فرنسا والبلاد العربية، فقد كان القضاء المدني الفرنسي لا يميز بين الخطبة والعقد، وكان التراضي كافيا لتصبح الخطبة عقدا.

---

(1) : محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص42.

(2): Marcel PLANIOL et Georges RIPERT,Op,Cit,T2, p 68.

(3): محمد محدة، الخطبة والزواج ، المرجع نفسه، ص44.

ثانيا: في القانون المصري.

وفي مصر ظهَرَ التردد كافيا للقول بعدم الفصل في طبيعة الخطبة، حيث يرى بعض رجال القضاء أن الخطبة عقد تمهيدي يسبق عقد الزواج، ورتب على هذا القول نتيجة مؤداها أنه: ما دامت الخطبة عقدا فيلزم لانعقادها إيجاب وقبول[1].

وقد أيد القضاء المصري هذا الرأي في بعض أحكامه[2]، واعتبر الخطبة عقدا ملزما والعدول عن الوفاء به يوجب التعويض ، وكما قرر المشرع المصري أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها، كما لا يمكن إغفالها، أو تجريدها من أي تقدير قانوني، ففيها يصدر إيجاب مقترن بقبول على الوعد بالزواج، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم[3].

كما ذهب الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد إلى أن الخطبة تنشئ ارتباطا قانونيا حيث يستند إلى القضاء المصري في حكمين صادرين من محكمة الإسكندرية الكلية في 10 ديسمبر 1929 و 4 نوفمبر 1930 بأن سياق التفكير الذي تسلكه هذه الأحكام يشعر بذلك[4].

ثم استقر القضاء أخيراً-كما يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط[5] على ما يلي:

أ- الخطبة ليست بعقد ملزم.

ب- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

---

(1): مقدم سعيد، نظرية تعويض الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص244 .

(2): حكم محكمة استئناف مصر الوطنية، 1924/01/15، مجلة المحاماة السنة5، ص 324 ؛ وحكم محكمة الزقازيق الإستئنافية، 1924/11/03، المجموعة الرسمية، السنة 26، ص 132.

(3): القانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1920، و25 لسنة 1929 في قضايا الأحوال الشخصية المصري .

(4): مقتبس عن توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة، المرجع السابق، ص36 .

(5): عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، مصادر الإلتزام ، ص827.

ج- إذا اقترن العدول عن الخِطبة بأفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين،جاز الحكم بالتّعويض على أساس المسؤوليّة التّقصيريّة. وقد قرّرت محكمة النّقض[1] هذه المبادئ في قرارها الصّادر في 1939/09/14م، وأنَّ ما انتهى إليه القضاء في هذا الموضوع يتّفق مع ما تقتضيه قواعد الشّريعة الإسلاميّة [2].فنجد مثلا أن محكمة النقض المصرية في الحكم المشار إليه سالفا نصت على ما يلي" أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء خصوصا وأنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما في الزواج من خطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون اذا كأن أحد الطرفين مهددا بالتعويض.

---

(1): حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الأهلية في 1929/12/10م (المجموعة الرسمية، س31، ص52)، وحكم صادر من محكمة سوهاج الكلية في 1938/05/20م، (مجلة المحاماة، س28، ص1056)، حيث جاء في حيثيات الحكم: "أن الخطبة عقد قائم، وهو يخالف سائر أحكام المحاكم، فإنها تتفق على إنكار صفة العقد للخطبة، وأن التعويض إنما يُعطى على أساس المسؤولية التقصيرية، لا المسؤولية العقدية، كما جاء في حكم محكمة الإسكندرية الذي سبقت الإشارة إليه.

(2) محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها، مطبوعات المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، مصر، 2007.

(64) كما نظم المشرع المغربي مسألة الخطبة من المادة05 إلى 08 من الباب الأول من مدونة الأسرة الصادرة في لجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004 بالظهير الشريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03-70 . وكانت على الشكل الآتي:

الباب الأول:الخطبة: المادة 5:الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

- تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا.

المادة 6: يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطلرفين حق العدول عنها.

المادة 7:مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض.غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرار للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض. وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

المادة 8: لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال.

ومما يلاحظ على المادتين 7و8 أنهما صرحا بنفس ما سار عليه المشرع المصري من عدم ترتيب أي تعويض على مجرد العدول عن الخطبة، إلا في حالة صدور فعل ضار عن أحد الخطيبين يسبب ضررا للطرف الثاني، أي على أساس المسؤولية التقصيرية.

ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه باعتبار أنهما – مجرد وعد وعدول -قد لازمتها أفعال أخرى مستقلة منهما استقلالا تاما وكانت هذه الأفعال قد ألحقت أضرارا مادية أو أدبية بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها – بغض النظر على العدول المجرد -أفعال ضارة موجبة للتعويض."

نلاحظ من هذا القرار أن محكمة النقض المصرية قد أوجبت للطرف المتضرر عن العدول وقد منحت هذا الحق للطرف المتضرر منهما العدول بالرجوع إلى من المتسبب في هذا العدول وليس تحميل التعويض مباشرة بل يجب النظر في من كأن السبب في العدول كما أن المشرع المغربي قد سلك نفس المسلك[1].حيث أن نص المادة السادسة من المدونة المغربية اعتبرت الطرفان في الفترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ومنحت حق العدول لكلا الطرفين.نجد أن المدونة المغربية استعملت لفظ الوعد مثله مثل المشرع الجزائري ونجده أيضا أنه تحدث عن وسيلة الإيجاب والقبول وجعلها مطلقة باستعماله للفظ بأي وسيلة. وكذا المشرع الإماراتي[2] ، على نفس النّهج الذي اتخذه المشرع المصري. على النحو التالي: نصت المادة 3 من المدونة المغربية: " يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله ".

وجاء في الفصل الثاني من مجلة الأحوال التونسية[3]: " يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص ".

---

(1): ويظهر هذا من خلال (المادة **5**)التي تنص على أنّ:" الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.".

(2): نظم المشرع الإماراتي في قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 2005، مسألة الخطبة في الباب الأول من الكتاب الأول، في مادتين هما 17–18 بتفصيل شامل أما قضيت تعويض الضرر فبينتها المادة18، كمايلي: " لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل.....".

3: وللتذكير فإن مجلة الأحوال التونسية في الفصل الأول نصت على ما يلي" كل من الواعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضي به**.**".

ونصت الفقرة الخامسة المادة (18) من القانون الإماراتي: " إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شرط أو عرف، فإن كان بغير مقتضى فلاحق له في استرداد شيء مما أهداه للآخر، وللآخر استرداد ما أهداه "، ونصت في الفقرة السادسة: "إن كان العدول بمقتضٍ فله أن يسترد ما أهداه إن كان قائماً، أو قيمته يوم القبض إن كان هالكاً أو مستهلكاً وليس للآخر أن يسترد ".

ونصت في الفقرة السابعة: "إذا انتهت الخطبة بعدول من الطرفين استرد كل منهما ما أهداه للآخر إن كان قائماً ".

ونصت في الفقرة الثامنة: "إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا ".

وقد فصل القانون الكويتي للأحوال الشخصية القول في هذا الموضوع في المواد(5-7) منه وهذا نصها:

المادة 5- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:

فإن كان عدوله بغير مقتض لم يسترد شيئا مما أهداه إلى الآخر.

وإن كان العدول بمقتضى استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا.

المادة 6- أ- إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين، فإن كان بسبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة ب من المادة السابقة، وإلا استرد كل منهما ما أهداه إن كان قائما.

ب- وإذا انتهت بالوفاة أو بعارض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا.

المادة 7- في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها.

وذهب كل من المشرع المصري والسوري إلى ما ذهب إليه المذهب الحنفي؛ فقد جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أنه: " – تعد هدايا الخطبة من قبيل الهبات[1].

– الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة.

– تعتبر من قبيل الهبات فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني ومنها أن حق الخاطب الواهب في استرداد هذه الهدايا يخضع وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 من القانون المدني ".

وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة الثالثة من المادة 4 منه على أنه تجري على الهدايا أحكام الهبة، وهو يريد أحكام الهبة في القانون المدني السوري، كما نص عليه فيه في المواد (468 – 472) منه، وهو قريب جداً من مذهب الحنفية.

وعلى كل فإن دعاوى الهبة في التشريع السوري[2] سواء كانت بين الخطيبين أو غيرهما تعود إلى القضاء المدني لا القضاء الشرعي، على خلاف المهر، فإن البت في دعاواه يعود إلى القضاء الشرعي.

ثالثا: في قانون الأسرة والاجتهاد القضائي الجزائري .

إن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن فقد صرح المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأُسرة الجزائري إلى أنّه: "...إذا ترتب عن

1: الطعن رقم5208 لسنة 66 ق جلسة 1997/07/08

2: حيث أن قانون الأحوال السوري فقد نص في مادته الثانية بأن" الخطبة هو **وعد** بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا."والمادة الثالثة نصت على أنه " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة."

❖ نلاحظ استعمال لفظ الواعد كل من القانون السوري والتونسي وأغلب القوانين الوضعية لبلدان المغرب العربي والمشرق استعملوا لفظ الوعد ونلاحظ أيضا أنهم يجيزون العدول عن الخطبة وتبادل الهدايا.

❖ أما من ناحية العدول عن الخطبة نجد أن كل القوانين الوضعية للدول العربية حملت العادل عن الخطبة وبعضها المتسبب في العدول إلى تحمل المسؤولية وإلزام الطرف الآخر بالتعويض.

العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"، إلا أنه يشترط -إعمالا لقواعد الشريعة ولقواعد المسؤوليّة التّقصيريّة- أن يكون للعادل دخلٌ في الضَّرر الّذي لحق الآخر بسبب عدوله.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أخفق في صياغة هذه الفقرة إذ أنّه أجاز الحكم بالتعويض ولم يوجبه، رغم أنّه من المعلوم أن المتسبب في الضرر يُلزم بالتعويض حسب القانون المدني الجزائري[1].

وقد قضت المحكمة العليا بأنه" من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها...ولما ثبت من قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحمل المطعون ضده الخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك) " [2].

كما أن النص القديم تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة لأنه وأن كأن الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري سابقا أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة فالأن بتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة صار في بعض الأحيان تبادل الطرفان الهدايا بمناسبة الخطبة وفي مراحل ما بعد الخطبة وقبل الزواج فنجد أن التعديل الجديد أخذ بعين الاعتبار هذه المسألة حيث تنص (الفقرة 5/4) من قانون الأسرة المذكورة " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها أن كأن العدول منه على أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته."

وهنا قد تثور مسألة استرجاع الهدايا التي يقدمها كل طرف للآخر، والملاحظ أن المشرع الجزائري، قد سار في مسألة العدول عن الخطبة وفسخها وفق المذهب المالكي،

(1): المادة 124 ق م ج :" كل فعل أيّا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" .

(2): قرار صادر عن غرفة الأحوال شخصية ، 1993/07/13 م.ق.ع رقم، العدد 01/ ، ص128.

وهذا بالنظر إلى جهة العدول، إن كانت من الخاطب أو المخطوبة، حسب ما نَصَّت عليه المادة(05) ق. أ.ج ، وهو نفس ما قضت به المحكمة العليا قي قرارتها الصّادرة في هذه المسألة [1].

كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها: ملف رقم 73919 الصادر بتاريخ 1991/04/23 والقاضي إلى ما يلي : " من المقرر شرعا وقانونا انه لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إذا كان العدول منه ومن ثم فان النعي عن القرار المطعون فيه بتناقص الأسباب غير سديد يستوجب رفضه– ولما كان من الثابت– في قضية الحال – أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم طلبه من طرف الزوجة فان قضاة الموضوع طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون".

غير أن المشرع الجزائري عَدَلَ إلى رأي الأحناف في عدم أحقيّة الخاطب في استرداد هداياه التي تم استهلاكها، وهذا في ما نصّت عليه المادة (05)في فقرتها الثالثة على أنّه "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يُستهلك ممّا أهدته له أو قيمته". كما نصّت في فقرتها الرابعة على أنّه :"وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته".

ومن المهمّ جدا تسجّيل جملة ملاحظات حول منهج المشرع في التعامل مع هدايا الخطبة:

أ– سكوت المشرع عن هدايا المخطوبة للخاطب وحكم استردادها في حالة كون العدول منها والأصل أن تُقاس هذه على الأخرى في الحكم القانوني للاشتراك في العلة وهي" أن الإهداء كان لغاية وهي الزواج"، فيكون الحكم بأن لا تستردّ شيئا ممّا أهدته له إن كان العدول منها [2].

(1) :_المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ: 1985/12/30، ملف رقم:39289.

(2): والجدير بنا أن نشير هنا إلى أن المشرع الجزائري في نص الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة لم يشر إلى مصير الهدايا التي تكون المخطوبة قد قدمتها إلى الخاطب بمناسبة إجراء الخطبة إذا كان العدول منها عكس ما ورد في نفس

ب- عدم تعرّض المشرع لحكم الهدايا التي يتقدّم بها أهل الخاطب للمخطوبة، ولا ما يتقدم به أهل المخطوبة للخاطب، والصحيح أن تُطبّق بشأنها أحكام الهبة [1].

ج- كما يتضح أن النص المعدل أجاز لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية زيادة على بقاء النص على هذه الصورة قد تؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية أو البيع الصوري ثم تعدل عن الخطبة فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت أي لم يعد لها وجود.

ولهذا السبب يستدعي الأمر ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف الخاطب أو المخطوبة فأنه على العادل من المثليات أو قيمتها أن كانت من القيمات وبهذا نسد باب التحايل من كلا الخاطب والمخطوبة.

ثم أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول لأنه في بعض الأحيان يدفع أحد الطرفين للآخر لأن يطلب العدول عن الخطبة حتى يتملص من ارجاع الهدايا وفي نفس الوقت يطالب بإرجاع الهدايا لأن العدول لم يكن منه أو منها.

وللإشارة فقد نصّت المادة 1088 من القانون المدني الفرنسيّ على أ ن :" كل هبة تمت لأجل الزّواج تكون باطلة إذا لم يتبعها الزّواج".

لذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة وهناك أمر آخر لم يتداركه المشرع ولم يقم بالإشارة إليه وهو حالة وفاة أحد الطرفين فأن عدم استرداد الهدايا

المادة ،والتي حددت مصير الهدايا التي قدمها الخاطب لها ، إن كان هو من عدل عن الخطبة وهذا ما تضمنه قرار المحكمة العليا ملف رقم 34046 الصادر بتاريخ 1984/11/19، نقلا عن المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني

(1) : سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص87 ، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الهبة في المواد:202 إلى 212 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

بسبب الوفاة لا يد لإرادة الإنسان فيها هناك مسألة أخيرة لم يتحدث عنها المشرع وهي حالة عدول الطرفين عن الخطبة في حالة فسخ الخطوبة باتفاق الطرفين فيعتقد أن لكل واحد منهما الحق باسترجاع الهدايا.

« Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas ».

وبالتّالي فالمادّة لم تحدّد الجهة الّتي قدّمت الهديّة، ولا جهة العدول، وإنّما بيّنت أنّ الهدية تكون باطلة، ويجب أن يعود الأطراف إلى الحالة الابتدائيّة إذا لم يتمّ الزّواج.

أما فيما يخص المادة(6) من قانون الأسرة فقد كانت تنص قبل التعديل على أنه " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة تخضع الخطبة لنفس الأحكام المبينة في المادة5 أعلاه." فيتضح أن المشرع قد كيف الفاتحة على أساس أنها خطبة وليست زواج ا غير أن الحكم الذي كأن يتبناه المشرع في هذا الصدد لا يتماشى مع العادات والتقاليد الجزائرية – باعتباره مقتبسا من دول الشرق الأوسط وخاصة سوريا– أما ما هو موجود في المجتمع الجزائري فأن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لاشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج، وتفاديا لهذا المشكل القانوني صدرت عدة قرارات من المحكمة العليا قاضية بأنه" من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غر محدودة ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقرر شرعا("قرار 1992/04/14)، وفي قرار آخر أقرت المحكمة العليا على أن "اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه طبقا للمادة (9) من قانون الأسرة (قرار صادر بتاريخ 04 /1995/04، إلى أن المادة 6 من قانون الأسرة عدلت بمقتضى الأمر 05-02 وأصبحت تنص على أنه " أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا، غير أن اقتران الفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة(6) مكرر من هذا القانون، إلا أن نص المادة هذا أيضا لم يحل المشكل الذي وقع فيه القضاة فنجدهم أحيانا يكيفونها على أساس الخطبة وأحيانا على أساس زواج.

ومن المهم أخيرا الإشارة إلى أن الدعاوى المتعلقة بالخِطبة- سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية – تكون من نظر قسم شؤون الأسرة وفق ما نصت عليه المادة4 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ بتاري خ 25-02- 2008، كما أن الإختصاص الإقليمي في مسائل العدول عن الخطبة يعود لمكان وجود موطن المدَّعى عليه وِفْقَ ما تنُصُّ عليه المادة (426) .[1] من ق أ م د.

---

(1): **المادة** 426 ق إ م إ :" تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".، لقد وضح القانون/(09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية الإدارية وفسر الجهات القضائية التي ترفع أمامها النزاعات المتعلقة بالخطبة واختصاص كل منها نوعيا وإقليميا.ففي حالة نشوب نزاع بين الخاطبين، فأن الدعوى القضائية ترفع أمام الجهة المختصة وهذا حسب نص المادة(13) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حيث تنص على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه. (كما يثير تلقائيا انعدام الإذن اذا ما اشترطه القانون(."

- **الإختصاص النوعي:** نصت المادة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية على أن "المحكمة في الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة. تفصل المحكمة في جميع القضايا، لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة التي تختص بها إقليميا. تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع. غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني (هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية"...وعليه يتبين أن الاختصاص النوعي بالنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بالخطبة هو قسم شؤون الأسرة.وهو ما تضمنته المادة(423) من قانون شؤون الأسرة من أحكام ينصها" ونصها كالآتي ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية." فهذا النص على ما هو عليه يبين صلاحيات قسم شؤون الأسرة أين تناولها على سبيل الحصر. والملاحظ هنا أن النص تضمن عبارة(على الخصوص)وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة المطروح أمامها النزاع ما لم تكن مختصة بموجب هذا النص. ومن ثم، فأي نزاع شملته هذه المادة، أو ما يكون منبثقا منه، يتعين طرحه أمام قسم شؤون الأسرة وليس لغيرها ..

- **الإختصاص الإقليمي** نصت المادة من قانون الإجراءات المدنية الإدارية عن الاختصاص الإقليمي، ودرست المادة (426) منه الاختصاص الإقليمي الخاص بشؤون الأسرة.حيث تنص على أنه" تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه..." نجد أن النص هنا يحدد الاختصاص المحلي أو الإقليمي لقسم شؤون الأسرة عموما، فحصرها كالآتي:

- محكمة موطن المدعى عليه تنظر في القضايا الآتية:أ -العدول عن الخطبة بغض النظر عن الطرف العادل عن الخطبة.....

بعد هذا التفصيل لأهم القوانين والتشريعات الغربية والعربية، لابد من التطرق إلى اتجاه المشرع والقضاء الجزائري وبيان موقفه من الأثر المترتب عن استعمال حق العدول عن الخطبة .

المبحث الثّالث:

موقف المشرع والقضاء الجزائري من الأثر المترتب عن العدول.

لقد حسم المشرع الجزائري في قانون الأسرة مسألة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، وذلك بعبارة صريحة واضحة وقاطعة، حيث نصت المادة الخامسة من الأمر رقم 02/05 على ما يأتي: " الخِطبة وعدٌ بالزَّواج، يجوز للطَّرفين العدول عن الخِطبة، إذا ترتب ضررٌ مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض...". وهذا يعني أن الحكم بالتعويض جائز، ومتروكٌ لصلاحيات القاضي، ولا شك أن المشرِّع قد استند إلى أساس معين في المادة قد يكون قانونيا أو شرعيا.

وقد سبق القول أنه تمَّ تكييف الخطبة على أنها وعدٌ بالزواج، وليست عقدا حسب الفقه الإسلامي، وإذا تأملنا نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة، نجد أن لفظة الجواز أي جواز الحكم بالتعويض، تنصرف لاستيعاب دلالة الخلاف الواردة في المسألة سواء في الفقه أم في القانون، حول مبرر التعويض عن الضرر. ولهذا فيمكن ألا يحكم القاضي بالتعويض، وذلك ما إذا بدت له المبررات غير مقنعة، كأن لا يكون الضّرر مُعتبراً، أو ناتجا عن خرق قاعدة شرعية، وما يمكن قوله حول صياغة نص المادة 5 /3 من قانون الأسرة أنها مَرِنَة وتستمد مرونتها من خلاف الفقهاء في الشريعة والقانون حول مسألة التعويض.

ولقد أشار الدكتور بلحاج العربي إلى رفضه كل الآراء التي أبداها بعض الشُّرَّاح والمتعلقة بتأثُّر قانون الأسرة الجزائري بالقانون الفرنسي، مُقَرِّرًا بأنَّ القانون قد استُمِدَّ من الفقه

بكل قوةٍ وأصالةٍ، بعيدا عن التَّقليد والجمود، والأنظمة الدَّخيلة التي لا تساير الواقع الجزائري[1] .

غير أن نص المادة 05 يحتاج إلى تقييد، بناء على أن النّص جاء مطلقاً في حُكمه بجواز التّعويض عن العدول، مما يُفهم منه أنّ الحكم بالتّعويض متعلقٌ بالعدول في حدِّ ذاته، وهو قولٌ منتَقَدٌ كما ذكرنا، باعتبار أن الخِطبة وعدٌ لا يترتب عليه أيُّ التزام، وبالتّالي فإنَّه يحقُّ لكلا الطّرفين العدولُ، وإنما يُطلب التعويض إذا ما ترتب على هذا العدول ضررٌ، إضافة أن يكون العدول غير مبني على سبب مقنعٍ ينزع على العادل صفة السلوك الخاطئ، الذي يحمله المسؤولية التقصيرية التي توجب الضَّمان تبعا.

إلى جانب هذا، فمن المعروف أن القضاء في الجزائر خاصة، وفي بقية البلاد العربية عموما، قد استقر على مبدأ تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة تطبيقاً، ولم يكن ليخالف ما استقر عليه الفقه والتشريع في هذا الميدان، وهو نفس موقف المشرع الجزائري كما سبق بيانه.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بتعويض الضرر في قرار جاء فيه: «حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعلها، وحيث يتبين من الملف أن الآنسة إعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج، وأن فسخ الخطبة كان منها، وهذا إقرار قضائي حسب المادة 341[2] ق .م.ج، لذلك وجب تعويض الطّاعن عن الضّرر الذي أصابه بس بب العدول عن الخطبة »[3].

---

(1): العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص23.

(2) تنص المادة 341 من القانون المدني الجزائري على أن "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، كما تنص المادة342من نفس القانون على أن" الإقرار حجة قاطعة على المقر"

(3)- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1989/12/25، ملف رقم 56097، المجلة القضائية، 1991، العدد 4، ص 102.

وفي قرار آخر، قضت المحكمة ذاتها برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها، وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني[1].

ويُستشفُّ بمفهوم المخالفة من هذا القرار، أنه لو توفرت المبررات الشّرعية أو القانونيّة للعدول لقضت المحكمة بالتّعويض .

وكان مجلس قضاء مستغانم[2] قد قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة منذ سنة 1966، مما يدفع إلى القول بأن هذا المبدأ قديم في القضاء الوطني حتى قبل صدور قانون الأسرة، وذلك بغضّ النّظر عن المبررات الموضوعيّة والتّاريخية المصاحبة لهذه الأحكام في تلك الفترة، ولا يتوقف دور المحكمة العليا على مجرد تقرير الأحكام ونشرها، بل إثرائها وتوضيح الأساس المعتمد عليه، وفي مجال تطبيق القانون وتبين مبررات اتخاذ الحكم في القضية .

وفي قرار آخر[3]:من المقرر شرعا بأنه إذا كأن العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من الهدايا حيث أن القرار المطعون فيه يخالف هذا المبدأ لما أمر بأن الأشياء المقدمة في الخطبة لا يمكن ردها عينا حسب رأيه لأنها أصبحت غير صالحة مقتنعا بما صرح له المستأنف وبدون أي تحقيق ففي ذلك رغم أن المخطوبة أكدت عكس ذلك لأنها بقيت محتفظة بها وعرضتها على المدعى عليه في الطعن حسب محضر محرر على يد المنفذ بتاريخ 1982/09/30 وأنه من جهة أخرى فأن قائمة الأشياء المقدمة أسعارها خيالية من طرف المدعى

(1): المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1993/07/13، ملف رقم 92719، المجلة القضائية، 1994، العدد1، ص 128.

(2): مجلس قضاء مستغانم 1966/11/03، م ج 1968، عدد 4، ص 1200، كذلك المحكمة العليا 1989/12/25، غ أ ش.

(3) : قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في12/30/ 1985 بالملف رقم (39065)(غير منشور).

عليه في الطعن فمجموعها مغلظ بمبلغ كبير يدل على أن المجلس لم يدرس بإمعان الوثائق المقدمة في المرافعة.

حيث أن القضاء المستقر يوجب قضاة الموضوع أن ينظروا في جميع الأوجه التي يقدمها الطرفان لقبولها أو رفضها مما جعل القرار المطعون فيه قابلا وجديرا بالنقض والإبطال.

يتضح أن قضاة المحكمة العليا اجتهدوا في قرارهم لما تم قبول الطعن شكلا وموضوعا لأنهم تفطنوا إلى أن قضاة الموضوع على مستوى المجلس أغفلوا شيئا منهما ألا وهو أنهم اقتنعوا بتصريحات المستأنف دون النظر في طلبات باقي المستأنف عليها حيث قدمت في طلباتها وأشارت إلى أنها تمتلك محضر إثبات وأنها قد عرضت هذا على المستأنف.زد أنهم تفطنوا إلى أن المدعى عليه في الطعن قد أراد التحصل على ثمن الأشياء المقدمة ذلك حين غلظ في المبلغ المراد التعويض له به.

وفي قرار آخر: المحكمة العليا[1] : "من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا فُسخت الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسميا على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقة الجنسية.

حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها وذلك بدون شرط كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدم لزوجته شيئا سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كان إلا إذا صدر فسخ عقد نكاحهما قبل البناء بها فيرد له ما بقي من تلك.

وحيث أنه ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد وإلى الحكم المؤيد من طرفه أن قضاة الموضوع قد أهملوا تطبيق هذه القواعد الشرعية حين أعطوا بحكمهم للمستأنف عليه كل ما طلبه من خصمه.

---

(1) : غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في:30 /12 / 1985بالملف رقم)(39283)(غير منشور).

وحيث أن القرار المطعون فيه جاء حينئذ معيبا فقها وقضاء والأمر يستوجب معه نقضه فيما يخص مسألة الصداق ومسالة الهدايا.

وفي قرار آخر[1]: "من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أنه يترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثم فأن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كأن من الثابت في قضية الحال أن المجلس القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى المتضمنة طلب تعويض الطاعن على الضرر الذي أصيب به بالرغم من إقرار المطعون بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونون قد خالفوا القانون.

ومتى كأن ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه." يفهم أن قضاة المحكمة الابتدائية كان حكمهم صائبا ولكن قضاة المجلس قد ألغوا الحكم المستأنف وقضوا بعدم التعويض بالرغم من إقرار المخطوبة أنها هي من عدلت عن الخطوبة وعليه بوجود عدول من طرف المخطوبة وبوجود دليل وهو إقرار المخطوبة أن العدول كأن منها اعتبر (قضاة المجلس قد خالفوا القانون".

وفي قرار آخر[2]: ((من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها، وأن لصحة عقد الزواج لابد من توفر جميع أركانه المتمثلة في رضا الزوجين، ولي الزوجة، حضور الشاهدين، الصداق ولما ثبت من أوراق الملف الحالي أن شهود القضية صرحوا وأكدوا حضورهم للوليمة أو فاتحة الخطبة واكتفى قضاة الموضوع في تأسيس

(1): قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1989/12/25بالملف رقم) (56097) القرار القضائي حجة على المقر، خطوبة، عدول عنها، تلزم تعويض المتضرر (المادتان 342،341، من القانون المدني، المادة 5من قانون الأسرة.)

(2): قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المؤرخ بتاريخ 1992/03/17ملف رقم 81129. ، الزواج الصحيح، التفريق بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، تعريف الفاتحة(المادة5 و9 من قانون الأسرة)

قراراهم – القاضي بصحة الزواج -على ذلك علما أن الفاتحة ليست من بين أركان الزواج وإنما هي من باب التبرك والدعاء وأن مجلس الخطبة يختلف عن مجلس العقد.لذا فإن القرار المنتقد جاء خاليا من الأساس القانوني السليم ويتعين نقضه)).

وفي قرار آخر[1]: ((لاقترن الخطبة الفاتحة بمجلس العقد لا يعد خطبة بل هو زواج صحيح لتوفر جميع الأركان(المواد5 و6 و9 من قانون الأسرة.) من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبيقها بمدة غير محدودة أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا ومتى تبين – في قضية الحال -أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تم اقترأن الخطبة بالفاتحة وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

أن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فأنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كأن كذلك استوجب رفض الطعن)).

يتضح من هنا تضارب القرارين السابقين فالأول اعتبر الفاتحة من باب التبارك في الخطبة ولا تعدو أن تكون زواجا والقرار الثاني اعتبر اقترأن الفاتحة بالخطبة وتوفر أركان الزوج بزواج.

وهنا يظهر تضارب الاجتهادات وهذا راجع لغموض نص المادة(6)، أن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة وعلى العقد وهنا لابد من حذفها من النص أو ممكن أن تصاغ المادة كالآتي: يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محدودة وفي حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة(9) و (9 مكرر) من قانون الأسرة.

(1) : قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية في الملف رقم81877 المؤرخ بتاريخ / 1992/04/14 لاقتران الخطبة الفاتحة بمجلس العقد.

ففي موضوع هذا البحث لم تُبين المادة (5) فقرة 3 التي قررت جواز الحكم بالتعويض أيُّ أساس يُعتمد عليه هذا التعويض، ولكن قرارات المحكمة العليا السابقة كيَّفَت التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وأنَّ العدول قد صاحبته أفعال أدت إلى الأضرار بالطرف الآخر، وتبدو أهمية مثل هذه الاعتبارات من خلال تقريرها لمدى استمرارية الأخذ بتطبيق المبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا. ولتوضيح هذه الفكرة يمكن القول أنه من الممكن أن يصبح مبدأ المسؤولية التقصيرية الذي تتخذه المحكمة العليا أساسا للتعويض، يمكن أن يصبح قاصرا عن أداء ذلك وبالتالي يندثر مبدأ التعويض من أساسه وترفض كل الطلبات الرامية لذلك.

وكبيان لتوجهات المشرع الجزائري في هذه المسألة –وحسب رأيي– فإنه قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05 – 10– المؤرخ في 20 جوان 2005 كان التعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة يكون المؤسس على القواعد العامة الخاصة بالتعويض المتعلقة بالأفعال المستحقة بالتعويض (المسؤولية التقصيرية) لا المسؤولية العقدية[1] لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج استنادا الى نص المادة (124) ق م ج التي تنص على ما يلي: " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، ولكن بعد التعديل وخاصة بإدراج المادة (124) مكرر المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق بعد أن كانت موجودة ضمن أحكام الأهلية المادة (41) والتي تنص على ما يلي : ((يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: – إذا وقع بقصد الإضرار بالغير...)) ومنه فالتعويض عن

(1) : وجاءت في المادة 07 بالتنصيص على أن:" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، وما يمكن القول في هذا الصدد أن المسؤولية تكون تقصيرية مرتكزة على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، ثم على المضرور إثبات الخطأ الصادر عن الطرف الآخر ثم أن هذا الخطأ قد سبب له ضرر أي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ور يمكن القول أن التعويض في هذه الحالة بديلا عن الالتزام بالوفاء بالوعد لأن هذا الوعد ينتهي بالعدول وأن التعويض لا يكون إلا إذا صاحب العدول ظروف وملابسات من شأنها إلحاق الضرر بالطرف الآخر.

الضرر الناتج عن العدول يكون أساسه مادة (124) مكرر لأن الخاطب أو المخطوبة بعدولهما يكونا قد استعمالا حقهما المقرر لهما قانونا .

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا[1] : ((ولما ثبت – من قضية الحال – أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة على تحميل – المطعون ضده – بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، أن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف الصداق، إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ويتوجب رفض الطعن)).

وأخيرا يمكن القول بأن المشرع الجزائري عند قيامه بتعديله يكون قد خطى خطوة كبيرة لأنه فك اللبس والغموض اللذين كانا يشوبا الخطبة فيما سبق، وخاصة المادة (6) حيث أنه فصل في طبيعة الخطبة المقترنة بالفاتحة بمجلس العقد والذي أعتبرها بمثابة عقد زواج صحيح ومنتج لكل آثاره القانونية وإن كان غير مسجل بمصالح الحالة المدنية على عكس ما كانت عليه قبل التعديل حيث كانت الخطبة المقترنة بالفاتحة مجرد وعد بالزواج.

وكذلك الحال فيما يخص الهدايا وأسلوب استرجاعها حيث نجده وحد اسلوب الهدايا المتبادلة بينهم، لكنه أهمل أو أسقط مصير الهدايا التي قدمتها المخطوبة إلى الخاطب عند عدولها هي عن الخطبة، وكذلك الحال عندما نص على وجوب رد الهدايا التي لم تستهلك أو قيمتها من الطرفين مع إهماله مصير الهدايا التي تكون قد استهلكت والتي قد تكون ذات قيمة مالية معتبرة .

ولذا أرى أن المادة 5 خاصة الفقرة 3و4 كان من الأحسن صياغتها كما يلي:" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، أو يرجع لها قيمة الأشياء التي استهلكت. وان كان

(1) : ملف رقم 34046 الصادر بتاريخ 11/19/ 1984.

العدول من المخطوبة فلا تسترد شيئا مما اهدته للخاطب، وان ترجع له ما لم يستهلك مما أهداها أو قيمته، وأن ترجع له قيمة الأشياء التي استهلكت". وهذا حتى يسوي بين الطرفين.

وبهذا يتبين أن المشرع الجزائري قد طبق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة تطبيقا صريحا مؤسسا على:

أ-نص المادة 05 من قانون الأسرة.

ب-البحث عن مدى توفر المبررات الشرعية والقانونية عند النظر في طلب التعويض.

ج- تكييف التعويض عن الضرر في العدول كان على أساس المسؤولية التقصيرية وهو ما توصل إليه الاجتهاد القضائي -يُعَدُّ من دعائم النظام العام ، فيكون التعويض منفصلا عن العدول عن الخطبة في ذاته، وإنما بما ارتبط به من أفعال، ويتجلى أثر هذا التكييف في احترام النظام العام في كَفْلِ حرية العدول وبالتالي الرِّضائية في الزواج .

والخلاصة أن مبدأ التعويض يجد تطبيقه في هذا النموذج عبر الأساسين الآتيين:

- النّص القانوني الصّريح .
- تخصيص المفهوم العام لحرية العدول بتضمينه للأثر الموجب للتّعويض إستنادا للمسؤولية التقصيرية.

وفي كل هذا يُترك الأمر للسُّلطة التّقديرية للقاضي في تكييف العدول كونه تعسفًا موجبا للمسؤوليّة، أم غير ذلك، وهذا إعتمادا على القرائن والملابسات التي يمكن الإستدلالُ بها. وعليه يتحدد مجال التعسف في العدول عن الخطبة .

ومن جانب المقارنة فقد خرج القضاء المصري من هذا الإشكال عندما انتهى إلى إعتماد ثلاثة مبادئ[1] يتم بها تكييف طبيعة الخطبة ، وتحديد أساس التعويض عن العدول عنها ، والتي هي :

1- الخِطبة ليست بعقد ملزم.

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتّعويض.

3- إذا اقترن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضررا بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وكخاتمة يمكن إيراد ما لاحظناه حول التشريعات العربية التي تم الإستدلال بها كما يلي:

- فيما يخص الهدايا فنجد أن المدونة المغربية قد أخذت برأي المالكية في المادة 08 التي تنص على أنه" لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها." ف ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعالج حكم الهدايا بشكل كامل فلم ينص على حالة تبادل الهدايا بين الطرفين كما لم ينص على حالة العدول باتفاق الطرفين.

- أما المشرع التونسي فقد نص في الفصل الأول من الفقرة الثانية على أنه" لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر مالم يكن العدول من قبله أو وجد شرطا خاصا ".

- أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة (6) منه على أنه: ((اذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف: -فأن كأن العدول بغير مقتض لم يسترد شيئا مما أداه إلى الآخر.

(1) : عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، المرجع السابق، ج1، ص 830.

- وأن كأن العدول بمقتضى استرداد شيء مما أداه أن كأن قائما أو قيمته يوم القبض أن كأن هالكا أو مستهلكا.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الكويتي أخذ برأي المالكية في الموضوع بالنسبة للهدايا مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية)).

أما المادة(06) من نفس القانون فتحدثت عن العدول باتفاق الطرفين فأن كأن السبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة(ب)من المادة السابقة والا استرد كل منهما ما أهداه وأن كأن قائما.وإذا انتهت بالوفاة أو بعرض حال دون الزواج لم يسترد شيء من الهدايا."

أما المادة(07) فقد نصت على ما يلي :في جميع الأحوال **لا ترد** الهدايا التي لا بقاء لها."

يتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع الكويتي لم يتبع مذهبا واحدا في تعامله مع الهدايا وإنما هو جمع بين رأي المالكية والحنفية.

ونجد أن قانون الأحوال الشخصية السوري نص في المادة(04) الفقرة الأولى والثانية على التوالي: "- إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازها ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة مثل النقد أو تسليم الجهاز."

"- إذا عدلت المرأة فعليها مثل المهر أو قيمته."

نجد أن قانون المدونة المغربية لم يعتبر اقتران الفاتحة على أنها ليست عقدا.

أما القانون السوري في المادة الثانية نص على أنه ((الخطبة وعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية ولا تكون زواجا)). واضح أن القانون السوري أشار وبشكل صريح إلى قراءة سورة الفاتحة والتي يعتبرها زواجا.

أما المشرع الجزائري[1] فإنه صرح أن الخطبة مجرد وعد بالزّواج وهي ليست عقدا ولا يمكن أن تعتبر عقدا، وإنّ اقتران الخطبة بالفاتحة قد يجعلها فقهيا عقدا شرعيا ملزما، عندما تتوافر فيها أركان العقد الشّرعيّ، فإن لم تتوفر هذه الأركان، فهي مجرّد وعد غير ملزم.

– لقد أعطى الشرع والقانون لكل من المخطوبين الحق في العدول عن هذه الخطبة في أي وقت شاء دون أن يحدد لذلك شرطا أو قيدا، غير أن هذا العدول وإن كان حقا لكل من الطرفين، إلا أنه قد يلحق الطرف الآخر ضرر من ذلك، مما يجعل الطرف العادل مسؤولا عن تعويض الضرر اللاحق بالطرف الآخر إلا أنه ولما لعقد الزواج من خصوصيات فإنه لا يمكن التسليم بأن الخطبة ملزمة، على أساس يمكن معه إكراه الخاطبين على إبرام الزواج مستقبلا، وأقصى ما يمكن أن ينتج عن عقد الخطبة من إلزام أنه التزام أدبي بتنفيذ الوعد بالزواج، إذا ما تمت الخطبة صحيحة.

– إذا فسخت الخطوبة من الطرفين أو من أحدهما، فإن ما قدمه الخاطب من المهر له الحق في استرداده؛ فإن كان قائما يجب ردّه بعينه، وإن كان هالكا أو مستهلكا يجب ردّ مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا، وهذا باتفاق الفقهاء والتشريعات العربية.

– إن أعدل الآراء وأقربها إلى الإنصاف والعدالة وقواعد الشريعة فيما يخص حكم الهدايا هو الرأي القائل:بأنه إذا وجد شرط بين الطرفين أو عرف بين الناس يتعلق بحكم الهدايا في حالة

(1) : بإمعان النظر يمكن ملاحظة أن هناك فراغا قانونيا في نص المادتين 05و06 من قانون الأسرة الجزائري ، وهذا راجع إلى ضعف استعمال الصيغ القانونية التي لا يحتمل تأويلها إلى ألفاظ أخرى مثل لفظ المستهلكة فهذا لفظ اقتصادي وليس قانوني حيث نجد أن المشرع الجزائري أساء استعمال المصطلحات القانونية ونجده، أيضا حتى في تعديل نص المادتين أنه تدارك بعض النقص فقط ولم يقم بتداركه كاملا وهذا راجع إلى عدم تحكم المشرع في الألفاظ والمصطلحات القانونية ، وهذا يعتبر خطرا على الأسرة الجزائرية فهناك أفعال كان يجب على المشرع ترتيب جزا ء عليها وهو التعويض ثم نجده أيضا أنه لم يوضح مسألة التعويض كثيرا على خلاف المشرع الكويتي ونجد أيضا في مسألة قراءة الفاتحة كنا ننظر من التعديل تدارك الغموض في المادة ولكن يتضح من التعديل أنه لم يتدارك هذا الغموض، وفي نص المادة 06كان يجب على المشرع توضيح صيغة المادة حتى لا تؤول إلى تأويلين مثل ما فعل المشرع السوري .وعليه نقول أنه رغم التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة إلا في جوانب ومن بينها الخطبة أنه ما يزال يحتاج إلى دراسة كبيرة نظرا لأهمية هذا القانون في المجتمع لأنه قانون ينظم حياة أفراد الأسرة فيما بينهم وعلاقة الأسرة مع الأسر الأخرى في المجتمع خاصة في من جانب التعاملات والتعويضات والآثار.

العدول عن الخطبة عمل به. وإذا كان العدول عن الخطبة من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداه إلى المخطوبة ولو كان موجودا، أما إذا كان العدول عن الخطبة من المخطوبة استرد الخاطب ما قدمه إليها من الهدايا؛ فإن كان قائما استرده بذاته، وإن هلك أو استهلك استرد قيمته.

وقد رجح أكثر العلماء المعاصرين وشراح القانون هذا الرأي.

– إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما استقر عليه القضاء الآن في أغلب الدول العربية.

بعد هذا التفصيل في مسألة الخطبة وما يتعلق بها من أحكام وآثار تنتج عن تعسف أطرافها في استعمال حق العدول، واستبيان أهم القوانين والتشريعات الأجنبية والوطنية حول هذه المسألة واتضاح مجال التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، ومتى يمكن وصفه بالتوسع المفرط ومتى يوصف بأنه ضيق لا تعسف فيه ولا يلام صاحبه وبالتالي لا يترتب عليه أي تعوض لصالح الطرف الثاني، نتحول إلى قضية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، ألا وهي مسألة التعسف في استعمال حق الإشتراط في عقد الزواج ومدى التعسف الواقع فيه، وماهي الأحكام والضوابط التي تحكمه، والقوانين والتشريعات التي تطرقت إليه على ضوء الفقه الإسلامي؟.

الفصل الثالث

التّعسُّف في استعمال حقّ الإشتراط في عقد الزواج.

الفصل الثّالث:

التّعسُّف في استعمال حقّ الإشتراط في عقد الزواج.

إن الخلاف حول حرية الاشتراط عند التعاقد وما قد يترب عليه من تعسف هو جزء من الخلاف في حرية التعاقد نفسها، ولا شك أن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد، فإذا كانت العقود متوقفة على ما نص عليه الشارع، فإن الشروط المتعلقة بهذه العقود تكون هي الأخرى متوقفة على ما نص عليه الشارع، وعلى العكس من ذلك، فإذا كانت العقود مطلقة من قيد الشارع ومتحررة من مبدأ شرعية الآثار، بحيث يستطيع العاقد إبرام ما يشاء من العقود، فإن هذا يؤدي إلى القول بحرية الاشتراط. ولذلك فإن علاقة الشروط بالعقود هي علاقة تبعية، وهذا لأن العقد هو الوعاء الذي تصب فيه الشروط.

وتتمثل الحكمة في جعل آثار عقد الزواج من عمل الشارع في الحفاظ على قدسية ميثاق الزوجية، وصوناً لها من أن تتعرض لشروط تتنافى مع مقصد الشارع ومقتضى عقد الزواج، إذ يقتصر عمل المتعاقدين على إبداء رضاهما المتبادل لإبرام عقد الزواج دون أن يكون لهما حق الاعتراض على هذه الآثار أو رفض بعضها. واستثناءا من هذا الأصل العام فقد أباح الشارع للزوجين الاتفاق على شروط قد تؤكد مقتضى عقد الزواج أو تحقق منفعة مقصودة لأحد الزوجين. [1]

ومن هنا يثور التساؤل حول مدى حرية الزوجين في تحديد الشروط المقترنة بعقد الزواج التي من شأنها أن تؤثر في آثار عقد الزواج، إما بالنقص منها وإما بإضافة التزامات

(1): إن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام وهي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، ومن ثمة لا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم، لأن كل هذه الحقوق الشخصية تعتبر من النظام العام، كما أنه ليس للزوجين الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والقوامة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلاً، أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها.

جديدة على أحد الزوجين لا يستلزمها أصل عقد الزواج؟ وهو ما قد ينجر عنه تعسفٌ من أحد طرفي العقد ومجاوزة لحدود حقه في ذلك.

إن حرية الاشتراط في عقد الزواج تابعة لحرية التعاقد. بدليل أن من يقولون بمبدأ حرية التعاقد يفتحون باب الشروط في العقود؛ فيجعلون للعاقد أن يشترط عند إنشاء العقد ما شاء من الشروط. ولا يرون في ذلك أي تعسف بل يبررونه بمشروعية استعمال الحق ويوسعون في مجال والتمتع به.

وعلى العكس من ذلك، فإن الذين يقولون بأن الأصل في العقود المنع ويتمسكون بمقتضيات العقود التي أقرها الشارع والآثار التي اعتبرها، لا يحترمون من الشروط إلا ما يتفق مع مقتضيات العقود ويضيّقون مجال استعمال تلك الحقوق منعا للتعسف والإضرار بالطرف الثاني.

وتفريعاً على ذلك فقد اختلف الفقهاء المسلمون مابين مضيق وموسع فيما يتعلق بحرية الاشتراط في عقد الزواج، حيث ذهب جانب منهم إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر، وذهب رأي آخر إلى أن الأصل في الاشتراط الإباحة، وعلى هذا سنتطرق لدراسة الأسس والحجج التي استند إليها كل رأي مع مراعاة موقف التشريعات الوضعية وموقف المشرع الجزائري من كل هذا محاولين بيان حدود وصور التعسف في الإشتراط ومدى التضييق والتوسيع فيها.

المبحث الأول:

مفهوم الشرط وخصائصه.

المطلب الأول: مفهوم الشرط .

يعرف الشرط بصيغته إن دخل في الكلام حرف من حروف الشرط مثل إنما[1]، مهما، حيثما، ويعرف أيضا بدلالته عندما يكون الكلام الأول سببا للثاني[2].

وسنتعرض إلى كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي للشرط.

أولا :التعريف اللغوي للشرط.

يعرف الشرط في اللغة بأنه: " إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"[3] .

والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم، [4] والشريطة هي الشيء المشروط، والشرط هو العلامة، ومنه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده والتزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للشرط .

الشرط اصطلاحا هو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط. كقول الرجل لامرأته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق هنا يتوقف على خروج المرأة .

---

(1) : كقوله تعالى " :**وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ". سورة الطلاق، الآية 6.

(2) : نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003، ص49.

(3) : بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979، ص460 .

(4) : روحي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين، 2004، ص1007.

وقيل أن الشرط: هو "ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط[1] " ، ومثال ذاك الشروط التي يتطلبها المشرع لإبرام العقود، كشرط الأهلية، فإنها إلزامية في كل عقد، حيث أن فاقد الأهلية كالمجنون لا ينعقد عقده.

وعرفه العلامة الحموي بأنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة"، عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد وغير موجود وقت التعاقد وباستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا[2] .

إن ما يهمنا من هذه التعاريف المتعددة للشرط هو التعريف الذي يخص الشرط المقترن بالعقد أي الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد.

والذي يمكن تعريفه بشرط التقييد أو العبء لا شرط التعليق بأنه: " التزام العاقد في عقده أمرًا زائدًا على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن اشترط لصالحه الشرط" [3].أي أن المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كأن يقول فلان زوجتك بنتي بشرط ألا تخرجها من بلدها ويقبل الزوج بذلك.

أما تعريف الشرط في اصطلاح فقه القانون الأجنبي فهو: "ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله، فإما أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا"[4].

---

(1): نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر 1995، العدد، 04، ص352.

(2): نقلا عن علي محمد فـاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص 10

(3): رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص32

(4) : مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967، ص521.

وهذا التعريف يتفق مع مضمون الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي.

أما بخصوص الانتقادات الموجهة إلى هذا التعريف فإنها تتمحور حول الخلط الذي وقع فيه فقهاء نظرية الالتزام في الفقه الأجنبي، إذ نجدهم لم يميزوا بين التعليق على الشرط والتقييد بالشرط، ومن جهة أخرى فإن تقسيمهم الشرط إلى نوعين: مُوقفٌ وفاسخٌ ليس في حقيقته تقسيما للشرط إنما هو تقسيم للأمر المشروط، فالشرط في كلتا الحالتين نوع واحد من قبيل التعليق، وإن اختلفت النتائج فيعزى ذلك إلى اختلاف نوع الأمر المشروط.

ونخلص من هذه التعاريف المختلفة إلى نتيجة مفادها: أن لفظ الشرط يطلق للدلالة على معاني مختلفة، كمعنى الالتزام الموصوف بأن يكون شرطا واقفا أو فاسخا، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني، وما يهمنا في هذا الموضع هو لفظ الشرط الذي يلحق بعقد الزواج أو يكون في صلبه مما يشترطه طرفي هذا العقد، ويكون محلا للتعسف، سواء بمجاوزة حدود الحق أو قصد الإضرار بالطرف الثاني.

المطلب الثاني: خصائص الشرط.

استنادا إلى تعريف الشرط يمكن استخلاص المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط وهي بمثابة الخصائص المميزة له وتتمثل فيما يلي.

أولا: أنه أمر زائد على أصل العقد .

يقصد بذلك أن العقد ينعقد بمجرد توافر أركانه وشروطه التي طلبها المشرع دون حاجة إلى وجود الشرط المقترن بالعقد، لأن هذا الأخير يدخل على العقد بعد تمامه وتوافر أركانه وشروطه، فلو اشترطت المرأة في عقد الزواج كفيلا لضمان المهر وقبل بذلك الزوج،

فإن اشتراط الكفيل لضمان المهر أمر زائد عن عقد الزواج لأنه ينعقد بدون هذا الشرط، ولا يتوقف وجوده في ذاته على هذا الشرط، ونفس الحكم ينطبق على بقية أنواع العقود[1].

ثانيا: أنه أمر مستقبل.

لابد أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد في المستقبل وغير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشترط وإذا كان الشرط واقعا بالفعل فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، فلو قال الزوج لزوجته أنت طالق إن كانت السماء فوقنا والأرض تحتنا، فإنها تطلق في الحال[2].

ثالثا: أنه أمر محتمل الوقوع.

يجب أن يكون الشرط متعلقا بأمر يكون في وسع المتعاقد المشترط عليه تنفيذه وهذا يقتضي أن يكون ممكن الوقوع في المستقبل فلا التزام بمستحيل، لأنه إذا كان الشرط مستحيل الوقوع فإن العقد يكون باطلاً، والاستحالة إما أن تكون مادية أو قانونية، وتتحقق الاستحالة المادية متى وجد في طبيعة الأشياء عَقَبَةٌ تحول دون تحقق الشرط، كتعليق الهبة على عدم غروب الشمس في اليوم الموالي، أما الاستحالة القانونية فمناطها نص القانون حيث يعتبر الشرط مستحيلا إذا واجه عَقَبَة قانونية تحول دون تحققه كالزواج من إحدى المحارم[3].

(1) : رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص45.

(2) : رشدي شحاتة، المرجع نفسه ، ص47

(3) : محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000، ص50.

المبحث الثاني:

مدى مشروعية الإشتراط في عقد الزواج.

المطلب الأول: على ضوء الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الأصل في الاشتراط الحظر.

وهو مذهب الظاهرية أساساً [1]، ورأي البعض من الحنفية والمالكية والشافعية الذين يتمسكون بظاهر النصوص ويقفون عندها، وهؤلاء جميعاً يقيدون إرادة الإنسان ويضيقون عليها المجال في باب العقود والشروط، فإرادة الإنسان حسب هذا الرأي لا تنشئ من العقود والشروط إلا ما نص الشارع على إباحته، أما ما وراء ذلك فهي لا تملك إنشاءه، وإن فعلته كان باطلاً، فهذه المذاهب تتفق مبدئيا على أن الأصل في الاشتراط الحظر ويتمسك أصحابها جميعاً بهذا المبدأ إجمالاً، وإن اختلفوا في التفصيلات[2]، ويتمسك أصحاب هذا الرأي بنظرية مقتضى العقد[3]؛ التي تعتبر أن الأحكام والالتزامات التي يكون العاقد مكلفًا بها هي محددة من قبل الشارع دون حاجة إلى اشتراطها من قبل العاقد الآخر، وذلك كالتزام الزوجة بتسليم نفسها، والتزام الزوج بدفع المهر والنفقة.

أ- **ومضمون هذا الرأي.** أن الأصل في العقود والشروط هو الحظر لا الإباحة حتى يقوم الدليل من كتاب الله أو السنة الصحيحة أو مصدر آخر من مصادر التشريع الإسلامي[4] على الإباحة، ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع ما يدل على جوازه وصحته.

---

(1) : المتمثلون في أتباع داوود بن علي وابن حزم الأندلسي.

(2) : عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بدون سنة، ص393.

(3) : وتقوم نظرية مقتضى العقد على أساس أن إرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني؛ بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.

(4) : كالإجماع أو القياس أو الاستحسان.

فالشروط الجائزة هي التي توافق مقتضى العقد وتلائم حكمه، أو التي يدل على مشروعيتها دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية.

لقد أغلق أصحاب هذا الرأي باب الشروط، ولم يفتحوه إلا بقدر معلوم يختلف سعة وضيقاً تبعاً لاختلاف نظرتهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرتهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك.

ب- تقييم هذا الإتجاه.

يتبين لنا مما سبق أن الظاهرية في مقدمة المانعين للشروط في عقد الزواج والعقود عامة، فهم يتمسكون فقط بإجازة الشروط التي ورد من الشارع دليل عليها، ويرفضون إحداث عقود أو تصرفات جديدة لأنهم يعتبرون ذلك زيادة على الدين وخروجاً عنه، وبهذا فهم يرفضون إفساح المجال للإرادة في اشتراط الشروط، ولا فرق عندهم في ذلك بين عقود المعاوضات المالية ولا عقود الزواج، وهذا يعني أنه كلما توسعنا في الأخذ بالأدلة كلما فتحنا الباب أمام حرية الاشتراط واقتربنا من الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط، ولهذا نجد الحنفية والشافعية يخففون من أصل الحظر والتقييد، ويطلقون الحرية في بعض الحالات خصوصاً الحنفية الذين يأخذون بقاعدة العرف وأثبتوا صحة كل شرط ليس من مقتضى العقد، ولم يرد به أثر من الشرع، ويحقق منفعة لأحد العاقدين وجرى به العرف، كما أخذوا بقاعدة الاستحسان، وكذا المصالح المرسلة بخلاف الشافعية الذين لم يأخذوا بالاستحسان والعرف[1].

أما المالكية فقد توسعوا في تصحيح الشروط على نحوٍ يقربهم من الحنابلة، فلم يشترطوا إلا عدم المنافاة للحكم الأصلي للعقد، كما اعتمدوا الاستحسان والمصالح المرسلة دليلاً شرعياً فضلاً عن النص والإجماع.

(1) : ورد عن الإمام الشافعي – رحمه الله – أنه قال : " من استحسن فقد شرع".

والجدير بالذكر أن الحنابلة بالرغم من أنهم يعتبرون من أنصار الرأي الثاني القائل بحرية الاشتراط فإن لهم موقفاً من نظرية مقتضى العقد، إذ نجدهم يمنعون بعض الشروط لمخالفتها لمقتضى العقد، ولأن اشتراطها يؤدي إلى تعطيل الغاية المشروعة من العقد؛ ولهذا قالوا ببطلان عقد الزواج إذا ورد به شرط ينفي الاستمتاع بين الزوجين[1].

الفرع الثاني: الأصل في الاشتراط الإباحة.

يتمثل أصحاب هذا الرأي أساساً في مذهب الحنابلة، وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[2] وطائفة من فقهاء المالكية، وهو الرأي ذاته القائل بحرية التعاقد في الفقه الإسلامي؛ لأن حرية الاشتراط تابعة لحرية التعاقد والعقود مركبة على الشروط.

وحسب أنصار هذا الرأي، فإن للأفراد أن يستحدثوا صوراً جديدة من العقود والشروط على أن يكون ذلك في دائرة الحلال والمباح، ولا تمتد هذه الحرية إلى دائرة الحرام، لأن الإرادة في نظرهم كافية وحدها لتحقيق الالتزامات؛ فالله تعالى أمر بالوفاء بالعقود والنذور والعهود على وجه العموم ولم يستثني منها إلا ما كان محرماً بنصوص الكتاب والسنة، بل إن الله تعالى أمر المسلمين بالوفاء بعهودهم حتى مع المشركين، وهذا كله دليل على أن إرادة الإنسان في الشرع الإسلامي حرة في تصرفاتها[3].

أ- <u>مضمون هذا الرأي</u>

أن الأصل في العقود والشروط الصحة والإباحة، فهم يطلقون إرادة الإنسان في العقود والشروط ويعطونه حرية واسعة في هذا الباب، ولا يحرم ويبطل من الشروط عندهم إلا ما دل

---

(1) : نشوة العلواني، المرجع السابق، ص67، ص68.

(2) : **إبن قيم الجوزية** هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز بن مكي زيد الدين الزُّرعي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بابن قيّم الجوزية 691 هـ 751 - هـ1292/ م1349 - م) من علماء المسلمين في القرن الثامن الهجري وصاحب المؤلفات العديدة، عاش في دمشق ودرس على يد ابن تيمية الدمشقي ولازمه قرابة 16 عاما وتأثر به. وسجن في قلعة دمشق في أيام سجن ابن تيمية وخرج بعد أن توفى شيخه عام 728 هـ.

(3) : محي الدين إسماعيل، المرجع السابق، ص97، ص106.

على تحريمه وإبطاله نص في الكتاب أو في السنة أو إجماع صحيح أو قياس معتبر، فإن لم يوجد مثل هذا النص المحرم كان للمتعاقد مطلق الحرية في إنشاء ما يريد من عقود أو شروط، بخلاف أصحاب الرأي الأول الذين يشترطون ورود النص على إباحة العقد أو الشرط، وبهذا يكون الحنابلة قد توسعوا في الأخذ بمبدأ حرية التعاقد وإنشاء الشروط التي تحقق مصالح الناس وتفي بأغراضهم، إلا إذا قام الدليل على المنع فعندئذ لا يلزم الوفاء بها.

إن الاجتهاد الحنبلي لم يفرق بين عقد الزواج وغيره من العقود فيما يتعلق بحرية إنشاء الشروط متى تم ذلك ضمن الحدود الشرعية، فأجاز للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي من شأنها أن تحقق مصلحة أو منفعة لكلا الزوجين أو لأحدهما بشرط ألا يكون في ذلك أي تعسف أو منافاة للمقاصد الشرعية لعقد الزواج، ومن أمثلة الشروط الجائزة عند الحنابلة اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، أو اشتراط أحد الزوجين في الآخر صفة مقصودة كالجمال أو البكارة[1]، زيادة على هذه الشروط أجاز الحنابلة للمتعاقد المشترط فسخ النكاح متى خالف الزوج الآخر الشرط المتفق عليه، كما أنهم يمنعون من الشروط في النكاح ما يمنعه الشرع بنص خاص، أو ما ينقص الحقوق والواجبات التي تعد من النظام الشرعي في النكاح، كما لو اشترط الزوج تأقيت النكاح، أو عدم المهر، أو عدم النفقة الزوجية، أو اشترطت الزوجة عدم استمتاع الزوج بها[2].

(1) : وبخصوص هذا الشرط فقد سئل الشيخ أحمد حماني عن حكم الشريعة في الرجل الذي يتزوج بامرأة على أساس أنها بكر وأثناء الزفاف يجدها خلاف ذلك، فأجاب بأنه إذا كان الزوج قد شرط لها أن تكون عذراء فوجدها غير عذراء ثبت له الخيار بشرطه. أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، بدون سنة، ص359.

(2) : مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص488.

ب- تقييم هذا الإتجاه.

يتبين لنا من خلال مقارنة الإتجاهين أن الأصل في الاشتراط الإباحة، كما يظهر مدى وجاهة الرأي الثاني ورجاحته، لأنه يؤدي إلى التوسعة على الناس ورفع الحرج والضيق عنهم بإباحة الاشتراط سواء في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود والمعاملات.

ومما يزيد في وجاهة هذا الرأي أن أصحابه لم يفتحوا باب الشروط على مصراعيه فالأمر مقصور على دائرة الشروط الصحيحة، إذ يتعين قبل الحكم بصحة الشرط من عدمه مراعاة ما إذا كان هناك نص شرعي خاص يحرم هذا الشرط أم لا ؟.

وفي هذا يقول ابن تيمية[1]: " وإذا ظهر أن لعدم تحريم الشروط وصحتها أصلين: الأدلة الشرعية العامة، والأدلة العقلية التي هي الاستصحاب، وانتفاء المحرم، فلا يجوز القول بموجب هذه القاعدة في أنواع المسائل، وأعيانها إلا بعد الاجتهاد في خصوص ذلك النوع والمسألة هل ورد من الأدلة الشرعية ما يقتضي التحريم فإن الأدلة النافية لتحريم الشروط والمبينة لحلها مخصوصة بجميع ما حرمه الله ورسوله منها،... فمن غلب على ظنه من الفقهاء انتفاء المعارض في خلافية أو حادثة انتفع بهذه القاعدة فيذكر من أنواعها قواعد حكمية مطلقة "[2].

(1): **إبن تيمية هو**. تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام النميري الحراني661) هـ1263/م حران - 728هـ1328/م دمشق (المشهور بابن تيمية، فقيه وعالم مسلم مجتهد شديد التأثر بأصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل، وتميزت أعماله باعتماد نص الكتاب والحديث وترجيحه على العقل والقياس، وربط قيام الدين بالإمارة وعدّها من أعظم واجبات الدين ساهم ببلورة عقيدة الجهاد وأعلى من شانها لمنزلة الأركان، فتركت آثاره صدى واسع في القرن العشرين لدى من انتسبوا إلى" الإسلام السياسي "أو الحركي. توفي في سجنه بقلعة دمشق.

(2) : نقلا عن : زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص91.، إن ما ذهب إليه الحنابلة من أن الأصل في العقود الإباحة لا الحظر مسلك سليم لتوافقه مع تحقيق مصالح الأفراد ما لم يتعارض ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية، فتطور الحياة قد اقتضى ضروباً وأنواعاً من التعامل لم تكن معروفة من قبل ولم يرد بشأنها نص في الشرع، فيكون من الحكمة إباحتها والوفاء بها ما لم تحرم حلالاً أو تحلل حرامًا.

وعلى العكس من ذلك يرى الدكتور وهبة الزحيلي[1] بأنه يجب الأخذ برأي المانعين للاشتراط في عقود الزواج حرصاً على ما للزواج من حرمة وقداسة، ولما تتطلبه الأسرة من استقرار ودوام؛ ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء والنزوات وتعصف بأغراض الزواج السامية، مستنداً في ما ذهب إليه إلى أن الأصل في الأبضاع- المتعة الجنسية- التحريم، على أن يؤخذ برأي الحنابلة في إطلاق حرية الاشتراط للعاقدين في العقود المالية تحقيقاً لمصالح الناس وأغراضهم في إبرام العقود لأغراض مشروعة[2].

وحسب رأينا، فإن الشروط المقترنة بعقد الزواج قد تكون عاملاً مساعداً على تحقيق التوافق بين الزوجين ورسم المسار الصحيح لحياتهما المستقبلية، بما يحقق الاستقرار دون أن يتنافى ذلك مع قدسية عقد الزواج، كما أن حرية الاشتراط ليست بالمطلقة بل هي مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، فالأصل هو إباحة الاشتراط ما لم يرد الدليل الشرعي على تحريمه، هذا فضلاً عن إمكانية مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، إما عن طريق الموظف المختص بإبرام عقد الزواج، أو عن طريق القضاء.

وعلى هذا فإن الأخذ برأي الحنابلة في حرية الاشتراط في عقد الزواج يكون هو الرأي الأرجح، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقتضى عقد الزواج.

وكخلاصة لما سبق نجد أن حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج تنعدم عند مذهب الظاهرية، فالأصل عندهم هو الحظر والمنع التام؛ لأنهم حصروا الاستدلال بالأدلة الشرعية في الكتاب والسنة، ثم تخف درجة التقييد من حرية الإرادة عند كل من فقهاء

(1): **وهبة بن مصطفى الزحيلي** – (1932- توفي في 8 أغسطس 2015) أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة من سوريا في العصر الحديث، عضو المجامع الفقهية بصفة خبير في مكة وجدة والهند وأمريكا والسودان .ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق، كلية الشريعة .حصل على جائزة أفضل شخصية إسلامية في حفل استقبال السنة الهجرية التي أقامته الحكومة الماليزية سنة 2008 في مدينة بوتراجاي.

(2) : وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، دار الفكر، 1992، ص202.

المذهب الحنفي والشافعي والمالكي، وهذا لإقرارهم الأخذ ببعض الأدلة الشرعية كالمصالح المرسلة والاستحسان والعرف، إلى أن تتسع دائرة الإباحة عند جمهور الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، حيث أجاز الحنابلة للزوجين اشتراط الشروط التي تحقق منفعة مقصودة، وتخلو من كل تعسف من وراء ذلك الإشتراط، أو نية قصد الإضرار بالطرف الآخر، ولا تتعارض مع مقتضى عقد الزواج ونصوص الشريعة، كاشتراط الزوجة ألا يسافر بها زوجها من بلدها، أو ألا يتزوج عليها، أو اشتراط أحد الزوجين كون الآخر موسراً وغير ذلك من الشروط.

وأخيراً يجمل بنا أن نشير إلى أن الرأي الثاني الذي يقضي بأن الأصل في الاشتراط الإباحة يمتاز بالمرونة والملاءمة مع واقع الناس ومتطلباتهم وروابطهم العقدية، وهو اتجاه سليم إذ الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على الحرمة. كما أنه يسمح للزوجين باشتراط شروط تهدف إلى ضمان مستقبلهم وحماية مصالحهم المشتركة وتقوية أواصر المودة والرحمة بينهما.

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي قد اعترف بحرية الإرادة منذ نشأته وبداية تطوره، بخلاف القوانين الغربية التي تحولت من الأخذ بالعقود الشكلية إلى إطلاق سلطان الإرادة.

فحسب فقهاء المذهب الحنبلي فإن الشريعة الإسلامية فوضت لإرادة العاقدين تحديد مقتضيات العقود أو آثارها ضمن نطاق حقوقهما ومصالحهما في كل ما لا يناقض نصوص الشريعة وأصولها الثابتة، وهو عين ما استقرت عليه النظريات القانونية في التشريعات الحديثة فيما اصطلح على تسميته بمبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح العاقدين الحرية في اشتراط أي شرط لا يخالف قواعد النظام العام والآداب العامة[1].

(1) : ولا أدل على ذلك تلك العبارة الخالدة لشيخ الإسلام ابن تيمية التي تعتبر بحق دستور الفقه الإسلامي في مبدأ سلطان الإرادة العقدية، وهي قوله: " والأصل في العقود رضا المتعاقدين، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد "؛ وهو المبدأ ذاته الذي عبرت عنه القوانين الحديثة بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين".

المطلب الثاني: على ضوء التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري.

حسب المادة (19) من قا أ.ج: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

إلى أن موقف قانون الأسرة الجزائري من حرية الإرادة في اشتراط الشروط في عقد الزواج، لا يختلف عما ذهب إليه الفقه الحنبلي من أن الأصل في الاشتراط الإباحة ما لم يقم الدليل على المنع؛ وهذا ما يبدو واضحا من أحكام نص المادة(19) سالفة الذكر.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق سلطان إرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحهما، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة.

وبتحليل المادة يمكن التوصل إلى الشروط التي يمكن لكلا الزوجين اشتراطها ولا تكون محلا للتعسف[1] وهي ما يلي:

1/ الإشتراطات المتوقعة من الزوج:

أ- الاشتراط الخاص بالطاعة وقوامة الرجل حسب، المادة 39 ق أ ج (ملغاة) والمتعلقة بالطاعة. وإعمالا لنص المادة 222 ق أ ج.

ب- اشتراط الزوج بقاء زوجته في بيت الزوجية ولا تخرج منه إلا بإذنه .

ج- إشتراط تشطير الصداق إلى معجل ومؤجل.

---

(1) : لا يمكن لأحد الزوجين ان يتمسك بشرط غير مدون في عقد رسمي إذا تم الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق.

اما بالنسبة للزواج العرفي فيمكن لأحد الزوجين اثبات ذلك الشرط بنفس الوسيلة التي قام بموجبها اثبات الزواج فهذا الشرط يثبت بالشهادة.

2/ الإشتراطات المتوقعة من الزوجة:

أ- كل اشتراط بخصوص الصداق من حيث القيمة أو التأجيل والتعجيل أو مكان تسليمه.

ب- الإشتراط بدفع التعويض في حالة الطلاق.

ج- اشتراط الزوجة على زوجها ملكيتها أثاث منزل الزوجية في حالة الطلاق.

د- اشتراط الانفاق عليها[1] .

هـ- الاشتراط من قبل الزوجة على زوجها ان يكون لها مسكن بعد الطلاق، شرط ان يتماشى مع المادة 72 من ق أج بمعنى اذا آلت الحضانه إلى الزوج لا يكون لها الحق في السكن.

و- شرط عدم التعدد .

ز- اشتراط الزوجة على زوجها ان يكون لها الحق في تطليق نفسها إذا لحقها الضرر.

ح- اشتراط الزوجة على زوجها ان تعمل بوظيفة بعد الزواج .

ط- اشتراط الزوجة السفر الى بلد أجنبي بمبرر شرعي .

أما في حالة إشتراط أي شرط يتنافى ومقتضيات العقد فإنه وحسب المادة 32 قا أسرة المعدلة :" يبطل الزواج اذا اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، غير ان المادة 35 من ذات القانون نصت على خلاف ذلك بقولها :"اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"، حسب الفلسفة التشريعية الواردة في قانون الاسرة نرى ان المشرع في كل من المادة 32 و1/33 ق أج، نص على الجزاء المترتب على عقد الزواج في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد أو اشتمل على مانع غير انه جاء في المادة 2/33 و34 بالتفرقة بين العقد الذي تم فيه الدخول والعقد الذي لم يتم فيه الدخول فمن جهة أجاز الزواج وذلك في حالة عدم توفر شرط بعد الدخول مع تبيان الآثار الق انونية

(1) : لا يمكن ان يتفقا على ان المرأة تلتزم بالانفاق غير جائز يتنافى هذا مع المادة 74 من قا أ غير انه في حلة عسر الزوج يمكن للزوجة ان تنفق بمحض ارادتها لا يمكن اجبارها وان كانت كذلك تصبح دائنة له

عليه، ومن جهة أبقى على عدم صحة الزواج ولكن مع تبيان الأثر في حالة الزواج مع المحرمات .

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج وفق المشرع الجزائري.

لا شك أن الأخذ بمبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج ليس على إطلاقه، إذ أن الشروط التي تشترط في العقد قد تتبع رغبات وأهواء المتعاقدين التي لا تقف عند حد معين وقد يؤدي الغلو والتعسف فيها إلى الخروج عن قواعد الشريعة الإسلامية، ولهذا فقد حدد المشرع لهذه الشروط الحدود التي يجب ألا يتجاوزها المتعاقدان وإلا كانت باطلة[1]، بينما نجد القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي على حرية الاشتراط، ولا يخفى بأن هذا المفهوم يقبل التوسع والتضييق بسبب مرونة ونسبية النظام العام.[2]، ثم أن قانون الأسرة الجزائري وفي مادته (19) اكتفى بالنص على أن القيد الأساسي الوارد على حرية الزوجين في وضع الشروط هو عدم مخالفة أحكام هذا القانون.

وسنتعرض إلى دراسة أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج في النقاط الآتية:

---

(1) : كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في استنباط هذه الحدود، فلم يتفقوا حول تحديد ضوابط التمييز بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، وتعددت بذلك مذاهبهم وآراءهم واختلفت سعة وضيقا، فكان أضيقها مجالاً مذهب الظاهرية وأوسعها مجالاً مذهب الحنابلة، واحتل المالكية والشافعية موقعاً وسطاً بين موقفي فقهاء كل من الظاهرية والحنابلة.

إن القيد الأساسي على حرية الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الدليل الشرعي، ولكن الفقهاء مختلفون في الأخذ بكل هذه الأدلة الشرعية، فنصوص القران والسنة لم تبين لنا الحد الفاصل بين الشروط المشروعة والشروط غير المشروعة، ولهذا يجب البحث في بقية مصادر التشريع الإسلامي.

(2) : علي محيي الدين، المرجع السابق، ص 59.

أولا: مراعاة قواعد النظام العام والآداب العامة.

يعتبر قيد النظام العام والآداب العامة من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، وهذا لأن أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام[1]، فلا يجوز للزوجين تعديلها باتفاقات فيما بينهم.

وعلى هذا الأساس يقع باطلاً كل شرط بين الزوجين يقضي بالتنازل عن أبوتهما لابنهما، أو الاتفاق على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية بالتنازل عنها مثلاً، ويقع باطلاً أيضاً كل شرطٍ يقضي بتعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها كشرط نفي المهر أو عدم الإنفاق عليها.[2]

ولكن الإشكال الذي يواجهنا هنا هو صعوبة تحديد مفهوم ثابت للنظام العام، ومع ذلك يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال هو عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواء كانت هذه المصلحة سياسية وهذا هو مجال القوانين الدستورية والإدارية، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية[3]، أو كانت هذه المصلحة اقتصادية.

وعلى هذا الأساس فليس للزوجين الاتفاق على مخالفة أحكام وقواعد النظام العام حتى ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية.

---

(1) : إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج1، (د.د.ن)، الطبعة الثانية، 1997، ص43.

(2): عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص78، ص79.

(3): والجدير بالذكر هنا، أن نص المادة 3 مكرر من التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري أوجب على النيابة العامة أن تتدخل كطرف أصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون. والحقيقة أن هذا التعديل له ما يبرره ، غير أن ما يعاب على هذا التعديل أنه فتح الباب واسعاً أمام النيابة العامة، حيث كان من المفروض أن يربط تدخلها بمعيار النظام العام والآداب العامة، تخفيفاً للعبء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن بعض مسائل الأحوال الشخصية لا تتطلب إشراك النيابة العامة. حمليل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2005، العدد 06، ص233.

وتبرير ذلك يكون بتغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة.[1]

أما المقصود بمراعاة الآداب العامة هو احترام الأصول الأساسية للأخلاق في مجتمع معين وعصر معين، بحيث يُفرض على الجميع احترام الحد الأدنى من القواعد الخلقية التي تعتبر لازمة لحماية المجتمع من الانحلال الخلقي، غير أن هذه الفكرة تبقى نسبية إلى حدٍ ما. وذلك لاختلاف المعيار الذي نحدد به ما هو من الآداب العامة أو ليس كذلك من مجتمع لآخر بل ونجده يختلف حتى في نفس المجتمع من عصرٍ لآخر.

غير أن هذه الميزة التي يتمتع بها النظام العام تعتبر الوسيلة الوحيدة لتحقيق التوافق بين النظام القانوني لمجتمع ما والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية والخلقية، بشرط ألا يكون هذا على حساب قيم ومبادئ المجتمع[2]، فالمفاهيم الخلقية تعتبر المحدد الأساسي لمفهوم الآداب العامة كما جرى على ذلك التطبيق العملي.[3]

وانطلاقاً مما سبق، فإنه لا يجوز للزوجين تضمين عقود الزواج شروط وبنود تمس بالآداب العامة، فعلى سبيل المثال يقع باطلاً اشتراط الزوجة على زوجها السماح لها بالعمل في الملاهي الليلية كبائعة خمور، أو أن تعمل كراقصة أو عارضة للأزياء[4]، وذلك لتعارض هذه الشروط مع الآداب العامة التي تحكم المجتمعات العربية، في حين قد تعتبر هذه الشروط مشروعة في المجتمعات الغربية.

