جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الطلاق التعسفي

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر

تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

مسعودة بودية

لجنة المناقشة:

محمد قسمية	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	رئيسا
العربي مجيدي	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مشرفا
نور الدين خضار	جامعة محمد بوضياف بالمسيلة	مناقشا

السنة الجامعية : 2016/2015

بِسْـــمِ

{ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِندِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلاَّ أُوْلُواْ الأَلْبَابِ }

آل عمران...07

شكر وتقدير

بداية أشكر وأحمد الله عز وجل الذي وهبني نعمة العلم ووفقني في إنجاز هذه المذكرة.

وأخص بالشكر والديَّ الذي يعجز قلمي عن حصر فضائلهم فمهما كتبت و مهما قلت فلن أوفيهم حقهم، وأسأل الله أن يجزيهم عني خير الجزاء

كما أتوجه بالشكر إلى كل أفراد أسرتي و الذين ساهموا من قريب أو من بعيد في تشجيعي على إعداد هذه المذكرة خاصة أخي عمر الذي طالما أمدني مما عنده من خبرات واحتراماتي وتشكراتي للأستاذ المشرف مجيدي العربي على مساعداته و توجيهاته العلمية وإشرافه على رسالتي.

إهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من احمل اسمه بكل افتخار أرجو من الله أن يمد في عمرك لترك ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار "أبي العزيز".

إلى ملاكي في الحياة إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب "أمي الحبيبة"

والى إخوتي وأسرتي جميعا كبيرا وصغيرا.

إلى صديقات الطفولة الذي فارقني القدر عنهم.

إلى كل عزيز على قلبي، وإلى كل من وسعته ذاكرتي ولم تسعه مذكرتي.

مقدمة

مقدمة:

لقد وثّق الإسلام عرى الحياة الأسرية، وصان تلك العلاقة الزوجية بميثاق وصفه القرآن بأنه غليظ، وهذا الميثاق الغليظ هو: العهد المؤكد والموثق، إنه عقدة النكاح.

قال الله تعالى: "**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**"[1].

أي أخذن منكم عهدا مؤكدا وفي ظل هذا العهد أمر الله تعالى الرجال بحسن معاشرة النساء لقوله تعالى: "**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**"[2].

كما أمر الرسول ﷺ الرجال أن يحافظوا على هذه العلاقة المتينة، وأن يتقوا الله في النساء، فقال ﷺ: (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله) (رواه مسلم)، فإذا كانت العلاقة متينة على هذا النحو، فإنه يجب الحفاظ عليها والبعد عن الأسباب التي تؤدي إلى تدهور هذه العلاقة أو قطعها، لأن الله تعالى لم يشرع الزواج لفترة مؤقتة، بل لحياة دائمة مستمرة، يشع منها السكن والاستقرار، والمودة والرحمة، ويحيا في ظلالها الأبناء والأحفاد، فهي علاقة مقدسة أفضى فيها كل واحد من الزوجين إلى الآخر، فلا تفكير في قطع هذه العلاقة أو تعكير مناخها، بل إن كل ما ينغض هذه الحياة أو يضعف هذه العلاقة هو أمر يبغضه الإسلام.

ولهذا راعى الإسلام كل الظروف والحالات التي قد تعترض حياة الزوجين فقدَّم هذه الحالات، العلاجات المناسبة، فشرع الله تعالى الطلاق كحل أخير عند تنافر الطباع واستحالة تآلفها، وعبر عنه الإسلام بأنّه بغيض بأدلته:

1- سورة النساء، الآيات 20، 21.

2- سورة النساء، الآية 19.

فعن ابن عمر رضي الله عنهما أنّ رسول الله ﷺ قال: (أبغَضُ الحَلاَل إلى الله الطَلاَقُ)[1].

وأخبرنا أبو عبد الله الحافظ عن محارب، قال: قال رسول الله ﷺ: (مَا أحَل اللهُ شَيئاً أبغَضَ منَ الطَّلَاق)[2].

ذلك أنّ الطلاق في ذاته حلال ما دام في وضعه المشروع، وإنما كان بغيضاً لما يترتب عليه من تسببه في تصدع البيت ووقوع الأبناء ضحية هذه الفرقة.

وللطلاق من حيث الشرع والقانون عدّة صور منها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتي أساسها العصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج فالإسلام وحرصاً منه لما أقر الطلاق كحق مقرر للزوج، لم يتركه مطلقاً يمارسه متى شاء بل قيدّهُ بعدم الإضرار والتعسف في استعمال الحق، ووضع له من الآداب والتعاليم ما يكون بعيداً عن ظلم الزوجة، ورتب لذلك شروطاً، وأقام حدوداً تضمن لها الأمان اللازم، وتحقق لها المصلحة المرجوة.

فعلى الزوج أن يتقيد عند إيقاعه للطلاق بما يحقق هذه المصلحة، واستعماله لهذا الحق في غير ما شرَّع له، بأن يطلق زوجته لغير حاجة يجعل من هذا الاستعمال تعسفياً يؤثم صاحبه، ويلزمه بالتعويض رفعاً للضرر، لقول ﷺ: "لا ضَرَر ولاَ ضِرَار"[3]، وللقاعدة الفقهية:" الضرر يزال".

ولحماية الزوجين من هذا الطلاق الذّي يشكل ظلمًا، تناول القانون هذا الطلاق من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني والذي تناولت معايير التعسف.

1- البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (ت 458هـ/1065م)، **السنن الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطاء، الجزء السابع، باب ما جاء في كراهة الطلاق، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، حديث رقم: 14894، 1999، ص527.

2- البيهقي، حديث رقم: 14895 ،1999، ص 527.

3- ابن ماجه أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (373ه/983م)، **السنن**، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي وأحمد برهوم، الجزء الثالث، باب: من بنى في حقه ما يضر جاره، دار الرسالة العلمية، دمشق – سوريا، حديث رقم: 2340، الطبعة الأولى، 1430 ه / 2009، ص 432.

وكذلك نص المشرع الجزائري بموجب المادة 52 من قانون الأسرة إلى إعطاء للقاضي تحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق، وحتى لا تحس الزوجة المطلقة أنّ هناك إجحافًا في حقها وأنّ مصيرها في يد الرجل يتصرف فيه كما يريد، وحماية لها.

وكتجسيد لهاته الحماية رتّب المشرع أثرًا على ثبوت الطلاق التعسفي من خلال حق المتّعسَّف في طلاقها في التعويض درءًا للضرر اللاحق بها.

وتظهر أهمية هذا الموضوع من خلال مدى تحقيق الحماية اللازمة عند إساءة استعمال الزوج للحق المخول له شرعًا باعتبار العصمة الزوجية في يده والذي يشكل ظلما لها، وقانونيًا تكمن في بيان الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند إصداره لحكم الطلاق، ومن الناحية الاجتماعية تكمن في التقليل من إيقاع الزوج للطلاق بردعه بالتعويض حماية للزوجة والأولاد من الضياع، خاصة مع تزايد حالات الطلاق التعسفي حيث أصبح موضوع حساس يمس الواقع المعاش.

ومن هذا فإنّ الذّي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع هو كالتالي:

أنّ مسألة الطلاق أصبحت مسألة معاشة يوميًا وتطرح عدة إشكاليات أحيانًا نجد لها الحل في قانون الأسرة وأحيانًا أخرى نرجع إلى الفقه الإسلامي.

اللبس والغموض الذّي يعتري الطلاق التعسفي من حيث تكييفه القانوني، وكيفية تدخل السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض للمطلقة عن الضرر اللاحق بها

جهل المجتمع بحقوق المطلقة في الفقه الإسلامي، خاصة حق المتعة.

وعلى هذا فإن موضوعنا يهدف إلى دراسة موضوع الطلاق التعسفي من خلال أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة ببيان معاييره وصوره، كما يهدف في نفس الوقت ومن باب عملي وتطبيقي إلى بيان الآثار المترتبة عليه.

ولتحقيق هذه الأهداف والوصول إليها فإن موضوعي ينطلق من معالجة الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهم قانون الأسرة الجزائري في تحقيق الحماية للزوجة من الطلاق التعسفي مقارنة مع الفقه الإسلامي؟.

وتتدرج تحت الإشكالية الرئيسية أسئلة فرعية لها علاقة بالموضوع:

ما هي ضوابط ومعايير التعسف في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟.

وما الأثر المترتب على الضرر اللاحق بالمطلقة طلاقًا تعسفيًا؟.

وتوضيحا لهذه الإشكالية ولطبيعة تناول الموضوع فقد انتهجنا في سبيل ذلك منهجين يتوافقان وفكرة الموضوع، المنهج التحليلي وهذا من خلال تحليل آراء وأقوال الفقهاء والنصوص القانونية واستنباط ما فيها من أحكام، وكذا المنهج المقارن من خلال دراسة الموضوع بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وبعض التشريعات العربية حين يقتضي موضوع البحث ذلك ودون تجاهل القضاء في ذلك.

وللوصول إلى أهداف البحث والإجابة على الإشكالية اعتمدت الخطة التالية حيث قسمتها إلى فصلين ويندرج تحت كل فصل مبحثين:

ففي الفصل الأول ينبغي تناول ماهية الطلاق التعسفي وتطرقت في المبحث الأول منه إلى مفهوم الطلاق وأسباب إيقاعه وتناولت في المطلب الأول منه إلى مفهوم الطلاق وفي المطلب الثاني إلى أسباب الطلاق والقيود الواردة عليه وفي المبحث الثاني تطرقت إلى مفهوم الطلاق التعسفي ومعاييره، وتناولت فيه تعريف الطلاق التعسفي وشروطه ثم معايير الطلاق التعسفي وشروطه.

ثم يأتي الفصل الثاني بعنوان الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي، بحيث جاء في المبحث الأول الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، فعرفت الضرر ثم شروط ضبط الضرر، أمّا المبحث الثاني فأوردت فيه مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي، فعرفت التعويض، ثم تناولت أسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي، ولإنجاز هذا البحث اعتمدنا الخطة التالية:

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأسباب إيقاعه.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

المطلب الثاني: أسباب الطلاق والقيود الواردة عليه.

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي ومعاييره.

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وشروطه.

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق وصورها في الطلاق التعسفي.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: تعريف الضرر.

المطلب الثاني: شروط ضبط الضرر.

المبحث الثاني: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: تعريف التعويض.

المطلب الثاني: أسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

خاتمة.

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي:

حرصت الشريعة الإسلامية على استقرار الأسرة ودوامها محققة السعادة لكل أفرادها زوجا وزوجة وذرية، فحثت كلا من الزوجين على التروي في اختيار قرينه،ومع ذلك قد لا يستجيب الزوجان أو أحدهما إلى ذلك، وإذا استجاب فقد يخطئ التقدير، وإذا أصاب في تقديره فقد تتغير الأحوال، ونبهت الشريعة الزوجين إلى قدسية الزواج وقوة رابطته، قسمته ميثاقا غليظاً في قوله تعالى: "**وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**"[1]وبينت أن الحياة الزوجية قد تتخللها بعض العوارض من شأنها أن تعكر صفوها بصفة مؤقتة، والحكمة تقضي ألا يكون ذلك سبيلا إلى إخلالها مادام بالإمكان بالصبر والتسامح، كما دعت الشريعة الزوجين المتنافرين إلى الصلح ودعت أهلهما إلى التوفيق بينهما وذلك في قوله تعالى" **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير**"[2]، ثم في قوله تعالى: "**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**"[3].

ثم بغضت في الطلاق وبينت أنها ما أباحته إلا للضرورة، وهذا بعد استنفاذ جميع طرق الإصلاح والتوفيق في زوجية لم تعد محققة لمقاصد الزواج، مودة ورحمة وسكينة، وتعاونا في الحياة .

وبهذا أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة إليه ودون الحاجة إلى إرادة الزوجة في ذلك لكونه مالكا للعصمة الزوجية، غير أن الزوج الذي يطلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي آثم عند الله لأنه اساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده، ويكون متعسفا في طلاقه، فما مفهوم الطلاق التعسفي؟ وماهي أهم معايير التعسف في استعمال حق الطلاق؟

1- سورة النساء، الآيات 20، 21.

2- سورة النساء، الآية 127.

3- سورة النساء، الآية .35

المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأسباب إيقاعه

تقوم العلاقة الزوجية على أساس المودة والتآلف بين الزوجين، لكن قد تقوم خلافات بينهما، بحيث يصبح البقاء تحت سقف واحد يسبب الشقاء لهما، لذا أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي يعد أبغض الحلال إلى الله، وسنبين ذلك من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق.

الفرع الأول: تعريف الطلاق وأدلة مشروعيته.

إن للفظ الطلاق معان عديدة وذلك حسب المقصود منها، وبذلك نجد له تعاريف كثيرة في اللغة والفقه من طرف فقهاء الشريعة والقانون.

أولا - تعريف الطلاق:

1- **الطلاق لغة:** الحل ورفع القيد مطلقا سواء كان حسيا أو معنويا، والطلاق اسم مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر وأصله طلقت المرأة فهي طالق طالقة، إذا أبانت من زوجها، ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلاق مطليق، وفيه حديث الحسن: إنك رجل طليق أي كثير طلاق النساء والأجود أن يقال مطلاق ومطليق لا، ومنه حديث علي: أن الحسن مطلاق، فلا تزوجوه[1].

هو حل القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير، أو معنويا كقيد النكاح بين الزوجين، ويقال: طلق الناقة طلاقاً إذا حل قيدها وسرحها مثل أطلقها طلاقا، ويقال: طلقت المرأة إذا بانت فالطلاق مصدر طلق، ويستعمل اسم مصدر طلق بالتشديد، فيقال: طلق الرجل امرأته طلاقا، فالطلاق اسم مصدر وهو التطليق ويستعمل لفظ الطلق قديما في الجاهلية، وحديثا في الإسلام في حل عقدة النكاح بين الزوجين[2].

وبذلك يتبين أن معنى الطلاق في اللغة هو التخلية والإرسال وحل القيد ورفعه.

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، مج 04 الجزء 29، باب الطاء، ص2692

2- يوسف محمد خليفة ابو قرين، **الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الاسلام**، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 2007، ص 145 .

2- **الطلاق اصطلاحا**:

أ- **الطلاق في الفقه الإسلامي**: لقد عرف الفقهاء الطلاق بتعاريف متقاربة تتفق فيما بينها على المعنى المقصود شرعاً، وتختلف إلى حد ما في دقة الصياغة، ويعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه: حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج في الحال أو المآل بلفظ منصوص أو ما يقوم مقامه. وبذلك أدرج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء، بالتعاريف التالية نذكرها على سبيل الحصر:

عرفه الحنفية: هو رفع قيد النكاح في الحال أوفي المآل بلفظ مخصوص[1].

وعرفه الشافعية: هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[2].

