جامعـــــة محمـــد خيضـر بسكـــرة
كليـــة الحقـوق والعلـوم السياسية
قســـــــــم الحقـــــــــوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفـرع : حقـــــــــوق
التخصص: قانـــون أســرة
رقـــــم : .....
يـــوم : 2022/06/29

إعـداد الطالبتيـن : مشـــراوي نبيلـة
نويجـم عائشـــــة

عنوان المذكرة

الطـلاق التعسـفي فـي قانـون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة :

د. حاحة عبد العالي	أ. مح أ	جامعة بسكرة	رئيســـــــا
د. لمعيني محمد	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
د. دحامنية علي	أ. مح أ	جامعة بسكرة	مناقشـــــــا

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾

سورة البقرة الآية 231

شكر وتقدير

الحمد لله مبدع الكون بقدرته والشكر له على فيض نعمه التي لا تحصى

والصلاة والسلام على النبي الهاشمي سيدنا محمد المصطفى

وعلى آله وصحبه أجمعين وكفى

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات على توفيقه لإتمام وإنجاز هذا البحث

وبعد الحمد والشكر لله جل شأنه الذي بث فينا روح الإرادة والعزيمة

وأمدنا بالصبر رغم كل الصعاب وأنعم علينا من فضله وتوفيقه بإتمام هذا العمل بنجاح

والذي نحتسبه خالصا لوجهه الكريم

ومن خلال هذا العمل المتواضع نتقدم بخالص الشكر والتقدير

إلى الأستاذ المشرف الدكتور/ لمعيني محمد

وإلى السادة أعضاء اللجنة على إثراء هذا العمل ومناقشته

و إلى جميع الأساتذة الكرام

كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر

إلى كل من مد لنا يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد

وأخص بالذكر مسؤولي مكتبة الحقوق بجامعة القطب شتمة بسكرة

وعلى رأسهم السيد / مشري كمال

ونحمد الله تعالى على ما هدانا إليه وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

ونسأله أن يديم علينا العون والتوفيق والسداد والرشاد

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى أحن قلبين وأطهر وأطيب شخصين

إلى من جاهدا الحياة لأجلي وقهرا الظروف والمحن ليهديا لي بسمة أمل

إلى **روح والـــدي** الغالي الذي حرص على تعليمي إلى أن توفاه الله رحمه الله

برحمته الواسعة وأسكنه فسيح جناته

إلى **والدتي** العزيزة والغالية على قلبي صاحبة الفضل علي والتي بفضل دعواتها لي

في صلاتها و بركاتها أخطو خطى النجاح حفظها الله من كل سوء وأطال عمرها

وأدامها الله لي بالصحة والعافية

إلى من شارك معي الحياة إخوتي الأعزاء (**سهام ، عبد الكريم ، رمزي ، عواطف**)

إلى زملائي بالعمل **جميع موظفي محكمة بسكرة** دون استثناء

إلى زميلتي في هذا العمل **عائشة نويجم** و كل **زميلات الدراسة** ماستر هذه الدفعة

إلى أستاذي المشرف **لمعيني محمد** و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل

إلى كل من نسيه القلم و إلى نفسي أهدي ثمرة جهدي هذا العمل المتواضع

مشـــراوي نبيلـــة

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى أما بعد :

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات

والحمد لله على إتمام هذا العمل

بمذكرتنا هذه أقدم ثمرة الجهد والنجاح

لوالدتي الحبيبة ولوالدي رحمه الله

وإلى كل عائلتي الكريمة من إخوة وأخوات

محمد ، نادية ، صلاح ، أمينة ، سعيد ، شيماء ، عبد الحق

وإلى رفيقات الدرب والمشوار الدراسي

نبيلة ، إيمان ، سميحة ، سعاد

إلى كل من هو في القلب ونسيه القلم

وإلى كل قسم الحقوق والأساتذة الكرام

نويـــجم عائـــشة

قائمة المختصرات

ط	الطبعة
ص	الصفحة
ج	الجزء
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية
م.ع	المحكمة العليا
غ.أ.ش	غرفة الأحوال الشخصية
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.أ.ش.س	قانون الأحوال الشخصية السوري
ق.أ.ش.م	قانون الأحوال الشخصية المصري

المقدمـــة

مقدمـــــــــــة

الزواج سنة من سنن الله عز و جل في خلقه و ذلك منوه عنه في القرآن الكريم و مؤكد بقوله تعالى: ((و من كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون)) و كذلك قوله تعالى :
((سبحان الذي خلق الأزواج كلها مما تنبت الأرض و من أنفسهم و مما لا يعلمون)) .
فهي كيفية اصطفاها الله للتكاثر و التواجد بعد ان هيأ كلا من الزوجين لأداء دورهما في هذه الحياة ، فجعل اتصال الرجل بالمرأة اتصالا مبنيا على الإيجاب و القبول و في ذلك حماية للأسرة ، قال الله تعالى: ((يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر و أنثى و جعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير)).
وقد أكد الرسول صلى الله عليه و سلم ما فرض علينا من الله سبحانه و تعالى في قوله صلى الله عليه و سلم: ((يا أيها الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج و من لا يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)) ، فالزواج رابطة مقدسة تقوم على المودة و الرحمة و الطمأنينة بين الزوجين لأجل بناء أسرة تكون لها الدور الفعال والمهم لإصلاح المجتمع و القيام به ، فقوام الحياة الزوجية هو التماسك والتسامح واحترام الزوجين لبعضهما البعض، وذلك لاستقرار هاته الحياة الزوجية و بذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية مقدسة و كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر من الشرائع الأخرى .
لكن الزواج لم يترك على إطلاقه ، وقد يعرف الفشل و قد لا يعطي الأهداف المرجوة منه في قيام حياة زوجية أساسها المودة والرحمة فقد تعترض الحياة الزوجية أحيانا منعطفات تجعل منه مصدر للشقاء و الشقاق المستمرين بين الزوجين لا مفر منهما إلا بالطلاق الذي اعتبره الرسول صلى الله عليه و سلم ، أبغض الحلال عند الله .
لأن الطلاق له أهمية كبرى وآثار وخيمة على الأسرة من الشتات و الضياع وتجعل ممارسته إلا ضرورة .

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

والطلاق شرعا هو رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص صريح أو كناية فرفع قيد النكاح بالطلاق المكمل بالثلاث و المآل يكون بالطلاق الرجعي .

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

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

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

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

فالقانون الجزائري بدوره لم يسلب الزوج حق الطلاق وانما قيده بمبدأ عدم التعسف في استعماله ، فمن أساء حقه في الطلاق وجب عليه التعويض للمطلقة لما أصابها من ضرر من جراء طلاقها لأن كل حق في الإسلام مقيد بعدم الإضرار بالغير عندما يعتبر الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق فإنه يتحمل أثارا مترتبة على هذا التعسف ، ومن آثاره التعويض المالي للزوجة عن الضرر الذي أصابها بسبب الطلاق ولقد توصل القضاء إلى إثبات جملة من صور التعسف و ذلك من خلال ما يحكم به القاضي بما يراه مناسبا وفقا لسلطته التقديرية.

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

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

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

ومن خلال هذه الدراسة يمكننا الإجابة على التساؤلات التي من خلالها نحاول الإلمام بكل جوانب الموضوع محل البحث و نحددها فيما يلي :

إشكالية الموضوع :

– كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي؟ ، و هل كل طلاق يمكن اعتباره تعسفا ؟

ومن خلال هذين التساؤلين يمكن أن نجيب على التساؤلات الفرعية التالية :

– ما هي صور الطلاق التعسفي؟

– ما هي المعايير التي تحدد طبيعة الطلاق التعسفي؟

– هل للقاضي حرية التقدير في التعويض؟

– وعلى أي أساس يتم تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ؟

أهداف دراسة الموضوع :

– هدفنا من وراء دراسة هذا البحث هو دراسة موضوع الطلاق التعسفي من خلال بيان ماهيته ومعاييره وصوره والآثار المترتبة عليه ، وأبرز أهم الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري.

– كما يظهر الهدف من هذا الموضوع من خلال محاولة إرساء العدالة لإيقاع المسؤولية على الطرف الضار باعتبار أن مصطلح الطلاق التعسفي مرتبط ارتباطا وثيقا بمسألة الضرر وعليه لابد من معرفة طبيعة الضرر الذي يصيب الزوجة .

– إلحاق الحق بالتعويض للزوجة المتضررة والتعرف على الأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي كونه مرتبط بفكرة التعويض .

أهمية الدراسة: فتكمن أهميته فيما يلي :

– الزواج رابطة مقدسة يجب الحفاظ عليها وكنتيجة حتمية لظرورة حماية الرابطة الزوجية وانحلال هذه الرابطة لا بد أن يكون وفق إجراءات معينة و ضوابط سليمة .

– الطلاق حق الزوج و إساءة استعمال هذا الحق يلحق الضرر بالطرف الآخر أو الزوجة .

– الطلاق التعسفي أو التعسف في استعمال حق الطلاق موضوع كل الأسر وتختلف وجهات نظر المجتمع فيه .

– التعويض وهو الأثر المترتب عن الطلاق التعسفي للمتضرر منح الحكم فيه للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع .

– نظرة الشريعة و المشرع و القضاء للتعسف في استعمال حق الطلاق و تقدير التعويض .

أسباب اختيار الموضوع:

تكمن الأسباب والدوافع التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع إلى :

– مدى إهتمام الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني و الإجتماعي في أحكامها بإعتبار أن مصطلح الطلاق التعسفي مرتبط إرتباطا وثيقا بمسألة الضرر وعليه لابد من معرفة طبيعة الضرر الذي يصيب الزوجة .

– اللبس والغموض الذي يكتنف الطلاق التعسفي من حيث التكييف القانوني ، و السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض ، و جهل المجتمع بحقوق المطلقة .

– الرغبة في الاطلاع على موضوع الطلاق خاصة الطلاق التعسفي الذي يعد مصطلح قليل التداول .

– محاولة طرح مقترحات و حلول للتقليل من مشكلة الطلاق باعتبارها مهددة لكيان الاسرة واستقرار المجتمع .

الدراسات السابقة :

اعتمدنا على مذكرة " الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري " ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية جامعة محمد خيضر بسكرة السنة الجامعية : 2014-2015 من إعداد الطالبة : حياة خطاب ، حيث يظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها وموضوع مذكرتنا و تناولت الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري كما تطرقت إلى التعويض عن الطلاق التعسفي .

الصعوبات :

على الرغم من الأهمية التي يكتسيها موضوع الطلاق التعسفي إلا أننا لم نجد في ما اطلعنا عليه من مراجع جزائرية متخصصة وشاملة لهذا الموضوع بجميع جوانبه في ما عدا كتاب التعويض عن الضرر في قانون الأسرة للكاتب بن زيطة عبد الهادي والطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائرى للكاتب المعري مبروك .

المنهج المتبع :

للإجابة عن التساؤلات وللوصول إلى نتائج مقبولة ينبغي إتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض وعلى ذلك اخترنا كلا من المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن للخروج بدراسة شاملة للموضوع .

الخطة المتبعة :

للإجابة على الإشكاليات المطروحة ومحاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع قسمنا موضوع البحث تقسيما ثنائيا وفق فصلين نستعرض خطواتها العريضة كالآتي :

مقدمة

الفصل الأول : ماهية الطلاق التعسفي

المبحث الأول : مفهوم الطلاق

المطلب الأول : تعريف الطلاق و دليل مشروعيته

المطلب الثاني : أسباب الطلاق وضوابطه الشرعية

المبحث الثاني : التعسف في استعمال حق الطلاق

المطلب الأول : تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه

المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره

الفصل الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول : ماهية التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني : تمييز التعويض عن الحقوق المالية

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول : الأساس القانوني لتقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للضرر والتعويض عن الطلاق التعسفي

خاتمة

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي

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

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

و للإجابة على السؤالين ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم الطلاق و في المبحث الثاني التعسف في استعمال حق الطلاق .

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

الأصل في قيام العلاقة الزوجية أن تكون مبنية على المودة و التآلف بين الزوجين، لكن قد تسوء العلاقة بينهما وتثور الخلافات وتشتد ما لم يجد الزوجان بعد ذلك من حل لمشاكلهم إلا الطلاق، لذا فقد أباح الله لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله، و للتعرف على مفهوم الطلاق قسمنا المبحث إلى مطلبين إثنين حيث تناولنا تعريف الطلاق و دليل مشروعيته في المطلب الأول ثم تطرقنا إلى أسباب الطلاق وضوابطه الشرعية في المطلب الثاني .

المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته

وللإحاطة بمفهوم الطلاق تم تقسيم هذا المطلب تقسيما ثنائيا إلى فرعين ، وسنوضح من خلال هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق من خلال الفرع الأول كما نتطرق لدليل مشروعية الطلاق في الفرع الثاني .

