

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

الشعبة: الحقوق

تحت إشراف الأستاذة :

من إعداد الطالبة :

ماموني فاطمة الزهرة

بن عمارة صورية رانيا

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بلعبدون عواد

الأستاذ

مشرفا مقرر

ماموني فاطمة الزهرة

الأستاذة

مناقشا

بوزيد خالد

الأستاذ

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/ 08/29

الإهداء

قال رسول صلى الله عليه وسلم

" مَنْ أُولِي مَعْرُوفًا، فَلْيَذْكُرْهُ، فَمَنْ ذَكَرَهُ، فَقَدْ شَكَرَهُ، وَمَنْ كَتَمَهُ، فَقَدْ كَفَرَهُ "

رواه الطبراني

أبدأ أولاً بحمد الله على إنجاز هذا العمل الذي ساهم فيه لقدر كبير الأهل

و الأصدقاء وأهديه إلى ملاكي في الحياة إلى بسمة الحياة

وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى

أمي الحبيبة

و إلى روح والدي العزيز رحمه الله

إلى أخواني و إخواني ورفقتي دري

وفي الأخير تقبلوا مني فائق الإحترام والتقدير لكل من ساندي بكلمة طيبة وصادقة

أو أي عمل فيه فائدة لنجاح هذا العمل

شكر وتقدير

الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه

والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني

إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضلة

"ماموني فاطمة الزهرة"

والأستاذ

"بلعبدون عواد"

الذين تكرموا بالإشراف على هذه المذكرة ولم يبخلوا علي بنصائحهما الموجهة لخدمتي

فكانوا لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفةهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوا

مقدمة

لقد اقتضت حكمة الله سبحانه وتعالى أن ينزل التشريع الإلهي فيما يعود على الإنسان بالخير ، ومنها أمور الزواج فان بقاء الإنسان وحفظ جنسه لا يتحقق إلا باجتماع الذكور والإناث تلك فطرة الله التي فطر الخلق عليها ، والتي تعمر بها الأرض ، وتأخذ زينتها ، وتظهر خيراتها وثمراتها . مصداقا لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"¹.

امتن الله سبحانه وتعالى علينا في كتابه أن خلقنا معشر الرجال والنساء من نفس واحدة ، وهذه النفس الواحدة هي ادم ، والمنة في هذا أن نوع الرجال ليسوا خلقا مستقلا وكذلك نوع النساء ليس أصل خلقهم مستقلا فلو كان النساء خلقهن في الأصل بمعزل عن الرجال كان يكون الله قد خلقهم من عنصر آخر غير الطين مثلا أو من الطين استقلالا لكان هناك من التنافر والتباعد ما الله اعلم به، ولكن حواء قد خلقت كما جاء في الحديث الصحيح من ضلع من أضلاع ادم عليه السلام، كان هذا يعني أن المرأة في الأصل قطعة من الرجل ، ولذلك حن الرجل إلى المرأة وحننت المرأة إلى الرجل وتجانسا حينئذ الشيء إلى مادته وتجانس المادة بجنس.

خلق الله عز وجل من كل شيء زوجين ، وخلق الذكر والأنثى ثم آلف فيه بين قلبين ، وقرب بين بعيدين بطريق شرعي حلال على كتاب الله تعالى وعلى سنة رسوله . فهو من أعظم نعم الله على عباده تتحقق به السعادة والمودة والاستقرار، إذ انه سبيل العفة الوحيد والعصمة للشباب والشابات من الانحراف والفتن وينظم العلاقة الإنسانية الهادفة بين الرجل والمرأة ، فالزواج فطرة يميل إليها كل سوي وهو من هذي الأنبياء والمرسلين قال الله تعالى : وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً ۖ وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ ۗ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ²

1- سورة النساء الآية 21

2- سورة الرعد الآية 38

فالنزاج استجابة لنداء الله عز وجل بقوله تعالى : " وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَانِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ "1 . كما أن من قوام الحياة الزوجية السكينة والمودة والرحمة القائمة بين الزوجين ، ولكن من طبيعة البشر أن يحدث تصادم بين طباع الزوجين أثناء العلاقة الزوجية ، وتحدث مشاكل منها ما يمكن معالجته وإيجاد حلول له ، ولكن بعض المشاكل من الاستحالة أن تكون لها حلول موفقة لمسايرة المشكل ، حتى يتحول إلى حالة شقاق بين الزوجين ويستعصى معه الاحتواء ، وتستحيل معه مواصلة العشرة الزوجية ، فيكون الحل وضع نهاية للحياة الزوجية وذلك بفكها والذي يكون فك الرابطة الزوجية أما بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، أو بالتراضي بين الزوجين ، أو عن طريق الخلع بطلب من الزوجة أو بطلب التظليق .

ولقد اقر الإسلام الطلاق في حال وصول الحياة الزوجية إلى طريق مسدود ، وشرع له من الآداب والتعاليم التي تحقق مصلحة الأسرة والأمة بشكل يكون بعيدا عن التعسف والظلم ، ووضع له شروطا تم حدده.

فالرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر احد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر ، فالعشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تقويت لمقاصد الزواج وتضييع لمصالحه التي شرع من اجلها ، لذلك شرع الطلاق في الإسلام رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين ، لقوله تعالى : " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف ا واو تصريح بإحسان "2.

فالأصل في الطلاق أن يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية ، فإذا طالب الزوج بالطلاق وأصر عليه رغم محاولات الصلح ، وعدم تقيده بسبب شرعي ، أو مبرر الذي أدى إلى الطلاق والتصرف دون الحادة له ، سينبثق عليه واقعة قانونية جديدة يترتب عنها الأثر القانوني ، فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خارجا عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق ،

1- سورة النور الآية 32

2- سورة البقرة الآية 229

فأصبح من خلاله واقعا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق والذي سينبثق عليه ما يسمى بالطلاق التعسفي .

فالقانون الجزائري بدوره لم يسلب الزوج حق الطلاق وإنما قيده بمبدأ عدم التعسف في استعماله وجعله خاضعا لرقابة القضاء ، فمن أساء استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لمطلقة التي أصابها الضرر من جراء طلاقها لان كل حق في الإسلام مقيد بعدم الإضرار بالغير طبقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار .

وعليه فإساءة استعمال هذا الحق أو التعسف في استعماله يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بالغير ، وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، أو الإضرار بالغير ، مما يخالف قصد الشارع من تشريع هذا الحق ، فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه ، والأكد انه سيلحق ضررا بالغا لأحد الزوجين ، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حالة الزوجين ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق .

حيث تهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الضرر اللاحق بالمتضرر، فالضرر الذي يقع بين الزوجين نتيجة الطلاق ، وحتى يتسنى للقضاء الفصل في مسائل التعويض عن الطلاق التعسفي فقد منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في ضبط وتحديد مقدار التعويض ، راجعا في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وعليه فالضرر اللاحق بالزوجة المطلقة سواء كان اضرار مادي أو معنوي يوجب التعويض .

موضوع الدراسة :

سنتناول في دراستنا موضوع الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري فالطلاق حق أصيل للزوج ، والقانون ساير الشريعة الإسلامية في ذلك باعتبار أن العصمة بيد هذا الأخير، إلا انه قد يتعسف في طلاقه مخلفا بذلك ضرر بالزوجة المطلقة مما يستوجب التعويض عن الضرر اللاحق بها، وهذا ما نحن بصدد دراسته في بحثنا هذا .

أسباب وأهمية اختيار الموضوع :

تعود أسبابي الذاتية اختيارنا لموضوع الطلاق التعسفي والتعويض عنه إلى رغبتني في الاطلاع أكثر على الموضوع ، وإثراء معلوماتي القانونية فيما يخص مسألة الطلاق التعسفي، أما أسبابي الموضوعية التي دفعتني لاختيار الموضوع الجدل الواقع حول مسألة التعويض عن الطلاق ورفض بعض الفقهاء لها ، وما يثيره الطلاق التعسفي من تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه ، ومدى تقدير الضرر اللاحق بالزوجة وكيفية التعويض عنه.

أهمية الموضوع :

تتجلى أهمية الموضوع على الصعيد الاجتماعي المتمثلة في تقاوم مؤشر نسبة الطلاق في الآونة الأخيرة ، والتي تكون غالبيتها دون أسباب شرعية واقعية مما يثير الفضول لدراسته والذي يستدعي تفعيلًا للنصوص المتعلقة بالطلاق التعسفي وان يقوم المشرع بدوره بالحد من الظاهرة عن طريق إرساء قوانين ردية لمحاصرة هذه الآفة.

أهداف الموضوع :

تهدف دراستي إلى إبراز ماهية الطلاق التعسفي وتبين معايير وصوره ، واهم الإشكالات التي يطرحها من تعويض وغيره ، ومحاولة بسيطة مني ومحتشمة في تقديم الاقتراحات التي تشكل حولا لهذه الإشكالات ، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية .

الإشكالية:

كيف عالج المشرع الجزائري واقعة الطلاق التعسفي وما هو الأساس المعتمد في تحديد الضرر وتقدير التعويض الناتج عنه وفقا لقانون الأسرة الجزائري ؟

المنهج المتبع :

للإجابة عن الإشكالية المتبعة اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن ، حيث قمت بتحليل موضوع الطلاق التعسفي من خلال ذكر ماهيته وتحليل بعض النصوص القانونية والاجتهادات

القضائية ومن ثم استخراج الإشكالات التي تطرحها أثناء التطبيق ، ومقارنة ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية.

الدراسات السابقة :

من بين الدراسات السابقة التي اطلعت عليها :

مذكرة لنيل شهادة الماستر لمسعودة بودية بعنوان الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تخصص أحوال شخصية، حيث تناولت في مذكرتها موضوع الطلاق وحكمه من الشريعة والقانون، ومعايير الطلاق التعسفي وصوره، إلا أنها لم تنطرق إلى إجراءات رفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .

وتظهر لنا أوجه التشابه بين موضوع البحثين في تناولنا لموضوع واحد وهو الطلاق التعسفي والتركيز عليه من الناحية الفقهية والقانونية ، ومناقشة قانون الأسرة في المسائل الخاصة بهذا الموضوع .

أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع بحث الرسالة السابقة قد ركز فيه على مبادئ الشريعة بشكل كبير باعتباره دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، أما موضوعي جاء بشكل خاص حول الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري ، كما عالجت في موضوعي الإشكالات الخاصة بالطلاق التعسفي التي يثيرها أثناء التطبيق .

صعوبة الدراسات :

قد واجهت في دراستي بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول إشكالات الطلاق التعسفي، وتدابير الحجر الصحي المتخذة نظرا لتفشي فيروس كورونا والتي كانت من أصعب العراقل التي واجهتها .

خطة البحث :

للإجابة على هذه التساؤلات قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين ، حيث تناولت في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي ، ويتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان ماهية الطلاق و المبحث الثاني بعنوان ماهية الطلاق التعسفي ، لكون هذه المجالات واسعة و متعددة لا يمكن حصرها في بحث كهذا .

أما الفصل الثاني بعنوان التعويض عن الطلاق التعسفي وتتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان استحقاق التعويض وجزء الإخلال بها والمبحث الثاني بعنوان تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و خاتمة حددنا فيها نتائج البحث راجيين أن تكون في المستوى البحث و الجهد المطلوب.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي

ابتدأ الله سبحانه وتعالى وجود الناس بذكر وأنثى لإعمار الأرض وشرع لتحقيق هذه الغاية الزواج ، فانتشرت به البشرية وبنيت الحضارات لقوله تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا"¹، فالزواج رابط مقدس بين الرجل والمرأة يوحدهم مدى الحياة إلا انه قد يطرأ عليه بعض المشاكل والأزمات التي تؤدي بالزوجين إلى الطلاق كضرورة حتمية.

فالطلاق في الشرع حق للرجل وحده لأنه احرص من غيره على استمرار الزوجية وبقائها ، وقد خلق الله الزوج وجعله أكثر إدراكاً وتقديراً لنتائج وعواقب حل عقدة النكاح ، وفطره على ضبط أعصابه وكبح جماح عواطفه ساعة غضبه ، أما المرأة فقد خلقت بطباع جعلتها اشد تأثراً من الرجل بمشاعرها وأسرع انقياداً لعواطفها وغريزتها ، كما أنها عندما تغضب أو تكره أو تحب فهي تندفع وراء عاطفتها ولا تبالي بما ينجم عن ذلك نتيجة اندفاعها² .

فالمشرع الجزائري قد أباح الطلاق للضرورة التي قد تكمن في أسباب عدة كعدم الإنجاب وغيرها من الأسباب ، أو عندما يتصف احدهما بسوء الخلق، أو ضعف العقيدة ، أو التخالف في الطباع وما إلى غير ذلك ، كما أن الحياة الزوجية في الإسلام وجدت لتبقى، أما الطلاق فهو أمر طارئ يقضي على الأسرة ويهدم بنيانها ، ويحل روابطها ويزيل كيانها.

قال الله تعالى: " وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا "3.

وقال أيضا : فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ 4

ففي حالة استعسار الحياة الزوجية واستنفاد طرق الصلح المشروعة ، أباح الله عز وجل الطلاق ووضعه بعصمة الرجل، وهناك حالات يسيء الزوج استعمال هذا الحق ويصبح أمام ما يسمى بالطلاق التعسفي والذي يترتب عنه ضرر بالزوجة، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين حيث تناولنا في الأول المبدأ العام وهو إيضاح الفكرة العامة حول مفهوم الطلاق بشكل عام ، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه الطلاق التعسفي بشكل خاص .

1- سورة الحجرات الآية 13 .

2- مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط ، المكتبة الإسلامية اسطنبول ، ص685

3- سورة النساء الآية 129

4- سورة الطلاق الآية 02

المبحث الأول: ماهية الطلاق .

حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة الأسرة التي تقوم على أساس الزواج ، وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ، ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التنازل .

إن الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمعات وإصلاح الأفراد، لذلك لا بد أن تبنى على أساس قوي انطلاقاً من العلاقة الزوجية الصحيحة القائمة على أسس الود والتألف، ولكن إذا اشتدت الخلافات ولم يجد الزوجان الحل لمشاكلهم وأصبح البقاء تحت السقف الواحد يسبب الشقاء والتعب لهما ، أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي هو ابغض الحلال إلى الله .

فإن عز وجل استخلف الإنسان على الأرض ليعمرها، وجعل رابطة الزواج من أنبل الروابط ولها قدسيته في المجتمع الإسلامي، لأنها السبيل الوحيد لما يرتب عليه من آثار نافعة تعود على الفرد نفسه وعلى الأمة جمعاء .

ولقد أعطى الشرع العصمة للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت إليه الضرورة ، وبعد نفاذ جل طرق الصلح بينهما .

بالإضافة إلى الشرع الإسلامي الذي كان سابقاً في تناول وتنظيم أحكام الطلاق ، فقانون الأسرة الجزائري بدوره تناول الطلاق وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث من خلال المطلبين الموالين:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق**المطلب الثاني : حكم الطلاق ومشروعيته****المطلب الأول : مفهوم الطلاق**

إن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها، فيكون الطلاق بمثابة المسلك والمخرج لتجاوزها بعد استوفاء جل طرق الصلح بين الزوجين، ولا يتبقى خيار سوى الطلاق لهذا أعطت الشريعة الحق للزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة ، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب حيث ارتأيت إلى تقسيمه إلى ثلاثة فروع حيث سنتناول في الفرع الأول تعريف الطلاق ثم الفرع الثاني شروط الطلاق أما الفرع الثالث خصصته لأقسام الطلاق .

الفرع الأول: تعريف الطلاق :

قد قدمت للطلاق مفاهيم وتعريف كثيرة من الفقه والشريعة والقانون .

أولاً: التعريف اللغوي للطلاق :

هو الحل ورفع القيد مطلقاً ، سواء كان حسياً أو معنوياً ، والطلاق اسم مصدره التطبيق ، ويستعمل استعمال المصدر واصله طلقت المرأة فهي طالق طالقة إذا أبانت من زوجها، ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلق مطليق ، وفيه حديث الحسن : انك رجل طليق أي كثير طلاق النساء والأجود أن يقال مطلق ومطليق لا ومنه حديث علي أن الحسن مطلق فلا تزوجه¹ .
لفظ الطلاق في اللغة العربية مأخوذ من الإطلاق، يقول العرب أطلقت الأسير، إذا حللت قيده وأرسلته، كما أن من التخلية من الوثائق فهم يقولون أطلقت البعير من عقاله وطلقته وهو طالق بلا قيد ، ومنه استعير تعبير طلقت المرأة أي خليتها فهي طالق أي مخلاة عن حبال النكاح² .

أي أن الطلاق هو التحلل من قيد الزواج والخروج من عصمته ورفع القيد مطلقاً³ .

الطليقة المرة الواحدة منه طلق المرأة عن زوجها ، رجل مطلق ومطليق وطلق ، طلق البلاد أي تركها والطارق من الإبل التي لا قيد عليها ، أطلقه سرحه الطلقاء الإسراء العنقاء أو الطليق الذي أطلق أسره وخلي سبيله⁴ .

وعليه فكل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من أي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية، وقد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الرجل لامرأته ، لها في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها بيت الزوجية ومن ترك لها وتخلي عنها⁵ .

1-أبي_الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،لسان العرب ،دار هادر ،بيروت مج 04 الجزء 29'باب الطاء ، ص2692

2- الراغب الأصفهاني :مفردات ألفاظ القرآن ،دار الأرقم ،دمشق ،ط1996، ص523

3- قاسم بن عبد الله ،الفقوي :أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ،دار الوفاء ،جدة، ط1 ، ص155.

4- يوسف محمد خليفة أبو قرين ،الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام، دار الكتب الوطنية ،بنغازي ، الطبعة الأولى 2000، ص145.

5- صالح العلي الصالح أمينة الشيخ سليمان الأحمد ،المعجم الصافي في اللغة العربية ،ب.ب.دن ، الرياض ،دس ن، ص379.

فهو مصدر الفعل الثلاثي المجرد طلق ، والطلاق كتخلية السبيل والطلق من الإبل : ناقة ترسل في الحي ترعى حيث شاءت ولا تعقل، أي غير مقيدة وأطلقت الناقة وطلقت هي أي حلت عقالها فأرسلتها¹.

ومن ألفاظ الطلاق استقحلي بأمرك أي انقطعت الصلة وانشقت².

ثانيا - التعريف الاصطلاحي للطلاق:

عرفه الحنفية بأنه "هو حل قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص.

ونعني "بالقيد في النكاح" رفع قيد غيره كرفع الملك بالعناق، وكذلك خرج به القيد الثابت حساً، ذلك أن اعتبار عقد النكاح قيماً ليس على المعنى المادي المعروف، إنما هو من باب المجاز والتشبيه³. وقوله في "الحال" يعني بذلك الطلاق البائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى فإنها ترفع قيد النكاح في الحال⁴، وقوله في "المال" أي بعد انقضاء العدة في الطلاق الرجعي⁵، وأما قوله "بلفظ مخصوص" وهو ما اشتمل على الطلاق، سواء كان صريحاً أو كناية، كما أنه احتراز بقوله بلفظ مخصوص عن الفسخ⁶.

وعرفه المالكية على أنه حل العصمة المنعقدة بين الزوجين⁷، أو هو إنهاء الحياة الزوجية في الحال والمال، بلفظ مشتق من مادة الطلاق و معناها صراحة أو دلالة⁸، أي تنتهي العلاقة

1- نصر سليمان سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع ق. الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، 2003، ص 06.

2- الخليل بن احمد الفر اهدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، دار مكتبة الهلال، بيروت، د ط، 1999، ج 5، ص 101.

3- ابن فدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، دط، 1986، ج 7، ص 363.

4- عبد الرحمان بن محمد شيخي زاده، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر، المحقق خليل العمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، 1998، ج 2، ص 04.

5- عبد الرحمان الحصكفي، الدار المختار، شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2002، ج 1، ص 205.

6- ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، ضبطه واخرج أحاديثه زكرياء عميرات، دار المعرفة، بيروت، دط، دس ن ج 3، ص 463.

7- ابن همام، شرح فتح القدير، المحقق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2000، ج 3، ص 463.

8- أبو الحسن بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دط، 1994، ج 2، ص 78.

الزوجية بأحد ثلاثة أمور ، باللفظ صريحا كان أو كناية ،أو بالكتابة أو الإشارة عند تعذر النطق¹.

وقد عرف الشافعية الطلاق بأنه :حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه² ، وقد جاء في التعريف التعريف "بلفظ الطلاق ونحوه " الاحتراز عن حل عقد النكاح بغير لفظ الطلاق كالفسخ ويظهر من خلال التعريف انه لا فرق عندهم بين ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية³. أما الحنابلة فعرفه بأنه : "حل قيد النكاح"⁴ ، حيث جاء تعريف مذهب الحنابلة مطلق لم يحدد الكيفية ولا اللفظ .

إذا فالطلاق هو حل الرابطة الزوجية أما أن يكون في الحال وهنا نكون أمام طلاق بائن ، وأما أن يكون في المال أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي⁵ ، الذي يخول للزوج في هذه الحالة بإرجاع زوجته بدون عقد ولا مهر جديدين وبدون إذنها ورضاها وإذا انقضت العدة أصبح بائنا وله نفس حكم الطلاق البائن⁶.

ثالثا- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني :

تعرض المشرع الجزائري لتعريف 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 و 54 من هذا القانون"⁷.

1- طارق بن أنور آل سالم ،الواضح في أحكام الطلاق ، دار الإيمان للطباعة ، الإسكندرية ، مصر ، دط ، 2004 ، ص13 .

2- الخطيب الشر بيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1994 ، ج3 ، ص 279 .

3- الخطيب الشر بيني ،الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، المحقق علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 ، 2004 ، 2 ، ص438 .

4- الزركشي ، شرح الزركشي على متن الخرقى ، المحقق عبد الله بن دهيش ، مكتبة الاسدي ، مكة المكرمة ، ط3 ، 2009 ، ج2 ، ص458 .

5- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر، ط1 ، 2007 ، ص212 .

6- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، ط 5 ، 2007 ، ج1 ، ص208 .

7- الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

ولقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي ، وما الطلاق إلا احد هذه الطرق من الملاحظ من المادة أنها لم تعطي تعريفا دقيقا للطلاق ولا تبيان أركانه وشروطه وضوابطه ، وذلك محاولة من المشرع التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك للفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"¹.

الفرع الثاني - شروط الطلاق :

للطلاق شروط يجب توافرها بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أصالة ومن ينوب عنه ، وبعضها يرجع إلى من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة ، وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي صيغته .

أولا : الشروط المتعلقة بالمطلق .

وهو الزوج المكلف فثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد زواج صحيح ولا بد من صحة إيقاع الطلاق شرعا أن :

1- أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلاً عنه : فلو لم يكن المطلق واحدا من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق ، وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه ، ذلك أن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو إنابة صريحة منه ، فلزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وان يفوض المرأة بتطبيق نفسها².

فالتوكيل هو أن يوكل شخص بتطبيق زوجته ، والتفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه وعليه يجوز التوكيل بالطلاق طالما انه يملك هذا التصرف أصالة عن نفسه ، وهذا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية³.

2- أن يكون الزوج بالغا عاقلا : والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح وليس أي زوج بل الزوج البالغ ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزا أو غير مميزا ، مراهقا أو غير مراهق ، أذن له بذلك أم لا ، ذلك إن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق

1- المادة 222 قانون الأسرة الجزائري .

2- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 226 .

3- المرجع نفسه ، ص 226 .

بالمطلق فلا يملكه الصغير كونه من التصرفات التي تحتاج الإدراك الكامل ، والعقل الوافر وهذا لا يتحقق في الصبي ولو كان عاقلاً¹ . والعقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل ، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له ، ومن الغبن أن تصح تصرفات غير العقلاء ، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وعديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته ، وبالتالي لا يصح طلاقه ، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية في مقدمتها الصغر كما اشرنا وبموانع مرضية على رأسها الجنون وهو اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان ، تجعله لا يعرف الحسن من القبيح ، ولا يقدر العواقب فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف² وعليه فطلاق المجنون والمعتوه لا يقع ، فالعقل هو أداة التفكير كما أن المجنون ليس له قصد أصلاً والطلاق هو من التصرفات تعتمد على القصد الصحيح³ .

3- أن لا يكون الزوج مكرهاً على الطلاق : فيشترط في المطلق أن يكون قاصداً ومختاراً في إيقاع الطلاق ، وعلى ذلك فإنه إذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق بقتل أو إتلاف عضو أو مال ، ولم يكن قادراً على دفع هذا الأذى عن نفسه بأي وسيلة من الوسائل المشروعة فطلق ، لا يقع طلاقه في رأي جمهور الفقهاء لأنه مكره على الطلاق ، وإن أتى باللفظ المقتضي للطلاق إلا أنه لا يقصد الطلاق ، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه ، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار لذلك ينتفي الحكم لانتهاء الاختيار⁴ . أما الحنفية فاقروا بان طلاق المكره واقع وقاسوه على طلاق الهازل ، لأن الهازل قد وقع طلاقه مع عدم ورود القصد منه لإيقاعه ، فكما كان عدم الرضا من الهازل لا تأثير له في وقوع الطلاق ، كذلك بالنسبة للمكره⁵ .

1- محمد كمال إمام الدين ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، د ط ، 2003 ، ص 279 .

2- أحمد علي جرادات ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد والزواج والطلاق ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، ط 1 ، 2012 ، ص 145 .

3- بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، د ط ، د س ن ، ج 1 ، ص 312 .

4- محمد سمارة ، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ط 3 ، 2010 ، ص 282 .

5- سيد سابق ، فقه السنة ، دار الفكر ، بيروت ، ط 1 ، د س ن ، ج 2 ، ص 23 ، وما بعدها .

ثانيا :الشروط المتعلقة بالمطلة :

يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة محلا للطلاق , أي ممن يقع الطلاق عليها , وتتحقق المحلية بان تكون زوجة حقيقية أو حكما للمطلق¹, وعليه يشترط في الزوجة شروطا معينة لكي تكون محلا للطلاق وهي :

1- قيام الزوجية حقيقة أو حكما : ويقصد بالزوجية حقيقة هو أن هناك حياة زوجية قائمة بمعنى الكلمة من معاشرة ومحبة وألفة ، والعلاقة فيها طبيعية بين الزوجين ، أما الزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي أثناء عدتها ، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها ، لان الطلاق الرجعي لا تزول به الرابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة ، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى ، لان الزواج يعتبر بعد الطلاق باقيا حكما طوال مدة العدة ، بدليل وجوب النفقة أثناء العدة ، واستقرار المرأة في منزل الزوجية ، وعدم جواز خروجها منه حتى تنقضي عدتها ، إلا لعذر شرعي وعدم حلها لزوج آخر، فيجب أن تكون المرأة زوجة للمطلق حقيقة أو حكما².

2- تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية : فالرجل قد يتزوج بواحدة وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة وهو أقصى عدد يجمعه الرجل في زواج قائم ، فإذا طلق زوجة وهي واحدة فقد تعينت لفظا ومعنى هذا انه لا توجد زوجة غيرها ، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات وطرق التعيين في هذه الحالة ثلاثة : الإشارة والوصف والنية التي يصح عنها الزوج بعد ذلك . وقد اتفق الفقهاء على انه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعنية وطلقت بالاتفاق ، أما إذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها ودون أن ينوي غيرها ، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق أيضا بالاتفاق ، وكذلك إذا وصفها دون إشارة ودون قصد غيرها فإنها تطلق³.

1- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 246 ،

2- المرجع نفسه ، ص 246 وما بعدها .

3- محمد كمال إمام الدين ، المرجع السابق ، ص 385 .

ثالثا : الشروط المتعلقة بالصيغة :

يعتبر التلفظ بالطلاق هو الصيغة الواضحة والدالة على إنهاء الرابطة الزوجية في الحال أو المال ، غير انه قد تكون صيغة الطلاق بلفظ صريح وقد تكون بلفظ الكناية ، ويختلف التعبير عن الإرادة في الطلاق فقد تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة¹.

1- الألفاظ الصريحة : وهو كل لفظ صريح لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا ، مثل أن يقول لزوجته أنت طالق².

2- الألفاظ الكنائية : فهي كل لفظ يحتمل الطلاق يقع بها الطلاق بائنا بالنية ، أي لفظ وأريد به لازم معناه ، ومثاله كان يقول لزوجته أنت بائن وأنت حرام وغيرها من الألفاظ التي جرى بها العرف³.

وتتنوع صيغ الطلاق كالآتي :

أ- الطلاق المنجز : هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، وحكم هذا النوع انه متى توفرت فيه الشروط السالفة المتعلقة بالمطلق فانه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب عليه جميع آثاره⁴.

ب -الطلاق المضاف : وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل مثل أن يقول لزوجته أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم ، بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين ، وحكمه عند جمهور الفقهاء انه ينعقد سببا للفرقة في الحال ، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول اجله، فإذا قال لها أنت طالق آخر الشهر ،فلا تطلق حتى ينتهي الشهر ، وهي قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة وعليها كل الواجبات ، في حين اقر المالكية انه إذا أضاف طلاقه إلى زمن المستقبل كان يقول لها أنت طالق بعد سنة طلقت للحال المنجز ، كذلك إذا أضافه إلى زمن ماضي قاصدا الإنشاء⁵.

