الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشهيد حمّه لخضرا لوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة تخرج معدة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:

❖ عبد الباسط بوقفة.

إشراف الدكتور:

❖ كينة محمد لطفي.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أحمد خويلدي	دكتور	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	رئيسا
كينة محمد لطفي	دكتور	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	مشرفا ومقررا
حوبة عبد الغني	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي: 2018 – 2019 م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضرالوادي

معهد العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية
في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة تخرج معدة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالب:
❖ عبد الباسط بوقفة.

إشراف الدكتور:
❖ كينة محمد لطفي.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أحمد خويلدي	دكتور	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	رئيسا
كينة محمد لطفي	دكتور	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	مشرفا ومقررا
حوبة عبد الغني	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي	عضوا مناقشا

الموسم الجامعي: 2018 – 2019 م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

إلى التي ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالدعوات، إلى أغلى إنسان في هذا الوجود **أمي الحبيبة** حفظها الله ورعاها.

إلى من عمل بكد وجهد في سبيلي وعلمني ورباني وأحسن تربيتي وأوصلني إلى ما أنا عليه **أبي الكريم** حفظه الله وأدامه لي.

إلى إخوتي وأخواتي الذين شجعوني وأمدوا لي يد العون حفظهم الله.

إلى كل أصدقائي وأحبائي في الله.

إلى أساتذتي وكل رفقاء الدراسة.

إلى كل من وسعتهم مخيلتي ولم تسعهم مذكرتي.

أشكر الله على تمام فضله وامتنانه علي بـأن وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع، وأسأله سبحانه أن يجعل ذلك في موازين الحسنات يوم القيامة وأن ينفع به الإسلام والمسلمين.

ومن باب من لا يشكر الله من لايشكر الناس، أتقدم بباقةشذية من الشكر الخالص إلى أستاذي الفاضل **الدكتور لطفي كينية** ، الذي تفضل بقبول إشرافه على هذا البحث فقد أس دى إلي وافر نصحه وإرشاده، فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء، والشكر موصول إلى أعضاء المناقشة وأسجل شكري وامتناني إلي جامعتي الغالية منهل العلوم، وواحة الأدب والمعرفة، مخرجة الأجيال وصانعة الرجال، والى معهد العلوم الإسلامية تلك الكلية التي جعلها الله سببا للهداية والإرشاد، فجزي الله العاملين فيها خير الجزاء.

مُقَدِّمَة

الحمد لله الذي أتمم علينا نعمه ويسر لنا شرعته فكانت رحمة كلها لا يزيغ عنها إلا هالك، أخرجنا بها من الظلمات إلىالنور، ومن ضيق الدنيا إلى سعة الدنيا والآخرة، والصلاة والسلام على تابعيهم بإحسان إلى يوم الدين.

فأما بعد:

لقد اهتمت القوانين المدنية في العالم الحديث بقضية التعسف في استعمال الحق، كما اهتمت بها القوانين العربية تبعا لاهتمام القوانين الأجنبية لها،وجعلت أحكامها ونظريتها في الصدر من هذه القوانين، وقرر واضعوها وشراحها أن موضوع التعسف هذا تتبسط أحكامه ومعاييره وقواعده على جميع أنواع الحقوق التي تضمنتها القوانين العامة، إلا أن الشريعة الإسلامية كانت السباقة في الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق من القوانين الوضعية ذلك أن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدل والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم وتحقيق مصالحهم ودرء المفاسد، وهي بذلك تختلف عن المذهب الفردي الذي يجعل الفرد أساس وجود القانون ويري أن القانون ما وجد إلا لحماية حقوقه وكافلتها ، وعن المذهب الاجتماعي الذي يرى أن الحق ليس مكنة مطلقة لصاحبه وإنما هو وظيفة اجتماعية لا يكون استعماله إلا لتحقيق خير المجتمع وصالحه ، فنظرية التعسف في استعمال الحق تقيم التوازن بين صالح الفرد والجماعة وتعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يعود عليه من نفع لكنها تقيد هذه الحرية حتى لا تدفع بصاحب الحق إلى تحقيق أغراض أو أهداف غير مشروعة أو تؤدي إلى الإضرار بالغير.

فقد يحدث أحيانا أن يستعمل الشخص حقوقه المعترف بها له شرعا وقانونا ولكن خارج الحدود المسموحة له ، مما يترتب عليه إلحاق ضررا بالغير ، وهو مايصطلح عليه بالتعسف في استعمال الحق فإذا انحرف صاحب الحق عن هذا الغرض يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر أو منعه من الأقدام على مثل هذا الاستعمال

ولقد شرع الله سبحانه وتعالى الزواج وجعله رباطا بين الزوجين في مودة ورحمة وحث كل طرف على سعادته، ومن المعلوم أن الأسرة هي اللبنة الأهم في بناء المجتمع وإنما هي البوابة الرئيسية لصلاح الأمة وقوتها ونهوضها لذلك فقد عنيت الشريعة الإسلامية بالأسرة عناية كبيرة وحرصت أن تبنيها على أسس متينة من صيانة الحقوق ورعاية الواجبات لكل من الزوجين ، في إطار من العدل الذي من شأنه أن يحفظ كل من الزوجين تجاه الآخر وجعلت الحقوق المتقابلة بين الزوجين وهي محور سعادة الأسرة وبقائها.

وإذا كان الرجل قد أعطي الحق في قيادة ركبها والقوامة على أمرها فما ذلك إلا لما هو مطبوع عليه من التروي ورجاحة العقل والقدرة على تحمل الأزمات والتكفل بالنفقة ، وذلك لا يعطيه مطلقا الحق في التسلط والإساءة، إذ أن القوامة هي تكليف له بالقيام بمسؤولياته اتجاه أسرته إلا أن بعض الأزواج يحيدون عن الصواب بالفهم الخاطئ لمعنى القوامة في **قوله تعالى**﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ النساء:34فنجدهم يظلمون المرأة ويتعسفون ضدها لذا تتصدع الحيا ة الزوجية بينهم وينعكس ذلك سلبا على الأبناء وعلى ا لمجتمع.

ونظرا لما تعانيه الأسرة المسلمة من زعزعة لاستقرارها وزيادة لحالات الطلاق الناتجة من تعسف الأزواج في حق زوجاتهم سأطرح الإشكال التالي:

متى يعد الزوج متعسفا في استعمال حقه في القوامة الزوجية ؟

❖أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية الموضوع فيما يلي:

- ✓ إن لموضوع التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية أهمية بالغة في الجانب الفقهي والقانوني، بحيث اهتمت الدراسات الفقهية بموضوع التعسف، لأن الشريعة حرصت على المحافظة على الأسرة وعلى حقوق كل فرد فيها .

✓ و تتمثل أهمية هذا الموضوع في التعرف على ماهية التعسف وأين تبرز مظاهره ،وما هي الدلائل التي تدل على أن هذا الفعل متعسف فيه.

✓وتكمن كذالك أهمية هذه الدراسة في إظهار مدى رغبات الأفراد في تحقيق مصالحهم دون الاهتمام مما قد ينتج عن ذلك من أضرار للغير نتيجة لتصادم الحقوق والمصالح في ما بينها، وباعتبار أن الأسرة هي نواة المجتمع والرجل هو من يرأسها فإن إنقلابه عليها وتعسفه في الحقوق الممنوحة له يؤدي إلى قلب الموازين لهذه الأسرة وتشتيتها، فكان لابد من إبراز مدى دور وعدالة الإسلام في تشريعه للأحكام المتعلقة للأسرة من خلال التدابير والوسائل والوقائية والصلاحية، ولا ننسى دور القانون والقضاء ولا سيما قضاء المحكمة العليا في بسط الحماية من خلال قرارتها التي سايرت مستجدات الحياة ، فالمرأة والأولاد كائنات ضعيفة وفي اغلب الأحيان تكون مستضعفة فطالما كانت هذه الفئة مهضومة الحق فكيف لهؤلاء أن يكون محلا للتعسف من اقرب الناس إليهم .

❖الدراسات السابقة:

ولا شك أن هذه الدراسة سبقتها العديد من الدراسات السابقة في هذا الموضوع، ولكن لم تكن بالكثرة التي تتيح لنا الإلمام بجميع جزئيات الموضوع، ومن أهم هذه الدراسات التي اطلعت عليها في موضوع التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية ما يلي:

✓ا إيمان يونس الاسطل،تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير،الجامعة الإسلامية غزة 2013 .

✓ ليزيد عيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع القانوني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه، جامعة مولود معمري الجزائر 2017 .

✓مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة،جامعة محمد بوضياف المسيلة،كلية الحقوق 2015 .

❖أهداف الدراسة:

- ✓ بيان ما المقصود بالتعسف في استعمال الحق، وما هي الأدلة التي تدرء الأعمال التعسفية للأزواج ضد زوجاتهم .
- ✓ الكشف عن حقيقة الاستعمال التعسفي لحق القوامة .
- ✓ بيان اثر الالتزام بالمفاهيم التي نظمها القرءان الكريم في علاج المشكلات الزوجية، والتي أتى الفهم الخاطئ للقوامة الزوجية ،والتطبيق السلبي لمقتضياتها على رأس أسباب تلك المشكلات
- ✓ بيان حلول مشكلات تعسف الزوج في حق زوجته .
- ✓ يهدف إلى توضيح الطلاق التعسفي وصوره .

❖صعوبات البحث:

ومن أبرز الصعوبات التي واجهتني في هذا البحث :

- ✓ ندرة المراجع التي تتناول تنظيم المشرع الجزائري لموضوع التعسف في استعمال الحق،وكذالك قلتها حول موضوع التعسف بصفة عامة والتي تختص بالتعسف في استعمال حق القوامة بصفة خاصة ذالك بسبب التقيد بعنوان المذكرة والذي يعتبر عنوان دقيق ومحدود.

❖منهج البحث:

لقد انتهجت في بحثي هذا منهجين:

- ✓ المنهج التحليلي وهذا من خلال تحليل اراء وأقوال الفقهاء والنصوص القانونية واستنتاج ما فيها من أحكام.
- ✓ المنهج المقارن ذلك من خلال دراسة الموضوع بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري .

❖ أسباب اختيار الموضوع:

- ✓ عدم توفر بحوث في الموضوع لأن معظم البحوث تناولت التعسف من جوانب أخرى .
- ✓ الرغبة الملحة للبحث في هذا الموضوع وكذلك الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع.

- ✓ الميول الذاتي لدراسة موضوع التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.
- ✓ اهتمام الشريعة الإسلامية بموضوع التعسف في استعمال الحق، وتنظيمه بنظرية لا تضاهيها التشريعات الحديثة، وإظهار عدالتها التي لم تترك الحقوق مطلقة دون ضوابط تستعمل بصورة عشوائية فوضوية،وإنما جعلت لها غايات تؤول إليها ووازنت بين مصالح الفرد وغيره من الإفراد، وكذا بين مصالحه ومصالح الجماعة بصورة تحقق الانسجام وتقضي على الخصام
- ✓ بيان التنظيم العبقري الذي تميز به الإسلام فيما يتعلق بشؤون الأسرة ونفي ماتنشره الأبواق المسمومة من ظلم للمرأة، وإطلاق يد الرجل في التسلط عليها وهضمها حقوقها مما جعلهم يتنادون بتحرير المرأة ما ذلك إلا لجهلهم أو سوء نيتهم بأن الإسلام هو المحرر الأول للمرأة من برائن العبودية، فقد نقلها نقلة نوعية جعلها أميرة في مملكتها الصغيرة بصورة لم ولن تحظى بها في أي من النظم الأخرى.

❖ إشكالية البحث :

- ✓ متى يعد الزوج متعسفا في استعمال حقه في القوامة الزوجية ؟

ويتفرع عن هذا الإشكال أسئلة فرعية منها:

- ✓ ما مفهوم التعسف في استعمال الحق.
- ✓ ما هو المراد من تعسف الزوج في استعمال حق القوامة الزوجية .
- ✓ ما هي أهم صور التعسف في استعمال حق القوام الزوجية.

❖ خطة البحث:

الفصل الأول:ماهية التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق فقها وقانونا

المطلب الثاني: أدلة درء التعسف فقها وقانونا

المطلب الثالث: معايير التعسف فقها وقانونا.

المبحث الثاني: مفهوم القوامة الزوجية.

المطلب الأول: تعريف القوامة الزوجية فقها وقانونا.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية القوامة فقها وقانونا

المطلب الثالث: أسباب القوامة الزوجية فقها وقانونا.

الفصل الثاني: نماذج من التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.

المبحث الأول: صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية فقها وقانونا.

المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الطلاق ودليل مشروعيته فقهاً وقانوناً.

المطلب الثاني: الطلاق التعسفي وصوره فقهاً وقانوناً.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.

المطلب الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة ودليل مشروعيته فقها وقانونا.

المطلب الثاني: التأديب التعسفي للزوجة وحكمه فقها وقانونا

الفصل الأول:

- **ماهية التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.**
  - **مفهوم التعسف في استعمال الحق.**
  - **مفهوم القوامة فقها وقانونا.**

منح الله الزوج حق القوامة وسلطة تأديب الزوجة ورعايتها وإصلاح أمرها وتعليمها وسبب هذه القوامة، لأن للرجل الفضل على امرأته بالعقل والحزم والرأي والقوة ، وإعطاء هذا الحق للرجل لا يوجب أن يكون الرجل متعسفا في حق زوجته ، ويظهر معيار التعسف في استعمال الزوج لحقه في القوامة عندما يقصد الإضرار بالزوجة، ويتجاوز حدود السلطة الممنوحة له والمستمدة من حقه في القوامة ويستخدمها بما يناقض قصد الشارع، من حفظ ورعاية وصيانة وولاية وإصلاح لها.

وعليه فسأقسم هذا الفصل الأول إلى مبحثين:

فأما المبحث الأول فسأتناول فيه: مفهوم التعسف في استعمال الحق فقها وقانونا.

وأما المبحث الثاني: فسأتناول فيه مفهوم القوامة فقها وقانونا.

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق.

الزواج في الإسلام هو البنية الأولى التي يتأسس عليها المجتمع ، وقد وصفه القر آن الكريم بالميثاق الغليظ ورتب عليهالشرعحقوقا لكل واحد من طرفيه تعد في ذات الوقت واجبا على الآخر.

ومما لا شك فيه أن نظرية التعسف في استعمال الحق عرفت ومازالت تعرف تطبيقا واسعا في شتى المجالات لاسيما ما يتعلق منها بالعلاقة بين الزوجين، لذا نجد كل من الشريعة الإسلامية والقانون قد اهتما وعالجا كل ما قد تطرأ على هذه العلاقة المقدسة من اضطرابات قد تؤثر على وحدتها واستمرارها.

وسأتعرض لهذه المسألة في هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف التعسف فقها وقانونا.

المطلب الثاني: أدلة درء التعسف فقها وقانونا.

المطلب الثالث: معايير التعسف فقها وقانونا.

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق فقهاوقانونا.

سأتناول في هذا المطلب تعريف التعسف من الناحية اللغوية وهذا في الفرع الأول، ثم انتقلتإلى تعريفه من الناحية الفقهية في الفرع الثاني ونقلت فيه أقوال الفقهاء والمحدثين.

الفرع الأول: تعريف التعسف في اللغة.

مأخوذ من عسف، والعسف هو السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك، يقال: اعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه ، والتعسيف: السير على غير علم ولا أثر، وعسف المفازة: قطعها كذلك؛ ومنه قيل: رجل عسوف إذا لم يقصد قصد الحق.[1]

وقال الزبيدي: والتعسف السير على غير علم ولا أثر، والعسف ركوب الأمر بلا تدبر ولا زاوية وكذلك التعسف، والاعتساف وإعتسفه ركبه بالظلم[2].

الفرع الثاني: تعريف التعسف اصطلاحاً.

أولا: عند الفقهاء الأصوليين القدامى: لم يتطرق الفقهاء الأصوليين القدامى إلى اصطلاح التعسف بمفهومه الخاص، وإنما عبروا عنه ب إطلاقات ومفاهيم أخرى منها: الإضرار، التعنت، المضارة، والعمل غير المشروع...

- الإضرار ذكره الشاطبي في مسألة الصلاة في الدار المغصوبة[3].
- وأطلق عليه الاستعمال المذموم[4].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، ط.3، ج9،دار صادر بيروت، 1414هـ، ص245.

