جامعة زيان عاشور الجلفـــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التعســـف في الطـــــــلاق
في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالب:
العطري محمد

إشراف الأستاذة:
الأبيـض ليـــلى

لجنة المناقشة:

1- أ. محـــمد صـــــــدارة .....رئيسا.
2- أ. الأبيـــــض ليـــلى ..... مقررا ومشرفا.
3- أ. بن أحمد عبد المنعم ..... عضوا مناقشا.

السنة الجامعة: 2016/2015

جامعة زيان عاشور الجلفـــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التعســـف في الطـــــــلاق
في التشريع الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالب:
العطري محمد

إشراف الأستاذة:
الأبيـض ليـــلى

لجنة المناقشة:

1- أ. محـــمد صـــــــدارة .....رئيسا.
2- أ. الأبيـــــض ليـــلى ..... مقررا ومشرفا.
3- أ. بن أحمد عبد المنعم ..... عضوا مناقشا.

السنة الجامعة: 2016/2015

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى : [ÇÈÌÈ ÞÎæ äÓ« è@aÎ ©$b&

سورة البقرة الآية 231.

إهـــــداء

إلى من أمرنا الله بطاعتهما وأوصى فيهما برا وإحسانا، إلى الذي سخر حياته من أجل سعادتي، إلى عماد البيت وعزه، أبي الحبيب رحمه الله وأسكنه فسيح جناته

إلى التي غمرت حياتي وملأت قلبي حبا وأملا وأنارت كلماتها طريقي ودربي، إلى التي شقت وتعبت لأجلي أمي الغالية والتي لا أستطيع رد جميلها ما حييت، أطال الله في عمرها، إلى إخوتي وأخواتي، إلى كل الأصدقاء، إلى كل من سعى في هذا العمل سواء من بعيد وقريب... إلى كل طالب علم.

محمد لعطـــري

شكر وعرفان

بسم اله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاه وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴾ صدق الله العظيم.

أتقدم بخالص الشكر والامتنان إلى أستاذتي المشرفة **الابيض ليلى** التي أفادتني بنصائحها القيمة وتوجيهاتها فلها كل الاحترام والتقدير.

كما أتقدم بالشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة وكل أساتذة قسم الحقوق بجامعة الجلفة.

إلي كل الذين دَرَّسُوني من الطور الابتدائي حتى الجامعي أدامهم الله في خدمة العلم والمعرفة وأعانهم على مواصلة مشوارهم العلمي والتعليمي.

محمد العطـــري

مقدمة

الزو اج سنة من سنن الله عز و جل في خلقه و ذلك منوه عنه في القرآن الكريم و مؤكد بقوله تعالى ((و من كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون)) و كذلك قوله تعالى : ((سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض و من أنفسهم و مما لا يعلمون)).

فهي كيفية اصطفاها الله للتكاثر و التواجد بعد ان هيأ كلا من الزوجين لأداء دورهما في هذه الحياة، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا مبنيا على الإيجاب و القبول و في ذلك حماية للأسرة ، قال الله تعالى: ((يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير)).

و قد أكد الرسول صلى الله عليه و سلم ما فرض علينا من الله سبحانه و تعالى في قوله صلى الله عليه و سلم: ((يا أيها الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر و أحسن الفرج و من لا يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء))، فالزواج رابطة مقدسة تقوم على المودة و الرحمة و الطمأنينة بين الزوجين لأجل بناء أسرة تكون لها الدور الفعال والمهم لإصلاح المجتمع و القيام به.

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والتسامح واحتر ام الزوجين لبعضهما البعض،و ذلك لاستقرار هاته الحياة الزوجية و بذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية مقدسة و كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر م الشرائع الأخرى.

لكن الزواج لم يترك على إطلاقه فقد يعرف الفشل و قد لا يعطي الأهدا ف المرجوة منه في قيام حياة الزوجية أساسها المودة و الرحمة فقد تعترض الحياة الزوجية أحيانا منعطفات تجعل منه مصدر للشقاء و الشقاق المستمرين بين الزوجين لا مفر منهما إلا بالطلاق الذي اعتبره الرسول صلى الله عليه و سلم ، أبغض الحلال عند الله.

لان الطلاق له أهمية كبيرة و أثار وخيمة على الأسرة من الشتات و الضياع و تجعل ممارسته إلا ضرورة.

وجعل الأصل فيه أن يكون رجعيا و رغم ذلك أصبح حقيقة اجتماعية و ممارسة يومية في مجتمعنا بل أحيانا يكون خارج الحدود الشرعية والقانونية لذلك فان الطلاق يعتبر ذو أهمية بالغة تكمن في إزالة الغموض عن الكثير من أحكامه .

والطلاق شرعا هو رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية فرفع قيد النكاح بالطلاق المكمل بالثلاث و المآل يكون بالطلاق الرجعي . اللفظ الصريح هو ما كان مشتقا من المادة (ط.ل.ق) و الكناية هي اللفظ الذي لم يوضع لخصوص الطلاق فحسب بل وضع لمعنى يتعلق بالطلاق .

فالطلاق شرع لان يكون البديل الأقوم والعادل و المنصف لإنهاء الرابطة الزوجية التي لا تتم إلا بموجب صور وهم:

- الطلاق بالإرادة المتفردة للزوج.
- الطلاق بالتراضي.
- بناء على طلب التطليق أو الخلع .

و نحن هنا بصدد الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أ ي أن الطلاق يقع من الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية، فإذا قام الزوج بإيقاع الطلاق و أصر عليه رغم محاولات الصلح و عدم وجود سبب جدي أو مرضي أو شرعي أو أ ي مبرر يؤدي إلى الطلاق واستمراره في استعمال حقه دون سبب .

فمن خلال قيامه بهذا التصرف يكون قد خرج عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق وجه يقع التعسف أي بمعنى تمسكه بحقه بالطلاق دون سبب أو مبرر أوقعه في التعسف في استعمال حقه وهذا ما ينبثق عنه الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق .

ولقد توصل القضاء إلى إثبات جملة من صور التعسف وذلك من خلال ما يحكم به القاضي بما يراه مناسبا وفقا لسلطة تقديرية.

فصور التعسف لم يتطرق لها المشرع الجزائري بل تظهر من خلال الأحكام القضائية، و نجد أن المشرع الجزائري في المادة 52 ق.أ.ج " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " لم يتطرق للتعسف و لا لصوره و إنما أضاف قيدا جديدا على الطلاق يدفع على التريث و هوا التعويض الذي أعطاه المشرع للقضاء في تقديره وبذلك ترك له حرية التقدير فيه سواء كان التعسف موجودا أو منعدما .

فالتعويض هو نتيجة إلزامية للتعسف الذي بدوره تلحق الضرر أي أن هناك علاقة بين التعويضو الضرر اللاحق بالزوجة، التعويض عن الضرر اللاحق ترك كسلطة تقديرية للحكم به.

وهذه المترابطات بين التعسف و التعويض و الضرر الناتج عن التعسف يجعلنا نقوم بالبحث والتعمق في هذا الموضوع .

ومن خلال هذه الدراسة يمكننا الإجابة على التساؤلات التي من خلالها نحاول الإلمام بكل جوانب الموضوع محل البحث و نحددها فيما يلي: هل كل طلاق يمكن اعتباره تعسفا ؟
ومن هذا التساؤل يمكن أن نجيب على التساؤلات الفرعية التالية:

- ما هي صور الطلاق التعسفي؟
- ما هي المعايير التي تحدد طبيعة الطلاق التعسفي؟
- ما هو مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي؟
- هل للقاضي حرية التقدير في التعويض؟

وتكمن أسباب اختيار نا لموضوع التعسف في استعمال حق الطلاق كون أن:

- الطلاق مشكلة مرتبطة بالأسرة و بذلك مرتبطة بالمجتمع .
- إن عدم معالجة الطلاق بالطرق السلمية يؤثر على الأسرة و يهدد سلامة واستقرار المجتمع.
- مصطلح الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق هو مصطلح جديد غير متداول.

- الطلاق التعسفي مرتبط بالضرر الذي يلحق بالطرف الأخر.
- الشريعة الإسلامية اهتمت بالجانب الإنساني و الاجتماعي في أحكامها و رؤيتها.
- مدى اهتمام المشرع و القضاء في معالجة التعسف في استعمال حق الطلاق وتقدير التعويض للمتضرر.
- مراعاة الأسس التي يقوم عليها التعويض عن الطلاق التعسفي و كذا تقدير القضاة لهذا التعويض.
- نظرة المشرع الجزائري للتعسف في استعمال حق الطلاق مع بعض التشريعات العربية.

أما أهمية موضوعنا محل الدراسة فتكمن أهميته فيما يلي:

- الزواج رابطة مقدسة يجب الحفاظ عليها و فك هذه الرابطة لا بد أن يكون وفق إجراءات معينة و ضوابط سليمة.
- الطلاق حق الزوج و إساءة استعمال هذا الحق يلحق الضرر للآخر.
- الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق موضوع كل الأسر وتختلف وجهات نظر المجتمع فيه.
- التعويض وهو الأثر المترتب للطلاق التعسفي للمتضرر منح الحكم فيه للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.
- نظرة الشريعة و المشرع و القضاء للتعسف في استعمال حق الطلاق و تقدير التعويض.

ومن خلال بحثنا هذا تلقينا عدة صعوباتو لأن أي موضوع محل دراسة لا يخلو من صعوبات وعراقيل التي من شأنها أن تكون أحد أسباب تثبيط الطالب والتقليل من عزيمته في إتمام ومعالجة بحثه، ونلخصها فيما يلي:

- عدم وفرة المراجع الجزائرية المتخصصة في معالجة موضوع التعسف في استعمال حق الطلاق.

- نظرا لضيق الوقت المتاح في انجاز هذا البحث بالمقارنة مع تشعب موضوع البحث محل الدراسة خاصة في بداية انطلاقه وتحديد اشكاليته.

وباعتبار المنهج ضرورة حتمية في أي دراسة حتى يتسنى للباحث أن يخطو في دراسة موضوعه خطا علمية صحيحة، فإن اختيار المنهج المناسب لأي دراسة يعود لطبيعة الدراسة المراد التطرق إليها بالإضافة إلى الإمكانيات المتاحة للباحث والتي تسمح له باتخاذ منهج دو ن سواه.

واستخدام المنهج ضرورة حتمية في البحث العلمي ، لأنه الطريق الذ ي يستعين به الباحث ويتبعه في كل مراحل دراسته ، بغية الوصول إلى نتائج علمية موضوعية، وعموما فالمنهج هو طريق لمجموعة منظمة من العمليات تسعى لبلوغ هدف معين[1]، والمنهج أيضا هو مجموعة من القواعد التي يتم وضعها بقصد الوصول للحقيقة في العلم[2]، ومنه فالمنهج يرجع للأصل اليوناني تحت مصطلح "Odos" ويعني: الطريقة التي تحتوي على مجموعة من القواعد العلمية الموصلة إلى هدف البحث و يعرفه "جاك أرمن" على أنه : مجموعة المراحل المرشدة التي توجه التحقيق والفحص العلمي[3].