ج - الطلاق المعلق : وهو ما جعل فيه الزوج حصول الطلاق معلقا على حصول شئ آخر، وقد يكون فعلا للمطلقة أو المطلق أو لم يكن كذلك كان يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس

1- عبده غالب احمد عيسى ، فقه الطلاق ، دار الجبل ، بيروت ، ط1 ، 1991 ، ص 29 .

2- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 249 .

3- عبده غالب احمد عيسى ، المرجع السابق ، ص 29 .

4- بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص 329 .

5- المرجع نفسه ، ص 329 .

، فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمي يمينا لدى الجمهور مجازا ، وذلك لما فيه من معنى القسم ، وإذا كان معلقا لا على فعل اختياري فهو التعليق الحقيقي لانقضاء معنى اليمين وقد اتفق الجمهور على صحة تعليق الطلاق ويمين الطلاق ، فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق¹.

أما فيما يخص عدد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مثل أن يقول الرجل لزوجته ، أنت طالق ثلاثا ، أو كان يلتفظ بها ثلاثا كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فقد ذهب بعض الصحابة إلى اعتبار أن الطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة ، وهذا ما ذهب إليه أهل الظاهرية وفقهاء مذهب الامامية وكذلك ما أفتى به ابن تيمية وابن القيم .

ويذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى قولهم أن الطلاق الذي يقع بلفظ ثلاثا أو تكرر اللفظ ثلاث مرات فإنه يقع ثلاث طلقات².

وقد أخذت معظم القوانين العربية برأي ابن تيمية ، ومن وافقه ، والذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات ، وإن الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا ، وقد استقر القضاء العربي ومعظم البلدان العربية على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة طلاقا واحدا ، ومثله الطلاق المنتابح أو المكرر في مجلس واحد³.

حيث نجد أن مصر قد أخذت بهذا المبدأ وهذا من خلال نص المادة 3 من القانون 25 لسنة 1925 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وجاء فيها " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة⁴.

ونلاحظ أيضا أن قانون الأحوال الشخصية لسورية قد اخذ بهذا المبدأ من خلال نص المادة 92 في فقرتها الأولى وجاء فيها " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة في مجلس واحد

1- المرجع نفسه ، ص 331 وما بعدها .

2- ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط 1 ، 1987 ، ج 3 ، ص 224 ، وكذلك الشركاني ، نيل الاوطار ، تحقيق عصام الدين الصباطي ، دار الحديث ، مصر ، ط 1 ، 1993 ، ج 6 ، ص 290 ، وكذلك ابن القيم ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ط 27 ، 1994 ، ج 5 ، ص 225 .

3- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، د ط ، 1950 ، ص 355 وما بعدها .

4- القانون 100 المؤرخ في 04-07-1985 ، المعدل لقانون 25 المؤرخ في 25-03-1925 ، المتضمن قانون الأحوال الشخصية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية ، العدد 27 "تابع" ، لسنة 1985 .

يقع طلقة واحدة رجعية، الطلاق المتكرر في مجالس متعددة يقع بعده ، يقع الطلاق المتتابع في مجلس واحد طلقة واحدة إذا قصد بها التأكيد¹.

حيث يتضح من استقراءنا لنص المادة أن المشرع السوري قد أضاف فقرتين بعد الفقرة الأولى التي بنفس المبدأ ، غير انه في الفقرة الثانية قد وضح أن الطلاق الذي يقع في عدة مجالس انه يقع بعده أي بعدد الطلقات ، إلا انه أضاف استثناء على الفقرة الأولى بموجب الفقرة الثالثة على أن الطلاق المتعدد في مجلس يعتبر طلقة واحدة إذا كان قصد الزوج هو تأكيد طلاقه ، وبمفهوم المخالفة أي أن الطلاق الذي يوقعه الزوج متعدد وفي مجلس واحد ولا يقصد به التأكيد هو طلاق ثلاث .

أما المشرع الجزائري فلم يوضح رأيه من هذا المبدأ ، وقد نص في المادة 51 من قانون الأسرة على انه " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها وبعد البناء"² ، يلاحظ من خلال استقراءنا لنص المادة أنها جاءت مبهمه لأنه لم يوضح هل الطلاق المعتد به هنا الذي ثبت بحكم أو حتى الذي لم يثبت بحكم وإذا أخذنا بالقول الثاني سوف نخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الثالث : اقسام الطلاق :

ينقسم الطلاق إلى عدة أقسام بحسب المعيار الذي يعتمده :

أولا : من حيث مطابقته للسنة :

ينقسم الطلاق من حيث مطابقته للسنة إلى طلاق سني وطلاق بدعي .

1- الطلاق السني :

" هو الواقع على الوجه الذي نذب إليه الشرع وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر ولم يمسه فيها طلاق شرعي"³.

1- المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17-09-1953 ، المتضمن قانون الأحوال الشخصية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية ، العدد 63 ، لسنة 1963 .

2- الأمر رقم 02-05 ، المؤرخ في 27-02-2005 ، المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 15 ، سنة 2005 .

3- دار العلوم والزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2000 ، ص 45 .

الطلاق السني " هو الطلاق الذي رسمته سنة الرسول صلى الله عليه وسلم شروطه"¹ وهي

- أ- أن يكون طليقة واحدة لا أكثر ، أي فما زاد على واحدة بدعة والدليل قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "².
 - ب- أن يكون طليقة كاملة لا بعض طليقة ، كنصف طليقة .
 - ج- أن يكون واقعا في طهر لا في حيض او نفاس .
 - د- أن لا يطلأ المطلق مطلقة في الطهر الذي طلق فيه .
 - و- أن لا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق .
 - هـ - أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها .
- فان انتفت هذه الشروط أو بعضها فهو طلاق بدعي³.

2- الطلاق البدعي :

وهو الطلاق المخالف للشرع أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المتقدمة وحكم الطلاق البدعي أما مكروه أو حرام .

فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه ، والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه ، والواقع في بعض الطليقة ، وعلّة الكراهة التلبيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعدد بالقروء أو بوضع الحمل ، لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء⁴.

والبدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثة والواقع على جزء المرأة ، وعلّة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس وهو تطويل العدة على المطلقة لان المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها⁵.

ثانيا : من حيث إمكانية المراجعة :

ينقسم إلى طلاق رجعي وطلاق بائن .

1- احمد نصري الجندي ، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، تعريف العدة ، مشروعيتها ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 ، ص 97 .

2- سورة البقرة الآية 229 .

3- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر ، ج4 ، ط2 ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، لبنان ، 2005 ، ص26-27 .

4- الفقه المالكي وأدلته للحبيب بن طاهر ، ج4 ، ط2 ، المرجع السابق ، ص26-27 .

5- المرجع نفسه ، ص29 .

1- الطلاق الرجعي :

وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه للطلاق إرجاع زوجته وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين¹.

والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج أن يكون رجعيا وهذا في الطلقة الأولى والثانية ما دامت الزوجة المطلقة في عدتها ، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط حتى ولو لم تكن الزوجة راضية فاستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة ، أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها أو راجعها بعد انتهائها فإنها تخرج من الطلاق الرجعي إلى البائن².

وهذا ما اخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 1986/2/10 ملف رقم 39463 " من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية إن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ، أما الطلاق البائن هو الذي يقع ما قبل الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية ، وكذلك الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر .

إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاق بائنا³.

ب- الأحكام المترتبة عن الطلاق الرجعي :

يترتب على الطلاق الرجعي عدة أحكام :

- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج وفقا لنص المادة 50 قانون الأسرة .
- إمكان المراجعة في العدة المادة 58 و 60 من قانون الأسرة.
- الطلاق الرجعي لا يزيل ملكا ولا حلا ما دامت الزوجة في العدة ، فعليها أن تبقى في منزل الزوجية المادة 61 قانون الأسرة.
- يرث احدهما الآخر المادة 132 قانون الأسرة 05.

1- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ط1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص 177 .

2- يوسف دلا ندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة ، الزواج والطلاق ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 50 .

3- احمد لعور ونبييل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007 ، ص 48 .

- بصور حكم الطلاق اثر محاولة الصلح المادة 49 قانون الأسرة يسقط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ويصبح الطلاق بائنا وفق المادة 50 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02-05¹.

2- الطلاق البائن :

وهو الذي لا يملك فيه المطلق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد وهو نوعان :

أ- الطلاق البائن بينونة صغرى :

وهو الذي يستطيع الزوج فيه أن يراجع زوجته بعد انقضاء العدة بمهر وعقد جديد ويكون هذا النوع من الطلاق في في الطلقة الأولى والثانية².

ب- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة صغرى :

- انه يزيل الملك لا الحل ولا ترجع المطلقة إلا برضاها بعقد ومهر جديدين .
- لا توارث بينهما إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت .
- يحل الصداق المؤجل وينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج .

ج- الطلاق البائن بينونة كبرى :

وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث فلا يراجعها إلا إذا تزوجت رجل آخر، ثم طلقها فيمكن له هنا أن يتزوجها من جديد بمهر وعقد جديدين³، ذلك لقوله تعالى : " فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ "4، كما اخذ به القضاء من خلال القرار الصادر بتاريخ 17-2-1998 ملف رقم 551176 من المقرر شرعا وقانونا انه : " لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء "

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا و فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 قانون الأسرة 02-05

1-- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1. ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص316-317 .

2- تحفة العروس لمحمد بيومي ، ط1 ، دار الرشد للكتاب والقران الكريم ، الجزائر ، 2007 ، ص37 .

3- المرجع نفسه ص36 .

4- سورة البقرة الآية 230 .

وطبقوا القانون تطبيقاً سليماً مما يتعين التصريح برفض الطعن ، مجلة قضائية ، العدد 1 ، 2000 ، ص 171¹.

د- الأحكام المترتبة عن الطلاق البائن بينونة كبرى :

- إزالة الملك والحل معا ولا يبقى اثر سوى العدة .
- يحل الصداق المؤجل .
- يمنع التوارث إلا إذا كان الطلاق طلاق الفار .
- تحرم به المطلقة على الزوج تحريماً مؤبداً حتى تتزوج بزواج آخر ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم يطلقها أو يموت عنها وتتقضي عدتها².

هـ - الأحكام المشتركة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن :

- وجوب نفقة العدة للمطلقة .
- ثبوت نسب الولد من أبيه .
- هدم الطلاقات الثلاث من الزواج الثاني .
- المطلب الثاني : حكم الطلاق و مشروعيته .**

الطلاق في الشريعة الإسلامية تصرف شرعي يصدر عن الزوج بإرادته المنفردة غالباً ، ومن حيث انه تصرف انفرادي أو اتفاق بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما ، يتعلق بحكم تكليفي³.

لذلك سنتطرق في الفرع الأول إلى حكم الطلاق ثم بعد ذلك سنتناول في الفرع الثاني أدلة مشروعية الطلاق ثم في الأخير الفرع الثالث الحكمة من مشروعية الطلاق .

الفرع الأول : حكم الطلاق .

إن الفقهاء متفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكاليفية الخمسة بحسب الظروف والأحوال وذلك على النحو الآتي :

1- فضيل العيش ، قانون الأسرة ، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2 ، الجزائر ، 2007 ، ص 50 .

2- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ، المعدل بالأمر 02-05 الأسرة والتشريع ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، 2012 ، ص 64-65 .

3- أبي إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق وتعليق محمد الزحيلي ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، 1996 ، ج3 ، ص 25 ، 26 .

1- **يكون واجبا** : إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه كطلاق المولي بعد التريص إذا أبى الفيئة وكطلاق الحكمين في الشقاق¹.

2- **يكون مندوبا** : وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل تركها للصلاة ونحوها².

3- **يكون مكروها** : كطلاق امرأة مستقيمة الحال، وهو راغب بها .

4- **يكون حراما** : كطلاق المرأة في الحيض ، أو في طهر جامعها منه .

5- **يكون مباحا** : عند الحاجة لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها³.

أما حكم أصل الطلاق قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة ، فقد اختلف الفقهاء فيه على اتجاهين :
 - **الاتجاه الأول** : الأصل في الطلاق الإباحة ، قال الإمام القرطبي في تفسيره : دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محذور ، وقال ابن المنذر : ليس في منع الطلاق خبر يثبت ، وقال السرخسي : وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء⁴. وقال ابن عابدين : إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات وهو المذهب⁵، أي عند الحنفية وغيرهم .

- **الأدلة من الكتاب** :

قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ" سورة

الطلاق الآية (1) ، وذلك يقتضي إباحة إيقاع الطلاق وإن الأصل فيه الإباحة لا الحظر⁶.

يستدلون بما في السنة العملية لرسول الله صلى الله عليه وسلم إذ انه طلق زوجته حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها فإنها صوامة قوامة⁷.

-**الاتجاه الثاني** : ذهب فريق آخر إلى القول أن الأصل في الطلاق الحظر وهو رأي اغلب

الفقهاء وحببتهم في ذلك أن الزواج عقد مسنون ، بل هو واجب أحيانا ، فكان الطلاق قطعاً

1- احمد الكاساني ، مرجع سابق ، ج7 ، ص 183,184.

2- المرجع نفسه ، ص 184 ، 185 .

3- ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج7 ، ص363 وما بعدها

4- السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، طبد س ن ، ج 6 ، ص 2 .

5- ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، 1992 ، ج3 ، ص227..

6- القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي ، تحقيق احمد البردوني ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، مصر ،

ط2 ، 1964 ، ج 18 ، ص 147 .

7- السرخسي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص3.

للسنة ، وتقويماً للواجب ، فيكون الأصل فيه احظر والكرهه إلا انه رخص للتأديب أو للتخليص كما قال الكاساني¹.

وقال ابن تيمية : لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه ، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً ، وإن الله يبغض الطلاق وإنما يأمر به الشياطين والسحرة² ، كما قال الله تعالى : " فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ... " سورة البقرة الآية (102) .

وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " إن إبليس يضع عرشه على الماء ، ثم يبعث سراياه فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة يجرى أحدهم فيقول : فعلت كذا وكذا فيقول : ما صنعت شيئاً ، قال ثم يجرى أحدهم فيقول : ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته قال : فيدنيه منه ويقول : نعم أنت"³.

ومع العلم انه يوجد اتجاه ثالث يرى بان الحظر في الطلاق ديناني لا قضائي ، بمعنى أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون أثماً ، وعلى هذا فان الموضوع يتعلق بأمر نفساني فالأمر موكل إلى ضمير الزوج ، أما القضاء فالطلاق واقع ، ولا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة السبب حرصاً على سمعة الأسرة⁴.

الفرع الثاني : أدلة مشروعية الطلاق .

1- أدلة مشروعية الطلاق :

1- من الكتاب : لقد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الطلاق وحله منها :

قوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ۖ فَمِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ.... " سورة البقرة الآية (229)، وقوله أيضاً : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ

1- احمد الكاساني ، المرجع السابق ، ج3 ، ص5.

2- ابن تيمية ، مجموع الفتاوى، المحقق محمد بن قسام ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، دط ، 1995 ، ج33 ، ص 48 ، 49 .

3- مسلم ، المسند الصحيح ، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب صفة القيامة والجنة والنار ، باب تحريش الشيطان وبعثة سراياه لفتنة الناس وان مع كل انسان قرينا ، رقم الحديث 2813 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دط، ص 2167 .

4- عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، ط2 ، 1968 ، ص102 ، 103 .

فَرِيضَةٌ ۖ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرَهُ مَنَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " سورة البقرة الآية (236).

وقوله تعالى : " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم " سورة الطلاق الآية (1).

وجه الدلالة من الكتاب : يفهم من الآيات أن الحال قد يفسد بين الزوجين فيكون في بقائه ضرر عظيم ويترتب على ذلك مفسدة محضة ، فشرع الطلاق ليزيل المفسدة¹.

ب - من السنة : هناك أحاديث كثيرة منها ما رواه مالك في الموطأ ومنها ما رواه البخاري ومسلم والترمذي ومنها ما رواه مالك عن نافع " إن عبد الله ابن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم"²، وقالوا : إن الحكمة من النهي تطويل العدة على المطلقة في الحيض لا تعد في الحساب وإنما تستقبل الحيضة القادمة³.

عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها⁴، كما ذكر عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " ابغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق "⁵ ، مع العلم انه يعتبر حديث ضعيف ، وكذلك نجد أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه طلق أم عاصم ، وعبد الرحمان ابن عوف طلق تماضر زوجته ، ولم ينكر على احد منهم فرد من الصحابة⁶، عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : كانت تحتي امرأة أحبها ، وكان أبي يكرهها ، فأمرني أبي أن أطلقها ، فأبيت فذكرت ذلك على النبي صلى الله عليه وسلم فقال : " يا عبد الله ابن عمر طلق امرأتك "⁷.

- 1- إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت ، دط ، 1982 ، ج5 ، ص232 .
- 2- أبو الوليد الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، كتاب الطلاق ، ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، مطبعة السعادة ، مصر ، ط1 ، 1332 ، ج4 ، ص95 .
- 3- ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدة ، دار الغرب الإسلامي ، لبنان ، ط1 ، 1988 ، ج1 ، ص500 .
- 4- ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، كتاب الطلاق ، باب حدثنا سويد بن سعيد ، رقم الحديث 2016 ، دار إحياء الكتب العربية ، دط س ن ، ج1 ، ص650 .
- 5- أبو داود ، سنن أبو داود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، رقم الحديث 2178 ، المكتبة العصرية ، بيروت ، دط ، د س ن ، ج2 ، ص255 .
- 6- بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ج1 ، ص303 .
- 7- الترمذي ، الجامع الكبير سنن الترمذي ، المحقق بشار عواد معروف ، أبواب الطلاق واللعان ، باب ما جاء في الرجل يسأل أبوه أن يطلق زوجته ، رقم الحديث 1189 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، دط، 1998 ، ج ، ص486 .

ووجه الدلالة من الأحاديث : يدل قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله في الأحاديث السابقة على مشروعية الطلاق .

ج - من الإجماع : فقد اجمع علماء الأمة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته ، ولم ينكر هذا الصنيع احد ¹. إلا إذا كانت بدون عذر ، ولقد دل القياس على الطلاق أيضا لان العشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في استطاعة دوامها يكون بقاء الزواج بإمسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت لمقاصد الزواج ².

وللهدف وللغاية المنشودة منه ، ومن هنا يشرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتتافران والمتباغضان من قيد تلك الرابطة ، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة ³. مصداقا لقوله تعالى : " وَإِنْ يَنْفَرَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " **سورة النساء الآية (130).**

ولا شك أن كل عاقل يرى في حال اشتداد الخصام والنفور بين الزوجين ، وعدم الوصول لحل يرضي الطرفين ويلم الشمل ، إن التفريق هو الحل الأفضل ليجد كل منهما حياته بعد ذلك وهذا من باب درء المفسد أولى من جلب المصالح .

الفرع الثالث : الحكمة من مشروعية الطلاق.

تشريع الطلاق في الإسلام جاء لضرورة هي حل ما يقوم بين الزوجين من تنافر إذ أثبتت النظم الاجتماعية في الأمم ، إن فيها النافع والضار والذي يمكن احتمالاه ، والذي لا يطاق إلا بمشقة وخرج شديدين ، والحياة لا يمكن أن تستمر مع هذا الضيق الشديد فكان الطلاق في حالة تعذر الحياة في الهدوء ، أمكن لزوج أن يستعمل الطلاق الذي جعله الله له فرجا ومخرجا من الضيق ⁴، فالله لم يجعله قيذا في عنق الزوج بل مخرجا تحت قيد قال به الرسول صلى الله عليه وسلم : (ما زال جبريل يوصيني بالنساء حتى ظننت انه سيحرم طلاقهن).

1- ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج10 ، ص82 ، وكذلك معوض عبد التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية ، دار الوفاء ، المنصورة ، ط5 ، 1990 ، ج1، ص278 .

2- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، ط1 ، 2007 ، ص212 ،

3- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ج1 ، ص209 .

4- احمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وأثارهما ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ص21 .

وبهذا يكون الطلاق في بعض الأحيان هو الحل والمخرج الذي لا مفر منه ، لأنه قد تنتافر القلوب وتيأس من عودة المودة والرحمة بتحكيم أو غيره من سبل الإصلاح فتقع بين ثلاثة اختيارات كما قال الشيخ محمد أبو زهرة¹ :

- إجبارهما على البقاء معا مهما استفحلت النفرة وبلغت بينهما الضغينة ومهما ساء حياتهما من شقاق وخصام دائم مستمر، ففي هذه الحالة لا شك في عدم اختيارها وان اختيرت فلا يمكن استمرار البقاء بل وليس ذلك في صالح الأسرة .

- الحكم بينهما بالفراق الجسدي فقط مع الإبقاء على الزوجية ، كما هو مقرر عند بعض الطواف غير الإسلامية التي تحرم الطلاق ، فتصير المرأة كالمعلقة لا هي متزوجة تسعد بالحياة الزوجية في كنف الأسرة ولا هي مطلقة يمكن أن تستأنف حياة زوجية جديدة ، وهنا لا شك في وقوع مشقة فادحة .

- الطلاق بين الزوجين الذين عجزا عن الاستمرار في الحياة الزوجية الهادئة المحققة لمقاصد الإسلام في الزواج ، فيحكم بانتهاء العلاقة بينهما حينما عجزت عن تحقيق مقصودها لتعطي لهما فرصة جديدة في زواج جديد لقوله تعالى : " وَإِنْ يَنْفَرَقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ ۗ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا "2.

فالطلاق ضرورة لحل مشاكل الأسرة عند استحكامها ، وبهذا اعترف بنتمام المشرع الانجليزي حيث يقول في كتابه " أصول الشرائع " لو أن احد الزوجين اشترط على الآخر عند العقد ألا يفارقه ولو حلت في قلوبهما الكراهة محل الحب والوئام لكان ذلك أمرا منكرا لا يصدقه أحدا من الناس، وإذا جاز وقوعه من شابين متحابين غرهما شعور الشباب قطنا ألا افتراق بعد اجتماع ولا كراهة بعد محبة فانه لا ينبغي وقوعه من متسرع خير الطباع وحنكته التجارب ، واعتقدوا صدوره من معتوه أو مجنون فيا عجبا إن هذا الأمر الذي يخالف الفطرة ويجافي الحكمة وتأباه المصلحة ولا يستقيم مع أصول التشريع تقرره القوانين بمجرد التعاقد بين الزوجين في أكثر البلاد المتمدينة ، وكأنها تحاول إبعاد الناس عن الزواج فان النهي عن الخروج من شئ نهي عن الدخول فيه ، وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاء والعداء في حالي : شرعية الطلاق

1- عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2009 ، ص 234-235 .

2- سورة النساء الآية 130 .

وعدمها ليس بعيد الوقوع فأيهما أخير؟ اربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما، ويكيد كل منهما للآخر؟ أم حل ما بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعامة قوية، وليس استبدال زوج بأخر خيرا من ضم خلية إلى زوجة مهملة أو إلى زوج بغيض¹. ومن أجل هذا حرص الإسلام على سلامة الأسرة فوضع القواعد والأسس والحقوق لكل من طرفي تكوينها، فإذا تحولت العوارض البشرية بين هذه الأسرة وبين تحقيق غاياتها، بعد أن تعذرت جميع وسائل لإصلاح، كان لابد من الحد من ذلك حتى لا يمتد خطره إلى الأبناء ثم إلى المجتمع، ولا بد من محاصرته في نفس كل من الزوجين حتى لا يكونا فريسة له، فيرتمي كل منهما في أحضان الفساد، ولهذا كله وضع الإسلام العلاج الحاسم لمثل هذه المشكلة فشرع الطلاق يلجا إليه عند الحاجة، وأخذت معظم التشريعات الوضعية بنظام الطلاق، ورأت أنه ضرورة لا بد منها².

1- احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، ص 21.

2- احمد محمد المومني وإسماعيل امين نواهضة، المرجع السابق، ص 25-26.

المبحث الثاني: ماهية الطلاق التعسفي:

يعد الزواج سنة من سنن الله في خلقه ، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً كريماً مبنياً على الإيجاب والقبول وعلى الإشهاد ، وفي ذلك حماية للمرأة وصونا للنسل من الضياع والهلاك ، وهو النظام الذي ارتضاه الله سبحانه وتعالى لعباده ، وذلك لقوله : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ " ¹ . لكن هذا الزواج قد يعرف الفشل ، ويعجز عن تحقيق أهدافه ويستحيل دوام العشرة بين الزوجين ولرفع الحرج خص الله تعالى في كتابه الكريم الطلاق ، لقوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ.... " ² .

والأصل في الطلاق أن يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية ، فإذا طالب الزوج بالطلاق وأصر عليه رغم محاولات الصلح ، وعدم تقييد السبب الشرعي أو المبرر الذي أدى إلى الطلاق والتصرف دون الحاجة له والاستمرار في استعمال حقه الإداري دون سبب سينبثق عنه واقعة قانونية جديدة يترتب عنها الأثر القانوني ³ .

فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خروجاً عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق ، فأصبح من خلاله واقعا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق . والذي سينبثق عنه ما يسمى بالطلاق التعسفي ، والذي رتبته الشريعة الإسلامية عليه أثراً يهدف إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج .

وعليه ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي :

المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي .

المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره.

المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي .

إن فكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي فالزوج إذا تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها الأولاد ولا ذمة بزوجته يعتبر متعسفاً في استعمال حقه ، وتعريف الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وعلماء

1- سورة الحجرات الآية (13)

2- سورة الطلاق الآية 01.

3- أبو داود ، سنن أبو داود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، كتاب الطلاق ، باب في كراهية الطلاق ، رقم الحديث 2178 ، المكتبة العصرية ، بيروت ، دطدس ن ، ج 2 ، ص 255.

القانون وقوانين الأحوال الشخصية ، ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية ، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف إلا انه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى ، وقد كان للفقهاء الإسلامي آراؤه واحترازاته في مجال التعسف في استعمال الحق ، ليس بالشكل المفصل حديثا إنما بما تناوله الفقهاء في الجزئيات ، ويعود هذا إلى أن الفقه الإسلامي لم يبنى على النظريات بل هو وليد استقراء المسائل الجزئية التي يمكن تجميع نظائرها لبناء النظرية العامة منها.

ومن اجل إيضاح فكرة مفهوم الطلاق التعسفي يجب أن نضع مفهومًا للتعسف وهذا في الفرع الأول ثم سنتطرق في الفرع الثاني إلى تعريف الطلاق التعسفي بعد ذلك الفرع الثالث بعنوان حكم الطلاق التعسفي وفي الأخير الفرع الرابع شروط الطلاق التعسفي.

الفرع الأول - تعريف التعسف:

يقصد بالتعسف أن يمارس الشخص فعلا مشروعًا في الأصل بمقتضى حق شرعي تثبت له بعوض أو بغير عوض ، أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الإضرار أو يخالف حكمة المشروعية¹.

1- التعسف لغة : معاني التعسف كثيرة ومتنوعة أهمها ما يلي :

التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي "عسف" تعسف عسفا ، والتعسف يأخذ معنى الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة فعسف عن الطريق يعسف : مال وعدل كاعتسف وتعسف أو خيطة على غير هداية والسلطان ظلم ، وعسفه تعسيفا أتعبه وتعسفه ظلّمه وانعسف :انعطف والعسوف الظلوم² ، ومنه أيضا عسف الولاة ، وإسراعهم الى الظلم كما أنّ التعسف مأخوذ من عسف يعسف والعسف السير بغير هدى وكذلك تعسف تعسفا عن الطريق أي عدل عنه بغير هدى، ويقال عسف عنه اي عدل و حاد ويقال عسف المرأة غضبها نفسها واعتدى

1- محمد بن يعقوب الفيروز الابدادي مجد الدين ،القاموس المحيط ،تحقيق محمد نعيم العرقسوسي،المجلد الأول ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان، الطبعة السابعة ، 2003 ، ص837.

2- ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الخامس، ص 312 .

عليها ، عسف فلان اي استخدمه فهو عاسف وعسوف¹، عسف فلان عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف وعسوف والعسيف الأخير المستهان به².
ويتبين من خلال التعاريف أن التعسف يعني الظلم مما يحمل معنى الإساءة والإضرار وهو التعسف عند أهل الإصلاح .

ثانيا - التعسف اصطلاحا :

التعسف إما مصطلح أو نظرية فالأول استعمله الفقهاء قديما كالشافعي في الرسالة "لأنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا³، يذكره ابن حزم بقوله "ولتعلم أن التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله أمره من رفيق أو رعية يدلان على حساسة النفس⁴ ويقصد به الظلم. أما الثاني فوجوده كنظرية قائمة بذاتها إنما تطور بتطور علم النظريات الفقهية الذي احدث في زمن متأخر إلا أن أصوله قديمة قدم التراث كباقي العلوم .

1- تعريف التعسف عند الفقهاء القدامى:

الفقهاء القدامى لم يعرفوا التعسف ، فهم لم يبحثوا في موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة ذات أركان وأسس ، وإنما تعرضوا له ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصلة بالتعسف في مصنفاتهم ، ومن الأمثلة الكثيرة المعروضة في كتب الفقه والدالة على أنهم قد فهموا النظرية وطبقوا أحكامها ما جاء في باب المعاملات كما في منع الاحتكار ، وفي السياسات كما في منع عمر رضي الله عنه التزوج من الكتابيات ، وفي المناكحات تزويج الفتاة من الكفاء بغير إذن الولي لن عضلها⁵.

1- شوقي ضيف ، معجم الوسيط ط 4، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2003 ، ص600 .

2- صالح العلي صالح ، أمية الشيخ سليمان الأحمد ، المعجم الصافي في اللغة العربية ، ب د ن ، الرياض، د س ن ، ص379 .