[2] الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، د.ط، ج11،دار الهداية، د.ت، ص160.

[3] الشاطبي، الموافقات، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط.1، ج3،دار بن عفان، 1997م، ص507.

[4] المصدر نفسه، ص507.

- وأطلق عليه مناقض الشارع[1].
- ذكره السرخسي باصطلاح التعنت[2].
- وغيرها من الإطلاقات الأخرى.

ثانيا:التعسف عند الفقهاء المعاصرين:

عرفه أحمد أبو سنة:"هو تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا"[3].

وعرفه فتحي الدريني:" بأنه مناقضة الشارع في تصرف مأذون به شرعاً بحسب الأصل"[4].

ومن خلال التعريفين السابقين نلاحظ أنهم اختلفوا في أن التعسف يندرج تحت مفهوم التعدي والمجاوزة.

ومنه نستخلص تعريفاً مختاراً للتعسف ؛ وهو التعريف بين التعسف والمجاو زة، فالتعسف يكون في استعمال حق ثابت شرعاً، وأما المجاو زة فهي تكون بتعدي حدود الحق والإتيان بفعل غير مأذون به شرعاً.

الفرع الثالث: تعريف التعسف قانوناً:

لم يرد مصطلح التعسف في استعمال الحق في التشريعات العربية أو الغربية، بل تم التطرق إلى حالاتهوطبيعته القانونية.

أما في مايخص القانون المدني الجزائري فقد ورد التعسف في استعمال الحق في المادة 41الملغاة، ثم بعد ذلك نص عليه في التعديل الجديد في مادة 124 مكرر، إلا أن الفقه القانوني اهتم بمسألة

---

[1] الشاطبي، المصدر السابق ، ص120.

[2] السرخسي، أصول السرخسي،د.ط،ج2،دار المعرفة بيروت، ص215.

[3] أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،مقال منشور علىموقع الألوكةhttp/www.ahukah.net، 16-5-2008م.

[4] الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.4، مؤسسة المذكرة، بيروت، 1988م، ص70.

تعريف التعسف في استعمال الحق ، واختلفوا في ذلك بناء على اختلافهم في نظرتهم إليه، ومع ذلك يمكن إعطاؤه تعريفاً قريباً من مضمونه.

فيقصد بالتعسف في استعمال الحق؛ استعمال صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانوناً بكيفية غير مقبولة، **مثل**: ذلك المالك الذي يبني جداراً في حدود ملكه، ولكن يرتفع به قصد منع الضوء والهواء عن جاره[1].

فالقانون المدني الجزائري اهتم بنظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وخصص لها نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، والتي جاءت صياغتها عامة، مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض[2].

فيعرف شراح القانون التعسف بتعريفات كثيرة نذكر منها:

-التعسف: هو استعمال الحق على وجه غير مشروع؛ بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له.

-التعسف:هو استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح أو بقصد إلحاق الضرر بالغير أو كلا الاستعمالين.

-التعسف:هو انحراف بالحق عن غايته، وفي نفس المعنى عرفه آخرون التعسف: هو التخلف عن غاية الحق ومناقضتها[3].

فالمشرع الجزائري نص عليه في المادة 124 مكرر من القانون المدني، التي أضيفت بموجب الأمر (10/5) الذي جاء فيها:" يشكل الاستعمال التعسفي للخطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

---

[1] بلحرابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،رسالة لنيل شهادة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 م، ص52-53.

[2] مريم غماري، التعسف في استعمال حق الوصية في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2017م، ص11.

[3] أحمد الصويعي، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد.38، 2008م، ص20.

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

-فالتعسف لم يعرف، بل حدد حالاته على سبيل المثال لا على سبيل الحصر[1].

المطلب الثاني: أدلة درء التعسف فقها وقانونا.

لقد تطرقت في هذا المطلب إلى الشواهد والأدلة التي تؤكد درء التعسف في استعمال الحق من الناحية الشرعية، وذلك من خلال الاستدلال بالقرآن الكريم والسنة النبوية وأقوال الصحابة.

الفرع الأول:الأيات القرءانية في درء التعسف .

تنوعت الآيات في درء التعسف ، إلا أني قد اخترت بعضاً منها مع تفسيرها.

1-قَالَ تَعَالَى:﴿ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[ال بقرة:233].

ذكر الطبرى في تفسيره عن مجاهد:فيقوله"لا تضار والدة بولدها"، لا تأبى أن ترضعه ليشق ذلك على أبيه، ولا يضار الوالد بولده، فيمنع أمه أن ترضعه ليحزنها.

وذكر القرطبي في تفسيره للآية:لا تأبى الأم أن ترضعه إضرارا بأبيه ، أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحل للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع[2].

وجه الدلالة: أن الآية تفيد بوجوب حماية كل من الأب والأم أن يضر أحدهما بالآخر بسبب الولد، وذلك باستعمال ما منح لهم م نحقه كوسيلة لهذا الإضرار، وبذلك تعد الآية دليلاً على عدم جواز التعسف في استعمال الحق، وأصلاً من أصول النظرية[3].

---

[1] الصادق طريفي، التعسف في استعمال الحق، مطبوعة موجهة لطلبة السنة أولى ماستر،السداسي الأول، جامعة آكلي محند أو لحاج البويرة، 2016-2017م، ص20.

[2] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت. أحمد البردوني، ط.2، ج3، دار الكتب المصرية، 1964م،ص167.

[3] الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق،المرجع السابق، ص90.

2-قَالَ تَعَالَى:﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسۡجِدٗا ضِرَارٗا وَكُفۡرٗا وَتَفۡرِيقَۢا بَيۡنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَإِرۡصَادٗا لِّمَنۡ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبۡلُۚ وَلَيَحۡلِفُنَّ إِنۡ أَرَدۡنَآ إِلَّا ٱلۡحُسۡنَىٰۖ وَٱللَّهُ يَشۡهَدُ إِنَّهُمۡ لَكَٰذِبُونَ ١٠٧﴾[التوبة: 107].

ذكر صاحب اللباب في تفسيره عن ابن عباس وعامة المفسرين أنهم بنوا هذا المسجد ضراراً، يعني مضارة للمؤمنين، والضرار: محاولة الضر، كما أن الشقاق محاولة ما يشق ،و «كفرا» قال ابن عباس: يريد به ضراراً للمؤمنين، وكفرا بالنبي – عليه الصلاة والسلام –[1].

وجه الدلالة: أن بناء هذا المسجد كان بباعث المضارة لمسجد أهل القباء ، وتقوية النفاق كما أن بناءه لئلا يجتمع المسلمون في مسجد واحد ، بل يتفرقوا لأكثر من مسجد فيؤدي ذلك إلى اختلافهم وافتراق كلمتهم[2].

إن بناء المساجد وإن كان مأموراً به شرعاً، ومن الواجبات ،إلا أنَ بناءها إنما شرع لإقامة شعائر الله، وتجميع المسلمين واعتصامهم بحبل الله المتين وتوحدهم، ولما كان الباعث على بناء المساجد أصبح ذلك تعسفاً بعد أن كان واجباً مشروعاً، وعُومل المنافقون بنقيض قصدهم منع أهل الإيمان من ارتياده[3].

3-قَالَ تَعَالَى:﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ١٢﴾[النساء: 12].

فالمقصود في ﴿ غَيۡرَ مُضَآرّٖ﴾[النساء:12] .هو نهي عن أن يقصد الموصي من وصيته الإضرار بالورثة.

---

[1] سراج الدين البلقيني، اللباب في علوم القرآن، ت. أحمد محمد عوض معوض، ط.1، ج10، دار الكتب العلمية بيروت، 1998م، ص204.

[2] الشربيني، السراج المنير،د.ط، ج.1،مطبعة بولاق القاهرة، د.ت، ص594.

[3] إيمان يونسيحي الدين الأسرطل، تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،رسالة لنيل درجة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية: غزة، 2013م، ص29.

والإضرار منه ما حدده الشرع، وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله ، وقد حدده النبي صلى الله عليه وسلم ،بقوله لسعد بن أبي وقاص «الثلث والثلث كثير» ، ومنه ما يحصل بقصد الموصي بوصيته الإضرار بالوارث ولا يقصد القربة بوصيته، وهذا هو المراد من قوله تعالى: غير مضار.

ولما كانت نية الموصي وقصده الإضرار لا يطلع عليه فهو موكول لدينه وخشية ربه، فإن ظهر ما يدل على قصده الإضرار دلالة واضحة، فالوجه أن تكون تلك الوصية باطلة لأن قوله تعالى: غير مضار نهي عن الإضرار، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه[1].

الفرع الثاني:الأحاديث النبوية في درء التعسف.

1 -رُوي عن عمر بن يحي المازني عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « لا ضَرر ولا ضرار»[2].

ذكر ابن رجب في كتابه أن العلماء اختلفوا: هل بين اللفظين – أعني الضرر والضرار – فرق أم لا؟ فمنهم من قال: هما بمعنى واحد على وجه التأكيد، والمشهور أن بينهما فرقا، ثم قيل: إن الضرر هو الاسم، والضرار الفعل، فالمعنى أن الضرر نفسه منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق كذلك.

وقيل: الضرر: أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار: أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به، كمن منع ما لا يضره ويتضرر به الممنوع، ورجح هذا القول طائفة، منهم ابن عبد البر، وابن الصلاح.

وقيل: الضرر: أن يضر بمن لا يضره، والضرار: أن يضر بمن قد أضر به على وجه غير جائز.

وبكل حال فالنبي صلى الله عليه وسلم ،إنما نفى الضرر والضرار بغير حق.

فأما إدخال الضرر على أحد بحق، إما لكونه تعدى حدود الله، فيعاقب بقدر جريمته، أو كونه ظلم غيره، فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل، فهذا غير مراد قطعا، وإنما المراد: إلحاق الضرر بغير

[1] الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، د.ط، ج4،دار تونسية للنشر تونس، 1984م، ص266.

[2] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ج4، ص1078.

حق، وهذا على نوعين: أحدهما: أن لا يكون في ذلك غرض سوى الضرر بذلك الغير، فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه[1].

وجه الدلالة: وقد دل الحديث على تحريم الضرر ، لأنه إذا نفى ذاته دل على النهي عنه ،ولأن النهي لطلب الكف عن الفعل وهو يلزم منه عدم ذات الفعل فاستعمل اللازم في الملزوم، وتحريم الضرر معلوم عقلا وشرعا ، إلا ما دل الشرع على إباحته رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة، وذلك مثل إقامة الحدود ونحوها ،وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة[2].

2 –عن النعمان بن بشير– رضي الله عنه– عن النبي صلى الله عليه وسلم: « مَثَلُ القَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالوَاقِعِ فِيهَا، كَمَثَلِ قَوْمٍ اسْتَهَمُوا عَلَى سَفِينَةٍ، فَأَصَابَ بَعْضُهُمْ أَعْلاَهَا وَبَعْضُهُمْ أَسْفَلَهَا، فَكَانَ الَّذِينَ فِي أَسْفَلِهَا إِذَا اسْتَقَوْا مِنَ المَاءِ مَرُّوا عَلَى مَنْ فَوْقَهُمْ، فَقَالُوا: لَوْ أَنَّا خَرَقْنَا فِي نَصِيبِنَا خَرْقًا وَلَمْ نُؤْذِ مَنْ فَوْقَنَا، فَإِنْ يَتْرُكُوهُمْ وَمَا أَرَادُوا هَلَكُوا جَمِيعًا، وَإِنْ أَخَذُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ نَجَوْا، وَنَجَوْا جَمِيعًا »[3].

وجه الدلالة: يدل الحديث على أنه ليس للمالك أن يستعمل حقه في ما يملك بصورة تدخل الضرر على من حوله[4].

كما أن الحديث يشير إلى منع تعسف الأفراد في استعمال حقوقهم ،وإلحاق الضرر بمجموع المسلمين، وهي وضيفة مجتمعة فلا بد أن تسود في المجتمع ثقافة رعاية مصالح الجماعة ، وأن تأخذ بيد من يخل بهذا النظام لكي ينجو جميعاً[5].

3–عن سعيد بْن جبير، قال:« بعث عمر بْن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن وكثر المسلمات: إنه بلغني أنك تزوجت امرأة من أهل المدائن من أهل الكتاب فطلقها فكتب إليه: لا

---

[1] أحمد ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ت. شعيب الأرنؤوط، ط.7، ج2، دار المذكرة بيروت، 2001م،ص212.

[2] الصنعاني، سبل السلام، د.ط،ج2،دار الحديث، د.ت، ص122.

[3] أخرجه البخاري، كتاب الشركة، باب هل يقرع في القسمة والإستهام فيها، ج3، ص139، ح2493.

[4] ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د.ط، ج5، دار المعرفة بيروت، ص 13،ح2095.

[5] الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده،ط.3،ج.1، مؤسسة المذكرة بيروت،1984م، ص75-76.

أفعل حتى تخبرني: أحلال أم حرام، وما أردت بذلك! فكتب إليه: لا بل حلال، ولكن في نساء الأعاجم خلابة، فإن أقبلتم عليهن غلبنكم على نسائكم فقال: الآن، فطلقها»[1].

وجه الدلالة: فحكم التزوج بالكتابية حكم شرعه الله في كتابه بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ﴾ [المائدة:5].

وكنا نرى عمر بن الخطاب –رضي الله عنه– ينهى عن ذلك في بعض الظروف دفعاًلمفسدة عظمى، تترتب على هذا المباح قيمته، حماية للصالح العام ،بإبعاد وقوع الفتنة بين المسلمات اللواتي يكثر عددهن وينصرف رجال المسلمين عنهن بجمال الكتابيات، وكلاهما صار بالمصلحة العامة[2].

الفرع الثالث: أثار الصحابة في درء التعسف.

وردت آثار عن الصحابة في درء التعسف نذكر منها:

1 –أخرج مالك عن عمرو بن يحي المازني؛ عن أبيه؛ أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى محمد،فقال له الضحاك: لم تمنعني؟ وهو لك منفعة ، تشرب به أولا وآخراولا يضرك ، فأبى محمد. فكلم فيه الضحاك، عمر بن الخطاب، فدعا عمر بن الخطاب محمد بن مسلمة ،فأمره أن يخلي سبيله. فقال محمد: **لا**. فقال عمر: لم تمنع أخاك ما ينفعه؟ وهو لك نافع تسقي به أولا وآخراوهو لا يضرك. قال ;محمد: لا. فقال عمر: والله، ليمرن به على بطنه، فأمره عمر أن يمر به ففعل الضحاك»[3].

2 – أخرج مالك عن عمرو بن يحي المازني، عن أبيه، أنه قال: كان في حائط جده، ربيع لعبد الرحمن بن عوف ، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط، هي أقرب إلى

[1] محمد بن جرير الطبري، تاريخ الرسل والملوك، ط.2،ج.3،دار التراث بيروت، 1387هـ، ص588.

[2] مصطفى شلبي، تعليل الأحكام، د.ط، دار النهضة العربية بيروت، 1981م، ص43.

[3] أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الأطعمة، باب القضايا في المرفق، ج4، ص1079، ح2760.

أرضه، فمنعه صاحب الحائط ، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله»[1].

وجه الدلالة: ظاهر الأثر يدل على أنه ليس للجار أن يمنع جاره مما تشتد حاجته إليه كمرور الماء، مادام لا يعود عليه بالضرر، ففي إمرار الماء من أرض محمد بن سلمة نفع له والضحاك رفضه لذلك قرينة على قصد الإضرار بجاره معامله عمر بنقيض قصده ، لأن متعسف في استعمال حقه[2].

الفرع الرابع:أدلة درء التعسف قانونا:

إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض للأدلة التي تدرء التعسف لا فيه ولا في غيره من فروع القانون الأخرى، إلا أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ،قد جوزت الرجوع إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ،في حال ما إذا لم يوجد نص في مسألة ما.

وعليه يمكن القول أن الأدلة التي تدرء التعسف التي وضعها فقهاء الشريعة ،يمكن أن تكون مصدرا للقانون الجزائري ،سدا للفراغ الذي يعانيه.

المطلب الثالث: معايير التعسف فقها وقانونا.

سأتكلم في هذا المطلب عن معايير التعسف، وذلك في الفرعين التاليين، فأما الفرع الأول فبينت فيه معايير التعسف شرعا،وأما الفرع الثاني فخصصته لبيان معايير التعسف في استعمال الحق في القانون.

