جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية حقوق

قسم الحقوق

التعويض عن الطلاق التعسفي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص : قانون خاص

من إعداد الطالبتين :

- بوحجلة زهرة
- فقير عبير

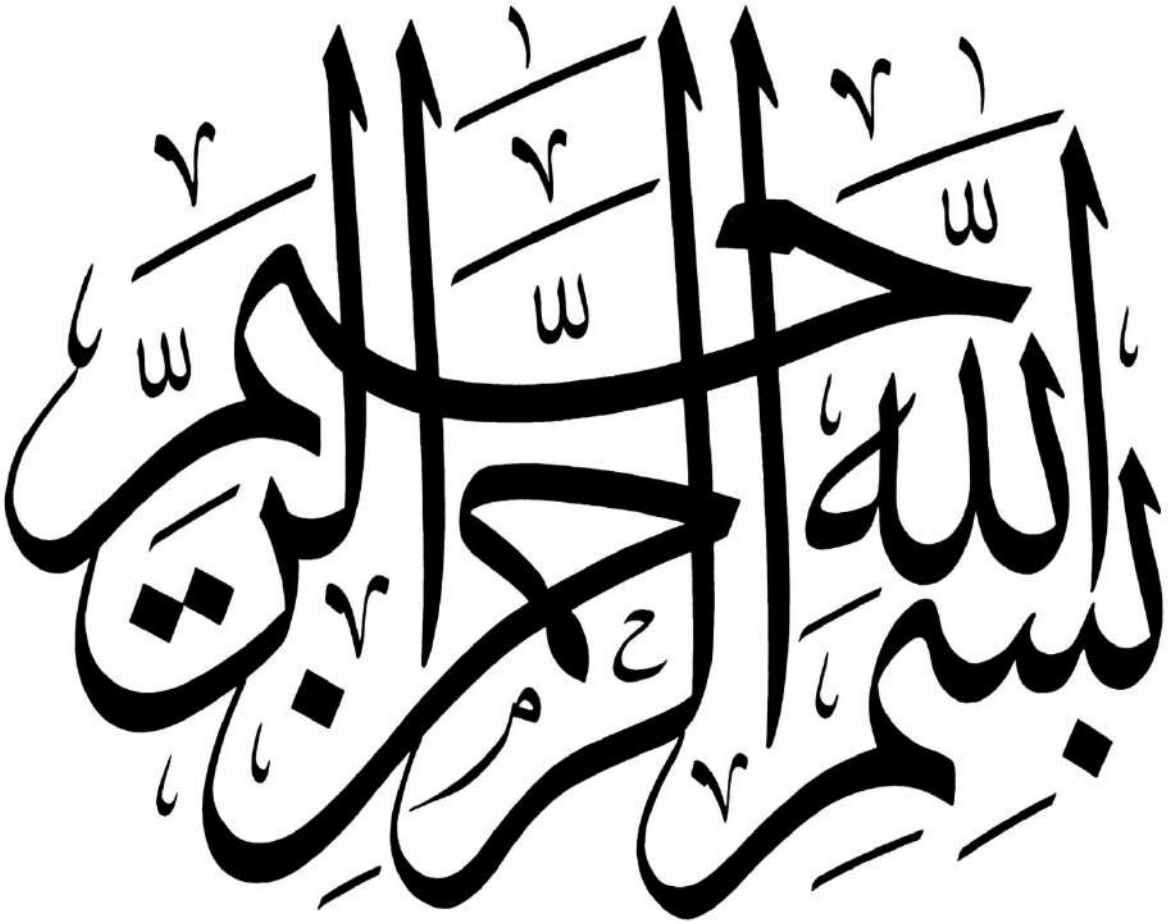
تحت إشراف الدكتورة :

- براهيمي آسية

لجنة التقيم :

الرئيس	مجاجي سعاد	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة عين تموشنت
المشرف	براهيمي آسية	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة عين تموشنت
الممتحن	بوجاني عبد الحكيم	أستاذة محاضرة (أ)	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية : 2022-2023


بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان مالم يعلم الحمد لله المنان الملك القدوس السلام مدبر الليالي و الأيام مصرف الشهور و الأعوام ، قدر الامور فأجراها على أحسن نظام ما شاء كان و ما لم يشأ لم يكن ، الحمد لله على ما أنعم به على فضله الخير الكثير و العلم الوفير و اعانني على إنجاز هذاالعمل الذي أحتسبته عبادة من العبادات جعلها الله خالصة لوجهه الكريم .

و بعد الحمد لله تعالى و شكره على إنهائي لهذه الرسالة ، أتقدم بخالص الشكر و عظيم الإمنان للأستاذة الفاضلة "ابراهيمي أسية " على ما قدمته لنا من علم نافع و عطاء متميز و إرشاد مستمر .

و أخيرا نهدي كل عبارات الشكر والعرفان إلى كل شخص مد لنا يد المساعدة لإنجاز هذه المذكرة من بعيد أو من قريب ولو بكلمة طيبة.

شكرا

-بارك الله فيكم جميعا-

إهداء:

إلى من قال فيهما الله عز وجل { واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا} أمي وأبي الكريمين حفظهما الله وأطال في عمرهما وقدرني على رد جزء من جميلهما.

إلى رفيق الدرب، وصديق الأيام جميعًا بحلوها ومرّها: زوجي الغالي، أهديك هذا البحث تعبيرًا عن شكري لدعمك و ثقتك بي .

إلى زينة حياتي وبهجتها، إلى الابتسامات التي تغدق عليّ الأمل أهدي هذا البحث، اليك ابنتي سمران سيهام حفظك الله

الى خالي سندي شكرا لك و لزوجتك

الى توام روحي فرح و إخوتي متمنية لهم التوفيق والنجاح في الحياة

إلى أساتذتي الذين لم يبخلوا علينا بالنصائح

إلى صديقاتي أتمنى لهم حظ موفق

إلى كل النفوس الطيبة التي وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي..

الى كل من وقف بجانبي في حياتي و علمني كلمة أو حرف بارك الله فيكم و جعلها في ميزان الحسنات

بوجبلة زهرة

إهداء:

ما أجمل أن يجود المرء بأغلى ما لديه والمجل أن يهدي الغالي الأغلى هي ذي ثمرة جهده أجنبها اليوم هي هدية أهديها إلى: والدي الغالي حفظه اهلل أمي العزيزة أطال اهلل بقاء عمرها جميع اخوتي وأخواتي وأصدقائي وإلى من ساندتني بقاء إنجاز هذا العمل

أوجه تحية خاصة وشكر جزيل لكل من ساهم في ثمرة جهدي وأعانني، جزاه الله خيرا وجعل عونه في ميزان الحسنات .

.

فقير عبير

مقدمة

مقدمة

قدس الإسلام الأسرة واعتبرها اللبنية الأساسية في المجتمع واهتم أيضا بعقد الزواج على اعتباره السبيل الشرعي الوحيد لتكوين الأسرة والحفظ على التناسل وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من الزوجين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها وحرصت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على ضمان استمرارية العلاقات الزوجية إلا أنه في بعض الحالات قد تعتري العلاقة عيوب ومشاكل تحول دون تحقيق الاستمرارية المنشودة، مما يخل بالعلاقة الزوجية لتحل الكراهية والشقاق المستمر بين الزوجين، فيكون الطلاق هو الحل الوحيد للتخلص من هذا الوضع الذي آلت إليه العلاقة بين الزوجين، وهو أمر أجازه كل من الشرع والقانون، حيث شرعه الله علاجا للخلافات الزوجية حيث لا ينفع معها علاج أو حل، إلا أنه اعتبر أبغض الحلال، وحاول كل من القانون والشريعة تفاديه، فالزوج بما أنه مالك العصمة يمكنه أن يطلق زوجته بناءا على إرادته المنفردة، إلا أنه يجب أن تكون هناك أسباب تدفعه إلى الطلاق كحل أخير، فإذا غابت الأسباب هنا يعتبر متعسفا في استعمال حقه في فك الرابطة الزوجية، ويعتبر الطلاق تعسفيا لأنه ألحق ضررا بالزوجة، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حال الزوجين ودرجة التعسف في استعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية، والضرر قد يكون ماديا أو معنويا و قد يجتمعان معا حسب الحالة، ويترتب عنه بطبيعة الحال تعويضا للزوجة المتضررة.

ولحماية الزوجين من هذا الطلاق الذّي يشكل ظلما، تناول القانون هذا الطلاق من خلال المادة 124مكرر من القانون المدني والذي تناولت معايير التعسف وكذلك نص المشرع الجزائري بموجب المادة 52من قانون الأسرة إلى إعطاء للقاضي تحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق، وحتى لا تحس الزوجة المطلقة أن هناك إجحافًا في حق وأن مصيرها في يد الرجل يتصرف فيه كما يريد، وحماية لها.

وكتجسيد لهاته الحماية رتب المشرع أثرها على ثبوت الطلاق التعسفي من خلال حق المتعسف في طلاقها في التعويض ردعا للضرر اللاحق بها. وتظهر أهمية هذا الموضوع من خلال مدى تحقيق الحماية اللازمة عند إساءة استعمال الزوج للحق المخول له شرعا باعتبار العصمة الزوجية في يده والذي يشكل ظلما لها، وقانونيا تكمن في بيان الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند إصداره لحكم الطلاق، ومن الناحية الاجتماعية تكمن في التقليل من إيقاع الزوج للطلاق بردعه بالتعويض حماية للزوجة والأولاد من الضياع، خاصة مع تزايد حالات الطلاق التعسفي حيث أصبح موضوع حساس يمس الواقع المعاش.

يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم. ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها،ولا يتحمل التفريط فيها، فإنه لهذا الإعتبار كان متغيرا في طبيعته ومداه، بحسب تغير أوضاع الناس

ومراكزهم ومعيشتهم،ومايسود أزمانهم من مفاهيم وأعراف ونظم ،والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن أن يكون ماديا، يكون معنويا قد يزلزل كيان من يلحق به، وقد يمنعه من مواصلة حياته كغيره من الناس لما قد يسببه له من إضطراب نفسي، قد يمنعه من الإرتباط مستقبلا،و عليه نطرح الاشكالية الآتية :

"كيف عالج المشرع الجزائري قضية الطلاق التعسفي و التعويض عنه في قانون الاسرة الجزائري ؟"

و تتفرع هذه الاشكالية الى التساؤلات الفرعية :

-ما هو الطلاق التعسفي ؟ و ما هي معاييره ؟

-كيف يتم تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي؟

اسباب اختيار الموضوع :

من الاسباب التي دفعتنا الى دراسة هذا الموضوع :

-كثرة حالات الطلاق بصورة كبيرة

- كمية الضرر النفسي الذي يمس المراة من الطلاق و خاصة اذا كان الطلاق تعسفيا

المنهج المتبع :

باعتبار ان المنهج ضرورة حتمية في كل بحث، و هو الطريق الذي يتبعه أي باحث في موضوعه و للاجابة عن الاشكالية المقترحة اعتمدنا على المنهج التحليلي و ذلك من خلال التطرق الى عرض النصوص القانونية و القرارات و تحليلها و استنباط ما فيها م احكام بهدف الوصول الى الاهداف المرجوة من الدراسة

تقسيم الدراسة :

و للاجابة عن الاشكالية و التساؤلات المطروحة ارتأينا تقسيم البحث الى ما يلي :

الفصل الأول بعنوان : الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري و ينقسم الى :

*المبحث الاول : تعريف الطلاق

*المبحث الثاني : التعسف في استعمال الحق في الطلاق

الفصل الثاني : الاثار المترتبة على الطلاق التعسفي و اجراءات التقاضي و الذي قسم الى :

*المبحث الاول : مفوم التعويض عن الطلاق التعسفي

*المبحث الثاني : استحقاق التعويض .

الفصل الأول

الإطار القانوني للطلاق التعسفي

الأصل في الطلاق أن يقع بيد الزوج على اعتبار أنه صاحب العصمة الزوجية، فإذا كان الطلاق مبررا وقائما على أسباب تتيح لهذا الأخير فك الرابطة الزوجية فإنه طلاق بالإرادة المنفردة، إلا أنه إذا لم يقع الطلاق على أسباب شرعية ومبررات وكذا تعنت الزوج وإصراره على الطلاق رغم محاولات الصلح والاستمرار في استعمال حقه في فك الرابطة دونما أسس صحيحة سينبثق عنه واقعة جديدة تتمثل في التعسف في استعمال الحق، وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي، ويجب الوقوف على ماهية هذا النوع من فك الرابطة الزوجية وذلك

المبحث الأول :

مفهوم الطلاق و أسبابه

إن فكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي فالزوج إذا تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها الأولاد ولا ذمة زوجته ولا العشرة الزوجية يعتبر متعسفا في استعمال حقه، ومن أجل إيضاح مفهوم الطلاق التعسفي وجب وضع مفهوم للتعسف أولا ثم الطلاق التعسفي ككل في الفرع الأول، ثم الوقف على شروط الطلاق التعسفي في الفرع الثاني.

المطلب الأول

تعريف الطلاق

وللإلمام بمفهوم الطلاق تم تقسيم هذا المطلب تقسيما ثلاثيا إلى ثلاثة فروع، و سنوضح من خلال هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق من خلال الفرع الأول كما نتطرق لحكم الطلاق والحكمة منن مشروعيته في الفرع الثاني أم الفرع الثالث فيكون عن تقسيمات الطلاق .

الفرع الأول

تعريف الطلاق

أولا : من الناحية اللغوية

إن لكلمة الطلاق عدة معان وذلك حسب المقصود منها وقد تناولت الآراء الفقهية الطلاق لغة على تعاريف كثيرة من طرف فقهاء الشريعة والقانون[1] الطلاق في اللسان العربي يرجع لعدة معاني و منها:

- الترك : و منه طلق البلاد تركها ، و طلقت القوم تركتهم.
- الفراق : و منه طلقت البلاد فارقتها .

[1] ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الأولى ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، 2003 ،ص 27.

– التخلية: و منه اطلقت الاسير اي خليته .

– الارسال: الإطلاق و منه ناقة طالق بلا خطام اي مرسلة بلا قيد، و هي التي ترسل في الحي فترعى من جانبهم حيث شاءت ، و الطالق من الإبل التي لا قيد عليها .

– من لا قيد عليه: و حبسوه في السجن طلقا ، أي بغير قيد .

ثانيا: اصطلاحا

1 –تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي :

2 قدم الفقهاء تعاريف كثيرة ومختلفة للطلاق تتفق على المعنى المقصود منها شرعا[1]

–عرفه الحنفية " رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص "، و من هذا يتضح أن هناك قسم يرفع النكاح في الحال و قسم يرفعه في المآل.[2]

– وقد اختار هذا التعريف الإمام محمد أبو زهرة الطلاق في اصطلاح الفقهاء " رفع قيد .[3] النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق نفسها وفي معناها"

– وعرفه المالكية بأنه " صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته " موجبا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع حلية المتعة الزوجية كما هو الحال في الطلاق الرجعي [4].

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

[2] عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم، بيروت، 2010، ص 964 .

[3] الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، االقاهرة ، ط2 ،1950 ، ص 27

[4] طاهر الحسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة في الجزائر مع التعديلات مدخلة عليها الأمر 02/05 ، دار الرويبة ، 1 الجزائر، 2008 ، ص 208 .

–و عرفه الحنابلة بأنه " حل قيد النكاح كله أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها ، أو تحريم بعد تحليل "

– و عرفه الشافعية بأنه " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق أو نحوه "

– وعرفه عبد الرحمان الصابوني "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود".

جل تعاريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي تتفق على أن الطلاق " إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص" ، ومعنى (ازالة النكاح) رفع العقد بحيث لا تحل له الزوجة بعد ذلك، و هذا فيما لو طلقها ثلاثا و قوله (أو نقصان حله) ومعناه نقص عن الطلاق الذي يترتب عليه نقص حل الزوجة ، و هذا كما إذا طلقها طلقة رجعية فإنها تنقص حلها بعد إن كانت تحل له مطلقا، و يملك ثلاث طلقات، أصبحت لا تحل له بعد طلقتين، و لا يملك إلا طلقتان، و هو معنى قول بعضهم في تعريف الطلاق: انه رفع قيد النكاح كله أو بعضه.

و من مجمل التعاريف 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 الإشارة " .