وبمقارنة فكرة النظام العام والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة في الشريعة الإسلامية، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط للدليل الشرعي، نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية

---

(1): زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص96-97.

(2): عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974،ص338، ص339.

(3): جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000، ص128.

(4): محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن ، 2000، ص53.

ثابت على مر الزمن ولا يجوز تغييره ولا تبديله، بخلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنها تخضع للتغيير.[1] فضلاً عن أن نطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالاً من نطاق التحريم في القانون الوضعي، فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدينية والدنيوية، بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدنيوية فقط.[2]

ولم يجعل الفقه الإسلامي من المعيار الذاتي المتمثل في المصلحة الفردية للمتعاقد أساساً لترتيب آثار العقود والشروط، بل الأساس المعتمد في ذلك هو المعيار الموضوعي الذي يغلب مصلحة المجتمع ويحمي النظام الشرعي العام والآداب العامة، ولتحقيق ذلك لابد من الخضوع لأوامر الشارع ونواهيه.

وتبعاً لذلك فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على ألا يرتب عقد الزواج آثاره الشرعية، والحكمة في ذلك أنه لو ترك الشارع الناس وشأنهم في ترتيب ما يحلو لهم من آثار وشروط في العقود، وخاصة في عقد الزواج لخرجوا عن حدود الله وطغى الظلم والفساد في الأرض، بسبب الأنانية الطاغية على الإنسان التي تجعله يسعى إلى تحقيق مصالحه على الطرف الآخر، فكان من اللازم تقييد إرادة المتعاقدين بعدم مخالفة قواعد النظام الشرعي العام.[3] .

ثانيا: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة.

لقد ورد هذا القيد الثاني في نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت أحكاماً عامة غير محددة، بل وفي منتهى التعميم والشمولية، إذ نجد المشرع الجزائري قد أباح للزوجين كقاعدة عامة أن يشترطا كل الشروط التي يريانها ضرورية، ثم أورد على هذه

---

(1): عبد الناصر بن موسى، اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية، البلقاء للبحوث والدراسات، الأردن، 1995، العدد 01، ص138.

(2): علي محيي الدين، المرجع السابق، ص1216.

(3): صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص63.

القاعدة العامة استثناءا يقيد العموم السابق؛ وهذا يعني أن قانون الأسرة قد أباح للزوجين حرية الاشتراط.

غير أن هذه الإباحة مقيدة بعدم مخالفة ما ورد من أحكام وقواعد في قانون الأسرة.[1]

غير أن تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري، والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات. فعلى سبيل المثال قد يبدو للبعض أن هناك تعارض بين إباحة المشرع مثلاً لشرط عدم تعدد الزوجات وما تقضي به المادة (8) بإباحة التعدد.

إنه بالنسبة لمحاولة حصر أحكام قانون الأسرة التي لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، قد يبدو للوهلة الأولى عسيراً بعض الشيء، إلا أنه يمكن القول بأن المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد، وهذا ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 32 من قانون الأسرة بنصها على بطلان الزواج الذي أشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد.

وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي:

أ- حل الاست متاع بين الزوجين (المادة04)

ب- استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14)

ج- حسن المعاشرة بين الزوجين (المادة 36)

د- ثبوت نسب الأولاد (المادة 41)

هـ- استحقاق الزوجة للنفقة (المادة 74)

و.- التوارث بين الزوجين (المادة 126)

---

(1): عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1996، ص169.

وبالنسبة للإشكال الثاني المتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة، كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها وحول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحريماً لشيء محلل شرعاً؟

فيرى الدكتور عبد العزيز سعد بأن هذا الشرط يعتبر باطلاً لتنافيه مع نص المادة (08) التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإن الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء وليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتمادا على عدم الوفاء بهذا الشرط.[1]

وتزداد أهمية طرح هذا الإشكال في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث خصت المادة (19) بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة بإعتبارهما شرطين ضروريين لتأثيرهما الهام على حياة الأسرة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حسم مسألة هذين الشرطين تشريعياً، وتم بذلك رفع الحرج عن القاضي والمتقاضين.[2]

غير أنه وبهذا التخصيص لشرط عدم تعدد الزوجات في المادة (19) يصبح التعارض والتناقض بين نص المادتين (19) و(8) أكثر وضوحاً وبروزاً من السابق على الأقل من ناحية صياغة هاتين المادتين.

وفي اعتقادنا أنه كان في وسع المشرع الجزائري تفادي وقوع هذا التعارض في صياغة نص كل من المادتين لو نص على هذا الشرط في المادة 8 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي حيث نص في المادة (40) من مدونة الأسرة على أنه: " يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم الت زوج عليها "، فالموضع الصحيح لإدراج

(1): عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص172.

(2): بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص102، ص103.

شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري يكون هو نص المادة (8) وليس نص المادة (19).

ومن ناحية أخرى فإن صيغة التعبير التي أوردها المشرع الجزائري بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في نص المادة (19) تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ التعدد أصلاً، والتعبير السليم حسب رأينا يكون باستبدال عبارة "... ولاسيما شرط **عدم تعدد الزوجات...** " بعبارة "... ولا سيما إشتراط الزوجة على زوجها **ألا يتزوج عليها**...".

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لم تقيد تعدد الزوجات إلا بشرط العدل، أما جعله بيد القاضي وموافقته ومطالبة الرجل بإبداء المبرر الشرعي واقتناع القاضي بذلك هي شروط ما أنزل الله بها من سلطان، كما أن إعطاء ولاية غير مشروعة للقاضي على الرجل من شأنه أن يعمق ويوسع مساحات الزواج العرفي والعلاقات غير المشروعة.[1]

إن ما يجب فهمه بالنسبة لتعدد الزوجات[2] أن الشريعة الإسلامية تأبى أن يكون الغرض من التعدد المباهاة أو التذوق أو الإهانة، فالتعدد رخصة لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة ووجود مسوغاتها.[3]

---

(1): فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر 2004، العدد 08، ص116، ص117.

(2): وتجدر الملاحظة هنا إلى أن الإسلام لم يكن أول من شرع تعدد الزوجات، بل كان من العادات القديمة التي عرفها الإنسان في عصوره الأولى، وكان أمراً معهوداً لدى الأمم السابقة، فلما جاء الإسلام أقره ونظمه، وإذا رجعنا إلى عهد الفراعنة نجد بأنهم كانوا من أنصار التعدد وكان بعض ملوكهم يتزوجون كما يشاؤون، لا يتقيدون بقيود ولا حدود، ولا تمنعهم دياناتهم من ذلك، وكذلك كان اليهود يتزوجون بغير حساب ودون أية ضوابط. تغاريد بيضون، المرأة والحياة الاجتماعية في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، 1985، ص86.

(3): محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، 1999، ص 137.

وانطلاقا من هذا فلا حرج في وضع قيود على تعدد الزوجات وإحاطته بإجراءات اجتهادية من وضع المشرع، إذا كان الغرض منها هو حماية التعدد وتنظيمه وتحقيق العدل فيه، وحماية المرأة من تعسف الزوج وضمان حقوق الزوجة.[1]

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وتحديداً الفقه الحنبلي نجده يبيح للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من منزل أبيها... وغيرها من الشروط التي لا توافق مقتضى عقد الزواج ولا تنافيه، ولم يرد بها أمر أو نهي من الشارع ويكون في اشتراطها تحقيق غرض مشروع لمن اشترطها. فالحنابلة يرون بإلزامية الوفاء بمثل هذه الشروط، ويمنحون لمن تضرر من جراء عدم الوفاء بها حق فسخ عقد الزواج[2].

بينما نجد كل من فقهاء الشافعية والمالكية والحنفية يعتبرون بأن كل شرط خالف الشرع أو يزيد على مقتضى العقد من غير ورود نص في الشرع بإقراره، شرط فاسد لا يؤثر على العقد بحيث يفسد الشرط وحده ويبقى العقد صحيحاً، كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها.[3]

وهكذا نجد أن الفقه الإسلامي على خلاف حول شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، وواضح أيضاً مما سبق أن المشرع الجزائري قد استوحى تنظيمه لهذا الشرط من الفقه الحنبلي الذي يعتبر أكبر المذاهب توسعاً في تصحيح الشروط.

إن تبني المشرع الجزائري لرأي الحنابلة فيما يخص اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها له ما يبرره، فما كان للزوجة أن تلجأ إلى ذلك إلا منعاً لمفسدة، وما سميت

---

(1): كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001، العدد01 ص201.

(2): بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1 (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة ص51.

(3): كوثر كامل علي، المرجع السابق، ص72.

الضرة بهذا الاسم لدى العرب إلا لاشتقاق اسمها من الضرر.[1] كما أن في اشتراط الزوجة لمثل هذا الشرط تحقيق لمصلحة جدية للمرأة ورغبة أكيدة لديها في الاستئثار بزوجها.[2]

ونخلص مما سبق ذكره إلى أنه لا تعارض بين شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها ومبدأ تعدد الزوجات، فتنازل الزوج عن حقه في التعدد لا يبطل المبدأ من أصله، بل يبقى التعدد في أصله مباح دون أن ينفي ذلك إعطاء الحق للزوجة في أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها كلما كان في ذلك تحقيق لمصلحة جدية للزوجة.

ثالثا- جدية المصلحة.

تعرف المصلحة في الشريعة الإسلامية بأنها جلب المنفعة ودفع المضرة والمفسدة.[3] والمصلحة المعتبرة في شريعة الإسلام هي كل مصلحة تؤدي إلى الحفاظ على الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وفي هذا يقول الإمام الغزالي: " إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكن نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم وأنفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوتها فهو مفسدة ودفعها مصلحة "[4] .

والمقصود بجدية المصلحة كقيد وارد على حرية الاشتراط في عقد الزواج هو أن يكون الهدف من الاشتراط تحقيق مصلحة مقصودة لكلا الزوجين أو أحدهما، بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد عقد الزواج، فإذا كان الشرط موافقاً لغايات ومقاصد العقد ومحققاً

---

(1): بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص145.

(2): وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص587.

(3): محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994، ص149.

(4): محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون سنة، ص293.

لمصلحة مقصودة فيجب الوفاء به، أما إذا كان الشرط منافياً للغاية الأساسية التي شرع العقد من أجلها فيبطل الشرط.[1].

وتقدير جدية المصلحة وأهميتها مرجعه إلى الموازنة بينها وبين الأضرار التي تنتج عنها، أو عن عدم تقريرها، بحيث إذا بلغت المصلحة حداً من الأهمية يربو أو يزيد في قيمته على الضرر الذي يترتب على عدم قيام الحقوق أو استعمالها كانت المصلحة جدية.[2] لأن الحقوق لا تعد غايات في حد ذاتها وإنما هي وسائل لتحقيق غايات ومصالح مشروعة يحميها القانون، فإذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من وراء استعماله، أو كانت المصلحة المقصودة ضئيلة بحيث لا تبرر ما ينجم عن التصرف من أضرار اعتبر ذلك تعسفاً في استعمال الحق[3]، فلو أن الزوجة اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، فهذا الشرط يحقق غاية مقصودة للزوجة في الاستئثار بزوجها، ولكن إذا أضحت تلك الغاية غير ذات جدوى بسبب أن الشرط الذي اشترطته الزوجة على زوجها يلحق الضرر بالزوج ويفوت عليه مصلحة حقيقية، فإن مثل هذا الشرط يبطل لأن الغاية شرع والشرط تصرف، ولا يجوز للتصرف أن يلغي الشرع فما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط[4].

وعلى ذلك فإذا كانت الزوجة ولود وتقوم بجميع واجباتها الزوجية، فإنه ليس للزوج مخالفة شرطها بألا يتزوج عليها، بل يجب عليه الوفاء بهذا الشرط لأنه يحقق مصلحة مقصودة للزوجة.

---

(1): سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996، ص633.

(2): شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، مجلة دراسات قانونية، الجزائر، 2003، العدد08، ص14، ص15.

(3) : العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، السنة الجامعية 2002/2001، ص105.

(4) : سعيد فكرة، المرجع نفسه، ص 633.

أما إذا كانت الزوجة عاجزة عن القيام بحقوق الزوج أو كانت غير قادرة على الإنجاب بسبب العقم، فهنا تظهر للزوج مصلحة جدية من أجلها شرع عقد الزواج وهي حفظ النسل، وبناءًا على هذا فلا يكون الزوج ملزماً بالوفاء بالشرط السابق، ولا يكون للزوجة حق فسخ الزواج، إذ لا يمكن اعتبار الزوج مخلاً بشرطه في هذه الحالة، وهذا لظهور مصلحة أخرى حقيقية يجب على الزوجين السعي نحو تحقيقها[1] .

وإلى هذه المواقف ذهبت كذلك أغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية كالقانون السوري[(2)]، ومدونة الأسرة المغربية، وغيرهما .

الفرع الثالث: موقف بعض التشريعات العربية .

أولا: مدونة الأسرة المغربية[3] .

تطرق المشرع المغربي إلى مسألة الإشتراط في عقد الزواج في المواد 47 و48 تحت عنوان الشروط الإرادية لعقد الزواج وآثارها كما يلي:

المادة47:" الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيح".

المادة 48:" الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

---

(1) : سعيد فكرة، المرجع السابق، ص634.

(2) : حيث نجد أن القانون السوري قد استوحى نظريته في الشروط الجائزة من مبادئ مذهب الإمام أحمد بن حنبل. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المجلد الأول (الزواج والطلاق)، المكتب الإسلامي الطبعة السابعة، 1997، ص114.

(3): الصيغة المحينة من مدونة الأسرة المغربية بتاريخ: 62 يونيو2010. الصادرة بالقانون 03-70 المعدل بالقانون 09-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 103.10.1 بتاريخ 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010) الجريدة الرسمية عدد5859 بتاريخ 13 شعبان 1431 (26 يوليو2010)، ص3837.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه" [1] .

مع العلم ان المادة 40 من المدونة أشارت إلى منع الزوج من التعدد في حالة ما إذا اشترطت عليه الزوجة ذلك في عقد الزواج وقَبِلَ بشرطها:" يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

ثانيا–قانون الأحوال الشخصية السوري[2].

تطرق المشرع السوري إلى مسألة الإشتراط في عقد الزواج في المادة (41) بالتفصيل كما يلي:

أ– إذا قيد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو مقاصده أو يُلتزم فيه بما هو محظور شرعا كان الشرط باطلا والعقد صحيحا.

ب–شرط التأقيت في الزواج مبطل للزواج.

ج– وإذا قُيد بشرط يوجب للمراة مصلحة غير محظورة شرعا ولا يمس حقوق غيرها ولا تقيد حرية الزوج فيأعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحا ملزما.ويجبر الملتزم به على التنفيذ قضاء.

د– وإذا اشترطت المرأة في عقد النكاح ما يفيد حرية الزوج في أعماله الخاصة أو يمس حقوق غيرها كاشتراطها عليه أن لا يتزوج زوجة أخرى أو يطلق ضرتها أو أن تكون

(1) :المواد 47، 48، من مدونة الأسرة المغربية، ظهير شريف رقم 22 – 04– 1 بتنفيذ قانون رقم 03– 70 (3 فبراير 2004).

(2) : مشروع قانون الأحوال الشخصية السورية المودع من طرف اللجنة المشكلة بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 2437/ بتاريخ 7–6–2007.التام بتاريخ: 05 ماي 2009.

العصمة بيدها بشكل مؤقت أو دائم، كان الاشتراط صحيحا ولكنه ليس بملزم للزوج، فإذا لم يفِ الزوج به فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح.

هـ- لا يعتد بأي شرط إلا إذا نُص عليه صراحة في عقد الزواج الموثق.

و- يفسخ عقد الزواج إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على ما يتنافى ومقتضياته.

ز- إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفا معينا فتبين خلافه كان للمشترط طلب فسخ الزواج.

ثالثا: مجلة الأسرة التونسية[1].

تناول المشرع التونسي مسألة الإشتراط في عقد الزواج بصفة مقتضبة في الفصل11 من الكتاب الأول من المجلة بقوله: " يثبت في الزواج خيار الشرط ويترّتب على عدم وجوده أو على مخالفته إمكان طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترّتب على الفسخ أ ي غُرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

والملاحظ هنا استعمال المشرع التونسي مصطلح (خيار الشرط) وهو مصطلح فقهي إسلامي يفيد إمكانية اتفاق الزوجين منذ عقد القران على ما يريانه من شروط تتعلق بشخصيتهما أو بالذمة المالية لكل واحد منهما، وفي حالة مخالفة أي شرط تم الإتفاق عليه يترتب على هذا جواز طلب فسخ العقد بطلاق دون أي تبعات مالية إذا كان هذا الطلاق قبل حصول البناء.

(1) : الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية المنشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

رابعا: قانون الأحوال الشخصية الكويتي[1].

تناول المشرع الكويتي مسألة إقتران العقد بالشروط في المواد (40، 41، 42) من القسم الأول، الكتاب الأول ،الباب الثالث، الفصل الثاني، المبحث الثالث، الفرع الرابع بشيء من التفصيل كما يلي:

المادة (40):

أ- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.

ب- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله، ولكن ينافي مقتضاه، أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.

ج- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب وفاء به، فإن لم يوفِ به كان للمشروط له حق طلب الفسخ.

د- ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف المعين المشروط في أحد الزوجين.

المادة(41): يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد.

المادة(42): يسقط حق الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمنا.

وكخلاصة عامة لجملة الإتجاهات الواردة عن التشريعات العربية المذكورة سالفا يمكن القول أن موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج تعد من أقسام الشرط، فمن حيث مصدره فهي شروط جعلية، ومن حيث وظيفتها فهي شروط تقييدية، أما من حيث موضعها من العقد فالأصل اقترانها بالعقد عند النشوء ، ويمكن إدراج بعض الاستثناءات من ذلك في عقد

(1) : قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المنشور بالجريدة الرسمية الكويت اليوم – العدد 1570 بتاريخ 1984/07/23 السنة الثلاثون المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996، المنشور الجريدة الرسمية العدد 276 السنة الثانية والأربعون، ص 1، والقانون رقم 29 لسنة 2004، المنشور في لجريدة الرسمية العدد 664، السنة الخمسون، والقانون رقم 66 لسنة 2007 المنضور في الجريدة الرسمية العدد 852 السنة الرابعو والخمسون. وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، الصادر عن وزارة العدل الكويتية في فبراير 2011، ط1.

لاحق كما أشارت إلى ذلك المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، بينما يتسع نطاقه في الشريعة الإسلامية ليشمل أيضاً الشرط المتقدم، كما ذهب إلى ذلك فقهاء كل من المذهب المالكي والحنبلي.

ويجدر بنا التنويه إلى أن قوانين الأسرة الجزائري والكويتي والمغربي قد اشترطت ضرورة كتابة الشروط المقترنة بعقد الزواج إما في وثيقة العقد ذاتها، أو في وثيقة لاحقة كما أشارت إلى ذلك المادة 19 ق أ ج، وإن كانت الشريعة الإسلامية تعتد بالشرط العرفي، إعمال للقاعدة الأصولية: " المعروف عرفا كالمشروط شرطا".[1]

والحقيقة أن هذه الكتابة ليست متطلبة للتعبير عن الإرادة، وإنما جاءت دلالة الكتابة هنا كأداة لإثبات العقد وحماية للحق الذي تضمنه الشرط المقترن بعقد الزواج.

وعلى هذا يبقى التعبير عن الشروط خاضعاً لطرق التعبير عن الإرادة سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة...، ومتى اقترنت الصيغة اللفظية المعبرة عن الإرادة الباطنة في عقد الزواج بشروط يشترطها الزوجان أو أحدهما، كأن تشترط الزوجة ألا يتزوج عليها زوجها أو

---

(1): ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر من بينها مايلي:

1. أن يكون العرف مطردا أو غالبا.
2. أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها.
3. ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية، ولا حكما ثابتا بحيث يكون العمل بالعرف تعطيل له.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في مدى تقييد العقود والتصرفات بالشرط العرفي فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح وتقييد العقد به استنادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة " العادة محكمة "، وقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"، وذهب المالكية أيضا مذهب الحنفية في اعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح.

وإذا كان الشرط العرفي يجد مكاناً له ويرتب آثره في الشريعة الإسلامية على الأقل عند فقهاء الحنفية والمالكية، فإن القانون الوضعي على العكس من ذلك حيث تفرض التشريعات الوضعية قاعدة إجرائية تنظيمية تقضي بوجوب أن يكون الشرط مكتوبا في صلب العقد أو في عقد رسمي لاحق، فمن يحرص على شرط معين فيجب عليه أن يحرص على كتابته في العقد، إذا كان راغبا فعلا في ألا يفوته مضمون شرطه، ولا يخفى على أحد أهمية هذه القاعدة الإجرائية في ضمان استقرار المعاملات والعقود، وتلافي المنازعات، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 19من قانون الأسرة بغرض ضمان المشارطات التي تتم بين الزوجين وبالتالي ضمان استقرار الحياة الزوجية

ألا يخرجها من بلدها، فإن التعبير عن الإرادة يجعل الإيجاب مشروطاً بشرط تابع له بحيث يعتبر الشرط جزءاً من صيغة العقد وليس جزءاً من الإيجاب، ولهذا ينعقد العقد بهذه الصيغة المنجزة ويكون الشرط جزءاً منها.

المبحث الثالث:

أشهر صور الإشتراط المصاحبة لعقد الزواج.

لا شك أن حاجات الأزواج متجددة تبعا لتطور المجتمعات مما يقتضي معه ظهور عقود ومشارطات جديدة لم يتول الشارع تنظيمها وتحديد آثارها، وبالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع ومصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لابد من اشتراطها والنص عليها في العقد، هذا ومن جهة أخرى فإن الشروط في عقد الزواج قد تكون كفيلة بتجنيب الأسرة وقوع خلافات ومشاكل زوجية لو اتفق الزوجان مسبقا على تنظيم بعض المسائل الهامة في حياتهما الزوجية.

ولأن عقد الزواج ليس بعقد تمليك لعين، أو منفعة كالبيع والإيجار، بل هو أسمى من ذلك لأنه غير مبني على المشاحنات والرغبة في كسب المال أو تحقيق أهداف دنيوية محضة[1]، بل هو مبني على معانٍ خاصة فهو رباط مقدس يجمع بين الرجل والمرأة ويربط بينهما برباط المودة والرحمة والتعاون، فهل يحق لطرفيه – عقد الزواج– إشتراط بعض ما يريانه من مصالحهما؟ وإملاء شروطهما وترتيب ما يشاؤون من حقوق وفقاً لرغباتهم وأهوائهم التي لا تنتهي عند حد؟ وماهي أهم الشروط التي يمكن صدورها من الزوج على زوجته، خاصة المساهمة في تحمل نفقات الأسرة أو التنازل عن بعض حقوقها، كالنفقة خصوصاً إذا كانت عاملة؟ وبالمقابل ماهي أهم إشتراطات الزوجة التي يمكن إدراجها في

(1): طبقا للقاعدة : " النكاح مبني على المكارمة والإحسان، والبيع على المشاحة" .

وثيقة عقد الزواج؟ وبالخصوص إشتراطها عدم التزوج عليها وبقائها في وظيفتها إن كانت عاملة وعدم تدخل الزوج في مرتبها.

ولابد من التذكير أن المشرع الجزائري أعطى للزوجين حق اشتراط ما بدا لهما من شروط أثناء انعقاد الزواج ما دامت ضمن إطاره وغير خارجة عن نطاقه، وذلك في الفصل الأول تحت عنوان: عقد الزواج وإثباته بموجب المادة (19): " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" وتناول حكم عقد الزواج إذا اقترن بشرط يتنافى ومقتضياته، ضمن الفصل الثالث تحت عنوان: النكاح الفاسد والباطل، بموجب المادة (32) والمادة (35) فبموجب المادة (19) جعل المشرع الجزائري الأصل في الشرط الجواز إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، ومن حق المشترط مطالبته الوفاء بالشرط وإذا امتنع فله حق المطالبة بالفسخ .

المطلب الأول: أهم إشتراطات الزوجة على زوجها.

بما أن الزوجة هي الطرف الضعيف في العقد فإنها تلجأ في كثير من الأحيان إلى شروط ترى فيها زيادة لتحصينها من كل ضرر محتمل وحماية لحقوقها المشروعة.

الفرع الأول: شرط عدم التزوج عليها[1].

إذْ مِنَ المشاهد المحسوس أن هذا الشرط يعد أهم ما تفكر فيه المرأة المقبلة على الزواج ولا يمكن بأي حال أن تتنازل عنه لأنها ترى فيه مزيدا من الطمأنينة على مستقبلها الأسري واستقرارها النفسي، وتفادي ما قد يُدخله عليها زوجها في حياتها الأسرية من امرأة أخرى (ضَرَّة) تثير غيْرتَها وتُنِشب الخلافاتِ والنزاعات معها، وقد تؤرق حياتها وتشرد

(1): وهو أهم شرط تبدأ به المرأة المقبلة على الزواج، وأول ما يتبادر إلى ذهنها، ولا يمكن أن تتنازل عنه في غالب الأحوال إن لم نقل مطلقا.

أبناءها وتبعد زوجها عنها، لهذا ارتأيت أن أتوسع في هذه المسألة قدر المستطاع للإحاطة بأكبر قدر من المعلومات الواردة عن فقهاء الشريعة الإسلامية مع إيراد مواقف أهم التشريعات العربية في المسألة وتدعيمها بالإجتهادات القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية.

أولا: على ضوء الفقه الإسلامي.

ومن خلال تتبع كتابات فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تبين أن لهم قولين :

01- القول الأول: أنه لا يجوز للمرأة ولا لأهلها الاشتراط على الزوج أن لا يتزوج عليها، فإن وقع هذا الشرط وقبِلَه الزوج صح عقد الزواج وبطل هذا الشرط، ولم يَنْبَنِ عليه أي أثر ولا يلزم تنفيذه ، وبهذا قال فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والظاهرية، وهو منسوب إلى عليٍّ وابن عباس رضي الله عنهم، وإلى بعض فقهاء التابعين كسعيد بن المسيَّب وعطاء والشعبي والثوري والحسن البصري وإبراهيم النخعي قال ابن حزم في المحلَّى[1] : ((ولا يصح نكاحٌ على شرطِ أن لا يتزوج عليها، وبه قال علي رضي الله عنه، وهو قول النخعي والحسن البصري)) .

02- القول الثاني: يجوز للمرأة ولأهلها أن يشترطوا على الزوج أن لا يتزوج عليها، فإن وافق على ذلك كان العقد صحيحا والشرط صحيحا، ويجبر الزوج على الوفاء بالشرط، فإن عمد إلى مخالفته وباشر أسباب الزواج عليها عمليا كان للزوجة فسخ النكاح واستيفاء كامل حقوقها، وبهذا قال فقهاء الحنابلة وهو ما ذهب إليه عدد من الصحابة كعمر بن الخطاب

1: هو **أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد** فارسي الأصل، ثم الأندلسي القرطبي اليزيدي (30 رمضان 7نوفمبر 994 م قرطبة//28 - شعبان456 هـ15/ اغسطس1064 م) يعد من أكبر علماء الأندلس وأكبر علماء الإسلام تصنيفًا وتأليفًا بعدالطبري، وهو إمام حافظ .فقيه ظاهري، ومجدد القول به، بل محيي المذهب بعد زواله في الشرق .ومتكلم وأديب وشاعر ونسابة وعالم برجال الحديث وناقد محلل بل وصفه البعض بالفيلسوف كما عد من أوائل من قال بكروية الأرض، كما كان وزير سياسي لبني أمية، سلك طريق نبذ التقليد وتحرير الأتباع، قامت عليه جماعة من المالكية وشرُد عن وطنه. توفي لاحقاً في منزله في أرض أبويه *منت ليشم* المعروفة بمونتيخار حالياً، وهي عزبة قريبة من ولبة.

وعبد الله بن مسعود وسعد بن أبي وقاص ومعاوية ابن أبي سفيان وعمرو بن العاص رضي الله عنهم، وهو المنقول عن بعض فقهاء التابعين كشريح القاضي وعمر بن عبد العزيز والليث بن سعد وطاووس والزهري والأوزاعي وسعيد بن جبير .

قال ابن قدامة[1] في المغني[2] : إنْ شُرِطَ أن لا يُخرجَها من بلدها أو لا يتزوج عليها فهو صحيح لازم إن وفى به وإلا فلها الفسخ، يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وطاووس والأوزاعي .

وقد استدل القائلون ببطلان هذا الشرط وأنه لا يجب الوفاء بعدد من الأدلة منها ما يلي :

أ- **الدليل الأول:** ما رواه البخاري ومسلم من قوله صلى الله عليه وسلم : " **كلُّ شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**"[3]. حيث أفاد هذا الحديث منع وبطلان تحريم الحلال كالتزوج

---

(1): هو **موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقدام، العدوي، القرشي، المقدسي، الجمَّاعيلي، ثم الدمشقي، الصالحي** أحد أئمة وشيوخ المذهب الحنبلي ولد بجمَّاعيل (تسمى اليوم جماعين) في فلسطين سنة 541 هـ / 1146 – 1147 ثم هاجر أحمد بن قدامة مع أسرته إلى دمشق، وطلب عبد الله العلم في دمشق، ثم في بغداد حيث رحل إليها هو وابن خالته الحافظ عبد الغني المقدسي صاحب عمدة الأحكام والمحدث الكبير المتوفى سنة 600 هـ، فدرسا على شيخ الحنابلة عبد القادر الجيلاني، وغيره من مشايخ بغداد، وقد خدم الموفق المقدسي المذهب الحنبلي خدمة عظيمة بمؤلفاته المفيدة، ومنها: العمدة، والمقنع، والكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، والمغني .ولما زحف صلاح الدين الأيوبي جيوش الإسلام لتحرير فلسطين في شهر المحرم سنة 583 هـ/ 1187م كان الشيخ ابن قدامة في مقدمة تلك الجيوش، ، وكان الشيخ ابن قدامة في الثانية والأربعين من عمره، وكان يقضي وقته بين التدريس والجهاد في سبيل الله، ولما بلغ التاسعة والسبعين من عمره وافاه الأجل يوم عيد الفطر المبارك سنة 620 هـ/ 1223 م، ودفن في مغارة التوبة بمدينة دمشق.

(2): نقلا عن: المرداوي ،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيروت :دار إحياء التراث العربي، ط2، ج8، ص213 .

(3): أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب البيع والشراء مع النساء، رقم 38/2155 ، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق،ج4، ص213.

على المرأة الذي أحله الله تعالى في قوله : ﴿ **فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا** ﴾.[1]

ب- الدليل الثاني: ما رواه الترمذي وحسَّنه وأبو داوود من قوله صلى الله عليه وسلم: "**المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرَّم حلالا أو أحلَّ حراما**" [2].

وأجيب عن هذين الدليلين: أنه يراد بحديث : " ليس في كتاب الله" أي : لا يرضاه الله لأنه ليس في شرعه، وسيأتي في أدلة المجيزين أن الله تعالى رضي وشرَع مثل هذا الشرط ، وأما قوله : "إلا شرطا حرَّم حلالا ..." فهذا الشرط لا يحرِّم الحلال ولا يعارض مبدأ تعدد الزوجات، لأن تعدد الزوجات ليس فرضا بل هو مباح، واشتراط هذا الشرط هو مباح أيضا فلا تعارض بين المباحين، وللفرد المسلم المكلَّف أن يختار من المباحات ما يميل إليه ويناسبه، ولا يُعُّد هذا تحريما للحلال وإنما هو اختيار لحلال وترك لحلال آخر، وذلك أمر جائز في حد ذاته.

ج- الدليل الثالث: من المعقول: أن هذا الشرط هو في الحقيقة وَعْدٌ من الزوج بعدم الزواج، ومن المعلوم أن الوعد وإن كان الوفاء به من مكارم الأخلاق فهو غير ملزم شرعا، فلا يكلف الزوج بتنفيذه [3].

كما استدل القائلون بجواز هذا الشرط ووجوب الوفاء به وإلا كان للزوجة حق فسخ النكاح بعدد من الأدلة منها ما يلي :

---

(1): سورة النساء، الآية 03.

2: أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم 1352،ج3، ص634، وأبو داود في كتاب الأقضية، باب في الصلح، رقم 3594، ج2، ص328.

3: ويجاب عن هذا: أن الشرط غيرُ الوعد ، ولئن كان الوعد غير ملزم فإن الشرط ملزم ، وللمرأة حق الفراق إن خولف الشرط، ويدل على هذا أنه لما خالف موسى صلى الله عليه وسلم ما اشترطه عليه الخضر فارقه الخضر قائلا : ﴿ **هذا فراق بيني وبينك**﴾ **(الكهف: 78)**. ولم ينكر موسى صلى الله عليه وسلم ذلك .

الدليل الأول: هو مجموعة آيات وأحاديث فيها وجوب الوفاء بالعقود والعهود والشروط، ومن هذه الآية: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾[1]. والآية : ﴿ **وَأَوْفُوا بِالْعَهْـدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسـئُولًا** ﴾[2] ، والحديث الذي في الصحيحين: " **أربعٌ من كُنَّ فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خَصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا اؤتمن خان، وإذا حدَّث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر**"[3].

ووجْهُ الاستدلال في هذه النصوص أنها أوجبت الوفاء بالعقود والعهود والشروط ونحوها مما يتفق عليه الناس، ومثل هذا اشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها[4] .

الدليل الثاني: الحديث الذي في الصحيحين وغيرهما من قوله صلى الله عليه وسلم : " **أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج**" [5]. فهذا الحديث يدل على أن أي شرط يتصل بالنكاح ينبغي الوفاء به، لأن أمور النكاح أجلُّ، وحرماتُها أعظمُ من المال، واشتراط المرأة عدمَ الزواج عليها هو من هذا القبيل وهو مشروع، وعلى الرجل الوفاء به وعدم مخالفته إلا بتنازل الزوجة عنه، فتكون حينئذ متنازلة عن حقها [6].

الدليل الثالث: الحديث الذي في الصحيحين وغيرهما بروايات وألفاظ متعددة عن المِسْوَر بن مخْرَمة وغيره رضي الله عنه: أن عليا خطب بنت أبي جهل، فسمعت بذلك فاطمة فأتت

1: سورة المائدة، الآية 01.

(2): سورة الإسراء، الآية 34.

(3): النووي، رياض الصالحين، باب الوفاء بالعهد وإنجاز الوعد، دار الإمام مالك، الطبعة الثانية، الجزائر، 2004، ص212؛ أبو محمد عبد الله، سنن الدارمي، باب الشرط في النكاح، دار إحياء السنة النبوية، بدون سنة، ص143.

(4): ويمكن رد هذا الإستدلال بالقول أن محتوياته هي أدلة عامة ليست في محل النزاع ذاته .

(5): أخرجه البخاري في كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقد النكاح رقم2 274، ج2، ص 240 ،ومسلم في كتاب النكاح باب الوفاء بالشروط في النكاح، ج4، ص140، وأبو داود في كتاب النكاح، باب الرجل يشترط لها دارها، رقم 2139، ج1، ص650.

(6): يمكن رد هذا الدليل بأنه ينبغي حمل معنى هذا الحديث على ما هو مشروع كالإنفاق والكسوة والمعاشرة بالمعروف، لا حمله على ما هو ممنوع كهذا الشرط، كما أن اشتراط المرأة عدم الزواج عليها هو مشروع أيضا ، ولم يقم دليل خاص على منعه وتحريمه ، بل قام الدليل على جوازه .

رسول الله فقالت : يزعم قومك أنك لا تغضب لبناتك ، وهذا علي ناكح بنت أبي جهل، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فسمعته حين تشهد يقول : " **إن فاطمة بَضْعة مني، ويؤذيني ما آذاها، وإني أكره أن يسوءها ... وإن بني هشام بن المغيرة استأذنوا في أن يُنِكحوا ابنتَهم عليَّ بن أبي طالب، فلا آذَنُ، ثم لا آذن، ثم لا آذن، وإني لست أحرم حلالا ولا أحل حراما، ولكن لا تجتمع بنتُ رسول الله وبنت عدو الله أبدا، إلاَّ أن يريد ابن أبي طالب أن يطلِّق ابنتي**"[1].

ووجْهُ الاستدلال في هذا الحديث ، ما ذكره بعض العلماء كابن حجر والعيني وابن القيم من أن النبي صلى الله عليه وسلم كأنه قد شرط علىَ عليٍّ أن لا يتزوج على فاطمة ولا يتصرف بما يؤذيها، فلما همَّ عليٌّ بمخالفة الشرط قام النبي صلى الله عليه وسلم يذكِّره بذلك، ويُعْلِم الناس أنه لن يتنازل عما شرطه، وأنه بهذا الشرط لا يُحِلُّ حراما ولا يحرم حلالا، وإنما هذا هو الذي اختاره علي ويجب عليه الوفاء به[2] .

الدليل الرابع: ما روي عن بعض الصحابة : أنهم أفتَوْا وقضَوْا بلزوم هذا الشرط ونحوه على الزوج إن كان قد رضي بذلك ، ومما أوردوه في هذا الصدد ما يلي :

1. ما رواه الترمذي والبيهقي وسعيد بن منصور وعبد الرزاق بأسانيد الثقات : أن رجلا قال لعمر رضي الله عنه : إني تزوجت هذه المرأة وشرطت لها دارَها وأن لا أسافر بها، وإني

---

(1): أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي عليها الصلاة والسلام ، تحت رقم : 2449 هكذا : حدثنا أحمد بن عبد الله بن يونس وقتيبة بن سعيد كلاهما عن الليث بن سعد قال ابن يونس حدثنا ليث حدثنا عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة القرشي التيمي أن المسور بن مخرمة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر وهو يقول ...

(2): وقد ناقش المخالفون هذا الاستدلال بأن سبب منع علي من الزواج على فاطمة هو اختياره بنت أبي جهل دون غيرها، ولو أنه خطب غيرها لما منعه النبي صلى الله عليه وسلم من الزواج على فاطمة . وكذلك أن علة المنع ليست كما قالوا بل هي مصرح بها في قوله صلى الله عليه وسلم: (**ويؤذيني ما آذاها**). وقوله : (**وإني أكره أن يسوءها**)، وقوله: (**لست أحرم حلالا ..**). بمعنى أنه لو خطب علي امرأة أخرى لمنعه النبي صلى الله عليه وسلم من الزواج بها، لما في ذلك من إيذاء فاطمة ومخالفة الشرط المفهوم ضمنا بعدم إيذائها.

أجمع أمري على السفر إلى أرض كذا وكذا، فقال له عمر: لها شرطها، المؤمنون على شروطهم .

2. ما رواه ابن عبد البر بسنده في حادثة مشابهة عن مولاة نافع بن عتبة بن أبي وقاص قالت : رأيت سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه زوَّج ابنتَه رجلا من أهل الشام وشرط لها أن لا يُخرجها، وبنحو هذا قضى معاوية وعمرو بن العاص: أن على الزوج الوفاء بما اشتُرط عليه.

الدليل الخامس: من المعقول: أن هذا الشرط لا يُخِلُّ بمقصود النكاح الأصلي وهو الاستمتاع ولا ينافيه، فضلا عن أنه لا يخالف النصوص الشرعية بل هو مؤيَّد بها كما سبق بيانه، وبخاصة حادثة علي وفاطمة رضي الله عنهما .

الموازنة والاختيار ما بين القولين السابقين :

بعد النظر في أدلة الفريقين وما رافقها من مناقشات واعتراضات يبدو أن قول المجيزين لهذا الشرط هو الراجح، وقد حسم ابن رشد المالكي الكلام في هذا الصدد حيث قال: إن سبب اختلاف الفريقين معارضةُ العموم للخصوص، فأما العموم فحديث : "**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**"، وأما الخصوص فحديث: "**أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج**"، والحديثان صحيحان والمشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشرط[1] .

يضاف إلى هذا: أن القول بمشروعية هذا الشرط يتوافق مع مبدأ " سد الذرائع " المعمول به عند عامة الفقهاء على اختلافٍ بينهم في نسبة الأخذ به، بمعنى : أن كثيرا من الخلافات والمنازعات الواقعة بين الزوجين وأولادهما وأسرتيهما تعود أسبابها إلى زواج الرجل

(1): وعليه يمكن القول إن قصة علي وفاطمة (ض) دليل صحيح وقوي في ذات الموضوع يؤيد ما رجحه ابن رشد .

على امرأته وإدخاله ضَرَّة عليها ، مما يؤذي الأولى ويؤجج الغيرة في قلبها، وربما يؤذي معها أولادها وأهلها، ويفتح أمام أسرتي الزوجين المتحابيْن أو المتوافقيْن أبواب العداوة والبغضاء .

ومن المسلَّم به: أن من أهداف تشريع الزواج في الإسلام تحقيق الأنس والاستقرار والمودة والرحمة بين الزوجين خاصة، وأولادهما وأهليهما عامة ... وإذا كان الأمر كذلك وخُشِي من وقوع الخلافات والمنازعات بين الأسرتين والأقرباء، كان من حق المرأة أو أهلها أن يشترطوا على الرجل أن لا يتزوج عليها سدا للذريعة وتفاديا لما يُتَوقَّع من ضرر وأذى، أما الزوج فإن قبِل هذا الشرط كان عليه الوفاء به، وإن لم يقبل فليبحث عن أسرة أخرى يخطب من عندها بدون هذا الشرط، علماً بأنه يمكن إدخال بعض التعديلات المشروعة على هذا الشرط كأن يُشتَرَط عدمُ الزواج عليها إلا إذا لم تنجب في السنوات الخمس الأولى، أو إذا ثبت عقمها وأنها لا تلد ...

وخلاصة ما سبق: أن اشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها أمر مختلف فيه بين العلماء ،بين مضيق وموسع، فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته، لأنهم قصروا الأدلة على النصوص، أما الحنابلة فقد وسعوا مجال الإشتراط[1]، وأجازوا كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه، أما الشافعية والحنفية وأكثر المالكية فقد ذهبوا أن الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد، وبتمحيص الأدلة نجد أن الراجح جواز الإشتراط ومشروعيته، فإن اختار الرجل الموافقة عليه لزمه الوفاء به، لما له من أثر واضح في الاستقرار الأسري والعائلي، لكن إذا لم يف الزوج بهذا الشرط فلا يكون للمرأة الخيار في الفسخ، باعتبار أن الوفاء بهذا الشرط قد تعترضه أسباب خارجة عن إرادة الزوج، كأن تكون متعلقة بالزوجة ذاتها بأن تكون عقيما مثلا أو تمرض مرضا مزمنا، فهنا ليس للزوجة الحق في طلب التطليق بدعوى اشتراطها عدم التزوج عليها ، لأنه لا ضرر ولا ضرار.

1: المذهب الحنبلي أوسع المذاهب الفقهية في إباحة الشروط خاصة في عقد الزواج ؛ فهم يعتبرونه أولى من غيره بالوفاء بشروطه، لما روي أن النبي قال : " إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج"، فصححوا كل شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين ولم يستثنوا إلا الشرط المنافي لمقتضى العقد، أو الذي ورد النهي عنه.

ولكن أغلب ما ذهبت إليه بعض أنظمة الأحوال الشخصية العربية من الأخذ بمشروعية اشتراطِ المخطوبة على خاطبها أن لا يتزوج عليها واعتبارِه، فإن لم يفِ الزوج بما التزم به يبقى للزوجة حق طلب فسخ النكاح ومطالبته بسائر حقوقها الزوجية[1].

ثانيا: على ضوء بعض التشريعات القانونية العربية.

01- على ضوء القانون المصري:

يُسمح لمسلمي مصر على أساس أن الشريعة الإسلامية تبيح للزوج المسلم أن يتزوّج بأكثر من واحدة في حدود أربع زوجات، وبشرط العدل المستطاع بينهن، وبشرط القدرة على القيام بواجبات التعدد[2].

وللتذكير فقد جرت محاولات عديدة لتقييد تعدد الزوجات بالقضاء؛ حيث وُضِعَت مقترحات عام 1926 لإضافة شرط موافقة القضاء عليه إلى جانب قانون الأحوال الشخصية؛ وذلك تأثراً بدعوة أطلقها الشيخ محمد عبده لأن تشرف الحكومة على تعدد الزوجات حتى لا يُقدِم عليه من ليس له استطاعة، لكن تم رفض كل تلك المقترحات من قِبل رجال الفقه، حتى صدر القانون رقم 25 لسنة 1929 الذي خلا من تقييد تعدد الزوجات، لكن لم يمنع هذا من تجدد المطالبات بتقييد التعدد، لكنها كانت تفشل في كل مرة.

كما تجددت المناقشات حول نظام تعدد الزوجات؛ فأسفرت عن إصدار القانون رقم: 44 لسنة 1979، الخاص بتعديل بعض قوانين الأحوال الشخصية، والذي أوجب على الزوج المسلم أن يقدّم للموثق إقراراً بحالته الاجتماعية، وذكر أسماء زوجاته اللاتي في عصمته (إذا كان متزوجاً) مع قيام الموثق بإخطارهن بهذا الزواج، كما اعتبر القانون أن زواج الرجل على زوجته بغير رضاها أو دون علمها يعدّ إضراراً بها، حتى وإن لم تشترط عليه في عقد زواجها

---

(1): تفاديا لما قد يحدث بعدئذ من خلافات وخصومات، ربما آلت بأسرتي الزوجين وبالأولاد إلى التمزق والتمرد أو التشرد والحقد على بعضهم .

(2): جابر عبد الهادي سالم، ومحمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2009، ص 156.

عدم الزواج عليها، وأعطى الزوجة حق طلب التطليق لهذا الضرر، وذلك خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج عليها، أي أن هذا القانون اشترط لتعدد الزوجات رضاء الزوجات أنفسهن عليه، لكن أصدرت المحكمة الدستورية العليا حكماً بعدم دستورية هذا القانون في 4 ماي 1985، لعيوب شكلية وإ جرائية، فصدر القانون رقم 100 لسنة 1985 ليحل محله، وقد ألزم القانون الجديد أيضاً الزوج بأن يقرّ في وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، وتوضيح زوجاته اللاتي في عصمته ومحال إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بهذا الزواج، وأجاز القانون الجديد للزوجة أن تطلب الطلاق من زوجها الذي تزوّج عليها، خلال سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي بسبب التعدد الذي يتعذّر معه دوام العشرة، حتى ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها ألا يتزوّج عليها، ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوّج بأخرى، وتأخذ نفس الحكم الزوجة الجديدة التي لم تكن تعلم بأن زوجها متزوج بسواها؛ فلها أن تطلب التطليق كذلك، وهذا القانون لا يجعل من مجرد التعدد في ذاته ضرراً يوجب التطليق، كما كان الحال في قانون سنة 1979، بل يضع على الزوجة عبء إثبات وقوع ضرر مادي أو معنوي عليها يدفعها لطلب التطليق من زوجها الذي تزوج عليها[1].

02- على ضوء التشريع الجزائري.

أعطى المشرع الجزائري للزوجين حق اشتراط ما بدا لهما من شروط أثناء انعقاد الزواج ما دامت ضمن إطاره وغير خارجة عن نطاقه، وذلك في الفصل الأول تحت عنوان :عقد الزواج وإثباته بموجب المادة (19): " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتناف هذه الشروط

(1): جابر عبد الهادي سالم ، ومحمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 156 إلى 166.

مع أحكام هذا القانون"[1]، وتناول حكم عقد الزواج إذا اقترن بشرط يتنافى ومقتضياته، ضمن الفصل الثالث تحت عنوان :النكاح الفاسد والباطل، بموجب المادة (32) والمادة(35).

فبموجب المادة (19) جعل المشرع الجزائري الأصل في الشرط الجواز إلا ما خالف أو تنافى مع هذا القانون، وتكون ملزمة للطرف الذي تحملها، ومن حق المشترط مطالبته الوفاء بالشرط وإذا امتنع فله حق المطالبة بالفسخ.

فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند إبرام عقد الزواج ألا يخرجها من وطنها، أو اشترطت أن يسكنها في مسكن منفرد ومستقل عن سكن أهله، أو أنها اشترطت عليه ألا يمنعها من متابعة تعليمها أو الاستمرار في وظيفتها أو مهنتها، فإن هذه الشروط كلها لا تتنافى مع قانون الأسرة ولا تتعارض مع أي نص من نصوصه، وعلى الزوج أن يلتزم بالوفاء بها، وإذا خالف، فإنه يحق للزوجة أن تطلب فسخ الزواج بسبب عدم قيام الزوج بالتزامه العقدي وعلى مسؤوليته وحده طبقا لأحكام المادة (53) ق أ ج.

وفي مقابل ذلك؛ فإن الشرط إذا كان منافيا لمقتضى عقد الزواج فإنه يبطله، كما نصت عليه المادة (32) "يبطل الزواج إذا اشت مل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد "، كما أكدت المادة (35) على بطلان الش رط المقترن بعقد الزواج إذا كان منافيا لمقتضياته، فجاء الن ص كالآتي : " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا"

ولكن ما نلاحظه على المادة (32) والمادة (35) ، هو وجود تناقض بين النصين، فقد حكم المشرع الجزائري على العقد المشتمل للشرط المنافي لمقتضى العقد بالبطلان دون تفريق بين حالة الدخول وبعدها بنص المادة (32) ، ثم جاء في المادة (35) بما يعتبر مضمونه مخالفا للمادة (32)، حيث حكم على العقد المقترن بشرط ينافيه بالصحة وأبطل الشرط فقط، مما يجعل

1: نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تعمد النص على هذا الشرط دلالة على تأكيد اتجاهه نحو تضييق مساحة التعدد، حيث أكد على هذا التوجه في أكثر من موضع في قانون الأسرة، فجعل بذلك من التعدد مشكلة قانونية واجتماعية، في حين أن الأمر بخلاف ذلك عند التقيد بالضوابط الشرعية .

الجمع بين النصين متعذرا، ولذا كان من الأنسب حذف عبارة (أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، وعدم إدراجها ضمن المادة (32) والاكتفاء بما ورد في المادة (19) من جواز الاشتراط وتقييده بما جاء في المادة (35).

إلا إذا قصد المشرع الجزائري فسخ عقد الزواج الذي يشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد قبل الدخول، وفي هذه الحالة، فالنص لم يخصص ولم يوضح ذلك، وإنما جاء موضحا من طرف شراح قانون الأسرة.

حيث يقول الأستاذ بلحاج العربي في عرضه لأسباب فسخ عقد الزواج والتي منها اشتمال العقد على شرط يتنافى ومقتضيات العقد: "غير أن المشرع الجزائري صححه بالدخول، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا بناء على المادة 35 ق.أ ".

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري عندما أعطى للمتعاقدين حرية اشتراط الشروط غير المنافية للقانون أو مع العقد نفسه، يكون قد توسع في مسألة الاشتراط وساير مذهب الحنابلة القائلين بلزوم الشروط التي لا تنافي مقتضى عقد الزواج، وهذا الاختيار في محله؛ لأنه يتماشى مع طبيعة العقود ويحقق مصلحة المتعاقدين، ويساهم في تحقيق مقاصد الشرع من الزواج المبنية على الدوام والاستمرارية، ودرأ سبل التنازع والاختلاف فيما بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية، خاصة إذا تعلق الأمر بالقضايا المستحدثة، التي يدخل القضاء فيها بالرأي المبني على المصلحة لحماية المصالح الجديدة التي لم يرد في الشريعة نص خاص يشهد لها بالاعتبار أو الإلغاء حول بعض المسائل، كمسألة تعدد الزوجات ومسألة عمل المرأة وراتبها الشهري والسكن المستقل عن أهل الزوج، وغيرها من القضايا المطروحة في المجتمعات المعاصرة، إلا أن المطلع على أحكام القضاء الجزائري في الاشتراط في عقد الزواج يجدها تختلف من قضية إلى أخرى.

جاء في نشرة القضاة [1] ما يلي:" حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي يكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة."

وجاء في المجلة القضائية[2]" من المقرر قانونا وشرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة، يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه."

فنلاحظ أن حكم القضية الأولى يتناسب مع مذهب الحنابلة الذين ألزموا الوفاء بالشروط مالم تتناف ومقتضيات عقد الزواج، ومن ثم كان للزوجة الحق في المطالبة بفسخ عقد الزواج متى أخل الزوج بوفائه للشرط .

أما بالنسبة للقضية الثانية فحكمها يتناسب مع مذهب المالكية الذين كرهوا هذا النوع من الشروط لما فيه من التضييق على الزوج ومن ثم فهو غير ملزم بالوفاء لأنهم فرضوا عليه قيدا هو مخير فيه.

1: بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ، عدد2 ، ص24.

2: بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص25.

وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على عدم التزام القضاة بتطبيق النصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة تطبيقا دقيقا، وأن للقاضي الحق في إصدار الحكم المناسب لما له من سلطة تقديرية تبعا للقضايا المطروحة وتبعا للمصلحة المتوخاة، بما توفر لديه من أسباب ومعطيات.

إلا أن التعديلات التي أدخلت على قانون الأسرة والتي توسعت في فتح باب الاشتراط في عقد الزواج في كل النواحي بما فيه الناحية المالية وذلك بنص المادة (37) من ق.أ.ج "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو أي عقد لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما"[1] بينت الحكم النهائي في المسألة، فإذا تم الاتفاق على شرط من الشروط مثل عدم تعدد الزوجات أو السماح للزوجة بالعمل، وأخل الزوج بالتزاماته التعاقدية، فإنه واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة (53) من ق.أ.ج التي تنص على الأسباب التي تسمح للزوجة المطالبة بالتطليق، فنصت الفقرة (9) على مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد، ويتم التطليق بحكم قضائي رغم معارضة الزوج، وهذه المادة تقر حق المرأة مقابل حقه في حل عقد الزواج بإرادة منفردة.

كما أضاف المشرع الجزائري المادة (53) مكرر التي تعطي للمطلقة حق التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة الحكم لها بالتطليق فقال: " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2] ، وهذه المواد مجتمعة تشكل نظاما خاصا بالاشتراط في عقد الزواج يمكن من خلاله المساهمة في استقرار الأسرة، والتقليل من المشاكل الناتجة عن التنازع والاختلاف حول القضايا المستحدثة في المجتمعات الإسلامية المعاصرة خاصة بعد غياب الوازع الديني وانحراف الأسرة عن مسارها الطبيعي في تحقيق أهدافها السامية التي تأسست لأجلها.

1: مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، المرجع السابق، ص.11

2: مولود ديدان، المرجع نفسه، ص 14.

الفرع الثاني: شرط العمل أو البقاء في الوظيفة[1] .

ذهب المشرع الجزائري– كما سبق – في نص المادة (19) إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام العقد خروجها إلى العمل، وأن الإخلال بهذ الشرط من طرف الزوج يجعل لها الحق في طلب التطليق وفقا للمادة (53) فقرة 9، وقد ذهب المشرع أبعد من ذلك عندما لم يجعل عمل المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا للفقرة 2 من المادة (67) ق أ ج .

ولبيان حكم هذ الشرط والآثار المترتبة علي جزاء الإخلال به عندقيام الحياة الزوجية لابد من التطرق أولا إلى مسألة خروج المرأة إلى العمل بغير رضا الزوج ودون اشتراطها هذا عن العقد على ضوء الفقه الإسلامي ثم على حسب أحكام القانون الوضعي.

أولا: على ضوء الفقه الإسلامي .

فإذا خرجت المرأة إلى عمل كسبي، وكما هو مقرر في الفقه الإسلامي أن الأصل هو قرار الزوجة في بيت الزوجية، وقيامها على شؤون بيتها وزوجها، وللزوج الحق في منع زوجته من العمل بأجر أو بغير أجر ما دام قائما بكفايتها، ولا يوجد أي رأي فقهي يقرر حق المرأة في العمل دون إذن زوجها، لأن حق الزوج واجب فلا يجوز تركه إلى غيره بما ليس بواجب[2]، جاء في رد المحتار: " أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو تبرعا لأجنبي ولو

---

(1): ان خروج المرأة اليوم للعمل ومشاركتها النفقة في البيت سواء بدافع تحقيق مستوى معيشي مناسب للأسرة، أو بسبب الحاجة لتمضية الأوقات، ان هذا التغير لا يلزم بتغير الأصل، فهذه الظروف التي يحياها الناس اليوم قد تتبدل ويرجع الناس الى سابق عهدهم وبسبب جدة الموضوع صدرت الكثير من الأحكام والاجتهادات الفردية من رجال الدين لكننا بحاجة للوصول إلى اجتهاد وفتوى جماعية توضح الأمور للأسرة المسلمة» وقد تثور عد تساؤلات أهمها: هل خروج المرأة للعمل يلزمها المشاركة في النفقة؟، وهل من حق الزوج ان يأخذ من راتب زوجته؟، وهل من حقه ان يمنعها من العمل؟

(2): إعمالا للقاعدة الفقهية : " المباح لا يزاحم الواجب" ، لأن عمل المرأة مباح وحق زوجها واجب.فإذا أرادت الخروج للتكسب من عمل مشروع فلا بد لها من إذن زوجها، أو في حالة عدم الإنفاق عليها فتخرج للضرورة.

قابلة أو مغسلة "[1]. فيفهم من كلامه أنه إذا كان له منعها من ذلك فإن عصته وخرجت بلا إذنه كانت ناشزة .

ثم قال: "وينبغي عدم تخصيص الغزل بالذكر، بل أن يمنعها من الأعمال كلها المقتضية للكسب، لأنها مستغنية لوجوب كفايتها عليه، وكذا له أن يمنعها من العمل تبرعا لأجنبي من باب أولى"[2]. والملاحظ أن فقهاء الشريعة لم يفرقوا بين عمل وآخر يعتبرون به الزوجة ناشزا إذا خرجت للعمل، ما دام الزوج لا يرضى لها ذلك، حتى ولو كان هذا العمل من الأعمال الضرورية للمجتمع كالطبيبة والقابلة و...، لأن حق الإقامة في منزل الزوجية فرض عين مقدم على غيره من فروض الكفاية، ضف إلى هذا أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، فلا يصح لها الإكتساب، والمرأة التي تحترف وتكتسب لم تفرغ نفسها لزوجها وبالتالي فله منعها من الخروج[3].

أما إذا لم ينفق عليها فلها تحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس للزوج منعها، سواء كانت فقيرة أم غنية.

جاء في مغني المحتاج:" ولها الخروج من بيتها نهارا النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال وليس له منعها سواء كانت فقيرة أم غنية، لأن التمكين والطاعة في مقابل النفقة، فإن لم يوفها ما عليه لم يستحق عليها حجرا "[4].

ثم أورد صاحب رد المحتار :" والذي ينبغي تحريره أن يكون له منعها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو إلى ضرره أو إلى خروجها من بيته، أم العمل الذي لا ضرر له

---

(1):ابن عابدين محمد، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، طبعة دار الكتب العلمية، 1994، ج3، ص603.

(2): ابن عابدين، المرجع نفسه، ص 603.

(3): علي محمد علي قاسم، نشوز المرأة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 71.

4: الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على منهاج الطالبين، طبعة دار الفكر،1995، ج3، ص 582.

فيه فلا وجه لمنعها عنه خصوصا في حال غيبته من بيته، ف، ترك المرأة بلا عمل في بيتها يؤدي إلى وساوس النفس والش يطان أو الانشغال بما لا يعني مع الأجانب والجيران"[1].

وكخلاصة لهذه المسألة يمكن القول: أن من مقتضى العقد طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، والقرار في البيت من صلب مقتضياته لورود الأمر به في قوله تعالى:" وقرن في بيوتكن..."، ومنه فلا يلزم الزوج الوفاء بهذا الشرط شريطة أن لا يتعسف في استعمال سلطته في هذا الأمر، فلا يجوز للزوج أن يتوسع في استعمال هذا الحق أو يسيء استعماله مما يؤدي به للإضرار بها وحينها يكون متعسفا، خاصة إذا كان منعه إياها بقصد الإضرار بها، أو ترتب على هذا المنع ضرر بين أو مفسدة محققة أكثر من المصلحة المرجوة من المنع، كما ينطبق هذا كذلك على الزوجة إذا قصدت من البقاء في عملها الإضرار بزوجها أو أسرتها أو ترتب على عملها ضرر يزيد على المصلحة المرجوة منه.

مع الإشارة أن الإسلام قد كفل للمرأة الحق في العمل، لكن بشرط عدم التعارض بين هذا الحق وبين وظيفتها الأساسية كزوجة وأم ،وألا يؤدي خروجا إلى الإختلاط أو إختلاء بأجنبي، وأن يكون العمل مشروعا، قال الدسوقي:" ليس للزوج منعها من التجارة والبيع والشراء حيث كانت لا تخرج ولا تخلو بأجنبي ولا يخشى عليها الفساد بذلك"[2].

وعليه يمكن القول: إن كان العمل غير مشروع، كان الشرط باطلا والعقد صحيح، ومن ثم فلا يلزم الوفاء بهذا الشرط.، هذا كله من جانب الفقه الإسلامي.

ثانيا: على ضوء القانون.

كما هو مقرر أن الإشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، مادام يحقق منفعة أو مصلحة لأحد الطرفين أو لكليهما ولا يضر بمص لحة الطرف الآخر، وذلك

1: ابن عابدين، المصدر السابق، ص 603.

2: الدسوقي محمد بن احمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، وبهامشها مقررات العلامة عليش، دار الكتب العلمية، 1996، ج2، ص 345.

تطبيقا للمبدأ العام :" العقد شريعة المتعاقدين"، وقد أخذ المشرع الجزائري بمذهب الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط التي يريانها، ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهماأو كليهما، غير أن المشرع الجزائري قد خص بالذكر صورتين للإشتراط، وهما تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح المرأة الحق في طلب التفريق وفقا للمادة (53) فقرة 9، مخالفا بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القدامى والمحدثين، من عدم ثبوت حق الفسخ عند عدم الوفاء بمثل هذه الشروط لما يترتب عليه من مفاسد وأضرار.

كما أنه لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة الزوجة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج، ومنه فهل يكون طلبه الطلاق طلبا تعسفيا؟ ومن ثم يلزم بالتعويض، أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا يسقط حقها في التعويض؟؟.

المطلب الثاني: أهم إشتراطات الزوج على زوجته.

تقرَّر في سابقا – أهم اشتراطات الزوجة على زوجها– أحقيتها بذلك وزيادة في صيانتها وحماية مركزها القانوني ومن باب العدل بين طرفي عقد الزواج أباح الشارع للرجل أن يشترط على المرأة التي ينوي الإرتباط بها جملة من الشروط قد يرى فيها تأمينا لمركزه القانوني، أو زيادة في قوامته، أو بسبب ظروف معينة يمر بها تدفعه إلى ذلك الإشتراط، وعلى رأس هذا شرط الطاعة والقرار في بيت الزوجية.

الفرع الأول: شرط الطاعة .

مما يصح للزوج اشتراطه في عقد الزواج هو عنصر الطاعة، ولا يعني هذا فضل الرجل على المرأة بأي حال من الأحوال، بل تلك مزية منحها الشرع للرجال وجعلها الله تعالى سببا من أسباب استقرار الأسرة واستمراريتها.

أولا: على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية.

إن تفضيل الرجل بالطاعة ورياسة الأسرة وتسيير شؤونها إنما يعود على حسب ما أدرجه فقهاء الشريعة الإسلامية من نصوص دالة على هذا أهمها قوله تعالى في هذه الآية: ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا** ﴾[1] ، وعلى هذا الأساس نجد أن الطبيعة الشرعية للطاعة الزوجية لا تخرج عن انصهار معاني التمايز والإختلاف بين الزوجين وذلك بمعرفة كل طرف ماله وما عليه من حقوق وواجبات فلا يتجاوزها ولا يفرط فيها، وقد وردت عدة أدلة شرعية دالة على وجوب طاعة الزوجة لزوجها كقوله تعالى: ﴿ **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا** ﴾[2]، فصريح الآية يشير إلى طاعة الزوجة لزوجها واستحقاق هذا الأخير الطاعة بموجب القوامة ، أما من السنة النبوية فقد وردت أحاديث كثر تدل على وجوب طاعة الزوجة لزوجها منها قوله صلى الله عليه وسلم:" **لو كنت آمرا أحدا لأمرت الزوجة أن تسجد لزوجها**"[3] ، وهذا من باب التكريم والتفضيل، كما أخبر صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه قائلا: " **ألا أخبرك بخير ما يكنزه المرء المرأة الصالحة، إذا نظر إليها سرته، وإذا أمرها أطاعته، وإذا غاب عنها حفظته**"[4].

1: سورة النساء ، الآية 34.

2: سورة النساء، الآية 34

(3): فتح الباري شرح صحيح البخاري – كِتَاب الْإِيمَانِ ، باب وكفر دون كفر، سنن الترمذي – كِتَاب الرَّضَاعِ – بَاب مَا جَاءَ فِي حَقِّ الزَّوْجِ عَلَى الْمَرْأَةِ، سنن ابن ماجه – كِتَاب النِّكَاحِ ، باب لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي – كِتَاب الرَّضَاعِ- مسند أحمد – بَاقِي مُسْنَدِ الْمُكْثِرِينَ – لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر ولو صلح لبشر أن يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ، حديث رقم 1220

(4): حديث رقم 1664 نقلا عن : عون المعبود شرح سنن أبي داود – كِتَاب الزَّكَاةِ – باب : إن الله لم يفرض الزكاة إلا ليطيب ما بقي من أموالكم وإنما فرض المواريث لتكون لمن بعدكم .

حَدَّثَنَا عُثْمَانُ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَعْلَى الْمُحَارِبِيُّ حَدَّثَنَا أَبِي حَدَّثَنَا غَيْلَانُ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ إِيَاسٍ عَنْ مُجَاهِدٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ لَمَّا نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَةُ " **وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ** " قَالَ كَبُرَ ذَلِكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَا أُفَرِّجُ عَنْكُمْ فَانْطَلَقَ فَقَالَ يَا نَبِيَّ اللَّهِ إِنَّهُ كَبُرَ عَلَى أَصْحَابِكَ هَذِهِ الْآيَةُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّ اللَّهَ لَمْ

وبهذا يكون حق الطاعة من آكد الحقوق الزوجية التي أقرتها الشريعة الإسلامية وضمنت له الحماية من خلال إباحتها للزوج حق تأديب زوجته إن هي خرجت عن طاعته بشرط أن لا يتجاوز الحدود الشرعية في استعمال هذا الحق وأن لا يكون متعسفا فيه، لأن الغاية من التأديب – كما هو مقرر– هي إصلاح شأن الزوجة وتحقيق المصلحة الحقيقية التي أرادها الشارع وابتغى حمايتها.

ثانيا: على ضوء قانون الأسرة الجزائري .

لقد اختلفت وتباينت معظم التشريعات الوضعية في مسألة القوامة، وفي سن قوانين تتوافق ومبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للدول العربية والإسلامية، ومحاولة ملاءمة هذا مع ما يتطلبه الوضع الراهن من جهة، وما تتطلع له المجتمعات من جهة أخرى في ظل التطور المتلاحق وعولمة الأسرة.

وبخصوص هذه المسألة ومدى تواجدها في قوانين البلدان العربية ومواقفها من ذلك فإننا نلاحظ أن بعض الدول لاتزال تعترف بها كحق، ومنها من أسقطها من قوانينه الخاصة بالأسرة والأحوال الشخصية[1].

أما في التشريع الجزائري، ونظرا لكون قانون الأسرة يرتبط ارتباطا وثيقا بمبادئ الشريعة الإسلامية والعادات والمبادئ التي يسير عليها المجتمع الجزائري ولايزال يتمسك بها إلى اليوم، وحيث أن الشريعة الإسلامية هي التي تنظم وتحكم أحوال الناس في مجال قضايا الأحوال الشخصية، معتمدة على المذهب المالكي، خاصة إبان الفترة الإستعمارية أما بعد

يَفْرِضْ الزَّكَاةَ إِلَّا لِيُطَيِّبَ مَا بَقِيَ مِنْ أَمْوَالِكُمْ وَإِنَّمَا فَرَضَ الْمَوَارِيثَ لِتَكُونَ لِمَنْ بَعْدَكُمْ فَكَبَّرَ عُمَرُ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَلَا أُخْبِرُكَ بِخَيْرِ مَا يَكْنِزُ الْمَرْءُ الْمَرْأَةُ الصَّالِحَةُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا سَرَّتْهُ وَإِذَا أَمَرَهَا أَطَاعَتْهُ وَإِذَا غَابَ عَنْهَا حَفِظَتْهُ

(1): إن مسألة القوامة تعد من المسائل التي تناولتها غالبية التشريعات العربية وقرنتها بمسألة الطاعة الزوجية، خاصة القوانين التي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادرها وأشهرها:

– القانون الإماراتي رقم 2005/28 في المادة 56.

– القانون الكويتي رقم 1984/51 إشارة في المادة 88 منه .

الإستقلال، وسد الفراغ القانوني إلى غاية صدور القانون 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري الذي اعتمد على مرجعية المذهب المالكي في الوثيقة التحضيرية لهذا القانون[1]، فإن مسألة القوامة غابت كنص قانوني، وخلا التعديل الأخير 09-05 من أي إشارة إليها[2].

مع العلم أن القانون 11/84 قد تضمن مادة صريحة توجب على الزوجة طاعة زوجها، وهي المادة 39:" يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيسا للعائلة وإرضاع الأولاد عند الإستطاعة وتربيتهم واحترام والدي الزوج وأقاربه."[3]. وعلى اعتبار أحترام الزوج وطاعته عملا بالموروث الإجتماعي للمجتمع الجزائري مما كان عاملا في التلاحم الأسري والإجتماعي ، لكن بعد صدور الأمر 02/05 لسنة 2005 المعدل والمتمم للقانون 11/84 حيث تم إلغاء العديد من نصوصه وتعديل البعض الآخر، وقد طال هذا التعديل نص المادة (39)، وأصبحت ضمنيا تحت ظل المادة (36) المتضمنة مسألة الحقوق والواجبات الزوجية المشتركة بين الزوجين، وبالطبع لم يحدث هذا صدفة بل كان بسبب ضغوطات ودوافع جعلت من المشرع أن يستجيب لها في آخر المطاف[4].

---

(1): حيث كان يهدف المشرع الجزائري من وراء هذا إلى بناء جدار منيع يحتضن الشخصية الوطنية ويدعم الهوية الإسلامية والمرجعية المذهبية للشعب الجزائري.

(2): بسبب موجة الإنتقادات والعداء التي شنتها الأوساط اللائكية ضد قانون الأسرة، بحجة أنه قانون يكرس هيمنة الرجل على المرأة الذي أنقص من أهليتها ولم يحترم رضاها، وهو ما يتناقض مع نص المادة 40 من القانون المدني – باعتباره الشريعة العامة التي يتم الإحتكام إليها – الذي ساوى بين الرجل والمرأة في مجال التصرفات القانونية.

(3): المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 (ملغاة).

(4): لا شك أن هناك أسباب داخلية وخارجية كانت وراء تعديل قانون الأسرة الجزائري 11/84 والتي من جملتها:

أولا: أسباب داخلية: – الضغوط الهائلة التي مارستها الطبقة المتشبعة بالثقافة العلمانية حيث رأوا في هذا القانون مناقضة لأهوائهم ومصالحهم، متسببين في ذلك بالعصرنة والتخلص من قيود التقاليد البالية التي تعيق تطور الأسرة والمجتمع والدولة ككل ، كما تحججوا بمخالفة قانون الأسرة للمبادئ الدستورية والمعاهدات الدولية التي تنادي بالمساواة بين الجنسين وإلغاء كل مظاهر التمييز بينهما.

ثانيا: الأسباب الخارجية: تعد سنوات السبعينات وما بعدها من القرن الماضي مناصرة لحقوق المرأة في جميع المجالات ، خاصة بعد صدور المؤتمر العالمي للأمم المتحدة بشأن حقوق الإنسان في فيينا سنة 1993، إذ ترسخ فيه مفهوم حقوق

وفي آخر المطاف وخاصة إذا عرضت نزاعات حول قضية الطاعة الزوجية يكون القاضي مجبرا على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لنص المادة (222) ق أ ج، ومنه نعود إلى نفس الضوابط التي تقررت عند فقهاء الشريعة والتي سبق التطرق إليها.

ثانيا: شرط عدم العمل والبقاء في بيت الزوجية.

إن عمل المرأة كان ومازال محل خلاف بين الفقهاء بمختلف مذاهبهم سواء الدينية أو القانونية، بين من يعتبره حقا من حقوقها وبين من أسقطه عنها، إلا أن الشريعة الإسلامية وضعت الحدود الفاصلة في هذه النقطة مراعية في ذلك عدم تضرر الأسرة (الزوج والأولاد) من استعمال المرأة لهذا الحق. فلا مانع من أن تعمل المرأة، عملا مقبولا بغض النظر عن الزمان والمكان[1]، ومن خلال استقراء نصوص الشريعة الإسلامية نجد أن الله سبحانه وتعالى لم يخص العمل بجنس معين دون الآخر فهو حق لكلا الجنسين فحق العمل كغيره من الحقوق مقرر في الشريعة والقانون، على أن يتم التقيد في استعماله بالغايات المرجوة من تقريره، بحيث يؤدي هذا الحق ثمرته المرجوة وفقا لأولويات ترتيب المصالح، وبحيث لا يترتب على استعماله ضرر أكبر من المصلحة المرجوة منه، وإلا تحول إلى محض التعسف في استعمال هذا الحق.

المرأة، وضرورة مساواتها بالرجل، وتعالت الأصوات النسوية وتزايدت مطالبتها على الصعيدين الداخلي والخارجي، بحقوقهن، فكانت اتفاقية سيداو تجسيدا لفكرة سبعينات وما بعدها من القرن الماضي مناصرة لحقوق المرأة في جميع المجالات، خاصة بعد صدور المؤتمر العالمي للأمم المتحدة بشأن حقوق الإنسان في فيينا سنة 1993، إذ ترسخ فيه مفهوم حقوق المرأة، وضرورة مساواتها بالرجل، وتعالت الأصوات النسوية وتزايدت مطالبتها على الصعيدين الداخلي والخارجي، بحقوقهن، فكانت اتفاقية سيداو تجسيدا لفكرة إلغاء التمييز والعنف ضد المرأة الصادرة سنة 1979، حيث صادقت عليها العديد أكثر من 185 دولة، ومنها الجزائر في 1996/05/22، حتى أن فكرة عدم التمييز بعد صدور هذه الإتفاقيات أصبحت مبدأ من مبادئ القانون الدولي العرفي .

(1) : رشدي شحاتة أبو زيد، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2007، ص 238.

لكن قد يتعسف الزوج في اشتراطه لعدم عمل المرأة وقرارها في بيت الزوجية خاصة إذا كانت مضطرة للعمل بحكم الضرورة والحاجة لحماية مصالح سامية وهامة لأسرتها، إذا لم تتكفل هي بها لحقها ضرر في ذاتها أو في من هو تحت مسؤوليتها ورعايتها، فإذا منعها الزوج من العمل لمجرد رغبته في ذلك وبدون سبب مشروع كان متعسفا في استعمال هذا الشرط قد يكون متوسعا في هذا التعسف في حالات كثيرة يمكن أن نلخصها في ما يلي:

مما لا شك فيه أن اشتراط المرأة لممارسة العمل بعد الزواج إذا لم تكن عاملة أو اشتراط مواصلته إذا كانت عاملة قبل الزواج حق لها وجب على الزوج احترامه، فإذا منعها عن العمل وخالف الشروط التي سبق وأن اتفقا عليها معا فإنه يعد متعسفا خاصة إذا كان لسبب غير مشروع ودون سبب يذكر.

و لكن كثيرا ما نجد بعض الزوجات يتنازلن عن هذا الحق صراحة أو لا يثرنه إطلاقا إما ظنا منهن أنه أمر بديهي أو لرغبتهن في الاستقرار وتكو ين أسرة والتفرغ لها على الإطلاق، لكن أحيانا تظهر مستجدات تدفع بالمرأة إلى الخروج للعمل بحكم الضرورة والضرورة هي الحالة المحدقة بالإنسان والتي يترتب عليها إلحاق ضرر به أو بماله أو دينه أو عقله أو عرضه بحيث يضطر معها إلى ارتكاب أمر محضور شرعا وهو الخروج من منزل الزوجية دون رضا الزوج مما يجعلها تبدوا ناشزا لكن للضرورات أحكام فقد يصاب الزوج بمرض يقعده عن العمل أو يفقد عمله كلية، كما يفلس في تجارته مما قد يؤثر على صحة وسلامة أفراد عائلته، مما يضطر بالزوجة إلى إيجاد حل لحماية أسرتها فمالها سوى الخروج للبحث عن العمل.