الفرع الأول: معايير التعسف شرعاً:

إن نظرية التعسف في الفقه الإسلامي تجمع بين معياريين رئيسيين هما:

أولاً:المعيار الذاتي أو الشخصي: وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق، إلى التصرف بحقه من قصد الإضرار، أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.

[1] كتاب الاطعمة ،المصدر نفسه، ص1080، ح2761.

[2] إيمان يونس الأسطل، المرجع السابق، ص33.

ثانياً: المعيار المادي: الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ووسيلة في ذلك الموازنة، فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض والحقوق الفردية مع المصلحة العامة من باب أولى.

وأبحث عن هذين المعياريين الرئيسيين بالتفصيل: فالمعيار الأول فهو ذو شقين:

1 -تمحض قصد الإضرار.

2 -الباعث غير المشروع[1].

1- تمحض قصد الإضرار: وينطلق هذا المعيار على الحالات التي يستغل فيها صاحب الحق ما شرع له سلطة في استعمال الحق للإضرار بغيره، ولا شك أن هذا الاستعمال علاوة على أنه مناقضة صريحة لمقصد الشارع من تقرير الحقوق، فإنه مخالفة صارخة لنصوص الشريعة التي تمنع القصد إلى الأضرار بالآخرين ولآداب الإسلام العامة التي تحث على التؤدَة والتراحم والتعاون، وأن يحب أحدهم لأخيه المسلم ما يحبه لنفسه.

وهذا المعيار لابد لانطباقه على الواقعة من توافر شرطين:

أ-أن يكون مقصوداً ومعتمداً.

ب-أن يتمحض قصد الإضرار بأن لا يخالطه قصد نفع النفس ولو أتت المنفعة عرضاً، فلا تؤثر في كون الفعل متعسفاً فيه، فالنية قد تمحضت للإضرار والقصد قد استغرق المصلحة التي حققها[2].

والقصد إلى الإضرار بالغير ممنوع في الشريعة الإسلامية، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو تحقيقه، لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق، وقد حرمته الشريعةالإسلامية في مناسبات عدة، بينتها النصوص الواردة في القرآن والسنة النبوية، وقد ذكرناها سابقاً[3].

---

[1] الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق،المرجع السابق، ص242.

[2] مجيد أبو حجيرة، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، ط.1، دار العلمية عمان، 2002م، ص36-37.

[3] أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، لكتاب الخراج، ت. طه عبد الرؤوف سعد،ط.1، ج1، المكتبة الأزهرية مصر، ص112.

2-الباعث غير المشروع:

يتحقق هذا المعيار عند استعمال الحق في غير الغرض والمصلحة التي شُرع من أجلها؛ أي يكون الباعث من استعمال الحق مخالفاً لقصد الشارع، فيكون بذلك باطلاً بالضرورة، فلا خلاف بين علماء الشريعة في هذا الأمر وذلك لأن الخروج عن غاية الحق تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة الإسلامية،وهدم لقواعدها في استعمال الأفراد لحقوقهم.

مثل: إن من أوضح الأمثلة على هذا المعيار نكاح التحليل فالشارع قصد إلى ديمومة الزواج واستمراره،ونشر المودة والرحمة والألفة بين الزوجين والتناسل، إلا أن المحلل لم يقصد المصلحة المشروعة،وإنما الزوجة مطلقها ثلاثاً فهو بتصرفه لم يقصد الإضرار بغيره وإنما قصد مصلحة مناقضة للمصلحة التي يقصدها الشارع[1].

واتفق العلماء على أن نية التحليل إن أدرجت شرطاً في العقد فإنها تقع باطلة، وأكثرهم على أنها مبطلة للعقد لما في ذلك من المناقضة الجلية لمقصود الشارع من النكاح[2].

أما المعيار الثاني المادي أوالموضوعي:

سبق بيان أن المعيار الشخصي أو الذاتي يتأثر بالبواعث والنوايا التي يعتمد فيها الشخص المستعمل لحقه مخالفة لمقصد الشارع ،من تقرير الحق والشريعة الإسلامية لم تقصد على ذلك الجانب،بل منعت صاحب الحق من استعمال حقه إذا أدى ذلك إلى الإضرار الفاحش أو الراجح بغيره، ولو بدون قصد.

الفرع الثاني:معايير التعسف في استعمال الحق قانوناً:

إن تطبيق القاعدة التشريعية وتفعيلها من شأنه أن يترك آثاراً، وهذه الآثار ترتب بدورها التزاماتوتقرر حقوقاً، ويمكن أن تكون عامة أو خاصة، وإن استعمال هذه الحقوق استعمالاً سيئاً قد يلحق الأذى بالآخرين بصورة مقصودة أو غير مقصودة، والمشرع لا يبرر هذه الإساءة في

---

[1] جميل فخري محمد حاتم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط.1،دار حامد الأردن، 2009م، ص1687.

[2] إيمان يوسف الأسطل،المرجع السابق، ص43

استعمال الحق، لأنه يقف على مسافة واحدة من جميع أطياف المجتمع ، وبغية تحقيق المساواة، وإقامة التوازن بين الحقوق الفردية المتعارضة، أو بين الحق الفردي وحق الجماعة ولدت نظرية التعسف في استعمال الحق، وعليه فقد نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والمادة 5 من قانون الإجراءات المدنية على التعسف في استعمال الحق ، وخصصت بذكر معيارين المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي.

أولاً: المعيار الشخصي:

يعد هذا المعيار من أقدم المعايير وأكثرها شيوعا في التشريعات القديمة خاصّة [1]، وأول معيار وضع في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث أول من اهتم بهذا المعيار الفقيه الفرنسي جورج ريبير، ويكون الشخص متعسفا إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير فالحقوق تتقرر لتحقيق المصالح لا الإضرار بالآخرين ، و من خصائص هذا المعيار توافر نية الإضرار بالغير من طرف صاحب الحق، وهو الغرض الوحيد من استعماله لحقه، وبالتالي يعتبر متعسفا في هذا الاستعمال حتى ولو عادت عليه منفعة غير مقصودة ولكن بصفة ثانوية[2]، مثال ذلك المالك الذي يبني جدارا مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة متعسفا في استعمال حقه حتى ولو زادت منفعة الأرض، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار [3]، أو كمن يستعمل حق الطلاق من أجل الإضرار بالطرف الآخر، وقد نص المشرع الجزائري على هذا المعيار في المادة 1/124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

---

[1] كيرة حسين، المدخل إلى القانون، ط6،منشأة المعارف مصر، 1993م، ص773.

[2] المرجع نفسه، ص755.

[3] السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ط3، مج2، ج2 ص958.

وعليه فمعيار قصد الإضرار بالغير لايكفي لاعتبار صاحب الحق متعسفا، بل يجب علاوة على ذلك أن يكون منحرفا عن المألوف للشخص العادي [1]، وإذا ماتبين للقاضي انتفاء التعسف وفق هذا المعيار، فإنه قد يعتمد على معيارآخر[2].

2-المعيار الموضوعي:

ويتمثل هذا المعيار في وجود صورتين:

الصورة الأولى: عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق به:

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة ولو مشروعة في استعمال حقه حتى تنقضي عنه شبهة التعسف، بل ينبغي أن تكون هذه المصلحة ذات قيمة تبرر ماقد يصيب الغير من ضرر جراء استعمال الحق، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود عل ى الغير بحيث لايوجد بينهما تناسب إطلاقا،فيصبح استعمال الحق أمرا غير مشروع ، فنرجح مصلحة الغير على استعمال حق الفرد[3].

لهذه الصورة تطبيقات كثيرة من بينها نص المادة 2/708منالقانون المدني الجزائري ، التي تقضي بأنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه دون عذر قوي، إذا كان يضر بجاره الذي يستتر ملكه بالحائط[4]، ويتحقق كذلك هذا المعيار في حالة إذا ماحجز الدائن على أموال مدينه مايزيد كثيرا عن مستحق الدين ،وذلك طبقا لنص المادة 621 من قانون الإجراءات المدنية الجزائية،التي تنص على ما يلي: "لايجوز أن يتجاوز التنفيذ ....القدر الضروري الذي يقتضيه حق الدائن وما استلزمه من

---

[1] السنهوري أحمد عبد الرزاق،المرجع السابق، ص957.

[2] كيرة حسن، الموجز في أحكام القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م، د.ط، ص139.

[3] علي فيلالي، الالتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2002، د.ط، ص58.

[4] أمر رقم75-58مؤرخ في 26سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، القانون السابق.

مصاريف". ويكون إصرار مالك العقار المرتفق به على استعمال حق الارتفاق بالرغم من انعدام التناسب بين الفائدة والأعباء الواقعة على العقار المرتفق به تعسفا في استعمال حق الارتفاق[1].

الصورة الثانية: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها:

لايكفي أن تكون المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها، من وراء استعمال حقه، ظاهرة وذات قيمة أو نفع ،ولو كان كبيرله، بل يجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، لأن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ماتحققه من مصالح مشروعة ، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة ، يجردها من قيمتها ويخلع عنها حمايته، وتكون المصلحة غير المشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون وتتعارض مع النظام العام والآداب العامة.[2]

ففي بعض الحالات يفضي استعمال الحق تلقائياً إلى نتائج ضارة غير مشروعة ترجح أو تزيد على المنافع التي يستوفيها صاحب الحق فتنظر الشريعة إلى التصرف في مثل هذه الحالات بنتائجه في حد ذاتها بقطع النظر عن القصد حتى ولو كان حسناً[3].

إن الشريعة الإسلامية جاءت بالتوازن والعدل المطلق الذي لا يتماشى مع إلحاق أضرار فاحشة بالآخرين، لتحقيق مصالح شخصية حتى وإن كانت المصالح حقاً شرعياً فغاية الحق في الشرع غاية اجتماعية يجب المحافظة فيها على حقوق الآخرين، وهو ما يعرف بالطبيعة المزدوجة للحق، وهذا المعيار يؤكد ارتباط النظرية بفقه الموازنات التي يقوم بالنظر إلى ثمرات الأفعال المتوازنة بين ما تعارض منها حتى لا تجيء متناقضة مع مقاصد الشريعة[4]

---

[1] بومنير وهيبة وبوكموشنيسات، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرةبجاية، 2013م، ص36.

[2] محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، د.ط، ج2، منشورات الحلبي القانونيةبيروت، 2007م، ص543.

[3] الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق،المرجع السابق، ص98.

[4] إيمان يوسف الأسطل، المرجع السابق، ص24.

المبحث الثاني: مفهوم القوامة الزوجية.

لقد كثر الحديث عن قوامة الرجل على المرأة، فالبعض استغلها للاستعلاء على المرأة والتسلط عليها والانتقاص منها ، والبعض الآخر جعل منها مدخلاً للقدح في الدين، ولبيان أن الإسلام ينظر إلى المرأة على أنها دون الرجل، وبنى بعض الفقهاء عليها أحكاماً بعيدة عما جاءت القوامة لأجله، ولهذا السبب سأتناول هذا المبحث في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف القوامة الزوجية فقها وقانونا.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية القوامة الزوجيةفقها وقانونا.

المطلب الثالث:أسباب القوامة الزوجية فقها وقانونا.

المطلب الأول: تعريف القوامة الزوجية.

سأتناول في هذا المطلب تعريف القوامة الزوجية من الناحية اللغوية في الفرع الأول، ومن الناحية الشرعية في الفرع الثاني ومن الناحية القانونية في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تعريف القوامة في اللغة:

من قام يقوم قوما وقام؛ أي انتصب قائما من قوم وقيم وقوام وقيام والجمع أقوام وأقاوم وأقاويم ،أما أوزانها قيوم على زون فيعول وقيام على وزن فيعال نحو ديون وديان، وأصلها من قوم؛ فالقوم والواو وأصله القيمة أنك تقيم هذا مكان ذلك يقال هذا قوام الدين والحق؛ أي به يقوم[1].

[1] ينظر:ابن منطور،المصدر السابق،ج12، ص496، القاموس المحيط، آبادي،ط.8، ج1، مؤسسة المذكرة بيروت، 1426هـ، ص1152.

الفرع الثاني:تعريف القوامة من الناحية الاصطلاحية:

من خلال التمعن في أقوال الفقهاء [1]—رحمهم الله- من حيث استعمالهم للفظ القوامة نجد أنهم يريدون أحد المعاني الآتية:

1-القيم على القاصر: وهي الولاية التي وكل بها القاضي شخصا رشيدا بحسب إصلاح القاصر في أموره المالية.

2-القيم على الوقف: وهي الولاية التي بموجبها يفوض صاحبها بحفظ المال الموقوف بحسب شروط الوقف.

3-القيم على الزوجة: وهي الولاية التي بموجبها يقوم الزوج بتدبير زوجته والقيام بما يصلحها[2].

يقول الجصاص:" قيامهم عليهن بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة"[3].

فالقوامة هي قيام الرجل على أهله أميناً عليهم مؤدباً ومعلماً وحريصاً ومرشداً، وكذلك تعني الحماية والولاية والكفاية والحفظ والإصلاح والرئاسة ،التي يتصرف فيها المرؤوس بإرادته واختياره، وليس معناها أن يكون المرؤوس مقهوراً مسلوب الإرادة، لا يعمل عملاً إلا ما يوجهه إليه رئيسه، فالإسلام كرم المرأة في جميع نواحي الحياة، فقد كفل لها سبل الاستقرار والحياة الكريمة وجعلها ملكة في بيتها، وألزم الرجل بتبعات واسعة تحفظها، فكلف الزوج

[1] ينظر: القرطبي، المصدر السابق، ج2،ص249. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2،ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م، بتصرف.

[2] محمد بن سعد بن محمد المقرن، القوامة الزوجية أسبابها وضوابطها مقتضاها ، مجلة العدل،جامعة الملك سعود الرياض، العدد 22، 1428هـ، ص12-13.

[3] الجصاص، أحكام القرآن، ت.محمد علي شهين، ط.1، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، 1994، ص236.

بالخروج للعمل من أجل الإنفاق عليها ، وفي حين حفظ لها كرامتها وشخصيتها المستقلة ؛ فهي في البيت محترمة مقدرة وإن أرادت الخروج للعمل فهي كذلك[1].

فالقوامة في معناها: قام الرجل على المرأة قام بشأنها، وقام على أهله تولى أمرهم، وقام بنفقتهم، ويقال هذا قيم للذي يقوم بأمرها ويهتم بحفظها، فقوامة الرجل هي القيام بشؤون الزوجة بالإنفاق عليها وحفظها ومولى أمرها، وهي كذلك تعني الإنفاق والإصلاح والرعاية والقيادة ويتصرف فيها المرؤوس بإرادته واختياره، ولا يكون المرء معها مقهوراً مسلوب الإرادة لا يعمل عملاً إلا يوجهه إليه فائدة[2].

فالقوامة في الشريعة الإسلامية ما هي إلا آلية تنظيمية تفرضها ضرورة التسيير إلا من الأسرة المسلمة القائمة بين الرجل والمرأة وما ينتج عنها من نسب طيب وفي شأن القوامة بين الرجل والمرأة هناك فروق ثلاثة فأما أن يكون الرجل هو القيم أو المرأة هي القيم، أويكونا معاً قيمان[3]

ومن خلال التعريف اللغوي والاصطلاحي للقوامة نجد أن التعريف الاصطلاحي لا يكاد يخرج عن التعريف اللغوي، فهو يدور حول الحفظ والصيانة والإصلاح والتدبير، فكل هذه المعاني هي التي تراد بها القوامة.

الفرع الثالث:مفهوم القوامة في القانون الجزائري:

لم يحدد قانون الأسرة الجزائري مفهوم القوامة الزوجية صراحة ،إلا أنه من نص المادة 36 من الفقرة الأولى يفهم ضمنيا وجوب اعتراف الزوجين بواجبات الحياة المشتركة ، ومن هذه الواجبات اعتراف الزوجة بسلطة الزوج عليها للحفاظ على الرابطة الزوجية ، وهذه السلطة تقتضيها مصلحة

---

[1] جمعة صالح الكربي، ق وامة الرجال على النساء في كتب التفس ير،رسالة لنيل درجة ا لم اجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2017م، ص9.

[2] محمود مجيد سعود الكبيسي، قوامة الرجل على زوجته، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة ، عدد19، 2004م، ص35.