ومما ينبغي الإشارة إليه أن إضافة قيد (في الحال أو المآل) إلى التعريف هو من قبيل الإشارة

إلى الوقت الذي يكون فيه الطلاق نافذا، و هو إما أن يكون حالا أو مؤجلا، فما هو متفق عليه أن الطلاق هو رفع النكاح، وأما متى يتحقق أثره فلا شأن للتعريف في الإبقاء على تعريف . 3 الطلاق على أنه "رفع لقيد النكاح بلفظ مخصوص" أولى من غيره

2 –تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني :لقد نص المشرع الجزائري على موضوع الطلاق في قانون الأسرة وجعل له بابا خاصا به بين التطرق للتعريف[1]

[1] عبد الرحمان الصابو ني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الفكر ، ط2 ، 1968. ص 74

تحت عنوان انحلال الزواج ، غير أن المشرع الجزائري كان متذبذبا وغض النظر عنه ففي المادة 48 من القانون رقم 84/11 إذ 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 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 27 فبراير 2005 و في نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق واكتفى بالقول (مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه) .

الأمر هنا فيه اختلاف لأن المادة 48 المعدلة لم تعط المعنى الحقيقي للطلاق نما أكدت إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية ، و لم تتطرق حقيقة الى تعريفه ، وذلك من خلال ما أوردته المادة 22 من الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 والمتضمن قانون الاسرة بنصها: " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو [1]بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون " ، و بذكر والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق حقيقة إلى تعريف الطلاق انما اكتفى حالة من حالات انحلال الرابطة الزوجية ألا وهي الطلاق .

وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى ضمنها في المادة [2]التعاريف القائل بها الفقه و ترك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى222 من قانون الأسرة عندما نص على أنه ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع [3] فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))[4]

[1] الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، سنة 2005 ، ص 21 .

[2] باديس دياببي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، ط1 ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 12

[3] إسماعيل أبا بكر علي البامري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ، دار حامد للنشر، عمان، ط 1 ،3 ص 229.

[4] المادة 222 من ق .أ.ج ، الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 3 في المؤرخ 27/02/2005

الفرع الثاني

حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته

إن استقرار الحياة الزوجية غاية من الغايات التي يحرص عليها الإسلام، وعقد الزواج في الشريعة الإسلامية، كما في باقي الشرائع السماوية الأخرى من يهودية ونصرانية عقد أبدي، ينعقد على الدوام والتأبيد إلى أن تنتهي الحياة للزوجين أن يجعلا من البيت مهدا يأويان إليه، وينعمان في ظلاله الوارفة ليتمكنا من تنشئة ذريتهما تنشئة صالحة، ومن هنا كانت الصلة بين الزوجين على أقدس الصلات وأوثقها، وليس أدل على ذلك أن الله سبحانه سمى العهد بين الزوجين بالميثاق الغليظ حيث قال: "**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**"[1] ولعل ذلك ما دفع بالمشرع الجزائري بدوره إلى اعتبار عقد الزواج عقد ميثاق ترابط وتماسك شرعي على وجه الدوام

إلا أنه قد تتنافر القلوب ثم تستحكم النفرة في النفوس، حيث تستحيل أن تعود المودة بين الزوجين، وفي هذه الحالة يصير بقاء العلاقة الزوجية نقمة على الأسرة برمتها، ولاشك أن المنطق السليم يقتضي في مثل هذه الحالة أن يسلك طريق الطلاق لأنه أصبح حينئذ ضرورة لا غنى عنها، أي من باب الشر الذي لابد منه[2]

ورغم أن الإسلام لم يكن شغوفا بشرعية الطلاق ولا داعيا إلى الإكثار منه، إلا أنه شرعه، على كرهه، وبغضه له، كعلاج ينهي الخلاف ويقضي على أسباب النزاع، فخصه بجملة من الآيات البينات حيث قال تعالى في محكم كتابه العزيز: " **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** " ويقول جلت قدرته:" **يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا** " **[سورة الطلاق:1].**[3]

---

[1] سورة النساء: 21

[2] ابن محجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، ص 190.

[3] سورة الطلاق الآية 1.

ويقول أيضا هو خير القائلين : لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضةوكذلك رغب الله سبحانه وتعالى في الصبر والتحمل والإبقاء على الحياة الزوجية فقال جل شأنه: فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا

وقد ثبت في السنة أن رسول الله طلق حفصة واحدة ثم راجعها، و هذا إن دل على شيء فهو كون الطلاق إجراء استثنائي، لا يقدم عليه إلا عند الضرورة الشديدة، أما ما نراه من أقدم بعض الناس على الطلاق من غير تحقق الحاجة فمن إساءة لتطبيق وبعد عن روح التشريع ومجافاة لمبادئ الدين الإسلامي السمح [1].

الفرع الثالث

أقسام الطلاق

إن الطالق أنواع كثيرة حسب الزاوية المنظور منها ، فمن حيث وصفه الشرعي قد سنيا أو بدعيا ، ومن ناحية أنواعه فيقسم إلى طالق رجعي وبائن ، المنجز أو المعلق، وغيرها من التقسيمات ، ولكننا ما دمنا في دراسة قانونية فإننا سنقتصر على التقسيم الوارد في قانون الأسرة والذي ينظر إليه من ازوية طالبه وهو ما يهمنا في هذا الموضوع ، فقد جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري " مع المرعاة أحكام المادة49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطالق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53،54 من هذا القانون " ، فيفهم من نص المادة أن مصطلح الطالق مصطلح عام يدخل فيه أنواع الطالق حسب الشخص الذي طلبه ، فقد يكون بإرادة الزوج المنفرة ، أو بإرادة الزوجين ، أو بطلب من الزوجة بمبررات قانونية وهو التطليق ، أو بإرادة الزوجة وهو الخلع .

الطلاق بإرادة الزوج

فهذا هو الأصل في الطالق لأن العصمة بيد الزوج ، وقد وضعت العصمة بيد الرجل لأنه أكثر إدراكا وتقديرا لعواقب الأمور ، وابعد عن النزوات في إنهاء عقد الزواج ، فهو لا يقدم عليه إلا بعد أن يزنه بميزان العقل المحض غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة ألنه يدرك ما سيرتبه عليه الطالق من توابع مالية

[1] ابن منظور لسان العرب مجلد 10 ص 225 وما بعدها.

واجتماعية ، وهو في ذلك عكس المرأة التي بناء على وظيفتها الاجتماعية والخلقية خلقت على طباع وغرائز تجعلها أكثر تأثرا و أسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل ، فهي أحسن من الرجل في مواطن العاطفة كتربية ألوالد وتمريضهم وغيرها ، لكنها في مواطن اخرى تكون أكثر اندفاعها وعاطفتها سبب ، ولذلك وضعت العصمة بيد الرجل كونه يحكم عقله أكثر من المرأة التي تحكم عاطفتها ، ولذلك وضعت القوامة بيد الرجل ، ووضع الطالق بيد الرجل .[1]

ويشترط في الزوج لإيقاع الطلاق أن يكون بالغا عاقلا ، ويقع الطالق صراحة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة

التي تفيد المعنى ، ولكن لإثبات هذا الطالق أمام الغير لابد من صدور حكم من القاضي يشهد على وقوع الطالق ويسجل في مصالح البلدية ، وهذا ما جاءت به المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها :" لا يثبت الطالق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " ، وما دام اللجوء إلى القضاء لإثبات الطلاق أمرا حتميا ، ومادام القاضي سوف يصدر حكمه بالإشهاد على الطالق لان الطلاق وقع بالتلفظ أو الإشارة حكم القاضي هنا تحصيل حاصل ، وهذا ما قصده المشرع بان الحكم للإثبات وليس منشئا للطلاق أو مقررا له كحالة التطليق ، ومع ذلك فان القاضي سينظر في أسباب الطالق لانه سيحكم في توابع الطالق التي ستطلبها الزوجة الطليقة وخصوصا التعويض، فإذا وجد أن الطلاق مبرر بسبب شرعي معقول فانه لن يحم بالتعويض أو يحكم بمبلغ قليل ، وإذا رأى أن الطالق غير مبرر وهو ما يسمى) تعسفيا(فانه سيحكم بتعويض عادل يجبر الضرر، وهذا ما جاءت به المادة 52 من قانون الاسرة التي جاء فيها :" اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطالق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها "[2]

الطلاق بتراضي الزوجين

نصت عليه المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري التي جاء فيها :" الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة " ، والطلاق بالتراضي يكون بشكل ودي بين الزوجين إذ يتفقان على وضع حد لعلاقتها الزوجية ، ويتفقان كذلك على أثار انتهاء هذه العالقة من نفقة

[1].ملحة الغوثي، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة 12،ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر،ص 21

[2].نسرين شريقى، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ،2013، ص 10

وحضانة وغيرها ، ويسمي الفرنسيون هذا الطالق بالطالق الظريف او اللطيف ، ويكون بالإحسان بين الطرفين ، وهذا ما دعت اليه الشريعة الإسلامية إذ قال المولى عز وجل :(فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)، وتكون إجراءاته بتحرير عريضة مشتركة يوقع عليها الطرفان تتضمن الاتفاق على الطالق وتوابعه وتسجل بكتابة ضبط المحكمة المختصة وهي المحكمة التي يوجد بها مسكن الزوجية وهذه الإجراءات تطبيقا لما ورد في المادة 428 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

وفي التاريخ المحدد لنظر القضية يعقد القاضي جلسة يحاول فيها الصلح بين الزوجين ، فإذا رأى تمسك الطرفان باتفاقهما المنهي للعالقة الزوجية ، ينتقل إلى مناقشة توابع الطالق التي اتفق عليها الطرفان وله الحق في تعديل الاتفاقات المضرة بمصلحة الأولاد أو المخالفة للنظام العام ، وبعد ذلك يصدر حكمه القاضي بالإشهاد على الطلاق بالتراضي ، وهذا ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 431 من قانون الأسرة التي جاء فيها : " يثبت القاضي إرادة الزوجين ، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق " .[1]

التطليق (التفريق القضائي)

إذا كانت حكمة الشريعة الإسلامية قضت بان يكون الطلاق بيد الزوج ، إلا أن عدالتها قضت أن تمنح للزوجة حق المطالبة من القاضي بالتفرقة بينها وبين زوجها ، وعلى القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا كان هناك سبب يدعوا إلى ذلك .[2]

ففي هذه الحالة إذا أحست الزوجة بظلم زوجها أو حدث بها ضرر بليغ أجاز لها الشرع والقانون أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقضي بفك الرابطة الزوجية وبينها وبين زوجها إذا تأكد من توفر إحدى حالات التطليق التي حصرتها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، وفي هذا النوع من الطالق يعد حكم القاضي منشئا للطالق وليس مثبتا له مثل باقي حالات الطلاق اكطلاق بإرادة الزوج أو الطلاق بالتراضي والقاضي ليست

[1] نسرين شريقي، كمال بوفرورة،مرجع سبق ذكره ص 10

[2] .نصر سليمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، دار الفجر للطباعة والنشر، 2018 ، ص 41

له مطلق السلطة في قبول الطلب أو رفضه بل هو مقيد بمدى توفر الحالات الشرعية المبررة ، وقد حصر فقهاء الشرع حالات طلب التطليق فيما يلي

أولا– العيوب الجنسية : وهي العلل التي تحول دون الاستمتاع الجنسي بين الزوجين وتتمثل في الجب ، العنة ، الخصاء.

ثانيا – العيوب الجسدية : وهي عيوب لا تحول دون الاستمتاع ولكنها ضارة بصاحبها وبغيره وحصرها الفقهاء في : الجنون ، الجذام ، البرص.

ثالثا– الغيبة : وهي الغيبة التي تتضرر منها الزوجة ، فبقاء الزوج بعيدا زوجته يجعلها في وحشة تؤلمها وتضر بها ، وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة الغيبة فهناك من قال 03 سنوات ، ومن قال سنتين ، ومنهم من قال سنة واحد ، والمشهور عند المذهب الحنبلي هو ستة أشهر لقصة سيدنا عمر الذي أمر بعودة الجنود في اقل من 04 اشهر .

رابعا– الإعسار : وهو عدم قدرة الزوج على الإنفاق على زوجته ، وفي مذهب الحنابلة يفرق بينهما فورا ،وعند مالك والشافعي ينتظر مدة شهر أو ثالثة أشهر بشرط عدم علم الزوجة بالإعسار قبل الزواج ، أما الحنفية يعتبر الإعسار سببا للتطليق.

خامسا–عدم الإنفاق : يعتبر سببا للتطليق ، فالنفقة حق للزوجة على زوجها نظير حبسها، فإذا اثبت عدم النفقة يستجيب القاضي لطلب التطليق.

سادسا – الضرر: إن الحياة الزوجية تقوم على المودة والرحمة والسكينة والتالف ، فإذا غابت هذه القيم والحق الزوج بزوجته ضررا استطاعت أن تثبته أمام القاضي ، لهذا الأخير أن يستجيب لطلبها .

وهذه الأسباب الشرعية المذكورة أعلاه صاغها المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة وحصر أسباب التطليق فيما يلي : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية :[1]

[1]نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سبق ذكره ص 41

1-عدم اإلنفاق بعد صدور حكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد80،79،78 من هذا القانون .

2-العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.

3 -الهجر في المضجر فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية .

5 -الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر او نفقة.

6-مخالفة أألحكام الواردة في المادة 8 اعلاه .

7-ارتكاب فاحشة مبينة .

8-الشقاق المستمر بين الزوجين .

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا .

هذه هي حالات التطليق التي اذا توفرت احدها أو أكثر جاز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي ليفرق بينها وبين زوجها ، والقاضي يتحقق من مدى توفر حالات الطالق .[1]

وتجدر الإشارة أن إسناد التطليق للقاضي ليقرره فيه حماية للزوجة من خلال إعطاء القاضي السلطة التقديرية لمعاينة مدى توفر حاالت التطليق ، وفي حالة تحقق الحالة الحكم لها بتعويض عن الضرر الذي أصابها

الخلع

الخلع لغة : مأخوذ من كلمة الخلع أي النزع و الإزالة ، ويقال خلع فلان ثوبه ، أي نزعه وأزاله.

[1].عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأدوات الاجتهادات القضائية والتشريعية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ،2012، ص 11

أما اصطلاحا : فهو إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة . فهو إنهاء العالقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها ، فالخلع هو طريق من طرق حل ال اربطة الزوجية بين 14 وعرف بأنه " بذل المرأة العوض على طلاقها " الزوج وزجته ، وتطلبه المرأة مقابل عوض تدفعه لزوجها ويسمى مقابل الخلع .

وقد ورد النص على الخلع في القران الكريم منها قوله تعالى :) فلا لجناح عليهما فيما افتدت به (، وأما السنة فما ورد في حديث ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت :

يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فلا " أتردين عليه حديقته " ؟ ، قالت نعم ، قال رسول الله صلى هللا عليه وسلم " اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة " .

وأثار الخلع تتمثل فيما يلي:

1 –يقع به طالق بائن عند جمهور الفقهاء .

2 –وجوب المال المسمى لوجوبه بالتزامها .

3 –يسقط الخلع كل ما نشأ قبله من حقوق الزوجين كالصداق المؤجل والنفقة الواجبة ، إلا حق النفقة المتعلقة بالعدة كونه تقرر بعد الخلع .[1]

فالخلع حق للزوجة بموجبه تستطيع أن تنهي به الحياة الزوجية ولكن مقابل دفعها لزوجها مبلغ مالي يتراضيان عليه ، وفي حالة الخالف يتدخل القاضي لتحديد مقابل الخلع ، ولقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري التي جاء فيها :" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

اذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لايتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم

[1] عبد الفتاح تقية، مرجع سبق ذكره ص 11

المطلب الثاني

أسباب الطلاق القيود الواردة عليه

تعتبر الحياة الاجتماعية هي الصورة الحقيقية للمجتمع ذاته، حيث تكون هذه الحياة محصلة تضافر عوامل سياسية واقتصادية وجغرافية وتربوية ودينية واجتماعية لذلك المجتمع، لذلك كان من الأهمية الكبرى دراسة هذه العوامل عند دراسة أية حياة اجتماعية، سواء أكانت قديمة أو حديثة، لما لها من تأثير كبير في هذه الحياة وخاصة ما تتأثر به الحياة الأسرية من زواج وطلاق و سنقسم مطلبنا ‘لى فرعين الفرع الأول أسباب الطلاق أما الفرع الثاني ماهي القيود الوارد في الطلاق .