كما عرفه "بدوي" بقوله: أن منهج البحث العلمي يعني الطريق المؤدي إلى الكشف عن الحقيقة في العلوم بواسطة طائفة من القواعد العامة، تهيمن على سير العقل وتحدد عملياته حتى يصل إلى نتيجة معلومة[4] .

[1] موريس انجرس، منهجية البحث العلمي في العلوم الاجتماعية، (ترجمة: بوزيد صحراوي، و آخرون)، دار القصبة، الجزائر، 2010، ص.98.

[2] حسان هشام ، منهجية البحث العلمي، دار النقطة، ط2 ، الجزائر، 2007 ، ص.44.

[3] رشيد زرواتي، تدريبات على منهجية البحث العلمي في العلوم الاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2002 ، ص.118.

[4] فيروز زرارقة و آخرون، سلسلة البحوث الاجتماعية في منهجية البحث الاجتماعي، مكتبة اقرأ، ط1، 2007، ص.58.

وتماشيا مع البحث الذي نحن بصدد دراسته، فاعتمدنا على المنهج التحليلي والمقارن الذي كانا مناسبين في در استنا هاته، كونهما يهتمان بدقة ذكر الخصائص والمميزات، **فالمنهج التحليلي** يفيدنا هذا في:

- التفسير وهو عرض الأعمال على سبيل التأويل والتعليل وهو عمل علمي جليل (أي تفكيك).
- النقد هو عملية تقويم وتصحيح وترشيد وهو كذلك محاكمة إلى قواعد متفق عليها إلى نسق كلي.
- الاستنباط والمقصود به الاستنساخ الاجتهادي والتجديد العلمي أو التأمل في أمور جزئية ثابتة لاستنتاج أحكام منه (أي التركيب).
- تحديد المشكلات الموجودة و والمراد دراستها ثم توضيحها.

و هذا ما تم الوقوف عليه من نصوص فقهية وقانونية وأدلة وأحكام واجتهادات قضائية.

أما **المنهج المقارن** فيفيدنا في:

- اكتشاف المتغيرات الجديدة في الظواهر التي لا تظهر إلا من خلال المقارنة.
- اكتشاف قوانين جديدة.
- توضيح خصائص الأشياء و تمايزها بمقابلتها مع بعضها البعض.

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي

تمهيد:

إن أساس الحياة الزوجية يقوم على الود و التآلف و الثقة الزوجية المتبادلة، و لكن إذا اشتدت المشاكل و الخلافات و أصبح العيش تحت السقف الواحد مستحيلا بسبب هذه الشقاق أصبح للتفرقة و ترك الزوجين لبعضهما و انفصالهما أمرا حكيما وهذا يلحقهما إلى الطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله .

ولقد أعطت الشريعة للزوج الحق في الطلاق اذا دعت إليه الضرورة، وبعد استكمال كل الطرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة، إلا أن الزوج قد يسيء ممارسة حق العصمة (حق الطلاق) فيكون متعسفا في طلاقه. فما هو مفهوم الطلاق و كيف يتم التعسف في استعمال حق الطلاق ؟

و للإجابة على السؤال ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين.
حيث تناولت في المبحث الأول مفهوم الطلاق، بينما في المبحث الثاني فتناولت التعسف في استعمال حق الطلاق.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

يعتبر الطلاق نهاية غير سعيدة لحياة زوجية كانت قائمة على عقد صحيح شرعا وقانونا و الأصل في الطلاق يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية، و لقد تعددت تعريفات الطلاق عند الفقهاء إلا أن المعنى واحد وفي هذا المبحث نتطرق إلى تعريف الطلاق و كذا حكمه.

المطلب الأول: تعريف الطلاق

إن لكلمة الطلاق عدة معان و ذلك حسب المقصود منها و قد تناولت الآراء الفقهية الطلاق لغة على تعاريف كثيرة من طرف فقهاء الشريعة و القانون .

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة

الطلاق لغة يحمل عدة معاني منها: الترك، الفراق، التخلية، فنقول: رفع القيد و حل الرباط. وكذلك مأخوذ من الإطلاق و معناه الإرسال والترك كأن يقال أطلقت الأسير أي حللت قيده وتركته حرا.[1]

و طلق البلاد أي تركها و الطالق من الإبل التي لا قيد عليها، وعليه فكل هذا يصب في مجرى واحد و هو التخلص من أي نوع من الروابط و القيود التي تحد من الحرية و قد كثر استعمال لفظ الطلاق في طلاق الرجل لأمرته لها في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها بيت الزوجية و من ترك لها و تخل عنها[2].

[1] باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، ط1، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص11.

[2] نصر الدين سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص 06.

لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة فيقال : طلق الرجل زوجته فهي طالق، و طلقت المرأة من زوجها طلاقا أي تحللت من قيد الزواج و خرجت من عصمته[1].

الفرع الثاني: تعريف الطلاق اصطلاحًا

أولاً: تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

قدم الفقهاء تعاريف كثيرة ومختلفة للطلاق تتفق على المعنى المقصود منها شرعا.

- عرفه الحنفية ((رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص)) من هذا يتضح أن هناك قسم يرفع النكاح في الحال و قسم يرفعه في المآل.
- وقد اختار هذا التعريف الإمام أبو الزهراء الطلاق في اصطلاح الفقهاء.

رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق نفسها و في معناها[2] فإضافة الألفاظ التي تقع بها الطلاق، هي ما أشتق من كلمة الطلاق نفسها أو فيما معناها.

- وعرفه ابن عرفة ابن مالكي بأنه " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم "[3] فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع حلية المتعة الزوجية كما هو الحال في الطلاق الرجعي
- عرفته الشافعية " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق دعوى"[4]

من التعريف يتضح أن الطلاق هو "رفع قيد النكاح الثابت بالزواج في الحال و المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك الزوج من الكتابة أو الإثارة".

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، جزء 10، ص260.

[2] محمد أبو الزهراء الأحوال الشخصية دار الفكر العربي، القاهرة، 1948، ص279.

[3] عبد القادر داودي الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة دار البصائر، ط1 2007 ص 238.

[4] طاهر الحسين، الأوسط في الشرح قانون الأسرة في الجزائر يدعم باحثيها إلى المحكمة العليا،و المذاهب فقهية مع التعديلات مدخلة عليها الأمر 02/05 دار الرويبة الجزائر 2008 ص 208.

ثانيا: تعريف الطلاق بالاصطلاح القانوني:

المشرع الجزائري كان متذبذباً بين التطرق للتعريف و غض النظر عنه ففي المادة 48 من القانون رقم 11/84 إذا نص صراحة على أن " الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج او بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53,54 من هذا القانون " ثم بين بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق غير أن الطلاق الصادر من إرادة منفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة أو في حدود ما أوردته المادتين 53،54 من نفس القانون

غير أن التعديل الصادر في الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27فبراير 2005 و في نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق و عرف عن تبيين قانوني للطلاق واكتفى بالقول((مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون)) الأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 المعدلة لم تعط الكنه الحقيقي للطلاق وإنما أكدت إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية ، و لم تتطرق حقيقة الى تعريفه.

وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه و ترك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى[1] ضمنها في المادة 222 عندما نص على أنه ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))[2].

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص12.

[2] المادة 222 من ق.أج، 84-11 المؤرخ في 84/06/09، المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

المطلب الثاني: حكم الطلاق وضوابطه

حكم الطلاق التعسفي هو نفسه حكم الطلاق و قسمه الفقهاء إلى قسمين بين الأصل فيه الإباحة و من قال الأصل فيه الحظر.

من قال الأصل فيه الإباحة : أجاز الطلاق التعسفي.

ومن قال الأصل فيه الحظر لم يجز الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: حكم الطلاق التعسفي

الطلاق تصرف شرعي يقوم به الزوج و تعتريه الأحكام الشرعية من الوجوب و الحرمة و الإباحة و الكراهة، فهو يباح عند الحاجة لسوء خلق الزوجة و لسوء عشرتها.

ويكره في غير حاجة، و يحرم في الحيض و النفاس و يجب كالطلاق المولي بعدم التربص أربعة أشهر، وقد اختلف الفقهاء في الحكم الأصلي للطلاق فقال بعضهم بالإباحة وقال البعض بالحظر والخلاف هنا متعلق بحكم أصل الطلاق قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة.[1]

قال الإمام القرطبي في تفسيره ((دل الكتاب و السنة و إجماع الأمة على أن الطلاق يباح لغير محظور، و قال ابن منذر : ليس في منع الطلاق خبر يثبت))

و قال السرخسي و إيقاع الطلاق مباح و إن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء))[2]

و قال ابن عابدين: إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات و هو المذهب[3] أي عند الحنفية و غيرهم، و لكن هناك من الحنفية من ذهب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر.[4]

و أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر و قد طلق الرسول –ص– حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي بمراجعتها لأنها صوامة قوامة.

---

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد و التفهيم، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر02-05، ص33.

[2] محفوظ بن صغير، نفس المرجع، ص 33.

[3] ابن عابدين، رد المختار، مرجع سابق، جزء 3، ص227.

[4] ابن عابدين، نفس المرجع، ص228.

و قال ابن تيمية " لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، و لكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا، و إن الله يبغض الطلاق و إنما يأمر به الشياطين و السحرة كما قال الله تعالى: ((فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِۦ بَيْنَ ٱلْمَرْءِ وَزَوْجِهِۦ)) البقرة 102.

و في الصحيح عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: " إن الشيطان ينصب عرشه على الماء و يبعث جنوده فأقربهم إليه منزلة أعظمهم فتنة فيأتي أحدهم فيقول : مازلت به حتى شرب الخمر، فيقول الساعة يتوب

و يأتي الآخر مازلت معه حتى فرقت بينه و بين امرأته فيقبله بين عينيه و يقول أنت أنت "[1]

و لقوله صلى الله عليه و سلم : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة"[2].

و الحجة في ذلك: قوله تعالى ((لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ...)) البقرة 236.

و ذلك يقتضي إباحة إيقاع الطلاق. و قوله تعالى: ((فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ..)) الطلاق 1.

- وهناك قول على أن الأصل في الطلاق الحظر و بهذا قال أكثر الفقهاء و الحجة في ذلك: أن الزواج عقد مسنون بل هو واجب أحيانا فكان الطلاق قطعا للسنة و تفويتا للواجب، فيكون الأصل فيه الحظر.

وقد جاء في روضة الطالبين ((و أ ما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال)) [3]

و أنه عند الشافعية أن الأصل في الطلاق الحظر و قال ابن عابدين: ((و أما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور و إلا لعارض يبيحه و هو معنى قولهم الأصل

[1] مسلم كتاب القيامة والجنة و النار، صحيح مسلم ، جزء 2، ص1292.

[2] سنن ابن داود، جزء 2 ص463.

[3] النووي روضة الطالبي، ص416 .