فالإسلام أوجب على الرجل الإنفاق على زوجته ولكنه مع ذلك لا يرى مانعا في أن تعمل المرأة لتغطي حاجات معيشتها أو تساعد زوجها في جميع الميادين التي تستطيع العمل فيها وتؤهلها لها كفاءتها ومواهبها الفطرية كالتجارة والزراعة والتدريس.... الخ، على أن لا تتنافى مع

أنوثتها أو يفضي بها إلى امتهان كرامتها أو انحطاط سمعتها، أو انتهاك حرمتها أو يؤدي إلى ضياع أولادها[1].

وكما يحق للرجل اشتراط هذا الشرط في بادئ الأمر عند عقد العقد، إن كان قادرا على كفايتها وألادها مستقبلا، فإنه يكون متعسفا في هذا الشرط إذا تزوج امرأة عاملة ووافق على خروجها للعمل، ثم بدا له أن يمنعها من الخروج للعمل لأمر في نفسه، وأصر على هذا المنع، وتضررت المرأة من هذا المنع في نفسها أو تعداها الضرر إلى من ترعاه أو كان تحت مسؤوليتها.

وتتضح صورة المضارة والتوسع في التعسف إذا كانت المرأة قد تعاقدت مع مؤسسة أو هيئة معينة على العمل لمدة محددة، ثم يطلب منها الزوج الإنقطاع أو التوقف عن هذا العمل مما يرتب عليها عقوبات أو غرامات قانونية بسبب عدم التزامها بالعقد[2]، والعقد شريعة المتعاقدين، ويلزم أطرافه بتنفيذه، وإلا ترتبت المسؤولية عن ذلك.

كما قد تتعدى الأضرار إلى أشخاص آخرين، كما لو تعاقدت مع مريض للآهتمام به ثم تخلت عنه فجأة، مما قد يؤدي إلى تدهور صحته، أو كمن تعاقدت على إعطاء دروس لطلبة مقبلين على امتحان ثم تخلت عنهم فجأة، فهذا مما لا شك فيه من الضرر ما يكلفها تعويضا ماديا ومعنويا وقد يكون جزائيا.

وبتطبيق معاير التعسف في استعمال الحق على واقعة منع الزوج زوجته من الخروج للعمل بعد الموافقة عليه دون إبداء أسباب معقولة نجد:

أ- معيار قصد الإضرار : فالزوج قد ظهرت منه قرينة تدل على قصد الإضرار والحاق الأذى بزوجته خصوصا وأنه وافق لها ابتداءا.

(1) :محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر (د س ن)، ص 161.
(2) : عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع سابق، ص 140.

ب- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :فإذا استعمل الزوج حقه في منعها من العمل لغير مبرر شرعي ودون تقصير منها وبعد أن وافق فانه يترتب عليه ضرر يفوق الضرر المترتب إن سمح لها بالخروج للعمل.

ج- معيار المصلحة غير المشروعة :فالزوج بطلبه ترك العمل من زوجته بعد موافقته لها لا يحقق مصلحة ما، بل هدفه مصلحة غير مشروعة من معاقبة المرأة مع حاجتها إلى العمل، وذلك مادامت قائمة على خدمة بيتها دون إهمال.

فإن تحققت هذه الأوصاف عل استعمال اشتراط توقف زوجته عن العمل او منعها منه لا حقا فهنا يمكننا القول بتحقق التعسف في استعمال هذا الحق بل توسع ومبالغة فيه.

وبهذا نكون قد أتينا على إتمام الباب الأول الذي تطرقنا فيه إلى أشهر صور التعسف وتطبيقاتها قبل تكون عقد الزواج، ومنه ننتقل إلى الباب الثاني الذي نحاول فيه التطرق إلى أهم حالات التعسف وتطبيقاتها بعد تكون ونشوء عقد الزواج، وذلك في ثلاثة مباحث تأظهر فيها صور التعسف جلية والتي سنقف عندها بالتحليل والشرح مايلي:

01-**مبحث أول:** التعسف في استعمال حقي القوامة والتأديب.

02-**مبحث ثان:** التعسف في فك الرابطة الزوجية بمختلف صور الفك.

03-**مبحث ثالث:** التعسف في استعمال حق الوصية وبعض التصرفات الملحقة بها.

لقد اتضح من خلال الباب الأول أن نظرية التعسف في استعمال الحق وليدة الشريعة الإسلامية و هي التي تتصف بالعموم و الشمولية، وهذه النظرية عرفت تطبيقا واسعا في جميع الميادين، إلا أننا رأينا أن محيط الأسرة وما يقع على مستوى نزاعاتها وما يعرض على قضاء الأحوال الشخصية يعد المجال الخصب لها. ومنه إستنتجنا أن التعسف في استعمال الحق ،أو مجاوزة حدوده لا تقتصر على الحقوق والعلاقات المالية فقط وإنما تمتد إلى باقي الحقوق والعلاقات كما هو الحال في العلاقة بين الزوجين وبين الأب و أولاده ومن شأن هذه النظرية الحفاظ على هذه الحقوق والعلاقات على أساس من العدل والمساواة.

وكما أن التعسف قد يكون موجودا في ما قبل تكون الرابطة الزوجية ونشوئها، كذلك يمكن تصوره ووقوعه وبحدة بعد تكون الرابطة الزوجية ونشوئها، ونتتبع حالات التوسع وجاوزة الحدود المشروعة والمكفولة قانونا، كما نحاول بيان حالات التضيق فيه.

و عليه سنخصص الباب الثاني من هذا البحث إلى صور التعسف وتطبيقاتها بعد تكون عقد الزواج.

الباب الثاني

مجال التعسف و تطبيقاته بعد تكون عقد الزواج

إن أشهر صور التعسف التي يمكن تتبعها وثورانها بعد نشوء الرابطة الزوجية بين الطرفين هو ما يصدر من الزوج في محاولة لفرض نفسه كرئيس للأسرة بأوامر ونواه قد تكون مسايرة للصواب يهدف من خلالها لصالح أسرته، كما قد تكون في أحيان أخرى مجانبة للصواب لكنه يحاول فرضها على الطرف الثاني مستغلا في ذلك ما أوتي من الحق الشرعي في قوامة البيت وأحقيتة في تأديب زوجته، لكن الإشكال هو في مجاوزة هذا الحق، مع المغالاة والتوسع، أو قصد المضارة التي قد يضمرها في نفسه من وراء استعمال هذا الحق، وعليه سنحاول تبيين ذلك من خلال الفصل الأول، ثم نتحول في الفصل الثاني إلى مسألة التعسف في استعمال حق فك لرابطة الزوجية من خلال أشهر صورتيه- الطلاق والخلع-، وهما الصورتان اللاتان يظهر فيهما التوسع في استعمال هذا الحق وبصورة جلية، وربما مجاوزة حدوده المشروعة، أما فك الرابطة الزوجية بطلب التطليق، أو الطلاق بالتراضي فسنتجاوزهما لكون مقدار التعسف فيهما ضئيل، أو منعدم تماما، ثم نختم بالتعسف في استعمال حق الوصية متتبعين حالات مجاوزة الحد المشروع في استعمال هذا الحق، خاصة إذا صاحبه نوع من قصد الإضرار باطراف آخرين وهم في غالب الأحيان الورثة الشرعيين للموصي.

الفصل الأول

التعسف في استعمال حقي القوامة والتأديب.

الفصل الأول :

التعسف في استعمال حقي القوامة والتأديب.

إن علاقة الزوجية علاقة تكامل وتواؤم، لا تنافر وتباعد، لأنّ الله هيَّأ طبيعة الزوجين على هذا النسَق بل جعلها جِبِلَّةً ضرورية وطبيعةً فِطرية فيهما، وهذه الإدارة تُسمَّى في الشّرع القِوامة وهي لا تعني الأفضلية بأي حال، ولا تعني أيضًا التسلُّط والدكتاتورية أوِ الاستبداد، وإنما تعني المسؤولية والتكليف، الذي تقتضيه هندسة الأسرة وطبيعة الحياة، إذ لا يمكن للأسرة أن يستقيم بناؤها ويستمرَّ عطاؤها إلا في ظل إدارة وقي ادة ومس ؤولية أناط ها الله بالرج ل بقول ه جل جلاله: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ ﴾[1]، أي درجة القِوامة، ولقوله: جل جلاله ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ ...﴾ [2].

وعلى هذا الأساس فقد قدر المشرع أن مصلحة الأسرة ومن ورائها مصلحة المجتمع تقتضي أن تكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عنها، وهذه المصلحة ترقى إلى مرتبة عدّها حق للمجتمع، وترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه على بعض حقوق أخرى يحددها القانون [3].

---

(1) : سورة البقرة، الآية 228.

(2) : سورة النساء، الآية 34.

(3): محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، المرجع السابق، ص98، خلود سامي، المرجع السابق، ص213.

المبحث الأول :

التعسف في استعمال حق القوامة.

إن من الدين إثبات القوامة الزوجية للزوج بضوابطها الشرعية، فإن الله سبحانه وتعالى يقول في كتابه الكريم: ﴿ **ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ** ...﴾[1] وإن هذه القوامة من تمام نعمة الله تعالى علينا، فإنها ملائمة ومناسبة لكل من الرجل والمرأة، وما خلقه الله تعالى على كل منهما من صفات جِبِلِّية، ومن استعدادات فطرية.

إلا أنه مع تبدل الأزمان، وتداخل الثقافات، ومحاولة تغريب وتشويه صورة هذا الدين الحنيف، بطرق مباشرة وأخرى غير مباشرة، بل بطرق ظاهرها الرحمة، والشفقة والعطف على المرأة، وباطنها العذاب، كل هذه الأمور، مضافاً إليها سوء الفهم لدى كثير من المسلمين لمعنى القوامة ووظيفتها الشرعية، جعل من الأهمية الحديث عن هذه الوظيفة السامية بما يوضح حقيقتها الشرعية، ويبين زيف تلك الشُّبَه والادعاءات التي وجهت لهذا الدين عبر القوامة الزوجية في الشريعة الإسلامية.

وسنتناول في هذا المبحث مفهوم القوامة، وبيان الأصل في القوامة الزوجية، وأسبابها القوامة، وضوابطها، مع توضيح مقتضى القوامة إمكانية التعسف في استعمال هذا الحق الشرعي أو إساءة استعماله.

(1) : سورة النساء، الآية34 .

المطلب الأول: مفهوم القوامة .

الفرع الأول: تعريف القوامة.

أولا: لغة.

القوامة هي القيام على الأمر أو المال ورعاية المصالح، ومنه القيم الذي يقوم على شأن معين يليه ويصلحه، وقد وردت كلمة القوامة على صيغة الإشباع في اللغة العربية، للمبالغة في القيام بشيء والإستبداد بالنظر فيه وحفظه.

وبالتأصيل اللغوي نجدها من قام على الشيء يقوم قياماً، أي حافظ عليه وراعى مصالحه ومن ذلك القيِّم وهو الذي يقوم على شأن شيء ويليه، ويصلحه، والقيم هو السيد، وسائس الأمر وقيم القوم: هو الذي يقوّمهم ويسوس أمورهم، وقيم المرأة هو زوجها أو وليها؛ لأنه يقوم بأمرها وما تحتاج.

والقوّام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد[1].

قال الإمام البغوي رحمه الله: "القوام والقيم بمعنى واحد، والقوّام أبلغ، وهو القائم بالمصالح والتدبير والتأديب".[2]، ومنه قوله ﷻ: ﴿ **ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ** ...﴾[3]. ولعل هذا يصحح المفهوم الخاطئ لدى كثير من النساء

---

(1): جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار الفكر ،ج 12،ص 502-503، ومحمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، ص233.

(2): البغوي، تفسير البغوي، ج1، دار الكتب للملايين، (ب ط)، ص422.

(3): وهذه أشهر آية يستدل بها على قوامة الرجل، وهي آية محكمة غير منسوخة، ولكن كثيرا من الناس لم يفهم المراد منها، فكان فهمه الخاطيء سببا لتعديه على المرأة، ظانا أن هذا من صحيح الدين، لكن إذا رجعنا إلى المنهج الإسلامي في تعامل الزوجين تبين لنا جليا أنه يمنع العنف والتعسف في التأديب، بل يحث على الأُلفة والمودة والعشرة بالمعروف.

من أن القوامة تسلط وتعنت وقهر للمرأة وإلغاء لشخصيتها، وهذا ما يحاول المستغربون تأكيده، وجعله نافذة يلِجُون من خلالها إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيعملون فيها بالتشويه.

ثانيا: إصطلاحا.

بعد التأمل في نصوص الفقهاء- رحمهم الله تعالى- واستخدامهم للفظة "القوامة" نجد أنهم يستخدمون لفظ القوامة ويريدون به أحد المعاني الآتية:

01- القيم على القاصر، وهي ولاية يعهد بها القاضي إلى شخص رشيد، ليقوم بما يصلح أمر القاصر في أموره المالية.

02- القيم على الوقف، وهي ولاية يفوض بموجبها صاحبها بحفظ المال الموقوف، والعمل على بقائه صالحاً نامياً بحسب شروط الواقف.

03- القيم على الزوجة، وهي ولاية يفوض بموجبها الزوج تدبير شؤون زوجته والقيام بما يصلحها[1] والنوع الثالث هنا هو المراد في بحثنا.

وبناءً عليه يمكن القول بأن القوامة الزوجية هي : ولاية يفوض بموجبها الزوج القيام على ما يصلح شأن زوجته بالتدبير والصيانة.

وبهذا يتبين أن القوامة للزوج على زوجته إنما هي تكليف للزوج، وتشريف للزوجة، حيث أوجب عليه الشارع رعاية هذه الزوجة التي ارتبط بها برباط الشرع، واستحل الاستمتاع بها بالعقد الذي وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ، قال تعالى:﴿**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً**﴾ [2] .

(1) : محمد بن أحمد القرطبي،الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الكتب العلمية ،ج5، ص169، وعلاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، مؤسسة التراث العربي، ج4، ص 16، الفتاوى الهندية ج6، ص214، وج2، ص 409.

(2): سورة النساء، الآية21.

فإذاً القوامة تشريف للمرأة وتكريم لها، بأن جعلها تحت قيّم، يقوم على شؤونها وينظر في مصالحها ويذب عنها، ويبذل الأسباب المحققة لسعادتها وطمأنينتها.

ومنه فلا تخرج القوامة الزوجية عن هذا المعنى االأخير، فالرجل-إذن- هو القائم على المرأة أمراَ ونهياَ ورعاية، كما يقوم الولاة على الرعايا، غير أن الحصول على هذه القوامة إنما هو سبب الفضل لا سبب الغلبة والقهر[1] .

وبالنظر نجد أن الفقهاء قد أطلقوا لفظ القوامة في استعمالاتهم على عدة معانٍ:

أ- أنها ولاية يفوضها القاضي إلى شخص بالغ راشد ليقوم بمصالح شخص آخر وتدبير شؤونه المالية.

ب- أنها ولاية يفوضها الواقف إلى شخص للقيام بحفظ المال الموقوف، والعمل على إبقائه صالحا ناميا وفق شرط الواقف.

ج- أنها ولاية يكون بموجبها للزوج أن يقوم بشؤون زوجته من تدبيرٍ وحفظٍ وصيانةٍ وتأديبٍ، وإمساكٍ لها في بيتها[2]. وهذا المعنى الثالث هو المراد في بحثنا هذا.

الفرع الثاني: أسباب استحقاق القوامة.

إنطلاقا من الآية: ﴿ **ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعضَهُم عَلَىٰ بَعضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِن أَموَٰلِهِم** ...﴾ التي هي الأصل في قوامة الزوج على زوجته، وقد نص على ذلك جمهور العلماء من المفسرين والفقهاء، ولا شك أنهم أدرى الناس بمراد الله تعالى.

ومن المناسب عرض بعض أقوالهم في ذلك.

---

(1): محمد بن عمر الزمخشري ، الكشاف، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض ، مكتبة العبيكان، ط1، الرياض، السعودية، 1418هـ،1998م، ج2، ص67.

(2): أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي،بيروت، لبنان، 1412هـ،1992م،ج3، ص 148- .

قال ابن كثير في تفسير هذه الآية أي الرجل قيم على المرأة، أي هو رئيسها، وكبيرها. والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت".[1]

قال ابن جرير رحمه الله: "يعني بذلك جل ثناؤه **(ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ)** الرجال أهل قيام على نسائهم، في تأديبهن، والأخذ على أيديهن فيما يجب عليهم لله ولأنفسهم **(بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعضَهُم عَلَىٰ بَعضٍ)** يعني: بما فضل الله به الرجال على أزواجهم من سَوقهم إليهم مهورهن وإنفاقهم عليهن أموالهم، وكفايتهم إياهن مؤنهن، وذلك تفضيل الله تبارك وتعالى إياهم عليهن ولذلك صاروا قُواماً عليهن، نافذي الأمر عليهن، فيما جعل الله إليهم من أمورهن"[2].

وقال الجصاص في تفسير الآية: "قيامهم عليهن بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة، لما فضَّل الله الرجل على المرأة في العقل والرأي، وبما ألزمه الله تعالى من الإنفاق عليها، فدلت الآية على معان أحدهما: تفضيل الرجل على المرأة في المنزلة، وأنه هو الذي يقوم بتدبيرها وتأديبها وهذا يدل على أن له إمساكها في بيته، ومنعها من الخروج، وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن معصية، ودلت على وجوب نفقتها عليه"[3].

وقال ابن العربي في تفسير الآية: قوله: "قَوَّامُونَ" يقال: قوّم وقيم وهو فعال وفيعل من قام والمعنى: هو أمين عليها، يتولى أمرها ويصلحها في حالها، قاله ابن عباس، وعليها له الطاعة. وعليه–أي الزوج– أن يبذل المهر والنفقة ويحسن العشرة، ويحميها ويأمرها بطاعة الله تعالى ويرغب إليها شعائر الإسلام، من صلاة وصيام، وعليها الحفاظ لماله، والإحسان إلى أهله وقبول قوله في الطاعات"[4].

---

(1): إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت ج1، ص503..

(2): محمد بن جرير الطبري ،جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق : عبد الله التركي، دار هجر، ج6، ص687.

(3): أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت ج 2، ص236.

(4): محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت ج 1، ص530.

وقال الزمخشري: وفي الآية دليل على أن الولاية تستحق بالفضل لا بالتغلب والاستطالة والقهر[1].

وعن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس رضي الله عنه في قوله: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ يعني: أمراء، عليها أن تطيعه فيما أمرها به من طاعته، وطاعته أن تكون محسنة لأهله حافظة لماله. وكذا قال مقاتل والسدي والضحّاك[2].

وقال الشيخ ابن سعدي رحمه الله: "يخبر الله تعالى أن ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ أي: قوامون عليهن بإلزامهن بحقوق الله تعالى، من المحافظة على فرائضه، وكفهن عن المفاسد، والرجال عليهم أن يلزموك بذلك، وقوامون عليهن أيضاً بالإنفاق عليهن والكسوة والمسكن"[3].

وبعد عرض وتتبع هذه الأقوال المشهورة في تفسير آية القوامة يمكننا القول أن فيها عدة مسائل تستوقفنا في هذا المبحث .

المسألة الأولى : قوله :قوامون :{ يقال قوام وقيم، وهو فعال وفيعل من قام، المعنى هو أمين عليها يتولى أمرها، ويصلحها في حالها .

المسألة الثانية: الزوجان مشتركان في الحقوق، وللرجال عليهن درجة بفضل القوامية، فعليه أن يبذل المهر والنفقة ويحسن العشرة ويحجبها، ويأمرها بطاعة الله، وعليها الحفظ لماله، والإحسان إلى أهله.

المسألة الثالثة: قوله :بما فضل الله بعضهم على بعض :بمعنى إني جعلت القوامية على المرأة للرجل لأجل تفضيلي له عليها، وذلك لثلاثة أشياء:

(**1**): الزمخشري، الكشاف المرجع السابق، ج 1، ص523.

(**2**): نقلا عن: تفسير القرآن العظيم لابن كثير، المرجع السابق، ج1، ص503، تفسير ابن جرير، المرجع السابق، ج6، ص687.

(3) : عبد الرحمن ابن سعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، ص 142.

01 – كمال العقل والتمييز.

02 – كمال الدين والطاعة في الجهاد والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر على العموم، وغير ذلك، وهذا الذي بينه النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح : "**ما رأيت من ناقصات عقل ودين أسلب للب الرجل الحازم منكن.** قلن : وما ذلك يا رسول الله ؟ قال : **أليس إحداكن تمكث الليالي لا تصلي ولا تصوم، فذلك من نقصان دينها . وشهادة إحداكن على النصف من شهادة الرجل، فذلك من نقصان عقلها،** وقد نص الله سبحانه على ذلك بالنقص، فقال :" **أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى** "[1].

03 – بذله المال من الصداق والنفقة.

المطلب الثاني: القوامة في ضوء القانون الوضعي.

إن القوامة ليست سلطة عليا في يد الرجل يترتب عليها إلغاء شخصية المرأة في البيت، بل تحقق مصلحة الأسرة عندما يدير الزوج بها الأسرة إدارة حسنة بعيدًا عن الرعونة

---

(1): الآية 282 من سورة النساء، باب الرجوع عن الشهادة حديث واحد : قال عليه السلام في " نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل، روي من حديث الخدري ومن حديث ابن عمر ومن حديث أبي هريرة ومن حديث ابن مسعود ص 106 :فحديث الخدري: أخرجه البخاري في "الوضوء"، وفي "العيدين"، وفي "الزكاة"، وفي "الصوم" عن عياض بن عبد الله عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :يا معشر النساء تصدقن، وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار، " فقالت امرأة منهن: يا رسول الله ، وما لنا أكثر أهل النار؟ قال: تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين، أغلب لذي لب منكن، قالت: يا رسول الله، وما نقصان العقل والدين؟ قال: أما نقصان العقل، **فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل،** فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي، وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين.

ورواه مسلم محيلا على ما قبله، لم يذكر النص فيه، ورواه من حديث أبي هريرة أيضا محيلا على ما قبله، فقال بعد حديث ابن عمر هذا : وعن أبي سعيد، وأبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم بمثله .

وأما حديث ابن عمر : فأخرجه مسلم في " كتاب الإيمان " ص 108، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " يا معشر النساء تصدقن ، وأكثرن الاستغفار....." ،. وأما حديث ابن مسعود : فأخرجه الحاكم في " المستدرك في النكاح" عنه مرفوعا، نحوه سواء ، إلا أنه قال: } وأما نقصان دينهن ، فإن إحداهن تقعد ما شاء الله من يوم وليلة، لا تسجد لله سجدة ، وقال : حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه .

والتسلط، ولا يمكن أن يُفهم منها إلغاء شخصية المرأة[1]، وأن طاعة المرأة للرجل لا بد أن تُفهم في سياق الإدارة الحكيمة للبيت من قبل الرجل، على أن قضايا الزوجين يجب أن تعالج من خلال الفهم الجيد للنصوص الشرعية.

كما أن معنى آية القوامة سالفة الذكر يُفهم منها إدارة الأسرة بفن وحكمة، والأسرة التي تُدار إدارة جيدة، تنعكس هذه الإدارة الجيدة والتفاهم في الأسرة على الأولاد فيصبحوا أعضاء نافعين في المجتمع وفي غالب الأحوال أن الحقوق المترتبة بين الزوجين يغلب عليها الطابع الأخلاقي وعليه فإن العلاقة بين الزوجين لا يستطيع أن يضبطها القانون، لكن الأخلاق هي من تضبط هذه العلاقة .

ومما يلاحظ على قانوون الأسرة الجزائري أنه أغفل بشكل كلي مسألة قوامة الرجل على زوجته خاصة بعد التعديل، مما يفهم منه ترك هذه القضية إلى ماهو معمول به في أحكام الشريعة الإسلامية إعمالا لمادة الإحالة (222).

وقد تظهر بعض صور التعسف في مسألة إستعمال حق القوامة من حيث إساءة استعماله فقد أشارت الإحصائيات إلى أن 20% إلى 60 % من النساء في الدول النامية تعرضن للضرب داخل الأسرة، وأن 35 % من الجزائريات المتزوجات تَعَرَّضْنَ للضرب من قبل أزواجهن، و69% من الزوجات يتعرضن للضرب في حالة عدم الاستجابة لطلبات

(1) : أن الزوج الناجح والزوجة الناجحة هما من يتفقان على إدارة ناجحة للبيت، لأنهما شركاء في هذا البيت، فامتزاج ثقافتيهما المختلفتين تكونان بيتًا صحيًّا وصالحًا، وأن البيت بمثابة سفينة تحمل الأسرة جميعًا، وإذا لم يكن الرجل مديرًا وراعيًا قويًّا ومسؤولًا لغرقت سفينة الأسرة كلها. وعن مبدأ التشاور والمشاركة في المسئولية في جميع أمور الحياة والأسرة بين الرجل والمرأة فإن «القوامة مهنة إدارية، والإدارة أنواع منها الدكتاتورية والفوضوية والديمقراطية، والإدارة والقوامة التي أرادها الإسلام من جانب الرجل في بيت الزوجية قائمة على التشاور وتبادل الآراء وتوزيع المسئوليات والحقوق والواجبات، فالرجل راع في بيته والمرأة راعية في بيتها، أما ما نجده اليوم من زيادة قضايا العنف الأسري الذي تصل نسبته إلى 30 % في العالم الغربي على رغم من وجود القانون الذي يحمي المرأة فإنه راجع إلى البعد عن القيم الأخلاقية، وتعاليم الدين وغياب التربية السليمة، وهذا ما يحدث في مجتمعاتنا أيضا خصوصا في العقد الأخير، وللأسباب نفسها، فليس القانون وحده هو الذي ينظم الحياة والمجتمع..))

الزوج، أو الرد عليه بلهجةٍ لا تعجبه، أو تدخل الزوجة برأيها في شؤونه أو شؤون المنزل، و40 % من حالات الطلاق وقعت نتيجة ضرب الزوج لزوجته، وتشير الدراسات الاجتماعية في الجزائر إلى أن معظم أسباب ضرب الزوجات اقتصادية، وتتعلق بالضغط النفسي الناتج عن صعوبة المعيشة، أما في الدول العربية الأفضل حالاً (كدول الخليج)، فتعود أسباب الضرب إلى اعتقاد راسخ لدى الأزواج بضرورة التأديب المستمر للمرأة، والسيطرة عليها؛ لأنه هو الرجل والقوام عليها.

وفي مقابل ذلك، ومع استمرار عنف الأزواج وإساءة استعمالهم القوامة، ظهر رد الفعل العنيف من الزوجات، فقد أكدت دراسة حديثة أعدها المركز القومي للبحوث في مصر أن 20% من الزوجات يَضْرِبْنَ أزواجهن لأسباب تعود إما لضعف الزوج أو لتهوره وعصبيته، ومقابلة الضرب بالضرب، وأن 45 % من ارتكاب الجرائم ضد الأزواج يرجع إلى تسلط الزوج وتحكمه، والضرب المستمر للزوجة، ومحاولته الضغط عليها، وتهميش دورها، وعدم احترامها، وقد قرأنا عن العديد من الجرائم البشعة التي ارتكبتها زوجات للتخلص من أزواجهن بسبب إيذائهم المستمر لهن.

وبين تعسف الرجل في تطبيقه لحقه الشرعي في القوامة، أو ربما حتى توسعه في هذا التعسف إما عمدا بنية الإضرار، أو جهلا وما يقابله من تمرد المرأة ورفضها لهذا التعسف، تفككت الكثير من الأسر، واختلت موازين العلاقة الزوجية الصحيحة؛ لابتعاد الناس عن المنهج الرباني الذي ينظم تلك العلاقة، ومن ثَمَّ كانت هناك ضرورة لإعادة فهم كلٍّ من الزوجين للمعنى الصحيح للقوامة[1].

(1) : نقلا عن الموقع الإلكتروني : http://fashion.azyya.com/349415.html، مقالة بتاريخ: 2012/05/19، الساعة 06:13 مساء، بعنوان : القوامة بين تعسف الرجل وتمرد المرأة. «قضية القوامة مسؤولية، وليست تشريفاً وتفضيلاً، والله سبحانه وتعالى جعل الرجل باعتبار قدراته الطبيعية مسؤولاً عن الأسرة من الداخل والخارج، بقوله عز وجل ((الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم)) وقصد هنا جنس الرجال والنساء عامة، ولم يقصد الأزواج والزوجات خاصة، فمسئولية الرجل نحو زوجته وأولاده جزء من مسئوليته العامة، وبسبب مقدرة الرجل على

المبحث الثاني :

التعسف في استعمال حق التأديب[1] .

وهذا الحق لم يقرر لأي فرد من أفراد العائلة كي يتمتع به منفرداً، بل لتحقيق غاية أسمى هي دعم كيان الأسرة وبالتالي النظام الاجتماعي بأجمعه، بالرجوع إلى ق.أ.ج فإننا لا نجد أي نص عالج حق الزوج في تأديب زوجته خروجها عن طاعة زوجها، ويفهم من سكوت المشرع عن ذكر هذا الحق الدلالة على رده إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بمقتضى المادة 222من نفس القانون والتي تنص ":كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "وكذلك ماجاء في نص المادة(1) القانون المدني ج: " ... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.".

ونستخلص من هذه النصوص أن أحكام استعمال حق التأديب تتحدد وفقًا لما تقرره الشريعة الإسلامية كما سيأتي بيانه لاحقا.

وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة نجدها قد نصت على حق الزوج في تأديب زوجته ولكن بطريقة غير مباشرة كالقانون المصري في المادة (60) من ق.ع والتي تنص ":لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل أرتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة "، فهذا النص يبيح للزوج تأديب زوجته متى كان حقًا له بمقتضى القانون أو الشريعة ومن تم لا يعاقب على فعله، أما القانون الكويتي فنص في مادته (29) من قانون الجزاء الكويتي على أنه : "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق التأديب من شخص يخول له القانون هذا الحق بشرط التزامه حدوده واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب ".

تحمل المشاق والتعب الجسدي كلف بواجب النفقة ، فالقانون في الغرب لا يلزم الأبوين بالنفقة على الأبناء حين يبلغون سنا معينا وهذا مخالف لجميع الشرائع السماوية، بينما أحكام النفقة التي قررتها الشريعة السماوية تقوم على أساس أن من لديه مال مملوك له فإن نفقته من ماله كان رجلا أو امرأة، لكن واجب الزوج النفقة على زوجته وان كانت غنية، ولابد من حصولها على النفقة لتفرغها لهذه المسئولية. وانبهرت المجتمعات الغربية عندما تعرفت على هذه الأحكام.

(1): ويصطلح عليها " ولاية التأديب ".

ويلاحظ مما سبق أن النص الكويتي كان صريحًا في نصه على هذا الحق وكان أدق وأحسن عندما اشترط مراعاة حدود ممارسة هذا الحق وأن يكون غرضه مجرد التهذيب وليس تعسفًا، في حين أن المشرع الجزائري سكت عن هذا الحق.

هذا وقد أشارت أغلب التشريعات العربية لهذا الحق وبصفة حصرية للزوج على زوجته وفقط. وعليه يمكننا التطرق في هذا المطلب إلى بيان مفهوم تأديب الزوجة ومدلوله، ثم إلى شروط تأديب الزوجة، ثم نبين الوسائل الشرعية للتأديب، ونختم بمظاهر التعسف في استعمال حق التأديب، ومدى التوسع أو التضييق فيه.

المطلب الأول: مفهوم تأديب الزوجة ومدلوله.

الفرع الأول: مفهوم التأديب.

أولا: لغة.

التأديب لغةً: مصدر أدبه تأديباً أي علمه الأدب، وعاقبهُ على إساءته، وهو رياضة النفس على محاسن الأخلاق، ولا يخرج استعمال الفقهاء عن هذا المعنى [1].

وللزوج أن يؤدب زوجته إذا لم تطعه فيما أوجبه الله ﷻ عليها من طاعته بأن تفعل ما يأمرها به وتترك ما ينهاها عنه، حيث أن للزوج تأديب زوجته عند عصيانها أمره بالمعروف لا بالمعصية [2] لأن الله ﷻ أمر بتأديب النساء بالوعظ والهجر والضرب عند عدم طاعتهن، وأصل هذا الحق قوله ﷻ : ﴿ **وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عليا كَبِيرٗا ٣٤** ﴾ [3].

(1) : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1926، ص10.

(2) : عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار العروبة، القاهرة، ط3، 1963، ج1، ص513.

(3) سورة النساء، الآية 34.

ثانيا: إصطلاحا.

"سلطة قررها الشارع لمصلحة الزوج على زوجته عند نشوزها في وسائل تأديب محددة ولأغراض وأهداف محددة تتلخص بتهذيبها وإصلاحها" [1].

ومنه يكون معنى التأديب : الضرب والوعيد والتعنيف، وهو حق للزوج أباحه له الشرع إذا لم تطعه زوجته فيما طلبه مما أوجبه الله تعالى عليها من واجبات وذلك بوسائل تأديب محددة شرعا بهدف إصلاحها وإرجاعها للإستقامة، وإعطاء حق التأديب للزوج دون غيره فيه ستر على أخطاء الزوجة التي يجب أن تظل في طي الكتمان حفاظاً على كرامتها وهيبتها بين أهلها ومعارفها، فضلاً عن أن الزوج هو الأعلم بوسيلة تأديبها التي تجدي معها حتى يأتي التأديب الثمرة المرجوة منه [2].

الفرع الثاني: المدلول الشرعي لحق الزوج في تأديب زوجته.

أعطى الشّرع للزوج على زوجته حق التأديب، وليس في هذا الإعطاء أي امتهان أو تحقير للزوجة، لأن الأسرة شأنها شأن أية جماعة لابد أن يكون لها نظامٌ لتأديب من يشذُّ عن نظامها أو يخالف السّلوك المألوف فيها حتى لا يختل أمرها ويسوء حالها، والتأديب لصالح المرأة والأسرة لأنه يثني المرأة عن خطئها فتعود إلى استقامتها وطاعة زوجها [3].

والنساء في هذا المجال صنفان أشارت إليهما الآية الكريمة : ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعضَهُم عَلَىٰ بَعضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِن أَموَٰلِهِم فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلغَيبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهجُرُوهُنَّ فِي ٱلمَضَاجِعِ وَٱضرِبُوهُنَّۖ فَإِن أَطَعنَكُم فَلَا تَبغُواْ عَلَيهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عليا كَبِيرًا ٣٤**...﴾ [4]، فالصنف الأول منهن

(1) هلالي عبد اللاه احمد، المرجع السابق، ص156.

(2): عمرو عيسى الفقي، الطاعة والنشوز، المكتب الفني، القاهرة، 1999، ص53.

(3) :عمرو عيسى الفقي، نفس المرجع، ص53.

(4) :سورة النساء، الآية 34.

الطائعات لأزواجهن واللواتي يقمن بواجب الزوجية ممتثلات أوامر الله ﷻ ومنتهيات عن نهيه، يطعن أزواجهن ويخضعن لرياسة الزوج، وهؤلاء لسن بحاجة إلى تأديب.

أما الصنف الثاني فهن اللواتي لا يقمن بما يجب عليهن من حقوق الزوجية، وهذا هو الوقت الذي تظهر فيه الحاجة إلى إعمال حقّ الزوج في تأديب زوجته وإصلاحها، لأن تركها على اعواججها ونشوزها يعرض كيان الأسرة للتدهور ويهدد استقرارها[1] إلا أن هذا التأديب وذاك الإصلاح يختلف باختلاف حالة الزوجة، وباختلاف الذنب الذي تقترفه، فإذا تحققت الطاعة وجب الكفُّ عن التّأديب لتحقُّق الغاية منه، وللزوج أن يؤدّب زوجته بصفة عامة على المعاصي التي لا حدَّ فيها، مثل عصيان أوامر الزوج والخروج من المنزل دون إذنه وتبذير ماله.. الخ

واستناداً إلى الرَّأي الرَّاجح فإنَّ له حقّ تعزيرها على ترك الفرائض إذا كانت مسلمة مثل ترك الصّوم والصّلاة [2]. وقد لمح المشرع الجزائري على حق الزوج في تأديب الزوجة في حدود ما هو مقرر شرعا وقانوناً وذلك في الفقرة (1) من المادة (39)[3] من قانون العقوبات بوصفه صورة من صور استعمال الحق التي يأذن بها القانون [4].

ويترتب على الحق المنصوص عليه قانوناً عدم مساءلة الزوج عن التأديب لا جزائياً ولا مدنياً ما دام في حدوده المشروعة (التي سنأتي على ذكرها تفصيلاً) لأنه يستعمل حقاً أباحه له الشرع والقانون [5].

(1) : عثمان التكروري، شرح ق.أ . ش وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 م، ص156

(2) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص513.

(3) : المادة 39 ق ع ج : (لا جريمة: 1. إذا كان الفعل قد أمر أو إذن به القانون.....).

(4) ويقابلها : المادة (182) من قانون العقوبات السوري والمادة (183) من قانون العقوبات اللبناني، والمادة (69) من قانون العقوبات الأردني.

(5) عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص517-518.

هذا ومن الجدير بالذكر بأن الطاعة المطلوبة من الزوجة ليست طاعة مطلقة بل إنها طاعة مقيدة بأن لا تكون في معصية، فالزوج الذي يأمر زوجته بترك الصلاة أو الصيام أو يأمرها بشرب الخمر أو نزع الحجاب الشرعي أو ارتكاب الفواحش فهنا لا مجال للحديث عن طاعة واجبة، بل على العكس، إذ يجب على الزوجة أن تعصيه [1]، عملاً بقوله (ﷺ): "**لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق**"[2].

المطلب الثاني: شروط تأديب الزوجة.

لم يطلق الشارع هذا الحق وإنما أحاطه بقيود عديدة، تكفل انحصاره في المجال الذي يتفق ومصلحة الأسرة والمجتمع، ويمنع الزوج من تعسفه في استعمال هذا الحق، فإن استع مله ففي مجال ضيق لا موسع ومتجاوز للحدود الشرعية القانونية، ويمكن أن نجمل أهم القيود أو الشروط المقيدة لحق تأديب الزوج لزوجته بالآتي :

الفرع الأول : الصفة .

ذلك أن هذا الحق يثبت للزوج فقط، فلا يجوز لغيره إتيانه لا من أهله ولا من أهلها، كما لا يصح للزوج الإنابة فيه، وإذا حدث هذا عوقب المعتدي على الزوجة كونه فاعلاً وعوقب الزوج كونه شريكاً، كما يثبت هذا الحق بثبوت الزوجية ويزول بزوالها، فمناط الحق هو العلاقة الزوجية، فإذا انقضت بالطلاق البائن زال حق الزوج بتأديب زوجته [3].

الفرع الثاني: المصلحة .

وهي المنفعة المرجوة التي يتغياها الزوج من اللجوء إلى تأديب زوجته، وهي التي تشكل الدافع وراء هذا اللجوء، فلا تأديب من دون مصلحة مشروعة، وسواء كانت هذه

(1): محي هلال سرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، 1987، ص71.

(2): رواه أبو داود في سننه، ج2، ص117.

(3): محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، مجلة القضاء، ع2،1، س34، 1979، ص106-107، المستشار احمد محمود خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1982، ص13-14.

المصلحة قائمة أو محتملة يقرها الشرع والقانون، فالأولى هي التي تستند إلى حق أو مركز قانوني حيث يكون الغرض من التأديب حماية هذا الحق أو المركز القانوني من التعدي عليه أو تعويض ما لحق به من ضرر، والهدف من اشتراط المصلحة هو ضمان جدية الإلتجاء إلى استعمال حق التأديب من جهة، ومن جهة أخرى الحد من استعمال هذا الحق دون مقتضى، أما الثانية– المصلحة المحتملة – فهي التي تسبق حصول النشوز أو الإعوجاج فقد يظن الزوج حصول المصلحة مستقبلا وهي التي يكون الهدف منها منع حصول الضرر المحتمل مستقبلا ودرءا لمفسدة متوقعة.

الفرع الثالث: مجال استعمال الحق .

إذ يتعين أن يصدر عن الزوجة سلوك معين يوصف بالنشوز حتى يكون لزوجها الحق في تأديبها، وفي غير هذا الموضع لا يكون لهذا الحق وجود[1]. والنشوز لغة المكان المرتفع من الأرض وهو على وزن فلوس وجمعه نشوز[2]، وبالتالي فإن الزوجة الناشز هي تلك التي خرجت عن طاعة زوجها وترفعت عليه، أو عصيان المرأة زوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه[3]. وقد توسع الفقهاء في مدلول النشوز فجعلوه شاملاً (كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر)، بيد أن هذا التوسع له حدوده التي يقف عندها، ومن هذه الحدود ألا تكون المعصية قد ورد فيها حد مقرر، فحيث تبلغ المعصية قدراً واضحاً من الخطورة يجب فيها الحد لا يكون للتأديب محل، إذ لم تعد آثارها مقتصرة على الأسرة ولم يعد تعزير الزوج كافياً لمواجهة خطورتها وإنما غدت تعني المجتمع بأكمله [4]، كذلك يجب ألا يكون الأمر الذي ارتكبته الزوجة قد رُفع إلى الإمام أو القضاء، فإن تم رفعه كان له دون الزوج زجرها إلا إذا

(1): محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص101.

(2): مختار الصحاح، المرجع السابق، مادة نشر.

(3): هلالي عبد اللاه، المرجع السابق، ص160.

(4): علي حسين الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، دار المنار، صنعاء، 1993، ص168.

رجا إصلاحها على يد زوج ها، فيكون له أن يوك ل ذلك إليه [1]، ومن أمثلة النشوز التي ينهض بها حق التأديب خروج الزوجة من بيت زوجها دون إذنه أو إهدارها لماله دون وجه حق، أو قيامها بلقاء الغرباء وغير المحارم دون وجوده.. الخ، والرأي الراجح أنّ له تعزيزها على ترك الفرائض إذا كانت مسلمة مثل ترك الصوم والصلاة [2]، وعلى هذا الأساس فإنه ولكي تُعد الزوجة ناشزاً يجب أن يصدر عنها سلوك يجعلها كذلك، فهذا السلوك أمر لابد منه حتى يتحقق النشوز وبالتالي ينشأ الحق في التأديب المقرر للزوج، والسلوك الذي تُعدُ به الزوجة ناشزاً قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً تبعاً للشكل الذي يظهر عليه في محيط العالم الخارجي، فالسلوك الإيجابي الذي تعد به الزوجة ناشزاً هو إقدامها على عمل يمنع الشرع القيام به، أما السلوك السلبي فهو إحجامها عن أداء واجب أو عمل يفرضه الشرع عليها بمقتضى عقد ال زواج مثل امتناعها عن المعاشرة الزوجية أو امت ناعها عن القيام بأعمالها المنزلية [3].

الفرع الرابع: إلتزام وسائل التأديب .

تأديب الزوج لزوجته حق له، ويكون بالموعظة الحسنة والهجر بالمضاجع والضرب كما نصت عليها الآية الكريمة، وكذلك حديث الرسول (ﷺ) الذي قال فيه: " **ألا واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا...**" [4]. والضرب في التأديب هو الضرب غير المبرح الذي يوجع ولا يترتب

(1) : محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص103.

(2): عمر بركات الشامي، فيض الآله المالك في حل الفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، ج2، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1953، ص202.

(3): هلالي عبد الله احمد، المرجع السابق، ص162.

(4) : محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1371 هـ، ج6، ص236.، ابن أبي شيبة ج2ص56، والنسائي في السنن الكبرى، حديث رقم 9169، وابن ماجه حديث رقم 1851، والترمذي حديث رقم 1163،وقال حديث حسن صحيح.

عليه تلف للنفس أو الأعضاء، فإذا أدب الزوج زوجته وتجاوز الحدود المقررة فإنه مسؤول عن أي ضرر أو تلف ينتج عن فعله، ذلك أن التأديب حق للزوج والحق مقيد بشرط السلامة [1]. وهذا هو موقع التعسف في استعمال هذا الحق والتوسع فيه بمجاوزة الحد المشروع.

الفرع الخامس : حسن النية .

يعني هذا الشرط أن يكون استعمال حق التأديب متفقاً مع الغاية والحكمة المقصودة من تشريعه، فلا ينحرف به الزوج عن ذلك شفاء لحقد في نفسه أو انتقام أو لمجرد الإيذاء، فعلى الزوج أن يضع نصب عينيه غاية سامية وهي التأديب أثناء أفعاله [2].

فالتأديب قد شرع للزوج لتقويم وتصحيح سلوك المرأة الناشز فالأساس إذا من تقرير هذا الحق هو الإصلاح، فإذا ما كانت هناك غاية أخرى غير الإصلاح فلا وجود للحق، بل هو مجاوزة له وتوسع وتعسف في استعماله.

المطلب الثالث: الوسائل الشرعية لتأديب الزوجة.

للتأديب وسائل ثلاث كما جاء بالآية الكريمة وهي: الموعظة والهجر في المضاجع والضرب، ولكن السؤال الذي يثار في هذا المجال هو: هل أن الزوج ملزم بالترتيب الوارد في الآية الكريمة أم أن له الحق في الضرب لأول معصية؟

يرى الإمام مالك وأبو حنيفة والشيعة الإمامية أن الضرب لا يكون لأول معصية وإنما يكون لتكرر المعصية والإصرار عليها، فعلى الزوج التقيد بالترتيب الوارد في الآية الكريمة

وقال الإمام الشافعي معلقا على هذا الحديث: " فجعل للرجال الضرب وجعل لهم العفو، وأخبر أن الخيار ترك الضرب". كتاب الأم، ج5، ص112.

لابد من التفريق إلى أن الفاحشة الواردة في الحديث ليست الزنا لأنه موجب للحد والحد يختص بإقامته الإمام لا الزوج. د. هلالي عبد الله، المرجع السابق، ص158، هامش رقم (258).

(1): ممدوح عزمي، المرجع السابق، ص74.

(2): عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص272-273.

فيبدأ بالوعظ فإن عصت ثانية كان له أن يهجرها، فإن عادت كان له أن يضربها، هذا الرأي يتفق مع الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد.

وحجة أصحاب هذا الرأي أن الواو وردت للترتيب في قوله تعالى: ﴿...فَعِظُوهُنَّ وَٱهجُرُوهُنَّ فِي ٱلمَضَاجِعِ وَٱضرِبُوهُنَّ...﴾، وإن المقصود من التأديب هو الزجر عن المعصية في المستقبل، وهذا سبيله أن يبدأ بالأسهل فالأسهل، ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن من يضرب زوجته ابتداءً دون الالتزام بالترتيب الوارد فإنه يعاقب بسبب تجاوزه حدود حقه وتعسفه في استعماله.

أما الرأي الراجح في مذهبي الشافعي وأحمد فإن من حق الزوج ضرب زوجته سواء تكررت المعصية أم لم تتكرر، وسواء سبقه وعظ وهجر أم لم يسبقه، وحجتهم أن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وأن الواو في قوله تعالى قد جاءت لمطلق الجمع وليس للترتيب، ويترتب على هذا الرأي أن من يضرب زوجته ابتداءً فإنه لا يعاقب لأنه إنما يمارس حقه المنوط له شرعاً إذا كان في حدوده المقررة [1]، ما لم يتوسع في استعمال هذا الحق، ويتعسف فيه بأي مظهر من مظاهر مجاوزة الحق والتوسع في إيذاء المرأة.

أما هذه المراحل الثلاث فيمكننا أن نتناولها بشيء من الاختصار كالآتي:

الفرع الأول: الموعظة والإرشاد.

وذلك بأن يتكلم معها كلاماً رقيقاً ليناً بلا ضرب أو هجر، وهذا الوعظ يجب أن يكون بالموعظة الحسنة لقوله ﷻ: ﴿ ٱدعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلحِكمَةِ وَٱلمَوعِظَةِ ٱلحَسَنَةِۖ وَجَٰدِلهُم بِٱلَّتِي هِيَ أَحسَنُۚ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِۦ وَهُوَ أَعلَمُ بِٱلمُهتَدِينَ ١٢٥﴾[2]، والموعظة

(1) :عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص514-515، و أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج3، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 1415هـ، ص89، و السيد محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، ج4، مؤسسة النشر الإسلامية، قُم، 1402هـ، ص345.

(2): سورة النحل، آية (125).

الحسنة هي التي لا يخفى على من تعظه أنك تنصحه وتقصد ما ينفعه فيها، وينبغي أن يكون سراً بينه وبينها لا بحضور أهلها أو أهله أو أطفالهما، وينبغي أن يكون ذلك بعدم جرح مشاعرها أو بإظهار رغبته في التسلط وحب الانتقام أو غير ذلك [1]، فإن وقع هذا فهو مجاوزة للحق وخروجٌ عن مقتضى التأديب وتوسعٌ في التعسف.

الفرع الثاني: الهجر في المضجع.

والهجر هنا هو عدم المضاجعة في الفراش، أما هجر الكلام فقد اختلف فيه، فهناك من يرى أن الهجر هو هجر المضاجع والكلام، وذهب الرأي الآخر أن الهجر هو هجر المضاجع أما هجر الكلام فلا يجب أن يزيد على ثلاثة أيام لقوله (ﷺ): " **لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام**" [2]. ومهما يكن من أمر فإن الهجر يجب أن لا يكون واضحاً أو ظاهراً في غير مكان خلوة الزوجين ولا يكون أمام الأطفال، ولا أمام الغرباء بإذلال الزوجة أمامهم واستهانته بكرامتها فتزداد نشوزاً، لأن المقصود علاج النشوز لا إذلال الزوجة [3].

الفرع الثالث: الضرب :

والضرب المقصود هنا هو الضرب غير المبرح لقوله (ﷺ):" **إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح**" [4]. والضرب غير المبرح هو الضرب غير الشديد وغير الشائن، فيجب أن لا يكون شديداً ولا يؤثر في الجسم

(1): ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين المرأة والرجل، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص75.

(2) :رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأداب، رقم الحديث 4644.

(3): للتوسع في الاراء ينظر: علي عبد الله القضاة، حقوق الزوج، المكتبة الوطنية، عمان، ط1، 2002، ص53-55.

(4): رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب حجة النبي، رقم الحديث 2137.، وقال الحافظ بن حجر – رحمه الله تعالى– :" فيه دلالة على أن ضربهن مباح في الجملة، ومحل ذلك أن يضربها تأديبا إذا رأى منها ما يكره فيما يجب عليها طاعته فيه، فإن اكتفى بالتهديد ونحوه كان أفضل ومهما أمكن الوصول إلى الغرض بالإيهام لا يعدل إلى الفعل لما في وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن العشرة المطلوبة في الزوجية إلا إذا كان في أمر يتعلق بمعصية الله ". فتح الباري ج9، ص 304.

أو يغير لون الجلد وأن يجتنب فيه المواطن الحساسة من الجسم مثل الوجه أو المواضع المهلكة مثل البطن[1]. ويشترط في الضّرب أن يكون بقصد التأديب وأن لا يُسرف فيه، وأن يكون مما يعد مثله تأديباً في الوسط الاجتماعي أو البيئة التي يعيش فيها[2].

وفي ذلك ذهبت محكمة التمييز في العراق في قرار لها بأن ((الضرب المباح للتأديب يجب أن لا يترك أثراً ولا يصيب الوجه مطلقاً)) [3]، وفي قرار آخر لها ذهبت فيه إلى أن : ((اعتداء الزوج على زوجته بضربها على وجهها وجر شعرها في الشارع العام أما المارين يخرج عن حدود التأديب المسموح به للزوج على زوجته ويشكل جريمة تنطبق عليها المادة 415 عقوبات)) [4]، وبمثل ذلك تذهب محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن: ((حق الزوج في تأديب زوجته حده أن لا يحدث أثراً بجسم الزوجة. الضرب الذي يحدث سحجات بسيطة معاقب عليه))[5].

ويمكن القول أخيراً في هذا المجال بأنه ليس للزوج أن يؤدب زوجته إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن التأديب لا فائدة منه، وليس له أن يخرج على حدود التأديب إذا اعتقد أو غلب على ظنه أن إصلاحها لا يكون إلا بالضرب الشديد، ويعد عمل الزوج في الحالين اعتداء لا تأديبا، وهو وجه من وجوه تعسف الزوج في استعمال حقه في تأديب زوجته [6].

(1) :عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص58، د. عبد القادر الشيخلي، السكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، جمعية العفاف الخيرية، عمان، ط1، 2001، ص65.

(2) :عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص516.

(3): قرار رقم 501/ تمييزية/ 1976 في 76/5/11، مجلة الأحكام العدلية، ع2، س7، 1977، ص371-372.

(4) : قرار رقم 452/ تمييزية/ 1976 في 76/5/9، المرجع السابق، ص372.

(5) : الطعن رقم 1132، جلسة 1975/11/2، نقلا عن: معوض عبد التواب، الوسيط في أحكام النقض الجنائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1985، ص246.

(6) : عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص516-517، محمد محي الدين عوض، قانون العقوبات السوداني، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص412.

المطلب الرابع: مظاهر التعسف في استعمال حق التأديب.

نتناول هنا أهم المبررات والغايات المستهدفة من وراء إباحة تأديب الزوجة وكيفية الخروج عليها مما يترتب عليه حصول التعسف في استعمال الحق والتوسع فيه، وكذلك عناصر هذا التعسف وآثار التعسف.

الفرع الأول: تجاوز الحدود الغائية في حق التأديب.

لا يختلف فقهاء الشريعة والقانون في طبيعة الحق من ناحية أنه يعطي سُلطة يُقْدرُ بها على تحقيق المصلحة التي يكفلها له هذا الحق، والمصلحة التي يكفلها الحق تمثل الغاية التي يتوقف عليها وجوده، كما تمثل الإطار العام الذي يحكم سلوك صاحب الحق عند استعماله لحقه حيث يتقيد في استعمال حقه بحدود تلك المصلحة على أساس أنها الغاية من استعمال الحق.

فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان يشبع حاجة مشروعة[1].

والحقوق تبعاً لذلك تتقيد – كما علمنا سابقاً– بنوعين من القيود، قيود تتصل بطبيعة الحق ونطاقه وتسمى بالحدود الموضوعية للحق، وقيود تتصل بغاية الحق وتعرف بالحدود الغائية للحق وهذه الحدود الأخيرة على درجة كبيرة من الأهمية في استعمال حق التأديب، ذلك أن الحدود الموضوعية له قد تكفلت القواعد القانونية بتنظيمها، وتحديد سلطات صاحب الحق تجاه من يخضع لهذا الحق مما يجعلها محددة، أما الحدود الغائية فإنها تتعدد ولا تتناهى، مما يزيد من أهمية وصعوبة تحديدها، وإن الخروج عن هذه الحدود يولد التعسف في استعمال حق التأديب، حيث أنها تتمثل في عمل عادي في مظهره ولكنه يمارس دون

(1): محمد شوقي السيد، المرجع السابق، ص67.

غرض نافع مع قصد الإضرار، فيعد بذلك عملاً غير عادي، ويقيم مسؤولية صاحبه على الرغ م من مشروعيته من حيث المضمون والحدود [1].

ففي تأديب الزوجة فإن الغاية منه هو تهذيبها وحملها على الطاعة وإصلاح نشوزها، فولاية التأديب وضعها الشارع حقاً بيد الزوج، ليستهدف باستعماله حق التأديب هذه الغاية، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك، أصبح فعله تعسفياً غير مشروع، لانحرافه بهذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها، كأن يريد به الانتقام أو التعبير عن الكراهية، أو حمل الزوجة على المعصية أو إنفاق مالها في وجه لا تراه مناسباً...الخ، ولو أنه استعمل حقه في الحدود الموضوعية المرسومة له شرعاً وقانوناً[2]، ويقول صاحب منح الجليل : ((إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها، لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها)) [3].

وهكذا يقرر الفقهاء على أن الحق وسيلة شرعت لغاية معينة، فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة لأن ذلك يناقض قصد المشرع من تشريعه هذا الحق ومناقضة الشارع باطلة، فما يؤدي إليها باطل ولا يمكن أن يكون هناك معنى للتعسف غير هذا.

وعلى الزوج أن لا يستعجل في اللجوء إلى الضرب، فليتحمل شطط الزوجة وتقصيرها في حقه، ويكتفي بالوعظ والهجر، فإذا استنفد صبره ورأى أن الضرب قد يأتي بالإصلاح باشره كونه علاج وليس انتقام.

فغاية التأديب قد تتحقق في إحدى الإجراءات التي شرعها الشارع، وبالتالي يجب التوقف عندها وعدم تجاوزها إلى التي تليها، وهذا يدل على أن الغاية غاية الطاعة وهي

(1): عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص152.
(2): محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص105، محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، 106.
(3): منح الجليل، ج2، ص176، نقلاً عن فتحي الدريني، المرجع السابق، ص481، هامش (2).

المقصودة لا طاعة الإرغام [1]. فالتأديب إذا حصل بالأخف من الأفعال والأقوال لا يعدل إلى الأغلظ، إذ هو مفسدة لا فائدة فيه لحصول الغرض بما دونه، كما أنه توسعٌ في استعمال الحق وتعسفٌ فيه، لا يُلائم المقصود منه ولا يُحقق أي مصلحة مرجوة من التأديب

الفرع الثاني : عناصر التعسف في استعمال الحق.

إذا حاد الشخص صاحب الحق في التأديب بسلوكه عن الغاية المطلوبة من منحه حق التأديب وتوسع في استعمال هذا الحق، خرج فعله من نطاق الإباحة أو المشروعية إلى نطاق التجريم والعقاب، ونتج عن فعله جريمة يتوافر فيها عنصران هما العنصر المادي والمعنوي ونتناول كلاً منهما فيما يأتي :

أولا: الركن المادي.

الركن المادي هو إحدى الدعامتين اللتين يقوم عليهما التعسف في استعمال حق التأديب أولا ، ثم التوسع فيه ثانيا، وهو يتحقق بكل سلوك يصدر عن الجاني يكون من شأنه الحيدة عن الغاية الاجتماعية للحق المخول له استعماله، والعنصر المادي هو ضرورة في كل جريمة، فلا جريمة بغير ركن مادي، فالنموذج الإجرامي هو الصورة المادية للجريمة كما رسمتها القاعدة الجنائية الإيجابية، أي تلك الصورة اللازم أن يتخذها السلوك الإنساني مادياً حتى يمكن وصفه بالجريمة، وأياً كانت صورة السلوك الذي يتكون منه النموذج الإجرامي فإنه في كل الحالات وفي كل النماذج مادي خارجي فيما يتعلق بشخص صاحبه، بمعنى أنه ينبعث من هذا الشخص في صورة مادية قابلة لأن يعاينها الغير باستخدام حواس الإدراك[2].

ففي مجال الحق في التأديب المقرر للزوج على زوجته، فإن فعل التعسف يتحقق مثلاً إذا ضرب الزوج زوجته بقصد معين غير قصد التأديب، كأن يضربها لتترك الصلاة،

(1): علي عبد الله القضاة، المرجع السابق، ص57.

(2): رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، المرجع السابق، ص314-316، +. ماهر عبد شويش، المرجع السابق، ص187-188.

أو لتنزع الحجاب أو يجبرها على الجلوس مع رجال غرباء، وقد يتحقق إذا كان الضرب لمجرد الانتقام أو بث الرعب في نفوس أولاده، أو لإهانتها أمام أهله أو أهلها أو غيرهم، ففي كل ذلك فإن الضرب يكون غير مشروع ويتحقق العنصر المادي من خلاله.

وينبغي أن يترتب على فعل التعسف هذا أثر معين يسمى بالنتيجة الجرمية ويتمثل بالإضرار الفعلي والانتهاك الأكيد للمصلحة محل الحماية الجزائية، والضرر هنا هو تعطيل أو انتقاص حق أو مصلحة يحميها القانون أو هو إهدار هذه المصلحة أو الحد منها[1]، وقد تتحقق النتيجة في صورة ضرر معنوي يوصف بأنه اعتداء على مصلحة جديرة من وجهة نظر المشرع بالحماية الجزائية، بمعنى آخر فإن النتيجة قد تقع لمجرد تعريض المصلحة المحمية للخطر وإن لم يقع ضرر بالمعنى المادي المحسوس [2]، ويتحقق ذلك بمجرد وقوع تهديد على حق يحميه القانون، لأن التهديد بمثابة اعتداء جزئي على حق من الحقوق القانونية من شأنه أن يحدث اضطراباً في حياة الأفراد وأن يسلبهم حقهم الطبيعي في حياة حرة آمنة، مثل الزوج الذي دأب على تهديد زوجته بالضرب أو بالزواج عليها، الأمر الذي أثر في صحتها فساءت وتدهورت[3].

وبعد ذلك ينبغي لمساءلة الفاعل عن فعله أن ترتبط هذه النتيجة بالفعل ارتباط السبب بالمسبب أي أن تقوم بين الفعل والنتيجة علاقة سببية، بغض النظر عما إذا كان الجاني قد توقع النتيجة أم لا، إذ أنها تقوم حيث تكون النتيجة محتملة الوقوع وفقاً للسير العادي للأمور[4].

(1): عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص54.

(2): فخري الحديثي، المرجع السابق، ص189-190.

(3): هلالي عبد الله احمد، المرجع السابق، ص244.

(4): محمود نجيب حسني، علاقة السببية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص4-5.

ثانيا: الركن المعنوي .

الركن المعنوي علاقة تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني، وهذه العلاقة محل للوم القانون، وتتمثل فيها سيطرة الجاني على الفعل وآثاره، وجوهرها الإرادة، ومن ثم كانت ذات طبيعة نفسية[1].

ويعتد المشرع بالعنصر المعنوي لأنه تعبير عن شخصية الجاني بمناسبة فعل معين ارتكبه، ومن ثم كان مظهراً لهذه الشخصية التي يتجه إليها القانون بالردع والإصلاح [2].

والتعسف في استعمال حق التأديب يكون دائماً عمدياً، إذ أنه يقترن بسوء نية الجاني الذي يتخذ من الوسيلة المشروعة غرضاً غير مشروع، فسوء النية تعني اتجاه إرادة الجاني إلى فعل يعد جريمة مع علمه بذلك، فالزوج الذي يهجر زوجته من غير سبب سوى الإضرار بها وإجبارها على فعل غير مشروع إنما يخرج بفعله هذا الذي خوله إياه المشرع عن الحدود الغائية للحق وبالتالي يعد متعسفاً في حقه، بل متوسعا فيه متجاوزا الحدود المسموحة له، أو أنه يرتكب فعلاً غير مشروع لا لأنه بذاته غير مشروع وإنما لانحراف قصده عن الغاية الاجتماعية لحقه في التأديب[3] فأساس التجريم في استعمال حق التأديب عند الخروج به عن غاياته الاجتماعية ليس ذات الفعل المشروع أصلاً، وإنما هو الانحراف بالعنصر المعنوي أو القصد أو سوء النية التي هي أساس التجريم في التعسف، فالأصل أن يستخدم الزوج حقه بحسن نية، فلما حادا عنه دخل الفعل في إطار عدم المشروعية بسبب سوء النية أو العمد بصرف النظر عن البواعث الدافعة للتصرف محل التجريم.

---

(1): شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص937-940.

(2) : محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، المرجع السابق، ص9.

(3): والأب الذي يضرب ابنه بقصد الانتقام إنما يفعل ذلك وهو يعلم أنه يستخدم حقاً خوله إياه القانون قاصداً منه غرضاً غير الذي على أساسه خوله إياه ذاك الحق.

الفرع الثالث :آثار التعسف في استعمال حق التأديب.

بعد تحقق التعسف بحياد صاحب الحق عن الغاية الاجتماعية المقررة لذلك الحق، تنتفي عندها علة الإباحة، ومن ثم تنشأ جريمة تخضع لحدود التجريم، فإذا نشأت الجريمة نتجت تبعاً لذلك آثار التجريم والتي تتلخص بمسؤولية المتعسف في استعمال حقه والجزاء المترتب على ذلك التعسف، ونتناول كلاً منهما في الآتي .

أولا: المسؤولية الجزائية .

إذا استعمل الزوج أو من في حكمه حقه في التأديب[1] في حدوده المشروعة وكان ضمن الغاية الاجتماعية التي قيد المشرع استعمال الحق بها، فإنه لا يُسأل لا مدنياً ولا جزائياً عن أفعاله، لأنه إنما يستعمل حقاً منحه إياه المشرع، وفي ذلك تذهب محكمة النقض المصرية في قرار لها بأن ((الاستعمال المشروع للحق يترتب عليه انتفاء مسؤولية صاحب الحق عما ينشأ من ضرر)) [2].

فإذا ما شاب استعمال الحق في التأديب انحراف مقصود صاحَبَهُ سوءُ نية عُدَ ذلك خطأً عمداً، أي جريمة عمدية، ويتوقف تكييفها على نوع النموذج القانوني الذي ينطبق عليها، فالذي يضرب ابنته تحت ستار التأديب فيتسبب في وفاتها فإنه يعد مرتكباً جريمة الضرب المفضي إلى الموت، ومن يضرب زوجته بقصد سوى قصد التأديب فتتخلقُ عن ذلك آثار في جسمها يعد مرتكباً جريمة الإيذاء العمد [3]. – وكما علمنا سابقاً– فإن المستقر عليها في الفقه القانوني، أن التعسف يفترض بقاء صاحب الحق في الحدود التي عينها

(1) : كالأب في حال تأديب أولاده أو المعلم في حال تأديب تلاميذه.

(2): نقض 1981/6/9، طعن 59، نقلا عن : المستشار أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج3، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1983، ص137.

(3) : عثمان سعيد عثمان، المرجع السابق، ص498، الموسوعة العصرية في الفقه الجنائي الإسلامي (كتاب عبد القادر عودة) مع تعليقات السيد إسماعيل الصدر وآراء للدكتور توفيق الشاوي، دار الشروق، القاهرة، ج3، ط1، 2001، ص188.

القانون لحقه، ومباشرته لتحقيق غرض آخر غير الغرض الذي حدده القانون وإن أدى لتحقيق فائدة لصاحبه، أما تجاوز حدود الحق فيعني خروج صاحب الحق عن حدوده الموضوعية أو المادية المقررة قانوناً، وتبدو أهمية هذه التفرقة في أن التعسف يخضع للتجريم حيث لا يتوافر أساس الإباحة بانعدام الدافع المشروع وبالتالي فإنه يكون عمدياً دائماً، أما تجاوز حدود الحق، فمع خضوعه للتجريم فإنه قد يكون عمدياً أو غير عمدي وبالتالي يعد ظرفاً قضائياً مخففاً للعقوبة وهو أمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1].

وعلى العموم فإن الزوج أو الأب أو كل من يتمتع بحق التأديب لا يكون أي منهم مسؤولاً عن استعمال حقه إذا راعى فيه الحدود الغائية والمادية لأنه إنما يستعمل حقاً منحه إياه المشرع أما إذا خرج بفعله عن هذه الحدود كان مسؤولاً جزائياً ومدنياً عن فعله غير المشروع الذي خرج من نطاق المشروعية وعاد إلى نطاق التجريم.

ثانيا: الجزاء المترتب على التعسف في استعمال حق التأديب.

تقضي القواعد العامة بأنه عند تحقق التعسف وقيام المسؤولية أن يعاقب الفاعل على تعسفه بالعقوبة المقررة للجريمة المرتكبة، ذلك أن العقوبة هي الجزاء الجنائي الذي يفرضه المشرع على من يرتكب فعل يعده جريمة إذا شكل انتهاكاً وخرقاً لحقوق محمية قانوناً، فالزوج الذي يضرب زوجته بقصد إجبارها على عمل غير مشروع يعاقب بوصف فعله جريمة إيذاء عمد مما يقتضي فرض عقوبة هذه الجريمة عليه وفق المواد (262-263 مكرر، 263مكرر1 ،263 مكرر2، 264، 269،270، 271، 272)[2] من قانون

(1): أ بو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000، ص45-46.

(2): المادة 262 ق ع ج : ((يعاقب باعتباره قاتلا كل مجرم مهما كان وصفه استعمل التعذيب أو ارتكب أعمالا وحشية لارتكاب جنايته.)).

المادة 263ق ع ج : ((يعاقب على القتل بالإعدام إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى.

العقوبات[1]، والذي يضرب ابنه انتقاماً منه ويؤدي هذا الضرب إلى موته فإنه يُسأل عن جريمة الضرب المفضي إلى الموت وبالتالي استحقاقه العقوبة ، فضلاً عن ذلك الجزاء الجنائي الذي تقضي به المحكمة، فإن هناك جزاء آخر ألا وهو الجزاء المدني، فالزوجة التي تقع تحت تعسف زوجها باستعماله لحق التأديب فإنه يحق لها طلب التفريق للضرر والمتمثل بعنف الزوج، طبقا لأحكام المادة (53) من القانون 05-09[(2)]، فضلاً عن ذلك فإن التعويض المادي والمعنوي يعد جزاء مدنياً مُهماً في معالجة من يتعسف باستعمال حقه، ذلك أن الزوجة أو الصغير لهم حق التعويض المادي والمعنوي عما يلحقهم من أضرار نتيجة

كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إما غعداد أو تسهيل أو تنفيذ جنحة أو تسهيل فرار مرتكبي هذه الجنحة أو الشركاء فيها أو ضمان تخلصهم من عقوبتها.

ويعاقب القاتل في غير ذلك من الحالات بالسجن المؤبد.

وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه الفقرة يجب القضاء بمصادرة الأسلحة والأشياء والآلات التي استعملت في ارتكاب الجناية مع حفظ حقوق الغير حسن النية.)).

المادة 263 مكرر: ((يقصد بالتعذيب كل عمل ينتج عنه عذاب أو ألم شديد جسديا كان أو عقليا يلحق عمدا بشخص ما، مهما كان سببه.)).

المادة 263 مكرر1 ((يعاقب بالسجن المؤقت من 5 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة مالية من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يمارس أو يحرض أو يأمر بممارسة التعذيب على شخص .)).

ملاحظة: بقية المواد : 263مكرر2، 264، 269،270، 271، 272، تدور حول نفس المعاني مع بيان الإختلاف في مقدار العقوبات المالية.

(1): قانون العقوبات الجزائري الصادر بالأمر 66-159 في 8 يونيو 1966 المتمم والمعدل بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/02/25.

(2) : المادة 53 " يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بموجبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 79و80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج./ 3- الهجر في المضجع فوق اربة أشهر./ 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية./ 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة./ 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه

7 - إرتكاب فاحشة مبينة / 8- الشقاق المستمر بين الزوجين/ 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج./ 10- كل ضرر معتبر شرعا.

التعسف الذي يقع عليهم [1]. فالتعويض هو جبر للضرر الذي يلحق بالشخص، وحق المجني عليه في التعويض يعني حقه في الحصول على ما يجبر الضرر ممن أوقعه أو تسبب بوقوعه [2]، فهو جزاء مهم للحد من تعسف الأزواج أو الآباء أو المعلمين أو من في حكمهم عند استعمالهم لحقهم في التأديب.

وبهذا يتضح لنا أن قانون العقوبات ج يجرم معظم أعمال العنف التي تمس سلامة الشخص البدنية والنفسية بشكل عام، فينص على عقوبات خاصة بجرائم الضرب والجرح، ورغم أنه لا توجد مادة مستقلة تجرم فعل تعدي الزوج على زوجته بالضرب المبرح تحت مصطلح حق التأديب[3] فلا شك أن الزوج الذي يتعسف ويعتدي على زوجته في إطار ممارسة حق التأديب يسأل جنائيا عن فعل الضرب سواء باعتباره جنحة طبقا للمادة 1/264، أو باعتباره جناية إحداث عاهة مستديمة أو ضرب أفضى إلى الموت أو القتل طبقًا للفقرتين3 و 4 من نفس المادة.

وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا ((إن ضرب الزوجة المبرح يعتبر من الأضرار المعتبرة شرعا التي تستوجب التطليق دون اشتراط صدور حكم جزائي))[4] ، وبالرجوع للمادة53 ق أ ج المذكورة سلفا فإنه يمكن للزوجة المتضررة من تجاوز حدود حق التأديب اللجوء إلى القاضي تشكو زوجها وللقاضي سلطة تقديرية في الصلح بين الزوجين أو الحكم بعقاب الزوج والحكم بمسؤوليته الجنائية فالعنف الممارس ضد الزوجة وإن كان غير مجرم في ظل ق.ع إلا أنه بالدرجة الأولى لا يمكنه أن يخرج عن كونه جريمة قائمة في حد ذاتها.

---

(1): مَقدّم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1985، ص201-203.

(2): محمد فوزي فيض الله، المرجع السابق، ص158-159.

(3): نسيمة عليوي، العنف ضد المرأة في إطار الزواج، شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2011-2012، ص 63.

(4) : غ.أ.ش.خ.س 2001، ص 126، ملف رقم 222134، صادر في 1999/05/18

وفي الواقع وبعيدًا عن النصوص القانونية فإن حماية السلامة الجسدية والمعنوية للنساء اللواتي يتعرضن للضرب غير محققة في أغلب الأحيان، فكثيرا ما تمتنع الزوجات عن اللجوء للقضاء الجزائي لتقديم شكوى ضد زوجها ووالد أطفالها، ولذلك فإن أغلب الزوجات يفضلن اللجوء للقضاء العادي لطلب التطليق والحصول على تعويض فقط .

وفي آخر هذا المبحث نخلص إلى ما يلي:

1- وجوب معاشرة كل واحد من الزوجين الآخر بالمعروف.

2- أن القوامة بيد الرجل، ومما يدخل في القوامة تقويم سلوك الزوجة متى أساءت فيما يجب عليها الإحسان فيه نحو زوجها.

3- يحرم على الزوج ضرب زوجته ظلما بلا سبب وكان الضرب يسيرا، لأن الظلم ظلمات يوم القيامة.

4- إذا كان ولا بد من الضرب فيجب على الزوج أن يقصد به التأديب والتقويم، لا التشفي والإنتقام.

5- إذا مارس الزوج حقه في تأديب زوجته بهذه الضوابط الشرعية والقانونية، لا يصح وصف تصرفه هذا عنفا أسريا، ولا يمكن تكييفه تعسفا في استعمال الحق، ولا تجاوزا أو انتهاكا لحقوق الإنسان.

6- لا يصح للزوج –شرعا ولا قانونا –أن يؤدب زوجته إن استدعى الأمر ذلك أمام أطفالها أو غيرهم، لكون هذا نوع من التعسف في استعمال حقه يحيد به عن الغرض الشرعي والقانوني المسموح، كما لا يصح له ضربها في حال غضبه، ولو مع وجود ما يستدعي ضربها، لإمكانية أن يدفعه غضبه مجاوزة الحد المأذون به شرعا وقانونا، فإن التزم الزوج بهذه الضوابط فلا يُسأل شرعا، كما لا يكون محل مساءلة قانونية، أما إذا خالف تلك

الضوابط فإنه يكون قد وقع في عين التعسف، وتجاوز حدود وغاية التأديب ويمكن أن يك ون محلا للمساءلة والإقتصاص، والمتابعة الجزائية[1].

بهذا التفصيل نكون قد أتينا على إنهاء هذا الفصل الذي بينا فيه مجال التعسف في استعمال حقي القوامة والتأديب، وما تعلق به من أحكام فقهية وقانونية، وما يظهر معه من توسع أو تضييق في استعمال هذا الحق، وننتقل الأن إلى الفصل الموالي الذي نتعرض فيه بالشرح والتبيين لمسألة التعسف في استعمال حق فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها، وما يصاحبه من مظاهر التعسف من كلا الطرفين، وما حدود ونطاق التوسع والتضييق في استعمال هذ الحق وسيتم التركيز فيه على:

01- التعسف في استعمال حق الطلاق.

02- التعسف في استعمال حق الخلع.

كونهما الحقين اللذين يظهر فيهما التعسف كثيرا، وغالب الأحيان يلجأ كلا الزوجين إلى التوسع في استعمال هذا الحق قصد الإضرار بالطرف التاني.

أما التطليق فلا مجال فيه للتعسف كونه محصور بمدى توافر أسبابه المذكورة في المادة (53) من قانون الأسرة الجزائري.

(1) : ومما يلاحظ في هذا الموقع أن العنف الأسري أو تعسف الأزواج في استعمال حقوقهم في تأديب زوجاتهم، ليس قاصرا على الرجال فقط بل هناك حالات موثقة تؤكد صدور هذا التصرف من كثير من الزوجات ضد أزواجهن خاصة في بعض الدول الخليجية، فقد ذكر المحامي الكويتي خالد العبد الله الجليل إن دراسة في الكويت أثبتت أن 20% من الزوجات يضربن أزواجهن ضربا مبرحا.