الفرع الأول

أسباب الطلاق

الطلاق من المشكلات الاجتماعية التي تعاني منها المجتمعات بصفة عامة و المجتمع الجزائري خصوصا، وقد أصبح ظاهرة تنخر المجتمع ، وتفكك الأسر، ويحدث الطلاق نظرا لتدخل العديد من العوامل منه ما هو اجتماعي كالسكن مع الأهل و تدخلهم في العلاقة الزوجية وكذلك المستوى الإجتماعي بحيث أصبح التمايز واضحا في مجتمعنا، ومن الأسباب التي تؤدي إلى الطلاق أيضا ما هو متعلق بالشخص نفسه ومنها عدم الإنسجام بين الزوجين سواء عاطفيا أو فكريا أو وجود عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، من تكوين الأسرة التي يكون أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و إنجاب الأولاد و يحدث الطلاق أيضا بتخلي أحد الزوجين عن إلتزاماته إتجاه الطرف الآخر .[1]

أولا/ الأسباب الإجتماعية للطلاق :

السكن مع الأهل من المسائل التي تطرح العديد من المشاكل بين الزوجين وذلك بأن تحدث خلافات بين الزوجة و الحماة وكذلك أخوات الزوج، حيث يصبح الزوج بين أمه وزوجته يعيش صراعا دائما و يغيب الإستقرار بسبب نقص الحرية التي يشعر بها الزوجان من خلال سكنهما مع الأهل مما يؤدي إلى توتر

[1]بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومة، الطبعة 10،الجزائر،2006، ص 08

العلاقة الزوجية وبدل أن يصبح الزواج نعمة يصبح جحيما لا يطاق، ويتحول الود إلى كراهية وبغض وينتج عن هذا فتور في العلاقة مما[1] . يؤدي بالزوجين إلى التفكير في الإنفصال عن بعضهما وكذلك إختلاف المستوى الإجتماعي والمعيشي بين الزوجين له تأثير كبير على الحياة الزوجية خاصة إذا كانت الزوجة من طبقة أعلى من الزوج ، من حيث المركز الإجتماعي أو مستوى المعيشة ، فإنها بإنتقالها للعيش مع زوجها تشعر بهبوط مستوى المعيشة ، مما يؤثر سلبا على العلاقة الزوجية، وكذلك إختلاف الميول و الأفكار يعد ظاهرة قديمة لها تأثير كبير، فالمستوى الثقافي يجب أن يكون من الأولويات لأي أحد مقبل على الزواج رجل أو إمرأة لاسيما المستوى الجامعي وقد قال بعض الباحثين إن إختلاف المستوى الثقافي و الإجتماعي بين الزوجين و البناء الطبقي و الميول و الأفكار يؤدي إلى التصادم فإذا كانت الزوجة أعلى[2] ثقافة من الزوج يكون سببا في إيجاد مشكلة حيث لا تكون مقتنعة بالزوج ومن الأسباب الرئيسية للطلاق في مجتمعنا فسح المجال للمرأة للعمل خارج البيت حيث يغريها ويشعرها بالحرية و الاستقلالية عن سلطة الرجل سواء ماديا أو معنويا و يفسح لها المجال للاختلاط فتندهش أول الأمر، لكنها مع مرور الزمن تجد نفسها متورطة في أعمال لا تقدر عليها، وبهذا تبدأ العلاقة الأسرية تتلاشى ، وتهوي الأسرة في خطى الإنحلال و التفكك[3] ويصبح عمل المرأة من أكبر العوامل التي تساهم في إنحلال المجتمع وانهياره وفي المجمل تتمثل الأسباب الإجتماعية لتوقيع الطلاق في السكن مع الأهل و اختلاف المستوى الإجتماعي والمعيشي بين الزوجين و عدم التوافق الثقافي والعلمي والفكري .

ثانيا/ الأسباب الطبيعية للطلاق :

من أهم أسباب الطلاق في المجتمعات العربية و الإسلامية، ظاهرة عدم التوافق الجنسي بين الزوجين وهي من الأسباب الحقيقية ، نظر ا لخصوصية المجتمعات، ولا يكاد يظهر هذا المشكل بسبب حياء الناس وخجلهم من التحدث في هذا الأمر، رغم أنه يسبب العديد من المشاكل بين الزوجين و يؤدي إلى عدم إنسجام و غياب الزوج عن بيته، ربما بحثا عن البديل الذي يحقق له رغباته و قد يجره الأمر إلى إرتكاب

[1] ثروة محمد شلبي، الطلاق و التغيير الإجتماعي في المجتمع السعودي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ص 821.

[2] ناجي بلقاسم علال، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة الجزائر، 2013 ، ص16

[3] مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2003 ، ص 117 .

الرذيلة ، و إهمال عائلته و تخليه عن واجباته الأسرية ، وقد يتزوج الرجل بإمرأة أخرى دون علم زوجته ، وينجب معها أبناء، فإذا ما علمت الزوجة الأولى فإنه يقع بين نارين إما أن يرجع إلى الأولى و يطلق الثانية أو العكس أو [1]تطلب الأولى التطليق ، أو يوفق بينهما إذا كان عادلا أما الطلاق للعيوب ورد في الفقرة الثانية من المادة 53 من ق أسرة، حيث تجيز للزوجة طلب التطليق إذا وجد عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لكن قد يكون سببا للزوج ليطلب الطلاق للعيب كذلك ومن العيوب التي تستوجب التفريق بين الزوجين والخاصة وكذلك عيوب تكون مشتركة بين الزوجين 6 (كالجنون، البرص، الجذام)، أما العيوب المتعلقة بالزوج (كالخصاء، العنة[2]والجب[3])، ويجب أن يكون العيب المتصل بالزواج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف منه ، أي تمنع من الدخول أو الإستمتاع الجنسي، وكذلك الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة والألفة .

وفي المجمل تتمثل الأسباب الطبيعية لتوقيع الطلاق في عدم الكفاءة بين الزوجين وعدم الانسجام بينهما أو بمرض أحدهما.

ثالثا/ بسبب نشوز الزوجة :

من حقوق الزوج على زوجته أن تطيعه في غير معصية ، ومن عظمة هذا الحق أن قرن الإسلام طاعة الزوج بإقامة الفرائض الدينية وطاعة الله ، **فعن عبد الرحمان بن عوف ، أن رسول الله (ص) قال :(إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت) رواه أحمد و الطبراني.**[4]

أما إذا فرطت الزوجة في هذه الحقوق وقصرت فيها فإنها تعتبر في نظر الشرع والقانون زوجة ناشز، ونشوز الزوجة عصيان الزوج وعدم طاعته أو إمتناعها عن فراشه ، أو خروجها. 3 من بيته من غير إذنه

[1] ناجي بلقاسم علال ، مرجع سابق ، ص 156 .

[2] العنة : هي الضعف الجنسي وضعف الانتصاب

[3] الجب : يقصد به قطع الذكر

[4] السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر، الطبعة الرابعة، لبنان ، 1983 ، ص 133 .

فإذا ظهر نشوز الزوجة فعلى الزوج أن يتبع الإرشادات الواردة في القرآن الكريم قبل أن يلجأ إلى أبغض الحلال، وقد جاء نص الآية الكريمة" **وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا**"[1] سورة النساء، الآية 34

فيبدأ الزوج بالوعظ بالحكمة ، فإذا لم تثمر انتقل إلى الطريقة الثانية ، فالثالثة فإن رجعت الزوجة إلى طاعة الزوج ، فلا يبغي عليها . أما النشوز في قانون الأسرة الجزائري ، فإنه يكون من الزوجة كما يكون من الزوج وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون أسرة "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر" ، وبالتالي إذا حلت الرابطة الزوجية على هذا السبب فإن القاضي يحدد نشوز أحدهما و يحكم بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر.

الفرع الثاني

القيود الواردة على الطلاق

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 [2]بالغا سليم الإرادة غير مكره.

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 عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** " **سورة البقرة الآية 236**

[1] سورة النساء الآية 34

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

تعالى قوله تعالى " **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** " **سورة الطلاق الآية 1**

ولأن رسول الله صلى الله عليه و سلم طلق حفصة وفعله الصحابة و لو كان الطلاق محظورًا 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 ((فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا)) النساء34

فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق و لكن المطلق 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:[1]

- 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.

[1].بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 10، ديوان المطبوعات، الجزائر، 2005، ص 20

ولقد اتفق الفقهاء على تحريم طلاق الزوجة في طهر مسها فيه هو العلة التي ذكروها لذلك هي ان الطلاق أبيح لحل عقدة النكاح عند عدم توافق الأخلاق ، فيجب أن تكون هذه الحكمة الداعية إليه متوفرة ولما كان 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).[1]

ثالثا: أن يكون الطلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة

الفقهاء على أن الطلاق السني هو الواقع بالترتيب مفرقاً اجمع الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاثة دفعة واحدة. قال تعالى الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا و من يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ" سورة البقرة(229)

للطلاق الثلاث صورتان:[2]

– 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.

[1]. مبروك المصري، دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الاسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 1990/1991.، ص 41

[2]مبروك المصري، مرجع نفسه ، ص 41

· 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 محظورا 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، 1 . 1991 ، ص 404 .

المبحث الثاني

التعسف في استعمال حق الطلاق

حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مقيد بعدم إساءة استعماله فلا يجوز لصاحب الحق إيقاعه وقت ما شاء ، وبدون وجه حق، فإذا تمادى الزوج وحاد عن الأسس الشرعية والقانونية في استعمال حقه للطلاق فهو بفعله هذا يعد متعسفا ويترتب في ذمته تعويض زوجته عن الضرر الذي لحق بها ، وهذا ما يطلق عليه بالطلاق التعسف [1]، و سنقسم مبحثنا إلى مطلبين المطلب الأول مفهوم الطلاق التعسفي أما المطلب الثاني معايير الطلاق التعسفي وصوره

المطلب الأول

مفهوم الطلاق التعسفي

يتم من خلال هذا المطلب تحديد تعريف التعسف من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية أولا، ثم توضيح تعريف الطلاق التعسفي ثانيا وأخيرا تعرضنا لبيان حكمه ، وقسمنا المطلب إلى فرعين اثنين قمنا بتعريف الطلاق التعسفي في الفرع الاول و بينا التكيف الشرعي والقانوني للطلاق التعسفي في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف الطلاق التعسفي

قبل أن نعرف الطلاق التعسفي يجدر هنا ان نعرف كلمة التعسف أولا من الناحية اللغوية ثم من الناحية الإصطلاحية.

أولا : تعريف التعسف

للإحاطة بمعنى التعسف وحصر معناه يجدر تعريفه أولا لغة ثم ننتقل إلى تعريفه اصطلاحا.

[1].وداد مكيو، مدى حق المرأة في السكن في حالتي الزواج وانحلاله، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، ، 2013/2012، ص 11

1-لغة:

العسف: هو السير على غير هدى ، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد[1] .

العسيف هو المملوك المستهان به الذي اعتسف ليخدم أي قهر[2] .

عسف عن الطريق : أي مال وعدل، وعسف السلطان :أي ظلم، وعسفه تعسيفا :أي أتعبه

وتعسفه : أي ظلمه ، والعسوف :أي الظلوم[3]

2-إصطلاحا:

لم يتعرض العلماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما أنهم لم يعرفوه لحداثته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة من باب الضمانات ، كما في منع الاحتكار، وفي المناكحات كما في تزويج الفتاة للكفء من غير إذن الولي إنعضلها[4] .

أما الفقهاء المعاصرين فقد عرفوا مصطلح التعسف بتعريفات متعددة: فقد نظر بعضهم الى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة في استعمال الحق فعرفه محمد أبو زهرة بأنه (استعمال الحق بشكل يؤدي الى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة ، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق) ،

---

[1] الخليل بن أحمد الفر اهيدي، كتاب العين، ترتيب وتحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، ج3 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، 1بيروت-لبنان1424، هـ - 2003 م ، ص 154.

[2] أبو الحسين أحمد بن فارس زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق الدكتور محمد عوض مرعب والآنسة فاطمة محمد أصلان، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1211هـ - 1001م ، ص -743 744 .

[3] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، 3 القاهرة ، 1429هـ- 1009م ، ص109 .

[4] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط ،1 دار قنديل للنشر 4 والتوزيع ، عمان - الأردن ، 2015 ، ص 34 .

فعرفه فتحي الدريني بعضهم الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة[1] .بأنه: " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل[2]"

أن تكون مقصودة ، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأنيقصد بقوله : مناقضة قصد الشارع أي مضادة قصد الشارع ، وهذه المضادة لا تخلو إما يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، أو أن يتذرع بمظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو اسقاط ما أوجبه عليه.

-ويقصد من قوله : في تصرف أي تصرف يكون إما بالقول ، كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق ٍ والتزامات كالبيع والوصية، واما بالفعل كاستعمال الرخص والإباحة.

-أما قصده من قوله : مأذون فيه شرعا بحسب الأصل أي يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن ايذاءها يعتبر اعتداء لا تعسف وهذا القيد هو الذي يحدد مجال تطبيق نظرية التعسف.

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي

قبل أن نعرف الطلاق التعسفي يجب أن نعرج على نظرية التعسف في استعمال الحق وفق ما جاء به الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري.

1-نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي إن الشريعة الإسلامية هي شريعة عادلة و صالحة لكل زمان و مكان باعتبارها خاتمة و إن الحق أمانة أساسية في يد [3] الشرائع فقد جاءت بالكثير من النظم الحديثة حماية للحقوق المكلف يجب أن يكون وسيلة لتحقيق المصالح لا المفاسد والتعسف في استعمال هذا الحق قد يرد عليه ضرر للآخرين ولم يرد لفظ التعسف في خيارات الفقهاء وأصول الدين وا ورد

[1] جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – بيروت 1434،هـ – 2013م ، ص -41 42.

[2] فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط1، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، 1387هـ-1967 م ، ص من 87 إلى 91

[3] بلحواربي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014 ، ص 13

بدلا ٍ نما عنه عبارتي " المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم و كلمة " التعنت " في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف[1] الجوزية

فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من تشريعه وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت[2] والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هذا الأكثر تداولا في المغني لابن قدامة وبدائع الصنائع للكسائي و يتفق معنى التعنت و التعسف و لقد عرفه فتحي الدريني : "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون شرعا بحسب الأصل" و عرفه أبو الزهراء بقوله: "التعسف هو المضارة في استعمال الحق" ويتضح أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين (بأن يكون مآل الاستعمال المضارة و النتيجة واحدة وهي ترتيب المضارة على الاستعمال) و الأدلة من الكتاب و السنة على نظرية التعسف في استعمال الحق:

– من القرآن الكريم : قوله تعالى[3]:

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.

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

2–نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري المشرع الجزائري لم يعرف التعسف وترك ذلك للفقه ، إلا أنه جسد مظاهره في المواد124 : ، 124مكرر من ق م ج ، إذ تنص المادة 124 من ق م ((كل فعل أيا كان مرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)) و لم

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

[2] محمد أحمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق، من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1998 ، ص 24 .

[3] سورة البقرة ، الآية 231 .

يعرف المشرع الجزائري انما اكتفى بذكر حالات التعسف في استعمال التعسف والحق من خلال المادة 124 مكرر من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني التي جاء فيها: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

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

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

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

ومن هنا فإنه لا يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله ، إلا إذا اندرج تعسفه في إحدى الحالات الثلاث الواردة في المادة 124 مكرر من ق م ج المذكور ة أعلاه ، فتقوم عليه عندئذ المسؤولية.

ومما سبق ذكره فإنه لم يرد تعريفا للطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين، وعلماء القانون وقوانين الأحوال الشخصية ، وذلك لأنها اقتصرت على بيان بعض صور

التعسف في الطلاق واجتهادهم في ذكر بعض التدابير للحد من التعسف ، ويمكن تعريف بأنه

":مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ الطلاق التعسفي مخصوص[2]. "

[1] الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، سنة 2005 ، ص23 .

[2] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص 123 .

فمعنى مناقضة قصد الشارع : أي مخالفة قصد الشارع في إيقاع الطلاق، فكل طلاق قصد المكلف فيه مخالفة قصد الشارع أو قصد به مجرد الإضرار فهو غير مشروع.

أما رفع قيد : فيشمل القيد الحسي والمعنوي.

والمقصود بقيد النكاح : قيد خرج به القيد الحسي والمعنوي بغير النكاح.

أما عن كلمتي حالا : أي قيد يقصد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال،

ومآلا : أي قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل بعد انتهاء العدة.

