جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر حقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة
زروق خيرة

إشراف الأستاذ:
بن احمد عبد المنعم

لجنة المناقشة:

1- أ جمال عبد الكريم..... رئيسا.
2- أ بن احمد عبد المنعم..... مقررا.
3- أ بلقاسم مخلط.....مناقشا.

السنة الجامعية: 2017/2016

إهداء

أهدي ثمرة جهدي الى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما.

الى أخوي نايل وطارق.

الى أخواتي رانيا، سلمى، آية خلود.

الى إبنتي خديجة.

الى كل العائلة الكريمة.

الى كل أصدقائي وزملائي.

زروق خيرة

شكر

أشكر المولى العلي القدير الذي وفقني لإنجاز هذا البحث وأتقدم بتشكراتي الخالصة للأستاذ الدكتور: بن احمد عبد المنعم الذي أشرف على هذا العمل، وزودني بالنصائح والإرشادات فجزاه الله عني خيرا.

- كما يسعدني أن أتقدم بالشكر الى لجنة المناقشة لتفضل سيادتها بقبول مناقشة هذه المذكرة التي زادتني فخرا وشرفا.

واخيرا أتقدم بالشكر الى كل من مد لي يد العون من قريب أو بعيد.

زروق خيرة

مقدمـــة

مقدمة:

لما كانت الأسرة هي النواة الرئيسية في بناء مختلف المجتمعات،واذا كانت هذه النواة قوية ومتراصة وأفرادها متفاهمون يكون المجتمع قويا ورصينا ومتماسكا، فكان للعلاقة الزوجية أهمية كبيرة في بناء الأسرة وبالتالي المجتمع فقد اهتمت المجتمعات و على مر العصور بالأسرة ورعايتها والعمل على ضمان استقرارها ودوامتها، فيعتبر الزواج هو الخطوة الأساسية في طريق هذا التكوين الذي ينتج عنه السكن والمودة والرحمة،لقوله سبحانه وتعالى: **"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ" (سورة الروم،الآية:21)**

ومن أهداف ومقاصد الزواج اعفاء الزوجين،وضبط شرفهما وصيانة المجتمع من فوضى اختلاط الانساب وحفظ النسل من خلال الانجاب، وهذه العلاقة الزوجية يظلها الله سبحانه وتعالى ويحكمها الضمير والوجدان.

لكن قد يحدث أثناء الحياة الزوجية أن يحل الجفاء محل المودة والمحبة،مما يجعل الحياة الزوجية مصدر للشقاء والخصام، ويكون لها مخالفات لذلك وحماية للمجتمع والأسرة فقد شرع الحكيم الطلاق والفراق للتخلص من حياة زوجية لا جدوى في بقائها، وزوالها أهون من استمرارها

لقوله عز وجل: **"وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"(سورة النساء ،الآية:130)**

وتشريع الخالق للطلاق فيه ضرورة وتوجيها للحياة الزوجية، اذا لم يستقم أمرها وتأكد الزوجان ومن حولهما أنه لاسبيل لاستمرارها على الوجه الصحيح.

وكما نعرف الطلاق الأصل فيه يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية، فاذا طالب الزوج بالطلاق وأصر عليه، فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خروجا عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق فأصبح الطلاق هنا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق،والذي يترتب عليه مايسمى بالطلاق التعسفي وقد رتبت عليه الشريعة الاسلامية عليه أثرا،يهدف الى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وهو مايسمى بالتعويض والذي تفرضه على الزوج.

وقوله تعالى: **"وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ"(سورة البقرة،الآية:241)**

لذلك نجد أن المشرع الجزائري في تشريع الأسرة بموجب المادة 52 من قانون 84 المعدل والمتمم،اعطاء القاضي حق الاستجابة للزوج المصر على طلب الطلاق وتحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق تكريسا واعمالا للعمل الشرعي وفقا للقاعدة الشرعية "لاضرر ولاضِرار".

فقانون الأسرة كفيل بضمان حقوق المرأة عند الطلاق التعسفي وذلك بمنحها الحق بطلب التعويض بموجب المادة 52 : **" اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".**

وواقعة الطلاق التعسفي في القانون الجزائري تعرض بشئ واحد وهو التعويض فبالنسبة للمشرع الجزائري لم يتعرض للتعسف ولا لصوره، لذلك نجد الكثير من الابهام واشكاليات عديدة حول تحديده وتطبيقه فالمشرع الجزائري لم يراع ظروف الزوجة المتضررة كما أن قيمة النفقة تبدوا مجحفة مع الاضرار التي لحقت بها.

وبالتالي فبالرغم من أهمية الموضوع قانونيا فله أهمية من الناحية الاجتماعية والتي تعتبر التعويض عن الطلاق التعسفي راعي للزوج من جهة التعويض،ومن جهة اخرى حماية للزوجة والاولاد من الضياع والتشتت، فكما أسلفنا سابقا المشرع الجزائري لم يتعرض للطلاق التعسفي من حيث تكييفه وتحديد صوره، بل ابق عليه غامضا، فحدد التعويض عن الطلاق التعسفي على حسب كل حالة وتبقى السلطة التقديرية للقاضي.

ولمعالجة موضوع المذكرة تطرقنا الى طرح الاشكالية التالية:

- كيف عالج المشرع الجزائري موضوع الطلاق التعسفي والتعويض عنه فقها وقانونا؟

وتتفرع هذه الاشكالية الى اشكاليات فرعية:

- ماهي الاسباب المشروعة لايقاع الطلاق من الزوج بالارادة المنفردة؟
- ماهي صور الطلاق التعسفي وطبيعة الأضرار التي يسببها للمطلقة؟
- وكيفية التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري؟

- هل التعويض عن الطلاق التعسفي كاف لجبر الضرر للمطلقة عن الاضرار التي لحقت بها؟

أهمية اختيار الموضوع:

مهما كان الاسم الذي يطلق على الطلاق فهو تفريق بين زوجين اتفقا على العيش المشترك مدى الحياة بموجب عقد نكاح شرعي.

الا ان الطلاق التعسفي هو ان يقدم الزوج على انهاء عقد النكاح بينه وبين زوجته دون اسباب

موجبة لذلك، فيقع على الزوجة ضرر كبير، لذا اجاز لها المشرع المطالبة بكامل حقوقها الوارة في عقد الزواج، والتعويض المالي عن الضرر النفسي الذي وقع عليها.

الأسباب التي ادت الى دراسة الموضوع:

من بين الأسباب التي فعتني الدراسة هذا الموضوع هي:

- كثرة حالات الطلاق بصورة كبيرة ومتزايدة.
- الضرر النفسي الذي يمس المرأة من الطلاق وخاصة اذا كان طلاق تعسفي بالرغم من وجود التعويض عن الضرر في هذا الطلاق الا أنه لايساوي الضرر النفسي الذي يلحق بها.

المنهج المتبع:

اخترت المنهج التحليلي، وذلك بمقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الاسلامية قصد الخروج بدراسة وافية وشاملة لموضوع الطلاق التعسفي ، وذلك للإلمام بجميع جوانب الموضوع في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الأول:

ماهية الطلاق التعسفي

تمهيد:

قال الله تعالى: **"وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا "** **(سورة النساء ،الآية:21)**، لقد قدس الاسلام الزواج ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه واستمراره والأصل أن تستمر الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، حتى يفرق الموت بينهما، لكن قد تسوء العشرة بين الزوجين ويتعثر العيش بينهما، وقد تفشل محاولات الصلح بينهما لذا شرع الاسلام انهاء العلاقة الزوجية بينهما بالطلاق وقد وضع لذلك جملة من الأحكام والاجراءات التي ينبغي على الزوج اتباعها حتى يقع طلاقه صحيحا، الا أنه أحيانا قد يسئ الزوج ممارسة حق الطلاق الذي بيده فيتعسف في طلاقه.

- فماهو المقصود بالطلاق؟
- وماهو التعسف في الطلاق وصوره؟

وللاجابة على هذا التساؤل قسمت هذا الفصل الى مبحثين، تناولت في المبحث الاول: مفهوم الطلاق وقسمته الى ثلاث مطالب، في المطلب الاول تعريف الطلاق ومشروعيته، اما المطلب الثاني حكم الطلاق، وفي المطلب الثالث الاسباب المشروعة لايقاع الطلاق.

اما المبحث الثاني: فتناولت فيه مفهوم الطلاق التعسفي وقسمته بدوره الى ثلاث مطالب في المطلب الاول نجد فيه تعريف الطلاق التعسفي وفي المطلب الثاني حكم الطلاق التعسفي وفي المطلب الثالث صور الطلاق التعسفي.

المبحث الاول: مفهوم الطلاق

لقد شرع الله الطلاق كآخر حل، ان لم تجد كل المحاولات، وأباح للزوجين ان يركنا الى أبغض الحلال وهو الطلاق لقوله (ﷺ): **" ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"**

وبالتالي تعددت تعريفات الطلاق من طرف الفقهاء

المطلب الاول: تعريف الطلاق ومشروعيته

الفرع الاول: تعريف الطلاق

أولا: تعريف الطلاق لغة:

الطلاق لغة: هو حل القيد والاطلاق[1]، وهو الترك والمفارقة يقال طلق البلاد اي تركها وفارقها وطلقت القوم اي فارقتهم[2]، تقول طلقت البلاد اذا فارقتها والقوم اذا تركتهم ومن ذلك قول ابن احمر غطارفة: "يرون المجد عما اذا ماطلق البر العيال، أي تركهم كما يترك الرجل المرأة، والطالق من الابل التي لاقيد ولا عقال عليها وتطلقت الخيل، اذا مضت دون أن تحبس وعبد طليق أي صار حرا، وأطلقت الأسير اذا أخليت سبيله، والطلاق من النوق التي تترك بصرارها ومن ذلك قول الحطيئة:

أقيم على المعزى بدار ابيكم*** تسوق الشمال بين صبحي وطالق.

والصبحى التي تحلب في مبركها صباحا، والطالق التي تترك بصرارها فلا تحلب في مبركها،ونعجة طالق هي التي تترك الراعي لبنها يوم وليلة،ثم يحلبها وبعير طلق اليدين اي غير مقيد، قال ابن الأعرابي: والتطليق،التخلية والارسال وحل العقد ، ويكون بمعنى الترك والارسال[3].

ان المتأمل لمادة "طلق" يجدها تدور حول معنى المفارقة،الترك،نزع القيد والتخلية والحرية والارسال والحقيقة ان كل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من اي نوع من

---

[1]– شوقي ضيف، معجم الوسيط،ط4، مكتبة الشروق الدولية،مصر،2003م،ص:563.

[2]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري،ج2،ص:207.

[3]– نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،عين مليلة،الجزائر،2003م،ص:6.

الروابط والقيود التي تحد من الحرية،ثم كثرت استعمال هذه المادة في طلاق الرجل امراته،لما في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها لبيت الزوجية،ومن ترك لها وتخلى عنها[1]،وايضا الطلاق والاطلاق هو رفع القيد مطلقا سواءا حسيا او معنويا،وهو الارسال والترك وتقول: أطلقت الاسير اذا حللت قيدت وارسلته[2].

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا

أ- تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي

هو رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص،سواء كان هذا اللفظ مخصوصا منطوقا مكتوبا او مشار اليه او به[3]،كما يعرف الطلاق اصطلاحا بانه انهاء الحياة الزوجية الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق او معناها صراحة او دلالة[4].

وعرفه الأستاذ بدران ابو العنين بدران: ان الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال والمآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية أو الاشارة ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح ويمنع من استمرارها فاذا كان الزواج غير صحيح فرفع أحكامه لايكون طلاقا،بل يسمى فسخا من العقد الذي وقع فاسدا، فالطلاق من أحكام الزواج الصحيحة وأثر من الاثار المترتبة عليها[5].

وقد عرف الاستاذ مصطفى شلبي: هو حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو مايقوم مقامه بالحال او المآل[6].

---

[1]- نصر سليمان وسعاد سطحي، مرجع سابق ، ص:6.

[2]- نصر اسماعيل ابا بكر الباري،احكام الاسرة الزواج والطلاق بين الحنيفة والشفعية،دراسة مقارنة،ط1،دار حامد،عمان،2009م، ص:229.