كما نذكر كذلك صور تعسف الأب اتجاه الأولاد فكثيرا ما نلاحظ أن بعض الآباء يتعسفون في استعمال بعض حقوقهم اتجاه الأولاد، ويتجلى ذلك في مواضيع متعددة ترجع بعضها إلى غياب السن القانوني الذي يسمح للأولاد بإنجاز بعض التصرفات القانونية مما يستدعي تدخل الأب لصحة هذه التصرفات، كما هو الحال في إنشاء عقد الزواج وكذا تسيير مال القاصر.

الفصل الثاني

التّعسف في استعمال حقّ فك الرابطة الزوجية.

الفصل الثّانـي:

التّعسف في استعمال حقّ فك الرابطة الزوجية

بعد التفصيل في مسألة القوامة الزوجية وحق الزوج في تأديب زوجته وما يتعلق بها من أحكام وآثار تنتج عن التعسف في استعمال هذا الحق، واستبيان أهم القوانين والتشريعات الأجنبية والوطنية حول هذه المسألة، نتطرق الآن إلى قضية أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، ألا وهي مسألة فك الرابطة الزوجية، التي ربما تكون أول أثر ينتج عن تعسف الزوج في استعمال الحقين السابقين ونحاول في هذا المبحث التطرق لفك الرابطة الزوجية بمختلف صورها، خاصة تلك التي يظهر فيها التعسف جليا، ونركز أكثر على الطلاق والخلع بوصفهما أبرز طريقتين يمكن أن يظهر فيهما التعسف، وربما تجاوز الحدود المشروعة ، حين يلجأ أحد الزوجين إلى استعمال هذا الحق والتعسف فيه قاصدا الإضرار بالطرف الثاني، وهنا نتساءل عن أهم الأحكام والضوابط التي تحكمهما، والقوانين والتشريعات التي تطرقت إلي دراسة هذه الحالات.

وقد تناول المشرع الجزائري في المادة(47) من ق.أ.ج طرق انحلال الرابطة الزوجية بقوله:((تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة)) . ومن هنا يتضح لنا ان المشرع قد حصر أنواع الفرقة بين الزوجين في لطلاق أو الوفاة كأسباب عامة، غير أنه أغفل الفسخ كونه صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، لاختلافه عن الطلاق، وكان الجد أن يجعل الفسخ صورة من صور إنحلال الرابطة الزوجية لقيام العقد في بعض الحالات صحيحا ثم يطرأ عليه عارض يمنع بقاءه بعد أن نشا صحيحا كردة أحد الزوجين[1]، أما انحلال الرابطة

(1) : إن الفسخ عند فقهاء الشريعة هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد، كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طرأ على العقد بعد نشوئه تاما صحيحا، كما لو تبين أن العقد كان فاسدا بسبب أن المرأة المعقود عليها ليست محلا للعقد بالنسبة لمن تزوجها بأن ظهر أنها أخته من الرضاع، أوكانت زوجة للغير أو معتدة وقت إنشاء العقد، أو ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام بعد العقد. ولعلنا نعذر المشرع الجزائري عن هذا حيث تطرق لقضية الفسخ في المادتين 33 و34 عند تطرقه للزواج غير الصحيح.

الزوجية بالوفاة فليس لإرادة الطرفين دخل فيها، حيث يترتب عنها كافة الاثار القانونية والشرعية، لهذا ستكون دراستنا في هذا الفصل مركزة على الطلاق والخلع، دون الإتيان على الطرق الأخرى لانحلال الرابطة الزوجية(التطليق القضائي، الطلاق بالتراضي، الطلاق في بعض الحالات الخاصة كالطلاق في زمن الحيض، أو طهر مسها فيه، أو طلاق الهازل، أو طلاق الثلاث بلفظ واحد، أو الطلاق في مرض الموت، ...)، لعدم ظهور صور التعسف فيها، أو لاندراجها في إساءة استعمال الحق وليس في التعسف في استعماله.

المبحث الأول:

التّعسف في استعمال حقّ الطَّلاق.

شرع الإسلام الطلاق إذا وصلت الحياة الزوجية إلى طريقٍ مسدود، قال الإمام ابن قدامة: " فربما فسدت الحال بين الزَّوجين، فيصير بقاء النّكاح مفسدة محضة وضررا محضا بإلزام الزّوج النفقة والسُّكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك تشريع ما يزيل النّكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه "[1] . وشرِّعَ له من الآداب التي تحقق مصلحة الأسرة والأولاد بشكل يكون بعيدا عن التّعسّف والظلم، ووُضِعت له شروطاً وفُرضت على إرادة الزوج قيوداً وحدوداً، بحيث لن يتمكن من أن يعتبره عملا كيفيًّا يَقْدُمُ عليه متى شاء، ولأي سببٍ أراد[2]. فالطلاق مشروع للضرورة القصوى، ولا يكون لمجرد العبث والهوى، فيكون مبغُوضاً من غير حاجة إليه، وهو طلاق التّعسُّف كما صنَّفه الفقهاء المعاصرون، إذ لا ينكرون أن الزّوج قد يُسيء استعمال حقّه، بقصد الإضرار بالزوجة، وهنا يبرز الإشكال حيث أنه رغم اتفاق فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق.

(1): إبن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 122.

(2): مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مطبعة العاني، بغداد؛ ط1، سنة 1984؛ ص184-185.

إلا أنهم اختلفوا في أصل هذه المشروعية بين أن تكون في أصلها الإباحة أم الحظر[1].

أما من الناحية الواقعية في الجزائر فإن الطلاق كظاهرة في المجتمع الجزائري بدأت تأخذ في الانتشار السريع وتنخر جسد المجتمع، وتهدد كينونة الأسرة، وتخلف أثارا سلبية على الفرد والمجتمع، فهذا الأمر أصبح مقلقا نتيجة التزايد المطرد لأرقام الظاهرة، حيث تشير الإحصاءات الديموغرافية الصادرة عن الديوان الوطني للإحصائيات وكذلك وزارة العدل عن وجود ارتفاع قياسي في أرقام ومعدلات الطلاق في الجزائر، حيث ارتفعت عدد حالات الطلاق في الجزائر من 31 ألف حالة سنة 2005إلى 49 ألف حالة سنة 2010 لتبلغ 57 ألف حالة طلاق سنة 2015 وأكثر من 63 ألف حالة سنة 2016، لتبلغ 68 ألف حالة سنة 2017، أي بنسبة 191 حالة طلاق في اليوم، أما نسب الطلاق فقد عرفت ارتفاع مستمر من 11.1%سنة 2005 إلى 14.46% سنة2010 و16.23% سنة2015 لتبلغ هذه النسبة 17.42% سنة 2016 ولتتجاوز 19% سنة2017.

في ذات الوقت نسجل كل 10 دقائق حالة طلاق جديدة في الجزائر أي بمعدل 6 حالات كل ساعة و144 حالة طلاق في اليوم[2]، هذا ما يدعوا إلى دق ناقوس الخطر وضرورة فتح قراءات في أرقام وإحصاءات ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، فالمهتم بقراءة هذه الأرقام يستطيع بمقتضاها الكشف عن جوانب عديدة ذات صلة بارتفاع وانتشار ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، لهذا وجب وضع بعض جوانب الموضوع تحت الأضواء وتقديم تفسيرات وتحليلات لارتفاع نسب وأرقام هذه الظاهرة، واقتراح الحلول في هذا الإطار، فالباحثين والمهتمين مدعوون لتقديم قراءات في أرقام ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري

(1): مجيد علي العبيدي؛ الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص17.

(2): اليوم الدراسي المنعقد بتاريخ: 2018/04/21، مخبر المجتمع ولأسرة، قسم الإجتماع والديموغرافيا، جامعة باتنة 1.

وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى مفهوم الطّلاق وحكمُه، وبيان الحكمة التي شُرع من أجلها الطلاق، ثم نبين أوجه التعسف في إيقاع الطلاق، وبيان موقف القضاء والقانون من هذا كله.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وحكمه والحكمة منه.

الأصل في الحياة الزوجية، أنها مبنيةٌ على المودة والرحمة والتعاون، لما فيه صلاح الأسرة وسعادة أطرافها، وبالأخص الزوج والزوجة، وكل ما عدا ذلك يعرض هذا الكيان إلى الخطر والشقاق، وعليه قد تهب رياح النزاع، ويسود الإضطراب، ويتضرر كل طرف من الآخر بما لا يتحقق معه السكن النفسي، والإطمئنان الروحي، فحينئذ يكون لازماً فك تلك الرابطة، وحل ذلك العقد، لأنه أصبح لا خير فيه.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق.

وعليه يقصد بالطلاق[1] رفع القيد الثابت بالزواج، أو حلّ الرابطة الزوجية في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، وقد أشار المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (48) بقوله :" يُحلُّ عقد الزّواج بالطّلاق الذي يتمُّ بإرادة الزّوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادّتين 53و54 من هذا القانون".

حيث اعتبر المشرع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة منصور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه يلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع قد عزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق، واكتفى ببيان إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق، ولم يتطرق حقيقة إلى

73: مفهوم الطلاق: تكاثرت المعاني اللغوية لكلمة الطلاق، وهذا راجع لشساعة لغة العرب، واستعمالاتهم لتلك اللفظة في معانٍ متعددة، كما أنَّ المعنى الإصطلاحي غير متباعد عن المعنى اللغوي.

فقد ورد في لسان العرب أن الطلاق الترك والمفارقة، يقال طلّق البلاد أي فارقها، والطّالق من الإبل هي التي أُطلقت في المرعى، وكانت العرب في الجاهلية تستعمل لفظ الطّلاق في الفرقة بين الزوجين، فلما جاء الإسلام أقره في هذا المعنى، مع تفاوت يسير.

أركانه وشروطه وضوابطه، وفي ذلك محاولة منه التملص من أي التزام قد يقع عليه بسبب تبنيه تعريف معين، وترك هذا إلى الفقه، مضمنا ذلك في المادة (222)،(مادة الإحالة على الشريعة الإسلامية).

الفرع الثاني: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته.

من حيث الأصل أنه مشروعٌ، لما ورد من نصوص شرعية من القرآن والسنة تفيد ذلك وذهب جمهور الفقهاء إلى إباحته، وإن كان مبغضا عند عامتهم[1]، غير أن الأولى عدم ارتكابه لما فيه من قطع الألفة إلاّ لعارضٍ، وقد تعتريه الأحكام الشرعية الخمسة بسبب العلل والأسباب المحيطة به.

فقد يكون حراماً إذا قصد الإضرار بها، أو عَلِمَ أنه إذا طلقها وقع في الزنا، أو لعدم قدرته الزواج بغيرها، أو سألته هي في غير ما بأسٍ[2]. ويكون مكروها إذا كانت الدواعي إليه تافهة أو بالزوجة نقص يمكن إصلاحه، ويكون واجباً عند تعمد تفريط المرأة في واجباتها، أو كانت غير عفيفة، ويكون الطلاق مباحاً كأن كانت نفسه لا تطيب إليها، أو لم يشتهها ولم يحصل له الإستمتاع منها، ويكون مندوبا لتضرر الزوجية ببقاء النكاح[3].

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الطلاق بنصوص من القرآن والسنة تفيد ذلك منها:

فمن القرآن قوله(ﷻ) :﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ ۖ ١﴾[4].

---

(1) : شمس الدين السّرخسي، المبسوط ،ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1993، ص2.

(2): لورود الحديث النبوي:" أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة "رواه الترمذي، حديث رقم 1199 ، الباب 11، ما جاء في المختلعات،.وابن ماجه في كتاب الطلاق، حديث رقم 2055 ، باب 21.

3: وهبه الزحيلي ، مرجع سابق ، ج7،ص 362-363.

(4) : سورة الطلاق، الآية1، جاء في تفسير هذه الآية:" لقد خوطب النبي ﷺ تشريفا وتكريماً، ثم خوطبت أُمّته تبعاً، وروي عن أبي حاتم، عن أنس قال: طلق رسول الله ﷺ زوجته حفصة، فأتت أهلها، فأنزل الله تعالى :﴿**يأيها النبئ إذا طلقتم النساء...**﴾، فقيل له: راجعها، فإنها صوّامةٌ قوّامةٌ، وهي من نسائك في الجنة.محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام، ج1، ط4، مكتبة رحاب، الجزائر، ص 317.

وقوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ غَفُورٌ غَفُورٌ ﴿٢٢٩﴾﴾[1]، وكذا قوله(ﷻ):﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ أَجَلَهُنَّ﴾[2].

ومن السُّنَّة النَّبوية : حدثنا يحيى بن يحيى التميمي قال: قرأت على مالك بن أنس عن نافع، عن ابن عمر(ﷺ) أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد النبي (ﷺ)، فسأل عمر بن الخطاب(ﷺ) رسول الله (ﷺ) عن ذلك ؟ فقال له رسول (ﷺ):" **مُرهُ فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طَلَّقَ قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء**".[3] ، ومحل الشّاهد في الحديث "وإن شاء طلّق قبل أن يمس"، فقد جوَّز النبي (ﷺ) لابن عمر أن يُطلق زوجته بشرط قبل المساس، فدل هذا على جواز الطلاق كأصل عامٍ. كذلك ورد الحديث : " **أبغضُ الحلال إلى الله الطّلاق**" [4]. وثبت أنَّ النّبي (ﷺ) طلَّقَ زوجته حفصة (ﷺ) ثم راجعها.[5]، وفعله (ﷺ) تشريعٌ للأُمَّة، وبيانٌ لأحكام الشّريعة.

فكل هذه النصوص الشرعية قد ساقها الفقهاء كأدلة على مشروعية الطلاق، لكن بشروط وفي هذا يقول ابن القيم رحمه الله: " ثم أكمل الله لعبده شرعه، وأتم عليه نعمته، بأن ملّكه أن يفارق امرأته، ويأخذ غيرها، إذ لعلى الأُولى لا تصلح له ولا توافقه، فلم يجعلها غِلاً

(1) : سورة البقرة ، الآية 229.

(2) : سورة البقرة ، الآية 236.

(3) :أخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم 1471، كتاب الطلاق، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها، صحيح مسلم، ج1، ص674.

(4) : أخرجه أبو داود، سنن أبي داوود، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، حديث رقم 2178،ج2 ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د س ط)، ص 261.

(5): رواه النسائي، كتاب الطلاق، باب الرجعة، ج6، ط1، 1930، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ص213.

في عنقه، أو قيدا في رجله، وإصرا على ظهره، بل شرع له فراقها على أكمل وجه لها وله، بأن يفارقها بواحدة[1]»

الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الطلاق.

غير أن الحكمة من الطلاق تتجلى في أنه لاشك أن الزواج شُرع لتحقيق مصلحة الزوجين، بما تستقر به حياتهما، وينتفع المجتمع وتنتظم المصالح، وتعم الألفة والمودّة، لكن في بعض الأحيان لا يؤدي الزواج هذه الأغراض فتنقلب المصالح إلى مفاسد، ويحدث التنافر، وتسود المشاحنات والشقاق، وربما يستحيل الصلح، وتصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يُطاق، وربما يفسد أحد الزوجين، فلا يراعي لعقد الزواج حُرمةً، أو يُصاب أحدهما بمرض لا يرجى بُرؤُهُ، أو عُسرٍ شاق يضر بالطرف الآخر لذلك شُرع الطلاق علاجا وحلاً لتلك الحالات التي يكون فيها الفراق أفضل وأحسن، وإكمالا لمصلحة الزوجين أو لأحدهما، وبهذا تظهر عظمة التشريع، حيث وضع الحلول لكل المشكلات الأسرية المحتملة باختلاف الزّمان والمكان، حتى يَعمُرَ الكون، وتستمر الحياة بشكل منظم ودقيق[2] .

ومن أهم الحِكَم المترتبة عن تشريع الطّلاق المراعي لحدود وأحكام الشّريعة ما يلي:

1-إنهاء النزاع الدائم بين الزوجين.

2-منع الضرر الغالب أو المستديم كحالة عسر الزوج وعجزه عن النفقة.

3-إعطاء فرصة حياة جديدة للزوجين أو أحدهما بالمفارقة وهو ما أشارت إليه الآية الكريمة ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ ﴾

(1) : إبن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين،ج3، تحقيق محمد عبد الحميد، دار الفكر، بيروت،(د س ط) ، ص59.

(2) : أحمد سيد عثمان، آثار عقد الزواج، لجنة البحوث والتأليف والترجمة والنشر بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط3، 1981، ص335.

بهذا يتضح لنا أن نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية يعد أحد محاسنها، ودلائل واقعيتها، وعدم إغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم وأحوالهم، حيث أن طبيعة النفوس وما يعتريها من تغيرات منها ما يؤدي إلى التنافر والخلاف، وقد يستعصي حل الخلاف وإزالة النفرة بين الزوجين فتكون المصلحة لهما في الفرقة بالطلاق، حيث لم يبق مصلحة في الزواج، وغلبت مصلحة الطلاق، وبقاء الرابطة الزوجية بينهما مفسدة أو مضرة، أو تطلع كل واحد منهما إلى تحقيق أمانيه مع زوج آخر[1]...

بعد اتضاح مفهوم الطلاق وحكمه والحكمة الشرعية منه، يجب الإنتقال إلى صور التعسف في إيقاع الطلاق، وبيان الأوجه التي يمكن للمطلق التعسف فيها.

المطلب الثَّاني: أوجه التعسف في إيقاع الطلاق[2].

يعد التعسف في استعمال الحق في الطلاق من أهم تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي؛ خصوصا عند القائلين منهم بوجوب نفقة المتعة، إذ أن الرجل يُعتبر متجاوزاً ومتعسفاً في استعمال حقه في الطلاق إذا قصد من طلاقه الضرر بزوجته، ولم يكن هناك من سبب معقول للطلاق، بحيث يكون الضرر الذي يصيب الزوجة يفوق الفائدة التي يجنيها الزوج من طلاقه لزوجته، والمصلحة التي يرمي إلى تحقيقها لا تتناسب البتة مع ما يصيب زوجته من ضرر من جراء طلاقه إياها. ويمكن اعتبار الزّوج متعسفاً بطلاقه في حالتين آكدتين هما : طلاق الفارّ، والطّلاق بلا سببٍ معقولٍ، وهناك صور فيها شُبهة التعسف، ولكنها عند التحقيق تُعَدُّ تجاوزاً وخروجاً عن حدود الحقّ،

(1): أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص280.

(2): يعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى بعبارة(طلاق دياني لا قضائي)، ويريدون بهذا أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون آثما، لأن الأمر يتعلق بجانب نفساني قد لا يستحسن معرفته، فيكون الأمر موكولا إلى ضمير الزوج، أما من ناحية القضاء فالطلاق واقع، ولا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة السبب حرصا على سمعة الأسرة.

كالطّلاق البدعي بصوّره الثلاث: الطّلاق في الحيض، وفي طُهْرٍ مَسَّهَا فيه، وبلفظ الثلاث[1].

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وإثبات صورته.

بعد أن تقرر أن الطلاق هو أحد الصور التي تنفك بها الرابطة الزوجية، وهو من حقوق الزوج، التي يمكن أن يمارسها متى شاء، بدواعٍ شرعية، وضوابط قانونية، غير أن الزوج قد يقصد الإضرار بزوجته، لحاجة في نفسه، فيلجأ إلى ممارسة هذا الحق، ويكون متعسفا في استعماله، فما معنى الطلاق التعسفي؟، وكيف يمكن إثبات صوره؟.

أولا: مفهوم الطلاق التعسفي.

كما سبق بيانه أن التعسُّف يكون إذا مارس الشخص فعلا مشروعاً في الأصل – بمقتضى حق شرعي ثبت له–، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعاً، على وجه يلحق بغيره الأضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

وقد نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق– كما سبق – لإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي والحق الجماعي، وبناءعلى هذا فالإخلال بهذا التوازن بين المصالح الخاصة المتعارضة غير مشروع، فإذا أفضى استعمال حق فردي ولو كان مشروعا في ذاته إلى إلحاق مضرة راجحة كان هذا مناقضا لمقصود الشارع، لأنه لم يشرع الحق ليكون مصدرا لمفاسد راجحة، وإنما شرعه ليحقق المصالح ويدرأ المفاسد[2].

وإذا كان الطلاق وباعتباره حقًّا مشروعاً للزوج، يوقعه على زوجته دونما حاجة إلى القضاء، ولم يُسند القرآن الكريم الطلاق إلا للأزواج، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة من كل قيد أو شرط حتى تعتبر في يد الرجل سلاحا يستبد به، أو قد يستعمله في غير موضعه،

(1) : محمد علي الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ص101؛ محفوظ بن صغير ؛ الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته؛ ص 559 وما يليها.

(2) :الهادي السعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، المرجع السابق، ص 84–85.

بل لذلك حالات وأوقات، تمنع تعسف الزوج، وتحمي الزوجة من العبث والضرر، لهذا فالطلاق يخضع مثل سائر الحقوق للقيد العام، وهو عدم التعسف في استعماله بما يناقض مقصود الشارع، أو بنية الإضرار بحيث يصير مقيدا بالحاجة الضرورية، فلا يسوغ إيقاع الطّلاق بدون حاجة، وبدون سبب إليه، لما فيه من الإضرار بالغير بدون سبب [1]، فإن خالف الطلاق هذه المحترزات كان طلاقا تعسفياً[2].

وكانت أول نشأة للطّلاق التّعسفي مرتبطة بما قضت به محكمة مصر الكلية، بتاريخ 01/02 /1926 ويتلخص موضوع الدعوى في :"أن سيدًة تقدمت لمحكمة مصر، مدعية أنها كانت تشتغل بمهنة التدريس، وتتقاضى مرتبا قدره 11 جنيهًا، فعرض عليها المُدعَى عليه الزواج، فتردّدت في قبول عرضه، لعلمها أنه يجب عليها قانونًا –سابقًا– عند قبوله تقديم استعفائها من مهنتها التي تزاولها، وأخيرًا قبلت الزواج، وقدَّمت الاستقالة، وفي شهر أكتوبر 2419، تم العقد بينهما ودخل بها، ولم يمض على هذا الزواج إلا مدة وجيزة، حيث طلق ها المدعى عليه في ديسمبر 2419، فرفعت المدَّعية دعواها، مطالبة المُدَّعَى عليه، بأن يدفع لها خمسة آلاف جنيه بصفة تعويض، لأن هذا الطّلاق أضَرَّ بها ماديًا وأدبيًا، وأنه ليس للزوج بمقتضى الشريعة الغراء أن يُوقع هذا الطَّلاق إلا لضرورةٍ مُلحَّةٍ، فإذا انتفت الضرورة كان الزوج في إيقاعه هذا الطلاق مخطئًا، بل آثمًا، وما دام هناك ضررٌ وخطأٌ كان التعويض واجبًا، وأنه وإن كان الطلاق حقًّا مشروعًا، إلا أنه من المبادئ المقررة قانونًا، أنه لا يجوز للشَّخص أن يسيء استعمال حقه - بحسب نظرية التعسف - وإلا كان مُلزَمًا بالتَّعويض، لا سيما إذا لوحظ أن المدعَى عليه غرَّرَ بالمُدَّعية، وأوهمها أنها ستستعيض عن حياتها المدرسية بحياةٍ زوجيةٍ دائمة الرباط، وكان دفاع الزّوج أن الطّلاق حقٌّ مشروعٌ في الشّريعة، وأنه ليس للزوجة المطلقة إلا

(1): مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، المرجع السابق ؛ ص07.

(2) : وسمي الطلاق تعسفيًا لأن الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وقد قرر الشارع أنه لا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لإيذاء الزوجة.

مؤخر صداقها ونفقة عدتها. ولكن محكمة مصر الكلية رفضت هذا الدفاع، وقضت بإلزام المدعَى عليه، بأن يدفع للمدعية مبلغ ألف جنيه، بصفة التعويض"[1].

ثانيا: صُوَّر التعسف في هذا الطّلاق .

أجاز الشارع اللجوء إلى الطلاق، كآخر حل، وبعد فشل كل محاولات الإصلاح، وهذا مما لا خلاف فيه فيطلق الزوج زوجته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة، ويتركها حتى تنقضي عدتها فتصير هذه الطلقة الرجعية طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، إن لم تكن هذه الطلقة مكملة للثلاث وهو الطلاق المشروع ويسمى الطلاق السني، والطلاق المختلف في وقوعه هو الطلاق البدعي[2]، وقيد الزوج في استعماله هذا الحق بعدم التعسف أو قصد الإضرار بالزوجة، فإذا وقع خلاف هذا كان الزوج متعسفاً بخروجه عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص، وعليه تتعدد صور هذا التعسف، وتتخذ أشكالاً تكون مؤشراً على ذلك التعسف.

01- الطلاق بغير سبب[3]:

إنَّ الطلاق وإنْ كان حقًا بيد الزّوج، غير أنه مقيدٌ بأسبابه، وذلك بما لا يضر الزوجة، أو يسئ إليها، فقد قيّد الشارع إيقاع الطلاق بقيود، حتى لا يحيد عن الحكمة والقصد من تشريعه وهذا التقييد يرجع لكون الزواج نعمة والطلاق قطعٌ لها، لكن إذا حدث وأن طلَّق الزوج زوجته بلا سبب وجيهٍ ومعقولٍ، فماذا يترتب عليه؟.

(1) : ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص40.

(2) : كأن يطلقها في طهر مسها فيه، أو طلقها وهي حائض، أو طلقا أكثر منطلقة بلفظ واحد، أو طلقهافي مرض الموت، وأي صورة من هذه الصور يكون الزوج المطلق مسيئا في استعمال حقه، أو يكون متعسفا.

(3) : لم يضع الفقهاء تعريفا دقيقا للطلاق بدون سبب، لكن بالتحقيق يمكن تعريفه كمايلي :" مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا، بتطليق الزوجة لغير سبب مشروع ، أو دون حاجة داعية إليه".

إن وقوع الطلاق من الزوج بهذه الحالة يعدُّ تعسفاً، وقرينة قائمة على قصد إيذاء زوجته، لذا فقد رتَّبَ الشَّارعُ المتعة وُجوباً[1]، عدا المطلقة قبل الدخول التي سُمي صداقها [2].

لقوله جل جلاله: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ [3]. وقوله جل جلاله: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿٢٤١﴾﴾ [4].

وإعمالا لهذه النصوص الشرعية، ولأن الطلاق التعسفي ضياعٌ لمستقبل الزوجة، وتفويتٌ لفُرَصٍ لها قد لا تعودُ، والقاضي منوطٌ به إنصاف المظلومين، وعليه معاقبة من لا يحسن أو يسيء التّصرف سواءٌ، فمن طلَّق زوجته وأصابها ضرراً من جراء ذلك، ولم يكن هناك من سببٍ شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفيٌّ يجب فيه التعويض، وحتى لو افترضنا أن المطلقة لم تتعرض لأية آثار ماديةٍ، كونها غنية أو عاملة، فإنها بلا ريبٍ ستتعرض لنوع أقسى من الأضرار، وهي الآث ار المعنوية للطلاق، لأن للطلاق أثرًا كبيرًا على نفس المطلقة، خاصَّة إذا كان من غير سببٍ أو مبرر مقبول، ولم يكن بينها وبين زوجها من المشاكل ما يمكن أن يتوقع معه حدوث الطلاق، وأهم هذه الآثار، حالة اكتئابٍ وقلقٍ نتيجة لنظرة المجتمع إلى المطلقة، وربما اتهامها من قبل المجتمع بأنها ما طلقت إلا لريبةٍ أو تهمةٍ[5]، وحرمانها من نعمة النكاح، وكسر قلبها بالفراق الذي لم تكن ترضاه وربما يكون هذا زواجها الأول والأخير، وذلك لعدم رغبة الرجال بالزواج من المطلقة غالبا[6] . فلأجل كلِّ هذا شُرعت المتعة جبراً لخاطرها وتخفيفاً عليها.

(1) : المتعة هي ما يدفعه الزوج لزوجته من مال أو غيره عونا وإكراما لها ، وتقديرها مفوضٌ للقاضي.

(2) : إبن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك، الجزائر، ط1، 2008، ص 100.

(3) : سورة البقرة، الآية 236.

(4) : سورة البقرة ، الآية 241.

(5) : عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418هـ، ص181 .

(6) : عمرو عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص181 .

أما من زاوية القانون الوضعي، وانطلاقا من الواقع العملي للمحاكم في مجال الأحوال الشخصية فقد قضى المشرع الجزائري للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها، في المادة (52) ق أ ج بالتعويض[1]. إذا أقدم الزوج على طلاق زوجته من غير سبب معقول فإن هذا يعد تعسفا وتستحق الزوجة في هذه الحالة تعويضا عن هذ الطلاق، وهذا حتى نمنع الأزواج من المغالاة في استخدام هذا الحق، كما أن تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا، أمرٌ متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فإذا تبين لهذا الأخير أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق جاز له أي يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته[2]، هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بأن حُكْم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة، هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم لتقديرية[3]. وعليه لما كان التعسف في الطلاق إثباته من عدمه أمام الجهة القضائية لأنها وحدها المخولة لتحديد طبيعة الطلاق، ومعيار التعسف فيه، فمما لا شك فيه أن معيار السلطة التقديرية للقاضي وحدها كفيلة بتحديد حالة ودرجة التعسف، باعتبار أن القاضي فيها هو قاضي أساس، يراعي فيه معيار حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية" **لا ضرر ولا ضرار**"، وهذا ما تجسده سلطته الموضوعية التقديرية، لأن المحكمة جهاز حيادي في كل الأحوال، ولمن رأى أنه مظلوم رفع أمره إلى الجهات القضائية العليا[4].

(1) : المادة 52:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".
وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريبا، فقضت بتاريخ 2008/3/22، بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000دج، وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27، معتبرة في كلا الحكمين الطلاق تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع ، دون أن تُحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

(2) : العربي بلحاج، المرجع السابق، ج1، ص 235-236.

(3) : المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص، 1969/05/29، النشرة السنوية للقضاة، 1969، ص 114.

(4) : عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007/2006. ص56.

وعليه فإذا طلق الزوج زوجته، وتبيّن للقاضي أنّ الزوج متعسفٌ في طلاقه دونما مبرر شرعي وسبب معقولٍ، والزوجة في هذه الحالة سيصيبها ضررٌ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادلٍ[1].أما في حال ثبوت تعسف الزوج في طلاقه فإن للمطلقة حقها في المتعة، إضافة إلى التعويض على الضرر الذي لحقها جراء تعسف الزوج[2].

ومنه يتضح لنا أن المشرع ومع احترامه لرغبة الزوج المطلق في إيقاع الطلاق، غير أنه أحاط هذا الحق ببعض الضمانات حفاظا على قدسية الحياة الزوجية، فلا بد لأي طلاق أن يكون له سبب مستساغ شرعا وقانونا، وهذا ما أكده نص المادة (52) ق. ا .ج:((إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)).

وهنا لابد من الإشارة إلى توافر شرطين أساسيين لاستحقاق المطلقة هذا التعوض وهما:

- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول.
- أن يتحقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة.

فلا بد من توافر هذين الشرطين مجتمعين متلازمين بذات الوقت حيت يتم تكييف الطلاق بأن تعسفي، ومن ثم تستحق الزوجة التعويض اللازم.

وهناك حالة شائعة بين الأزواج وهي أن تطلب الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية، وتتنازل عن حقها في التعويض، وتتشبث بالعودة إلى الحياة الزوجية، ولكن الزوج يتمادى ويتمسك في طلب الطلاق ، فهنا يعد متعسفا بل متوسعا في استعمال هذا الحق،

(1) : لأنه من المقرر شرعاً أن الطلاق حق للرجل صاحب العصمة ، وأنه يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره.

(2) : هذا ما قضت به المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، بتاريخ 1985/04/08: "أنه من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغا إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي.

وهنا يجيبه القضاء إلى مطلبه ولكن يوقع عليه تعويض الصالح المراة المتضررة بهذا التصرف.

ومنه فإن المشرع الجزائري بقضائه الحكم بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقولٍ كان مستنده مبدأ التعسف في استعمال حق الطلاق، لأن انتفاء السبب المشروع يعتبر قرينة للضرر وهو– كما سبق – مبدأ مستمد من الفقه الإسلامي، الذي يقضي بأن الحقّ يصبح غير مشروعٍ إذا لم يُقصد به سوى الإضرار بالغير[1]، وهذا في حد ذاته تطبيق لمبدأ التعسف في معياره الذاتي الذي يعتد بالباعث والدافع في استعمال الحق .

وعليه فبإعمال معيار اعتبار الوصف التعسفي في استعمال الحق وتطبيقاته على الطلاق التعسفي فإنه يمكن إيراد قول الدكتور فتحي الدريني في بيان حقيقته وطبيعته: لماً قال: "يقوم التعسف على وجه يخالف الحكمة التي من أجلها شرع الحق، والمخالفة أو المناقضة تظهر من وجهين:

أولهما: من حيث الباعث والدافع الذي حرَّك إرادة ذي الحق إلى أن يتصرف بحقه لتحقيق غرض غير مشروع، من الإضرار بالغير، أو هدم قواعد الشرع، بتحليل مُحرَّمٍ، أو إسقاط واجبٍ، تحت ستار الحق.

ثانيهما: من جهة النتيجة، أو الواقعة المادية، أو الثمرة التي تترتب على استعمال الحق بحد ذاتها بقطع النّظر عن العوامل النّفسية، فإذا كانت تلك النتائج أضراراً أو مفاسد راجحة، مُنع التسبب فيها، أي مباشرة الحق، ووجه المناقضة هنا ظاهر، لأن الحقوق لم تشرع كوسائل لتحقيق مضار أو مفاسد غالبة، الأمر الذي لا يتفق مع أصل الشريعة، من أنها مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد»[2] .

(1) : العربي بلحاج، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 238.

(2) : فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت ،ط3، 1984، ص.– 26–27.

وعليه فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص [1].

وبناء على ذلك وضع فقهاء الشريعة معايير للوصف التعسفي تساعد القضاء في ضبط هذا الفعل وتحديد ماهيته، بحيث لا يمكن الحكم على تصرف ما بالتعسف إلا إذا انطبقت عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق. وهذا ما يعني أن هناك عدة معايير يُعرف بها الوصف التعسفي في استعمال الحق، فبالإضافة إلى المناقضة بين قصد الفاعل وقصد الشارع، وقصد الإضرار بالغير توجد معايير فرعية أخرى كاختلال التوازن بين المصالح والضرر الفاحش[2].

01-أ- إسقاط معايير الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب.

لا شك أن إيقاع الطلاق على المرأة فيه ضرر عليها، فإذا كان المُطَلِّقُ متعسفاً في استعماله لهذا الحق، فإنه يكون قد تسبب في إيقاع الضّرر، فينبغي أن يتحمّل مسؤولية ذلك. ومن الأضرار التي تقع على المرأة نتيجة الطلاق، حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة التي فيها السكينة والطمأنينة، وهي بالطلاق فقدت حقّ الإعالة في زوجها، وأصبحت فرصة زواجها مرة أخرى ضعيفة، وبالتالي فإنها من ألم الفراق ربما تفقد الثقة بالناس وبنفسها. وفي الطلاق كبتٌ لغريزتها الجنسية، وما ينشأ عن الكبت من آثار نفسية، علاوة على ذلك فإن المجتمع ينظر إلى المطلقة نظرة فيها بعض القسوة.

وإذا كان الأصل في الطلاق الحظر، فإنه يترتب على ذلك أن الأصل في كل طلاق يقع على الزوجة أنه طلاق تعسفي[3] . ويَنْبَني على هذا أنّ المطلقة ليست بحاجة لإثبات أنّ

(1): محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 556.

(2): ساجدة عفيف ومحمد رشيد عتيلي، المرجع السابق، ص37.

(3): محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص 568 .

زوجها متعسف باستعمال حقه، فيكفي منها إثبات إيقاعه الطلاق عليها ليُحكم لها بالتعويض. فإذا ادّعى أنه طلقها بسبب، كان عليه عبء الإثبات، ولا تُكلَّف المطلقة لإثبات التعسف في الطّلاق فالأصل أنّ كلّ طلاقٍ لا يستند إلى سبب معقول، هو طلاق تعسفي، وأنّ إثبات كون الطّلاق لم يكن تعسفيا يقع على عاتق الزوج، فإذا أثبت الزوج أن الطّلاق كان لسبب معقول، فلا وجه للزوجة بالمطالبة بالتعويض، أما إذا عجز عن إثبات دفعه، فإن طلاقه يكون تعسفيا، ويحق للزوجة المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها، وعليه استقر الاجتهاد القضائي أنَّ عبء إثبات السبب المشروع للطلاق يقع على عاتق الزوج، فإن لم يُثبت السّبب المشروع الذي دفعه للطّلاق اعتبر متعسّفاً بمجرد إيقاع الطّلاق، إلا إذا أثبت العكس.

وبناء على كل هذا فإن الوصف التعسفي على حالة الطلاق بلا سبب، يتم تقريره بإعمال معيارين رئيسيين هما المعيار الشّخصي والمعيار الموضوعي، واللذان يندرج تحتهما بعض المعايير الفرعية.

- **المعيار الشخصي(الذاتي):**

سبق بيان أنّ هذا المعيار يتناول:

– معيار ابتغاء مصلحة غير مقصودة للشارع:

إنّ استعمال الحق في غير الغرض الذي شُرع من أجله يُعَدُّ ظلماً، وبيان ذلك أن الطلاق شُرع ليكون الحل السليم للخلافات الزوجية والتي لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين، ولم يُشْرع الطلاق إلا لهذا المقصد، واستعمال الحق في إيقاع الطلاق لغير هذا السبب يكون تعسفاً. فالطلاق لم يشرع إلا لحاجة ، وذلك عندما يستحكم الخلاف والنزاع بين الزوجين ولا يبقى مجال للإصلاح، ولم يحقق الزواج مقاصده التي أمر الله بها، والحاجة

هي دفع الضرر، فإن قصد الزوجُ إيقاع الطلاق من أجل إلحاق الضرر بالزوجة، فهذا مناقض لمقصود الش ارع وتعسفٌ في استعمال حق الطلاق [1]

- معيار تمحض قصد الإضرار:

وهنا ننظر في العامل النفسي الذي حرَّك إرادة الرجل إلى إيقاع الطلاق، ونتعرف على الأسباب التي دعته إلى الطّلاق، وما هي الأخطاء التي ارتكبتها الزوجة والتي تسوغ له إيقاع الطلاق، مع الكراهة الشديدة في إيقاعه، والتنفير الشرعي العام منه؟ فإذا كانت من التفاهة بحيث لا تُعَدُّ سببا للتطليق، كان الزوج قاصدا الإضرار بها، والضرر ممنوع [2]، فقد يكون الرجل قصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، سوى الإضرار بالزوجة، وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية وذلك عندما يطلق الزوج زوجته بلا مسوغ شرعي من جلب مصلحة أو دفع مفسدة سوى الإضرار بها، والكراهية والانتقام، لأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهة، ولا يُشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون متعسفاً في استعمال حقه، وناقضاً قصد الشارع من المحافظة على النسل، وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، ولم يقصد سوى الإضرار والضرر حرام، ويجب عليه رفعه إما بمراجعتها، أو تعويضها عما لحقها من أضرار.

هذا عن المعيار الذاتي، وكيفية إسقاطه على الطلاق لتوصيفه بالتعسف، وننتقل الآن إلى تفصيل المعيار الموضوعي .

(1) : عليان بوزيان، المرجع السابق، ص05.

(2): القدومي عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان، دار الفكر، 1428 هـ، ص206.

- **المعيار الماديّ (الموضوعيّ)**

- **معيار الضرر الفاحش:**

فطلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية والمادية، فالمرأة المطلقة تحوم حولها جملة من التساؤلات، والمجتمع يقسو على المرأة المطلقة، فضلا عن العوز والفقر التي سوف تتعرض له وقلما تجد لها زوجا يطلبها للزواج، فتقف حياتها، وتبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا والسبب أنهن مطلقات، وذلك لأن الزوج إن طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا واعتمادها في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمر أرذله أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية، وإضرارا بها ضررا فاحشا تتعطل فيه حياتها، ولا مستقبل لها، وقد باتت في هذا السن والزوج في ذلك مُضِرٌ بها ضررًا كبيرًا ، وقد لا تكون له حاجة، أو تكون له بدائله من التعدد مثلا فلا يعقل أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده" [1] .

- **اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة.**

قد يكون للزوج مصلحة من إنهاء الحياة الزوجية، واستئنافها مع أخرى، وتجديد حياته وجلب المنافع له ودفع المضار الناتجة من استمراره في الزواج لكن قد تكون المضار التي سوف تقع على الزوجة والأبناء والأسرة وعلى المجتمع تفوق بكثير المضار التي سيدفعها عنه بإنهاء الحياة الزوجية [2]. وبمعنى أدقّ أنَّ الزوج بإيقاعه للطلاق قد تكون له أحيانًا أسبابه أو مبرراته التي يراها دواعي للطلاق، وإنْ فَعَلَهُ كان لدفع الضرر عن نفسه في معاشرة من لا يريد، وإذا قمنا بالموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق وهو الذي يمس فئة كبيرة من الأشخاص، من الزوجة والأبناء، والمجتمع عموما، وقد يمس الزوج شيءٌ منه، وبين الضرر المترتب على استمرار الزوج في حياته، والبحث عن وسائل جديدة تجدد حياتهما، وتبعد عنها

(1) : القدومي، المرجع السابق، ص 207 .

(2): جمانة فوزي النعيمات، الطلاق التعسفي ومعايير التعسف في استعماله، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني www.jumana-jfc.com، 2016.

الرتابة والملل، من استذكار خير الزوجة، والنفع الذي جُلِبَ معها، فيرجح الضرر الأول، ويكون دفعه أَوْلى، ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه وهذا ممنوع، فإذا تساوت المصلحة المرجوة من الطلاق مع الضرر الذي يلحق بالمرأة، فإن الرجل يكون مت عسفا أيضا عملا بالق اعدة الشرعية" **درء المفاسد أولى من جلب المنافع**»[1]. فإذا انطبقت معايير التعسف على واقعة الطلاق، وأصرَّ على عدم الإرجاع، كان متوسعا في فعله هذا، وترتب على طلاقه الجزاء الأخروي الذي وضعه الشَّارع، والمتمثل في الإثم كما يترتب عليه التعويض للمطلقة عما ألحقه بها من ضرر مادي ومعنوي.

بهذا يكون قد اتّضح الوصف التعسفي للطلاق بإعمال المعيارين المذكورين، ويجب التطرق الآن إلى موقف بعض التشريعات في البلاد العربية من هذا الطلاق .

بعد توضيح حالة الطّلاق بلا سبب كونه أحد أهم صور الطّلاق التعسفي، نتحول الآن إلى صورة أخرى للطّلاق التّعسُّفي، وهو الطّلاق في مرض الموت، وبيان مواقف فقهاء الشَّريعة والقانون من هذا.

02- الطّلاق في مرض الموت[2].

تتعدد صور فك الرابطة الزوجية، بينما يكون صادراً من الزوج أو من الزوجة، أو بتراضٍ منهما، أو بطلب التّطليق باللجوء إلى القضاء، غير أنّ الحالة الأولى يمكن أن تكون في عدة أحوالٍ، ومنها ما لو طلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت، وعليه فما المقصود بمرض الموت؟ وما حكم الطلاق الصادر في هذه الحالة، وأين يكمن وجه التعسف في هذا الطلاق؟ وما موقف القانون من كل هذا ؟

(1) : محمد بكر إسماعيل ، المرجع السابق، القاعدة الرابعة عشر، ص 107.

(2) : لم يثبت في الكتاب ولا في السنة حكم طلاق المريض مرض الموت، إلا ما ورد من قضاء عثمان – ض– في امرأة عبد الرحمن بن عوف بالميراث منه لما طلقها في مرضه الذي مات فيه، وكذلك قضى عليٌّ لامرأة عثمان لما طلقها لما حُوصر.

02-أ- المقصود بمرض الموت وصورة التعسف في هذا الطلاق.

قد يطلق لزوج زوجته وهو في فراش الموت، مما يجعل الشكوك تحوم حول نيته، ودافعه إلى اللجوء إلى هذا الفعل، فهل يحق للزوج ممارسة هذا الحق؟ أم تصرفه هذا يكون مشوبا بشبهة التعسف ونية الإضرار بزوجته؟.

- **المقصود بمرض الموت.**

المريض مرض الموت، هو مَن مرض مرضاً يمنع صاحبه من إقامة مصالحه بنفسه، ويكون الغالبُ في ذلك المرض موت صاحبه منه[1]، ويسمى بمرض الموت لاتصال الموت بذلك المرض، وعليه فإنّ مرض الموت هو المرض الذي يُفضي بصاحبه إلى الموت، ويمنع فيه صاحبه من بعض التصرفات، ولهذا فإنَّ مرض الموت الذي تمنع به التّصرفات هو ما تحقَّقَ في أمرين:

أن يكون مرضاً يحدث منه الموت غالباً، وأن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلا به[2] ، وسواء كان هذا بسبب مرض أصيب به، لا يُشفى منه عادةً، وينتهي به إلى الموت كالأمراض المستعصية في هذا الزَّمان. ويُلحَقُ بالمريض مرض الموت كذلك من قُدِّم للقتل قَوَداً، أو قِصاصاً أو حدّاً[3]، وذلك لما في هذه الصُّور من معنى مشترك مع المرض، وهو الإفضاء والإتصال بالموت، كما أن المحكمة العليا قد عرّفت مرض الموت الذي يبطل به التصرف، بأنه هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجرُّ إلى الموت، وبه يفقد وعيَهُ وتمييزه[4].

(1) : إبن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الفكر، بيروت، ط2 ، 1979م، ص 383.

(2) : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 314.

(3) : محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع نفسه، ص 316.

(4): المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/07/09، ملف رقم 33719. نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق.

02- ب- صورة التعسف في هذا الطلاق.

ويظهر تعسف الزوج، في قصد الإضرار الذي يريد إلحاقه بزوجته، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة، إذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة في آخر أيامه، بعد أن قطعت معه أشواط العمر، وربما تحملته وصبرت على أذيته ليفاجئها بهذه النهاية المحزنة، والإشكال الثائر هو هل ترث هذه المرأة المُطَلَّقة أم لا ترث ؟ .

لذلك فهذه التطبيقات وغيرها يظهر فيها جليا مبدأ التعسف في استعمال الحق، في الطلاق والضرر الذي يصيب الزوجة والزوج على طرفي سواء، وذلك مثل الطلاق في الحيض وطلاق الثلاث بلفظ واحد، فقد يكون الرجل قاصد الإضرار بالزوجة، وذلك بإيقاع الطلاق عليها، ولا يوجد ثمة منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق سوى الإضرار بها وحرمانها من الميراث، وقد يكون الدافع لذلك الانتقام والكراهية، وذلك عندما يطلق الزوج زوجته وهو على فراش الموت أو في أي حالة تلحق بهذا، وليس له من جلب مصلحة أو دفع مفسدة، سوى الإضرار بها والكراهية والانتقام، ولأن الأصل في الطلاق الحظر والكراهة، ولا يشرع إلا لضرورة، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، ولا ضرورة ملحة، فيكون قد تعسف في استعمال حقه، وناقض قصد الشارع من المحافظة على النسل وديمومة الحياة الزوجية واستقرارها، وهدم الوفاء والتعامل بالحسنى لمن شاركته حياته، ويظهر أنه لم يقصد سوى الإضرار، والضرر حرام في كل صوره، ومهما كانت مبرراته.

02- ج- حكم الطلاق في مرض الموت .

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم هذا الطلاق، ولجوء أحد الزوجين إليه وما يترتب عليه من آثارٍ، كما انسحب كل هذا على الفقه والقانون الوضعيين، مما أدى إلى تعدد إجتهادات المحكمة العليا في هذه المسألة.

- **من منظور الفقه الإسلامي.**

يذهب بعض الفقهاء في التعبير عن طلاق المريض بطلاق الفارّ، لفراره من الإرث ظاهرياً [1]، والفرار كما يكون من الزوج، يكون من الزوجة أيضاً، كما لو كان الزوج قد فوَّض إليها أمر طلاقها، فطلّقته في مرضها، وكما لو تسببت في فسخ النكاح في حال مرضها.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المريض مرض الموت يقع طلاقه كما يقع الطلاق من كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن المريض مرض الموت، يقع طلاقه كما يقع الطلاق من الصحيح، مادام المرض لم يؤثر على قواه العقلية، ويجعله ملحقاً بالمجنون، ويترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الطلاق الصحيح، ولا يختلف عنه إلا في استحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق واستحقاق الإرث يختلف باختلاف صفة طلاق المريض، من كونه رجعيا أم بائناً.

- الرأي الأول: إذا كان الطلاق رجعياً.

وصورته إذا طلق المريض مرض الموت ومن في حكمه زوجته طلاقاً رجعياً، ومات وهي في العدة ورثته زوجته، كما لو طلقها في حال صحته، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح، ولأن الزوجية قائمة بعد الطلاق، وقبل انقضاء العدة، حتى جاز له مراجعتها في العدة بلا عقد ولا مهر جديدين، بل دون توقف على إذنها ورضاها، والنكاح القائم من كل وجه سببٌ لاستحقاق الإرث من الجانبين، كما لو مات أحدهما قبل الطلاق، ويستوي أن يكون الطلاق برضاها أو بغيره، وسواءٌ كانت مسلمة وقت الطلاق، أم كتابية ثم أسلمت في العدة قبل موته، لأن النكاح كما سبق بعد الطلاق الرجعي يضل قائما من كل وجهٍ مادامت العدة قائمة، ولأنه لا يشترط أهليتها للإرث منه في الطلاق الرجعي وقت الطلاق، بل الشرط

(1) : ويعتبر الزوج فارا من الميراث إذا كان الطلاق بائنا، وكان الزوج في الطلاق طائعا وبغير رضاها وكانت هي مستحقة للميراث من وقت الطلاق حتى وقت الوفاة من مرض الموت الذي طلقها فيه.

أن تكون مسلمة وقت موته[1] وبالنظر إلى مذاهب وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نستنتج ما يلي:

ذهب أغلب فقهاء الشَّافعية أن المطلَّقة في مرض الموت طلاقاً بائناً لاترث، ومثلها في ذلك المطلقة طلاقا بائناً في الصِّحَّة، لأن الزّوجية ارتفعت بحصول الطلاق البائن قبل الموت، وهي سبب التوارث بين الزوجين، ولا عبرة بمظنة الفرار، لأن الأحكام لا تُناط بالأمور غير الظاهرة .

وفي هذا يقول الإمام الشافعي –رحمه الله– : "كل زوج عاقل غير مغلوب على عقله يجوز طلاقه، سواءٌ كان صحيحا أو مريضاً، فإن طلق الرجل امرأته ثلاثا، أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها، أو لاعنها وهو مريضٌ، فحكم ذلك في وقوعه على الزوجة وتحريمها حكم صحيح وكذلك لو طلقها طلقة واحدة قبل الدخول، وكذا كل فرقة لا يملك فيها الزوج رجعةً"[2].

غير أن فقهاء الحنفية[3] والمالكية[4] والحنابلة[5]، يرون أن الزوجية قد أُزيلت بقصد إبطال حق الزوجة في الإرث، فيرد على المطلق قصده ما بقيت العدة لبقاء آثار الزوجية، وإذا كانت الفُرقة من جانب الزوجة في مرض الموت، وكانت طائعةً مختارةً، ولم يكن ما

(1) : علاء الدين الكسائي ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط2، 1982، ص218. والشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنوز الدقائق،ج3، دار المعرفة، بيروت، ط2، (د س ط)، ص43.

(2) : محمد بن إدريس الشافعي، الأم،ج5، دار الفكر، ط1، 1980، ص 145.

(3) : زين الدين بن نجيم الحنفي، نفس المرجع، ص 15 وما بعدها؛ وسيد أحمد الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي على الدر المختار،ج2، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ط 3، 1975، ص 83 وما بعدها.

(4) : شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط5، (د س ن)، ص 115.

وينظر الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق ؛ أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير، مطبوع مع بلغة السالك، ج2، ط4، دار المعرفة بيروت، (د س ن)، ص 71 ومابعدها.

(5) : أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، على هامش المغني، ج7، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها ؛ علاء الدين أبي الحسن علي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،ج3، تحقيق محمد حامد الفقي، ط1، 1957، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص70–75.

كان منها برضا الزوج فإنها تُعتبر فارّةً، ويستحق زوجها الميراث إذا ماتت وهي في العدّة، لأنها قصدت حرمان زوجها من الميراث فيُرَدُّ قصدها عليها.

غير أنّ المالكيّة توسَّعوا في المسألة فقالوا أن المطلقة في مرض موتِ مُطلقها ترثُ زوجها سواءٌ انقضت عدتها أو لم تنقضِ، بل وسواءٌ تزوجت أولم تتزوج بعده[1] .وقد استدلوا في مذهبهم هذا بفعل عثمان–رضي الله عنه– لما ورّث امرأة عبد الرحمن بن عوف التي طلقها في مرض موته، ولم يخالفه أحد من الصحابة فعُدّ ذلك إجماعٌ منهم.

وذهب الحنابلة إلى التركيز على أنها ترث مالم تتزوج، ولو انقضت عدتها، فإذا تزوجت سقط حقها في الميراث، وهذا في المطلقة المدخول بها، باعتبار أن المطلق فارٌّ من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة. كما أن المطلق قَصَدَ قصداً فاسدا فعوقب بنقيض قصده، كالقاتل الذي قتل مورثه استعجالا للميراث، فإنه يعاقب بحرمانه منه[2].

الرأي الثاني: إذا كان الطلاق بائناً.

إذا طلق الزوج زوجته طلاقا بائناً، بينونة صغرى أو كبرى، فإن كان ذلك في حال الصحة ومات أحدهما بعده، لم يرثه الآخر، ولو كانت المطلقة لا تزال في العدّة، وسواء كان الطلاق برضاها أم بغير رضاها، لأن الطلاق البائن يقطع حكم الزوجية من حين وقوعه دون التوقف على انقضاء العدّة، أما إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها، طلاقا بائنا بينونة صغرى أو كبرى في حال مرضه مرض الموت، فإن كان برضاها فلا خلاف بين الفقهاء في أنها لا ترثه لعدم تحقق الفرار منه، كما لا يرثها، فإن كان الطلاق بغير رضاها فإنها ترثه إذا مات في مرضه هذا ولم تكن عدتها قد انتهت، ولا يرثها هو كذلك، لأن الوارث

(1) : إبن عبد البر، الإستذكار،ج17، دار أبو عين ، القاهرة، وثقه : عبد المعطي أمين قلعجي ، ص 264.
غير أنه وبالتدقيق في المسألة فإننا لا نجد أي أثر يدل على استحقاقها الميراث بعد زواجها ، وكل ما في الأمر أن المالكية بنوا حكمهم هذا على أن المطلق في المرض قصد الفرار من الميراث فعوقب بنقيض قصده بإثبات الميراث للمرأة، واستحقاقها له دون النظر إلى ما لها بعد ذلك..

(2) : إبن قدامة المقدسي، المغني، ج7، دار الكتاب العربي، 1972م، ص 218.

يتعلق حقه بمال مورثه من أول وقت مرض موته، فكان طلاقها في مرضه القصد منه إبطال حقها بعد تعلقه فراراً من إرثها، فيلحق بالعدم في حق إبطال الإرث في الحال، ويُرَدُّ عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء عدتها كقاتل المورث تماماً [1].

وفي هذا ذهب الشّافعية في القول الصّحيح، إلى أنّ من بَتَّ طلاق امرأته في المرض المخوف واتصل به الموت، أنها لا ترثه كما لا يرثها، لأن الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة كما الطلاق في الصحة تماماً. والقول الثاني عندهم أنها ترثه لأنه متهمٌ بقطع إرثها فورثت، غير أنَّ الحنابلة يذهبون في أشهر الروايتين أن من طلق زوجته في مرض الخوف، ثم مات من مرضه، فإنها ترثه في العدة وبعدها، ما لم تتزوج ومادامت مدخولا بها، لأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لايزول بانقضاء العدّة، ولم يرثها المطلِّق لو ماتت قبله[2] .

ويذهب الحنفية إلى أنها ترثه مادامت في العدة، فإن انقضت فلا ميراث لها، وهذا إن طلقها من غير سؤالها، فإن سألته الطلاق فلا ميراث لها، وذلك لاعتبارهم أن الحقوق الزوجية تنتهي بانقضاء العدّة[3].

وبناء على كل ما سبق، وبالنظر في جملة الأدلة التي ساقتها المذاهب الإسلامية المذكورة آنفاً يتبيّن أن سبب اختلاف الفقهاء في ميراث المبتوتة في مرض الموت، راجع إلى مدى أخذهم وعملهم بمبدأ سد الذرائع، حيث أن المطلق اتخذ الطلاق الثابت له حقا شرعيا كذريعة إلى أمر ممنوع شرعا، وهو حرمان الزوجة من الإرث قصداً. وفي هذا يقول الإمام ابن رشد– رحمه الله –:« وسبب الخلاف إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، وذلك أنه لما كان المريض يُتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث،

(1) : أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص128.

(2) : إبن قدامى المقدسي، المغني، ج7، المرجع السابق، ص 217–218.

(3) : نظام، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة، ج1، دار صادر، بيروت، 1991، ص462.

فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب لها ميراثًا، وذلك أن هذه الطائفة تقول: إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه، لأنهم قالوا: إنه لا يرثها إن ماتت، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها...، وأما من رأى أنها ترث في العدة، فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية، وروي هذا القول عن عمر وعائشةﷺ وأما من اشترط توريثها مالم تتزوج فإنه لاحظ إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين، واختلفوا إذا طلبت هي الفراق، أو ملَّكَها أمرَها الزوجُ فطلقت نفسها، فقال أبو حنيفة: "لا ترث أصلا، وفرّق الأوزاعي بين التمليك والطلاق، فقال: ليس لها المي راث في التمليك، ولها في الط لاق، وسوّى مالك في ذلك كله ..."[1]. لذا فإن الحكم بتوريث المطلقة في مرض الموت هو للحيلولة دون تحقيق القصد غير المشروع أو المصلحة غير المشروعة التي توخاها المريض مرض الموت، وهو حرمانها من الإرث، وهكذا قد قام الدليل على وجوب إبطاله لمناقضة قصد الشارع في كل تصرف يراد به إسقاط واجب أو تحليل حرامٍ[2].

وعليه لما كان الطلاق حقّاً مشروعاً، فإنه لايجوز التعسف فيه قصد غايات ضارّة بالمطلقة فإذا ما ثبت هذا التعسف من الزوج، أو أتهم به كان الحكم بخلاف قصده بوقوع الطلاق، كونه قاصدا له، ويحكم بتوريث المبتوتة ولو بعد زواجها، وهذا إعداماً لهذا التصرف من المجتمع مهما كان الدافع إليه، وهذا أقصى ما يمكن أن يتصور في إعمال نظرية التعسف [3] .

(1) : أبو الوليد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، ط1، 2008، تحقيق محمود بن الجميل، ص 83-84.

(2) : فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص148.

(3) : فتحي الدريني ، المرجع نفسه، ص 149.

- **من منظور القانون الجزائري.**

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت بنص خاص في قانون الأسرة، مما يبين أنه يحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1]، وما ثبت في الفقه الإسلامي، غير أنه وبقراءة نص (المادة 132) ق.أ.ج: « **إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث**» . ومما يُفهم من منطوق هذا النّصّ تقييد المشرع الجزائري لميراث المطلقة من زوجها المتوفى بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة، وعلى اعتبار أن النّص عامٌ في الطّلاق ولا يوجد ما يخصِّصُه بكونه في مرض الموت أو غيره، فإنه يمكن سحبه على الطّلاق في مرض الموت، إنْ مات خلال عدَّتها قبل نهايتِها، أي أن المشرِّع يميلُ إلى الأخذ بقول الأحناف الذين قضوا بميراثها خلال العدَّة فقط.

كما اطَّرَدَتْ المحكمة العليا على تعويض الطّلاق التّعسُّفي، فقد شددت في قراراتها على أن التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفا [(2)]، ومن بين القرارات التي يظهر فيها جليا اعتماد المشرع الجزائري لنظرية التعسف في استعمال الحق، في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي، بدل المتعة ما يأتي: ((من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي))[(3)]، ولقد قضت محكمة سيدي امحمد بتاريخ 1984/10/28 بمبلغ 20000دج كتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، طبقا

---

(1) : وقد صرح المشرع الجزائري بهذه الإحالة صراحة بنص المادة222:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.**"، وفي هذا توسع من المشرع وعدم تقيده بأي مذهب فقهي.

(2) : المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم (53017)، المجلة القضائية, 1991، العدد الأول، ص56.

(3) : المحكمة العليا غ.أ.ش، 1986/04/07 ، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1989، العدد الثاني، ص09.

لسلطتها التقديرية، طالما أن المشرع لم يحدد حدا أقصى، ولا حد أدنى للتعويض الذي يقدم للمطلقة في حالة التعسف في الطلاق .

وقد حكم القضاء الجزائري بأن حق الطلاق مخول في الشريعة للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، التي يراعي في تقديرها حالة المطلق المالية حيث جاء ما يلي: ((القرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة في الطلاق الذي هو ملف في عصمة الزوج الذي ما فتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته والحكم بتطليقها من جانب قضاء الموضوع لا مبرر له))[1].

"غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض, لما لحق الزوجة من أضرار بسبب هذا الطلاق" [2] .

وفي قرار للمحكمة العليا صادر في 22 نوفمبر 1982 مؤداه أن للمطلقة الحقّ في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، ولو ك ان الزواج غير مسجل بالحالة المدنية [3] .

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الطّلاق التعسفي.

وعلى هذا المنهج الذي يعتمد على إعمال المعيارين الرئيسيين المذكورين سالفاً، سارت معظم التشريعات العربية [4]، رغم تفاوت مواقف المحاكم الشرعية وقوانين الأحوال الشخصية في العالم العربي من مسألة الطلاق التعسفي والتعويض عنه، فقد ذهب المشرع الفلسطيني إلى أنَّ قضايا الطلاق التعسفي ينعقد فيها الإختصاص لمحاكم الصلح، والسبب في هذا أن قضايا الطلاق التعسفي لم تُبحث ضمن قانون حقوق العائلة الفلسطيني، إنما

(1) : محكمة المدية 1969/02/12، مجلة المحاماة، 1974، العدد الثاني، ص35.

(2): مجلس قضاء تلمسان 18 جانفي 1967، رقم الملف 12717 م.ج 1968 ص04؛ محكمة الجزائر 1967/04/12.

(3) : المحكمة العليا 22 نوفمبر 1982 ، رقم الملف 20013، الاجتهاد القضائي. المرجع السابق، ص45- 46.

(4) : مروة صبري، الطلاق التعسفي- دراسة فقهية مقارنة- مجلة الجامعة،2009، عدد 13، ص 29.

أُدرجت ضمن قانون العقوبات الذي عدَّ الطلاق الواقع بدون رضى الزوجة، وبدون حكم قضائي طلاقا تعسفياً، ويترتب على هذا الطلاق حبس الزوج لمدة 6 أشهر [1] .

أما موقف المشرع المصري، فقد جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري لعام 1956 والذي ورد فيه أنه: "إذا كان الطلاق بعد الدخول بغير رضاها تكون لها متعةٌ، هي نفقة سنة بعد انتهاء العدة وتُقطع إذا تزوجت" [2].

ومما يلاحظ على مشروع هذا القانون هو الأخذ بمبدأ التعويض من خلال متعة الطلاق وهذا يؤكد وجود توجه فقهي قوي يربط الطلاق التعسفي بالمتعة، كما ربطه بحالة عدم رضى الزوجة فقد يكون الزوج محقاً بطلاقه والزوجة غير راضية.

---

(1): **المادة 181**، قانون العقوبات الفلسطيني، لعام 1977 :" **كل من أجرى طلاقا وهو يعلم أنه محضور حسب القانون أو يعلن بأن الشخص المطلق يرتكب جُرما بإجرائه يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر**".

(2) : محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 286.

أما القانون الأردني فينُصُّ في مادته **134** ق.أ.ش على أنه " **إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن يطلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط ألا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة**" فالملاحظ أن القانون الأردني أعطى للمطلقة تعويضا عن التعسف ولكنه وضع حداً أعلى بما لا يزيد عن نفقة سنة

أما المشرع السوري فقد جاء في المادة 117 ق.أ.ش السوري أنه :" **إذا طلق الرجل زوجته لغير سبب معقول وتبين للقاضي أن الزوجة فقيرة وأنها تتعرض للبؤس والفاقة بسبب هذا الطلاق جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، بشرط ألا يتجاوز التعويض نفقة سنة لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.**".

ومنه نلاحظ أن المشرع السوري قد جعل حق المطلقة في التعويض مرتبطاً بالبؤس والفاقة، وهذا يعني أنها لو كانت غنية فلا حق لها في التعويض .

أما موقف المشرع التونسي فقد ورد في الفصل 31 من القانون التونسي ما يفيد بتعويض من تضرر من الزوجين نتيجة الطلاق بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي .

والملاحظ في هذا القانون أن المرأة تُعَوَّضُ عن الضرر المادي بمنحة تدفع لها بعد انقضاء العدة شهرياً، على قدر ما إعتادته من عيشٍ في ظل الحياة الزوجية بما في ذلك المسكن، وهذه المنحة قابلة للمراجعة إرتفاعا وانخفاضا بحسب ما يطرأ من متغيرات، وتستمر المنحة إلى أن تتوفى المُفارَقة أو يتغير وضعها الإجتماعي بزواج جديد أو بحصولها على ما تكون معه في غنى عن هذه المنحة،...إلا إذا اختارت حصولها عن التعويض عن الضرر المادي في شكل دفعة واحدة .

في حين يظهر موقف المشرع المغربي من خلال المادة 52 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية[1] التي مفادها:" **يُلزم** كل مُطَلق بتمتيع مطلقته، إذا كان الطلاق من جانبه، بقدر يُسره وحالها، إلا التي سمَّى لها الصداق وطُلقت قبل الدخول". وإذا ثبت للقاضي أن الزوج طلق بدون مبرر مقبول تعيَّنَ عليه أن يراعي عند تقدير المتعة ما يمكن أن يلحق الزوجة من أضرار[2].

أما المشرع العراقي فيرى إن "الطلاق حق منحه المشرع للزوج بموجب رخصة تستخدم عند الضرورة كأن تلحق بالزوج أضرار سواء من سلوك الزوجة بالفعل أو القول ما يدفعه إلى استخدام هذا الحق".

والقانون العراقي يسمح للمرأة المطالبة بالتعويض عن تفرد زوجها بطلاقها دون مبرر، ومقدار هذا التعويض يخضع لعوامل عدة أبرزها الحالة المادية ومقدار تمسك المرأة بالعلاقة الزوجية، التي يشترط أن تطالب بها علناً أمام المحكمة المختصة. كما أن المحكمة وعند معرفتها بأن الزوج استعمل لفظة الطلاق دون وجه حق لأجل الإضرار بالمرأة، فهنا نكون أمام حالة التعسف في استعمال الحق. وأن التسعف يسفر عنه قرار من المحكمة المختصة بتعويض المرأة عن اضرار قرار الزوج بالانفصال غير المبرر، وهو ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية النافذ".

كما أن "المشرع حين وضع التعويض هو لحماية الزوجة من تعسف الرجل عند ايقاع الطلاق ويكون مناسباً للضرر الذي لحق لها فضلاً عن أنه يحفظ كرامتها، وأن الحكم بالتعويض لا يكون إلا بطلب الزوجة ولا تخوض المحكمة بهذه التفاصيل من تلقاء نفسها، وأن القانون العراقي استقر على استحقاق التعويض ووضع له المشرع معايير وهي الحالة المادية للزوج ودرجة التعسف وهو أمر تستنتجه المحكمة من ظروف كل قضية معروضة

(1) : تم إلغاؤها وتعويضها بمدونة الأسرة سنة 2004.

(2) : عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1997م، ص 55.

أمامها وملابساتها، وكذلك تقرير البحث الاجتماعي وشهود الطرفين بوجود التعسف من عدمه، والتعويض يكون على أساس النفقة الزوجية بما لا يزيد عن سنتين، وأن الغاية منه هو لجبر الضرر الذي لحق بالمرأة نتيجة تعسف زوجها في استخدام حقه بالطلاق. وقد تقدم البعض بطعن في دستورية المادة (39/ 3) من قانون الاحوال الشخصية المرقم (188) لسنة1995 [1].

وأنه في حال إعادة الرجل لزوجته فأن المحكمة لا تقضي بالتعويض، ويرى المشرع العراقي في ذلك درءاً للمشكلات والسعي لاستمرار العلاقة الزوجية باستئنافها مرة أخرى وأن مقدار التعويض يخضع أيضاً إلى رغبة المرأة في الاستمرار بالعلاقة الزوجية مع زوجها من عدمه، وكل ذلك يكون من تقدير المحكمة وفقاً لظروف كل دعوى منظورة من قبلها. ويشهد

(1): قالت المحكمة الاتحادية العليا، الأحد، إن تعويض المرأة جراء طلاقها "التعسفي" لا يخالف الدستور، مبينة أن ذلك يشكل جبراً للضرر الذي اصابها.

وذكر المتحدث الرسمي باسم المحكمة، إياس الساموك، في بيان نشر اليوم (28 كانون الثاني 2018)، ان "المحكمة الاتحادية العليا سبق لها ان اصدرت حكماً في عام 2015 بشأن الطعن في دستورية المادة (39/ 3) من قانون الاحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959."

وأضاف البيان، أن "تلك المادة تتعلق بتعويض المرأة مادياً عن تعسف زوجها في طلاقها، وقد طلب المدعي في دعواه الحكم بعدم دستوريتها." واوضح الساموك، أن "المحكمة وجدت أن تعويض المرأة جبراً للضرر جراء ايقاع الطلاق عليها تعسفياً، ومن ثم أن المادة المطعون بعدم دستوريتها لا تتعارض مع ثوابت الاسلام المنصوص عليها في المادة (2/ أ) من الدستور."

الجدير بالذكر ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 استمد فكرة التعسف في استعمال حق الطلاق الواردة في الفقرة 3 من المادة 93 من نظرية التعسف الواردة في الفقه الاسلامي، حيث اعتبر ان الزوج الذي يطلق زوجته من دون سبب متعسفا في استعمال حق الطلاق.

وقد رتب قانون الاحوال الشخصية العراقي اثرا على هذا التعسف وهو استحقاق التعويض ولكن بعد ان تتوافر شروط حددها القانون لاعتبار الطلاق وقع تعسفيا وهذه الشروط هي: أن يقع الطلاق من قبل الزوج من دون سبب مسوغ أو ضرورة، ألا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة، ألا يكون بطلبها أو برضاها، أن تصاب الزوجة (المطلقة) بضرر من جراء هذا الطلاق. نقلا عن قناة NRT عربية بتاريخ 2018/01/29. حوار مع السيد : إياس الساموك:مدير المكتب الإعلامي للمحكمة الإتحادية العليا ، العراق.

لعراق تزايداً في نسب الطلاق مقارنة بما كان عليه سابقاً حيث وصلت المعدلات وبحسب إحصاءات رسمية لأكثر من 56 ألف حالة في سنة 2017[1].

ومما يلاحظ هنا- في أغلب التشريعات العربية - تأكيد العمل بالمتعة بدلا من تعويض الطلاق التعسفي، وذلك بعد الدخول أو قبل الدخول وتسمية المهر، كما أن المدونة تعطي الزوجة الحق في المطالبة بزيادة المتعة إذا أثبتت أن طلاقها كان بدون مبرر.

وبنظرة عامة في القوانين التي تطرقت لمسألة الطلاق التعسفي، نجد أن قسماً منها ألزم الزوج بنفقة مطلقته بعد انتهاء العدة الشرعية، على خلاف بينهم في مدة الإنفاق، وهذا أمرٌ مخالف للشريعة، وفيه إلزامٌ بأمرٍ لا يلزم، لأن الزوج يُلزَمُ بالإنفاق على زوجته بموجب عقد الزواج والإلتزام ينتهي بانتهاء الرابطة الزوجية، ويُلحق بذلك فترة العدّة على خلافٍ بين الفقهاء في نفقة المعتدة البائن. كما أن فتح باب تقدير المتعة بناء على إيقاع الطّلاق بدون مبرر، قد يدخلنا في سلبيات المطالبة بالتعويض عن الطّلاق التّعسفي بلا ضابطٍ يحدده.

وكخلاصة عامة لما سبق، يمكن القول أن الزوج وإن تعسف في الطلاق، فقد تعسفت القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض في مقدار العقوبة المالية، وفي تكييفها لها، وهذا هو شأن القانون البشري الذي مهما بلغ فلن يحل المشكلة الإجتماعية الناتجة عن الطلاق، ولن يُقلل من نسبته، والبديل هو تغيير القانون بفرض المتعة لكل مطلقة، أما معالجة تعسُّف الزوج في إيقاعه للطّلاق، فلا تكفي المعالجة القانونية القضائية، بل يجب أن توازيها المعالجة التربوية الإجتماعية والدينية، لتتضافر الجهود وتؤتي أُكلها.

(1) : نجلاء الطائي، صحيفة بغداد، مقال بعنوان : قضاة يؤكدون أن القانون العراقي يحمي المرأة من التعسُّف في الطلاق، نقلا عن الموقع الإلكتروني: http://www.almaghribtoday.net/329/144122، بتاريخ : 2017/05/21 الساعة 14.41 مساءا

الفرع الثالث: مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي.

وكانت هذه المسألة من أبرز نقاط الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية، والتي انبنت عليها عدة اتجاهات فقهية، كان لها الأثر المباشر في نشوء إجتهادات قانونية، نادى بها أبرز فقهاء القانون الوضعي، حيث ذهب البعض إلى وجوب التعويض، ونادى بعضهم بجوازه فقط، وهذا ما سنفصله بالتطرق إلى قضية وجوب التعويض من عدمه.

لما كان من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الأصل في الطّلاق الحظر، وأنه لا يباح إلا لحاجة مُلحة، كان الطلاق التعسفي منهيًا عنه نهيا باتًا، بل إن صاحبه آثم شرعًا، وذلك لتعسفه في استعمال الطلاق، مما يستوجب الحكم عليه بالتَّعويض، ذلك أن التَّعويض عن الضَّرر أمرٌ مُقَرَّرٌ شرعًا وعقلا، وقانونًا وعرفا، جبرا للضرر، ورعاية للحقوق، وزجرًا للمعتدين، وتوفيرًا للاستقرار وتحقيقًا للعدل، وقد دلّت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار.

ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشّخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية، وتمشيا مع بعض الآراء عند بعض الفقهاء، بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، ومن ثم تستحق المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض، إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع، للأضرار العديدة التي تلحق بها نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها، وفقدان المأوى، وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة، ويجوز إطلاق التعسف والعنت والمضارة بهذا التقييد على نوع خاص من الظلم وهو الظلم الناشئ عن استعمال الحق، أو التصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشّارع من شرعه[1].

(1) : محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج 1، ص116.

فخلافا لقلة من الفقهاء الذين يرون عدم مشروعية استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، كونه حق جائز للزوج، يسوغ له إيقاعه ولأن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لذلك متى وجدت هذه الحاجة، ووقع الطلاق على أساسها، فليس من الصواب فرض التعويض على الزوج المطلق[1]. ويرى غالبية العلماء المعاصرين وجوب التعويض في مقابل الضرر اللاحق بها من جراء تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، قياسا على الخلع، فكما المرأة تدفع للزوج ما يتفقان عليه مقابل الخلع، فان الزوج يلتزم بالتعويض مقابل الطلاق[2]، كما قاسوا مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي على مشروعية متعة المطلقة[3]حيث قال ابن حزم[4]، وأحمد في قول له بأنها واجبة لكل مطلقة[5]، وقال مالك بأنها مستحبة لكل مطلقة[6]، والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة[7].

فأبو حنيفة يرى أنها واجبة على كل من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى والشافعي يرى أنها واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله، إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول، فلا متعة لها، وعلى هذا جمهور العلماء[8]، وعليه يمكن تحصيل مذهبين لدى العلماء المعاصرين في هذه المسألة على النحو الآتي:

---

(1) : محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 332، وقال: "وقد اخطأ من حكم بالتعويض من اجل الطلاق".

(2) : محفوظ بن صغير؛ المرجع السابق، ص580 .