وعرفته الباحثة رسمية عبد الفتاح موسى الدوس بأنه: " إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا"[1] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده تناول موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة 52من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في : 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2]

وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته ، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطة القاضي التقديرية ، وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي ولحالة

1 .الزوج المالية وللقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار"

وبذلك يتبين لنا من نص هذه المادة أن المشرع الجز ائري لم يعط تعريفا للطلاق التعسفي مما يستوجب معه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق كما ذكرنا سابقا.

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص904

[2] الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، سنة 2005 ، ص21 .

الفرع الثاني

حكم الطلاق التعسفي.

مصطلح الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى إلا أنه مصطلح جديد نشأ مع نشوء نظرية التعسف أن مع مضمون هاته النظرية كان موجود عندهم منذ القدم إلا أنه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى ولهذا لم يثبت عندهم البحث عن التعسف في الطلاق وهل هناك تعسف في الطلاق أم لا؟ غير أنهم تعرضوا لبعض صور التعسف كطلاق المريض مرض الموت، أما الفقهاء المحدثون فقد تطرقوا للطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على أن هناك تعسف في الطلاق أم لا، وهذا بناءا على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة وبهذا انقسموا إلى مذهبين:[1]

أولا الأصل في الطلاق الإباحة

ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى عدم وجود تعسف في الطلاق، وذلك بناءا على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره، من الفساد والوقوع في المحرم، وكذلك أن الله سبحانه وتعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة، فهو حر في التصرف فيه، وقال بهذا المذهب السرخسي والكاساني و الزيلعي من الحنفية والقرطبي من المالكية والقاضي من الحنابلة. [2]

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

1- من القرآن الكريم

قال تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً .[3]

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص 94 .

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 184.

[3] سورة البقرة، الآية 231

تدل الآية على جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق والعودة في الإمساك إذا كان يقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة، أما إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة أو إجبارها على الافتداء من الزوج، تخلصا من ضرره، فهذا أمر حرمه الشرع لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له.[1]

قال تعالى: " فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ * مطلق غير مقيد بسبب أو حاجة.[2]

ويقول ابن رجب فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك، وهذا كما كانوا في أول الاسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امرأته، ثم يتركها حتى يقارب انتهاء عدتها، ثم يراجعها، ثم يطلقها ويفعل ذلك أبدا بغير نهاية، فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة، فأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات.

2 من السنة النبوية

ما أخرجه البخاري في صحيحه عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله اللهم عن ذلك، قال الرسول الله أمره) فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي[3]أمر الله أن تطلق لها النساء)).

أن النبي لعل الله طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل الوحي عليه يأمره أن يراجعها وكذلك طلق أصحابه عبد الرحمان بن عوف وابن عمر وغيرهم زوجاتهم والنبي الله وصحابته[4] لا يقتربون من المحظور كما أخذت بهذا المذهب محكمة استئناف مصر : أن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة، ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، إذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها أن تتظلم منها.[5]

[1]جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 148.

[2]سورة الطلاق، الآية 01

[3]جميل فخري محمد غانم المرجع السابق، ص 149.

[4]رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه الجزء الأول، حديث رقم 2016, دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص650

[5]عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 185

ثانيا – الأصل في الطلاق الحظر:

ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسفا في الطلاق، إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحظر فهو[1] لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة كالكبر أو الريبة، حتى إن وقع من غير حاجة أو داع فصاحبه آثم شرعا، وبه قال الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة .4 ومن الفقهاء المحدثين الذين قالوا بأن هناك تعسف في الطلاق أحمد الكبيسي، ريحانة أزهري، عبد الرحمان الصابوني، عبد الفاتح عايش محمود السرطاوي، مصطفى السباعي... واستدلوا بما يلي:[2]

1– من القرآن الكريم :

قال الله تعالى:" فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً.

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى اعتبر الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا فكان محظورا، وذلك ظلم للزوجة فلا يجوز، فإن كان الطلاق لمبرر من عدم طاعة أو نفور جاز وإلا فلا ، فهو مشروط وليس مطلق الإباحة.[3]

كذلك قال تعالى: "فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا هذا حث للرجال على الصبر إذا رأوا منهن ما يكرهون، ولم يرشدهم إلى كَثِيرًا فَفِي الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون .[4]

من السنة النبوية

ما رواه أبو داود عن قوله لهم أبغض الحلال إلى الله الطلاق)) وفي رواية أنه قال : ((ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق ووجه الدلالة أن المراد بالحلال ما قابل الحرام وهو الجائز الفعل أي المباح والمندوب والمكروه، ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقرينة إضافة البغض إليه، والمباح والمندوب لا يوصفان بأن الله

[1] جميل فخري محمد غانم المرجع السابق، ص 198 .

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 184-185

[3] عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 186.

[4] سورة النساء، الآية 19

يبغضهما فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والترك على وجه المساواة بينهما، وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق وقال له ((تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)).[1]

فالحديث الشريف دل على كراهة التطليق وتبدل الأزواج، والكراهة قد تؤدي إلى

التحريم إن أصر عليها ، فلا يباح الطلاق إلا لضرورة، والضرورات تقدر بقدرها . فالزواج من أجمل النعم وأعظمها، والطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنعمة، وهدم للمصلحة التي أقامها الشرع، وتبديد للأسرة وإلحاق ضرر كبير بالأبناء وما كان شأنه كذلك كان حراماً لا مباحاً عملا بحديث رسول الله ((لا ضرار ولا ضرار)).[2]

فالحديث ينهى عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر فهو يحرم كل أنواع الضرر إلا ما استثني بدليل، وبما أن التعسف في استعمال الحق إضرار بالغير منع بنص الحديث.[3]

[1]محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 174 .

[2]أبي بكر الهيثمي، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، دار الكتاب بيروت الطبعة الثانية 1967، ذكره محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175 .

[3]جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 151.

المطلب الثاني

معايير الطلاق التعسفي و صوره

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين إثنين من خلالهما سنتناول في الفرع الاول معايير الطلاق التعسفي وفق معيارين اثنين وهما : معايير ذاتية وشخصية و معايير موضوعية أو مادية و في الفرع الثاني ارتأينا أن نتناول صور الطلاق التعسفي من خلال صورتين هما طلاق لسبب غير معقول و طلاق المريض مرض الموت و سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول معايير الطلاق التعسفي أما الفرع الثاني صور الطلاق التعسفي

الفرع الاول

معايير الطلاق التعسفي

نصت المادة 124 مكرر من القانون رقم 05/10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني على الحالات التي يشكل بها الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية :[1]

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي للحصو ل على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشيء بالغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

و هذه الحالات عامة تشمل كل الحقوق وبما أن التعسف في الطلاق هو إساءة الحق في الطلاق بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق أو أن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير وبما أن موضوع الدراسة يدور حول الطلاق التعسفي فيمكن تكييف المعايير كالآتي:[2]

[1] الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، سنة 2005 ، ص 23 .

[2] بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة ، الجزائر، 2007 ، ص-144 145 .

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية وتتمثل المعايير الذاتية أو الشخصية في معيارين إثنين هما : معيار قصد الإضرار ، ومعيار المصلحة المشروعة .

-1 معيار قصد الإضرار : يتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الاضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وذلك بأن يوقع الزوج الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها بدافع الإنتقام أو الكراهية أو... وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها ، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، ومن ذلك فإن تطبيق هذا المعيار يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف ، ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة ، وبذلك فإن انعدام هذا المبرر يجعل الطلاق تعسفيا.

ومثال ذلك كأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا حرمانها من الميراث أو طلقها دون أن توجد منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق كل ذلك قرينة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع في حق الزوجة لقوله صلى الله عليه وسلم : "لا ضررو لا ضرار " ومثاله أيضا كأن ينوي المطلق الزواج بأخرى دون مراعاة أحكام قانون الأسرة في مسألة تعدد الزوجات[1]

-2 معيار المصلحة المشروعة : إن الله عز وجل شرع الطلاق ، وجعله بيد الرجل ليكون حلا نهائيا لحياة زوجية أصبحت مستحيلة ، ويجعل من بقائها مفسدة كبرى وضررا، لذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين ، و لم يشرع عظيما إلا لهذا القصد، و في إيقاع الطلاق لغيرها هذا القصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق ، كما أن في إيقاعه دون سبب يعد سعيا في نقض مصلحة حفظ النسل. والعرض[2]

[1] عيساوي عادل ، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجيستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 1 كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2010 ، ص 210 .

[2] جميل محمد فخري جانم ، مرجع سابق ، ص 201

ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية

وتتمثل المعايير الموضوعية أو المادية في معيارين إثنين هما : معيار رجحان الضرر على المصلحة واختلال التوازن بين المصالح المتعارضة ، و معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها والضرر الفاحش .

-1 معيار رجحان الضرر على المصلحة واختلال التوازن بين المصالح المتعارضة : حيث يعتبر المطلق متعسفا إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها وهذا المعيار يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان استعمال حق الطلاق في هذه الحالة انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية و بمفهوم آخر إيقاع الزوج الطلاق بناءا على أسباب غير مقبولة وبغير مبررات ودوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه بالموازنة بين ما يترتب على

الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق بالزوجة ، نجد أن هذه المفاسد أكبر من المصلحة المرجوة من الطلاق والمراد تحقيقها ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه ، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه[1]

-2 معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها والضرر الفاحش:

فإذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا، فإنه يكون متعسفا فيه لأن الطلاق شرع لأن يكون حلا للخلافات الزوجية التي في ايقاعه غيره مناقض يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد والهدف الشارع منه، ومن أمثلة ذلك: طلاق الزوج لزوجته في مرض موته بغرض حرمانها من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة، وقد اتخذ الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا، كما أن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مبرر شرعي ودون حاجة فيه

ضرر فاحش للزوجة خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر وحدث الطلاق في هذه الحالة فإن الزوج يكون قد أضر بها إضرارا فاحشا .

[1] جميل محمد فخري جانم، نفس المرجع السابق ، ص 202

ويتبين من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني فإن المعايير التي يشكل بها الإستعمال التعسفي للحق خطا المشرع واتفق مع الفقه في المعيار الذاتي و أشار في الحالة الأولى إلى قصد الإضرار بالمطلقة وهو معيار ذاتي ينظر الى المبادىء والمقصود والباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله يمكن للقاضي استخلاصه وقد تدل عليه قرائن أشار إليها المشرع في الحالة الثانية والثالثة ، أما المعيار الموضوعي فاكتفى بالتنصيص على المعيار الذاتي ولم يذكر المعيار المادي لوضوحه بسبب العلاقة السببية بين قصد الإضرار ووقوع اطراد الضررا ولزوما [1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 52 منه ، (الأمر 05/02 المعدل والمتمم المؤرخ في 27/02/2005 نجدها لم تنص على المعايير التي على أساسها يضبط التعسف في الطلاق إلا أنه يفهم من خلالها أن المشرع ترك مسألة تحديد تعسف الزوج في إيقاع الطلاق للقاضي وذلك بإعمال سلطته التقديرية .[2]

الفرع الثاني

صور الطلاق التعسفي

إن التعسف في استعمال حق الطلاق قد يكون له عدة صور، ومع ذلك فقانون الأسرةالجزائري لم يذكرها تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، ومن خلال بحثنا تراءى لنا أن هناك صورتين بارزتين للطلاق التعسفي هما (الطلاق لسبب غير معقول وطلاق المريض مرض الموت) ، لذلك نتطرق إلى هذين الصورتين على سبيل المثال لا الحصر كالآتي:

أولا: الطلاق لسبب غير معقول لم يرد في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وقوانين الأحوال الشخصية تعريفا للطلاق دون سبب إلا أنه يمكن تعريفه بأنه: " مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو

[1] طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية ، 2012-2013 ، ص 21 .

[2] الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، سنة 2005 ، ص 21

المآل[1] بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ، ودون حاجة داعية إليه" لأن الأصل في الطلاق الحظر والمنع و أولى أن يكون لداع يدعو الزوج لإيقاعه الطلاق وسوء سلوك أو تعذر الحياة معه لقوله تعالى : (فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا)[2]

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:

– الرأي الأول : 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 .

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

فالطلاق و إن كان حقا للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة إلا أن استعماله ليس مطلقا، وانما هو حق مقيد له إذا تحققت الحاجة إليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول ،أويكون قد أساء استعمال حقه و يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر ماديا تكتسب منه قبل كمدرسة مثلا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا ماديا معنويا ، كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة زواجها و تركته بسبب الزواج ، أم أدبيا وتثير الظنون حولها[3]

[1] جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 226

[2] سورة النساء ، الآية 34

[3] أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون بحث مقارن ، الطبعة الأولى ، مصر ، دار المعارف ، 1967 ، ص 78 .

فإذا أقدم الزوج على طلاق زوجته دونما سبب مسوغ عد هذا الطلاق تعسفيا وتستحق حينئذ الزوجة المطلقة تعويضا وذلك حتى لا يغالي باستخدام هذا الحق ، فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق ، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المتعلق بالملف[1] بحسب نسبة التعسف ودرجته رقم 28784 المؤرخ في : 12/11/1982 و الذي ورد فيه ما يلي : " من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة. [2]"

وقد أعطى نص المادة 52 من ق أ ج المعدل والمتمم للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له أن الزوج قد تعسف في الطلاق بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها ، بالإضافة الى التعويض عن الطلاق وفكرة التعسف تقوم على أساس عدم وجود مبرر شرعي ، أو سبب معقول للطلاق، 1 التعسفي ان كان حقا للزوج إلا أنه يجب تبرير استعمال هذا الحق ولماذا أوقعه وما فهذا الأخير والا عد متعسفا، فسكوته عن إبداء الأسباب اعتبر كأصل متعسفا

الأسباب التي دفعته اليه ، في طلاقه، و قد قضت المحكمة العليا بخصوص ذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 15/06/1999 ملف رقم 223019 ، الإجتهاد القضائي، عدد خاص، ص103 بأنه : " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته الى الطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة [3] دون تبرير طبقوا صحيح القانون"

---

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص103

[2] نقلا عن بلحاج العربي ، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى ، دار هومة ، الجزائر ، أفريل 2018 ، ص 227 .

[3] وسيلة رقيق – كريمة جعيجع ، أحكام الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة ، جامعة المسيلة كلية الحقوق ، 2020-2019 ، ص 16 .

إن لمعرفة حقيقة السبب المعقول فيها اختلاف في التفسيرات، وهذا الاختلاف يكمن سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر، وحتى البلد الواحد ومن زمان لآخر ومن شخص لآخر، حيث ن كانا يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين يقيمان في البلد نفسه[1] ، والفترة الزمنية ذاتها بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما

ثانيا: طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي يخشى فيه من الموت ويحدث منه الموت غالبا، أو يتصل الموت به ، وقد اختلف في إماراته فقيل أن يلازم المريض الفراش ، ألا يقدر على الصلاة قائما ، ألا يستطيع المشي إلا بمعين ، ألا يخرج من الدار إن كان رجلا ، ألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة ، وعلى القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه [2]

ومرض الموت هو المرض الذي اتصل بالموت ، وكان من الأمراض الذي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد على سنة ، أو هو المرض الذي يعجز الانسان عن القيام بمصالحه خارج البيت ويحول دون قيامه بواجباته ، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته.[3]

و لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت ، فذهب الحنفية إلى أن (مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه ...) و قال الشافعية (كل ما يستعد بسببه للموت من أمراض) ، وقال المالكية بأن (المرض هو كل مرض يحكم أهله بأنه يكثر الموت من مثله)...

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

[1] وسيلة رقيق – كريمة جعيجع المرجع نفسه ، ص 17

[2] الإمام محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 319

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 244 .

على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن فترث منه ما دامت في العدة من الطلاق الرجعي[1] ، و لا ترث من الطلاق البائن ولم يأت المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له فجاء في مجلة الاحكام العدلية أن مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إن كان من الاناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان أو لم يكن وان امتد مرضه دائما على حال ومضت عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات فيعد حاله من وقت التغير إلى الوفاة[2].