[3]- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الطلاق، الخلع، وحقوق الأولاد ونفقة الاقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية،دار الجامعة الجديدة للنشر،2004م،ص:12.

[4]- بلحاج العربي،مرجع سابق، ص: 208.

[5]- بدران أبو العينين،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الاربعة السنية،دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت،لبنان،ص:302.

[6]- مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري،ط4، دار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت،1983م،ص:471.

كما عرفه الأستاذ مسعود كمال في مايلي: لقدخصص العرف استعمال طلق فيرفع القيد المعنوي وأطلق في رفع القيد الحسي فيقال:طلق رجل زوجته،ولايقال أطلقها كما يقال أطلق الرجل البعير بمعنى فك قيده ولايقال طلق البعير"[1]

لقد تناولت المذاهب الاربعه تعريف الطلاق شرعا وسنتطرق اليها كالاتي:

أ/تعريف الحنفية:

1- التعريف العيني:"رفع قيد النكاح من محله وقيل: الطلاق عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد للنكاح بالفاظ مخصوصة.

2- التعريف الميداني: "رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص"[2]

ب/تعريف المالكية:

- تعريف ابن رشد:" هو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين".

- تعريف ابن عرفة:" هو صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الاولى للتحريم"[3].

ج/تعريف الشافعية:

يعرف الكوهجي:"حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"[4] ، ويعرف ابن حجر:"حل عقدة التزويج فقط".

د/تعريف الحنابلة: يعرف ابن قامة:"حل قيد النكاح"[5].

---

[1]- مسعود كمال، مشكلة الطلاق في المجتمع الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،ديوان الجزائر،1986م،ص:24.

[2]- محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية،دار الفكر العربي،القاهرة،1948م،ص:279.

[3]- عبد القادر داودي،الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية،دارسة شرعية قانونية مقارنة،دار البصائر،2007،ص:238.

[4]- طاهري حسين، الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري مدعم بإجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.مرفق بنماذج قضائية بعرائض الأحوال الشخصية،دار الخلدونة،الجزائر،2008م،ص:81.

[5]- نصر سليمان،سعاد سطحي،أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية،دارسة مقارنة مع قانون الاسرة،دار الهدى،عين مليلة،2003م،ص:7،6.

كما أن الاسلام حرص أشد الحرص على استقرار الحياة الزوجية ودوامها ولذلك عقد الزواج في ظله على سبيل التأبيد حيث قال الله تعالى:"**وَأَخَذْنَ مِنكُم ميثاقا غَلِيظاً** "[1].

ومن هنا فرباط الزوجية وثيق لا يمكن الافلات منه، وان لم يكن ذلك على الاطلاق فانه لا يتم الا بعد استنفاد جميع الوسائل المشروعه للمحافظه عليه وتبعا لذلك فكل محاولة لفك قيد النكاح تعتبر مكروهة ويشمئز منها الطبع الاسلامي والدليل على ذلك حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم): " ابغض الحلال عند الله الطلاق"، غير ان الشريعة الاسلامية نظرا لكونها تتميز بالواقعية دون غيرها من الشرائع قد أباحت الطلاق اذا كان ضروريا لدفع مقاصد أكثر من الضرر الناتج عن التفريق بين الزوجين فتصبح هذه الحياة جحيما لايطاق ومن هنا كان الحل هوالطلاق الذي يسمح لكل منهما ان يبدأ حياة جديدة قد تعطي ثمارا عجزت بحريتها السابقة عن تحقيقها وان كان هذا هو حال الطلاق في الشريعة الاسلامية فانه كان لزاما علينا ان نتفحص موقف القانون الجزائري من الطلاق.

ب- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني:

المشرع الجزائري عرف الطلاق في المادة 48 قانون أسرة جزائري من قانون 05 -02: " الطلاق حل عقد الزواج ويتم بارادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجه في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"[2].

واستعمل المشرع كلمة حل، التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالارادة المنفردة أوبتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي[3].

فالمادة لم تعط أي تعريف دقيق لبيان أركان وشروط الطلاق، وذلك في محاولة المشرع التملص من أي التزام يقع على عاتقه، وبتالي ترك ذلك الى الفقه بموجب المادة 222 من

[1]- سورة النساء الآية 21.

[2]- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في:27فبراير 2005.

[3]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص:207،208.

قانون الأسرة الجزائري[1] ،التي تنص على ان كل ما لم يرد النص عليه هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق:

شرع الاسلام الطلاق في تحقيق أصل من أصوله وهو أن يكون وسطا بين الافراط والتفريط غير أنه يعد تشريعا استثنائيا لقوله (صلى الله عليه وسلم): " **أبغض الحلال عند الله الطلاق**" وقد استمد الفقهاء الدليل على مشروعيته من الكتاب والسنة والاجماع والقياس.

أولا: مشروعية الطلاق من الكتاب:

لقوله تعالى: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** "[2]

حيث تبين الآية عدد الطلاق الذي يرتجع منه، دون زوج آخر، وقيل انها ارادة لبيان عدد الطلاق الذي يرتجع منه دون زوج اخر، وقيل انها ارادة لبيان عدد الطلاق الذي يجوز ايقاعه وهو طلاق السنة، وقوله عز وجل: " **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ** "[3] معنى ذلك فطلقوهن لطهرهن من غير جماع ولا تطلقوهن بحيضهن، وقوله عز وجل:

" **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** "[4] ،أي لاحرج عليكم ان طلقتم النساء قبل مجامعتهن.

ثانيا: مشروعية الطلاق من السنة:

– ما ورد عن النبي (ﷺ) أنه طلق السيدة حفصة (رضي الله عنها) ثم راجعها[1].

[1]– المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- سورة البقرة، الآية:229.

[3]- سورة الطلاق، الآية: 01.

[4]- سورة البقرة، الآية:236.

– ما روي عن النبي (ﷺ): **" أبغض الحلال عند الله الطلاق"**

وكذا : **" ما أحل الله شيئا أبغض الله من الطلاق "**

– وقال ﷺ: **"ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق ".**

– وعن عبد الله بن عمر "رضي الله عنه" أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب "رضي الله عنه" رسول الله "ﷺ" عن ذلك فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم ان شاء الله امسك بعد، وان شاء طلق[2].

ثالثا: مشروعية الطلاق من الاجماع والقياس:

أ– من الاجماع: اجمع المسلمون على ان الطلاق جائز.[3]

ب– من القياس: ان العشرة اذا فسدت بين الزوجين ولم ولم يكن في الاستطاعه دوامها يكون من العبث بقاء زواج وامساك الزوج زوجته،وهو لايطيق معاشرتها لما في هذا الامساك من تفويت المقصود من الزواج وتضييع للمصالح المنشودة منه، والتي شرع لاجلها قوله تعالى: **" وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا "**[4].

المطلب الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته

الفرع الاول: حكم الطلاق

نظرت الشريعة الاسلامية الى حكم الطلاق من وجهتين هما:

---

[1]- نصر سليمان، سعاد سطحي،مرجع سابق،ص:08.

[2]- نصر سليمان، سعاد سطحي،مرجع سابق،ص:08.

[3]-رمضان علي السيد الشرنباصي،أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002،ص:220

[4]– سورة النساء، الآية:130.

يرى الفقهاء ،أن الطلاق من حيث الأحكام التكليفية التي تعتريه من الوجوب والحرمة والكراهة والندب والاباحة:

1.التحريم: اذا وقع في الحيض أو النفاس،[1] أو في طهر مسها فيه.

2.الكراهة: ويكره الطلاق لغير سبب، كطلاق زوجة مستقيمة الحال.

3.الاستحباب: لتفريطها أي الزوجة في حقوق الله تعالى الواجبة،كالصلاة،ولايمكن اجبارها عليه أو مع مخالفتها للزوج بغير وجه حق [2] أو التضرر ببقاء النكاح لبعضه أو لسبب غيره.

4.الواجب: كطلاق المولى بعد التربص أربعة أشهر من حلفه اذا لم يفىء أي اذا لم يطأ زوجته أو طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين اذا رأياه.

5.الإباحة: عند الحاجة اليه ،لسوء خلق المرأة أو سوء عشرتها وكذا يباح للتضرر بها من غير حصول العرض بها، وكما أسلفنا يكون مباح اذا كانت هذه الزوجة سليطة اللسان مؤذية لزوجها ففي هذه الحالة يكون الطلاق أرجح من تركه[3].

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيته

اذا عجز الزوجان أو أحدهما من تحقيق المقصود السامي من النكاح، وهو تكوين الأسرة بانجاب الأولاد ورعايتهم في جو يسوده المحبة والتعاون والتفاهم والوئام.

فحلت النفرة والشقاق محل المحبه والوئام ، وحل التباغض محل التفاهم والانسجام بسبب سوء خلق أحد الزوجين،مع عجز الحكمين وأهل الخير من التوفيق بينهما.

أو بسبب عقم الزوج مع رغبة الزوجة بانجاب الذرية أو اصابة أحدهما بمرض لاتستطاع معه المباشرة مما يجعل الحياة جحيما لايطاق عندئذ يصير بقاء النكاح بعد فساد الحال بين الزوجين مفسدة ومضرة وسوء معاشرة من غير فائدة،فلا بد من شرع ما يزيل النكاح لتزول

[1]– المغني لابن قدامة،ج7،ص:264،263.

[2]– كريمة عبود جبر،عبد الهادي عبد الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية بجامعة البصرة،المجلد8،العدد2،بحث حول محددات الطلاق في الشريعة الاسلامية،حكمها والحكمة منها،ص:127.

[3]– سيد سابق،فقه السنة، دار الفكر العربي للطباعة، بيروت،1973م،ص:208.

المفسدة الحاصلة منه ، لذا كان تشريع الطلاق رحمة أباحه الله لعباده،ولم يحجر عليهم بالتضييق والمشقة،وهو ربما يكون أصلح لحال كلا الزوجين،ليغني الله كلا من سعته.

قال الله عز وجل: " وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ "[1].

وقد أشار الى هذا المعنى الامام الكاساني اذ قال: شرع الطلاق في الأصل لتحقيق المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الأخلاق لايبقى للنكاح مصلحة،لأنه لايبقى وسيلة الى المقاصد أي مقاصد النكاح فتغلب المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه،فيستوفي مصالح النكاح منه[2].

المطلب الثالث: الاسباب المشروعة لايقاع الطلاق

بغض الاسلام الطلاق ونفر منه، ورغب في الحياة الزوجية وصانها،وحذر من العبث بها لما يترتب على ذلك من أضرار تقع على الأسره خاصة وعلى المجتمع عامة وضع الشارع

[1]– سورة النساء،الآية: 130.

[2]– بدائع الصنائع للكاساني، ط1327،1ه،ص:112.

الحكيم محددات وقيودا و موانع للتضييق من دائرته والحد من اتساعه والحيلولة دون وقوعه فلا يلجأ اليه الا عند الضرورة الملحة وانسداد مخارج الصلح والاصلاح فإذا توفرت هذه الأسباب المشروعة كان الطلاق موافق للشرع لا اثم فيه، وان فقد أحد منها كان ايقاعه موجبا للاثم والسخط الإلهي.

الفرع الاول: ان يكون الطلاق لحاجة مقبولة

نحن نعرف أن الطلاق أمرا مقيتا و مبغوضا بنظر الشريعة،ولذلك جاءت الروايات الكثيرة مؤكدة كراهية ايقاع الطلاق تشهيا وعلى أساس التذوق والنزوة بل عد الفقيه "ابن عابدين[1] ،من الاحناف الطلاق لغير حاجة حمقا،وكفران النعمة،وايذاءا للزوجة وأهلها وأولادها.

كما يرى الأستاذ أبو زهرة أن الزواج عقد أبدي لازم، والقياس لاينهيه أحد العاقدين بارادته المنفردة،ولكن أجيز للحاجة فقط، فان لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع[2] ،فالطلاق مع عدم الحاجة اليه وطاعة الزوجة يعد بغيا عليها لقوله تعالى:

" فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً "[3].