ومما يلاحظ على التعريفين أنه لا يوجد خلاف بين تعريفي الحنفية والشافعية للطلاق، فعندهما هو رفع للنكاح وحل له بلفظ يدل عليه كالطلاق ونحوه، ومعنى في الحال أي الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال أي بمجرد صدوره فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته، وفي المآل المراد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل أي بعد انتهاء العدة، والألفاظ المخصوصة هي المشتملة على الطلاق أي أن إضافة قيد إلى التعريف (في الحال أو المآل)، هو من قبيل الإشارة إلى الوقت الذي يكون فيه الطلاق نافذا، وهو إما أن يكون حالا أو مؤجلا، فما هو متفق عليه هو أن الطلاق هو رفع للنكاح وأما متى يتحقق أثره فلا شأن للتعريف به، والإبقاء على تعريف الطلاق على أنه رفع لقيد النكاح بلفظ مخصوص أولى من غيره.

كما عرفه ابن عرفه من المالكية: بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم.[3]

فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع عليه المتعة الزوجية باعتبار المتعة من أهم آثار عقد الزواج.

1- ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ص 227.

2- الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، ص 368/3.

3- محمد بن عبد الرحمان الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل**، الجزء الأول، ضبطه : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، 1999، ص 268.

وكما عرفه الحنابلة: بأنه حل قيد النكاح كله أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها، أو تحريم بعد تحليل[1].

ب- الطلاق في القانون:

لقد عرف المشرع الجزائري موضوع الطلاق ضمن قانون الأسرة رقم 84-11 والقانون المعدل والمتمم 09/05 إذ خصص له الباب 2 تحت عنوان انحلال الزواج، ونظمه في ثلاثة عشر مادة وعرف الطلاق في المادة 48 (مع مراعاة المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون)[2].

ومن خلال هذه المادة المشرع جعل الطلاق مشتركا بين الزوج والزوجة في حالة الاتفاق أو الاختلاف، وكذلك لم ينص على صفة من يوقع الطلاق لأن الأزواج أصناف: مجنون، عاقل، هازل، جاد، مخطئ، جاهل، هادئ، غضبان، سكران، مكره، كما أنه لم يذكر ما يقع به الطلاق ومن الألفاظ والكنايات والإشارات، فهو لم ينص على أركان الطلاق كما نص على أركان الزواج، من صفة المطلق، وبما يقع، فالمشرع يريد تقييده وجعله بيد القاضي، مع أن الطلاق يقع بمجرد نطق الزوج به سواء وافق القاضي أم لا . فهو لم يعط تعريفا دقيقا للطلاق ولا لبيان أركانه وشروطه وبما يقع بل ترك ذلك للفقه الإسلامي وما لم يورد في القانون يتم الرجوع اليه في أحكام الشريعة الاسلامية وهذا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[3]

وعرف المشرع المغربي الطلاق في المادة 78: (الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء)[4] وطبقا لأحكام هذه

1- البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص5/ 232

2- الأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة بتاريخ :18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005.

3- المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

4- ظهير شريف رقم 22- 04- 10 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق ل 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، م 78، العدد، 5184الصادرة بتاريخ: 2004/2/5، ص 428 .

المدونة فقد جعله بيد الزوجين وربطه بالقضاء، وعرفه المشرع الموريتاني في المادة 83: (الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج)[1]. فقد أبقاه بيد الزوج.

ثانيا- أدلة مشروعية الطلاق:

الطلاق فيه إنهاء للرابطة الزوجية التي أحلها الله وشرعها، ولا يكون هذا الإنهاء إلا من أجل إزالة مفسدة محضة، ورفع ضرر ومؤكد، ولذلك لم يترك الإسلام تشريع الطلاق لإرادة البشر يتولاه الناس بقوانين من وضعهم، وإنما تولى المشرع الحكيم تشريع الطلاق ووضع أحكامه، ولذلك لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته إذ الأصل في مشروعيته ثابتة في القرآن والسنة والإجماع .

1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[2].

هذه الآية فيها بيان لعدد الطلقات، وتقديره ثلاث طلقات، ويجوز الرجعة في اثنين، ولا تجوز في الثالثة، وفي هذا قال ابن مسعود وابن عباس ومجاهد أن المراد بالآية التعريف بسنة الطلاق، أي من طلق اثنتين، فليتق الله في الثالثة، فإما تركها غيره مظلومة شيئا من حقها، وإما أمسكها محسنا عشيرتها، فالآية نزلت لتنظيم الطلاق وتغيير الذي كان يسري عليه في الجاهلية حيث لم يكن له حد معين بل كان بيد الزوج مطلقا وكثيرا ما يتعسف فيه ليحرم الزوجة من حقوقها الزوجية لا هي مطلقة ولا هي متزوجة، فكان يطلق الرجل إمرته ما شاء من الطلاق، فإذا كادت تحل من طلاقه، راجعها ما شاء.

وقوله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ"[3].

وهنا الخطاب من الله لرسوله، وإن كان خاصا، إلا أن فيه حكم عام لجميع أمته، وفي ذلك يقول الفقهاء إن هذا الخطاب من الخاص الذي أريد به العام وفي هذه الآية قلص الزمن الذي له أن يوقع نية الطلاق وضيقه، لتجنب آثاره السلبية، ولا يلجأ إليه إلا عندما يكون حقيقة مخرجا لأزمة وحل لمشكلة، ورفعا لضرر **لقوله تعالى :" لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن**

1- مدونة الأحوال الشخصية قانون رقم 052 – 2001 الباب الثاني: انقضاء الزوجية، الفصل الأول الطلاق، ص12.

2- سورة البقرة، الآية 229.

3- سورة الطلاق، الآية 01.

طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ"[1].

2- من السنة:

وردت عدة أحاديث عن النبي ﷺ تنص على مشروعية الطلاق منها:

فقد روي أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر النبي ﷺ في ذلك فقال الرسول لعمر:((**أمره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء الله أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**))[2].

كذلك روي أن النبي ﷺ طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها.

3- من الإجماع:

أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله ﷺ أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعا[3] .

الفرع الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته

أولا- حكم الطلاق:

من المعلوم أن كل تصرف يصدر من الشخص له حكمه الشرعي، وبما أن الطلاق تصرف قولي يصدر ممن يملكه، كان لابد أن يكون له حكمه الشرعي، من حيث الوجوب أو الندب أو الحرمة أو الإباحة، وذلك لأن الحكم الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخيير أو الوضع، فمما لا خلاف فيه بين الحنفية والشافعية، أن الطلاق قد تعتريه الأحكام الخمسة من بين الوجوب والندب والحرمة والكراهة والإباحة.

1- سورة البقرة، الآية 236.

2- صحيح البخاري، **كتاب الطلاق**، حديث رقم 5251، دار ابن حزم، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص651.

3-أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،عمان، الطبعة الأولى، 2009, ص 19.

1- **الوجوب**: إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه، فالطلاق من قبل الحكمين إذا احتدم الخلاف وتعذر الإصلاح، كالطلاق في حالة العجز الجنسي الكامل بالنسبة للزوج.[1]

2- **الندب**: يكون مندوبا عند تفريط المرأة في حق من حقوق الله رغم نصح الزوج لها وفق التوجيه القرآني في **قوله تعالى**: "**وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ**"[2] كتركها الصلاة، إذا كان سببه إيذاء الزوجة لزوجها أو لأهله، أو إذا انحرفت في سلوكها، وإذا قصرت في حق من حقوق الله تعالى عليها كالصلاة أو الصوم ولم يتمكن من إجبارها عليه، ويندب الطلاق إذا طلبته المرأة مخالعة لترفع الضرر عن نفسها، وكما يندب إذا قصر الزوج في حقوقها وبلغ حدا كبيرا أو جب المشقة ويصبح المندوب واجب، إذا تمادى الزوج في تقصيره وإيذائه لها فأصابت الزوجة مشقة كبيرة .[3]

3- **الحرمة**: يكون الطلاق حراما كالطلاق في الحيض أو الطهر الذي جامعها الزوج فيه أو طلاق الثلاث في طهر واحد فقد اتفق الفقهاء على تحريمه باعتباره طلاق بدعة فقد روي عن ابن عمر أنه طلق زوجته في الحيض فقال له رسول الله ﷺ ((**أمر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن تمضي فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**)).

4- **الكراهة**: يكون الطلاق مكروها إذا كان من غير حاجة داعية إليه، وقال القاضي من الحنابلة: يحرم في هذه الحالة لأنه ألحق الضرر بنفسية زوجته، كما أن فيه تفويتا للمصلحة الحاصلة بالزواج من غير حاجة داعية إليه فكان حراما كإتلاف المال، لقوله صلى الله عليه وسلم ((**لا ضرر ولا ضرار**)) ويبدو أن من قال بالكراهة من الفقهاء أراد الكراهة التحريمية لا الكراهة التنزيهية[4].

5- **الإباحة**: هنا نطرح التساؤل التالي: ما هو حكم الطلاق الأصلي؟ بمعنى هل أن الأصل في الطلاق الحظر أو الإباحة؟ وما ذهب إليه الحنفية والشافعية أن الأصل في الطلاق هو الحظر ولا يجوز إلا للحاجة فالطلاق دون سبب من قبيل سوء الأدب وكفران

1- أحمد محمد المومن وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 24-25.

2- سورة النساء، الآية 34.

3- محمود علي السرطاوي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان، الطبعة الثالثة، 2010، ص 173.

4- المرجع نفسه، ص173 .

بالنعمة التي **قال الله تعالى** عنها: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً**"[1] ولقوله ﷺ ((**أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها راحة الجنة**)) رواه أبو داوود، وأما ما يقال من أن الشافعية يعتبرون كل الطلاق مباحاً، كما نقل ذلك صاحب الهداية على اعتبار أن الرسول ﷺ والصحابة قد طلقوا نسائهم.

وفي هذا دليل على أن الأصل فيه الإباحة، فيجاب عن ذلك بأنهم لم يطلقوا إلا لحاجة، وعلى ذلك لا يكون الطلاق مباحا عند الشافعية إلا إذا دعت الحاجة إلى ذلك[2].

وبذلك موضع اتفاق بين الفقهاء أن الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية، إذا أصبحت مثار للفتن ومحلا للأحقاد ومضيعة للتآلف والتواد وذلك تخفيف من ربكم ورحمة.

ثانيا- الحكمة من مشروعية الطلاق:

تشريع الطلاق في الإسلام جاء لضرورة هي حل ما يقوم بين الزوجين من تنافر إذ أثبتت النظم الاجتماعية في الأمم، أن فيها النافع والضار والذي يمكن احتماله، والذي لا يطاق إلا بمشقة وحرج شديدين، والحياة لا يمكن أن تستمر مع هذا الضيق الشديد فكان الطلاق في حالة تعذر الحياة في هدوء، أمكن لزوج أن يستعمل الطلاق الذي جعله الله له فرجا ومخرجا من الضيق[3]، فالله لم يجعله قيدا في عنق الزوج بل مخرجا تحت قيد قال به الرسول ﷺ: ((**مازال جبريل يوصيني بالنساء حتى ظننت أنه سيحرم طلاقهن**)).

وبهذا يكون الطلاق في بعض الأحيان هو الحل والمخرج الذي لا مفر منه، لأنه قد تتنافر القلوب وتيأس من عودة المودة والرحمة بتحكيم أو غيره من سبل الإصلاح فنقع بين ثلاثة اختيارات كما قال الشيخ محمد أبو زهرة:[4]

1- سورة الروم، الآية 21 .

2- إسماعيل أبا بكر علي البامرني، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، دار الحامد، عمان، الطبعة الأولى، 2009، ص 229.

3- أحمد نصر الجندي، **الطلاق والتطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، ص21.

4- عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص234-235.

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

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

- الطلاق بين الزوجين الذين عجزا عن الاستمرار في الحياة الزوجية الهادئة المحققة لمقاصد الإسلام في الزواج فيحكم بانتهاء العلاقة بينهما حينما عجزت عن تحقيق مقصودها لتعطي لهما فرصة جديدة في زواج جديد **لقوله تعالى**: "**وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا**"[1].

فالطلاق ضرورة لحل مشاكل الأسر عند استحكامها وبهذا اعترف بنتام المشرع الإنجليزي حيث يقول في كتابه "أصول الشرائع" لو أن أحد الزوجين اشترط على الآخر عند العقد ألا يفارقه ولو حلت في قلوبهما الكراهة محل الحب والوئام لكان ذلك أمرا منكرا لا يصدقه أحدا من الناس وإذا جاز وقوعه من شابين متحابين غرهما شعور الشباب قطنا ألا افتراق بعد اجتماع ولا كراهة بعد محبة فإنه لا ينبغي وقوعه من متسرع خير الطباع وحنكته التجارب، واعتقدوا صدوره من معتوه أو مجنون فيا عجبا إن هذا الأمر الذي يخالف الفطرة ويجافي الحكمة وتأباه المصلحة ولا يستقيم مع أصول التشريع تقرره القوانين بمجرد التعاقد بين الزوجين في أكثر البلاد المتمدينة، وكأنها تحاول إبعاد الناس عن الزواج فإن النهي عن الخروج من شيء نهي عن الدخول فيه، وإذا كان وقوع النفرة واستحكام الشقاء والعداء في حالي: شرعية الطلاق وعدمها ليس بعيد الوقوع فأيهما أخير؟ أربط الزوجين بحبل متين لتأكل الضغينة قلوبهما، ويكيد كل منهما للأخر؟ أم حل ما بينهما من رباط وتمكين كل منهما من بناء بيت جديد على دعام قوية؟ وليس استبدال زوج بآخر خيرا من ضم خليلة إلى زوجة مهملة أو إلى زوج بغيض.[2]

1- سورة النساء، الآية 130 .

2- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 21-22 .

ومن أجل هذا حرص الإسلام على سلامة الأسرة فوضع القواعد والأسس والحقوق لكل من طرفي تكوينها، فإذا تحولت العوارض البشرية بين هذه الأسرة وبين تحقيق غاياتها، بعد أن تعذرت جميع وسائل الإصلاح، كان لابد من الحد من ذلك حتى لا يمتد خطره إلى الأبناء ثم إلى المجتمع، ولا بد من محاصرته في نفس كل من الزوجين حتى لا يكونا فريسة له، فيرتمي كل منهما في أحضان الفساد، ولهذا كله وضع الإسلام العلاج الحاسم لمثل هذه المشكلة فشرع الطلاق يلجأ إليه عند الحاجة، وأخذت معظم التشريعات الوضعية بنظام الطلاق، ورأت أنه ضرورة لابد منها[1].

المطلب الثاني: أسباب الطلاق والقيود الواردة عليه

وسنوضح هذا من خلال فرعين الفرع الأول يتعلق بأسباب الطلاق والفرع الثاني القيود الواردة عليه.

الفرع الأول: أسباب الطلاق.