والمشرع الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة لمسألة طلاق المريض مرض الموت من حيث أحكامه وهذا ما يؤدي بنا الى تطبيق نص المادة 222 المتضمن قانون الأسرة منالتي تحيلنا إلى أحكام [3] القانون رقم : 84/11 المؤرخ في 09/06/1984 المعدل والمتمم الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشر يعة الإسلامية " .

وبما أن المشرع الجزائري لم يورد نصا بخصوص طلاق المريض مرض الموت، وعليه فلابد بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تنفيذا لنص المادة 222 من ق أ ج المشار اليها سابقا، ونطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بأن الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة، وتزوجت بغيره ، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها ولا يرثها هو[4] إذا ماتت، لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث

ورغم هذا الفراغ التشريعي حول مرض الموت ، لم يقف القضاء الجزائري عاجز عن ذلك فقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 09/04/1984 ملف رقم33719 عن غرفة الأحوال

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص99

[2] مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، 2010-2009 ، ص 145

[3] الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، سنة 1984 ، ص 924

[4] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 242

الشخصية على أن " مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف " .

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 وفي عدتها ترثه فإن انتهت العدة فلا ميراث لها ولقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه ويكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته ، لأنه يعتبر فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق طبقا لما جاء به الاجتهاد القضائي في قراره الصادر بتاريخ 17/03/1998 والذي جاء فيه " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق

الطاعنة طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن ، فيفهم من هذا القرار أن الطلاق في مرض الموت يعد تعسفا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث.[1]

عملا بما هو مقرر في الفقه المالكي على الخصوص " نخلص في الأخير أن المشرع الجزائري لم يذكر صور الطلاق التعسفي نما ترك تكييف ، واطلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا؟ إلى السلطة التقديرية للقاضي وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 29/05/1969 بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض.

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 104

خلاصة :

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أمر شرعه الله عز وجل وأجازه على الرغم من اعتباره أبغض الحلال، ولقد حاولت الشريعة الإسلامية الحث على تفادي الطلاق قدر الإمكان، إلا أنه وفي بعض الأحيان قد لا تستمر الحياة الزوجية وتصبح هي في حد ذاتها ضررا للطرفين وللأولاد فيكون الحل الأنسب هو الطلاق ومادامت العصمة في يد الزوج كان له استعمال حقه كيفما أراد غير أنه لا يجوز له استعمال حقه بما يتجاوز حدوده للإضرار بالزوجة وإلا اعتبر ذلك طلاقا تعسفيا وعلى الزوج جبر الضرر اللاحق بزوجته وذلك وفقا لما يقدره قاضي الموضوع وما يتناسب مع حجم الضرر وجسامته.

الفصل الثاني :

الآثار المترتبة عن على الطلاق التعسفي و إجراءات التقاضي

عندما يقع الطلاق تترتب عليه جملة من الآثار منها النفقة و الحضانة ويختص الطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض المالي لما سبب لها من أضرار إضافة إلى حقوقها الثابتة بالطلاق وعليه سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى أهم آثار الطلاق التعسفي وذلك من خلال التعرف على طبيعة الأضرار اللاحقة بالمطلقة و التعويض الذي تستحق لجبر تلك الأضرار.

كما ان التعويض عن الطلاق التعسفي هو مسؤولية قانونية أي التزام مصدره القانون وفقا لنظرة إساءة استعمال الحق وليس التزاما عقدا ناتجا عن إخلال الزوج عقد الزواج، فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقا لأحام قانون الأسرة هو تعويض مادي والمتعة في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية، وفي حال ما إذا حصل الطلاق تعسفي وأضحت المطلقة مستحقة للتعويض ومستحقة لنفقة المتعة، فيجب هنا احترام كيفية تقدير التعويض والمتعة، وهل من للجمع بينهما والحث في الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض، و على هذا الأساس قسم هذا الفصل الى مبحثين رئيسيين وهما :

المبحث الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني: استحقاق التعويض .

المبحث الأول :

مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض المستحق للزوجة المطلقة تعسفا، وما استقر عله القضاء الجزائر يحتسب على أساس المبلغ النقد، وليس على أساس التعويض العيني، فالمطلقة طلاقا تعسفا تصاب ضرر من جراء هذا الطلاق، والضرر بنوعه المادي والأدبي (المعنوي)، فخيرا ما فعله المشرع الجزائر عند إطلاقه التعويض لفضي نوعي الضرر، ولقد استند العلماء المعاصرين القائلين التعويض إلى مشروعية المتعة في الإسلام فقاسوا عليها وسايرهم في ذلك القضاء الجزائري في ذلك، وعليه في هذا المبحث سنتطرق الى ماهية التعويض و كذا مشروعيته في الطلاق التعسفي من خلال مفهوم التعويض (المطلب الاول) والضرر الناتج عن الطلاق التعسفي و تمييزه عن الحقوق المالية الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مفهوم التعويض

يستدعي هذا المطلب – انطلاقا من عنوانه وطبقا لمكوناته – تشطريه الى جزأين: تعريف التعويض(فرع أول)، مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي(فرع ثان).

الفرع الأول :

تعريف التعويض

في هذا الفرع سنتطرق الى تعريف التعويض من الناحية اللغوية و الاصطلاحية و القانونية و التعويض هو كالتالي :

أولا : التعريف اللغوي

ان أصل لكلمة التعويض هو العوض ومعناه البدل و الخلف، وقال عاضه بكذا او عنه ومنه عوض، أي بدل ما ذهب منه فهو عائض[1]، والعوض يعين البدل تعوض منه واعتاض يعين اخذ العوض وعاضه أي أصاب منه العوض وعضت أي أصبت عوضا.[2]

[1]براهيم انيس وآخرون، معجم الوسيط، ط 4 ،مكتبة الشروق الدولية مصر، 2004 ،ص 637.

[2]جمال حممد بن مكرم، ابن منظور، معجم لسان العرب، م ج 7 ،د ط، دار الصادر، بيوت، لبنان، د س، ص192.

عوض العوض، البدل؛ قال ابن سيدة: وبينهما فرق لا يليق ذكره في هذا المكان، والجمع أعواض، عاضه منه وبه، والعروض مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضه وعوضه وأعاضه: عن ابن جني: وعاوضه والإسماعيلية المعوضة.[1]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي :

اما الفقه فذهب الى ان مفهوم التعويض يرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الضرر ، باعتباره مجرد وسيلة لجبره، و قام بتعريف التعويض بانه :" مبلغ من النقود او أية ترضية من جنس الضرر ، تعادل ما لحق المضرور من خسارة و ما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية لوقوع الضرر ".[2]

عرفه الأستاذ حسن حنتوش على أنه:"الحق الذي يثبت للدائن نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه، والذي قد يتخذ شكل النقود او أي ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، و لو لم يحصل إخلال بالالتزام من جانب المدين".[3]

ثالثا : التعريف القانوني

أما بخصوص التعريف القانوني للتعويض عن الضرر لم يهتم فقهاء القانون كثيرا بوضع تعريف دقيق للتعويض، وهذا نتيجة لوضوح فكرته و عناصره في التشريعات الوضعية والمدنية كما يظهر من القانون المدني الجزائري. الذي جاء في المادة 132 منه يعين القاضي طريقة التعويض كما نصت المادة 124 على أن الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يتسبب ضررا للغير بأفعاله غير مشروعة، وانطلاقا من هذه المواد تم استخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري بأنه الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية .[4]

---

[1]ابن منظور، جمال الدين محمد بن جلال الدين المخزومي المصري ، لسان العرب، ط3، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان،(1914هـ/ 1999م)،ج9 ، ص 474.

[2]بيطار صبرينة ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائي، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي ، جامعة احمد دراية، ادرار ،الجزائر ، 2015، ص 10.

[3]الكوزاني بوجمعة ،باالحاج اسلام، النظام القانوني للتعويض في المسؤولية المدنية حسب التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تحت تخصص قانون خاص معمق ، المركز الجامعي آمود بن مختار، ايليزي ، الجزائر ، 2022-2023، ص 08.

[4]جمال جعرون، التعويض عن الضرر في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2019-2020، ص 04.

الفرع الثاني :

مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

اما في هذا الفرع سنتطرق الى مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي و الذي قسمناه الى جزئين رئيسيين الاول في الى مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي، أما الثاني الى مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري و هنا كالتالي .

أولا – مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي:

التعويض عن الضرر أمر مقدر شرعا وعقلا وقانونا وعرفا جبرا للضرر ورعاية للحقوق، وزجرا للمعتدين، وتوفير للاستقرار، وتحقيق للعدل .لقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين وهذا بناء على الخلاف السابق بينهم وهو أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعد الزوج متعسفا، أم أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سببا متعسفا وبذلك انقسم الفقهاء إلى رأيين [1]:

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

ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين: أحمد الخمليشي بدران أبو العينين، محمد أبو زهرة، زكي الدين شعبان، سامي صالح، ومحمد عقلة، وسيد سابق، ومحمود السرطاوي، ونور الدين عتر[2] ، واستدلوا في رأيهم بما يلي: لا يوجد في القرآن أو في سنته دليل يقضي بتعويض الطلاق، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى . [3]

[1]مسعودة بودية ، الطلاق التعسفي – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص احوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2015-2016 ، ص87.

[2]جميل فخري محمد غانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009 ،ص209.

[3]محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 ،دار الوعي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012 ،ص 132.

كما أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجته ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.[1]

حيث ان الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعوا إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر، فهو مستعمل حقه شرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.

2-الرأي الثاني- القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الزوج وإن طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول، وكان تصرفه تعنتا وتعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لان في الطلاق ضيع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرصة الزواج وهي قد لا تعود. [2]

ومن الفقهاء الذين اقتدوا بهذا المبدأ: أحمد الغندور، واحمد الكبيسي، وإسماعيل الخطيب، وعبد الرحمان الصابوني، ووهبة الزحيلي، عبير القدومي، محمد الزحيلي، عبد الوهاب لاف، وتوفيق أبو هاشم، واستدلوا في رأيهم بما يلي: [3]

قياس التعويض على المنعة المعطاة للمطلقة والتي رغب فيها القرين وجعلها بالمعروف والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الآخر، لان الطلاق وأن كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بما تدعوا إليه الحاجة وذلك بان لا لترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار به، فإذا أساء الزوج وجب عليه التعويض لزوجته المتضررة من ذلك ، ثم ان الطلاق التعسفي فيه ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرصة لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من بين التصرف سواء كان ذلك في ماله

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر – عمان، الطبعة الأولى، 2010 ،ص 147-148.

[2] عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،ط 1 ، دار الفكر، عمان ، .2007، ص 192.

[3] جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق،ص209.

ام في طلاقه، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه فالطلاق التعسفي يجب فيه التعويض.[1]

ان العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للحرمان بسبب نعت الزوج وظلمه في الطلاق ويتيح لولي الأمر تقييد المباح وان يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء بقول مصطفى السباعي في أن التعويض: «وهذا حكم جديد، لم يكن معمولا به قبل، وهو حكم عادل. و من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق، التي لها جذور راسخة في الفقه الإسلامي وعمل بها الفقهاء القدامى، حتى ولم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم ومن خلال تطبيقها على حق الطلاق فالشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ التعويض وهذا بإقرارها لمتعة الطلاق، وبالرجوع الى كتب الفقهاء القدامى، وأصحاب المذاهب الاجتهادية، لا يوجد من اوجب التعويض على المطلق مع متعة الطلاق، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط، ولم يتطرق أحدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافة على المتعة. [2]

ثانيا– مشروعية التعويض في القانون:

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وحكم القانون بالتعويض عن الطلاق في المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) والتعويض هنا لم يقصد به المتعة لأنه ذكر التعويض أيضا في المادة 53 قاصدا به المتعة، وبالتالي المشرع قد حكم بالتعويض إضافة إلى المتعة آخذا بما ذهب إليه القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي، على أن هذا التشريع ليس مقصودا لذاته بل هو عبارة عن تدبير احتياطي لردع الزوج عن الإقدام على الطلاق إذا هناك دوافع حقيقية وراء تشريعه التعويض.[3]

فالحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة –متى تبين له التعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق ويزجرهم عنه، تفاديا لدفع ما لا يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة، وهذا المر ايجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للرجل فعلا مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس الأمر سلبا حين يكون للزوج مبرر شرعي يدفعه للطلاق،

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق ،ص 141.

[2] مسعودة بودية، المرجع السابق، ص89.

[3] طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الاسلامية , جامعة وهران– السانية ، الجزائر ،2012 –2013 ،ص 200.

ولكن ينعكس سلبا حين يكون الزوج مبرر شرعي لفراق زوجته وقد لا يستطيع إثباته كحالة انحراف الزوجة وارتكابها فاحشة لا يستطيع إثباته أو لا يريد البوح به لما فيه من مساس بكرامته، ومن ثم يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة مادام غير قادر على دفع التعويض الذي يستلزمه به القضاء.[1]

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري، بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعى في تقديرها حالة المطلق ماليا غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع، يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق، وعليه فمن حكم القضاء بالطلاق مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار".[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:[3]

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

[1] عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2 ، دار البصائر، الجزائر، ص244–245.

[2] عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2006–2007 ،ص67

[3] العطري محمد ، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماست في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2015–2016، ص 34.

يحكم به القاضي من تعويض قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي و ليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.

و هذا 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 صنفه 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: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾.[2]

أما النفقة تتمثل في توفير ما تحتاج اليه الزوجة من طعام و مسكن و خدمة و دواء قال الله تعالى : ﴿ لرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا﴾[3]، كما في قوله تعالى :﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾.[4]

---

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

[2]سورة النساء الآية 04.

[3]سورة النساء ، الاية 34.

[4]سورة الطلاق ، الآية 07.

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.

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

المطلب الثاني :

الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي و تمييزه عن الحقوق المالية الأخرى

قد لا يلتزم الزوج بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته بغير حق ودون سبب معقول مسببا لها ضرر كبيرا و عليه سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذه الممارسة المعيبة من خلال تقسيمه الى ماهية الضرر (فرع اول) و انواع الضرر (فرع ثان) ثم شروط الضرر (فرع ثالث) و تمييز التعويض عن الحقوق المالية (فرع رابع).

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

الفرع الأول :

المقصود بالضرر

لغة :

الضر و الضرر دلالتان عن الهزال و سوء الحال و الضرر ضد النفع [1].

و ضره يضره و ضر به أ أضر و الاسم الضرر و الضرار الجزاء عن الفعل و الضرر ما تضر صاحبك به و تنتفع به، والضرار ان تضره من غيلا ان ينتفع و الضر سوء الحال و الضراء نقيض السراء و قبل النقص في الاموال و الانفس و الضرر النقصان الذي يدخل في الشيء. [2]

اصطلاحا:

عرف الفقهاء الضرر بتعريفات عديدة فقد عرفه ابن العربي بأنه:"الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه وهو نقيض النفع "، وجاء في المنتقى" الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة "وقد استعمله الفقهاء بمعنى إلحاق الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، ويعرف الضرر في الفقه الاسلامي بأنه إلحاق مفسدة بالآخرين وكل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله أو جسمه أو عاطفته أو عرضه فيسبب له خسارة.[3]

وهناك من عرفه بمعنى الاتلاف،و المقصود الاتلاف أن يفقد الشيء منفعته كال أو بعضا" أي أن يكون الاتلاف كليا أو جزئيا وعلى العموم قان الضرر يتمثلفي الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه.[4]

ويرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية ألنه هو الركن الثاني من أركانها و تتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عن وجود خطأ دو ن إنتاجه لضرر سيكون مصيره الرفض، وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني إلا أنه من الصعب تعريف محدد له، ولقد أورد المشرع

---

[1]ابن منظور جمال الدين ، لسان العرب م 4 ، دار بيروت للطباعة، بيروت ، د س ن ، ص 482-483.

[2]صالح العلي الصالح، امينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، د ط ،الرياض ، د س ن ، ص959.

[3]ضوقي ضيف ، معجم الوسيط ط4، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2003، ص 512.

[4]علي فيلالي ، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر ، الجزائر ،2002 ،ص 244.

الجزائري في القانون المدني في المادة124منه وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذا المادة 176 وما يليها و التي خصصها لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.

من كل ما سبق يمكن تعريف الضرر بأنه" الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو مصلحة يستوي أن تكون مالية أو أدبية".[1]

الفرع الثاني :

أنواع الضرر

ان الضرر نوعان مادي أو أدبي "معنوي " و كالهما يوجب التعويض عنه و لا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض.