(3) : مجيد علي العبيدي، المرجع السابق، ص27 وما بعدها.

(4) : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، ج3، ط4، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، (د س ن)، ص 37.

(5) : علاء الدين أبي الحسن علي المرداوي، المرجع السابق. ص 78.

(6) : أبو الوليد بن رشد، المرجع السابق، ص 112-115.

(7) : وقد وردت عدة تعاريف فقهية للمتعة، فعرفها المالكية بقولهم" ما يعطيه الزوج لمطلقته تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، وتكون حسب يسره وعسره"

وعرفها الشافعية بقولهم:" مال يجب على الزوج دفعه لامرأته التي فارقها في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط" وهما تعريفان متقاربان .

(8) : سبق تفصيل هذه الآراء .

ذهب فريق من العلماء المعاصرين[1] إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول وبمجرد تعنتٍ منه، كان الزوج متعسفًا في استعمال حقه، وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي وقد استدلوا بأن الطلاق إنما أُبِيْحَ لحاجة، فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص، فطلاقه واقع وهو آثم شرعًا، وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وإساءة استعمال الحق توجب المتعة والتعويض لما يوقعه من ضرر بالمُطلَّقة [2].

ويذهب رأي ثانٍ إلى استحباب المتعة[3] فيقولون :"صحيح أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع، ولا يباح إلا لحاجة، لكن هذه الحاجة تقديرية، قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه ما يسمى بالقانون بالحق التقديري، وهو الذي يكون صاحبه الحَكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق، والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف، ولا يؤدي استعماله إلى مسؤولية صاحبه تطبيقًا لنظرية التعسف في استعمال الحق وذلك لخروجه عن نطاق هذه النظرية" [4] .

لكن ذهب الفريق الآخر إلى القول بعدم مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي[5]، وقد استدل هؤلاء بأن الطلاق حقٌ مباحٌ للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجود

(1) : ومنهم وهبة الزحيلي، عبد الرحمن الصابوني، والشيخ عبد الوهاب خلاف، مصطفى السباعي، عبد الفتاح عمرو، عبير القدومي.

(2) : وأشهرهم وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته؛ ج1، ص499 ؛ محمد علي الصابوني، ص117؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، ص142؛ أحمد حسن محجوب السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج 5 /276 ؛ وعبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ص182، والقدومي، التعسف في استعمال الحق، ص193.وهو رأي منقول عن الحنابلة في رواية، والمالكية في قول، والظاهرية (نقلا عن ابن قدامة في المغني 139/10 ومحمد الشنقيطي الموريتاني في تبيين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك 160/3و ابن حزم في المحلى 245/10)

(3) : وهو مشهور مذهب المالكية، نقلا عنابن عربي في أحكام القرآن: 217/1، والقراقي في الذخيرة: 448/4، والشافعية في القديم نقلا عن: الشربيني في مغني المحتاج،317/3.)

(4) : زكي شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص381.

(5) : وعلى رأسهم محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3 ، دار الفكر العربي، القاهرة، ص285 ؛ زكي شعبان، المرجع السابق، ص381 ؛ ومحمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ص 60؛ عبد الكريم زيدان، المفصل، ج6، ص358.

الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلَّق زوجته دون سبب ظاهر كان مستعملا حقه المخوّل له شرعًا ولم يوجد منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق [1].

وعند التحقيق في المسألة، يلاحظ أنه إذا كانت المتعة مشروعة في حالة الطلاق غير التعسفي على خلاف بين العلماء في وجوبها أم استحبابها، دفعا لضرر متوقع، فإن تقرير التعويض في الطلاق التعسفي مع ما فيه من أضرار، وألم الفراق، وتفويت لنعمة المتعة الزوجية التي ربما تحرم منها مدى الحياة، وسط تزايد مشكلة العُنُوسة، فإن تقرير التعويض يكون من باب أولى [2].

وعليه فإذا طلق الرجل زوجته دون سبب مقبول، فإنه يكون قد تسبب بإيقاع الضرر بتعسفه في استعمال حقه، دون إبراز أسباب جدّية تحت سلطة القاضي التقديرية، فإن الضرر يكون ثابتا ومفترضا، ولا يمكن تداركه بالإزالة، فيتدارك عندئذ بالتعويض القضائي، وذلك جبرا للضرر وتخفيفا من الألم الذي لحق بها، بما يتناسب مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف [3].

وقد يثور السؤال فيما لو كانت الزوجة مفوضة بتطليق نفسها من زوجها أثناء انعقاد الزواج وطلقت نفسها من زوجها دون أسباب، بل لمجرد رغبتها في الخلاص منه، والإضرار به، وأنه لم يوافق على ذلك، فهل يمكن تصور التعسف باستعمال حق الطلاق من جانب الزوجة المفروضة تطليق نفسها؟

فهناك من يرى وجوب شمول الزوجة أيضا بالتعسف في استعمال حق الطلاق، إذا كانت موكلة به أو مفوضة، وأساءت استعماله بتطليق نفسها من زوجها، دون سبب أو مصلحة جدية وإنما فقط بقصد الإضرار بالزوج، فعليها تحمُّل التعويض أيضا، لأنه أساس

(1) : زكي شعبان، مرجع سابق ص380 ؛ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص101.
(2) : جمانة فوزي النعيمات، المرجع السابق، ص 118 .
(3) : محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 583 .

استعمال الحق، ولكن هذا الرأي مرجوح، لأنه وإن لم يكن هناك مانع من شمول الزوجة بهذا التعسف بناء على إساءة استعمال الحق إذا كان الاستعمال بقصد الإضرار فقط، ولكن قد تكون مصلحة الزوجة في الفراق عن زوجها أجدى وأنفع من استمرار الزواج، بالإضافة إلى أنَّ الزوج عندما يفوض زوجته تطليق نفسها منه متى شاءت، يكون على علم بأن زوجته قد تلجأ إلى هذا الحق المكتسب للخلاص منه بناء على التفويض أو التوكيل ولو بدون موافقتة.

أولا: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي.

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وإنما أكدتها الإجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضا عن الطلاق التعسفي بمفهومه الحديث، وليست أثرا من آثار الطلاق، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1986/12/9 على أنه :((من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان الحال كذلك استوجب نقض القرار جزائيا فيما يخص المتعة.))[1]

لكن بقراءة هذا الإجتهاد يتبين لنا أنه لم يفرق بين استحقاق المرأة للمتعة(التعويض) بسبب طلبها التطليق لضرر أصابها، أو التطليق خلعا بعوض أو بغير عوض ، وعليه فلا يجب لها التعويض.

مع العلم أن المتعة المقرة شرعا إنما تجب لكل مطلقة، سواء كان الطلاق تعسفيا أم كان بوجه مشروع، ولعل سبب هذا اللبس في موجب المتعة هو الإختلاف في مفهوم

(1) : ملف رقم 43860، المجلة القضائية، العدد 02، 1993، ص 41.

التعسف في الطلاق بين ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وبين تكييفه القانوني على أنه طلاق بغير مبرر ومن ثم يحكم بالمتعة(التعويض)، بخلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن المتعة إنما تجب لكل مطلقة على رأي القائلين بوجوبها.

وبالرجوع إلى التأسيس الأصلي لمسألة المتعة والتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة، من كون ان الطلاق إنما جُعل بيد الرجل كحق أصيل له، إلا ان هذا الحق غير مطلق تماما، ولكن يمارسه الرجل وفق ضوابط شرعية حسب ماتدعو إليه الحاجة والضرورة، وبذلك لا يكون متعسفا في استعماله لهذا الحق، ويكمن الإختلاف بين حق الزوج في استعماله حق الطلاق وبين الحق في القانون المدني في مسألة الإثبات، أن الزوج يعد وبصفة آلية متعسفا في استعمال الحق اتجاه زوجته إلا إذا أثبت هو عكس ذلك، إذ أنه من طبيعة خاصة لأن مصدره العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 124 و124 مكرر من القانون المدني، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كومه صاحب العصمة الزوجية شرعا.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/2/22 الذي جاء فيه ما يلي: ((إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق)).

وفي تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار:((لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في 41 و124من ق. م .ج.

وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا يدخل تحت الأضرار المنصوص عليه في المادتين، فإن قضاة الإستئناف لم يخالفوا القانون، وأن قرارهم يكون

سليما، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة (41) من القانون المدني أو لحقا ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة (124) فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك))[1].

هذا ما يؤكد قولنا السابق أن حق الطلاق المخول للزوج إنما هو حق أصيل من طبيعة خاصة، يختلف عن كل الحقوق المنصوص عليها في القانون المدني.

ثانيا: المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والطلاق في مرض الموت.

بيَّنتُ فيما سبق موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من مسألة تعويض الضرر في حالتي الطلاق التعسفي، والطّلاق في مرض الموت، وأَصِلُ الآن إلى عقد مقارنة موضوعية بين النظامين حول هذه المسألة، تتمحور حول الأساس النظري لإيجاب التعويض ونوع الضرر ومداه إضافة إلى دعائم مبدأ تعويض الضرر في النظامين بخصوص هذه النقطة، مع الإشارة إلى أن هذه النقاط المحورية للمقارنة تفرض نفسها لأنها نتيجة الدراسة.

01 – أوجه الاتفاق

بعد استعراض رأي الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي بالحالتين المذكورتين سالفا، أخْلُصُ إلى أنَّ الفقه الإسلامي وقانون الأسرة يتفقان فيما يأتي:

أ- إعتبار الفقه الإسلامي وقانون الأسرة للإساءة في استعمال حقّ الطّلاق وترتيب المسؤولية على ذلك ، وتتمثل في إلزام الزوج المتعسف بتعويض زوجته، كما أنه من المبادئ الثابتة فقهاً

(1) : ملف رقم 235367، المجلة القضائية ، العدد 01، 2001، ص 275، للتذكير فإن المادة 41 المذكورة آنفا في القرار ملغاة بالقانون 05-10.

وقضاءً أن الإضرار بالزوجة بأي شكلٍ يجعلُها تلجأ للقضاء لاستيفاء حقِّها، مما يوجب لها التعويض نتيجة الضرر سواء أكان ماديا أو معنويا.

ب- أنّ أساس المسؤولية في التشريعين، هو التعسف في استعمال حقّ الطّلاق الذي بيَّنَ الشَّارع حدود ومجالات استعماله كما أن التعويض في الطلاق التعسفي يقوم بكل أشكاله على أساس الأفعال الضَّارة التي يأتيها الزّوج تعديًّا أو تسبُبًا في الضَّرر، مما يُرتِّبُ قيام المسؤولية التقصيرية.

ج- أن ترتيب المسؤولية على إيقاع الطّلاق لا يُعَدُّ تقييدًا لحقِّ الطَّلاق، إنما يُعَدُّ ترشيداً لاستعماله بدليل ضبط حالات التَّعسف بضوابط ومعايير محددة.

د- أن الضَّرر المعنوي معني بالتعويض في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وأن ذلك مستنبطٌ من المبادئ التشريعية، والقرائن الواقعية التي يؤدي إعمالها إلى تنوير وتعبيد مسلك تطبيق الأحكام التشريعية، نظرا لغياب النّص القانوني الصّريح، أو نازلةٍ، أو اجتهاد مماثل يدل على ذلك.

هـ- وأن نص قانون الأسرة على تعويض الضرر في الطّلاق التعسفي يُعَدُّ تطبيقًا لمبدأ الضرر المعنوي الذي يجد أصوله في الفقه الإسلامي والقانون، والضّابط في ذلك هو وجود حق مشروع ترتب عن التعسف في استعماله مسؤولية، فيجب التعويض عن الضرر المعنوي أو المادي الناجم عن الاستعمال المعيب، كما أن الضابط في التعويض عن الطلاق هو الضرر كما ذهب إليه المالكية، ووجه التطبيق يتجلى في قيام مسؤولية الزوج نتيجة إضراره بالزوجة، وعلى هذا المنوال نشأ مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ووجد تطبيقاً له في العديد من النُّظُم.

02- أوجه الاختلاف

أما عن نقاط الاختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري التي استنبطتها من خلال هذه الدراسة فهي:

أ- أن المشرع الجزائري لم يُبين حالات الطّلاق التعسفي، بخلاف الفقه الإسلامي الذي رتَّب أحكاماً فقهية خاصَّة ببعض أضرب الطّلاق التي يمكن اعتبارها طلاقا تعسفيا كالطلاق البدعي، أو طلاق السَّكران والهازل، ويتجلى أثرُ هذا الاختلاف في محدودية تعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي بالنسبة لقانون الأسرة.

ب- إن القانون لم يحدد نوع الضرر المقصود في الطلاق التعسفي، هل هو مادي أم معنوي بخلاف الفقه الإسلامي، حيث تجلَّت نوازل عند المالكية تمثل فيها الضرر المعنوي وقضي فيها بالتطليق مع التعويض لكن يمكن القول أن عبارة النص القانوني جاءت عامة، ومن ثم فهي تشمل نوعي الضرر معاً، أي الضرر المادي والضرر المعنوي.

ج- أن تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي يعضده إيجاب المتعة للمطلقة، بالإضافة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فدعائمه التشريعية قوية بخلاف القانون الذي يرتب التعويض على أساس التعسف فقط. ويظهر الأثر في أنه في حالة غموض التعسف في الطلاق، أو إباء أحد الزوجين التفصيل في حيثيات الطلاق، قد يحرم الزوجة من التعويض ويكتفى لها بالمتعة ، التي لا يمكن أن تصل قيمتها إلى مرتبة التعويض عن المسؤولية، لأن ضوابط تقديرها محددة شرعا، وأن القضاء بها كتعويض قد يصرف عنها وصف المتعة وينصرف إلى إرهاق الزوج بما لا يُطيق، لأن الشّارع حينما أوجب المتعة كان تشريعه لها يتميز باللُّطف في ذلك.

د- إن التّعويض عن الطّلاق التّعسُّفي في الفقه الإسلامي له أساسياته، ودعائمه التّشريعيَّة تتضمَّنُ نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ، وإيجاب المتعة للمطلَقة بخلاف القانون الذي يستند

على نظرية التَّعسُّف فحسب، وهو ما يُجَرِّدُ حكم المادة 52 ق. أ.ج من الطابع الإنساني القيمي الذي تحمله نفقة المتعة في الفقه الإسلامي، والقانون لم ينص على هذه النفقة غير أن القضاة درجوا على تضمين المتعة في التعويض القانوني الممنوح بمقتضى المادة52 من قانون .أ.ج.

بعد التفصيل السابق لمسألة التعسف في استعمال حق الطلاق، وما يصاحبه من أحكام، وما يضبطه من معايير، بها تتحدد نية المطلق، وتظهر سلامتها من إضمار قصد الضرر نحو المطلقة، وقد استعرضنا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية بمختلف آرائهم واجتهاداتهم، وما يقابلها من مواقف فقهاء القانون الوضعي، ونظرياتهم، نتحول الآن إلى موضوع آخر، وهو طريق آخر لفك الرابطة الزوجية، ولا يخفى أنه من الأهمية بمكان، ألا وهو التعسف في استعمال الخلع، ويتم التطرق فيه إلى تعريف الخلع وحكمته وطبيعته القانونية، ثم نفصل في أوجه التعسف في استعمال الزوجة لحقها في الخلع، ثم نورد دراسات إستبيانية لظاهرة الخلع على عيينات من النساء بمختلف مراكزهن ومستوياتهن الإجتماعية، محاولة لتحليل أسباب هذه الظاهرة، ومدى لجوء النساء إليها لفك الرابطة الزوجية، مع الوقوف على الدوافع والبواعث وراء انتشار اللجوء إلى الخلع في السنوات الأخيرة .

المبحث الثاني :

التَّعسُّف في استعمال حقّ الخلع[1].

إذا كان اللُّجوء إلى حلِّ ميثاق الزّوجية بالطّلاق لا يتم إلاَّ استثناء، وفي حدود الأخذ بقاعدة أخفِّ الضررين، لما في ذلك من تفكيك الأسرة والإضرار بالأطفال عند وجودهم، فإنَّ التعسف في استعمال الزوجة حقها في الخلع في ظل تواطؤ قوانين الأسرة العربية بطريقة قد يُفهم منها أنها انتقامية لا علاقة لها بقاعدة الأخذ بأخف الضررين، بل مجرد التذرع بكراهية الزوج التي كانت مُضْمَرَةً حتى جاء القانون وأظهرها، فإذا وقع ضررٌ نفسيٌّ للزوجة خافت معه عدم طاعته أوعدم تمكين نفسها منه كراهة فيه وبُغضاً له، ولم تستطع إثبات الضّرر المعنوي وسوء الحالة النفسية التي انقلبت مع زوجها، وأنه لا سبيل للحياة الزوجية بينهما، وخشيتها أن لا تُقيم حدودَ الله بسببِ هذا البغض،[2] جاز لها مباشرةُ دعوى الخلع التي صارت قناعاً، بل غطاءً تتذرع به الزوجات لنيل مرادهن[3]، ومن ثم فالخلعُ إذا يكون غير مُبَرَّر ولا حاجة له، ويُستدل على هذا بقوله (ﷺ):« **أيما امرأة سألت زوجها الطّلاق من غير ما بأس فحرامٌ عليها رائحة الجنة** »[4].

ومتى أصبح حقُّ الزوجة في الخلع حقاً انفرادياً، فإنه كسائر الحقوق يخضع للقيد العام وهو عدم التّعسُّف في الاستعمال، وقياساً على أنَّ الوصف التّعسُّفي في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوج مُفترَض، وعليه إثبات وجود المبرر الشّرعي، حتّى يُعفَى من الوصف

(1) : بلغت نسبة اللجوء إلى الخلع مابين 15000 إلى 20000 حالة في سنة 2017 حسب مصادر متتبعة، أي بنسبة 20% من نسب فك الرابطة الزوجية.

(2) : أحمد فراج حسين؛ المرجع السابق، ص107.

(3) : مصطفى أشيبان؛ عدم دستورية بعض مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالتطليق، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: http://www.assabah.press.ma ، بتاريخ: 30 أكتوبر ،2017.

(4) : إبن ماجه، السنن، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، حديث رقم2055- حدثنا أحمد بن الأزهر. حدثنا محمد بن الفضل، عن حماد بن زيد، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن أبي أسماء، عن ثوبان؛ قال:"- قال رسول الله (ﷺ): ((**أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها ريح الجنة**)).

التّعسُّفي، فإن الخُلع أيضا من جانب الزوجة قد يقع تعسفياً، ويجوز للزوج المخلوع طلب التعويض على أساس التعسف في استعمال الحقِّ كصورةٍ من صُوَّرِ الخطأ الموجب للمسؤولية التّقصيريّة، فحتىّ لو كان الحقُّ مشروعٌ قانوناً، ولكنه أحدث أضراراً بالطّرف الآخر[1] ، ولو أن الرَّجُل هو من قام بتطليق زوجته وقال أنّ السّبب هو أنه يبغض ويكره الحياة مع زوجته، لَحُقَّ للزوجة نفقةُ متعةٍ، وحُقَّ لها أيضا أن تقوم برفع دعوى مطالبةً بتعويضٍ عن الضّرر المادي والمعنوي الذي أصابها لإساءة استعمال حقِّ الطّلاق من جانب الزوج، وبذلك يكون الخلع بيد الزوجة، كما أن الطّلاق بيد الرَّجل، فإن كانت الكراهية منهما معا وطلب الزَّوجُ التفريق، فبيده الطلاق وعليه تبعاته، وإن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع وعليها تبعاته كذلك [2].

المطلب الأول: مفهوم الخلع وحكمته وطبيعته القانونية.

إنَّ الحياة الزوجية لا تقوم إلا على السَّكن، والمودّة، والرَّحمة، وحسن المعاشرة، وأداء كل من الزوجين ما عليه من واجبات للطرف الآخر، وقد يحدث أن يكره الرجلُ زوجته، أو تكره هي زوجها، فللرجل حق الطلاق، وللمرأة حق الخلع لتتخلص من زوجية لا تريدها.

وعليه وجب تبيين مفهوم الخلع ودليل مشروعيته، ثم طبيعته القانونية.

(1) : مصطفى أشيبان؛ المرجع السابق.

(2) : ولقد كرست المحكمة العليا هذا الحق قبل تعديل 2005 من خلال عدة قرارات من بينها:- القرار رقم 141262 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1996/07/30 الذي يقضي بأن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا، وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع، فإنهم بقضائهم هذا كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة،كما جاء في قرارها رقم 216239 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 1999/03/06 أن الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثمة فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون .

الفرع الأول :تعريف الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه.

أولا: تعريف الخلع.

01- لغة: الخلع هو التجريد والإزالة، وخلعَ الشيءَ يخلعه واختلعه أي نَزَعَه، وخلع الثوبَ بمعنى أزالهُ، لأن الرجل لباسٌ للمرأة وهي لباسٌ له، قال الله ﷻ﴿ پ پ پ پ ڀ ڀ ڀ ڀ ﴾[1]، فهي ضجيعه وضجيعته، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليُبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه[2]، ويسمى الفداءُ، وانخلع الرجل من ماله أي تصدق بجميعه، وخلع امرأته خُلعاً، وخِلاعاً فاختلعت وخالعته أزالها من نفسه على بذلٍ منها له، فهي خالعٌ ومختلعةٌ[3].وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال، وخالعها وتخالعا صِيَغٌ مختلفةٌ، ومنها المخالعة[4] .

02- اصطلاحا: فقد عرَّفَه الفقهاء بقولهم:" فراق الرَّجل زوجته ببذل يحصل لهُ"[5]. وعرفه المالكيّة أنَّه طلاقٌ بعوضٍ[6]، وعرَّفّه الحنفية بقولهم: "هو إزالة ملك النكاح متوقف على قبول المرأة بلفظ الخلع، أو ما في معناه"، وعرفه الشَّافعية بقولهم :" الخلع هو اللّفظ الدَّال على الفراق بين الزّوجين بعوضٍ"، أما الحنابلة فعرَّفوه بقولهم: "فراق الزوج امرأته بعوضٍ يأخذه الزوج منها أو غيرها بعوضٍ"، أما الحنابلة فعرَّفوه بقولهم: "فراق الزوج امرأته بعوضٍ يأخذه الزوج منها أو غيرها بألفاظٍ مخصوصة صراحة أو كناية"[7].

---

(1) : سورة البقرة، الآية 187.

(2) : عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،-دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، ط1، 2007، ص335.

(3) : إبن منظور، لسان العرب، ج1، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت 2005 ، ص114 .

(4) : إبن الهمام ، فتح القدير شرح الهداية، ج4، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، (د س ط) ، ص510 .

(5) : سيد سابق، فقه السنة،ج2، المكتبة العصرية، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط21، 1998، ص319 .

(6) : يحي بن يحي الليثي، موطأ الإمام مالك، دار النقاش للطباعة والنشر والتوزيع، (د س ط)، ص 384.

(7) : عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار المعارف الإسلامية، 1990، ص 387.

ثانيا: دليل مشروعية الخلع.

إستدل العلماء على مشروعية الخلع بأدلة من القرآن والسنة والإجماع.

01- من القرآن: قوله جل جلاله ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩﴾ [1].

ووجه الإستدلال من الآية، أنه لايحل للزوج أن يأخذ من زوجته الصداق الذي أعطاه لها إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله تعالى، والتفريط في حقوق الزوجية فيما بينهما فإذا رأت الزوجة أنها كارهة لزوجها، ولا تطيق العيش معه لسبب يخص مشاعرها، أو نفرت منه وخافت الخروج عن حدود الله في حسن المعاشرة والعفة والأدب، فهنا يمكنها طلب الإختلاع منه وتعويضه عن تحطيم حياته وأسرَتِه دون سببٍ منه، فترد له المهر الذي أمهرها إياه[2].

وقد استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يجوز الخلع إلاَّ أن يكون الشّقاق والنُّشوز من جانب المرأة، فحينئذٍ يجوز للرَّجل قبول الفدية.

02- من السنة النبوية: لقد ذكر علماء الحديث روايات كثيرة تدل على مشروعية الخلع، كلها تدور حول مسألة واحدة، وهي أنّ امرأة جاءت إلى رسول الله(ﷺ) تشكو كراهية زوجها وتريد مفارقته، فقد روى البخاري عن ابن عباس: " أن امرأة ثابث بن قيس أتت النبي (ﷺ)، فقالت يارسول الله ما أعيب عليه في خُلُقٍ ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله(ﷺ):"**أتردِّين عليه حديقته؟**"، قالت: نعم، قال رسول الله(ﷺ): "**إقبل الحديقة وطلقها**

(1) : سورة البقرة، الآية 229.

(2) : سيد قطب، الظلال، المجلد1، ج2، ط9، دار الشروق، الجزائر، (د س ط)، ص 248.

تطليقة»[1]. وفي رواية أكثر تفصيلا عن ابن جرير أنه سأل عكرمة، هل كان للخلع أصلٌ؟ قال كان ابن عباس يقول:« إن أول خلع كان في الإسلام في أخت عبد الله ابن أُبَيّ، أنها أتت رسول الله (ﷺ) فقالت، "يا رسول الله، لا يجمع رأسي ورأسه شيءٌ أبداً، إني رفعت جانب الخباء فرأيته قد أقبل في عِدّةٍ، فإذا هو أشدُّهم سواداً وأقصرهم قامةً، وأقبحهُم وجهاً"، فقال زوجُها: "يا رسول الله إني قد أعطيتها أفضل مالي، حديقة لي فإن ردَّت عليّ حديقتي"، قال:" ما تقولين؟

قالت:" نعم، وإن شاء زِدّتُه." ففرّق بينهما النبيُّ (ﷺ).

فمن خلال هذين الحديثين الشريفين يمكن الإستدلال أنه يجوز للمرأة طلب الإختلاع من زوجها إن خافت ألا تقيم حدود الله تحت عصمته، فإن لم يكن هناك من سبب لطلب الخلع، فإنه يكره للزوجة طلبه لقوله (ﷺ) :« **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرامٌ عليها رائحة الجنة**»[2].

03-: من الإجماع: إتفق أهل العلم على جواز ومشروعية الخلع، ولم يخالف هذا الإجماع إلا بكر بن عبد الله المزني الشافعي، وليس لديه حججٌ دامغة، عدا ما ظن أن الآية في سورة البقرة في قوله ﷻ:﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾ منسوخة بقوله ﷻ: **(وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾)** [3].

(1) : رواه البخاري، في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق،حديث رقم 5273، ج9، ص306 ، والنسائي في الطلاق، باب ماجاء في الخلع، ج6، ص 169، وابن ماجه في الطلاق، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها، حدبث رقم 2056، ج1، ص 663، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ط3، 2000.

(2) : سبق تخريجه، ص 62.

(3) : سورة النساء، الآية 20

ولعل أحاديث الخلع لم تبلغه، لكن يبقى الخلع مشروعا بالقرآن والسُّنَّة والإجماع [1].

ثالثا : الحكمة من تشريع الخلع .

لاشك أن المودَّة والرّحمة هما الأساس الذي ارتضاه الله ﷻ للعلاقة الزوجيّة، وهذا لقوله ﷻ: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[2]، حيث يعلم كل طرف ما عليه من واجبات فيؤديها للطّرف الآخر لتمضي الحياة الزّوجيّة سعيدة، لكن قد يحدث ما يزيل تلك المودّة، ويبعد تلك الرحمة، كأن تكره الزوجةُ زوجها، وهي لا تملك أن تُطَلِّقَ نفسها، فلا يُعقل إرغامها على البقاء معه فجعل الله لها مَخلصًا. وهنا تتجلَّى الحكمة من الخلع، بأن تضمن الزَّوجة حريَّتَها في إنهاء الزّواج الذي تضرَّرت منه، والخلاص من زوجيّة إستحالت العشرة فيها، وهذا منتهى العدالة والمنطق اللذان يقضيَّان أن يكون لها هي الأخرى حريّة الإفتراق عن زوجها[3]. فكما للزّوج الحقّ في إنهاء زواج لم يستسغه، أو ضرّه، ملتزما بتحمُّل مايترتَّب على الطّلاق من آثار ماليَّةٍ، فكذلك للزّوجة هذا الحقّ وتُلزم بأن تؤدي لزوجها ما دفعه لها من مهرٍ، وتتنازل عن حقوقها كنفقة المتعة، ونفقة العدّة.

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للخلع.

إذا كان الخلع يعد وسيلة من وسائل الطلاق، وهو أحد طرق فك الرابطة الزوجية[4]، وهو من حقوق الزوجة، مقابل حق الزوج في الطلاق[1]، فهل هو عقد رضائي تجري عليه

(1) : محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، (د س ط)، ص531.

(2) : سورة الروم، الآية21.

(3) : محمد علي محجوب، المرجع السابق، ص233.

(4): وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها(...وحيث أن الخلع يعد وسيلة من وسائل الطلاق، وفك الرابطة الزوجية بين الزوجين، وبالتالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقل يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين.): ملف رقم 477546، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/01/14.مجلة المحكمة العليا، العدد02، 2009.

أحكام العقد العادية، أم أنه يكتسي طبيعة أخرى خاصة ؟ وأين يكمن وجه التعسف في حال ما إذا مارست الزوجة هذا الحق؟.

يعتبر الخلع في طبيعته القانونية عقد ثنائي الأطراف، لأنه يقوم على اتفاق بين الزوج وزوجته أن تدفع له مبلغا من المال لقاء طلاقها، ويتم ذلك بإيجاب وقبول، ويشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما[2].

ومن هنا فإن التكييف القانوني للخلع أنه كطلاقٍ على مالٍ[3]، ويعتبر يميناً في جانب الزوج ويعتبر معاوضة لها[4]، شبيهةٌ بالتبرع من جانب الزوجة، وقد دل الحديث النبوي على أن المرأة إذا كرهت زوجها أو خافت ألا تقيم حدود الله، فلا حرج عليها أن تفتدي نفسها، كما أنه لا جناح على الزوج أن يأخذ عنها ما تفتدي به نفسها، وإذا لم يكن هناك سبب لطلب الخلع فإنه يُكره للزوجة أن تطلبه كما تم بيانه سابقاً، لكن إذا قلنا إن الخلع هو طلاقٌ رضائيٌّ فلا يجب الخلط بينه وبين الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 48 ق.أ.ج، لأن الخلع في الفقه المالكي هو طلاق بعوض[5]، أو هو طلاق على مال، بينما الطلاق بالتراضي لايكون بمقابل.

---

(1) : وهذا ما أكدته المحكمة العليا في اجتهادها : ملف رقم 656259، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار ببتاريخ 2011/09/15.مجلة المحكمة العليا، العدد01، 2012.(الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج).

(2) : فالخلع هو عقد يتوقف على إيجاب وقبول الطرفين، راجع المحكمة العليا،12 مارس 1969 م.ا.ق وزارة العدل، ج1 ص 170 مكررة ، فبراير 1982 (غ.ا.ش) ، نشرة القضاء.1982،ص258 .

(3) : المالكية يعرفونه بأنه طلاق بعوض ، وليس عندهم فرق بين الخلع والطلاق على مال ، الخرشي ج4 ، ص12

(4): أما الحنفية فيكيفونه على انه يمينا من جانب الزوج ومعاوضة من جهة الزوجة أما أبو يوسف ومحمد تلاميذ أبو حنيفة يريان بأنه يمين من الجانبين وهذا رأي الحنفية .

(5) : عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، المرجع السابق، ص 132-135.

وإذا اتجهنا إلى القضاء نجده لا يعتبر الخلع عقدا، بل يعتبره حقا للزوجة، وهذا ما أقرَّه في بعض القضايا منها قراره الصادر بتاريخ: 07/1996/ 30 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حقٌّ خَوَّلَته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا.

لكن رغم هذا فإنه يثور تساؤل وجيه مفاده هو: هل تطليق الزوجة عن طريق الخلع باتفاق من الزوجين عقدٌ قائم على رضاهما، أم هو تطليقٌ بإرادة منفردة من الزوجة مقابل بدل؟[1]. ومما يبدو أن المشرع الجزائري ذهب إلى الموقف الثاني وسيأتي تفصيله في المطلب اللاحق.

المطلب الثاني: أوجه التعسف في استعمال الخلع .

لقد تقدّم أنَّ الخلع حقٌّ مقرّرٌ للزّوجة تفكُّ به الرَّابطة الزَّوجيَّة، إذا توفّر لديها من الأسباب الشّرعيَّة والقانونيَّة ما يُبيح لها ذلك، لكن قد يكون التعسف في استعمال الزوجة لحقها في الخلع بطريقة قد يُفهم منها أنها انتقامية لا علاقة لها بإزالة ضررٍ أصابها، بل مجرد التذرع بكراهية الزّوج التي كانت مُضمرة حتى ظهرت، فإذا وقع ضررٌ نفسيٌّ للزوجة خافت معه من عدم طاعة زوجها أوعدم تمكين نفسها منه كراهةً فيه وبُغضاً له؛ ولم تستطع إثبات الضّرر المعنوي وسوء الحالة النفسية التي انقلبت إليها، وأنه لا سبيل للحياة الزوجية بينهما، وخشيتها أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض[2] ، جاز لها مباشرة دعوى الخلع التي صارت قِناعاً، بل غطاءً تتذرع به الزوجات لنيل مرادهن[3]. ومتى أصبح حقُّ الزَّوجة في

(1) : أما من ناحية الفقه الإسلامي فقد اختلف الفقهاء في نوع الفرقة التي تترتب على الخلع: هل هي طلاق أم فسخٌ؟ فيرى المالكية والحنفية والشافعية ان الخلع طلاق بائن يحتسب على الزوج وينقص به عدد الطلاقات التي يملكها، أما القول الثاني فهو مشهور مذهب الإمام أحمد وهو قول ابن عباس أن الخلع فسخ لعقد الزواج، وليس طلاقا، وبالتالي فإن الخلع لا ينقص به عدد الطلاقات التي يملكها الزوج

(2) : أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص107.

(3) : مصطفى أشيبان، المرجع السابق.ص 68.

الخلع حقاً انفرادياً، فإنه كسائر الحقوق يخضع للقيد العام وهو عدم التعسف في الاستعمال، وقياساً على أنَّ الوصف التّعسُّفي في الطّلاق بالإرادة المنفردة للزّوج مفترضٌ وعليه إثبات وجود المبرر الشَّرعي حتى يُعفى من الوصف التّعسُّفي، فإنَّ الخلع أيضاً من جانب الزّوجة قد يقعُ تعسفيًّا ويجوز للزّوج المخلوع طلب التّعويض على أساس التّعسُّف في استعمال الحقّ، كصورة من صور الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية فحتىَّ لو كان الحقُّ مشروعٌ قانونا ولكنه أحدث أضراراً بالطرف الآخر.

وعليه وطالما أن الخلع حق للمرأة، وأن هذا الحقّ يخضع لمشيئتها، ومرده دائما لإرادتها ينبغي إذن التعرض لبحث ضوابط إستعمال هذا الحق، إذ أنه من المقرر أن الحق يكون دائما محدود بما ليس فيه مساسا بالغير، بإساءة استعماله أو التعسف فيه، وهي ضوابط أخلاقية في المقام الأول، وإنْ كَفَلَ لها القانون الحماية الواجبة. وعليه، فإنه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى إتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة، كما تمَّ التعرض إليه سابقا في الطبيعة القانونية للخلع أنه من قبيل الحقوق المقررة للمرأة، فإذا ما نفرت من زوجها ووجدت استحالة في مواصلة الحياة الزوجية استعملت حقها فيه وليس للقاضي الخيار في رفض طلبها إذا ما استوفت دعواها شروطها الإجرائية.

وفي هذه الحالة أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في إستعمال هذا الحق؟ وإذا توافرت عناصر هذا التعسف ألا يُرتب ذلك مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه عن جميع الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟ وهل يعتبر إلزام الزوجة بدفع بدل الخلع المساوي لقيمة مهر المثل وقت الحكم تعويضا حقيقيا لما أصاب الزوج من ضرر؟، فقد يكون صداقها الذي أصدقها به مبلغا كبيراً، ثم تعسفت في استعمال حقها في الخلع، في وقت أصبح مثيلاتها يتزوجن بثمن بخصٍ ولأن المرأة شأنها في ذلك شأن غيرها، يمكن أن تتعسف في إستعمال حق الخلع .كما لو كان الزوجُ رجلاً ناجحاً، صالحاً، قائماً بواجباته الزّوجية والأسريّة على الوجه الأكمل، ثم تعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتطلبه رغم تمسّكه بها، وحبه لها وامتثاله

للصلح معها لا لشيءٍ سوى لتعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجع إليه، وهنا ألا تُعتبرُ الزوجة في هذه الصورة قد أساءت إستعمال حقها المقرر، وانحرفت عن غايته ومرماه؟ أو توسعت في المطالبة بهذا الحق ؟ ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قِبَلَ زوجها ؟ وبصيغة أخرى ألا تتوافر هنا العلة الشرعية والمنطقية التي تُلزمها بتعويضِ زوجِها من جراء هذا التعسف؟ أليس في هذا الرأي ما يشكل ضابطا موضوعيا وقانونيا وأخلاقيا وشرعيا لإستعمال هذا الحق وعدم التعسف فيه ؟.

هذا هو عين الإضرار والتعسف الذي يجب على القضاء مراعاته أثناء الحكم بالتعويض لإبعاد أي نيَّة للتعسف من طرف الزوجة، وتحميلها المسؤولية اللازمة. إن هذه المسؤولية تجد أساسها في القواعد القانونية المقررة والتي استعرضتُهَا سابقاً[1] في استحقاق الزوجة للتعويض عند الطلاق التعسفي، وكما أن إساءة استعمال الطلاق يقابله تعويض، فإنه من المنطقي أن إساءة إستعمال الخلع يقابله كذلك التزام بتعويض الزوج عمَّا لحقه من ضرر، وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الإتفاق بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم فهل يُعتبر صداق المثل كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج عند الحكم بالخلع؟ وهل يحق له المطالبة بتعويض يتجاوز هذه القيمة؟

ومما يمكن ملاحظته على نص المادة (54) من قانون الأسرة الجزائري أنها قد أجحفت بحق الزوج في التعويض، إذ أن صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج في حالة تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع، فإن ادّعى الزوج أنه قد تضرر من إستعمال الزوجة لحقِّها في الخلع يقع عليه عبء إثبات هذا الضرر، فيلتزم بإثبات عناصر هذا التعسف ويرخص له في ذلك باستعمال كافة طرق الإثبات القانونية المقررة. فعليه مثلا أن يثبت أن الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، وأنه لم يدفعها إلى طلب الخلع بإساءة عشرتها والتقتير عليها أو أنها إنما لجأت لإتباع هذا السلوك أنانيةً منها، أو لحاجة في

(1) : سبق شرحها في هذه المذكرة ، ص... .

نفسها، أو لدوافع ذاتية فقط، وأن هناك أضرارا جمَّة قد لحقت به وباستقرار أسرته. وللزوجة في مقابل ذلك نفي ما تقدم به الزوج وإثبات دوافعها الحقيقية وراء طلب الخلع، وللقاضي الناظر في الدعوى -بما له من سلطة تقديرية -أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع، وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من ضرر وتحميلها المسؤولية اللازمة حتى لا تنحرف الزوجات باستعمال هذا الحق والتعسف فيه. وإما أنَّ الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وُضِعَ له، وأنها قد حقَّقت منه فائدةً مشروعةً، وأن الزّوج لم يلحقه ضرر، وبالتالي لا يلزمها بالتعويض وتتبرأ من كل مسؤولية[1].

وإذا كان المشرع الجزائري قد نصَّ على أن يكون بدل الخلع صداق المثل، فإن المشرع المصري في المادة (20) من القانون 1 لسنة 2000 جعل بدل الخُلع تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي أعطاه لها[2].

فإذا استمرت الحياة الزوجية سنين طويلة تم جاءت الزوجة بعد أربعين سنة، إذا صار الزوج شيخا ومقعدا بعد أن كان شابا قادرا على تلبية طلباتها، وطلبت من المحكمة أن تختلع نفسها مقابل أن ترد عليه صداقه الذي أصبح اليوم مبلغا زهيدا، فإن القاضي لا يملك إلا أن يقضي بالخلع وردّ الصداق للزوج، وفي ذلك إجحافٌ بحقّ الزّوج، وعدم اعترافه بالضرر الذي لحق به من إستعمال الزوجة لحق الخلع.

ومما يثور كتساؤل هنا، كيف أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة في حالة الطلاق ويعطى للقاضي سلطة واسعة في تقدير تعويضه، دون أن يحدِّد أدناه أو أقصاه، ثم لا يعترف للزوج بالضرر الذي يلحقه في حالة الخلع، ويحدد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

---

(1): عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، 2007 ،(ب ر ط) ص265.

(2) : نصت المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة2000 "على الزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع. فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية وردت عليه الصداق الذي دفعه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.....".

بما لا يتجاوز صداق المثل، وكأنه يرى– المشرع – أن الخسارة الوحيدة للزوج في زواج لم يحقق غايته ويستمر هي ما قدمه لها من صداق، وليس استقرار أسرة بأكملها، وسنوات من الحياة الزوجية أفناها الزوج في خدمة أسرته وتلبية متطلباتها.

أليس هذا وجه آخر من أوجه تعسف الزوجة والقضاء معاً عند استعمال حق الخلع؟ .

بعد هذا العرض في بيان أوجه التعسف في استعمال حق الخلع، ننتقل إلى تبيان موقف القانون الجزائري من التعسف في استعمال حق المخالعة، وعرض بعض الإجتهادات القضائية في بعض القضايا التي نظر فيها القضاء.

الفرع الأول : موقف القانون الجزائري من التعسف في الخلع.

بالنظر للمشرع الجزائري فقد ذهب في المادة 54 من قانون الأسرة إلى أنه " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتف ق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم"[1].

من خلال هذه المادة أعطى المشرع للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج، وبالتالي فهو حقٌّ لها في مقابل حقّ الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها، ويلحق الزوج من ذلك ضرر يستوجب التعويض بالمقابل.

ومما يُلاحظ هنا أن المشرع سَلَبَ الزَوجَ حقَّ الموافقة على الخُلع، وهذا أمر جاء به التعديل الجديد، والمتمثل في جواز الخلع سواء كان الزوج راضيا أم غير راض، أي أن رضى الزوج ليس شرطا لصحة الخلع وهذا ما قد يُلحق به الضرر، ومن ناحية أخرى سَلَبَ

(1) : نلاحظ تمسك المشرع الجزائري بالفقه المالكي في هذه المسألة، وأخذه بمشروعية الخلع خلافا لما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية في عدم الأخذ بحق المرأة في الخلع والفداء، كما أن المشرع أعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه قليلا أو كثيرا(أقل من المهر أو أكثر منه)، إلا إذا حصل خلاف بينهما، فهنا يتدخل القضاء لرفع النزاع وتحقيق العدل وذلك بالرجوع إلى صداق مثلها من النساء وقت الحكم بالخلع، ولم يُحل المشرع في الخلاف الحاصل هنا على الصداق المسمى في العقد، لن قدر المهور يختلف من زمان لآخر.

حقَّه في التعويض، بأن حدد قيمته القصوى، التي لا تتجاوز – وفي كل الأحوال– صداق المثل وقت الحكم فهل يتماشى هذا حقًّا مع الشريعة الإسلامية[1] ؟

يتضح من قراءة النصوص أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع[2]، بل إكتفى فقط بالإشارة إلى أنه يتم ولو دون إرادة الزوج، وأن سُلطة القاضي في شأنه تنحصر في الجانب المادي فقط، وذلك في المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة، وهو النَّص الوحيد الذي تعرَّض لمسألة الخلع.

أما من جانب القضاء فقد قضت المحكمة العليا في قرارٍ لها بتاريخ:11 /1992/07 بأن هـ: " من المقرر فقها وقانونا أنه يُسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده، على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعا،

---

(1): وهذا كذلك نوع من التعسف الواقع على الزوج من طرف القضاء، حيث يمكن أن يكون قد مضى على زواجهما وقت طويل تضاعفت فيه مهور النساء مرات عديدة، فيتضرر الزوج المخَالَعُ بقبض شيء يسير من المال، ثم تتزوج تلك المرأة بمهر مرتفع، وقد يعجز هو عن مهر من يريد التزوج بها من جديد.

2: للخلع أربعة أركان عند الفقهاء هي: العاقدان والعوضان أي (**الموجب** وهو الزوج، **القابل** وهو من يكون أهلا لالتزام المال فلا يصح اختلاع السفيهة، **العوض** وهو ما تدفعه المرأة أو من ينوب عنها، **المعوض** وهو العصمة الزوجية فلا يصح خلع البائنة أو من فسخ نكاحها لفساد العقد أو وقوع مانع لاستمراره كالردة).

أما شروط الخلع الشرعية فهي: 1– **المرأة المخالعة:** ويشترط فيها الرشد، فلا يصح خلع سفيهة أو صغيرة ويكون موقوفا على إجازة الولي/ 2– **العوض:** وشرطه أن يكون متمولا، فيجوز بكل ما يجوز به المهر./ 3– **قدر العوض:** يجوز أن يقل أو يزيد على المهر إذا رضيت المرأة عند الجمهور، فإن وقع الخلاف رد الأمر إلى مهرها أو مهر مثيلاتها (ليس العوض شرطا في الخلع عند المالكية، بل كل فرقة بين الزوجين بلفظ الخلع أو في ما معناه كالصلحوالفداء فإنها تسمى خلعا ولو كانت بدون عوض، ويقع به عندهم طلاق بائن، لأنه لا فرق عند المالكية بين الخلع وبين الطلاق على المال، إذ ليس العوض شرطا فيه عندهم)

وعليه فإن قضاة الموضوع، في قضية الحال، لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن[1] ".

فإن كان هذا القرار قد ذهب إلى أن تحديد قيمة صداق المثل كتعويض للزوج عند إستعمال الزوجة حقها في الخلع منعا للإبتزاز والتعسف، فهو من جهة أخرى لا يتناسب وحجم الضرر اللاحق بالزوج، بل أنَّ القاضي إذا لم يكن له سلطة في أن يقضي بتعويض أكثر من ذلك فإنه لا يدخل في تفاصيل طلب الزوجة للخلع، ولا يبحث في الأسباب والدوافع التي جعلتها تقيم هذه الدعوى، لأن استحقاق الزوج لهذا المبلغ هو في كل حالة خلع سواءا كان للزوجة أسباب ودوافع أو لم يكن لها، ويقضي به القاضي سواء كان مناسبا للضرر اللاحق بالزوج أو لا يتناسب معه وقد يكون في ذلك إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به، وتوسع من جهة الزوجة وتعسف في استعمال هذا الحق.

و بما أنَّ الخلع طلاقٌ على مال، فإنه يشترط فيه ما يشترط في الطلاق بالنسبة للزوج، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكيليهما، كما أن الخلع لا يتطلب شكلية معينة، بل يشترط لصحته أن يكون الخلع قد وقع بعد زواج شرعي، وقانوني صحيح، ثبت فيه الدخول[2]، سواء سُجِّل في سجلات الحالة المدنية أولم يُسَجَّل، ولا يمكن أن يكون الخلعُ قانونياً أو قضائياً ولا تقبل به المحكمة إلا بعد تسجيل عقد الزَّواج.

فإذا كانت الرابطة الزوجية فاسدة طبقا للمواد 32-33-34 من قانون الأسرة الجزائري، فلا يقع الخلع بالنسبة للزواج الفاسد وكذلك لو انقطعت الرابطة الزوجية بسبب الفسخ أو الطلاق البائن.

---

(1): المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/11، ملف رقم 83603، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص 334.

(2) : هذا ما قضت به المحكمة العليا: بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 258613، قضية (ب ح) ضد (ق ل)، مجلة المحكمة العليا، 2006،عدد2 غرفة الأحوال الشخصية – ص421؛ حيث جاء فيه: "من حيث المبدأ أن الخلع حق للزوجة بعد الدخول وليس قبل الدخول."

إلى جانب هذه الشروط الشكلية، يشترط القانون الجزائري شروطاً أخرى منها أن يكون الزوجان راشدين وأهلين للتصرف في مالهما، لأن الخلع عقد معاوضة مثله مثل باقي العقود المدنية من حيث شروط المتعاقدين، ولا يصح من الناحية المالية أن يقع مثل هذا العقد من شخص لم يبلغ سن الرشد، وفي هذا السياق يشترط المشرع الجزائري في الزوج المخالع والزوجة المخالعة أن يكونا بالغين 19سنة فما فوق، طبقا للمادة 40[1]، من القانون المدني، والمادة 86 من قانون أ. ج،والخلع بالنسبة للمرأة تصرفٌ ماليٌّ مصحوبٌ بتصرفٍ شخصي، وعليه يتطلب أن تتوفر الزوجة على أهلية التبرع التي نصت عليها المادة203 ق.أ.ج [2]، وعليه إذا كانت الزوجة التي خالعها زوجها على المال صغيرة لم تبلغ سن الرشد 19 سنة، أي أنها تزوجت بترخيص من القاضي فإنها لا تلتزم بالعوض المالي، لأنه يعتبر تبرعا من جانبها وهي ليست أهلا له، ولأن الزوجة التي لا تمتلك حق التصرف في أموالها لا تملك المخالعة شرعاً.[3] وفي هذه الحالة يشترط موافقة وليها على ذلك[4]، والمقصود بالولي هنا هو من له الولاية على نفسها (الولي الشرعي)، أو من له الولاية على مالها (الوصي)، وهذا من أجل فعل المخالعة بغض النظر عن المال الذي هو مقابل الخلع، بسبب كونها صغيرة السن.

(1) : **المادة** 40ق م :" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة ".

(2) : **المادة :203** ق.ا.ج:" يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه ".

(3) : إبن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق ،ج2، ص41.

(4): في بعض القوانين العربية نجد **المادة 95** من قانون الأحوال الشخصية السوري نصت على أن: " المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلزم ببذل للخلع إلا بموافقة الولي".وهو أيضا ماورد في نص المادة 62 من القانون المغربي" يجوز أن تخالع الرشيدة نفسها والتي دون المرشد القانوني إذا خولعت وقت الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال. "

وبالتالي لا تملك حق المُخَالعة شرعاً طبقا لأحكام مواد النّيَّابة الشَّرعيَّة وبالأخصّ المادة 83 ق أ ج[1].

وكما سبق التَّساؤل حول ما إذا كان تطليق الزّوجة عن طريق الخُلع باتفاق من الزوجين عقدٌ قائمٌ على رضاهما، أم هو تطليقٌ بإرادة منفردة من الزوجة مقابل بدل؟

وقد تبيّن لنا– مما يبدو– أن المشرع الجزائري ذهب إلى الموقف الثاني، بحيث ركَّز فقط على أن يكون اتفاق الطرفين مُنصبًّا على مالٍ كبدلٍ للزوج، وفي حالة عدم الإتفاق بين الزوجين على شيءٍ، فإنّ الأمر يرجع إلى القاضي الذي يحدد البدل نقداً على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل[2].

كما أن المحكمة العليا لم تستقر سابقاً على اجتهاد مُجمعٌ عليه، فمن يقول على الزوجين أن يتراضيا على إنهاء عقد الزواج بالخلع، وهناك من يقول أنّ الخلع حقٌّ للزوجة منحته لها الشريعة الإسلامية لأجل فك الرابطة الزوجية التي أضرت بها، لكن في الأخير تغير الإجتهاد القضائي في شأن الخُلع، ولبيان وتوضيح هذا التغير في الإجتهاد نورد الأمثلة التالية.

1– لقد قضت المحكمة العليا أنه : "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخُالِعَ نفسَها من زوجها على مال، يتم الإتفاقُ عليه، فإن لم يتَّفِقَا على شيءٍ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم". فإن هذه (المادة 54 ق.أ.ج) تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق

(1) : **المادة** 83 ق.أ.ج:"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا **للمادة** (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

(2) : من المعلوم أن كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون بدلاً في الخلع، ومن المتفق عليه أنه لا يجوز الخلع بالتخلي عن حضانة الأولاد، ولا شيء بحقهم، وإذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سُمِيَ به، وإذا لم يُسَمَ فللقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم.

المثل وقت الحكم دون الإلتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة، لأن ذلك يفتح الباب للإبتزاز والتعسف الممنوعين شرعاً.

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].

2- وفي قضية أخرى جاء في حكم ((الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه"، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن))[2] .

هذا عن موقف القانون الجزائري من قضية التعسف في استعمال حق الخلع، وما صاحبه من اجتهادات قضائية، ونحاول الآن في المطلب اللاحق النزول إلى أرض الواقع بدراسات إستبيانية لظاهرة الخلع، للوقوف على جملة من العوامل المادية والمعنوية ذات الصلة بظاهرة الخلع.

الفرع الثاني : تطبيقات إستبيانية حول ظاهرة الخلع.

تهدف هذه المحاولة إلى دراسة ميدانية لظاهرة الخلع، على عينة من النساء والرجال لإبراز الفئات العمرية الأكثر تعرضاً لقضية الخلع، مع عدم إغفال الموقع الإجتماعي والثقافي والإقتصادي للأفراد الذين شملهم هذا الإستبيان، وللعلم فإن هذه الدراسة قد واجهتني فيها جملة من الصُّعوبات أهمها:

1- عدم وجود دراسات ميدانية سابقة للإقتداء بها، أو الإستئناس بها للوصول إلى نتائج شافية.

(1) : المحكمة العليا، العدد الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،1992/07/21، المجلة القضائية، ملف رقم 83603- 2001، ص 134.

(2) : المحكمة العليا، الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث 2001/03/16،1999، المجلة القضائية، ملف رقم 216239- ص 138.

2- صعوبة الحصول على البيانات والمعلومات الخاصة بالموضوع والكافية للوصول إلى مبتغى الدراسة.

3- الإجراءات الطويلة، والعراقيل اللامبرَّرة من بعض الجهات القضائية التي صعَّبت الوصول إلى المعلومة المطلوبة والكافية.

4- عدم تجاوب البعض ممن شملهم البحث تجاوبا إيجابيا، نظرا لاعتبار هذا الموضوع من الخصوصيات الشخصية أو الأسرية.

وعلى هذا فإنه لا يمكن تعميم النتائج المتوصل إليها تعميما كلياً، بل تبقى النتائج مقتصرة على العيِّنات المشمولة بالإستبيان وما شابهها من الحالات.

الإستبيان الأول: إعتبار الخلع وسيلة للانتقام من الرجل.(هل تلجأ الزوجة إلى الخلع كانتقام)؟

مدى الإمكانية	الجنس	
نعم / لا	رجال	نساء
نعم	%67	%23
لا	%17	%83
ممكن (بتحفظ)	%73	%27

من خلال هذا الجدول نلاحظ أنّ 67% من عينة الرجال يعتقدون بأن الخلع وسيلة سهلة للإنتقام من الرجل، وربما يرجع السبب إلى ارتفاع نسبة الرجال الذين شملهم الإستبيان مقارنة مع النساء، بينما نجد نسبة 23% من النساء لهن موقف معاكس، ويعتقدن أنّ الزوجة لا تلجأ إلى الخلع إلا بعد وصول الحياة الزوجية إلى طريق مسدود فعلاً.

كما نجد نسبة 17% من الرجال مقابل نسبة 83% من النساء ممن شملهم السؤال عن إبعاد صفة الإنتقام من لجوء الزوجة إلى مخالعة زوجها، مما يؤكد نظرة الرجل أنّ الخلع ما هو إلا وسيلة إنتقامية من الزوج.

أماّ الموقف التحفظي فنلاحظ أن الرجال أكثر تحفظاً من سلامة نوايا النساء في اللجوء إلى الخلع، بينما ترى النساء وبنسبة 27% أنه يمكن أن يكون الخلع للإنتقام من الرجل.

الإستبيان الثاني: الخلع بسبب الفشل في طريقة اختيار الشريك.

الجنس / كيفية الإختيار	ذكور		إناث	
	موظّف	غير موظّف	موظّفة	غير موظَّفة
عن طريق الأهل	%23	%77	%40	%60
عن طريق الجيران	%12	%18	%33	%49
عن طريق الأصدقاء	%38	%22	%41	%17
عن طريق العمل	%45	%07	%57	%03
الرّغبة الشّخصيّة	%61	%52	%59	%11

من الجدول نلاحظ مايلي: أن غالبية الأزواج الذين تعرضوا للمخالعة من طرف زوجاتهن هم مَن كان زواجُهم بتدخل الأهل والأقارب، ولم يكونوا يمارسون أي وظيفة رسمية في قطاعات الدولة، وهذا بنسبة 77%، ونفس الشيء بالنسبة للنِّساء وبنسبة 60%. في حين سُجِّلت أقل النِّسب لما كان اختيار الشَّريك عن طريق العمل بنسبة07%، ونفس الحالة لدى النساء بنسبة 03%. أما الذين كانوا يمارسون نشاطا رسمياً في قطاعات الدولة، فكانت أعلى

نسبة61% عند الرجال بالنسبة للذين كان اختيار شريكهم عن طريق الرغبة الشخصية، أما لدى النساء فكانت النسبة 59% ممن خضعن للرغبات الشخصية في اختيار أزواجهن، بالمقابل كانت أقل النِّسب المسجلة 12%بالنّسبة للرِّجال الذين كان الجيران سبباً في اختيارهم لزوجاتهم، أمَّا عند النّساء فكانت أقل النِّسب 33% وبنفس طريقة الإختيار.

<u>الإستبيان الثّالث</u>: الخلع بسبب الفشل في أُسس إختيار الشَّريك.

الجنس / أسس الإختيار	الرِّجال		النِّساء	
	العدد	النسبة	العدد	النسبة
القرابة	03	%06.12	13	%23.21
المكانة الإجتماعية	04	%08.16	12	%21.42
المستوى التعليمي	10	%20.40	08	%14.48
التوافق الفكري	09	%18.36	11	%19.64
التوافق العاطفي	05	%10.20	18	%32.14
أساس التدين	03	%06.42	06	%10.71
التوافق في السن	04	%08.16	03	%05.35
الجمال والوسامة	20	%40.81	19	%33.92
الخُلق والأدب	05	%10.33	08	%14.28

من الجدول يتضح أنّ 40.81 % تمثل أعلى نسبة من الرجال الذين تعرضوا للخلع والذين كان سبب اختيارهم لزوجاتهم مبنياً على أساس الجمال، في حين كانت أقل نسبة هي 06.12% وكان سبب الإختيار فيها على أساس القرابة. بالمقابل فإن أعلى نسبة عند النساء اللائي لجأن لمخالعة أزواجهن هي 33.92% ممن بنَيْنَ أختياراتهن لأزواجهن كذلك على أساس الوسامة وكانت أقل نسبة هي 05.35% وكانت بسبب التباين في السن.

وعليه نرى أن اختيار الشريك– لدى الجنسين – لم يكن مبنياً على الأساس الديني السليم الذي حبّذته الشريعة عند قوله (ﷺ) :" **تنكح المرأة لأربعة : لمالها ولجمالها ولحسبها ولدينها فاظفر بذات الدِّين تربت يداك** "[1]، كما يمكن القول أنّ بناء الإختيار على أساس التوافق العاطفي قبل الزواج قد يحدث نوعا من الغيرة والشك بعد الزواج، بحيث لا تستطيع الزوجة الإستمرار في حياتها الزوجية فتلجأ للخلع كوسيلة سهلة للإفتراق.

<u>الإستبيان الرابع</u>: الخلع لأسباب متفرقة متعلقة بالزوجين.

الجنس بـ % / الأسباب	النسبة المئوية عند الرجال	النسبة المئوية عند النساء
بسبب الزواج من أخرى	//	%15.9
عدم الإلتزام الديني	%14	%22
بسبب تناول الخمر.	%34	%02
بسبب تعاطي المخدرات .	%47	%05
بسبب العقم.	%65	%77

(1) : الحافظ المنذري، الترغيب والترهيب،ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1968، ص44.

بسبب المرض المزمن.	%38	%69
بسبب الغياب المتكرر أو الطويل عن بيت الزوجية .	%66	%21
النزاعات المستمرة وسوء المعاملة	%33	%50
بسبب الفقر والحاجة.	%12	%07.8
بسبب إختلاف العادات .	%20	%12
سوء الأخلاق(الزنا، القمار،.)	%86	%48

من خلا الجدول نلاحظ أن أبرز الأسباب المؤدية إلى الخلع كانت بسبب سوء الأخلاق عند الرجال بنسبة 86 %، مقابل سبب العقم عند النساء بنسبة 77%، وأن أقل الأسباب هي 12% عند الرجال بسبب عامل الفقر والحاجة التي يعاني منها الرجل، و02% عند النساء بسبب تعاطي الخمر، مع تباين في نسب المرض، واختلاف العادات والتقاليد، والغياب عن بيت الزوجية والنزاعات المستمرة وسوء المعاملة، مع إمكانية إدراج أسباب الإهمال والنبذ والعدوانية والخيانة الزوجية مع ضُعف الوازع الدِّيني، كلها أسبابٌ تؤدي إلى تسهيل عملية الإنفصال بين الزَّوجين.

الإستبيان الخامس: الخلع لأسباب ومتغيرات إجتماعية وانعكساته المتوقعة.

الرقم	المتغيرات الإجتماعية والإنعكاسات المتوقعة	المرأة الموظفة/العاملة	المرأة الماكثة بالبيت
01	هل يؤدي الخلع إلى الإقلال من المنازعات؟	%33	%45
02	هل يؤثر تدخُّل الأهل في طلب الخلع؟	%67	%53
03	هل يؤثر سكن الزوجة مع أهل زوجها في دفع المرأة إلى طلب الخلع؟	%71	%32
04	هل لعدم الثقة بين الطرفين أثر في الخلع ؟	%80	%43
05	هل لوجود الأولاد أثر في طلب الخلع؟	%40	%69
06	هل خلع المرأة لزوجها يقلل من فرص زواجها فيما بعد؟	%25	%57
07	هل الأولى للزوجة أن تتمسك بزوجها مهما كانت الظروف من أجل أطفالها وأسرتها؟	%12	%73
08	هل تشعر الزوجة بالندم بعد مخالعة زوجها؟	%19	%38

من الجدول نلاحظ أن 33% من أفراد عيّنة الدراسة من النساء الموظفات أو العاملات يعتقدن أنّ الخلع يُقلل من المنازعات بين الزوجين، مقابل نسبة 45% من النساء الماكثات بالبيت، كما يتبين أنّ أعلى نسبة مسجلة ترجع إلى قلة الثقة، أو انعدامها بين الزوجين، حيث أن 80% من النساء العاملات يقمن بمخالعة أزواجهن لهذا السَّبب، لأن

الزوجة ترى أنها لن تتأثر بترك زوجها، وهذا لوجود مدخول مالي يغطي احتياجاتها مع أولادها، خاصة في قطاعي التربية والصحة، وعلى هذا يمكن جعل هذا السبب على رأس دوافع المرأة في طلب الخلع، في حين تتمسك المرأة الماكثة بالبيت بأسرتها، وتبتعد عن المطالبة بالخلع بنسبة 73% لأنها ترى في الخلع فتح باب جديد من المعاناة، والحاجة التي لا يمكن تحملها، خاصة مع ظروف العيش الحالية.

كذلك يمكن ملاحظة أن لجوء الزوجة العاملة لمخالعة زوجها يقلل من فُرص زواجها بآخر بنسة55% مقابل نسبة57% بالنسبة للمرأة الماكثة بالبيت، ومعنى هذا أن المجتمع يرى في هذا النوع من النساء طرفا غير موثوق فيه، وتحوم حوله شكوك كثيرة، تُسَبِّبُ تَدَنِّي المركز الإجتماعي للمرأة المخالعة لزوجها، مما يُضعف مكانتها الإجتماعية وتعرضها للتجريح والتأويل.

<u>الإستبيان السَّادس</u>: الخُلع كحل قانوني أو اجتماعي ونظرة المرأة إليه.

الرقم	السؤال المطروح	الموقف المعبر عنه، أو الجواب بالنسبة المئوية حسب الفئة العمرية، وكون المرأة المستجوَبة متزوجة أم لا.					
		20-26 سنة		27-35 سنة		36-45 سنة	
		متزوجة	غير.م	متزوجة	غير.م	متزوجة	غير.م
01	هل حق المرأة في الخلع يوازي حق الرجل في الطلاق ؟	نعم 35%	نعم 25%	نعم 40%	نعم 15%	نعم 55%	نعم 30%
		لا26%	لا15%	لا22%	لا45%	لا17%	لا11%
03	هل أعطى القانون للمرأة حقوقها كاملة؟	نعم18%	نعم48%	نعم25%	نعم55%	نعم15%	نعم65%
		لا26%	لا16%	لا20%	لا11%	لا26%	لا18%

04	هل يهدف تشريع حق الخلع إلى احترام المرأة وحمايتها ؟	نعم45%	نعم33%	نعم49%	نعم21%	نعم51%	نعم29%
		لا16%	لا12%	لا33%	لا17%	لا19%	لا22%
05	**هل الخلع أضمن أم اللجوء إلى المحكمة لطلب التطليق ؟**	اللجوء إلى المحكمة	اللجوء إلى المحكمة	اللجوء إلى المحكمة	اللجوء إلى المحكمة	الخلع أضمن وأسرع	الخلع أضمن
06	هل تستعمل المرأة الخلع كوسيلة ضغط وتخويف تمارسها على الزوج؟	أحيانا	قليل جدا	ممكن حسب الحالة	غير مم كن	في بعض الحالات	حالات نادرة
07	هل توافق ين على إحداث قانون جديد للأسرة يعطي المرأة حقوقا أكثر؟	نعم	نعم	نعم	ليس ضروري	نعم وبدون تسرع	ليس في الوقت الحالي

من خلال تحليل نتائج هذا الجدول فإننا نجد أن 40% من أفراد عينة الدراسة من النساء المتزوجات يرون أن حق المرأة في الخلع يوازي حق الرجل في الطلاق، مقابل نسبة 15% يرون أن حق الخلع للمرأة لا يقابل ولا يوازي حق الرجل في الطلاق. وربما يرجع السبب في التباين بين الموقفين إلى دور المنظمات الحقوقية والجمعيات النسوية، التي تنادي بإقرار المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة أكثر من حقوقها مقابل الرجل. بينما كانت النسبة 15% من النساء غير المتزوجات يرون أن الخلع ليس حقا يوازي حق الرجل في الطّلاق، وربما يرجع هذا إلى عدم ولوج هؤلاء الحياة الزوجية بعد، وجهلهن للحقوق الزوجية والمشاكل الأسرية التي تتعرض لها الزوجات. في حين يرى 25% من المتزوجات أن قانون الأسرة بشكله الحالي أعطى للمرأة عامَّة وللزّوجة خاصّة حقوقها المستحقّة مقابل نسبة 65% من غير المتزوجات. في حين نسبة26% من النساء المتزوجات – من عيّنة الدراسة –كان

موقفهن أن قانون الأسرة الحالي لم يُعطِ للمرأة حقوقها المفروضة، أماّ عند غير المتزوجات فكانت النسبة 11%، وهذا راجع دائما إلى قلة مخابرة الحياة الزوجية ومعرفة نزاعاتها.

أما حول السؤال: هل يهدف تشريع حق الخلع إلى احترام المرأة وحمايتها ؟ فكان موقف51% من المتزوجات و21%من غير المتزوجات يرون أن تشريع حق الخلع يهدف إلى احترام المرأة وحمايتها من العبث بها والإساءة إليها، أما نسبة 12%من غير المتزوجات و33 % من المتزوجات كان موقفهن أنَّ حقّ الخلع لا يرقى إلى مستوى ضامن لحماية المرأة المتزوجة، ولا يكفل رفع الضرر عنها، وقد يرجع هذا الموقف إلى أن هذه العينة ربما تعاني من بعض المشاكل الزوجية أو ممن تعرضن إلى معضلات أسرية، ومررن على الخلع، ولم يجدن فيه ما كان مرغوبا بالنسبة إليهن.

أما عن الإستبيان: هل الخلع أضمن أم اللجوء إلى المحكمة لطلب التطليق؟ فكانت إجابات النساء من العينة المدروسة من الفئة العمرية من 26سنةإلى 35 سنة أن اللجوء على المحكمة أنسب وأضمن لحقّ المرأة إذا أرادت طلب الإنفصال عن زوجها. أما الفئة العمرية من 36 سنة إلى 45 سنة فكانت مواقفهن أن الخلع أضمن وأسرع، وهذا بالنسبة للمتزوجات، أما غير المتزوجات فالخلع بالنسبة إليهن أسرع في إنهاء الرابطة الزوجية وفكّها.

أما عن السؤال: هل تستعمل المرأة الخلع كوسيلة ضغط وتخويف تمارسها على الزوج؟ فكانت الإجابات– من العينة المدروسة – تدور حول: أحيانا، قليل جدا، ممكن حسب الحالات، غير ممكن تماما، في بعض الحالات.

وكل هذا التَّباين بين النّساء – سواء المتزوجات منهن أم غير المتزوجات– والذي يرجع إلى عدم رؤيتهن إلى الخلع كوسيلة ضغط على الرجل، قد يكون مَرَدُّهُ إلى الجانب الأخلاقي، والتنشئة الأسرية التي كان لها دور في معاملة الأزواج، حتى في حالات النزاعات والاضطرار إلى فك الرابطة الزوجية بالخلع.

وأخير رأينا من الضروري والمفيد لهذا البحث أن نختم بهذا الإستبيان وهو: هل توافقين على إحداث قانون جديد للأسرة يعطي المرأة حقوقا أكثر؟

فكانت الأجوبة كما يلي: ليس من الضروري إحداث أي قانون للأسرة وهذا بالنسبة للفئة العمرية من 23 سنة إلى 35 سنة من عينة النساء المتزوجات وغير المتزوجات، أما بالنسبة للمتزوجات من الفئة العمرية 36 سنة إلى 45 سنة فكان موقفهن مع إحداث قانون أسرة جديد يكفل للمرأة حقوقا وحماية أكثر، لكن بدون تسرع، أما غير المتزوجات من نفس الفئة فيرين أنه اتجاه حسن لكنه ليس في الوقت الحال، وقد يرجع هذا التباين إلى تفاوت التجربة في الحياة الزوجية، لأنه كلما طالت العشرة الزوجية كلما حدثت نزاعات أكثر، وكلما كان هذا كلما فكرت الزوجة في القانون الذي يكفل لها الحماية، ويرفع عنها الغبن والضرر أكثر، ومن الطبيعي أن يكون التباين بين المتزوجات وغير المتزوجات لأن التجربة في هذه الحالة هي الدافع لهذا الموقف أو ذاك .

وفي آخر دراسة لظاهرة الخلع قام بها مخبر:(المجتمع والأسرة)[1] التابع لقسم علم الإجتماع والديموغرافيا بجامعة باتنة "1"، حول ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، كشفت هذه الدراسة عن إحصائيات وأرقام مرعبة لظاهرة الخلع والتي بلغت 54،19% من مجموع حالات الزواج لسنة 2017، وبالتدقيق 186 حالة طلاق يوميا، وتم تسجيل أدنى نسبة في غرداية بـ 03 حالات يوميا وكان نصيب ولاية تيارت 41 حالة يوميا، وحيث أن 11.000 جزائرية طلبت الخلع في 2017.

ومحاولة منا لقراءة تحليلية بحثية لتنامي ظاهرة الخالع في المجتمع الجزائري، فإن ارتفاع معدلات هذه الظاهرة يعود سببه إلى التغير الذي يشهده المجتمع ومن خلال القيم والمعتقدات الجديدة التي حلت محل العادات والتقاليد والأعراف التي كانت تحكم المجتمع الجزائري، يضاف إليها المرأة التي أصبحت اكثر حرية واستقلالية عن الأسرة والزوج، وقد

(1) : يوم دراسي، حول ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، بتاريخ: السبت 21 أفريل 2018.

ساعدها في ذلك الأحكام والقوانين التي اهتمت بحقوق الزوجة بالدرجة الأولى على حساب حقوق الزوج الأمر شجع الكثير من الزوجات إلى مخالعة أزواجهن، وهنا تم تسجيل نسبة 34،63% من حالات الخلع كانت بسبب الإختيارات غير المناسبة للطرف الآخر، سواء من طرف المقبلين على الزواج أنفسهم أو أوليائهم، كما أن عدم التكافؤ بين الزوجين في العمر يعتبر من العوامل المؤدية إلى الخلع المنتشر أكثر بين الأغنياء عكس الفقراء مؤكدين أن الظاهرة أصبحت أكثر خطورة من أي وقت سابق، لأنها أصبحت تهدد مستقبل البناء الأسري الجزائري، ولهذا يجب الدعوة إلى ضرورة ممارسة عملية اختيار الأزواج في إطار النسق القيمي العام للمجتمع وفي إطار مرجعيته الثقافية والدينية دون غيرهما من المرجعيات والثقافات، مع تغليب الجانب العقلاني على الجانب العاطفي الغريزي في عملية الإختيار، لأن الزواج المؤسس على الدين والعقل يكتب له النجاح والدوام أكثر من الزواج المؤسس على العاطفة والغريزة، كما يجب الدعوة إلى إيجاد مؤسسات كفيلة تساهم في توعية وتكوين المقبلين على الزواج.

بعذ هذا التفصيل في موضوع الخلع وإمكانية تعسف الزوجات في استعماله كحق من حقوقهن، وما مظاهر التعسف وصوره، ننتقل الآن – في المبحث الموالي– إلى مسألة أخر ى يظهر فيه التعسف جليا وبكثير من الصور، ألا وهي مسألة التعسف في استعمال حق الحضانة وكيف يسعمله من آلت إليه الحضانة في الإضرار بالطرف الآخر إما انتقاما، أو تشفيا، حتى يصل الأمر في بعض الأحيان إلى حرمان الطرف الآخر من رؤية الأولاد خاصة بعد تزوج أحد الزوجين من جديد.

المبحث الثالث :

التَّعسُّف في استعمال حقّ االحضانة[1].

لاشك أن الطفل يكون في بداية حياته عاجزاً عن القيام بتدبير أموره بنفسه فهو لا يدرك ما ينفعه مما يضره، وهو يستمر على هذه الحال إلى حين بلوغه سناً تمكنه من القيام بتنظيم شؤونه ومصالحه بنفسه، من هنا كان لابد أن يكون هناك من يقوم بتربيته وإدارة مصالحه والعناية به حتى بلوغه هذه السن، وهذه الفترة التي يبقى فيها الطفل غير قادر على العناية بأموره تسمى بفترة الحضانة، أما الشخص الذي يقوم بالعناية بأموره فيسمى الحاضن.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة:

الفرع الأول: تعريف الحضانة.

أولا- في اللغة.

تأتي بمعنى حفظ الصغير وتربيته والعناية به، وفي هذا المعنى جاء في لسان العرب لابن منظور ((الحضن ما دون الإبط إلى الكشح وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما والجمع أحضان ومنه الاحتضان وهو احتمالك لشيء وجعله في حضنك كما تحتضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها، وحضن الصبي يحضنهُ حضناً رباه، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه وفي حديث عروة بن الزبير عجبت لقوم طلبوا العلم حتى إذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك أي مربين وكافلين.))[2].

---

(1) : أوردت هذا المبحث – رغم كونه ليس من صور فك الرابطة الزوجية ولكنه أثر من آثارها أو من آثار عقد الزواج على خلاف بين الفقهاء- لأني وجدت فيه الكثير من تجليات التعسف في استعمال هذا الحق ممن يؤول إليه من أقارب المحضون ، وبسبب أن قضية الحضانة تثور مباشرة بعد انفكاك الرابطة الزوجية، لهذا كان أقرب وأنسب موضع لإيراد مسألة التعسف في استعمال حق الحضانة هو مايلي موضع صور فك الرابطة الزوجية.

(2): ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، ج، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص278. 279.

ويتضح من خلال هذا النص أن الحضانة في اللغة يراد بها تربية الصغير والعناية به وحفظه خلال الفترة التي يكون فيها عاجزاً عن العناية بنفسه وأن الشخص الذي يتولى هذه المهمة يسمى بالحاضن أو الحاضنة.

ثانيا: إصطلاحا:

01- على ضوء الفقه الإسلامي: عرفت الحضانة بتعريفات متعددة، ومتقاربة من حيث اللفظ والمعنى.

فقد عرفها الإمام الكاساني من الحنفية بقوله :((حضانة الأم ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه))[1].

وعرفها الامام الرملي من الشافعية بقوله:((حفظ من لا يستقل بأموره ككبير ومجنون وتربيته بما يصلحه ويقيه عما يضره))[2].

وعرفها الإمام ابن قدامة من الحنابلة بقوله: ((هي كفالة الطفل وحفظه من الهلاك، والانفاق عليه وانجاؤه من المهالك))[3].

وعرفها الإمام العاملي من الإمامية بقوله "هي ولاية على الطفل والمجنون لفائدة تربيته وما يتعلق بها من حفظه وجعله في سريره ورفعه وكحله ودهنه وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحوه"[4].