وكذا الحال بالنسبة للزوجة لايجوز لها أن تسأل زوجها الطلاق من غير حاجة اليه للحديث النبوي: " **أيما امرأة سالت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة** "[4]

ففيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريما شديدا وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة[5].

لأن من لم ير رائحة الجنة غير داخل فيها أبدا وكفى بذنب يبلغ صاحبه الى ذلك المبلغ مشيرا الى خطورته وشدته كما قال الإمام الشوكاني.

---

[1]– حاشية ابن عابدين، ط2، 1386هـ، ج3،ص:228.

[2]– للشيخ محمد ابي زهرة،الأحوال الشخصية ، طبع ونشر دار الفكر العربي،ط3،القاهرة،1375هـ، ص: 114.

[3]– سورة النساء،الآية: 34.

[4]– سنن ابن ماجه،ص: 653.

[5]– وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية وتحقيق النبوية وتخريجها،ج7،الاحوال الشخصية دار الفكر،ط2، دمشق،ص:398–400.

فكما نعرف أن الاسلام شرع النكاح لتحقيق مقاصد أراد الشارع تحقيقها من تسكين النفس واستقرارها أو تكثير النسل ورعايته، وحفظ الانساب وعدم اختلاطها، وبالتالي فالطلاق لغير حاجة يناقض هذه المقاصد كلها فهو يقطع النسل ويشرد الاطفال.

كما أنه يؤثر تأثيرا بالغا على حياة المرأة والتي بقيت بلا معيل، وبهذا فالطلاق يخلق اعباءا اجتماعية واقتصادية خطيرة. [1].

هذا بالاضافة الى ما ينشأ من دواعي الشحناء والبغضاء بين الأسر والعائلات فتحصل القطيعة والهجران المنافيان لحكمة الاجتماع والاتحاد والوئام.

وبهذا كله كان الطلاق في الأصل محظورا الا لحاجة فيكون مباحا.

الفرع الثاني: ان يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه

اذا سمح الاسلام للزوج باللجوء الى الطلاق كعلاج أخير، بحيث أصبح مخرجا من الضيق وفرجا من شدة في حياة زوجية لم تتحقق ما أراد الله تعالى لها من مقاصد الزواج التي تقوم على المودة والسكن النفسي والتعاون في الحياة، فان الاسلام ألزمه بالتقييد بوقته المحدد له الذي يتعلق بحالة الزوجة وهي حالتان:

– الحالة الاولى: أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.

– الحالة الثانية: أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

الفقهاء مع ذكرهم لهاتين الحالتين، لم يفرقوا بينهما من حيث الحكم فما يجري على الأولى من أحكام يجري على الثانية تبعا فنقول: اذا طلق الزوج زوجته وهي حائض أو نفساء وسواء كان يعلم بحيضها أم لا، أو طلقها في طهر جامعها فيه، فهل يقع طلاقها؟

لا خلاف بين الفقهاء في أن الطلاق في هذه الحالة يعد محرما والزوج آثما، ويسمى هذا الطلاق بالطلاق البدعي.

[1]–بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص :209

وقصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس،وكرهوه في طهر جامعها فيه لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء، فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة وأمر أن يطلقها الا في موضع تعرف عدتها ماهي لتستقبلها قال تعالى:

" فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ "[1]

وبالتالي فيمكن القول بعدم وقوع طلاق الحائض، فهذا المعنى متفق عليه بين العلماء قاطبة قال تعالى: " الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "[2].

فسبب النهي عن الطلاق في هذه الحالتين: هو اطالة العدة على المرأة فالمقررعند الفقهاء أن علة تحريم الطلاق في الحيض هو تطويل العدة على المطلقة أي الزوجة،فتكون خلال تلك المدة كالمعلقة لاهي معتدة ولا ذات زوج، وذلك اضرارا بها وهو منهي عنه[3].

وقد أشار الى هذا المعنى الكاساني في بدائعه اذ قال: " ولأن في تطويل العدة عليها أن الحيضة التي صادفها الطلاق فيه غير محسوبة في العدة، فتطول العدة عليها وذلك اضرار بها ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق في زمان كمال الرغبة اي رغبة الزوج في جماع زوجته وزمان الحيض زمان النفرة، فلا يكون الاقدام عليه أي بالطلاق فيه دليل الحاجة الى الطلاق،فلا يكون الطلاق فيه سنة بل سفها[4].

الفرع الثالث: ان يكون الطلاق مفرقا ليس باكثر من واحدة

لاخلاف بين الفقهاء، على أن الطلاق السني المشروع هو ماكان مفرقا، أي الواقع بالترتيب مفرقا الواحد بعد الاخر،أما ايقاع الثلاث بلفظ واحد، أوبألفاظ مختلفة في طهر واحد فانه يكون طلاق بدعيا محظورا عند فقهاء الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم ولايحرم ولايكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات، وكذا عند أبي ثور وداود الظاهري، وانما

[1]– سورة الطلاق،الآية: 01.

[2]– سورة البقرة،الآية: 229.

[3]– عبد القادر بن حرزالله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري حسب آخر تعديل له،دار الخلدونية،الجزائر،ط2007،1،ص:227.

[4]– بدائع الصنائع للكساني،ط1، 1327هـ، ج6،ص:04.

يكون تاركا للاختيار والفضيلة يؤيد الرأي الأول ماورواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله (ﷺ) عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا، فقام غضبان،ثم قال:أيلعب بكتاب الله،وأنا بين أظهركم،حتى قام رجل فقال: "يارسول الله، ألا أقتله"[1].

فالحكمة من جعل الطلاق مفرقا،فالقصد منه التوسعة على الناس، لأن الزوج اذا طلق امرأته مرة واحدة،فقد يظهر له الندم وعدم الصبر على فراقها، فيختار الرجوع اليها، فلو جعلت الطلقة الاولى مانعة من الرجعة،لتعطل المقصد الشرعي من اثبات حق المراجعة.

أولا: الحكمة من حصر الطلاق بالثلاث وعدم الزيادة عليه، فالقصد منه ردع الأزواج من الاستخفاف بحقوق أزواجهم، وجعلهن لعبا في بيوتهن يضاروهن بالطلاق والمراجعة من غير قصد الاصلاح،كما كان عليه الجاهلية، لذا جعل الشارع الطلقة الاولى هفوة،والثانية تجربة والثالثة فراقا.

ثانيا: والحكمة من تحريم المطلقة ثلاثا على مطلقها،الا بعد ان تتزوج زوجا غيره،فالقصد منه تحذير الازواج من المسارعة في ايقاع الطلقة الثالثة، الا بعد التأمل والتروي والتريث الذي لا أمل بعده في حسن المعاشرة،للعلم بحرمة العودة الا بعد زواج من غيره، ولأن التطلع الى المطلقة بعد معاشرتها من زوج اخر أمر تنفر منه النفوس والطبائع، فيصير هذا كالشرط المانع له، من العودة اليها ويثبت على ما رأى من الصلاح في مفارقتها.

ثالثا: أما الحكمةالمانع في عدم تحريم المطلقة ثلاثا في مجلس واحد على مطلقها على وجه التأبيد المانع من العودة اليها، فالقصد منه التيسير ورفع الحرج، فلعله لايصبر عنها وحينئذ يقع في الهلاك،بل جعل الطلاق الثلاث ثلاثا بعيد كل البعد عن المصلحة وفيه انقطاع سلك العائلة وتفكك رباطها[2].

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق،ص:404،403.

[2]- محمد احمد شاكر،نظام الطلاق في الاسلام،ط1،بمصر،1975،ص:25.

لقد أثبت المشرع والقانون حق الزوج في الطلاق باعتباره صاحب العصمة الزوجية فيملك حق المفارقة الزوجية بايقاع الطلاق عليها، لذا قيد الحق بشروط منها مراجعة النفس وعدم الانسياق مع العواطف العارضة والانفعال والتروي وأخذ القرار المناسب للطلاق.

فالزوج يجب أن يستعمل هذا الحق بأسس شرعية وقانونية وفي الحدود المرسومة له.

لكن أحيانا قد يتجاوز هذا الحق وبالتالي قد يلحق الضرر بالزوجة ويترتب عليه مسؤولية وللالمام جيدا بهذا الجانب والمتمثل في مفهوم الطلاق التعسفي،ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى ثلاث مطالب :

المطلب الأول : تعريف وحكم الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني : حالات التعسف في الطلاق.

المطلب الثالث : اثار الطلاق التعسفي

المطلب الاول: تعريف وحكم الطلاق التعسفي.

فكرة الطلاق التعسفي قائمة على عدم وجود مبرر أو سبب معقول واللجوء الى الطلاق دون سبب معقول يكون مناقضا لقصد الشارع وتعسفيا.

ان مفهوم الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى ولا على ألسنتهم لفظ الطلاق التعسفي لأنه مصطلح جديد وفد الى بلاد المسلمين مع القوانين الاجنبية وفقهاء المحدثين في الغرب وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف الا أن ذلك عرف بأسماء ومصطلحات اخرى لذلك لم يثبت عندهم البحث عن التعسف في الطلاق،وهل هناك تعسف أم لا؟[1]

فالفقهاء المحدثون فقد تطرقوا للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية لكنهم اختلفوا فيما بينهم على أن هناك تعسف أم لا[2].

[1]– احمد محمد المومن، الاحوال الشخصية لفقه الطلاق والفسخ والتعريف والخلع،الطبعة الاولى ،دار الميسرة للنشر والتوزيع،الاردن،2009،ص62.

[2]– جميل فخري محمد ناجم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،الطبعة الاولى،دار حامد بدون سنة نشر،ص192

ومن أجل ايضاح فكرة مفهوم الطلاق التعسفي يجب أن نضع مفهوم للتعسف،ثم نضع تعريف للطلاق التعسفي.

الفرع الاول: تعريف الطلاق التعسفي

اولا: تعريف التعسف لغة

العسف بفتح العين وسكون السين في اللغة،السير بغير هداية،ويقال اعتسف الطريق اعتسافا اذا قطعه دون صوب توخاه،وعسف عن الطريق يعسف مال وعدل، كاعتسف وتعسف، وعسف السلطان ظلم، وعسف في الأمر، فعله بلا روية ولا تدبر[1]، عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه، فهو عاسف وعسوف، والعسيف الاجير المستهان به.

ثانيا: تعريف التعسف اصطلاحا

التعسف مصطلح حديث لم يعمد السابقون في تعريفه وقد عرفه فقهاء الشريعة والقانون المعاصرون تعريفات عديدة، لعل أدقها وأقربها الى البحث الشرعي تعريف الدريني له بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[2].

قيد (مناقضة قصد الشارع) الحقوق في الشريعة منحة من الله تعالى للعبد وليست صفة طبيعية للانسان،وبالتالي هي حقوق مقيدة بقيود شرعية يجب التزامها، ومن هذه القيود أن الحقوق في الشريعة وسائل لتحقيق غايات هي المصالح، واستعمال هذه الحقوق مقيد بتحقيق تلك المصالح حتى اذا استعملت في غير ما شرعت له، كان ذلك الاستعمال تعسفا ومناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من تلك الحقوق.

يقول الشاطبي[3] : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها معمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف مالم تشرع له فعمله باطل".

---

[1]– ابن منظور،لسان العرب،جزء9،ص245

[2]– فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق، مؤسسة الرسالة،بيروت،1967م،ص:84.

[3]– الشاطبي،الموافقات في أصول الشريعة،ط1، دار الكتب العلمية،بيروت،بدون سنة،ص:418.

قيد (في تصرف) التصرف نوعان: قولي كالعقود، وفعلي كاستعمال الملكية، وكل منهما قد يكون ايجابيا وقد يكون سلبيا،مثال التصرف القولي الايجابي بيع السلاح أيام الفتنة، ومثال التصرف السلبي امتناع التاجر عن بيع السلعة احتكارا، ومثال التصرف الفعلي الايجابي استعمال المالك لعقاره على وجه يضر بغيره، ومثال التصرف الفعلي السلبي امتناع مالك الحائط المائل الآيل الى السقوط على طريق عامة عن هدمه[1].

قيد (مأذون فيه شرعا بحسب الاصل)[2] ، خرج به التصرفات غير المشروعة في ذاتها لأن اتيانها يعد اعتداء لا تعسفا، فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق[3]

وقد قام المشرع الجزائري بادراج نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[4].