الفرع الأول: تعريف الطلاق

ويجدر أولا تعريف الطلاق من الناحية اللغوية ثم تعريفه من الناحية الإصطلاحية .

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 .

الطلاق في اللغة يرجع لعدة معاني [1] و منها:

- الترك : و منه طلق البلاد تركها ، و طلقت القوم تركتهم.
- الفراق : و منه طلقت البلاد فارقتها .
- التخلية: و منه اطلقت الاسير اي خليته .
- الارسال: الإطلاق و منه ناقة طالق بلا خطام اي مرسلة بلا قيد، و هي التي ترسل في

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء العاشر، الطبعة الأولى ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، 2003، ص 271 .

الحي فترعى من جنابهم حيث شاءت ، و الطالق من الابل التي لا قيد عليها .

– من لا قيد عليه: وحبسوه في السجن طلقا ، اي بغير قيد .

–رفع القيد و حل الرباط والترك: كأن يقال أطلقت الأسير أي حللت قيده وتركته حرا .

وعليه فكل هذه المعاني تصب في مجرى واحد و هو التخلص من اي نوع من الروابط والقيود التي تحد من الحرية ، وقد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الرجل لامرأته لما في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها ببيت الزوجية ، و من ترك لها و تخل عنها.[1]

ثانيا: من الناحية الاصطلاحية

ارتأينا هنا أن نعرف الطلاق في الإصطلاح الشرعي أولا ثم ننتقل إلى تعريف الطلاق في الإصطلاح القانوني .

1– تعريف الطلاق في الاصطلاح الشرعي :

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

–**عرفه الحنفية** " رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص "، ومن هذا يتضح أن هناك قسم يرفع النكاح في الحال و قسم يرفعه في المآل.

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

– **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 .

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

---

[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 279 .

- **وعرفه الشافعية** بأنه " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق أو نحوه " [1].

- **وعرفه عبد الرحمان الصابوني** "الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام شهود" [2] .

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

ومن 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، وهو 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 الطلاق على أنه "رفع لقيد النكاح بلفظ مخصوص" أولى من غيره [3] .

2- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني :

لقد نص المشرع الجزائري على موضوع الطلاق في قانون الأسرة وجعل له بابا خاصا به تحت عنوان انحلال الزواج ، غير أن المشرع الجزائري كان متذبذباً بين التطرق للتعريف وغض النظر عنه ففي المادة 48 من القانون رقم 11/84 إذ نص صراحة على أن " الطلاق

---

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

[2] عبد الرحمان الصابوني ، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية** دراسة مقارنة ، دار الفكر ، ط2، 1968، ص 74 .

[3] إسماعيل أبا بكر علي البامري ، **أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية** ، دار حامد للنشر، عمان، ط 1، 2009 ، ص 229 .

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 وإنما 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 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 والمتضمن قانون الاسرة بنصها: " **مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه ، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون** " [1].

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق حقيقة الى تعريف الطلاق ، وإنما اكتفى بذكر حالة من حالات انحلال الرابطة الزوجية ألا وهي الطلاق .

وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف القائل بها الفقه و ترك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى[2] ضمنها في المادة 222 من قانون الأسرة عندما نص على أنه ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية))[3] .

---

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

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

[3] المادة 222 من ق .أ.ج ، الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 .

الفرع الثاني: أدلة مشروعية الطلاق

المراد بالمشروعية هنا ما هو أعم من الإباحة ، إذ الغرض ذكر النصوص التي تناولت أمر الطلاق وتنظيمه أو ذكر شروط إيقاعه على وجع العموم ، وان الطلاق ثابت بالقرآن والسنة المطهرة وإجماع الفقهاء و القياس و المعقول وهو ما سنورده فيما يلي:

أولا/القرآن الكريم : وردت في القران الكريم آيات كثيرة دلت على جواز الطلاق منها:

– قال تعالى" **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان** "[1]وفي ذلك يقول الإمام القرطبي" ثبت أن أهل الجاهلية لم يكن عندهم للطلاق عدة ، وكانت عندهم العدة معلومة مقدرة وكان هذا في أول الإسلام برهة ، يطلق الرجل امرأته ما شاء من الطلاق فإذا كادت تحل من طلاقه راجعها ما شاء ، فقال رجل لامرأته على عهد النبي صلى الله عليه وسلم : " **لا آويك ولا أدعك تِحلين ، قالت : وكيف ؟ قال: أطلقك فإذا دنا مّضى انتهاء عدتك راجعتك ، فشكت المرأة ذلك إلى عائشة ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأنزل الله تعالى هذه الآية بيانا لعدد الطلاق الذي للمرء فيه أن يرتجع دون تجديد مهر وولي ونسخ ما كانوا عليه**" [2].

– وقال عز وجل: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾[3]

نزلت هذه الآية في شأن المطلقة غير المفروض لها ولا المدخول بها، فالطلاق جائز ولو لم يفرض لها مهر فأمر سبحانه وتعالى بإمتاعها [4].

ونزلت هذه الآية في رجل من الأنصار تزوج امرأة من بني حنيفة ولم يسمي لها صداقا ثم طلقها قبل أن يمسها فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "**أمتعها ولو بقلنسوتك**[5]"

---

[1] سورة البقرة ، الآية 229 .

[2] أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، **الجامع لأحكام القرآن** ، المجلد الثاني، الجزء 3 ، العدد 15 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، سنة 2005 ، ص 126 .

[3] سورة البقرة ، الآية 236 .

[4] أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، المرجع السابق ، ص 197 .

[5] محمد علي الصابوني ، **روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن** ، الجزء1، الطبعة 4 ، مكتبة رحاب الجزائر، 1410هـ –1990م ، ص 373 .

– وقال سبحانه وتعالى أيضا ﴿ **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ** ... ﴾[1] وتدل هذه الآية أنه إن حصل الطلاق فيكون في وقت الطهر.

ثانيا/السنة النبوية : وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية الطلاق منها:

– قوله صلى الله عليه وسلم: " **ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق** ".

– **عن مالك عن يحيى بن سعيدعن رجل من الأنصار أن امرأته سألته الطلاق فقال لها: إذا حضتي فآذنيني فلما حاضت آذنته فقال: إذا طهرتي فآذنني فلما طهرت آذنته فطلقها**"[2] .

– وعن ابن عمر _رضي الله عنهما _**(أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ فسأل عمر رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ عن ذلك؟ فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق بها النساء)** متفق عليه[3].

– وعن مالك، عن ابن شهاب، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، عن محمد بن إياس بن البكير، أنه قال: **(طلق رجل امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها ثم بدا له أن ينكحها فجاء يستفتي، فذهبت معه أسأل له، فسأل عبد الله بن عباس وأبا هريرة عن ذلك فقالا: لا نرى أن تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك، قال: فإنما طلاقي إياها واحدة، فقال ابن عباس: إنك أرسلت من يدك ما كان لك من فضل)** [4].

– وعن محارب بن دثار عن ابن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ قال : **(أبغض الحلال إلى الله الطلاق)** رواه أبو داوود والحاكم صححه .

---

[1] سورة الطلاق ، الآية 1 .

[2] جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر الحظيري السيوطي الشافعي ، **تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك ضبطه وصححه وخرج أحاديثه الشيخ طه عبد الرؤوف سعد والأستاذ سعد حسن محمد** ، مكتبة الثقافة الدينية ، بور سعيد– القاهرة، 2003 ، ص 516 .

[3] محمد بن صالح العثيمين ، **فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام** ، تحقيق وتعليق صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء بنت عرفة بيومي ، ج 5 ، ط 1 ، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع ، القاهرة – مصر ، 1427هـ– 2006م ، ص 5 .

[4] مالك بن أنس ، **الموطأ برواية يحي بن يحي بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة – الجزائر ، 2011 ، ص 303 –304 .

ثالثا/ الإجماع : أجمع علماء الأمة من العهد الأول من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى الآن على مشروعية الطلاق وأنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ، وقد ثبت أن المغيرة بن شعبة طلق زوجاته الأربع ، وكذا عبد الرحمان بن عوف طلق زوجته تماضر ، ولم ينكر ذلك احد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر[1].

رابعا/ القياس : دل القياس على الطلاق ايضا ، لان العشرة اذا فسدت بين الزوجين ، و لم يكن في الاستطاعة دوامها ، يكون بقاء الزواج بامساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت للهدف و للغاية المنشودة من الزواج و تضييع لمصالحه التي شرع لأجلها ، و من هنا شرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران و المتباغضان من قيد تلك الرابطة ، فيلتمس كلاهما من هو خير له و احسن معاملة و اكرم عشرة [2]، لقولـه سبحانه و تعالى :

﴿ **وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا** ﴾ [3] .

خامسا/ من المعقول : فإن الزواج شرع لمصالح متعددة ، فإذا وجد ما يذهب هذه المصالح أو يفسدها ، كاستحكام الخلاف بين الزوجين واستتباب الفرقة وتعذر العشرة ، كان الطلاق حينئذ هو الحل والمخرج [4].

ويمكن اختصار مقاصد الشارع من الطلاق [5] فيما يلي :

* توخي الوسطية و الإعتدال في معالجة ما فسد من أمر الزوجية ، فلم يفتح باب الطلاق على مصراعيه ، ولم يغلقه على الزوجين غلقا محكما مهما استحالت حياتهما مع بعض بل هو بمثابة مخرج الطوارئ .

---

[1] محمد محي الدين عبد الحميد ، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية** ، المكتبة العلمية ، بيروت – لبنان ، 1428هـ-2007 م ، ص 253 .

[2] بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري – الزواج والطلاق** ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ،2004 ، ص 209 .

[3] سورة النساء ، الآية 130 .

[4] أحمد ذيب ، **قواعد الطلاق وضوابط الفراق** قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 015 ، ص 22 .

[5] عبد القادر داودي ، **أحكام الأسرة** بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع و التوزيع ، الجزائر، 2010 ، ص 2 .

* إعطاء الزوجين المفترقين فرصة جديدة لاستئناف حياة زوجية أخرى والإستفادة من سلبيات المحاولة السابقة الفاشلة وأخطائها، وحسن استيعاب دروسها بعدم تكرار الأخطاء والعيوب السابقة .

* إزالة الضرر الواقع (لا ضرر ولا ضرار) .

* ارتكاب أخف المفسدتين باجتناب أعظمهما وهذه قاعدة عملية يشهد لصحتها أصول وفروع كثيرة و تقرها العقول السليمة .

* رفع الحرج والمشقة عن الزوجين أو عن أحدهما وعدم إجباره على تحمل مالا يستطيع أو يقدر عليه : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[1] ، لأنه متى ضاق الأمر اتسع.

* تفادي حياة زوجية فاشلة وما ينجر عنها من سلبيات ومشاكل تتعدى الأسرة إلى المجتمع كله .

* اعتبار مصلحة الأولاد والنظر الى مستقبلهم وظروف تنشئتهم نشأة سوية بتخليصهم من الأجواء المتعفنة غير اللائقة بالتربية والرعاية التي أصبحت تميز بيت الزوجية وغالبا ما تصاحب حالة الشقاق والخصومة بين الزوجين .

المطلب الثاني : أسباب الطلاق وضوابطه الشرعية

وقسمنا المطلب إلى فرعين اثنين تناولنا في الفرع الاول أسباب الطلاق المشروعة وفي الفرع الثاني تطرقنا إلى الضوابط التي تحكمه أو بمعنى آخر القيود الواردة على الطلاق .

الفرع الأول : أسباب الطلاق المشروعة

الطلاق من المشكلات الإجتماعية 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 إجتماعي 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

[1] سورة الحج ، الآية 78 .

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 .

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 العلاقة الزوجية وبدل أن يصبح الزواج نعمة يصبح جحيما لا يطاق، ويتحول الود إلى كراهية وبغض وينتج عن هذا فتور في العلاقة مما يؤدي بالزوجين إلى التفكير في الإنفصال عن بعضهما [1].

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 ثقافة من الزوج يكون سببا في إيجاد مشكلة حيث لا تكون مقتنعة بالزوج [2] .

ومن الأسباب الرئيسية للطلاق في مجتمعنا فسح المجال للمرأة للعمل خارج البيت حيث يغريها ويشعرها بالحرية و الإستقلالية عن سلطة الرجل سواء ماديا أو معنويا و يفسح لها المجال للإختلاط فتندهش أول الأمر، لكنها مع مرور الزمن تجد نفسها متورطة في أعمال لا

[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 ، ص162 .

تقدر عليها، وبهذا تبدأ العلاقة الأسرية تتلاشى ، وتهوي الأسرة في خطى الإنحلال و التفكك ويصبح عمل المرأة من أكبر العوامل التي تساهم في إنحلال المجتمع وانهياره [1].