02- على ضوء القانون: لم تختلف قوانين الأحوال الشخصية في تعريفها للحضانة عن المعنى الذي أورده فقهاء الشريعة حيث عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 62 من

(1) : بدائع الصنائع ، المرجع السابق ،ج4، ص 40.
(2) : نهاية المحتاج، المرجع السابق، ج7، ص214.
(3) : المغني والشرح الكبير، المرجع السابق،ج8، ص297.
(4) : الروضة البهية، المرجع السابق، ج 2، ص140.

القانون 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 05-09 بقوله : ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا))

وعرفها قانون الأحوال الشخصية العراقي بقوله ((يقصد بالحضانة في قانون الأحوال الشخصية تربية الطفل وتدبير شؤونه من قبل من له الحق في ذلك قانوناً والمحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره))[1].

وفي هذا التعريف نجد أن القانون قد أشار إلى أن الحضانة تشمل المحافظة على الطفل الذي لا يستطيع الاستقلال بأموره ، كما تشمل المحافظة على من يستطيع تدبير أموره بنفسه بما يحفظه ويقيه من الضرر، وبيان ذلك أن الفقرة (4) من المادة (57) قد أعطت للأب حق العناية بالصغير حتى إتمامه العاشرة من العمر وأجازت تمديد هذه الفترة حتى إكمال الصغير الخامسة عشرة من عمره متى ما تبين لها أن مصلحة الصغير تقتضي ذلك، فخلال الفترة الأولى يكون الصغير عاجزاً عن تدبير أموره بنفسه والعناية بها، وخلال الفترة الثانية (فترة التمديد) يكون الصغير قادراً على العناية بنفسه لكنه مع ذلك يبقى عاجزاً عن الاستقلال بهذه المهمة[2].

وعرفتها مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأنها : ((حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه)) [3].

أما القوانين العربية الأخرى فأكثرها لم تعط تعريفاً معيناً للحضانة ومنها القانون المصري والقانون السوري، والقانون الأردني والقانون التونسي، تاركة هذا للفقه القانوني، غير أنه وبتفحص هذه التعريفات اللغوية والفقهية والقانونية على الرغم من اختلاف الألفاظ

(1) : ورد هذا التعريف بموجب قانون التعديل الثاني رقم (21) لسنة (1978).

(2) : محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية الشريعة، 1988، ص19.

(3) : الفصل (97) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الظهير الشريف رقم 1.04.22، صادر في 12 من ذي الحجة 1424(3فبراير 2004)، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424(5فبراير 2004)، ص 418 ،الصيغة المحينة بتاريخ 26 يوليو 2010.

المستخدمة فيها نجدها جميعاً تصب في معنى واحد يمكن أن نعرف الحضانة من خلاله بأنها: ((حفظ الشخص الذي لا يستطيع الاستقلال بأموره ووقايته مما يهلكه أو يضره من قبل من يكون أهلاً لذلك)).

الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك بين قوانين الأحوال الشخصية على أن الام مقدمة على غيرها في حضانة ولدها إلا أن الخلاف حدث بين فقهاء الشريعة وبين قوانين الأحوال الشخصية حول من ينتقل إليه حق حضانة الصغير بعد الأم إما يتزوجها أو وفاتها أو فقدها بعض شروط الحضانة، أو بانتهاء مدة حضانة النساء، وللاحاطة بالاتجاهات الفقهية والقانونية في هذا الصدد يتطلب منا الأمر تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين نخصص الأولى منهما لبيان أصحاب الحق في الحضان ومراتبهم في الشريعة الإسلامية ونتناول في الثانية بيان هذا الأمر في أشهر قوانين الأحوال الشخصية العربية.

أولا: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في الشريعة الإسلامية.

لما كانت أم الطفل هي أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه وأعرفهم بحاجاته لذا أناط بها فقهاء الشريعة الإسلامية رعاية الصغير وحضانته في بداية عمره، فهي مقدمة على غيرها في هذا المجال، وفي هذا المعنى يقول الإمام السرخسي في مبسوطه ((وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت، والظاهر أن الأم أحفى وأشفق من الأب على الولد فتتحمل في ذلك من المشقة ما لايتحمله الأب))[1].

ويستدل الفقهاء على رأيهم هذا بتقديم الأم على غيرها في الحضانة بالإضافة إلى ما ذكرناه من كون الأم أشفق الناس على الصغير وأعرفهم بحاجاته ببعض الأدلة النقلية منها ما روي من أن امراة جاءت إلى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فقالت: يا رسول الله أن

(1) : شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق،ج 5، ص208.

ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وأن أباه يريد أن ينتزعه مني، فقال لها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) **أنت أحق به ما لم تتزوجي**[1].

ولهذه الأدلة فقد جعل فقهاء الشريعة الإسلامية حضانة الصغير في أول مراحل حياته للأم وهم يثبتون لها هذا الحق متى ما كانت أهلاً لذلك بأن توفرت فيها شروط الحضانة، أما في حالة تزوجها أوفاتها أو فقدها كل أو بعض شروط الحضانة، أو انتهاء مدة حضانتها للصغير فقد قرر الفقهاء انتقال الحضانة عنها إلا انهم اختلفوا فيمن يلي الأم في هذه المسألة على النحو التالي:

01 – الآراء الفقهية.

أ– ذهب فقهاء الحنفية إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى محارم الصغير من النساء فتقدم أم الأم وإن علت فإن لم توجد انتقلت إلى أم الأب وإن علت فإن لم توجد انتقلت إلى أخوات الصغير الشقيقات ثم الأخوات لأم فالأخوات لأب، ثم لبنت الأخت الشقيقة ثم لبنت الأخت لأب ثم لبنت الأخ الشقيقة ، ثم لبنت الأخ لأم ثم لبنت الأخ لأب ثم لعمة الطفل الشقيقة ثم للعمة لأم ثم للعمة لأب ثم خالات أبيه ثم عمات أمه ثم عمات أبيه بتقديم الشقيقة في كل منهن[2].

فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء، أو لم يكن منهن من هي أهل للحضانة أو كانت أهلا لها إلا أن مدة حضانتها انقضت، انتقلت الحضانة بعد ذلك إلى عصبات الصغير من الرجال[3]. ويكون ترتيب هؤلاء من حيث استحقاقهم للحضانة بحسب ترتيبهم في استحقاق

(1) : سنن الدارقطني، ج3، ص305.

(2) : السرخسي،المبسوط، المرجع السابق، ج5، ص210 وما بعدها، شرح فتح القدير،ج 3، ص315، وما بعدها .

(3) : عصبة الصغير هو قريبه من الذكور والذي ليس بينه وبين الصغير انثى .

الإرث، فيقدم الأب ثم الجد الصحيح وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب[1].

ب- ذهب فقهاء المالكية إلى القول بانتقال الحضانة بعد الأم إلى أم الأم ثم أم أم الأم ثم أم أبي الأم وهكذا وإن علون حيث تقدم الإناث من جهة أم الأم على الإناث من جهة أبي الأم، ثم تأتي بعد ذلك الخالة وتقدم الخالة الشقيقة على الخالة لأم والخالة لأم على الخالة لأب، ثم يأتي بعدها خالة الأم، ثم خالة الأب وتقدم في خالة الأم وخالة الأب التي لأب وأم على التي لأم والتي لأم على التي لأب ، ثم الجدة لأب (أي أم الأب) ثم أم أبي الأب، ثم أم أم أم الأب ثم أم أم أم أبي الأب، وهكذا وإن علون، ثم يأتي بعدها الأب ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمة أبيه ثم خالة أبيه وتقدم في هذه الحالات التي من أب وأم على التي من أم والتي من أم على التي من أب، ثم يأتي بعد ذلك الوصي ذكراً كان أم انثى ثم يأتي بعد الوصي العصبات وهم الأخ ثم الجد ثم ابن الاخ ثم العم، ثم ابن العم وإن نزل[2].

ج- ذهب فقهاء الشافعية إلى القول بأن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى الجدة (أم الأم) ثم جدة الأم وإن علت ثم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الخالة الشقيقة ثم الخالة لأب ثم بنت الأخ الشقيق ثم بنت الأخ لأب ثم بنت الأخت الشقيقة ثم بنت الأخت لأب ثم العمة الشقيقة ثم العمة لأب ثم بنت الخالة الشقيقة ثم بنت الخالة لأب ثم بنت الخالة لأم ثم بنت العمة الشقيقة ثم بنت العمة لأب ثم بنت العمة لأم، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال ويقدم الأب عليهم جميعاً ، ثم يكون ترتيبهم بعد الأب بحسب ترتيبهم في الإرث[3].

---

(1) : شرح فتح القدير ، المرجع السابق،ج3، ص316، و البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص183، المبسوط ، المرجع السابق ،ج 5، ص211.

(2) : المدونة الكبرى ج3، ص361، 365، نقلا عن: عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص214.

(3) : حاشية سليمان الجمل، المرجع السابق، ج4،ص 516 ، حاشية البجيرمي على الخطيب، المرجع السابق، ج4، ص89-92، المجموع شرح المهذب ، المرجع السابق ،ج18، ص 338 . 340.

د- ذهب فقهاء الحنابلة إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى أم الأم ثم جدة الأم وأن علت، ثم الأب، ثم أم الأب ثم جدة الأب، وأن علت ثم الجد لأب ، ثم أم الجد لأب وأن علت ثم الأخت لأبوين ثم الأخت لأم ثم لأخت الأب ثم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم الخالة لأب ثم العمة لأبوين ثم العمة لأم ثم العمة لاب ثم خالة الأم لأبوين ثم خالة الأم لأم ثم خالة الأم لأب ثم خالة الأب ثم عمة الأب ثم بنت الأخ لأبوين ثم بنت الأخ لأم ثم بنت الأخ لاب، ثم بنت الأخت لأبوين ثم بنت الأخت لأم ثم بنت الأخت لأب، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم المحضون من الذكور فيقدم بعد الأب الأخوة الاشقاء ثم الأخوة لأب ثم ابناء الأخوة الأشقاء ثم أبناء الأخوة لأب[1].

وهكذا يبدو واضحاً أن اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة، مبني على تحقيق مصلحة الصغير، ولما كان أكثر الناس اهتماماً بتحيقيق مصلحة الصغير هو أشفقهم عليه، إذ كلما زادت الشفقة على الصغير لدى الحاضن كلما كان أكثر رعايةً وعناية به وحفظاً له، لذا يبدو

1: شرح منتهى الارادات، المرجع السابق، ج3، ص 263-264.

كما ذهب فقهاء الظاهرية إلى أن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى الجدة ومنها إلى الأب ومن الأب إلى الجد ومن الجد إلى الأخ والأخت ويقدم من الأخ والأخت من كان أكثر صلاحاً وتقوى لأن في ذلك مصلحة الصغير فإن تساووا قدم من هو أكثر رفاهية في الدنيا لأن في ذلك أيضا مصلحة الصغير فإن تساووا في هذه الأمور يتم اجراء القرعة بينهم، ومن ثم تنتقل الحضانة بعدهم إلى الأقرب فالأقرب. أما اعطاء الحضانة للأصلح في الدين والدنيا ، فهو في رأينا يهدف إلى تحقيق مصلحة الصغير إلا أننا نرى ان هذا الامر قد يؤدي إلى الاضرار بالأب في حالة تساويه في الصلاح مع غيره من الناس إذ ذهب الإمام ابن حزم إلى ضرورة اجراء القرعة في مثل هذه الحالة وقد لا تأتي القرعة للأب وهذا مما يؤدي إلى الاضرار به وهو الأمر الذي نهى عنه الشارع.

وذهب فقهاء الإمامية إلى أن الحضانة بعد الأم تنتقل إلى الأب وبعد الأب إلى الجد وفي رأي آخر . وهو الراجح . إلى أم الأم لأنها بمنزلة الأم، وبعدها إلى الجدة لأم وأن علت ثم الجدة لأب وأن علت ثم العمة ثم الخالة ثم بنت العمة ثم بنت الخالة، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال ويقدم الجد لأم ثم الجد لأب ثم العم ثم الخال ثم ابن العم وإن نزل ثم ابن الخال وإن نزل.

و ذهب فقهاء الزيدية إلى القول بأن الحضانة تنتقل بعد الأم إلى أم الام وإن علت ثم إلى الأب، ثم إلى الخالة ثم إلى أم الأب وإن علت ثم إلى أم أبي الأم وإن علت، ثم إلى الأخوات ثم إلى بنات الخالات ثم بنات الأخوات ثم بنات الأخ، ثم العمات ثم بنات العمات وتقدم الشقيقة على غيرها.

لنا أن الترتيب الذي قال به فقهاء الإمامية هو الأكثر قبولا، لأنه كما بينا يجعل الحضانة بعد الأم للأب على اعتبار أنه أشفق الناس بعدها على الصغير وبالتالي فهو أكثرهم سعياً لتحقيق مصلحته، من جانب آخر نرى أن اعطاء الحضانة لغير الأب مع وجوده يؤدي إلى الاقرار به وقد قال تعالى ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾.

ويلاحظ بعد عرض الاتجاهات الفقهية المتعلقة بمراتب أصحاب الحق في الحضانة أن بينها أوجه اتفاق واختلاف نوجزها بالآتي:

02- مقارنة بين الآراء الفقهية.

أ – أوجه الاتفاق:

تتفق المذاهب الفقهية فيما يتعلق بترتيب أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في المسائل التالية:

- أن الأم أحق الناس بحضانة الصغير فهي تقدم على غيرها من الناس.

– أن ترتيب الحاضنين إنما يكون بحسب شفقتهم وعطفهم على الصغير لذا نجد أن جمهور الفقهاء وانطلاقاً من هذه الناحية يقدمون النساء على الرجال في تولي الحضانة.

– أن أي من المذاهب الفقهية لم يعتمد في بيانه لترتيب الحاضنين على أدلة نقلية من قرآن أو سنة وإنما اعتمد الجميع على أدلة عقلية لعل من أبرزها أن شفقة النساء تزيد على شفقة الرجال.

ب . أوجه الاختلاف:

تختلف المذاهب الفقهية فيما بينها في المسائل التالية:

– الاختلاف حول من يلي الأم في تولي الحضانة فذهب الجمهور إلى إعطاء هذا الحق إلى محارم الصغير من النساء وخالفهم فقهاء الإمامية فقالوا بانتقالها بعد الأم إلى الأب.

– أن الإمام ابن حزم الظاهري أشار فيما يتعلق بترتيب الحاضنين إلى قاعدة لم يتطرق لها بقية الفقهاء وهي اعتماد مدى الصلاح والتقوى والرفاهية في الدنيا، فيقدم في تولي الحضانة أكثرهم صلاحاً وتقوى ورفاهية إذ أن المقصد في هذه الأمور هو تحقيق مصلحة الصغير الدينية والدنيوية، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن حزم في محلاه: ((فإن لم تكن الأم مأمونة في دينها ودنياها نظر للصغير والصغيرة بالأحوط في دينها ثم دينهما فحيثما كانت الحياطة لهما في كلا الوجهين وجبت هنالك)) [1].

ثانيا: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في القانون.

لا خلاف بين قوانين الأحوال الشخصية في أن أولى الناس بحضانة الصغير هي أمه إلا أن هذه القوانين اختلفت فيما بينها– كما هو شأن الفقهاء في ذلك–. في بيان من تنتقل إليه الحضانة بعد الأم وعلى هذا ظهرت نية التعسف عند الممارسين لهذا الحق ، إذ كل طرف يظهر بمظهر المتمسك بحقه الشرعي أو القانوني إما بحسن نية، أو قاصدا إلحاق الضرر بالطرف الآخر إنطلاقا من ممارسة حقه المكفول له، وهو عين التعسف، وفي الكثير من الحالات يتوسع من آل إليه هذا الحق في تعسفه إما تشفيا بالطرف الثاني أو قاصدا المضارة به ما أمكنه ذلك، وهذا هو مبتغانا من وراء هذا البحث، ولتوضيح ذلك نتطرق إلى بيان أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في قانون االأسرة الجزائري وبعض أشهر القوانين العربية ذات الصلة بالموضوع ومظاهر التعسف التي يمكن صدورها من بعض الأطراف الذين يؤول لهم الحق في ممارسة الحضانة.

01 . أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم في قانون الأسرة الجزائري.

من المعلوم أن الفقهاء قدموا الحواضن بعضهن على بعض بحسب المحضون، فجعلوا الإناث أليق بالحضانة على حساب الرجال لأنهن أشفق وأهدى إلى التربية والرعاية وأصبر

(1) : إبن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 10، ص323.

على القيام بها، وأشد ملازمة ، للأطفال ، ثم قدموا في الجنس الواحد من كان أشفق وأقرب، ثم الرجال العصبات المحارم، واختلفوا أحيانا في ترتيب الدرجات بحسب ملاحظة المصلحة على النحو التالي، علما بأن مستحقي الحضانة إما إناثا وإما ذكورا وإما الفريقان ، وذلك في سن معينة، فإذا انتهت تلك السن كان الرجل أقدر على تربية الطفل من النساء.

ولقد حدد المشرع الجزائري في المادة **(64)** من قانون الأسرة الجزائري ثلاثة أصناف من مستحقي الحضانة يقدم فيه صنف على آخر فنصت في بادئ الأمر على أن: ((الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم أمها ، ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة))[1].

وكما هو معلوم فإن الولاية على الطفل نوعان، ولاية على النفس وولاية على المال فالولاية على المال هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار، وتصرفات كالبيع والإيجار الإيجار والرهن وغيرها، فهذا النوع يقدم فيه الأب على الأم ومن في جهتها، الولاية على النفس هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من رعاية الصحة والتأديب والنمو الجسمي، والتعليم والتثقيف في المدارس ونحو ذلك [2] وعليه فإن ترتيب الحاضنين يكون على النحو التالي:

أ- الأم:

الأم أحق بحضانة الولد بعد الفرقة بطلاق، أو وفاة بالإجماع لوفور شفقتها ، ودليل تقديم الأم من السنة : ما روي أن امرأة جاءت إلى رسول الله (ﷺ) فقالت له: ((يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاءا ، وثديي له سقاءا ، وحجري له حواءا ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ، فقال((**أنت أحق به ما لم تنكحي**)) وقال (ﷺ) ((**من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**)).

(1) : تم تعديل هذه المادة بالأمر 05-09

(2) : إبن القيم، المرجع السابق، ص 122-123.

وروي أن عمر ابن الخطاب طلق زوجته أم عاصم ، ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذه منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله عنهما فقال أبو بكر: ((مسحها وحجرها وريحها خير له منك ، حتى يشب الصبي فيختار لنفسه))[1].

و قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: ((الأم أصلح من الأب لأنها أرفق بالصغير وأعرف بتربيته، وحمله، وتنويمه، وأصبر عليه، وأرحم، فهي أقدر وأصبر في هذا الموضوع، فتعينت في حق الطفل تمييز المخير في الشرع.

ثم قال: ومما ينبغي أن الشارع ليس له نص عام في تقديم أحد الأبوين مطلقا، بل لا يقدم المعتدي، أو المفرط على العادل البار مطلقا، فكل ما قدمناه إنما نقدمه إذا حصل به مصلحة الحضانة، وإن دفعت به مضرتها، فأما مع وجود فساد من إحداهما فالآخر أولى بها بلا ريب)).

و قال ابن القيم رحمه الله :((ا لتقديم والتأخير والقرعة لا تكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد، وكون كل واحد من الوالدين نظير الآخر، فلو كانت الأم أصون من الأب، وأغير منه قدمت عليه، ولا التفات إلى قرعة، ولا تخيير للصبي في هذه الحال، فإن الصبي ضعيف يؤثر عليه اللعب، فيكون عند من هو أنفع له، ولا تتحمل الش ريعة غير هذا)).

وقال ابن مودود الحنفي : ((ويكون الولد عندهن حتى يستغني عن الخدمة، فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين، والخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب، وإليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه: هي أحق به حت يشب، ولأنه استغنى احتاج إلى التأديب بآداب الرجال، والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والحرف والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر))[2].

(1) : إبن القيم، المرجع نفسه، ص 122-123.

(2) : نقلا عن: نايف بن محمد – اقانون نت (kannun.net)، موضوع الحضانة، بتاريخ: 2018/02/05. على الساعة 12.48

و لهذا فإن الأم هي المدرسة الأولى للطفل، وبالتالي لها التأثير البالغ في الحياة النفسية واستقرارها لدى الطفل من حيث تربيته وتهذيب أخلاقه، واستقامة سلوكه، بالإضافة إلى ذلك فالأم هي مصدر الغذاء بالنسبة للطفل في بداية تكوينه الجسدي والعقلي، وهي كذلك منبع العطف والحنان، ومجر ى الحب والشفقة، ولهذا فالأم أولى بحضانة الطفل، وإذا توفرت فيها الشروط فلن ينازعها أحد في ذلك.

ب- الأب :

فإن لم يكن للمحضون أم، أو سقطت الحضانة عنها لانتفاء الشروط فيها، أو بوفاتها إنتقلت الحضانة إلى الأب، وقد حددت المادة (64) من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم هذا الترتيب، ثم بينت الأشخاص المستحقين للحضانة تحديدا حصريا[1]. حيث جاءت على الشكل التالي: ((الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك .....))، وجاء في عرض أسباب هذا التعديل عن طريق تقديم الأب على الجدة والخالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه.

ومما يلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري، قد حدد لنا الفئة الثالثة من مستحقي الحضانة ، لكن يؤخذ عليها أنها جاءت غامضة ومبهمة ثم " الأقربون درجة" .

ف لم يتبن لنا ما المقصود بالأقربون درجة ؟ وهذا ما يؤدي بنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملا بالمادة (222) ، حيث نجد الآراء الفقهية تختلف في تحديد هؤلاء الأشخاص.

(1) : يتضح لنا من قراءة المادة **64 قبل التعديل** من قانون الأسرة الجزائري أنها ارتبت أب المحضون بعد الخالة مباشرة، وإن كانت أم الأب أسبق من الأب .(في استحقاق حضانة الطفل عند الإمامين مالك وأبو حنيفة) وطبقا لما جاءهذه المادة**6** ، فإن حضانة المحضون من حق الأب بعد الأم وقريبا تها فعلى الأب أن يوفر للطفل من ترعاه من النساء كالخادمة أو أي امرأة تكون أمينة عليه وتتولى رعايته، خاصة إذا كان الولد فطيما.

ج- من يراه القاضي أصلح للمحضون.

في حالة ما إذا لم يكن أهلا لحضانة الطفل أحد ممن سبق ذكرهم سالفا أو لم يوجد من يحضن لفقدانهم أو لعدم قدرتهم على حضانة المحضون كان للقاضي أن يختار من يراه أصلح لرعاية المحضون ، ولو كان من الأقارب الذين ليس لهم حق الحضانة مثل ابن العم فله حضانة إبنة عمه إذا كانت صغيرة غير مشتهاة ، بحيث لا يخشى عليها الفتنة.

وهنا يمكن التساؤل حسب ما تقدم : ما هو موقف القضاء الجزائري من هذا الترتيب إذا تمت إحالة حالة تتعدى فيها الحضانة إلى أبعد من الدرجة الخامسة ؟

مع العلم أن المادة **(222)** من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بالمفهوم الواسع دون تحديد المذهب الذي تأخذ به في ظل تعدد المذاهب الفقهية وتنوعها.

حقيقة قد جرى العرف على أن المذهب السائد والغالب الجاري العمل به هو المذهب المالكي ، لكنه من الأحسن على المشرع أن يضبط هذه القرابة في مادة قانونية كما فعلت بعض القوانين ، العربية كالقانون السوري في المادة (139)، والقانون الكويتي في المادة(139)، والقانون المصري في المادة (20)، والقانزن الإماراتي في المادة (04) .

02- القانون المغربي.

اعتبرت مدونة الأحوال الشخصية المغربية حضانة الصغير من واجبات الأبوين حال قيام الزوجية بينهما، أما بعد انتهاء الحياة الزوجية بينهما فيبدو أن المشرع المغربي قد أخذ بالترتيب الذي قال به فقهاء المالكية حيث نص في الفصل (99) فقرة (1) على أن ((الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها ثم أمها ثم أم أمها ثم أخت الأم الشقيقة ثم التي للأم ثم للأب ثم أم الأب ثم جدة الأب من أمه أو أبيه وإن علت ثم أخت المحضون ثم عمته ثم عمة الأب ثم خالة الأب ثم

ابنة الأخ ثم ابنة الأخت ثم أخو المحضون ثم الجد من قبل الأب ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنه ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي لأم ثم الذي للأب))[1].

ونصت الفقرة (2) من الفصل (99) على أن "الوصي مقدم على سائر العصبات في المحضون الذكر وفي الأنثى حال صغرها مطلقاً وفي حال كبرها إن كان محرمً أو كان أمينا متزوجا".

03 -القانون التونسي.

الحضانة بموجب مجلة الأحوال الشخصية التونسية حق مشترك للأبوين إذا كانت الحياة الزوجية بينهما قائمة وهذا ما نص عليه الفصل (57) والذي جاء فيه: ((الحضانة من حقوق الأبوين ما دامت الزوجية مستمرة بينهما))[2].

فإذا ما انتهت الزوجية بموت أحد الزوجين سواء كان الأب أو الأم فإن الحضانة تنتقل إلى من يبقى حياً منهما، إما إذا انتهت الحياة الزوجية بالطلاق فإن للمحكمة أن تعهد بحضانة الصغير إلى أي شخص تراه مناسباً لهذا الأمر وبما يحقق مصلحة الصغير. وسواء كان هذا الشخص هو الأب أو الأم أو أي شخص آخر وهذا ما يقرره الفصل (67) والذي جاء فيه ((إذا انفصمت الزوجية بموت عهدت الحضانة إلى من بقي حياً من الأبوين، وإذا انفصمت الزوجية وكان الزوجان بقيد الحياة عهدت الحضانة إلى أحدهما أو إلى غيرهما، وعلى الحاكم عند البت في ذلك أن يراعى مصلحة المحضون)).

ويلاحظ على هذا النص أنه لم يأخذ بأي من الاتجاهات التي قال بها فقهاء الشريعة وإنما جعل انتقال الحضانة مرتبط بمصلحة المحضون فتنتقل الحضانة إلى من تراه المحكمة

(1) : مدونة الأحوال الشخصية المغربية، المرجع السابق، ف1،2، الفصل 99.

(2) : نشر الأمر العلي المؤ رخ في 13 أوت 1956 والمتعّلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية بالرائد الرسمي التونسي عدد 66الصادر في 17 أوت 1956.

أصلح لحضانة الصغير سواء كان من الرجال أم من النساء، وهو بهذا يقترب من اتجاه فقهاء الظاهرية.

04- القانون المصري.

جعل قانون الأحوال الشخصية المصري الأم أولى الناس بحضانة الصغير، أما بعد وفاة الأم أو فقدها أحد شروط حضانتها فقد أخذ هذا القانون بالترتيب الذي قال به فقهاء الحنفية، حيث تنتقل الحضانة إلى محارم الصغير من النساء، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء انتقلت الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيبهم في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة ، فإن لم يوجد احد منهم انتقلت الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات بترتيب معين"[1].

وهذه الأحكام نص ت عليها المادة (20) من قانون الأح وال الشخ صية المصري بقول ها " ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدما فيه من يدلي بالأم على من يدلي بالأب ومعتبراً فيه الأقرب من الجهتين على الترتيب التالي الأم فأم الأم وإن علت فأم الأب وإن علت فالأخوات الشقيقات فالأخوات لأم، فالأخوات لأب، فبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فالخالات بالترتيب المتقدم في الأخوات فبنت الأخت لأب فبنات الأخ بالترتيب المذكور، فالعمات بالترتيب المذكور، فخالات الأم بالترتيب المذكور فخالات الأب بالترتيب المذكور، فعمات الأب بالترتيب المذكور، فإذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة حضانة النساء انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم

(1): نقلا عن: عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص155-156، فتحية محمود قرة، المرجع السابق، ص43-44.

الصغير من الرجال غير العصبات على الترتيب الآتي: الجد لأم ثم الأخ لأم ثم ابن الأخ لأم ثم العم لأم ثم الخال الشقيق فالخال لأب، فالخال لأم".

05- القانون السوري .

اعتبر قانون الأحوال الشخصية السوري هو الآخر الأم اولى الناس بحضانة الصغير وقدمها في هذا الأمر على غيرها من أقارب الصغير، أما في حالة وفاة الأم أو فقدها أحد شروط الحضانة أو انتهاء مدة حضانتها فإن هذا القانون أخذ هو الآخر بالترتيب الذي قال به فقهاء الحنفية من انتقال الحضانة إلى محارم الصغير من النساء وبعدهن تنتقل الحضانة إلى عصباته من الذكور بحسب ترتيبهم في الإرث.

وهذه الأحكام نصت عليها الفقرة (1) من المادة (139) والتي جاء فيها "حق الحضانة للأم، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت ، فللأخت الشقيقة فللأخت لأم فللأخت لأب، فلبنت الأخت الشقيقة، فبنت الأخت لأم، فبنت الأخت لأب، فللخالات، فللعمات، بذات الترتيب، ثم للعصبات من الذكور على ترتيب الإرث"[1].

06- القانون العراقي.

اعتبر قانون الأحوال الشخصية العراقي الأم أولى الناس بحضانة الصغير فهي تقدم في ذلك على والد الصغير وعلى بقية اقاربه، إلا أن تقديم الأم على غيرها مقيد بتحقيق مصلحة الصغير فإذا تبين أن مصلحته تقتضي اعطاؤه لغير الأم تم ذلك وهذا الحكم نصت عليه المادة (57) الفقرة (1) والتي جاء فيها "الأم أحق بحضانة الولد وتربيته، حال قيام

(1) : النص الصحيح الوارد في النص الكامل لمشروع قانون الأحوال الشخصية السورية، الذي أعدته اللجنة المشتركة بموجب قرار السيد رئيس الوزراء رقم 2437 بتاريخ 2007/6/7.هو:((تبدأ الحضانة للأم اولا، فلأمها وإن علت، فلأم الأب وإن علت، فللأخت الشقيقة، فللأخت للأم، فللأخت للأب، فللبنت الشقيقة، فلبنتالأخت لأم، فلبنت الأخت لأب، فللخالات، ثم للعمات))

الزوجية، وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون" ، وبنفس الحكم أخذت محكمة التمييز في العديد من قرارتها[1].

وإذا ماتت الأم أو فقدت أحد شروط حضانتها للصغير انتقلت الحضانة إلى الأب، وهذا ما تقضي به الفقرة (7) من المادة (57) والتي جاء فيها " في حالة فقدان أم الصغير أحد شروط الحضانة أو وفاتها تنتقل الحضانة إلى الأب[2]، إلا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة، مراعية بذلك مصلحة الصغير".

وبموجب هذا النص يقدم الأب على غيره من حيث استحقاق الحضانة، إلا أن هذا الأمر مقيد بمصلحة الصغير فإذا اقتضت مصلحة الصغير عدم انتقال حضانته إلى الأب، قضت المحكمة بانتقالها إلى من تراه مناسباً لذلك.

ويبدو أن المشرع العراقي قد حاول الأخذ بأنسب الآراء الفقهية لتحقيق مصلحة الصغير، حيث أخذ برأي الإمامية فيما يتعلق بانتقال الحضانة إلى الأب بعد الأم ، وأخذ برأي الإمام ابن حزم فيما يتعلق باختيار المحكمة للحاضن بما يحقق مصلحة الصغير.

وحرصا من المشرع العراقي على تحقيق مصلحة الصغير فقد قرر بقاء حضانته عند الأم بعد وفاة الأب إذا كانت محتفظة بشروط الحضانة، ويبقى الصغير لديها لحين بلوغه

---

(1) : ومن هذه القرارات القرار رقم 171/373/موسعة أولى/ 985/84 في 1985/2/27، والمتضمن مصادقتها على اقرار محكمة الاحوال الشخصية في الرصافة اضبارة 1/احالة 84/83 في 1984/11/19 القاضي بالزام الأب بتسليم ولديه إلى أمهما استناداً إلى الفقرة (1) من المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية، .

نقلا عن: محمد عليوي ناصر، المصدر السابق، ص56.

(2) : وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرارها المرقم 3156/شخصية /1984/83 في 1984/7/15 والمتضمن رد العريضة التمييزية بخصوص قرار محكمة الأحوال الشخصية في الموصل برقم اضبارة 983/89 في 1983/11/5 القاضي بالزام الأم بتسليم أطفالها إلى أبيهم لحضانتهم وذلك لزواجها بأجنبي عن الصغير. نقلا عن: محمد عليوي ناصر، المصدر نفسه، ص58.

سن الرشد دون أن يكون لأي من أقاربه حق منازعتها في حضانته وهذا ما نصت عليه الفقرة (9) من المادة (57)[1].

07- القانون الأردني.

اعتبر قانون الأحوال الشخصية الأردني كما هو الشأن في القوانين الأخرى الأم أولى الناس بحضانة الصغير، أما بعد وفاة الأم، أو فقدها أحد شروط الحضانة أو انتهاء مدة حضانتها، فإن حضانة الصغير تنتقل إلى من تليها من النساء على النحو الذي قال به فقهاء الحنفية.

وهذه الأحكام نصت عليها المادة (154) والتي جاء فيها "الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ثم بعد الأم يعود الحق لمن تلي الأم من النساء حسب الترتيب المنصوص عليه في مذهب أبي حنيفة"[2].

ويتضح لنا بعد عرض نصوص القوانين التي تبين مراتب الحاضنين للصغير أن هذه النصوص تتفق فيما بينها على أن الأم أحق الناس بحضانة الصغير لما لها من شفقة تتفوق بها على غيرها، وهي تتفق بذلك مع اتجاه فقهاء الشريعة في هذا الصدد.

كما يتضح أيضا أن هذه القوانين قد اختلفت فيما بينها وكما هو الحال لدى فقهاء الشريعة في بيان من تنتقل إليه حضانة الصغير بعد الأم وهو خلاف منشؤه الاختلاف في تحديد من هو أشفق الناس على الصغير بعد أمه.

---

(1): تنص هذه الفقرة على أنه "إذا مات أبو الصغير أو فقد أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى امه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة دون أن يكون لاقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها فيه لحين بلوغه سن الرشد".

(2) : وقد تغيرت هته المادة بموجب النسخة المنقحة المعتمدة من قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010ا، الفصل الثالث: الحضانة والضم والمشاهدة، فأصبحت كمايلي: المادة 170:((**الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، ثم بعد الأم ينتقل الحق لأمها، ثم لأم الأب، ثم للأب ثم للمحكمةأن تقرر بناء على ما لديها من قرائن لصالح رعاية المحضون إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية.**)).

ولما كنا قد اعتبرنا الترتيب الذي قال به فقهاء الإمامية في ترتيب الحاضنين بعد الأم هو أفضل الترتيبات الفقهية، لأنه كما أشرنا يجعل الحضانة بعد الأم مباشرة للأب باعتباره أحن الناس وأعطفهم على الصغير وأعرفهم بحاجاته، لذا فإننا نرى أن القوانين التي أخذت بهذا الترتيب– ومنها قانون الأسرة الجزائري[1] .

وقانون الأحوال الشخصية المغربي[2]، والقانون العراقي – من أفضل القوانين في هذا الشأن.

الفرع الثالث: أوجه التعسف في استعمال الحق في الحضانة .

ولعل السبب وراء بروز التعسف في استعمال هذا الحق ينبني على مسألة تكييف الحضانة هل هي حق للأم يحق لها التنازل عنه للغير أو الامتناع عن ممارسته، أم أن الحضانة واجب على الأم ليس لها الامتناع عنها أو التنازل للغير، وللتفصيل في هذه المسألة وجب التطرق إليها من خلال عرض آراء فقهاء الشريعة الإسلامية أولا ثم موقف بعض القوانين الوضعية، مع بيان أوجه الإختلاف والتوافق لتتضح موضع التعسف بصورة جلية.

أولا: تكييف الحضانة في الشريعة الإسلامية.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف الحضانة على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الحضانة حق للأم فلها الامتناع عنه أو التنازل للغير، فهي لا تجبر على استخدام هذا الحق[(1)]، وفي هذا المعنى يقول الإمام ابن

(1): بصريح نص المادة: 64((**الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم...مع مراعاة مصلحة المحضون...**)).

(2) : هذا ما أورده المشرع المغربي في الباب الثاني تحت عنوان : مستحقو الحضانة وترتيبهم، المادة 171:((تخول الحضانة للأم ثم للأب، ثم لأم الأم، فإن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تقرر بناء على ماليها من قرائن لصالح رعاية المحضون، إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية، مع جعل توفير سكن لائق للمحضون من واجبات النفقة)).

الهمام ((الام أحق بالولد والنفقة على الأب ولا تجبر الأم عليه))[2] وفي ذات المعنى يقول الإمام السرخسي في مبسوطه ((وجعل حق الحضانة إلى الأمهات لرفقهن في ذلك مع الشفقة، وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت))[3].

وأصحاب هذا الرأي وأن كانوا يرون أن الحضانة حق للأم إلا أنهم أوردوا على هذا الأمر استثنائين:

1- أن توجد حاضنة غير الأم تتولى شؤون المحضون عند امتناع الأم[4].

2- أن يكون للمحضون ذو رحم محرم يتولى أمور حضانته عند امتناع الأم عن ذلك ففي هاتين الحالتين تصبح الحضانة واجباً على الأم بسبب تعينها لها.

ولكن قد يترتب على كون الحضانة حقاً للأم بعض مظاهر التعسف كمثل المسائل التالية:

أ- أن الأم لا تجبر على الحضانة لأن الإنسان لا يجبر على استيفاء حق من حقوقه، وهنا يمكنها قصد إحداث الضرر بالأب والتعسف في استعمال هذا الحق لما يتوفر لها من مشروعية في عدم إجبارها على ممارسة الحضانة، وبالأخص إذا تأكدت أن حضانة الولد ستؤول مباشرة إلى الأب وهو غير قادر على ممارستها، فإن فعل كانت الحضانة سببا في حصول طلاق زوجته الثانية التي تزوجها. بمعنى أن عدم إجبار الأم على ممارسة الحضانة هو طريق تعسفها بل توسعها في ذلك.

---

(1) : شمس الدين السرخسي، المبسوط، المرجع السابق،ج 5،ص 207، المدونة الكبرى ،المجلد2، ص360، الشافعي، الأم، المرجع السابق،ج3، ص92.

(2) : شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج 3، ص314.

(3) : المبسوط ، المرجع نفسه،ج5، ص 207.

(4) : وفي هذا المعنى جاء في البحر الرائق "فإن لم توجد غيرها أجبرت بلا خلاف" البحر الرائق، المرجع السابق، ج 4، ص 180.

ب- أن الأب ليس له الحق في انتزاع الصغير من يد الحاضنة ليعطيه إلى من هي أدنى منها مرتبة، أو أن ينقله إلى بلد غير البلد الذي تقيم فيه الحاضنة لأنه بذلك يفوت عليها حقها في الحضانة[1]، وهنا يكون حرمان الأب من انتزاع الصغير من يد الحاضنة ليعطيه إلى أخرى لتحضنه، هو نوع من أنواع التعسف الواقع عليه، لأن الأب في هذه الحالة يكون بين أمرين أحلاهما مر، فإما أن يضحي بحياته مستقبلا فلا يتزوج بأخرى ليستأنف معها حياته لأجل بقاء الصغير عنده، وإما أن يتنازل ويتخلى عن حقه في حضانة ولده بعد أن آلت إليه شرعا وقانونا ويحتسي حسرات ذلك طول حياته.

ج- لو كان للصغير مرضعة غير حاضنته كان عليها أن ترضعه عند الحاضنة حتى لا تفوت عليها حقها في حضانته[2]، وهنا قد يكون هذا مسلك لتعسف الحاضنة فلا هيى قادرة على إرضاعه ولا هي تنازلت عن الحضانة لغيرها، وقد يكون هذا التعسف قصد إلحاق الضرر بالأب فيدفع أجرة المرضعة زيادة على تحمله تكاليف حضانة ولده.

الرأي الثاني- ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى القول بأن الحضانة واجب على الأم ليس لها الامتناع عنه أو التنازل للغير، فإذا امتنعت دون أن يكون لها في ذلك عذر مشروع أجبرت عليها[3].

ولكن قد يترتب على هذا التكييف -كون الحضانة واجباً على الأم – بعض مظاهر التعسف التي قد تسعملها الأم وتستغلها قصد الإضرار بالطرف الآخر خاصة الأب الأحكام التالية:

أ- أن للقاضي أن يجبر الأم على الحضانة في حالة امتناعها عنها دون عذر مشروع[1].فهنا قد تلجأ الأم المجبرة على الحضانة إلى التعسف في استغلال هذا الإجبار

(1) : محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص401.

(2) : عمر عبد الله ، المرجع السابق، ص596.

(3) : ابن عابدين، حاشية رد المحتار، المرجع السابق، ج 3، ص560.

فتقصد الإضرار بالأب متذرعة بأنها لا تريد الحضانة ولكن أجبرت على ممارستها، وبالتالي تسغل هذا الموقف وتتعسف في استعماله بشتى أنواع الحيل والمقاصد السيئة حيث لا بغية لها إلا الإنتقام من زوجها السابق(الذي يتلهف لحضانة الولد)، والذي ربما يتحمل ما يصدر منها من مضارة في سبيل توفير الراحة والأمن لولدها عندها.

ب- ليس للأم أن تصالح الأب على إسقاط حقها في الحضانة فمثل هذا الصلح يكون باطلاً لتعلق حق الصغير بالحضانة وهي لا تملك إسقاط هذا الحق[2].فلو كانت غير أهل لممارسة الحضانة، أو توفر بها مسقط شرعي من مسقطات الحضانة، وخاف الأب على ولده من البقاء في حضانتها، لكنه عجز أمام القضاء عن إثبات عدم أهليتها لممارسة الحضانة فحاول بشتى الوسائل إنتزاع الولد منها ولو بالتصالح والتعويض المادي، فهنا قد تتذرع كذلك بانه ليس في مقدورها شرعا ان تصلحه على إسقاط الحضانة ورجوع الولد إلية ، وغايتها في ذلك إلحاق المضرة بالأب- زوجها السابق – لأنها تدرك مدى تألمه من بقاء ولده في حضانتها، فتراه يتجرع حسرات الألم ولكن لايستطع الخلاص منه، وهذا نوع من التعسف الذي تلجأ إليه الكثير من الزوجات اللائي يستفدن من تكييف حق ممارسة الحضانة بأنه واجب عليهن لا يقدرن التخلص منه ولو بالتصالح مع الأب.

ج- لو خالعت الأم زوجها مقابل تنازلها عن حضانة الصغير كان الخلع صحيحاً والشرط باطلاً[3]، وهذا كذلك مسلك خفي للتعسف قد تستعمله المرأة للتخلص من زوجها الذي تريد مخالعته، دون أن ترد إليه ما أمهرها به كما هو معلوم في باب الخلع، فتهتدي إلى حيلة قبولها التنازل عن حضانة ولدها منه مقابل مخالعة هذا الزوج، وهي تظمر في نفسها نية الإضرار به، كونها تعلم مسبقا أن تنازلها عن حضانة الولد – كبدل عن رد المهر لزوجها- أمر غير مقبول شرعا ولا قانونا، حيث يقع الخلع ويبطل الشرط، وبالتالي تصل إلى مبتغاها

(1) : عبد العزيز عامر، المرجع السابق، ص195.

(2) : محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص413.

(3) : أحمد الكبيسي، المرجع السابق، ص214.

بمخالعة زوجها وتبقي حضانة الولد عندها، ويكون الزوج في هذه الحالة الخاسر الوحيد فلا هو تحصل على العوض المالي الذي يستحقه شرعا وقانونا ولا هو استفاد من حضانة الولد.

الرأي الثالث– ذهب فقهاء الظاهرية إلى القول بأن الحضانة واجب على الأم أثناء قيام الحياة الزوجية بينها وبين زوجها أما بعد الفرقة بينهما فإن الحضانة تكون حق للأم فلها استعمال هذا الحق ولها أيضا تركه[1].

الرأي الرابع– يرى الإمام البهوتي من الحنابلة[2] أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والصغير، وبهذا الرأي أيضاً قال بعض فقهاء الحنفية.

فبموجب هذا الرأي يجتمع في الحضانة حقان أولهما حق الطفل وثانيهما حق الأم ، وحق الطفل يتمثل بأن مصلحته تقتضي بقاؤه مع أمه لتتولى تربيته في سنٍ معينة على اعتبار أنها أكثر الناس شفقة وحناناً عليه، وحق الأم يتمثل بأن مصلحتها تقتضي تربية طفلها تحت عنايتها واشرافها لضمان سيره في الطريق السوي بعيداً عن جادة الانحراف والفساد[3].

وإذا كانت الحضانة حق مشترك بين الأم والصغير، فإن حق الصغير فيها أقوى من حق الأم وبالتالي إذا اسقطت الأم حقها في الحضانة بقي حق الصغير فيها قائم ، كما أن تعارض حق الصغير في الحضانة مع حق الأم يؤدي إلى تقديم حق الصغير لأنه أولى بالرعاية، ومثل الأم في هذا الحكم كل حاضنة أخرى.

(1) : ابن حزم، المحلى، المرجع السابق، ج 10، ص 323.

(2): منصور بن يونس بن ادريس البهوني، كشاف القناع، ج5، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د س ط)، ص491.

(3) : محمد أبو زهرة ، المرجع السابق، ص413

ويبدو من خلال عرض آراء الفقهاء في بيان التكييف الشرعي للحضانة أن الخلاف بينهم حول هذه المسألة إنما هو خلاف شكلي، وبيان ذلك أن هؤلاء الفقهاء متفقون على أن الحضانة حق مشترك بين الصغير والأم، إذ أن الفقهاء الذين اعتبروا الحضانة حقاً للأم قيدوا ذلك بعدم تعينها لها، فإذا ما تعينت أجبرت وأصبحت واجباً عليها، كما أن الفقهاء الذين اعتبروا الحضانة واجبٌ على الأم قيدوا ذلك بعدم وجود عذر شرعي يمنعها من الحضانة فإذا ما وجد مثل هذا العذر لم تعد الحضانة واجباً عليها .

وإذا كانت الحضانة حق مشترك بين الأم والصغير فإنها بالنسبة للصغير حق خالص أما بالنسبة للأم فهي مما يجتمع فيها الحق والواجب فهي بالنسبة للصغير حق خالص لأنه يتعرض بدونها للضياع والهلاك وهي بالنسبة للأم مما يجتمع فيها الحق والواجب لأن الأم إذا تعينت للحضانة أصبحت واجباً عليها وإذا لم تتعين لها كانت حقاً لها إلا أن الواجب في الحضانة أقوى من الحق بالنسبة للأم لما فيها من تحقيق مصلحة الصغير واحتمال ضياعه بدونها.

ثانيا: تكييف الحضانة في أشهر القوانين العربية.

كما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف الحضانة كذلك اختلفت قوانين الأحوال الشخصية في تكييفها، وعليه سنتطرق إلى قوانين الأحوال الشخصية المغاربية، ثم نتتبع هذه المسألة في أشهر قوانين الأحوال الشخصية في بعض الدول العربية الأخرى:

01 – القانون ا الجزائري.

إن الطبيعة القانونية للحضانة هي منطلق التكييف القانوني لها، وعلى هذا الأساس، ولما كان الولد يحتاج في بدء حياته إلى تربية ورعاية ضرورية والحضانة هي ضرب من هذا، وقد نصت المادة (62) ق.أ.ج على أن: ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام

على تربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...))، فمن هنا يتبين لنا أن الحضانة هي حق من حقوق الأولاد وما شرعت إلا لمصلحة الولد.

ولقد نقضت المحكمة العليا حكما قضائيا كان قد أسند الحضانة لأم تتدين بالمسيحية، وثبت أنها تربي الولد على دينها [1].

وعلى هذا الأساس إعتبر قانون الأسرة الجزائري ان الحضانة حق مشترك بين الأم والولد فهي أولى الناس بحضانة ولدها لا ينازعها في ذلك أحد، إلا إذا وجد مانع من موانع الحضانة فهنا يأتي دور الأب في الدرجة الثانية، وهذا ما أكده المشرع في نص المادة(64) ق.أ.ج بقوله : ((الأم أولى الناس بحضانة ولدها، ثم الأب ...)). ولعل مقصد المشرع من ترتيب الأب مباشرة بعد الأم إشعارا له بثقل المسؤولية التي تنتظره بعد الطلاق فلا يتسرع إليه، خاصة إذا تأكد أن الأم لا تصلح للحضانة لعدم أهليتها الخلقية أو الصحية، فهنا ما على الأب إلا أن يتحمل إلى أقصى ما أمكنه حفاظا على استمرارية الرابطة الزوجية التي توفر للأولاد الجو المناسب لنشأتهم السوية، وبطريقة غير مباشرة يهدف المشرع إلى التقليل من نسب الطلاق في المجتمع.

02- القانون المغربي.

اعتبرت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الحضانة واجباً مشتركاً على الأبوين في حال قيام الحياة الزوجية بينهما، أما إذا حدثت الفرقة فإن الحضانة تصبح حقاً من حقوق الأم، وهي مقدمة في هذا الحق على غيرها، وهذا ما نصت عليه الفقرة (1) من الفصل (99) والذي جاء فيه "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها".

(1) : المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287، بتاريخ: 1979/04/19، نشرة القضاة، 1981، عدد02، ص 108.

03- القانون التونسي.

اعتبرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الحضانة حق للأم فلا يمكن اجبارها على استعمال هذا الحق، إلا أن المشرع التونسي استثنى من هذا الأصل، أي الحالة التي تتعين فيها الأم لحضانة الصغير وهي حالة عدم وجود حاضنة غير الأم تتولى أمور الحضانة، وهذه الأحكام جاء بها الفصل (55) والذي ينص على أنه ((إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها)).

04- القانون المصري.

اعتبر قانون الأحوال الشخصية المصري الحضانة حق للأم[1] ، وهو ما نص عليه في المادة (20) والتي جاء فيها:((... يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء.)) وهذا الحق يثبت للأم حال قيام الزوجية وبعد الفرقة حتى يتسغني الصغير عن حضانة النساء[2].

وإذا كان القانون المصري قد اعتبر الحضانة حق للأم فإن العمل في القضاء المصري جرى على أن الأم ليست هي صاحبة الحق الوحيد فيها، وإنما هناك ثلاثة حقوق في الحضانة بعضها أقوى في الوجوب والرعاية من البعض الآخر، وهذه الحقوق هي حق الأم ، وحق الصغير وحق الأب، وهذه الحقوق متى ما أمكن التوفيق بينها يصار إليه، وإلا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم عليها جميعا[3].

---

(1) : قرار محكمة العطارين في القضية المرقمة 295 بتاريخ 1948/4/20 أشار إليه كلاً من محمد عليوي ناصر، المصدر السابق، ص37، عبد العزيز عامر، المصدر السابق، ص 200.

(2) : فتحية محمود قرة، المصدر السابق، ص31، أحمد إبراهيم، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ط3، 1938، ص135.

(3) : وبذات الحكم أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري حيث اعتبر الحضانة حقاً للأم وهو ما نص عليه في المادة 1/139 والتي جاء فيها "حق الحضانة للأم ، فلأمها وإن علت.." .

05- القانون العراقي.

نصت المادة (57) فقرة (1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن ((الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون))، ويفهم من هذا النص أن المشرع العراقي قد اعتبر الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون ، فقول المشرع ((الأم أحق بحضانة ولدها)) يدل على أن للأم حق في الحضانة وقوله في نهاية الفقرة ((ما لم يتضرر المحضون)) يدل على أن حق الأم في الحضانة مقيد بتحقيق مصلحة المحضون فالحضانة بموجب التشريع العراقي حق مشترك بين الحاضنة والمحضون، وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها بعدم جواز تنازل الحاضنة عن حقها في حضانة الصغير وذلك لارتباط حقها هذا بحق المحضون[1].

06- القانون الأردني.

يفهم من نصوص المواد (154) و(155) من قانون الأحوال الشخصية الأردني أن الحضانة حق مشترك بين الحضانة والصغير، حيث اعتبرت المادة (154) الأم أحق من غيرها بحضانة الصغير فنصت على أن ((الأم النسبية أحق بحضانة ولدها وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة)) .

أما المادة (155) فقد راعى فيها المشرع مصلحة المحضون وحقه في الحضانة وذلك باشتراطه بعض الشروط التي أوجب توفرها في الحاضنة فنصت هذه المادة على أنه ((يشترط في الحاضنة أن تكون بالغة عاقلة أمينة لا يضيع عندها الولد)).

(1) : ينظر القرار رقم 1851/ شخصية /78 في 1978/10/17 ، أشار إليه القاضي حكمت عادل حسن، الحضانة وأحكامها في ضوء قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل،بحث مقدم الى المعهد القضائي، 1992، ص11.

فاعتبار الأم أحق الناس بحضانة صغيرها من جانب واشتراط بعض الشروط فيها من جانب آخر يفهم منه أن الحضانة بموجب التشريع السوري حق مشترك بين الحاضنة والصغير.

وبهذه النصوص تتفق قوانين الأحوال الشخصية فيما بينها على أن الحضانة بالنسبة للأم مما يشترك فيها الحق والواجب فهي حق لها إذا لم تتعين لها، وهي واجب عليها عند تعينها، أما بالنسبة للصغير فالحضانة حق خالص له.

بعد هذا التفصيل في مسألة الحضانة كحق من الحقوق الأسرية وما قد يعتريه من تعسف في استعماله من طرف من يثبت لهم الحق في ممارسته خاصة الأم الحاضة، ننتقل الآن إلى موضع آخر ربما قد تظهر فيه صور التعسف جلية، إذا قصد من يمارس هذ الحق الإضرار بغيره ممن لهم تعلق به، وهنا نقصد بالذكر الوصية وبعض التصرفات المشابهة لها كالهبة والميراث محاولين تبيين وحصر مواقع التعسف مع حدود التوسع أو التضييق فيها.

المبحث الرابع:

التعسف في الوصية وبعض التصرفات الملحقة بها[1].

الأصل في الوصية أنها مندوبة أو مستحبة ندب أليها الشارع برا بالأقربين وصدقة على الفقراء والمحتاجين ولا تجب على الشخص إلا إذا كان قد فرط فى حياته في حق من الحقوق المالية الواجبة لله تعالى كالزكاة والكفارات المالية، أو يكون عليه حق للعباد كالدين والوديعة، ولم يكن شيء منهما ثابتا عن طريق وثيقة أو شهادة الشهود، ففي كل هذه الأحوال يجب على الشخص أن يوصي بشيء من أمواله حتى يمكن سداد مثل هذه الحقوق، ووجوب الوصية حينئذ أمرا دينيا بين الإنسان وربه فإن أوصي بأداء هذه الحقوق برئت ذمته، وإن لم يوصِ كان آثما لهذا الترك لأن أداء الحقوق واجب، ولا سبيل لذلك ألا بالوصية فتكون واجبة لذلك وليس للقانون سلطان عليه فى ذلك .

وكانت الوصية في أول الإسلام واجبة للوالدين والأقربين إلى أن شُرع نظام الإرث في الإسلام وأصبحت الوصية غير واجبة وإن كانت جائزة لغير الوراثين منهم على رأي بعض الفقهاء [2].

ولما كان من خلافات فقهية ومشكلات عملية من التعسف في استعمال الموصي لهذا الحق، الأمر الذي ألزمنا في هذا البحث إلى بيان أراء الفقهاء من مؤيد ومعارض للوصية، وحجة كل رأي وأسانيده الشرعية التي استند إليها مقابلين هذا بما ذهبت إليه أغلب

(1) : وسأركز هنا على الوصية أولا ثم الهبة ثانيا، وربما أشير إلى بعض مايظهر فيه وجه التعسف من التصرفات الأخرى كالميراث.

(2) : إلا أن المشرع في القانون الوضعي أوجب منها نوعا جديدا في وضعه ومقوماته فأوجب الوصية لصنف من الاقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه فأوجبها بمقدار معين وبشروط خاصة فجعل للأحفاد على جدهم او جدتهم فى حالة معينة وصية تستمد قوتها من القانون ولا تحتاج الى إنشاء من احد فإذا فعلها الشخص طائعا مختار على الوضع الذي رسم فى القانون نفذت كما هي وان لم يفعلها كانت واجبة بحكم القانون وان صدرت هذه الوصية من الموصي على وجه يخالف ما وضعه القانون لها من نظم وأحكام تدخل القانون لتعديلها على النحو المبين فيه وهو الأمر الذي يعد خروجا من المشرع الوضعي حتى لأراء الفقهاء المؤيدون للوصية الواجبة .

التشريعات العربية وما استقر عليه الإجتهاد القضائي عندنا في الجزائر، مع محاولة تبيين مواضع التوسع في التعسف في استعمال الحق .

ولأجل هذا نتطرق إلى تعريف الوصية ودليل مشروعيتها وبيان الحكمة منها ومقدارها الشرعي، ثم نوضح صور التعسف في الوصية، والأثر المترب عن ذلك.

المطلب الأول: التعسف في الوصية .

الفرع الأول: مفهوم الوصية، وحكمها والحكمة منها ومقدارها.

لإدراك ماهية الوصية، والوقوف على أحكامها الشرعية، لا بد من معرفة معانيها في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء، ثم بيان أدلة مشروعيتها، وأخيرا الحكمة منها ومقدارها.

أولا : تعريف الوصية.

تعتبر الوصية من التبرعات المالية، وطريقا من طرق انتقال المال بين الناس، لهذا أولاها الشارع بعناية كبيرة، واهتمت بها القوانين الوضعية، لما لها من آثار على العلاقات المالية بين الأفراد.

01 – لغة: يقال أوصى الرجُلُ، ووصاه أي عَهِدَ إليه، والوصية ما أوصيت به، ووصى الشيء وصيا أي وصله، ووصيتُ الشيء أي وصلته، وسمِّيت الوصية لاتصالها بأمر الميت[1].

وهي كذلك أن يطلب الإنسان فعلا من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وتطلق الوصية أيضا على الشيء الموصي به كأن يقول شخص دارى وصية لفلان ومن ذلك قوله تعالى:﴿ ...مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴿١٢﴾﴾[2] .

(1) : إبن منظور، تهذيب لسان العرب ،ج2، دار النهضة العربية، ط1، 1993 ، ص742.

(2) : سورة النساء ، الآية 12 .

وسميت وصية لأن الموصي يصل بها ما كان في حياته بعد مماته أو لان الموصي يصل خير دنياه بخير أخرته.

02- اصطلاحا: للوصية تعريفات مختلفة حسب مذاهب الفقهاء، لكنه اختلاف شكلي لا يمس الجوهر والمضمون.

- فعرفها صاحب الدر المختار من الحنفية بأنها: ((تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع)) .
- وقال صاحب المغنى من الحنبلية ((الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت)).
- وفي مغنى المحتاج عرفها الشربيني بأنها ((تبرع بحق مضاف ولو تقديراً إلى ما بعد الموت)).

فخلاصة التعريفات أنها : تصرفٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت، يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل كلَّ أو بعض ماله إلى الموصى له، أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال[1].

وهذا التعريف جامع مانعٌ يشمل كل شيء يوصِى به الشخصُ بعد وفاته، أي كل صُوَّر الوصية التي يقرها القانون.

وبذلك لا يدخل في معني الوصية الإعارة والإباحة والوديعة ولو قيد ذلك كلها لما بعد الموت لأنه لا تمليك فيه ، كما أنه لا يدخل في معني الوصية المنجز من التمليكات كالبيع والهبة والإبراء من الدين، لأن ذلك كله ليس من قبل ما يضاف إلى ما بعد الموت، بل هو من المنجزات كما لا يدخل في معني الوصية التمليكات المضافة إلى غير الموت كالإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل[2] .

(1): عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت ،(دس ن)، ص805 .

(2): مقالة من إعداد : على احمد إبراهيم وهاني عبد الحق البحيرى، المحاميان، الاستئناف العالي ومجلس الدولة، مصر.

وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة (184) ق.أ.ج بقوله: ((الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع)).

ومعنى مصطلح" **تمليك**" هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دارٍ، أو زراعة أرضٍ، وجميع أنواع الوصايا سواءٌ كانت بالمال أو غيره.

أما المراد من جملة" **مضاف إلى ما بعد الموت**" أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت.

أما المقصود من كلمة" **التبرع**" هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته[1].

ثانيا: حكم الوصية ودليل مشروعيتها.

لا شك أن الشارع الحكيم قد أباح الوصية لمقصد نبيل وسامي يعود على الموصي بالأجر الأخروي زيادة في رصيد حسناته يوم القيامة، بعد موته، ولكن في حدود مشروعة مقيدة بأن لا يضر بأص حاب الح ق من الورثة، لذا فقد ص رح المولى ﷻ بتحريم المضارة في ها في قوله ﷻ : ﴿...مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ١٢﴾[2] وهذا بعد بيان نصيب الإخوة لأم من الميراث، وحتى لا تحيد الوصية عما شُرعت من أجله. فإذا جانب الموصي الغرض من الوصية بأن ألحقَ بوصيته ضررا بالورثة، كأن يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي لأحد الورثة، فالوصية مع الإضرار هي بعينها التعسف والإساءة في استعمال الحق، فكان الواجب إبطالها منعا للتعسف[3].

(1) : حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، ط2، 2009، ص45.

(2) : سورة النساء، الآية12.

(3) : العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، المرجع السابق، ص 275.

وقد ثبتت مشروعية الوصية بنصوص القرآن والسنة والإجماع، وهي مندوبة باعتبارها عقد تبرُّعٍ، فمن القرآن قوله ﷻ : ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾﴾ [1] ، وقوله ﷻ: ﴿۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾ [2].

فكل هذه الآيات متضافرات تصح كأدلة على جواز الوصية، ونُسخ الوجوب وبقي الندبُ [3].

أما من السنة النبوية، فقد دلّ على الوصية أحاديث كثرٌ، نذكر منها ما يلي: قوله(ﷺ) "**ما حقُّ امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده** " [4]، فالحديث فيه حثٌّ أصحاب الأموال بأن لا يجب أن يمر عليهم زمان ولهم ما يوصون به من أموالهم إلاّ وفعلوا وبادروا بكتابة الوصية.

وبعد بيان مفهوم الوصية ودليل مشروعيتها، نتطرق الآن إلى توضيح الحكمة منها.

(1) : سورة البقرة، الآية 180

(2) : سورة النساء،الآية 12.

(3) : إبن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق ص 415.

(4) : أخرجه مسلم، كتاب الوصية، حديث رقم 1627، ج11، ص 63.

ثالثا : الحكمة من تشريع الوصية ومقدارها.

شرع الله ﷻ الوصية لهدف جليلٍ، ومقصد شريفٍ، يجمع بين مصالح الناس في الدنيا ورجاء الثواب في الآخرة، فمن طريق الوصية يتمكن الإنسان من تدارك ما فاته من أعمال الخير والبر التي يعود نفعها على الأفراد والجماعات، وصلة للأرحام والأقارب غير الوالدين والورثة ومساعدة للمحتاجين والبؤساء المساكين، ولا يتأتى هذا إلا إذا التزم الموصي بالمقدار الجائز شرعا الذي سمحت له الشريعة الإيصاء به.

01 – الحكمة من تشريع الوصية.

ومما لا شك فيه أن حكمة التشريع الاسلامي اقتضت مراعاة الصالح العام للناس فهي تهدف دائما إلى جلب كل ما تحققت فائدته، ودرء كل ما تحققت مفسدته، ومن هذا التشريع، تشريع الوصية، وذلك لحاجة الناس إليها، إذ الإنسان في هذه الدنيا مجبول على حب المال والحرص عليه، وكثيرا ما يعتريه التقصير وتطرأ عليه الغفلة في آداء واجباته والتزاماته، وتفوته أعمال الخير والثواب، ثم يثب لرشده ويبدو له تقصيره، فإنه آنذاك يجد في تشريع الوصية بغيته وحاجته في تعويض هذا التقصير، وتدارك تلك الغفلة، لذلك فإن الشارع الحكيم لم يغلق باب الخير ويمنع تدارك ما فات، فأجاز لعبادة التصرف في جزء من مالهم ليعوضوا ذلك التقصير، وليكون زيادة في حسناتهم قبل انقضاء آجالهم، ومن هنا يمكن أن نفهم الحديث الشريف:((**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم**)) [2]

هذه بعضٌ من حِكم تشريع الوصية، وعلى الرغم من أن مقتضى القواعد العامة يقضي بعدم جواز الوصية لأنها تصرف مضاف إلى زمن لا يملك فيه الموصي سلطة هذا التصرف لكن الشارع الحكيم أجازها إستثناءاً، ولما لها من الحكمة، ولما فيها من مصلحة لكل من الموصي والموصى له والورثة، أما مصلحة الموصي فهي واضحة، ونضيف إليها

هنا أن الموصي إذا طال به الأجل وامتد به الأمد وأعوزته الأيام إلى ماله فيمكنه الرجوع في الوصية[1]. وأما مصلحة الموصى له فإنه قد يكون فقيرا يسد بالموصى به حاجته، أو قد يكون مؤسسة خيرية ذات نفع عام كمسجد أو مستشفى أو مكتبة عامة فيتحول المال الموصى به من الأموال الخاصة إلى الأموال العامة ينتفع بها الجميع، وأما مصلحة الورثة الموصى لهم، فإنه قد يحرم بعضهم من الميراث لمانع من موانع الميراث مثل اختلاف الدين، أو لوجود حاجب يحجبهم حجب حرمان، وهنا يأتي دور الوصية إذ أنها تحل محل الميراث عند حرمان الورثة لأي سبب كان، ثم أن الوصية لا تؤثر على بقية الورثة طالما أنها في حدود الثلث[2]. ولهذه الحكم وغيرها أجمع فقهاء الشريعة على صحة وصية ناقص الأهلية رغم إجماعهم على أن تبرعاته باطلة مطلقاً أجازها الولي أولا، وحكمة هذا الجواز أمران : أحدهما أن الموصي ناقص الأهلية كالوصي كامل الأهلية يحتاج إلى ثواب الآخرة

وفي حديث ابن عمر ﷺالسابق ما ينبه على التأهب للموت والإحتياط قبل فوات الأوان ، فعلى العاقل أن يكون متأهباً متحوطاً، ومن التأهب أن يكتب وصيته ويبين فيها مالَه وما عليه من حقوق الله تعالى، أو حقوق عباده، كالديون والأمانات والزَّكَوَات، وما يريد به القربى من الصدقات والتطوعات. فلذلك كله شُرعت الوصية[3].

(1) : يقول الشيخ المرغيناني : ((فان الانسان مغرورٌ بأمله ، مقصر في عمله ، فاذا عرض له المرض وخاف البيات، يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي، ولو انهضه البَرء يصرفه إلى مطلبه الحالي ، وفي شرع الوصية ذلك)) ، نقلا عن : شرح الهداية المطبوع بهامش فتح القدير، ج8 ، ص418.

(2) : يقول احد الفقهاء المحدثين بهذا الشأن : ((جعلت الوصية لتلافي بعض الحالات التي يحجب فيها بعض الورثة بعضا، وقد يكون المحجوبون معوزين أو تكون هناك مصلحة عائلية في توثيق العلاقات بينهم وبين الورثة وازالة أسباب الحسد والحقد قبل أن تنبت، ولا وصية لوارث أو بأكثر من الثلث، خشية اجحاف المورث بورثته)، نقلا عن: سيد قطب ، ظلال القرآن،ج4، ص265 ومحمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقة الإسلامي، دار التراث الإسلامي، 1974، بيروت، ص103، وعلي الخفيف، احكام الوصية، ص7-8، ومصطفى الزلمي، احكام الميراث والوصية، ص145-146.

(3) : الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته،ج4، مؤسسة الريان، بيروت، 2006، ص271.

فإذا أصدر الشخص وصيتَه ومات مُصِرًّا عليها، فإنه يكون قد حقق رغبته في بِرِّ مَن أراد بِرَّهُ والإحسان إليه، وإن امتدت به الحياة كان له الحق في أن يتحلل من وصيته أو يُعَدِّلَ فيها حسب مايراه محققا لمصلحته.

وحتى تكون صحيحة لابد من توافر شروطها وضوابطها التي حدّدها الفقهاء، حتى لا يحيد بها صاحبها عن هدفها السليم، ومقصدها المشروع، أويتعسف فيُسبب بها ضرراً للآخرين.

02 – مقدار الوصية المشروع.

إن الوصية مقدرة شرعا بالثلث، وقد حصل الإجماع على عدم مجاوزة الثلث في الإيصاء لمن ترك الورثة، وقد دلّت السنة النبوية على هذا التحديد بما جاء في حديث سعد ابن أبي وقاصﷺ قال:« جاءني رسول الله(ﷺ) يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت يارسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مالٍ، ولا يرثني إلا ابنةٌ لي، أفأتصدَّقُ بثلثي مالي، قال رسول الله(ﷺ): لا، فقلتُ فالشطرُ، قال: لا، ثم قال رسول الله(ﷺ):" **الثلثُ والثلثُ كثيرٌ إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالةً يتكفّفون الناسَ.**»[1].

ويردّ ما زاد على الثلث سواءٌ كان للموصي وارثٌ أم لا، لعموم الأدلة على منع الوصية بما زاد على الثلث[2]. والدليل على أن الوصية بما زاد عن الثلث ماضيةٌ إن أجازها الورثة، أن المريض إنما مُنع من الوصية بالزائد على الثلث لتعلق حق الوارث به، بدليل قوله

(1) : الإمام البخاري، الصحيح ، كتاب مناقب الأنصار، باب 49،ج7، حديث رقم3936، دار إحياء التراث، بيروت لبنان، (د س ط)، ص269

(2) : عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص 282.

(ﷺ) لسعد ابن أبي وقاص "... **إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالةً يتَكَفَّفُونَ النَّاسَ.** »، فإذا أسقط الورثة حقهم كان ذلك جائزاً [1].

واستحب أهل العلم ألاّ يبلغ بالوصية قدر الثلث وإن كان جائزاً، لقول ابن عباسﷺ: "لو غضَّ الناسُ من الثلث لكان أحب إليَّ، لأن رسول الله(ﷺ) قال: "**الثلثُ والثلثُ كثيرٌ.**"[2].

الفرع الثاني: صور التَّعسف في الوصية والأثر المترتب عن ذلك .

شُرعت الوصية لمقصدٍ نبيلٍ، يعود على الموصي بالأجر والثواب، إن التزم بحدود الشرع في إيصائه، ولم يقصد الإضرار بأصحاب الحقوق في ماله، بعد موته وهم الورثة، لهذا جاء التنبيه القرآني في قوله ﷺ:﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ ﴾[3]، حتى لا ينحرف الموصي بوصيته عما شُرعت لأجله، لكن قد يقع هذا ويُضمر الموصي قصد الإضرار بالورثة في صُوَرٍ متعددة، لكن لا يصح تكييفها على شكل تعسفٍ في استعمال الحق، ومن أهم الصور للمضارة في الوصية مايلي :

أولا: الوصية لوارث:

أن يُؤْثِرَ الموصي وارثاً مُعَيَّناً بوصيتِه دون باقي الورثة إضراراً بهم، وهذه وصيةٌ باطلةٌ[4] ، ولا تجوز باتفاق العلماء بدليل قوله (ﷺ):" **إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث.** » [5]، وتقييد الوصية خصوصا في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى

(1) : يوسف قاسم، الوجيز في الميراث والوصية، مطبوعات المعهد العالي للدراسات الإسلامية، 2006، ص244.

(2) : عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ج4، ص 328.

(3) : سورة البقرة، الآية 12.

(4) : وهو ما أشار المشرع الجزائري في المادة 189 ق أ ج بقوله:" **لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي**"

(5): الإمام الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الوصايا، ج 41، مطبوع مع عارضة الأحوذي، دار المحاسن للطباعة، 1966، ص 433.

مع بعض القواعد الفقه ية المشهورة كقاعدة " **درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**"، فهذا ما يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها، والحفاظ على صلات الرحم بين أفرادها، وهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث، حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في يد وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الإجتماعي والنظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال، وتوزيعها بين أكبر عدد ممكن ممن هو أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته.

وهذه الصورة من المضارة في الوصية، لا تكيّف على أنها تعسف، وذلك كون التعسف في استعمال الحق في تأسُّسِه يقوم على وجود حق يتم وصفه بكونه مُتَعَسَّفًا فيه، وفي الوصية لوارث فإن الحق منتفٍ، بل هناك تجاوزٌ واعتداءٌ، وذلك لبطلان الوصية من أصلها[1].

ثانيا: الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث.

متوقفة على إجازة الورثة، فإن هم أجازوها عُدَّ ذلك تبرعاً وتنازلاً منهم عن جزء من حقهم في الميراث، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة (185) التي تنص على أنه:((تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة)). غير أن هذه الصورة لا تَعْدُ ولا تُكيَّفُ على أنها تعسف من الموصى في استعمال حقه في الوصية لانتفاء وجه الحق، فالوصية بأكثر من الثُّلث المحَدَدِ شرعاً إنما هي من باب الخُروج عن حدود الحقِّ. وبالتالي فلا تدخل في نطاق نظرية التعسف أصلا[2]

(1) : فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص 107.

(2) : فتحي الدريني، المرجع نفسه، ص106.

ثالثا: الإيصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة.

وهذه الصورة هي عين التعسف، وذلك أنّ الموصي قد تَقَيَّدَ بالشُّروط الموضوعيّة للوصيّة ولم يخرج عن الحدود المشروعة لها، غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة، وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة، باعتبار ارتكابه لمحرم ثابت بصريح القرآن وصحيح السنة، وقد قال ابن عباس ﷺ:" الإضرار بالوصية من الكبائر"[1]، ومن ثم فهي باطلة إذا كان الدافع إلى إبرامها هو محض الإضرار بالورثة، لكونه استعمال للحق في غير ما شرع له، فيقول ابن القيم: " قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التّصرفات والعبادات، كما هي معتبرة في القُرُبَاتِ والعادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا...ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر. "[2].

وقد قال ﷻ: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ ﴾[3]. فإنما قدم الله الوصية على الميراث، إذا لم يقصد بها المُوصِي الضِّرار، فإن قصَده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها"[4].

ويقول الإمام القرطبي في تفسيره للآية:" ...إلاّ أنّ مشهور مذهب مالك وابن القاسم أن الموصي لا يعدُّ فعله مضارةً في ثلثه لأن ذلك حقه، فله التصرف فيه كيف يشاء، وفي المذهب قولٌ أنَّ ذلك مضارة فتُرَد"[5]، ولعل هذا الرأي مردُّه احترام إرادة الموصي في آخر حياته، وصعوبة إثبات قصده على اعتبار وفاة صاحب الوصية.

غير أنه وبالرجوع إلى قواعد المذهب المالكي، نجد أن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة

(1) : وهبة الزحيلي، التفسير المنير، ج4، المرجع السابق، ص 285.

(2) : إبن القيم، محمد بن الجوزية، إعلام الموقعين، المرجع السابق، ص 112.

(3) : سورة البقرة، الآية 12.

(4) : فتحي الدريني، المرجع السابق، ص111.

(5) : الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج5، دار الكتب المصرية، ط2، (د س ط)، ص89.

من أموالهم، وهناك رأي آخر للمالكية مفاده أنّ الزيادة صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة الورثة شريطة أن تكون الوصية لغير وارثٍ، أما إذا لم يكن للموصي من وارثٍ، فالزيادة عن الثلث باطلةٌ، وتؤول إلى الخزينة العامة [1]، والذي إعتدَّ بالباعث في التصرفات، وتوسع في الأخذ بمبدأ سد الذرائع ويرجح القول بإبطال الوصية إذا ما بُنيت وقُصد بها محض الإضرار بالورثة، وهذا ما يوضحه الشيخ علي الخفيف فيقول:((أن ابن القاسم نفسه يرى بأن الوصية للوارث إن قصد بها إضرار الورثة تُرَدُّ ولو أجازوها، فإذا قال المُوصِي إن لم يُجِز الورثة فذلك للمساكين))، فإن وصيته تبطل وترجع ميراثاً لأنه أوصى لبعض ورثته ثم جعلها للمساكين إن لم يجيزوا، فدلَّ ذلك على قصد الضرر بالورثة، وما قُصد به الضَّررُ لا يمضي، لقوله ﷻ في حق الموصي ﴿غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾، ولخبر ((**لاضرر ولا ضرار**))[2].

إذا فوصي ة الضرار يقصد بها في كل الأحوال الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة، ويصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله فيهذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فهنا يتضح قصد المضارة، وهذا الباعث مناف لمقاصد الشارع.