فيه الحظر و الإباحة للحاجة إلى الخلاص ...)) والحجة في ذلك قوله تعالى: ((ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٞ لِّلۡغَيۡبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُۚ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ...)) النساء 34 أي لا يطلبوا الفراق.[1]

فيكون واجبا إذا كان سبب من قبل الزوج كأن فاقد للطاقة الجنسية لا أمل في شفائه، لأن الضرر لاحق بهما فدفع الضرر هنا واجب.

كأن يكتشف الزوج أن زوجته أخته من الرضاعة بعد مدة فهنا عليه الطلاق واجب.

ويكون حراما إذا كان في حيض أو طهر خالط فيه الزوج زوجته فقد اتفق الفقهاء على تحريمه باعتباره طلاق بدعة فقد روي عن ابن عمر أنه طلق زوجته في الحيض فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم ((أمر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن تمضي فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء))[2].

وعلى هذا فالراجح أن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرارا الحياة الزوجية و استمرارها بشكل يتلاءم ومقصد الديمومة في الزواج.[3]

و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي من خلال المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها ((إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)).[4]

---

[1] ابن عيادين، مرجع سابق، ص228 .

[2] رمضان علي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية: منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2002 ص 220.

[3] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 37.

[4] المادة 52 من ق.أج، 84-11 المؤرخ في 84/06/09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

الفرع الثاني: ضوابط الطلاق الشرعية (قيوده)

الطلاق لا يصدر إلا من الزوج كونه العصمة الزوجية بيده و هذا متى استوفى جميع الشروط المعتبرة فيمن يصدر منه الطلاق و لهذا لا بد أن يكون الزوج بالغا عاقلا لأن طلاق الصبي أو وليه لا يقع لأن الطلاق من التصرفات الضارة ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا سليم الإرادة غير مكره.[1]

ولهذا فقد قيد المشرع الحكيم الزوج بقيود من شأنها المحافظة على هذا الميثاق الغليظ و التقليل من حالات وقوعه، و فيما يلي نبين القيود أو الضوابط:

أولاً: أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا:

يرى الحنفية أن الأصل في الطلاق الإباحة، قال تعالى ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾ البقرة 236.

و قوله تعالى ((فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ..)) الطلاق 1.

ولأن رسول الله صلى الله عليه و سلم طلق حفصة وفعله الصحابة و لو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

الآية فيها بيان لإباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر والآية الثانية فلتبيان وقت الطلاق المفضل، و أما طلاق حفصة و طلاق بعض الصحابة فلم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه

و يرى الجمهور أن الأصل في الطلاق الحضر والمنع، لقوله تعالى ((...فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا)) النساء 34.

فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق و لكن المطلق

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ديوان المطبوعات الجامعية 2005. ص 209.

يأثم لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء وقد تكون مما يجب ستره حفظا للسمعة المرأة و منعا من التشهير .

ثانيا: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه.

إذا كان الطلاق هو الحل الوحيد للزوج للخروج من الهم و الغم الذي يعيشه و فرجا من شدة الحياة الزوجية وعلاج أخير ولم تتحقق المقاصد المرجوة من الزواج له أن يوقع الطلاق على زوجته ولكن فيه شرطان:

- أن تكون طاهرة من الحيض و النفاس.
- أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

إن الطلاق في حالة الحيض و النفاس أو في طهر جامعها فيه محرم شرعا وهذا باتفاق الفقهاء.

فإذا أوقع الزوج الطلاق في هذه الحالات عند الجمهور حراما شرعا.

و مكروه عند الحنفية المسمى طلاق البدعي وقصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، ومكروه في طهر جامعها فيه لاحتمال أنها قد حملت في ذلك الوطء، فهذه القيود التي فرضت على الزوج، في إيقاع الطلاق و أن لا يقع فيما هو محرم.

ولقد اتفق الفقهاء على تحريم طلاق الزوجة في طهر مسها فيهو العلة التي ذكروها لذلك هي ان الطلاق أبيح لحل عقدة النكاح عند عدم توافق الأخلاق ، فيجب أن تكون هذه الحكمة الداعية إليه متوفرة ، ولما كلن عدم موافقة الأخلاق أمرا باطنا فقد أقام الشرع السبب الدال عليه و الطهر الذي لم يمسها فيه .

و لأن الجماع قد يؤدي إلى الحمل، والحمل يقوي الرغبة في الإمساك و التراجع على الطلاق. فيه مراعاة لمصلحة الحمل (الولد مستقبلا).

ثالثا: أن يكون الطلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة

اجمع الفقهاء على أن الطلاق السني هو الواقع بالترتيب مفرقاً الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاثة دفعة واحدة. قال تعالى ((ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ)) سورة البقرة الآية 229.

و للطلاق الثلاث صورتان:

- أن يصدر الطلاق مقترنا بلفظ ثلاث كقول الزوج أنت طالق ثلاثا
- أن يطلق المرأة بثلاث طلقات متتابعات في محل واحد كقوله: أنت طالق أنت طالق أنت طالق.

قال ابن القيم في وقوع الطلقات الثلاث اختلف فيه على أربعة مذاهب:

- **المذهب الأول:** أنه يقع أي الطلقات الثلاث وهذا قول الأئمة الأربعة و جمهور التابعين وكثير من الصحابة.
- **المذهب الثاني:** أن يقع طلقة واحدة رجعية ، و هذا ثابت عن ابن عباس ذكره أبو داود عنه وقال الإمام احمد و هذا مذهب ابن إسحاق و هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.
- **المذهب الثالث:** أن يفرق بين المخول بها و غيرها فتقع الثلاث بالمدخول بها و تقع بغيرها واحدة ، و هذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس و هو مذهب إسحاق ابن راهوية.
- **المذهب الرابع:**لا يقع الطلاق لأنه بهذه الصيغة بدعة محرمة و البدعة مردودة و هذا المذهب حكاه أبو محمد ابن حزم " ابن القيم زاد المعاد في هدي خير العباد .

و منه أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاثة بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد يكون بدعيا محظوراً .

يؤكد عند جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر وأبيح للحاجة، و يترتب على مخالفة هذا القيد إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد يكون إثما مستحقا لعقوبة يراها القاضي[1].

[1] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته الشاملة للدلالة الشرعية و الآراء المنهجية و أهم النظريات الفقهية، دار الفكر، ط2، دمشق، 1991، ص404 .

المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق الطلاق

قد يقوم الزوج بتطليق زوجته بدون أسباب مقنعة مما يلحق ضرر بالزوجة وهذا يخالف الحكمة التي دعت إليه، لأن استعمال الحق في الطلاق و لو كان مشروعا من حيث الأصل إلا أنه لم يكن مصدر للضرر و إنما شرع لتحقيق المصالح.

و لهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

المطلب الثاني: صور الطلاق التعسفي و معاييره

المطلب الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف في استعمال الحق و إنما الفقه هو الذي خلص في مجمله أن التعسف هو انحراف عن سبيل استخدام الحق، الاستخدام القانوني و الشرعي.

و اذا كان المشرع الجزائري لم يعرف التعسف حصريا إلا انه جسد مظاهره في القانون المدني من خلال المادة 124مكرر و التي جاء فيها " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[1]

الفرع الأول: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

إن الشريعة الإسلامية هي شريعة عادلة و صالحة لكل زمان و مكان باعتبارها خاتمة الشرائع فقد جاءت بالكثير بالنظم الحديثة حماية للحقوق[1]، وإن الحق أمانة أساسية في يد

[1] المادة 124 مكرر قانون المدني ج ، عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المكلف يجب أن يكون وسيلة لتحقيق المصالح لا المفاسد و التعسف في استعمال هذا الحق قد يرد عليه ضرر للآخرين و لم يرد لفظ التعسف في خيارات الفقهاء و أصول الدين و إنما ورد بدلا عنه عبارتي " المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية[2]، و كلمة التعنت في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالف لمقصود الشارع من تشريعه و على الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت و التعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هذا الأكثر تداولا.[3] في المغني لابن قدامة و بدائع الصنائع للكسائي و يتفق معنى التعنت و التعسف و لقد عرفه فتحي الدريني "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون في شرعا بحسب الأصل" و عرفه أبو الزهراء بقوله: " التعسف هو المضارة في استعمال الحق" و يتضح أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين (بأن يكون مآل الاستعمال المضارة والنتيجة واحدة و هي ترتيب المضارة على استعمال).

و الأدلة من الكتاب و السنة على نظرية التعسف في استعمال الحق.

القرآن: قوله تعالى: ((وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُواْ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ)) سورة البقرة آية 231

تدل على جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق و العودة في الإمساك إذا كانت بقصد بناء الحياة الزوجية، أما إذا كان استعمال الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة فهذا أمر حرمه الشرع.

---

[1] بلحواربي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص13.

2 ابن عبد الله محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الكتاب العلمية، لبنان، ص 310.

3 محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق، الحق من وجهة الفقه الإسلامي دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، 1998، ص24.

السنة: قل النبي صلى الله عليه و سلم : فيما رواه أبو سعيد الخذري((لا ضرر و لا ضرار)) يعتبر هذا الحديث قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي و فيه نهي صريح عن إلحاق الضرر بالآخرين.

الفرع الثاني: نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يعرف التعسف و ترك ذلك للفقه ، إلا أنه جسد مظاهره في المواد: 124، 124 مكرر ق.م.ج.

المادة 124 ق م ((كل فعل أيا كان مرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)).

وقد ذكرت المادة 124 مكرر ق.م في صور التعسف " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[1]

والواضح من المادة أن التعسف يعني الانحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد و تعمد أو الحصول على منافع ضئيلة قياسا بحجم الضرر الذي ينشأ للغير أو قصد الحصول على فائدة غير شرعية و لا قانونية.

فالزوج عند استعماله لحق إيقاع الطلاق ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي وإثباته قانونا و أن لجوءه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا عد متعسفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة و بالتالي تستحق التعويض.

[1] المادة 124 مكرر قانون م.ج ، عدلت بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المطلب الثاني: صور الطلاق التعسفي و معاييره

إن الطلاق الذي لا خلاف في وقوعه هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة له صور و له معايير مختلفة.

الفرع الأول: صور الطلاق التعسفي

يشمل الطلاق التعسفي على صور نذكر منها:

أولا : الطلاق في مرض الموت

مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من تحليل ألفاظه و هي المرض و الموت.

المرض: و هو ضد الصحة أي السقم

الموت: هو ضد الحياة و يطلق عند العرب على السكون و مات الحي أي فارقته الحياة.

و يفهم من هذا أن مرض الموت هي حالة يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا ويعقبها الموت.[1]

و لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت، فذهب الحنفية إلى أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه...))

و قال الشافعية ((كل ما يستعد بسببه للموت من أمراض))[2]

و قال المالكية بأن المرض هو كل مرض يحكم أهله بأنه يكثر الموت من مثله...))

والمشرع الجزائري لا في قانون الأسرة و لا القانون المدني تطرق لتعريف مرض الموت لكنه اعتبر الهبة و جميع التصرفات التي يقصد منها التبرع و التي تجري أثناء ذلك وصية.

((الهبة في مرض الموت والإمراض و الحالات المخفية تعتبر وصية)) المادة 204 ق.أ.ج

((كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا

[1] جميل فخري محمد ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، دار حامد، الأردن، ص199.