ثالثا: تعريف الطلاق التعسفي

أغلب القوانين العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي، ويمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي : " هو ان يطلق الزوج زوجته من دون حاجة أو مسوغ شرعي" [1].

[1]- فتحي الدريني،مرجع سابق،ص:87،88.

[2]- فتحي الدريني،مرجع سابق،ص: 89.

[3]- ايمن مصطفى الدباغ،التعسف في الطلاق(حقيقته،معاييره،حالاته،الجزاء المترتب عليه)مجلة جامعة الاقصى سلسلة العلوم الإنسانية،المجلد18،العدد1،يناير 2014م،ص:66.

[4]- الامر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1935م الموافق 26 سبتمبر 1975م،والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007م.

الطلاق التعسفي يجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة، وبدون طلبها أو ايقاعها بدون سبب معقول وجدي يعتبر الزوج متعسفا في رضاها، وانما يقع لمجرد قصد الاضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة عليه[2].

ويعتبر التعسف في استعمال الحق في الطلاق خروج به، عن الحكمة التي قضت اباحته كالطلاق في مرض الموت والطلاق بغير سبب مشروع رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتطلب، وقد استمد المشرع الجزائري هذا المبدأ القائل بأن الحق غير مشروع اذا لم يقصد سوى الاضرار بالغير من الفقه الإسلامي.

والطلاق في هذا الاتجاه يخضع لاشراف القضاء فمن استعمل حق الطلاق واعتبره القضاء متعسفا وجب عليه التعويض للزوجة المطلقة[3].

وكخلاصة يمكن القول ان سمي الطلاق تعسفي لان الزوج صاحب الصلاحية في ايقاع الطلاق قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من ايقاع الطلاق، وانهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر انهاءها، فلا يجوز استخدام الطلاق وسيلة لايذاء الزوجة.

الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي

لقد حرم الاسلام قصد الاضرار بالغير حيث قال تعالى: " **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا** "[4] وقوله تعالى: " **لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ** "[5]، وقول الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) " لاضرر ولا ضرار "[6] ، ويظهر ذلك أيضا عند الفقهاء كالأحناف الذين ورثوا المرأة المطلقة طلاقا بائنا في مرض زوجها (مرض الموت) أثناء عدتها اذا ثبت أن هذا الطلاق صدر من المريض وهو يعلم بأنه طلقها ليمنعها من حقها في الميراث، فيعامل

---

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (مقدمة،خطبة،الزواج،الطلاق،الميراث،الوصية)ج1،ط1،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،2004م،ص:237.

[2]– أحمد محمد المومن،مرجع سابق،ص:62.

[3]– نص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم.

[4]– سورة البقرة،الآية:231.

[5]– سورة البقرة،الآية:233.

[6]– ابن ماجه،سنن ابن ماجه،كتاب الأحكام،حديث 2331.

بنقيض قصده ويثبت لها حقها الذي أراد أن يمنعها منه، ويطلق على هذا الطلاق اسم طلاق الفار[1] .

ومرض الموت هو ذلك المرض الذي يخشى فيه الموت، ويحدث منه الموت غالبا بحيث يعجز المريض عن القيام بمصالحه ومثاله : من يحكم بالإعدام، فيعدم فعلا، ومن يكون في سفينة تتقاذفها الأمواج وتوقع غرقها وغرقت فعلا.

لقد بين الفقهاء حكم الطلاق وقسموه حسب علم أصول الفقه الى التقسيمات التالية:

أولا:الطلاق الواجب

هو ما طلب الشارع فعله على وجه اللزوم، والطلاق الواجب هو مايتحتم على الزوج فعله على الالزام، ويأثم الزوج بعدم ايقاعه ويكون دفعا للضرر الذي يلحق بالزوجين وذلك كالطلاق للشقاق وطلاق المولي.

ثانيا: الطلاق المندوب

وهو ماطلب الشارع فعله من غير الزام والطلاق المندوب يكون عند تفريط المرأة في حق من حقوق الله ،رغم نصح زوجها لها وكتركها الصلاة أو كونها عفيفة.

ثالثا: الطلاق المباح

والمباح هو ماخير الشارع المكلف بين فعله وتركه والطلاق المباح هو تخيير المكلف بين حل الرابطة الزوجية أو ابقائها، ويكون ذلك عند الحاجة اليه وليس دون مبرر لأنه كفران للنعمة ويكون لسوء خلق الزوجة وسوء عشرتها.

رابعا: الطلاق المكروه

والمكروه هو ماطلب الشارع من المكلف تركه على وجه الحتم والإلزام وقد شرع الطلاق للضرورة القصوى ولايكون لمجرد العبث أو لمجرد المزاح واللهو، لقوله :

[1]– سيد سابق، مرجع سابق،ص: 239.

(صلى الله عليه وسلم) "ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة" ويكون مبغوضا من غير حاجة إليه، وهذا الطلاق هو طلاق التعسف [1] كما صنفه الفقهاء.

خامسا: الطلاق المحرم

والحرام هو ماطلب الشارع من الكف عنه على وجه الحتم والإلزام، فيكون تاركه مأجور ،وهذا الطلاق لايجوز في حيض ولا طهر جامعها فيه، وهو ما يسمى :

طلاق البدعة، لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله حيث قال تعالى في سورة الطلاق الآية الأولى: "فطلقوهن لعدتهن".

المطلب الثاني: حالات التعسف في الطلاق

يمكن تصور ثلاث حالات رئيسية للتعسف في الطلاق وهذه الحالات هي: ايقاع الطلاق دون مسوغ مشروع، وايقاع الطلاق لمسوغ تافه، وايقاع الطلاق بقصد التحايل على مقصد الإسلام من شرعه، ويمكن دمج الحالتين الأوليين في حالة واحدة للتقارب بين المسوغ غير المشروع والمسوغ التافه.

الفرع الاول: ايقاع الطلاق دون مسوغ مشروع أو لمسوغ تافه

ايقاع الطلاق دون مسوغ مشروع،مثل إيقاعه بقصد الإنتقام مثلا، وإيقاعه لمسوغ تافه كأن يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له، وجه التعسف في الحالة الأولى قصد الإضرار وفي الحالة الثانية تفاهة مصلحة المطلق مقارنة بالضرر الفاحش الناتج عن الطلاق.

ويتعلق البحث هنا في حالات التعسف في الطلاق، ماتناوله الفقهاء المتقدمون في مسألة الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟

حيث إختلفوا في ذلك على قولين:

القول الأول: الأصل في الطلاق الإباحة: ويكره ان كان لغير حاجة، وهذا قول عامة الفقهاء جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

[1]– رمضان علي الشرنباصي،مرجع سابق،ص :230.

القول الثاني: الأصل في الطلاق الحظر: ويباح للحاجة واليه ذهب ابن الهمام مخالفا أكثر فقهاء مذهبه يقول:

والأصح حظره إلا لحاجة ", وابن عابدين.

أدلة القول الأول: استدل اصحاب القول الأول بعموم النصوص المبيحة للطلاق نحو قوله تعالى:" **لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** " [1] ، ووجه الدلالة اي الآية الكريمة أباحت الطلاق دون تقييد الإباحة بكونه لحاجة، مما يدل أنه مباح أيضا، ولو كان لغير حاجة ونحو حديث ابن عمر: " أبغض الحلال الى الله الطلاق" [2] ، ووجه الدلالة أنه وصفه بالحل دون أن يقيد الحل بوجود حاجة، ما يقتضي اباحته مطلقا ولو كان لغير حاجة، ولأنه (صلى الله عليه وسلم) طلق حفصة ثم أمره الله تعالى بمراجعتها، ولايقدم النبي (ﷺ) على محظور وكذا طلق كثير من أصحابه دون نكير.

أدلة القول الثاني:

استدل اصحاب القول الثاني بقوله تعالى:" **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** "[3] ووجه الدلالة أنه نهى عنه لغير حاجة وبحديث " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة " ، ووجه الدلالة أنه حرم طلب الطلاق لغير حاجة، لأن فيه قطعا لمصالح النكاح وكفران نعمة وإيذاءا لها، ولأولاده منها من غير سبب.

فيحرم لتحريم الإضرار،يقول ابن عابدين: ولا يمكن ان يحمل طلاق النبي(صلى الله عليه وسلم) وأصحابه رضي الله عنهم على فعله بلا سبب أصلا، بأن يكون لغوا وعبثا بل لابد من سبب معتبر شرعا.

والراجح أن الطلاق لغير حاجة حقيقية يحرم، كما تدل النصوص التي استدل بها أصحاب القول الثاني ولأن في الطلاق من غير حاجة حقيقية مضادة لمقصد الشارع في جلب

[1]– سورة البقرة،الآية: 236.

[2]– سنن ابن ماجه،أبواب الطلاق،رقم الحديث 2018.

[3]– سورة النساء،الآية:34.

المصالح ودرء المفاسد ومناقضة لمقصده من شرع الطلاق، وذلك تعسف وإضرار، والإضرار محرم قطعا لعموم قوله (صلى الله عليه وسلم) " لاضرر ولاضرار".

الفرع الثاني: الإمتناع عن إيقاع الطلاق مع وجود مسوغ مشروع

الأصل في الزواج دوامه واستمراره مادام محققا لمقاصده من المودة والسكن والمعاشرة بالمعروف، لكن قد يحدث مايحيد بالزواج عن تحقيق المقاصد والمصالح المتوخاة منه في حق أحد الزوجين حتى يصبح إستمراره إضرارا به ويتعين حله بالطلاق أو المخالعة ومن أمثلة ذلك وجود النزاع والشقاق وغيبة الزوج أو حبسه أو مرضه مرضا منفرا، وامتناع الزوج عن ايقاع الطلاق في مثل هذه الحالات مع رغبة زوجته المضرورة به، تعسف منه والامتناع عن ايقاع الطلاق مع وجود المسوغ المشروع، إضرار محض بالطرف الآخر،والضرر محرم كما أن القرآن الكريم حرم إلجاء الطرف الضار للطرف المضرور الى طلب حل النكاح مع تحميله التبعات المادية المترتبة على ذلك.

قال الله تعالى: " **وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ** "[1].

ومما يندرج تحت هذه الحالة امتناع الزوج عن اجابة طلب زوجته بالمخالعة، على الرغم من رغبتها الشديدة في ذلك، ورغبة أهلها ،وفي كثير من الاحيان يستغل الزوج عدم وجود سبب من الأسباب الموجبة للتفريق في القانون، ويعمد الى ترك زوجته معلقة سنين طويلة، إمعانا منه في إذلالها والحاق الضرر بها، غافلا عن الوعيد الشديد على إمساك الضرار في قوله تعالى: " **وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُوَاْ آيَاتِ اللهِ هُزُوًا وَاذْكُرُواْ نِعْمَتَ اللهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُواْ اللهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** "[2].

الفرع الثالث: التحايل على مقصد الشارع من شرع الطلاق

[1]– سورة النساء،الآية:19.

[2]– سورة البقرة،الآية:231.

مقصد الشارع من شرع الطلاق أن يكون حلا واقعيا، اذا وجد مسوغ مشروع يمنع استمرار الحياة الزوجية أو استقرارها،والتحايل على هذا المقصد يتمثل في أن يتم استخدام الطلاق لترتيب بعض الاثار التي رتبها الشارع عليه تبعا، وليست هي الغرض الرئيسي من شرع الطلاق،وفي الغالب يكون ذلك بقصد الإضرار بالغير، ومن صور هذا التحايل ورد فيهما بخصوصهما أدلة شرعية:

أولا: ايقاع الطلاق في مرض الموت بقصد حرمان الزوجة من الميراث

وهي أن يقدم المشرف على الموت على طلاق زوجته قاصدا بذلك منعها من الميراث اذ بالطلاق ينحل عقد النكاح الذي هو سبب التوارث بينهما. [1]

ووجه التعسف في هذه الصورة الاحتيال على قصد الشارع من شرعه للطلاق فالشارع انما شرع الطلاق لمصلحة، وهي أن يكون حلا واقعيا لاستحالة الحياة الزوجية واستمرارها

وهذا قصد منه قصدا آخر لم يشرع له، هو الحرمان من الميراث.