وكخلاصة لما سبق يمكن القول أنّ حقّ الوصية قد شُرع في حدود ثلث المال، كوسيلة من وسائل البر والثواب، غير أنها تبطل إذا ما ثبت تعسف الموصي، بأن قصد بها محض الإضرار بالورثة، أي إن كان قَصْدُ إلحاقِ الضّررِ هو الباعث الأساسي على إبرام الوصية.

رابعا: موقف القانون من التعسف في الوصية.

خصص المشرع الوصية ب(18 مادة) قانونية مبينا أحكامها وشروطها، وفيما يلي عرض موجز عن مضمون هذه الأحكام والشروط.

(1): العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994 ، ص253.
(2) : علي الخفيف مقتبس عن فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحّق، المرجع السابق، ص 111.

شروط تتعلق بالموصي ومنها شرط تمتعه بقواه العقلية وبلوغه سن 19 سنة(م 186 ق.أ)كما أجازة المادة (187) من نفس القانون الوصية للجنين متى ولد حيا، في حين أن المادة (188) حرمت قاتل الموصى من الوصية تطبيقا للشريعة الإسلامية متى كان القتل عمدا، واستثنت بذلك حالة الدفاع الشرعي.

ثم إن محل الوصية قد يكون عينا أو منفعة(م190) أما إثباتها فيخضع لأحكام المادة (191) من نفس القانون، ويكون بإحدى الطريقتين :إما بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وانما تثبت ويؤشر بها على هامش أصل الحكم في حال وجود مانع قاهر.

وقد أجاز القانون للموصي الرجوع في وصيته صراحة أو ضمنا (م 192) والوصية المعلقة على شرط لا تستحق إلا إذا تحقق الشرط متى كان الشرط صحيح .وبخلاف ذلك يبطل الشرط وتصح الوصية رغم اختلاف الدين(م200 ،199) وكذلك المواد(185)و (189).

هذا وقد كانت الوصية وما تزال محل اهتمام القانون والقضاء الجزائريين لما لها من أهمية بالنسبة للفرد والمجتمع، ولما قد ينجر عن ممارستها (حق الإيصاء) من أضرار تمس أقرب الناس إلى الموصي، لذا سعى القانون والقضاء إلى حماية هؤلاء بشتى الوسائل الممكنة، وللتذكير فقد عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة (184) من ق.أ ((الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع))، فقد اعتبر المشرع الوصية من التبرعات وقد بدأ بها في باب التبرعات .وتعريف المشرع لا يختلف كثيرا عن التعريفات الشرعية التي أوردناها سابقا، كذلك لا يختلف عن تعريف الفصل (171) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والذي عرف الوصية بأنها: ((تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواءا كان عينا أو منفعة))[1].

ويبدو من هذا التعريف أنه قد حدد طبيعة الشيء الموصى به، ومع أن المشرع الجزائري في المادة (184) من ق.أ لم يوض ح ذلك إلا أنه تدارك الموقف في المادة (190) من نفس

(1) : نقلا عن: حسين بن شيخ آت ملويا :المرجع السابق، ص710

الق انون والتي جاء فيها :((للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة))، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حدد طبيعة أو موضوع الوصية.

ومن خلال تعريف الوصية نستخلص أهم ميزة فيها أنها تصرف ينتج أثره بعد وفاة الموصي، وفي هذا السياق نجد أيضا تعريف القانون السوري للوصية في المادة (207) منه على أنها: ((تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت)). (2).

أما مدونة الأحوال الشخصية المغربية ومن خلال الفصل (173) عرفت الوص ية بأنها: ((عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته)) (3).

وهكذا يتضح لنا وإن اختلفت التشريعات العربية في تعريف الوصية بين من اعتبرها تصرفا ومن اعتبرها عقدا إلا أنها تشترك جميعها في أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

أما القضاء الجزائري فقد استقر في تعريفه للوصية على نفس التعريف الوارد في المادة (184) من القانون 05-02 من ق .أ حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة ال عليا في1984 ((من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع))، وبهذا يكون كل من قانون الأسرة والقضاء الجزائري قد استقرا على اعتبار الوصية تبرعا يلزم بموت الموصي.

الفرع لثالث: آليات منع التعسف في الوصية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة:

قيد المشرع الجزائري الوصية بقيدين يجعلان منها حقا محددا، أولهما ما جاءت به المادة 185 ق.أ.ج، والثاني ما نصت عليه المادة 189 من نفس القانون، وهذين القيدين هما:

01- صفة الموصى له:

تنص المادة 189 من ق.أ ج : ((**لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي**))، وبهذا تحظر الوصية لوارث ما لم يجز ذلك ورثة الموصي، لأن ذلك يدخل في باب المحاباة، أو تفضيل أحد أو بعض الأبناء على البعض الآخر، وهذا لا يجوز شرعا ولا قانونا، فالقانون الجزائري والقوانين العربية قد استمدت أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية.

فنجد الفصل (176) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية تنص على أنه: ((لا وصية لوارث)) كقاعدة عامة ونص الفصل (200) من نفس المدونة على الاستثناء حيث جاء في مضمونها لزوم الوصية لوارث إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي في مرضه المخوف المتصل بموته، أو إذا استأذنهم فيه فأذنوه، وتلزم الوصية بالإجازة أو الاستئذان لمن كان كامل الأهلية من الورثة، وكأن هذه المادة قد أشارت إلى ما يلحق بالوصية من تصرفات لاسيما في مرض الموت.

أما بالرجوع للقانون الجزائري وبالخصوص القانون المدني نجد المواد (776) و(777) والمادة (408) منه قد تضمنت بعض أحكام الوصية، ولعل ما تمّ تنظيمه في القانون المدني ليس وصية بالمعنى الشرعي إبتداءا، وإنما هو تنظيم لبعض التصرفات التي يلحقها المشرع بالوصية التي يكون الهدف منها الإضرار بالورثة.

وفي نفس السياق نجد القضاء الجزائري قد استقر على المبدأ الوارد في المادة (189) من ق .أ .ج حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا :((من المقرر شرعا وقانونا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث ... لأن الوصية لوارث غير مقبولة شرعا وقانونا، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه))[1].

(1) : إ.ج.ق، غ.أ.ش، ع.خ.س 2001، ص 292، ملف رقم 86039، صادر في 1992/11/24.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الذي يجيز الجمع بين الوصية والميراث للوارث وهو رأي الحنابلة والحنفية والشافعية، وربط ذلك بإجازة الورثة، وبهذا يكون قد حمى الورثة من أي تعسف قد ينتج عن ممارسة الوصي لحقه في الإيصاء[1].

02- القدر الذي تنفذ به الوصية.

تنص المادة (185) من ق .أ .ج على: ((تكون الوصية في حدود ثلث التركة، ومازاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة)) ، فهذه المادة قد بينت حدود مقدار الوصية شرعا، ولهذا إذا كانت بأكثر من الثلث فإنها تتوقف على إجازة الورثة ولا تنفذ إلا بعد هذه الإجازة، أما إذا كانت في حدود الثلث ولأجنبي فتنفذ دون حاجة لإجازة الو رثة، أما إذا كانت لوارث فهي تتوقف على إجازة الورثة كما سبق بيانه آنفا، وهذا ما جاء أيضا في المادة (238) من قانون الأحوال الشخصية السوري بنصها :

1- تنفذ الوصية لغير وارث بثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين من غير إجازة الورثة.

2- لا تنفذ للوارث ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان المجيز كامل الأهلية...)).

وعلى خلاف ذلك نجد القانون المصري في المادة (37) منه قد أجاز الوصية لوارث أو لغيره إذا كانت في حدود الثلث دون أن تتوقف على إجازة من الورثة إذا كانت الوصية لوارث بنصها: ((تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، وتنفذ من غير إجازة الورثة))

وعليه فإذا أوصى بأكثر من ثلث تركته فإن الوصية تكون صحيحة ولكنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة كما هو وارد في المادة (185) من ق .أ، ودون حاجة لإجازة الورثة إذا كانت

(1): أما بالنسة لحماية حقوق الورثة في تركة مورثهم من أي تصرف قد يصدر منه فإنه و باعتبار الميراث حق وطريقة من طرق اكتساب الملكية كان لابد على القانون الجزائري أن يحميه .ولا تقتصر الحماية على الفترة ما بعد موت المورث فقط، وإنما في فترة حياته أيضا، لما قد يجريه هذا الأخير من تصرفات تلحق ضر ا ر بعائلته، سواء بنية الإقتراب من الله أو بنية الإضرار بالورثة .وهنا يأتي دور القانون في بسط هذه الحماية ومنع التعسف في مثل هذه التصرفات.

للأجنبي، أما ما زاد عن الثلث، فإن أجازه الورثة نفذت الوصية وإذا لم يجزه بطلت وأما إذا أجاز بعض الورثة ما زاد عن الثلث ورفض البعض، صَحَت الوصية بالنسبة للزيادة في حق من أجازوها وبطلت الوصية في الزيادة في حق من امتنع عن الإجازة[1].

وقد استقر القضاء الجزائري بدوره على أن الوصية مقدارها الشرعي هو الثلث من التركة حيث جاء في إحدى قراراته : ((من المقرر قانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة)) [2] ، وبهذا يكون كل من قانون الأسرة والقضاء الجزائري قد استقر على المقدار الشرعي للوصية، لكن ماذا لو التزم الموصي بهاذين القيدين (وصية الأجنبي وفي حدود الثلث)، وكان قصده من الوصية الإضرار بالورثة أو الحصول على مصلحة غير مشروعة؟

لم يرد في ق .أ.ج نص خاص حول هذه الحالة مما يرجعنا إلى الفقه الإسلامي، ولقد ذهب الفقهاء الذين اعتدوا بالباعث في التصرفات والعقود إلى القول بإبطال الوصية إذا كان الدافع إلى إبرامها هو محض الإضرار بالورثة، وبالرجوع إلى المذهب المالكي والذي اعتد بالباعث في التصرفات أيضا وتوسع في الأخذ بمبدأ سد الذرائع يرجح القول بإبطال الوصية إذا ما قُصد منها الإضرار بالورثة.

وبهذا فإن المشرع الجزائري والقضاء قد سعيا إلى تنظيم الوصية بإحكام في أغلبها، حماية للورثة من أي تعسف قد ينتج عن ممارسة حق الإيصاء من خلال تحديد مقدارها وصفة الموصى له، كما نظم شروطها وقواعدها وبالتالي لم يتركها على إطلاقها وقيدها باعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية منعا من الإضرار بالورثة.

مع كل هذا لم يَرِد في قانون الأسرة الجزائري ما يتناول موضوع الإضرار بالوصية والتعسف فيها وذلك يفهم منه إحالة من المشرع على مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وإن

(1) : نقلا عن أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في ق.إ .ع.م، المرجع السابق،ص 465.

(2) : م.ع.غ.أ.ش. ملف رقم 40651، صادر في 1986/02/24، (غير منشور)، مشار إليه عند العربي بلحاج، ق أ ج مع تعديلات الأمر 05-02، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 567.

كان قد تناول مسألة تجاوز الوصية حدود الثلث في المادة 185 والإيصاء للوارث في المادة (189) ق أ ج، غير أن هذين النَّصين لا يتناولان المضارة في الوصية المتأسِّسَة على التعسف فيها، وذلك لكون تجاوز مقدار الثلث في الوصية والإيصاء للوارث، يعدان خروجا وتعديا عن الحق وليس تعسفا [1].

ومما يؤخذ على قانون الأسرة الجزائري هنا هو إغفاله لأثر التعسف في استعمال حق الوصية وعدم إفراده بنص صريح، عملا بما إعتد به في القانون المدني[2]، وإن كان النصّان السابقان قد تناولا موضوع الإضرار في الوصية، ولكنه ضررٌ ناشيءٌ عن التعسف فيها، وذلك لانتفاء الحق في حد ذاته كما ذكرنا، والتعسف لا يقوم إلا وجد الحق أصلاً.

أما بالنسبة لأحكام القضاء الجزائري فقد وجدت بعض الأحكام التي تؤيد ما ذكرناه سابقا في أحوال الوصية وضوابطها ومنها: القرار الصادر عن المحكمة العليا[3] والذي جاء فيه ((متى كان من المقرر شرعاً وقانوناً أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، ومن ثمَّ فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محله يستوجب رفضه. ولما كان من الثابت– في قضية الحال– أن المورث قد أوصى لمطلقته بثلث ما يملك، وأنه ثبت لقضاة الموضوع صحة الوصية، فإنَّ عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة، ومتى كان ذلك إستوجب رفض الطعن)) .

وهو ما أكدته في قرارها الصادر 1968/02/28 بقولها ((كما أن موافقة الورثة ليس شرطا لصحة الوصية لغير وارث إلاَّ فيما زاد على ثلث التركة، وأن الوصية تُرَدُّ إلى الثلث عند انعدام تلك الموافقة))·

(1) : العربي مجيدي؛ نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة؛ المرجع السابق، ص 277.

(2) : أفرد القانون المدني الجزائري ، موضوع الوصية بثلاث مواد هي: 775، 776 ،777.

(3) : المحكمة العليا، 1991/02/24، القرار رقم75598 ، المجلة القضائية، 1993، العدد 02 ، ص62.

أما بالنسبة لمسألة إثبات الوصايا التي أُبرمت في ظل أحكام القانون المدني القديم، فأكدت المحكمة العليا في قرار لها أنه: ((حيث أن الوصية المحررة بيد الموصي المؤرخة في 1960/03/25م، تدخل في نطاق القانون المدني الفرنسي الذي كان ساري التطبيق آنذاك، حيث أنه وحسب المادة 978 من هذا القانون فإن الوصية المحررة بيد الموصي تخضع لثلاث شكليات:

- أن تحرر كاملة
- أن تكون مؤرخة.
- موقعة من طرف الموصي.

وحيث أنه في دعوى الحال، فإن هذه الشروط الثلاثة متوافرة، فإن الوصية نافذة بآثارها))[1].

المطلب الثاني : التعسف في الهبة.

حرصت الشريعة الإسلامية الغراء ومن ورائها القوانين الوضعية التي حذت حذوها كقانون الأسرة الجزائري على إطلاق حرية الشخص في التصرف في أمواله كيف يشاء، ولمن شاء، مادام أن التصرف ينتج أثره القانوني حال حياته وليس لورثته المحتملين عليه في ذلك من سبيل حتى لو كان تصرفه تبرعا عن طريق الهبة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراته كمايلي: ((من المقرر شرعا أن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرمه من الإرث، هو تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي.))[2].

(1) : المحكمة العليا، 1990/05/19، القرار رقم 66151، مجلة قضائية، 1993، عدد03، ص211.

(2) : قرار رقم 47072 مِرخ في 1988/03/14، مجلة قضائية 1991، عدد01، ص 39.

فالهبة من العقود الناقلة للملكية الملزمة لجانب واحد إلا أن هناك استثناء حين تصبح ملزمة للطرفين وذلك عندما تكون بعوض، كما أن الهبة تحتاج إلى نظرة تخصصية من حيث فهم موضوعها سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية، فهي ذات أهمية بالغة في تقوية الروابط المبنية على أساس البر لق وله تعالى: ﴿ **لَن تَنَالُواْ ٱلْبِرَّ حَتَّىٰ تُنفِقُواْ مِمَّا تُحِبُّونَ** ﴿٩٢﴾ ﴾[1]، والرحمة والإحسان لقوله – صلى الله عليه وسلم – ((**جُبِلت النُفوسُ على**

1: سورة أل عمران الآية 92 ، ذكر الإمام القرطبي رحمه الله تعالى في تفسير هذه الآية:{**لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيم** فيه مسألتان: –

الأولى: –روى الأئمة واللفظ للنسائي عن أنس قال: لما نزلت هذه الآية: {**لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ**} قال أبو طلحة: إن ربنا ليسألنا من أموالنا فأشهدك يا رسول الله أني جعلت أرضي لله. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "اجعلها في قرابتك في حسان بن ثابت وأبي بن كعب" . وفي الموطأ "وكانت أحب أمواله إليه بئر حاء، وكانت مستقبلة المسجد، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخلها ويشرب من ماء فيها طيب". وذكر الحديث. ففي هذه الآية دليل على استعمال ظاهر الخطاب وعمومه؛ فإن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين لم يفهموا من فحوى الخطاب حين نزلت الآية غير ذلك. ألا ترى أبا طلحة حين سمع { **لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ** } الآية، لم يحتج أن يقف حتى يرد البيان الذي يريد الله أن ينفق منه عباده بآية أخرى أو سنة مبينة لذلك فإنهم يحبون أشياء كثيرة. وكذلك فعل زيد بن حارثة، عمد مما يحب إلى فرس يقال له "سَبَل" وقال: اللهم إنك تعلم أنه ليس لي مال أحب إلي من فرسي هذه؛ فجاء بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هذا في سبيل الله. فقال لأسامة بن زيد "اقبضه" . فكأن زيدا وجد من ذلك في نفسه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن الله قد قبلها منك" . ذكره أسد بن موسى. وأعتق ابن عمر نافعا مولاه، وكان أعطاه فيه عبدالله بن جعفر ألف دينار. قالت صفية بنت أبي عبيدة: أظنه تأول قول الله عز وجل: { **لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ** } وروى شبل عن أبي نجيح. وعن مجاهد قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري أن يبتاع له جارية من سبي جلولاء يوم فتح مدائن كسرى؛ فقال سعد بن أبي وقاص: فدعا بها عمر فأعجبته، فقال إن الله عز وجل يقول: { **لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ** } فأعتقها عمر رضي الله عنه. وروي عن الثوري أنه بلغه أن أم ولد الربيع بن خيثم قالت: كان إذا جاءه السائل يقول لي: يا فلانة أعطي السائل سكرا، فإن الربيع يحب السكر. قال سفيان: يتأول قوله جل وعز: {لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ} . وروي عن عمر بن عبدالعزيز أنه كان يشتري أعدالا من سكر ويتصدق بها. فقيل له: هلا تصدقت بقيمتها؟ فقال: لأن السكر أحب إلي فأردت أن أنفق مما أحب. وقال الحسن: إنكم لن تنالوا ما تحبون إلا بترك ما تشتهون، ولا تدركوا ما تأملون إلا بالصبر على ما تكرهون.

الثانية : – اختلفوا في تأويل "البر" فقيل الجنة؛ عن ابن مسعود وابن عباس وعطاء ومجاهد وعمرو بن ميمون والسدي. والتقدير لن تنالوا ثواب البر حتى تنفقوا مما تحبون. والنوال العطاء، من قولك نولته تنويلا أعطيته. ونالني من فلان معروف ينالني، أو وصل إلي. فالمعنى لن تصلوا إلى الجنة وتعطوها حتى تنفقوا مما تحبون. وقيل: البر العمل الصالح. وفي الحديث الصحيح: "**عليكم بالصدق فإنه يهدي إلى البر وإن البر يهدي إلى الجنة** ". وقد مضى في البقرة. قال عطية العوفي: يعني الطاعة. عطاء: لن تنالوا شرف الدين والتقوى حتى تتصدقوا وأنتم أصحاء أشحاء تأملون العيش وتخشون الفقر. وعن الحسن، "حتى تنفقوا" هي الزكاة المفروضة. مجاهد والكلبي: هي منسوخة، نسختها آية الزكاة. وقيل: المعنى

حب مَن أحسنَ إليها))[1] وتكريم الإنسان لأخيه الإنسان، خاصة وأننا نشهد في عصرنا الحالي تفكك الروابط الإنسانية وتشتتها، واتسام العلاقات بين الناس بالفتور.

كما أن لها أهمية بالغة في الحياة العلمية والقانونية فهي تصرف خطير، إذ يتطلب جرأة من الواهب للتنازل عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على وضعيته المالية بما قد يلحق ضررا بورثته كحرمانهم من الميراث جزئيا أو كليا ،كما أصبحت من أهم التصرفات القانونية الجاري العمل بها.

ولأن الحق في التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث من مال وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه، وهذا كذلك ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراته كمايلي: ((من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته،...))[2].

غير أن هذه الحرية كما سنرى تتقيد ببعض التصرفات التي تصدر عن الواهب في بعض الأحيان، خاصة عند ثبوت حق الورثة في ذلك المال، أو تبين قصد الإضرار بهم مما يوصف بالتعسف في استعمال حق الهبة. لهذا لن نتعرض في هذه الدراسة لكافة الجوانب المتعلقة بعقد الهبة بتوضيح أركانها وشروطها وكذا الأحكام المتعلقة بها، وإنما سنقتصر على جانب واحد من هذه الأحكام يمكن أن يظهر فيه التعسف جليا ويتعلق الأمر برجوع الواهب

حتى تنفقوا مما تحبون في سبيل الخير من صدقة أو غيرها من الطاعات، وهذا جامع. وروى النسائي عن صعصعة بن معاوية قال: لقيت أبا ذر قال: قلت: حدثني قال: نعم. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**ما من عبد مسلم ينفق من كل ماله زوجين في سبيل الله إلا استقبلته حجبة الجنة كلهم يدعوه إلى ما عنده**". قلت: وكيف ذلك؟ قال: إن كانت إبلا فبعيرين، وإن كانت بقرا فبقرتين. وقال أبو بكر الوراق: دلهم بهذه الآية على الفتوة. أي لن تنالوا بري بكم إلا ببركم بإخوانكم والإنفاق عليهم من أموالكم وجاهكم؛ فإذا فعلتم ذلك نالكم بري وعطفي.

نقلا عن: الجامع لأحكام القرآن، ، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي (المتوفى : 671هـ)، اتحقيق : هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة 2003م

(1) :.

(2) : قرار رقم24770 مؤرخ في 1982/04/14، مجلة قضائية 1989، عدد 04، ص 55.

في هبته، وتعسفه في استعمال هذ الحق، واعتصارها، وسنتناول هذا الموضوع ونبين تفصيلاته سواء في الفقه الإسلامي أو في قوانين بعض الدول العربية (وهي مصر وسوريا والأردن وتونس والجزائر والمغرب) وتبيين مختلف الأعذار القانونية التي قد تبيح الرجوع في الهبة، على أن نبين موانع هذا الرجوع سواء في الفقه الإسلامي أو في قوانين الدول السالف ذكرها منعا للتعسف وإبعادا لقصد المضارة التي يمكن تصور وقوعها من الواهب .

الفرع الأول: مفهوم الهبة، ودليل مشروعيتها.

الهبة والصدَقة والعطية والهدية، معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عِوَض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة، أما الصدقة والهدية متغايران، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية، ولا يأكل الصدقة، فمَن أَعطى شيئًا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدَقة، ومَن دفع إلى إنسان شيئًا، يتقرَّب به إليه محبَّة له، فهو هدية، وجميع ذلك مندوب إليه، لقوله صلى الله عليه وسلم: ((**تهادوا تحابُّوا**)) ، وقد قال تعالى: ﴿ **إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِيَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ ۚ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّـَٔاتِكُمْ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٧١﴾** ﴾[1]، وهو قول جماهير العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة، لإجماع الصحابة على ذلك دون مخالف، ولأن الهبة عقد تبرُّع فلا يَثبت الملك فيه بمُجرَّد القول كالوصيَّة، وذهَبَ المالكيَّة والظاهرية إلى القول بلزوم الهِبَة بمُجرَّد العقد، عملاً بعموم قوله صلى الله عليه وسلم: ((**العائد في هبته كالعائد في قَيئِه**))، ولأنه إزالة ملك بغير عِوَض، فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق؛ ولأنه عقد لازم يَنقُل الملك كالبَيع.

(1) : سورة البقرة .271.

أولا : تعريف الهبة.

01 – لغة: التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بم ينتفع به سواء كان مالا أو غيره، قال تع الى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَۚ﴾[1]،وقال تعالى: ﴿لِّلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُۚ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾﴾[2]. وقال تعالى: ﴿ وَإِنِّى خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِىَ مِن وَرَآءِى وَكَانَتِ ٱمْرَأَتِى عَاقِرًا فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ﴿٥﴾﴾[3]

إذا المقصود بالهبة لغة مطلق التبرع والتفضل سواء كان بمال أو بغيره.

02 –: إصطلاحا:

أ– من منظور الفقه الإسلامي.

- من أشهر تعاريف الهبة ما أورده الفقيه ابن عرفة بقوله :((الهبة لا لثواب، تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض)) ، فالهبة تمليك لذات بلا عوض، فإن كانت لوجه الله وثواب الآخرة فهي صدقة، وإن كانت لوجه القابض دون قصد ثواب الآخرة، فهي هبة.

ولزيادة التفصيل في أهم التعاريف الواردة عند فقهاء الشريعة الإسلامية فإننا نورد أقوال المذاهب كما يلي:

- عرفها الحنفية بقولهم: هي "تمليك العين بغير عوض" [4] أي أن كل شخص يملك عينا ملكا صحيحا يستطيع أن يهبها لغيره من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته.

---

(1) : سورة الأنعام، الآية 84.

(2) : سورة الشورى، الآية 49.

(3) : سورة مريم، الآية .5

(4) : حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003 ، ص 19 ، 20 ، 21

- أما المالكية فقد قسموا الهبة إلى هبة لغير ثواب وهبة الثواب، فالأولى هي:" تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه"[1]. أي أن الهبة تمنح من ذي أهلية خال من عيوب الإرادة يريد بها وجه الشخص ومرضاة الله. أما الثانية فقد عرفها الإمام ابن عرفة بقول هـ :" عطية قصد بها عوض مالي" وهذا النوع من الهبة يعد بيعا من البيوع لاشتمالها على العوض.

- أما الشافعية فعرفوها بقولهم: " هي: "تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعا" وقد زاد الفقه الشافعي كلمة "تطوعا" عن الفقه الحنفي وذلك لإخراج الواجبات كالزكاة والكفارات والنذور

- أما الهبة في المذهب الحنبلي: فقد عرفها ابن قدامى بأنها:" الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها"، وكذلك الهبة والصدقة والعطية متغايران، فإن النبي- صلى الله عليه وسلم- كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة: " هو عليها صدقة ولنا هدية" فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية وجميع ذلك مندوب إليه فإن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال: " **تهادوا تحابوا**"[2].

وقد امتاز هذا التعريف عن التعريفات السابقة بأنه أورد أن الهبة تقع في حياة كل من الواهب والموهوب له وبذلك قد ميزها عن الوصية.

(1) : حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص 23.

(2) : المغني للإمام موفق الدين بن قدامى للإمام شمس الدين بن أبي عمر بن قدامى المقدسي، ج6، دار الكتاب للنشر والتوزيع، بيروت، ب.ت، ص246

ب- من منظور بعض القوانين والتشريعات الوضعية.

- **في التشريع المغربي:** لم ينظم المشرع المغربي عقد الهبة إلا في من مدونة الحقوق العينية، حيث كانت أحكام هذا العقد تستقى من المذهب المالكي باعتباره المذهب الرسمي للبلاد.

وقد عرف المشرع الهبة في المادة 372 من مدونة الحقوق العينية بأنها " تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض" ، بينما عرف الصدقة في المادة392 من نفس المدونة بقوله " الصدقة تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى." في التشريع المصري: تناول المشرع المصري تعريف الهبة في المادة 486 من التقنين المدني المصري بقوله:((الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين))[1].

- **في التشريع اللبناني:** عرفت المادة 504 من قانون العقود والموجبات اللبناني الهبة كما يلي:((الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتبرع المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو بعضها بلا مقابل))[2] .

- **في التشريع الفرنسي:** عرفت المادة 894 من القانون المدني الفرنسي الهبة كمايلي:((الهبة تصرف يتخلى عنه الواهب حالا، وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها)).

- **أما المشرع الجزائري** فقد تناول موضوع الهبة في عشرة مواد(202-212)، وقد عرف الهبة بنص المادة 202 ق.أ.ج بقوله: ((الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط)).

---

(1) : التقنين المدني المصري الصادر بالقانون رقم 131، سنة 1948، منشور بمجلة الوقائع المصرية، العدد108 مكرر، صادر في : 1948/07/09.

(2): زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود "عقد الهبة"، ج8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ط.

وبتحليل هذا التعريف يمكن القول أن :

الهبة تمليك: تعني هذه العبارة أن الهبة وسيلة تمليك تنتقل بواسطتها ملكية المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، وعملية نقل الملكية ينتج عنها عنصران آخران وهما عنصر افتقار في جانب الواهب وعنصر اغتناء في جانب الموهوب له.[1]

حيث يتضح من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري في نص المادة (202) ق.أ، اعتبر الهبة من التصرفات وليست من العقود ولكن بالرجوع إلى نص المادة (206) ق.أ :((تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات.و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة))[2].

نجد أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول باعتبار أنه شرط لإنشائها وتكوينها وهذا ما يشترط في كل عقد من رضا ومحل وسبب ، مما يجعلها كسائر العقود تنطبق عليها القواعد العامة التي تنظم العقود.

كما أن تعريف الهبة الوارد في نص المادة202 ق.أ هو تعريف مأخوذ من الفقه المالكي.

---

(1) : عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000، ص106 .

(2) : إختلفت أغلب التشريعات في قضية تكييف الهبة هل هي تصرف أم عقد، ومثال ذلك التشريع السوري حيث ذهب المشرع السوري إلى تكييف الهبة على أنها عقد وهذا ما يستشف من نص المادة 454 ق.م.س، والتي نصها كمايلي:((الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض...))، وهو نفس ماذهب إليه المشرع المصري في نص المادة 482 ق.م.م.

أما المشرع اللبناني فقد كيفها على أنها تصرف حسب نص المادة 504ق.م.ع.ل، بقوله:((الهبة تصرف بين الأحياء)).

وهو نفس التكييف الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 894 ق.م.ف بقوله:((الهبة تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها.))

وهنا نلاحظ ان المشرع الفرنسي كان متعمدا لهذ التكييف واستعمال كلمة تصرف عوض عقد، لأنه أراد تسمية عملية إنشاء الهبة تصرفا ولم يرد تسميتها عقدا، بما لهذه التسمية من دلالة أشمل من معنى العقد.

كما يستفاد من نص المادتين206،202 ق،أ، أن الهبة عقد بين الأحياء وذلك أن الهبة عقد لابد أن يتوافق فيه الإيجاب والقبول وبالتالي يشمل التمليك في الحال أو المستقبل في حياة كل من الواهب والموهوب له.

إن الواهب ينقل كل ماله أو جزء منه بلا مقابل مما يترتب عليه افتقار الواهبو اغتناء الموهوب له.

تنص المادة(205) ق.أ: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير."، والملاحظ على هذه المادة أن الهبة تختلف عن باقي عقود التبرع الأخرى كالعارية والوديعة، كون الأولى تمليك عين أو منفعة أو حقوق شخصية أو عينية، والثانية تقتصر فقط على تمليك منفعة.

إن المشرع عندما عرف الهبة أغفل ذكر عبارة (حال الحياة)، أي حال حياة كل من الواهب والموهوب له، إذ أن هذه العبارة هي التي تميز الهبة عن الوصية .

ثانيا : حكم الهبة ودليل مشروعيتها.

تواترت الأدلة الشرعية على جواز الهبة، ويمكننا إيراد أهم الآيات والأحاديث الدالة على هذا الجواز كما يلي:

01- من الكتاب: دل على مشروعية الهبة ما ورد في القرآن الكريم، منه قوله تعالى: ﴿ **فإن طبن لَكُمْ عَنْ شَيء فَكُلُوه هَنيئًا مَريْئًا**﴾[1]، وقوله: ﴿ **وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَى حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَى وَٱلْيَتَمَى وَٱلْمَسَكِينَ وَٱبْنَ ٱلسَّبِيلِ وَٱلسَّآئِلِينَ وَفِى ٱلرِّقَابِ ... أُوْلَٰٓئِكَ ٱلَّذِينَ صَدَقُواْۖ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُتَّقُونَ ﴿١٧٧﴾...** ﴾[2] ، وقوله أيضا: (**وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن**

(1) : سورة النساء، الآية 04.

(2) : سورة البقرة، الآية177.

يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[1]، وقوله ﷻ: ﴿ إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ وَيُكَفِّرُ عَنكُم مِّن سَيِّـَٔاتِكُمْ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ... ﴾[2]

02- من السنة: ورد في السنة المطهرة أكثر من دليل على جواز الهبة: نخص منهم بالذكر ما روي عن عائشة- رضي الله عنها- قالت: " كان النبي- ﷺ -يقبل الهدية ويثب عنها" [3]

ما روي عن أبي هريرة- ﷺ- قال: " قال رسول الله- ﷺ - ((**تهادوا تحابوا**))[4] .

و عن عمر- ﷺ- قال: "حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه وظننت أنه يبيعه برخص، فسألت النبي- صلى الله عليه وسلم -فقال:((**لا تشتره ولا تعد في صدقتك وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في هبته كالعائد في قيئه**))[5].

ما روي عن علي- ﷺ- قال:" أهدى كسرى لرسول الله- ﷺ- فقبل منه وأهدى إليه قيصر فقبل وأهدى له الملوك فقبل منها."[6]

---

(1) : سورة الأحزاب، الآية50.

(2) : سورة البقرة، الآية271.

(3) : البخاري: صحيح البخاري، المرجع لسابق ،ج2 ، ص 175)، ومسلم: صحيح مسلم، المرجع السابق،ج2، ص 756)، وابن العربي: عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ج3 ، ص 157).

(4) : البيهقي: السنن الكبرى، المرجع السابق، ج 6 ، ص 169).

(5) : عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، تسيير العلام- شرح عمدة الأحكام- ، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، مكتبة نزار مصطفى ألبان- مكة المكرمة- الرياض، د.ت، ص540 .

(6) : نقلا عن: حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص29.

أما من الإجماع: لقد أقر الصحابة- رضوان الله عليهم- الهبة وعلى رأسهم ما روي عن الصديق- رضي الله عليه- أنه قال للسيدة عائشة- رضوان الله عليها- "إني نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه فإنه اليوم مال الوارث.، وما روي عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أنه قال:"من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها، إن لم يرض عنها"، وتبعهم في ذلك الفقهاء وجموع المسلمين في شتى العصور بأن أقروا جواز الهبة واستحبابها بمختلف أنواعها ما لم تكن حرام.

وعَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالتْ: كَانَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم يَقْبَلُ الهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا.

وعنها كذلك قالتْ: قُلتُ: يَا رَسُولَ الله، إنَّ لِي جَارَيْنِ، فَإِلَى أيِّهِمَا أهْدِي؟ قال :((**إِلَى أَقْرَبِهِمَا مِنْكِ باباً**)).

وَعَنْها كذلك رَضِي اللهُ عَنْهَا أنَّهَا قالتْ لِعُرْوَةَ: ابْنَ أخْتِي، إنْ كُنَّا لَنَنْظُرُ إِلَى الهِلالِ، ثُمَّ الهِلالِ، ثَلاثَةَ أهِلَّةٍ فِي شَهْرَيْنِ، وَمَا أوقِدَتْ فِي أبْيَاتِ رَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم نَارٌ. فَقُلتُ: يَا خَالَةُ، مَا كَانَ يُعِيشُكُمْ؟ قالتِ الأَسْوَدَانِ: التَّمْرُ وَالمَاءُ، إلا أنَّهُ قَدْ كَانَ لِرَسُولِ الله صلى الله عليه وسلم جِيرَانٌ مِنَ الأَنْصَارِ، كَانَتْ لَهُمْ مَنَائِحُ، وَكَانُوا يَمْنَحُونَ رَسُولَ صلى الله عليه وسلم مِنْ أَلبَانِهِمْ فَيَسْقِينَا.

وعَنْ أبِي هُرَيْرَةَ رَضيَ اللهُ عَنهُ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم قَالَ :((**يَا نِسَاءَ المُسْلِمَاتِ، لا تَحْقِرَنَّ جَارَةٌ لِجَارَتِهَا، وَلَوْ فِرْسِنَ شَاةٍ**)) .

ثالثا :الحكمة من تشريع الهبة ومقدارها.

تعتبر الهبة عقدا من عقود التبرع التي أباحتها الشريعة الإسلامية ورغبت فيها، لحكم متعددة تعود بالنفع على الأفراد والجماعات.

1- الحكمة من تشريع الهبة:

شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب، وتوثيق عرى المحبة بين الناس، خاصة إذا كانت على قريب، أو جار، أو ذي عداوة، فقد تحصل الخصومات، ويقع التنافر والتدابر، وتنقطع صلة الأرحام، فشرع الله الهبة والهدية لتصفية القلوب، وإزالة كل ما يسبب الفرقة بين الناس، ويطهر النفوس من رذيلة البخل والشح والطمع، وتحصيل الأجر والثواب لمن فعلها ابتغاء وجه الله تعالى.

كما أن الهبة عبادة من العبادات، وهي مستحبة؛ لما فيها من تأليف القلوب، وتحصيل الأجر والثواب، وحصول المحبة والمودة.

فكل هذه أدلة تدل على فضل الهبة وحكمها الشرعي المستحب.

02- مقومات الهبة ومقدارها .

أ - الهبة عقد ما بين الأحياء.

تنعقد الهبة بإيجاب وقبول كل من الواهب والموهوب له أي تطابق إرادتهما دون أن يشوبها عيب من عيوب الرضا وهذا طبقا لنص المادة(206) ق.أ، مما ينتج عنها انتقال ملكية العين الموهوبة في حياة كل منهما، ولا يجوز الرجوع في الهبة إلا في الحالة التي حددها المسرع وهي خاصة بحق الأبوين في الرجوع عن الهبة لولدهما وهذا طبقا لنص المادة(211) ق.أ: ((للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

- إذا كانت الهبة من أحل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته)).

وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، إذ الوصية تنعقد بإرادة الموصي المنفردة ويجوز له أن يرجع فيها ما دام حيا، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته، أما رضا الموصى له بالوصية بعد موت الموصي فليس قبولا لإيجاب من الموصي، بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقا بغير رضائه. وأخيرا فمادامت الهبة لا تنعقد إلا ما بين الأحياء، فإن أثر التصرف بها لا يمتد إلى ما بعد الموت كالهبة التي يعرفها القانون الروماني ولا يعرفها القانون الجزائري والمصري، فلا يجوز في هذين القانونين أن

يعقد الواهب هبة أو يرجئ في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته فلا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية التي يجوز له الرجوع فيها.

ب- الهبة تصرف في مال بلا عوض.

لأنها عقد من عقود التبرع بوجه عام إذ يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع وبدون عوض، غير أن الهبة تتميز عن عقود التبرع الأخرى كالعارية والوديعة كون الهبة تنقل ملكية الشيء الموهوب ساو كان عقارا أو منقولا كما يمكن أن تكون الهبة حق انتفاع أو حق استعمال أو حق ارتفاق وغير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كما قال الدكتور السنهوري:" أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو استعمال أو حق سكني أو حف حكر أو حق ارتفاق، أو غير ذلك من الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية.

أما عقود التبرع الأخرى كالعارية والوديعة والوكالة بدون أجر، والتبرع بأداء خدمة أو عمل آخر فالمتبرع يلتزم بأداء عمل أو الامتناع عن عمل.

وتشترك الهبة مع سائر التبرعات الأخرى في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض وفي أنها تقترن بنية التبرع، غير أنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل.

ولما كانت الهبة تصرف في المال فقد خرجت الكفالة العينية عن أن تكون هبة، وذلك أن الكفيل العيني، وإن كان يتصرف في ماله بأن ينقل عينا مملوكة له برهن ضمانا لدين شخص آخر، إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين وإذا نزعت ملكية العين المثقلة بالرهن وفاءا للدين، فإن الكفيل العيني له حق الرجوع على المدين بما وفاه من دينه وإذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعا، بحق الرهن الذي تنقل به العين، ويستفاد من نص المادة(202) ق.أ، أنه ((يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب

له القيام بالتزام...)) معين حتى تنتقل العين الموهوبة إلى حيازته، على أن يكون هذا الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب العامة سواء اشترط ذلك لمصلحة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو لفائدة شخص أجنبي أو للمصلحة العامة. كما يجب ألا تكون قيمة العوض أكبر من قيمة العين الموهوبة، فإن كانت أكثر لا يلتزم الموهوب له سوى بقيمة العين الموهوبة فقط.

كما أن المشرع الجزائري لم يورد نصوص تشريعية بل ترك الأمر لاجتهاد الفقهاء وفتح الباب على مصراعيه فبما يخص اشتراط الواهب العوض لمصلحته أو لمصلحة أجنبي.

ج- نية التبرع حتى تتحقق الهبة يجب أن يتوفر إلى جانب المقومات السالفة الذكر مقوم نية التبرع الذي يحتوي على عنصرين:

أ- العنصر المعنوي: وهو مسألة نفسية، والعبرة فيه بما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع، هل قصد الثواب أم قصد منفعة، فيكون ما قصده المتبرع من منفعة وراء تبرعه لا يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد، وإلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع.

ب- العنصر المادي: هو انتقال العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له دون مما ينتج عن ذلك افتقار من جانب الواهب واغتناء من جانب الموهوب له، والعنصر المادي هو أساس التنظيم القانوني للهبة، حيث أن الهبة لا تقوم إلا بانتقال الحق المالي مهما كانت طبيعته أو قيمته وبتخلف هذا العنصر تنتفي الهبة وبالنظر إلى ما سبق فإن التصرف لا يعد هبة في الحالات التالية :

- إذا كان الغرض من الهبة الوفاء بدين مدني أو طبيعي.
- إذا كان القصد من التصرف الحصول على منفعة أي كان نوعها مادية أو أدبية .

- إذا كان القصد من الهبة مجازاة الموهوب له، مثل أن يعطي شخص من يقوم بخدمته مبلغا من المال مكافأة له نظير خدمته وإخلاصه في العمل، فإن ذلك لا يعد هبة لانتفاء نية التبرع وغير ذلك من التصرفات التي يراد بها المجازاة مقابل خدمة ما .
- الأموال التي يتم صرفها كجزء من الأجر وفقا لما جرى به العرف والعمل.

04- الهبة عقد شكلي وعيني.

عقد الهبة مثله مثل العقود الأخرى لا يجب أن يتوفر فيه التراضي فقط بل يجب أن ينصب في قالب معين وهذا ما نصت عليه لمادة (206) ق.أ، وذلك بتحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق، وزيادة على ذلك بجب تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له أي انتقالها إلى حيازته، والشكلية أي الرسمية هي ركن أساسي في عقد الهبة المنصب على عقار.

أما في عقد الهبة المنصب على المنقول فهو يخضع لإجراءات خاصة إلى جانب الحيازة والرضا ولا يشترط فيه الشكلية، إذ أن الحيازة هي الركن الأساسي في هبة المنقول ولابد من توافرها.

مع العلم أن أن فقهاء الشريعة لا يتطلبون لانعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية وبناءا على ذلك يخالفون القوانين الحديثة، وذلك لا ينبغي أن يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع ما دامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك، لأن في تصرفاتهم خطرا كبيرا على مصالحهم ومصالح ورثتهم خاصة وأن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي متى وأين توجد المصلحة فثم شرع الله بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن ينظم الأعمال بطريقة تحفظ حقوق الناس وترعى مصالحهم[1]. ونظرا إلى أن تصرف الواهب خطير يتجرد به من ماله دون

(1) : عملا بالمصلحة المرسلة.

مقابل، وضار في نفس الوقت به وبورثته من بعده فقد فرض المشرع هذه الشكلية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف هل يمضي فيه أو ينثني عنه.

الفرع الثاني: صور التَّعسف في الهبة والأثر المترتب عن ذلك .

قد تقترن الهبة ببعض التصرفات التي تصدر عن الواهب يتحقق بها وصف التعسف، أو قصد المضارة بالورثة مما يعرضها لعدم الجواز شرعا، وعدم النفاذ القانوني. وفيما يلي بعض أشهر هذه الحالات .

أولا: الهبة في مرض الموت.

تناولت بعض التشريعات العربية هذه المسألة بنفس المعاني لكن بتعبيرات مختلفة، ولذلك نورد مثالين كما يلي:

01- في التشريع المصري.

إذا صدرت الهبة من الواهب وهو في مرض موته، فإن لهبته حكم الوصية وفقا للقواعد العامة الواردة في المادة(916) ق.م.م، وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يشمل على نص صريح في هذا المعنى هو نص الف قرة الثانية من المادة (660) من هذا المش روع وكانت تجري على الوجه الآتي: ((تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية))[1].

(1) : السنهوري، أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد الأول، ج4، دار النشر للجامعات المصرية، (د.ر.ط)،1960ص127.

02- في التشريع اللبناني.

تفرد المشرع اللبناني بحصر الهبة للطبيب المعالج في مرض الموت، بحيث تكون جائزة لهذا الأخير إذا كان من أقرباء المريض ، ولم يحدد تقنين الموجبات والعقود اللبناني درجة لقرابة تاركا هذا للسلطة التقديرية للقاضي[1].

03 - في التشريع الجزائري .

نصت المادة (204) من ق.أ.ج على أن : ((الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية)). ومرض الموت كما عرفه علماء الفقه الإسلامي هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروط ثلاث ليكون المرض مرض الموت.

- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.
- أن يغلب فيه الموت.
- أن ينتهي بالموت فعلا.

وقدد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة، فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأصحاء وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة، ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض[2].

ويستفاد من هذا أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض موته أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة، فإن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية، والهبة في مرض الموت إذا كانت من أجل المنفعة العامة لا رجوع فيها[1].

---

(1) : زهدي يكن، المرجع السابق، ص 145-146.

(2) : عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 323.

ومن القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، بقرار المحكمة العليا رقم 41111 الصادر في 1986/05/05(غير منشور): ((حيث من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضا وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد.

حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة مسألة قانون فإن حصول هذا المرض يجب إثباته، وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة الكتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسببوا قراراهم تسبيبا كافيا ولم يؤسسوه تأسيسا شرعيا، الأمر الذي يستوجب نقض القرار)).

وهناك قرار آخر في نفس السياق:((من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه.))[2]..

وعليه إذا مات الواهب قبل مدة السنة يعتبر تصرفه وصية وتطبق عليه أحكامها، وفي هذا الصدد لابد من التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: ((إذا لم تزد قيمة الشيء الموهوب على ثلث التركة))، وكانت الهبة موجهة لغير وارث، صحت الهبة، وبالتالي تصبح نافذة في حق الورثة.

---

(1) : نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإجراء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص115.

(2) : قرار رقم 33719 مؤرخ في 1984/09/07/ مجلة قضائية عدد 03، سنة 1989، ص 51.

الحالة الثانية: ((إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة))، فلا التصح إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوها وجب على الموهوب له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث، أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثيها.

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية، ومن ثم فإنها تحتاج إلى إجازة بقية الورثة تطبيقا لمقتضى نص المادة (198) من ق.أ.ج والتي جاء فيها: ((لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي)).

ثانيا: الرجوع في الهبة قصد الإضرار بالموهوب له.

سبق القول أن الهبة تعتبر عقدا تبرعيا مندوبا إليه لما له من آثار نفسية واجتماعية، فقد يرمي الشخص من خلال التصرف في ماله إلى فعل الخير ومد يد المساعدة للغير وذلك بهبة بعض أمواله، فيلتزم بإعطاء شيء سواء كان عقارا أو منقولا وينقل ملكيته للموهوب له دون عوض ، لكن المرء أحيانًا قد يرجع في هبته، وذلك راجع له مع كراهة ذلك، إلا أن الرجوع في الهبة قد تمنع منه موانع شرعية وقانونية.

ولتوضيح ماهية الرجوع في الهبة سنقسم هذه المسألة إلى فقرتين، نستعرض في أولاهما موقف الفقه الإسلامي من الرجوع في الهبة، ثم نتناول في فقرة ثانية كيفية تنظيم مسألة الرجوع في قوانين بعض الدول العربية والأعذار القانونية المبيحة لهذا الرجوع.

01- على ضوء الفقه الإسلامي.

لابد من الإشارة إلى أن مسألة الرجوع في الهبة هي مسألة خلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فالمذهب الحنفي يجيز الرجوع في الهبة إلا لمانع، أما المالكية والشافعية والحنابلة فلا يجيزون الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة هي هبة الوالد لولده، وهي ما يصطلح عليه المالكية ب " إعتصار الهبة"، أي أن الأب يأخذ ما وهب لولده قهرا، وتستند

هذه المذاهب الثلاثة إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم :((لا يحل للرجل العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي لولده))[1].

(1) : يرى أصحاب هذه المذاهب أن الأصل في الهِبَة اللزوم، إلا في هبة الوالد لولده، ويُنسَب هذا الرأي إلى المالكيَّة والشافعية والحنابلة والظاهرية وهو ما أورده ابن رشد في بداية المجتهد ج2 ،ص 332، والشربيني في مغني المحتاج ج2 ص 402، والشافعي في الأم ج4 ص 63، والشاشي القفال في حلية العلماء ج6 ص 54، وابن قدامة في الكافي ج2 ص469، وابن حزم في المحلى ج9 ص 127 وما بعدها، وابن جزي في القوانين القفهية ص: 241 وما بعدها، والنووي في المجموع ج15 ص 370.، واستدلُّوا على آرائهم هذه بما يلي:

أ – من الكتاب : قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... ﴾ الآية. وحيث أن وجه الاستدلال بالآية الكريمة يكون كما يلي:

الآية الكريمة أصل تشريعي عام، يُفيد بعمومه وجوب الوفاء بالعقود، وهذا يقتضي لزومها؛ لأن الوفاء أثر لذلك، وعقد الهِبَة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام.

– قال تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ** ﴾.و وجه الاستدلال بالآية الكريمة: أنها أصل تشريعي عام، يفيد بعمومه حرمة إبطال الأعمال، وهذا يسلتزم الرجوع في الأعمال؛ لأنه من وسائل إبطالها، والرجوع في الهبة يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام، والذي يَقضي بعمومه عدم جواز الرجوع في الهِبَة إلا بدليل شرعيٍّ خاصٍّ، كهِبَة الوالد لولده، والهِبَة بعِوَض؛ لورود أدلة خاصة بها، ويَبقى النص العام عاملاً فيما وراء الخاص؛ ليكون الأصل عدم جواز الرُّجوع، والرجوع استثناء بدليل شرعي خاصٍّ مُعتبَر.

ب – من السنة: عن ابن عباس أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: ((**مثل الذي يَرجِع في صدقته كمثلِ الكَلب يقيء ثم يعود في قيئه، فيأكله**))، وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((**العائد في هِبَته، كالعائد في قيئه**))وهذا الحديث رواه الأئمة: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ج7 ص 35)، والنووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ج6، ص 71، وابن العربي، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، ج8، ص 293.وجه الاستدلال بالحديث الشريف:

يفيد الحديث تَحريم الرجوع في الهِبَة؛ لأنَّ الرجوع في القيء حرام، فالمشبه به وهو الرجوع في الهبة حرام مثله. وهو منقول عن : الشوكاني، نَيل الأوطار ،ج6 ،ص 114.

– عن عمرو بن شعيب، حدثني طاووس عن ابن عمر وابن عباس، يَرفعان الحديث، قال: لا يحلُّ الرجل أن يعطي عطية، ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، مثل الذي يعطي العطية، ثم يرجع فيها، كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم عاد إلى قيئه".

قال الإمام الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، قال الشافعي: لا يحلُّ لمَن وهَبَ هِبةً أن يَرجع فيها، إلا الوالد، فله أن يرجع فيما أعطى ولده، واحتجَّ بهذا الحديث ابن العربي، نقلا عن: عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي ،ج8، ص294، وحيث وجه الاستدلال بالحَديث الشريف لأنه ينصُّ صراحة على حرمة الرجوع في الهبة، إلا فيما يهَبُ الوالد لولده.

ج – من المعقول، ويشتمل على ما يلي:

1 – الرجوع في الهبة، يؤدي إلى العداوة والبغضاء، وهذا لا يجوز شرعًا.

-رأي الأحناف.

يرى فقهاء هذا المذهب أنه يصح للواهب أن يرجع في هبته بعد أن يقبضها الموهوب له، ومن باب أولى له الرجوع قبل القبض، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وإن كان الرجوع في الهبة مكروها تحريما على الراجح أو تنزيها، وإذا أسقط الواهب حقه في الرجوع ثم رجع بعد ذلك صح رجوعه، لأن حقه في الرجوع لا يسقط بإسقاطه.

-رأي الشافعية.

يرى فقهاء هذا المذهب أنه متى تمت الهبة بالقبض بإذن الواهب أو تسليمه للشيء الموهوب، فإن الهبة تلزم ولا يصح الرجوع فيها إلا للأب وإن علا، فيصح للأب أن يرجع في هبته ومثله الجد وإن علا كذلك، وكذلك الأم والجدة وهكذا ، فللوالد أن يرجع في هبته على ولده سواء كان الولد ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا.

- رأي الحنابلة.

يرى فقهاء المذهب الحنبلي أنه يجوز للواهب الرجوع في هبته قبل القبض، لأن عقد الهبة لا يتم إلا بالقبض، وإذا باع الواهب الموهوب أو وهبه لآخر قبل القبض بطلت الهبة، لأن ذلك يعتبر رجوعا، أما بعد القبض، فإن الهبة تتم للموهوب له، فلا حق للواهب في الرجوع إلا إذا كان أبا فقط، فإذا فضل الأب أحد أبنائه بهبة، فإن له الرجوع فيها، ويجب الرجوع إذا وهب له من غير إذن الباقي، لأن التسوية بين الأبناء بحسب حقوقهم الشرعية واجبة على الأب والأم وغيرهما من

---

2 – الأصل في العقود اللزوم، وإنما لا تلزم بعارض أو خلل، ولم يُوجد عارض يمنع لزوم الهبة؛ لأنَّ المقصود من عقد الهِبَة، هو صِلَة الرحم والمحبة والثواب وإظهار الجود والسخاء، وهذه المَقاصد لا تتحقَّق إلا بلزوم الهِبَة، وتَنْتفي بالرجوع فيها وهذا ما ذكره الكاساني، في كتابه بدائع الصنائع،ج6 ،ص .210

3 – الرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليُتمِّم محاسن الأخلاق. ذكره ابن رشد، بداية المجتهد ،ص2 ،ص.333

4 – قياس الهبة للأجنبي على الهبة لذي رحم محرَّم؛ لأنَّ المقصد من الهبة في الأمرين واحد؛ ولا مسوِّغ للتَّفريق بينهما، ذكره ابن قدامة، المغني ،ج8 ،ص 277.

الأقارب، على أن الرجوع خاص بالأب المباشر فقط سواء أراد التسوية بين أولاده أو لا، فليس للأم ولا للجد ولا لغيرهما من الأقربين الرجوع في الهبة بعد تمامها بالقبض.

- **رأي المالكية:.**

يذهب فقهاء المذهب المالكي إلى القول إنه ليس للواهب حق الرجوع، لأن الهبة عقد لازم، لكن بعضهم يقول إنها تتم وتلزم بمجرد العقد فلا يشترط في إتمامها القبض، وهذا هو المشهور، وبعضهم يقول إنها لا تتم إلا بالقبض، فالقبض شرط في تمامها، فإن عدم لم تلزم وكان للواهب حق الرجوع، إلا الأب والأم فإن لهما حق الرجوع، فالأب له حق الرجوع في هبته لولده الحر سواء كان ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا بعد أن يقبضها الولد ويضع عليها يده وصيغة الرجوع أن يقول الأب : رجعت فيما وهبت أو أخذته منه أو اعتصرته (أي أخذته قهرا عنه) وبعضهم يقول لابد أن يقول اعتصرته، والأول أظهر لأن العامة لا تعرف لفظ اعتصرته.

والاعتصار هو أخذ الواهب الهبة من الموهوب له قهرا عنه بلا عوض، وحكمه عدم الجواز، غير أن الأب والأم يجوز لهما الاعتصار، فالأب يجوز له اعتصار الهبة من ولده قهرا عنه بلا عوض، مطلقا أي ذكرا كان أو أنثى، صغيرا أو كبيرا، فقيرا أو غنيا، سفيها أو رشيدا سواء حازها الولد أم لا.

كما أن الأم يجوز لها اعتصار الهبة من ولدها ، ومحل جواز اعتصارها بشرطين :

إذا وهبت لصغير ذي أب، ولم يتيتم حين إرادة الاعتصار، فإن تيتم فليس لها الاعتصار منه، لأن يتمه مفوت للاعتصار على المذهب خلافا للخمي .

وأما الكبير البالغ فلها الاعتصار منه مطلقا، كان ذا أب أم لا، لأنه لا يلحقه يتم بفقد أبيه.

فالأم إذن لها اعتصار ما وهبته لولدها غير اليتيم لا من تيتم ولو بعد الهبة، ووجه فوات اعتصار الأم باليتم أن الهبة لليتيم تكون عادة للإشفاق عليه وخوف ضياعه، وهذا معناه الصلة

والقربة التي يراد بها وجه الله تعالى، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة، والصدقة لا يجوز اعتصارها .

وهكذا يتبين لنا من خلال ما تقدم، أن الفقه الإسلامي منقسم بصدد مسألة مدى جواز الرجوع في الهبة إلى رأيين : والأول يمثله الأحناف الذين يرون أن من حق الواهب أن يرجع في هبته بعد أن يقبضها الموهوب له، ومن باب أولى له الرجوع قبل القبض، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وإن كان الرجوع في الهبة مكروها تحريما على الراجح أو تنزيها.

بينما يرى الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) عدم جواز رجوع الواهب في هبته خصوصا بعد قبضها من الموهوب له[1].

02- على ضوء القانون .

أما من الناحية القانونية فإن الرجوع في الهبة ينصرف إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد بسبب من الأسباب المحددة قانونا وبشرط عدم وجود مانع من الموانع القانونية للرجوع فالرجوع في الهبة هو حق للواهب يستطيع لموجبه أن يسترد هبته من الموهوب له إذا توفر له

(1): وقد استدل الجمهور بعدة أدلة منها: قوله عليه الصلاة والسلام " **العائد في هبته كالعائد في قيئه**" ، وفي لفظ " كالكلب يعود في قيئه" ، وفي- رواية " ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه". والرجوع في القيء حرام وكذلك الرجوع في الهبة . وقوله عليه الصلاة والسلام " **ليس لأحد أن يعطي عطيته فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ".**

أما الأحناف فقد استدلوا بالأدلة الآتية: قوله عليه الصلاة والسلام " **الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها**" ، فالنبي عليه الصلاة والسلام جعل الواهب أحق بهبته ما لم يصل إليه عوض منها.

2إجماع الصحابة على ذلك، فقد روي عن عمر وعلي وعبد الله بن عمر وأبي الدرداء وغيرهم أنهم قالوا- بمثل هذا القول، ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعًا.

3ولأن العوض المالي قد يكون المقصود منه الهبة للأجانب، فإذا لم يحصل هذا المقصود جاز الرجوع،- لأن فوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع، لأنه يعدم الرضا، والرضا في الهبة كما هو شرط صحة فهو شرط لزوم كما في البيع، فإذا وجد المشتري بالمبيع عيبًا لم يلزمه العقد لعدم حصول المقصود.

والجمهور قالوا إن الهبة بعد القبض لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا فيما يهبه الوالد لولده، إذ يجوز له الرجوع فيها، إلا إذا وجد مانع يمنع من الرجوع.

عذر يبرره، ولم يكن هناك مانع من موانع الرجوع . فما موقف التشريعات العربية من الرجوع في الهبة؟ وما هي الأعذار القانونية التي تبرر الرجوع؟ .

وعليه يجوز للواهب الرجوع في الهبة إما بالتراضي مع الموهوب له، وإما بالتقاضي دون رضاء الموهوب له، ولعلنا نركز في هذه المسألة على الحالة الثانية بافتراض أن تعسف الواهب في استعمال حق الرجوع فيما وهب قد يظهر جليا أكثر من الصورة الأولى .

أ- حالة الرجوع في الهبة بالتقاضي.

وهنا إذا لم يتم اتفاق بين أحد الأبوين(بصفته واهبا)، والولد الموهوب له على الرجوع في الهبة فإنه لا يكون للواهب من سبيل إلا اللجوء إلى القضاء لممارسة حق الرجوع في الهبة التي قد كان منحها لأحد أولاده بالشروط الواردة في المادة (211) ق.أ.ج والتي جاء فيها:((للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الأحوال التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته)).

ومع تحقيق النظر في هذا النص، يمكننا إستخلاص ما يلي:

* الرجوع في الهبة أمر إستثنائي لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، فإن توسع الواهب في استعمال هذا الحق الإستثنائي فنكون هنا أمام حالة تعسف وقصد الإضرار بالموهوب له.

* حق الرجوع مخول للوالدين دون سواهما، فإن طالب به غيرهما فهو عين التعسف الممنوع شرعا وقانونا

* لم يشترط القانون سنا معينا للأبناء، كما أنه لم يحدد مهلة معينة، فإن خالف الواهب هذين المحترزين كأن حدد مهلة زمنية لإرجاع ما وهب فلا يفهممنه سوى قصد الإضرار بالموهوب له، وهو محض التعسف.

* الرجوع في الهبة يشمل العقارات ويمتد كذلك للمنقولات.

* الهدف من وضع المشرع لهذا الإستثناء هوحماية الوالدين، وتوفير ضمانات خاصة لهما، من بعض الأضرار التي قد تلحق بهما جراء تبذير أو تبديد أموالهم من طرف الأولاد، أو نظرا لتغير بعض الظروف التي تمت فيها هذه الهبة، أو ما يطرأ من مستجدات بعد إبرام هذا العقد، وهو ما قد يستعمله الأولاد كحجة لإخفاء تعسفهم في عدم إرجاع الهبة، قاصدين في ذلك إحداث أضرار للوالدين لحاجة مكنونة في نفس الموهوب له.

* وهناك حالات يمنع فيها الواهب من الرجوع في الهبة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها: ((إن الرجوع في الهبة يشمل الإبن وإبن الإبن التابع لأبيه والذي لم يكن مقصودا بذاته مالم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة(211) من قانون الأسرة.))[1].

وبالنظر في بعض القوانين المقارنة في هذه المسألة فإننا نجد كلا من القانون الإماراتي والأردني والمصري والسوري قد تطرق إليها بنوع من التفصيل كما يلي:

ففي القانون المدني المصري والسوري : يحق للواهب في ظل هذين القانونين أن يرجع في هبته إما رضاء أو قضاء متى كان يتوفر على عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع، وفي هذا الصدد نصت المادة (220) من القانون المدني المصري والمادة (864) من القانون المدني السوري بنفس الصياغة على ما يلي:

– يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك .

1: قرار رقم 252350 مؤرخ في 2001/2/21، مجلة قضائية، 2002، عدد01، ص 308.

– فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع.

أما الأعذار التي خول كلا المشرعين للواهب التمسك بها للرجوع في الهبة فتتمثل حسب ما جاء في المادة(501) من القانون المدني المصري والمادة(469) من القانون المدني السوري فيما يلي

– أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد من أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.

– أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

– أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي.

أما في القانون المدني الأردني: فتن ص الم ادة(576) من القانون الم دني الأردن ي على أنه ((للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له. وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع)).

كما تنص المادة(577) من هذا القانون على أنه ((يعتبر سببا مقبولا لفسخ الهبة والرجوع فيها

-أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

-أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا حتى تاريخ الرجوع أو أن يكون له ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا هو حي.

-إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه)).

وأضافت المادة(574) أنه ((إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا أو قصدا بلا وجه حق كان لورثته حق إبطال الهبة.))

ومن خلال استقراء المواد التي عنيت بمسألة الرجوع في الهبة في كل من القانون المدني المصري والسوري والأردني، يمكن القول، إن هذه القوانين تبنت موقف المذهب الحنفي بإعطاء الواهب حق الرجوع في هبته، وإن كانت قد قيدت هذا الحق بضرورة استناده إلى أعذار قانونية تتمثل أساسا في افتقار الواهب وإعساره وعجزه عن توفير أسباب معيشية لنفسه تتفق مع مكانته الاجتماعية، وعدم قدرته على الوفاء بالتزاماته القانونية بالنفقة على الغير، إضافة إلى إخلال الموهوب له بواجبه نحو الواهب أو أقاربه بما يمثل جحودا كبيرا من جانبه، وإن كانت هذه التشريعات لم تبين المقصود بالجحود، غير أن الفقه توسع في الحالات التي يمكن اعتبارها من قبيل الجحود مثل الإساءة إلى أقارب الواهب أو القذف أو الاعتداء على العرض، ولا يشترط أن تكون الإساءة جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، ولا بد أن تصدر عن الموهوب له عن قصد، فلو أنه تسبب في قتل أو جرح الواهب أو أحد أقاربه خطأ لا عمدا فلا يكون عمله ذلك جحودا.

ويجب أن يكون الجحود كبيرا، وهذه مسألة متروكة لتقدير محكمة الموضوع التي تكيّف الفعل الصادر عن الموهوب له بما إن كان يمثل إساءة جسيمة أم لا، مما يبرر الحكم بفسخ الهبة من عدمه.

من جهة أخرى، نصت هذه القوانين على جواز الرجوع في الهبة للواهب الذي يرزق بعد الهبة بولد يظل حيا إلى وقت الرجوع، وكذلك الحال بالنسبة للواهب الذي يكون له ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا هو حي، والذي يستفاد من هذا العذر أنه كثيرا ما يقدم الواهب على هبة ماله في الحالة التي لا يكون له فيها ولد عند إبرام عقد الهبة، وذلك ظنا منه بأنه لن يكون له ابن يرثه ويترك له المال الموهوب، فإذا ما رزق بولد قام برفع دعوى الرجوع في الهبة فإنه يحكم له بالفسخ

طالما أن الولد له أولوية الانتفاع بالمال الموهوب، إلا أنه لا يمكن فسخ الهبة إلا إذا توفرت شروط وهي :أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة، وأن يظل الولد حيا إلى وقت الرجوع، أو أن يكون له ولد يظنه ميتا وقت الهبة ثم يتبين أنه حي.

وقد أضاف المشرع الأردني إلى قائمة الأعذار القانونية التي تبيح للواهب الرجوع في هبته إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر، وهو ما لم يشر إليه المشرع المصري وكذا السوري، والواقع أن في إعمال مقتضيات نظرية العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ما يغني عن التنصيص على مثل هذا الشرط.

غير أن ما يميز القانون المدني الأردني أنه نص صراحة على أن قتل الموهوب له للواهب عمدا بدون وجه حق يعد سببا يخول لورثة الواهب حق المطالبة بإبطال الهبة، وهو توجه حري بالتأييد، مادام أنه ليس هناك جحود ونكران للجميل أكبر من إقدام الموهوب له على وضع حد لحياة الواهب ظلما وعدوانا ومقابلة إحسانه وتفضله عليه بإزهاق روحه، وربما يعود عدم تنصيص المشرعين المصري والسوري على هذه المسألة إلى أنها تدخل ضمنيا في إطار إخلال الموهوب له بواجبه نحو الواهب بما يمثل جحودا كبيرا من جانبه .

أما في التشريع الإماراتي: فقد نصت المواد (646-653) قانون المعاملات الإماراتي،[1] على أحكام الرجوع في الهبة، وهي مستمدَّة من مذهب الحنفيَّة، غير أنَّ المشرع الإماراتي أضاف أحكام الرجوع في الهِبَة بين الوالد وولده، وهذه الأحكام مستمَدَّة من فقه المالكية، وفيما يلي بيانها.

المادة (652): ((يجوز للأب أن يَسترجِعَ مِن ولده ما وهبه، ويجوز للأم أيضًا أن تَسترجع من ولدها ما وهبته، إذا لم يكن يتيمًا فإن كان يتيمًا، فلا يجوز لها أن تسترجع منه، ولو طرأ اليتم بعد الهبة)) ، هذه المادة تفرَّد بها قانون المعاملات الإماراتي، وهي مُستمدَّة مِن مذهب المالكية والذي ينصُّ على عدم جواز الرجوع في الهبة إلا فيما يهَبُه الوالد لولده، وكما جاءت

(1) : وكذلك المواد (576 – 581) من القانون المدني الأردني.

بذلك السنَّة وهذا الاستثناء قاصر على الأب ولا يشمَل الجدَّ؛ لأن رجوع الأب فيما يهب لولده ليس رجوعًا حقيقةً، لأنَّ الولد امتداد أبيه، وهو ومالُه لأبيه، والأب ليس متَّهمًا في رجوعه، لأنه يَقصد بذلك إصلاح ولده وتربيته، وأُعطي هذا الحق للأم قياسًا على الأب، أو لشمول النصوص الواردة في السنَّة، والتي أشرنا إليها سابقًا، لأنَّ ذِكرَ الأب جاء على سبيل التغليب، واعتبر القانون والفقه المالكي يُتْم الولد مانعًا من موانع رجوع الأم فيما تهَبُ لولدها.

كما أورد المشرع الإماراتي المادة (653) لتنصَّ على موانع الرجوع فيما وهَبه كلٌّ مِن الأبوين لولده، وهي:

أ – إذا تغيَّر ذات المال الموهوب، أو تصرَّف فيه الموهوب له تصرُّفًا يُخرجه عن مُلكه.

ب – إذا حدث تعامل مالي مع الموهوب له بسبب الهِبَة، وكان مِن شأن الرجوع في الهبة الإضرار بالموهوب له أو بالغير.

جـ – إذا حدث للموهوب له أو للواهب مرض مخوف بعد الهِبة إلا أن يزول مرضه، فيعود لكل من الأبوين حقه في استرجاع ما وهبه لولده.[1]

كما أن الرجوع في الهِبَة أو ارتجاع الواهب أو المعطي عطيته أو هبته دون عِوَض، برضا الموهوب له، أو رغمًا عنه، وسواء كان الرجوع عن الهبة رضاءً أو قضاءً فإنه يعتبر إبطالاً لأثر العَقدِ، ولا يردُّ الموهوب له الثمار إلا مِن تاريخ الرجوع رضاءً، أو من تاريخ الحكْم، وله أن يستردَّ النفقات الضرورية، أما النفقات الأخرى، فلا يستردُّ منها إلا ما زاد في قيمة المال الموهوب، وإذا استعاد الواهب المال الموهوب بغير رضاء أو قضاء، كان مسؤولاً عن هلاكه مهما كان سببه، وإذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك المال في يد الموهوب

(1) : قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987 ص 145 وما بعدها، والمذكِّرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج2 ص 529) وما بعدها.

له، بعد إعذاره أو إخطاره بضرورة التسليم، فإن الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك، مهما كان سببه[1].

أما في التشريع المغاربي:(التونسي والجزائري والمغربي).

فنجد مجلة الأحوال الشخصية التونسية ينص الفصل(210) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه ((يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد مانع من الموانع الواردة بالفصل353 .

– إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً منه

– إذا أصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.

– أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حيا إلى وقت الرجوع.

وينص الفصل(211) على أن " حق القيام بطلب الرجوع في الهبة بسبب الجحود يسقط بمضي عام من يوم حصوله أو من اليوم الذي من شأنه أن يحصل فيه العلم للواهب بالجحود وعلى كل حال يسقط حق القيام بعد انقضاء عشرة أعوام من يوم حصوله، ولا ينتقل الحق إلى ورثة الواهب إلا إذا سبق منه القيام بدعوى الرجوع أو إذا توفى قبل مرور عام على حصول الجحود))

ويتضح من هذين الفصلين أن المشرع التونسي يستند تقريبا إلى نفس الأعذار القانونية التي تأخذ بها تشريعات كل من مصر وسوريا والأردن، مع ملاحظة أن المشرع التونسي قصر إخلال الموهوب له بواجبه تجاه الواهب فقط، ولم يتجاوزه إلى أقارب هذا الأخير، كما أنه لم ينص على الحالة التي يكون فيها للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة ثم يتبين أنه حي.

(1) : قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، المرجع نفسه، (مادة 650، 651) (ص: 146، 147)، وهذا هو رأي الحنفية، وبه أخذ القانون المدني الأردني والإماراتي، وخالف القانون بذلك رأي جماهير العلماء، والذي يَرى عدم جواز الرجوع في الهِبة، إلا في حالات خاصَّة، استِثناءً، وهم المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.

ولكن في قانون الأسرة الجزائري :تنص المادة(211) منق.أ.ج، على أن ((للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية...)) فالمشرع الجزائري ومن خلال هذه المادة بقي متشبتا بأحكام الفقه المالكي التي تقصر حق الرجوع في الهبة على الأبوين وحدهما ما لم يكن هناك مانع يمنعهما من الرجوع.

كما تنص المادة (212) ق. أ .ج صراحة على عدم الرجوع مطلقا إذا كانت الهبة لمصلحة عامة، وعليه يمكننا القول أن نية المشرع قد انصرفت إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقا وهو ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا التالي: ((للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوهوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة (211) من قانون الأسرة،مما يعرض قرارهم للنقض.))[1].

ولعل السبب في إدراج المشرع الجزائري للإستثناء الوارد بحق الأولاد الذي يخول الأبوين الرجوع فيما وهباه لأولادهم هو حمايتهما وتوفير أكبر قدر ممكن من الضمانات لهما من ضرر الإسراف الذي قد يمارسه الموهوب له على المال الموهوب، أو ما قد يصدر من الولد من تعسف في استعمال حقه بالتصرف في الشيء الموهوب، إما مجاوزة لحدود الحق، أو قصد المضارة بالغير وهو التعسف الممنوع شرعا وقانونا.

ومما يلاحظ أن القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد في أحكامه الصادرة بخصوص مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم حيث اعتبر في بعض أحكامه أن الجد والجدة يأخذان حكم الأب والأم، وثم يجوز لهما الرجوع في هبتهما لأحفادهما اعتمادا على نص المادة (211) ق.أ.ج، المذكور سلفا وهذا ما نص عليه قرار المحكمة العليا التالي: ((إن الرجوع في الهبة الإبنوابن الإبن التابع لأبيه ما لم يحصل أي مانع من الموانع

(1) : المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، ملف رقم 328682، الصادر بتاريخ 2006/02/15، م ب م م ع،ع ص 237.

المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة حيث أن رجوع المطعون ضدها في الهبة بشأن ابنها (س)، يشمل هذا الرجوع أيضا حفيدها (عادل)"[1]باعتباره تابعا لأبيه (س)، ولو لم يكم مقصودا بذاته فيأخذ حكم أبيه، وعليه فهذا الفرع غير مؤسس...

ثم سرعان ما ينتهج المشرع الجزائري منهجا آخرا في بعض الأحكام الأخرى، وهو معاكس للأول تماما حيث اعتبر أن الرجوع في الهبة هو مقرر للأبوين فقط، الأب والأم وليس سواهما، وهذا ما ورد في القرار التالي:" ... وحيث تنص المادة 211 من قانون الأسرة على أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا فيحالات ثلاث ذكرت على سبيل الحصر، حيث أن ما يُفهم من هذا هو أن الأبوين هما فقط الأب والأم، وحيث أن الواهبة في الدعوى الحالية هي الجدة التي وهبت لحفدتها عقارا ذو طابع سكني محررا بعقد رسمي بتاريخ 1998/09/29، ثم حررت عقدا رسميا بتاريخ 2002/02/17 بالعدول عن الهبة هذه، وهو العقد موضوع الدعوى التي انتهت بالقرار المطعون فيه، حيث أن المجلس فسر القانون تفسيرا خاطئا، بل اجتهد في تفسيره مع أنه واضح لا يحتاج إلى اجتهاد، ذلك أنه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، فحق الهبة منحه القانون للأبوين فقط، وحيث أن القرار المطعون فيه قد خرق القانون فعلا وهو يستحق النقض والإبطال..."[2].

وأمام هذ الإختلاف وتمشيا مع المذهب المالكي فإنه يمكن اعتبار ما استقر عليه القضاء مؤخرا بأن الرجوع في الهبة هو حق للأبوين فقط الأب والأم، وحسب ما يفهم من نص المادة (211) صراحة دون تأويل ولا تفسير، وأن لفظ الأبوين يشمل الأب والأم فقط

(1): المحكمة العليا،غ. الأسرة، ملف رقم 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21، م ب م ق،ع، سنة 2002، ص308.

(2) : المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، ملف رقم 357544، مجلة المحكمة العليا، عدد01، سنة 2007، ص257-278.

دون سائر الأصول وعليه فلا يمكن اعتبار الدين أبوين، ومن ثم فلا يجوز لهما الرجوع في هبتهما لأحفادهما[1].

أما من جهة أخرى فقد كرس المشرع الجزائري عدم الرجوع في الهبة إذا للمنفعة العامة وذلك في المادة (212) بنصها: ((الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها))، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا التالي: ((ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة أرض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن لم تشغل لما وهبت لأجله، لأن الهبة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكا للبلدية))[2].