أولا : الضرر المادي

الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه و ماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة ،ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل أو يتوقع حصوله حتما و بالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق، ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أيا كان نوعه سواءا كان حقا عينيا تبعيا أو حقا شخصيا. وبهذا يتضح أن للضرر وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده و حياته و يعرف بالضرر الجسدي و الآخر يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص مما ينعكس سلبا على ذمة المالية فيكون الضرر ماليا، أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فقد يتمثل في ترك الزوجة لوظيفتها من أجل الاهتمام بزوجها وأولادها ثم يطلقها زوجها بدون سبب مما يسبب لها ضرر ماديا. [2]

[1]أحمد شوقي محمد عبد الر حمان ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير إرادية دراسة فقهية و قضائية،د ط ، د ذ م ،2002،ص 25

[2]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد ،الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ط4، الجزائر،2005 ،ص 285

ثانيا : الضرر المعنوي

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب على الجانب المتعلق بالمشاعر وعلى هذا الأساس يسمى هذا الضرر بالضرر المعنوي أو الأدبي ،فالضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية وهذه المصلحة محمية قانونا ولقد عرفه الشيخ مجاهد الاسلام القاسمي هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام و الأوجاع الزوجية من الشتم والتحقير و ترك الجماع عليه فالضرر المعنوي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته.[1]

وهذا ينطبق على الطالق التعسفي فقد يوقع الزوج الطالق متعسفا دون أن سبب مشروع ويسبب ضرر للزوجة بأن يلقي عليها تهما زائفة تمس بشعورها و شرفها تجنبا للتهرب من التعويض المقرر عليه من جراء طلاقه.

ولقد أشار قانون الأسرة الجزائري لمسألة الضرر فيما يتعلق بالخطبة في المادة 5 منه و أوجب التعويض عن العدول عن الخطبة للطرف المتضرر، كما نص على مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك بموجب المادة 52 قانون الأسرة منه"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطالق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2]، ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عاما دون أن يبين أي ضرر يحق بمقتضاه للزوجة المطالبة بالتعويض عنه، والحال أن الضرر المعنوي مفترض بل هو فهو ثابت في حقها فهو يصيبها في نفسها وفي سمعتها وقد لا تتمكن من إعادة الزواج لتمضي بقية حياتها بغير زوج يعيلها و يعينها على جوانب الدهر و غير ذلك من جوانب الضرر المعنوي ذات الأثر الشديد على المرأة ،لكن ما يؤخذ على المشرع أنه أغفل النص عن الضرر المعنوي في القانون المدني بنص مستقل بحيث أن المادة 124 منه جاءت عامة إلا انه نص عليه في قوانين خاصة.[3]

[1]مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطالق مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة بلقايد، تلمسان، 2009،ص258.

[2]المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري .

[3]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام ج 1، مرجع سابق ، ص157و 158.

الفرع الثالث :

شروط ضبط الضرر

لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط و هي كالآتي :

أولا : أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة

سواء كان هذا الحق ماديا أو معنويا فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون،فكل ضرر يلحق بالزوجة من جراء تعسف الزوج بتطليقه لها لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوج.[1]

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط في الضرر أن يكون محققا ، ولا يعني ذلك بالضرورة تحقق الضرر فعال وقت حصول التعدي بل يكفي أن يكون وقوعه محتما ولو تراخى إلى وقت الحق فيعتد إذن الضرر المستقبل دون الضرر المحتمل حيث لا صعوبة في التعويض عن الضرر الذي تحقق فعال بأن اتضحت معالمه حدوده بصورة نهائية مما يسهل تحديده و الحكم.[2]

بالتعويض الذي يجبره ويكون الضرر في الطالق التعسفي محققا إذا وقع فعال ومثال ذلك أن تصاب المطلقة تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقها الذي هو بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الانفصال وما سينجر عن ذلك من تبعات،أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد فقد يقع في المستقبل و قد لا يقع وطالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فال يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض، ومثال ذلك تفويت الفرصة على المطلقة تعسفا الزواج بسبب كبر سنها كأن يطلقها زوجها بعد عشرين سنة من الزواج فضال عن ذلك من نكران للعشرة الزوجية الطويلة وعلى كل فإن في تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات و الحكم باستحقاق التعويض و عدمه أمر نسبي و ينبغي أن تعالج كل حالة على حدى الا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط عامة لذلك لتكون مرجعا و أساسا يبنى عليها ويحتج بها.[3]

---

[1] بلحاج العربي، المرجع نفسه ، ص 158.

[2] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 260ص261.

[3] بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ج1 ، مرجع سابق ، ص 288.

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا

الضرر إما أن يكون مباشر ا أو غير مباشر ا فالضرر، المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر و يكون كافي لحدوثه، أما الضرر الغير مباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل مباشرة فيكون الفعل الأصلي عاما لازما لحصول الضرر ولكن لا يكو ن وحده كافيا لإحداثه و انما تدخل أسباب أخرى وفقا لنص المادة 182 ق م ج التي أكدت أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام و أن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار.[1]

في المادة 182 ق م ج إشارة إلى أن الضرر الذي يوجب التعويض هو ذلك الذي يمكن توقعه عادة و رغم أنها تحدثت عن الخطأ العقدي الا انه يمكن تعميم الحكم و الحكم بالتعويض عن أي ضرر أيا كان سببه والضرر المباشر في الطالق التعسفي هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الطلاق كأن يطلق الزوج زوجته بعد وقت قصير من الزواج دون سبب فيسبب لها ضرر ماديا و معنويا من جراء الطالق فهذا يعد ضررا مباشرا.[2]

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر سواءا كان معنويا أو ماديا فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب التعويض شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة و ينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصال فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار.

ولاثبات الضرر و وفقا للقاعدة العامة فإن البينة على من ادعى فيقع إثبات الضرر على المضرور و يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات وغالبا ما يثبت الضرر بالمعانية المادية أو شهادة طبية أو تقدير الخبراء و اثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ولا رقابة المحكمة العليا فيها كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا فالضرر الموجب للتعويض هو الذي بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض ويمكن إثباته باعتباره

[1] مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 260

[2] مسعودة نعيمة إلياس، نفس المرجع السابق، ص 259

واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا و بالنسبة للضرر الناتج عن الطالق التعسفي فإنه مفترض ولذلك فإن المطلوب من المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها، وباعتبار ذلك واقعة مادية فانه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك.[1]

الفرع الرابع :

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 المادة52 ق أ ج ، حيث يتضح من خلال النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض 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.[2]

أولا : 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 والتعويض.

1- أوجه الشبه بين حق المتعة و التعويض

هناك نقاط تتفق فيها حق المتعة مع التعويض كالتالي: [3]

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.

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام ج 1، المرجع السابق ، ص 289.

[2] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص135

[3] العطري محمد، المرجع السابق، ص36.

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.

ثانيا: أوجه الاختلاف بينهما

تختلف المتعة عن التعويض في نقاط، و تتميز المتعة عن التعويض:[1]

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".[2]

[1] العطري محمد ، مرجع سابق ، ص 38.

[2] المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري.

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[1] التي نصت : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

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[2]" 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.[3]

ثانيا : 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[4] 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 المادة61

[1] المادة 12 2 من قانون الاسرة الجزائري

[2] المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، 1988/11/21 رقم 14165، العدد44، المجلة القضائية،1990،ص64.

[3] المادة 122 من قانون الاسرة الجزائري .

[4] المواد من 58 الى 61 من قانون الاسرة الجزتئري.

ق أج "لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت 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 في1984/10/22،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 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.[1]

[1]المعري مبروك، الطلاق و آثاره في قانون الاسرة الجزائرية ، دار هومة، الجزائر ، د س ن ، ص122.

المبحث الثاني :

استحقاق التعويض

نص المشرع على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق التعسفي، فإنه ملم صبح معه الطلاق يحدد معيار التعسف الذي ي – وهو حق للزوج– موجب للتعويض، ويمكن استخلاص ذلك من خلال بيان إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي(مطلب أول).

المطلب الأول :

إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي

رغم السلطة التقديرية التي منحت للقاضي لتقدير الضرر عن الطلاق غير ان هذه السلطة تخضع لبعض القيود والاجراءات وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب بداية بالاجراءات سير الدعوى التعويض عن الطلاق في الفرع الاول ؛ والاجراءات الشكلية التي تتميز بها دعاوى التعويض عن الطلاق في الفرع الثاني.

الفرع الأول :

اجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق

هذا النوع من المسائل يجب رفع الدعاوى امام الجهات القضائية المختصة نوعيا و اقليميا للفصل في منازعات الطلاق و بهذا سنتناول الاختصاص النوعي و الاقليمي أولا و اجراءات الشكلية التي تسير بها دعاوى الطلاق ثانيا .[1]

أولا : الاختصاص النوعي و الاقليمي

1-الاختصاص النوعي

اذا كان قانون الاسرة لم يشير الى مسألة الاختصاص و كان ذلك يطرح اشكالا في هذا المجال إلا أنه بالرجوع الى قانون الاجراءات المدنية و إلادارية الصادر بموحب قانون 08 /09 المؤرخ فئ

[1]مرزوق صافية ، بوزيدي رحمونة، التعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص، جامعة بلحاج بوشعيب ، عين تموشنت ، الجزائر، 2020-2021،ص45.

2008/02/25 فانه جاء بإجراءات خاصة لكل جهة قضائية و نظر الى قسم شؤون الأسرة في دعاوي الخطبة و الزواج و انحلال الرابطة الزوجية .[1]

حيث نصت مادة 423 على :" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في دعاوي الاتية : الدعاوي المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع الى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة "[2].يتضح من خلال هذا النص صلاحيات محكمة شؤون الأسرة وقد تناولها على سبيل الحصر ،سواء عددا أو وصفا ،وتضمن النص عبارة (على الخصوص) و هذا يتعلق بإختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي الى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص .

وقد يكون طلب التعويض كطلب مقابل تتقدم به الزوجة أثناء تقديم الزوج لدعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة ، كما قد تكون دعوى مستقلة لذاتها إذ أن طلب التعويض قد يأتي بعد صدور حكم الطلاق الذي يعتبر حكما نهائيا في شأن فك الرابطة الزوجية مع حفظ حقوق المطلقة وعلى هذه الأخيرة ان تدرج فيها بعد دعوى أخرى لقصد المطالبة بحقوقها المتعلقة بالطلاق والتي من بينها اذا تم الطلاق بصورة تعسفية .[3]

ويعتبر الاختصاص النوعي هذا هنا من النظام العام وفقا للمادة 36 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على : عدم الاختصاص النوعي من النظام العام ، تقضي به الجهة القضائية القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، فالنص هنا حدد طبيعة الاختصاص النوعي فقرر أن ذلك من النظام العام ، أما ما جاء في الفقرة السادسة من المادة 32 من نفس القانون أنه : في حال جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها ،يحال الملف الى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد اخبار رئيس المحكمة سابقا،حيث أوضحت هذه المادة طريقة الاحالة في حالة ما جدولة قضية ما خطأ أمام اي قسم في محكمة غير مختصة نوعيا ،و قرر أن هذا الملف يتعين احالته أمام القسم المختص .[54]

---

[1]عبد اللطيف بومعي، المرجع السابق، ص83.

[2]القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 22 جوان 2022..

[3]عبد اللطيف بومعي، المرجع السابق، ص 83.

[4]نين عمارة ، سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة الوادي ، 2014 / 2015 ، ص 135.

[5]القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، السالف الذكر .

ونكون امام فرضيتين و هما :

– الاقرار الاحالة نتيجة بخطأ مادي من أمين الضبط و قت جدولة الملف .

– الاذن باللجوء الى الاحالة لتجنب القضاء بعدم الاختصاص و لو سبب سوء توجيه من المدعي تفاديا للتعطيل و مسايرة لما هو عليه الحال أمام القضاء.

والفرضية الاولى هي المرجحة لدى بربارة عبد الرحمن لان الاحالة هنا جاءت بمفهوم إرسال الملف المجدول خطأ الى قسم المعني[1]،وعليه فلقبول دعوى التعويض عن طلاق يجب أن ترفع أمام شؤون الأسرة كما أوضحتها المادة 423 من قانون ، إ م و إ .

ثانيا : الإختصاص الإقليمي

نصت المادة 426 من قانون الإجراءات المعدنية و الإدارية في فقرتها الثالثة على أنه :« تكون المحكمة مختصة إقليميا ... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما » ،حيث وضحت أحكام هذه المادة الإختصاص المحلي لمحكمة قسم شؤون الأسرة تبعا لطبيعة النزاع ،أما فيما يخص الدعاوي المتعلقة عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية من الزوج أو من الزوجة، فإن الإختصاص الاقليمي فيه يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة مسكن الزوجية ،وهذا ما نصت عليه مادة 37 من نفس القانون :« يؤول الاختصاص الإقليمي الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه ... » .[2]و عليه فإن دعاوي التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوي الطلاق تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية ، و الحقيقة أن هذا المسكن هو محل إقامة الزوج .

بالرغم من سهولة الإجراء إلا أنه قد تنشأ عدة إشكالات منها في حالة ما يكون الزوجان غير مستقرين في مكان معين ، أي كثيروا الإنتقال مما يثار الإشكال في أي من الأماكن يؤول الإختصاص في هذه الحالة و الرآي الراجح هو المسكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى ،و قد وضحت أحكام نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : « يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام

[1]بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ط2، دار بغدادي، 2009، ص 77.

[2]القانون رقم 08–09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، السالف الذكر .

القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا ،يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك ،يكون القاضي مختص طيلة الخصومة ،ويمتد الإختصاص في حالة الإستئناف الى المجلس القضائي التابع له »،فإنه بإمكان أطراف الدعوى الخاصة بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية الاتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية غير مختصة محليا ، إلا أنه يحب على الطرف الذي يدافع بعدم الإختصاص المحلي أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفوع في الموضوع ،وهذا ما جاءت به مادة 47 من نفس القانون بقولها :« يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول »،و منه فإن المشرع الجزائري حسن ما فعل حينما لم يجعل الإختصاص المحلي من النظام العام ، لأنه عند الزواج في أغلب الأحيان نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه من أجل ذلك بالمحكمة التابع لها مسكن الزوجية ، و بالرغم من أن المشرع سهل الأمر ،إلا أن هناك من الأزواج من يتمسك بمبدأ الإختصاص المحلي و يدفع به .[1]

ووفقا لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد إعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق هي محكمة مقر الزوجية كما جاء في قرار 1989/11/27 بأنه :« من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من إختصاص محكمة مقر الزوجية ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرق للقانون ».[2]

الفرع الثاني :

الاجراءات الشكلية التي تتميز بها دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي

من أهم الإجراءات الشكلية هي شروط قبول الدعوى و قد تناولها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و جاء فيها : «لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له صفة ،و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ،يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه ، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا اشترطه القانون» ،ويقصد بالمصلحة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء الى القضاء ، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى و الهدف من تحريكها ، فلا دعوى من دون مصلحة وتكون المصلحة قائمة.

الا ان دعوى التعويض عن الطلاق فهي تخضع لإجراءات خاصة وضحتها أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على ما يلي : « لا يثبث الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها

[1] مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق، ص 320.

[2] مرزوق صافية ، بوزيدي رحمونة، المرجع السابق ،ص47.

القاضي دون أن تتجاوز مدته (03)أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى ، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين ...» .[1]

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع قد ألزم قاضي شؤون الأسرة القيام بجلسات الصلح بين الزوجين ولعلها تكون سبب في معرفة أصل الخلاف ، وقد يكون أري القاضي في هذه الجلسات الصلح مما يؤدي الى عودة الحياة الزوجية بعد ما كانت في الهاوية ،وجاء نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتأكد هذا الإجراء حيث نصت على أنه:" محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية ،جاءت المادة بلفظ الوجوب أي سواء كان طلب الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة فإن الصلح أمر وجوبي وعلى القاضي إتيان هذا الإجراء سواء كانت نتائجه سلبية أو إجابية ،كما وضحت مدى سرية هذا الإجراء فلا يجب أن يتم أمام الملأ ،و الصلح هو إجرء جوهري و من النظام العام و تخلف هذا النظام يجعل من الحكم ناقص و عرضة للطعن أمام المحكمة و ذلك على أساس الخطأ في تطبيق قانون .[2]

و قد جاءت عدة قرارات تؤكد على الزامية هذا الإجراء من بينها القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه :« من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق قانون ،و بما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين ،يكونوا قد أخطأوا في القانون و متى كان ذلك ،استوجب نقض القرار المطعون فيه» ، كما صدر قرار آخر يوضح مدى الزامية محاولة الصلح ووجوب إجراءه الصادر ب 2006/11/15: «محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة العليا ».[3]

وقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على إجراء آخر يتمثل في تعيين حكمين في حالة ما إشتد الخصام وجاء فيها : «إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما».[4]

---

[1]الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27-05-2005 الذي يعدل و يتمم القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/06 المتضمن قانون الاسرة، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 2005..