[3] مسلم اليوسف، بحث في القوامة،مقال منشور على موقع الألوكة.www.alukah.net/shari، 18-1-2012م،ص2-3.

الأسرة، فلا بد من وجود من يخضع له أفراد الأسرة ويكون له حق توقيع الجزاء على من يخرج عن حدود نظامها .

أما القانون الجنائي،فاعترافه بحق الزوج في التأديب ضمن أسباب الإباحة دليل على اعترافه بقوامته عليها، فلولم يكن هذا الحق مستندا إلى السلطة "القوامة" لما أباح ضرب التأديب التي يمارسها الأزواج على زوجاتهم بشكل ضمني غير مباشر.[1]

ومما أستنتجه من المشرع الجزائري ؛ أنه لم يعرف القوامة صراحة ، ولكن نص عليها ضمنيا فالمشرع الجزائري يتفق مع الشريعة على سلطة الزوج على زوجته ، وهذا حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] اليزيدعيسات، ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2017م ،ص135 -136.

المطلب الثاني: أدلة مشروعية القوامة.

إن الحكمة الإلهية قد أولت القوامة للرجل دون المرأة، وسأقوم في هذا المطلب بدراسة مشروعيتها من الكتاب في الفرع الأول ومن السنة في الفرع الثاني ومن المعقول في الفرع الثالث ومن القانون في الفرع الرابع

الفرع الأول: دليل القوامة من الكتاب:

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[ال سناء:34].إن الأصل في قوامة الرجل على الزوجة هو ما نصت عليه هـ ذه الآية الكريمة، وقد نص ذلك جمهور العلماء من الفقهاء والمفسرين، ولذلك سأعرض بعض أقوالهم:

قال ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: {الرجال قوامون على النساء} أي: الرجل قيم على المرأة، أي هو رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت[1].

قال الطبري: يعني بقوله جل ثناؤه: "الرجال قوّامون على النساء"، الرجال أهل قيام على نسائهم، في تأديبهن والأخذ على أيديهن فيما يجب عليهن لله ولأنفسهم ، "بما فضّل الله بعضهم على بعض"، يعني: بما فضّل الله به الرجال على أزواجهم: من سَوْقهم إليهنّ مهورهن، وإنفاقهم عليهنّ أموالهم، وكفايتهم إياهن مُؤَنهنّ. وذلك تفضيل الله تبارك وتعالى إياهم عليهنّ، ولذلك صارُوا قوّامًا عليهن، نافذي الأمر عليهن فيما جعل الله إليهم من أمورهن[2].

وقال ابن العربي:" المعنى هو أمين عليها يتولى أمرها، ويصلحها في حالها؛ قاله ابن عباس،"[3].

---

[1] ابن كثير، المصدر السابق، ج2، ص292.

[2] الطبري، تفسير الطبري، المصدر السابق، ج8، ص290.

[3] ابن العربي، أحكام القرآن، ت. محمد عبد القادر عطا، ط.3، ج. 1،دار العلمية بيروت، 2003م، ص530 .

وقال البغوي:"والقوام والقيم بمعنى واحد والقوام ابلغ، وهو قائم بالمصالح والتدبير والتأديب"[1]

وقال القرطبي :" ويقومون بالنفقة عليهن والذي عنهن...، وقوام فعال للمبالغة من القيام على الشيء "[2].

قال الجصاص:" لكل واحد من الزوجين على صاحبه حقاً ، وإن الزوج مختص بحق له عليها ليس لها عليه مثله"[3].

الفرع الثاني: الأدلة على القوامة من السنة:

جاءت أحاديث كثيرة تأمر فيها صلى الله عليه وسلم، المرأة بطاعة زوجها مادام ذلك في حدود الشرع، وما دام في حدود قدرتها واستطاعتها ، قَالَ تَعَالَى:﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: 228].

ومن تلك الأحاديث :

1-عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لاَ يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَصُومَ وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلاَ تَأْذَنَ فِي بَيْتِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَمَا أَنْفَقَتْ مِنْ نَفَقَةٍ عَنْ غَيْرِ أَمْرِهِ فَإِنَّهُ يُؤَدَّى إِلَيْهِ شَطْرُهُ»[4].

قال ابن حجر:"وهذا القيد لا مفهوم له ، بل خرج مخرج الغالب وإلا فغيبة الزوج لا تقتضي الإباحة للمرأة أن تأذن لمن يدخل بيته بل يتأكد حينئذ عليها المنع لثبوت الأحاديث الواردة في النهي عن الدخول على المغيبات" [5].

---

[1] البغوي، معالم التنزيل في تفسير القرآن، ط.1، ج.1، إحياء التراث بيروت، 1420هـ، ص700.

[2] القرطبي، المصدر السابق، ج5، ص31.

[3] الجصاص، المصدر السابق، ص 453 .

[4] أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب لا تأذن المرأة في بيت زوجها إلا بإذنه، ج7، ص30.

[5] ابن حجر، المصدر السابق، ج9، ص296.

وقال الشوكاني:" إن النهي محمول على عدم العلم برضا الزوج ، أما لو علمت رضاه بذلك فلاحرج"[1].

2-عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ، فَأَبَتْ أَنْ تَجِيءَ، لَعَنَتْهَا المَلاَئِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»[2].

3-عن عبد الرحمن بن عوف قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: "إذا صلت المرأة خَمْسَها، وصامَت شهرها، وحَفظت فرجها، وأطاعت زوجَها، قيل لها: ادخلي الجنةَ من أيّ أبواب الجنة شئت"[3].

4-ما روى جابر بن عبد الله- رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ، لَا يَمْلِكْنَ لِأَنْفُسِهِنَّ شَيْئًا، وَإِنَّ لَهُنَّ عَلَيْكُمْ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ حَقًّا أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا غَيْرَكُمْ، وَلَا يَأْذَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِأَحَدٍ تَكْرَهُونَهُ"[4]

وجه الاستدلال من الحديث: أن الزوج استحق على امرأته الأمور المذكورة في الأحاديث بسبب قوامته عليها في النكاح[5].

الفرع الثالث:الأدلة العقلية:

إن الحياة الزوجية عيش مشترك بين اثنين فهي بمثابة شركة لابد لها من رئيس، وقيم عليها يكون الرجوع إليه عند الاختلاف والزوج بما أودعه الله عز وجل من تركيب، وبما أوجب عليه من تكاليف هو المخول للقيام بهذه المهمة[6].

---

[1] الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، ت.محمد صبحي،د.ط،ج.7،مكتبة الجيل الجديد، صنعاء – اليمن، د.ت، ص3357.

[2] أخرجه البخاري، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، ج4، ص16.

[3] رواه أحمد في مسنده، حديث عبد الرحمان بن عوف الزهري، ج.2، ص307، صححه الألباني في الصحيحة.

[4] رواه أحمد في مسنده، حديث عمر ابن حرة الرماشي، ج.34، ص300.

[5] وفاء بنت عبد العزيز السويلم، المرجع السابق، ص400.

[6] المرجع نفسه، ص400.

الفرع الرابع:أدلة القوامة في القانون الجزائري:

إن المشرع الجزائري قد أحال موضوع القوامة إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعرف ، وبالتالي فقانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة بالتفصيل الواجب ، بل انه ذكر في المادة 36 أربعة فقرات تدور حول حقوق وواجبات الزوجين ،لو صهرناها لاستنتجنا واجب الزوجة في طاعة زوجها، حيث ذكر عبارة دالة على القوامة التي تفضي إلى طاعتها له من جهة ، وعدم إضراره بها والقيام بما عليه من واجبات كزوج حفاظا على الأسرة والحياة المشتركة والمعاشرة بالمعروف ، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والتعاون على مصلحة الأسرة والتشاور حول شؤونها ، ومن خلال تصفح قانون الأسرة والفلسفة التي يقوم عليها ،نرى أن قيادة الأسرة قد أسندت إلى الزوج وماينتج ع م ذلك من آثار قانونية مادية وهي خاصة بالنفقة والميراث وغير مادية مثل طاعة الزوجة لزوجها وتسمية الأولاد على أبيهم[1]

فالمشرع الجزائري قد أخذ أحكام القوامة من الشريعة الإسلامية ، وهذا من خلال نص المادة 222 من القانون الجزائري.

[1] اليزيد عيسات، المرجع السابق ، ص141 .

المطلب الثالث: أسباب القوامة الزوجية.

لقد دعت الضرورة لكل بيت قيم يقوم عليه ويدبر أمره ويحفظه، وهذا القيم ينبغي أن يستمع له ويطاع ما لم يأمر بمعصية الله سبحانه وتعالى، وهذا القيم على البيت هو الرجل الذي نصبه المولى تبارك وتعالى في قوله تعالى:﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾ [النساء:34].وقد بين المولى تبارك وتعالى في هذه الآية الكريمة سببين لقوامة الرجل على المرأة.

الفرع الأول: " بما فضل الله بعضهم على بعض " وهذا نص من الله تعالى على تفضيل الرجال على النساء ،بما ركب الله سبحانه في الرجال من صفات وسمات وخصائص اقتضت تفضيل الرجال على النساء، وسواءاً كانت تلك الخصائص والصفات من جهة الخلفية التي خلق الله عليها الرجال، أم من جهة الأواصل الشرعية التي تطلب من الرجال دون النساء[1].

ولأن الرجال أفضل من النساء، والرجل خير من المرأة؛ ولهذا كانت النبوة مختصة بالرجال وكذلك الملك الأعظم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: "لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة" رواه البخاري ، وكذا منصب القضاء وغير ذلك.

{وبما أنفقوا من أموالهم} أي: من المهور والنفقات والكلف التي أوجبها الله عليهم لهن في كتابه وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، فالرجل أفضل من المرأة في نفسه، وله الفضل عليها والإفضال، فناسب أن يكون قيما عليها، كما قال تعالى:﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞ﴾ [البقرة:228][2] .

قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ يقومون عليهن آمرين ناهين، كما يقوم الولاة على الرعايا ، وسموا قوّاما لذلك، والضمير في بَعْضَهُمْ للرجال والنساء جميعاً، يعنى إنما كانوا مسيطرين عليهن بسبب تفضيل اللَّه بعضهم وهم الرجال، على بعض وهم النساء، وفيه دليل على أنّ الولاية إنما تستحق بالفضل، لا بالتغلب والاستطالة والقهر ، وقد ذكروا في فضل الرجال: العقل، والحزم، والعزم، والقوّة، والكتابة- في الغالب، والفروسية، والرمي، وأنّ منهم الأنبياء والعلماء، وفيهم الإمامة الكبرى

[1] محمد بن سعد بن محمد المقرن، المرجع السابق، ص20.

[2] ابن كثير، المصدر السابق، ج.2، ص292.

والصغرى، والجهاد، والأذان، والخطبة، والاعتكاف، وتكبيرات التشريق عند أبي حنيفة، والشهادة في الحدود، والقصاص، وزيادة السهم، والتعصيب في الميراث، والحمالة، والقسامة، والولاية في النكاح والطلاق والرجعة، وعدد الأزواج، وإليهم الانتساب، وهم أصحاب اللحى والعمائم[1].

قال ابن كثير: وإنما أقيمت المرأتان مقام الرجل لنقصان عقل المرأة، كما قال مسلم في صحيحه: عن أبي هريرة، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "يا معشر النساء، تصدقن وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار"، فقالت امرأة منهن جزلة: وما لنا -يا رسول الله -أكثر أهل النار ؟ قال: "تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن". قالت: يا رسول الله، ما نقصان العقل والدين؟ قال: "أما نقصان عقلها فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي لا تصلي، وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين"[2].

أي أن مسوغ التفضيل وإعطاء درجة القيادة له أمران:

أ - تكوين الرجل بزيادة خبرته واتزانه وعقله وإعداده لتحمل الأعباء والكفاح والعمل.

ب - إلزامه الإنفاق على المرأة.

الفرع الثاني: السبب الثاني في قوله تعالى: ﴿ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾ [النساء: 34]. حيث جعل سبحانه وتعالى إنفاق الرجل على النساء، سبباً لقوامتهم عليهن، إذ أن الرجل اكتسب خاصية القوامة لكونه القائم على الزوجة من جهة الإنفاق والتدبير والحفظ والصيانة، ولا يرد هنا فرضية إنفاق الزوجة على زوجها ،مما يجعلها هي صاحبة القوامة، إذ ذلك مخالف للأصل الذي جعله الشارع ، فالأصل أن الإنفاق يكون على الرجل الذي يقوم بالمهر والنفق والمسكن لزوجته، وأما ما شذ عن ذلك فهو مخالف للأصل[3].

---

[1] الزمخشري، الكشاف، ط.3، ج.1،دار الكتاب العربي-بيروت، 1407هـ، ص505.

[2] ابن كثير، المصدر السابق، ج.1، ص724.

[3] المصدرنفسه، ص22.

﴿ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾، أيمن المهور والنفقات والكلف التي أوجبها الله عليهم لهن في كتابه وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم[1].

وبعد التتبع والاستقراء تستنبط من كلام العلماء أن سبب قوامة الرجل للمرأة:

- ✓ كمال العقل وتمييزه.
- ✓ كمال دينه كله، فالطبيعة التي خلق عليها جعلت تكليفه أكثر من المرأة.
- ✓ إعطاء المرأة صداقها ومهرها والنفقة عليها.
- ✓ أن الرجال عادة يكون منهم الأنبياء والرسل والخلفاء الغزاة والأمراء.
- ✓ إن الرجل بطبيعته أقوى من المرأة بقوة بدنية ونفسية ، فهو يتحمل المشاق والمتاعب والأعباء[2].

ثانياً:أسباب القوامة في القانون الجزائري :

عند البحث عن أسباب القوامة الزوجية ، نجد أن تفضيل الإسلام للرجل ومن ورا ﷺ تشريعات الأحوال الشخصية، بما فيها قانون الأسرة الجزائري يرجع ذلك إ لى سببين :

–أولا: تفضيل الرجل على المرأة في أصل الخلقة ، إذ خلقت بعض الصفات والقدرات فيه لم تخلق فيها ،فهو أنسب للقيام بوظيفة الرئاسة والإدارة، كما فضل المرأة على الرجل في أصل الخلقة إذ خلقت وفيها بعض القدرات التي تجعلها انسب للقيام بوظيفة أخرى.

–ثانيا: الإنفاق وذلك نظرا لقدرته العقلية والبدنية التي تمكنه من كسب المال وجلبه فهو في هذا أنسب وأفضل من المرأة ،لذا كلف الرجل بأعباء لم تكلف بها المرأة وفي ذلك إرهاق للرجل وراحة للمرأة، ولابد لهذا التعب حق مقابل ،وإلا لكان الرجل مظلوما لأن التسوية في جميع النواحي مع عدم التسوية في التكاليف، تسوية لا تقوم على العدل .[3]

---

[1] الطبري، المصدر السابق، ج.2، ص680.

[2] عمران جمال حسن، مفهوم القوامة في الشريعة الإسلامية، مجلة كركوك، العدد2، 2011م، ص4-5.

[3] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص138.

وبالرجوع إلى الأسباب التي ميزت بها الشريعة الرجل ليكون قواما على زوجته، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ نفس الأسباب،وهو مايتفق مع الشريعة الإسلامية في ذلك.

الفصل الثاني:

نماذج من التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.

- صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية فقها وقانونا.
- التعسف في استعمال حق التأديب الزوجة فقهاً وقانوناً.

الفصل الثاني: نماذج من التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.

إن نظرية التعسف في استعمال الحق وليدة الشريعة الإسلامية، والتي تتصف بالعموم والشمولة، فإن هذه النظرية عرفت تطبيقا واسعاً على صعيد جميع الميادين، إلا أنه يمكن اختيار بعض المجالات التي تعتبر ميداناً خصباً لهذه النظرية، وتتمثل في تطبيق النظرية على محيط الأسرة، فكثيراً ما يتعسف الأزواج في استعمال حقوقهم المعترف بها لهم شرعاً وقانوناً على نحو يلحق ضرراً بزوجاتهم .

وسأتعرض لهذه المسألة من خلال هذا الفصل في المبحثين التاليين :

المبحث الأول أخصصه لبيان بعض صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية فقها وقانونا.

أما المبحث الثاني فسأخصصه لتعسف في استعمال حق التأديب الزوجة فقهاً وقانوناً.