حرص الإسلام على قيام الأسرة على المحبة والمودة والتعاون، ولكن قد يظهر من المشكلات ما يعكر صفو الحياة الزوجية واستمرارها فيقع بين الزوجين التنافر والخصام فلا يبقي مجال للإصلاح ولا وسيلة للتفاهم والتعايش بينهما مما يستدعي إنهاء رباط الزوجية على نحو لا تهدر فيه حقوق أحد الزوجين، بدلا من بقاء الزوجية مع الشقاق والكره وبذلك تتعدد الأسباب وتختلف من أسرة إلى أخرى، وهذا يعود لقلة الوعي بحقيقة الزواج ومقاصده ومن أهم هذه الأسباب[2]:

أولا -عدم الكفاءة الجنسية:

مما لا شك فيه أن الزواج شرع من أجل التحصين النفسي والحسي للمرأة وعلى ذلك اعتبرت العلاقة الجنسية والمعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من أهم المقاصد السامية التي جاء بها الزواج فلكل من المرأة والرجل الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر استقرار بين الطرفين واختلالها يشكل صدمة نفسية للطرف الآخر وبذلك إما أن يصير الطرف المتضرر ويجعل باقي جوانب الحياة الزوجية مبررا كافيا للإبقاء على العلاقة إذا ما حصل المانع لدى أحدهما بعد فترة طويلة من المعاشرة وأدت

1- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 25-26.

2- أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 23.

هذه الأخيرة إلى وجود أبناء أو يقوم الطرف المتضرر إلى الإسراع في إنهاء العلاقة إذا كانت حديثة العهد لا يجاد بديل عنها[1].

ثانيا- قلة الوعي بحقيقة الحياة الزوجية:

من الأسباب المؤدية إلى الطلاق، قلة الوعي بحقيقة الحياة الزوجية، وما تقوم عليه من حقوق وواجبات فيرسم كل من الزوجين مجموعة من التصورات الخيالية والأحلام حول الزواج ولكن يتفاجآن بعد الزواج، فإذا كانت الصورة مرسومة في ذهن الزوج تجده يشكو من عدم قيام زوجته بواجباتها تجاه زوجها وأطفالها، وإذا كانت هذه الصورة مرسومة في ذهن الزوجة تجدها تشكو من عدم قيامه بواجبه، وعدم أداء أحدهما ما عليه أو عدم حصوله على حقوقه، وبالتالي عدم تحقق مقاصد الزواج بشكل تام، مما يؤدي إلى خلق مشاكل في حياة الزوجين، فإما أن يتفهم كل منهما ما عليه من واجبات وما له من حقوق، فيخرجان من هذه العقبة، وإما أن تتزايد المشاكل فلا يجدان طريقا للحل سوى إنهاء هذه الحياة، ويلجآن إلى الطلاق.[2]

ثالثا -عدم الانسجام بين الزوجين:

إن عدم الانسجام بين الزوجين وانعدام التوافق النفسي وعدم فهم الزوجين لبعضهما البعض قد يؤثر على مواصلة الحياة الزوجية ويجعلها عديمة الاستقرار وبالتالي يكون الطلاق لا مفر منه، فأحيانا قد يتزوج المرء من الشخص الخطأ انطلاقا من رغبة الوالدين أو استعجالا في الزواج والاندفاع نحوه دون أي تدبير أو تفكير مسبق فلا يسأل الخاطب عن خطيبته بشكل جيد ليتحقق من صفاتها ويعرف أخلاقها وطباعها ثم يكشف أنه أخطأ، وقد تتزوج الفتاة بشخص لا تكن له أي مودة فتجد نفسها أنها قد أساءت الاختيار، فالاختيار الصحيح هو الذي يقوم على أسس صحيحة مع مراعاة الضوابط الشرعية المبنية على أسس دينية عند اختيار الشريك لحديث النبي ﷺ ((**تنكح المرأة لأربع لمالها**

1- باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء**، الجزء الأول، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص14-15 .

2- ساجدة عفيف عتيلي، **الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني**، (أطروحة ماجستير)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2011، ص24 .

3- لحسن الشيخ آث ملويا، **بحوث في القانون**، دار هومة، الجزائر، 2003، ص78-79 .

ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تلبت يداك)) وفضلا عن ذلك فقد يكون سوء الاختيار ناتجا عن إكراه الأهل أو أبناهم للزواج بأشخاص لا يرغبون فيهم فتقوم الخلافات بعد الزواج حيث يقول أحد العلماء: "أن تتزوج في معظم الأحيان شخص يحمل سمات شبيهة بأحد والدينا ولا يعني بالضرورة أن تكون هذه السمات إيجابية"[2]

رابعا- عوامل اقتصادية وثقافية:

تعد العوامل الاقتصادية ذات تأثير قوي وفعال في الحياة الأسرية فقد يؤدي فقر الزوج إلى انعدام الأمان لدى الزوجة، خاصة إذا كانت الزوجة تعيش في رفاهية في بيت أهلها، فانتقالها إلى بيت ذلك الزوج الفقير، أو الأدنى من مستواها المعيشي قبل الزواج، يجعل من فقره سببا في عدم تلبية رغباتها واحتياجاتها التي تعدها أساسية لاعتيادها عليها، ويعدها كماليات لعدم وجودها في حياته، فتعيره بفقره وتذكره بحياتها في بيت أهلها قبل الزواج مما يجعل المشاكل كثيرة في حياتهما، كما أن عمل المرأة خارج المنزل من أجل تحسين الوضع المادي، ولسوء تدبير منها، قد تجعل من عملها وسيلة لإذلال الزوج، ولسلب قوامته، وهذا أكثر العوامل التي تؤثر في حياة الأزواج وتؤدي بحياتهما إلى الشقاء، أما العوامل الثقافية فعدم التكافؤ في الشهادات الجامعية يؤدي إلى المشاكل بين الزوجين، فتزوج الشاب من فتاة غير متعلمة وهو ذو مستوى عال، قد يؤدي إلى قلة التفاهم بينهما، وكذلك إذا كانت الزوجة متعلمة وذات مدخول جيد والزوج لا يحمل أي شهادة تعليمية، فيؤدي هذا إلى وقوع نزاع يؤدي إلى الطلاق[1].

خامسا- مشاكل نفسية وصحية:

قد يؤدي الوضع النفسي للزوج أو للزوجة إلى مشاكل أسرية، غالبا ما تؤدي إلى فك الرابطة الزوجية كأن يعاني أحدهما من الغيرة المفرطة، مما يجعله يراقب تصرفات الآخر بصورة سيئة ومزعجة، فيصبح الآخر حذراً من أي تصرف يقوم به وبالتالي عدم التشابه في نفسيتي الزوجين قد يتسبب في متاعب ومن ثم عدم تحقق مقاصد الزواج بشكل تام مما يؤدي إلى خلق مشاكل وعقبات في حياة الزوجين فإما أن يتفهمان مما عليهما من

1- لحسن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 78- 79.

حقوق وواجبات فيواجهان المشاكل التي تعتريهما وإما تتزايد عليهما، فلا يجدان طريقا سوى إنهاء هذه العلاقة[1].

ومن أهم العقبات التي قد تعترض حياتهما الزوجية المرض المزمن الذي يصاب به الزوجان أو أحدهما مما يجعله غير قادر على القيام بواجباته الزوجية نحو الطرف الآخر فتصعب الحياة الزوجية ويصبح استمرارها مستحيلا وبالتالي يؤدي هذا المرض إلى الطلاق، وإلى جانب هذا قد يصاب أحد الزوجين بمرض معد يجعل الاخر ينفر منه ويشمل المرض حالة العقم وعدم القدرة على الإنجاب وبالتالي تنعدم أهداف الزواج وهو الإنجاب ولا تستقيم الحياة الزوجية في نظر البعض إلا بوجود أولاد، وعلى ذلك فقد جاء قرار المجلس الأعلى في 1984/11/19 بأنه " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب أجل سنة كاملة للعلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانبه وبعد انتهاء تلك المدة فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الاسلامية، فإذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها استطاعة هذا الاخير مباشرتها جنسيا، تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ هذا الحكم بها، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعن فيه تأسيسا على هذا الواجب المثار من قبل الطاعن [2].

الفرع الثاني: القيود الواردة على الطلاق

أولا - أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا:

يذكر الفقهاء من بينهم الحنفية أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه **كقوله تعالى: "لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاء مَا لَمْ تَمَسُّوهُنُّ أَوْ**

1- ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 26-27.

2- لحسن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 80.

تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً"[1]، فعندهم الطلاق في الأساس أمر مباح فلا يتقيد بقيد، وهنا رفع الجناح ليس لإباحة الطلاق بلا سبب بل إلى إباحة الطلاق قبل الدخول وتسمية المهر.

ويرى أغلبية الفقهاء أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع وضرورة وجود سبب قوي يبرر الطلاق كسوء سلوك الزوجة أو ايذائها، إعمالا **لقوله تعالى** :" **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**"[2] وكذلك قوله ﷺ((**لا تطلق النساء إلا من ريبة، إن الله لا يحب الذواقين والذواقات**)).

ففي الطلاق هدم للأسرة وتشريد للأطفال، ولا يجب إيقاعه إلا لضرورة قصوى، كانحراف الزوجة أو تمردها أو إهانتها المستمرة للزوج قولا أو فعلا، بحيث تستحيل العشرة بينهما، فالطلاق في كل الأحوال واقع، وإن كان موقع الطلاق دون سبب آثم شرعا.

ثانيا- أن يكون الطلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة:

اتفق الفقهاء على أن الطلاق السني المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقا، الواحد بعد الآخر لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة لظاهر **قوله تعالى**: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**"[3] ومعنى ذلك أنه مرة بعد مرة أخرى، بمعنى أنه يقع واحدا، فلو قال الرجل أنه طلق زوجته مرتان أو أشار بإصبعه فإنه لا يقع إلا بطلقة واحدة.

كذلك إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أو أنت طالق لمرتين، فإن الطلاق لا يقع إلا واحدا، كذلك لو كرر لفظ الطلاق لأكثر من مرة، أي أن الطلاق المباح ما كان مرة ثم مرة أخرى، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، يكون بدعيا محظورا عند الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن القيم، ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات، وإنما يكون تاركا للاختيار والفضيلة ويؤيد ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امراته ثلاثة تطليقات جميعا فقام غضبان، ثم قال ((**أيلعب بكتاب الله وأنا بين**

1- سورة الطلاق، الآية 01.

2- سورة النساء، الآية .34

3- سورة البقرة، الآية 229.

أظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله))، وذهب الأئمة الأربعة جمهور الفقهاء، أن الطلاق بالثلاث يقع به ثلاث طلقات.

وفي مصر قبل سنة 1929 كانت المحاكم تأخذ برأي جمهور الفقهاء فتعتبر الطلاق الثلاثي طلاق بائن لثلاث مرات، ولكن بعد صدر القانون 25 لسنة 1929 جعل الطلاق الثلاثي لا يقع إلا لمرة واحدة.

ثالثا- الطلاق في حالة الطهر دون مخالطة:

يعد الطلاق المخرج الأخير للزوج في حالة عدم تحقق مقاصد الزواج القائمة على المودة والسكينة والتعاون في الحياة، فالإسلام قيده بوقت محدد، ووقته المحدد له يتعلق بحالة الزوجة وفيه شرطان:

الشرط الأول أن تكون في طهر لم يجامعها فيه .

الشرط الثاني أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.

ذهب فقهاء الشرع إلى ضرورة أن يكون الطلاق في حالة طهر الزوجة، ودون مخالطتها فإذا طلقها في حالة الحيض أو النفاس، أو في حالة الطهر بعد مخالطة، كان حراما شرعا عند الجمهور،ومكروها عند الحنفية المسمى الطلاق البدعي، والحكمة في ذلك أن الحيض واقعة منفرة نفورا مؤقتا، وقد تكون الدافع إلى إيقاع الطلاق، خاصة إذا زامنها عارض آخر أدى إلى زيادة النفور، هذا يعني وقوع الطلاق دون سبب جوهري إضافة إلى ذلك الطلاق في حالة الحيض يؤدي إلى زيادة فترة العدة بالحيضات الثلاث إذ لا تحسب الحيضة التي وقع فيها الطلاق لما فيه من إرهاق للمرأة[1].

وذهب المالكية إلى تحريم 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 لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها **لقوله تعالى**: "**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**"[2].

أما الطلاق في حالة الطهر دون المعاشرة، فمرده أن الحظر يرجع إلى حديث الرسول ﷺ لابن عمر ((**فإن بدا له أن يطلقها، فليطلقها قبل أن يمسها**))، فالطلاق

1- عبد الحكيم فوده ومنذر عبد العزيز الشمالي، المرجع السابق، ص 236-237.

2- سورة الطلاق، الآية 01.

بعد المعاشرة يحمل معنى أن الزوج اكتفى بزوجته، ولم يعد بحاجة اليها، فيقع الطلاق دون سبب.

وبذلك الطلاق في كل الأحوال واقعا مرتبا لكافة آثاره الشرعية، رغم أن المطلق آثم شرعا، وهذا رأي الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء.[1]

1- عبد الحكيم فوده ومنذر عبد العزيز الشمالي، المرجع السابق، ص 237.

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي ومعاييره.

هناك عدة وصايا وضعت قبل الطلاق وأثناء تشكيل الأسرة منها حسن اختيار الزوجة وإتباع المنهج الإسلامي في اختيار الزوجة وأسباب الزواج وسير الزواج ومراعاة الحقوق الزوجية من تسامح وحسن المعاشرة ووضع الحد لتدخل الأهل في شؤون الأسرة إلى غير ذلك ثم الإرشاد والعظة والنصح من كل الزوجين للأخر **قال تعالى:**" **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"[1].

ومع هذا فإن الإسلام نفر الأزواج من إيقاع الطلاق وبغضه في نفوسهم **قال رسول الله ﷺ ((ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق))** ثم التدرج في إصلاح الناشز منهما بوسائل التأديب التي شرعها الله من وعظ وهجر وضرب غير مبرح، وإن لم يكن فائدة بعدها يرسل الحكمان للإصلاح بين الزوجين وإن أغلقت الأبواب أمام الحياة فهنا يلجئان عندها إلى الطلاق **لقوله تعالى:** "**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**"[2] وبذلك أثبت المشرع والقانون حق الزوج في إيقاع الطلاق باعتباره صاحب العصمة الزوجية ومع ذلك قيد الحق بشروط منها مراجعة النفس والتأني والتفكير قبل اتخاذه القرار حتى يستعمل حقه على أسس شرعية وقانونية وفي الحدود المرسومة له غير أنه قد يسئ استعمال حقه فيلحق الضرر بزوجته وتترتب عليه المسؤولية.

وقد عالج الإسلام العديد من الحالات التي يستخدم فيها الزوج حقه على غير الصور المشروعة وللإلمام جيدا بهذا الموضوع والمتمثل في ماهية الطلاق التعسفي ارتأيت الى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناولت في:

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وشروطه

المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي وصوره

1- سورة النساء، الآية 19.

2- سورة البقرة، الآية 231.

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وشروطه:

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية، وهذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، ففكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي فالزوج إذا تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها إلا ولا ذمة بزوجته يعتبر متعسفا في استعمال حقه، وتعريف الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وعلماء القانون وقوانين الأحوال الشخصية، ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف إلا أنه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى، وقد كان للفقه الإسلامي أراؤه واحترازاته في مجال التعسف في استعمال الحق، ليس بالشكل المفصل حديثا إنما بما تناوله الفقهاء في الجزئيات، ويعود هذا إلى أن الفقه الاسلامي لم يبن على النظريات بل هو وليد استقراء المسائل الجزئية التي يمكن تجميع نظائرها لبناء النظرية العامة منها.