[2]نين عمارة ، المرجع السابق ، ص139.

[3]مرزوق صافية ، بوزيدي رحمونة، المرجع السابق ،ص49.

[4]الامر رقم 05-02 المضمن لقانون الاسرة ، السالف الذكر .

المطلب الثاني :

طرق التعويض و كيفية تقديره

يستهدف التعويض اصلاح الضرر النازل بالمتضرر و اعادة التوازن الذي اختل بفعله، فالاصل ان يكون التعويض قي شكل مبلغ من النقود يعادل قيمة الضرر، و هذا النوع التعويضض هو الاكثر شيوعا في التعامل القضائي، و الادق تكيفا مع تنوع الاضرار و الاسهل تنفييذا بعد القضاء به غير انه هناك نوعا آخر من التعويض و هو التعويض العيني ، عليه قسمنا هذا المطلب الى اساليب التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري (فرع أول) و طريقة دفع التعويض(فرع ثان).

الفرع الأول :

أساليب التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري

سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على حد أدنى حد أقصى للتعويض عن الطلاق التعسفي، وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا المجال بحد أن الاجتهاد القضائي مستقر على أن تحديد مبالغ التعويض خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، الذين يملكون تقدير بينات الأطراف، وعلى ضوئها تنشأ قناعاتهم المتبعة.

ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه «من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغا والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ».[1]

وفي قرار آخر قضت بأن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم ».[2]

لكن يبقى الإشكال مطروحا حول كيفية تقدير هذا التعويض؟ وعلى أي أساس؟ وقد اجتهد بعض الباحثين[3] في استنتاج عناصر يراعيها القاضي في تقديره لمبلغ لتعويض عن الطلاق التعسفي هي:

---

[1]القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75029، العدد1، المجلة القضائية 1992، ص65.

[2]القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 2006/07/12 ملف رقم 368660، العدد1، المجلة القضائية 2006، ص487.

[3]بن شويخ ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ط1، الجزائر ، دار الخلدونية ،2008، ص77.

أولا: مراعاة ظروف الملابسة

والظروف الملابسة هي الظروف الشخصية للمضرور التي تؤخذ في الحسبان عند تقدير التعويض؛ لأن التعويض يقابل الضرر الذي لحق بالمضرور ؛ فيقاس ويقدر على أساسه، وهو أساس موضوعي وليس ذاتي.

ومن أمثلة هذه الظروف الزوجة التي تعيل أطفالاً يكون ضررها أشد من الزوجة التي لا تعول إلا نفسها، أيضا حالة الزوج المالية، وليس معناه إذا كانت غنية كانت بأقل حاجة إلى التعويض فالتعويض هو حق ثابت يعطي لزوجة بغض النظر عن غنى وفقر الزوجة.

ثانياً: مراعاة سوء نية الزوج

إن مسألة حسن النية هي مسألة موضوعية والتي يختص بتقديرها القاضي، فيستخلص عنصر حسن النية وسوئها من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه، ومن وقائع الدعوى للمعوضة عليه . وتتحلي مسألة سوء نية الزوج من خلال استناده في طلب الطلاق إلى مبررات واهية وأسباب غير مشروعة ومؤسسة. وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا، حيث استقر قضاؤها على أن لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، فجاء في أحد قراراتها: «من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة».[1]

ويثبت الضرر وفقا لهذا القرار إذا كان الطلاق غير مبرر ولا سبب له (تعسفي) ما يرتب على الزوج مسؤولية التعويض.

والحقيقة أن هذه العناصر يستأنس بها القاضي ما دامت المسألة ترجع لتقديره واجتهاده، وإلا فإن استمداد الحكم لمعالجة الفراغ التشريعي في قانون الأسرة، دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لا ينهض على أساس قانوني سليم؛ عملا بنص الإحالة الوارد في المادة 222 من ق. أ. ج وبموجب المادة 1 من نفس القانون.

[1] قرارالمحكمة العليا،ملف رقم 39731،المؤرخ في 1986/01/27 ،المجلة القضائية، العدد4 ،1993،ص61.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد العديد من القواعد الفقهية في هذه المسألة الكفيلة بتبيين المحددات المتنوعة التي تشكل معالم يهتدي بها القاضي في تحديد تعويض جابر للضر الذي لحق الزوجة إثر الطلاق التعسفي؛ منها:

قاعدة : «الضرر يزال»فكل ضرر وقع يجب أن يدفع ويرفع؛

وقاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام »ومعناه أن الضرر الذي يصيب فردا معنيا أو فئة قليلة من الناس يدفعه الضرر العام الذي يلحق عموم الناس.

وتطبيق القاعدة على هذه المسألة يتمثل في أن جعل التعويض قيد من قيود الطلاق فيه ضررة لكنه ضرر خاص يتحمل لأجل دفع ضرر عام وهو هدم رابطة الزوجية لأنفه الأسباب، والتمادي في إيقاع الطلاق لغير حاجة معقولة.[1]

وتقابلها القاعدة: «الضرر الأشد يزال بالضرر (الأخف)» ذلك أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه، ولا يجوز أن يزال ممثله أو بأشد منه ويتمثل هنا في التسهيل على السفهاء فك العلاقة الزوجية لغير سبب معقول، ويزال بالضرر الأخف الذي هو الحكم على المطلق بتعويض للزوجة المطلقة، وجعل ذلك قيدا من قيود الطلاق، .... وغيرها من القواعد كقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان »بحيث يكون التعويض جابرا لكل الضرر ما أمكن... معاشية على هذا التعويض، بهدف ضمان استمرار مستوى العيش الذي اعتادت عليه الزوجة للمطلقة أثناء الحياة الزوجية، إلى أن تستغني عنه بزواج جديد، ولا شك أن هذا خروج على مبدأ التعويض عن الضرر إلى الإلزام برفع الفقر والحاجة عن المطلقة؛ فذلك عبء يجب أن تتحمله الدولة.

الفرع الثاني :

طريقة دفع التعويض

سنتطرق في هذا الفرع الى طريقة دفع التعويض بداية بأساس التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري ثم بداية التعويض .

[1] بالة نجاة و مومني عتيقة، مبدأ العويض عن الطلاق التعسفي –دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة و القانون–، مذكرة ماستر في الشريعة و القانون ، جامعة احمد دراية ، ادرار ، الجزائر ، 2015–ص33.،ص36.

أولا : أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري

نص قانون الأسرة في المادة 52 منه على انه " اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، كما نص في المادة 53 مكرر انه " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق لها".[1]

ومما سبق نستنتج ان المشرع بنى مبدا التعويض عن الطلاق التعسفي على اساس نظرية التعسف في استعمال الحق، و هو ما اكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، منها:" من المقرر قانونا ان الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج او تعسفه في الطلاق، و من ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدا يعد مخالفا للقانون"[2]، و ايضا :" ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان يشمله التعويض في الطلاق ".[3]

ثانيا : دفع التعويض

ان السلطة التقديرية هي الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل اختيار الحل، ويكون مجالها واضح في النص القانوني كلما استعمل لفظ: يحق، يتعين للقاضي، يجوز... وتعد السلطة الممنوحة للقاضي عبارة عن تكليف ومسؤولية، من خلالها يلتزم القاضي بتحقيق إرادة الشرع من تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه.

فأصبحت السلطة التقديرية للقاضي تمثل ركنا مهما في العمل القضائي بصفة عامة، فهي ضرورة حتمية للدعوى وللقاضي، يلجأ إليها بموجب تصريح من قبل المشرع للاهتداء إلى الحكم القانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه، ووفقا لذلك يتعين على القاضي أن يراعي القواعد المنظمة لهذه السلطة خصوصا عندما يستعمل السلطة التقديرية الناجمة عن الطلاق، وهذا ما سوف نوضحه من خلال ضرورة تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف (الفرع الأول) وضرورة تقدير التعويض حسب حال الزوجين (الفرع الثاني) .

---

[1] المواد 52 و 53 مكرر من قانون الاسرة الجزائري .

[2] بالة نجاة و مومني عتيقة، مبدأ العويض عن الطلاق التعسفي –دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة و القانون–، مذكرة ماستر في الشريعة و القانون ، جامعة احمد دراية ، ادرار ، الجزائر ، 2015–ص33.

[3] القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 235367، العدد1، المجلة القضائية 2001، ص275.

1- تقدير التعويض حسب جسامة الضرر و درجة التعسف

يتضح من نص المادة 52ق أ ج أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحا لسلطة القاضي في تقدير التعويض في هذه الحالة على أساس وجود التعسف وعلى أساس الضرر اللاحق بالزوجة، وقد نصت المادة 53مكرر من نفس القانون على أنه " : يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع لم يحدد معايير تحديد الضرر، ولا لضوابط تحديد التعويض، بل تركها لسلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر.

أما المادة 55ق أ ج على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر" يتضح من هذه المادة أن المشرع فتح المجال أمام القاضي لاستعمال سلطته التقديرية في تعويضا الضرر.[1]

إن المشرع أعطى حق التعويض للزوجة في حالة تعسف الزوج في الطلاق أي أنه طلق زوجته دون مبرر شرعي أو أن الزوجة لحقها ضرر في حالة التطليق كما سبق ذكرها في المادة 53مكرر قانون أسرة، بالإضافة إلى أنه يقضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وهذا حسب أحكام المادة 55ق أ ج، لم يتطرق لحالة الزوجين في تحديد مبلغ التعويض أو إلى تحديد طريقة تسديد هذا المبلغ من التعويض، غير أن قاضي الموضوع حينما تعرض أمامه مثل هذه الدعاوى، دعوى التعويض عن الطلاق فإنه بالرغم من تمتعه بسلطة تقديرية واسعة في تعويض الضرر اللاحق بأحد الأزواج، فيقدر هذا التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق (الطلاق) فيكون التعويض المستحق للمضرور مساويا للضرر الذي لحقه دون زيادة أو نقصان.

يكمن الهدف من التعويض في جبر الضرر، فيجب على القاضي أن يقدر التعويض تقديرا صحيحا ومساويا لقيمة جسامة الضرر الموجب للتعويض ماديا أو معنويا، فجسامة الضرر تختلف باختلاف الأطراف والظروف الملابسة، مثلا جسامة الضرر الواقعة للمطلقة التي كانت متزوجة لمدة 20سنة وهي أم لأربعة أولاد، ليست نفسها بالنسبة للمطلقة التي لم يدم زواجها 4سنوات وليس لها أولاد، فالقاضي بالرغم من تمتعه بسلطة تقديرية في تعويض الضرر غير أنه ملزم بتقدير التعويض حسب جسامة الضرر، وكذلك حسب درجة التعسف في استعمال الحق.

نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض

[1] بانوح كريمة، بوشنتوف ظريفة، الطلاق التعسفي و سلطة القاضي في تقديره، مذكرة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون الاسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2015-2016، ص61.

للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فأن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام نص المادة 55ق أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن" ،يتضح أن قضاة الموضوع قد قضوا بتعويض المطلقة بالرغم من أنها هي التي طلبت الطلاق، وهذا التعويض منح لها نظرا لجسامة .الضرر اللاحق بها من طرف الزوج.[1]

2-تفدير التعويض حسب حال الزوجين :

بالرغم من أن المواد 52و 53مكرر و 55من ق أ ج جاءت مطلقة وفتحت مجالا واسعا أمام سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، إلا أن القاضي يبقى مقيد بضوابط عامة حتى يعطى قوة ومصداقية لحكمه، وقاضي الموضوع أثناء قيامه بتقدير التعويض فإنه يراعى الأمور ويقف عليها حتى يؤسس حكمه على قواعد قانونية، ظروف الزوجين الاجتماعية والمادية تدخل في تقدير التعويض بالرغم أن نصوص المواد السابق ذكرها لا يلزم القاضي باعتداد بظروف الزوجين المادية إلا أنه في الواقع العملي، نجد أن قضاة الموضوع يقدرون التعويض على حسب حال الزوجين، ويتضح هذا عند النظر في تسبيب الأحكام والأكثر من هذا فهناك قرارات للمجالس ترفع أو تخصص مبلغ التعويض على الطلاق، استنادا في ذلك على حال الزوجين.

ومن هذه الأحكام الحكم الصادر عن محكمة الوادي بتاريخ 2011/11/29 جاء فيه: "...الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع تحميله مسؤولية الطلاق بين الطرفين ...

التزام المدعي بأن يدفع للمدعى عليها نفقة العدة حسب مبلغ ثلاثون ألف دينار(30ألف دج) و نفقة متعة حسب مبلغ مئة وعشرون ألف دينار(120,000) ،"...حيث استأنف الزوج هذا الحكم على أساس أن الحكم صدر بدون تسبيب، ومشوبا بالقصور في التعليل، وقد أكد مسؤوليته في الطلاق إلا أن مبلغ التعويض المحكوم به للزوجة يراعي وضعيته المادية طبقا للمادة 79 من قانون أسرة على أساس أنه أصبح في الآونة الأخيرة بطال .[2]

[1]قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية،1997/12/23،ملف رقم 181648ا ، عدد01 ،،لمجلة القضائية،1997،ص49.

[2]مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي ، قسم شؤون الاسرة ، 2011/11/29، رقم الجدول 11/00742، ص03.

صدر قرار بتاريخ 2012/05/17 حيث استجاب لطلبات المستأنف من ناحية حفظ مبالغ التعويض وجاء في إحدى حيثيات هذا القرار: "حيث أن المبالغ المحكوم بها للمستأنفة فرعيا مقابل نفقة المتعة، ونفقة العدة ونفقة الإهمال يعتبرها المجلس مبالغ فيها عليه، فإن طلب المستأنف الرامي إلى حفظها يعتبره المجلس مؤسس وتتعين الاستجابة له ونتيجة لذلك يتعين على المجلس تأبيد الحكم المستأنف مبدئيا في هذا الجانب وتعديله بخفض تلك المبالغ المحكوم بها من طرف قاضي أول درجة إلى الحد المعقول والمتمثل في 80000دج نفقة متعة..."[1] ،يتضح من هذا القرار أن قضاة المجلس اعتبروا أن المبالغ المحكوم بها على مستوى المحكمة كأول درجة من التقاضي، أنها جاءت مبالغ فيها نظرا لظروفه المادية لأن المستأنف أصبح في الآونة الأخيرة بطال، وعليه فقضاة المجلس راعوا حال الزوج المعسر.

صدر قرار آخر لمجلس قضاء الوادي بتاريخ 2013/04/04 جاء في إحدى حيثياته أنه: "حيث أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي المحكوم به للمستأنف عليها والمقدر بمائة ألف دينار يعتبره المجلس مبالغ فيه بالنظر إلى ظروف الطرفين وأضرار الطلاق، وعليه فإن طلب المستأنف الرامي لتخفيض ذلك المبلغ يعتبر مؤسسا ويتعين الاستجابة له".[2]

يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس راعوا ضوابط تقدير التعويض عن ضرر الطلاق بالرغم مما يتمتعوا به من سلطة إلا أنه يتضح أنه قد قدروا مبلغ التعويض على أساس حال الزوجين وعلى أساس جسامة الضرر الناتج عن الطلاق.

أكد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/04/02 على مراعاة حال الزوجين في تقدير التعويض وجاء فيه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حال الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع ، إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب واعطاء شيء

[1] مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية،17/05/2012، ررقم القضية 00102/12، ص 03.

[2] مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 04/04/2013،رقم القضية 12/00481ص 2.

غير مألوف دون استناد على أي قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة" .[1]

يؤكد القرار أنه بالرغم مما يتمتع به قاضي شؤون الأسرة، من سلطة تقديرية في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق، إلا أنه يخضع أثناء تقديره للتعويض لعدة ضوابط من بينها بيان حال الزوجين حتى يكون تقديرهم سليم ومبرر.