المبحث الأول: صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية فقها وقانونا.

حرصت الشريعة الإسلامي على استقرار الأسرة ودوامها، محققة السعادة لكل أفرادها زوجاً وزوجة وذرية، ونبهت الشريعة الزوجين إلى قدسية الزواج وقوته وسمته ميثاقاً غليظاً، وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها بصفة مؤقتة، كما دعت الشريعة الزوجين المتنافرين إلى الصلح، ودعت أهلها إلى التوفيق بينهما ثم بغضت في الطلاق، وبينت أن ما أباحه إلا لضرورة ، وهذا بعد استنفاذ جميع طرق الإصلاح والتوفيق، وأعطت الشريعة للزوج الحق في إقاع الطلاق بإرادته المتفردة متى دعت الضرورة إلى ذلك .

وهذا ما سأبينه في هذا المبحث التعسف في استعمال حق الطلاق، ودليل مشروعيته فقهاً وقانوناً في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سأتناول الطلاق التعسفي وصوره فقهاً وقانوناُ.

المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الطلاق ودليل مشروعيته فقهاً وقانوناً.

أعطت الشريعة الإسلامية للرجل الحق في الطلاق، وهو كذلك حق معترف به قانوناً في جميع القوانين، إلا أنه مقيد بعدم التجاوز إل درجة التعسف، ولهذا سأتناول لهذا المطلب من خلال الفروع الآتية: الفرع الأول أتناول فيه تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي، والفرع الثاني تعريف الطلاق قانونا، وأما الفرع الثالث مشروعية الطلاق

الفرع الأول: تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي.

لقد عرف الفقهاء الطلاق بتعاريف متقاربة، تتفق فيما بينها على المعنى المقصود شرعاً وتختلف إلى حد ما في دقة الصياغة .

ويعرف الطلاق في اصطلاحهم؛ بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج في الحال والمآل ،بلفظ منصوص، أو ما يقوم مقامه ،وبذلك أدرج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء بالتعاريف التالية نذكرها على سبيل الحصر:

عرفه الحنفية: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[1].

وعرفه الشافعية: هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[2].

[1] ينظر:علاء الدين الحصكفي ،الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط.1، ج.1، دار الكتب العلمية بيروت،2002م،ص205.عبد الغني الدمشقي، اللباب في شرح الكتاب،ط.1، ج.3، المكتبة العلمية، بيروت – لبنان،ص37.

[2] ينظر:زكريا الأنصاري،أسنى المطالب في شرح روض الطالب،ج.3، دار الكتاب الإسلامي،ص263. أبو بكر (المشهور بالبكري،إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين،ط.1،ج.4،دار الفكر بيروت، 1997 م،ص5.

ومما يلاحظ على التعريفين ،أنه لا يوجد خلاف بينهما فعندهما أن الطلاق هو رفع للنكاح وحل له بلفظ يدل عليه كالطلاق ونحوه[1].

فحل الرابطة الزوجية في الحال ،يكون بالطلاق البائن، وفي المآل؛ أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي ،واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام.

فالطلاق معناه انتهاء الرابطة بين الزوجين بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمناً، فالطلاق إنهاء لعقد الزواج لسبب من الأسباب ،التي توجب انتهاء الرابطة الزوجية[2].

ويعرفه **عبد الرحمان الصابوني**: بأنه انفصال الزوجين عند استحالة الحياة المشتركة بينهما، وتختلف مدة الانفصال حسب درجة الطلاق الذي يبدأ بطلقة واحدة وهو البينونة الصغرى، ويصل إلى ثلاث طلقات وهو البينونة الكبرى[3].

ويعرفه المالكية: بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته[4].

ويعرفه الحنابلة: بأنه حل قيد النكاح أو بعضه[5].

---

[1] مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،رسالة لنيل درجة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016م، ص9.

[2] مخالفية سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق،رسالة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2016م، ص9.

[3] عبد الرحمان الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام،د.ط،د.ج، دار الفكر القاهرة،2011م، ص76.

[4] أبو محمد الثعلبي، المعونة على مذهب عالم المدينة، ت: حميش عبد الحقّ،ج.1، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز – مكة المكرمة،ص825.

[5] عبد الرحمن بن قاسم ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط.1،ج.6، 1397 هـ، ص 482.

ومن خلال التعريفات السابقة للطلاق نجد أنها متفقة على أن الطلاق رفع قيد النكاح وحله، ولكن منهم من يرى ومن بينهم جميل فخري حاتمأن أدقهذه التعريفات هو تعريف الحنفية والذي يعرف الطلاق بأنه :" رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".[1]

الفرع الثاني: تعريف الطلاق في القانون الجزائري.

لقد عرف القانون الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، بقوله:" الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين ،أو بطلب من الزوجة ،في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".

واستعمل المشرع الجزائري كلمة حل والتي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواءاً بإرادته المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي، وقانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق ، لم يخرج من دائرة الفقه الإسلامي فقد عرفه بأنه حل عقد الزواج فهو يوافق تعريف ابن قدامة الذي عرفه:"حل قيد النكاح" وغيره أيضاً[2].

فمن خلال المادة آنفة الذكر المشرع قد جعل الطلاق مشتركاً بين الزوج والزوجة ،في حالة الاتفاق أو الاختلاف، وكذلك لم ينصَّ على صفة من يوقع الطلاق، لأن الأزواج أصناف مجنون،عاقل ،هازل، جاد، و مخطىء، فهو لم ينصَّ على أركان الطلاق كما نص على أركان الزواج من صفة المطلق، وبما يقع .

فالمشرع يريد تقييده وجعله بيد القاضي مع أن الطلاق يقع بمجرد نطق الزوج به سواءاً وافق القاضي أم لا، فهو لم يعط تعريفاً دقيقاً للطلاق ولا لبيان أركانه ولا شروطه، بل ترك ذلك للفقه

[1] يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي،رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، 2015م، ص9.

[2] المرجع نفسه، ص9-10.

الإسلامي وما لم يوجد في القانون يتم الرجوع إليه في أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[1].

فالطلاق الذي يعتد به قانوناً هو؛ ما كان عن طريق حكم قضائي وبمفهوم المخالفة لا يعتد بالطلاق الشفوي حتى وإن كان طلاقاً شرعياً من منظور الشريعة الإسلامية، وفي هذا يتناقض مسلك الشرع معها.

فقد جعل المشرع الطلاق خاضعاً لإشراف القضاء الذي يكون له السلطة التقديرية في التحقق من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق[2].

ومما نستنتجه من خلال التعريف الشرعي والقانوني للطلاق فإن المشرع الجزائري قد سار وخطى على ما خطى به رجال الشريعة في تعريفهم للطلاق، فالمشرع الجزائري يعتبر الشريعة عنده مرجع من المراجع التي يعتمد عليها في عملية التشريع.

الفرع الثالث: مشروعية الطلاق.

الطلاق من حيث أصله مشروع، وقد وردت فيه نصوص من القرآن والسنة والإجماع والمعقول تفيد ذلك، كما سبق التطرق إليه فإن الشريعة الإسلامية أباحته عند الحاجة ونظمته بإحكام ولم تسمح بوقوعه إلا وفق ضوابط وأحكام وقيود غاية في الدقة ينبغي الإلتزام بها[3].

أولاً: القرآن الكريم:

قَالَ تَعَالَى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة: 229].

فوجه الدلالة: من الآية أن هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات وتقديره ثلاث طلقات ويجوز الرجعة في اثنين ولا تجوز في الثالثة ، وفي هذا قال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد أن المراد بالآية

[1] مسعودة بودية، المرجع السابق، ص10.

[2] الصادق ضريفي، المرجع السابق، ص52.

[3] مخالفية سعاد، المرجع السابق، ص9.

التعريف بسنة الطلاق؛ أي من طلق اثنين فليتق الله في الثالثة فإما تركها غير مظلومة شيئاً من حقها وإما أمسكها محسناً عشيرتها، فالآية نزلت لتنظيم الطلاق وتغيير الذي كان يسرى عليه في الجاهلية حيث لم يكن له حد معين بل كان بيد الزوج مطلقاً، وكثيراً ما يتعسف فيه ليحرم الزوجة من حقوقها لا هي مطلقة ولا هي متزوجة فكان يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقه راجعها ما شاء[1].

قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَ﴾[ق: 1].

فوجه الدلالة: في هذه الآية الكريم بينت أن الطلاق موجه إلى الرجل وهذا يدل على أن صاحب الحق في إقاع الطلاق هو الرجل، فالآية هنا صريحة وتفيد إباحة الطلاق **وقوله تَعَالَى:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ ﴾[** البقرة:236].

فوجه الدلالة: في هذه الآية أيضاً أنها بينت رفع الحرج عن الزوج إذا أراد طلاق زوجته قبل الدخول ، وهنا الخطاب موجه إلى الزوج صراحة مما يدل أن صاحب الحق في الطلاق هو الزوج وهو مملوك له[2].

ثانياً: مشروعية الطلاق من السنة:

لقد وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم، تفيد وتنص على مشروعية الطلاق، نذكر منها:

1 – عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ، عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَسَأَلَ عُمَرُ بْنُ الخَطَّابِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ

[1] مسعودة بودية،المرجع السابق، ص11.

[2] لمين لبنى، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة لنيل درجة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر–1–، 2015م، ص108.

تَطْهُرَ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»[1].

2- عن عبد الله بن عمر، قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[2]

3 - عن قيس بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة بنت عمر، فدخل عليها خالاها قدامة وعثمان ابنمظعون، فبكت وقالت: والله ما طلقني عن شبع، وجاء النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "قال لي جبريل عليه السلام: راجع حفصة، فإنها صوامة قوامة، وإنها زوجتك في الجنة"[3]

والنبي صلى الله عليه وسلم لا يفعل المحظور ، كما طلق بعض الصحاب ة رضوان الله عليهم زوجاتهم فلم ينكر الرسول عليهم ذلك، فقد طلق عمر —رضي الله عنه أم عاصم وطلق عبد الرحمان بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة —رضي الله عنهم- حيث كان له أربعة نسوة، فأقامهن بين يديه صفاً وقال أنتن حسان الأخلاق ناعمات الأرداف طويلات الأعناقفاذهبن فأنتن طالق ، فدل ذلك على أنه مباح[4].

[1] أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، قول الله تعالى: {يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة}، ج.7،ص.41،ح.5251.

[2] أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، ج.1، ص.656، ضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة.

[3] أخرج الحاكم ،المستدرك،ج.4، ص.15، والطبراني، المعجم الأوسط،من اسمه أحمد، ج. 18،ص.934. ورجاله ثقات غير قيس بن زيد، فإنه تابعي صغير مجهول، وفي المتن وهم، ينظر: الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، الدارمي، ت. الأرنؤوط،ج.10، ص.102.

[4] ثابت حنان، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل درجة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016م، ص17.

ثالثاً: الأدلة من الإجماع على مشروعية الطلاق.

أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر ذلك أحداً فكان ذلك إجماعاً إلا إذا كان الطلاق لسبب غير مشروع[1].

رابعاً: الأدلة من المعقول على مشروعية الطلاق.

فإن النفس الإنسانية ليست في حالة واحدة، فالتوافق بين الزوجين قد يصير تنافر وتفارق النكاح تتحول إلى مفاسد، يزيد الاضطراب في الحياة المشتركة وتصبح رابطة النكاح صورة من غير روح، فالبقاء على النكاح حينئذ يصير مفسدة وقد شرع الطلاق دفعاً لهذه المفسد وحفاظاً على كيان المجتمع من المفاسد[2].

المطلب الثاني: الطلاق التعسفي وصوره فقهاً وقانوناً.

الشريعة الإسلامية أعطت للرجل الحق في الطلاق، وهو حق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول، إلا أن بعض الأزواج استعملوا هذا الحق بطريقة غير مشروعة ،وهو ما يسمى بالطلاق التعسفي، وهذا ما سأبينه في الفرع الأول وأما في الفرع الثاني فسأخصصه لصور الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.

إن الطلاق هو رفع النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل يكون بعد العدة؛ أي بالطلاق الرجعي واللفظ المخصوص كلفظ البائن والحرام.

---

[1] مسعودة بودية، المرجع السابق، ص12.

[2] أمين الجابر، الطلاق في الإسلام، مجلة كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد10، 1992، ص311-312.

فالطلاق التعسفي لم يرد لفظه في كتب الفقهاء القدامى ولا على ألسنتهم، لكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في الغرب ونشأ مع نظرية التعسف.

ويعرف الطلاق التعسفي: بأنه مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح ،حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص؛ أيأنه مخالفة قصد الشارع في إيقاع الطلاق، فالهدف عند الشارع هو الخلاص من الحياة الزوجية التي تستحيل فيها الحياة بين الزوجين معاً، فهو أمر تحدثه الضرورة؛ أي أنه يكون فقط عند الحاجة مع ما يترتب عنه من إضرار، فكل طلاق يكون بسبب غير شرعي ولغير حاجة، يكون قد ناقض الشارع من مشروعيته، وبذلك يكون متعسفاً في استعمال حقه[1].

وعلى ذلك فإن الطلاق التعسفي،هو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق، ولكن إقاعه يكون بدون سبب معقول وبدون تصرف من قبل الزوج وبدون طلبها أو رضاها، إنما هو يقع لمجرد قصد الإضرار بها، وهنا يكون الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعاً وقانوناً[2].

وبناء على ما سبق فإنه يمكن الإعتماد على المعايير الآتية لاعتبار الطلاق طلاقاً تعسفياً:

- أن لا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة كأن تكون ناشزاً.
- أن لا يكون بطلبها أو رضاها.
- أن تصاب الزوجة المطلقة بضرر من جزاء هذا الطلاق.
- أن يقع الطلاق من قبل الزوج دون سبب مبرر أو ضرورة تدعوا إليه فإذا ما توفرت هذه الشروط بدعوى الطلاق عُد الزوج متعسفاً في استعمال حقه[3].

---

[1] بلحرابي سعاد، المرجع السابق، ص32-33.

[2] أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقه، د.ط، د.ج، دار الكتب القانونية مصر، 2014م، ص119.

[3] مخالفية سعاد، المرجع السابق، ص11-12.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري.

عند البحث في التعريف القانوني للطلاق التعسفي ،نجد أغلب قوانين الدول العربية لا تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي، ولكنها أوردت بعض المعايير التي تقوم عليها ،ونصت في ثنايا موادها القانونية على شروط تحقيقه وكيفية تقدير بالتعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج.

فالمشرع الجزائري نجده قد قضى فيما يخص الطلاق التعسفي ،في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري ، بالتعويض للمطلقة التي ثبت تعسف زوجها في طلاقها ، وحسب نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري ،يتبين أن المشرع الجزائري قد تنا ول الطلاق التعسفي بالنص عليه من غير تعريف له، وأما بخصوص تكييف طلاق الزوج بكونه متعسفاً فيه أم لا، فهو متروك للسلطة التقديرية للقاضي.[1]

الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي.

إن الطلاق التعسفي تطبيقات وصور عديدة ،تختلف أحكامها من صور إلى أخرى ومن أبرز هذه الصور، الطلاق بدون سبب شرعي (أولاً) والطلاق بقصد الحرمان من الميراث (ثانياً).

أولاً: الطلاق بغير سبب :

1-مفهوم الطلاق من غير سبب: لم يضع الفقهاء تعريفاً اصطلاحيا للطلاق من غير سبب، إلا أنه يمكن تعريفه بأنه مناقضة قصد الشارع ،في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته من غير سبب مشروع ،ومن دون حاجة إليه، فمثل هذا الطلاق يعتبر صاحبه آثماً عند الله تعالى، لأنه أساء استعمال هذا الحق، ويلزمه التعويض عن هذا الضرر سواءاً كان مادياً أو معنوياً ،كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً كمدرسة تكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمع المطلقة وتثير الظنون حولها ، ففكرة التعسف تقوم على أساس

[1] المرجع نفسه، ص115-116.

عدم وجود مبرر شرعي، أو سبب معقول لهذا الطلاق، حتى ولو كان الطلاق حقاً للزوج إلا أنه يجب عليه تبرير استعمال هذا الحق، ولماذا أوقعه وما هي الأسباب التي دفعته إلى إيقاعه، وإلا عُد متعسفاً[1].