وفي المجمل تتمثل الأسباب الإجتماعية لتوقيع الطلاق في السكن مع الأهل واختلاف المستوى الإجتماعي والمعيشي بين الزوجين وعدم 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 ، نظرا 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 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 تطلب الأولى التطليق ، أو يوفق بينهما إذا كان عادلا [2].

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 بالزوجة (الرتق[3] ، العفل[4]، الإفضاء[5] ، البخر[6]) وكذلك عيوب تكون مشتركة بين الزوجين

---

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

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

[3] الرتق : يقصد به انسداد محل النكاح .

[4] العفل : يعني ورم عند فرج المرأة يعيق الجماع .

[5] الإفضاء : يقصد به إختلاط مسلك النكاح بمسلك البول .

[6] البخر : وهو نتن الفرج أو نتن الفم .

(كالجنون، البرص، الجذام)، أما العيوب المتعلقة بالزوج (كالخصاء، العنة[1]، و الجب[2])، 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.

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 من بيته من غير إذنه[3].

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 فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** ﴾[4].

---

[1] العنة : هي الضعف الجنسي وضعف الانتصاب .

[2] الجب : يقصد به قطع الذكر .

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

[4] سورة النساء، الآية 34 .

فيبدأ الزوج بالوعظ بالحكمة ، فإذا لم تثمر انتقل إلى الطريقة الثانية ، فالثالثة فإن فاءت الزوجة أو رجعت 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 وبالتعويض للطرف المتضرر**" ، وبالتالي إذا حلت الرابطة الزوجية على هذا السبب فإن القاضي يحدد نشوز أحدهما و يحكم بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر [1].

الفرع الثاني : ضوابط الطلاق الشرعية (القيود التي تحكمه)

الأصل في الطلاق أنه لا يصدر إلا من الزوج باعتباره انه يملك العصمة الزوجية وهذا متى استوفى جميع الشروط المعتبرة فيمن يصدر منه الطلاق لذلك اشترط في الزوج أن يكون بالغا عاقلا لأن طلاق الصبي أو وليه لا يقع لأن الطلاق من التصرفات الضارة ولا يدرك المصلحة إلا من يكون بالغا مختارا سليم الإرادة غير مكره [2] ، إضافة إلى هذه الشروط فقد قيد الشارع الحكيم الزوج بقيود من شأنها المحافظة على هذا الميثاق الغليظ والتقليل من حالات وقوعه وفيما يلي نبين المقصود بهذه القيود .

-أولا/أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا :

الحاجة هي ما كان مفتقرا إليه من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب .

وهي على ضربين [3]:

-حاجة عامة: وهي ما تتعلق به حاجة عموم الأمة ، كالعقود المخالفة للقياس كالإجارة والسلم .

---

[1] باديس ذيابي، مرجع سابق ، ص 97 .

[2] حياة خطاب ، **الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري** ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر ، السنة الجامعية 2015/2014 ، ص 14-15.

[3] أحمد ذيب ، مرجع سابق ، ص 41 .

-وحاجة خاصة: وهي ما يحتاج إليها فرد من الأفراد ، أو فئة من الفئات ، كإباحة إقتناء كلاب الصيد والحراسة .

وإذا تمهد هذا، فإن الحاجة إلى الطلاق قد تكون ظاهرة وقد تكون خفية نفسية لا يعلمها غير الزوجين ، وهذا النوع لا ينصح بإظهاره أمام الملأ والقضاة .

يرى الحنفية في أصل المذهب أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه مثل قوله تعالى ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[1].

وفي قوله ﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾ [2].

ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وفعلها الصحابة ولو كان الطلاق محظورا لما أقدموا عليه .

فأما الآية الأولى فهي لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر وأما الآية الثانية فلبيان وقت الطلاق المفضل شرعاً وهو وقت ابتداء أو استقبال العدة ، وأما طلاق حفصة وطلاق بعض الصحابة فلم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه والظاهر هو أنه لحاجة لأن الطلاق لغير حاجة كفر بنعمة الزواج وإيذاء محض بالزوجة وأهلها وأولاده.

ويرى الجمهور أن الأصل في الطلاق الحظر والمنع والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً لما فيه قطع الألفة وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد

وقوله تعالى ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** ﴾[3].

وحديثه صلى الله عليه وسلم " **أبغض الحلال إلى الله الطلاق** " وحديث " **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرم عليها رائحة الجنة** " [4]، فيه دليل على أن سؤال المرأة

---

[1] سورة البقرة ، الآية 236 .

[2] سورة الطلاق ، الآية 01 .

[3] سورة النساء ، الآية 34 .

[4] حياة خطاب ، نفس المرجع السابق ، ص15 .

الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة [1].

فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق ولكن المطلق يأثم لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء وقد تكون مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة ومنعاً من التشهير بها لهذا كان الأصح ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما يقرره الشرع بدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق [2].

- ثانيا/أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه :

لقد أجاز الإسلام للزوج باللجوء إلى الطلاق كعلاج أخير، بحيث أصبح مخرجا من الهم والضيق وفرجاً من شدة في حياة زوجية لم تحقق ما أراد الله من مقاصد الزواج التي تقوم على المودة والسكن النفسي والتعاون في الحياة ومع ذلك فإن الإسلام ألزمه بالتقيد بوقته المحدد له ، وذلك يتعلق بحالة الزوجة وفيه شرطان:

الشرط الأول: أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.

الشرط الثاني: أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

إن الطلاق في حالة الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه محرم شرعا وهذا متفق عليه عند الفقهاء فإذا أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان الطلاق عند الجمهور حراما شرعا، ومكروها عند الحنفية المسمى الطلاق البدعي، وقصر المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، وكرهوه في طهر جامعها فيه لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة ، وأمر أن

---

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

[2] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** حسب آخر تعديل له ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 1 ،2007 ، ص 226 .

لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها لقوله تعالى﴿ **فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**﴾[1]، أي مستقبلات عدتهن فيكون سبب النهي في الأحوال الثلاثة : إطالة العدة على المرأة فالمقرر عند الفقهاء أن علة تحريم الطلاق في الحيض هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض أو النفاس هو تطويل العدة على المطلقة فتكون خلال تلك المدة كالمعلقة لاهي معتدة ولا ذات زوج وذلك إضرارا بها وهو منهي عنه شرعا [2].

فعن ثور بن زيد الديلمي أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها ، ولا يريد إمساكها كي يطول بذلك عليها العدة ليضار بها فأنزل الله تعالى الآية ﴿ **وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾ [3].

فالطلاق المشروع ما يعقبه عدة وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة ، وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة ومن لم يطلق للعدة بان طلق ثلاثا مثلا فقد ظلم نفسه .

- ثالثا/ أن يكون الطلاق مفرقاً ليس بأكثر من واحدة :

اتفق الفقهاء على أن الطلاق السني المشروع هو لواقع بالترتيب مفرقاً ، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة ، لظاهر قوله تعالى ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ** ﴾[4] ، أي أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة ، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة ، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد ، يكون بدعياً محضورا في قول الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات ، وكذا عند أبي ثور وداود الظاهري ، وانما يكون تاركاً للاختيار والفضيلة ويؤيد الرأي الأول ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً ، فقام

[1] سورة الطلاق ، الآية 01 .

[2] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ، ص 227 .

[3] سورة البقرة ، الآية 231 .

[4] سورة البقرة ، الآية 229 .

غضبان ثم قال: " أيلعب بكتاب الله ، وأنا بين أظهركم ، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله ، ألا أقتله " [1].

ويؤكد ما سبق معرفته عند جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب ، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم، وهو الغالب ، ويترتب على مخالفة هذا القيد إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد ، يكون آثماً مستحقا لعقوبة يراها القاضي [2].

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

* **المذهب الأول** : أنه يقع أي الطلقات الثلاث وهذا قول الأئمة الأربعة وجمهور التابعين وكثير من الصحابة .

* **المذهب الثاني** : أن يقع طلقة واحدة رجعية ، وهذا ثابت عن ابن عباس ذكره أبو داود عنه وقال الإمام احمد و هذا مذهب ابن إسحاق و هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية.

* **المذهب الثالث** : أن يفرق بين المدخول بها وغيرها فتقع الثلاث بالمدخول بها وتقع بغيرها واحدة ، وهذا قول جماعة من أصحاب ابن عباس وهو مذهب إسحاق ابن راهوية.

* **المذهب الرابع**: لا يقع الطلاق لأنه بهذه الصيغة بدعة محرمة والبدعة مردودة وهذا المذهب حكاه أبو محمد ابن حزم في كتابه " ابن القيم زاد المعاد في هدي خير العباد" .

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

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 403 .

[2] نفس المرجع ، 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 التعسفي.

يطلق التساؤل هنا متى يعتبر الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق؟

وللإجابة عن هذا التساؤل إرتأينا تقسيم هذا المبحث تقسيما ثنائيا إلى مطلبين بحيث نتناول في المطلب الأول تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه ، و في المطلب الثاني معايير الطلاق التعسفي وصوره .

المطلب الأول : تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه

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 حكم الطلاق 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-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 ، و**العسوف** :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 إن عضلها [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)** ، ونظر

---

[1] الخليل بن أحمد الفراهيدي، **كتاب العين**، ترتيب وتحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، ج3 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت-لبنان،1424 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، القاهرة ، 1429هـ- 1009م ، ص1091 .

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

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

-يقصد بقوله : **مناقضة قصد الشارع** أي مضادة قصد الشارع ، وهذه المضادة لا تخلو إما أن تكون مقصودة ، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن 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، وإما بالفعل كاستعمال الرخص والإباحة.

-أما قصده من قوله : **مأذون فيه شرعا بحسب الأصل** أي يخرج الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن إتيانها 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 الشرائع فقد جاءت بالكثير من النظم الحديثة حماية للحقوق [3] و إن الحق أمانة أساسية في يد المكلف يجب أن يكون وسيلة لتحقيق المصالح لا المفاسد والتعسف في استعمال هذا الحق قد

---

[1] جميل فخري محمد جانم ، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون** ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – بيروت ،1434هـ – 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 .

يرد عليه ضرر للآخرين ولم يرد لفظ التعسف في خيارات الفقهاء وأصول الدين وإنما ورد بدلا عنه عبارتي " المضارة في الحقوق" في كتاب الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية [1] و كلمة " التعنت " في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفا مخالفا لمقصود الشارع من تشريعه وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هذا الأكثر تداولا[2] 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 والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضارة على الاستعمال) .

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

– **من القرآن الكريم** : قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ**﴾ [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 .

---

[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 .

– **من السنة :** قول النبي صلى الله عليه و سلم : فيما رواه أبو سعيد الخذري((لا ضرر و لا ضرار)) ، ويعتبر 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 المواد: 124 ، 124 مكرر 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)) .

ولم يعرف المشرع الجزائري التعسف وإنما اكتفى بذكر حالات التعسف في استعمال الحق 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 وغير قانونية.

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

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

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 المذكورة 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 الطلاق التعسفي بأنه[1] :" **مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص**" .

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،

و**مآلا** : 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** " [2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده تناول موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة 52 من 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** " [3].

---

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

[2] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص904 .

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

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

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

الفرع الثاني : حكم الطلاق التعسفي

قبل التطرق الى حكم الطلاق التعسفي لابد أن نعرج بصفة موجزة إلى بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر والإباحة ، فقد اختلف فيه الفقهاء الى مذهبين .

1- المذهب الأول: الأصل في الطلاق الإباحة

أن الأصل في الطلاق الإباحة وأنه مشروع في نفسه ، إلا أن المنع فيه لغيره ، هذا ما ذهب إليه السرخسي ، والكاساني ، والزيلغي ، والموصلي ، من فقهاء الحنفية والقرطبي من المالكية والقاضي من الحنابلة ، واستدلوا بما يلي:

أ- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً**﴾[2] .

ووجه الدلالة أن نفي الجناح يعني نفي الإثم والحرج وهذا ينافي الحظر فكان مباحا

ب- ما روي أن النبي _صلى الله عليه وسلم_ طلق حفصة ثم راجعها ، والظاهر أن النبي طلقها من غير ريبة فقد أمره الله سبحانه وتعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة .

---

[1] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص235 .

[2] سورة البقرة ، الآية 236 .

وقد نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بأن الآية الأولى إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل الدخول لا في كل طلاق.

وأما ما ورد من طلاق النبي لحفصة فالحديث ضعيف ، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب ، لا سيما أنه لم يرو في الخبر أن النبي _صلى الله عليه وسلم_ طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة تنزيها لفعل النبي صلى الله عليه وسلم عن العبث [1].

إذ قال **الإمام القرطبي** في تفسيره (دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق يباح لغير محظور، وقال ابن منذر ليس في منع الطلاق خبر يثبت).