والتحايل على أحكام الشريعة محرم، كما أن قصد الإضرار بالغير محرم، وقد عامل أكثر الفقهاء المطلق في هذه الحالة بنقيض مقصوده، حيث ورثوا مطلقته منه بعد موته.

ثانيا: ايقاع الطلاق على وجه يطيل أمد العدة

وذلك بأن يطلق زوجته التي دخل بها طلاقا رجعيا فتعتد، حتى اذا قاربت عدتها أن تنتهي راجعها، ثم طلقها مرة ثانية، حتى اذا اعتدت وقاربت عدتها على الانتهاء راجعها ثم طلقها الثالثة لتستأنف عدة جديدة، فتكون اعتدت مدة أطول من مدة العدة الواحدة.

ووجه التعسف في هذه الصورة الاحتيال على قصد الشارع من شرعه للطلاق،فالشارع انما شرع الطلاق لمصلحة، وهي أن يكون حلا واقعيا لاستحالة الحياة،واستمرارها.

وهذا قصد منه قصد آخر لم يشرع له، هو تطويل مدة العدة، وأيضا قصد الإضرار فهو قد أوقع الطلاق عدة مرات، على نحو يلحق الضرر بالمطلقة بتطويل العدة.

[1]– جميل فخري محمد ناجم، مرجع سابق ،ص:198.

ولا شك ان قصد الإضرار بالغير محرم، وكذلك استخدام الأحكام لغير ماشرعت له وقد وردت هذه الصورة منهيا عنها في القرآن الكريم، يقول الله تعالى: " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا "[1].

المطلب الثالث: معايير الطلاق التعسفي

إن صورة معيار التعسف في الطلاق تقوم على أساسين هما:

أولا: المعيار الشخصي أو الذاتي.

ثانيا: المعيار الموضوعي.

الفرع الأول: المعيار الشخصي أو الذاتي:

ويتمثل في النية أو الباعث،وهذا المعيار يشمل حالة قصد المطلق الإضرار بغيره وهو سبب محرم غير مشروع أي الطلاق بدون سبب جدي كأن تكون الحياة الزوجية لانزاع فيها ولا كراهية،ثم يوقع الزوج الطلاق إضرارا للزوجة بدافع الانتقام من أهلها ويشمل أيضا الطلاق الذي تتعارض المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة[2].

وقد يكون الطلاق بوجود سبب تافه ويشمل حالة تفاهة المصلحة الخاصة من الطلاق مثال: تكون للرجل شهوة الانتقال بين النساء وذلك بالاكثار من الزواج والطلاق.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي

ويتمثل هذا الأخير في الموازنة بين الحقوق والظروف التي أحاطت باستعمال الحق ذلك أن المعيار هو ضمان حالة التوازن،طبقا للقاعدة الشرعية "لاضرر ولاضرار".

وهذا ماتجسده وتكرسه الجهة القضائية في سلطتها التقديرية باعتبارها جهة محايدة في هذا الشأن.

فقانون الأسرة الجزائري لم يتطرق الى الطلاق بغير سبب أو بدون سبب جدي

[1]– سورة البقرة،الآية:231.

[2]– ايمن الدباغ، التعسف في الطلاق،مجلة جامعة الاقصى،المجلد18،العدد2014،1م،ص:67.

إذ جاءت المادة 52 من قانون الأسرة عامة، لم يحدد المشرع الجزائري ولم يشر الى هذه الصورة في عناصر الطلاق التعسفي،حيث صنف هذه المادة على مايلي:

"إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق...".

تبقى دائما السلطة التقديرية للقاضي في تحديد وضبط على أن الطلاق التعسفي مبني على سبب غير مشروع أو بغير سبب،من خلال ماله من ولاية القضاء.

الفصل الثاني:

التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

لقد أثار هذا الموضوع جدلا بين فقهاء الشريعة الاسلامية فمنهم من يرى عدم جواز أي تعويض عن الطلاق التعسفي، لأن الرجل استعمل حقا مشروعا له، لذا فلا يمكن إلزامه بالتعويض عن عمل مشروع قام به، ومنهم من يذهب خلاف ذلك وهم الفقهاء المحدثين، حيث يرون أن التعويض جائز، عندما يطلق الزوج زوجته دونما سبب ومبرر بل أن البعض يرى بضرورة تعويض الزوجة بسبب طلاقها.

فالمشرع الجزائري لم يتكلم صراحة عن قيمة التعويض أو مقداره في الطلاق التعسفي بل ترك ذلك الى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد قيمته حسب المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري وسنتناول في هذا الفصل التعويض عن الطلاق التعسفي في مبحثين.

المبحث الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.

وارتأينا الى تقسيمه الى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف التعويض.

المطلب الثاني: المتعة والحكمة من تشريعها.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي.

أما المبحث الثاني تناولنا فيه التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وقسمناه الى ثلاث مطالب.

المطلب الأول: مفهوم التعويض في القانون الجزائري.

المطلب الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الثالث: استحقاق التعويض.

المبحث الاول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

إن الغرض من تشريع الطلاق هو أن يتخلص الزوجان من رابطة الزواج إذا تحقق لهما أن استمرارها مستحيلا،والطلاق لابد منه، ولما جعل الله تبارك وتعالى الطلاق بيد الرجل فقد رتب عليه التزاما لكي لايتعسف في استعمال الحق.

وإن فرض التعويض عن الطلاق التعسفي يستند الى أساس فقهي يبرز إيجابية في الفقه الاسلامي والقانون، وهذا الاساس يكون نتيجة لنظرية فقهية أو اتجاه تشريعي[1].

المطلب الأول: تعريف التعويض في الفقه الاسلامي

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة

أولا: العوض هو البدل عاضني فلان أي جاء طالبا للعوض والصلة عائض من عاض يعوض أعطى عوض[2] ،إعتاض منه، وفلان سأله العوض،أعطيته بدل ماذهب منه.

الفرع الثاني: تعريف التعويض إصطلاحا

ثانيا: بالنسبة لتعريف التعويض في الاصطلاح الفقهي،لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى،وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الاحوال الشخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية والرأي عند بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هو الحظر وبناء عليه تقرر وضع مادة في القانون للتعويض على هذا النوع من الطلاق ولكي يظهر لنا مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في صورته

[1]– حياة حطاب،الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية،جامعة بسكرة،2015م، ص:52.

[2]– شوقي ضيف، معجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003م، ص:667.

الجلية لابد من بيان ما ذكرته كتب الفقه المعاصرة في مبدأ التعسف في استعمال الحق.

حيث لم يرد مصطلح التعسف في عبارات الفقهاء والأصوليين وانما وردت بدلا منه كلمة "التعنت" في المعنى نفسه عند الكاساني كما وردت كلمة "المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية،وغيرها من كتب الفقه.

– ويتفق معنى العنت والعسف في افادة معنى الظلم والمشقة والايذاء والاضرار بالغير،فالأسس العامة للتعسف في الشريعة تقوم على ربط بين أحكام الافعال وغاياتها بحيث يتغير الحكم بتغير المصالح أو المفاسد المترتبة على هذه الافعال وذلك بالنظر إلى المآلات.

فكما أسلفنا سابقا، أن مصطلح التعويض لم يكن شائعا،بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب.

فالضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته،فلا يكون التعويض في الشريعة الا بمقابل الاتلاف،فالتعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور.

وقد عرفه وهبة الزحيلي: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره"[1].

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة للدلالة الشرعية والاراء المنهجية وأهم النظريات الفقهية، دار الفكر، ط 2، دمشق، سوريا، 1991، ج 6: 48.

المطلب الثاني: المتعة والحكمة من تشريعها

المتعة في الشريعة الاسلامية تهدف التعويض في القوانين الوضعية،وهي بمثابة تعويض عما يلحق بالزوجة من ضرر ،وجبر لخاطرها لما قام به من هدم ميثاق غليظ بغير مبرر شرعي.

وأطلق عليها أحد الفقهاء أنها هدية الفراق والتي يقدمها الزوج للمرأة المطلقة للتدليل على أن انفصالهما لا يمثل عقدة في اته تجاهها ولاعداوة لها،بل أمر اقتضته التعقيدات التي أحاطت بها وربما كان هذا النهج الاسلامي حركة في ابقاء الذكريات المتبادلة بعد فراق بطريقة حميمة بالرغم من سلبياته[1]

ورد نظام المتعة في كتاب الله العزيز في الايات الكريمة وهي:

" **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**"[2].

" **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[3].

وقوله تعالى: " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جميلا**"[4].

وقوله: " **فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**".

ويمكن ان نلخص الحكمة من مشروعية المتعة فيمايلي:

1- هي نوع من الالتزام الذي يقع على الزوج المطلق لكي لايوقع الطلاق الا بعد تروو وأناة واستنفاذ وسائل الاصلاح الممكنة،ولايقال ان المهر

---

[1]- شذى مظفر حسين،التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة،مجلة رسالة الحقوق العلمية،المجلد1،العدد1،جامعة القادسية،2009م، ص:176.

[2]- سورة البقرة، الآية: 241.

[3]- سورة البقرة، الآية: 236.

[4]- سورة الأحزاب، الآية: 49.

المؤجل والنفقة في العدة يؤديان الغرض فانهما وان كانا كذلك فان في المتعة مزيد تأكيد على المعنى نفسه كما أن النفقة هي في مقابل احتباسها عن العمل لحق الزوج.

وأما المهر فان كان معجلا فلا يؤدي الغرض المراد بالتروي في الطلاق.

كما أن الناس يتساهلون فيه غالبا،وان كان مؤجلا فقد يكون قليلا لايؤدي الغرض وان كان كثيرا وانضمت اليه المتعة،كان ذلك الى التروي.

2- ماكان للأسر أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب،أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين القبائل والشعوب لهذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق باحسان:"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"،بإعطاء الزوجة متعة وحثه على ذلك في آيات كثيرة،وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيبا لهم على الامتثال بها[1].

3-ان في تمتيع الزوجة لازالة لايهام قد يدور في نفوس الكثيرين بأن الزوج طلقها لشئ رابه منها،فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الأوهام ويكون هذا المتاع بمنزلة الشهادة لنزاهتها.

المطلب الثالث: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي

لفقهاء المسلمين آراء مختلفة في المتعة وحكمها لأن مسالة التعويض عن الطلاق التعسفي من المسائل الفقهية المستجدة التي بحثها الفقهاء المعاصرون ولم يبحثها الفقهاء المتقدمون،ربما بسبب تغير النظرة الى الطلاق والى المطلقات في عصرنا،على نحو أصبح يلحق ضررا بالمطلقة

[1]- شذى مظفر حسين،مرجع سابق، ص:177.

لم يكن يلحقها في عصور التشريع والاجتهاد السابقة،وسبب اختلاف الفقهاء المعاصرين في المسالة.

الفرع الأول:القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين الى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي يقول مصطفى السباعي: "وهذا حكم جديد لم يكن معمولا به قبل، وهو حكم عادل".

واستدلوا على ذلك بمايلي:

– قياس التعويض على المتعة التي رغب القرآن في اعطائها لكل مطلقة وهي واجبة عند بعض العلماء ومستحبة عند بعض الاخر ،لأن الطلاق وان كان حقا للرجل الا أن هذا الحق مقيد بأن تدعو الحاجة اليه وبأن لايترتب على استعماله الاساءة الى الغير أو الاضرار به فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه تعويض زوجته المتضررة[1].

– وقياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت اذا طلق زوجته لحرمانها من الميراث،فإنه يعامل بنقيض قصده وترث منه زوجته لأنه تعسف في طلاقه وذلك لحرمانها من الميراث.

– وأيضا قياس التعويض على المخالعة في الاسلام،حيث أباحت الشريعة للزوج ان يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه اذا رضيت بذلك مقابل طلاقها كتعويض عن فواتها لذلك فإن للزوجة أن تأخذ من زوجها التعويض اللازم ان أساء الزوج طلاقه إياها.

الفرع الثاني:المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء الى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي منهم أبو زهرة ووهبة الزحيلي،فيقول أبو زهرة في منع التعويض

[1]– حياة حطاب،مرجع سابق ، ص:59.