[1]قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 02/04/1984 ، ملف رقم 97723، المجلة القضائية ،عدد 02 ، 1989،ص61..

خلاصة:

وما نلخص إليه أن النظر في موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، يعود إلى القاضي الذي يراعي ويقدر الظروف والأحوال، ويحدد ما يراه كفيلا بدفع الضرر عن طلاق الزوجة بحسب درجة التعسف سواء كان الضرر مادي أو معنوي، ثم يحكم ويقضي بما يراه مناسبا للطرفين. أنه لم يقف كل من الشرع و القانون عاجزين في اقرار التعويض عن الضرر الذي يلحق بالمراة نتيجة طلاقها طلاقا تعسفيا من دون سبب مشروع من قبل الزوج فمن حيث الشرع فقد ارتبط التعويض بالمتعة أو يمكننا القول ان التعويض في الشرع يتمثل في المتعة وهي المال الذي يعطى للمراة لجبر خاطرها و تعويضا لها ما لحق بها من ضرر نتيجة الطلاق.

خاتمة

الخاتمة:

لقد اعتبر الزواج رابطة مقدسة بين الرجل والمرأة، ومن أهدافه تكوين أسرة أسسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين، والمحافظة على الأنساب فإذا كان الشارع قد أعطى للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة، إلا أن ذلك الحق مقيد بضميره الحي فلا يطلق إلا لحاجة وإلا كان استهتار بنعمة الزواج التي قدسها الله سبحانه وتعالى وأن الضمير الذي وضعه الله عز وجل في قلب كل مؤن كفيل أن يجعل الزوج لا يطلق زوجته إلا لقناعة وتأكيد أن المصلحة تقتضي ذلك فعقد الزواج جعله الله أوثق العقود ولا يجوز أن يكون ألعوبة بين أيدي الناس، وأن مستقبل الأسر والأولاد لا يجوز أن يكون بيد رجل عابث ولذلك فإن استعمل الرجل حقه في الطلاق دون سبب مشروع كان متعسفا وكان الزاما عليه التعويض عن الضرر الذي لحق بزوجته معنويا وماديا وأن هذا التعويض حق مشروع مبني على فعل الطلاق الزوج المتعسف بالتعويض عن الضرر وهذا حفاظا على حقوق الزوجة وكرامتها.

ولأجل ذلك أردنا في هذا الموضوع الكشف عن بعض أشكال التعسف في الطلاق المنتشرة كثيرة وبإحصائيات مخيفة في المجتمع الجزائري مما ينبأ بظهور أو انتشار مظاهر الإنفلات الأخلاقي من آثار هذا الطلاق وخاصة الأطفال في الإنحراف والمخدرات والجريمة، فيجب علينا أن نحاول التقليل من هذا المشكل الذي أصبح يتكاثر في الأسر والمجتمعات الإسلامية، فقمنا بإعطاء بعض الحلول والتدابير الوقائية مثل تحكيم العقل في حل المشاكل الأسرية وضرورة الأخذ بالخلفية السوسيوثقافية للرجل والمرأة وضرورة تمسك الأسر بالقيم والتعاليم الإسلامية وإنشاء لجنة استشارية متمثلة في إمام أثناء جلسات الصلح حتى يقوم بإعطاء بعض إرشادات والنصائح للزوجين للعدول عن فكرة الطلاق وإنشاء جمعيات متخصصة لحل مشاكل الزوجين وذلك للحفاظ على كيان الأسرة والمجتمع.

و الخلاصة التي يمكن الخروج بها هي ان المنظومة القانونية الجزائرية مدعوة لاعادة النظر فيما يخص توابع الطلاق المادية ، و بالخصوص التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، و جعل هذه المنظومة تستعمل في شقين، الشق الاول و هو الحد و لو بشكل نسبي من ظاهرة الطلاق و الطلاق التعسفي بشكل خاص ، اما الشق الثاني و هو شعور المطلقات طلاقا تعسفيا بالعدالة ، و ذلك عندما تحكم لها المحاكم بمبالغ تعينها على مكابدة الحياة الصعبة التي ستواجهها بعد الطلاق و تضمن لها و لابنائها العيش الكريم .

خاتمة

ومن خلال تحليل كل هذا على ضوء الإشكالية التي انطلقنا منها نخلص إلى جملة من النتائج نجمعها في ما يلي:

في المادة 52 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري خول للقاضي إذا تبين له تعسف الزوج في الطلاق حكم بالتعويض عن الضرر فقط، فالأجدر أن يبين كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ويحدد المعايير والأسس التي يعتمد عليها في ذلك.

سن نصوص قانونية تبين أحكام طلاق المريض مرض الموت، وخاصة في ما يتعلق بميراث الزوجة المطلقة تعسفا.

• إن حق الطلاق مثله كمثل بقية الحقوق لكنه مقيد بعدم التعسف في استعماله لذلك كان الأصل فيه الحظر وهذا للمحافظة على شمل الأسرة وحماية المجتمع.

• ضرورة معرفة معايير الطلاق التعسفي لمعرفة ما إذا كان الزوج قد تعسف في استعمال حقه ام لا.

يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته، أو مؤديا إلى مآل ممنوع شرعا، وأن لا يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها.

إن المتعة تجب لكل مطلقة، بينما التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا يكون إلا في حالة إثبات تعسف المطلق

نجد أن أغلبية تشريعات الأحوال الشخصية، منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والأساس القانوني الذي يعتمد عليه القضاة من خلال التطبيقات القضائية هو فكرة التعسف في استعمال الحق.

من التوصيات التي يمكن أن نقدمها بعد انجازنا لهذه المذكرة هي على النحو التالي:

وجب على المشرع الجزائري التفريق بين تقدير التعويض عن الطلاق اذا كان تعسفيا او اذ كان الطلاق مبرر بأسباب جدية دفعت الزوج الى رفع دعوى الطلاق فمن غير المعقول ان يكون التقدير متساويا بينهما.

رفع مقدار التعويض عن هذا الطلاق، سيردع الأزواج المستهترين بميثاق الرابطة الزوجية، وسيحد بشكل كبير من ظاهرة الطلاق المتفشية في مجتمعنا و التي تزداد يوما بعد يوم بشكل يبعث على القلق.

إنشاء قانون إجرائي خاص بالأحوال الشخصية، ينظم المنازعات المتعلقة بالأسرة نظرا لطبيعة وخصوصية النزاع، وحماية لحقوق المتقاضي، وأيضا تسهيلا لمهمة قاضي الأسرة، في هذا المجال باعتبار أن قانون الإجراءات المدنية أصبح مثقلا بالقوانين الأخرى، ولكون أن النظام القضائي الحديث يتطلب أكثر من أي وقت مضى أيسر مع نظام العولمة الجديد مما يتوجب التخصص في السلك والهيكل.

قائمة المصادر و المراجع

أ/المصادر

أ/ المصادر

أولا : القرآن الكريم

ثانيا : المعاجم

1. ابن منظور جمال الدين ، لسان العرب م 4 ، دار بيروت للطباعة، بيروت ، د س ن .
2. ابن منظور، جمال الدين محمد بن جلال الدين المخزومي المصري ، لسان العرب، ط3، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان،(1914هـ/ 1999م)،ج9 ،
3. ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الأولى ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، 2003 ،.

ب/ المراجع

الكتب :

1. ابن عبد الله محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية ، دار الكتاب العلمية ، لبنان .
2. أبو الحسين أحمد بن فارس زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق الدكتور محمد عوض مرعب والآنسة فاطمة محمد أصلان، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 1211هـ - 1001م .
3. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون بحث مقارن ، الطبعة الأولى ، مصر ، دار المعارف ، 1967 .

4. أحمد شوقي محمد عبد الر حمان ، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير إرادية دراسة فقهية و قضائية،د ط ، د ذ م ،2002.

5. إسماعيل أبا بكر علي البامري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ، دار حامد للنشر، عمان، الطبعة 01

6. الإمام محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، االقاهرة ، ط2 ،1950 .

7. باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، ط1 ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 .

8. باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، ط1 ،عين مليلة، الجزائر، 2012 .

9. براهيم انيس وآخرون، معجم الوسيط، ط 4 ،مكتبة الشروق الدولية مصر، 2004 .

10. بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، ط2، دار بغدادي، 2009.

11. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد ،الإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ط4، الجزائر،2005 .

12. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ج1 ديوان المطبوعات الجامعية 2005 .

13. بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة ، الجزائر، 2007 .

14. بن شويخ ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ط1، الجزائر ، دار الخلدونية ،2008.

15. ثروة محمد شلبي، الطلاق و التغيير الإجتماعي في المجتمع السعودي، المكتب الجامعي الحديث، مصر.

16. جمال حممد بن مكرم، ابن منظور، معجم لسان العرب، م ج 7 ،د ط، دار الصادر، بيوت، لبنان، د س.

17. جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – بيروت 1434،هـ – 2013م .

18. جميل فخري محمد غانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009 .

19. الخليل بن أحمد الفر اهيدي، كتاب العين، ترتيب وتحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، ج3 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، 1بيروت–لبنان1424، هـ – 2003 م .

20. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط ،1 دار قنديل للنشر 4 والتوزيع ، عمان – الأردن ، 2015 .

21. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر – عمان، الطبعة الأولى، 2010 .

22. السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر، الطبعة الرابعة، لبنان ، 1983 . .

23. صالح العلي الصالح، امينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، د ط ،الرياض ، د س ن .

24. ضوقي ضيف ، معجم الوسيط ط4، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، 2003.

25. طاهر الحسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة في الجزائر مع التعديلات مدخلة عليها الأمر 02/05 ، دار الرويبة ، 1 الجزائر، 2008 .

26. عبد الرحمان الصابو ني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، دار الفكر ، ط2 ، 1968.

27. عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2010 .

28. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2006–2007 .

29. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط2 ، دار البصائر، الجزائر.

30. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية،ط 1 ، دار الفكر، عمان ، .2007 .

31. علي فيلالي ، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر ، الجزائر ،2002 .

32. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط،1 مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان، 1387هـ-1967 م .

33. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، 3 القاهرة ، 1429هـ- 1009م

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

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

36. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه و القانون، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر، 2003 .

37. المعري مبروك، الطلاق و آثاره في قانون الاسرة الجزائرية ، دار هومة، الجزائر ، د س ن.

38. ناجي بلقاسم علال، الطلاق في المجتمع الجزائري، دار هومة الجزائر، 2013 .

39. نصر سليمان ، سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2003 .

40. نقلا عن بلحاج العربي ، الزواج والطلاق في تقنين الأسرة معلقا عليه بأحكام النقض التي قررتها المحكمة العليا في اجتهاداتها القضائية الكبرى ، دار هومة ، الجزائر ، أفريل 2018 .

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

ثانيا : المذكرات الجامعية :

رسائل دكتوراه :

42. مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، 2010-2009

رسائل ماجستير :

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

44. بيطار صبرينة ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائي، مذكرة ماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي ، جامعة احمد دراية، ادرار ،الجزائر ، 2015.

45. طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية ، 2013-2012 ..

46. طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الاسلامية , جامعة وهران- السانية ، الجزائر ،2012 -2013.

47. عيساوي عادل ، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجيستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 1 كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011-2010 .

48. نين عمارة ، سلطة القاضي التقديرية في التعويض عن الضرر ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير ، تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة الوادي ، 2014 / 2015.

رسائل ماستر :

49. بالة نجاة و مومني عتيقة، مبدأ العويض عن الطلاق التعسفي –دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة و القانون–، مذكرة ماستر في الشريعة و القانون ، جامعة احمد دراية ، ادرار ، الجزائر ، 2015.

50. بالة نجاة و مومني عتيقة، مبدأ العويض عن الطلاق التعسفي –دراسة نظرية تطبيقية بين الشريعة و القانون–، مذكرة ماستر في الشريعة و القانون ، جامعة احمد دراية ، ادرار ، الجزائر ، 2015.

51. بانوح كريمة، بوشنتوف ظريفة، الطلاق التعسفي و سلطة القاضي في تقديره، مذكرة ماستر في القانون الخاص تخصص قانون الاسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2015–2016.

52. جمال جعرون، التعويض عن الضرر في الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة ماستر في العلوم الاسلامية، تخصص شريعة وقانون ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2019–2020،

53. سعودة بودية ، الطلاق التعسفي – دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص احوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، الجزائر ، 2015–2016 .

54. العطري محمد ، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2015–2016.

55. الكوزاني بوجمعة ،باالحاج اسلام، النظام القانوني للتعويض في المسؤولية المدنية حسب التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق تحت تخصص قانون خاص معمق ، المركز الجامعي آمود بن مختار، ايليزي ، الجزائر ، 2022–2023،

56. وسيلة رقيق – كريمة جعيجع ، أحكام الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة ، جامعة المسيلة كلية الحقوق ، 2020–2019 .

ثالثا : مجلات

مرزوق صافية ، بوزيدي رحمونة، التعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون خاص، جامعة بلحاج بوشعيب ، عين تموشنت ، الجزائر، 2020-2021.

رابعا : الإحتهادات القضائية :

القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 235367، العدد1، المجلة القضائية 2001.

القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75029، العدد1، المجلة القضائية 1992.

القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، بتاريخ 2006/07/12 ملف رقم 368660، العدد1، المجلة القضائية 2006.

قرارالمحكمة العليا،ملف رقم 39731،المؤرخ في 1986/01/27 ،المجلة القضائية، العدد4 ،1993.

المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية، 1988/11/21 رقم 14165، العدد44، المجلة القضائية،1990،ص64.

قرارالمحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية،1997/12/23،ملف رقم 181648ا ، عدد01 ،،لمجلة القضائية،1997.

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

مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي ، قسم شؤون الاسرة ، 2011/11/29، رقم الجدول 11/00742.

مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية،17/05/2012، ررقم القضية 00102/12.

مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 04/04/2013،رقم القضية .12/00481

خامسا : النصوص القانونية

الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 3 في المؤرخ 27/02/2005

الامر رقم 05-02 المؤرخ في 27-05-2005 الذي يعدل و يتمم القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/06 المتضمن قانون الاسرة، المنشور بالجريدة الرسمية سنة 2005..

القانون رقم 08-09 ، المؤرخ في 25-02-2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المعدل و المتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 22 جوان 2022..

الفهرس

الفهرس

بسملة	
إهداء	
مقدمة	01
الفصل الأول الإطار القانوني للطلاق التعسفي	
تمهيد	05
المبحث الأول : مفهوم الطلاق و أسبابه	06
المطلب الأول:مفهوم الطلاق	06
الفرع الأول: تعريف الطلاق	06
الفرع الثاني : حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته	10
الفرع الثالث : أقسام الطلاق	11
المطلب الثاني : أسباب الطلاق القيود الواردة عليه	17
الفرع الأول : أسباب الطلاق	17
الفرع الثاني : القيود الواردة على الطلاق	20
المبحث الثاني : التعسف في استعمال حق الطلاق	24
المطلب الأول :مفهوم الطلاق التعسفي	24
الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي	24
الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي.	30
المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي و صوره	34
الفرع الاول : معايير الطلاق التعسفي	34
الفرع الثاني : صور الطلاق التعسفي	37
خلاصة :	43
الفصل الثاني الآثار المترتبة عن على الطلاق التعسفي و إجراءات التقاضي	
تمهيد	45
المبحث الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	46
المطلب الأول: مفهوم التعويض	46
الفرع الأول : تعريف التعويض	46

الفهرس

الفرع الثاني : مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي	48
الفرع الثالث : شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	51
المطلب الثاني : الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي و تمييزه عن الحقوق المالية الأخرى	53
الفرع الأول : المقصود بالضرر	54
الفرع الثاني : أنواع الضرر	55
الفرع الثالث : شروط ضبط الضرر	57
الفرع الرابع : تمييز التعويض عن الحقوق المالية	59
المبحث الثاني : استحقاق التعويض	63
المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي	63
الفرع الأول : اجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق	63
الفرع الثاني : الاجراءات الشكلية التي تتميز بها دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي	66
المطلب الثاني : طرق التعويض و كيفية تقديره	68
الفرع الأول : أساليب التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري	68
الفرع الثاني : طريقة دفع التعويض	70
خلاصة	76
خاتمة	78
قائمة المصادر و المراجع	