وقال **السرخسي** :(وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء) [2].

وقال **ابن تيمية** : (لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه ، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا) [3].

2- المذهب الثاني: الأصل في الطلاق الحظر[4]

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة وأنه لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

أ- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** ﴾[5]

تدل الآية أن الله سبحانه وتعالى عد الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا، وفيه ظلم للزوجة فكان محظورا .

---

[1] محمود علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، ط 2 ، ، دار الفكر ، عمان – الأردن ، 1428هـ-2007م ، ص184-185 .

[2] محفوظ بن صغير ، **قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05** ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، رويبة – الجزائر ، 1434هـ-2012م ، ص33.

[3] مسلم ، **كتاب القيامة والجنة والنار** ، صحيح مسلم ، جزء 2 ، ص 1292 .

[4] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص184-185 .

[5] سورة النساء ، الآية 34 .

ب- ما روي عن الرسول _صلى الله عليه وسلم_ أنه قال: " **ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق**"

فيدل الحديث أن المراد بالحلال ما قابل الحرام ، وهو الفعل الجائز أي المباح والمندوب والمكروه ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقرينة إضافة البغض إليه ، والمباح والمندوب لا يوصفان بأن الله 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.

وقد جاء في روضة الطالبين (وأما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال) [1] ، و أنه عند الشافعية أن الأصل في الطلاق الحظر وقال ابن عابدين: وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور وإلا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص ...

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

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

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

---

[1] يحي بن شرف النووي الدمشقي ، **روضة الطالبين** ، تحقيق زهير الشاويش وعادل عبد الموجود ، طبعة المكتب الإسلامي ودار عالم الكتب ودار ابن حزم ،(دون سنة) ، ص 463 .

[2] رمضان علي ، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002 ، ص220 .

وعلى هذا فالراجح أن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرارا الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلاءم ومقصد الديمومة في الزواج[1].

ومن خلال ما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لحاجة معتبرة شرعا وذلك لقوة الأدلة على كراهية الطلاق ودعوتها إلى التنفير منه والتحذير من إيقاعه ظلما وعدوانا [2] .

هذا بالنسبة لبيان حكم أصل الطلاق بين الحظر والإباحة.

أما بالنسبة **لحكم الطلاق التعسفي** فإنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد ، حيث تطرق الفقهاء المحدثون للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية ، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على مذهبين ، هل هناك تعسف في الطلاق أم لا ؟ بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة ؟

1)**المذهب الأول** : ذهب بعض الفقهاء المحدثين الى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة وأن الله تعالى ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه ومن قال بذلك" نور الدين عنتر".

2)المذهب الثاني : 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، سواء من قال منهم بأن الحظر دياني أم قضائي وممن قال بذلك "الصابوني" [3].

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي هذا المذهب من خلال المادة 52 من الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم11/84 المؤرخ في1984/06/09

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص37 .

[2] جميل محمد فخري جانم ، مرجع سابق ، ص 190 .

[3] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 85-86 .

المتضمن قانون الأسرة التي تنص : " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** " [1].

فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب معقول اعتبر متعسفا وحكم القاضي لها بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها بناء على سلطته التقديرية .

ومن خلال ما سبق يتبين أن حكم الطلاق التعسفي هو نفسه حكم الطلاق وقسمه الفقهاء إلى قسمين بين الأصل فيه الإباحة ومن قال الأصل فيه الحظر.

من قال الأصل فيه الإباحة : أجاز الطلاق التعسفي .

ومن قال الأصل فيه الحظر لم يجز الطلاق التعسفي .

المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره

إن الطلاق الذي لا خلاف في وقوعه هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة له صور و له معايير مختلفة ، وقسمنا 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 وفي الفرع الثاني ارتأينا أن نتناول صور الطلاق التعسفي من خلال صورتين هما طلاق لسبب غير معقول و طلاق المريض مرض الموت .

الفرع الاول : معايير الطلاق التعسفي

نصت المادة 124 مكرر من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني على الحالات التي يشكل بها الإستعمال التعسفي للحق خطأ[2] لاسيما في الحالات التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .

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

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

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشىء بالغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

وهذه 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[1]:

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 ضرر

[1] بن زيطة عبد الهادي ، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** ، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة ، الجزائر، 2007 ، ص144-145 .

ولا 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 وضرراً عظيماً ، لذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين ، و لم يشرع 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] .

ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية

وتتمثل المعايير الموضوعية أو المادية في معيارين إثنين هما : معيار رجحان الضرر على المصلحة واختلال التوازن بين المصالح المتعارضة ، ومعيار 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 وبمفهوم 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

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

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

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 يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد وإيقاعه في غيره مناقض لهدف 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 .

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 الضرر لزوما وإطرادا [2].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 52 منه ، (الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم) [3] نجدها لم تنص على المعايير التي على أساسها يضبط

---

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

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

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

التعسف في الطلاق إلا أنه يفهم من خلالها أن المشرع ترك مسألة تحديد تعسف الزوج في إيقاع الطلاق للقاضي وذلك بإعمال سلطته التقديرية .

الفرع الثاني : صور الطلاق التعسفي

إن التعسف في استعمال حق الطلاق قد يكون له عدة صور، ومع ذلك فقانون الأسرة الجزائري 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 المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ، ودون حاجة داعية إليه** " [1].

لأن الأصل في الطلاق الحظر والمنع وأولى 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 .

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

[2] سورة النساء ، الآية 34 .

- **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 وأولاده كما أنه ناقض مقصد الشارع في مشروعية الطلاق .

فالطلاق و إن كان حقا للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة إلا أن استعماله ليس مطلقاً ، وانما هو حق مقيد له إذا تحققت الحاجة إليه ، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول ، يكون قد أساء استعمال حقه و يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، مادياً كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً كمدرسة مثلاً تكتسب منه قبل زواجها و تركته بسبب الزواج ، أم أدبياً ، كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها [1].

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 بحسب نسبة التعسف ودرجته [2] ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المتعلق بالملف رقم 28784 المؤرخ في : 1982/11/12 والذي ورد فيه ما يلي : " **من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فإن للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة** " [3] .

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

---

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

[2] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص103 .

[3] قرار صادر عن المحمة العليا غ . أ. ش ملف رقم 28784 بتاريخ 1982/11/12 ، ن. ق 1986 ، العدد 02 ، ص 21 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 .

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 التعسفي [1] وفكرة التعسف تقوم على أساس عدم وجود مبرر شرعي ، أو سبب معقول للطلاق، فهذا الأخير وإن كان حقا للزوج إلا أنه يجب تبرير استعمال هذا الحق ولماذا أوقعه وما الأسباب التي دفعته اليه ، وإلا عد متعسفا، فسكوته عن إبداء الأسباب اعتبر كأصل متعسفا في طلاقه، وقد قضت المحكمة العليا بخصوص ذلك في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1999/06/15 ملف رقم 223019 ، الإجتهاد القضائي، عدد خاص، ص 103 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 دون تبرير طبقوا صحيح القانون**" [2].

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 يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين وإن كانا يقيمان في البلد نفسه ، والفترة الزمنية ذاتها بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما [3].

---

[1] بن شويخ الرشيد ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل** (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية) ، ط 1 ، دار الخلدونية ، القبة القديمة ، الجزائر ، 1429هـ-2008 م ، ص 187 .

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

[3] المرجع نفسه ، ص 17 .

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 [1].

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 [2] .

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 على أنه لم يرد من طلاقها حرمانها من الإرث لم يكن فترث منه ما دامت في العدة من الطلاق الرجعي ، و لا ترث من الطلاق البائن [3] .

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 319 .

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

[3] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص99 .

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 ، وإن 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 مرض الموت [1] .

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 من القانون رقم : 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم [2] التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي جاء فيها : " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة 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 إذا ماتت، لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث [3].

---

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

[2] الجريدة الرسمية ، العدد 24 ، سنة 1984 ، ص 924 .

[3] بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 242 .

ورغم هذا الفراغ التشريعي حول مرض الموت ، لم يقف القضاء الجزائري عاجز عن ذلك فقد استقر اجتهاد المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/04/09 ملف رقم 33719 عن غرفة الأحوال 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 1998/03/17 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 عملا بما هو مقرر في الفقه المالكي على الخصوص** " [1].

نخلص في الأخير أن المشرع الجزائري لم يذكر صور الطلاق التعسفي ، وإنما ترك تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا؟ إلى السلطة التقديرية للقاضي وهو ما جسده اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1969/05/29 بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 104 .

المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية [1].

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى ، غرفة القانون الخاص بتاريخ : 1969/05/29 ، النشرة السنوية ، وزارة العدل ، الجزائر ، 1969 ص 306 نقلا عن بلحاج العربي ، **قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات** ، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 – 2010 ، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2012 ، ص 230.

خلاصـــــــة الفصـــــل

من خلال ما سبق عرضه في هذا الفصل نجد أن الشارع الحكيم جعل الطلاق بيد الزوج كحق أصيل له يوقعه متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة لرضى الزوجة لكونه مالكا للعصمة الزوجية ، وهو ما سايره المشرع الجزائري من خلال إعطاء الحق للزوج في إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بإرادته المنفردة بموجب نص المادة 48 من ق أ ج ، غير أن هذا الحق لم يكن على إطلاقه بل تم تقييده وفق ضوابط وأحكام بأن لا يكون مضرا بالزوجة ، فإن كان الطلاق دون مبرر شرعي أو قانوني مقبول اعتبر الزوج متعسفا في استعمال هذا الحق ، وأن المشرع الجزائري لم يعرف التعسف وإنما ترك ذلك للفقه ، إلا أنه جسد مظاهره في المواد: 124 ، 124 مكرر من ق م ج ، كما أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لاسيما المادة 52 منه (الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم) ، فإنه لم ينص 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 ، وهو ما كرسه المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية حماية للمطلقة من تعسف الزوج في طلاقه بموجب نص المادة 52 منه، كما أن المشرع الجزائري لم يذكر صور الطلاق التعسفي، وإنما ترك تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا إلى السلطة التقديرية للقاضي 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 .

الفصل الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

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

وما ورد في المادة 124 من القانون المدني الجزائري ما يلي : " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2] إلا أن المشرع الجزائري لم يتكلم بصراحة عن قيمة التعويض أو مقداره كما في بعض الشرائع العربية وترك ذلك للقاضي في تقديره لهذا التعويض وذلك حسب الضرر الناجم وحسب الظروف المحيطة بالطلاق فقضاة الموضوع لهم السلطة في تقدير التعويض، وعليه فالتعويض يستند إلى أساس فقهي واتجاه تشريعي معين ومقدار التعويض سلطته التقديرية للقاضي في تحديد قيمته " المادة 52 ق أ ج ، وهذا ما نريد تبيانه من خلال دراسة ماهية التعويض عن الطلاق التعسفي في المبحث الأول ومن خلال تبيان سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي في المبحث الثاني

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

[2] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الأول: ماهية التعويض عن الطلاق التعسفي

للخوض في مسألة التعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي ، لابد من معرفة مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي حكمه وشروطه وعلاقته بالمتعة لذلك قسمنا دراسة هذا المبحث إلى مطلبين اثنين بحيث تناولنا في المطلب الاول مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي و تناولنا في المطلب الثاني تمييز التعويض عن الحقوق المالية

المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

إن كلمة ولفظ التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة لا بد من معرفتها من أجل الخروج بتعريف مضبوط و واضح وذلك من الجانبين الجانب الفقهي والقانوني

الفرع الأول : تعريف التعويض :

وهنا لابد من التطرق إلى تعريف التعويض لغة ثم تعريف التعويض اصطلاحا إلى ان نصل إلى تعريفه قانونا .

أولا – التعويض لغة : هو العوض ويعني الخلف ، وتعوض : أي أخذ العوض واستعاض : سأله العوض، وعاوضه : أي أعطاه إياه ، واعتاضه : أي جاءه طالبا العوض [1] ، والاسم العوض والمستعمل التعويض [2] ، والعوض كلمتان صحيحتان أحدهما تدل على بدل الشيء والأخرى على زمان [3] .

ثانيا – التعويض إصطلاحا :

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

---

[1] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي ، المرجع السابق، ص 161.

[2] الخليل بن أحمد الفراهيدي، المرجع السابق، ص 255.

[3] أبو الحسين أحمد بن فارس زكريا ، المرجع السابق، ص 695.

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

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

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

وعرفه **محمد سراج** بقوله: " شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أداؤه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطها بارتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا "[4].

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

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

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى، مرجع سابق ، ص97.

2 وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص48.

3 مصطفى أحمد الزرقاء، **المدخل الفقهي العام**، مجلد 2، الطبعة 2 ، دار القلم ، دمشق ، 1425-2004 ، ص 135.