3- بن حزم الأندلسي القرطبي ، رسائل ابن حزم الأندلسي ، تحقيق إحسان عباس ، الجزء الثاني ، المؤسسة العربية ، بيروت ، طبعة 2 ، 1987 ، ص65 .

4- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص144 .

5- فتحي الدر يني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1988 ، ص35.

فالفقهاء منعوا الاعتداء مباشرة أو نسبياً محافظة على حق الغير ومقاصد الشرع، ومنعوا كذلك التعسف الذي يستند الفعل فيه إلى حق أو إباحة إذا أدى إلى ذلك :لوحدة العدة أو المال إلا وهو هدم المقصد الشرعي من تشريع الحق¹.

والتعسف أساسه المناقضة : يبين مقصد الشارع من تشريع الحق ويبين مقصد المكلف صاحب الحق في تصرفه ، لان الشارع الحكيم قصد في تشريعه الأحكام تحقيق مصلحة تعود على الفرد والمجتمع ، والمكلف في سوء استعمال لحقه ساع في هدم المقصد الشرعي تحت ستار المشروعية باستعمال الحق ودليل ذلك قول الشاطبي : " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع والدليل على هذا أن الشريعة لما كانت موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله وان لا يقصد خلاف ما قصد الشارع ".

ووضح الشاطبي قاعدة عامة في العمل بالأحكام وهي الأساس العام لنظرية التعسف " لكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل " وبين كيف أن العمل الناقض باطل ، فان المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفساد ، فان خولفت لم يكن للأفعال التي خولف فيها جلب للمصلحة أو درء المفسدة ، فان قصد المكلف ما قصده الشارع فقد قصد وجه المصلحة ، وان قصد غير ذلك فقد جعل ما قصد الشارع مهمل ، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا وذلك مضادة للشريعة ظاهرة والمضادة باطلة وأكد هذا المعنى الإمام العز بن عبد الإسلام " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل ، وما يؤول إليه بالضرورة فهو باطل².

فالحق إذا كان ممنوحا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بتشريعه للحق ،تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه بما يحقق تلك المصلحة ، حتى يكون قصده في استعمال حقه موافقا لقصد الله في تشريع هذه فكرة التعسف بوجه عام وهي الحياد عن الغاية الشرعية للحق والتي قصدها الشارع من تشريع الحكم ، لا الخروج عن حدوده الموضوعية لان هذه مجاوزة وهي ممنوعة باتفاق.

1- عبيد ريجي شاكرا القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، الطبعة الأولى ، 1428 هـ ، 2017 ، ص 18-19 .

2- الشافعي أبو عبد الله محمد ، الرسالة و باب الاستحسان ، تحقيق احمد شاكرا ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1358 هـ ، 1940 ، ص503،

كما انه لم يرد لفظ التعسف في عبارات الفقهاء القدامى والأصوليين، وإنما ورد بدلا منه كلمة التعنت في المعنى لابن قدامة وبدائع الصنائع للكساني والمضارة في الحقوق في كتب الطرق الحكيمة لابن القيم الجوزية، ويتفق معنى التعنت والتعسف في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من تشريعه وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هو الأكثر تداولاً¹. وعرفه أبو الزهراء بقوله: "التعسف هو المضارة في استعمال الحق"².

يتضح من التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين ، بان يكون مال الاستعمال المضارة والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار إلى استعمال الحق من هذا أو ذاك³.

2- تعريف التعسف عند الفقهاء المعاصرين :

اختلفت رؤية الفقهاء المعاصرين للتعسف بحسب موضوعه واستقلالته عن موضوع المجاوزة له أركانه وأساسه وتطبيقاته الخاصة به ، أو بالنظر على انه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق ومن هذا أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة وآخرون لفظ إساءة ، وأطلق غيرهم لفظ المجاوزة أو التعدي وبذلك نجد قولين⁴.

1- التعسف صورة من صور المجاوزة للحق :

يرى أصحاب هذا القول إلى التعسف على انه صورة من صور مجاوزة حدود الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية لهذا جاءت تعريفاتهم تتفق مع نظريتهم إلى التعسف ومنها: عرفه مصطفى السباعي ووهبة الزحيلي بأنه إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير . كما عرفه محمد أبو زهرة بأنه: استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير ، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة ، أو لترتيب ضرر بالغير اكبر من منفعة صاحب الحق⁵.

1- محمد احمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1988، ص24 .

2- نفس المرجع السابق . ص24 .

3- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1967 ، ص 90-91.

4- عبير ربحي شاکر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، الطبعة 1، 1428 هـ - 2007 م ص 18-19.

5- عبير ربحي شاکر القدومي ، نفس المرجع السابق ، ص 20 .

ب- التعسف نظرية مستقلة عن المجاوزة :

ينظر أصحاب هذا القول إلى غاية الحق وماله ونتائجه ، وهي المصلحة الشرعية ومدى الالتزام بها أو الخروج عنها .

عرفه عبد الله الدرعان بأنه "ممارسة الشخص لفعل غير مشروع له في الأصل على وجه يلحق الضرر بغيره، أو بأسلوب يخالف الحكمة من مشروعيته

هذا التعريف نظر إلى غاية الحق والجزاء المترتب على المتعسف في استعماله إلا أنه اقتصر على التعسف في التصرفات الفعلية وأهمل التعسف في التصرفات القولية¹.

وهذا التعريف بين جوهر التعسف وقوامه من المناقضة والمضادة سواء كانت بقصد أم بغير قصد ولكنها تؤول إلى مصير ممنوع فهو شامل لمعياري التعسف الأساسيين المعيار القسدي من قصد الإضرار ، والمعيار الموضوعي الذي قوامه الموازنة بين المصالح المتضادة².

والصحيح أن إدراج التعسف في استعمال الحق في حيثيات المجاوزة خلط بين موضوعين متباعين حقيقة ومالا لان الأساس في التعسف استعمال حق مشروع في ذاته لكن شابه عيبا ، وفي المجاوزة هو الفعل غير المشروع ، فالخطر في الأول كان بسبب وصف عارض الفعل من جزاء سوء الاستعمال ، أما الحظر الثاني فهو لذات الفعل وهذا هو الفرق الجوهرى حيث انه بزوال العارض عن الفعل في حال إساءة استعمال الحق يرجع الفعل إلى أصله من المشروعية ، وهو غير ذلك في المجاوزة ويرجع الفرق في المال كون الجزاء في التعسف قد يكون ماديا بالتعويض أو بإزالة عين الضرر أو يمنع الشخص من التصرف بحقه ابتداء، لما المسؤولية في حال مجاوزة الحق لا تظهر إلا بعد التصرف لا قبله³.

وما نخلص إليه أن حقيقة التعسف متناقضة ومضادة قصد الشارع بالتصرف في حق من الحقوق على غير الغاية التي شرع الحق لأجلها ، وهذا الانحراف سبب المساءلة والمنع من التصرف لان الحقوق في الإسلام مقيدة بما قيدها به الشرع من تحقيق المبادئ الشرعية العامة ، والمحافظة على مقاصد الشريعة الضرورية التي هي غاية كل حق⁴.

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 145 .

2- فتحي الدر بني، المرجع السابق، ص 90 .

3- مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، كلية الحقوق، قسم الحقوق ، سنة 2015-2016، ص 28-29.

4- عيبر رحي شاكرا ، المرجع السابق ، ص 30,31.

ثالثا - التعسف في القانون الجزائري :

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف على شاكلة التعريفات الفقهية السابقة وإنما اكتفى بذكر معايير من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني والتي جاءت كما يلي "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

2- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة¹.

فالمشرع من خلال هذه المادة بين أهم الحالات التي تعتبر تعسفا مستعملا كلمة لا سيما التي تعني خاصة ، مما يدل أن المشرع لم يبين كل الحالات التي تدخل في نطاق التعسف كما انه راعى قاعدة المقاصد والمال في الأفعال وقاعدة الحيل أي أن معرفة الفعل هل هو متعسف فيه أم لا، إنما يكون بمعرفة مقصوده بما ينشئ عنه من أضرار أو ما يترتب من مقاصد ككون الفائدة غير مشروعة أو قليلة في جنب الضرر، فنظرية التعسف الحق المقررة في القانون المدني تبنى على سلطة الاستثناء بالشيء أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني ، لا يمكن أن نسأله عن استعماله لحقه ولا أن نؤنبه بتسليط التعويض عما يدر منه طالما انه لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق ومسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه ولا يمكن تحميل صاحب الحق مسؤولية استعماله له².

ولا يمكن اعتباره متعسفا لمجرد عدم تقديمه تبريرا لاستعمال حقه ، غير أن نظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف اختلاف جذريا عن نظرية الحق طبقا للقانون المدني ، فالزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية ، فانه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجا إلى هذه الإرادة وينبغي أن يكون التبرير منوها عنه شرعا وثابتا لا لشكل الذي يجنبه التعويض عما صدر منه ، ذلك أن الزوج حتى ولو كان له الأحقية في إيقاع الطلاق فاستعماله له يجب أن

1- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ ، الموافق ل 28 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 .

2- مسعودة بودية ، نفس المرجع السابق ، ص 30-31.

يرفق بتحملة لتبعة إرادته ومسؤولياتها ، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك¹.

ومسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على الزوج ، وليس للزوجة أن تثبت عدم تعسف زوجها في إيقاع الطلاق .

الفرع الثاني - تعريف الطلاق التعسفي :

اغلب القوانين العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي ويمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي "هو أن يطلق الزوج زوجته من دون حاجة أو مسوغ شرعي ويكون أثم عند الشارع بيده².

الطلاق التعسفي يجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة ، وبدون طلبها أو إيقاعها بدون سبب معقول وجدي يعتبر الزوج متعسفا في رضاها وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة عليه³.

ويعتبر التعسف في استعمال الحق في الطلاق خروج به عن الحكمة التي قضت بإباحته كالطلاق في مرض الموت ، والطلاق بغير سبب مشروع رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتطلب⁴.

ويمكن القول انه سمي الطلاق تعسفي لان الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق، قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر إنهاءها ، فلا يجوز استخدام الطلاق كوسيلة لإيذاء الزوجة⁵.

والمقصود من مناقضة قصد الشارع : مخالفة ومضادات قصد الشارع في إيقاع الطلاق الذي يقصد به الخلاص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي لا تستقيم معها

1- باديس ديابي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 85-86 .

2- د بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، "مقدمة ،خطبة، الزواج،الطلاق،الميراث، الوصية ج 1 ، الزواج والطلاق" ، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص237 .

3- د،احمد محمد المومن ، الأحوال الشخصية "فقه ، الطلاق والفسخ والتفريق والخلع" ، ط1 ، دار المسيرة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2009 ، ص62 .

4- د، احمد محمد المومن ، المرجع السابق، ص62 .

5- الطالبين كباب سميرة ، مؤمن الحاج ،الطلاق التعسفي في قانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق، سنة 2014-2015 ، ص 08 .

مصالح الأسرة ، وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين وتصبح لا تطاق فكان الطلاق أمرا تحتمه الضرورة مع ما يترتب من إضرار وذلك دفعا لضرر اشد واكبر ، فكل طلاق قصد المكلف فيه غير قصد الشارع أو قصد به مجرد الضرر فهو غير مشروع لمخالفته قصد الشارع .
 فرفع قيد النكاح يشمل القيد الحسي والمعنوي حالا: قيد يقصد الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال .

مالا : قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المال يلي بعد انتهاء العدة بلفظ مخصوص وهو اللفظ الذي يقع به الطلاق، ويكون صريحا كلفظ الطلاق أو كناية كلفظ الإطلاق والحرام¹.

فالطلاق التعسفي هو أن يسيء الزوج استخدام حقه في الطلاق الموكل إليه شرعا وان يقوم بذلك دون سبب أو حاجة تدعوا إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر².
 ولقد تناول المشرع الجزائري التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" غير انه لم يعطه تعريفا دقيقا تاركا المجال للفقهاء الشرعي والقانوني ، إلا انه جسد مظاهره في المادة 124 من القانون المدني وبالتالي الطلاق التعسفي ماهو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق³.

وفي الأخير فإلزام الزوج أن يببر ذلك التبرير الشرعي ويثبته قانونا عند استعماله لحق الطلاق وان لجوءه دون عذرا شرعيا يعتبر تعسفا في استعمال حقه مما يلحق الضرر بالزوجة ويتوجب التعويض عندها.

الفرع الثالث - حكم الطلاق التعسفي :

مصطلح الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى إلا انه مصطلح جديد نشأ مع نشوء نظرية التعسف مع أن مضمون هاته النظرية كان موجود عندهم منذ القدم إلا انه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى ولهذا لم يثبت عندهم البحث عن التعسف في الطلاق وهل هناك تعسف في الطلاق أم لا ؟ غير أنهم تعرضوا لبعض صور التعسف كطلاق المريض مرض الموت ،

1- د،جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص197 .

2- احمد محمد المومن ، المرجع السابق ، ص 62 .

3- باديس ديلبي ، المرجع السابق ، ص94 .

أما الفقهاء المحدثون فقد تطرقوا للطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية ، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على أن هناك تعسف في الطلاق أم لا، وهذا بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة وبهذا انقسموا إلى مذهبين:

أولاً : الأصل في الطلاق الإباحة:

ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى عدم وجود تعسف في الطلاق ، وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة ، وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم ، وكذلك أن الله سبحانه وتعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر في التصرف فيه. وقال بهذا المذهب السرخسي والكاساني والزيعلبي من الحنفية والقرطبي من المالكية والقاضي من الحنابلة.

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي :

1 - من القرآن الكريم :

قال الله تعالى: " وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لَنْتَعْتَدُوا ۚ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوعًا " ¹.

تدل الآية على جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق والعودة في الإمساك إذا كان بقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة ، أما إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة أو إجبارها على الافتداء من الزوج ،تخلص من ضرره، فهذا أمر حرمه الشرع لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له².

قال تعالى : " فطلقوهن لعدتهن"³، مطلق غير مقيد بسبب أو حاجة ويقول ابن رجب فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه أثم بذلك ، وهذا كما كانوا في أول الإسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امرأته ، ثم يتركها حتى يقارب انتهاء عدتها ،ثم يراجعها ، ثم يطلقها ويفعل ذلك ايذاءً بغير نهاية ، فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة ، فأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات ⁴.

1- سورة البقرة الآية 231 .

2- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 149 .

3- سورة الطلاق ، الآية 01 .

4- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 149 .

2- من السنة النبوية الشريفة :

ما أخرجه البخاري في صحيحه عن نافع من عبد الله بن عمر رضي الله عنها انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك ، فقال صلى الله عليه وسلم "أمره فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم نحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء الله امسك بعد ، وإن شاء الله طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".

إن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها¹ ، حتى نزل الوحي عليه يأمره أن يراجعها وكذلك طلق أصحابه عبد الرحمان بن عوف وابن عمر وغيرهم زوجاتهم والنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته لا يقتربون من المحظور².

كما أخذت بهذا المبدأ محكمة استئناف مصر : إن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة ، ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا ، إذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها ، فلا يجوز لها أن تتظلم منها³.

ثانيا : الأصل في الطلاق الحظر :

ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسفا في الطلاق ، إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي ، مستدلين على ذلك بان الأصل في الطلاق الحظر فهو لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة كالكبر أو الريبة ، حتى إن وقع من غير حاجة أو داع فصاحبه أثم شرعا ، وبه قال الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة⁴.

ومن الفقهاء المحدثين الذين قالوا بان هناك تعسف في الطلاق : احمد الكيسي ، ريحانة أزهرى ، عبد الرحمان الصابوني ، عبد الفتاح عايش ، محمود السر طاوي ، مصطفى السباعي...واستدلوا بما يلي :

1- رواه ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، الجزء الأول ، حديث رقم 2016 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص 650 .

2- عبير ربحي شاكرك القدومي ، المرجع السابق ، ص 185 .

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 198 .

4- عبير ربحي شاكرك القدومي ، المرجع السابق ، ص 184-185.

1- من القرآن الكريم :

قال الله تعالى : " فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا " ¹

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى اعتبر الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا فكان محظورا وذلك ظلم للزوجة فلا يجوز ، فان كان الطلاق لمبرر من عدم طاعة أو نفور جاز وإلا فلا ، فهو مشروط وليس مطلق الإباحة ² .

وكذلك قال تعالى : "فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" ³ ففي هذا حث الرجال على الصبر إذا راؤا منهن ما يكرهون ، ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون ⁴ .

2- من السنة النبوية الشريفة :

ما رواه أبو داود عن قوله صلى الله عليه وسلم "ابغض الحلال عند الله الطلاق" وفي رواية انه صلى الله عليه وسلم قال : "ما احل الله شيئا ابغض إليه من الطلاق" ووجه الدلالة أن المراد بالحلال ما قابل الحرام وهو الجائز الفعل، أي المباح والمنذوب المكروه ، ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقربنة إضافة البغض إليه ، والمباح والمنذوب لا يوصفان بان الله يبغضهما فان البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان أو الطلب على سبيل التعبير بين الفعل والترك علو وجه المساواة بينهما ، وعليه فيكون المعنى ابغض المكروهات إلى الله الطلاق وقال صلى الله عليه وسلم "تزوجوا ولا تطلقوا فان الله لا يحب الذواقين والذواقات" ⁵ .

فالحديث الشريف دل على كراهة التطبيق وتبدل الأزواج ، والكراهة قد تؤدي إلى التحريم أصر عليها ، فلا يباح الطلاق إلا لضرورة ، والضرورات تقدر بقدرها .

فالزواج من أجمل النعم واعضمها، والطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنعمة ، وهدم للمصلحة التي أقامها الشرع ، وتبديد للأسرة وإلحاق ضرر كبير بالأبناء وما كان شأنه كذلك كان حراما لا مباحا عملا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا ضرار ولا ضرار"

1- سورة النساء الآية 34 .

2- عبيد رحي شاعر القذومي ، المرجع السابق ، ص180 .

3- سورة النساء الآية 19 .

4- محمود السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر ، عمان، ط3 ، 2010 ، ص174 .

5- أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب، بيروت، ط2 ، 1967، ذكره محمود علي السرطاوي ، مرجع

سابق، ص175 .

فالحديث ينهي عن إلحاق الضرر بالغير ابتداءً أو مقابلة الضرر بالضرر ، فهو يحرم كل أنواع الضرر إلا ما استثنى بدليل وبما أن التعسف في استعمال الحق إضرار بالغير منع بنص الحديث¹.

3- مناقشة الأدلة:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة تأصيل الطلاق ، وهل هو من المباحات أم من المحضورات التي لا تباح إلا لضرورة ، وهل هناك في الطلاق إذا ناقض حكمة مشروعية الطلاق أو أدى إلى مال ممنوع شرعاً . فهاته الآراء لم تسلم من المناقشة وفيما يلي بيان ذلك: نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بان الآية: " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً " إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل الدخول لا في كل الطلاق .

وما ورد من طلاق النبي لحفصة فالحديث ضعيف ، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة عملاً بالأدلة الأخرى لا سيما انه لم يروا أن النبي صلى الله عليه وسلم طلقها من غير حاجة أو سبب ، فوجب حمله على الحاجة تتزينا لفعل النبي صلى الله عليه وسلم عن العيب .

وأما ما ورد عن بعض الصحابة فيجب حمله على : الطلاق لحاجة ثم إن فعل بعضهم لا يكون لحاجة ، وقد ورد عن سيدنا علي رضي الله عنه ما يدل على عدم رضاه عن فعل ابنه الحسن رضي الله عنه حيث نهى الناس عن تزويجه لأنه مطلق².

فقد استدلت أصحاب هذا القول بعموم الآيات والأحاديث وفعل الصحابة وأدلتهم في جملتها عامة ومطلقة بينت طريقة إيقاع الطلاق وضرورة التطليق للسنة وإعطاء المطلقة حقوقها وهذا لا يتعارض مع الأدلة الخاصة والمقيدة للطلاق والتي استدلت بها القائلين لا لحظر³.

ومما سبق يتبين رجحان القول بان الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعو إليه ، وهذا رجحه ابن عابدين في حاشيته حيث قال : "وأما الطلاق فان الأصل فيه الحظر بمعنى انه محذور إلا لعارض يبيحه ، فإذا كان بلا سبب أصلاً لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقاً أي مجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ، ولهذا قالوا : "أن سببه

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ، ص151 .

2- محمد علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 176 .

3- عبيد رحي شاکر القدومي، المرجع السابق ، ص 187 .

الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله فليست الحاجة مختصة بل هي اعم كما اختاره في الفسخ ، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر ولهذا قال تعالى: " فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا " ¹، أي لا تطلبوا الفراق وقال في الفتح: ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات ، أي إذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح وعليها يحمل ما وقع منه ومن أصحابه وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والإيذاء بلا سبب ².

وبهذا فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة إلى إيقاعه وان لم يكن هنالك ما يدعوا إليه فان المطلق أثمًا، وهذا عند الفقهاء القائلين بان الأصل في الطلاق الحظر ، أما بالنسبة لوقوعه فلم نعثر على رأي لأحد من الفقهاء بعدم وقوعه ³.

وعليه فالطلاق وان كان حقا شرعيا كفه الشرع للرجل ، إلا انه ليس حقا مطلقا بل هناك شروط وضوابط ومعايير تحدده وتمنع وقوعه آني شاء ومتى شاء ، فالإسلام عندما قرر أن الطلاق من المبعوضات أراد أن يخلق في نفس الرجل مخافة الله وخشيته، فلا يقترب من المبعوض الا لحاجة ثم إن أوقعه فعلا لا لسبب أو حاجة داعية إلى إيقاعه ، هيئ الإسلام فرصة تدارك الخطأ وشرع له الرجعة خلال العدة ، رفعا للضرر الواقع أما إذا أصر الزوج على إيقاع الطلاق مع كل هذه المحاذير ووسائل العلاج ولم يكن له في ذلك ضرورة فان الإسلام قد وقف وقفة صارمة في وجه مستعملي حق الطلاق على غير ما شرع الله وأمر رسول الله وأباح للزوجة المطالبة بالنظر في إساءة الزوج استعماله لحقه من قبل القضاء ومحاولة ردعه بما يروونه مناسب ومن ذلك طلب المرأة التعويض عن طلاق الزوج لها دون مبرر شرعي مسوغ ، أو بمعنى آخر إساءة الزوج استعمال حق الطلاق وتعسفه في ذلك.

1- سورة النساء, الآية 34.

2- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق ، ص 177 .

3- فاروق عبد الكريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، جامعة السلمانية ، إقليم كردستان ، العراق ،

2004 ، ص 177 .

الفرع الرابع : شروط الطلاق التعسفي .

إن جل القوانين العربية لم تضع شروطا للطلاق التعسفي ، وهذه الشروط تختلف من حالة طلاق إلى أخرى ومن تشريع إلى آخر ، غير انه يمكن وضع وتحديد شروط متفق عليها للطلاق التعسفي ، وتتمثل في شرطين اثنين هما :

1- أن يكون الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته :

إن الزواج علاقة قائمة بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكوين أسرة والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هوائها ، إذ يجب أن تبنى العلاقة بين الزوجين على الاحترام فمن أهداف الزواج أن يسكن كل من الزوجين إلى صاحبه لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً " ¹.

أما الطلاق شرع لتحقيق مقصد المشرع منه فإذا أساءت العشرة الزوجية وتنافرت طباعها وأخلاقها وأصبحت حياتها شقاق ونزاع مستمر، فلدرء الضرر بين الزوجين وتحقيقا لمصلحة كل واحد منهما شرع الطلاق للزوج من حيث إيقاعه ².

ولكن إذا كان الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته أو مؤديا إلى مال ممنوع فهذا يدخل في نطاق التعسف ³.

كان يطلقها لغير حاجة داعية إليها ومن دون مبرر شرعي وبالتالي قد يسئ استعمال حقه في الطلاق والزوجة قد يصيبها ضرر معنوي من جراء ذلك فتزداد حالتها خاصة النفسية ، ولذلك يدخل في نطاق الطلاق الغير مشروع ومثال ذلك : لو أن الزوج تزوج على زوجته واشترطت الزوجة الثانية أن يطلق الزوجة الأولى ، واعتقد أن هذا الشرط لازم فقام بطلاقها تنفيذا للشرط فقد يكون هذا السبب معقولا خاصة وانه لا ينافي العقد ، ولها فيه فائدة إلا انه يناقض حكم الشرع الذي نهى أن تشتترط المرأة طلاق أختها .

لقوله صلى الله عليه وسلم ((لا تسال المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، ولتتكح، فإنها لها ما قدر لها)).

1- سورة الروم الآية 21 .

2- كباب سميرة ومومن بلحاج ، المرجع السابق ، ص 12 .

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 200 .

فمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لم يشترط أية شروط لاعتبار الطلاق التعسفي ، حيث جاء في الفقرة (ب) من المادة 96 منه : (للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق) ، أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد مثل التعسف بحالة الطلاق لغير سبب معقول ، حيث جاء في نص المادة 134 منه (إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كان طلقها لغير سبب معقول ، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة) وقد جاء هذا النص بأداة التشبيه "كان" ليدل على أن التعسف غير محصور بهذه الحالة وإنما وردت على سبيل المثال ، وإلا فإن كل حالة يقع فيها الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته، دخل في نطاق التعسف¹.

2- أن لا يكون الطلاق بناءً على طلب الزوجة أو برضاها :

العصمة الزوجية مملوكة شرعاً للزوج ، له أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم ، وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها ، فهو الذي يملك أمر إيقاع الطلاق لكنه قد يستعمل حقه خارج النطاق المشروع له ، والأسباب المعقولة ، فرغم امتلاكه للحق إلا أنه قد يتعسف في استعمال حقه فالطلاق يعد تعسفياً إذا كان الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة ، وإذا كان أمر إيقاعه من الزوجة أو برضاها فلا يعتبر طلاقه تعسفياً وتتحمى المسؤولية عنه².

واشترط قانون الأحوال الشخصية السوري شرطين للطلاق التعسفي³، حسب المادة 117 منه (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وإن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقه ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بالتعويض) الشرط الأول أن يكون الطلاق دون سبب معقول ، والشرط الثاني أن يصيب الزوجة من جراء ذلك بؤس وفاقه.

1- احمد محمد المومني ، وإسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 19 .

2- باديس نياي ، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 87-89 .

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 200 .

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق ولم يذكر شروط الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري بل اكتفى بذكر التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة ولم يعطه تعريفا محددا تاركا المجال للفقهاء الشرعي والقانوني¹، وأورد صورته في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري كالآتي :

1- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة .

2- إذا كان يرمي إلى الوصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فالمشرع جعل الأحكام المتعلقة بالتعسف من الأسباب والشروط خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي يستخلصها من مصادر القانون الأخرى كاستنباط الأحكام والعمل بمدلولها من الشريعة والفقهاء الإسلامي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره .

بما أن الطلاق حقا شرعيا للزوج ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق استقرار الأسرة ، وحتى لا يضر الرجل بالزوجة والأولاد فكان المناسب في معالجة آثاره وهو تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق ولقد بينت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ ومن هذا المنطلق فإن معايير التعسف في الطلاق تتنوع إلى معايير ذاتية وأخرى موضوعية ، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب حيث قسمناه إلى فرعين سنتناول في الفرع الأول معايير الطلاق التعسفي أما الفرع الثاني سنخصصه لصور وحالات الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: معايير الطلاق التعسفي .

تقسم معايير الطلاق التعسفي إلى :

أولا - المعايير الذاتية أو الشخصية :

تتضمن بدورها معيارين وهما :

1- معيار قصد الإضرار :

ويتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها ، ويمكن للقاضي استخلاصها من

1- باديس ذيابي ، المرجع السابق ، ص 92 .

انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد لا في مثل هذا الموقف ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة وبذلك فإن انعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفياً ومن أمثلة هذا المعيار أن يوقع الزوج الطلاق على زوجته قاصداً لإضرار بها¹ ، كان يطلقها بدافع الانتقام والكراهة أو في مرض الموت قاصداً حرمانها من الميراث ، وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق أو قد تكون تافهة لا تعتبر سبب له ولا تناسب أبداً ما يترتب عليها من أضرار كذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار". ومثال ذلك كان يقوم الرجل بتطليق زوجته لأنها خرجت لزيارة والدها دون إذنه لإضطرارها لذلك وبطلاقه لها يكون قد تعسف في ذلك².

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة :

إذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكماً أو مقصداً شرعياً، فإنه يكون متعسفاً فيه ذلك لأن الشرع وان وكل أمر الطلاق للرجل كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية³ ، إما أن يستعمله الزوج دون سبب فقد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي من المفترض الحفاظ عليها فادى ذلك إلى انهدام أسرة ومن أمثلة هذه الحالة : طلاق الزوج لزوجته طلاقاً باتاً في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث لأنه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض مونه تتمثل في حرمان زوجته من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقاً تعسفياً⁴.

1- بن زينة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر، الجزائر ، 2007 ص169

2- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، دار قنديل ، عمان ، 2010 ، ص33 .

3- بن زينة الهادي ، المرجع السابق، ص170 .

4- رسمية عبد الفتاح ، المرجع السابق، ص56 .