2-حكم التعسف في استعمال الطلاق بدون سبب شرعي:

والملاحظ أن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا إلى بيان التعسف في الطلاق بدون سبب، ولعل السبب في ذلك هو عدم وقوعه في عصرهم أو ندرته ،وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت.

وإيقاع الطلاق دون مسوغ مشروع، مثل إلقائه بقصد الانتقام مثلاً، فوجه التعسف في هذه الحالة هو قصد الإضرار أو إيقاعه لسبب تافه ،كأن يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له، ووجه التعسف هنا ثقافة مصلحة المطلق مقارنة بالضرر الفاحش عن الطلاق.

ولقد اختلف الفقهاء المتقدمون في مسألة أصل الطلاق على قولين:

القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة ويكره إن كان لغير حاجة وبه ذهب عامة الفقهاء (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة)، قال القرطبي:" دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور"[2].

القول الثاني: الأصل في الطلاق الحظر ويباح لحاجة، وبه قال ابن همام مخالفاً لأكثر فقهاء مذهبه يقول:" والأصح حظره إلا لحاجة" [3]، ويقول الكسائي:" الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب"[4]

---

[1] مسعودة بودية، المرجع السابق، ص50-51.

[2] القرطبي، المصدر السابق، ج3، ص126.

[3] كمال الدين بن همام ، شرح فتح القدير،د.ط، ج3، طبعة بولاق مصر، 1316هـ، ص22.

[4] الصنعاني، المصدر السابق، ج3،ص95.

ثانياً: الطلاق بقصد الحرمان من الميراث.

وهو ما يعرف بطلاق الفار حيث يلجأ الأزواج إلى طلاق زوجاتهم في فترة مرض الموت بغرض حرمانهم من الميراث، وهذا بلا شك لا يرضاه الله وتأباه المروءة .

1-تعريف مرض الموت: عرف الفقهاء مرض الموت بتعاريف كثيرة أهمها:

أنه المرض الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج البيت وتعجز المرأة أن تقوم بمصالحها داخل البيت ويغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت .

وعرفه الشافعية :بأنه كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح.[1]

وعرفه الحنفية أنه المرض الذي أضناه المرء وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه فلا[2].

وعرفه المالكية: بأنه المرض المخوف الذي يتصل بالموت[3].

وأما الحنابلة: فهو ما كان سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده فتبين من خلال هذه التعريفات أنه لابد من تحقق أمرين لإعتبار المرض مرض الموت.

- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت غالباً.

- أن يعقلها الموت فعلاً أما من صح بعدما انتكس فلا يُعد مرضُه الأول من موت[4].

[1] شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،ج.6، دار الفكر، بيروت، 1984م،ص61.
[2] بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية،ط.1،ج.2، دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان، 2000 م، ص635.
[3] أحمد بن غنيم بن سالم، الفواكه الدواني، شرح رسالة أبي ويد القيرواني، ج.1،دار الفكر بيروت، 1415هـ، ص258.
[4] يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص47-48.

2-رأي القانون من صور الطلاق التعسفي:

فالملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يذكر في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري أو يحدد حالة من حالات الطلاق التعسفي ، ولكنه ترك تقدير حالات ضرر التعسف للقضاء بناءاً على سلطته التقديرية.

وإذا رجعنا تحليل منطوق قرار المحكمة العليا ضمن مبادئ الإجتهاد القضائي فإنه قد أخذ بالطلاق المبرر أو اعتبره صورة من صور الطلاق التعسفي ، وهذا ما لم تبينه المادة 52 من قانون الأسرة حيث تناولت فكرة التعسف في إيقاع الطلاق وتركت تحديد حالة التعسف والمعيار المعتمد فيها ومقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة إلى السلطة التقديرية للقاضي إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، أما إذا ثبت أن طلاقه كان لسبب معقول ومبرراً شرعاً كان طلاقه صحيحاً وغير متعسف فيه[1].

[1] المرجع نفسه، ص138-139

المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.

إن القانون يقرر استعمال الحق ،ويوضح الوسائل اللازمة لإستعمال هذا الحق وقبل أن تنص القوانين على الحقوق ووسائل استعمالها بهذا الخصوص، نجد مبادئ الشريعة الغراء وأحكامها المثلى العادلة الصالحة للتطبيقفي كل ارض ومكان وهى مرتكز الحقوق ومصدر الحريات وضمانة عدم التعسف في استعمالها، ولذا يستعان بها في تفسير وتطبيق أحكام استعمال الحق ولا سيما حق التأديب تجاه الزوجة والأولاد بقواعد الفقه الإسلاميالذي ينظم هذا الموضوع تنظيما غاية في الأهمية والإتقان، وسأبين هذا المبحث في المطلبين الآتيين المطلب الأول مفهوم حق تأديبالزوجة ودليل مشروعيته فقها وقانونا، والمطلبالثانيتناولت فيه التأديب التعسفي للزوجة وحكمه فقها وقانونا.

المطلب الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة ودليل مشروعيته فقها وقانونا.

لقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين وتناولت في الفرع الأول مفهوم حق تأديب الزوجة فقها وقانونا والفرع الثاني تناولت فيه الأدلة على مشروعية حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.

الفرع الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة فقها وقانونا

أولا– التأديب لغة: أَدَّبْته أَدَبًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ عَلَّمْته رِيَاضَةَ النَّفْسِ وَمَحَاسِنَ الْأَخْلَاقِ، والْأَدَبُ يَقَعُ عَلَى كُلِّ رِيَاضَةٍ مَحْمُودَةٍ يَتَخَرَّجُ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي فَضِيلَةٍ مِنْ الْفَضَائِلِ، وَأَدَّبْته تَأْدِيبًا مُبَالَغَةٌ وَتَكْثِيرٌ وَمِنْهُ قِيلَ أَدَّبْته تَأْدِيبًا إذَا عَاقَبْته عَلَى إسَاءَتِهِ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يَدْعُو إلَى حَقِيقَةِ الْأَدَبِ وَأَدَبَ أَدَبًا مِنْ بَابِ ضَرَبَ أَيْضًا[1].

ثانيا– التأديب فقها: وردت عدة تعريفات لتأديب الزوجة في كتب الفقه عموما، أذكر منها:

1 -هو الضرب والوعيد والتعنيف[2].

[1] الفيومي، المصباح المنير، مادة أدب، ج1، المكتبة العلمية بيروت، ص9.

[2] ابن قدامة، المصدر السابق، ج1، ص357.

وهذا التعريف مختصر جدا ويركز على وسائل دون أخرى؛ إذ أن هناك وسائل أخرى للتأديب تتمثل في الوعظ قبل الضرب أساسا، إضافة إلى وسيلة أخرى هي الهجر وبعدها يأتي الضرب كعلاج أخير.

2 -هو سلطة قررها المشرع للزوج على زوجته الناشز بالفعل تتمثل في وسائل تأديب محددة من أجل تهذيبها وإصلاحها[1].

بالرغم من دقة تركيب هذا التعريف إلا أنه أهمل مسألة غاية في الأهمية، وهي أنه قيد نشوز الزوجة بالفعل فقط وهذا فيه نظر، إذ أن النشوز الذي قد يصدر من الزوجة قد يكون فعليا وقد يكون قوليا.

3- هو حق الزوج الذي أباح له الشارع بمقتضاه أن يؤذي زوجته بالقول أو الفعل إذا لم تطعه في ما أوجب الله من طاعته[2].

وهذا التعريف الأخير يبدو -حسب رأيي- أحسن من التعريفين الأول والثاني؛ نظرا لأنه شامل للتأديب القولي والفعلي من جهة، ومن جهة أخرى فهو مقيد بما أوجب الله من طاعة الزوج؛ حتى لا يسرف هذا الأخير أو يتجاوز الحدود التي شرعها الله عزوجل فيكون بذلك متعسفا.

ثالثا- التأديب قانونا: إن قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لتعريف التأديب لا فيه ولا في غيره من فروع القانون الأخرى، إلا أن المادة 222 من قانون الأسرة قد جوزت الرجوع إلى أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في حال ما إذا لم يوجد نص في مسألة ما.

وعليه يمكن القول أن التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة لحق التأديب يمكن أن تكون مصدرا للقانون الجزائري سدا للفراغ الذي يعانيه.

---

[1]- هلالي عبد اللإلاه أحمد، تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، دار النهضة االعربية القاهرة،2002م، ص156.

[2]محمد عبد الملك، استعمال حق تأديب الزوجة، مجلة الأمن العام، عدد 43، سنة 11-أكتوبر-1968م.

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية حق تأديب الزوجة فقها وقانونا

أولا– في الفقه الإسلامي:

حق التأديب في الأسرة حق ثابت شرعا نصت عليه أدلة شرعية بصريح اللفظ في القرءان الكريم والسنة النبوية.

1– من القرآن الكريم: قوله عزوجل: ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**﴾[النساء 34].

فوجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عزوجل قد أعطى أحقية القوامة للرجل على المرأة، والواجب على هذه الأخيرة طاعته وذلك في غير معصية الله، فإن هي نشزت أو اعوجت فله حق تأديبها بوسائل شرعها الله عزوجل في هذه الآية، وهي العظة ثم الهجر في المضجع وأخيرا الضرب[1].

2– من السنة النبوية:

أ –ما روي عن عمر بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : «**ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**»[2].

يدل هذا الحديث دلالة واضحة على أن للزوج حق مباشرة تأديب الزوجة، عند ارتكاب الفاحشة؛ أي المعصية، بتفريطه في واجب من واجباته عليها، فليس المراد من الفاحشة الزنا في هذا النص؛ لأنها موجبة للحد في هذه الحالة لا التأديب، ولا يختص الزوج بإقامته بل الإمام[3].

---

[1] يُنظر: ابن كثير، تفسير القرءان الكريم، المصدر السابق، ص491.

[2] أخرجه الترميذي، كتاب الرضاع، باب ما جاء في حق المرأة على زوجها، ج3، ص467 ، ح 1163،.

[3] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، رسالة لنيل درجة الماجستير، كلية أصول الدين، جامعة خروبة الجزائر، ص352.

ب– جاء في حديث جابر بن عبد الله الأنصاري أن رسول الله صلى لله عليه وسلم قال في خطبة حجة الوداع: "... **فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بحق الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح**"[1].

فوجه الاستدلال من الحديث أن للرجل ضرب امرأته ضربا غير مبرح، لأن ضربها أبيح من أجل عصيانها له في ما يجب من حقه عليها [2]، والضرب المقصود من هذا الحديث هو الضرب التأديبي، فدل هذا على مشروعية التأديب[3].

ثانيا– في القانون الجزائري:

إن تأديب الزوجة مشروع في القانون الجزائري وإن لم ينص عليه صراحة بل ضمنيا فقط، ويُستخلص ذلك من حمل النصوص بعضها على بعض ومن باب الإحالة على الشريعة الإسلامية. فهو يندرج ضمن أسباب الإباحة، وذلك ما يُستنتج من خلال نص المادة 39 من قانون العقوبات التي تبين أسباب الإباحة دون أن تنص على التأديب صراحة، فهو يدرج –حسب شراح القانون الجزائري– ضمن تطبيقات استعمال الحق تحت مظلة أسباب الإباحة[4]، وذلك بنصها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد ... أذن به القانون"، والمشرع قد أذن بذلك عندما أحال حق التأديب الأسري إلى الشريعة الإسلامية في المادة 222 من قانون الأسرة بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه

---

[1] مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط2005م، ج2، ص886، رقم الحديث: 1218.

[2] يُنظر: البغوي، شرح السنة،ت الأرنؤوط،ط.2، ج10،المكتبة الإسلامي بيروت،1403هـ، ص340. ابن حجر العسقلاني، المصدر السابق، ج9، ص243.

[3] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص109.

4ينظر:سليمان بارش، شرح قانون العقوبات الجزائري، ط. 2،ج 1 ، مطبعة عمار القرفي، باتنة، 1992م، ص101. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998م، ص126. إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح القانون الجزائري،ط1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م، ص167. إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح القانون الجزائري، ط1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م، ص167.

في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، كما أن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا في قضايا الأسرة تقر بذلك[1].

إن هذا الاتجاه في إقرار التأديب الأسري كمبدأ منبثق عن القوامة وقيادة الأسرة ذهبت إليه العديد من تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية والإسلامية، فبعضها نص عليه صراحة وبعضها ضمنيا[2].

[1] يُنظر: المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم: 45311 في 9-03-1987م.

[2] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص450.

المطلب الثاني: التأديب التعسفي للزوجة وحكمه فقها وقانونا

لقد قسمت هذا المطلب إلى فرعين بينت في الفرع الأول التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا، والفرع الثاني بينت فيه المسؤولية على التعسف في استعمال حق التأديب.

الفرع الأول: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا

أولا– في الفقه الإسلامي:

سبق وأن تقرر بأن تأديب الزوجة في الشريعة الإسلامية حق شرعي للزوج ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار، قيده الشارع للمحافظة على استقرار الأسرة، وقد ارتأيت تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه عموما على مسألة التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة؛ وذلك وفقا للمعيارين الذاتي الشخصي (أولا) والمعيار المادي الموضوعي (ثانيا).

1 -المعيار الذاتي أو الشخصي للتعسف في استعمال حق تأديب الزوجة : ومن أمثلة التعسف في التأديب التي ينطبق عليها هذا المعيار هو:

أ -أن يتجاوز الزوج وسيلة التأديب لما هو أشد منها:

دلت الشريعة الإسلامية على أنه يباح للزوج أن يستعمل ثلاث وسائل لعلاج نشوز زوجته وهي: الوعظ، والهجر، والضرب؛ حتى تفيء إلى أمر الله وطاعة زوجها.

فهذه العقوبات مشروعة على الترتيب فيبدأ بالوعظ فإن لم يجد فالهجر وإن أصرت على النشوز فله أن يضربها، وهو ما عليه جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية، وقول عند الشافعية والحنابلة[1].

فإذا ما استعمل الزوج وسيلة من الوسائل وكانت أكبر ضررا من غيرها قبل أن يثبت له فشل الوسيلة التي هي أخف منها فإنه ينجم عنه ضرر زائد لا فائدة فيه، يقول الدريني: "... لا يجوز التأديب بالأغلظ إذا حصل بالأخف، وأنه لا يجوز استعمال الوسيلة إذا لم تكن ملائمة ..."[2].

1ينظر:الكاساني، بدائع الصنائع، ط. 2، ج2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م، ص334. الصاوي، بلغة السالك،تحقيق محمد عبد السلام شاهين، ج 2،دار الكتب العلمية بيروت، 1415هـ- 1995م، ص332. الشربيني، الإقناع، ج2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ص432. المرداوي، الإنصاف،ط. 2، ج8، دار إحياء التراث العربي، ص278.

[2]الدريني، المرجع السابق، ص257.

وعلى ذلك فإن تصرف الزوج على هذا النحو يندرج تحت التعسف في استعمال حقه وذلك لتخييره وجها للاستعمال أضر من غيره، فكان قرينة على قصد الإضرار [1]، ويدخل في هذا أن تكون الوسيلة غير مناسبة كأن يستعمل العصي والآلات الحادة أو أن يلجأ إلى هذه الوسيلة مباشرة دون التقيد بترتيب الوسائل الواردة في الآية؛ إذ أن الضرب يكون في حالة ما لم ينفع الوعظ والهجر، أو أن يجمع بين الموعظة والهجر والضرب ...إلخ.

ب –استعمال التأديب في حال غلب على الظن عدم ترتب المقصود منه شرعا:

إن حق التأديب جزء من الأحكام التشريعية التي شرعت لجلب المصالح ودرء المفاسد ، فهومشروع ليكون وسيلة لتهذيب الزوجة وإصلاحها، ولا بد من مشروعيته أن يغلب على ظن الزوج أنه يؤول إلى هذه النتيجة، أما إن غلب على ظنه أنه لن يؤتي أكله فسيصير استعماله ضررا لا فائدة منه، وهو على هذه الحال يناقض لا محالة قصد الشارع عزوجل.

ومعلوم أن الوسائل غير مقصودة لذاتها، فهي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل[2].