[2] جميل فخري محمد ، نفس المرجع ، ص200.

التصرف، و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت واعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه)) المادة 776 ق م ج و الطلاق في مرض الموت هي صورة مبنية على نظرية التعسف في استعمال الحق فإذا طلق الزوج زوجته و هو مريض مرضا انتهى به إلى الموت و كانت المرأة لا تزال في عدتها من طلاقه ترث منه و لو كان الطلاق بائنا، لأنه أراد إبطال حقها في الميراث ما دامت العدة قائمة لبقاء أثار الزوجية و إذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن فترث منه ما دامت في العدة من الطلاق الرجعي، و لا ترث من الطلاق البائن.[1]

ولقد اتفق الفقهاء على أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فطلاقه يقع وتترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح فإذا كان الطلاق رجعيا و في عدتها ترثه فإن انتهت العدة فلا ميراث لها و لقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 ((من المقرر شرعا و قانونا أن مريض الموت مهما كان القصد من الطلاق حرمان الزوجة من الميراث و من ثم قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون))[2]

وخلاصة أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته في مرض الموت و اعتبر هذا فرار من ميراث زوجته رد عليه قصد بتوريثها منه.

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص99.

[2] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1998/03/17 ملف رقم :179696 ص 98.

ثانيا: طلاق المرتد

اتفق الفقهاء على أن لا يرث أحد البتة كما أنه إذا ارتد أحد الزوجين بانت منه زوجته ولذلك فالزوج المرتد لا يرث زوجته و الزوجة المرتدة لا ترث زوجها.

إلا أن الفقهاء ألحقوا المرتد بحكم المريض مرض الموت و اعتبروه فارا بالردة من توريث زوجته فيرد عليه قصده و لذلك فان الزوجة المسلمة ترث زوجها المرتد إذا مات أو قتل على ردته و هي في العدة أما الزوجة المسلمة إذا ارتدت و هي في مرض الموت فان زوجها المسلم يرثها لقصدها إبطال حقه فتعامل بنقيض قصدها و لا يرثها إن ارتدت حال صحتها لأنها بانت بالردة كما جاء في المادة 138 ق أ ج ((يمنع من الإرث اللعان و الردة)).[1]

ثالثا: الطلاق في الحيض

ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية و عامة الفقهاء إلى وقوع طلاق البدعة وهو أن يطلقها حائضا أو في طهر مسها فيه.

قال الإمام النووي ((أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض الحائل بغير رضتها فلو طلقها أثم و وقع طلاقه، و شذ فقالوا: لا يقع))[2] واستدل الجمهور على وقوع طلاق الحائض من القرآن الكريم بقوله تعالى ((فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۗ وَتِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ)) البقرة 230

وهذا يعم كل طلاق و منه الطلاق البدعي، وكذلك قوله تعالى ((وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكۡتُمۡنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرۡحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤۡمِنَّ

[1] المادة 138 من ق.أج، 84-11 المؤرخ في 84/06/09 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.

[2] النووي، المنهاج، 60/10.

بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ وَلَهُنَّ مِثۡلُ ٱلَّذِي عَلَيۡهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيۡهِنَّ دَرَجَةٞۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ)) البقرة 228.

لم يفرق بين المطلقة في حيض أو المطلقة في طهر. ومن السنة حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بشأن طلاق زوجته في الحيض وفيه أن النبي صلى الله عليه و سلم أمره أن يراجعها.

قال النووي في هذا الحديث ((و لو لم يقع طلاقه لم تكن رجعة فإن قيل المراد بالرجعة الرجعة اللغوية و هي الرد إلى حالها الأول لا لأنها تحسب عليه طلقة فكان هذا أغلط من وجهين:

- أن حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية يقدم على حمله على الحقيقة اللغوية
- أن ابن عمر صرح في رواية لمسلم أنه حسبها عليه طلقة[1].

وقال الظاهرية و ابن تيمية و ابن القيم لا يقع الطلاق في الحيض و عليه فطلاق الحائض هو طلاق بدعي لأنه طلقت في زمان لا يحتسب به من عدتها فبقية حيضها غير محتسب به من عدتها و قد أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها.[2]

رابعا: الطلاق بدون سبب مشروع

الأصل في الطلاق الحظر و المنع و أولى أن يكون لداع يدعو الزوج لإيقاعه الطلاق و سوء سلوك أو تعذر الحياة معه لقوه تعالى: ((فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا)) النساء 34.

و لم يتطرق القدماء لبيان التعسف في الطلاق و يعود السبب في ذلك لعدم وقوعه في عصرهم و ذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين.

أما الفقهاء المحدثون فاختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على الرأيين:

[1] النووي المنهاج، 60/10.

[2] المعري مبروك، الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، (بدون سنة)، ص125.

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنه من طلق زوجته من غير حاجة أو مبرر شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق لأنه بذلك أضر بالزوجة و أهلها و أولاده كما أنه ناقض مقصد الشارع في مشروعية الطلاق.

الرأي الثاني: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن من طلق زوجته بغير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة و انه حق للزوج له حرية التصرف فيه.

الفرع الثاني: معايير التعسف في الطلاق

التعسف هو إساءة استعمال الحق في الطلاق بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أ لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق أو أن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير وفقا للمادة :124 ق م ج ((يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[1]

و بناءا على هذا فإن معايير التعسف في الطلاق تتمثل في:

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية

1. **معيار قصد الإضرار بالغير:** و ذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها كدافع الانتقام و الكراهية أ مرض الموت و قد يكون بدون سبب مشروع ولا توجد أي منفعة أ مصلحة بحقها.

[1] المادة 124 مكرر ق م ج .

2. **معيار المصلحة الغير مشروعة:** مشرع الطلاق لأن ليكون حلا للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية و لم يشرع إلا لهذا المقصد و إيقاعه في غيره مناقض لهدف الشارع منه.

ثانيا : المعايير الموضوعية

1. **معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :** إيقاع الزوج للطلاق بناءا على أسباب غير مقبولة و بغير مبررات و دوافع للطلاق و ذلك لدفع الضرر عن نفسه بالموازنة بين ما يترتب على الطلاق من مصالح و ما ينتج عنه من مفاسد و أضرار تلحق بالزوجة و هذه المفاسد أكبر من المصلحة المرجوة من الطلاق و بذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.
2. **معايير الضرر الفاحش:** إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مبرر شرعي و دون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة و قد تقدم بها العمر و حدث الطلاق في هذه الحالة فإن الزوج يكون قد أضر بها ضررا فاحشا.

الفصل الثاني
التعويض عن الطلاق التعسفي

تمهيد

انطلاقا من أن الطلاق جعل بيد الرجل كحق أصيل له، إلا أن هذا الحق غير مطلق إذ يمارسه الرجل وفق ضوابط شرعية و وفق ما تدعو إليه الحاجة و بذلك لا يكون متعسفا في استعماله، فقد فرض التعويض على الطلاق التعسفي الذي قد يقع من الرجل،على حسب ما ذكرنا سابقا وعليه لما كان الطلاق تصرف إرادي و الزوج فيه صاحب الحق له أن يستعمله في غرضه، فإذا استعمله في غير ذلك أصبح تعسفا و خاصة لما يتعلق الأمر بمساس شرف و كرامة الزوجة والاعتداء المباشر على عواطفها أو إلحاق ضرر بها، و الذي يعد عملا غير مشروع في هذه الحالة مما يستوجب فيه عملا يستحق التعويض.[1]

و ما ورد في المادة 124 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2] إلا أن المشرع الجزائري لم يتكلم بصراحة عن قيمة التعويض أو مقداره كما في بعض الشرائع العربية و ترك ذلك للقاضي في تقديره لهذا التعويض و ذلك حسب الضرر الناجم وحسب الظروف المحيطة بالطلاق فقضاة الموضوع لهم السلطة في تقدير التعويض، و عليه فالتعويض يستند إلى أساس فقهي و اتجاه تشريعي معين و مقدار التعويض سلطته التقديرية للقاضي في تحديد قيمته " المادة 52 ق أ ج و هذا ما أريد تبيانه في هذين المبحثين

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

و المبحث الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

[1] علي فلالي، التزامات العمل المستحق للتعويض، رغاية، 2002، ص01.

[2] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

إن كلمة و لفظ التعويض له استعمالات و مرادفات لغوية و اصطلاحية متعددة لا بد من معرفتها من أجل الخروج بتعريف مضبوط و واضح و ذلك من الجانبين الجانب الفقهي والقانوني.

المطلب الأول: تعريف التعويض

الفرع الأول: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

لم يكن التعويض في الفقه الإسلامي شائعا و مستخدما من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أداؤه كتعويض و كان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر أم كان متوقعا أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا.

و لقد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض منهم الشيخ محمد شلتوت " التعويض هو المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر على غيره في نفس أو مال أو التقدير في الشرف من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر"[1].

وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه " المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره فالأصل في التعويض أنه جبر للضرر و النقصان و التلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الواقع عليه"[2]

وعرفه مصطفى الزرقاء بأنه " التزام بتعويض مالي عن الضرر بالغير " [3] .

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي" ، دار قنديل ، عمان،2010، ص97.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص48.

[3] مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام،1035/2.

و عرفه محمد سراج بقوله:" شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداؤه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أ شرط من شروطها بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا"[1].

ومن جملة ما سبق بيانه يمكن تعريف التعويض بأنه:" عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لمل أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع".

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض، أي كانت سببا لنشوء الحق في التعويض و يكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل أو بإساءة استعمال الحق بوجه عام.

الفرع الثاني: تعريف التعويض في القانون الجزائري

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتعويض إلا انه في المادة 124 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2] و في المادة 124 مكرر ق.م.ج مكرر والتي تنص على: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة." [3]

أي أن صاحب الحق المخول له قانونا إذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال الحق، و بالتالي يحمل المتعسف مسؤولية تعسفه و يلزم بالتعويض، و منه أن التعويض في القانون الجزائري هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر و كما جاء في المادة 132 ق م ج بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض.

---

[1] محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر ، لبنان، ط1، 1993، ص47.

[2] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

[3] المادة 124 مكرر قانون م.ج ، عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

فقضت على أنه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا و بناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع"[1].

ومنه يمكن تعريف التعويض بما يرتبط بالطلاق بأنه مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته نظير ضررا ألحقه بها و لتوفير حياة كريمة لها بسبب سلب دفء الحياة الزوجية منها.

فالتعويض هو ما يقدمه الزوج لطليقته تعويضا عن طلاقها بدون سبب، بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره فالزوج بطلاقه لزوجته قد ألحق بها ضرر مادي و معنوي. و قد نصت المادة 52 ق م ج عن" اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2].

الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

كي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر شروط نقدرها فيما يلي:

1- أن تكون الزوجية قائمة.
2- أن يكون الطلاق بالإرادة المنفردة بالزوج.
3- أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق.