ثانيا - المعايير الموضوعية أو المادية:

يتضمن هذا النوع معياريين وهما:

1- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناء على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه وبالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفساد وأضرار تلحق كلا من الزوجة والأولاد، نجد أن المفساد والأضرار الناتجة عن الطلاق اكبر من المصلحة المراد تحقيقها وذلك يكون الزوج متعسفا في حقه وفي ذلك يقول زياد صبحي "إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق والحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فان الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا¹.

2- معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وتقدم بها العمر وحدث الطلاق وهي في هذه الحالة التي يكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يخفف عنها الم الوحدة والفراق ومشاق الحياة ، فان الزوج بذلك قد يكون اضر بها ضررا فاحشا ، ومعيار هذا المعيار أن يطلق الرجل زوجته التي قد أقنعها بترك عملها لأنه سيوفر لها العيش الكريم فلم يمض على زواجهما إلا سنة وطلقها بعد أن فقدت وظيفتها .

3 - ضابط السبب المشروع الذي يجيز حل الرابطة الزوجية :

بعد تحديد معايير الطلاق التعسفي قد نتساءل ما ضابط السبب المشروع لإيقاع الطلاق . يرى الزحيلي انه لا يمكن وضع ضابط للمسوغ المشروع في الطلاق ، لان أسباب الطلاق إما موضوعية عامة مثل عدم الإنجاب ، أو شخصية ذاتية مثل البغض وعدم كفاءة الزوجة وعدم التفاهم أو عدم التوافق في الطباع ، والأسباب الشخصية الذاتية هي الغالبة ، وهي أسباب لا يمكن ضبطها ولا إخضاعها إلى مقاييس واضحة يمكن القضاء فيها ، ويخلص إلى القول أن التعسف في الطلاق ينحصر في نطاق محدود جدا لا يستحق التضخيم في البحث وفي القوانين.

1- جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص 198 .

قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى الطلاق بغير سبب أو بدون سبب جدي ، إن جاءت المادة 52 من قانون الأسرة عامة لم يحدد المشرع الجزائري ولم يشر إلى هذه الصورة في عناصر الطلاق التعسفي حيث صنف هذه المادة على ما يلي : "إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ،،،،،¹ .

أي أن تحديد وضبط سبب الطلاق يخضع إلى السلطة التقديرية للقاضي للنظر في وقائع النزاع وتحديد مدى تعسف الزوج في إحداث الطلاق.

الفرع الثاني : صور وحالات الطلاق التعسفي ،

قد وضعنا سابقا مجموعة من الضوابط والمعايير التي تحدد الوصف التعسفي للطلاق من عدمه ، ونظرا لاختلاف العلماء في وضع ضابط واحد يحدد إن كان الفعل يعد تعسف أم لا ، كما أن مفهوم التعسف يختلف من احد لأخر ، فلا يمكن تحديد صورته وحالاته على سبيل الحصر ، فما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة².

وفقا للمعايير المحددة في المادة 124 مكرر فان للطلاق التعسفي صور متعددة وهي كالآتي:

أولا - الطلاق دون سبب مشروع :

1- مفهوم الطلاق دون سبب مشروع : لم يضع الفقهاء تعريفا اصطلاحيا للطلاق من غير

سبب إلا انه يمكن تعريفه بأنه : مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال والمال ، بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ودون حاجة داعية إليه³.

ويؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي أثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده.

1- قانون الأسرة المادة 52 .

2- المادة 124 مكرر القانون المدني الجزائري.

3- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 ، دار الوعي ،

الجزائر ، طبعة أولى، 2012 ،ص103

فالطلاق وإن كان حقا للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة إلا أنه ليس مطلقا ، وإنما هو حق مقيد له حق استعماله إذا تحققت الحاجة إليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول ، يكون قد أساء استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا ، ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج أم أدبيا كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها¹.

ففكرة التعسف تقوم على أساس عدم وجود مبرر شرعي ، أو سبب معقول لهذا الطلاق ولو كان الطلاق حقا للزوج ، إلا أنه يجب عليه تبرير استعمال هذا الحق ولماذا أوقعه ، وما هي الأسباب التي دفعته إلى إيقاعه وإلا عد متعسفا.

وقضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الأسباب التي دفعته للطلاق بقرار لها صادر في 15-06-1999 والذي جاء فيه².

"من المقرر قانونا أن يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله ، ومتى تبين في قضية الحال إن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق وذلك تجنباً للجرح أو تخطياً لقواعد الإثبات ، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون "

فسكوت المطلق عن ذكر الأسباب اعتبر كأصل متعسفا في طلاقه ويتحمل التعويض لأنه من غير المعقول وجود طلاق دون سبب معقول مع النظر والتدقيق والتحقيق فيه من جانب القضاء ها هو سبب مبرر ومعقول لإنهاء الحياة الزوجية أم أنه لا يعقل ومع ذلك ذهب الزوج المطلق إلى إنهاء العلاقة الزوجية ، ففكرة الطلاق التعسفي تقوم على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق ، ولا يعني هذا عدم وجود سبب أصلا للطلاق وبالرجوع إلى معرفة حقيقة هذا السبب المعقول وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت ، وجدنا اختلاف في التفسيرات ، وهذا

1- احمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967 ، ص78 .

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 223019 بتاريخ 15-06-1999 ، جتهاد قضائي ، 1999 ، عدد خاص ، ص 103 .

الاختلاف يكمن سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر وحتى البلد الواحد ، ومن زمان لآخر ، ومن شخص لآخر، حيث يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين وان كانا يقيمان في البلد نفسه ، والزمن ذاته ، بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما¹.

وهو ما يجعل مسألة التحقق من هذه الأسباب وتقدير التعسف في إيقاع الطلاق مسألة موضوع متروكة للقضاء ، الأمر الذي يؤدي بالقضاة إلى الاسترشاد بالمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق على الأقل بالمعيار العام والمتعلق باستعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله².

فكل طلاق وقع لسبب ما وكان هذا السبب غير معقول لإنهاء الرابطة الزوجية بقديستها كان طلاقاً تعسفياً.

2 - حكم التعسف في استعمال الطلاق بدون مبرر شرعي:

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق ويرجع ذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت ولعدم وقوعه في عصرهم ، وإيقاع الطلاق دون مسوغ مشروع مثل إيقاعه بقصد الانتقام مثلاً فوجة التعسف في هذه الحالة هو قصد الإضرار أو إيقاعه لسبب تافه كان يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له ووجه التعسف هنا تفاهة مصلحة المطلق مقارنة بالضرر الفاحش عن الطلاق ، ولقد اختلف الفقهاء المتقدمون في مسألة أصل الطلاق على قولين³:

أ- الأصل في الطلاق الإباحة: ويكره إن كان لغير حاجة وبه ذهب عامة الفقهاء جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

ب- الأصل في الطلاق الحظر: وبيح للحاجة وبه ذهب ابن الهمام محالفاً لأكثر فقهاء مذهبه ، بقول "والأصح حظره إلا لحاجة" وابن عابدين.

1- ساجدة عفيف عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، "أطروحة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس، فلسطين، 2011 ، ص 24 .

2- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة ، 2005 ، ص 234 .

3- أيمن الدباغ ، التعسف في الطلاق وحقيقته، حالاته، الجزاء المترتب عليه، مجلة جامعة الأقصى ، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، 2014 ، ص 14 .

- أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بعموم النصوص المبيحة للطلاق نحو قوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء"¹.

ووجه الدلالة أن الآية الكريمة أباحت الطلاق دون أن تقيد بالإباحة بكونه لحاجة ، مما يدل على انه مباح أيضا ولو كان لغير حاجة وبحديث ابن عمر "ابغض الحلال إلى الله الطلاق" ، وصفه بالحل دون أن يقيد الحل بوجود حاجة ، ما يقتضي إباحته مطلقا ولو كان لغير حاجة.

- أدلة أصحاب القول الثاني:

استدلوا بقوله تعالى: "فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"².

ووجه الدلالة انه نهى عنه لغير حاجة وبحديث "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بُئس، فحرام عليها رائحة الجنة" ، حرم طلب الطلاق لغير حاجة لان فيه قطعا لمصالح النكاح وإيذاء لها ولأولاده منها من غير سبب فيحرم لتحريم الإضرار.

- الترجيح:

الراجح أن الطلاق لغير حاجة حقيقة يحرم ، كما تدل النصوص التي استدل بها أصحاب القول الثاني ولان في الطلاق من غير حاجة حقيقة مضادة لمقصد الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد ومناقضة لمقصده من شرع الطلاق ، وذلك تعسف وإضرار والإضرار محرم قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" ، أما أدلة الفريق الأول والتي تقيد بظاهاها إباحة الطلاق دون أن تقيد بالإباحة بحال الحاجة فهي نصوص عامة ومطلقة وبخلاف النصوص التي استدل بها الفريق الثاني والتي تقيد بالإباحة بحال الحاجة ، إذ هي نصوص خاصة ومقيدة والعام يحمل على الخاص والمطلق يحمل على المقيد³.

3- تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق من غير مبرر شرعي:

يعد إيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول طلاقا محضورا باعتبار أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لضرورة ، فان الزوج بإيقاعه الطلاق قد اضر بنفسه وبزوجته وبأبنائه

1- سورة البقرة الآية 236 .

2- سورة النساء 34 .

3- ايمن الدباغ ، لمرجع السابق ، ص 74-75 .

وبالمجتمع ككل، والضرر ممنوع ، ودرؤه مطلوب ، ورفعته إن وقع من الواجبات ، ويمكن إجمال معايير التعسف في واقعة الطلاق من دون سبب مشروع¹.

أ- معيار قصد الإضرار: الزوج بإيقاعه للطلاق دون مبرر شرعي معقول، يكون قد تعلق في تصرفه قرينة قصد الإضرار: إذ ما هي الأسباب التي دعت به إلى إيقاع الطلاق ، وما هي الأخطاء المرتكبة من طرف الزوجة التي تسوغ له مع الكراهة الشديدة في إيقاع الطلاق؟ فان كانت من التفاهة بحيث لا تعتبر سببا للتطليق كان الزوج قاصدا الإضرار بها والضرر ممنوع.

ب- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

الزوج بإيقاعه للطلاق قد تكون له أسباب والمبررات التي يراها دواعي للطلاق ، ودفع ضرر عن نفسه في معايشة لا يريدتها، وبالمقارنة ما بين الضرر المترتب عن الطلاق والذي يمس الزوجة والأبناء والمجتمع كما يمس الزوج شئ منه ، والضرر المترتب على استمرار الزوج في حياته والبحث عن وسائل جديدة تجدد حياتهما ، فيرجح الضرر الأول ويكون دفعة أولى ، ويكون الطلاق جلبا للضرر المراد دفعه وهذا ممنوع².

ج- معيار المصلحة غير المشروعة:

شرح الله تعالى الطلاق وأوكل أمر إيقاعه إلى الرجل لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة الزوجية ، وليكون حلا للمشاكل المتعذر معها استمرار الحياة الزوجية فاستعمال المطلق للطلاق بقصد ترتيب اثر لم يشرع له الطلاق عد متعسفا³.

د- معيار الضرر الفاحش :

هو أن الزوج إذا طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا واعتمادها في النفقة عليه وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة وكانت قد بلغت من العمر أزدله ، فان في الطلاق قذف لها وإضرار بها ضررا فاحشا تتعطل فيه حياتها ولا مستقبل لها بعد هذا السن ، والزوج قد اضر بها

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 206 .

2- مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة بلقايد ، تلمسان ، 2009 ص 35- 54 .

3- أيمن الدباغ ، المرجع السابق ، ص 54 .

ضررا كبيرا وقد تكون له حاجة أو تكون له بدائله من التعدد، فلا يترك في ذلك بل يؤخذ على يده¹.

4- موقف القضاء الجزائري من الطلاق من غير مسوغ شرعي:

وفقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري²، والتي تقضي بان استعمال الحق يكون بشكل تعسفيا إذا وقع بهدف إحداث ضرر بالزوجة أو الحصول على غاية وفائدة من إحداث الضرر ، وبالاقتران بنص المادة 52 من قانون الأسرة "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"³، ويتضح من خلال نص المادة أن تحديد مدى التعسف في استعمال حق الطلاق يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ومن خلال فحصه واستقراءه للوقائع وفقا لعرائض الطرفين ودفاعهما واستبيان دوافع الطلاق ومنه يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال ، وقد قضت محكمة سعيدة من خلال حكمها الصادر في 01-07-2009 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا وذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالهما المحكمة إصلاح ذات البين إلا أن محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له في ذلك بالمطالبة بالرجوع إلى بيت الزوجية مما يجعل طلبها للتعويض مؤسسا بتعيين الاستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها⁴.

ثانيا - طلاق المريض مرض الموت :

1- تعريف المريض مرض الموت:

مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من خلال تحليل ألفاظه وتعريفها وهي المرض والموت،

1- مسعودة بودية، المرجع السابق ، ص 54.

2- المادة 124 مكرر ، قانون مدني الجزائري.

3- المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

4- مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون

الخاص ، جامعة بلقايد ، تلمسان ، 2009 ، ص 168 .

1- **تعريف المرض:** المرض ضد الصحة وهو السقم¹.

ب- **تعريف الموت:** الموت ضد الحياة ويطلق في لغة العرب على السكون ومات الحي أي فارقت الحياة ومات ويمات فهو ميت والميت الذي فارق الحياة يفهم من كل ما سبق أن مرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجياً ويعقبها الموت وهو الفناء².

2 - تعريف المريض مرض الموت اصطلاحاً :

اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومه لديهم والحالات المشابهة التي تندرج تحت هذا المفهوم ، فعرفه الحنفية بأنه "المرض الذي اضنيا لشخص وأعجزه عن القيام بحوائجه..."

وعرفه الشافعية : "كل ما يستعد بسببه للموت من الأمراض".

ويرى المالكية بان مرض الموت " هو كل مرض يحكم أهل بأنه يكثر الموت من مثله كالسل حيث يحجر على المريض ".

يتضح من التعريفات السابقة لمرض الموت انه لا بد من توفر شرطين لاعتبار الإنسان مريض مرض الموت وهما :

- أن يكون المرض مخوفاً : والمرض المخوف هو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به .

- أن يتصل الموت بالمرض فعلاً وهذا الشرط محل إجماع الفقهاء لذلك نجدهم يصرحون بان المريض مرض الموت إذا شفي من مرضه ثم مات فإنه يلحق بالأصحاء إذ بشفائه تبين أن مرضه لم يكن مرض الموت فيمتنع على الورثة الطعن في تصرفاته³.

3- تعريف المريض مرض الموت في القانون :

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون المدني لتعريف مرض الموت ، ولكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجرى تنص المادة 204 من قانون الإجراءات الجزائية " الهبة في مرض الموت ظن والأمراض والحالات المخيفة تعتبر

1- محمد عطاش عليوي، مقال حكم طلاق المريض مرض الموت ، مجلة الفتح، العدد 22 ، ب د ن ، 2000 ، ص 167 .

2- جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع السابق، ص 199-200.

3- محمد احمد البديرات ، مدى اعتبار الايدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق، للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، الأردن، 2006 ، ص 17 .

وصية " ¹ ، ونص المادة 776 من القانون المدني الجزائري " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف وعلى الورثة أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن التاريخ ثابتا" ² .

ولقد عرفت بعض التشريعات مرض الموت منها القانون المدني الأردني حيث عرف مرض الموت في المادة 543 من القانون المدني " المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال بعد مرور سنة ، فان امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح" ³ .

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري عاجزا عن ذلك فقد استقر مجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 07-04-1984 على أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير وان كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف ⁴ .

4 - حكم طلاق المريض مرض الموت :

إن مرض الرجل مرض الموت لا يؤثر على طلاقه أثناءه فطلاقه واقع بلا خلاف سواء في العدة أو بعدها، سواء كان الطلاق بانئا أم رجعيًا، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ميراث المطلقة المريض مرض الموت إذا طلقها فيه طلاقا بانئا إلى ثلاث أقوال :

- القول الأول : أنها ترث في عدتها ولا ترث بعد العدة وبهذا القول اخذ أبو حنيفة وأصحابه وسفيان والاوزاعي والليث ، فإذا انقضت عدتها لا ميراث لها وقد استدلووا على ذلك بأنه بطلاقها في مرض موته قصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر بشرط أن تكون أهلا ⁵ .

1- المادة 204 قانون الأسرة الجزائري ،

2- المادة 776 قانون مدني جزائري .

3- مسعودة الياس نعيمة ، المرجع السابق ، ص 145 .

4- مسعودة الياس نعيمة ، مرجع نفسه ، ص 146 .

5- محمد عطاش عليوي ، مقال حكم طلاق المريض مرض الموت ، مجلة الفتح ، العدد 22 ، ب د ن م ن ، 2004 ،

- **القول الثاني :** ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة إلى أن المطلقة طلاقاً بائناً من المريض مرض الموت أنها ترثه إذا توفي وهي في العدة وبعدها ما لم تتزوج بأخر، لأن الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في مرض الموت فإرثه من ارثه¹.

- **القول الثالث :** ذهب المالكية والحنابلة إلى القول بأن مطلقة المريض مرض الموت ترث منه لأنه فإرثه من طلاقها مضار بها ، فإذا مات عن امرأته في مرضه ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها وتزوجت غيره وهو ما ذهب إليه المالكية واستدلوا في ذلك بتوريث عثمان ابن عفان رضي الله عنه لتمامرض بنت الأصبع الكلبية مطلقة عبد الرحمان ابن عوف في مرض موته ولقد بنوا حكمهم على أن المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب أن يعاقب بنقيض قصده وذلك بإثبات الميراث للمطلقة².

فالطلاق وإن شرع لإزالة الضرر ورفع الحرج عند استحكام الشقاق بين الزوجين وانعدام أي حل آخر إلا لفرقة لقوله تعالى : " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ " ³.

فالطلاق حق مشروع بالكتاب والسنة ، ولكن لم يمنح للرجل ليتخذه وسيلة للإضرار بالزوجة وحرمانها من حقها في الميراث فإن كان استعماله الحق قصداً لفرار من الميراث عومل بنقيض قصده ذلك دفعا للظلم، ومرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء نيته وعن قصده الإضرار بالزوجة فحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت أن طلاقها وقع في مرض الموت دون حاجة إلى تبيان التعسف من عدمه .

وعليه لا بد من القول بتوريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها بائناً في مرض موته معاملة بنقيض قصده ودرء لتعسفه في استعمال ما وضع الشارع في يده من حقه ، ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج كوسيلة للإضرار بزوجته وحرمانها من حقها في الميراث فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها ودفعا للظلم .

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 204 .

2- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1967 ، ص 87 .

3-سورة البقرة الآية 229.

- ولقد اتفق الفقهاء على أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فطلاقه يقع وتترتب عليه جميع أثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح ، فان طلقها طلاقا رجعيا ثم توفي وهي في عدتها ورثته لبقاء الزوجية الموجبة للميراث ولأنه ملك حق إرجاعها ما دامت في العدة بغير رضاها وبدون عقد جديد ، أما إذا توفي بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء آثار عقد الزواج ولأنه بتطليقها رجعيا لا يعتبر فارا من الميراث .

إن طلاق المريض مرض الموت واقع وإن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق، وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 17-03-1998، "من المقرر شرعا وقانونا أن المريض مرض الموت مهما كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون"¹.

وخلاصة القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصد توريثها منه .

ولقد الحق الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لان من الميراث اتحاد الدين بين الوارث والموروث ، وهذا بموجب المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري "يمنع من الإرث اللعان والردة"².

5- شروط توريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت :

يشترط الفقهاء لتوريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت عدة شروط نذكر منها :

1- أن يطلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت أو ما في حكمه، وان يموت الزوج بسبب هذا المرض دون أن يشفى منه حتى مات فان طلقها في مرض موته ثم صح ثم مات لم ترث منه لان المرض إذا عقبه شفاء لم يكن مرض موت ، فتبين انه حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا وقد روي عن النخعي والشعبي والثوري وزوفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث³.

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 17-03-1998، ملف رقم 179696 ، ص 98 .

2- المادة 132 قانون الأسرة الجزائري ،

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق، ص 129 .

ب- أن تكون الزوجة وارثة أو أهلا للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته ، بان يكونا مسلمين فلو كانت كتابية وقت الطلاق لا ترث عند الجمهور لان الكتابية لا ترث زوجها أصلا وترث عند المالكية إن طلقها في مرض موته ثم أسلمت وهي في عدتها ومن كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم ارتدت فقد سقط حقها في الميراث ، ومن كانت أهلا للميراث عند الطلاق ثم ارتدت في العدة ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة فإنها لا ترث منه.

ج- أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة أي منه لا منها بسببه لا بسببها فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث¹.

6 - تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في واقعة طلاق مريض الموت :

إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضا انتهى به إلى الموت ، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك ، كان طلاقه مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق للتخلص من حياة زوجية لا توائمه لان المريض في هذه الحالة يحتاج إلى من يساعده في مرضه ، ويظهر تطبيق معايير التعسف على طلاق المريض مرض الموت كالآتي² :

1- معيار قصد الإضرار : ويظهر قصده في حالة تطليقه في المرض ، حيث تظهر قرينة قصده الإضرار بربطه الطلاق بفعل ضروري لها ، وذلك قصد حرمانها من حقها في ميراثه.

2- معيار المصلحة غير المشروعة : فالمريض بتطليقه زوجته باننا في وقت تعلق حقها في ماله بان بات مشارفا على الموت ، ليس هناك من مصلحة شرعية ترجى من فعله ، بل الذي يحركه هو مصلحة غير مشروعة وهي إسقاط حق زوجته ، فالمطلقة باننا ترث ما دامت في عدتها من طلاقها في مرض زوجها ، حتى إذا انقضت عدتها فلا ترث والشارع الحكيم عاقبه بان منعه من الميراث منها في الوقت الذي رأى الجمهور توريثها منه ، فالأصل أن التوارث بينهما متبادل ، ولكن باستعمال الزوج وبهدمه لمصلحة شرعية عوقب بحرمانه وتوريثها .

وخلاصة القول أن مرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء النية ، وعن قصد الإضرار بالزوجة ، وحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث ، يكفيها إثبات أن طلاقها وقع في مرض

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء الفقهية المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها ، ج 07 ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، ط 2 ، دمشق ، ص 398-400 .

2- عبيد رحي شاعر القدومي ، المرجع السابق ، ص 244-245 .

الموت ، دون الحاجة إلى بيان التعسف من عدمه ، فطلاقه هذا يعد فرارا من توريث زوجته ، فرد على المتعسف قصده ، وعومل بنقيضه بتوريثها منه ، فتوريث الزوجة في هذه الحالة يعد بمثابة تعويض لها عن الطلاق .

7 - موقف المشرع الجزائري من طلاق المريض مرض الموت :

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى طلاق المريض مرض الموت أو ما يسمى بطلاق الفار ، لا من حيث أحكامه ولا من حيث أثاره لا في قانون الأسرة الجزائري ، ولا في القانون المدني ، وهذا خلافا للتشريعات العربية التي تعرضت إليه حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية التعريف الشامل لمرض الموت في المادة 1595 (المريض الذي يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره ، إن كان من الذكور ، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية ، في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش ، أم لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله) وعرفه القضاء المصري بما يلي¹ : " إن طلاق المريض مرض الموت هو من كان ملازما للفراش طوال مدة مرضه ، إذ ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله مباشرة أي عمل من أعماله العادية "

وبما أن المشرع الجزائري يحيلنا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة في حالة عدم ورود نصوص فيما يخص بعض المسائل في قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة خاصة المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص الطبيعية ، فإنه يؤصلها بالمذهب السائد والجاري العمل به ، ألا وهو المذهب المالكي ، كذلك عند ضرورة الاجتهاد القضائي يرجع فيها إلى المذهب الأكثر ضرورة للمصلحة و وحسب مذهب الإمام مالك الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت ، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ، ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث².

1- عبد الفتاح تقي ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، (رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون) ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2006-2007 ، ص 36 .

2- العربي بلحاج ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 1996 ، ص 636 .

وفي الأخير توصلت إلى أن الطلاق حق أصلي للزوج أصله الحظر وهو مقرر له شرعا وقانونا ، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري إذ اعتبره على انه فك للرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة ، وفق شروط يجب توافرها في المطلق والزوجة المطلقة حتى يعد الطلاق منتجا لأثاره الشرعية كان يكون الزواج صحيح والبلوغ والعقل وقيام الزوجية حقيقة وحكما ، فالمشرع أبقى على حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة انطلاقا من العصمة الزوجية المكفولة شرعا له ، التي تعطي الحق للزوج في إيقاع الطلاق إلا أن الزوج قد يكون متعسفا في استعمال حقه في الطلاق إذا كان دون سبب أو مسوغ شرعي ملحقا بذلك ضرر بالزوجة وهنا يقع أمام طائلة الطلاق التعسفي والذي نص عليه المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري ، وهو أن يسئ الزوج استخدام حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا وان يقوم ذلك دون سبب معقول أو حاجة تدعو له ، مما يستوجب تعويض الزوجة المتضررة جبرا للضرر اللاحق بها فالتعسف هنا هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل ، وهو معيار عام ينظم جميع حالات التعسف ويظهر ذلك جليا من خلال تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق والمتمثلة في معيار قصد الإضرار بالغير، ومعيار تحقيق مصلحة غير مشروعة، وهو ما تناوله المشرع في المادة 124 مكرر من القانون المدني ومن صور الطلاق التعسفي نجد الطلاق الفار وهو طلاق المرض مرض الموت والذي يحدثه الزوج للفرار من توريث زوجته فرد عليه قصد الشارع بتوريثها وكذا الطلاق بدون مسوغ شرعي وهو الذي يحدثه الزوج دون سبب شرعي يقضي بذلك مما يجعله متعسفا في استعمال حقه مما يرتب عليه اثر قانوني وهو وجوب التعويض عن الطلاق التعسفي لدفع الضرر اللاحق بالمطلقة وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني الآتي .

الفصل الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي :

إن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا ، يلحق بها ضرر من جراء هذا الطلاق ، بنوعيه المادي والمعنوي ، فإن استعمال الزوج لحقه في الطلاق دون حاجة له ودون سبب سينبثق عليه واقعة قانونية جديدة يترتب عنها الأثر القانوني ، إذ يعتبر بتصرفه هذا قد خرج عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق ، ويصبح أمام واقعة الطلاق التعسفي والذي رتبت الشريعة الإسلامية عليه أثرا يهدف إلى تخفيف الضرر اللاحق بالمطلقة وهو التعويض ، لذلك نجد أن المشرع في قانون الأسرة قرر بموجب المادة 52 إلى إعطاء القاضي حق الاستجابة للزوج المصر على طلب الطلاق وتحديد مدى التعسف في استعمال حقه في الطلاق ، إعمالا بمبدأ القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار".

حيث أن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له ، قد يلحق الضرر والأذى بالطرف الآخر فالزوج قد يطلق زوجته بلا مبرر بقصد الإضرار بها فيتسرع في طلاقها تعسفيا لأسباب واهية الأمر الذي يؤدي إلى إيذاء الزوجة والإضرار بها .

فمتى تحس الزوجة المطلقة أن هناك إجحافا في حقها وان مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيف ما يشاء ، فان قانون الأسرة كفيل بضمان حقوق المرأة عند الطلاق التعسفي وذلك بمنحها الحق في طلب التعويض هذا بموجب المادة 52 "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها¹ .

وقد قسمت هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول : استحقاق التعويض والذي يكون إذا ما ثبت تعسف الزوج أما المبحث الثاني خصصته بعنوان تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي .

1- المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : استحقاق التعويض .

إن التعويض الذي تستحقه الزوجة وفقا لأحكام قانون الأسرة وما استقر عليه القضاء الجزائري، يحتسب على أساس المبلغ النقدي ، هو تعويضا ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق ، وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة ، والتعويض جاء مطلقا في قانون الأحوال الشخصية ليشمل نوعي الضرر، المادي والمعنوي ، الذين يلحقا الزوجة المطلقة ، لان قاعدة المطلق يجري على طلاقه ما لم يقيد بنص ، وتسري صفة الطلاق بخصوص المطلقة التي تستحق التعويض سواء قبل الدخول أم بعده إذا أصيبت الزوجة بضرر من جراء الطلاق التعسفي ، وان حدوث الطلاق كان قبل الدخول أم بعده فيمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض .

وفي حالة ما إذا حصل الطلاق وبالشكل التعسفي ، وأضحت المطلقة مستحقة للتعويض عن الطلاق التعسفي ، فيجب احترام كيفية تقدير التعويض والبحث على الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض .

والمتمتع في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر وجبرا لخاظرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بغير مبرر شرعي . وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث حيث سنتناول فيه ما يلي :

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى:

المطلب الأول : مفهوم التعويض .