عن الطلاق التعسفي:"وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرط فاسد فيلغى".

وقد استدل أصحاب هذا الموقف بمايلي:

-إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الاسلامية لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي،ولم يكن منه إساءة يستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق بسبب الطلاق.

- كما أن التعويض عن الطلاق التعسفي لم يرد فيه النص في القرآن الكريم ولا في السنة النبوية[1]، وحسب الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر لاإباح إلا للحاجة،فالحكم بالتعويض يجعل كل واحد من الزوجين يقذف الاخر بالتهم الصحيحة أو الباطلة،وسيعود حتما بالضرر الأكبر على المرأة،والقول بالتعويض عن الطلاق التعسفي يشمل المدخول بها، فإن طلاق غير المدخول بها هو طلاق وقائي في حد ذاته منعا لفساد متوقع فلا مبرر له للتعويض.

[1]- حياة حطاب،مرجع سابق ، ص:60.

الفرع الثالث:مناقشة أدلة مجيزي ومانعي التعويض عن الطلاق التعسفي

أولا: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي

ن القول بقياس التعويض عن المتعة هو قياس مع الفارق لأن المتعة جاءت بنص خا ظاهر الدلالة على وجوبها،أما التعويض فهو جاء في نظرية التعسف قررتها الشريعة الاسلامية للمرأة فأخذ المطلقة التعويض دون اثارة أسباب الطلاق ودفعه كما في التعويض الذي يسمح به القانون،بذلك حتى يدفع عن نفسه التعويض فإن كانت الأسباب معقولة كلف بإثباتها وإ فعل يعفى من التعويض[1].

وإن استعمال الانسان لحقه دون اساءة وضرر لغيره مباح لايوجب التعويض ولكن ا أدى إلى إلحاق الضرر بالغير فيجب التعويض.

وقياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت فيرد عليه بأنه قياس مع الفارق يضا ا ن الميراث للزوجة ثابت من جهة الشارع،و د الزوج حرمانه عوقب بنقيضه، أي توريثها.

-م القول بقياس التعويض على الخلع هو قياس مع الفارق لان البدل في الخلع كان سببا في تعويض الزوج بما نفقه عليها، فالخلع بمثابة ثمن للحرية تحصل عليها المرأة مقابل انفصالها عن رجل لاترغب به.

أما بقاء الزوجة بعد الطلاق من غير زوج إض بها، ولؤما في معاملتها،فيرد عليه بأنه أي المرأة قد تتزوج بعد انتهاء العدة وتدخل في كفالة الزوج الجديد.

وه الرد فيه إجحاف للمرأة أي في حقها كونه لايقدم حلول عملية لما أصاب المرأة خاصة الضرر النفسي.

---

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي،دار قنديل،عمان،2010م، :149.

ثانيا:مناقشة أدلة مانعي التعويض عن الطلاق التعسفي

إن القول بالتعويض حق مباح للزوج،ولا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه فيرد عليه بأن الطلاق ليس حقا مطلقا للزوج،لأن الأصل فيه حظر ،فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وطلق من غير سبب كان على القضاء أن يحكم بالتعويض وإلا لم يكن للحظر معنى.

- أما عن الطلاق التعسفي لم يرد فيه نص من القرآن ولا في السنة فهذا صحيح،ولكن ليس بالضرورة أن يكون كل شئ منصوص عليه وإلا أغفلنا باب الاجتهاد، فالقائلون بالتعويض قالوا أنه بناء على قاعدة سد الذرائع، وبناء على قاعدة لاضرر ولاضرار لهذا يصلح الاحتجاج بعدم التعويض،كما أن القول بالتعويض فيه كشف لأسرار البيوت أمام المحاكم ولكن على العموم يتدخل القضاء في شؤون الاسرة ، فلم يعد هنالك سر يجب ستره فهنالك أمور كثيرة يطلع عليها القاضي كالاعسار وعدم الانفاق، كما يمكن أن يتهم الزوج زوجته بمختلف أنواع الاتهامات ليقنع القاضي بعذره المقبول في طلاقه وينفي عن نفسه التعسف[1].

وإن طلاق الزوجة غير المدخول بها لامبرر له،لأن الزوجة قد حبست نفسها لهذا الزوج وربما بطلاقه هذا يكون قد تسبب في إضاعة مستقبلها الذي كان ينتظرها وفوت عليها فرصا كثيرة لها فلا مانع أن تأخذ تعويضا إن طلقت تعسفا[2] ،وبذلك فالطلاق قد أوقع عليها آثارا سيئة قد تفوق الزوجة المدخول بها،فقد لاتتزوج أبدا،وتبقى طول حياتها دون معيل،ويتقدم بها السن فتصبح غير مرغوب بها.

[1]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس،مرجع سابق، ص:153.

[2]- حياة حطاب،مرجع سابق ، ص:64.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

المشرع الجزائري كان متذبذبا بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه،ففي الوقت الذي ألف ترك التعاريف القانونية للفقه للخوض فيها،الا أن الطلاق وفقا لنص المادة 49 ق.أ.ج.

وان كان وفقا لارادة الزوج فانه يخضع لرقابة المحكمة العليا ويتم تحت اشراف القضاء فبالرغم من اعتبار الطلاق حقا للزوج لا يحرم من ممارسته من حيث المبدأ،ولكن ان تعسف فيه يترتب عليه اتجاه زوجته حقا اخر يقابله وهو مبلغ مالي ينشأ في ذمته.

المطلب الأول: مفهوم التعويض في القانون الجزائري

الفرع الأول:تعريف التعويض

ان المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتعويض،فالتعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة ايقاع الطلاق لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني. [1].

– من هنا نقول أن الحق المخول للزوج في ايقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني،اذ أنه من طبيعة خاصة،ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لاينطلق من المادتين 41 و 124 من القانون المدني وانما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية.

[1]– حياة حطاب،مرجع سابق، ص:53.

الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

ماجاء في قرار المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه مايلي:[1] "ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لايمكن ان يشمله التعويض عن الطلاق".

وجاء في تأكيده أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الاهمال،وهذه المبالغ لاتدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير.

كما لاتدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية،وهي الأضرار المنصو عليها في المادتين 41 و 124 من القانون المدني،وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لايدخل تحت الأضرار المنصو عليها في هاتين المادتين.

فان قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وان قرارهم يكون سليما، غير أنه تجدر الإشارة الى أن الطاعنة ان كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك

وعليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

[1]– قرار المحكمة العليا بتاريخ:2000/02/22م،رقم الملف 235367 المجلة القضائية، ع:275.

المطلب الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

كي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لابد من توفر شروط نقدرها فيمايلي:

أ- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين.

ب- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.

ج- أن يكون الزوج متعسفا في طلبه الملزمي لإيقاع الطلاق.

ونفصل هذه الشروط بالشكل التالي:

الفرع الأول: أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين

الحديث عن تعويض المطلقة عن طلاق تعسفي لايمكن أن يتم الا اذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقد بدون دخول،بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية،ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لابد أن تسلم الزوجة نفسها الى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها،ففي هذه الحالة لايكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا[1].

فإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لايجامع مثلها فعند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية أن النفقة لاتجب،لأنه لم يوجد التمكين التام من الإستمتاع[2] ،فلا تستحق التعويض وقالوا ان كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح ان تجب لأن التمكين وجد من جهتها،وإن تعذر الإستيفاء من جهته،فوجبت النفقة كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها.

[1]- باديس ديابي،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة،دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،2012م، ص:87.

[2]- السيد سابق، فقه السنة،دار الفكر الطباعة،بيروت،1943م، ص:229.

– أما الاحناف فقالوا أن الزوج اذا استبقى الصغيرة في بيته،وأسكنها للاستئناس بها وجب لها التعويض،وان لم يمسكها في بيته فلا تعويض لها.

فلا تعويض عن طلاق تعسفي الا بتمام الدخول، وان مايحكم به من تعويض، عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها التي جاء فيها مايلي:

" من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومتى تبين من قضية الحال،أن الاسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم اتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة.

وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم في طلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن[1].

<u>الفرع الثاني: ان يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة</u>

العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج،فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر ذلك الرسول(ﷺ)،وفكرة أحقيته بالطلاق بالارادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية تجاهها والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية واخرى غير مالية فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة.

والواجب غير المالي يتلخص أساسا في العدل بين الزوجات اذا كان متزوجا بأكثر من واحدة ومثلها أيضا عدم الاضرار بالزوجة، فبالنسبة للمهر جعله الاسلام حقا على الرجل للزوجة

[1]– قرار المحكمة العليا رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16م الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، ص:256.

وليس لأبيها أو أقرب اليها أن يأخذ شيئا منه الا في حال الرضا والاختيار فقد قال الله عز وجل:" وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا " [1].

وآتوا النساء مهورهن عطاء مفروضا لايقابله عوض،فان أعطين شيئا من المهر بعدما ملكن من غير إكراه ولاحياء ولاخديعة فخذوه سائغا،لا إثم معه[2].

- والنفقة تتمثل في توفير ماتحتاج اليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت الزوجة ميسورة الحال،والنفقة مفروضة بحكم القرآن والسنة النبوية والاجماع.

ففي القرآن الكريم قال تعالى:." أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ إِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ "[3].

- أما وجوبه سنة فقد روى مسلم أن الرسول (ﷺ)،قال في حجة الوداع :

"فاتقوا الله في النساء،فإنكم أخذتموهن بكلمة الله،واستحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه،فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف".

وفي الاجماع فقد قال ابن قدامه[4] "اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن اذا كانوا بالغين الا الناشز منهن،ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب،فلا بد أن ينفق عليها.

---

[1]- سورة النساء الآية:4.

[2]- السيد سابق،مرجع سابق 228.

[3]- سورة الطلاق الآية:6.

[4]- السيد سابق،مرجع سابق، 229:.

– أما الواجب غير المالي يتمثل أساسا في حسن معاشرتها مصداقا لقوله تعالى:

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهاً وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آَتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً "[1].

– ومقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه الوفاء زوجته بالشكل الذي ذكرناه سابقا أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة كونه الأحر على بقاء العلاقة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال الكثير لا سيما بعد الطلاق من تبعات تجعله أصبر مايكره من المرأة[2].

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه مايلي[3]:

متى كان مقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر 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 الثابت –في قضية الحال– أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فان قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الاهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فانهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الاهمال.

---

[1]– سورة النساء الآية:19.

[2]– باديس ديابي، مرجع سابق، ص:91.

[3]– قرار المحكمة العليا تحت رقم:53017 –8– مؤرخ في 1989/03/27م المجلة القضائية لسنة 1991م، ص:56.

الفرع الثالث: أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق

يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توفرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر، والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه المشرع تعريفا محددا، تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني للخوض في هذا الأمر فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في مادته 41 منه عرفته بتحديد صوره الذي عددها بثلاث وهي:

- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.
- إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الاولى أجل وأوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق عد ذلك دليلا على نيته في الحاق الضرر بالزوجة، وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

والواقع السائد في محاكم الجزائر، هو أن الزوج عادة مايبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو اخلالها بواجباتها تجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة مايتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية.

وتبعا للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في ايقاع الطلاق كما ذكرنا آنفا فان كل مايدعيه الزوج محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسسه بدليل

والاثبات القاطع وإلا عدّ متعسفا في طلبه الزامي للطلاق[1] ،عند تحقق الشروط الثلاث تكون المطلقة محتمة في طلبها الزامي للتعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساسا عن عصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري مدد حالات التعويض عن الطلاق الى الصورة الثانية

المتمثلة في التطليق،وذلك عندما نص في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة على مايلي:

"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"

وقد جاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27م

ليضع حدا للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها واعتبار الاستجابة لطلبها الزامي للتطليق هو تعويض لها في حد ذاته.

والمبادرة نحو تكريس المادة 53 مكرر كقاعدة قانونية كانت من المحكمة العليا مجسدة المبدأ في عدة قرارات منها قرار جاء فيه مايلي[2]:

"من المستقر عليه قضاءا أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا من الثابت-في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلا،بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى الى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر الى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب

[1]- باديس ديابي،مرجع سابق، ص:92.