1- **أن تكون الزوجية قائمة:** لا يمكن أن يتم التعويض للمطلقة إذا لم تكن الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين لا بد أن تكون هناك دخول و معاشرة زوجية، فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، و أن ما يحكم به القاضي من تعويض قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي و ليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.

[1] المادة المادة 132 من القانون المدني الجزائري.

[2] المادة 52 ق م ج.

و ا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها: " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع و متى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة و أن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة و عليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"[1]

2- أن يكون بالإرادة المنفردة للزوج:

العصمة الزوجية ترجع للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه و سلم و هذا انطلاقا من واجباته الشرعية اتجاهها و التي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية و غير مالية و عليه فله أحقية الطلاق بالإرادة المنفردة،

الواجب المالي يتمثل أساسا في المهر و النفقة.

الواجب غير المالي يتلخص في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة و عدم الإضرار بالزوجة و واجبه في الحفاظ على الأسرة و صيانتها.

فبالنسبة للمهر جعله الإسلام حقا للرجل على الزوجة قال الله تعالى: ((وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ...)) النساء الآية 4.

و النفقة تتمثل في توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام و مسكن و خدمة و دواء قال الله تعالى: ((ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ سورة النساء الآية 34.

[1] قرار المحكمة العليا، رقم 216865،بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي،غ أش،ص256.

قال الله تعالى: ((لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا ٧ سورة الطلاق الآية 7

و من الواجب الغير مالي يتمثل أساسا في حسن معاشرتها و صيانتها و حفظها من كل ما يخدش شرفها و يهين كرامتها و تحصينها.[1]

3- أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق:

و هذا الشرط من أهم الشروط التي يجب توافرها ، و التعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه تعريفا أ مفهوما و إنما تركه للفقه الشرعي و القانون.

و التعسف قد أورده المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر ق م ج

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.[2]

عند تحقق الشروط الثلاث تكون المطلقة لها الحق في طلب التعويض عن الطلاق التعسفي الناجم.

المطلب الثاني: تمييز التعويض عن الحقوق المالية

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما المعاصرون فاختلفوا في حكم التعويض بناء على خلافهم في أن الأصل في الطلاق الإباحة و الحظر.

و ذهب المشرع الجزائري الى الحكم بالتعويض على الطلاق التعسفي طبقا لنص المادة 52 ق أ ج ، حيث يتضح من خلال النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض.

[1] باديس ديابي، مرجع سابق، ص91.

[2] المادة 124 مكرر قانون ج ، اطغيت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

وقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا، كما أن المحكمة العليا في قراراتها المختلفة أكدت بأنه من الأحكام الشرعية أن للمطلقة تعسفيا نفقة العدة و نفقة الإهمال و نفقة المتعة التي تعتبر بحد ذاتها تعويضا يحكم به القاضي جراء الطلاق التعسفي.[1]

الفرع الأول: تمييز التعويض عن حق المتعة

قد يشتبه الحق المادي للمطلقة بين المتعة و التعويض و هو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عم المحكمة العليا و عليه لابد من بيان أوجه الشبه و الاختلاف بين المتعة و التعويض.

أولا: أوجه الشبه بين حق المتعة و التعويض

هناك نقاط تتفق فيها حق المتعة مع التعويض كالتالي:

1- كلا من المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي يأتيان بعد الطلاق البائن فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة و لا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.
2- إن كلا من المتعة و التعويض على مقداره الزوجان فإن اختلفا قدرها القاضي.
3- اختلف الفقهاء و رجال القانون في بيان الحد الأدنى و الأعلى لكل من المتعة والتعويض
4- كل من المتعة و التعويض وجبا لجبر خاطر المرأة و تخفيفا عنها.
5- إن كل من المتعة و التعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

[1] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص135.

ثانيا: أوجه الاختلاف بينهما

تختلف المتعة عن التعويض في نقاط، و تتميز المتعة عن التعويض.

1- أن المتعة ثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن و السنة، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه ، استند فيه على نظرية التعسف

2- تجب المتعة بمجرد الطلاق، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا.

3- إن المتعة تجب في جميع حالات فك الرابطة الزوجية سواء كانت طلاقا أم فسخا أو كان من الزوج أو من القاضي، أما التعويض في حالة التعسف.

4- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (الخلع)، أما التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة و ألحقت الضرر بالزوج فقد أوجب التعويض عليها لزوجها.

5- إن المتعة تجب لمجرد الطلاق من غير أن يبدي الزوج الأسباب التي دفعته للطلاق.

وعليه فإن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي و المعنوي اللاحق بالزوجة و من ثم تعيين تميزه عن حق المتعة و الذي يعد حق معترف به لكل مطلقة بغض النظر إذا كان لحق بها الضرر أم لا و منه هناك علاقة بين المتعة و التعويض

و بالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص عن متعة الطلاق و أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي ، كما جاء في المادة 52 ق أ ج 02/05 " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[1].

وعليه عدم نص المشرع الجزائري على متعة الطلاق لا يعني عدم استحقاقها بل بالعكس و ذلك بناء على ما جاء في المادة 222 قانون الأسرة التي نصت : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[2]

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري.

وهو الأساس الذي يوجب المتعة للمطلقة في الشريعة الإسلامية و التي عرفت بتعريفات منها:" حق التعويض المالي للمرأة لما لحق بها من ضرر بسبب الفرقة من زواج"
و هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في قرارها الذي جاء فيه:" المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها و ليس التي تختار فراق زوجها"[1]

وللمتعة دور كبير في جبر خاطر المطلقة لما للفراق من ألم، فكانت المتعة تخفيفا لها.
و قد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يؤيد هذا الكلام في قرار جاء فيه :" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، لذلك تستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة و يدفع مبلغ كتعويض".
و منه ومن خلال هذا الحكم يرجع أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة و إنما يفهم هذا الحكم من خلال المادة 222 ق.أ.ج.

الفرع الثاني: تمييز التعويض عن نفقة العدة

لما كان الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق لكون العصمة و الحق خالص له .و بإقاعه الطلاق يترتب عليه أثار من بين هذه الآثار العدة التي تكلم عليها المشرع في المواد (58، 59 ،60، 61) من ق أ ج و هنا لسنا بصدد التكلم عن العدة من حيث أحكامها ومشروعيتها إنما نتكلم عليها من حيث أن المشرع ميزها و فصلها على التعويض فنفقة العدة مرتبطة بفك الرابطة الزوجية مهما كان شكل فك الرابطة الزوجية بمعنى انه إذا كان الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو التطليق أو الخلع ، فكل هذه الصور للطلاق من أثارها العدة التي أوجبتها الشريعة الإسلامية و المشرع نفقة لها ، فقد أوجب المشرع نفقة العدة في المادة 61 ق أج **(لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت**

[1] المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 1988/11/21 رقم 14165، مجلة قضائية،1990،عدد4،ص64.

في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق) وفي الفقه الإسلامي بموجب القاعدة الشرعية (من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه).

ويعد القضاء الجزائري واضحا من نفقة العدة فقد جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في (1984/10/22) ، انه (متى يكون المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[1]

وقرار للمحكمة العليا المؤرخ في : 1996/06/18 جاء فيه انه (من المستقر عليه قضاء في تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل).

وعليه فكل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدتها إذ يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها و تحديدها إجمالا أو شهريا.

و يدفع نفقة العدة الزوج لزوجته بناء على ما ذكره القاضي في الحكم ووفقا لقواعد إجراءات التنفيذ وعليه من خلال ما جاء في قرارات المحكمة العليا يتبين لنا أن موقف القضاء متفق مع الفقه والتشريع على أن نفقة العدة واجبة لكل معتدة من طلاق سواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا ولا علاقة لنفقة العدة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وغالب الأحكام القضائية نلاحظ فيها ما تعلق في الفصل في نفقة العدة ، أن المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات ولا يوضحون عليه فترة العدة ، فالمعتدة بثلاثة قروء تختلف عن المعتد بوضع الحمل .[2]

[1] المحكمة العليا غ أ ش 1984/10/22 تحت الرقم 34327

[2] عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، (بدون سنة) ص 122.

المبحث الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

لا يمكن التحكم في الزوج عندما يقرر الطلاق حتى ولو تبين للقاضي أنه ظالم لزوجته وكذا أولاده بتوقيعه الطلاق وما على القاضي في هذه الحالة سوى جبر خاطر المتضرر من الطلاق بالتعويض الذي يبقى في سلطته، فالتعويض الأثر هو الثابت في حالة وقوع الضرر من سبب الطلاق لكن على أي أساس يقوم هذا التعويض فلا بد للتعويض الناتج عن الضرر اللاحق بالمتضرر من أساس قانوني يجعل من التعويض كإصلاح للضرر و ذلك لترضية المضرور.

ومن ناحية أخرى نجد أن مسألة تقدير التعويض متعلقة بوقائع الدعوى و يترك الأمر فيها لسلطة قاضي الموضوع في جميع عناصرها وهذا ما يترتب عنه اختلاف مبالغ التعويض المحكوم بها من قضية إلى أخرى بالرغم من تشابه مظاهر الضرر في كل منها،[1] وذلك مرجعه إلى اعتبارات تحكيمية مردها سلطة تقديرية للقاضي و تحكمها ظروف اجتماعية ولهذا سنتطرق إلى الأساس القانوني لاستحقاق التعويض ثم كيفية تقدير القاضي للتعويض.

المطلب الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي:

التعسف في استعمال حق الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسته لحقه و وفقا للمادة 49 ق.أ.ج حتى ولو كان وفقا لإرادة الزوج، فإنه يخضع لرقابة المحكمة أي تحت إشراف القاضي.

و لذلك سنتطرق للأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري و كذا في بعض التشريعات الأخرى على سبيل المثال المصري و السوري.

[1] مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010، ص226.

الفرع الأول: الأساس القانوني في التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

ملخص المادة 52 ق أ ج " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[1]. لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية وتعسف الزوج عن الطلاق، و قد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه" من المقرر شرعا وقضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، و مما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدها و منح المتعة للزوجة و متى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة".[2]

الحكم بالتعويض لما جاء في اجتهاد المحكمة العليا يستلزم تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض[3]، فإذا كان الطلاق لا مبرر له فالضرر بهذا ثابت و ليس على المطلقة إثباته.

وقد اختلفت بعض المحاكم الابتدائية في أحكامها عن التعويض فقد رأت بعض المحاكم أنه إذا كان كل من الزوجين له مسؤولية و متسبب في الطلاق هنا انعدم التعسف ويتبع ذلك رفض التعويض، و رأى آخرون أنه إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطلاق وجب إعطاء المطلقة نفقة المتعة حسب مسؤوليتها.

ولذلك وضع الطلاق لرفع الضرر و ليس لإلحاقه و القضاء يحكم بالتعويض حسب المادة 52 ق أ ج "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[4].ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق ولحقها بذلك ضرر.

وقد قضت المحكمة العليا في 1998/11/17 بأنه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق و من ثم فإن القضاء بخلاف

---

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1986/01/27،ملف رقم 39731 م ق ،1993،عدد1،ص61.

[3] مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق، ص283.