المطلب الثاني : المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول : مفهوم التعويض

قد يقوم الزوج باستعمال حقه في الطلاق بشكل تعسفي مسبب بذلك ضررا للزوجة ، ويعد هذا الضرر عنصرا ضروريا ، يجب توافره حتى يستحق التعويض ووردت فكرة الضرر ضمن نصوص التقنين المدني الجزائري بمفهوم المسؤولية المدنية والتقصيرية على حد سواء، لان الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الفروع التالية :

حيث سنتناول في الفرع الأول مفهوم الضرر ثم في الفرع الثاني مفهوم التعويض ثم سنتطرق في الفرع الثالث لمشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي ثم الفرع الرابع بعنوان شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول : مفهوم الضرر

حتى يتسنى لنا إعطاء مفهوم فيما يخص التعويض عن الطلاق التعسفي لا بد أن نتطرق أولاً إلى الإحاطة بمفهوم الضرر وشروط ضبطه بالضرر الناشئ عن التعسف وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع :

أولاً- تعريف الضرر:

1- الضرر لغة : الضر بالضم اسم من الضر ، وهو كل نقص يدخل الأعيان والضر بالفتح ضد النفع¹. قال الأزهري : كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم ، وما كان ضد النفع فهو يفتحها ومن أسماء الله الحسنى الضار النافع ، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضره حيث هو خالق الأشياء كلها ، خيرها وشرها ، نفعها وضرها الضر والضر لغتان : ضد النفع ، والضر المصدر ، والضر الاسم ، وقبل الضر : الهزال وسوء الحال والضرر ضد النفع².

نلاحظ استخدام كلمة الضرر ومشتقاتها بعدة معان ، وأعمها مضادة للنفع .

وقد ورد لفظ الضرر في عدة مواضع من الكتاب والسنة ، وفيما يلي بعض الأمثلة عليها :

1- من القرآن الكريم : ما جاء في معنى سوء الحال والشدة قوله تعالى : " وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَا إِلَىٰ ضُرِّ مَسَّهُ " ³.

وقوله تعالى : " وَيَتَعَلَّمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ.... " ⁴. أي يضرهم في دينهم وليس له نفع يوازي ضرره ⁵.

ومن النصوص القرآنية التي تمس الضرر الواقع في الطلاق ، قوله تعالى : " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۗ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۗ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۗ ... اللَّهُ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ " ⁶.

1- محمد بن يعقوب الفيروز الابادي مجد الدين ، القاموس المحيط ، ياي الرء ، فصل الضاد ، الجزء الثاني، ص 73 .

2- ابن منظور جمال الدين ، لسان العرب ، م 4، دار بيروت ن بيروت ، د ت ن ، ص 482-483 .

3- سورة يونس الآية 12 .

4- سورة البقرة الآية 102 .

5- الحافظ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الأول ، دار الحديث ، القاهرة، المجلد الأول 1423 هـ -2003،

ص 182 .

6- سورة البقرة الآية 231 .

وقال ابن عباس ، ومجاهد والحسن وقتادة ، والضحاك : كان الرجل يطلق المرأة ، فإذا قاربت انقضاء العدة راجعها ضرارا ، لئلا تذهب إلى غيره ، ثم يطلقها فتعتد ، فإذا شارفت على انقضاء العدة طلق لتطول عليها العدة فنهاهم الله عن ذلك ¹ .

ب- من السنة النبوية :

قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرارا " ومعنى الضرر هنا ما كان ضد النفع ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر ² :

لا ضرر : أي لا يضير الرجل أخاه ، وهو ضد النفع .

ولا ضرار : أي لا يضار كل واحد منهما صاحبه .

فالضرار منهما معا ، وقبل الضرار أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما ، وهي قاعدة كبرى أغلق بها الرسول صلى الله عليه وسلم منافذ الضرر والفساد أمام المسلمين .

2-الضرر اصطلاحا :

- تعريف الضرر في الفقه الإسلامي :

لم يعرف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي ، وكأنهم تركوه بمعناه اللغوي وان هذا المعنى هو المراد من الضرر شرعا ، ربما عرفوه بذكر بعض الأمثلة له ويقولهم :

عرفه الإمام البوطي : هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو غيره ³ .

وهو ما لا يجوز شرعا ⁴ . فالفقيه الدردير المالكي يعرف الضرر الذي يبيح للزوجة أن تطالب التعريف بسببه فيقول : ولها -أي الزوجة- التظليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها ...

وعرفه الدكتور محمد بوساق ⁵ : الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال مقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون .

1- الحافظ ابن كثير ، المرجع نفسه ، ص 349 .

2- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، لطبعة الرابعة ، 2007 ص. 91 .

3- محمد سعيد رمضان البوطي ، المرجع السابق ، ص 91 .

4- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثامن، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1413 هـ -1993 م ، ص 437 .

5- محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، دار اشبيليا ، الرياض ، 1419 هـ ، 1999 م ، ص 28 .

ومما يؤخذ على هذا التعريف انه اخرج الضرر والذي يقع على العاطفة والشعور مع كونه يعتبره موجودا وقائما ، حيث اعتبر الضرر المعنوي من أنواع الضرر وعرفه بأنه : كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره .

عرفه عبد الكريم زيدان : هو كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك¹.

الضرر المقابل للنفع وهو ما ذهب إليه ابن العربي ، هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يرجى عليه وهو نقيض النفع .

3- تعريف الضرر عند فقهاء القانون :

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية ، ويعد الركن الثاني بها ، غير انه بالرجوع إلى فكرة الضرر الواردة في نصوص القانون المدني الجزائري من المادة 124 إلى المادة 140، كذلك المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام الناتجة عن فكرة الضرر القابلة للتعويض حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر ، إلا انه لم يرد نص ضمن هاته المواد ، وإنما يستنتج من دراستها .

ومن كل ما سبق يمكن تعريف الضرر بأنه : الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة له أو هو إخلال بمصلحة مشروعة له مادية كسلمة جسمه أو ماله أم معنوية كسمعته أو شرفه².

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للضرر نوعان : مادي ومعنوي بحيث جاء مقسم بحسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها ، والمصلحة لا تخرج عن النطاق المادي أو المعنوي وهذا التقسيم هو المعتمد لدى اغلب الفقه الوضعي³.

1- عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص 437 ،

2- محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2002 ، ص 164

3- بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 19 ..

ثانيا - أنواع الضرر :

ينقسم الضرر بحسب نوعية المصالح المعتدى عليها إلى ثلاثة أقسام¹.

الضرر المالي : وهو الذي يتعلق بالمال ، سواء بإتلافه كلياً أو جزئياً ، أو بالاستيلاء عليه والتعدي على حياة أصحابه .

الضرر المتعلق بالبدن سواء كان ذلك بإتلاف النفس أو بقطع عضو من الأعضاء أو إذا كان منفعة أو بجرح أو شحة .

ويمكن إدراج هذين النوعين ضمن الضرر المادي .

الضرر الأدبي (المعنوي) : وهو الذي يتعلق بالعرض والشرف والسمعة ، ولا شك أن حفظها من المساع الضرورية التي فرض الشارع عقوبات قاسية نتيجة التعدي عليها .

1- تعريف الضرر المادي :

عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري : بأنه إخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية ، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع² ،

عرفه العربي بلحاج : بأنه الضر الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة³ .

ومن خلال هذين التعريفين يتبين انه يشترط في التعويض عن الضرر المادي :

الشرط الأول أن يكون الضرر ناشئاً عن مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية فالمصلحة الغير مشروعة حسب نصوص المسؤولية المدنية التقصيرية هي الاعتداء على مصلحة يحميها القانون ، إذ أن الاعتداء على مصلحة غير مشروعة لا يفتح باب التعويض⁴ .

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1998 ، المجلد الثاني ، ص 969 .

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 970 .

3- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني ، العقد الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الرابعة ، 205 ، ص 285 .

4- مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1992 ، ص 35 .

الشرط الثاني أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا لوقوع كان يقع فعلا أو انه يتوقع حصوله كموت المضرور مثلا ، أما الضرر المحتمل وقوعه لا يعرض عنه إلا إذا تحقق¹ ، وقد ذكر البعض من الفقهاء تقسيمات للضرر المادي كالضرر المستقبل والضرر الاحتمالي².

أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فيظهر في حالة ما إذا كانت الزوجة عاملة وتتقاضى أجرا على عملها ثم يأتي الزوج ويطلب منها ترك العمل ، وهذا على أساس انه يتولى النفقة عليها من مجاميعها ، أو انه يهددها بالطلاق إن لم تترك العمل فتركه ثم بعد فترة من الزمن يخلف بوعده بطلاقه منها ، وتبقى الزوجة بدون عمل وبدون من يؤمن حاجياتها ، خاصة إذا كان ذلك العمل هو فرصتها التي كانت لحصولها على الوظيفة .

كما يظهر ذلك في حالة ما إذا كانت الزوجة تساعد زوجها في كثير من مصاريف البيت وتقدم له المساعدة المالية من اجل دعمه لانجاز مشروع معين ، ودون أن تقوم بتوثيق سند رسمي يكفل حقها في نمة زوجها ، فإذا حصل الطلاق وأنكر زوجها عليها ذلك الدين ، فهذا يرتب ضررا ماديا للزوجة .

2-تعريف الضرر المعنوي :

هذا النوع من الضرر يطلق في مقابل الضرر المادي الملموس المحسوس ، ولفظ المعنوي في أصل وصيغته يطلق على حقيقة الشئ أي فحواه ومضمونه ودلالته .

ويلحق هذا اللفظ على سبيل الاتساع بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ، ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية ، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان ، ليقوم وحده غير مصحوب بإضرار مادية يكون قد الحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة³.

وعرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الزوجية من الشتم والتحقير وترك الجماع⁴.

وارجع الدكتور السنهوري الضرر الأدبي (المعنوي) إلى أحوال معينة منها⁵:

1- بن زيطة الهادي ، المرجع السابق ، ص27 ،

2- مقدم سعيد ، المرجع السابق، ص38-39 .

3- مقدم سعيد ، المرجع السابق ، ص38-39 .

4- بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق ، ص29 .

5- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص971 .

الحالة الأولى ضرر يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالسب والقذف وهتك العرض .
الحالة الثانية ضرر يصيب العاطفة والشعور والحنان .

فالضرر المادي لا إشعال فيه لظهوره ، أما المعنوي فقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء فمنهم من أثبتته ومنهم من نفاه ، وظاهر الأدلة تفيد ثبوت الضرر المعنوي في الشريعة ومنها ما ذهب إليه الفقهاء في تشريع المتعة جبرا لخاطر المطلقة والأکید أن ضررها معنوي أكثر منه مادي¹ .
وبما أن الضرر المعنوي لا تترتب عنه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه مستنديين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقييمه بالمال على خلاف الضرر المادي الذي يمكن تقدير تعويضه .

وذهب السنهوري إلى أن الضرر المعنوي في جميع حالاته يجب أن يعوض ، طالما توفرت شروطه : وهي كالضرر المادي : ضرر محقق وغير احتمالي² .

فالضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية وهذه المصلحة محمية قانونا³ .
أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى الضرر المادي والمعنوي المتعلق بالعدول عن الخطبة بموجب المادة 5 الفقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري (إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض) حيث اوجب التعويض للطرف المتضرر ، بالرجوع إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) نجد أنها جاءت عامة دون أن تبين نوع الضرر الذي يحق لها المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، فالأضرار المعنوية الناتجة عن الطلاق كثيرة ، والتأثير أهميتها من الأضرار المادية التي يمكن تجاوزها ، وأبرزها النظرة الدونية للمجتمع ، وقد لا تتاح لها فرصة أخرى للزواج ، وإن حصل وتزوج فقد تحرم من حضانة أولادها إذا كان لها أولاد ، فهذا بحد ذاته أكبر ضرر قد يلحق بها .

ثالثا : شروط ضبط الضرر :

لكي يكون الضرر موجب للتعويض لا بد من توفر مجموعة من الضوابط وتكمن في :

1- طاري سعيد ، التعسف في فرق الزواج وأثاره دراسة مقارنة ، (رسالة ماجستير) ، جامعة وهران ، السانية ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، 2012- 2013 ، ص206 .

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص982 ،

3- مسعودو الياس نعيمة ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ، (أطروحة دكتوراه) ، فرع القانون الخاص ، جامعة بلفايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان ، 2009 ، ص258 .

1- أن يكون الضرر محقق الوقوع :

يشترط في الضرر المترتب عن الفعل الضار أن يكون محققا ، أي انه ضرر وقع فعلا وقت الحصول على التعدي أو انه سيقع حتما في المستقبل ، لا يتضح هذا على جميع حالات الفعل الضار فتوجد من الأفعال الضارة ما لا يمكن معرفة الأضرار الناشئة عنها بدقة وقت وقوعها بل تترتب عليها آثار بسيطة تتفاقم مع مرور الزمن ، وبالتالي القضاء لا يستطيع جسامتها في الحال وهي الأضرار المستقبلية ، وهي إن تحققت أسبابها إلا أن نتائجها تراخت إلى وقت لا حق وهي تتدرج تحت ما يسمى بالإضرار المحققة¹.

فالتعويض عن الضرر الذي تحقق فعله وبصورة نهائيتها فلا صعوبة في الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يجبره ويكون الضرر في الطلاق التعسفي محققا إذا وقع فعلا بإصابة المطلقة طلاقا تعسفيا بصدمة نفسية جراء ذلك .

أما الضرر الاحتمالي فهو الضرر الذي لم يتحقق بعد فقد يقع وقد لا يقع مستقبلا².

2- أن يكون الضرر شخصيا :

بما أن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو مصلحة مشروعة له أي أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المدعي شخصيا مما يعطيه حق المطالبة بالتعويض عن الفعل الضار سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا ، وهذا لا ينفي التوكيل للمطالبة بهذا الحق ، وإنما المقصود هو أن لا يتبرع شخص ما بالمطالبة بتعويض شخص آخر لم يفوضه تفويضا معتبرا بالمطالبة فبجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا تتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تقبل دعواه ، وينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار³.

3- أن يكون الضرر مباشرا :

الضرر المباشر هو الذي ينتج مباشرة عن فعل الفاعل سواء كان ضررا أدبيا أو ضررا معنويا ، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الفاعل قد أتى عملا ماديا يترتب عنه ضرر ، والمباشر هو ما

1- عزيز كاظم ، ضرر مرتد للتعويض في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار ، د م ن ، 1998 ، ص35 .

2- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص288 .

3- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص260 .

كان نتيجة طبيعية للفعل الضار أو العمل غير المشروع ، وتقيد حالة المباشرة بكون الفعل الضار لا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببذل جهد معقول¹.

أما الضرر الغير مباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة فيكون الفعل الأصلي عام لازم لحصول الضرر لكنه غير كاف وحده لإحداثه بل تتدخل أسباب أخرى².

4- أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة :

لإمكانية مسائلة المتعدي ومطالبته بجبر الضرر الناشئ عن الفعل الضار يجب أن يمس بمصلحة مشروعة أو حق يحميه القانون سواء كان الحق ماديا أو معنويا³. والتعدي على الحياة ضرر ، والتعدي على الملك هو إخلال بحق فهو ضرر بل هو ابلغ الضرر وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أدى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يتكبد نفقة في العلاج هو أيضا ضرر مادي⁴.

الفرع الثاني - مفهوم التعويض :

بعد أن تطرقنا في الفرع الأول إلى الضرر وذكرنا أنواعه وشروط ضبطه سنتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم التعويض ومشروعيته وشروطه :

أولا - تعريف التعويض :

1- تعريف التعويض لغة :

ماخوذ من العوض بمعنى البذل والخلف والجمع : اعواض ، وعاضة بكذا عوضا أعطاه إياه بدل ما ذهب منه ، فهو عانض ، واعتاض منه ،أخذ العوض ، واعتاضه فلانا ، سألته العوض⁵.

1- خارف محمد ، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير) ، جامعة وهران ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، 2013-2014 ، ص 17 ،
2- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص 260 .
3- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 158 .
4- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 971
5- شوقي ضيف ، المعجم الوسيط ، إصدار معجم اللغة العربية ، الجزء الثاني ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1392 هـ - 1972 م ، ص 637 .

والعوض : مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضة وعوضة واعاضه والاسم المعوضة وفي حديث أبي هريرة : فلما احل الله ذلك للمسلمين -يعني الجزية - عرفوا انه قد عاضهم أفضل مما خافوا ولم تستقبل التعويض¹.

2- تعريف التعويض اصطلاحا :

1- تعريف التعويض في الفقه الإسلامي :

إن فقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء المتقدمين لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر ، وإنما استعملوا اصطلاح الضمان أو التضمنين ، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني².
وبذلك للضمان في الفقه معنيان :

المعنى الخاص : حيث استعمل جمهور المالكية والشافعية والحنابلة كلمة الضمان بمعنى الكفالة ، لذا نجد في كتبهم باب الكفالة في الفقه بمعنى الضمان (ما يعم ضمان المال وضمان النفس).

المعنى العام : من ذلك ما كره الإمام الغزالي : الضمان هو " واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة"³. وذكر الشيء على الخفيف إن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو " شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداءه شرعا عند تحقق شرط أدائه "وعرفه مصطفى الرزق بأنه " التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير " ، وهو الأقرب إلى تعريف الإمام الغزالي وعرفه محمد سراج بأنه : " شغل الذمة بحق مالي اوجب الشارع أداءه جبر الضرر لحق بالغير في ماله وبدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة أو شرط من شروطه ، أو بارتكاب فعل أو ترك ما حرمه الشارع ذات أو مالا⁴.

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب ، الجزء36 ، دار صادر ، بيروت ، مج 04 ، باب العين، ص3170 .

2- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 ، دار الوعي ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2012 ، ص 126 .

3- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق، الطبعة الرابعة ، 2009 ، ص21 .

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص127 ،

ومن خلال هذا التعريف الأخير يتبين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة ولذا لم يفرق الفقهاء ، بين الهازل والجاد والعامد والمخطئ ، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفا للشرع ، وإذا كان الضرر ممنوعا في الشرع فإنه لا بد من رفعه¹.

وبذلك يعرف التعويض بأنه : " عقوبة مالية ، تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأولبوجه غير مشروع².
أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال³.

3- تعريف التعويض في القانون :

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض إلا انه نص في المادة 124 من القانون المدني الجزائري معتبره جزاءا من الفعل الضار فذكر " إن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرارا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " ⁴.

كما أوردت المادة 132 بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على انه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدر تأمينا وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وان يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير المشروع⁵.

وانطلاقا من هذا يمكن استخلاص تعريف التعويض من خلال القانون المدني الجزائري فيقال :
" الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بادعاءات مالية أو عينية⁶.

1- محفوظ بن صغير ، المرجع نفسه ، ص128 .

2- جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، المرجع السابق ، ص 208 .

3- محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص128 .

4- المادة 124 قانون المدني الجزائري .

5- المادة 132 قانون المدني الجزائري .

6- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص35 .

كما عرفه البعض بأنه : " ما يلزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر"¹.

ثانيا : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي :

"هو البديل بسبب الضرر اللاحق بالمرأة ، ويقصد بالضرر حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة ، وفقدانها العائل ، ومعاناتها من الوحدة وألم الفراق وما شابه ذلك " .
ومن أكثر التعريفات شمولاً : "هو مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقاته لمدة زمنية ، نظير ضرراً لحقه بها مادياً ، وذلك بتوفير حياة كريمة لها معنوياً ، بسبب سلبها دفئ الحياة الزوجية والاستقرار ، والأمن ، وما شابه"².

الفرع الثالث : مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي :

أولاً - مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي :

التعويض عن الضرر أمر مقدر شرعاً وعقلاً وقانوناً وعرفاً جبراً للضرر ورعاية للحقوق ، وزجراً للمعتدين ، وتوفير للاستقرار ، وتحقيق للعدل .

لقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين وهذا بناء على الخلاف السابق بينهم وهو أن الأصل في الطلاق الإباحة ، ومن ثم لا يعد الزوج متعسفاً ، أم أن الأصل في الطلاق المنع ، ومن ثم فإن المطلق لغير سبب متعسفاً وبذلك انقسم الفقهاء إلى رأيين³:

1- الرأي الأول :القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي :

ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي ، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين : احمد الخليلي بدران أبو العينين ، محمد أبو زهرة ، زكي الدين شعبان ، سامي صالح ، ومحمد عقلة ، وسيد سابق ، ومحمود السرطاوي ، ونور الدين عتر⁴ ، واستدلوا في رأيهم بما يلي :

1- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، دار فنديل للنشر، عمان ، الطبعة الأولى ، 2010 ، ص98 .

2- رسمية عبد الفتاح الدوس ، المرجع نفسه ، ص 147-148 .

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 209 .

4- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 214 .

لا يوجد في القرآن أو في السنة دليل يقضي بتعويض الطلاق ، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى¹.

إن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجته ، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته ، وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي².

2- الرأي الثاني - القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي :

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الزوج وان طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول ، وكان تصرفه تعنتا وتعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لان في الطلاق ضيع لمستقبل الزوجة وتقويت لفرصة الزواج وهي قد لا تعود³.

ومن الفقهاء الذين اقتدوا بهذا المبدأ : احمد الغندور ، واحمد الكيسي ، وإسماعيل الخطيب ، وعبد الرحمان الصابوني ، وهبة الزحيلي ، عبير القدومي ، محمد الزحيلي ، عبد الوهاب لاف ، وتوفيق أبو هاشم ، واستدلوا في رأيهم بما يلي⁴:

قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة والتي رغب فيها القرين وجعلها بالمعروف والتي أوجبها بعض الفقهاء ، واستحبها البعض الأخر ، لان الطلاق وان كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بما تدعوا إليه الحاجة وذلك بان لا لترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار به ، فإذا أساء الزوج وجب عليه التعويض لزوجته المتضررة من ذلك⁵.

3- الترجيح :

من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق ، التي لها جذور راسخة في الفقه الإسلامي وعمل بها الفقهاء القدامى ، حتى ولم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم ومن خلال تطبيقها على حق الطلاق فالشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ التعويض وهذا بإقرارها لمتعة الطلاق ، وبالرجوع إلى كتب الفقهاء القدامى ، وأصحاب المذاهب الاجتهادية ، لا يوجد من اوجب التعويض على

1- محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ، ص 132 .

2- رسمية عبد الفتاح الدوس ، المرجع السابق ، ص 147, 148 .

3- عبير ربحي شاكر القدومي ، المرجع السابق، ص 192 .

4- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 209 .

5- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، المرجع السابق ، ص 141

المطلق مع متعة الطلاق ، بل ذهب جميعهم إلى الاخذ بمتعة الطلاق فقط ، ولم يتطرق احدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافة على المتعة¹.

ثانيا - مشروعية التعويض في القانون :

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور ، وحكم القانون بالتعويض عن الطلاق في المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) والتعويض هنا لم يقصد به المتعة لأنه ذكر التعويض أيضا في المادة 53 قاصدا له المتعة ، وبالتالي المشرع قد حكم بالتعويض إضافة إلى المتعة أخذا بما ذهب إليه القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، على أن هذا التشريع ليس مقصودا لذاته بل هو عبارة عن تدبير احتياطي لردع الزوج عن الإقدام على الطلاق إذا هناك دوافع حقيقية وراء تشريعه التعويض².

فالحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلة متى تبين له تعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق ويزجرهم عنه ، تفاديا لدفع ما لا يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة ، وهذا الأمر ايجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للرجل فعلا مبرر شرعي يدفعه للطلاق ، ولكن ينعكس الأمر سلبا حين يكون للزوج مبرر شرعي يدفعه للطلاق ، ولكن ينعكس سلبا حين يكون الزوج مبرر شرعي لفراق زوجته وقد لا يستطيع إثباته كحالة انحراف الزوجة وارتكابها الفاحشة ولا يستطيع إثباته أو لا يريد البوح به لما فيه من مساس بكرامته ، ومن ثم يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة مادام غير قادر على دفع التعويض الذي يستلزم هبه القضاء³.

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري ، بان حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج ، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي في تقديرها حالة المطلق ماليا غير انه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه ، وجب على المطالقة المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 225 .

2- طارق سعيد ، التعسف في فرق الزواج وأثاره ، المرجع السابق ، ص 200 .

3- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 254-255 .

الطلاق ، وعليه فمن حكم القضاء بالطلاق مع التعسف ، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"¹.

الفرع الرابع - شروط التعويض عن الطلاق التعسفي :

للقاضي في القانون الجزائري الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي على الزوج الذي أساء استعمال حق الطلاق لفائدة الزوجة التي لحقها ضرر من جراء هذا الطلاق، ولكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر شروط نقدرها فيما يلي :

1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين :

لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين ، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول ، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية ، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وان تمكنه من الاستمتاع بها ، فإذا تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا ، فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول ، وان ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن طلاق من الدخول وإنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليست من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي².

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها ما يلي :

"من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ، ومن تبين من قضية الحال أن الأسباب التي عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة ، وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"³.

1- عبد الفتاح تقيّة ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، المرجع السابق، ص 67 .

2- باديس ديابي ، المرجع السابق، ص 87-88 .

3- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 216865 ، بتاريخ 16-03-1999 ، اجتهاد قضائي ، ص 256 .

2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة :

العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وأخرى غير مالية ، فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة أما الغير مالي فيتلخص أساسا في العدل بين الزوجات إذا كان متزوج بأكثر من واحدة ، وعدم الإضرار بالزوجة ، والأدلة الشرعية عديدة بهذا الخصوص ، سواء من القران الكريم ، أو من السنة أو بإجماع الفقهاء ، وعليه فمقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه تجاه زوجته من هذه الواجبات ، أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة لكونه الاحرص على بقاء الزوجية التي انفق في سبيلها المال الكثير خاصة بعد الطلاق من تبعات تجعله اصبر ما يكره من المرأة¹.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي :

"متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به ، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من ثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطلاق فان قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بان الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال².

3- أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق :

يعد هذا الشرط من بين الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر ، وتقديره يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ، بناء على معايير التعسف ، والتي

1- باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص89-91 .

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 8-53017، بتاريخ 27-03-1989 ، المجلة القضائية ، العدد

01 ، 1991، ص56 .

تبيين في وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج سبب شرعي لإيقاعه الطلاق أم لا ،حيث يبقى على المحكمة إجراء تحقيقاتها وتسمع البيانات والتفاصيل عن جدية الأسباب التي أدت إلى إيقاع الطلاق .

وبناء على ذلك ليست للمحكمة أن تصدر حكمها دون الخوض في أسباب الطلاق وتعتبره تعسفا وتلزم الزوج بالتعويض عنه ، وغلا كانت هي الأخرى متعسفه¹.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا : " من المقرر قانونا الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف ، أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"².

والشائع لدى المحاكم الجزائرية هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه ، لا سيما الطاعة وحسن التدبير ، أو ارتكابها لفعل يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية غير أن الزوج مطالب بتبرير طلاقه وينبغي عليه أن يؤسسه بدليل قاطع وإلا عد متعسفا في إيقاعه الطلاق³.

4- أن يترتب على الطلاق ضرر :

يعد الضرر الحاصل للمرأة جراء واقعة الطلاق ، شرطا ضروريا يجب توافره لاستحقاقها للتعويض وهذا الشرط -وقوع الضرر- تناولته معظم قوانين الأحوال الشخصية بالنص ، أما بخصوص المشرع الجزائري فقد تناول عنصر الضرر اللاحق بالمرأة من جراء الطلاق وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 52 المعدلة بالأمر 05-02 (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)

وعند تحليلنا لهذا النص نجده قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي ، إذ تبين له بان الزوج قد تعسف في الطلاق ، بان لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب ، تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها و أو لحقها ضرر جراء هذا التعسف ،

1- خطاب خالد خطاب ، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2012 ، ص132 .

2- باديس ديلبي ، المرجع السابق ، ص92 .

3- باديس ديابي ، المرجع السابق ، ص187 .

فلا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل من صداق ومَتاع ، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي¹ ، وبهذا يجب توفر شرطين أساسيين هما : التعسف ، والضرر الناتج عنه .

والمعمول في الغالب أن عنصر الضرر مفترض في جميع قضايا الطلاق ، من دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج غير جدي ، أو منعدم تماما لان انعدام التبرير أو كونه غير كافي يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حق الطلاق ، وبالتالي ينتج عنه ضرر واقع ومحقق ، وتقدير هذا الضرر مسؤولية قضاة الموضوع .

وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا انه : " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من الاختصاص ، وتقدير قضاة الموضوع"².

5- أن يكون الطلاق بائنا³.

6- يستحق التعويض بناء على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا ، وفق إجراءات الدعوى⁴.

فان تحققت هاته الضوابط والشروط جاز للزوجة المطلقة الحكم لها بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها من قبل الزوج .

المطلب الثاني : المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي .

من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وان القانون قائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول لأنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة ، أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضي بها إلا أن في زماننا تراخت وانعدمت لا سيما في الأزواج الذين انقطع حبل المودة بينهما ، بحيث أصبحت المطلقة في حاجة إلى معرفة أكثر من نفقة العدة التي تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم المتعة ثم في الفرع الثاني إلى حكمها بعد ذلك سنتطرق في الفرع الثالث إلى علاقتها بالطلاق التعسفي .

1- بن شيخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص 187 .

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 216865 ، بتاريخ : 16-03-1999 ، اجتهاد قضائي لسنة 2001 ، عدد خاص ، ص 256 .

3- طارق سعيد ، التعسف في فرق الزواج وأثاره دراسة مقارنة و المرجع السابق ، ص 204 ،

4- طارق سعيد ، المرجع نفسه ، ص 206

الفرع الأول: تعريف المتعة .

يرى الكثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي مصدره المتعة التي شرعت كأثر للطلاق لذلك سنتطرق إلى التعريف بالمتعة لغة واصطلاحاً وقانوناً

1- تعريف المتعة لغة :

المتعة اسم مشتق من المتاع ، وهو المنفعة والسلعة وجميع ما ينتفع ويستمتع به ¹ ، متع :- الميم والتاء والعين - أصل صحيح يدل على منفعة ، وامتداد مدة خير ومنه استعانت بالشئ ، والمتعة والمتاع : المنفعة في قوله تعالى : " ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم والله يعلم ما تبدون وما تكتمون " ².