وذهب فقهاء العصر الحديث إلى دراسة نظرية التعسف وموافقتها حسب مقتضى الشرع الحكيم ومن أجل إيضاح فكرة تعريف الطلاق التعسفي يجب معرفة معنى التعسف أولا، ثم ثانيا تعريف الطلاق التعسفي .

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي

أولا - تعريف التعسف:

1- **التعسف لغة:** معاني التعسف كثيرة ومتنوعة وأهمها ما يلي :

التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي "عسف" تعسف عسفا والتعسف يأخذ معنى:الجور والظلم والانحراف عن الغاية أو الوجهة المقصودة فعسف عن الطريق يعسف: مال وعدل كاعتسف وتعسف أو خبطه على غير هداية والسلطان ظلم، وعسفه تعسيفا: أتعبه وتعسفه ظلمه وانعسف: انعطف والعسوف الظلوم.[1]

ومنه أيضا عسف الولاة، وإسراعهم إلى الظلم.[2]

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

2- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، ص312.

ويظهر من خلال هاته التعريفات أن التعسف يعني الظلم مما يحمل معنى الإساءة والإضرار وهو لب التعسف عند أهل الاصطلاح .

2- **التعسف اصطلاحا**:

أ- **التعسف في الفقه الإسلامي**:

التعسف إما مصطلح أو نظرية فالأول استعمله الفقهاء قديما، كالشافعي في الرسالة "لأنه إذا أقامه على غير مثال بدلالة على قيمته كان متعسفا"[1]، وذكره ابن حزم بقوله: "ولتعلم أن التعسف وسوء الملكة لمن خولك الله أمره من رفيق أو رعية يدلان على خساسة النفس"[2] ويقصد به الظلم.

أما الثاني فوجوده كنظرية قائمة بذاتها إنما تطور بتطور علم النظريات الفقهية الذي أحدث في زمن متأخر إلا أن أصوله قديمة قدم التراث كباقي العلوم.

- **تعريف التعسف عند الفقهاء القدامى**:

الفقهاء القدامى لم يعرفوا التعسف، فهم لم يبحثوا في موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة ذات أركان وأسس، وإنما تعرضوا له ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصلة بالتعسف في مصنفاتهم، ومن الأمثلة الكثيرة المعروضة في كتب الفقه، والدالة على أنهم قد فهموا النظرية وطبقوا أحكامها ما جاء في باب المعاملات كما في منع الاحتكار، وفي السياسات كما في منع عمر رضي الله عنه التزوج من الكتابيات، وفي المناكحات تزويج الفتاة من الكفء بغير إذن الولي إن عضلها.[3]

1- الشافعي أبو عبد الله محمد، **الرسالة**، باب الاستحسان، تحقيق :أحمد شاكر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، 1358هـ-،1940, ص 503.

2- بن حزم الأندلسي القرطبي، **رسائل ابن حزم الأندلسي**، تحقيق: إحسان عباس، الجزء الثاني، المؤسسة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1987، ص65.

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

فالفقهاء منعوا الاعتداء مباشرة أو تسببا محافظة على حق الغير ومقاصد الشرع ومنعوا كذلك التعسف الذي يستند الفعل فيه إلى حق أو إباحة إذا أدى الى ذلك : لوحدة العلة أو المآل ألا وهو هدم المقصد الشرعي من تشريع الحق[1].

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

ووضع الشاطبي قاعدة عامة في العمل بالأحكام وهي الأساس العام لنظرية التعسف (كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل). وبين كيف أن العمل الناقض باطل: فإن المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإن خولفت لم يكن للأفعال التي خولف فيها جلب للمصلحة أو درء لمفسدة، فإن قصد المكلف ما قصده الشارع فقد قصد وجه المصلحة، وإن قصد غير ذلك فقد جعل ما قصد الشارع مهمل، وما أهمل الشارع مقصودا معتبرا وذلك مضادة للشريعة ظاهرة والمضادة باطلة، وأكد هذا المعنى الامام العز بن عبد الإسلام (كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل، وما يؤول إليه بالضرورة فهو باطل)[2].

فالحق إن كان ممنوحا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بتشريعه للحق، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه بما يحقق تلك المصلحة، حتى يكون قصده في استعمال حقه

1- فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988، ص35.

2- عبير ربحي شاكر القدومي، **التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 1428هـ/ 2007م، ص 18-19.

موافقا لقصد الله في التشريع هذه فكرة التعسف بوجه عام، وهي الحياد عن الغاية الشرعية للحق والتي قصدها الشارع من تشريع الحكم، لا الخروج عن حدوده الموضوعية، لأن هذه مجاوزة وهي ممنوعة باتفاق.

تناول الفقهاء القدامى التعسف في باب الضمانات تحت عدة مسميات مختلفة منها[1]:

الاستعمال المذموم للحق عند الإمام الشاطبي :وهو تناول المباح على غير الجهة المشروعة، واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها .

المضارة في الحقوق عند ابن قيم الجوزية :ذكرها في كتابه الطرق الحكمية، وجعلها عنوان لحديث سمرة بن جندب الذي تعسف في استعمال حقه بدخول بستان الأنصاري دون استئذان، مما ألحق الضرر به، مما دفع بالنبي ﷺ القضاء بقطع النخلة دفعا لمضارته صاحب البستان .

-تعريف التعسف عند الفقهاء المعاصرين:

اختلفت رؤية الفقهاء المعاصرين للتعسف بحسب موضوعه واستقلاليته عن موضوع المجاوزة له أركانه وأسسه وتطبيقاته الخاصة به، أو بالنظر على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق ومن هنا أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة، وآخرون لفظ إساءة، وأطلق غيرهم لفظ المجاوزة أو التعدي وبذلك نجد قولين[2]:

القول الأول-التعسف صورة من صور المجاوزة للحق:

يرى أصحاب هذا القول الى التعسف على أنه صورة من صور مجاوزة حدود الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، لهذا جاءت تعريفاتهم تتفق مع نظرتهم إلى التعسف ومنها:

عرفه مصطفى السباعي ووهبة الزحيلي بأنه: إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير.

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 19.

2- جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 144.

كما عرفه محمد أبو زهرة بأنه: استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق[1].

وعرفه رأفت محمد حماد بأنه: استعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره. يتبين من هاته التعريفات أنها قاصرة لم تحدد معنى التعسف، كما أنها خلطت بين التعسف والمجاوزة في استعمال الحق.

القول الثاني- التعسف نظرية مستقلة عن المجاوزة:

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

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

هذا التعريف نظر إلى غاية الحق والجزاء المترتب على المتعسف في استعماله إلا أنه اقتصر على التعسف في التصرفات الفعلية وأهمل التعسف في التصرفات القولية.[2]

كما عرفه فتحي الدريني بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل فمعنى هذا أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأذون فيها شرعا، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

وهذا التعريف بين جوهر التعسف وقوامه من المناقضة والمضادة سواء كانت بقصد أم بغير قصد ولكنها تؤول إلى مصير ممنوع فهو شامل لمعياري التعسف الأساسيين المعيار القصدي من قصد الإضرار، والمعيار الموضوعي الذي قوامه الموازنة بين المصالح المتضادة.[3]

والصحيح أن إدراج التعسف في استعمال الحق في حيثيات المجاوزة خلط بين موضوعين متباعدين حقيقة ومآلا، لأن الأساس في التعسف استعمال حق مشروع في

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 20.

2- جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 145.

3- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 90.

ذاته لكن شابه عيب، وفي المجاوزة هو الفعل غير المشروع، فالحظر في الأول كان بسبب وصف عارض الفعل من جراء سوء الاستعمال، أما الحظر في الثاني فهو لذات الفعل وهذا هو الفرق الجوهري حيث أنه بزوال العارض عن الفعل في حال إساءة استعمال الحق يرجع الفعل إلى أصله من المشروعية، وهو غير ذلك في المجاوزة.

ويرجع الفرق في المآل كون الجزاء في التعسف قد يكون مادياً بالتعويض، أو بإزالة عين الضرر، أو بمنع الشخص من التصرف بحقه ابتداء، أما المسؤولية في حال مجاوزة الحق لا تظهر إلا بعد التصرف لا قبله.

وما نخلص إليه أن حقيقة التعسف مناقضة ومضادة قصد الشارع بالتصرف في حق من الحقوق على غير الغاية التي شرع الحق لأجلها، وهذا الانحراف سبب في المساءلة والمنع من التصرف لأن الحقوق في الاسلام مقيدة بما قيدها به الشرع من تحقيق المبادئ الشرعية العامة، والمحافظة على مقاصد الشريعة الضرورية التي هي غاية كل حق.[1]

ب–التعسف في القانون:

تطور مفهوم التعسف في الحق منذ عصر الرومان الذين وضعوا قيودا لاستعمال الحق حتى لا يصادم العدالة وقيم المجتمع، وكان هذا بمثابة بداية تأسيس هذه النظرية حتى جاء القانون الفرنسي وأخذ بفكرة الفقيه "دوما" الذي وضع معيارين للتعسف في استعمال الحق وهما قصد الإضرار وانعدام المصلحة، وقد تطورت هذه النظرية في ظل الاشتراكية التي جعلت وظيفة القانون المحافظة على المجتمع وتحقيق المصلحة الاجتماعية، وأخذت بها معظم التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي والقانون الألماني في المواد 226 و826 والسويسري في المادة 02 من القانون المدني واقتبست من ذلك التشريعات العربية كاللبناني في المادة 124 من قانون الموجبات والعقود والقانون المصري في المادة 05 والسوري في المادة 05 و06 من القانون المدني.[2]

1-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 22.

2-طاري سعيد، **التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة**، (رسالة ماجستير)، جامعة وهران- السانية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الاسلامية , 2012- 2013، ص 19.

واختلف علماء القانون في نظرتهم إلى التعسف، فهناك من نظر له على أنه صورة من صور الخطأ والخروج عن الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، والبعض الآخر نظر على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة للحق، حيث اتجهت أنظارهم إلى غاية الحق، وبهذا اختلفوا في تعريف التعسف على قولين:

القول الأول- التعسف صورة من صور الخطأ والخروج عن الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية:

عرفه الفقيه سالي salli: بأنه انتفاء الحق وليس إساءة استعماله، وأن الحق الذي يتعسف في استعماله ليس إلا رخصة غير داخلة في نطاق الحق المدعى به، ورد عليه فقهاء القانون بقولهم: لا مانع مطلقا من أن يكون عمل الإنسان مشروعا أي مرتكزا على حق وداخلا في نطاقه وحدوده التي رسمها القانون، وغير مشروع أي مخالفا للمبادئ والقواعد القانونية العامة.

القول الثاني- التعسف صورة مستقلة عن الخطأ ويرتبط بغاية الحق ومدى الالتزام بها، أو الخروج عنها: ويظهر هذا المعنى في التعريفات التالية:

عرفه حسن كيره: هو تخلف غاية الحق أو مناقضتها.

وعرفه منصور مصطفى: انحراف صاحب الحق في استعماله عن غاية الحق.

هذه التعريفات قاصرة عن إعطاء مفهوم شامل للتعسف.[1]

ج-تعريف التعسف في القانون الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف على شاكلة التعريفات الفقهية السابقة وإنما اكتفى بذكر معاييره من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني والتي جاءت كما يلي:[2] (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

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

1- جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 147.

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

فالمشرع من خلال هذه المادة بين أهم الحالات التي تعتبر تعسفا، مستعملا كلمة لاسيما التي تعني خاصة، مما يدل أن المشرع لم يبين كل الحالات التي تدخل في نطاق التعسف.

كما أنه راعى قاعدة المقاصد والمآل في الأفعال وقاعدة الحيل أي أن معرفة الفعل هل هو متعسف فيه أم لا إنما يكون بمعرفة مقصوده بما ينشأ عنه من أضرار أو ما يترتب من مفاسد ككون الفائدة غير مشروعة أو قليلة في جنب الضرر، فنظرية الحق المقررة في القانون المدني تبنى على سلطة الاستئثار بالشيء أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني،لا يمكن أن نسأله عن استعماله لحقه ولا أن نؤنبه بتسليط التعويض عما بدر منه طالما أنه لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق ومسألة اثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه ولا يمكن تحميل صاحب الحق مسؤولية استعماله له.

ولا يمكن اعتباره متعسفا لمجرد عدم تقديمه تبريرا لاستعمال حقه، غير أن نظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف اختلاف جذريا عن نظرية الحق طبقا للقانون المدني، فالزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي جعله يلجأ إلى هذه الإرادة وينبغي أن يكون التبرير منوها عنه شرعا وثابتا بالشكل الذي يجنبه التعويض عما صدر منه، ذلك أن الزوج حتى ولو كان له الأحقية في إيقاع الطلاق فاستعماله له يجب أن يرفق بتحمله لتبعة إرادته ومسؤوليتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك.[1]

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

ثانيا- تعريف الطلاق التعسفي:

أغلب كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وقوانين الأحوال الشخصية العربية تكاد تخلو من وضع تعريف للطلاق التعسفي، وبما أنه حق مخول للزوج لإيقاعه بإرادته

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

المنفردة فيمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي وهذا لكونها اقتصرت على بيان البعض من صور التعسف في الطلاق ومن بين التعريفات:

هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلا بلفظ مخصوص.[1]

أو هو أن يطلق الزوج زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي ويكون آثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الله بيده .[2]

والمقصود من مناقضة قصد الشارع: مخالفة ومضادات قصد الشارع في إيقاع الطلاق الذي يقصد به الخلاص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي لا تستقيم معها مصالح الأسرة وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين وتصبح لا تطاق فكان الطلاق أمراً تحتمه الضرورة مع ما يترتب من أضرار وذلك دفعا لضرر أشد وأكبر، فكل طلاق قصد المكلف فيه غير قصد الشارع أو قصد به مجرد الإضرار فهو غير مشروع لمخالفته قصد الشارع.

في رفع قيد النكاح: يشمل القيد الحسي والمعنوي.

حالا: قيد يقصد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال.

مآلاً: قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل يلي بعد انتهاء العدة .

بلفظ مخصوص : اللفظ الذي يقع به الطلاق ويكون صريحا كلفظ الطلاق أو كناية كلفظ الإطلاق والحرام .[3]

فالطلاق التعسفي هو أن يسئ الزوج استخدام حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا وأن يقوم بذلك دون سبب معقول أو حاجة تدعو إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر، فيجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو إيقاعها وبدون سبب معقول وجدي يعد الزوج متعسفا في رضاها وإنما يقع لمجرد الإضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة عليه.[4]

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 196.

2- أحمد محمد المومني وإسماعيل امين نواهضة، المرجع السابق، ص 62.

3- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197 .

4- أحمد محمد المومني، **الأحوال الشخصية (فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع)**، دار المسيرة، الأردن، الطبعة الأولى 2009، ص62.