[4] محمد سراج، **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط1، 1993، ص47.

- **ثالثا : تعريف التعويض في القانون الجزائري**

المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتعويض إلا أنه في المادة 124 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " **كل عمل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"[1] وفي المادة 124 مكرر ق.م.ج مكرر والتي تنص على: " **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:**

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

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

فقضت على أنه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا وبناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع"[3].

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

فالتعويض هو ما يقدمه الزوج لطليقته تعويضا عن طلاقها بدون سبب، بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره فالزوج بطلاقه لزوجته قد ألحق بها ضرر مادي ومعنوي.

---

[1] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

[2] المادة 124 مكرر من ق م ج ، عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[3] المادة 132 من القانون المدني الجزائري.

وقد نصت المادة 52 ق م ج عن " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"[1].

الفرع الثاني : حكم التعويض عن الطلاق التعسفي

لكي نتعرف على حكم التعويض عن الطلاق التعسفي يجب علينا أولا أن نعرج على رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي ثم بعد ذلك نتناول رأي القانون والقضاء في التعويض عن الطلاق التعسف .

- **أولا : رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي:**

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي إلى مذهبين بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة ومن ثم لا يعد الزوج المطلق متعسفا، ومن أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سبب يعد متعسفا [2].

أ. **القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي** [3] :

ذهب فريق من العلماء المعاصرين الى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من أمثال عبد الوهاب خلاف، مصطفى السباعي، وقد استدلوا على ذلك بأن الطلاق وإن كان حقا للرجل ، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعوا الحاجة إليه وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة الى الغير او الاضرار بهم ، فإذا أساء الزوج هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك ، وكذلك قياس التعويض عن المتعة المعطاة للمطلقة ، والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها البعض الآخر ورغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف بالإضافة الى العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في الطلاق.

---

[1] المادة 52 من القانون المدني الجزائري .

[2] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 129 .

[3] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ، ص 272-273 .

ب. القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي:

من بين الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم التعويض عن الطلاق التعسفي الإمام محمد أبو زهرة وعبد الرحمان الصابوني ومحمد عقلة [1].

فيقول أبو زهرة : " وكان رأي أكثر المحاكم وهو ما كان قد استقر عليه الأمر أنه لا تعويض في الطلاق ، وذلك حكما صحيح يتفق مع المبادئ الإسلامية ، ولكنهم يعللون الحكم بأن الأصل في الطلاق هو الاباحة ، والحق أن الأصل هو الحظر ، ولا يباح إلا للحاجة ولكن تكون هذه الحاجة نفسية ، وقد تكون مما يجب ستره وهي في كل أحوالها، أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا ، وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق و لو كان ثمة شرط يوجب التعويض ، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى" .

وقد استدلوا على ذلك بأن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة ، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه ، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل حقه الشرعي ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة [2] ، كذلك أنه لا يوجد دليل يقر بمبدأ التعويض في القرآن والسنة [3] .

والرأي الراجح هو أن الأصل في الطلاق هو الحظر، فإذا طلق الزوج زوجته دون مسوغ شرعي فقد ناقض قصد الشارع من تشريع الطلاق وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه في الطلاق فيجب عليه الجزاء وقد أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ التعويض وذلك بإقرارها لمتعة الطلاق التي تعتبر تعويض مالي يجب للمطلقة على مطلقها جبرا لخاطرها المنكسر بالطلاق [4] .

---

[1] محفوظ بن صغير ، نفس المرجع السابق ، ص 131.

[2] محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 285 .

[3] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ، ص 131 .

[4] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص 287 .

- ثانيا : رأي القانون والقضاء في التعويض عن الطلاق التعسفي:

أخذ المشرع الجزائري بالتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق أ ج (الأمر 02/05 المؤرخ في : 2005/02/27 المعدل والمتمم) [1] التي تنص : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " .

وعليه فإن تعسف الزوج في إيقاع الطلاق دون سبب مشروع موجب للحكم بتعويض المطلقة عما أصابها من ضرر، والملاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري رغم إقراره بتعويض المطلقة عن الضرر الذي أصابها بسبب الطلاق التعسفي، غير أنه لم يحدد مقداره تاركا ذلك لإعمال القاضي سلطته التقديرية في الحكم بمبلغ التعويض المستحق للمطلقة تعسفيا.

ويتعين على القاضي ألا يجعل من التعسف في الطلاق قيدا على الطلاق الذي شرعه الله إذا قامت مبرراته ، كما أنه لا يجوز أن يكون الغلو في تقدير التعويض سيفا على رقاب الرجال [2].

ومن الاجتهادات القضائية التي تؤكد التعويض عن الطلاق التعسفي ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 1998/11/17 أنه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسف في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا ، خالفوا القانون، ما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا " [3].

وما أصدرته بتاريخ: 2006/07/12 بخصوص تقدير التعويض الذي تضمن" تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون

---

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

[2] أحمد نصر الجندي ، **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية ، مصر، سنة 2009 ، ص 111 .

[3] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 210451 بتاريخ : 1998/11/17 ، عدد خاص ، ص 252 نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص240 .

غيرهم " [1] ، بالإضافة الى صدور قرار آخر بتاريخ : 2006/11/15 بخصوص التعويض في حالة الطلاق قبل الدخول الذي جاء فيه : " يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها " [2].

الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

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

1-أن تكون الزوجية قائمة.

2-أن يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

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 ومعاشرة زوجية، فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به القاضي من تعويض قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.

ولما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها: " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن"[3].

---

[1] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 368660 ، بتاريخ : 2006/07/12 ، منشور المجلة القضائية، العدد 02/2006 ، ص 483 نقلا عن نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر ، 2016 ، ص 132 .

[2] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 372290 ، بتاريخ : 2006/11/15 ، منشور المجلة القضائية، العدد 01/2007 ، ص 487 نقلا عن نفس المرجع ، ص 137 .

[3] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم: 216865، بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي ، ص256.

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 وسلم وهذا انطلاقا من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وغير مالية وعليه فله أحقية الطلاق بالإرادة المنفردة ، الواجب المالي يتمثل أساسا في المهر والنفقة.

الواجب غير المالي يتخلص في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة وعدم الإضرار بالزوجة وواجبه في الحفاظ على الأسرة وصيانتها.

فبالنسبة للمهر جعله الإسلام حقا للرجل على الزوجة قال الله تعالى: ﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا...**﴾ [1].

والنفقة تتمثل في توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء قال الله تعالى: ﴿ **الرِّجَالُ 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**﴾ [2] .

قال الله 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** ﴾ [3] .

ومن الواجب الغير مالي يتمثل أساسا في حسن معاشرتها وصيانتها وحفظها من كل ما يخدش شرفها ويهين كرامتها وتحصينها[4] .

---

[1] سورة النساء ، الآية 4 .

[2] سورة النساء ، الآية 34 .

[3] سورة الطلاق ، الآية 7 .

[4] باديس ديابي، مرجع سابق، ص 91.

3-أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق:

وهذا الشرط من أهم الشروط التي يجب توافرها، والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه تعريفا أو مفهوما و إنما تركه للفقه الشرعي والقانون.

والتعسف 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"[1] .

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

المطلب الثاني: تمييز التعويض عن الحقوق المالية

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

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

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

[1] المادة 124 مكرر من قانون المدني الجزائري، ألغيت بالقانون 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005.

للمطلقة تعسفيا نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة المتعة التي تعتبر بحد ذاتها تعويضا يحكم به القاضي جراء الطلاق التعسفي.[1]

الفرع الأول: تمييز التعويض عن حق المتعة

قد يشتبه الحق المادي للمطلقة بين المتعة والتعويض وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا وعليه لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة و التعويض.

أولا: أوجه الشبه بين حق المتعة والتعويض

هناك نقاط تتفق فيها حق المتعة مع التعويض كالتالي:

1- كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يأتيان بعد الطلاق البائن فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

2- إن كلا من المتعة والتعويض على مقداره الزوجان فإن اختلفا قدرها القاضي.

3- اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأدنى والأعلى لكل من المتعة والتعويض.

4- كل من المتعة والتعويض وجبا لجبر خاطر المرأة و تخفيفا عنها.

5- إن كل من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

ثانيا: أوجه الاختلاف بينهما

تختلف المتعة عن التعويض في نقاط ، وتتميز المتعة عن التعويض فيما يلي :

1- أن المتعة ثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن والسنة، 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.

[1] محفوظ بن الصغير، مرجع سابق، ص 135.

3- إن المتعة تجب في جميع حالات فك الرابطة الزوجية سواء كانت طلاقا أو 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 وألحقت الضرر بالزوج فقد أوجب التعويض عليها لزوجها.

5- إن المتعة تجب لمجرد الطلاق من غير أن يبدي الزوج الأسباب التي دفعته للطلاق أما التعويض يجب للزوجة متى لم يبدي الزوج سبب قانوني أو شرعي للطلاق جراء الضرر اللاحق بها .

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

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

أما بالنسبة للقضاء الجزائري ، فإن اجتهادات المحكمة العليا كانت متعارضة ولم تكن موحدة بينهما فهناك قرارات اعتبرت بأن المتعة هي التعويض عن الطلاق ، وهناك قرارات أخرى فرقت وقضت بهما معا وهذا ما سنبينه فيما يلي:

- القرارات التي تقضي بأن المتعة هي التعويض، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: **"**1985/04/08 : " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض " [1] .

- أما عن القرارات التي تفرق بين المتعة والتعويض ما ورد في القرار الصادر بتاريخ 1986/04/07 : " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة اهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي " [2] .

وعليه عدم نص المشرع الجزائري على متعة الطلاق لا يعني عدم استحقاقها بل بالعكس و ذلك بناء على ما جاء في المادة 222 قانون الأسرة التي نصت: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[3] .

وهو الأساس الذي يوجب المتعة للمطلقة في الشريعة الإسلامية والتي عرفت بتعريفات منها: " حق التعويض المالي للمرأة لما لحق بها من ضرر بسبب الفرقة من زواج وهذا 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 وليس التي تختار فراق زوجها"[4].

---

[1] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 35912 ، بتاريخ : 1985/04/08 ، منشور المجلة القضائية، العدد 01/1989 ، ص 89 نقلا عن نجيمي جمال ، المرجع السابق ، ص 132 .

[2] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 415560 ، بتاريخ : 1986/04/07 ، منشور المجلة القضائية، العدد الثاني سنة 1989 ، ص 69 وما يليها ، نقلا عن يعقوبي عبد الرزاق ، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة، الجزائر، جوان 2018 ،ص 94 .

[3] المادة 122 من قانون الأسرة الجزائري.

[4] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم : 14165 ، بتاريخ 1988/11/21 ، م ق ، عدد 4 ، الجزائر ، 1990 ، ص64.

وللمتعة دور كبير في جبر خاطر المطلقة لما للفراق من ألم ، فكانت المتعة تخفيفا لها. وقد 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، وهي 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 ويدفع مبلغ كتعويض".

ومنه ومن خلال هذا الحكم يرجع أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة و إنما يفهم هذا الحكم من خلال المادة 222 ق.أ.ج.

الفرع الثاني: تمييز التعويض عن نفقة العدة

لما كان الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق لكون العصمة والحق خالص له . و بإيقاعه الطلاق يترتب عليه آثار ومن بين هذه الآثار العدة التي تكلم عليها المشرع في المواد (58، 59، 60، 61) من ق أ ج و هنا لسنا بصدد التكلم عن العدة من حيث أحكامها ومشروعيتها وإنما نتكلم عليها من حيث أن المشرع ميزها وفصلها على التعويض ، فنفقة العدة مرتبطة بفك الرابطة الزوجية مهما كان شكل فك الرابطة الزوجية ، بمعنى أنه إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو التطليق أو الخلع ، فكل هذه الصور للطلاق من آثارها العدة التي أوجبتها الشريعة الإسلامية والمشرع نفقة لها ، فقد أوجب المشرع نفقة العدة في المادة 61 ق أ ج (**لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ، ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق)** وفي الفقه الإسلامي بموجب القاعدة الشرعية (من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه).

ويعد القضاء الجزائري واضحا من نفقة العدة فقد جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ في: (1984/10/22)، انه (متى يكون المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على

زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[1].

وقرار المحكمة العليا المؤرخ في: 1996/06/18 جاء فيه أنه (من المستقر عليه قضاء في تحديد مبالغ المتعة و التعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة 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 وتحديدها إجمالا أو شهريا.

ويدفع 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 المعتدة بوضع الحمل.[2]

[1] قرار المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم: 34327 ، بتاريخ 1984/10/22 ، الجزائر .

[2] عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء** ، (بدون طبعة) ، 122.