ومتعة المطلقة بالشئ لأنها تنتفع به ويقال " أمتعت بمالي بمعنى تمتعت " وفي لسان العرب : م ت م : المتاع في اللغة : كل ما ينتفع به كالطعام وأثاث البيت وأصل المتاع : ما يتبلغ به من الزاد واسم من متعة إذا أعطيته ذو الجمع أمتعة ، وقد ذكر صاحب اللسان أيضاً أن المتاع والمتعة والاستمتاع والتمتع كلها راجعة إلى أصل واحد وهو المنفعة حتى ولو اختلفت معانيها ³. والمتعة جاءت في كتاب الله على هذا المعنى ، منه قوله تعالى : " وما أوتيتم من شئ فمتاع الحياة الدنيا وزينتها وما عند الله خير وأبقى أفلا تعقلون " ⁴.

هي الزاد القليل وجمعها متع لقوله تعالى : " يا قوم إنما هذه الحياة الدنيا متاع " ⁵. أي بلغة لا بقاء له ، أي كل ما انتفع به فهو متاع ومتعة ويقال لها تحميم وفي حديث عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه - انه طلق امرأته فمتعها بجارية سوداء حممها إياها أي متعها بها بعد الطلاق وكانت عند العرب تسمى المتعة التحميم .

1- محمد بن يعقوب الفيروز الابدادي ، قاموس المحيط وقاموس الوسيط فيما ذهب من لغة العرب ، ط6 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، بيروت ، د س ن ، ص 985 ، انظر أيضاً : علي شيري ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الفكر ، بيروت ، د س ن ، ص 183 .

2- سورة النور الآية 29

3- ابن منظور ، المرجع السابق، ص 328 .

4- سورة القصص ، الآية 60 .

5- سورة غافر الآية 39 .

وتطلق المتعة على متعة الحج وهي أداء العمرة في أشهر الحج مع أداء الحج¹. لقوله تعالى: " فمن تمتع بالعمرة إلى الحج " ²، وتطلق كذلك المتعة على ما يتمتع به من الصيد والطعام ، ومتعة النساء هي أن تتزوج امرأة تتمتع به وقتاً ما ولا تريد إدامتها إلى نفسك ، ويقال تمتعت المطلقة بكذا إذا أعطتها إياه لأنها تنتفع به وتتمتع به ³.
وقيل هي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق.

2- تعريف المتعة اصطلاحاً:

مال يعطيه الزوج لمطلقاته زيادة على الصداق لتطيب نفسها وتعويضاً لها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق بينهما ⁴.

أوهي تعويض لما فات على المطلقة من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج ⁵.
ولقد عرفها المالكية بقولهم: " ما يؤمر الزوج بإعطائه للمطلقة يجبر بها الم فراقها ".
وعرفها الشافعية بقولهم: " اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها ".
وقالوا: " مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط ".
أما الحنفية والحنابلة فلم أقف لهم على تعريف لمتعة المطلقة وان كانت أحكامها واردة في كلا المذهبين ⁶.

وقد لوحظ على التعريفات السابقة أموراً منها :

1- إن تعريف المالكية يتضمن ما يعطيه الزوج لمطلقاته عن طريق الأمر ، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان التزام من الحاكم أو من ينوب عنه ، والأصل أن المتعة تستحق بمجرد الطلاق وليس

1- احمد عبد العزيز الحداد ، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند الطلاق ، الدورة الثانية والعشرون للجمعية الفقهي الإسلامي ، سورة البقرة الآية 196 . مكة المكرمة ، (د س ن) ، ص13 .

2- عاطف مصطفى البيراوي النتر ، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي ، م1كرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة ، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية ، غزة ، 2006 ، ص66 ،

3- مجيد علي العبيد ، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية ، عدد 03 ، بغداد، 2009 ، ص28 .

4- احمد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، دار الكتب القانونية، مصر ، 2004 ، ص1976 .

5- احمد محمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات دار السنة ، مصر ، (د س ن) ، ص85 .

6- نجلاء بنت حمد بن علي المبارك ، متعة المطلقة ، مجلة العدل ، عدد 02 ، كلية الآداب لجامعة الأميرة بنت عبد الرحمان للبنات ، الرياض ، 2011 ، 160 .

بمجرد حكم القاضي¹، كما تم تعريفها أيضا على أن المتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسرا وعسرا يدفعه الزوج لمطلقاته².

ب- إن التعريفات السابقة يدخل فيها ما يعطيه الزوج من غير متعة كأبي التزام آخر يترتب على الطلاق كالمهر المؤجل مثلا .

ج - إن التعريفات السابقة شملت كل طلاق مع أن الفقهاء نصوا على أن الطلاق الذي كلن بسبب الزوجة لا تستحق فيه المتعة .

ولعل التعريف المختار هو " المال الذي يدفعه الرجل لمطلقاته تعويضا عما لحقها من ضرر في فرقة لم تكن المتسببة فيها"³.

فقولنا المال يخرج كل ما لا قيمة له ، فيدخل فيه الكسوة والخادم وكل ما يقوم مقام المال .

وقولنا : " يدفعه الرجل لمطلقاته " ، يخرج النفقة المستديمة بل يكلف به المطلق دفعة واحدة .

وقولنا : " تعويضا عن ما لحقها من ضرر " اخرج ما سوى المتعة من الحقوق على الزوج كالمهر المؤجل .

وقولنا : " في فرقة لم تكن المتسببة فيها " ، اخرج الفرقة التي تكون بسببها كالخلع⁴.

الفرع الثاني - حكم المتعة ومشروعيتها :

1- حكم المتعة في الفقه الإسلامي :

اختلف الفقهاء في سر متعة المطلقات بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة ، ولكل أدلته ولا خلاف في أن المتعة إنما تجب لكل زوجة طلقت من زوجها وانتهت عدتها من الطلاق .

القول الأول : ذهب الشافعية وهو قول الشافعية الجديد واحمد في رواية عنه إلى أن المتعة واجب لكل مطلقة الا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها المهر⁵ ودليلهم قوله تعالى :

وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين⁶.

1- المرجع نفسه ص160

2- عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النقاش للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997 ، ص270 .

3- نجلاء بنت حمد علي المبارك ، المرجع السابق ، ص161 .

4- نجلاء بنت حمد علي مبارك ، المرجع السابق ، ص161 .

5- محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص181 .

6- سورة البقرة الآية 241 .

أما المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها المهر فلا متعة لها لقوله تعالى : " وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فُنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ " ¹.

القول الثاني : إن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك الدخول بها أو غير الدخول بها سمي لها المهر أم لا ، وبه قال : ابن جرير الطبري ² ، والزهري ³ وابن حزم على أصل مذهبه في استعمال المطلق في إطلاقه والمقيد في موضوعه فالمقيد داخل في المطلق عنده ، ولا يؤثر عليه ⁴.

قال الله تعالى : "لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ" ⁵. ووجه الدلالة إن الآية الكريمة عامة في وجوب المتعة لكل مطلقة عملاً بإطلاق الآية ، وتقرير حق المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض ، فالأمر في الآيات يشمل المطلقات بجميع حالاتهن. القول الثالث : وهو ما ذهب إليه المالكية في أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال لان الله تبارك وتعالى خص المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل والإحسان ليس واجب ، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم وقال ابن جزي المالكي : " متعة المطلقات ، وهي الإحسان إليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله من القلة والكثرة ، وهي مستحبة ، وأوجبها الشافعي ⁶.

والمطلقات ثلاثة أقسام حسب ما ذهب إليه المالكية ⁷ :

مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية ، فلها المتعة وليس لها شئ من الصداق ومطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل التسمية أو بعدها فلها متعة وليس لها شئ من الصداق ، ومطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل التسمية أو بعدها فلها المتعة اتفاقاً ، ولا متعة في كل فراق تختاره المرأة ، كالمرأة المجذوم والعنين والأمة تعنت تحت العبد ولا المختلعة ، والمطلقات قبل الدخول وبعد التسمية فإوجب لهن نصف المهر ولا متعة لهن .

1- سورة البقرة الآية 237 .

2- محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 182 .

3- عبيد ربحي شاكر القدومي ، المرجع السابق ، ص 197 .

4- احمد محمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة القاهرة ، الطبعة الثانية ، 1998 ، ص 85 ،

5- سورة البقرة الآية 236 .

6- محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 181 .

7- ابن رشد أبو الوليد ، المقدمات الممهديات ، تحقيق محمد حجي ، الجزء الأول ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ، 1988 ، ص 548 .

القول الرابع : ذهب الحنفية والشافعية في القديم واحمد في رواية ثانية عنه إلى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهر في العقد ، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتعيهن ، ولا يجب حيث حملوا في الآيات التي استدل بها الشافعية ومن معهم على الاستحباب لا الوجوب ، والذي ذهب إليه الجمهور وهو ما ذهب إليه الشافعية من وجوب المتعة للمطلقة إذا التي طلقت قبل الدخول وسمي لها المهر في العقد فلها نصف المهر¹.

- الترجيح :

إن الرأي الراجح هو الأخير إذ أن فيه جبرا لضرر المرأة وتخفيف عن جزاء الزوج جراء تعسفه وحتى يكون عبرة للأزواج الذين يتعسفون في استعمال حقهم في الطلاق .

2- أدلة مشروعية المتعة :

مشروعية المتعة ثابتة في الكتاب والسنة .

أ- من القران الكريم :

قوله تعالى : " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۖ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ " ².

ووجه الدلالة من الآية أنها نظمت الأمر في قوله تعالى : "ومتعوهن" وان الأمر عند الأصوليين يحمل على الوجوب ما لم تقم دلالة تصرفه في النذب³.

ب- من السنة النبوية :

عن عائشة رضي الله عنها (أن عمرة بينت الجوي تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه ، فقال : لقد عذب معاذ ، فطلقها ، وأمر أسامة أو أنسا ، فمتعها بثلاثة أثواب) ⁴.

1- محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص182 .

2- سورة البقرة الآية 236 .

3- ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القرويني ، (373 هـ - 983 م)، السنن ، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه الارناؤوط واحمد برهوم و باب متعة الطلاق ، الجزء الثالث و حديث رقم 2037، دار الرسالة العالمية ، دمشق، سوريا ، الطبعة الأولى ، 1430 هـ ، 2009 م ، ص432 .

4- قراة علي ، فقه القران والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام ، دار مصر للطباعة ، 1375 هـ - 1956 م ، ص86 .

3- الحكمة من مشروعية المتعة :

بما أن للأسرة اثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب . لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان بقوله : " فإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ " ¹.

وحتى يكون كذلك أمر الزوج بإعطاء الزوجة متعة وحثه على ذلك في آيات كثيرة ، وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيب لهم على الامتثال بها ².

فان في تمتيع الزوجة المطلقة إزالة للشبهات عنها وسد أفواه المتطفلين الذين تدور في أنفسهم الكثير من الإبهام لان الله تعالى أمرنا بان نحافظ على الأعراض فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب ³.

فمن حكمة الله في تشريعه انه جعل على الرجل التزاما (المتعة) نحو مطلقة مقابل أن جعل الطلاق بيد الرجل حتى يكون رادعا له للتفكير مليا في استعمال حقه في الطلاق بعد استنفاد جميع الوسائل للإصلاح ، وهذه المتعة مزيد تأكيد على المهر والنفقة لان النفقة مقابل الاحتباس للزوجة عن العمل ⁴، لذلك فان المتعة تديبرا شرعيا للحد من الطلاق ، خاصة إذا أضيفت إلى التبعات المالية الأخرى من مهر و نفقة ، فإنها تكون ادعى إلى التروي والتفكير وبالتالي عدم إيقاع الطلاق ⁵.

4- موقف المشرع الجزائري من المتعة :

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما ذهب الجمهور ، وإنما أكدتها الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضات الطلاق التعسفي ⁶، فقط بمفهومه الحديث ، وليست أثرا من اثار الطلاق ، غير إن القضاء كان يعمل

1- سورة البقرة الآية 229 .

2- محمود علي السرطاوي ، المرجع السابق ، ص 180 .

3- محمود علي السرطاوي ، المرجع نفسه ، ص 181 .

4- احمد محمد المومني وإسماعيل نواهضة ، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والقانون ، المرجع السابق، ص 63 .

5- جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الطبعة الأولى، 2009 م ، ص 305 .

6- محفوظ بن صغير، المرجع السابق ، ص 120 .

بالمتمتع قبل صدور قانون الأسرة¹، واستمر العمل بالتمتع وتطبيقها على مستوى الأحكام والقرارات حتى بعد صدور قانون الأسرة، وهذا ما بينه قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفاً عن الم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فعن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقاً لإحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"².

إن القضاء اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي ذات الشيء وهذا طبقاً للرأي الأول والذي نجده في هذا القرار، غير أن هناك جانب آخر من القضاء اعتمد على ضرورة الفصل بين التعويض والمتعة، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفاً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم بها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها للمطلقة وفي إطار تدخل .

والقضاء بما يخالف هذا أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النفود مقابل الطلاق التعسفي"³.

وفي معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الشريعة الإسلامية تقر قانوناً للزوجة عدة نفقات هي نفقة الإهمال ونفقة عدة ونفقة المتعة وحتى مبلغاً على سبيل التعويض .

فالقرار جاء متبنياً لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وأن ذلك يعكس ما جاء في القرار السابق⁴. السابق⁴.

1- قضت المحكمة العليا في قرار لها: بأن نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي، ولو لم تطلب المطلقة، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 10-12-1971، ص 66 .

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 39731، بتاريخ: 08-04-1985، المجلة القضائية، العدد 01، 1989 .

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 41560، بتاريخ: 07-04-1986، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 69 .

4- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 103 .

من خلال استقراءنا لهاته القرارات نجد إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المتعة في قانون الأسرة الجزائري وإنما تركه للفقهاء الإسلامي وفقا للمادة 222 من قانون الأسرة وكان الجدر بالمشرع لو أبقى على نفقة المتعة كجبرا لضرر الزوجة من جهة وتطبيقا لإحكام الفقه الإسلامي من جهة أخرى بإقراره للمتعة كحق للمطلقة بغض النظر عن الزوج إن كان متعسفا في طلاقه أم لا .

الفرع الثالث :علاقة حق المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي .

يعتبر الطلاق حقا شرعي للزوج مثبت له من الشريعة والقانون يستعمله عند الحاجة إليه ، وفق أسباب شرعية يبرر بها طلاقه دون أن يكون متعسفا في ذلك ، فإذا ثبت أن الزوج قد تعسف فيتزنب عن ذلك توابع لجراء هذه الواقعة جبرا للضرر جبرا شرعي "المتعة " وقانوني "التعويض".

أولا - أوجه الشبه بين المتعة والتعويض :

هناك جملة من النقاط التي تتفق فيها المتعة مع التعويض المالي عن الطلاق التعسفي ، وفق ما يلي :

- إن كلا المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الحل بين الزوجين ، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض ،إلا بعد انقضاء العدة ، وذلك لأنها لا تزال تحت عصمة الزوج وحق الاحتباس قائم في حقه ¹.
- إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود بل أن أمرها متروك للقاضي ، فإذا وقع خلاف بقدرها أخذ القاضي في الحساب الظروف التي تحيط بالزوجين ، وبالأخص حسب مال الزوج وقدرته على الدفع ².
- إن للمتعة عند جمهور الفقهاء حد أعلى ، وكذلك التعويض في القانون فيه أعلى كذلك ، مع ملاحظة الخلاف بين أقوال الفقهاء في مقدار المتعة ، وخلاف قوانين الأحوال الشخصية في الحد الأعلى للتعويض .

1- لمين ليلي،، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2015 ، ص104 .
2- لمين ليلي ، المرجع السابق، ص105 .

- إن كلا من المتعة والتعويض تجبان على الزوج لزوجته المطلقة جبرا للضرر المادي والمعنوي الواقع عليها منذ إيقاع الطلاق عليها لان فيه انكسار لقلبها ، أو تخفيفا لها عن ألامها من انكسار لقلبها وايحاش الطلاق¹.

- إن كلا من المتعة والتعويض ، لا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى من مهر ونفقة ,عيرهما من الحقوق².

ثانيا : أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض .

تختلف المتعة عن التعويض في :

- إن وجوب متعة الطلاق ثبت بنصوص صريحة من القران الكريم والسنة النبوية والأثر عند الصحابة والتابعين أما التعويض فيعتبر جزاء للتعسف في استعمال في الطلاق ، فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف ، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القران والسنة ، حتى أن هناك من رجع في أساس مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي هو المتعة ، ولذلك فالمتعة أكثر تأكيدا من حيث الوجوب .

- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض ، حيث أن التعويض لا يجب إلا إذا أوقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول ، بينما المتعة بمجرد الطلاق سواء بسبب أو بغير سبب وسواء حصل ضرر أم لا³.

- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كان طلاقا تعسفيا أو فسخ مع اختلاف بين الفقهاء في حالات الفسخ التي توجب المتعة وسواء أكان الطلاق من الزوج أو من القاضي ، أما التعويض فيجب في حالة واحدة وهي عند تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ، وهذا بين أن نطاق متعة الطلاق أوسع من نطاق تعويض المطلقة⁴.

- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة عن طريق الخلع ، فإذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة وألحقت الضر بالزوج . فقد اوجب بعض الفقهاء على الزوجة تعويض زوجها إذا طلقت نفسها طلاقا تعسفيا أصاب الزوج من جرائه ضررا مع الإشارة إلى أن التعسف في

1- المرجع نفسه ، ص105 .

2- عبد العزيز سعد و الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 1996 ، ص310 .

3- بن صغير محفوظ ، المرجع السابق، ص138 .

4- لمين ليلي ، المرجع السابق ، ص106 .

الطلاق قد يقع من الزوجة إذا ملكت هذا الحق ، مثل ما يقع من الزوج باعتبار العصمة الزوجية مملوكة له ، وهو ما يستدعي عدم التفارقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة باعتبار أن الضرر قد يقع لأحد الطرفين في كل من الحالتين وهو ما اخذ به القانون التونسي ويعتبر الوحيد في البلدان العربية الذي اخذ بفكرة عدم التفارقة في التعويض ، والذي يدفعه طالب الطلاق من الزوجين لزوجه الآخر¹.

- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق ، بينما التعويض فانه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق ، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق ، فان كانت أسباب معتبرة لم يحكم القاضي بالتعويض².

الفرع الرابع :العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض .

لقد مضى حين من الدهر على المن الذي كان قضائنا فيه يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة ، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به " متعة " ومرة يصفونه بأنه " ارش " وفي أيامنا هذه وبعد استرجاع زمام الاستقلال الوطني وتخرج عدد كبير من الحقوقيين ورجال القانون من الجامعات العربية والوطنية تخطى القضاة على استعمال كلمة " ارش " في أحكامهم واخذوا يتخلون شيئا فشيئا عن استعمال كلمة " متعة " واستبدال كل ذلك بكلمة " تعويض " ، وإذا كنا نعتبر أن كلمة " ارش " كانت قد استعملت في غير محلها فما الذي يجعلنا نعتقد أن هناك علاقة ارتباط أو أسباب تفريق بين عبارة التعويض التي شاع استعمالها في مجال الطلاق التعسفي وعبارة المتعة التي وردت الإشارة إليها في آيات كثيرة من القرآن الكريم³.

لقد ورد في الآية 241 من سورة البقرة قوله تعالى : **" وللمطلقات متاع بالمعروف "** وفي الآية 236 من نفس السورة قوله : **" ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين "** كما ورد قوله عز وجل في الآية 49 من سورة الأحزاب : **" فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا "**.

1- لمين ليلي ، المرجع نفسه ، ص308-309 .

2- بن صغير محفوظ ، المرجع السابق ، ص 138 .

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص308-309 .

حيث أن المتعة حق ثابت للمطلقة على المتقين والمحسنين دون سواهم من المطلقين ، ولا يخص القاضي بالحكم بإجبار الزوج المطلق على دفعها ، وفي هذا المعنى يقول الدكتور الغندور : " إن الاختلاف في وجوب المتعة وعدمه جاء مرجحا للقائلين بوجوبها وهي جبر للباحش الذي يصيب المطلقة عند الطلاق ، ولذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق فيها هذا السبب ولا تكون واجبة لمن كانت هي السبب في الطلاق ، ثم يضيف قائلا أن محكمة استئناف الجزائر قد قضت بتاريخ 10-02-1924 بما يتفق وهذا الرأي حيث قررت إن الطلاق لغير سبب مشروع يوجب على المطلق التعويض وان الضرر الذي افترض الفقهاء جبره بالمتعة هو معنوي محض لان المقصود به تطيب نفس المطلقة¹ .

وعلى كل حال فانه على الرغم من اعتقادنا بان العلاقة بين التعويض والمتعة لا تظهر إلا من خلال اشتراكهما في مدلول واحد يعني اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقدا أو عينا إلى مطلقته تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي إلا أننا مع ذلك نعتقد أيضا أن مجال استعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيرا مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية² .

وذلك نظرا إلى أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه . والقول أن وجوب المتعة للمطلقة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا عما أصابها من ضرر معنوي ناتج عن الطلاق مباشرة ، وهو ما قد يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن الغرض من المتعة هو جبر ما أصاب المطلقة من وحشة وألم من واقعة الطلاق وفرقة الزوج وذلك كلما كان سبب الطلاق سببا غير مشروع ، ولهذا يمكن القول بان كلمة التعويض في طريقها اليوم لان تظر كلمة المتعة من ساحة الاستعمال ثم تحل محلها في لفظها وفي معناها ، وفي

1- عبد العزيز سعد ، المرجع نفسه ، ص309-310

2- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق، ص310 .

الغرض من استعمالها أيضا ، ومع ذلك فإن كلمة متعة أو المتعة تبقى هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير له ¹.

المبحث الثاني: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وقانونا وعرفا ، وذلك جبرا للضرر ورعاية للحقوق وردع للمعتدين ، فالزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تصاب بضرر من جراء هذا الطلاق، والضرر المادي غالبا ما تفقد الزوجة معيها خاصة إذا كانت ربة بيت ، أو تركت وظيفتها لغرض إدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها ، وأما جانب الضرر المعنوي فيتمثل في تدهور الحالة النفسية للمطلقة من جراء نظرة المجتمع لها فالتعويض هنا يستهدف إصلاح الضرر النازل بالمتضرر وإعادة التوازن الذي اختل بفعله ، فالأصل أن يكون التعويض بشكل مبلغ من النقود يعادل قيمة الضرر ، وهذا النوع من التعويض هو الأكثر شيوعا في التعامل القضائي ، والأدق تكييفا مع تنوع الضرر ، كما أن المشرع الجزائري أعطى السلطة للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي محدد له في ذلك المعايير التي يجب اتخاذها لضبط التعسف في استعمال حق الطلاق والأساس الذي يعتمده في الحكم بالتعويض دون أن يبين في ذلك مقدار وكيفية التعويض تاركا هذه المسألة لقاضي شؤون الأسرة أما بخصوص إجراءات رفع دعوى التعويض التي تتخذها الزوجة فقد نظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث حيث قسمناه إلى مطلبين وفق ما يلي :

المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي .

المطلب الثاني : إجراءات رفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .

المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

عند إصرار الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته واو تبين للقاضي انه تعسف في ذلك ، إذ لا يكون أمام القاضي سوى جبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية بطريقة تعسفية ، وقد أعطى المشرع السلطة للقاضي في تقدير التعويض للزوجة المتضررة ، ويعتبر

1- المرجع نفسه ، ص310

التعويض الأثر الثابت في حال وقوع الضرر من جراء الطلاق التعسفي معتمدا القاضي في ذلك على أسس وكيفية التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة وهذا ما سنبينه في هذا المطلب حيث سنتناول أسس التعويض عن الطلاق التعسفي في الفرع الأول ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في الفرع الثاني أما الفرع الثالث خصصناه لطرق وكيفية التعويض عن الطلاق التعسفي .

الفرع الأول : الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي :

حق الزوج في إحداث اثر الطلاق حق أصيل وله أن يستعمله دون النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه .

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على التعويض في الطلاق في نص المادة 52 وجاء فيها : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "1.

فلا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق ، وقد قضت المحكمة العليا في 27-01-1986 انه : " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل إلى تعويض احدهما ومنح المتعة للزوجة ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة "2.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا ، يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت كاملة من طرفه ، فإذا كان جانبا من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض ، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت ، إذا كان الطلاق غير مبرر ، ولا داعي لإثبات الزوجة لضررها من هذا الطلاق .

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم ، فإذا ما تبين أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملها الزوج ، وجانب آخر تتحمله الزوجة ، وهذا ما أخذت به محكمة البيض في

1- المادة 52 قانون الأسرة الجزائري ..

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 27-01-1986 ، ملف رقم 39731. المجلة القضائية ، 1993 ، عدد 1 ،

حكما الصادر في 05-05-2001 ، إذا قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منها وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة ، ففي هذه الحالة انعدم التعسف ، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض¹.

كما قضت المحكمة العليا في قرار لها الصادر في 15-11-2006 ، والذي جاء فيه : " يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها ، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها"².

حيث يتضح من هذا القرار أن قضاة المجلس حملوا المسؤولية على الزوج وإلزامه بالتعويض نظرا لتفويت فرصة الزواج عليها ، وقد قضت المحكمة العليا في هذا القرار بقبول الطعن شكلا وموضوعا .

وهناك قرار آخر أيضا يوضح الأساس القانوني الذي اعتمده قضاة المحكمة العليا وهذا في القرار الصادر في 17-11-1998 وجاء فيه : " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحمل من الطاعن أي تعسف أو نشوز ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"³.

وعليه فإن عدم إثبات تعسف الزوج أو نشوزه يعفيه من تعويض المطلقة ، فانعدام هذا الأساس يكون الزوج غير مسؤول عن الطلاق ولا يتحمل التعويض .

وبالتالي فعلى القاضي عند حكمه بالتعويض للمطلقة أن يعتمد على أساسين هما :

1- إثبات للقاضي تعسف الزوج في طلاقه :

إن ثبت أن الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر ، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار بها ، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية كان يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى ، أو يطلقها لأنها رفضت أن تفرغ

1- محكمة البيض ، قسم الأحوال الشخصية ، 05-05-2001 ، قضية رقم 01-99 .

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 15-11-2006 .

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 17-11-1998 .

الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما فسره بخروج صاحب الحق من الغاية التي لأجلها وضع الحق¹.

وعليه فمسئولية الزوج وحدها التي ترتب حق التعويض للمطلقة بمعنى أن تعسف الزوج في استعمال الحق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق التعويض للزوجة المطلقة .

2- إلحاق الضرر بالزوجة جراء الطلاق :

وهو أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها وان كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق ، فان الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته ، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها ، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما تجنبه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال .

العصمة بيد الزوج وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق ودور القاضي هنا هو مجرد شاهد لإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق ، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم².

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها ، فان المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر نفترضه دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماما ، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق³.

وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15-06-1999 قضت بموجبه انه " من المقرر قانونا انه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، ومن ثم فان النعي على هذا القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله متى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق ، وذلك

1- مسعودة نعيمة لياس ، المرجع السابق ، ص284

2- مسعودة نعيمة لياس ، المرجع السابق ، ص258 .

3- مسعودة نعيمة لياس ، المرجع نفسه ، ص286 .

تجنبنا للحرص أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فان قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون¹.

ولهذا فانه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من ادعى ، وان من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفعاته يخسر دعواه ، إلا انه في مسائل الطلاق خروجاً عن القواعد العامة ، فان القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يتم هذا الأخير البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق ، سواء لعدم قدرته على إثباتها أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على أن قرار القاضي بالطلاق في التسبب لأنه مجرد شاهد لإرادة الزوج².

وقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في 23-05-2000 أين قضت بموجب أن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب ، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج فان البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية ، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض وإقرارهم بالقصور في التسبب³.

وعليه فان قام الزوج برفع دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤولياتها يتوجب عليه إثبات ذلك .

بناء على ما سبق ذكره يتضح لنا أن الأساس القانوني لاستحقاق التعويض للمطلقة هو تعسف الزوج في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية ، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في

1- قرار رقم 223019، مؤرخ في 15-06-1999 ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية ، عدد خاص ، الجزائر ، 2001 .

2- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص 286 .

3- قرار رقم 243417 ، مؤرخ في 23-05-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية ، عدد خاص ، الجزائر ، 2011 .

قرارها الصادر في 22-02-2000 بقولها : " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"¹.

الفرع الثاني : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي .

لا يخفى على احد أن التعويض هو نتيجة حتمية لقيام مسؤولية الشخص حيث أن للمضرور عند قيام هذه المسؤولية سعى إلى الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به². فالقاضي عند تقديره للتعويض في الطلاق لابد أن يراعي في ذلك عناصر واعتبارات يتوجب عليه أخذها بعين الاعتبار لذلك ارتأيت إلى تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع بحيث سأتطرق في الفرع الأول إلى عناصر تقدير التعويض في الطلاق التعسفي أما الفرع الثاني سأتناول فيه تحديد مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي وفي الفرع الثالث كيفية تقدير التعويض .

أولا - عناصر تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

وتتمثل في عنصرين وفق ما يلي :

1- مراعاة ظروف الملاسة .