[4] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون و متى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلو خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا.[1]

يتبين لنا من هذا القرار أنه يترتب للمطلقة التعويض في حالة مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق، و عليه "فإن التعسف في استعمال الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة التعويض".

وبالنسبة لقضايا الطلاق و الضرر الناتج عنه فإن الضرر دائما مفترض دون الحاجة إلى إثباته كون أن الزوج يعتمد على أسباب غير جدية أو أنه لم يعط مبرر أو كان المبرر غير كاف يفهم منه أنه متعسف في استعمال حق الطلاق،و قد صدر عن المحكمة العليا في هذا الشأن قرارها بتاريخ :1999/06/15 قضت بأنه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسيب ليس في محله، و متى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، و ذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات، خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون".[2]

ونستخلص من هذا القرار أن قواعد لإثبات تقتضي أن البينة على من ادعى و أن الزوج إذا لم يقدم إثباتات لطلاقه فقد يخسر دعواه، وعليه فإن القاضي يقضي بالإرادة المنفردة للزوج، ولا يمكن في هذه الحالة أن يعاب على القاضي في قراره (أو حكمه) بالطلاق بالتقصير في التسيب لأنه مجرد تسجيل لإرادة الزوج.

ومنه و من خلال ما تم ذكره يتبين لنا أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة التعويض هو التعسف في استعمال الحق و ليس على أساس المسؤولية التقصيرية.[3]

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1998/11/17،ملف رقم 210451 م ق ،2001،دور خاص،ص252.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف 223019،م ق ،2001،عدد خاص، ص104.

[3] مسعودة الياس نعيمة، مرجع سابق، ص287.

و هذا ما أكدتها المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بقولها:" إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[1].

فالمسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي ينتج عنه ضرر و هذا ما لا يمكن أن يكون في التعويض عن الطلاق.

فالتعويض يقوم على وجود حق و استعمال هذا الحق أدى إلى إلحاق الضرر بالآخرين سواء بقصد أو بغير قصد، و إذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة أكبر من المصلحة التي يسعى إليها المطلق كان ذلك تعسفا من قبل المطلق حيث للمطلقة التعويض عنه.

الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعين (السوري والمصري)

كان للمشرع السوري و المصري موقفين مختلفين للتعويض عن الطلاق التعسفي بالنسبة للمشرع الجزائري و الخلاف بينهما واضح و عميق، و عليه سأتعرض إلى موقف المشرع السوري ثم المصري.

أولا: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي عند المشرع السوري

لقد تناول المشرع السوري التعويض عن الطلاق التعسفي في مادته 117 من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيها: " إذا طلق الرجل زوجته و تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس و فاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة و للقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال."[2]

يتضح لنا من هذا النص أن التعويض يتوقف على ثلاث شروط مجتمعة و هي:

1- الطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2000/02/22، ملف 235456،م ق ،2000،عدد خاص، ص282.

[2] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري2007.

2- أن يكون الطلاق تعسفيا.

3- أن تصاب المرأة من جراء هذا الطلاق ببؤس و فاقة.

ويعني ذلك أن التعويض لدى المشرع السوري لا يستحق في حالة المخالعة والتفريق القضائي مثلما هو الحال لدى المشرع الجزائري و قد دفع هذا الأمر كثرا من الرجال بدلا من طلاق زوجاتهم إلى مكارهتهن و إفساد عيشهن يفتدين أنفسهن بالمخالعة.

و في هذه الحالة حتى و لو ثبتت الإساءة من الزوج فلا تعويض للزوجة، و هذا مخالف لإرادة المشرع الذي رغب من تقرير التعويض إكرام للمرأة و منع العبث بها و تطليقها دون سبب مشروع.[1]

و وفقا للمشرع السوري يجب على الزوج أن يكون متعسفا بطلاقه أي أنه طلقها دون سبب مشروع، أما إذا كان السبب تافها و بسيطا كان متعسفا و يحق لها طلب التعويض فمثلا إذا قال لها اغسلي قميصا و لم تغسله... فطلقها لمثل هذا السبب كان متعسفا في طلاقها ويحق لها طلب التعويض لأنه يستطيع في مثل هذا الأحوال أن يراجع نفسه.

لقد انفرد المشرع السوري في أن المطلقة تستحق التعويض لا بد أن يصيب المرأة من جراء هذا الطلاق بؤس و فاقة أي أنها إذا كانت ذات مال فلا تعويض لها المادة 117 ق أ ش س : " إذا طلق الرجل زوجته و تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس و فاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال."[2]

وقد جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ :1982/03/20 " من شروط استحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس و الفاقة و ثبوت امتلاك الزوجة لقطعتي أرض و دار قيمتها عشرا ألاف ليرات يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس و الفاقة و بالتالي لا تستحق تعويض الطلاق".[3]

---

[1] محمد شقفة، شرح أحكام الأحوال،ص 429.

[2] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري2007.

[3] محكمة نقض السورية ،1982/03/20،ق423،مجلة المحامون،1982،ص774.

من خلال هذا القرار نجد أن القضاء السوري كرس ما وضعه المشرع من شروط للاستحقاق المطلقة للتعويض هذا و لو تعسف الزوج في الطلاق، و على المطلقة أن تثبت أنه قد أصابها بؤس و فاقة من هذا الطلاق. و إذا كان لها ولي أو أقارب يعيلونها سقط حقها في المطالبة بالتعويض.

وقد جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ: 1981/09/28 " قول المطلقة بأن والدها فقير و له راتب تقاعدي فقط و كون إخوتها الستة جميعا من المكتسبين يقيد انعدام إصابتها بالبؤس و الفاقة لأن نفقتها على أبيها فإن عجز عنها وقعت على إخوتها"[1]، و بالتالي إذا استطاعة الزوج أن يثبت للمطلقة ولي يعيشها ليتفادى الحكم عليه بالتعويض.

وعلى القاضي في حالة تبين من شهود أن ولي الزوجة فقير الحال جاز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض. المادة 117 ق أ ش س : " إذا طلق الرجل زوجته و تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، و أن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة و للقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال."[2]

ونجد أن المشرع السوري عندما ربط التعويض بضرورة حصول البؤس و الفاقة للمطلقة قد خرج من المفهوم العام للتعويض الذي بسببه يمكن أن يكون هناك إصلاح لما لحق للمطلقة من ضرر.

وبهذا نجد أن المشرع السوري قد أهمل الضرر المعنوي الذي يلحق بالمطلقة و ذلك ما يصيب مشاعرها و عواطفها و اكتفى بالضرر المادي و وفقا لشروط.

ثانيا: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي عند المشرع المصري

لقد تناول المشرع المصري التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أن " الزوجة المدخول

[1] أنظر محكمة النقض السورية ، 1981/09/28 قرار 279،مجلة المحامون،1981،ص1407.

[2] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري2007.

بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها و لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل و بمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا ، وظروف الطلاق ومدة الزوجية و يجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"[1]، ومن خلال نص المادة يتبين لنا مدى توافق المشرع المصري و السوري و مخالفتها للمشرع الجزائري حيث نجد من خلال النص أن المشرع المصري ذكر التعويض على أساس المتعة التي هي جبر خاطر المطلقة و وضع لاستحقاق المتعة شرطين:

- أن تكون الزوجة مدخولا بها و الزواج صحيح.
- أن يكون الطلاق قد وقع من المطلق بدون رضا الزوجة و لا سبب من طرفها.

1- أن يكون مدخولا بها والزواج صحيح ، وهو الزواج الذي يحضره شاهدين و تكون المرأة فيه حلا للزواج من هذا الرجل و يترتب أن النكاح الفاسد أو بشبهة لا يوجب المتعة.

2- أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة و لا بسبب من طرفها.

والطلاق المقصود به في المادة الطلاق البائن لأن المتعة مال يجب على الزوج لمفارقته زوجته و المفارقة لا تكون إلا بالطلاق البائن أو الرجعي الذي أصبح بائنا و على هذا الأساس لا تستحق الزوجة المطلقة المتعة إذا كانت مفوضة من الزوج بتطليق نفسها و طلقت هي نفسها و أصبح الطلاق بائنا.

و فيما جاء في المادة 18 مكرر: " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها و لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل و بمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا ، و ظروف الطلاق و مدة الزوجية و يجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"[2]، أن شرط استحقاق المتعة أن يكون الطلاق واقعا من الزوج و ليس من القاضي لصراحة النص " إذا طلقها زوجها دون رضاها و لا سبب من قبلها" إلا أن القضاء المصري خالف هذا النص إذ قضت محكمة النقض في 1997/01/28 " الشريعة الإسلامية قصرت الحق في إيقاع الطلاق على الزوج دون غيره فإذا طلق القاضي الزوجة على زوجها فإن فعله هذا وفقا لمذهب الحنيفة يضاف للزوج فكأنه

[1] المادة 18 مكرر من الامر25 لسنة 1929، المصري.

[2] المادة 18 مكرر من الامر25 لسنة 1929، المصري.

طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه بنيابة شرعية" [1].

فيظهر من خلال هذا القرار أن محكمة النقض و المشرع المصري مختلفين فالشريعة الإسلامية جعلت للرجل الحق في الطلاق و له أن يستقل بإيقاعه.

فهنا تتخالف محكمة النقض مع المشرع المصري.

فإذا تدخل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة من زوجها فإن هذا التطليق يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عنه[2].

وعبارة ((إذا طلقها زوجها)) هذه العبارة مقررة للوضع التشريعي من أن الطلاق ملك للزوج وحده سواء استعمل هذا الحق بنفسه أو بمن ناب عنه (القاضي) .

و قد قضى القضاء المصري على أن المطلقة غيابيا تستحق المتعة لأن وقوع الطلاق غيابيا دليل على عدم علمها و لا رضاها بالطلاق و قد قضت محكمة النقض في قرارها بتاريخ :1991/01/15 " إن القضاء بغرض المتعة للمطعون ضدها على ما استخلصه الحكم من أن إيقاع الطاعن الطلاق غيابيا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاها و لا سبب قبلها و عدم إقامة الطاعن الدليل على عكس ما تدعيه المطعون ضدها يترتب عنه عكس ما استخلصه الحكم"[3] والطلاق الغيابي ليس معناه دوما أن الزوج هو الظالم و أنه لا سبب للزوجة فيه و قد تكون هي سبب الطلاق و إن تم دون رضاها أو علمها في هذه الحالة لا تستحق المتعة و هذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ: 1990/04/17 " لمحكمة الموضوع سلطتها في الأخذ بالقرائن بشرط أن تؤدي إلى ما انتهت إليه، فتمسك الطاعن بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها و طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق

[1] أنظر محكمة النقض المصرية ،1997/01/28،الطعن 74 سنة 63 مقتبس من أنور العمروسي، ص638.

[2] مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق، ص294.

[3] محكمة النقض المصرية ، أ.ش، 1991/01/15، طعن رقم : 89،ص124، (مقتبس من رسالة الدكتوراه للأستاذة مسعودة الياس نعيمة، ص 296).