[2]- قرار المحكمة العليا رقم الملف 5159 24 مؤرخ في 2000/06/20م الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، ص:259.

بالقصور في التسبيب مما سيتوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض".

وتبقى مسألة تقدير التعويض موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع، وهذا مؤكد أيضا باجتهاد قضائي حمله قرار المحكمة العليا جاء فيه مايلي[1]:

"من المقرر قانونا أنه تقدير لضرر مسألة موضوعية من اختصاص تقدير قضاة الموضوع".

ومتى تبين –من قضية الحال– أن الاسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة،وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرر معنويا بالمستأنفة.

وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن.

المطلب الثالث: استحقاق التعويض

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 حسب نص المادة 52 من قانون الأسرة المعدل،لذلك قسمت هذا المطلب الى فروع نظرا لأهميته.

الفرع الاول: التعويض المالي للمطلقة بسبب تعسف الزوج في استعمال الطلاق

ان ايقاع الطلاق على المرأة فيه ضرر عليها وذلك لشعورها بألم الفراق وفقد المعيل،ومعلوم شرعا أن الضرر يزال،وازالة الضرر ممكن وذلك:

[1]– قرار المحكمة العليا رقم الملف 6865 21 مؤرخ في 1999/03/16م الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، ص:256.

- بإرجاع الرجل زوجته الى عصمته إذا كانت في عدة الطلاق الرجعي.
- إذا كان الطلاق بائنا أو طلاقها قبل الدخول فبانت منه،فإن الزالة الضرر عنها تكون بتعويضها ماليا.

فالمطلقة تستحق التعويض المالي بشرط أنها لم تتسبب في الطلاق كما في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1989/03/27م الذي ذكرناه سابقا.

أولا:العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

مبدأ التعويض هذا نجده في الفقه الاسلامي،لأن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة المطلقة،ومن ثم يتعين التمييز بينه وبين حق المتعة[1]

المتعة في الفقه الاسلامي هي صورة التعويض التي تعطى لكل مطلقة إذا طلقها الزوج بإرادة منفردة،الذي يعد حق معترف به لكل مطلقة بغض النظر عما إذا كان قد لحق الضرر بها أم لا .

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على متعة الطلاق أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي كما جاء في المادة 52 من قانون الأسرة 02/05:" تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، في حين نرى أن المشرع المغربي نص على تمتيع المطلقة في المادة 52 من مدونة الأحوال الشخصية: " يلزم كل مطلق تمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها والا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول".

[1]-المتعة في الفقه الاسلامي هي صورة التعويض التي تعطى لكل مطلقة إذا طلقها الزوج بالارادة المنفردة .

يبدو أن عدم نص المشرع الجزائري على متعة الطلاق لا يعني عدم استحقاق المطلقة لها،بل العكس صحيح،لأنه بناء على ماجاء في المادة 222 من قانون الأسرة التي نصت:

"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية"

الأساس الذي يوجب المتعة للمطلقة في الشريعة الاسلامية والتي عرفت بتعريفات عديدة من الفقهاء المتقدمين والمحدثين نختار منها: "هي التعويض المالي للمرأة عما لحقها من ضرر بسبب الفرقة من زوج لم تكن هي المتسببة فيه".

والمتعة بهذا المفهوم ما استقرت عليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في قرار لها جاء فيه مايلي: "من المقرر من الشريعة الاسلامية أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها"[1].

المتعة لها دور كبير في جبر خاطر المطلقة لما للفراق من ألم يصيب المطلقة ووحشة تلم بها فكانت المتعة تخفيفا لها،وكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة[2].

وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا مايؤيد هذا الكلام في قرارها جاء فيه:

"إذا كانت أحكام الشريعة الاسلامية تقرر للزوجة الذي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها له، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام

[1]– المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم الملف 14165 مؤرخ في 1988/11/21م،مجلة قضائية،1990م،عدد4،، ص:64.

[2]– أنور العمروسي،شرح القانون الاحوال الشخصية للمسلمين،ط2،دار المطبوعات الجامعية،1992م، ص:87.

الشريعة الاسلامية لذلك نستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها بإسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".

ومن خلال هذا الحكم يرجح أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، وإنما يفهم هذا الحكم من خلال المادة 222 من قانون الأسرة[1] التي تحيلنا على أحكام الفقه الاسلامي.

ثانيا:التعويض كمبدأ اساسي في القانون الجزائري

بالرجوع الى الجانب القانوني نجد أن قانون الاسرة الجزائري رتب جزاء التعسف في استعمال حق الطلاق التعويض،جبرا لخاطر المطلقة وإعانة مادية لها إذا ثبت تعسف المطلق حسب مايراه القاضي من أحوال الزوجين والظروف التي جرى فيها الطلاق،وإن قصد الزوج الاضرار بالزوجة مثلا: وذلك بحرمانها من الحياة الزوجية المستقرة،وفقدانها المعيل،وتقليل فرصها للزواج مرة ثانية.

جاء في قانون الاسرة الجزائري نص المادة 52: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

من هذه المادة تتبين الاحكام الآتية:

1- إن الطلاق التعسفي يوجب التعويض بطلب من الزوجة.

2- لم يحدد الحد الادنى ولا الحد الاقصى للتعويض.

ومن خلال هذه الأحكام التي جاءت بها المادة 52 من قانون الأسرة،يتضح أن المشرع الجزائري قد رتب جزاء على من يتعسف في استعمال حقه في الطلاق.

---

[1]- المادة 222 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 05-02 المؤرخ في:27فبراير 2005.

يتمثل هذا الجزاء في الحكم بالتعويض للمطلقة تعسفيا إذا طلبت، بشرط أن تكون تلك المطالبة بعد انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعيا، مع العلم أن باقي الحقوق الشرعية من نفقة العدة،ونفقة الهمال وغيرها، المترتبة على عقد الزواج لاتدخل ضمن التعويضات التي يحكم بها عند الطلاق التعسفي،وفي هذا الصدد جاءت اجتهادات المحكمة العليا مؤيدة لهذا الحكم في أحد قراراتها الذي جاء فيه مايلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة،نفقة الهمال،نفقة المتعة وكذلك التعويض الذي يحكم به لها من جزاء الطلاق التعسفي،وينبغي تحديد طبيعة المبلغ المحكوم به لصالح المطلقة وفي اطار تدخل القضاء لما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[1]

والحقيقة أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما لم يقيد التعويض،ذلك أن الواجب أن يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بدفع الفقر والحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف ودرجته والحالة المالية للزوج[2] ، و لم يحدد الحد الادنى والأقصى لمبلغ التعويض بل يعود تقدير التعويض لسلطة القاضي التقديرية وقد جاء في قضاء المحكمة العليا مؤيدا لنفس المعنى في عدة قرارات لها نذكر منها مايلي: "حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جزاء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة"[3].

[1]– المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم الملف 41500،مجلة قضائية العدد2، 1989م،، ص:69.

[2]– العربي بلحاج،مرجع سابق، ص:23.

[3]– المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية،1969م، ص:306.

وجاء قرار آخر لها، "أن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع وهو لايخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين جحافا غير مألوف بالنية لحمايتها".

وفي قرار آخر لها: " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم"[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري في مادته 52 من قانون الأسرة،لم يراع مقدار التعويض عن الضرر المادي والمعنوي،وخاصة فيما يتعلق بمشكل السكن، وهي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل،من يقبل عودتها،ولم يكن لها دخل مالي لكونها لاتعمل،وهي أكثر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية[2].

لذلك نرى وجوب تعديل المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري،فيما يتعلق بقضية التعويض عن الطلاق التعسفي من ناحية المقدار، يجب أن نراعي مقدار التعويض مع احتساب المدة الزوجية والترخيص للمطلق بتسديد هذا التعويض على أقساط.

لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن الطلاق غير المبرر يعطي للمطلقة حق في النفقة والتعويض.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، رقم الملف 39684،سنة 1986م،غير منشور عن طريق العربي بلحاج اجتهاد المحكمة العليا.

[2]– بن شويخ الرشيد،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل،دار الحلزونية،للنشر والتوزيع القبة الجزائر،2008م، ص:66.

الفرع الثاني:السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي

لا يخفى على أحد أن التعويض هو نتيجة حتمية لقيام مسؤولية الشخص حيث أن المضرور عند قيام هذه المسؤولية سعى الى الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به[1].

فالتعويض عن الضرر المعنوي يجب أن يكون جابر للضرر، و قاضي الموضوع عند تقريره لعنصر التعويض في الطلاق لابد أن يراعي للحكم بذلك فهناك عناصر واعتبارات يتخذها بعين الاعتبار.

أولا:عناصر تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

يراعي القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي عنصرين هما:

أ/مراعاة ظروف الملابسة:

وهو مراعاة الظروف الشخصية، للمضرور التي تؤخذ في الحسبان عند تقدير التعويض فإن الظروف الشخصية للزوج لاتدخل في الحسبان،فهذه الظروف تدخل في الاعتبار لان التعويض يقاس بالضرر الذي اصاب المضرور بالذات فتقدر على اساس ذاتي وليس موضوعي.

فيأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المضرور العائلية مثلا الزوجة التي تعول أطفالا لايكون ضررها أشد،من الزوجة التي لا تعول الا نفسها ويدخل كذلك في الاعتبار حالة الزوج المالية وليس معناه اذا كانت الزوجة المتضررة من جراء الطلاق التعسفي،ان كانت غنية كانت بأقل حاجة الى التعويض،فالتعويض هو حق ثابت يعطى للزوجة،بغض النظر عن غنى وفقر الزوجة فالتعويض يتحقق حسب الضرر الذي لحق به.

[1]– سلامي عبد الله دريعي،بعض المشكلات التي يثيرها التقدير القضائي للتعويض،مجلة الحقوق العدد4، ص:72.

ب/مراعاة سوء نية الزوج:

ان مسألة حسن النية هي مسألة موضوعية والتي تستأثر في تقديرها بالحرية المطلقة، فالقاضي يستخلص عنصر النية من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه،ومن الوقائع المعروضة في دعوى الطلاق، ولم تتجلى سوء نية الزوج من خلال استناده في طلب فك الرابطة الزوجية بمبررات وأسباب غير مشروعة ومؤسسة،فهنا يظهر مدى قصد الزوج بالإضرار بزوجته وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن محكمة البليدة مايلي:

"حيث أن الزوج متمسكا بالطلاق بسبب عدم التفاهم وعدم احترام الزوجة له،حيث أنه ما دامت العصمة بيد الزوج فيتعين الاستجابة لطلبه الرامي الى الطلاق ومع اعتباره تعسفيا لعدم إثبات الأسباب الشرعية في ذلك،مع أن هذا الأمر يجعل طلب التعويض عن الطلاق التعسفي مؤسسا قانونا ويتعين الإستجابة له".

ثانيا: أخذ القاضي الاعتبارات في التعويض عن الطلاق التعسفي

وهذه الاعتبارات تتعلق بمدخول الزوج،وظروف معيشته واعتبارات متعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعدد سنوات العشرة الزوجية. [1]

أ/الاعتبارات المتعلقة بمدخول الزوج وظروف معيشته:

ان التعويض يقدر بحال الزوج يسرا وعسرا أي على اليسر والسعة في المال وما يناسبه وعلى الفقير مايتلاءم مع حقه فالشريعة الاسلامية تراعي الواقع وتعيش معه لتبني المجتمع الفاضل وتربي أولاده على الوفاء وحسن المعاشرة وظروف المعيشة يقصد بها الظروف الموضوعية وليست الشخصية،وبالتالي فالقاضي ما تبين له من وقائع الدعوى أن الزوج

[1]– سلامي عبد الله دريعي،مرجع سابق، ص:80.

يتقاضى دخل ضئيل أو كبير بحسب الحال،فيأخذ بعين الاعتبار في بناء حكمه بتعويض يتناسب مع دخل الزوج .