لكن مما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة (212) ق.أ.ج لا يحول دون طلب فسخ الهبة وذلك إلى القضاء في حالة اشتراط الواهب على الموهوب له القيام بعمل يهدف إلى تحقيق منفعة عامة، فإذا لم ينفذ هذا الشرط نكون أمام هبة بعوض قبلة للفسخ بسبب عدم تنفيذ الموهوب له هذا العوض المشروط في الهبة، ثم أن تقدير الفسخ من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي حسب القواعد العامة، ولا معقب لحكمه من قبل المحكمة العليا.

ومنعا للتعسف الذي يمكن وقوعه من الواهب ولوكان أبا أو أما، فإن المشرع الجزائري قد أحاط هذه المسألة بحماية قانونية دقيقة يمكن أن نصطلح عليها (موانع الرجوع في الهبة)، وهي ما أشرنا إليه سابقا مختصرا، ونتطرق إليه الآن بنوع من التفصيل والتبيين كما يلي.

سبق القول أن المادة (211) ق.أ.ج قد نصت على حق الرجوع في الهبة للأبوين الذين وهبا لولدهما هبة مهما كان سنه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها التالي: ((

(1): يمكن اعتبار كذلك هذا نوع من التعسف يمارسه المشرع الجزائري على الجدين في منعهما من حق الرجوع في هبتهما لأحفادهما ، وتناقض يقع فيه المشرع مرة أخرى حيث يعتبر الجدين أبوين في أحكام الميرات حيث ينزل الجد منزلة الأب عند انعدام الأب، ويمنع هذا الوصف في الهبة ؟؟

(2): المحكمة العليا، غ.ش.أ، ملف رقم 116191، الصادر بتاريخ1997/01/19، منضور بالنشرة القضائية، عدد 56، ص74.

... وحيث أنه لما كان ذلك فإن الأساس القانوني الذي اعتمدته الجهة المستأنفة يكون غير كاف لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث الذي كرس نهائيا حق الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي، ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة (211) من قانون الأسرة التي تضمنت أحكاما عامة دونما تحديد للإجراء الواجب اتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، ومن هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب، ومن جديد برفض الدعوى اعتمادا على أن رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية فهم بذلك قد أساؤوا فهم المادة (211) من قانون الأسرة، وأخطأوا بالتالي في تطبيقها معرضين بذلك قرارهم للنقض والإبطال))[1].

ثم تدخل المشرع الجزائري مانعا أي مظهر لتعسف الواهب في استعمال حق الرجوع في ما وهبه ولو لولده، وحصر الحالات التي يمكن فيها الرجوع في الهبة وهي:

– الحالة الأولى: إذا وهب الأب لولده هبة قصد زواجه بها، فهنا ليس للأب حق في الرجوع على ولده الموهوب له، حتى ولو لم يتزوج بها في الوقت المطلوب.

– الحالة الثانية: إذا وهب الأب هبة لولده بقصد ضمان قرض أو قضاء دين، فلا رجوع له في هبته مادام ولو لم يسدد بها الدين ، حيث أصبح المال الموهوب ضامنا للدين، والواهب الكفيل هو الضامن.

– الحالة الثالثة: تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو ضياع ، أو أدخل عليه ماليس من طبيعته، فكل هذا يمنع الواهب من استعمال حق الرجوع فيما وهب وكذلك إذا أدخل الموهوب له تعديلات على الشيء الموهوب مما غير ملامحه كأن أصبحت أرضا مشجرة، او صرف عليها اموالا طائلة فأحياها بعد موات، فكل هذا يمنع الواهب من

(1): المحكمة العليا، ملف رقم 444499، قرار بتاريخ 2009/02/29، م. م.ع العدد 01 ، سنة 2009، ص 107–113.

استعمال حق الرجوع على الموهوب له، ومما يجب الإشارة إليه هنا ان المشرع لم يذكر كل الحالات الواردة في الفقه المالكي باعتباره المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري، مما يفهم منه أن الحالات المذكورة كموانع حق الرجوع في الهبة أتت على سبيل المثال فقط وليس الحصر، وعليه فلا مانع من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة إعمالا لمادة الإحالة (222) ق أ ج ، وعليه يكون من باب الحيطة الأخذ بالحالات غير المذكورة في قانون الأسرة، والتي جاءت مقيدة في الفقه المالكي، لأن فيها الكثير من الحلول لعديد النزاعات المحتمل عرضها أمام القضاء، ويمكن أن نورد بعضها كأمثلة .

– الحالة الرابعة: زيادة الشيء الموهوب في ذاته أو نقصانه، كأن يكبر الصغير او يسمن الهزيلأ أو يهزل السمين، فهذه الحالات الطارئة تمنع الرجوع في الهبة، أما تغير قيمة الشيء الموهوب فإن هذا لا يمنع الواهب في الرجوع.

– الحالة الخامسة: إذا مرض الولد الموهوب له مرض الموت، فإن هذا يمنع حق الوالد في الرجوع في هبته، بسبب تعلق حقوق الورثة– ورثة الولد– بالهبة، وكذلك مرض الواهب مرض الموت، فإنه يمنعه من اعتصار ما وهبه لولده.

– الحالة السادسة: موت الواهب(الوالد)، أو الموهوب له (الولد)، فهذا مانع من موانع الرجوع في الهبة، سواء قبضها الموهوب له أو لم يقبضها، لأنها أصبحت ملكا لازما، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها سنة 2011 حيث جاء فيه: ((المبدأ : لا يملك بلواهب وفقا للشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموهوب له))، وجاء فيه كذلك : ((لكن وحيث أنهقد ثبت من عقد الهبة المحرر بتاريخ 1968/02/27 أن المسماة (ت خ) قد وهبت لولديها (غ ر) ، و(غ أ) الثمن الذي آل إليهما عن طريق الإرث من مورثها المرحوم(غ ع) بن(ع)، ومن ثم فإن موضوع عقد الهبة المحرر بتاريخ 1995/11/13، هو نفس عقد الهبة المحرر بتاريخ 1968/02/27، وحيث أنه قد ثبت من شهادة الوفاة رقم 3066 أن المدعو (غ ر) وهو أحد الموهوب لهما في عقد الهبة بتاريخ

1968/02/27 قد توفي في 1977/08/03 بعد انتقال موضوع الهبة إليه، ومن ثم فإن الواهبة المذكورة لا تملك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن تلك الهبة بعد وفاة الموهوب له، وبالتالي تكون قد وهبت بموجب عقد الهبة المحرر في 1995/11/13 شيئا لم تعد تملكه، وإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد الهبة المحرر في 1995/11/13 يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، ولم يخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية وبنوه على أساس قانوني سليم، لهذه الأسباب قضت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلا وموضوعا))[1].

– الحالة السابعة: فقر الموهوب له صغيرا كان أو كبيرا، فهو مانع من موانع الإعتصار، لأن فقره وقت الهبة قرينة على الصدقة، والصدقة لا يجوز الرجوع فيها.

كما يمكن الإشارة في هذا الموضع أن هبة الزوجة لزوجها والزوج لزوجته وإن كانت تدخل في عموم عدم الرجوع وليست مانعا من موانع الرجوع، بل هي أصل في عدم الرجوع. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/09/16 حيث نص المبدأ على : ((لا يجوز التراجع عن الهبة بين الزوجين)) ، وقد جاء في القرار :((حيث متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كان قد استفادت منها زوجته وابنتاه القاصرتان، دون أن يقوم قضاة الإستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ماهو موهوب للزوجة الذي لا يجوز التراجع فيه، وبين ما هو موهوب للبنتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه، فإن قضاءهم الذي

(1) : المحكمة العليا ، غ أ ش م، ملف رقم 613091، قرار بتاريخ 2001/03/10، قضية (غ أ) ضد وثة (غ ر)، م م ع ، العدد02 لسنة 2011، ص 278–282.

قضى بإلغائهم لعقد الهبة المحرر بتاريخ 2003/03/17 بأكمله يجعل قرارهم المنتقد مشوب بالخطأ في تطبيق القانون الأمر الذي يستوجب نقض القرار محل الطعن.))[1]

وبهذا نصل إلى خلاصة مفادها أن المشرع الجزائري إختار مسايرة المذهب المالكي في أحكام الرجوع في الهبة، إذ لم يجز للواهب الرجوع في هبته، إلا في حالة هبة الوالد لولده أو الأم لولدها، وهو بهذا جعل الرجوع في الهبة أمرا استثنائيا لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، بدليل أن نصوص الرجوع في الهبة جاءت قليلة ومقتضبة دون تفصيل ، ومهما كانت حالة الولد الموهوب له من الكبر أو الصغر أو الرشد او السفه، وقبضه للشيء الموهوب له أو عد قبضه له، كما أن المشرع لم يميز مطلقا بين أن تكون الهبة منصبة على عقار أو على منقول.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى قضية الرجوع في الهبة هل تكون بالتراضي أم بالتقاضي على غرار التشريعات العربية الأخرى، ولم يشترط على الوالدين طريقة معينة عند الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي أو الحكم القضائي، ولم يتطرق إلى موانع الرجوع كلية بل أخذ بالقليل منها كمثال دون الحصر.

أما في مدونة الحقوق العينية المغربية [2] **:**لم ينظم المشرع المغربي عقد الهبة إلا بمقتضى مدونة الحقوق العينة، لذلك فإن مسألة اعتصار الهبة أو الرجوع فيها كان المرجع فيها هو أحكام

(1) : المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 613091، قرار بتاريخ 2010/03/10، قضية (ع) ضد (ك م)، م م ع، عدد رقم 02 لسنة 2010، ص 281-284.

(2) : اذا كان العقار محفظا فتنطبق عليه احكام القانون الوضعي العقاري وبالضبط ظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى قانون 24 نونبر 2011 وبالتالي في هذه الحالة اذا تم تسجيل العقود بسجلات المحفظة العقارية قيد حياة الواهب فتعد صحيحة ولا مجال للطعن فيها وكل قول لا يساير هذا الطرح لن يسمع قضائيا.اما اذا كان العقار غير محفظ ففي هاته الحالة نرجع لاحكام الفقه الاسلامي الذي لا يجيز الهبة للوارث (لا هبة لوارث) ومع ذلك تصح اذا اجازها بقية الورثة.

هذا علما بان الهبة تعتبر ملزمة في حدود الثلث ان كانت لغير وارث وذلك لقول ابن عرفه الهبة احد انواع العطية. وقال: والهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض

هذا فضلا على ان من شروط الهبة الحيازة وهو لا ينطبق على نازلة الحال على اعتبار ان الواهب ظل حائزا ومتصرفا في ملكه لغاية وفاته لقول الشيخ الكافي في التحفة:

الفقه المالكي، حيث درجت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) على تأكيد أن الاعتصار يجوز فقط للأب والأم دون غيرهما من الأقارب سواء تعلق الأمر بالجد أو الجدة أو الإخوة أو الأعمام أو الأخوال أو غيرهم من الأقارب، وفي هذا الصدد جاء في إحدى حيثيات قرار لهذه المحكمة ما يلي:((..لكن حيث إن المحكمة عللت قرارها بأن حق الاعتصار مقصور على الأب والأم، دون الجد والجدة وغيرهما ولا يجوز بعد وفاة الموهوب لهما، ثم إن شرط الحوز مشهود به معاينة من طرف العدلين، وبذلك، فإن المحكمة تكون قد طبقت الفقه المعمول به، وبنت قضاءها على أساس، ويبقى ما أثير لا أساس له))[1].

غير أنه وبمقتضى المادة(283) من مدونة الحقوق العينية لم يعد الاعتصار من حق الأبوين وحدهما، بل أصبح من حق كل واهب أن يرجع في هبته، حيث نصت المادة المذك ورة على أنه: ((يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولا : فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا.

ثانيا : إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته)) فالمشرع ومن خلال هذه المادة جعل للأبوين حق اعتصار ما وهباه لأولادهما دون مراعاة لسن هؤلاء، كما أعطى لغير الأبوين هذا الحق لكنه قيده بضرورة توفر العذر القانوني الذي يخول الاعتصار والمتمثل في إعسار الواهب وعجزه عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته إضافة إلى عدم وجود مانع من موانع الاعتصار، وواضح أن موقف المشرع يبين تبنيه لموقف الأحناف من مسألة الرجوع في الهبة من خلال عدم قصرها على الأبوين أو على الأصول فقط وإن كان قد

والأب حوزه لما تصدقا * به على محجوره لن يتقى.**

وللمعينين بالحوز تصح * وجبره مهما أباه متضح.**

وفي سوى المعينين يؤمر * بالحوز والخلف أتى هل يجبر.**

وبالرجوع الى مدونة الاسرة فالأمر جلي عملا باحكام المواد من 277 الى 314.

ولهبة تعتبر باطلة بطلان مطلقا اذا كان العقار غير محفظ خاصة ان الموهوب لهم لم يحوزوا العين الموهوبة وبالتالي يمكن لباقي الورثة ان يسلك مسطرة ابطال الهبة حتى يتمكنوا من قسمة الارث بينهم طبقا لأحكام الارث المنصوص عليها في مدونة الاسرة.

ضيق كثيرا من الأعذار التي تخول الواهب (غير الأبوين طبعا) الرجوع في الهبة ، كما يتضح كذلك أنه وحتى فيما يتعلق باعتصار الأم لم يورد عليه أي قيد من القيود التي كان يقول بها فقهاء المالكية في هذا الصدد.

غير أنه لابد من التأكيد على أن اعتصار الواهب لهبته يبقى مشروطا بإشهاده بالاعتصار والتنصيص على ذلك في عقد الهبة وقبول الموهوب له بذلك، وهذا بصريح المادة(284) من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه ((لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التنصيص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له)).

والجدير بالذكر أنه لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب، هذا، ويتضح من المادة(287) من مدونة الحقوق العينية أنه يترتب على اعتصار الهبة، فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب، ولا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى، ويبقى من حق الموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمة الملك الموهوب، غير أنه إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقا أو قضاء، ورغم إنذاره بذلك طبقا للقانون، وهلك العقار الموهوب في يده، فإنه يكون مسؤولا عن هذا الهلاك وذلك بصريح المادة (344) من مدونة الحقوق العينية .

وبتتبع هذه المسألة في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية فإنه يمكن إستخلاص ما يلي :

أ – اتفق الفقهاء على عدم جواز رجوع المتصدق في صدقته إذا قبضها المتصدق عليه، لأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "من وهب هِبةً على وجه الصدقة، فإنه لا يَرجِع

فيها"[1]، وهذا ما أخذ به قانون المعاملات الإماراتي، والمدني الأردني، حيث نص في المادة (649) إماراتي، والمادة (579) أردني: ((يُعتبَرُ مانعًا من الرجوع في الهبة، ما يلي: إذا كانت الهِبَة صدقةً أو لجهة من جهات البر.))

ب – اتفق الفقهاء على عدم جواز الرجوع في الهبة، إذا كانت بعِوَض، وقد أخذ بذلك القانون المدني الأردني والإماراتي وحسب نص المادة (649) من قانون المعاملات الإماراتي، ونص المادة (579) من القانون المدني الأردنيِّ.

جـ – اتفق الفقهاء على سقوط الدَّين، إذا وهب الدائن الدين للمدين؛ لأن الساقط لا يعود، وقد أخذ بذلك القانون المدني الأردني والإماراتي، كما جاء في المادتين السابقتَين.

د – لا يجوز الرجوع في الهبة، إذا مات أحد طرفي عقد الهبة بعد قبض المال الموهوب؛ لأن المال الموهوب ينتقل بحكم الشرع بالموت إلى الورثة، وقد أخذ القانون المدني الأردني والإماراتي بذلك، وحسب نص المادتين السابقتين

هـ – لا يجوز الرجوع في الهبة، إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، أو لذي رحم محرَّم؛ كالأخت، ما لم يترتب على ذلك مفاضَلة بين هؤلاء دون مسوغ شرعي، وهذا أمر متَّفق عليه في الفقه والقانون.

و – لا يجوز الرجوع في الهبة، إذا تصرَّف الموهوب له في المال الموهوب تصرُّفًا ناقِلاً للملكية، فإذا اقتصر التصرُّف على بعض المال المَوهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي، وقد أخذ القانون بذلك.

ز – لا يجوز الرجوع في الهِبَة إذا زادت العين الموهوبة زيادةً متَّصلة ذات أهمية تزيد من قيمتها، أو غيَّر الموهوب له المال الموهوب على وجه تبدل فيه اسمه، وقد أخذ القانون بذلك.

(1) : نقلا عن الإمام مالك: الموطأ، المرجع السابق، ج2 ، ص 754.

ح – لا يجوز الرجوع في الهِبَة إذا هلك المال الموهوب في يد الموهوب له، فإذا كان الهلاك جزئيًّا، جازَ الرجوع في الباقي، وقد أخذ بذلك القانون.

ط – يجوز الرجوع في الهبة برضا طرفَي عقد الهِبَة، ويعدُّ ذلك مِن قَبيل الإقالة أو الفسخ الاتفاقي وهذا أمر متَّفقٌ عليه في الفقه والقانون.

ي – تَنتهي الهِبَة بموت الواهب أو إفلاسه قبل تسليمه الهِبة للموهوب له.

ك – اختلف الفقهاء في جواز رجوع الواهب إذا وهب لولده أو لأجنبي[1]، وفي غير الحالات والصور والموانع السابقة[2].

(1) : المقصود بلفظ الأجنبي: من لم يكن ذا رحم محرَّم من الواهب، يخرج بذلك من كان ذا رحم وليس بمحرَم كبني الأعمام والأخوال، ومن كان مَحرمًا، ليس بذي رحم؛ كالأخ الرضاعي، والرحم المحرم كالأخ والأخت، والعم والخال.

(2) : وقد وردت هته الصور تفصيلا ‘عند أغلب فقهاء المذاهب الإسلامية وأشهرهم: السرخسيفي المبسوط ج12 ، ص49 وما بعدها، وأحمد بن قودر: تكملة فتح القدير ج9 ، ص38، وابن قدامة في المغني ج8 ص 278 وما بعدها، وابن جزي المالكي في القوانين الفقهية ص 127، وابن حزم في المحلى ج9 ، ص120 وما بعدها،وهو نفس ما أخذ به قانون المعاملات الإماراتي (ص: 146)، و المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج2 ،ص 529.

الخاتمة

الخاتمة

لقد أظهرت هذه الدِّراسة أنَّ نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ هي من النّظريات التي ثار بشأنها خلافٌ، من حيث الأخذ بها، ومن حيث شروطها، بل ومن حيث تسمية النّظريّة، سواءٌ كان ذلك في الفقه الإسلامي، أو في القانون الوضعي، كما تناول هذا البحث المعايير والضّوابط التي تمنعُ التَّعسُّف في استعمال الحقّ، تلك الضّوابط التي يجب مراعاتها في استعمال الحقّ، بأن يكون استعمالا مشروعاً، فإن كان القصد من وراء هذا الإستعمال التَّعدي، أو كانت المصلحة غير مشروعة، أو أنَّ المنفعة لا تتناسب مع ما يُصيب الغير من ضررٍ، أو تجاوز استعمال الحقّ ما جرى عليه العرف، ففي كل هذه الحالات يكون الإستعمال غير مشروع ويجب منعه، ثم بَيَّنتُ أنَّ نظرية التّعسُّف لا تقتصرُ في تطبيقاتها على الحقوق المالية فقط؛ وإنما تتَّسِع بحسب توافر معيار اعتبار الوصف التَّعسُّفي إلى باقي الحقوق الفرديّة، والتي من أهمها الحقوق الزَّوجيّة حيثُ أنَّ ضَبْطَهَا وِفْقَ مبدأ التّعسُّف من شأنه أن يحفظ لكلا الزوجين وبالأخص للزَّوجة الحماية القضائيَّة الموجبة للتَّعويض.

وقد حاولتُ في هذه الدِّراسة إبراز خصوصيَّة التَّعسُّف في الحقوق الأسرية من حيث بيان خطورتها على النِّظام الأُسَري ككل، مما يوجبُ تعدُّد معايير اعتبار الوصف التَّعسُّفي فيها، ومن حيث سهولة التّعسّف في استعمالها كونها مَوكُولَةً إلى ضمائر أهلها، والتوسع أو التضييق في هذا التعسف، على اعتبارها حقوقا مُرَاعَى فيها الجانب التَّعبُّدي والمقَاصِدِي معاً، وذلك لارتباطها بقاعدة الحلال والحرام، والوعد والوعيد وتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، لذا حرص الإسلامُ على غرس العقيدة في وجدان المسلم قبل تكليفه بالأحكام، وأحاطها بسياجٍ من الأخلاق، ليكون ذلك هو الضَّامن لتنفيذ تلك الأحكام الشَّرعيَّة المقررة للحقوق الأُسريَّة، والبُعد عن التّعسُّف في الاستعمال، أو قصد الإضرار بالغير، مما له أَثَرُهُ العظيم في سلامة ونزاهة النِّظام الأُسري في الإسلام.

ولا يخفى ما للجزاء الأُخروي من فائدةٍ في حمايَّة النّظام الأُسري في الإسلام، وفي الاستعمال الأصلح للحقوق المترتبة عليها، فطبيعة العلاقات الأسرية لا تصلح معها قوة الوازع السلطاني والتَّقيِيد القانوني لأحكامها الشّرعية لوحدها فحسب، وإنمَّا ينصلحُ وضعها أكثر بواسطة تفعيل رقابة الإيمان باليوم الآخر، مما سيُوقِظُ الضمير والوازع الديني لِيُرَغِّبَ الزَّوجين في الفضائل والمعروفات، ويحذرهما من الرذائل والمنكرات، وبهذا تستقيم حياتهما الأسرية وتِتي ثمارها المرجوة .

ذلك وأنّ تقعيد الأحكام الشَّرعية في قواعد قانونية قد يؤدي إلى تضييق نطاق الجزاء المترتب على مخالفة هذه الأحكام، من دُنيوي وأُخروي إلى دُنيوي فقط، كما يشهد له واقع تطبيق قواعد قانون الأسرة من منازعات مصدرها الظُّلم، فتكثر المحاولات للتَّحايل على الأحكام الواردة في هذا القانون، نتيجة لهذا الوهم، لذا يجب بيان أنَّ تحوُّل هذه الأحكام لا يُفقدها صفة الجزاء الأُخروي فالأحكام الشّرعية باعتبارها خطاب الله، ولا شك في أن مخالفتها تُرَتِّبُ جزاءً دُنيوياً وأُخروياً ومن المعلوم أنَّ حُكم وَلِيِّ الأمر يقطع الخلاف في المسائل الاجتهادية، ويحسم مواطن التباين في الآراء والإجتهادات الفردية، وقواعد قانون الأسرة ما هي إلا تقعيدٌ قانونيٌ لمجموعة الأحكام الشَّرعية المتعلقة بالأحوال الشَّخصيّة، وعلى هذا لا بد من التأكيد على أنَّ مخالفتَها يُوجب جَزَاءً دُنيوياً وأُخرويًّا معاً.

وعليه فما استطعت أن أَصِلَ إليه من خلال استنطاقي واستقرائي ومعالجتي لهذا الموضوع يكون كمايلي:

①: إن قضية التعسف في استعمال الحق تُعَدُّ من المسائل ذات الأبعاد الخطيرة، كونها تتعلق بتصرفٍ خطيرٍ، لما له من طبيعة وخصوصيّة تميزه، فهي إذن مسألة حساسة تقتضي من المشرع معالجتها بدقة، وتطبيق أحكامها بدقة من طرف القضاة.

②: الحق مسألة مكفولة ومقدسة سواء في الفقه الإسلامي، أو في القانون الوضعي، وما على صاحب الحق إلاَّ استعماله استعمالا حسنا يعود بالنفع عليه وعلى غيره، وأن الشّارع ما منح

هذه الحقوق إلا لتحقيق المصالح العامة والخاصة، أو درء مفاسد ضارة، وعليه يكون الحق مقيَّداً بضوابط الشرع والقانون، فليس لصاحب الحق مطلق الحرية كما نادى أصحاب المذهب الفردي، أو حقوقه مشلولة لصالح الجماعة كما نادى بها أصحاب المذهب الجماعي عند أهل القانون، ثم إنّ هذا الحق لا يعتبر غاية في حد ذاته، بل هو وسيلة لغاية مقصودة شرعاً أو قانوناً، فإذا حاد صاحب الحقِّ عن المقصود فَقَدَ الحقُّ الحماية الشرعية والقانونية.

③: إن الطَّبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي عند إقراره للحقوق الفرديّة والجماعيّة، والأسس التي وضعها لحفظ التَّوازن بين مصالحها عند التَّعارض، يجعلُ نظريّة التَّعسُّف في استعمال الحقِّ تَتَأسَّسُ على أُصُولٍ وتدابير إحترازية تمنع مجاوزة حدود الحقّ.

④: إن تكييف التعسف لا يُعدُّ خطأً تقصيرياً، أو شبه تقصيري، بالرغم من أن التعسف يُرتِّبُ على المتعسِّف مسؤولية توجب التعويض، وإنما يرتبط أساساً بفكرة الحق، حيث يعدُّ التعسف ميزاناً لاستعماله على ضوء غايته ومقصده، مما يجعل نظريّة التَّعسُّف كمبدأ وقائي عند استعمال الحقوق، أي أن نظريّة التَّعسُّف تعتبر كنظرية متكاملة مستقلة تجد كيانها الطّبيعي في النّظريّة العامّة للحقّ.

⑤:إن التّعسُّف في استعمال الحقّ يضبطه معياران: معيارٌ ذاتي شخصي يعتد بالمقاصد والنوايا، أو ما يُعرف بالباعث على التصرف، الذي يشترط فيه موافقة القصد من مشروعيته، فإن قصد تحقيق مصلحة تتناقض مع الغرض الإجتماعي أو الإقتصادي أو السياسي كان صاحب الحق متعسفاً وجب درء تعسفه، وجبر الضرر الناتج إن وجد، ومعيارٌ موضوعي يعتد بالضرر الناتج عن التصرف، دون مراعاة للمقاصد والنوايا، وهذا ما يشترك مع الشريعة الإسلامية التي تهدف إلى إقامة أساس من الموازنة بين المضار المترتبة والمصالح المرجوة التي تفردت به الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق.

⑦: إن الولاية بنوعيها حق وواجب في نفس الوقت، فهي حق للأب باعتبار صلة القرابة و الدم، وواجب في نفس الوقت على أساس المسؤولية الأبوية، لكن ذلك لا يمنع من الحد منها

متى ظهر من الأب ما قد يلحق ضر ا ر بمن هي تحت ولايته، أو بأولاده سواء في شخصهم أو مالهم .فامتناع الولي عن تزويج موليته بمن هو أهل لها دون سبب شرعي أو سوء تسييره لأموال أولاده القصر فيه ضرر محض، والضرر جاءت الشريعة الإسلامية بمنعه و رفعه، ويعد الولي في هذه الحالة آثما ويعاقب من الناحية القانونية بمنح القاضي الإذن لموليته بالزواج أو إنهاء ولايته على مال أولاده القصر.

⑧:العدول عن الخطبة حقٌّ مشروعٌ لطرفيها، وللقاضي سلطته التقديرية، ووفقاً لها يقدر ثبوت التعسف من عدمه، ومقدار الضرر وما يستوجبه من تعويضٍ، غير أنّ المشرع الجزائري لم يونِ العناية اللازمة لقضيّة التّعسُّف في استعمال الحقوق الأسرية، رغم كثرتها وتنوعها وأهميتها بالنسبة للزّوجين خاصَّة وللأسرة عامَّة.

⑨: إنّ هدف المشرع من خلال المادة 52، هو التضييق على الأزواج من التعسف في استعمال حقّ الطّلاق حفاظا على الأسرة والأولاد، توظيفا للقاعدة الشرعية" **لاضرر ولا ضرار**"، وتكريسا للمقاصد التحسينية للشريعة الإسلامية وعملا بها.

⑩:إنَّ كلاًّ من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة يعتبران الطلاق أبغض الحلال إلى الله، حيث لا يُلجأ إليه إلا عند الضرورة القصوى، أو عند عدم التمكن من تحقيق أهداف الزواج دون تعسفٍ أو قصدَ الإضرار بالطَّرف الثَّاني.

ومنه توصلنا إلى أن : الطلاق حق ثابت شرعا وقانونا عند ورود أسبابه، أما التعسف فيه وإلحاق الضرر بالزوجة، فهو غير مسموح به، لذا حق للزوجة طلب التعويض عما لحقها من ضرر، وحق التعويض إلى جانب الحقوق الأخرى يجعل من الزوج يتريث قبل الإقدام عليه، كما أن لمتعة الطلاق الأثر والدور الهام والكبير في الحد من وقوع الطلاق التعسفي.

⑪:إن كلا التشريعين الإسلامي والوضعي يجيزان للمرأة فك الرابطة الزوجية إن هي تضررت منها، أو خافت من عدم إقامة حدود الله تعالى مع زوجها، لكن دون تعسف أو إضرارٍ به، لكن

تبقى مسألة الخلع من القضايا ذات الإهتمام التي يتوجب على المشرع إحاطتها بمزيد من العناية القانونية لضبطها حتى لا تتخذها النساء غطاء للتستر على سوء نواياهن، أو انتقامهن من أزواجهن بذريعة النُّفور النَّفسي، أو التَّحجج بالكره، أو العجز عن إقامة حدود الله تعالى مع الزوج.

⑫: إن حق الزوج في تأديب زوجته شرع له في حال نشوز زوجته وعدم طاعته فيما أوجبه الله عليها، غير أن هذا الحق مقيد بشروط وضوابط تمنع من التعسف فيه فالضرب يعد من قبيل الأفعال الشائنة التي تلحق الضرر بالزوجة، فإذا ما ثبت تعسف الزوج في ممارسته لهذا الحق تحمل مسؤولية فعله وثبت عليه التعويض، مع حق الزوجة في طلب التطليق للضرر، مع الإشارة بأنقانون العقوبات الجزائري لم يعترف بهذا الحق واعتبره جريمة بحد ذاتها.

⑬: يعد شرط العمل من أهم الشروط في وقتنا الحالي التي ترد في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، فهو حق معترف به للمرأة في الإسلام وفق ضوابط العفة و تناسبه مع أنوثتها، وهذا الأخير لا يؤدي بالضرورة إلى جعل المرأة تهمل عائلتها فهي بحاجة إلى إثبات شخصيتها وإبراز دورها في المجتمع و بما أن العقد شريعة المتعاقدين، فعلى أطراف عقد الزواج احترام الشروط المتفق عليها فيه.

⑭: إن مسألة تعدد الزوجات حق مباح شرعا وقانونا للرجل متى دعت الحاجة إليه وكان في مقدور الرجل الإلتزام بشروطه لاسيما العدل، فهناك التزامات على عاتق الزوج المعدد، وعدم مراعاته لهذه الشروط الشرعية والقانونية، قد يلحق أضر ا ر بالزوجة ماديا أو معنويا أو الاثنين معا، وفي هذه الحالة حق لكلتا الزوجتين السابقة واللاحقة رفع دعوى قضائية ضد هذا الزوج تطبيقا للمادتين 8 و 8 مكرر من ق.أ

⑮:إن المشرع لم يُوَفّق في وضع ضوابط تحدُّ من إساءة استعمال الحق والتعسف فيه وترك مسألة تعويض الضرر الواقع على أحد الطرفين للسلطة التقديرية للقاضي، مما يوقع في كثرة الإجتهادات وربما تناقضها، وبالتالي عدم استقرار القضاء في هذه المسألة.

⑯: إغفال المشرع وعدم إشارته إلى طلاق المريض مرض الموت، رغم أهميته وآثاره على الأسرة فيما بعد، كما يُفهم من القول المُطْلَق بميراثِ المطلَّقة في مرض موت مُطَلِّقِهَا تجسيداً واضحاً لنظرية التّعسُّف في استعمال الحقِّ، لكن من الأَوجَهِ منعُها من الميراث بعد انتهاء عدتها، أو زواجها من آخر حتى لا ترث من زوجين في آنٍ واحدٍ .

⑰: الوصية تصرف حال الحياة، نافذة بعد الوفاة وهي حق للموصي، قد يكون القصد منها االإضرا بالورثة .لذا حدد الشرع والقانون مقدار الوصية بالثلث، والأشخاص المستحقة لها، وبهذا بسط الحماية لحقوق الورثة، فإذا ثبت قصد الموصي الإضرار بهم ثبت تعسُّفُه وبطلت وصيته، إبعاداً ودفعاً للضَّرر المترتب عن هذا التعسف.

⑱: حق الأولاد في الميراث ثابت شرعا وقانونا سواء كانوا ذكورا أم إناثا، لذا سعت الشريعة الإسلامية والقانون إلى حماية هذا الحق حتى قبل أن يصبح ميراثا بأتم معنى الكلمة، فمتى أبرم الأب تصرفات غير قانونية سواء في صحته أو مرضه وكان من شأن هذه الأخيرة الإنقاص من قيمة التركة تصدى له القانون واعتبره تحايلا على أحكام الميراث.

⑲:بعد كلّ هذا يمكنُ تسجيل كثيرا من القصور لدى المشرع الجزائري عند تعرضه لنظرية لتعسف في استعمال الحقِّ عامّة، وفي قضايا شؤون الأسرة خاصَّة، مما يستدعي الإستعانة بأهل التّخصص من فقهاء القانون والشَّرع لتوسعة هذه النظرية، حتىّ تكون مسايرةً لحوادث وأقضية الناس، جابرَةً لكل خَلَلٍ، مُستوعِبَةً لكلِّ حَادثٍ أو قضيّةٍ.

ومن خلال هذه الحوصلة النهائية اتضح لنا بعض الخلل في التشريع الجزائري يمكن إيراده كمايلي:

1- عدم تحديد المشرع الجزائري لصور الطلاق التعسفي والمعايير المعتمد عليها لإظهار هذا التعسف، في حين أغلب الدول العربية قد نصت عليها.

2-سكوت المشرع في قانون الأسرة عن حق الزوج في تأديب زوجته مما قد يؤدي إلى حيرة القاضي هل يعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للإحالة الواردة في المادة 222 من نفس القانون، أم يعتمد على قانون العقوبات الذي يجرم فعل الضرب مهما كان سببه وأطرافه والعلاقة التي تجمعهم؟ ولربما يرجع القاضي إلى نوع الدعوى إذا ما كانت عادية أو جزائية.

كما أن المشرع نص على حالة النشوز لكنه لم يحدد طرق معالجة هذا النشوز والوسائل المستعملة في ذلك وفقا لما أقرته الشريعة الإسلامية.

3-سهو المشرع عن تحديد مصير الشروط المتفق عليها في عقد رسمي لاحق لاسيما حق العمل، كما لم يتضمن النص مصير هذه الشروط في حال إخلال أحد الأطراف وبالتالي عدم إمكانية إجبار المدين بالشرط على تنفيذ هذا الشرط، وبهذا يصبح الشرط بدون جدوى.

4-المبرر الشرعي للتعدد أصبح خاضعا لسلطة القاضي التقديرية وحسنا فعل المشرع. ولكن، ألا يمكن لهذه السلطة التقديرية أن تؤدي إلى اختلاف في الأحكام من قضية إلى أخرى والسبب المعتمد عليه نفسه في القضيتين؟ فما يراه الأول مبررا شرعيا قد لا يراه الثاني كذلك، كما أن الشروط المطلوبة للتعدد لا أهمية لورودها في قانون الأسرة طالما توجد المادة 22 من نفس القانون التي سمحت بطريقة غير مباشرة بتسجيل عقد الزواج بحكم قضائي متى توفرت شروط وأركان عقد الزواج الثاني.

5-تضارب القرارات القضائية للمحكمة العليا بخصوص الحق في التعويض عن التطليق للضرر، فأحيانا تعتبر التطليق وحده كاف لجبر الضرر، وأحيانا أخرى تحكم بالتطليق والتعويض معا.

6-لا يوجد نص في القانون الجزائري يميز بين الولاية على النفس والولاية على المال، كما أن قانون الأسرة لم يحدد الشروط المطلوب توفرها في الولي.

7- بالنسبة للولاية على النفس ما كان على المشرع إلغاء المادة 12 من ق.أ التي كانت تنص على عضل الولي، فكان عليه الإبقاء على هذه المادة لما لها من أهمية ودور في تحديد حدود ولاية الأب في التزويج.

8-أما بالنسبة للولاية على مال القاصر فقد أشار المشرع إلى حالة إسقاط الولاية عن الولي كطريقة من طرق إنهاء وظيفته دون تحديده لأسباب هذا الإسقاط.

9- التعارض الواضح بين نص المادة 2/408من القانون المدني، و نص المادة*3/776 من نفس القانون. حيث اعتبرت الأولى التصرف للغير في مرض الموت قابلا للإبطال ودون تحديد للشروط التي تجعله كذلك، في حين اعتبرته الأخرى يخضع لأحكام الوصية وبالتالي يصح في الثلث وما ا زد عنه توقف على إجازة الورثة، لذا وجب تعديل نص المادة408 تجنبا لأي تعارض.

كما لا يفوتني أن أدرج بعض الإقتراحات التي أراها ضرورية وهي:

1-تعديل قانون الأسرة لينُصَّ صراحة على نظرية التَّعسُّف في استعمال الحقّ، في كل قضايا شؤون الأسرة التي يمكن وقوع التّعسُّف فيها، والنّص كذلك على تعويض الضَّرر المعنوي في كل الآثار المترتبة عن كل فعل ضار يقع على أحد أطراف عقد الزواج، وكل العلاقات التي تنظمها أحكام هذا القانون ، وليس فقط في الخطبة والطلاق، دون التفرقة بين الرجل والمرأة في هذا الشأن، لأن الرجل عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر.

2- دعوة الباحثين إلى دراسة معمقة ومقارنة للضرر المعنوي، ونظرية الضرر عموما في الفقه المالكي، وهذا لتميزه عن بقية المذاهب في عمق اعتباره للضرر وتفرد ترائه الفقهي بمباحثه.

وانتهت الدراسة إلى ضرورة توسيع السلطة التقديرية للقضاة في مجال منع التعسف في استعمال الحقوق الزوجية عموما والطلاق خصوصا، نظرا لخطورته، وكثرة الحالات المعروضة

منه أمام قضاة ومحاكم شؤون الأسرة، فغالبها يتعلق بموضوع التّعسُّف في استعمال الحقّ خاصة إذا كان بدون مبرر شرعي أو قانوني.

3- دعوة الباحثين والمتخصصين وتشجيعهم إلى الاهتمام بمثل هذه الدراسات الاستقرائية في مجال تنظيم استعمال حقوق الأسرة بما لا يضرُّ بالشَّرع ولا يخالف العرف، وبما يخدم الاجتهاد القضائي في منعه إساءة استعمال الحقوق.

كما تحثُّ الدراسة على فتح مجال البحث في موضوع يتعلَّق الأمر فيه بـ "**نظرية الجزاء في قضايا شؤون الأسرة**" نظرا لإغفال جُل التشريعات الأسرية للجزاء القانوني الواجب التطبيق في حالة مخالفة النّص المقرر للحقّ الذي يجب أن يُساير عمليّة التّقنين القانوني المنهجي للأحكام الشّرعية التي تحوي بحكم مصدرها ومنشئها جوازاً ذاتياً، وآخر أخروياً غير متوفر في القاعدة القانونية.

إستحداث محاكم للأسرة للنظر في المنازعات الأسرية، وتزويدها بالوسائل اللازمة خاصة البشرية منها، والحرص على تكوين قضاة شؤون الأسرة تكوينا دينيا كافيا، مما يؤهلهم للتَّصدِّي لمختلف القضايا المعروضة عليهم على بيِّنةٍ وسدَادٍ، وسرعة الفصل في القضايا المعروضة على المحاكم خاصة مسائل الطّلاق .

إلى جانب إحداث قواعد إجرائية خاصة بقضايا شؤون الأسرة، وتكون مستقلة عن غيرها من الإجراءات الأخرى يمكن تسميتها " قانون إجراءات قضايا الأسرة "، وتفعيل إجراءات الصلح والتحكيم بالإستعانة بالعقلاء والمحلفين أمام محاكم الأسرة للحد من النزاعات الأسرية والتقليل من نسبة الطلاق بإيجاد الحلول المناسبة والعلاج النافع.

ثم إنشاء مركز للبحوث القانونية والقضائية المتعلقة بالنزاعات الأسرية، يشرف عليه من أهل العلم الشرعي والقانوني رجالٌ أَكْفَاءٌ، وقُضاةٌ متمرِّسون، وأساتذة التعليم العالي في التخصص.

وفي نهاية المطاف، وبعد هذا الجهد المتواضع أرجو أن أكون قد ساهمتُ ولو بقدرٍ ضئيل في توضيح نظرية التَّعسُّف في الحقوق الأسريّة، وهو المجال الذي لا زال يحتاج المزيد من البحث والدراسة والإهتمام.

ولله الحمد أولا الأمر وسنتهاه، وهو الموفِّقُ للصّواب، وبه الإستعانة وإليه المآب

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

❖ القرآن الكريم.

❖ كتب السنة :

1) سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت. (دس ن).

2) سنن أبي داوود، دار الجيل، بيروت، ط1، 1992.

3) سنن الترمذي، تحقيق وتعليق إبراهيم عطوة عوض، دار عمران، بيروت. (دس ن).

4) سنن الترمذي، كتاب الوصايا ، مطبوع مع عارضة الأحوذي، دار المحاسن للطباعة، 1966.

5) صحيح البخاري، الإمام البخاري، دار إحياء التراث، بيروت لبنان، (د س ط).

6) صحيح مسلم، ضبط وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1995.

7) موطأ الإمام مالك، رواية أبي مصعب الزهري المديني، حققه وعلق عليه: د. بشار عواد معروف ومحمود محمد خليل، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

8) فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، دار الفكر.1990.

❖ كتب التفسير.

1) أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج3، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، ط1، 1415هـ

2) أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي،بيروت، لبنان، 1412هـ،1992م.

3) إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار المعرفة، بيروت.(د س ط).

4) البغوي، تفسير البغوي، ج1، دار الكتب للملايين، (ب ط)، (د س ط).

5) سيد قطب، افي ظلال القرآن، ط9، دار الشروق، الجزائر، (د س ط).

6) عبد الرحمن ابن سعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، مؤسسة الرسالة، (د س ط).

7) محمد بن أحمد القرطبي،الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الكتب العلمية ،ج5، .

8) محمد بن جرير الطبري ،جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق : عبد الله التركي، دار هجر،(د س ط).

9) محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، (د س ط).

10) محمد بن عمر الزمخشري، الكشاف، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، مكتبة العبيكان، ط1، الرياض، السعودية، 1418هـ،1998م.

11) محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن ، مؤسسة النشر الإسلامية، قُم، 1402هـ.

12) محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام ، ط4، مكتبة رحاب، الجزائر، (د س ط).

أولا: المصادر

1ـ القوانين والقرارات القضائية.

أ – القوانين.

1) **القانون المدني**: رقم 58.75 المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07.80 المؤرخ في 1980/08/08، والقانون رقم 01.83 المؤرخ في 1983/01/29، والقانون رقم 19.87 المؤرخ في 1987/12/08، والقانون رقم 14.88 المؤرخ في 1988/05/03، والقانون رقم 01.89 المؤرخ في 1989/02/07، والقانون رقم 10.05 المؤرخ في 20/يونيو/2005، والقانون 05.07 المؤرخ في 2007/05/13، منشورات بيرتي، الجزائر، 2010.2011.

2) **القانون** رقم 64-283 المؤرخ في 1964/09/17 المتضمن نظام لأملاك الحبسية العامة.

3) **قاون الأوقاف الجزائري** رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، المعدل بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 والمتمم بالقانون 10/02 المؤرخ في 2002/12/14.

4) **قانون الأسرة**: رقم 11.84 المؤرخ في 09/ رمضان/1404 هـ الموافق لـ:09/ يونيو/ 1984م المعدل والمتمم بالأمر رقم 02.05 المؤرخ في 2005/02/27، منشورات بيرتي، الجزائر، 2010.2011.

5) **قانون الأحوال الشخصية**: لدولة الإمارات العربية المتحدة، رقم 28 الصادر سنة 2005. المطبوع بتاريخ: 2009/06/15.

6) **مدونة الأسرة المغربية**: الصادرة بالجريدة الرسمية رقم 5184 بتاريخ الخميس 5 فبراير 2004

7) ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 03- 70 بمثابة مدونة الأسرة.

8) **مجلة الأحوال الشخصية التونسية**: الصادرة بموجب الأمر 1956/08/13 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية،المنشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956. **المعدلة** بموجب القانون عدد40 لعام 1957، المؤرخ في 1957/12/27.

9) **القانون السوري للأحوال الشخصية:** حسب النص الكامل لمشروع قانون الأحوال الشخصية السورية الذي أعدته اللجنة المشتركة بموجب قرار السيد رئيس مجلس الوزراء رقم 2437/تاريخ 2007/6/7 ، وحسب المشروع التام المؤرخ في 5 نيسان 2009 الموافق لـ10ربيع الآخر1430هـ.

10) **قانون الأحوال الشخصية الكويتي**: المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و29لسنة 2004و66 لسنة2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب ةتصحيح الأسماء، الصادر عن وزارة العدل في فبراير 2011، الطبعة الأولى.

11) **قانون الأحوال الشخصية المصري** .القانون رقم 100لسنة 1985، المعدل للقانون رقم 25 لسنة 1920 و رقم 25 لسنة 1929 في قضايا الأحوال الشخصية المصري .

12) **قانون الأحوال الشخصية الأردني** رقم 61، لسنة 1976 وتعديلاته، المعدل بالقانون المؤرخ في 09/26 لسنة 2010 .

13) **قانون الأسرة القطري:** رقم 2006/22، المطبوع بتاريخ 2009/06/15(المحتوي على 301 مادة).

14) **قانون العقوبات الفلسطيني**، لعام 1977.

15) **قانون العقوبات الأردني** رقم 1960/16 وجميع تعديلاته والنشور في الجريدة الرسمية رقم 1487 بتاريخ 11960/1 والمعدل بآخر قانون رقم 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 5090 بتاريخ 2011/5/2.

16) **القانون المدني الألماني**، الصادر سنة 1896 .

17) **القانون المدني السويسري**، الصادر سنة 1907.

18) **قانون العقود والموجبات اللبناني** .الصادر بتاريخ 1932/3/9 بجميع تعديلاته.

19) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، قانون اتحادي رقم (5) لسنة 1985م المعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1987.

ب- الأحكام والقرارات القضائية.

1) حكم صادر عن محكمة الإسكندرية الأهلية في 1929/12/10م (المجموعة الرسمية، س31، ص52)، وحكم صادر من محكمة سوهاج الكلية في 1938/05/20م نقلا عن: مجلة المحاماة، س28،).

2) حكم محكمة استئناف مصر الوطنية، 1924/01/15، و حكم محكمة استئناف مصر الوطنية، 1924/01/15،

3) مجلس قضاء تلمسان 18 جانفي 1967، رقم الملف 12717 م.ج 1968.

4) المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287، بتاريخ: 1979/04/19، نشرة القضاة، 1981، عدد02.

5) قرار صادر عن غرفة الأحوال شخصية ، 1993/07/13 نقلا عن المجلة القضائية، رقم، العدد 01.

6) قرار رقم 33719 مؤرخ في 1984/09/07/ مجلة قضائية عدد 03، سنة 1989.

7) قرار صادر في 1988/11/12، المجلة القضائية، العدد2، سنة 1992.

8) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/07/09، ملف رقم 33719.

9) لمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، بتاريخ 1985/04/08.

10) المحكمة العليا ملف رقم 34046 الصادر بتاريخ 1984/11/19، نقلا عن المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني.

11) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم (39065)، بتاريخ: 12/30/ 1985(غير منشور).

12) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، لملف رقم: 39283) بتاريخ :30 /12 / 1985ب (غير منشور).

13) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 92719، بتاريخ 1993/07/13 نقلا عن: المجلة القضائية، 1994، العدد1.

14) المحكمة العليا، 1991/02/24، القرار رقم75598 ، المجلة القضائية، 1993، العدد 02.

15) المحكمة العليا، 1990/05/19، القرار رقم 66151، مجلة قضائية، 1993، عدد03.

16) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 81129، بتاريخ : 1992/03/17.

17) المحكمة العليا ، رقم الملف 20013، 22 نوفمبر 1982 ، مجلة الاجتهاد القضائي.

18) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33719، بتاريخ 1984/07/09.

19) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34016، بتاريخ 1984/11/19.

20) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34045، بتاريخ 1984/11/19.

21) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39065،39289، بتاريخ 1985/12/30

22) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39467، بتاريخ 01/13/ 1988.

23) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 41560، بتاريخ 1986/04/07.

24) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 56097، بتاريخ 1989/12/25، نقلا عن: المجلة القضائية، 1991، العدد 4.

25) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 41560، 1986/04/07 ، المجلة القضائية، 1989، العدد الثاني.

26) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم (53017) ، 1989/03/27، المجلة القضائية, 1991، العدد الأول.

27) المحكمة العليا، غ.ش.أ ، ملف رقم 116191، الصادر بتاريخ 1997/01/19، منضور بالنشرة القضائية، عدد 56.

28) المحكمة العليا، العدد الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،1992/07/21، المجلة القضائية، ملف رقم 83603- 2001.

29) المحكمة العليا، الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث 2001/03/16،1999، المجلة القضائية، ملف رقم 216239.

30) قرار رقم 252350 مؤرخ في 2001/2/21، مجلة قضائية، 2002، عدد01.

31) المحكمة العليا، غ. الأسرة، ملف رقم 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21، م ب م ق،ع، سنة 2002.

32) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 83603، 2002/07/11، المجلة القضائية، 2003 ، عدد خاص،

33) المحكمة العليا: بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 258613، قضية (ب ح) ضد (ق ل)، مجلة المحكمة العليا، 2006،عدد2 غرفة الأحوال الشخصية.

34) المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، ملف رقم 328682، الصادر بتاريخ 2006/02/15، م ب م م ع،ع.

35) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، ملف رقم 357544، مجلة المحكمة العليا، عدد01، سنة 2007.

36) المحكمة العليا، ملف رقم 444499، قرار بتاريخ 2009/02/29، م. م.ع العدد 01 ، سنة 2009.

37) المحكمة العليا، غ أ ش م، ملف رقم 613091، قرار بتاريخ 2010/03/10، قضية (ع) ضد (ك م)، م م ع، عدد رقم 02 لسنة 2010.

38) المحكمة العليا ، غ أ ش م، ملف رقم 613091، قرار بتاريخ 2001/03/10، قضية (غ أ) ضد وثة (غ ر)، م م ع ، العدد02 لسنة 2011.

ثانيا: المراجع العامة

1-باللغة العربية

1) أ بو الوفا محمد أبو الوفا، العنف داخل الأسرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2000.

2) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، ط2، 1988.

3) أحمد سعيد المجيلدي، التيسير في أحكام التسعير، ط1، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981.

4) أحمد سيد عثمان، آثار عقد الزواج، لجنة البحوث والتأليف والترجمة والنشر بجامعة محمد بن سعود الإسلامية، ط 3 ،1981،

5) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1998.

6) احمد محمود خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1982.

7) الأكحل بن حواء، نظرية الولاية في الزواج. دار الهلال للمطبوعات، 2006، ط2.

8) إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج1، (د.د.ن)، الطبعة الثانية، 1997.

9) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، مصر، (دس ن).

10) بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان ناشرون، 1979.

11) بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1996.

12) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2 ،1995 .

13) بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهاد القضائي وفق قرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

14) بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، عدد2 (د س ط).

15) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004.

16) تفسير الفخر الرازي، محمد فخر الدين الرازي، دار الفكر، بيروت، ط1، 1981.

17) جابر عبد الهادي سالم، و محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، مطابع السعدني، الإسكندرية، 2009.

18) جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 2000.

19) حسن كيرة، أصول القانون، مطبعة منشأة المعارف، 1960.

20) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

21) الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، 1992.

22) حمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون سنة، ب د ط.

23) رشدي شحاتة أبو زيد، إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2007.

24) رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، منشورات الجلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007.

25) روحي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين، 2004.

26) سيد سابق، فقه السنة،ج2، المكتبة العصرية، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، ط21، 1998.

27) الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على منهاج الطالبين، طبعة دار الفكر،1995 .

28) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993.

29) شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتاب العربي، (د ت ط،) .

30) الشيخ الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، دمشق، تحقيق محمد عليش، (د س ن).

31) الشيخ النظام، الفتاوى الهندية في فتاوى الإمام الأعظم أبا حنيفة، دار صادر، بيروت ،1991.

32) صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.

33) صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، ط3، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1983.

34) ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين المرأة والرجل، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990.

35) عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، 1951.

36) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار المعارف الإسلامية، 1990.

37) عبد العزيز توفيق، مدونة الأحوال الشخصية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1997م.

38) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر، ط3، الجزائر، 1996.

39) عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، مطبعة دار هومة، الجزائر.

40) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، دار العروبة، القاهرة، ط3، 1963.

41) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة، بدون سنة.

42) عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، تسيير العلام- شرح عمدة الأحكام- ، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، مكتبة نزار مصطفى ألبان- مكة المكرمة- الرياض، د.ت.

43) عبد الله مبروك النجار، التعسف في استعمال حق النشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،.

44) عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط/1، 2004م،

45) عبد المنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1996.

46) عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.

47) عبد الناصر بن موسى، اقتران العقد بشرط تقييدي في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية في المملكة الهاشمية الأردنية، البلقاء للبحوث والدراسات، الأردن، 1995، العدد 01.

48) عبد الناصر توفيق العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، 1994.

49) عبد الناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، (د س ط).

50) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط1، الزهراء للنشر والتوزيع، الجزائر، 1990.

51) عثمان التكروري، شرح ق.أ . ش وفقا لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م.

52) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

53) العز عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الآنام، دار المعرفة، بيروت،(دس ن).

54) علي حسن نجيدة، المدخل إلى دراسة القانون: نظرية الحق،دار الفكر العربي،1992.

55) علي حسين الشرفي، شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، دار المنار، صنعاء، 1993.

56) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ط1، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991.

57) علي محمد علي قاسم، نشوز المرأة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الإسكندرية، 2004.

58) عمر بركات الشامي، فيض الآله المالك في حل الفاظ عمدة السالك وعدة الناسك، ج2، مطبعة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، 1953.

59) عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط2، دار النفائس، الأردن 1997.

60) عمرو عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 1418هـ.

61) عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006.

62) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

63) فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، دار النهضة العربية، ط4، 1980.

64) القاضي هشام قبلان، الزواج في الإسلام و أشكال الزواج المستحدث، مؤسسة الرحاب الحديثة، بيروت، لبنان، ط1، 1999

65) القرافي، الذخيرة، ط1، دار الغرب الإسلامي، تحقيق محمد بوخبزة، 1994.

66) القرافي، أنوء البروق في أنوار الفروق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (دس ن).

67) القطب محمد القطب طبلية، الإسلام وحقوق الإنسان- دراسة مقارنة- ، ط3، دار الفكر العربي، 1983.

68) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.

69) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي، منشورات جمعية الدعوة الإسلامية العالمية، طرابلس، ط1، 1994

70) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3. (دس ن).

71) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،دار الفكر العربي، القاهرة،1977.

72) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (دس ن).

73) محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط1،دار الحديث، القاهرة،2000

74) محمد بن علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام، ط3، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، لبنان، 1980.

75) محمد تقية، مصادر التشريع الإسلامي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1994.

76) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.

77) محمد شتا أبو سعد، أحكام العقود المعلقة على شرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2000.

78) محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر (د س ن).

79) محمد عبيد الكبيسي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط1، دار المعرفة، 1980.

80) محمد عليش، شرح منح الجليل على مختصر خليل، دار صادر، بيروت، لبنان. (دس ن).

81) محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوة على مذهب مالك.

82) محمد كمال عبد العزيز، الوجيز في نظرية الحق، مكتبة وهبة، مصر، (دس ن).

83) محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية،ج1، دار الشهاب، باتنة ، (د س ط).

84) محمد محدة، الخطبة والزواج، ط2، دار الشهاب، الجزائر، 1994.

85) محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة الخطبة والزواج، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، 1994.

86) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام- دراسة مقارنة – دار النهضة العربية، ط2، بيروت، 1997.

87) محمود محمد حمودة، محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، الأردن ، 2000..

88) محي هلال سرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، 1987،

89) المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2،(د س ط).

90) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء، الطبعة التاسعة، سوريا، 1967.

91) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1 (الزواج والطلاق)، المكتب الإسلامي ، ط، 1997.

92) مصطفى شلبي، الفقه الإسلامي بين المثالية والواقعية، الدار الجامعية، بيروت، 1982.

93) معجم الصحاح، الجوهري، إسماعيل بن حماد، ، دار المعرفة، ط3، 2007، ، بيروت، لبنان.

94) مَقدّم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دار الحداثة، بيروت، ط1، 1985.

95) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون: نظرية الحق،دار النهضة العربية، بيروت، 1995.

96) وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ط1، دار الفكر، دمشق،1991

97) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط1، دار الفكر، دمشق، 1991.

98) يوسف القرضاوي، الخصائص العامة للإسلام، ط3، مؤسسة الرسالة، 1985.

باللغة الفرنسية :

1. CHARMONT, Jean, Revue trimestrielle de droit civil, tome 1, Paris, 1902.

2. DABIN, Jean, le droit subjectif, Librairie Dalloz, Paris, 1929.

3. DALLOZ, code civil, Librairie Dalloz, Paris 1979-1980.

4. Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1935.

5. JOSSERAND, Luis, De L'ésprit des droit et de leur relativité, Théorie De L'abus des droits, Librairie Dalloz, Paris, 1927. **Et** cours de droit civil français, Paris, 1933.

6. PLANIOL ET RIPERT, traité du droit civil français tome 6 et tome 7, Paris, 1952.

7. RIPERT Georges, La règle morale dans les obligation civiles, Librairie.

8. SALEILLES, Théorie Générale des obligations, Librairie Dalloz, Paris,1929

ثانيا: المراجع المتخصصة

1) أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العملية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

2) إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، ط1، مطبعة الزهراء الحديثة، العراق، 1984.

3) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج1 (الزواج والطلاق)، دار النهضة العربية، بيروت، بدون سنة.

4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

5) جميل فخري محمد غانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون.

6) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود " عقد الهبة"، ج8، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د س ط.

7) حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر، بيروت، 1986.

8) حسن محمد بودى، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003

9) رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001.

10) سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، ط2، مطبعة جامعة عين شمس، 1988.

11) عبد القادر داودي،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،-دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر، ط1، 2007.

12) علي الخفيف، الحق والذمة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1945.

13) علي محمد فاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.

14) فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، در الفكر للطباعة والنشر، بيروت. (دس ن).

15) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1977.

16) كمال لدرع، نظرة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2001.

17) لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة، دار هومة، الجزائر، 2004.

18) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر،(د س ط)، دمشق، سوريا

19) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي،حلب، 1988.

20) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، حلب، 1998.

21) محمد سعيد رشدي، التعسف في استعمال الحق، أساسه ونطاق تطبيقه، دار النهضة العربية، مصر، (دس ن).

22) محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الدار المتحدة، الجزائر، مكتبة رحاب، مؤسسة الرسالة، دمشق، (دس ن).

23) محمد علي محجوب، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقوانين التي تحكمها، المعهد العالي للدراسات الإسلامية، القاهرة، مصر، 2007..

24) محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية الشريعة، 1988.

25) مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، (د س ط).

26) نشوة العلواني، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم، 2003.

27) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية، البيع، الكفالة، الهبة، الوقف، الطلاق، الخلع، الإقرار، الإجراء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

28) هلال عبد الإله أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

29) وفاء معتوق حمزة فراس،الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة للكتاب،2000.

30) وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر العربي، دمشق، 1987.

31) يوسف قاسم، الوجيز في الميراث والوصية، مطبوعات المعهد العالي للدراسات الإسلامية، 2006.

32) القدومي عبير زكي شاكر، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عمان، دار الفكر، 1428 هـ.

رابعا: المذكرات والرسائل الجامعية.

1) إيهاب علي محمد عبد العزيز، نظرية التعسف في استعمال الحق في حقل الملكية العقارية، **[رسالة ماجستير]**، جامعة الشرق الأوسط،2012.

2) سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، [**سالة دكتوراة]**، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، معهد الشريعة، قسنطينة، السنة الجامعية 1997/1996.

3) عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي،[**رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر**]،كلية الحقوق ، ابن عكنون، 2007/2006.

4) العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، [**رسالة ماجستير، تخصص الشريعة والقانون**]،كلية أصول الدين، الخروبة، الجزائر، **2002**.

5) عز الدين يحيى، حقوق الإنسان العاجز في الشريعة الإسلامية، **[رسالة دكتوراه]** ،جامعة الجزائر، كلية أصول الدين 2003/2002.

6) محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري بحث مقدم لنيل **[شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية]**، جامعة باتنة، 2008-2009.

7) محمد المدخلي، أحكام العضل في فقه الأسرة والنظم المعاصرة، بحث عن كلية الشريعة وأصول الدين، قسم الفقه، السعودية، 2007.

8) مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة– **[رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص]**، كلية الحقوق جامعة تلمسان، سنة **2009**.

9) نسيمة عليوي، العنف ضد المرأة في إطار الزواج، شهادة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2011-2012.

خامسا : المقا لات

1) أحمد فهمي أبو سنة، (مقالة : نظرية التعسف في استعمال الحق، المركز العالمي للوسطية، الموقع الإلكتروني: http://www.wasatiaonline.net

2) جمانة فوزي النعيمات، الطلاق التعسفي ومعايير التعسف في استعماله، مقالة منشورة على الموقع الإلكتروني www.jumana-jfc.com ،2016

3) دورية المعيار ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة ، الجزائر- العدد 09- سنة 2004.

4) سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة.

5) عليان بوزيان، قابلية الحقوق الأسرية للتعسف، مقالة خاصة جامعة إبن خلدون، كلية الحقوق، تيارت،2011.

6) مجلة أضواء الشريعة، العدد الخامس، سنة 1394هـ، مقال الدكتور فوزي فيض الله.

7) مجلة الأحكام العدلية ، مادة 1199، ج3.

8) مجلة الأزهر، ج5، السنة 34، بتاريخ ديسمبر 1962، مقال الشيخ فهمي أبو سنة.

9) مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، الجزائر 2004، العدد 08.

10) مجلة الجامعة، القاهرة، العدد 13، سنة 2009، للدكتورة: مروة صبري، الطلاق التعسفي

11) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، 1962 الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، توفيق حسن فرج، 1961، العدد 3 و4 ، مطبعة جامعة الإسكندرية.

12) مجلة العلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1992، العدد4، العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري.

13) مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة، مقال عيسوي أحمد عيسوي.

14) مجلة الفرقان – مقال لعبد المنعم التمسماني تحت عنوان – الولاية في الزواج بين المذاهب الفقهية و مدونة الأسرة العدد 50/ 1425-2004.

15) مجلة القانون والإقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة عشر، القاهرة، مقال للدكتور: محمود فتحي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية.

16) مجلة القانون والإقتصاد، العدد01، سنة 1947، مقال للدكتور أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية.

17) مجلة القانون والإقتصاد، العدد1، ط17، مطبعة جامعة القاهرة، 1947، مقال الدكتور: أنور سلطان.

18) مجلة القانون والإقتصاد، العدد4، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 33،بتاريخ ديسمبر 1963، مقال الدكتور : عبد الهادي يونس العطاني.

19) مجلة القانون والإقتصاد، محمد زكي عبد البر، إساءة استعمال الحق في الفقه الإسلامي، 1986.

20) المجلة القضائية ، سنة 1992، العدد3، القرار الصادر في 1987/11/09

21) مجلة المحاماة السنة5، ص 324 ؛ وحكم محكمة الزقازيق الإستئنافية، 1924/11/03، المجموعة الرسمية، السنة 26.

22) مجلة دراسات قانونية، شوقي محمد، ضوابط المصلحة والموازنة بينها، الجزائر، 2003، العدد08.

23) مجلة الجامعة ، 2009 ، مروة صبري، الطلاق التعسفي- دراسة فقهية مقارنة- ، عدد 13.

24) مصطفى أشيبان، عدم دستورية بعض مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالتطليق ، مقال منشور بالموقع الإلكتروني : http://www.assabah.press.ma ، بتاريخ: 10/30 2012 .

25) نجلاء الطائي، صحيفة بغداد، مقال بعنوان : قضاة يؤكدون أن القانون العراقي يحمي المرأة من التعسُّف في الطلاق، نقلا عن الموقع الإلكتروني : http://www.almaghribtoday.net/329/144122، بتاريخ : 2017/05/21 الساعة 14.41 مساءا.

26) يوسف حميتو، مبدأ صلة اعتبار المآل بنظرية التعسف في استعمال الحق في فتاوى مالكية الغرب الإسلامي ، مجلة المذهب المالكي،العدد12،على الموقع:http://www.feqhweb.com، 2012/9/28.

27) مصطفى أشيبان؛ عدم دستورية بعض مقتضيات مدونة الأسرة المتعلقة بالتطليق، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: http://www.assabah.press.ma ، بتاريخ: 30 أكتوبر،2017.

28) نايف بن محمد – القانون نت (http://www (kannun.net، موضوع الحضانة ، بتاريخ: 2018/02/05. على الساعة 12.48.

سادسا: القواميس اللغوية.

1) إبن منظور، لسان العرب، إعداد يوسف خياط، دار الجيل،دار لسان العرب، بيروت، 1988.

2) الفيروزآبادي، القاموس المحيط ج63/1، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1403/1983م.

الفهرس العام

الفهرس

كلمة شكر

إهداء

قائمة أهمّ المختصرات

مقدمة.....أ

الفصل التمهيدي:

أصول نظريّة التعسُّف في استعمال الحقّ في التشريع الإسلامي والتّشريعات الوضعيّة

المبحث الأول: أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ ومعاييرها في الشَّريعة الإسلاميّة والتشريعات الوضعية. 02

المطلب الأول: أصل نظريَّة التَّعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي..... 04

الفرع الأول: تعريف الحقّ في اللغة والإصطلاح..... 05

الفرع الثاني: تعريف التَّعسف لغة واصطلاحا..... 10

الفرع الثالث: نظرية التعسف في القرآن الكريم والسنة النبوية..... 13

المطلب الثاني: معاييرُ التّعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي وتقديرها..... 18

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي 19

الفرع الثاني: تقدير معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي 28

المطلب الثالث: أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ في التشريعات الوضعية..30

الفرع الأول: أُصول نظريّة التّعسُّف في استعمال الحقّ في التشريعات الغربية 31

الفرع الثاني : معايير التعسف في القوانين والتشريعات العربية وتقديرها..... 48

الفرع الثالث : تقدير معايير التعسف في التشريعات العربية 59

الباب الأول:

صور التعسف و تطبيقاتها قبل تكون عقد الزواج

الفصل الأول: التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة.

المبحث الأول: ماهية الولاية وشروطها..... 67

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي..... 67

الفرع الأول: لغة:..... 67

الفرع الثاني: اصطلاحا: 68
المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من الولاية والحكمة منها 69
المبحث الثاني: ضوابط الولاية وموقف التشريعات العربية منها 76
المطلب الأول: ولاية التزويج في بعض التشريعات العربية..... 76
الفرع الأول: ولاية الزواج في القانون الأردني 76
الفرع الثاني: ولاية الزواج في القانون الكويتي 79
الفرع الثالث: الولاية في القانون التونسي:..... 81
الفرع الرابع: الولاية في الزواج وفق قانون الأسرة المغربي:..... 84
الفرع الخامس: ولاية الزواج في القانون الجزائري :..... 86
الفرع السادس: الولاية في القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية : 91
المطلب الثاني: المركز القانوني للولي في نصوص قانوني الأسرة 84-11 و05-09 وإمكانية تعسفه في الولاية. 94
الفرع الأول: المركز القانوني للولي في قانون الأسرة 84-11..... 94
الفرع الثاني: المركز القانوني للولي في القانون الاسرة 05-09.....100

الفصل الثاني: التّعسُّف في استعمال حقّ العدول عن الخِطبة

المبحث الأول: ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية وموقف المشرع الجزائري من ذلك. .. 108
المطلب الأول: تعريف الخِطبة والحكمة منها..... 108
الفرع الأول: لغة:..... 108
الفرع الثاني: اصطلاحاً:..... 109
الفرع الثالث: وفي الاصطلاح القانوني:..... 110
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة..... 113
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للخطبة وموقف المشرع الجزائري منها. 113
الفرع الثاني: مظاهر التعسف في العدول عن الخطبة..... 122
المبحث الثاني: أثار استعمال حقّ العدول عن الخطبة، وحكم تعويض الضرر الناجم عنه125
المطلب الأول: آثار استعمال حقّ العدول عن الخطبة..... 126

المطلب الثّاني: حكم تعويض الضّرر النّاجم عن العدول في الخطبة في الفقه الإسلامي. 129
المطلب الثَّالث: حكم تعويض الضرر الناجم عن العدول في الخطبة في القانون الوضعي. 137
الفرع الأول: في بعض القوانين والتشريعات الأجنبية 137
المبحث الثَّالث: موقف المشرع والقضاء الجزائري من الأثر المترتب عن العدول..... 149

الفصل الثّالث: التّعسُّف في استعمال حقّ الإشتراط في عقد الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الشرط وخصائصه. 165
المطلب الأول: مفهوم الشرط 165
المطلب الثاني: خصائص الشرط..... 167
المبحث الثاني: مدى مشروعية الإشتراط في عقد الزواج. 169
المطلب الأول: على ضوء الفقه الإسلامي..... 169
الفرع الأول: الأصل في الاشتراط الحظر..... 169
الفرع الثاني: الأصل في الاشتراط الإباحة. 171
المطلب الثاني: على ضوء التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية..... 176
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري. 176
الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج وفق المشرع الجزائري. 178
الفرع الثالث: موقف بعض التشريعات العربية 188
المبحث الثالث: أشهر صور الإشتراط المصاحبة لعقد الزواج. 193
المطلب الأول: أهم إشتراطات الزوجة على زوجها..... 194
الفرع الأول: شرط عدم التزوج عليها..... 194
الفرع الثاني: شرط العمل أو البقاء في الوظيفة 208
المطلب الثاني: أهم إشتراطات الزوج على زوجته..... 211
الفرع الأول: شرط الطاعة 211

الباب الثاني:
صور التعسف و تطبيقاتها بعد تكون عقد الزواج

الفصل الأول :التعسف في استعمال حقي القوامة والتأديب.

المبحث الأول : التعسف في استعمال حق القوامة. 224
المطلب الأول: مفهوم القوامة 225
الفرع الأول: تعريف القوامة. 225
الفرع الثاني: أسباب استحقاق القوامة. 227
المطلب الثاني: القوامة في ضوء القانون الوضعي. 230
المبحث الثاني :التعسف في استعمال حق التأديب 233
المطلب الأول: مفهوم تأديب الزوجة ومدلوله. 234
الفرع الأول: مفهوم التأديب: 234
الفرع الثاني: المدلول الشرعي لحق الزوج في تأديب زوجته. 235
المطلب الثاني: شروط تأديب الزوجة. 237
الفرع الأول : الصفة : 237
الفرع الثاني: المصلحة :..... 237
الفرع الثالث: مجال استعمال الحق : 238
الفرع الرابع : التزام وسائل التأديب :..... 239
الفرع الخامس : حسن النية :..... 240
المطلب الثالث: الوسائل الشرعية لتأديب الزوجة. 240
الفرع الأول: الموعظة والإرشاد: 241
الفرع الثاني: الهجر في المضجع: 242
الفرع الثالث: الضرب: 242
المطلب الرابع: مظاهر التعسف في استعمال حق التأديب. 244
الفرع الأول: تجاوز الحدود الغائية في حق التأديب. 244
الفرع الثاني : عناصر التعسف في استعمال الحق: 246
الفرع الثالث :آثار التعسف في استعمال حق التأديب. 249

الفصل الثّاني: التّعسف في استعمال حقّ فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: التّعسف في استعمال حقّ الطّلاق. 257
المطلب الأول: مفهوم الطلاق وحكمه والحكمة منه. 259
الفرع الأول: مفهوم الطلاق. 259
الفرع الثاني: حكم الطلاق وأدلة مشروعيته: 260
الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الطلاق. 262
المطلب الثّاني: أوجه التعسف في إيقاع الطلاق 263
الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي وإثبات صورته. 264
الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الطّلاق التعسفي. 284
الفرع الثالث: مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي. 289
المبحث الثاني :التَّعسُّف في استعمال حقّ الخلع. 299
المطلب الأول: مفهوم الخلع وحكمته وطبيعته القانونية. 300
الفرع الأول :تعريف الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه. 301
الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للخلع. 304
المطلب الثاني: أوجه التعسف في استعمال الخلع 306
الفرع الأول: موقف القانون من التعسف في استعمال حق الخلع:. 310
الفرع الثاني : تطبيقات إستبيانية حول ظاهرة الخلع. 315
المبحث الثالث :التَّعسُّف في استعمال حقّ االحضانة. 327
المطلب الأول: مفهوم الحضانة: 327
الفرع الأول: تعريف الحضانة. 327
الفرع الثاني: أصحاب الحق في الحضانة ومراتبهم. 330
الفرع الثالث: أوجه التعسف في استعمال الحق في الحضانة 345
المبحث الرابع: التعسف في الوصية وبعض التصرفات الملحقة بها. 355
المطلب الأول: التعسف في الوصية 356
الفرع الأول: مفهوم الوصية، وحكمها والحكمة منها ومقدارها. 356
الفرع الثاني: صور التَّعسف في الوصية والأثر المترتب عن ذلك 363

الفرع الثالث:آليات منع التعسف في الوصية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة 368
المطلب الثاني : التعسف في الهبة. 373
الفرع الأول: مفهوم الهبة، ودليل مشروعيتها. 376
الفرع الثاني: صور التَّعسف في الهبة والأثر المترتب عن ذلك 388
الخاتمة..... 415
قائمة المصادر والمراجع 426

ولله الحمد أول الأمر وسنتهاه، وهو الموفِّقُ

للصّواب، وبه الإستعانة وإليه المآب.

الملخص:

إن موضوع هذا البحث هو " مجال التعسف في الحقوق الأسرية وما يكتنفه من تضييق أو توسيع " على ضوء الإجتهادات القضائية وأحكام التشريع والفقه الإسلامي، حيث أن نظريه التعسف في استعمال الحق تعد من أهم النظريات التي غيرت النظرة الكلاسيكية إلى الحق باعتباره مكسبا مطلقا

فأصبح ذا قيمة إجتماعية، إذ يعود الفضل لهذه النظرية في ضبط الأفراد حين استعمال حقوقهم المكفولة لهم، وذلك من خلال تقييد استعمالها بما يخقق الغاية من تشريعها، وبما يضمن مصلحة الفرد والمجتمع على حد سواء، وذلك من خلال وضع مقاييس تحدد متى يتحقق التعسف في استعمال الحق.

مع العلم أن الشريعة الإسلامية قد عرفت هذه النظرية منذ أربعة عشر قرنا خلت، وكانت السباقة إلى وضعها ثم أرستها القوانين والتشريعات الوضعية وطبقها القضاء في الكثير من الأقضية.

الكلمات المفتاحية: نظريه التعسف ، التعسف في الحقوق، أحكام التشريع، الحقوق الأسرية.

RESUME

La théorie de l'abus de droit et considérée comme l'une des plus importantes théories ayant change la pensée juridique vis-à-vis au droit absolu, que devenu ensuite un droit caractérisé par les valeurs sociales, en préservant les droits individuels a travers la limitation de son usage, tout en garantissant l'intérêt de l'individu et de la communauté par la détermination des critères et les cas de l'abus de droit.

Cette théorie, de l' abus de droit, et le produit de la législation islamique connue il ya quatorze siècles de ça avant qu'elle soit adoptée par les législations contemporaines, du faite qu'elle soit appliquée par les organes judiciaires dans les cas afférentes.

Mots clés : La théorie de l abus de droit ; législations contemporaines ; droits familiales.

SUMMARY

The theory of abuse of rights and considered as one of the most important theories that has changed the legal thinking towards the absolute right, that then become a right characterized by the social values, preserving the individual rights through the limiting its use, while guaranteeing the interest of the individual and the community through the determination of criteria and cases of abuse of rights.

This theory, of abuse of rights, it s a product of Islamic legislation known fourteen centuries ago before it was adopted by contemporary legislation, as it is applied by the judicial organs in the corresponding cases.

Keywords: The theory of abuse of rights; contemporary legislation; family rights