لإثبات ذلك و إقامة الحكم قضائه للمطعون ضدها بالمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه"[1]

فعلى محكمة الموضوع أن تتحرى في طلبات الخصوم و قرائنهم فإذا قدم الزوج طالب الطلاق ما يثبت الطلاق كان بسبب من الزوجة و هو ما دفعه إليه فلا بد من فحص تلك القرائن.

ويظهر مما سبق أنه لا خلاق بين المشرع السوري و المصري و الجزائري في اعتبار أن الطلاق موجبا للتعويض من حالة إلى أخرى ، إذا أخذ كل مشرع بشروط خاصة على أن الخلاف ليس فقط في ذلك بل أيضا في تقدير التعويض.[2]

المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

عندما يقوم الزوج في استعمال حقه في الطلاق على زوجته يترتب على ذلك ضرر ومنه يكون آثار مادية و نفسية و هذا الأكثر طرحا على شؤون الأسرة الذي يقوم بعلاج مثل هذه القضايا و الفصل فيها مراعيا القانون و كذلك مدى فهمه للمشكل الواقع بين الزوجين.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

قد رتب المشرع الجزائري التعويض عن العديد من الحالات ، غير أن الواقع يثبت أن المتضرر في مسألة الطلاق له الحق في التعويض(المادة 124 مكرر، 52 ق أ ج)، من ناحية أخرى نجد أن مسالة تقدير التعويض متعلقة بوقائع الدعوى يترك فيها الأمر لسلطة القاضي في جميع عناصرها ، هذا ما يترتب عليه اختلاف في مبالغ التعويض من قضية إلى أخرى،[3] وهذا تقدير من القاضي الذي تحكمه انتماءاته الإيديولوجية أو الاجتماعية.

فإذا صمم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته حتى و لو تبين للقاضي أنه ظلم لزوجته، و ليس للقاضي في هذه الحالة سوى جبر خاطر المتضرر وهنا تبرز سلطة القاضي في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر و التعويض هو الأثر الثابت من الضرر في

[1] محكمة النقض المصرية أ.ش، 1990/04/17، مجموعة المكتب الفني، السنة41، ص1000.

[2] مسعودة الياس نعيمة، مرجع سابق، ص 296.

[3] المرجع نفسه، ص244.

حالة وقوع الطلاق وعليه فهناك مسألتين الأولى الأساس القانوني لاستحقاق التعويض والمسألة الثانية كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض.

المطلقة لا تستحق التعويض إلا إذا أثبتت أن الزوج مسؤول عن الطلاق (المادة 124 مكرر، 52 ق أ ج)، وقد خصت المحكمة العليا في 1986/1/27 أنه من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه و لما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المتعة للزوجة و متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة" [1].

فوفقا لاجتهاد المحكمة العليا القضاء بالتعويض يستوجب أن يكون الزوج هو المسؤول أي أن دوافع الطلاق كلها من عنده.فالطلاق قد وضع لرفع الضرر و ليس لإلحاقه بالزوجة والتعويض الذي يحكم به ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في الطلاق أو استعمال حقه في الطلاق.

و وفقا للمادة 52 من قانون الأسرة فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان:

1-أن يثبت للقاضي أن الزواج لم يرغب في الطلاق لمصلحة مشروعة و إنما لضرورة شخصية أو قصد الإضرار بالزوجة، و قد قضت المحكمة العليا في 1998/11/17 بأنه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، و متى تبين من 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].

يتضح من ذلك أن التعويض يترتب على مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق ويعني ذلك أن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض.

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1986/01/27، ملف 39731،م ق 1993،عدد 1، ص61.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1998/11/17، ملف 290451،م ق 2001،عدد خاص، ص 252.

2- أن تتعرض الزوجة لضرر حقيقي بسبب طلاقها و إن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، و الضرر المادي على الزوجة إثباته.

في قضايا الطلاق و الضرر الناتج عنه فعنصر الضرر هنا مفترض دون الحاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي.

فمن خلال ما سبق يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في : 2000/02/22 " أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"[1].

فالتعويض يقوم على وجود حق و أدى استعمال هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير سواء عن قصد أو غير قصد.297—302 بالمقابل فإننا لا نجد في نصوص قانون الأسرة الجزائري ما يحدد هذا التعويض، فالمشرع الجزائري لم يحدد قيمة التعويض لا أدنى و لا أقصى قيمة له، و ترك ذلك لقاضي الموضوع حيث قضى المجلس الأعلى في 1984/04/02 بأنه " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن نسبيته و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاك لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم بما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين و طبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما و غناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما و فقر الأخر و دون اعتبار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة من المتعة التي رفعت إلى ما هو غير مألوف، و دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"[2]

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2000/02/22، ملف 235456،م ق 2000،عدد 1، ص 282.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1984/09/12، ملف 327799،م ق1984 ،عدد 2، ص 61.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر يستوجب على القاضي أن يبين فيه الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا في 2007/07/12 بأنه " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[1].

و تقدير التعويض هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في القضية و هو يخضع لسلطته التقديرية وعل القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار مدخول الزوج و ظروفه المعيشية وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا.[2]

كما عليه أن يراعي القاضي في تقديريه للتعويض حجم الضرر و كذا ارتفاع الأسعار.

و الحقيقة أن المشرع الجزائري عندما لم يقيد التعويض و تركه لقاضي الموضوع فقد أصاب في ذلك لأن أوضاع الطلاق تختلف حالة إلى أخرى.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

كل ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض يمارس تحت رقابة المحكمة العليا، و سنجد أن بعض قرارات المحكمة العليا تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو قيمة معينة و بين عناصر تقدير التعويض، فالحالة الأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لكبر أو صغر الضرر دون رقابة المحكمة لعليا كن كيفية التحديد أو بمعنى آخر كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا أي مدى احترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أما القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.

فإذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.[3]

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2007/07/12، ملف 368660،م م ع ،عدد خاص، ص 483.

[2] عمار بن احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2005، ص38.

[3] مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق،ص346.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[1].

و قد اتجه قضاء المحكمة العليا أنه لا رقابة للمحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقدير التعويض فهو يخضع لسلطته التقديرية، و يكفيه أن يقدر التعويض حسب الضرر ومعاينة الوقائع، و أن يبين أن المبلغ الممنوح على أساس ضرر معنوي أو ماديو مع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى أوجبت ذكر العناصر التي اعتمد عليها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض.

و قد جاء في قرار المحكمة العليا في 2002/07/25 بأنه" إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال و اعتمدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة و على محضر معاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17 و أن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا"[2].

كما اشترطت المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملابسة عند تقدير التعويض.

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ:1999/07/14 بأنه" كان يجب على قضاة الموضوع في حالة إثبات المسؤولية أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة و تفصيل، مثل سن الضحية و مهنتها و دخلها و نوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين، و أن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين و جاء في قرار آخر بتاريخ :2000/03/28 بأنه" حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتباره هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"[3].

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1991/06/18،م ق 1992،عدد 1، ص 65.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2002/07/25، ملف 215762،م ق 2002 ،عدد 1، ص 279.

[3] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2000/03/28، ملف 231419،م ق 2003 ،عدد خاص، ص 593.

وعليه فالضرر المعنوي الذي يكون مرتبطا بمسائل الطلاق فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجبها المشرع والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية و إنما هو ضرر شخصي محض.

خاتمة

إن الزواج رابطة مقدسة بين الزوجين من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون و المحافظة على الأنساب و الأصل فيه أن هذه الرابطة لا يتضرر منها أحد الزوجين من ممارسة الطرف الآخر لحقوقه بل على العكس كل منهما يكمل الآخر و لكن ما يشهده المجتمع حاليا من دعوى لتحرير المرأة من قيود لا وجود لها في الأصل في مجتمعنا الإسلامي جعل المرأة تحس أن أي تصرف من الزوج للحد من حريتها هو إضرار لها يستوجب تدخل القاضي لمنعه من هذا التصرف و إلزامه التعويض.

وبالمقابل نجد أن الرجل يعتبر كل ما خوله الله تعالى من قوامة على الأسرة هو تسلط يجعل منه أن أي تقييد أو منع للزوجة هو حق من حقوقه عليها و ليس عليها إلا الطاعة والامتثال.

وبتداخل هذه المفاهيم و هاته الرؤى أصبح الطلاق هو الحل الأمثل لشقاق الزوجين والأسهل و أصبحت محاكمنا وجهة للأزواج لعرض مشاكلهم على القضاء للفصل فيها.

و منه جملة ما توصلت اليه ما تم عرضه في هذا الموضوع أهم النتائج التالية:

- المشرع الجزائري كان متذبذبا و لم يعط تعريف صريح للطلاق و ترك ذلك للشرع و هو رفع قيد النكاح في الحال و المآل بلفظ مخصوص صريح.
- يعتري الطلاق الأحكام الشرعية الخمسة المتداولة بين الفقهاء و الأصوليين من وجوب و تحريم و تحريم وكراهة و ندب و إباحة.
- وضعت الشريعة الإسلامية قيود و ضوابط على الزوج عند إيقاعه للطلاق من شأنها الحد منه.
- مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة
- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تختلف عن القانون الوضعي، فمن ناحية المصدر فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه

الإسلامي مصدرها تشريع إلهي غير قابل للنقاش و هو القرآن الكريم ،فقد وجد هذا التشريع ليتناسب مع جميع البشر على اختلافاتهم. في حين أن القوانين الوضعية هي من عمل البشر و تتأثر بالضغوطات و هي عرضة للنقض وتتأثر بالعوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية.

- فهم و معرفة صور و معايير التعسف ضرورة ملحة و هذا لمعرفة إذا ما كان الطلاق تعسفا أم لا.
- المشرع الجزائري لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 ق أ ج.
- الشريعة الإسلامية أخذت بالتعويض عن الطلاق التعسفي انطلاقا من قول الرسول صلى الله عليه و سلم ((لا ضرر و ضرار)).
- التعويض عن الطلاق التعسفي لا يلغي للمطلقة حقها في المتعة المقرر لها ولا حق العدة.
- الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق و ليس على أساس المسؤولية التقصيرية.
- أوجبت بعض القوانين العربية التعويض للمطلقة عن تعسف الزوج في الطلاق لكن بشروط محدودة.
- ترك المشرع الجزائري لقضاة الموضوع سلطة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و لم يحدده (المادة 52 ق أ ج)

التوصيات

بعد معالجتنا للموضوع يمكن لنا تقديم بعض التوصيات :

على المشرع الجزائري تعديل المادة 52 ق ا ج أو إضافة مواد ينص فيها صراحة على:

- حق المتعة التي يفصلها عن التعويض عن التعسف في استعمال حق الطلاق و هذا لتمييزها عن التعويض.
- يوضح الفرق في تقدير التعويض عن المدخول بها و التي لم تدخل بعد فالمشرع الجزائري لم يفصل في المادة 52 ق ا ج بين المدخول بها و التي لم تدخل بعد و يتكلم عن الضرر المادي و المعنوي.
- دعما و حفاظا من المشرع الجزائري على حقوق المتخاصمين عليه تحديد مدة زمنية قصيرة بين العقد الإداري و الدخول و العكس.