ولقد تناول المشرع الجزائري التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) غير أنه لم يعطه تعريفا دقيقا تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني إلا أنه جسد مظاهره في المادة 124 من القانون المدني وبالتالي الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق[1].

كخلاصة الزوج عند استعماله لحق إيقاع الطلاق ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي ويثبته قانونا وأن لجوؤه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا عد متعسفا في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.

الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي.

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

أولا- الأصل في الطلاق الإباحة:

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

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 94 .

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 184.

واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: "وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لَّتَعْتَدُواْ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلاَ تَتَّخِذُواْ آيَاتِ اللّهِ هُزُواً"[1].

تدل الآية على جواز ممارسة الحقوق المشروعة في الطلاق والعودة في الإمساك إذا كان يقصد بناء الحياة الزوجية الكريمة، أما إذا كان استعمال حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة أو إجبارها على الافتداء من الزوج، تخلصا من ضرره، فهذا أمر حرمه الشرع لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له [2]، أو إجبارها على الافتداء من الزوج، تخلصا من ضرره، فهذا أمر حرمه الشرع لأنه تعسف في استعمال الحق في غير ما شرع له.

قال تعالى:" فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ "[3] مطلق غير مقيد بسبب أو حاجة.

ويقول ابن رجب فدل ذلك على أن من كان قصده بالرجعة المضارة فإنه آثم بذلك، وهذا كما كانوا في أول الاسلام قبل حصر الطلاق في ثلاث يطلق الرجل امرأته، ثم يتركها حتى يقارب انتهاء عدتها، ثم يراجعها، ثم يطلقها ويفعل ذلك أبدا بغير نهاية، فيدع المرأة لا مطلقة ولا ممسكة، فأبطل الله ذلك وحصر الطلاق في ثلاث مرات[4].

2- من السنة النبوية:

ما أخرجه البخاري في صحيحه عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك، قال الرسول ﷺ **((أمره 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 لها النساء))**.

1- سورة البقرة، الآية 231.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 148.

3- سورة الطلاق، الآية 01.

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

أن النبي ﷺ طلق حفصة رضي الله عنها[1] حتى نزل الوحي عليه يأمره أن يراجعها وكذلك طلق أصحابه عبد الرحمان بن عوف وابن عمر وغيرهم زوجاتهم والنبي ﷺ وصحابته لا يقتربون من المحظور.[2]

كما أخذت بهذا المذهب محكمة استئناف مصر: أن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة، ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، إذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد تترتب على عقدها، فلا يجوز لها أن تتظلم منها[3].

ثانيا- الأصل في الطلاق الحظر:

ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسفا في الطلاق، إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحظر فهو لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة كالكبر أو الريبة، حتى إن وقع من غير حاجة أو داع فصاحبه آثم شرعا، وبه قال الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة .[4]

ومن الفقهاء المحدثين الذين قالوا بأن هناك تعسف في الطلاق: أحمد الكبيسي، ريحانة أزهري، عبد الرحمان الصابوني، عبد الفاتح عايش، محمود السرطاوي، مصطفى السباعي... واستدلوا بما يلي:

1- من القرآن الكريم :

قال الله تعالى:" فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"[5].

وجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى اعتبر الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا فكان محظورا، وذلك ظلم للزوجة فلا يجوز، فإن كان الطلاق لمبرر من عدم طاعة أو نفور جاز وإلا فلا، فهو مشروط وليس مطلق الإباحة.[6]

1- رواه ابن ماجه، **سنن ابن ماجه**، الجزء الأول، حديث رقم 2016, دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص650.

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

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

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

5- سورة النساء، الآية 34.

6-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 186.

كذلك **قال تعالى**: "**فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَن تَكْرَهُواْ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"[1] ففي هذا حث للرجال على الصبر إذا رأوا منهن ما يكرهون، ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون.[2]

2-من السنة النبوية:

ما رواه أبو داود عن قوله ﷺ **((أبغض الحلال إلى الله الطلاق))** وفي رواية أنه ﷺ **قال** : **((ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق))** .

ووجه الدلالة أن المراد بالحلال ما قابل الحرام وهو الجائز الفعل أي المباح والمندوب والمكروه، ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقرينة إضافة البغض إليه، والمباح والمندوب لا يوصفان بأن الله يبغضهما فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والترك على وجه المساواة بينهما، وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق وقال ﷺ **((تزوجوا ولا تطلقوا فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات))**[3].

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

فالزواج من أجمل النعم وأعظمها، والطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنعمة، وهدم للمصلحة التي أقامها الشرع، وتبديد للأسرة وإلحاق ضرر كبير بالأبناء وما كان شأنه كذلك كان حراماً لا مباحاً عملا بحديث رسول الله ﷺ**((لا ضرار ولا ضرار))**.

فالحديث ينهى عن إلحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر فهو يحرم كل أنواع الضرر إلا ما استثني بدليل، وبما أن التعسف في استعمال الحق إضرار بالغير منع بنص الحديث.[4]

1- سورة النساء، الآية 19 .

2- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 174 .

3-أبي بكر الهيثمي، **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، دار الكتاب، بيروت، الطبعة الثانية، 1967، ذكره محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 175 .

4-جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 151.

وذهبت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى الأخذ بهذا الرأي ومنها ما جاء في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، والفقرة (ب) من المادة 96 من مشروع القانون العربي الموحد، حيث نصت على أن هناك تعسفا في الطلاق عند إساءة الزوج استعمال حقه في الطلاق.

3- مناقشة الأدلة:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم في مسألة تأصيل الطلاق، وهل هو من المباحات أم من المحظورات التي لا تباح إلا لضرورة، وهل هناك في الطلاق إذا ناقض حكمة مشروعته الطلاق أو أدى إلى مآل ممنوع شرعا، فهاته الآراء لم تسلم من المناقشة، وفيما يلي بيان ذلك:

نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بأن **الآية**:" **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ... لَهُنَّ فَرِيضَةً** " إنما تدل على نفي الجناح في تطليق حدث قبل الدخول لا في كل الطلاق.

وما ورد من طلاق النبي حفصة فالحديث ضعيف، وعلى فرض صحيته ينبغي أن يحمل على حاجة عملا بالأدلة الأخرى لا سيما أنه لم يرو أن النبي ﷺ طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة تنزيها لفعل النبي صلي الله عليه وسلم عن العبث، وأما ما ورد عن بعض الصحابة فيجب حمله على الطلاق لحاجة، ثم إن فعل بعضهم لا يكون حجة، وقد ورد عن سيدنا علي رضي الله عنه ما يدل على عدم رضاه عن فعل ابنه الحسن رضي الله عنه حيث نهى الناس عن تزويجه لأنه مطلاق.[1]

فقد إستدل أصحاب هذا القول بعموم الآيات والأحاديث وفعل الصحابة وأدلتهم في جملتها عامة مطلقة بينت طريقة إيقاع الطلاق وضرورة التطليق للسنة وإعطاء المطلقة حقوقها، وهذا لا يتعارض مع الأدلة الخاصة والمقيدة للطلاق والتي استدل بها القائلين بالحظر.[2]

ومما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعو إليه، وهذا ما رجحه ابن عابدين في حاشيته حيث قال: وأما الطلاق فإن الأصل فيه

1- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص .176.

2-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص187 .

الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا أي مجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها وأولادها ولهذا قالوا: إن سببه الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله فليست الحاجة مختصة بالبكر والريبة بل هي أعم كما اختاره في الفتح، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر، ولهذا **قال تعالى:**" **فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا** "[1]، أي لا تطلبوا الفراق وقال في الفتح : ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات، أي إذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح وعليها يحمل ما وقع منه ومن أصحابه، وغيرهم من الأئمة صونا لهم عن العبث والايذاء بلا سبب.[2]

وبهذا فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن حق الزوج في الطلاق مقيد بالحاجة الى إيقاعه وإن لم يكن هنالك ما يدعو إليه فإن المطلق آثما وهذا عند الفقهاء القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر، أما بالنسبة لوقوعه فلم نعثر على رأي لأحد من الفقهاء بعدم وقوعه.[3]

وعليه فالطلاق وإن كان حقا شرعيا كفله الشرع والقانون للرجل، إلا أنه ليس حقا مطلقا، بل هناك شروط وضوابط ومعايير تحدده وتمنع وقوعه أنى شاء ومتى شاء، فالإسلام عندما قرر أن الطلاق من المبغوضات أراد أن يخلق في نفس الرجل مخافة الله وخشيته، فلا يقترب من المبغوض إلا لحاجة، ثم إن أوقعه فعلا لا لسبب أو حاجة داعية إلى إيقاعه، هيئ له الاسلام فرصة تدارك الخطأ وشرع له الرجعة خلال العدة، رفعا للضرر الواقع، أما إن أصر الزوج على إيقاع الطلاق مع كل هذه المحاذير ووسائل العلاج ولم يكن له في ذلك ضرورة، فإن الاسلام قد وقف وقفة صارمة في وجه مستعملي حق الطلاق على غير ما شرع الله وأمر رسول الله وأباح للزوجة المطالبة بالنظر في إساءة الزوج استعماله لحقه من قبل القضاء ومحاولة ردعه بما يرونه مناسب ومن ذلك

1- سورة النساء، الآية 34.

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

3- فاروق عبد الله كريم، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي**، جامعة السليمانية، اقليم كردستان العراق، 2004، ص 177.

طلب المرأة التعويض عن طلاق الزوج لها دون مبرر شرعي مسوغ، أو بمعنى آخر إساءة الزوج استعمال حق الطلاق وتعسفه في ذلك.

الفرع الثالث: شروط الطلاق التعسفي.

إن جل القوانين العربية لم تضع شروطاً للطلاق التعسفي، وهذه الشروط تختلف من حالة طلاق إلى أخرى ومن تشريع لآخر، غير أنه يمكن وضع وتحديد شروط متفق عليها للطلاق التعسفي، وسأوضح ذلك من خلال شرطين اثنين، الشرط الأول يتمثل في أن يكون الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته أما الشرط الثاني فيتمثل في أن الطلاق لا يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها.[1]

أولا- أن يكون الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته:

إن الزواج علاقة قائمة بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكوين أسرة والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هنائها، إذ يجب أن تبنى العلاقة بين الزوجين على الاحترام فمن أهداف الزواج أن يسكن كل من الزوجين إلى صاحبه **لقوله تعالى" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً "**[2].

أما الطلاق شرع لتحقيق مقصد المشرع منه فإذا أساءت العشرة الزوجية وتنافرت طباعها وأخلاقها وأصبحت حياتها شقاق ونزاع مستمر فلدرء الضرر بين الزوجين وتحقيقا لمصلحة كل واحد منهما شرع الطلاق للزوج من حيث إيقاعه. [3]

ولكن إذا كان الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته أو مؤديا إلى مآل ممنوع فهذا يدخل في نطاق التعسف[4].

كأن يطلقها لغير حاجة داعية إليها ومن دون مبرر شرعي وبالتالي قد يسئ استعمال حقه في الطلاق والزوجة قد يصيبها ضرر معنوي من جراء ذلك فتزداد حالتها

1- كباب سميرة ومومن الحاج، **الطلاق التعسفي في القانون الجزائري**، (رسالة ماستر)، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015، ص .11

2- سورة الروم، الآية 21 .

3- كباب سميرة ومومن الحاج، المرجع السابق ، ص 12.

4- جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص 200.

خاصة النفسية، ولذلك يدخل في نطاق الطلاق الغير مشروع ومثال ذلك : لو أن الزوج تزوج على زوجته واشترطت الزوجة الثانية أن يطلق الزوجة الأولى، وإعتقد أن هذا الشرط لازم فقام بطلاقها تنفيذا للشرط،فقد يكون هذا السبب معقولاً خاصة وأنه لا ينافي العقد، ولها فيه فائدة إلا أنه يناقض حكم الشرع الذي نهي أن تشترط المرأة طلاق أختها.

لقوله ﷺ ((لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها، ولتنكح، فإنما لها ما قدر لها)).

فمشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية لم يشترط أية شروط لاعتبار الطلاق التعسفي، حيث جاء في الفقرة (ب) من المادة 96 منه:(للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق)، أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد مثل التعسف بحالة الطلاق لغير سبب معقول، حيث جاء في نص المادة 134 منه (إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة) وقد جاء هذا النص بأداة التشبيه "كأن" ليدل على أن التعسف غير محصور بهذه الحالة وإنما وردت على سبيل المثال، وإلا فإن كل حالة يقع فيها الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته، دخل في نطاق التعسف[1].

ثانيا- أن لا يكون الطلاق بناءا على طلب الزوجة أو برضاها[2]:

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

1- أحمد محمد المومني وإسماعيل نواهضة، المرجع السابق، ص 62.

2- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص87، 89.

واشترط قانون الأحوال الشخصية السوري شرطين للطلاق التعسفي[1] حسب المادة 117 منه: (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب مقعول، وأن الزوجة سيصيبها بؤس وفاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بالتعويض) الشرط الأول أن يكون الطلاق دون سبب معقول، والشرط الثاني أن يصيب الزوجة من جراءة ذلك بؤس وفاقة.

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق ولم يذكر شروط الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري بل إكتفي بذكر التعسف في المادة 52 من قانون الاسرة ولم يعطه تعريفا محددا تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني[2]، وأورد صوره في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري كالآتي:

1- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة .

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

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

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

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق وصورها في الطلاق التعسفي.

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، وهو معيار عام ينظم جميع حالات التعسف، ولما كان إيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول يندرج تحت قائمة الطلاق المحظور بإعتبار أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة عند جمهور الفقهاء، وأنه لم يشرع إلا عند الحاجة الضرورية الماسة التي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية على نحو يحقق مقاصد الزواج، لذلك فإن الزوج بإقاعه

1- جميل فخري محمد غانم، المرجع السابق، ص200.

2- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص.92

الطلاق يكون قد أضر بنفسه وبأولاده وبغيره، والضرر ممنوع ودرؤه مطلوب، ورفعه إن وقع وقع من الواجبات.[1]

ومناقضة قصد الشارع من تشريع الطلاق تعتبر تعسفا ويظهر ذلك جليا من خلال تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق وصورها على الطلاق التعسفي وسنوضح هذا من خلال فرعين، الفرع الأول يتعلق بمعايير التعسف في استعمال الحق أما الفرع الثاني فيتمثل في صور الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق.

وسنبين هذه المعايير من خلال الفقه الاسلامي والقانون:

أولا- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي:

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وتقيد صاحب الحق عند استعماله لحقه حتى يكون مطابقا للمقصد الشرعي، وهذه الضوابط والقواعد العامة هي المعايير التي يضبط بها استعمال الحق فيظهر إن كان تعسفا أو غير تعسفي .

والمقصود بالمعايير: تلك الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق، والتي تفصح في مجموعها عن حقيقة النظرية.