المبحث الثاني: سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

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

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

المطلب الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي

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

ولذلك سنتطرق للأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وكذا في بعض التشريعات الأخرى على سبيل المثال المصري والسوري.

[1] مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق ، ص226.

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

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

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

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

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

وقد قضت المحكمة العليا في: 1998/11/17 بأنه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

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

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

[4] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلو خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا[1].

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

فيتضح من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض، وبمنعى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج [2] ،

على أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي ثابت لمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، فالعصمة بيد الزوج وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق، ودور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح، وليس للقاضي إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم، وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة الى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق .

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

---

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

[2] مسعودة الياس نعيمة، نفس المرجع السابق، ص287.

إن الحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة متى تبين له تعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام الكثير من الأزواج على الطلاق تفاديا لدفع ما لا يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة وهو أمر إيجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للرجل فعلا مبرر شرعي يدفعه للطلاق ، وينعكس الأمر سلبا حين يكون للزوج مبرر شرعي لفراق زوجته وقد لا يستطيع إثباته كحالة إنحراف الزوجة وارتكابها فاحشة أو منكرا لا يستطيع إثباته أو البوح به لما فيه من مساس بكرامته وعرضه ، وعندئذ يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة مادام غير قادر على دفع التعويض الذي سيلزمه به القضاء والعيش مع امرأة لا يرضاها له زوجة ولا يثق في دينها ولا خلقها ، كما أن التعسف غير مضبوط ويخضع لتقدير القاضي ما يجعل الأحكام القضائية متباينة في المسائل المتشابهة تبعا لتباين نظر كل قاض وتقديره فما هو تعسف في نظر أحدهم قد يكون حقا وعدلا عند آخر[1].

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

كان للمشرع السوري والمصري موقفين مختلفين للتعويض عن الطلاق التعسفي بالنسبة للمشرع الجزائري والخلاف بينهما واضح وعميق ، وعليه سأتعرض على موقف المشرع السوري ثم المصري.

أولا: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي عند المشرع السوري

لقد تناول المشرع السوري التعويض عن الطلاق التعسفي في مادته 117 من قانون الأحوال الشخصية حيث جاء فيها: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس و فاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات

[1] عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص254 -255 .

لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال"[1].

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

1-الطلاق يكون بالإرادة المنفردة للزوج.

2-أن يكون الطلاق تعسفيا.

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

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

وفي هذه الحالة حتى ولو ثبتت الإساءة من الزوج فلا تعويض للزوجة ، وهذا مخالف لإرادة المشرع الذي رغب من تقرير التعويض إكرام للمرأة ومنع العبث بها وتطليقها دون سبب مشروع.[2]

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

لقد انفرد المشرع السوري في أن المطلقة تستحق التعويض لا بد أن يصيب المرأة من جراء هذا الطلاق بؤس و فاقة أي أنها إذا كانت ذات مال فلا تعويض لها المادة 117 ق أ ش س: " إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة

[1] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، سنة 2007.

[2] محمد فهر شقفة ، **شرح أحكام الأحوال الشخصية** ، الجزء الثاني / انحلال الزواج ، ص429.

ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال".[1]

وقد جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ: 1982/03/20 "من شروط استحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس والفاقة وثبوت امتلاك الزوجة لقطعتي أرض ودار قيمتها عشرا ألاف ليرات يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس والفاقة و بالتالي لا تستحق تعويض الطلاق"[2].

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

وقد جاء في قرار محكمة النقض السورية بتاريخ: 1981/09/28 " قول المطلقة بأن والدها فقير و له راتب تقاعدي فقط و كون إخوتها الستة جميعا من المكتسبين يقيد انعدام إصابتها بالبؤس و الفاقة لأن نفقتها على أبيها فإن عجز عنها وقعت على إخوتها"[3]، و بالتالي إذا استطاع الزوج أن يثبت للمطلقة ولي يعيشها ليتفادى الحكم عليه بالتعويض.

وعلى القاضي في حالة تبين من شهود أن ولي الزوجة فقير الحال جاز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض ، المادة 117 ق أ ش س: "إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا حسب مقتضى الحال"[4].

---

[1] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، سنة 2007.

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

[3] أنظر محكمة النقض السورية، 1981/09/28 قرار 279، مجلة المحامون، 1981، ص 407.

[4] المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري ، سنة 2007.

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

وبهذا نجد أن المشرع السوري قد أهمل الضرر المعنوي الذي يلحق بالمطلقة وذلك ما يصيب مشاعرها وعواطفها و اكتفى بالضرر المادي ووفقا لشروط.

ثانيا: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي عند المشرع المصري

لقد تناول المشرع المصري التعويض عن الطلاق التعسفي في نص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أن " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح ، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا، وظروف الطلاق ومدة الزوجية و يجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"[1]، ومن خلال نص المادة يتبين لنا مدى توافق المشرع المصري و السوري و مخالفتهما للمشرع الجزائري حيث نجد من خلال النص أن المشرع المصري ذكر التعويض على أساس المتعة التي هي جبر خاطر المطلقة ووضع لاستحقاق المتعة شرطين:

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

1-**أن يكون مدخولا بها و الزواج صحيح** : و هو الزواج الذي يحضره شاهدين وتكون المرأة فيه حلا للزواج من هذا الرجل و يترتب أن النكاح الفاسد أو بشبهة لا يوجب المتعة .

2-**أن يكون الطلاق بدون رضا الزوجة و لا بسبب من طرفها:** والطلاق المقصود به في المادة الطلاق البائن لأن المتعة مال يجب على الزوج لمفارقته زوجته والمفارقة لا تكون إلا بالطلاق البائن أو الرجعي الذي أصبح بائنا وعلى هذا الأساس لا تستحق الزوجة

[1] المادة 18 مكرر من الأمر 25 المصري ، سنة 1929 .

المطلقة المتعة إذا كانت مفوضة من الزوج بتطليق نفسها وطلقت هي نفسها وأصبح الطلاق بائنا.

وفيما جاء في المادة 18 مكرر: "الزوجة المدخول بها في زواج صحيح ، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا ، وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز للقاضي أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"[1] .

إن شرط استحقاق المتعة أن يكون الطلاق واقعا من الزوج وليس من القاضي لصراحة النص " إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها" إلا أن القضاء المصري خالف هذا النص إذ قضت محكمة النقض في 1997/01/28" الشريعة الإسلامية قصرت الحق في إيقاع الطلاق على الزوج دون غيره فإذا طلق القاضي الزوجة على زوجها فإن فعله هذا وفقا لمذهب الحنيفة يضاف للزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من نفس الزوج أو من القاضي نيابة عنه بنيابة شرعية"[2].

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

فهنا تتخالف محكمة النقض مع المشرع المصري.

فإذا تدخل القاضي في الأحوال التي يكون فيها الحكم بتطليق الزوجة من زوجها فإن هذا التطليق يضاف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه مما يستوي معه في شأن استحقاق المتعة أن يكون الطلاق من الزوج أو من القاضي نيابة عنه[3].

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

---

[1] المادة 18 مكرر من الأمر 25 المصري ، سنة 1929 .

[2] أنظر محكمة النقض المصرية، 1997/01/28، الطعن 74 سنة 63 (مقتبس من موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع لأنور العمروسي ، الإسكندرية مصر ، دار الفكر الجامعي، 2005) ، ص638.

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

وقد قضى القضاء المصري على أن المطلقة غيابيا تستحق المتعة لأن وقوع الطلاق غيابيا دليل على عدم علمها ولا رضاها بالطلاق وقد قضت محكمة النقض في قرارها بتاريخ: 1991/01/15 " إن القضاء بغرض المتعة للمطعون ضدها على ما استخلصه الحكم من أن إيقاع الطاعن الطلاق غيابيا قرينة على أن هذا الطلاق وقع بدون رضاها ولا سبب قبلها وعدم إقامة الطاعن الدليل على عكس ما تدعيه المطعون ضدها يترتب عنه عكس ما استخلصه الحكم"[1] والطلاق الغيابي ليس معناه دوما أن الزوج هو الظالم وأنه لا سبب للزوجة فيه وقد تكون هي سبب الطلاق وإن تم دون رضاها أو علمها في هذه الحالة لا تستحق المتعة وهذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ: 1990/04/17 " لمحكمة الموضوع سلطتها في الأخذ بالقرائن بشرط أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فتمسك الطاعن بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها وطلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك وإقامة الحكم قضائه للمطعون ضدها بالمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابيا لا يكفي وحده لحمل قضائها مما يتعين نقض الحكم المطعون فيه"[2].

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

ويظهر مما سبق أنه لا خلاف بين المشرع السوري و المصري والجزائري في اعتبار أن الطلاق موجبا للتعويض من حالة إلى أخرى ، إذا أخذ كل مشرع بشروط خاصة على أن الخلاف ليس فقط في ذلك بل أيضا في تقدير التعويض[3].

[1] محكمة النقض المصرية، أ.ش، 1991/01/15، طعن رقم: 89، ص 124، (مقتبس من رسالة الدكتوراه للأستاذة مسعودة الياس نعيمة، ص296).

[2] محكمة النقض المصرية، أ.ش، 1990/04/17، مجموعة المكتب الفني، السنة41، ص100.

[3] مسعودة الياس نعيمة، مرجع سابق، ص296.

المطلب الثاني: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

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

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

إذا كان لا يوجد نص في قانون الأسرة يجعل طلب الزوج للطلاق موقوفا على أسباب معينة فإن القضاء في بلادنا قد دأب على مساءلة الزوج عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الطلاق ومعرفة ما إذا كانت تلك الأسباب أسبابا جدية وشرعية مقبولة ، أم أنها كانت أسبابا طائشة غير حقيقية وغير شرعية .

وعليه فإذا ثبت للقاضي أن طلب الطلاق في هذه الحالة طلب تعسفي غير شرعي ولا مبرر له فإن عليه أن يطبق نص المادة 52 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر رقم 05-02 لسنة 2005 وهي المادة التي جاء فيها أنه إذا تبين للقاضي أن الزوج قد تعسف في طلب الطلاق فله أن يحكم للمطلقة بما تستحقه من تعويض عما يمكن أن يلحقها من ضرر مادي أو معنوي كجزاء لطلب الطلاق التعسفي [1].

وقد رتب المشرع الجزائري التعويض عن العديد من الحالات ، غير أن الواقع يثبت أن المتضرر في مسألة الطلاق له الحق في التعويض (المادة 124 مكرر، 52 ق أ ج) ، من ناحية أخرى نجد أن مسألة تقدير التعويض متعلقة بوقائع الدعوى يترك فيها الأمر لسلطة القاضي في جميع عناصرها ، هذا ما يترتب عليه اختلاف في مبالغ التعويض من قضية إلى أخرى[2] ، وهذا تقدير من القاضي الذي تحكمه انتماءاته الإيديولوجية أو الاجتماعية.

فإذا صمم الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته حتى ولو تبين للقاضي أنه ظلم لزوجته ، وليس للقاضي في هذه الحالة سوى جبر خاطر المتضرر وهنا تبرز سلطة

[1] عبد العزيز سعد ، **قانون الأسرة الجزائري في ثويه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل** ، سلسلة تبسيط القوانين ، الطبعة الرابعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013 ، ص123-124 .

[2] عبد العزيز سعد ، نفس المرجع السابق ، ص244.

القاضي في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر والتعويض هو الأثر الثابت من الضرر في حالة وقوع الطلاق وعليه فهناك مسألتين الأولى الأساس القانوني لاستحقاق التعويض والمسألة الثانية كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض.

المطلقة لا تستحق التعويض إلا إذا أثبتت أن الزوج مسؤول عن الطلاق المواد (124 مكرر، 52 ق أ ج)، وقد خصت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه 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 للزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"[1].

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

ووفقا للمادة 52 من قانون الأسرة فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان:

1- أن يثبت للقاضي أن الزواج لم يرغب في الطلاق لمصلحة مشروعة وإنما لضرورة شخصية أو قصد الإضرار بالزوجة ، وقد قضت المحكمة العليا في: 1998/11/17 بأنه " من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[2].

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

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم: 39731، م ق 1993، عدد 1، ص 61.

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

المطلقة للتعويض.

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

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

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

فالتعويض يقوم على وجود حق وأدى استعمال هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير سواء عن قصد أو غير قصد 297-302 بالمقابل فإننا لا نجد في نصوص قانون الأسرة الجزائري ما يحدد هذا التعويض ، فالمشرع الجزائري لم يحدد قيمة التعويض لا أدنى ولا أقصى قيمة له، وترك ذلك لقاضي الموضوع حيث قضى المجلس الأعلى في: 1984/04/02 بأنه " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن نسبيته و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاك لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم بما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما وفقر الأخر ودون اعتبار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة من المتعة التي رفعت إلى

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم : 235456، م ق 2000، عدد1، ص282.