يقصد بظروف الملاسة هي الظروف الشخصية الخاصة بالمضرور بالتعويض يقاس على الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فتقدر على أساس ذاتي لا موضوعي، على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المضرور العائلية ، وحالة الزوج المالية وبغض النظر عن غنى وفقر الزوجة .

2 - مراعاة سوء نية الزوج :

إن مسالة حسن النية هي مسالة موضوعية والتي تستأثر بتقديرها بالحرية المطلقة ، فالقاضي يستخلص عنصر النية من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه ومن الوقائع المعروضة في دعوى الطلاق ، ولذا تتجلى سوء نية الزوج من خلال استناده في طلب فك الرابطة الزوجية بمبررات وأسباب غير مشروعة ومؤسسة ، فهنا يظهر مدى قصد الزوج بالأضرار³.

1- قرار رقم 235456 ، مؤرخ في 22-02-2000 ، غرفة الأحوال الشخصية ، مجلة قضائية ، عدد1، الجزائر ، 2000 .

2- د، سلامي عبد الله دريعي ، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض، مجلة الحقوق ، العدد 4 ، ص72

3- كباب سميرة و مومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص الاحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2014-2015، ص45 .

ثانيا - أخذ القاضي باعتبارات التعويض عن الطلاق التعسفي :

تمثل هذه الاعتبارات أساس في الاعتبارات المتعلقة بمدخول الزوج وظروف معيشتة واعتبارات المتعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعده سنوات العشرة.

1- الاعتبارات المتعلقة بمدخول الزوج وظروف معيشتة :

إن التعويض يقدر بحال الزوج يسرا وعسرا أي على اليسار والسعة في المال وما يناسبه وعلى الفقير ما يتلاءم مع حقه فالشريعة الإسلامية تراعي الواقع وتعيش معه لتبني المجتمع الفاضل وتربي أولاده على الوفاء وحسن المعاشرة وظروف المعيشة يقصد بها الظروف الموضوعية وليست الشخصية .

وبالتالي فالقاضي إذا تبين له من وقائع الدعوى أن الزوج يتقاضى دخل ضئيل أو كبير بحسب الحال فيأخذ بعين الاعتبار في بناء حكمه بتعويض يتناسب مع دخل الزوج¹.

2- الاعتبارات المتعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعده سنوات العشرة الزوجية :

يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ظروف الطلاق ومدة الزوجية فيبدأ القاضي بضبط الضرر والوقوف عند حجمه فالقاضي عليه أن يراعي جسامة الخطأ في الطلاق بحيث يستخلص جسامة وفق مدى تعسف الزوج في استعمال حقه فيرجع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الخطأ الجسيم .

ويراعي كذلك القاضي عدد سنوات العشرة الزوجية فالزوج من خلال إيقاعه لطلاقه فهذا فيه مضرة وضياح لمستقبل الزوجة وتفويت لفرصة لها قد لا تعود .

ثالثا - تحديد مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي :

إن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة في تحديد وتقدير مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي . فلم يبين الحد الأدنى ولا الحد الأقصى للتعويض كما لم يبين كيفية دفعه وإنما ترك ذلك على عاتق القاضي والذي قد يختلف من قاضي لآخر كل حسب وجهة نظره مما ينتج عنه هضم لحقوق الغير .

1- كباب سميرة ومومن بلحاج، المرجع السابق، ص 62 .

فقد جاء في قرار المحكمة العليا : من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فان تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى احدهما أو فقر الآخر دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف وإعطاء شئ غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة¹.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض² ، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف ، كان تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة³. أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد ، فانه ورغم ماله من سلطة تقديرية ، فهو مجبر على تسبيب ذلك . وإلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب⁴.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 12-07-2007 قضت بان : " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم⁵.

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 02-04-1984 ، ملف رقم 32779 ، المجلة القضائية ، 1989 ، عدد 2 ، ص 61 .

2- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 12-07-2007 ، ملف رقم 368660 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2 ، ص 483 .

3- عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1982 ، عبد العزيز عامر ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 198 ، ص 282.

4- المادة 277 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والمادة 358 من نفس القانون.

5- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، 18-06-1991 ، ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية ، 1992 ، عدد 1 ، ص 65 .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا في 18-06-1991 بأنه : " من المستقر عليه قضاء أن تحديد المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد قصورا في التعليل "

كما صدر عن مجلس قضاء بجاية في 07-07-2004 قرار قضى بالمصادقة مبدئيا عن الحكم المستأنف فيه ، وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى 300000 دج فأقام الطاعن طعنا على أساس القصور في التسبب ، إذا اكتفى بالقول أن العشرة الزوجية دامت طويلا تفوق أربعين سنة ، وبالتالي وجبرا للضرر اللاحق بالمستأنفة (المطعون ضدها) حاليا ، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 300000 دج ، وان المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه ، بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن ، الذي لا يتقاضى إلا منحة التقاعد لا تكاد تكفيه ، ولكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الادعاء لان الطاعن لم يقدم إلى قضاة الاستئناف وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المنتقد ، كما انه لم يذكر الطلبات التي قدمها ولم يجيبوه عليها، وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي ، يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم ، إضافة إلى ذلك فان طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة ، دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال ، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين ، مما يستلزم ردهما وتبعا لذلك رفض الطعن .

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في الطلاق ، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره ، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا¹.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق ، جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها ، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، ولذلك فان إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ،

1- عمار بن احمد ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله ، مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر، 2005-2008 ، ص38 .

يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق ، ومن شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة¹.

وما نستخلصه من كل ما سبق أن مسألة التعويض ترجع إلى القاضي في تقدير وتحديد مبلغ التعويض جبرا للضرر اللاحق بالزوجة سواء كان الضرر مادي أو معنوي ويرأي أن المشرع قد وفق في ذلك باعتبار أن الأسباب والدوافع تختلف باختلاف الأشخاص والظروف المحيطة بهما .

الفرع الثالث : طرق التعويض وكيفية تقديره .

أولا - طرق التعويض :

طبقا لنص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري : " يعين القاضي التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدم تأمينا"².

ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي تبعا لظروف وبناءا على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، وان يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعلانات تتصل بالفعل غير المشروع³.

1- التعويض العيني :

هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه ، كما يمكن تصور التعويض في المسؤولية التقصيرية في مجال الطلاق التعسفي إذا كان الزوج قد استولى على أموال الزوجة بسبب رابطة الزوجية مثل سلبها لأموالها ، فان التعويض العيني يكون بإرجاع هذه الأموال إلى الزوجة وقد يكون الضرر متمثل في إشاعة كذبة عنها

1- مسعودي يوسف ، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، المركز الجامعي و بشار ، 2006-2007 ، ص134 .

2- المادة 132 من القانون المدني .

3- الزحيلي محمد ، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكي للطباعة والنشر والتوزيع و سورية ، 1988 ، ص48 .

اتخذت طريق النشر مما سيثوه سمعتها ، فيمكن للقاضي بناء على طلب المضرور أن يلزمه بتكذيب ما قاله ويكون بمثابة تعويض عيني .

والقاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني ولكن يستعين به إذا كان ممكنا وطالب به الدائن كما لا يتقيد المضرور بتقدير أي نوع من أنواع التعويض قبل الآخر فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما وحسب ما يشاء وعلى ما يراه انفع له ، وكذلك يجوز للمسؤول ان يعرض التعويض العيني فيقتضي به عليه غير انه في كثير من الأحوال ولا سيما الضرر ال1ي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي كتعويض بديل¹.

2- التعويض النقدي :

غالبا يكون التعويض بمقابل نقدي وقد يكون بمقابل غير مالي ، وذلك في الأحوال التي يتعذر على القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي كما في حالات السب والقذف و حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم إدانة المدعي عليه في الصحف وهو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي ، أما التعويض النقدي فهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ المالي يمكن تقويمه بالنقد ، والأصل أن يكون التعويض نقديا أي مبلغا معيناً يعطى للمضرور أو على أقساط وإما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة².

ولقد نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري بان القاضي يتولى تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاه المدعي عليه لان قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر بأقصى ما يمكن من الضرر الذي لحق بالمصاب وهو ما نصت عليه المادة 131 قانون المدني الجزائري " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"³.

ثانيا - كيفية التعويض :

1- خطاب حياة ، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2014 .ص55 .

2- المرجع نفسه ، ص56 .

3- المادة 131 من القانون المدني الجزائري .

إن المشرع الجزائري لم يبين كيفية دفع التعويض وترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بان يدفعه بأقساط أو دفعة واحدة ، على عكس ما ذهب إليه المشرع المصري والسوري اللذان اقر مقدار المتعة في قوانين الأحوال الشخصية مستخدمين في ذلك لفظ المتعة عكس المشرع الجزائري الذي اكتفى بذكر لفظ التعويض فقط.

كما انه لم يبين كيفية التعويض إذا كانت بالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني في مراعاة حجم الضرر أم إلى الاعتماد على اعتبارات شخصية لما لهذا النوع من الدعاوى من خصوصية ، وهل يخضع هذا التعويض لحسابات معينة مثلما هو الحال أمام المحاكم المدنية ، أم انه يمكن أن يقدر القاضي التعويض بالنظر على حال كل من الزوج والزوجة ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة¹.

المطلب الثاني : إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي.

إن إجراءات الدعاوى القضائية تختلف من قسم إلى آخر باختلاف عناصرها والقضايا المراد الفصل فيها ، نص عليها المشرع في القوانين الإجرائية المتعلقة في مثل هذا النوع من القضايا وهو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أورد فيه المشرع الإجراءات الخاصة برفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي المراد دراستها ومثل هذه الدعاوى يتوجب رفعه أمام جهة قضائية مختصة نوعيا وإقليميا للفصل في النزاع باعتبار الاختصاص شرطا لممارسة الدعوى القضائية ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول حيث سنتطرق فيه إلى شروط قبول الدعوى وكذا الاختصاص النوعي والإقليمي للفصل في دعوى التعويض عن الطلاق أما الفرع الثاني سأتناول فيه إجراءات سير دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي .

الفرع الأول : الإجراءات الشكلية لرفع دعوى الطلاق.

سنتطرق إلى كيفية رفع دعوى الطلاق ، وكذلك بيان الشروط اللازمة لقبول الدعوى

وفق ما يلي

أولا - شروط قبول الدعوى :

1- غناي زكية ، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، 2011 ، ص 37

عند رفع أي شخص دعوى قضائية يجب أن تتوفر فيه شروط نصت عليها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹. وهي الصفة والمصلحة .

1- الصفة: هي الحق في المطالبة أمام القضاء ، وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي².

أما الصفة في مجال فك الرابطة الزوجية فهي أن يكون احد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الآخر له صفة في إقامة هذه الدعوى وتقديمها للمحكمة بمعنى انه ليتحقق هذا الشرط يجب أن يكون المدعي هو الزوج أو الزوجة أو احد ممثليهما قانونا ، وعليه فان فقد شرط الصفة سيؤدي حتما إلى الحكم بعدم قبول الدعوى . كما يجب لصاحب الصفة نسخة من عقد الزواج وان يقدمها إلى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى³.

فالصفة في دعوى التعويض عن الطلاق هي أولا إثبات أن المتضرر والمطالب بالتعويض هو الزوج والزوجة و بموجب عقود زواج رسمية

2- المصلحة :

هي المنفعة التي يحققها المدعي من وراء اللجوء إلى القضاء ، وتعتبر المصلحة الدافع لرفع الدعوى ، والهدف من اشتراط المصلحة ضمان جدية الالتجاء إلى القضاء ، فلا دعوى من دون مصلحة ، وأضاف المشرع ضمن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عبارة هي غائية في المادة 459 قانون الإجراءات المدنية والإدارية تشير إلى توفر عنصر المصلحة سواء كانت قائمة أو محتملة يقرها القانون⁴.

فإذا أرادت الزوجة مثلا أن ترفع دعوى ضد زوجها أن تطلب التعويض عن الطلاق ، فانه يتوجب عليها أن تهدف من الالتجاء إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة⁵.

1- المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي، الروبية ، الجزائر ، ط2 ، 2009، ص34 .

3- عوقي رحمة ، أحكام التطلق في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، أطروحة ما ستر قسم العلوم القانونية، والإدارية ، كلية الحقوق . جامعة محمد بوضياف ، ، 2015-2016 ، ص58 .

4- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة المحكمة العادلة ، موفم للنشر ، الجزائر، الطلعة الثالثة ، 2012 . ص 66 ، 67 .

5- بلحاج العربي ، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، سلسلة من محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران ، 1989 .

كما أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا وهو شرطا موضوعيا لصحة الإجراءات وهو شرط الأهلية الذي ينص عليه في المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية على انه : " حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي :

- انعدام الأهلية للخصوم .

- انعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي .

وعليه فإذا كان المدعى هو الزوج أو الزوجة أو كان لهما من يمثلهما في مباشرة هذه الدعوى ، يجب أن يكون متمتعا بسن الرشد القانوني هو 19 سنة ، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية وغير محجور عليه ¹. كما أضاف المشرع الجزائري شرطا ثالثا وهو شرطا موضوعيا لصحة الإجراءات وهو شرط الأهلية الذي ينص عليه في المادة.

ولكن قد يكون سن الزوجة أو الزوج دون ذلك لا سيما إذا حصل على إذن بالزواج من القاضي وهو دون 19 سنة ، فهل تكون الأهلية لمباشرة الدعوى القضائية المترتبة على عقد الزواج لا سيما منها التعويض عن فك الرابطة الزوجية ؟

لم يكن المشرع الجزائري سابقا بأخذ ذلك بعين الاعتبار وكنا نقف في فراغ قانوني بين قانون الأسرة الذي سكت عن هذه النقطة القانونية وبين قانون الإجراءات المدنية الذي يجعلها شرطا جوهريا لقبول الدعوى القضائية²

ولقد حاول المشرع تدارك ذلك بعد صدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، حيث جاء في المادة 7 من هذا القانون التي تنص على انه : " تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج ، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ، الشخص المأذون له بالزواج رجلا كان أو امرأة ، وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة لم يرشد في الزواج فيما عند اكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وفيما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم

1- المواد 40- 42- 44 من القانون المدني الجزائري .

2- محمد تقية ، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية ، مجلة الفكر القانوني و العدد 11 ، نوفمبر ، 1986 .

الصغير المميز ، كونه لم يبلغ سن الرشد المحدد قانونا ب 19 سنة كاملة ، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة 7 من قانون الأسرة بين سن الزواج وسن الرشد¹. وفي شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية ، فإن له إجراءات خاصة به ذلك أن الطلاق وإن كان يعتبر تصرفا إراديا تترتب عليه الآثار الشرعية فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات تطبيقا للقواعد العامة.

ثانيا : الاختصاص القضائي ،

تنظر المحكمة في جميع القضايا المدنية والتجارية والبحرية وقضايا الأسرة وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع . وهو الاختصاص النوعي وكذا الاختصاص الإقليمي وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي :

1- الاختصاص النوعي :

حيث نظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وذلك بالرجوع إلى المادة 423 والتي نصت على انه : " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة"².

يتضح من خلال هذا النص على ما هو عليه حيث بينت صلاحيات محكمة شؤون الأسرة وقد تناولها على سبيل الحصر، سواء عددا أو صفا ، والملاحظ أيضا على النص انه تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب ، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص³.

وقد وضح أيضا نص المادة 423 السابق ذكرها على أن دعاوى التعويض عن الطلاق يختص بها قاضي شؤون الأسرة لان مثل هذه الدعاوى تعتبر من توابع انحلال الرابطة الزوجية

1- تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني ، مجلة علوم تكنولوجيا و تنمية ، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي ، 2007 ، عدد 1 ، ص 45 ..

2- الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 21 لسنة ، 2008.

3- سائح سنقوفة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، 2011 ، ج1 ، ص 579.

، وهذا يعني عدم اختصاص القاضي المدني في مثل هذه الدعاوى التي ترمي إلى تعويض الزوج المتضرر.

وقد تكون المطالبة بالتعويض عن ضرر الطلاق في نفس العريضة للطالب وقد تكون في دعوى مستقلة لاحقة أو في مرحلة الاستئناف لان التعويض عن الطلاق يعتبر من الجوانب المادية ، أما حكم القاضي بالطلاق أو التطلق أو الخلع فهو يعتبر حكم نهائي وهذا ما وضحته أحكام المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على انه : " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطلق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف ¹ .

حيث يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام وهذا ما أكدته أحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجاء فيها : " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ² ، فالنص هنا حدد طبيعة الاختصاص النوعي ، فقرر أن ذلك من النظام العام ، وبالتبعية أعطى الجهات القضائية دون استثناء صلاحية التصدي له ، في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، وذلك بالقضاء به دون ما حاجة إلى إثارته من الأطراف ، حتى وان كان ذلك من مصلحتهم ³ . أما ما جاء في الفقرة السادسة من المادة 32 من نفس القانون انه : " في حال جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها ، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا " .

فقد أوضحت هذه المادة طريقة الإحالة كإجراء في حال جدولة قضية ما خطأ أمام أي قسم في نفس المحكمة غير مختصة نوعيا ، فقررت أن ذلك الملف يتعين إحالته أمام القسم المختص ، بموجب أمر شفاهي يصدره القاضي الناظر في الدعوى إلى أمين الضبط الذي يتولى تنفيذ الإجراء ، على أن يتم إخبار رئيس المحكمة قبل اتخاذ أي إجراء ⁴ .

1- الأمر رقم 02-05 ، المؤرخ في 27-02-2005 ، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية ، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 15 ، لسنة 2005 .

2- الامر رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 21 ، لسنة 2008

3- سائح سنقوفة ، المرجع السابق ، ص 97 .

4- سائح سنقوفة ، المرجع السابق ، ص 90 .

وعليه لما تضمنته المادة 32 في فقرتها السادسة حول الإحالة تكون أمام فرضين :

- إقرار الإحالة نتيجة لخطأ مادي من أمين الضبط وقت جدولة الملف .
- الإذن باللجوء إلى الإحالة لتجنب القضاء بعدم الاختصاص ولو بسبب سوء توجي من المدعي تفاديا للتعطيل ومسايرة لما هو عليه الحال أمام القضاء المصري ، والفرضية الأولى هي المرجحة لدى بربارة عبد الرحمان لان الإحالة هنا جاءت بمفهوم إرسال الملف المجدول خطأ إلى القسم المعني¹ .
- لقبول دعوى التعويض عن الطلاق يجب أن ترفع أمام قسم شؤون الأسرة .

ثانيا - الاختصاص الإقليمي :

أما الاختصاص المحلي أو الإقليمي فالأصل أن الدعاوى القضائية ترفع وفقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، وان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له ، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، لان الأصل هو براءة الذمة ومن ثم على من يطالب خصمه بشئ أن يسعى إليه² .

وبالرجوع إلى نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي فقرتها الثالثة نجدها تنص على انه : " تكون المحكمة المختصة إقليميا ... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود السكن الزوجي ، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما ..."³ . حيث وضحت أحكام المادة الاختصاص المحلي لمحكمة قسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة النزاع ، أما موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي أو بناء على اختيار الطرفين ، أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص ، أما فيما يخص دعوى الطلاق فتكون المحكمة المختصة هنا مكان وجود سكن الزوجية⁴ .

1- عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي ، الروبية ، الجزائر ، ط2 ، 2009 ، ص77 .

2- بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص84 .

3- الأمر رقم 09-08 ، المؤرخ في 25-02-2008 ، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 21 ، لسنة 2008 .

4- نبيل سقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ط2 ، 2008 .

بالرغم ما يظهر من سهولة هذا الإجراء إلا انه قد تثار عدة إشكالات مما يجعل من الأمر أكثر تعقيدا وهذا حين يكون الزوجان غير مستقرين في مكان معين ، أي أنهم كثيرون الانتقال من مكان لآخر هنا يثار الإشكال في أي من الأماكن يؤول الاختصاص في هذه الحالة ؟ إن الرأي الغالب والأقرب إلى الصواب في هذه الحالة هو المسكن الأخير الذي سكنه الزوجين قبل رفع الدعوى ، وهناك صعوبات أخرى لتحديد المحكمة المختصة لما يكون بيت الزوجية متواجدا بالخارج ، في هذه الحالة يمكن اللجوء حسب رأي عبد السلام ذي بالى مكان تواجد بيت الزوجية قبل مغادرة ارض الوطن ، أو مكان تسجيل عقد الزواج إذا وقع في الجزائر .¹

وقد وضحت أحكام نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية انه يجوز للمتقاضين اختيار الجهة القضائية التي يرغبوا في عرض نزاعهما فيها ، وقد جاء نص المادة كالتالي : " يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا ، يوقع الخصوم على تصريح بطلب القاضي ، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك ، يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له " .²

فالفقرة الأولى توضح على جواز حضور الخصوم أمام أي قاضي لطرح نزاعهما أمامه ، حتى وان كان غير مختص إقليميا ، ويقصد بالحضور هنا هو رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية التي يرونها مناسبة لهم ، أما الفقرة الثانية فقد بينت الإجراء الذي يجب اتبعته حتى تقبل دعواهم ، ويتمثل ذلك الإجراء في تحديد تصريح من طرف أطراف الدعوى ، ويتضمن الاتفاق على التقاضي أمام تلك الجهة ، وإذا تعذر التوقيع من احد أطراف الدعوى أو كلهم وجب الإشارة إلى ذلك ضمن ذلك التصريح ، أما الفقرة الثالثة فقد بينت انه في حال تم استئناف القضية فان المجلس القضائي التابع لتلك المحكمة هو المختص في هذه الدعوى " .³

1- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة المحكمة العادلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، الطلعة الثالثة ، 2012 .

2- الأمر رقم 09-08 ، المؤرخ في 25-02-2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المنشور بالجريدة الرسمية ، للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، لبعدهد 21 ، لسنة 2008 .

3- سائح سنفوقة ، المرجع السابق ، ص 113 ، 114 .

وقد نصت المادة 47 من نفس القانون على انه : " يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي ، قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول "1.

الفرع الثاني : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .

عندما تقام الدعوى من الزوجة ضد الزوج لتعويض الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية ، لا بد من احترام طريقة وأسلوب لطرح النزاع أمام الجهات القضائية ، ويستوجب ذلك حتما إجراءات خاصة بهذا النزاع أمام تلك الجهات القضائية .

أولا - تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق :

تعتبر العريضة اصطلاحاً قانونياً ، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي ، والذي يعرض خلاله العارض ادعاءاته وطلباته ودفعه من أجل طلب الحصول على حكم في الدعوى ، سواء بتقرير حق أو حماية مركز قانوني أو جبر ضرر ما عن طريق التعويض ، ويعتبر ايداع العريضة أول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى ، كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى وطبيعة الطلب ، فنجد مثلاً عريضة استئناف طعن ولكن مع اختلاف العرائض فإن البيانات الأساسية لا تختلف².

ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة ، موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف ، المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذكرت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجوب توفر مجموعة بيانات في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً وهي ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ، اسم ولقب المدعي وموطنه ثم اسم ولقب المدعي عليه وعرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ، أخيراً يمكن الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى وتفيد العريضة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد دفع الرسوم المحددة قانوناً ويسجل أمين الضبط رقم القضية وتاريخ الجلسة³ . ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسمياً للخصم الآخر ويجب احترام 20 يوماً على

1- المادة 47 من نفس القانون السابق ،

2- فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، منشورات أمين ، ص 52 ، 53 .

3- عبد الرحمان بريارة ، المرجع السابق، ص 47 ، 48 .

الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك¹.

ولكن الأمر لا يقتصر على رفع النزاع للقضاء من دفع المدعي فقط ، ولكن لا بد من مناقشة طلباته وحجته من طرف المدعي عليه ، ولذلك يقوم هذا الأخير بتقديم الإجابة الكتابية وهو ما يسمى بالذاكرة الجوابية والمذكرات الجوابية التي تقدم أمام الهيئات القضائية ذات الدرجة الأولى والتي تنتظر في النزاعات القائمة بين الأفراد سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الأسرة أو غيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية ، ووجود عريضة افتتاحية وهو ما استلزم الرد على تلك العريضة كتابيا وان الأسلوب المعتمد أمام المجالس القضائية لا يختلف عن الأسلوب المتبع أمام محاكم الدرجة الأولى ، وذلك لان أي نزاع لابد وان ينقل أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية للنقاضي يتم بواسطة عريضة و التي تتضمن أوجه التبرير لعدم قناعة الخصم بالحكم الابتدائي وكذا أوجه الطعن فيه و وكذا لزاما حينئذ أن يتولى هذا المجلس المعوض عليه النزاع تمكين الطرف الآخر من الاضطلاع على تلك العريضة حتى يتمكن من ايداء دفوعه².

ثانيا - إجراءات الصلح والتحكيم :

من الإجراءات الأولية في مسائل النزاعات التي تنشأ بين الزوجين هي الصلح والتحكيم حيث يتوجب على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في إصدار حكم بشأن النزاع.

1- إجراء الصلح :

تنص المادة 49 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

يتعين على القاضي تحرير محضرين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب لضبط والطرفين ، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

1- المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2- عبد الفتاح تقية ، المرجع السابق ، ص144- 145 .

حيث تتم محاولة الصلح تحت مراقبة القاضي وفي جلسات سرية وهي وجوبية حسب نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " محاولات الصلح وجوبية ، وتتم في جلسة سرية " ، فالنص وجوبي للكافة قاضيا كان أو متقاضي ، وهو يتضمن جزئيين :

فأما الأولى تتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية ولما الأمر كذلك فعلى القاضي أن يأمر بها ويسعى إلى إتيانها في جميع الأحوال ، بغض النظر عن ما يتحقق من نتائج ايجابية كانت أم سلبية .

أما الثانية تتعلق بكون هذا الإجراء يتعين أن يتم في قاعة المشورة وبصفة سرية¹ . فإذا توصل القاضي إلى الصلح يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي والزوجين ويودع بأمانة الضبط ، وهذا المحضر يعتبر سند تنفيذي² .

2- إجراء التحكيم :

جميع دعاوى الطلاق المنصوص عليها في القانون لا تبت فيها المحكمة إلا بعد استفاد محاولات الصلح الذي يقوم بها القاضي ، بينما التحكيم فهو تفويض الأمر للغير وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين ، فهو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما بدلا من القاضي كطرف ثالث باختيار الطرفين المتخاصمين وبتراضيهما للفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

فالحكمين يقومان بالصلح بين الزوجين في حالة امتداد الخصام بينهما ، يعينهما القاضي وهذا ما نصت عليه المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ .

ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة ، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة حسب نص المادة 449 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أما إذا نجح الحكمين في عملية الصلح يثبت ذلك في محضر ويصادق

1- سائح سنقوفة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه والتعليق عليه ، ج1 ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 .

2- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري ، في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، ط3، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص120 .

3- المادة 56 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . " إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين التوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين " .

عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن بناء على نص المادة 448 قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

3 - طبيعة الحكم الصادر عن دعوى الطلاق والطعن فيه :

قبل التطرق إلى طبيعة الأحكام الصادرة في الدعاوى يجب أن نتعرف على أنواع هذه الأحكام باختصار :

1- الأحكام التقريرية أو الكاشفة :

وهي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، فالحكم الكاشف أو المقرر هو الذي يصدر مقررا ومؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل ودون أن يتضمن إلزام احد الخصمين بأداء معين، لذلك فان الحكم المقرر لا يرمي إلا إلى تأكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تحقق الحماية القانونية الكاملة ، فهو يزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني².

ب- أحكام منشئة :

وهي الأحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إنهاء مركز قانوني قائم ، وبصدور الحكم يتم إنشاء الرابطة الجديدة فتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية³.

ج- أحكام الإلزام :

وهي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالالتزام ، أي على حق يقابله التزام الطرف الأخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال ، ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه⁴.

1- عبد الرحمان ببارة ، المرجع السابق ، ص338 .

2- فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص154 .

3- عبد الفتاح تقيّة ، المرجع السابق، ص176 .

4- فضيل العيش ، المرجع السابق، ص154 ،

4- الطعن في الأحكام الصادرة عن الجهة القضائية :

إن طرق الطعن هي عبارة عن الوسائل القانونية التي أتاح المشرع من خلالها ضمن أجال زمنية محددة ومن النظام العام للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده ، سواء بتقديم الطلب أمام المحكمة التي أصدرت الحكم أو أمام جهة قضائية من درجة اعلي ، والعلة في تقرير الطعن في الأحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه ، فقد يخطي القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق¹.

وقد عالج قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق الطعن في الأحكام القضائية من المادة 313 إلى 397 وحدد طرق الطعن العادية في المادة 313 وهي المعارضة والاستئناف وطرق طعن غير عادية وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، يمكن القول أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائياً ونهائياً ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائياً فقط وبالتالي يمكن الطعن فيها بجميع طرق الطعن وفقاً لنص المادة 57 من قانون 02-05².

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايته من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين ، يأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة لنطق بالحكم فيها .

تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى فيه الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها . أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو الخلع فلا يمكن الطعن فيه إلا بالنقض و أمام المحكمة العليا والتي لا يعاد طرح الوقائع أمامها وإنما تراقب مدى احترام القاضي للقانون أثناء نظرة الدعوى فقط دون تدخل في الوقائع من جديد .

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايته من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين ، يأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة لنطق بالحكم فيها .

1- فضيل العيش.المرجع السابق، ص159 .