وقد شدد الفقهاء على ضرورة أن يغلب على ظن الزوج عند استعماله التأديب إفضاؤه إلى صلاح الزوجة، خصوصا عند الضرب لما فيه من ضرر أكثر من الهجر والوعظ، إلى درجة القول بعدم جواز التأديب أصلا[3]؛ لأن الضرب الشديد مهلك، وهو تجاوز، والضرب اليسير لا يفيد في شيء تلك المرأة، فيكون مناقضا لقصد الشارع مآلا، فهو تعسف[4].

---

[1] إيمان يونس الاسطل، المرجع السابق، ص118.

[2] الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق، ج2، ص353.

3 يُنظر: الحطاب، مواهب الجليل، ط 2، ج5، بيروت، 1977م، ص263. الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ، ص423.

[4] إيمان يونس الأسطل، المرجع السابق، ص123.

وعليه فإن نظرية التعسف في استعمال الحق –كما يؤكد الدريني– تقيد الفعل الذي يخوله الحق بكونه لازما وملائما، فلا يجوز استعمال الوسيلة إذا لم تكن ملائمة، حتى وإن استُعملت في الحدود الموضوعية المباحة شرعا، وإلا اعتُبر ذلك تعسفا[1].

ت–استعمال حق التأديب لغير المقصود منه شرعا:

وهذا يتمثل في انحراف الزوج عن الغاية المشروعة من التأديب؛ فالشريعة عندما أقرت ولاية التأديب أحاطت ذلك ببيان الأجواء التي تبيح للزوج استعمالها شرعا والغايات التي لا بد أن تقصد منها،**قال تعالى:**﴿**وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ**﴾[النساء 34].

فالمقصد لا بد أن يكون علاج النشوز فإن رجعت وصلحت وأطاعت لم يجز له أن يستعمل ولايته عليها لتأديبها، قال تعالى:﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**﴾[النساء 34].

إن آية النشوز منعت الانحراف في التأديب؛ وذلك بتبيانها الغاية المشروعة منه وهو الإصلاح، فلا يجوز للزوج المجاوزة أو التعدي كأن يستعمل ولايته دون نشوز من زوجته، ولا أن يتعسف في استعماله أيضا؛ كأن يتذرع بنشوزها ليحقق مقاصد أخرى في نفسه تتناقض مع قصد الشارع ؛كأن يريد بالتأديب مثلا، الانتقام والتشفي أو التعبير عن كراهيته أو أن يحمل زوجته على أمر لا يحق له شرعا كحملها على معصية أو إكراهها على إنفاق مالها في وجه لا تراه فهذا كله تعسف وغير مشروع[2]، أو أن يهجر زوجته أمام الأطفال والغرباء [3]، أو أن يستعمل الضرب من أجل الإهانة والإذلال أو لأجل إثبات شهامة الرجال وتسلطهم على نسائهم [4]، أو أن يقصد بالوعظ التجريح وليس الإصلاح. أو أن يستعمل السب والشتم والتقبيح أثناء الوعظ، فهذا كله تعسف

[1] الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المرجع السابق، ص256-257.

[2] المصدر نفسه، ص255.

3 يُنظر: سيد قطب، في ظلال القرءان، ط.17 ، ج2، دار الشروق – بيروت– القاهرة، – 1412 هـ، ص654.

[4] اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص83.

من الزوج في التأديب كذلك، يُقصد منه تحقيق مصلحة غير مشروعة وهي تتنافى مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية[1].

2 -المعيار المادي أو الموضوعي للتعسف في استعمال حق تأديب الزوجة: وكمثال على هذا المعيار الذي ينطبق عليه التعسف في استعمال الحق في التأديب هو:

-إذا لحق بالزوجة ضرر فاحش بدني أو نفسي من التأديب المسموح:

إن استعمال الزوج لحقه في تأديب زوجته مشروط بأن لا يؤدي إلى ضرر يفوق المصلحة المرجوة منه و المتمثلة أساسا في تقويم الحياة الزوجية و إصلاحها، فقد ينجم عن هذا الاستعمال مفاسد أكثر من المصالح المرجوة منه.

يقول الدريني: "إن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للإضرار بالغير، أو لتحقيق أغراض غير مشروعة، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة إلى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما ينجم عنه من أضرار راجحة؛ لأن ضابط المشروعات –كما عُلم بالاستقراء- أن كل ما كان ضرره أكبر من نفعه لا يشرع ... وإذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الأغراض، بدا واضحا ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع"[2].

وعلى ذلك فإذا غلب على ظن الزوج أن تأديبه لامرأته يفضي إلى الإضرار الفاحش بها، فإن إقدامه على هذا التصرف يعد تعسفا غير مشروع، نظرا للمفسدة المترتبة عنه.

ثانيا- في القانون الجزائري:

لقد سبق وأن ذكر ت أن تأديب الزوج لزوجته يدخل ضمن أسباب الإباحة وله ضوابط وقيود يجب مراعاتها، وبما أن تأديب الزوجة حق شرعي للزوج ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار، قيده الشارع للمحافظة على استقرار الأسرة.

وقد ارتأيتُ تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة؛ وذلك وفقا للمعايير الثلاثة المذكورة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري،

[1] إيمان يونس الأسطل، المرجع السابق، ص120.

[2] الدريني، المرجع السابق، ص281.

وهي معيار قصد الضرر (أولا)، ثم معيار ترجيح الضرر على المصلحة (ثانيا)، وأخيرا معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة (ثالثا). كالآتي:

1 **معيار قصد الإضرار في تأديب الزوجة:** إن انعدام المبرر لاستعمال التأديب يجعل منه تأديبا تعسفيا، ومن أمثلة ذلك أن يؤدب الرجل زوجته بدافع الانتقام والكراهية.

وقد يؤدبها من دون أي سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من استعمال التأديب أو قد تكون تافهة لا تعتبر سبب له ولا تناسب أبدا ما يترتب عليها من أضرار، وهذا يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة، ومثال ذلك كأن يقوم الزوج بتأديب زوجته؛ لأنها خرجت لزيارة والديها من دون إذنه لاضطرارها لذلك، فبتأديبها يكون قد تعسف

2 **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير:** قد يقوم الزوج بتأديب زوجته بناءا على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع من أجل ذلك، فإذا كانت المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها يترتب عليها ضرر للزوجة أعظم منها كان ذلك صورة من صور التعسف[1].

3 **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة:** إن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مشروعة بحيث لا يسوغ لصاحب الحق وهو الزوج أن يستعمل حقه في التأديب لتحقيق أغراض تتنافى مع تلك الغاية، وهي المتمثلة أساسا في إصلاح الزوجة وتقويمها.

وعليه فإن استعمال هذا الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعد صاحبه متعسفا؛ كأن يكون التأديب مثلا: من أجل الإهانة والإذلال والتحقير أو الاسترسال في الضرب لإفراغ غضبه عليها أو أن يكون الضرب مبرحا، وهو ما يظهر له أثر على البدن كالجرح أو الكسر.

1- بدر الدين إيمان و بلعزلة خديجة، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماستر، كلية الشريعة القانون، جامعة 8-ماي-1945م سطيف، 2015-2016م،ص44.

الفرع الثاني: المسؤولية على التعسف في استعمال حق التأديب

أولا– في الفقه الإسلامي:

يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه متى توافرت الأدلة القاطعة على تجاوز حدوده في التأديب، فقد اتفق الفقهاء على تحمل الزوج مسؤولية أفعاله كاملة، سواء ما تعلق منها بالجزاء المتمثل في العقوبة أو في التعويض المالي المتمثل في الدية المقررة شرعا[1].

إن ما يُستخلص من كلام الفقهاء أن الزوج في حالة تجاوزه حدود التأديب يكون مسؤولا عن فعله، سواء قصد الإتلاف أم لم يقصد؛ لأن تجاوزه الحد يعتبر دليلا لقيام المسؤولية الجنائية عليه، والقصد عامل جوهري في ثبوت الإدانة[2].

فإن أدب الزوج زوجته مستعملا وسيلة الضرب وكان على جهة الغضب أو قاصدا هلاكها، فإنه قد أتى بفعله هذا جناية، وعليه يكون قد انتهك حق زوجته في الحفاظ على سلامتها وأمنها وقد اسُتأمن عليها، فكل فعل يؤدي إلى إلحاق الضرر بها يعرضه إلى تحمل المسؤولية[3].

ثانيا– في القانون الجزائري: سبق وأن تقرر بأن حق التأديب يعتبر حقا مباحا للزوج إذا قامت أسبابه أي إذا نشزت الزوجة أو عصت زوجها، ويجب أن يراعي في ذلك الترتيب الذي ورد في آية النشوز الذي يبدأ بالوعظ وينتهي بالضرب غير المبرح، فإذا ما استعمل الزوج حقه في تأديب زوجته عند قيام أسبابه فإنه يكون بصدد استعمال حق أباحه له الشارع وأقره القانون، وإذا كان الفعل ممنوعا شرعا خارج دائرة التأديب وبالأخص الضرب حيث يعاقب عليه القانون بموجب المادة 204 من قانون العقوبات حيث تنص على أنه: "كل من أحدث عمدا جروحا للغير أو

1- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ، ط4، ج1،بيروت دار إحياء التراث العربي، 1985م،ص518.

2- يُنظر: محمد علي الحصكفي، الدر المختار وشرح تنوير الأبصار وجامع البحار، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ط 1، دار الكتب العلمية بيروت، 2002م. ص708 ، الحطاب، المرجع السابق، ص 15، سليمان بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، المرجع السابق، ج4، ص122.

3- اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص410.

ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف أو الاعتداء يعاقب بالحبس من شهرين إلى خمس سنوات وبغرامة مالية ..."

غير أنه إذا ترتب على استعمال الزوج حقه في تأديب زوجته ضررا كبيرا بأن تلفت أو أُصيبت بعاهة ذهب الإمام مالك وأحمد أن الزوج لا يضمن الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع على أن يكون الضرب مما يعتبر في مثله أدبا فإن كان الضرب شديدا بحيث لا يكون مثله أدبا للزوجة فيه الضمان[1]؛ أي أن الزوج لا يُسأل مدنيا ولا جنائيا عن التأديب مادام في حدوده المشروعة لأنه يستعمل حقا أباحه له الشارع[2].

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

أما إذا تعدى الزوج حدود وشروط التأديب، أو حاد بقصده وغرضه من استعماله عن المقصود الشرعي، أي من قصد التأديب إلى قصد الانتقام فإنه يكيف تصرفه بكونه تعسفا يتحمل تبعته وآثاره، باعتباره ضربا أو جرحا فلا يعتبر تأديبا [3]، أي أنه سيسأل مسؤولية جنائية يعاقب عليها

---

[1]- ابن قدامة، المصدر السابق، ج10، ص349.

[2]- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج1، ص517-518.

[3] بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1996م،ص364.

على كونها مخالفة الضرب والجرح العمدي أو جنحة الضرب والجرح العمدي، وذلك بحسب العجز الناجم عنها، وفق ما تنص عليها المادة 1/442 والمادة 270 من قانون العقوبات.

بل وحتى في استعماله وسيلة الهجر في المضجع فإنه إذا تعسف في المدة بأن تجاوز مدة الأربعة أشهر بما يسبب ضررا للزوجة، فإنه يحق للمرأة أن ترفع أمرها للقاضي لإزالة هذا الضرر بطلبها حق التطليق للضرر وفق ما نصت عليه المادة 3/53 من قانون الأسرة بنصها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"

خاتمة

وفي ختام هذا البحث المتواضع الذي تطرقت فيه إلى البحث حول موضوع التعسف في استعمال الحق في القوامة الزوجية، نخلص إلى أهم النتائج والاقتراحات الآتية:

❖ النتائج

1 -التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا، وقد قامت الأدلة على وجوب درئه وهو ما يتوافق مع مقصد الشريعة وقواعدها الكلية.

2 -للتعسف معياران احدهما ذاتي أو شخصي ينظر في العوامل النفسية التي دفعت إلى الاستعمال التعسفي، والثاني مادي أو موضوعي ينظر في الأضرار المترتبة مالا بقطع الضرر عن النوايا المسبقة، أما الذاتي فله شقان وهما معيار تحمض قصد الإضرار ومعيار قصد مصلحة غير مشروعة من الاستعمال، والمادي له شقان كذالك وهما اختلال التوازن بين مصلحة الحق وغيره ومعيار الضرر الفاحش .

3 – جعلت الشريعة الإسلامية القوامة بيد الرجل، وهي في حقيقتها خليط من الحقوق والواجبات يلتزم بموجبها الرجل برعاية أهل بيته والإنفاق عليهم، إلا أنها ليست مطلقة فالزوج ليس له قوامة على عقيدة المرأة أو مالها .

4 – للزوج أن يؤدب زوجته في حال نشوزها ويتدرج في ذاك بالوعض الحكيم والهجر الجميل والضرب غير المبرح وله أن يؤدبها لحق الله تعالى بعد المبالغة في وعضها.

5 -إن وسائل التأديب مشروعة على الترتيب فإذا تجاوز الزوج مرحلة لما هو اشد منها أو استعمله لغير المقصود عد الزوج متعسفا في ذالك.

6 -الطلاق مشروع في الأصل إلا انه يعد هذا الطلاق متعسفا فيه إذا كان يخالف مقصد الشارع .

❖ الاقتراحات

1. ضرورة العمل على تقوية الوازع الديني عند الأزواج وتثقيفهم بالثقافة الدينية من خلال الدروس والندوات والمحاضرات والمؤتمرات التي تبين حقوق كل من الزوجين على الأخر.
2. العمل على سن قوانين رادعة للحد من ظاهرة تعسف الأزواج في تعاملهم مع زوجاتهم .
3. أوصي المشرفين على إعداد المناهج المدرسية والجامعية بضرورة إقتران الحديث عن حقوق الزوجين ببيان ضوابط استعمال الحق على وجه غير متعسف فيه، حتى ينشأ جيل يفقه ما له وما عليه ويساهم في بناء مجتمع مترابط ومتماسك.
4. أدعو المشرع الجزائري إلى تنظيم حالات الطلاق التعسفي وأحكامه ووضع القواعد والضوابط المحددة له باعتباره أمرا حاصلا في الواقع بكثرة.
5. ضرورة أن يأخذ القضاء دوره من خلال تفعيل القوانين التي تسن من قبل الدولة في محاولة ضبط المحاولات التعسفية، وإيقاع العقوبة على كل من يستخدم حقه إضرارا بالغير.
6. ضرورة القيام بدراسات تطبيقية تتناول موضوع التعسف في استعمال الحق في جوانب قانونية كالتعسف في استعمال حق الطلاق .

ملخص البحث

نظمت الشريعة الإسلامية أمور الزوجين ببيان حقوق كل منهما، وجاء هذا البحث لبيان أن الحقوق ليست مطلقة وهي محاطة بسياج يمنع التعسف في استعمالها، وكما نظمها القانون كذ لك ففرض عقوبات لمن يستعمل هذه الحقوق في غير مكانها، قد خصصت هذا البحث لتعسف الزوج في استعمال حق القوامة الزوجية

وتناولت في الفصل الأول ماهية التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية وتطرقت فيه إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق ثم عرجت فيه إلى بيان الأدلة التي تدرأ التعسف ومعاييرها فقها وقانونا كما تطرقت إلى مفهوم القوامة الزوجية والى أدلتها وأسبابها فقها وقانونا

وتحدثت في الفصل الثاني عن بعض النماذج لتعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية ، وقد تناول البحث بعض الصور لتعسف ومنها الطلاق التعسفي وكذلك حق تأديب الزوجة،

ثم ختمت هذا البحث بخاتمة ضمنتها أهم النتائج والتوصيات.

-Research Summary

The Islamic Sharia law regulates the rights of both spouses, and this research is intended to show that rights are not absolute and are surrounded by a fence that prevents abuse of their use. The law also regulates penalties for those who misuse these rights. Marriage.

The first chapter dealt with the abuse of the right of marriage guardianship and addressed the concept of abuse in the use of the right and included in it the statement of evidence that practices arbitrariness, its standards and jurisprudence, as well as the concept of marital custody and its evidence and reasons.

In the second chapter, she spoke of some examples of the husband's abuse of his legitimate rights. The research dealt with some images of abuse, including arbitrary divorce, as well as the right to discipline the wife.

And then concluded this research conclusion concluded by the most important findings and recommendations.