ما هو غير مألوف، ودون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"[1].

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

وقد جاء في قرار المحكمة العليا في: 2007/07/12 بأنه " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"[2].

وتقدير التعويض هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في القضية وهو يخضع لسلطته التقديرية وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار مدخول الزوج وظروفه المعيشية وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا[3].

كما عليه أن يراعي القاضي في تقديره للتعويض حجم الضرر وكذا ارتفاع الأسعار.

فعلى القاضي عند تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي بناء على سلطته التقديرية المخولة له قانونا تسبيب حكمه لأنه ملزم بذكر أسباب تحديد مبلغ التعويض عن الطلاق التعسف وإلا كان حكمه معيبا بقصور في التسبيب.

ويعتمد القاضي في حكمه بالتعويض المالي لصالح الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة الطلاق التعسفي لجملة من المعطيات والأسباب التي تؤخذ بعين الاعتبار، ويستشف ذلك من خلال ما استقرت عليه التطبيقات القضائية نذكر منها ما يلي:

1. درجة التعسف في الطلاق:

إن التعسف في الطلاق مسألة موضوعية يقدرها قاضي شؤون الأسرة من خلال قيامه بإجراء محاولات الصلح بعقد جلسات للتوفيق بين طرفي الدعوى والتي يمكن أن تعقد لأكثر من مرة، ومن خلال تفحصه لملف القضية للوقوف على وجود التعسف من عدمه فاستحقاق الزوجة

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/12، ملف رقم : 327799، م ق 1984، عدد 2، ص61.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2007/07/12، ملفم رقم : 368660، م م ع، عدد خاص، ص483.

[3] عمار بن أحمد، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء**، الدفعة 2005، ص38.

للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي يرجع لدرجة تعسف الزوج في الطلاق .

2. طول أو قصر الحياة الزوجية:

* بالنسبة لطول الحياة الزوجية ، فربما تكون الزوجة قد عاشت مع زوجها سنوات طويلة وكرست حياتها في خدمته وخدمة أولاده ، فعلى القاضي أن يراعي مدة الزواج ، وسن الزوجة لأنها تكون قد تقدمت في السن وبالتالي تفويت فرصة الزواج عليها مرة أخرى وبقائها بدون معيل بعد طلاقها من زوجها، فعدد سنوات العشرة الزوجية الطويلة كفيلة لأن تكون سببا في استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر الذي أصابها جراء تعسف زوجها في الطلاق .

* أما بالنسبة لقصر الحياة الزوجية فقاضي الموضوع عند تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي عليه مراعاة مدة الزواج التي قد تدوم لفترة قصيرة فقد تكون لشهر أو شهرين أو سنة أو سنتين، فالطلاق المبكر من شأنه أن يؤثر سلبا على الحياة المستقبلية للزوجة ويسبب لها أضرارا خاصة على سمعتها نظرا للفترة القصيرة التي عاشتها مع زوجها، فقد يمنعها ذلك من تأسيس حياة زوجية مرة ثانية .

3. الظروف المادية والاجتماعية للزوجين:

عند تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتحديد مقداره يراعي القاضي حال الزوجين من عسر أو يسر، وينظر الى مدخول الزوج وظروفه المعيشية ، والى حالة المطلقة إذا كانت حاضنة للأولاد، وقد أكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ : 1984/04/02 على مراعاة حالة الزوجين في تقدير التعويض والذي جاء فيه : " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقرا يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء لما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما أو غناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون 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، وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة "[1] .

4. حجم الضرر ومدى جسامته:

يدخل عنصر الضرر اللاحق بالزوجة جراء واقعة الطلاق ومدى جسامته في تقدير التعويض وتحديد قيمته، فينظر القاضي إلى حجم الضرر الذي أصاب الزوجة نتيجة تعسف الزوج في طلاقه، فمبدأ التعويض هو جبر الضرر، والتعويض المستحق للمطلقة يجب أن يتناسب مع حجم الضرر، وجسامة الضرر تختلف من قضية إلى أخرى .

وعليه فإن مسألة تقدير التعويض وتحديد قيمته هي من صلاحيات قاضي الموضوع المختص بالفصل في دعوى الطلاق تبعا لسلطته التقديرية فهو ملزم عند إصداره لحكمه المتضمن التعويض المالي عن الطلاق التعسفي بالإستناد إلى بعض المعطيات والأسباب وأخذها بعين الاعتبار كالتقيد بالعرف القضائي الذي يفرض حدا أقصى وأدنى لقيمة التعويض فالتعويض المالي عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي لا يكون ثابتا بالنسبة لجميع قضايا الطلاق، فهو يختلف من قاض الى آخر ومن دعوى إلى أخرى لأنه متروك لتقدير القاضي حسب درجة التعسف في الطلاق وجسامة الضرر اللاحق بالزوجة .

وفي ذلك يراعي قاضي شؤون الأسرة الحالات الموجبة لاستحقاق المطلقة للتعويض عن الطلاق التعسفي بالرجوع إلى المادة 52 من ق. أ. ج ويتضح لنا جليا أن المشرع الجزائري ألزم الزوج المتعسف في استعمال حقه الإرادي في الطلاق تعويض زوجته ماليا عن الضرر اللاحق بها، لكنه لم ينص على حالات استحقاق المطلقة تعسفيا للتعويض جبرا للضرر الذي ألم بها،

[1] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 32779 ، بتاريخ : 1984/04/02 ، منشور المجلة القضائية، العدد الثاني سنة 1989 ، ص 69 وما يليها ، نقلا عن بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 231.

وإنما نستنتج انطلاقا من التطبيقات القضائية لأحكام المحاكم وكذا من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، ويمكن أن نورد بعض هذه الحالات، وهي على سبيل المثال [1]:

1-**حالة أن يطلق الزوج زوجته دون مبرر شرعي وقانوني** : كأن يستعمل الزوج حقه في الطلاق دون أن يقدم دليلا شرعيا أو قانونيا مثبتا لطلب فك الرابطة الزوجية، ومحملا الزوجة مسؤولية الطلاق .

2- **حالة أن يطلق الزوج زوجته دون سبب جدي** : قد يقدم الزوج على طلب فك الرابطة الزوجية دون أن يثبت ذلك بمبرر أو سبب جدي .

3- **حالة تمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية وإصرار الزوج على طلب الطلاق:** يعد الزوج في هذه الحالة متعسفا لرغبته في طلب الطلاق وإصراره على ذلك، خاصة عند تمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية ومواصلة الحياة معه، مما يستوجب إلزامه بتعويض زوجته عن ذلك .

4-**حالة تنازل الزوجة عن الاستمرار في الدراسة:** وذلك بأن يطلب الزوج من الزوجة التوقف عن الدراسة ، وتستجيب لطلبه ، فهنا يكون طلاقه متعسفا موجبا للتعويض .

5-**حالة الطلاق قبل الدخول:** في هذه الحالة تستحق الزوجة التي طلقها زوجها قبل الدخول تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق بها جراء امتناع الزوج عن إتمام الزواج، وتفويت فرص الزواج بغيره، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 2006/11/15 والذي جاء فيه : " يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها"[2]

---

[1] وسيلة رقيق – كريمة جعيجع ، أحكام الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة ، جامعة المسيلة كلية الحقوق والعلوم الساسية ، 2019-2020 ، ص 44-45-46 .

[2] قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 372290 ، بتاريخ : 2006/11/15 ، منشور المجلة القضائية .

ومما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يحدد الحالات التي على أساسها تستحق المطلقة تعسفيا التعويض عن الضرر اللاحق بها لأن الأمر متروك لقاضي الموضوع وفقا لسلطته التقديرية بصفته مخولا قانونا بذلك والذي يستنتج ذلك من وقائع القضية المطروحة أمامه(ادعاءات الأطراف)، فإذا ثبت للقاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة على زوجها بتعويض مالي عن الضرر المترتب عن واقعة الطلاق، والحقيقة أن المشرع الجزائري عندما لم يقيد التعويض وتركه لقاضي الموضوع فقد أصاب في ذلك لأن أوضاع الطلاق تختلف من حالة إلى أخرى ، إلا ان ذلك قد يؤدي إلى تضارب الأحكام واختلافها من قضية إلى أخرى حتى ولو كانت متشابهة .

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

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

فإذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب[1].

وقد جاء في قرار المحكمة العليا في: 1991/06/18 بأنه " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم

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

ملزمين بذكر أسباب تحديدها ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[1].

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

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

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

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

---

[1] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ : 1991/06/18، م ق 1992، عدد1، ص65.

[2] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2002/07/25، ملف رقم: 215762، م ق 2002، عدد 1، ص279.

[3] أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/03/28، ملف رقم: 231419، م ق 2003، عدد خاص، ص593.

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

خلاصـــــــة الفصـــــل

من خلال ما سبق عرضه في هذا الفصل نجد أن الشريعة الإسلامية قد رتبت للمطلقة حقها في متعة الطلاق ردعا للزوج وتعويضا لها عما لحقها من ضرر، وهو ما كرسه المشرع الجزائري على غرار أحكام الشريعة الإسلامية حماية للمطلقة من تعسف الزوج في طلاقه بموجب نص المادة 52 من ق أ ج التي أقرت للقاضي بوجوب الحكم للمطلقة بالتعويض درءا للضرر الواقع عليها إذا تبين له تعسف الزوج في الطلاق ، فالتعويض هو الأثر المترتب عن التعسف في ممارسة الزوج لحقه الأصيل والإرادي في إيقاع الطلاق ، غير أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يضع معايير وضوابط لتحديد تعسف الزوج في إيقاع الطلاق من عدمه ، ولم يذكر حالات استحقاق المطلقة تعسفيا للتعويض عن الضرر الذي ألم بها بسبب الطلاق التعسفي ، ولم يشر إلى الأحكام التي تضبط التعويض ، فلم يبين كيفية تقديره وتحديد مقداره تاركا المجال مفتوحا لقاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته التقديرية المخولة له قانونا بالاجتهاد والبحث لحل النزاعات المطروحة أمامه والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق أ ج التي فتحت المجال واسعا أمام القاضي في كل ما لم يرد فيه نص قانوني ، وتكمن رقابة المحكمة العليا في مراقبة حكم قاضي الموضوع عند الحكم بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وملزم بذكر أسبابها وتحديدها وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ورغم ما للقاضي من سلطة تقديرية إلا أنه يجد صعوبة في تحديد مقدار التعويض وبمراعاة الحالات وعلى حساب كل جهة إختصاص تختلف مبالغ التعويض عن الضرر الذي يصيب الزوجة بسبب الطلاق التعسفي ، وهذا ما يؤدي إلى تضارب وتباين في الأحكام القضائية وبالتالي عدم توحيد الاجتهاد القضائي .

الخاتمـــــــة

خاتمـــــــــة

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

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

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

ومنه جملة ما توصلت إليه من خلال ما تم عرضه في هذا الموضوع أهم النتائج التالية:

- المشرع الجزائري كان متذبذبا و لم يعط تعريف صريح للطلاق و ترك ذلك للشرع وهو رفع قيد النكاح في الحال و المآل بلفظ مخصوص صريح.
- يعتري الطلاق الأحكام الشرعية الخمسة المتداولة بين الفقهاء والأصوليين من وجوب وتحريم وكراهة وندب وإباحة.
- وضعت الشريعة الإسلامية قيود و ضوابط على الزوج عند إيقاعه للطلاق من شأنها الحد منه.
- مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة.

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تختلف عن القانون الوضعي، فمن ناحية المصدر فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مصدرها تشريع إلهي غير قابل للنقاش و هو القرآن الكريم، فقد وجد هذا التشريع ليتناسب مع جميع البشر على اختلافهم ، في حين أن القوانين الوضعية هي من عمل البشر و تتأثر بالضغوطات وهي عرضة للنقض وتتأثر بالعوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية.
- فهم ومعرفة صور ومعايير التعسف ضرورة ملحة وهذا لمعرفة إذا ما كان الطلاق تعسفا أم لا.
- المشرع الجزائري لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 ق أ ج.
- الشريعة الإسلامية أخذت بالتعويض عن الطلاق التعسفي انطلاقا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر و ضرار)).
- التعويض عن الطلاق التعسفي لا يلغي للمطلقة حقها في المتعة المقرر لها و لا حق العدة.
- الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية.
- أوجبت بعض القوانين العربية التعويض للمطلقة عن تعسف الزوج في الطلاق لكن بشروط محدودة.
- ترك المشرع الجزائري لقضاة الموضوع سلطة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ولم يحدده (المادة 52 ق أ ج).