قائمة المراجع والمصادر

أولا: المصادر

القرآن الكريم

السنة النبوية

ثانيا: الكتب

1. ابن عابدين: كتاب رد المختار جزء 3 .
2. ابن عبد الله محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الكتاب العلمية، لبنان.
3. ابن منظور، لسان العرب، جزء 10، ص260.
4. المعري مبروك، الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، (بدون سنة).
5. النووي، المنهاج، 60/10.
6. النووي روضة الطالبي 416 .
7. باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، ط1، عين مليلة، الجزائر، 2012.
8. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ديوان المطبوعات الجامعية 2005.
9. جميل فخري محمد ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، دار حامد، الأرد ن.
10. حسان هشام ، منهجية البحث العلمي، دار النقطة، ط2، الجز ائر، 2007.
11. رسمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي" ، دار قنديل ، عمان،2010.
12. رشيد زرواتي، تدريبات على منهجية البحث العلمي في العلوم الاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2002.
13. رمضان علي أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية: منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 2002.
14. سنن ابن داود، 463/2.
15. طاهر الحسين، الأوسط في الشرح قانون الأسرة في الجزائر يدعم باحثيها إلى المحكمة العليا،و المذاهب فقهية مع التعديلات مدخلة عليها الأمر 02/05 دار الرويبة الجزائر 2008.
16. عبد القادر داودي الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة دار البصائر، ط1 2007.
17. علي فلالي، التزامات العمل المستحق للتعويض، رغاية، الجزائر، 2002.

18. فيروز زرارقة وآخرون، سلسلة البحوث الاجتماعية في منهجية البحث الاجتماعي، مكتبة اقرأ، ط1، 2007.
19. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد و التفهيم، قانون الأسرة الجزائري المعدل بالامر 02-05.
20. محمد أبو الزهراء الأحوال الشخصية دار الفكر العربي، القاهرة، 1948.
21. محمد أحمد سراج، نظرية التعسف في استعمال الحق، الحق من وجهة الفقه الإسلامي دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
22. محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، لبنان،ط1، 1993.
23. مسلم كتاب القيامة والجنة و النار، صحيح مسلم، جزء 2.
24. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، جزء2.
25. موريس انجرس، منهجية البحث العلمي في العلوم الاجتماعية، (ترجمة:بوزيد صحراوي، وآخرون)، دار القصبة، الجزائر، 2010.
26. نصر الدين سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003.
27. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته الشاملة للدلالة الشرعية و الآراء المنهجية و أهم النظريات الفقهية، دار الفكر، ط2، دمشق، سوريا، 1991.

ثالثا: القوانين:

28. قانون الأسرة الجزائري رقم:84-11 المؤرخ في: 09 جوان 1984 و المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005.
29. قانون المدني الجزائري رقم: 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 والمعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/07/20.

رابعا: قرارات المحكمة العليا

30. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1998/03/17 ملف رقم :179696، النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر، ص98.
31. قرار المحكمة العليا، رقم 216865،بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي،غ أش.

32. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1988/11/21 رقم 14165، مجلة قضائية،1990،عدد4.
33. قرار المحكمة العليا، غ أ ش 1984/10/22 تحت الرقم 34327.
34. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1986/01/27،ملف رقم 39731 م ق، عدد1.
35. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ،1998/11/17،ملف رقم 210451 م ق ،2001،دور خاص.
36. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف 223019،م ق ،2001،عدد خاص.
37. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ،2000/02/22، ملف 235456،م ق ،2000،عدد خاص.
38. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ،1986/01/27، ملف 39731،م ق 1993،عدد 1.
39. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف 290451،م ق 2001،عدد خاص.
40. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، 2000/02/22، ملف 235456،م ق 2000،عدد 1.
41. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/09/12، ملف 327799،م ق1984 ،عدد 2.
42. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ،2007/07/12، ملف 368660، م.م.ع، عدد خاص.
43. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1991/06/18، م ق 1992،عدد 1.
44. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،2002/07/25، ملف 215762، ،عدد 1.
45. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/03/28، ملف 231419،م ق 2003 ،عدد خاص.

قرارات محكمة النقض:

46. محكمة نقض السورية ،1982/03/20، ق423،مجلة المحامون،1982.
47. محكمة النقض السورية ، 1981/09/28 قرار 279،مجلة المحامون،1981.
48. محكمة النقض المصرية ،1997/01/28،الطعن 74 سنة 63 مقتبس من أنور العمروسي.
49. محكمة النقض المصرية ، أ.ش، 1991/01/15، طعن رقم: 89.
50. محكمة النقض المصرية أ.ش، 1990/04/17، مجموعة المكتب الفني، السنة41.

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية

51. بلحواربي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014.
52. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010.

ملخص الدراسة

ملخص الدراسة :

إن الحياة الزوجية لما تحمله في الأساس من مودة و رحمة و طمأنينة بين الزوجين و محافظة على الأنساب قد تعرف اضطرابات و شقاقا بين الزوجين مرجعها إلى الطلاق الذي منح شرعا و قانونا للزوج لما له من قوامة ، لكن استعمال هذا الحق في غير موضعه و قصد الإضرار بالغير أو ضرره أكثر من منفعته يوجب التعويض الذي يقوم على أساس التعسف ويضع الزوج في خانة المتعسف و ذلك لتعسفه في استعمال حقه في الطلاق ، و قد منح المشرع الجزائري لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعسف و التعويض (المادة 52 ق.أ.ج)، تاركا سلطة تقديرية له .

وعليه فإن مسألة التعويض تبقى متعلقة بالضرر الناتج من جراء إيقاع الطلاق والمشرع الجزائري لم يوضح أو يفرق بين المدخول بها و التي لم تدخل بعد ، لكنه كان محقا في عدم تقدير قيمة للتعويض كون صور و مقدار التعسف تختلف و يختلف معها الضرر الناتج باختلاف المكان، كما أن المشرع الجزائري لم ير اعي القدرة المالية للزوج في التعويض كون الشريعة مصدر مادي للقانون مصداقا لقوله تعالى:($B ä$ ¡ Ï9$ãø Ü bî ßaø æ y$Zã_ ŵ

$ð»GB ¼çâ‰% ÎÌøÒ3ø$’?ãr ¼çâ‰% ÆÅqçø$’?ã £èqãFBr ÞÒƒÌù £Ò9 ¢qÈÌŷ? ¼& £èq¡ J? Ñ9

سورة البقرة ÇÏÌÈ ûüÏÅ¡ó¨Bø$’?ã $)m Å¡ræê J¨Bø

الملاحق

نماذج من قرارات المحكمة العليا

عن كتاب الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية للأستاذ جمال سايس، منشورات كليك، طبعة 2013، المحمدية الجزائر، جزء1، جزء2، جزء3

- قرار رقم: 391655 المؤرخ في: 2007/04/11

(استفادة المطلقة من تعويضات بموجب حكم الطلاق الأول لا يحرمها من الاستفادة من توابع العصمة في الطلاق الثاني.)

- قرار رقم: 372290 المؤرخ في: 2006/11/15

(يحق للزوجة ، في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض ، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها)

- قرار رقم: 356896 المؤرخ في: 2006/07/12

(لا يعد التعويض للمحكوم به لصالح الزوجة، بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة ، و التعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق ، تعويضين عن واقعة واحدة .)

- قرار رقم: 345709 المؤرخ في: 2005/10/12

(للمطلقة في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين ، الحق في التعويض عن كل طلاق، واقع بإرادة الزوج المنفرد .)

- قرار رقم: 256857 المؤرخ في: 2001/01/23

(إن القضاء بالطلاق قبل الدخول طبقا لأحكام المادة 05 من ق أ بدل المادة 52 منه دون تحديد المسؤولية عن هذا التفريق يعد خطأ في تطبيق القانون .)

- قرار رقم: 210451 المؤرخ في: 1998/11/17

(من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق.

و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

و متى تبين – من قضية الحال – أن قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز .

فإنه بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا .)

- قرار رقم: 192665 المؤرخ في: 1998/07/21

(من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

و متى تبين – في قضية الحال – أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها وإهمالها مع أولادها و عدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة و تعويضها طبقوا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .)

- قرار رقم: 87301 المؤرخ في: 1992/12/22

(من المقرر قانونا و قضاء ، انه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج ،كتكوين أسرة و تربية الأولاد .

و لما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق على : عدم إمكانية إنجاب الأولاد ، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفرو بقضائهم الأسباب الشرعية

الكافية، ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض ، مما يتوجب نقضه جزئيا لهذا الجانب لانعدام حالة التعسف)

- قرار رقم :53017 المؤرخ في:1989/03/27

(متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته و نتج عن ذلك ضرر لمطلقته ،فان كل زوجة بادرة بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها و حكم لها به ، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ، و من ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ فهما خاطئا للقانون .

و لما كان من الثابت – في قضية الحال – إن الزوجة هي التي طلبت التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا علي الحكم الابتدائي و تعديلا له برفع مبلغ التعويض و نفقة العدة و نفقة الإهمال بالرغم بتصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع ، فإنه بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من ق.ا فهما خاطئا.وتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض و السكن و نفقة الإهمال)

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتـــــــــوى	الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	أ_د
الفصل الأول : ماهية الطلاق التعسفي	**09**
المبحث الأول : مفهوم الطلاق	**11**
المطلب الأول: تعريف الطلاق	**11**
الفرع الأول : تعريفه لغة	**11**
الفرع الثاني : تعريف اصطلاحا	**12**
المطلب الثاني: حكم الطلاق و ضوابطه	**14**
الفرع الأول : حكم الطلاق	**14**
الفرع الثاني : ضوابط الطلاق	**17**
المبحث الثاني : التعسف في استعمال حق الطلاق	**21**
المطلب الأول : تعريف التعسف في استعمال الحق	**21**
الفرع الأول : تعريف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	**21**
الفرع الثاني : تعريف التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري	**23**
المطلب الثاني : صور الطلاق التعسفي و معاييره	**24**
الفرع الأول : صور الطلاق التعسفي	**24**
الفرع الثاني : معايير التعسف في الطلاق	**28**
الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي	**29**
المبحث الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	**32**
المطلب الأول: تعريف التعويض	**32**
الفرع الأول : تعريف التعويض في الفقه الإسلامي	**32**

الفرع الثاني : تعريف التعويض في القانون الجزائري	**33**
الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	**34**
المطلب الثاني: تمييز التعويض عن الحقوق المالية	**36**
الفرع الأول : تمييز التعويض عن حق المتعة	**37**
الفرع الثاني : تمييز التعويض عن نفقة العدة	**39**
المبحث الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**41**
المطلب الأول : الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي	**41**
الفرع الأول : الأساس القانوني في التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري	**42**
الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعين (السوري والمصري)	**44**
المطلب الثاني : تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**49**
الفرع الأول : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**49**
الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض	**52**
خاتمة	**56**
قائمة المراجع والمصادر	**60**
ملخص الدراسة	**63**
الملاحق	**65**
فهرس المحتويات	**69**