الفهارس

أولا -فهـرس الآيـات:

الآيـــة	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾	البقرة	233	13
﴿ وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُوا۟ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًۢا بَيْنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبْلُ ﴾	التوبة	107	14
﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ۚ ﴾	النساء	12	14
﴿ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ﴾	المائدة	5	17
﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾	النساء	34	28
﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾	البقرة	228	29
﴿وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾	النساء	34	32
﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾	البقرة	229	42
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾:	الطلاق	1	43
﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ ﴾	البقرة	236	43
﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾	النساء	34	58
﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾	النساء	34	58

ثانيا- فهـــرس الأحـــاديث:

الحديـــث	الـراوي	رقم الصفحة
«لا ضَرر ولا ضرار»	ابن عباس	15
«مَثَلُ القَائِمِ عَلَى حُدُودِ اللَّهِ وَالوَاقِعِ فِيهَا..»	**النعمان بن بشير**	16
«بعث عمر بْن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن....بعث عمر بْن الخطاب إلى حذيفة بعد ما ولاه المدائن..»	**سعيد بْن جبير**	16
«لاَ يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَصُومَ وَزَوْجُهَا شَاهِدٌ إِلَّا بِإِذْنِهِ...»	**أبو هريرة**	29
«إِذَا دَعَا الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ، فَأَبَتْ أَنْ تَجِيءَ، لَعَنَتْهَا المَلاَئِكَةُ حَتَّى تُصْبِحَ»	**أبو هريرة**	30
«إذا صلت المرأة خَمْسَها، وصامَت شهرها، ....من أيّ أبواب الجنة شئت»	**عبد الرحمن بِن عوف**	30
«فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوَانٌ... وَلَا يَأْذَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِأَحَدٍ تَكْرَهُونَهُ»	**جابر بن عبد الله**	30
«لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة»	أبو بكرة	32
«يا معشر النساء، تصدقن وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار..»	**أبو هريرة**	33
«أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ... فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»	**عبد اللَّهِ بْنِ عُمَرَ**	43-44
«أبغض الحلال إلى الله الطلاق»	**عبد الله بن عمر**	44

«أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة... وإنها زوجتك في الجنة»	**قيس بن زيد**	44
«ألا واستوصوا بالنساء خيرا فإنما هن عندكم ....فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا»	**عمر بن الأحوص**	53
«فاتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بحق الله ... فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح»	**جابر بن عبد الله**	54

قائمة المراجع

أ–القرآن الكريم برواية حفص

ب – كتب اللغة:

1–لسان العرب، ابن منظور،ط.3، ج9،دار صادر بيروت، 1414هـ.

2–تاج العروس من جواهر القاموس،ط، ج11،دار الهداية، د.ت.

3–القاموس المحيط، آبادي،ط.8، ج1، مؤسسة المذكرة بيروت، 1426هـ.

4–المصباح المنير، الفيومي، ج1، المكتبة العلمية بيروت.

ت–كتب التفسير:

1–الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ت. أحمد البردوني، ط. 2، ج 3، دار الكتب المصرية، 1964م.

2–اللباب في علوم القرآن، سراج الدين البلقيني، ت. أحمد محمد عوض معوض، ط. 1، ج10، دار الكتب العلمية بيروت، 1998م.

3– تفسير القرآن العظيم ، أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير، ت: محمد حسين شمس الدين،دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت،الطبعة: الأولى – 1419 هـ.

4–جامع البيان في تأويل القرآن، محمد بن جرير الطبري، ت: أحمد محمد شاكر،مؤسسة الرسالة،الطبعة: الأولى، 1420 هـ – 2000 م.

5– التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، د.ط، ج4، دار تونسية للنشر تونس، 1984م.

6–أحكام القرآن، الجصاص، ت.محمد علي شهين، ط. 1، ج2، دار الكتب العلمية بيروت، 1994.

–أحكام القرآن، ابن العربي، ت. محمد عبد القادر عطا، ط .3، ج. 1،دار العلمية بيروت، 2003م.

7– معالم التنزيل في تفسير القرآن، البغوي، ط.1،ج.1،إحياء التراث بيروت ،1420هـ.

8- في ظلال القرءان، سيد قطب ،ط.17، ج2، دار الشروق - بيروت- القاهرة، - 1412 هـ.

9-الكشاف، الزمخشري، ط.3، ج.1، دار الكتاب العربي-بيروت، 1407هـ.

ث- كتب الحديث:

1-صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2005،م.

2- صحيح البخاري،محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري ،ت:مد زهير بن ناصر الناصر دار طوق النجاة، الطبعة: الأولى، 1422هـ.

3- مسند أحمد ،أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ،المحقق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث – القاهرة،الطبعة: الأولى، 1416 هـ - 1995 م.

4- سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، المحقق: بشار عواد معروف،دار الغرب الإسلامي – بيروت،1998 م.

5- سنن أبي داود، أبو داود سليمان بن الأشعث ،شعَيب الأرنؤوط - مَحَمَّد كامِل قره بللي ،دار الرسالة العالمية،الطبعة: الأولى، 1430 هـ - 2009 م.

6-الموطأ، مالك بن أنس ، ت محمد مصطفى الأعظمي ، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية - أبو ظبي – الإمارات، الطبعة: الأولى، 1425 هـ - 2004 م.

ج-شروحات الحديث:

1-السراج المنير، الشربيني، د.ط، ج.1،مطبعة بولاق القاهرة، د.ت.

2-جامع العلوم والحكم، أحمد بن رجب، ت. شعيب الأرنؤوط، ط. 7، ج2، دار المذكرة بيروت، 2001م.

3-فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر، د.ط، ج5، دار المعرفة بيروت.

ح-كتب الفقه:

1-مواهب الجليل، الحطاب، ط2، ج5، بيروت، 1977م.

2-الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، الخطيب الشربيني، ج2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ
3-الموافقات، الشاطبي، ت: مشهور بن حسن آل سلمان، ط. 1، ج 3، دار بن عفان، 1997م.
4-أصول السرخسي، السرخسي، د.ط، ج2، دار المعرفة بيروت.
5- سبل السلام، الصنعاني، د.ط، ج2، دار الحديث، د.ت.
6-المعونة على مذهب عالم المدينة، أبو محمد الثعلبي، ت: حميش عبد الحقّ،ج. 1، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز - مكة المكرمة.
7-حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، عبد الرحمن بن قاسم ، ط.1،ج.6، 1397 هـ.
8-شرح فتح القدير،كمال الدين بن همام ،د.ط، ج3، طبعة بولاق مصر، 1316هـ.
9-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،شهاب الدين الرملي، ج.6، دار الفكر، بيروت، 1984م.
10-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني،ط 2،ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
11-الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، علاء الدين الحصكفي ، ت: عبد المنعم خليل إبراهيم، ط.1،ج.1، دار الكتب العلمية بيروت،2002م.
12-اللباب في شرح الكتاب،عبد الغني الدمشقي،ط.1، ج.3، المكتبة العلمية، بيروت – لبنان.
13-أسنى المطالب في شرح روض الطالب،زكريا الأنصاري، ج.3، دار الكتاب الإسلامي.
14-إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين،أبو بكر (المشهور بالبكري)، ط. 1،ج.4،دار الفكر بيروت، 1997 م.
15-الفواكه الدواني، أحمد بن غنيم بن سالم، شرح رسالة أبي ويد القيرواني، ج. 1،دار الفكر بيروت، 1415هـ.
16-بدائع الصنائع، الكاساني، ط.2، ج2، دار الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م.
17-بلغة السالك،الصاوي، تحقيق محمد عبد السلام شاهين، ج 2،دار الكتب العلمية بيروت، 1415هـ- 1995م.

18- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الشربيني، ج2، دار الفكر، بيروت، 1415هـ.
20-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،المرداوي، ط.2، ج8، دار إحياء التراث العربي.
21-الدر المختار وشرح تنوير الأبصار وجامع البحار، محمد علي الحصكفي، تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم، ط1، دار الكتب العلمية بيروت،2002م.
22-البناية شرح الهداية،بدر الدين العينى، ط. 1،ج.2، دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان، 2000 م.
23-تاريخ الرسل والملوك، محمد بن جرير الطبري، ط.2، ج.3، دار التراث بيروت، 1387هـ
24-تعليل الأحكام، مصطفى شلبي، د.ط، دار النهضة العربية بيروت، 1981م-كتاب الخراج، أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، ت. طه عبد الرؤوف سعد، ط. 1، ج1، المكتبة الأزهرية مصر، ص112.
25-نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام،عبد الرحمان الصابوني، د.ط،د.ج، دار الفكر القاهرة،2011م.

خ- كتب القانون:

1-التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، عبد القادر عودة، ، ط 4، ج1،بيروت دار إحياء التراث العربي، 1985م.
2-الموجز في أحكام القانون المدني، كيرة حسن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998م، د.ط.
3-الإلتزامات-الفعل المستحق للتعويض-، علي فيلالي، دار النشر والتوزيع، الجزائر، 2002، د.ط.
4-المدخل إلى القانون، كيرة حسين، ط6،منشأة المعارف مصر، 1993م.
5-الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،السنهوري أحمد عبد الرزاق، مصادر الالتزام، منشورات 6الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ط3، مج2..
7-المدخل لدراسة القانون، محمد حسن قاسم، د.ط، ج 2، منشورات الحلبي القانونية بيروت، 2007م.

8-التعسف في استعمال الحق دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقه،أنس محمد عبد الغفار د.ط، د.ج، دار الكتب القانونية مصر، 2014م.

9-المدخل لدراسة القانون، محمد حسن قاسم، د.ط، ج 2، منشورات الحلبي القانونية بيروت، 2007م

10-شرح قانون العقوبات الجزائري، سليمان بارش،ط. 2،ج 1 ، مطبعة عمار القرفي، باتنة، 1992م.

11-شرح قانون العقوبات الجزائري، عبد الله سليمان ، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998م.

12-الوجيز في شرح القانون الجزائري، إبراهيم الشباسي، ،ط 1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م.

13-الوجيز في شرح القانون الجزائري، الشباسي، ط1،دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1981م

14-الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدريني، ط.3،ج.1، مؤسسة المذكرة بيروت، 1984م.

15-نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، مجيد أبو حجيرة، ط. 1،دار العلمية عمان، 2002م.

د-الرسائل والمذكرات:

1-نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،بلحرابي سعاد، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014 م.

2-التعسف في استعمال حق الوصية في القانون الجزائري، مريم غماري، رسالة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2017م.

3-التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، أحمد الصويعي، مجلة الشريعة والقانون، الإمارات، العدد.38، 2008م.

4- التعسف في استعمال الحق،الصادق طريفي مطبوعة موجهة لطلبة السنة أولى ماستر،السداسي الأول، جامعة آكلي محند أو لحاج البويرة، 2016-2017م.

5-تعسف الزوج في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، إيمان يونس يحي الدين الأسطل، لمذكرة لنيل مدرجة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية: غزة، 2013م...

6-التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، بومنير وهيبة وبوكموشنيسات، مذكرة لنيل درجة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013م.

7-قوامة الرجال على النساء في كتب التفسير، جمعة صالح الكربي مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2017م.

8-الطلاق التعسفي دراسة مقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مسعودة بودية، مذكرة لنيل درجة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2016م.

9-حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مخالفيه سعاد، مذكرة لنيل درجة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2016م.

10-ضوابط التأديب الأسري في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري ،اليزيد عيسات، مذكرة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2017م.

11-التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، ومبعي عبد ي، اللطيف،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر الوادي، 2015م.

12-حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، لمين لبنى، مذكرة لنيل درجة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1-، 2015م.

13-أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، بلحاج العربي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1996م.

14-المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، ثابت حنان، مذكرة لنيل درجة الماستر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2016م.

15-نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة، العربي مجيدي،مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية أصول الدين، جامعة خروبة الجزائر.

16-التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري ، بدر الدين إيمان و بلعزلة خديجة، مذكرة لنيل درجة الماستر،كلية الشريعة القانون، جامعة 8-ماي-1945م سطيف، 2015-2016م

ذ-المجلات:

1-الطلاق في الإسلام ، أمين الجابر، مجلة كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد10، 1992.

2-القوامة الزوجية أسبابها وضوابطها مقتضاها، محمد بن سعد بن محمد المقرن، مجلة العدل، جامعة الملك سعود الرياض، العدد 22، 1428هـ.

3 - قوامة الرجل على زوجته، محمود مجيد سعود الكبيسي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة عدد19، 2004م.

4-مفهوم القوامة في الشريعة الإسلامية، عمران جمال حسن، مجلة كركوك، العدد2، 2011م.

5-استعمال حق تأديب الزوجة، محمد عبد الملك، مجلة الأمن العام، عدد 43، سنة 11-أكتوبر-1968م

6- تجريم فكرة التعسف كوسيلة لحماية المجني عليه في مجال استعمال الحق، هلالي عبد اللإلاه أحمد،دار النهضة العربية القاهرة،2002م.

ر-مواقع الكترونية:

1-أحمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مقال منشور على موقع الألوكة http/www.ahukah.net، 16-5-2008م.

➢ رابعا-فهرس الموضوعات:

المقدمة.....أ

الفصل الأول:ماهية التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.....08

المبحث الأول: مفهوم التعسف في استعمال 09

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق فقها وقانونا.....10

الفرع الأول: تعريف التعسف في اللغة.....10

الفرع الثاني: تعريف التعسف اصطلاحاً.....10

الثالث: تعريف التعسف قانوناً.....13

المطلب الثاني: أدلة درء التعسف.....13

الفرع الأول: من القرآن الكريم.....13

الفرع الثاني: الأدلة من السنة على التعسف في استعمال الحق.....15

الفرع الثالث: من أفعال الصحابة.....17

الفرع الرابع: أدلة درء التعسف قانونا.....18

المطلب الثالث: معايير التعسف.....18

الفرع الأول: معايير التعسف شرعاً.....18

الفرع الثاني:معايير التعسف في استعمال الحق قانوناً.....20

المبحث الثاني: مفهوم القوامة الزوجية.....23

المطلب الأول: تعريف القوامة الزوجية.....24

الفرع الأول: تعريف القوامة في اللغة.....24

الفرع الثاني:تعريف القوامة من الناحية الاصطلاحية.....24

الفرع الثالث:مفهوم القوامة في القانون الجزائري.....26

المطلب الثاني: أدلة مشروعية القوامة.....28

الفرع الأول :أدلة القوامة من القرءان 28

الفرع الثاني: الأدلة على القوامة من السنة.....29

الفرع الثالث الأدلة العقلية.....30

الفرع الرابع:أدلة القوامة في القانون الجزائري.....31

المطلب الثالث: أسباب القوامة الزوجية.....32

الفرع الأول:بسبب التفضيل.....32

الفرع الثاني بسبب الإنفاق.....33

الفرع الثالث:أسباب القوامة في القانون الجزائري.....34

الفصل الثاني: نماذج من التعسف في استعمال حق القوامة الزوجية.....37

المبحث الأول: صور تعسف الزوج في استعمال حقوقه الشرعية فقها وقانونا.....38

المطلب الأول: التعسف في استعمال حق الطلاق ودليل مشروعيته فقهاً وقانوناً.....39

الفرع الأول: تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي.....39

الفرع الثاني: تعريف الطلاق في القانون الجزائري..... 42

الفرع الثالث: مشروعية الطلاق.....42

المطلب الثاني: الطلاق التعسفي وصوره فقهاً وقانوناً.....45

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....47

الفرع الثاني: التعريف القانوني للطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري.....47

الفرع الثالث: صور الطلاق التعسفي..... 47

المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.....51

المطلب الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة ودليل مشروعيته فقها وقانونا.....51

الفرع الأول: مفهوم حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.....51

الفرع الثاني: الأدلة على مشروعية حق تأديب الزوجة فقها وقانونا.....53

المطلب الثاني: التأديب التعسفي للزوجة وحكمه فقها وقانونا.....56

الفرع الأول: التعسف في استعمال حق تأديب الزوجة فقها وقانونا..... 56

الفرع الثاني: المسؤولية على التعسف في استعمال حق التأديب.....61

خاتمة.....64

ملخص مذكرة بالعربية..... 67

ملخص مذكرة بالإنجليزية.....68

فهرس الآيات القرآنية.....70

فهرس الأحاديث النبوية..... 71

قائمة المصادر والمراجع.....73

فهرس الموضوعات.....81