ب/الاعتبارات المتعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعدد سنوات العشرة الزوجية:

فالقاضي يجب أن ياخذ بعين الاعتبار ظروف الطلاق والمدة الزوجية ،فالقاضي عليه أن يراعي جسامة الخطأ في الطلاق التعسفي،بحيث يستخلص درجة جسامته من خلال مدى اعتبار صاحب الحق أي الزوج متعسفا ومسيئا في استعمال حقه،فتبقى دائما السلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الخطأ الجسيم،ويراعي كذلك القاضي عدد سنوات العشرة الزوجية، فالزوج من خلال ايقاعه لطلاقه فهو فيه مضرة وضياع لمستقبل الزوجة وتفويت الفرصة لها، وبالتالي فالقاضي منوط بالانصاف المظلومين فعليه معاقبة من يسئ التصرف. [1]

ثالثا: تحديد القاضي لمقدار التعويض

ان التعويض عن الطلاق التعسفي يكون نقديا فقاضي الموضوع حتى يتمكن من تقويم وتقدير مقدار التعويض،لا بعد دراسة ملف القضية والأخذ بالإعتبارات السابقة الذكر،فالقاضي له السلطة التقديرية في تحديد الحد الأدنى والاقصى للتعويض.

[1]– سلامي عبد الله دريعي،مرجع سابق، ص:85.

الخاتمة

الخاتمة:

لقد اعتبر الزواج رابطة مقدسة بين الرجل والمرأة ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين.

فإذا كان الشارع قد أعطى الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة إلا أن ذلك مقيد بضميره الحي لأن عقد الزواج جعله الله أوثق العقود ،ومستقبل الأسر والأولاد لا يجوز أن يكون بيد رجل عابث ، ولذلك عند استعمال الزوج حقه في الطلاق دون سبب مشروع كان متعسفا لذلك كان لزاما عليه التعويض عن الضرر الذي لحق بزوجته ماديا ومعنويا.

فكما رأينا في هذا البحث أن كل من الشريعة والقانون لم يضعا تعريفا محددا للطلاق التعسفي ، فالشريعة الاسلامية وضعت قيود على الزوج عند ايقاعه الطلاق التي من شأنها الحد من الطلاق. وأيضا المشرع الجزائري لم يبين الضرر الموجب للتعويض في الطلاق التعسفي، فلا بد من توافر شروط لتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي حسب نص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري.

أيضا الفقه الاسلامي أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي استنادا لقوله (ﷺ): "لاضرر ولا ضرار". فالتعويض من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة.

أيضا التعويض عن الطلاق التعسفي لا ينفي حصول المطلقة على المتعة المقرر لها في الشريعة الإسلامية.

توصيات:

بالنسبة للمشرع الجزائري في مادته 52 من قانون الأسرة الجزائري لم يراع مقدار التعويض عن الضرر المادي والمعنوي في الطلاق التعسفي، وهي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا ان لم يكن لها من الأهل من يقبل بعودتها، ولم يكن لها دخل مالي لكونها لا تعمل وهي أكثر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية.

- لذلك نرى وجوب تعديل المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي من ناحية المقدار، فيجب أن نراعي مقدار التعويض مع احتساب المدة الزوجية والترخيص للمطلق بتسديد هذا التعويض على أقساط.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا:المصادر

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية.

ثانيا: الكتب

1- نصر إسماعيل ابا بكر الباري،أحكام الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية،دراسة مقارنة،الطبعة الأولى،عمان،الأردن،2009م.

2- بلحاج العربي،الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،2005م.

3- نصر سليمان،سعاد سطحي،أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة مع القانون الأسرة،دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2003 م.

4- أحمد فرج حسين،أحكام الاسرة في الإسلام،الطلاق،الخلع،وحقوق الأولاد نفقة الأقارب وفقا لأحداث التشريعات القانونية،دار الجامعة الجديدة للنشر،2004م.

5- بدران أبو العينين،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية الجعفري والقانون،دار النهضة العربية للطباعة والنشر،بيروت،لبنان بدون سنة نشر.

6- مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الاسلام،دراسة مقارنة بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري،الطبعة الرابعة،الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت،لبنان،1983م.

7- مسعود كمال،مشكلة الطلاق في المجتمع،ديوان المطبوعات الجامعية ديوان الجزائر،1986م.

8- عبد القادر داودي،الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،دراسة شرعية قانونية،دار البصائر،2007م.

9- طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري مدعم بإجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية التعديلات المدخلة عليه الأمر 05-02
المؤرخ في 2005/02/27،مرفق بنماذج قضائية بعرائض الاحوال الشخصية،دار الخلدونية،الجزائر،2008م.

10- سيد سابق،فقه السنة،دار الفكر العربي للطباعة،بيروت،لبنان،1973م.

11- عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر،ط1، 2007.

12- محمد أحمد شاكر، نظام الطلاق في الاسلام،الطبعة الأولى،مصر،1975م.
13- أحمد محمد المومن،الأحوال الشخصية لفقه الطلاق،والفسخ والتفريق والخلع،الطبعة الأولى،دار الميسرة للنشر والتوزيع،الأردن،2009م.
14- جميل فخري محمد ناجم،متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون،الطبعة الأولى،دار حامد،بدون سنة نشر.
15- فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق،مؤسسة، الرسالة بيروت،1967م.
16- الشاطبي،الموافقات في أحوال الشريعة،الطبعة الأولى،دار الكتب العلمية،بيروت،بدون سنة نشر.
17- رسمية عبد الفتاح موسى،دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي،دار قنديل،عمان،2010م.
18- باديس ديابي،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري،دار الهدى للنشر والتوزيع،الجزائر،2012م.
19- أنور العمروسي،شرح القانون للأحوال الشخصية للمسلمين،الطبعة الثانية،دار المطبوعات الجامعية،1992م.
20- محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1948.
21- بن شويخ رشيد،شرح قانون الأسرة،دار الحلزونية للنشر والتوزيع،القبة،الجزائر،2008م.
22- سنن إبن ماجة،كتاب الأحكام.
23- الطبري،جامع البيان عن تأويل أي قرآن.
24- حاشية ابن عابدين،كتاب رد المختار،الجزء الثالث.
25- المغني لإبن قدامة، الجزء السابع.
26- الكاساني ، بدائع صنائع.
27- شوقي ضيف،معجم الوسيط،الطبعة الرابعة،مكتبة الشروق الدولية، مصر 2003م.
28- ابن منظور جمال الدين،لسان العرب، المعجم الرابع، دار بيروت للطباعة بيروت، دون سنة نشر.

ثالثا: المجلات

1- شذى مظفر حسين ،التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة والقانون مجلة رسالة حقوق العلمية المجلد الأول، العدد الأول، دون بلد نشر ، دون دار نشر 2009.

2- أيمن مصطفى الدباغ،التعسف في الطلاق(حقيقته،معاييره،حالاته،الجزاء المترتب عليه)،مجلة جامعة الأقصى،سلسلة العلوم الإنسانية،المجلد الثامن عشر العدد الأول،يناير،2014م.

3- كريمة عبود جبر، عبد الهادي عبد الكريم، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية بجامعة البصرة،المجلد الثامن،العدد الثاني،بحث حول محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية حكمها والحكمة منها،2009م.

رابعا: المذكرات

1- حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق،تخصص قانون الأحوال الشخصية،2015م.

خامسا: القوانين

1- قانون الأسرة الجزائري رقم: 84-11 المؤرخ في: 09جوان 1984 والمعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في : 27 فيفري 2005.

2- قانون المدني الجزائري رقم : 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26م والمعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005/07/20.

سادسا: قرارات المحكمة العليا

1- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 2000/02/22 رقم الملف:675323.

2- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1999/03/16 رقم الملف:656821.

3- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1980/03/27 رقم الملف:173085.

4- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 2000/06/20 رقم الملف:595124.

5- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1988/10/21 رقم الملف:65411.

6- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1989 رقم الملف:00154.

7- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1986 رقم الملف:84963.

8- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1986/04/07 رقم الملف:60154.

9- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1998/11/17 رقم الملف:514021.
10- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1999/06/15 رقم الملف:193022.
11- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1989/03/27 رقم الملف:17305.
12- قرار المحكمة العليا غ.أ.ش 1986/01/27 رقم الملف:31973.

الملاحق

من كتاب باديس ديابي،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري،أهم الإجتهادات القضائية،ص:178-239.

الملحق الأول:

المرجع: المجلة القضائية **السنة: 1993**

العدد:04 **الصفحة: 61**

رقم القرار: 39731 **تاريخ القرار: 1986/01/27**

أطراف القضية: قضية (ب أ) ضد (ر خ)

من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة الزوجية.

ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة.

الملحق الثاني:

غرفة الأحوال الشخصية

المرجع: المجلة القضائية **السنة: 1991**

العدد:01 **الصفحة: 56**

رقم القرار: 53017 **تاريخ القرار: 1989/03/27**

أطراف القضية: قضية (م ع) ضد (ب ع)

متى كان من المقرر قانونا ان 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 فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال– إن الزوجة هي التي طلبت التطليق،فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن 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 الإهمال.

الملحق الثالث:

ملف رقم 223019 قرار بتاريخ 1999/06/15

قضية: (ع ف) ضد: (م ع ح)

طلاق بإرادة منفردة – عدم ذكر الأسباب– تطبيق صحيح للقانون.

(المادة 48 من ق أ)

من المقرر قانونا يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله.

ومتى تبين –في قضية الحال– أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير،طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.

الملحق الرابع:

ملف رقم 210451 قرار بتاريخ 1998/11/17

قضية: (ع ع) ضد: (ع أ)

الحكم بتعويض للزوجة دون ثبوت تعسف الزوج أو نشوزه – خطأ في تطبيق القانون (المادتان 52 – 55 ق.إ)

من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ومتى 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.

الملحق الخامس:

فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة

غرفة الأحوال الشخصية

المرجع: المجلة القضائية **السنة: 1989**

العدد:02 **الصفحة: 69**

رقم القرار: 41560 **تاريخ القرار: 1986/04/07**

أطراف القضية: قضية (س ف) ضد (س ل)

من الاحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة،نفقة إهمال،نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم بها لها من جراء الطلاق التعسفي.

وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول :ماهية الطلاق التعسفي	06
المبحث الأول: مفهوم الطلاق	07
المطلب الأول: تعريف الطلاق و مشروعيته	08
الفرع الأول: تعريف الطلاق	08
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق	12
المطلب الثاني: حكم الطلاق و الحكمة من مشروعيته	14
الفرع الأول: حكم الطلاق	14
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعيته	15
المطلب الثالث:الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق	16
الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة	16
الفرع الثاني: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه	17
المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي	20
المطلب الأول: تعريف وحكم الطلاق التعسفي	20
الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي	21
الفرع الثاني :حكم الطلاق التعسفي	23
المطلب الثاني: حالات التعسف في الطلاق	25
الفرع الأول: ايقاع الطلاق دون مسوغ مشروع أو لمسوغ تافه	25
الفرع الثاني: الإمتناع عن ايقاع الطلاق مع وجود مسوغ مشروع	27
المطلب الثالث: معايير الطلاق التعسفي	29
الفرع الأول: المعيار الشخصي أو الذاتي	29
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي	30
الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري	32
المبحث الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي	33
المطلب الأول: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي	34
الفرع الأول: تعريف التعويض لغة	34

الفرع الثاني : تعريف التعويض اصطلاحا	34
المطلب الثاني: المتعة والحكمة من تشريعها	35
المطلب الثالث: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي	36
الفرع الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي	37
الفرع الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي	38
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري	41
المطلب الأول: مفهوم التعويض في القانون الجزائري	41
الفرع الأول تعريف التعويض	41
الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي	42
المطلب الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	43
الفرع الأول: ان تكون الزوجة قائمة بين الزوجين	43
الفرع الثاني: ان يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة	44
المطلب الثالث: استحقاق التعويض	49
الفرع الأول: التعويض المالي للمطلقة بسبب تعسف الزوج في استعمال الطلاق	49
الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي	55
خاتمة	58
قائمة المصادر و المراجع	61
الملاحق	66
فهرس المحتويات	72