التوصيات

بعد معالجتنا للموضوع يمكن لنا تقديم بعض التوصيات :

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

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

المصادر و المراجع

أولا : المصادر

القرآن الكريم

السنة النبوية

النصوص القانونية

1. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، بتاريخ 2005/02/27 .
2. القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والمعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في: 27 فيفري 2005 ، الجريدة الرسمية ، العدد 24 بتاريخ 1984/06/12.
3. القانون رقم: 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري والمعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في: 2005/07/20 ، الجريدة الرسمية ، العدد 44 ، بتاريخ 2005/06/26 .

قرارات المحكمة العليا

4. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 327799، بتاريخ 1984/09/12 ، مجلة قضائية ، عدد 2 ، الجزائر ، 1984 .
5. قرار المحكمة العليا، غ أ ش ، ملف رقم 34327 ، بتاريخ 1984/10/22 ، الجزائر .
6. قرار المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، ملف رقم 28784 ، بتاريخ 1982/11/12 ، م ق ، العدد 2 ، الجزائر ، 1986 .
7. قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 32779 ، بتاريخ : 1984/04/02 ، منشور المجلة القضائية، العدد الثاني سنة 1989 .
8. قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 35912 ، بتاريخ : 1985/04/08 ، منشور المجلة القضائية، العدد 01 ، الجزائر ، 1989 .
9. قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 415560 ، بتاريخ : 1986/04/07 ، منشور المجلة القضائية، العدد الثاني سنة 1989 .

10. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 14165 ، بتاريخ 1988/11/21 ، م ق ، عدد 4 ، الجزائر ، 1990 .
11. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18، م ق ، عدد 2 ، الجزائر ، 1992 .
12. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 39731، بتاريخ 1986/01/27، م ق ، عدد 1، الجزائر ، 1993 .
13. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 179696، بتاريخ 1998/03/17، النشرة السنوية، وزارة العدل، الجزائر .
14. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 210451 ، بتاريخ 1998/11/17، م ق، دور خاص، الجزائر ، 2001 .
15. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 216865، بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي.
16. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 235456، بتاريخ 2000/02/22 ، م ق ، عدد 1 ، الجزائر ، 2000 .
17. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 223019، م ق ، عدد خاص ، الجزائر ، 2001 .
18. قرار المحكمة العليا، غ .أ.ش، ملف رقم 215762، بتاريخ 2002/07/25، عدد 1 ، الجزائر.
19. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 231419، بتاريخ 2000/03/28، م ق ، عدد خاص ، الجزائر ، 2003 .
20. قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 372290 ، بتاريخ : 2006/11/15 ، منشور المجلة القضائية .
21. قرار صادر عن م. ع ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم : 372290 ، بتاريخ : 2006/11/15 ، منشور المجلة القضائية، العدد 01 ، الجزائر ، 2007 .
22. قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 368660 ، بتاريخ 2007/07/12، م ق، عدد خاص.

قرارات محكمة النقض

23. محكمة النقض السورية ، أ. ش ، 1981/09/28 ، قرار 279 ، مجلة المحامون ، 1981 .
24. محكمة النقض السورية ، أ. ش ، 1982/03/20، قرار 423 ، مجلة المحامون ، 1982 .
25. محكمة النقض المصرية ، أ. ش ، 1990/04/17 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 41 .

26. محكمة النقض المصرية ، أ . ش ، 1991/01/15 ، طعن رقم: 89 .
27. محكمة النقض المصرية ، أ. ش ، 1997/01/28 ، الطعن 74 سنة 63 .

المعاجم والقواميس اللغوية

28. ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر ، الطبعة الأولى ، دار لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، 2003 .
29. أبو الحسين أحمد بن فارس زكريا ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق الدكتور محمد عوض مرعب و فاطمة محمد أصلان، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 1211هـ – 1001م .
30. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، دار الحديث، القاهرة ، 1429هـ– 1009م .

ثانيا: المراجع

الكتب :

31. ابن عبد الله محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار الكتاب العلمية، لبنان (بدون سنة).
32. أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، المجلد الثاني ، الجزء 3 ، العدد 15 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، سنة 2005 .
33. أحمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون بحث مقارن ، الطبعة الأولى ، مصر ، دار المعارف ، 1967 .
34. أحمد ذيب ، قواعد الطلاق وضوابط الفراق قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري الجديد ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2015 .
35. أحمد نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، دار الكتب القانونية ، مصر، سنة 2009 .
36. إسماعيل أبا بكر علي البامري ، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية ، دار حامد للنشر، عمان، ط 1 ، 2009 .

37. الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ترتيب وتحقيق الدكتور عبد الحميد هنداوي، ج3 ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت– لبنان،1424 هـ – 2003 م .
38. السيد سابق ، فقه السنة ، الجزء الثاني ، دار الفكر،الطبعة الرابعة ، لبنان ، 1983 .
39. المعري مبروك ، الطلاق و آثاره في قانون الأسرة الجزائرية ، دار هومة ، الجزائر، (بدون سنة).
40. أنور العمروسي ، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع ، الإسكندرية ، مصر ، دار الفكر الجامعي ، 2005 .
41. باديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية ، دار الهدى ، ط1 ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 .
42. بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري – الزواج والطلاق ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ،2004 .
43. بلحاج العربي ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة من 1966 إلى 2010 ، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2012 .
44. بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري : دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة ، الجزائر ، 2007 .
45. ثروة محمد شلبي، الطلاق و التغيير الإجتماعي في المجتمع السعودي، المكتب الجامعي الحديث، مصر(دون سنة).
46. جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر الحظيري السيوطي الشافعي ، تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك ضبطه وصححه وخرج أحاديثه الشيخ طه عبد الرؤوف سعد والأستاذ سعد حسن محمد ، مكتبة الثقافة الدينية ، بور سعيد– القاهرة ، 2003 .
47. جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان – بيروت ،1434هـ – 2013م .
48. حسان هشام، منهجية البحث العلمي، دار النقطة، ط2، الجزائر، 2007.
49. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان – الأردن ، 2015 .

50. رشيد زرواتي، تدريبات على منهجية البحث العلمي في العلوم الاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2002.

51. رمضان علي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002 .

52. طاهر الحسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة في الجزائر يدعم باحثيها إلى المحكمة العليا،

53. و المذاهب فقهية مع التعديلات مدخلة عليها الأمر 02/05 ، دار الرويبة ، الجزائر، 2008.

54. عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر ، ط2، 1968 .

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

56. عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، سلسلة تبسيط القوانين –5– ، الطبعة الرابعة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2013.

57. عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، (بدون طبعة ، بدون سنة) .

58. عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط 1 ،2007 .

59. عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 .

60. فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ط1، مؤسسة الرسالة ، بيروت – لبنان ، 1387هـ– 1967 م .

61. مالك بن أنس ، الموطأ برواية يحي بن كثير الليثي الأندلسي القرطبي ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، عين مليلة – الجزائر ، 2011 .

62. محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05 ، دار الوعي للنشر والتوزيع ، رويبة – الجزائر ، 1434هـ–2012م .

63. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط2، 1950 .

64. محمد بن صالح العثيمين ، فتح ذي الجلال والإكرام بشرح بلوغ المرام ، تحقيق وتعليق صبحي بن محمد رمضان وأم إسراء1 بنت عرفة بيومي ، ج 5 ، ط 1 ، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع ، القاهرة – مصر ، 1427هـ- 2006م .

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

66. محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، ط1، 1993.

67. محمد علي الصابوني ، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن ، الجزء1 ، الطبعة 4 ، مكتبة رحاب الجزائر ، 1410هـ -1990م .

68. محمد فهر شقفة ، شرح أحكام الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني / انحلال الزواج (بدون سنة) .

69. محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، المكتبة العلمية ، بيروت – لبنان ، 1428هـ- 2007 م .

70. محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط 2 ، دار الفكر ، عمان – الأردن ، 1428هـ-2007م .

71. مسلم ، كتاب القيامة والجنة والنار، صحيح مسلم، جزء2.

72. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مجلد 2، الطبعة 2 ، دار القلم ، دمشق ، 1425هـ-2004م .

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

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

75. نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر ، 2016 .

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

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

78. يحي بن شرف النووي الدمشقي ، روضة الطالبين ، تحقيق زهير الشاويش وعادل عبد الموجود ، طبعة المكتب الإسلامي ودار عالم الكتب ودار ابن حزم ،(دون سنة) .

79. يعقوبي عبد الرزاق ، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق يشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة ، الجزائر، جوان 2018 .

الرسائل العلمية والأطروحات الجامعية

80. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014 .

81. حياة خطاب ، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق تخصص الأحوال الشخصية ، جامعة محمد خيضر بسكرة – الجزائر ، السنة الجامعية 2015/2014 .

82. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2005.

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

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

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

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

الفهـــــرس

فهرس المحتويات

المحتـــــــــــوى	الصفحة
الإهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	أ – ح
الفصل الأول : ماهية الطلاق التعسفي	7
المبحث الأول: مفهوم الطلاق	9
المطلب الأول: تعريف الطلاق ودليل مشروعيته	9
الفـرع الأول : تعريف الطلاق	9
الفـرع الثاني : أدلة مشروعية الطلاق	13
المطلب الثاني: أسباب الطلاق و ضوابطه الشرعية	16
الفـرع الأول : أسباب الطلاق المشروعة	16
الفـرع الثاني : ضوابط الطلاق الشرعية	20
المبحث الثاني: التعسف في استعمال حق الطلاق	25
المطلب الأول : تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه	25
الفـــرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي	25
الفـــرع الثاني : حكم الطلاق التعسفي	31
المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي و صوره	35
الفـــرع الأول : معايير الطلاق التعسفي	35
الفـــرع الثاني : صور الطلاق التعسفي	39
خلاصة الفصل الأول	46
الفصـــل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي	47
المبحث الأول : ماهية التعويض عن الطلاق التعسفي	49
المطلب الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	49
الفـــرع الأول : تعريف التعويض	49

الفـــرع الثاني : حكم التعويض عن الطلاق التعسفي	52
الفـــرع الثالث : شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	55
المطلب الثاني : تمييز التعويض عن الحقوق المالية	57
الفـــرع الأول : تمييز التعويض عن حق المتعة	58
الفـــرع الثاني : تمييز التعويض عن نفقة العدة	61
المبحث الثاني : سلطة القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	63
المطلب الأول : الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي	63
الفـــرع الأول: الأساس القانوني في التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري	64
الفـــرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي في التشريعين (السوري والمصري)	67
المطلب الثاني : تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	73
الفـــرع الأول : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	73
الفـــرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض	80
خلاصة الفصل الثاني	83
خاتمة	84
قائمة المصادر والمراجع	88
فهرس المحتويات	96
ملخص الدراسة	

ملخص الدراسة

ملخـــــص الدراســــــــة

إن الحياة الزوجية لما تحمله في الأساس من مودة ورحمة وطمأنينة بين الزوجين ومحافظة على الأنساب قد تعرف اضطرابات وشقاقا بين الزوجين مرجعها إلى الطلاق الذي منح شرعا وقانونا للزوج لما له من قوامة ، لكن استعمال هذا الحق في غير موضعه وقصد الإضرار بالغير يوجب التعويض الذي يقوم على أساس التعسف ، وقد منح المشرع الجزائري لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعسف والتعويض (المادة 52 ق.أ.ج) ، تاركا السلطة التقديرية لهم ، والمشرع الجزائري لم يوضح أو يفرق بين المدخول بها والتي لم تدخل بعد ، لكنه كان محقا في عدم تقدير قيمة التعويض كون صور ومقدار التعسف تختلف ويختلف معها الضرر الناتج باختلاف المكان، كما أن المشرع الجزائري لم يراعي القدرة المالية للزوج في التعويض كون الشريعة مصدر مادي للقانون مصداقا لقوله تعالى: **(وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ)** سورة البقرة – الآية ﴿237﴾ .

الكلمات المفتاحية : الطلاق ، التعسف ، الضرر ، التعويض

Study summary

Married life, due to what it basically carries of affection, mercy and tranquility between the spouses and the preservation of lineage, may know disturbances and strife between the spouses, due to the divorce that was legally and legally granted to the husband because of his guardianship. The basis of arbitrariness, and the Algerian legislator granted the judges of the matter the discretionary power to assess arbitrariness and compensation (Article 52 of A.F.C), leaving the discretionary power to them. The value of compensation is that the forms and amount of abuse differ, and the resulting damage differs according to the place, and the Algerian legislator did not take into account the husband's financial ability to compensate, since Sharia is a material source of law, in accordance with the Almighty's saying : (**And if you divorce them before you have touched them and you have already specified for them an obligation, then [give] half of what you specified - unless they forego the right or the one in whose hand is the marriage contract foregoes it. And to forego it is nearer to righteousness. And do not forget graciousness between you. Indeed Allāh, of whatever you do, is Seeing)** Surah Al-Baqarah- Verse ﴿**237**﴾

Keywords : divorce ; arbitrariness ; the damage ; compensation .