2- المادة 57 من قانون الأسرة ، " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية و تكوين الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف .

تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى فيه الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها . أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو الخلع وإذا كان يمكن استئناف جوانب الطلاق المادية من بينها التعويض فإنه ، في مرحلة الاستئناف خص المشرع قضايا الأحوال الشخصية بعناية خاصة إذ استثنى من ضرورة التمثيل الو جوبي بواسطة محامي في مرحلة الاستئناف¹.

بناء على ما سبق ذكره استخلصت أن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي وعليه فالتعويض هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر . وحتى تستحق المطلقة التعويض عن ما لحق بها من ضرر، لابد من توفر شرطان هما: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ، وان يصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر، وفقدان احد الشرطين المحددين للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي طبقا لأحكام المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري يحول دون الحكم بالتعويض ، إذ بمجرد ثبوت تعسف الزوج في إيقاع الطلاق يلزم القاضي الزوج بدفع التعويض ، كما نجد أن المشرع الجزائري قد فتح المجال لسلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي حيث انه لم يقيد به بإتباع مذهب فقهي معين بل فتح المجال للاجتهادات القضائية إلا أن هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر مطلقة غير

1- المادة 538 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والتي تنص على انه : " تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف ، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك ، لا يكون تمثيل الأطراف بمحامي وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة العمالية بالنسبة للعمال، تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من التمثيل الو جوبي بمحامي " .

أنها تخضع لبعض القيود والضوابط يجب على قاضي شؤون الأسرة مراعاتها أثناء تقديره للتعويض ، وإذا خالفها فإن حكمه يصبح مشوب بالقصور وعرضه للطعن كما أن مسألة التعويض عن ضرر الطلاق تطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية واختلفوا فيها في ما يسمى المتعة إذ أن العلاقة الرابطة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي هو جبر الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالمرأة الذي يصيبها من جراء الطلاق، سواء كان على وجه التعسف أو دونه فكل منهما يجب للمرأة المطلقة على زوجها ، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر. أما فيما يخص إجراءات رفع دعوى التعويض

فبعد استوفاء الدعوى على شروط رفع الدعوى وقبولها شكلا تسجل الدعوى وتعدّد جلسات صلح وبعد التأكد من إصرار الزوج على الطلاق يصدر القاضي الحكم بالطلاق ويقضي بتعويض الضرر للزوجة من جراء تعسف الزوج .

خاتمة

خاتمة:

في خاتمة هذا البحث الذي تناولت فيه موضوع الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ومن خلال تحليل المفاهيم المتعلقة بكل من الطلاق التعسفي والحق في التعويض الذي ورد النص عليه في الشريعة والقانون لجبر الضرر اللاحق بالزوجة المطلقة سواء كان الضرر مادي أو معنوي وما جاء فيه من استعراض للنصوص القانونية والاجتهادات القضائية والآراء الفقهية وتحليلها بشكل مفصل حيث تناولت في الفصل الأول منه الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي انطلاقاً من مفهوم للطلاق بشكل عام إلى مفهوم الطلاق التعسفي بشكل خاص وكذا حكمه وأدلة مشروعيته ، فالطلاق وان كان حقا للزوج مقرر شرعا وقانونا فإنه لا يملك حرية إيقاعه وقت ما شاء وكيف يشاء دون مسوغ شرعي إذ يتوجب عليه إعطاء مبررات شرعية التي دفعته إلى الطلاق وإلا يكون أمام طائلة الطلاق التعسفي الذي يوجب دفع التعويض للزوجة جراء الضرر اللاحق بها ، كما وضحت فيه معايير الطلاق التعسفي وصوره أما الفصل الثاني خصصته بعنوان تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وما جاء فيه من توضيح لمفهوم التعويض وشروطه ، إضافة إلى ما لقاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية في مجال التعويض عن ضرر الطلاق ، وبالرغم من وجود النصوص القانونية التي تعبر عن إرادة المشرع في تعويض الزوجة أو الزوج المتضرر من الطلاق ، إلا أن مرونة قانون الأسرة وطريقة صياغته خصوصا في النصوص التي تقضي بتعويض الزوج أو الزوجة المتضررة التي تمنح حرية واسعة لسلطة القاضي ، كما أن المشرع منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني ينص على ذلك ، حتى يتمكن القاضي تقدير التعويض لمدى تعسف الزوج في استعمال حقه دون أن يغفل في ذلك على ذكر الأسس والاعتبارات التي يعتمدها القاضي في تحديد وتقدير مقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة المطلقة راجعا في ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

وعليه بناء على ما سبق ذكره استخلصت جملة من النتائج من خلال دراسة هذا البحث
ومن بينها ما يلي:

- إن الطلاق حق للزوج مقرر شرعا وقانونا يملك إيقاعه بإرادته المنفردة باعتباره صاحب
العصمة الزوجية.

- مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يذكرها الفقهاء قديما في مصنفاتهم،
حيث تبناها الفقه القانوني ، وهي فكرة مستنبطة أصلها الفقه الإسلامي.

-إن التعسف في استعمال الحق هو المعيار الأصلي والعام المعتمد في تحديد التعسف
وبالتالي حق الزوج في إيقاع الطلاق حق مشروع مقيد بعدم التعسف في استعماله لذا كان
الأصل فيه الحظر وإذا لم يكن هناك سبب يدعو إليه فهو أثم.

-التعسف في استعمال الحق يكون مناقض لقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب
الأصل ، وهذا هو المعيار الأصلي والعام الذي يستند إليه في تحديد التعسف.

-نستنتج من أحكام المادة 52 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري أخذ برأي أن الأصل في
الطلاق الحظر.

-إن الشريعة الإسلامية كانت لها الأولوية في تبني فكرة التعسف في استعمال الحق مقارنة
بالقانون، وكذا الأخذ بقاعدة دفع الضرر والفساد ما أمكن . الأمر الذي جعل من معاييرها تتعدد
من خلال تطبيقاتها فيه سواء المعيار الموضوعي أو الذاتي ، لأنه تشريع شمل في تصوره كلا
من الحقوق الفردية والحقوق الجماعية ، وأرسى قواعد التوازن بينهما التي تؤسس بمجموعها
لنظرية التعسف في استعمال الحق.

- إن المشرع الجزائري لم ينص في قانون الأسرة الجزائري على معايير التعسف في الطلاق
مع أنها ضرورة ملحة للقاضي لمعرفة وتمييز الطلاق التعسفي من غيره من أنواع الطلاق.

-إن حق الزوج في إيقاع الطلاق مقيد بمبدأ عدم جواز التعسف في استعماله ، لان إيقاع
الطلاق من غير مبرر شرعي منهي عليه شرعا هذا من جهة ، ومن جهة ثانية اعتبره المشرع
متعسفا في مثل هذه الحالة.

- اعتبر قانون الأسرة أن كل طلاق من غير سبب هو طلاق تعسفي ، لاحتياج الزوجة إلى إثبات التعسف فيه ، والمطالب بإثبات عدم التعسف هو الزوج.

- يعتبر طلاق المريض مرض الموت صورة من صور التعسف فان تعسف الزوج في طلاقه وطلاقها في مرض موته ، لحرمانها من الميراث ، لذلك عومل بنقيض قصده بتوريثها منه.

- في حالة ثبوت التعسف في الطلاق ، يلزم القاضي الحكم بالتعويض ، وعبئ الإثبات يختلف في قضية الطلاق التعسفي ، حيث أن الزوجة لا تحتاج لإثبات التعسف ، وإنما المطالب بإثبات عدم التعسف في الطلاق هو الزوج ، وهذا الأمر يختلف عما هو موجود في النظرية العامة للتعسف المنصوص عنها في القانون المدني.

-المشرع الجزائري منح حق التعويض عن ضرر الطلاق لكلي الزوجين ، وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة 55 من قانون الأسرة.

-حتى تستحق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي ، لابد من توفر شرطان هما: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق ، وان يصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر لاحق ، وفقدان احد الشرطين المحددين للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري ، يحول دون الحكم بالتعويض.

-إن قانون الأسرة قام بإسناد السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق ، لان الشريعة الإسلامية أقرت بسلطة القاضي التقديرية في تعويض الطلاق ، من اجل إعطاء كل ذي حق حقه لان ضرر الطلاق يختلف من حالة لأخرى ، باختلاف الأشخاص وحالاتهم المادية فالمشرع لم يخالف الشريعة الإسلامية في ذلك.

-الغاية من تشريع السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق هو تحقيق مقصد الشارع والمشرع ، لتحقيق العدل وإعطاء كل ذي حق حقه.

-إن متعة الطلاق لا تعتبر تعويضا عن الطلاق التعسفي فحسب ، وذلك لكون المتعة واجبة لكل مطلقة سواء كانت مخطئة أم لا.

-إن العلاقة الرابطة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي هو جبر الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالمرأة الذي يصيبها من جراء الطلاق ، سواء كان على وجه التعسف أو دونه فكل منهما يجب المرأة المطلقة على زوجها ، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر . من خلال عرضنا للنتائج المتوصل إليها ارتأينا إلى تقديم جملة من التوصيات في هذا الموضوع وهي:

-يتوجب على المشرع الجزائري في قانون الأسرة أن ينص صراحة على المعايير والاعتبارات التي يلزم على القاضي الأخذ بها في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي .
-تكثيف الدراسات حوا موضوع الطلاق التعسفي من قبل الفقهاء والباحثين حتى لاقتصر دراسته على مجرد الربط بين أحكام الشريعة والقانون .

-ضرورة تعديل المادة 52 من قانون الأسرة التي جاءت بشكل عام .
كما أن العدد المخيف الذي ألت إليه قضايا الطلاق في الآونة الأخيرة يتوجب قوانين ردية للحد من الظاهرة كرفع مبلغ التعويض كما أن المبلغ المحكوم به غير كاف مقارنة مع ضروريات المعيشة في الوقت الراهن .

- توعية أفراد المجتمع على ضرورة الحفاظ على الروابط الأسرية خاصة الزوجية عن طريق والى ضرورة التحلي بالحكمة واليقظة لمواجهة المشاكل وحلها دون اللجوء إلى الطلاق .

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

-القران الكريم.

-اولا: المراسيم والنصوص القانونية:

*الأمر رقم 11\84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02\05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

*الأمر رقم 58 \75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 28 سبتمبر 1975 ، الذي يتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

*الأمر رقم 02 \05 المؤرخ في 27 -02-2005 المعدل والمتمم لقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984.

*الأمر رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 -المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 21 لسنة 2008.

*المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17 -09-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية العدد 63.

*القانون 100 المؤرخ في 04 -07-1985 المعدل لقانون 25 المؤرخ في 25-03-1925 المتضمن قانون الأحوال الشخصية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية ، العدد 27 " تابع " لسنة 1985.

ثانيا : الاجتهادات القضائية:

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 32779 بتاريخ 02-04-1984 - مجلة قضائية -عدد2 - 1989.

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 39731 بتاريخ 08-04-1985- مجلة قضائية - العدد1 - 1989.

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 39731 بتاريخ 27-01-1986 - مجلة قضائية -عدد1 - 1993.

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 41560 بتاريخ 07-04-1986 - مجلة قضائية -عدد2 - 1989.

- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 223019 المؤرخ ب 15 - 06 - 1989 - مجلة قضائية - عدد خاص - الجزائر - 2001.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 53017-8 بتاريخ 27-03-1989 - المجلة القضائية - العدد 01 - 1991.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 216865 بتاريخ 16-03-1999 ، اجتهاد قضائي لسنة 2001 - عدد خاص.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 17696 بتاريخ 17-03-1998.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 223019 بتاريخ 15-06-1999 . اجتهاد قضائي - عدد خاص.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 235456 المؤرخ في 22-02-2000 - المجلة القضائية - عدد 1 - الجزائر.
- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 243417 المؤرخ في 23-09-2000 - المجلة القضائية - عدد خاص - الجزائر

ثالثا: المؤلفات

1 - كتب الحديث:

- * أبو داود .سنن أبو داود ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، دون طبعة .دون سنة النشر.
- * أبو الوليد الباجي ، المنتقى شرح الموطأ ، مطبعة السعادة ، مصر ، الطبعة الأولى ، 1332 هـ.
- * ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، دون طبعة ، دون سنة النشر.
- * الترمذي ، الجامع الكبير سنن الترمذي ، المحقق بشار عواد معروف ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، دون طبعة ، 1998.
- * مسلم المسند الصحيح ، المحقق محمد فؤاد عبد البقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، دون طبعة دون سنة النشر.

ب - الكتب العامة والخاصة:

-الكتب العامة:

- 1 -أبي إسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، تحقيق وتطبيق محمد الزحيلي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1996.
- 2-أبي بكر الهيثمي ، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، دار الكتب ، بيروت ، الطبعة 2 ، 1967 ، ذكره محمود علي السر طاوي.
- 3 -ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، المحقق محمد بن قسام ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، دون ذكر الطبعة ، 1995 ، الجزء 33.
- 4-ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1987 ، الجزء 3 ، وكذلك الشركاني نبل الاوطار ، تحقيق عصام الدين الصباطي ، دار الحديث مصر ، مصر ، الطبعة الأولى 1993 ، الجزء 6 ، كذلك ابن القيم راء المعاد في هذي خير العباد ، مؤسسة الرسالة بيروت، طبعة 27 ، 1994 ، الجزء 5.
- 5- ابن رشد أبو الوليد ، المقدمات الممهديات ، تحقيق محمد حجي ، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، طبعة 1 ، 1988.
- 6- ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، طبعة 2 ، 1992 ، جزء 3.
- 7 -ابن قدامة المعني ، مكتبة القاهرة ، القاهرة ، دون ذكر الطبعة ، 1986 ، الجزء 7
- 8 -أبو لحسن بن مكرم الصعيدي ، العدوى حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الرياني . المحقق يوسف الشيخ محمد البقاعي ، دار الفكر ، بيروت ، دون ذكر الطبعة ، 1994 . الجزء 2.
- 9 - ابن نجيم ، البحر الرائق ، شرح كنز الدقائق ، ضبطه واخرج احاديث زكرياء عميرات ، دار المعرفة ، بيروت ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة انشر ، الجزء 3.
- 10 - ابن همام شرح فتح القدير ، المحقق عبد الرزاق غالب المهدي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة 1 ، 2003 ، الجزء 3.

- 11 - احمد عبد العزيز الحداد ، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند الطلاق ، الدورة الثانية والعشرون للجمع الفقهي الإسلامي ، مكة المكرمة ، دون ذكر سنة النشر .
- 12 - احمد محمد شاكر ، نظام الطلاق في الإسلام ، منشورات دار الرسالة ، مصر ، دون ذكر سنة النشر .
- 13 - احمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ، بحث مقارن، دار المعارف ، مصر ، طبعة 1 ، 1967.
- 14 - احمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة ، الأحوال الشخصية " فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، عمان ، طبعة 1 ، 2009
- 15 - إدريس البهوني ، كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت ، دون ذكر طبعة ، 1982 ، جزء 5.
- 16 - الحافظ ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الأول ، دار الحديث ، القاهرة ، المجلد الأول ، 1423 هـ ، 2003.
- 17 - الخطيب الشربيني ، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة 1 ، 1994 ، جزء 3.
- 18 - الخطيب الشر بيني ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع و المحقق علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة 2 ، 2004 ، الجزء 2.
- 19 - الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار الرقم ، دمشق ، طبعة 1 ، 1996
- 20 - الزركشي ، شرح الزركشي على متن الخرقى ، المحقق عبد الله بن دهيش ، مكتبة الاسدي ، مكة المكرمة ، الطبعة 3 ، 2009 ، الجزء 2.
- 21 - السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة النشر ، الجزء 6.
- 22 - الفقه المالكي ، وأدلته لحبيب بن طاهر ، جزء 4 ، طبعة 2 ، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، لبنان ، 2005
- 23 - القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، تفسير القرطبي ، تحقيق احمد البردوني ، دار الكتب المصرية القاهرة ، مصر ، طبعة 2 ، 1964 ، الجزء 18.

- 24- الشافعي أبو عبد الله محمد ، الرسالة وباب الاستحسان تحقيق احمد شاکر ، مكتبة مصطفى البابی ، الحلبي ، مصر ، طبعة 1 ، 1358 - 1940.
- 25 - بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة النشر ، الجزء 1.
- 26 - بن الحزم الأندلسي القرطبي ، وسائل ابن حزم الأندلسي ، تحقيق إحسان عباس ، الجزء الثاني ، المؤسسة العربية ، بيروت ، طبعة 2 ، 1987.
- 27- تحفة العروس لمحمد بيومي ، طبعة 1 ، دار الرشد ، الكتاب والقران الكريم ، الجزائر ، 2007.
- 28 - سيد سابق ، فقه السنة ، دار الفكر ، بيروت ، طبعة 1 ، دون ذكر سنة النشر ، الجزء 2.
- 29 - دار العلوم ، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2001.
- 30 - طارق بن أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الإيمان للطباعة ، الإسكندرية ، مصر ، دون ذكر الطبعة ، 2004.
- 31 - عبد الرحمان بن محمد شيخي زاده ، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر ، المحقق خليل العهران المنصور ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
- 32 - عبد الرحمان الحصكفي ، الدار المختار ، شرح تنوير الأبصار وجامع البحار ، المحقق ، عبد المنعم خليل ابراهيم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، طبعة 1.
- 33 - عبير رحي شاکر القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، طبعة 1 ، 148 ، 2017.
- 34 - عبد القادر بن حرز الله ، خلاصة في أحكام الزواج والطلاق ، دار الخلدونية ، القبة ، الجزائر ، طبعة 1 ، 2007.
- 35 - عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، طبعة 2 ، 2009.

- 36 - عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة ، دار النقاش للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997.
- 37 - عبد الله غالب احمد عيسى ، فقه الطلاق ، دار الجبل ، بيروت ، طبعة 1 ، 1991
- 38 - عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثامن ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، طبعة 1 ، 1413 هـ - 1993 م.
- 39 - فتحي الذريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، طبعة 4 ، 1988.
- 40 - فراعة علي ، فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام ، دار مصر للطباعة ، 1375 هـ - 1956 م.
- 41 - فاروق عبد الكريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، جامعة السلمانية ، إقليم كردستان ، العراق ، 2004.
- 42 - قاسم بن عبد الله القفوي ، أنيس الفقهاء في تعريف الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، دار الوفاء ، جدة ، طبعة 1.
- 43 - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون ذكر الطبعة ، 1950.
- 44 - محمد احمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1988.
- 45 - محمد سارة ، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع والطباعة ، طبعة 3 ، عمان الأردن ، 2010.
- 46 - محمد السر طاوي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، طبعة 3 ، 2010.
- 47 - محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، طبعة 4 ، 2007.
- 48 - محمد كمال إمام الدين ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، دون ذكر الطبعة ، 2003.

- 49- نصر سليمان سعاد سطحي . أحكام الطلاق بين الشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة مع قانون الأسرة . دار الهدى . عين مليلة . 2003.
- 50- وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، طبعة 4 ، 2009.
- 51- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء الفقهية المذهبية واهم النظريات الفقهية ، وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها ، الجزء 7 ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، طبعة 2 ، دمشق.
- 52- يوسف محمد خليفة ، أبو قرين ، الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، جدة ، طبعة 1.
- الكتب الخاصة:**
- 1- احمد لعور ونبيل صقر ، الدليل القانوني للأسرة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007.
- 2- احمد نصري الجندي ، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق تعريف العدة ، مشروعيتها دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005.
- 3- احمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وأثارهما ، دار الكتب القانونية ، مصر.
- 4- احمد ناصر الجندي ، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004.
- 5- باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر.
- 6- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " مقدمة ، خطبة ، الزواج ، الطلاق ، الميراث ، الوصية ، الجزء 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.
- 7- بلحاج العربي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، طبعة 5 ، 2007 ، الجزء 1.
- 8- بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر ، الجزائر ، 2007.
- 9- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، المعدل ، طبعة 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008.

- 10- جميل فخري محمد جانم ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، طبعة 1 ، 2009.
- 11- خطاب خالد خطاب ، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.
- 12 -رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، دار قنديل ، عمان ، 2010.
- 13-سائح سنقوفة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة ، 2011 ، الجزء 3.
- 14-عبد الرحمان بريارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار بغدادي ، الرويبة . الجزائر ، طبعة 2 ، 2009.
- 15-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، طبعة 3 ، 1998 ، المجلد 2.
- 16-عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، ترجمة المحكمة القائلة ، موفم للنشر ، الجزائر ، طبعة 3 ، 2012.
- 17-عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة 3 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر.
- 18-عبد العزيز سعد ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، طبعة 3 ، دار هومة ، الجزائر ، 2007.
- 19-عزيز كاظم ، ضرر مرتد للتعويض في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة ، د م ن ، 1998.
- 20-فضيل العيش، قانون الأسرة ، مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع آخر تعديلات ، 2005 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2 ، الجزائر ، 2007.
- 21-فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ، منشورات أمين.
- 22-محفوظ بن صغير قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ، المعدل بالأمر 02-05 ، الأسرة والتشريع ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، 2012.

- 23-مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، المؤسسة الوطنية للكتابة ، الجزائر .
- 24-محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، دار اشبيليا ، الرياض ، 1419 هـ ، 1999 .
- 25-محمد الزحيلي ، التعويض المالي عن الطلاق ، دار المكتبة ، دمشق ، سوريا ، 1418 .
- 26-محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2 ، 2002 .
- 27-نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، دون ذكر الطبعة ، 2008 .
- 28- يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة " الزواج والطلاق ، دار هومة ، الجزائر .

ثالثا - القواميس والمعاجم:

- 1-أبي الفضل ، جمال الدين محمد بن مكرم ، ابن منظور ، الإفرقي المصري ، لسان العرب ، دار المعارف بيروت ، مجلد 4 ، الجزء 22 .
- 2-الراغب الأصفهاني ، مفردات ألفاظ القرآن ، دار الأرقم ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 1996
- 3-شوقي ضيف ، معجم الوسيط ، الطبعة الرابعة ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر 2003
- 4-صالح العلي الصالح ، أمينة الشيخ سليمان الأحمد ، المعجم الصافي في اللغة العربية ، بدون ذكر الطبعة ، الرياض ، دون ذكر السنة .
- 5-مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، المعجم الوسيط المكتبة الإسلامية ، اسطنبول .
- 6-محمد بن يعقوب الفيروز الابدادي ، مجد الدين ، القاموس المحيط ، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي ، المجلد الأول ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة ، 2003 .

رابعا: الأطروحات والمذكرات الجامعية.

ا -أطروحات الدكتوراه:

- 1-عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 2006 .

2-غناي زكية ، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة ، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2011.

3-مسعودة الياس نعيمة ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص ، جامعة بلقايد ، تلمسان ، 2009.

ب- رسائل الماجستير:

1-ساجدة عفيف عتيقي ، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني ، أطروحة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، 2011.

2-طارق سعيد ، التعسف في فرق الزواج وأثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة وهران ، السانوية ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، 2012-2013.

3-عاطف مصطفى البيراوي التتر ، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة ، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية ، غزة . 2006.

4-فارق محمد ، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة وهران ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، 2013-2014

5-لميت ليلي ، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2015.

6-مسعودي يوسف ، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، المركز الجامعي بشار ، 2006-2007.

ج - مذكرات الماستر:

1-خطاب حياة ، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة محمد خيضر بيسكرة ، 2014.

2-عوقي رحمة ، أحكام التطلق في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ، أطروحة ماستر ، قسم العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، 2015-2016.

3-الطالبان كباب سميرة ، مومن بلحاج ، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق ، جامعة الجيلالي بونعامة ، خميس مليانة ، سنة 2014-2015.

4-مسعودة بودية ، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال شخصية ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، مسيلة ، 2015 - 2016.

د- الرسائل القضائية:

1-عمار بت احمد ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله ، مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، 2005-2008.

خامسا: المقالات والمجلات.

1-أيمن الدباغ ، التعسف في الطلاق وحقيقته ، حالاته ، الجزاء المترتب عليه ، مجلة جامعة الأقصى ، سلسلة العلوم القانونية ، المجلد الثامن عشر ، العدد الأول ، 2014.

2-تشوار الجيلالي ، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني ، مجلة العلوم والتكنولوجيا والتنمية ، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي ، 2007 ، عدد 1.

3-د سلا مي عبد الله دريعي ، بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي ، مجلة الحقوق ، العدد 4.

4-محمد احمد البديرات مدى اعتبار الايدز مرض وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي ، دراية مقارنة ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، العدد الأول ، الأردن ، 2006.

5-محمد تقية ، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية ، مجلة الفكر القانوني ، العدد 11 ، نوفمبر ، 1986.

6-محمد عطاش عليوي ، مقال حكم طلاق المرض مرض الموت ، مجلة الفتح ، العدد 22 ، ب د ن.

7-مجيد علي العبيد ، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون ، مجلة جامعة الانبار للعلوم الإسلامية ، عدد 03 ، بغداد ، 2009.

8- نجلاء بنت حمد بن علي مبارك ، متعة المطلقة ، مجلة العدل ، العدد 02 ، كلية الآداب لجامعة الأميرة بنت عبد الرحمان للبنات ، الرياض ، 2011 .

الفهرس

إهداء

شكر

01.....	مقدمة
08.....	الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي
09.....	المبحث الأول: ماهية الطلاق
09.....	المطلب الأول : مفهوم الطلاق
10.....	الفرع الأول: تعريف الطلاق :
13.....	الفرع الثاني - شروط الطلاق :
18.....	الفرع الثالث : اقسام الطلاق
22.....	المطلب الثاني : حكم الطلاق و مشروعيته
22.....	الفرع الأول : حكم الطلاق
24.....	الفرع الثاني : أدلة مشروعية الطلاق
26.....	الفرع الثالث : الحكمة من مشروعية الطلاق
29.....	المبحث الثاني: ماهية الطلاق التعسفي:
29.....	المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي
30.....	الفرع الأول - تعريف التعسف:
36.....	الفرع الثاني - تعريف الطلاق التعسفي :
37.....	الفرع الثالث - حكم الطلاق التعسفي :
43.....	الفرع الرابع : شروط الطلاق التعسفي
45.....	المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره
45.....	الفرع الأول: معايير الطلاق التعسفي

48.....	الفرع الثاني : صور وحالات الطلاق التعسفي ،
62.....	الفصل الثاني :التعويض عن الطلاق التعسفي :
63.....	المبحث الأول : استحقاق التعويض .
63.....	المطلب الأول : مفهوم التعويض.....
64.....	الفرع الأول : مفهوم الضرر.....
71.....	الفرع الثاني - مفهوم التعويض :
74.....	الفرع الثالث : مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي :
77.....	الفرع الرابع - شروط التعويض عن الطلاق التعسفي :
80.....	المطلب الثاني : المتعة وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي .
81.....	الفرع الأول :تعريف المتعة
83.....	الفرع الثاني -حكم المتعة ومشروعيتها :
88.....	الفرع الثالث :علاقة حق المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي
90.....	الفرع الرابع :العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض
92.....	المبحث الثاني :تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :
92..	المطلب الأول : السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ..
93.....	الفرع الأول - الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي :
96.....	الفرع الثاني : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي
101.....	الفرع الثالث : طرق التعويض وكيفية تقديره
103.....	المطلب الثاني : إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي .
103.....	الفرع الأول : الإجراءات الشكلية لرفع دعوى الطلاق.....
109.....	الفرع الثاني : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .
117.....	خاتمة
122.....	قائمة المراجع

ملخص مذكرة الماجستير

من خلال ما تطرقت إليه في البحث ومن استقرائي للنصوص والمواد المنصوص عليها في قانون الأسرة والآراء الفقهية , فإننا نلاحظ أن الطلاق حق مقررا شرعا وقانونا للزوج يملك سلطة إيقاعه بإرادته المنفردة إلا انه قد يسيئ استعمال حقه في الطلاق المكفول له مما يترتب عنه ضرر يلزم التعويض ويقع في طائلة الطلاق التعسفي وقد نص عليه المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة فإذا تبين أن الزوج قد تعسف في إيقاعه للطلاق بإقدامه عليه دون مبرر أو مسوغ شرعي مما يستوجب التعويض للزوجة دفعا للضرر اللاحق بها كما أن لقاضي شؤون الأسرة السلطة في تقدير التعويض عن مدى التعسف اللاحق بها وذلك بعد التأكد من إصرار الزوج على الطلاق وإلحاق الضرر بالزوجة .

الكلمات المفتاحية:

- 1/ الطلاق التعسفي 2/ استحقاق التعويض 3/ التعويض عن الطلاق التعسفي 4/ الضرر
- 5/ إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي

Abstract of The master thesis

Through what I touched on in the research and from my extrapolation of the texts and articles stipulated in the family law and jurisprudential opinions, we notice that the husband may abuse his right to a legally guaranteed divorce, which will result in harm that is necessary Compensation falls under the risk of an arbitrary divorce, and the legislator stipulated it in Article 52 of the Family Law. If it is evident that the husband has abused his infliction on divorce by making it without legal justification or justification, which necessitates compensation to the wife in order to pay for the harm caused to her, and the judge for family affairs has the authority to estimate compensation for The extent of abuse inflicted upon her, after making sure of the husband's insistence on the divorce and harming the wife.

keywords:

- 1/ Arbitrary divorce 2/ Eligibility for compensation
- 3/ Compensation for an arbitrary divorce 4/ Harm
- 5/ Procedures for filing a lawsuit seeking