فهذه المعايير تظهر أهميتها في ضبط وتحديد ماهية الفعل، وتساعد في ترتيب الجزاء المناسب من المنع أو الإجبار أو التضمين، ذلك أن صاحب الحق في تصرفه قد تنتابه أكثر من غاية منها ما هو مشروع، ومنها ما هو على غير ذلك، ومن الصعب الكشف عن نيته إلا أن القرائن وظروف الحال وتحديد معايير تضبط الفعل، كل ذلك يخدم القاضي أو ولي الأمر عند الحكم في مسائل النزاع.[2]

وقد وقع إختلاف بين العماء في وضع ضابط واحد عام يحكم بأثره على الفعل بكونه تعسفا أم لا، وبين تفصيل وتقسيم الضوابط على حسب توفر نية لدى ذي الحق في تصرفه للإضرار أم لا، ويمكن تقسيم المعايير بوجه عام إلى قسمين[3]:

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص206.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 162.

3- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 36.

المعايير الذاتية أو الشخصية (المعنوية).

المعايير المادية أو الموضوعية.

1-المعايير الذاتية أو الشخصية:

يقصد بها النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحق من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة.وتنقسم إلى معيارين فرعين:

أ- معيار قصد الإضرار: ويقصد به توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياسا بنية نفع النفس التافهة والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى، مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف، أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها.

وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصد الاضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو يطلقها في مرض موته قاصداً حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع، حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، كما يمكن أن تكون المصلحة المراد تحقيقها من إيقاع الطلاق تافهة لا تعد سببا للطلاق، وهذا يعد قرينة على قصد الإضرار بالزوجة.[1]

فهذا المعيار يتعلق بالقصد أو النية، أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف، ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة، فانعدام هذا المبرر يجعل الطلاق تعسفا[2].

ومن أمثلة هذا المعيار توريث المرأة المبتوتة في مرض الموت، فإذا طلق الرجل امرأته، فإن طلاقه لها حق، إلا أن استعمال هذا الحق في مرض الموت قرينة على أن

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 201 -202.

2- بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 169- 170.

القصد هو إبعاد المرأة من الإرث، فيكون متعسفا في استعمال حق الطلاق لحرمانها من الميراث، لمحض قصد الإضرار فيعامل المطلق بنقيض قصده، فتورث المرأة من تركة الزوج، وإن كانت مبتوتة من الزوج قبل وفاته، لأن القصد ظهر بقرينة الطلاق في مرض الموت[1].

ويشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان أساسيان[2]:

الشرط الأول أن يقصد صاحب الحق الزوج إلحاق الضرر بالزوجة عمداً.

الشرط الثاني أن يتمحض قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد لشيء آخر كالقصد إلى تحقيق المنفعة ولو كانت بنسبة ضئيلة.

وتعد النية من الأمور الباطنة التي يصعب الكشف عنها،والإطلاع عليها، مما يصعب إثبات نية الإضرار، لذا كان لابد من البحث عن قرائن للكشف عن نية صاحب الحق وتوفر قصد الإضرار لديه ومن هذه القرائن:

أ- انتفاء المصلحة المشروعة :أي خلو الفعل من المصلحة الشرعية التي قصد الشارع تحقيقها من تشريعه للفعل والأصل في أفعال العقلاء ألا تخلو من المصلحة وانتفاء المصلحة المشروعة يتخذ صورتين:

صورة إيجابية: وهي أن يستعمل صاحب الحق حقه دون مصلحة ظاهرة تعود عليه مع ما يترتب عليه من ضرر بالغير، فإن إصراره على تصرفه مع علمه بعدم ترتب منفعة شرعية ظاهرة تعود عليه وما يترتب عليه من إلحاق الضرر بالآخرين يعد متعسفا.

صورة سلبية: يمنع صاحب الحق الآخرين من الانتفاع بحقه دون منفعة ظاهرة له، ودون أن يلحق به ضرراً ما.

ب- تفاهة المصلحة وجسامة الضرر:

أي أن يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة تافهة، لا تتناسب مع ما يترتب عليها من أضرار للغير، فتفاهة المصلحة قرينة لقصد الإضرار بالغير.

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 165.

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 38.

ج - تخير صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعماله لحقه:

أي أن صاحب الحق يمكنه التصرف في حقه واستعماله بطريقتين يترتب عن إحداهما ضرر بالغير بينما الأخرى لا ضرر فيها، ويصر صاحب الحق على استعمال حقه بالصورة التي يلحق الضرر بها، في حين يمكنه أن يحصل مصلحته بصورة لا ضرر فيها، فإصراره على ذلك قرينة بينة على قصد الإضرار بالآخرين.

ب- معيار المصلحة المشروعة:

المصلحة هي المحافظة على مقصود الشرع، وعرفها الغزالي بأنها ليست مجرد المنفعة الشخصية والفائدة المادية التي يجنيها صاحب الحق بل هي ما قرره الشارع الحكيم للحق، فقد شرع الله الطلاق، وجعله بيد الرجل ليكون حلا نهائيا وحاسما لما يقع بين الزوجين من شقاق ونزاع، وعدم إقامة حدود الله، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلا بينهما، ويجعل من بقائها مفسدة كبيرة، وضرر أعظم، فشرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، ولم يشرع إلا لهذا المقصد، وفي إيقاع الطلاق لغير هذا المقصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق، كما أن في ايقاعه بدون سبب سعي في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.[1]

2- المعايير الموضوعية أو المادية:

ويقصد به مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة. واستعمال الحق على وجه يخل بالموازنة والتناسب بين المصالح، بأن يجعل التفاوت بين المصلحة التي يحققها صاحب الحق، والمفسدة التي ينشأ عنها شاسعا يصبح غير مشروع، سواء كانت المفسدة اللازمة عن ذلك لاحقة بالفرد أو الجماعة، وتتضمن هذه المعايير معيارين فرعيين هما:[2]

أ- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

يقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص202.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص169-170.

حقه، فمآل التصرف الذي ينتهي إليه استعمال الحق هو محل النظر في هذا المعيار لا قصد صاحب الحق، بحيث تقوم الموازنة على أمور واقعية موضوعية، وطبيعة الفقه الإسلامي طبيعة مزدوجة تقوم على أساس التوفيق مابين مصلحة الفرد والجماعة، وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند استحالة التوفيق بينهما.

ويؤيد هذا المعيار عديد من القواعد الشرعية مثل : الضرر الأشد يزال بالأخف، والقاعدة الشرعية : درء المفاسد أولى من جلب المنافع : فإذا تعارضت مفسدة مع مصلحة قدم دفع المفسدة غالباً، لأن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتناءه بالمأمورات وهذا إن كانت المفسدة راجحة،أما إذا كانت المفسدة التي تلحق الغير من جراء استعمال الحق تافهة بحيث لا تتناسب مع المصلحة التي يرام جلبها قدم جلب المصلحة.[1]

ويقوم هذا المعيار على ضابطين:

الضابط الأول اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين .

الضابط الثاني اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة.

فقد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءاً على أسباب يعتبرها مبررات ودوافع للطلاق وهذا لدفع الضرر عن نفسه، بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح، وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق كل من الزوجة والأبناء والمجتمع، نجد أن المفاسد والأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.

وفي ذلك يقول زياد صبحي: إذا تساوت المصلحة المراد تحقيقها من الطلاق مع المفسدة الناجمة عنه وهي الضرر اللاحق بالمرأة، فإن الزوج متعسف في إيقاعه للطلاق عملا بقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المنافع[2].

فالمطلق يعد متعسفا إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، والمعيار هنا موضوعي بحت لأنه يقوم

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 42-43.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص .202

على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية.[1]

ب- معيار الضرر الفاحش:

يقصد بالضرر الفاحش: ما يكون سببا للهدم أو يخرج عن الانتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية.

أي أنه كل ضرر يعطل الاستفادة من الملك بحيث ترتفع عن صاحبه صفة الملكية مع ما تحويه الكلمة من منافع وامتيازات، فالأصل أن كل شخص يتصرف في ملكه بحرية لاستناده إلى الحق في ذلك، غير أن هذه الحرية مقيدة، بعدم الإضرار بالآخرين خاصة إذا كان الضرر بينا ويعطل منافع الاملاك وهنا المنع أشد.

فالمعيار الموضوعي ينظر إلى النتائج المترتبة على تصرف الإنسان في خالص حقه، فإن أضر بغيره ضررا فاحشا قصد ذلك أو لم يقصده منع لأن في تصرفه مناقضة لقصد الشارع من إعطائه الحق، والمناقضة تعسف.[2]

فقيام الزوج بتطليق زوجته خاصة إذا مضت فترة طويلة على عيشهما معا واعتمدت عليه في النفقة وتقدم بها العمر، فإن الزوج بطلاقه يكون قد أضر بها ضررا فاحشا.

والأفعال الإنسانية المأذون فيها شرعا وما ينشأ عنها متعلقة بضرورة موافقة قصد المكلف لقصد الشارع والعقل السليم، وفق ضابط محدد بينه الشاطبي: وضابطك أن تعرض مسألتك على الشريعة، فإن صحت في ميزانها فأنظر في مآلها بالنسبة إلى حال الزمان وأهله، فإن لم يؤد ذكرها إلى مفسدة فأعرضها في ذهنك على العقول، وإن لم يكن لمسألتك هذا المساغ، فالسكوت عنها هو الجاري وفق المصلحة الشرعية والعقلية.[3]

هذه المعايير التي وضعها علماء المسلمين في ضبطهم للفعل التعسفي هي في جملتها تحكم عملية استخدام الحق بحيث يمنع صاحب الحق من أي إساءة بالآخرين أثناء استعماله، وتخول لولي الأمر البت في قضايا النزاع على أسس ثابتة، مما يساعد في

1- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص .170

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 48.

3- طاري سعيد، المرجع السابق، ص 20.

تحقيق العدل، وهي مستمدة من أدلة الشريعة الاسلامية، وقد اعتمدت القوانين العربية على هذه المعايير الشرعية معيارا ظاهراً، وهذا ما سنوضحه في العنصر التالي:

ثانيا-معايير التعسف في استعمال الحق في القانون:

أشار القانون المدني في المادة 124 مكرر منه إلى المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ، وهذه الحالات الثلاث هي حالات عامة مصاغة بشكل يجعلها تتسع لكل الحقوق، وبما أننا أمام حالة فك الرابطة الزوجية فيمكنني تكيف هذه المعايير على النحو الآتي:[1]

1-المعيار الذاتي:

المشرع اتفق مع الفقه فأشار في الحالة الأولى إلى قصد الإضرار بالمطلقة وهو معيار ذاتي ينظر إلى المبادئ والمقصود أي قصد الإضرار بالغير هو الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، وهو في الغالب يكون خفيا لأنه أمر نفسي يتعذر التدليل عليه، ويمكن للقاضي استخلاصه من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، وقد تدل عليه قرائن، أشار لها المشرع في الحالة الثانية والثالثة، كقرينة تدل على الباعث غير الصحيح.[2]

2- المعيار الموضوعي:

اكتفى المشرع بالتنصيص على المعيار الذاتي ولم يذكر المعيار المادي، لوضوحه بسبب العلاقة السببية بين قصد الإضرار ووقوع الضرر، لزوما واطرادا، فلا يتخلف المسبب بتقديم سببه، إلا أنه نص على هذا المعيار في المادة 124 من القانون المدني الجزائري[3] (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من مكان سببا في حدوثه بالتعويض) فنصت المادة على محورية وقوع الضرر في التعويض عن أي فعل مطلقا سواء كان بحق كما هو في التعسف أو كان بغير حق كما هو في الخطأ[4].

1- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 169

2- طاري سعيد، المرجع السابق، ص 21 .

3- قانون رقم 05– 10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 89- 01، المؤرخ في 7 فبراير 1989، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادرة بتاريخ : 26-05- 2005.

4- طاري سعيد، المرجع السابق، ص 21 .

وقد تناول القانون المدني الأردني وقانون المعاملات المدنية الإماراتي وقانون المعاملات المدنية السوداني نظرية التعسف في استعمال الحق تحت عنوان إساءة استعمال الحق عنواناً للمادة 66 من القانون المدني الأردني والمادة 106 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، والمادة 29 من قانون المعاملات المدنية السودانية مستمدة الضوابط والمعايير التي نصت عليها من الفقه الاسلامي فنصت كل من المواد السابقة ذكرها على ما يلي:[1]

يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع .

ويكون استعمال الحق غير مشروع في أي حال من الأحوال التالية:

- إذا توفر قصد التعدي (أي قصد الإضرار بالغير).
- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة .
- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.
- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة .

وحددت المادة 6 من القانون المدني السوري والمادة 5 من القانون المدني المصري معايير التعسف في استعمال الحق، حيث جاء فيهما: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .
- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي.

كما وضحنا سابقا فقد تناول الفقه والقانون مجموعة من الضوابط والمعايير التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي للطلاق عند استعماله من طرف الزوج من عدمه، ومن ثم تحديد ما إذا كان الطلاق تعسفيا أم لا؟ ونظرا لاختلاف العلماء في وضع ضابط واحد عام يحكم بأثره على أن هذا الفعل يعد تعسفا أم لا، واختلاف مفهوم التعسف

1- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 180-181-182.

من شخص لآخر، ومن بلد لأخر، لا يمكن تحديد صور وحالات الطلاق التعسفي على سبيل الحصر، ولا شك أن الطلاق التعسفي ما هو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما 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).

وبناءا على المعايير المحددة في المادة 124 مكرر فإن للطلاق التعسفي صور متعددة وانطلاقا من الواقع العملي للمحاكم في مجال الأحوال الشخصية يمكن اعتبار الأسباب التالية صوراً للتعسف في الغالب وهي على سبيل المثال لا الحصر:

أولا-الصورة الأولى الطلاق دون سبب مشروع:

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

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

فالطلاق وإن كان حقا للزوج يوقعه ويستعمله بإرادته المنفردة إلا أنه ليس مطلقا، وإنما هو حق مقيد له حق استعماله إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول، يكون قد أساء استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواءا كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أم أدبيا، كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة، وتثير الظنون حولها .[2]

1- محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05**، دار الوعي، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص 103.

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

ففكرة التعسف تقوم على أساس عدم وجود مبرر شرعي، أو سبب معقول لهذا الطلاق، حتى ولوكان الطلاق حقا للزوج، إلا أنه يجب عليه تبرير استعمال هذا الحق، ولماذا أوقعه، وماهي الأسباب التي دفعته إلى ايقاعه وإلا عد متعسفا.

وقضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الأسباب التي دفعته للطلاق بقرار لها صادر في 1999/06/15 والذي جاء فيه:[1]

"من المقرر قانونا أن يحق للزوج ايقاع 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 إلى 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".

فسكوت المطلق عن ذكر الأسباب اعتبر كأصل متعسفا في طلاقه، ويتحمل التعويض لأنه من غير المعقول وجود طلاق دون سبب معقول مع النظر والتدقيق والتحقيق فيه من جانب القضاء، هل هو سبب مبرر ومعقول لإنهاء الحياة الزوجية أم أنه لا يعقل ومع ذلك ذهب الزوج المطلق إلى إنهاء العلاقة الزوجية.

ففكرة الطلاق التعسفي تقوم على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق، ولا يعني هذا عدم وجود سبب أصلا للطلاق، وبالرجوع إلى معرفة حقيقة هذا السبب المعقول وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت، وجدنا اختلاف في التفسيرات، وهذا الاختلاف يكمن سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لأخر وحتى البلد الواحد، ومن زمان لأخر، ومن شخص لآخر، حيث يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين، وإن كانا يقيمان في البلد نفسه، والزمن ذاته، بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما[2]، وهو ما يجعل مسألة التحقق من هذه الأسباب وتقدير التعسف في ايقاع الطلاق مسألة موضوع متروكة للقضاء، الأمر الذي يؤدي بالقضاة إلى

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 223019، بتاريخ :1999/06/15، اجتهاد قضائي، 1999، عدد خاص، ص 103 .

2- ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 68.

الاسترشاد بالمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق على الأقل بالمعيار العام والمتعلق باستعمال الحق في غير الغرض الذي شرع من أجله [1]، فكل طلاق وقع لسبب ما، وكان هذا السبب غير معقول لإنهاء الرابطة الزوجية بقدسيتها كان طلاقا تعسفيا .

2-حكم التعسف في استعمال الطلاق بدون مبرر شرعي:

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق ويرجع ذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت، ولعدم وقوعه في عصرهم، وايقاع الطلاق دون مسوغ مشروع مثل ايقاعه بقصد الانتقام مثلا فوجه التعسف في هذه الحالة هو قصد الإضرار، أو إيقاعه لسبب تافه كأن يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له ووجه التعسف هنا تفاهة مصلحة المطلق مقارنة بالضرر الفاحش عن الطلاق، ولقد اختلف الفقهاء المتقدمون في مسألة أصل الطلاق على قولين: [2]

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

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

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بعموم النصوص المبيحة للطلاق نحو قوله تعالى:" **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ** "[3].

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

1- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة ، 2005 ,ص234.

2- أيمن الدباغ، "**التعسف في الطلاق: حقيقته، حالاته، الجزاء المترتب عليه**"، **مجلة جامعة الأقصى**، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، 2014, ص 74.

3- سورة البقرة، الآية 236 .

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدلوا **بقوله تعالى**: "فإنْ **أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً**"[1].

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

الترجيح: الراجح أن الطلاق لغير حاجة حقيقة يحرم، كما تدل النصوص التي استدل بها أصحاب القول الثاني، ولأن في الطلاق من غير حاجة حقيقة مضادة لمقصد الشارع في جلب المصالح ودرء المفاسد ومناقضة لمقصده من شرع الطلاق، وذلك تعسف وإضرار والإضرار محرم قطعا، لقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) .أما أدلة الفريق الأول والتي تفيد بظاهرها إباحة الطلاق دون أن تقيد الإباحة بحال الحاجة فهي نصوص عامة ومطلقة، وبخلاف النصوص التي استدل بها الفريق الثاني، والتي تقيد الاباحة بحال الحاجة، إذ هي نصوص خاصة ومقيدة، والعام يحمل على الخاص والمطلق يحمل على المقيد.[2]

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

يعد إيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول طلاقا محظوراً باعتبار أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لضرورة، فإن الزوج بإيقاعه الطلاق قد أضر بنفسه وبزوجته وبأبنائه وبالمجتمع ككل، والضرر ممنوع، ودرؤه مطلوب، ورفعه إن وقع من الواجبات، ويمكن إجمال معايير التعسف في واقعة الطلاق من دون سبب مشروع:[3]

أ- معيار قصد الإضرار: الزوج بإيقاعه للطلاق دون مبرر شرعي معقول، يكون قد تعلق في تصرفه قرينة قصد الإضرار: إذ ماهي الأسباب التي دعته إلى ايقاع الطلاق، وماهي الأخطاء المرتكبة من طرق الزوجة التي تسوغ له مع الكراهة الشديدة في ايقاع الطلاق؟ فإن كانت من التفاهة بحيث لا تعتبر سبباً للتطليق كان الزوج قاصداً الإضرار بها والضرر ممنوع.

1- سورة النساء، الآية 34.

2- أيمن الدباغ، المقال السابق، ص 74- 75.

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

ب- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

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

ج- معيار المصلحة غير المشروعة:

شرع الله تعالى الطلاق وأوكل أمر إيقاعه إلى الرجل لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة الزوجية، وليكون حلا للمشاكل المتعذر معها استمرار الحياة الزوجية فاستعمال المطلق للطلاق بقصد ترتيب أثر لم يشرع له الطلاق عد متعسفا.[1]

د- معيار الضرر الفاحش:

هو أن الزوج إذا طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا واعتمادها في النفقة عليه وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة وكانت قد بلغت من العمر أرذله، فإن في الطلاق قذف لها وإضرارا بها ضرراً فاحشا تتعطل فيه حياتها ولا مستقبل لها بعد هذا السن، والزوج قد أضر بها ضررا كبيرا وقد تكون له حاجة أو تكون له بدائله من التعدد، فلا يترك في ذلك بل يؤخذ على يده.

-موقف القضاء الجزائري والبعض من التشريعات العربية من الطلاق دون مبرر شرعي:

انطلاقا من الواقع العملي للمحاكم في مجال الأحوال الشخصية يمكن اعتبار الطلاق من غير سبب كصورة للتعسف في الغالب، فإقدام الزوج على طلاق زوجته دون سبب مسوغ لذلك الطلاق عد هذا الأخير تعسفيا، فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته[2]، وقد جاء في قضاء المحكمة العليا ضمن مبادئ الاجتهاد القضائي التي قررتها ما يلي:

1- أيمن الدباغ، المقال السابق، ص 71 .

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 102.

"من المقرر شرعا وقانوناً إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإنه للمطلقة حق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة".

فمنطوق القرار جاء بأن للزوجة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، وعليه طلاق الزوج غير المبرر هو صورة من صور الطلاق التعسفي، وهذا لم تبينه المادة 52 من قانون الأسرة واكتفت بذكر عبارة تعسف الزوج وتركت تكييف حالة التعسف من عدمها والمعيار المعتمدة فيها،ومقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة إلى السلطة التقديرية للقاضي،وهذا إذا كان الطلاق غير مبرر، أما إذا أثبت الزوج أن طلاقه لسبب معقول أو مبرر شرعي، كان طلاقه صحيحاً غير متعسف فيه وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث قضت بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل الخاضعة لسلطتهم التقديرية، وتبين للقاضي تعسف الزوج في طلاقه لها دون مبررو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها وعلى مطلقها بحسب حالته ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية حسب طبيعة الطلاق التعسفي وحالة الزوج المالية وطبقا للقاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار.[1]

فالمشرع الجزائري لم يذكر أو يحدد حالة من حالات الطلاق التعسفي بل ترك ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي، ولم يتطرق كل من مشروع قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، وقانون الأحوال الشخصية السوداني وقانون الأحوال الشخصية العراقي ومدونة الأحوال الشخصية المغربية الى الطلاق من دون سبب، ولم تنص على وجود تعسفا في هذه الصورة من صور الطلاق[2].

أما مشروع القانون العربي وقانون الأحوال الشخصية الأردني والسوري، فأخذوا بما ذهب إليه عامة الفقهاء القائلين بوجود تعسف في الطلاق إذا كان بدون سبب مشروع، وقد نص القانون السوري علي هذه الصورة في المادة 117 المعدلة سنة 1985:"إذا طلق

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 235.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 228-229.

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 نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضي الحال"، فتضمن هذا التعديل أمرين:عدم تقيد الزوجة بكونها فقيرة وتقدير التعويض بنفقة ثلاث سنوات بدلا من سنتين، ويستند هذا الحكم الجديد على مبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للحرمان بسبب تعنت الزوج.[1]

فالمبرر المعقول هو السبب المعقول شرعا الذي يبرر طلاق الزوج، أما طلاق التعسف فيكون لسبب غير معقول كقصد الانتقام من الزوجة وتعريضها للفاقة والبؤس أي بهدف الإصرار بالزوجة[2].

وقد جاء في إحدى القرارات الاستئنافية الأردنية[3]:

"إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا، ويعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف في الطلاق، وإنما الذي يكلف للإثبات هو المطلق، إذا ادعى بطلاقه سببا مشروعاً وأنكرت الزوجة ذلك".

وجاء كذلك قرار أخر مؤكداً للسابق:" إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعا أو عرفا".

وما يمكن استخلاصه من المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري أن المشرع لم يسلب حق الزوج في الطلاق وإنما قيده بمبدأ عدم التعسف في استعماله وجعل مسألة إثبات التعسف من صلاحيات القضاء فالقاضي هو الذي يظهر ويبين صور التعسف من خلال سلطته التقديرية الواسعة المنوطة له.

1- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته -الأحوال الشخصية-(أحكام الأسرة)**، الجزء التاسع، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1997، ص 7065-7066.

2- المرجع نفسه، ص 7065.

3- أحمد محمد علي داوود، **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية**، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1999، ص 210-211.

وبالنسبة للتشريعات العربية الأخرى فإنها تقصد بالطلاق دون مبرر معقول هو طلاق تعسف وقد ينتج نتيجة إيقاع الزوج له دون سبب وأن يكون الطلاق لحاجة مقبولة.

ثانيا – الصورة الثانية طلاق المريض مرض الموت:

1-التعريف بمرض الموت:

أ-مرض الموت لغة: مرض الموت مركب إضافي، يتركب من لفظين المرض والموت

المرض لغة: السقم وهو نقيض الصحة، ومرض مرضا ومرضا فهو مارض ومرض ومريض هو كل ما ضعف، والمرض: هو كل ما خرج به الإنسان عن حد الصحة: من علة أو نفاق أو تقصر في أمر، وقال ابن الأعرابي: أصل المرض النقصان .

الموت لغة: في لغة العرب فيطلق على السكون مات يموت، والأصل فيه موت، ورجل ميت وميت، وقيل الميت الذي مات، والميت والمائت الذي لم يمت بعد، وقيل الموت وهو النوم الثقيل .

فمرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان صحته تدريجيا ويعقبها الموت وهو الفناء[1].

ب– مرض الموت فقها: اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت باختلاف مفهومهم للحالة، والظروف المشابهة التي تلحق بها، ثم الأثار المترتب على اعتبار الشخص مريضا مرضا مميتا:

عند المالكية: هو المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحو رمد، أو صداع خفيف.

أما الشافعية: هو كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل كل ما اتصل به الموت.

أما الحنفية فقالوا: هو المرض الذي أضنى الشخص وأعجزه عن القيام بحوائجه، وأما الذي يجئ ويروح فلا.

وعند الحنابلة: فهو كل ما كان سببا صالحا للموت من الأعراض .[2]

فمرض الموت هو الذي يعجز الرجل عن القيام بمصالحة خارج البيت ويعجز المرأة عن القيام بمصالحها داخل البيت داخل البيت أي يعجز كل منهما عن القيام بما من

1- عبير ريحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 226 -227.

2- البهوتي، **كشف القناع عن متن الإقناع**، المرجع السابق، ص 232/5.

شأنه أن يقوم به، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت فإن كان المرض لا يعجز أحدهما عن ذلك أو كان يعجزهما ولا يغلب فيه الهلاك أو لم يتصل به الموت بأن برئ المريض منه لا يعتبر مرض موت وتكون التصرفات في أثنائه صحيحة.[1]

وخلاصة تعريفات الفقهاء لمرض مرض الموت، أنه لابد من تحقيق أمرين لاعتباره مرض موت ينظر في تصرفات صاحبه: أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت في أكثر الأحيان كأمراض القلب والسرطان مثلا، وأن يعقب المرض الموت فعله، ولابد من تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.[2]

وقد عرفه أبو زهرة: أنه المرض الذي يخشى فيه من الموت ويحدث منه الموت غالبا أو يتصل الموت به، وقد اختلف في إمارته، فقيل إن أمارته أن يلازم المريض الفراش وقيل إن أمارته ألا يقدر علي الصلاة قائما، وقيل إن أمارته ألا يستطيع المشي إلا بمعني وقيل إن أمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلا، وألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة، وهكذا يختلفون في أمارته ولكن المعني الأصلي لا اختلاف فيه،وعلى القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه[3].

2-حكم تصرفات المريض مرض الموت:

الأصل في تصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح مادام واعيا مدركا لما يدور حوله ويقدر الأثار وترتب النتائج على تصرفاته، وحتي إذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مضرة بهم عن قصد أو بدون قصد كتبرعه بماله كله أو تطليقه لزوجته، أو غير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه، فإن تصرفه موقوف.[4]

فالطلاق حق الزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه صحيحا كان أو مريضا مادامت أهليته للتصرف موجودة، وبذلك اتفق العلماء أن طلاق المريض-مرض الموت امرأته في أثناء مرضه-لازم له مثل الصحيح تماما، لأنه ليس من شروط صحة المطلق،

1- عبد الوهاب خلاف، **أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم**، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، 1410هـ-1910م، ص 147.

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 227 -228.

3- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950، ص 319.

4- عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص147.

ويقول الزحيلي: "مرض الموت لا يناف أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه، سواء حقوق أو حقوق العباد وأهلية العبادة لأنه لا تأثير له على الخدمة والعقل والنطق ولا يناف أيضا أهلية الأداء، لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره، كما تجب على الصحيح وتظل عباراته وأقواله معتبرة كالبيع والهبة والزواج والطلاق وسائر التصرفات"[1].

لكن اختلف الفقهاء في ميراث المرأة من زوجها الذي طلقها وهو مريض مرض الموت إذا اتصل مرضه بموت وكان طلاقها بائنا، وهل تعتبر التهمة في الأحكام الشرعية فتؤثر فيها أو يكتفي بالظاهر؟ وهذا الذي يسمونه طلاق الفار أي: أنه متهم ببت طلاقها فراراً من ميراثها منه فهل يعامل بنقيض مقصوده أو يعامل بالظاهر فقط وهو اعتبار المرأة أجنبية عنه، فلا تستحق من ميراثه شيئا.

3- حكم ميراث المطلقة في مرض الموت:

تصرفات المريض مرض الموت إن خرجت عن المعهود فإنها موقوفة محجوز عليه فيها والطلاق إن وقع من الزوج وصادف بأن كانت الزوجة في حباله حقيقة أو حكما، وقع الطلاق ولزم ولا مجال لرده إلا أن الأثار المترتبة على الطلاق من التحريم وايقاع التوارث بانتهاء العدة يثبت بعضها ويوقف يعضها بحسب تعلق الغير فيه ومن ذلك الميراث.

أ-إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا رجعيا يملك فيه عودتها مادامت في العدة فلا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة ترث زوجها المريض إن مات في عدة هذا الطلاق، ذلك أن المطلقة رجعيا زوجة من وجه، لأنه يقدر على مراجعتها متى شاء مادام في العدة، حتى إذا انقضت عدتها حرمت عليه، وانقطعت الاثار بينهما بما فيها التوارث، فلا ترثه ولا يرثها، ولأنها إذا ماتت في عدتها من الطلاق الرجعي ورثها، فكذلك هي.[2]

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4/134.

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 229.

فالمطلقة إذا طلقت رجعيا ومات وهي في العدة ورثته بلا خلاف لقيام الزوجية حكما التي هي سبب للإرث يستوي في ذلك الطلاق في الصحة أو في المرض.[1]

ويقول الشافعي أن رجعه الزوجة في خمس آيات من كتاب الله يريد بذلك لحقوق الطلاق وصحة الظهار واللعان والإيلاء والميراث.[2]

ب- إذا طلق المريض مرض الموت زوجته طلاقا بائنا لا يملك عودتها فيه: بأن أكمل الطلقات الثلاث فهل ترث الزوجة منه؟ وهل يرثها كما في الرجعي؟ أم أنه بالطلاق البائن تنقطع العلائق بينهما مطلقا؟ .

فإن كانت غير مدخول بها فذهب الجمهور إلى أنها لا ترث، لأنه لا عدة لها فلا ميراث لها ولها نصف الصداق[3]، أما المالكية والحنابلة أنها ترث لأنه فار في طلاقها مضار بها، أما إن كانت من المدخول بهن، فقد اختلف الفقهاء في المطلقة بائن في مرض الموت هل ترث زوجها على قولين:

-**القول الأول**: ترث المبتوتة في مرض الموت زوجها إذا مات وهي في العدة، ولا يرثها هو إن ماتت قبله وهي في عدتها من طلاقه وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية في القديم والحنابلة وقد انقسموا إلى ثلاث:

أولا- ذهب الحنفية إلى أنها ترثه إذا مات ما دامت في العدة بشرط أن تكون أهل لإرثه من وقت إبانتها الى وقت فرق موته أما إذا انقضت عدتها فلا ميراث لها، لأن حقوق الزوجية تنتهي بانتهاء العدة ويحل المرأة بعدها للأزواج.

ثانيا- ذهب المالكية أن الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض موته ولو انقضت العدة وتزوجت غيره، ولو كان الطلاق برضاها أما إذا ماتت هي، وهو في ذلك المرض فإنه لا يرثها، إذا كان موتها بعد انقضاء عدتها، وإلا ورثها لأنها طلقة رجعية[4].

1- محمد مصطفي شلبي، **أحكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة، 1983، ص 535.

2- ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 71.

3- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 230-231.

4- عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص292.

ثالثا-ذهب الشافعي في مذهبه القديم إلى أنها ترث لاعتبار الزوج فارا من توريثها فيرد عليه سوء قصده، وبني على هذا القول أقوال الأول: أنها لا ترث إلا إذا كانت وفاته في عدتها من طلاقه لبقاء حكم الزوجية بينهما وقيل: إنها ترثه ولو توفي بعد انتهاء العدة وما لم تتزوج، وقيل ترث أبدا لأنها إنما ورثت لفراره، وذهبوا إلى أن الزوج لو مات بسبب غير مرضه لم ترث، وكذلك إذا سألته الطلاق فطلقها، لأنه غير متهم[1].

القول الثاني:لا ترث المبتوتة إن توفي زوجها من مرض موته، فلا ميراث في الطلاق البائن مطلقا وهذا ما ذهب إليه الشافعي ولا فرق بين صحيح ومريض عنده، فقال إنّها لا ترث كالمطلقة طلاقا بائنا في الصحة لأن الزوجية قد ارتفعت قبل الموت فقد زال سبب الميراث فلا يثبت، ولا عبرة بمظنة الفرار لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية، بل تناط بالأسباب الظاهرة والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك ازالته، فلا عبرة بنيته .

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

إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضا انتهي به إلى الموت،أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك، كان طلاقه مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق،للتخلص من حياة زوجية لا توائمه لأن المريض في هذه الحالة يحتاج إلى من يساعده في مرضه، ويظهر تطبيق معايير التعسف على طلاق المريض مرض الموت كالآتي[2]:

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

ب- معيار المصلحة غير المشروعة: فالمريض بتطليقه زوجته بائنا في وقت تعلق حقها في ماله بأن بات مشارفا على الموت، ليس هناك من مصلحة شرعية ترجى من فعله، بل الذي يحركه هو مصلحة غير مشروعة وهي اسقاط حق زوجته، فالمطلقة بائنا ترث مادامت في عدتها من طلاقها في مرض زوجها، حتى إذا انقضت عدتها فلا ترث، والشارع الحكيم عاقبه بأن منعه من الميراث منها في الوقت الذي رأى الجمهور توريثها

1- ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص.76

2- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 244-245.

منه، فالأصل أن التوارث بينهما متبادل، ولكن باستعجال الزوج وبهدمه لمصلحة شرعية عوقب بحرمانه، وتوريثها.

وخلاصة القول أن مرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء النية، وعن قصد الإضرار بالزوجة، وحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث، يكفيها إثبات أن طلاقها وقع في مرض الموت، دون الحاجة الى بيان التعسف من عدمه، فطلاقه هذا يعد فرارا من توريث زوجته، فرد على المتعسف قصده، وعومل بنقيضه بتوريثها منه، فتوريث الزوجة في هذه الحالة يعد بمثابة تعويض لها عن الطلاق.

- موقف المشرع الجزائري والبعض من التشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت:

لم يتعرض المشرع الجزائري الى طلاق المريض مرض الموت أو ما يسمى بطلاق الفار، لا من حيث أحكامه ولا من حيث أثاره لا في قانون الأسرة الجزائري، ولا في القانون المدني، وهذا خلافا للتشريعات العربية التي تعرضت إليه حيث جاء في مجلة الأحكام العدلية التعريف الأشمل لمرض الموت في المادة 1595 (المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره،إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية، في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة،سواء كان صاحب فراش، أم لم يكن وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله) وعرفه القضاء المصري بما يلي[1]: "إن طلاق المريض مرض الموت هو من كان ملازما للفراش طوال مدة مرضه، إذ ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله مباشرة أي عمل من أعماله العادية".

وبما أن المشرع الجزائري يحيلنا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة في حالة عدم ورود نصوص فيما يخص بعض المسائل في قانون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الأسرة خاصة المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص الطبيعية، فإنه يؤصلها بالمذهب السائد والجاري العمل به، ألا وهو المذهب

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

المالكي، كذلك عند ضرورة الاجتهاد القضائي يرجع فيها الى المذهب الأكثر ضرورة للمصلحة، وحسب مذهب الإمام مالك الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث[1].

وعليه نستخلص من هذا التصرف النتائج التالية:

أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته، اعتبر الشارع هذا فرارا من ميراث زوجته، فرد عليه قصده بتوريثها منه، وأن هذا التصرف من حيث طبيعته القانونية يعتبر صورة من صور التعسف في الطلاق.

غير أن نص المادة 132 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بإطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منها الميراث) اكتفت بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين كما يفهم كذلك من نص المادة تقييد المشرع لميراث المطلقة من زوجها المتوفي بأن تكون الوفاة قبل انقضاء العدة وباعتبار النص عام في الطلاق ولم يخصصه بكونه في مرض الموت أو في غيره فإنه يمكن سحبه، على الطلاق في مرض الموت، أي بتقييد ميراث الزوجة من مطلقها في مرض الموت إن مات خلال العدة فقط[2]، كذلك المشرع لم يفرق بين عدة الطلاق الرجعي والطلاق البائن وبين الطلاق العادي والطلاق الذي يتعسف فيه الزوج في مرض موته قصد حرمانها من الميراث.

وبالتالي الطلاق في مرض الموت يعد طلاقا شرعيا وقانونيا وأن حق التوارث يبقي قائما بين الزوجين إن مات أحدهما في عدة الطلاق الرجعي، حيث تبقي الزوجة في عصمة زوجها تتمتع بمعظم حقوقها الزوجية، أما إذا كانت العدة من طلاق بائن فإن معظم الفقهاء ومنهم المالكية والحنابلة قد أبقوا التوارث قائما لصالح الزوجة المطلقة إن

1- العربي بلحاج، **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص636.

2- مجيدي العربي، **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثارها في أحكام فقه الأسرة**، (رسالة ماجستير في الشريعة والقانون)، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، سنة 1422هـ- 2002م، ص 151.

مات مطلقها في مرض موته، وإذا ثبت أن زوج قد طلقها في ذلك المرض، قصد حرمانها من الميراث معاملة له بنقيض مقصوده.[1]

ويكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته إذا طلقها في مرض موته لأنه يعد فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الأخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق حسبما جاء في الاجتهاد القضائي في قرار 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، ومن كان ذلك استوجب رفض الطعن" [2]، أي أن الطلاق في مرض الموت يعد تعسفا إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث عملا بما هو مقرر في الفقه المالكي.

وقد ورد في الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز السورية في إحدى قراراتها:" إذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقا بائنا صحيح حين إيقاعه الطلاق فإن امرأته لا ترث ولو مات وهي في العدة، بخلاف ما لوكان مريضا مرض الموت فإنه يعتبر بهذا الطلاق فاراً وترثه زوجته إن مات وهي في العدة [3].

وجاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة[4]: "إن المنصوص عليه شرعا أن مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك وأن من أبان امرأته طائعا مختارا بلا رضاها ومات والمرأة في عدتها فإنها ترث منه لأنه يعتبر فارا من إرثها فيعامل بنقيض قصده".

1- كمال لدرع، "**الطلاق في قانون الأسرة مقارنة بالفقه الإسلامي**"، **مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية**، العدد 12، دار البحث، قسنطينة، 2002، ص 139.

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 104.

3- قرار محكمة التمييز السورية، 31-05-1954، ذكره عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1968، ص 114.

4- حكم محكمة استئناف المنصورة بتاريخ 02-11-1958 ذكره عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، المرجع السابق، ص 115.

كما نص عليه القانون السوري في المادة 116[1]: (من باشر سببا من أسباب البينونة في مرض موته أوفي حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أو في تلك الحالة، والمرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت).

وخلاصة القول أن الذي يطلق زوجته في مرض موته قاصدا بفعله حرمانها من الميراث، مستعملا حقه في ايقاع الطلاق اعتبر هذا فرارا من توريث زوجته، فالطلاق في مرض الموت يعد قرينة على سوء النية وقصد الأضرار بالزوجة، فرد على قصد الزوج المتعسف، وعومل بنقيض قصده بتوريثها منه، وحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها اثبات أن طلاقها وقع في مرض الموت دون الحاجة إلى بيان التعسف من عدمه، وبالتالي توريث الزوجة يعد بمثابة تعويض لها عن الطلاق.

ثالثا -الصورة الثالثة الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

1-مفهوم الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

لما شرع الإسلام الطلاق قرر أنه من المحظورات التي يكره اقترابها وأن البحث عن بدائل أخرى أفضل، حتى استنفذ الزوجان كافة طرق الإصلاح الشرعية، كان الطلاق هو الحل الوحيد حتى لا يقصر أحدهما في واجباته تجاه الأخر، وحتى لا تتحول الحياة إلى جحيم، شرع الإسلام الطلاق وكان تشريعا ربانيا ظاهر الحكمة عندما شرع ثلاثا حيث يفصل بين كل مرحلة وأخرى فترة اختبار واستبراء، حتى إذا مضت فترة العدة الأولى، أوقع الثانية- ثم فترة العدة -وهي تختلف من فئة الى أخرى، ثم الطلقة الثالثة وبعدها تحرم عليه ولا تحل إلا بزواجها من أخر، فحق الطلاق الذي منحته الشريعة للزوج محصور في عدد معين من الطلقات، وليس مطلقا فهو مقيد بكونه ثلاث تطليقات، والأصل في الطلاق عند وقوعه أن يكون مفرقا، واحدة طلقة واحدة بعد الأخرى فيجب على الرجل أن يتروى ويتأتى عند استعمال كل طلقة منهن، بحيث لا يقدم عليها إلا إذا كان الدافع إليها قويا يتناسب مع الآثار المترتبة عليها، فإذا استنفذ المرات الثلاث بانت منه

1 - ساجدة عفيف، المرجع السابق، ص 81.

زوجته البتة، وتظهر صورة التعسف في هذه الحالة بإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة، أو بألفاظ متتالية في مجلس واحد، فالطلاق الثلاث له صورتان[1]:

أ-**الصورة الأولى-أن يصدر الطلاق مقترنا بلفظ الثلاث**: كقول الزوج أنت طالق بثلاث

ب-**الصورة الثانية- أن يطلق المرأة بثلاث طلقات متتابعات في محل واحد**: كقوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قوله أنت طالق طالق طالق.

2-**حكم إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد** :

اختلف الفقهاء في الطلاق بلفظ الثلاث إن صدر من المطلق هل يحسب واحدة، أم ثلاثا كما يوقع، أم أنه لم يقع أصله، وللفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثا، وحرمت عليه امرأته ولا تحل لزوجها المطلق إلا إذا تزوجت زوجا أخر ولا فرق بين قبل الدخول وبعده[2].

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

أ-من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: "**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[3].

وقال أصحاب هذا القول أن ظاهر الآية يقتضي جواز إرسال الثلاث أو الاثنين دفعة أو مفرقة ووقوعها **لقوله تعالى**: "**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**" يدل على جواز جمع اثنين، وإذا جاز جمع الثنتين دفعة جاز جمع الثلاث.

قال الله تعالى: "**وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا**"[4].

ووجه الدلالة أن الله سبحانه وتعالى تعهد لمن اتقاه بأن يجعل له في الأمور كلها مخرجا وفرجا، ومن طلق ثلاث مجتمعة لم يتق الله، فحق عليه أن لا يكون له مخرج، وأن يقع طلاقه ثلاثا كما أوقع.[5]

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 93-94.

2- حسن أيوب، **فقه الأسرة المسلمة**، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، 1422 هـ-2002 م، ص 163.

3- سورة البقرة، الآية 229.

4- سورة الطلاق، الآية 02.

5- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 212

ب– من السنة:

ما أخرجه الدارقطني بإسناده عن عباده بن الصامت قال: طلق بعض أبائي امرأته ألفاً فانطلق بنوه إلى رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفا فهل له من مخرج؟ قال (إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه).

ما أخرجه النسائي عن محمود بن لبيد أخبر رسول الله ﷺ عن رجل طلق امرأته ثلاثة تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال: (أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم؟ "حتى قام رجل فقال: يا رسول الله ألا أقتله؟).[1]

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلقة واحدة رجعية، ولا تأثير للفظ في ذلك[2].

واحتج أصحاب هذا الرأي بما يأتي:

أ-من القرآن الكريم :

قال تعالى: "**الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"[3].

والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة وليس ثلاثا، أي أن الطلاق كما شرعه الله تعالى لا يكون إلا مرة واحدة كما ورد في الآية، فإن طلق مرتين بلفظ واحد كانت واحدة وليست مرتين فتقع بها طلقة واحدة.[4]

قال تعالى: "**لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا**"[5].

ووجه الدلالة أن كل طلاق شرعه الله في كتابه العزيز في المدخول بها إنما هو طلقة واحدة، ولم يشرع لأحد أن يطلق الثلاث جميعا ولا أن يطلق المدخول بها بائنا، فلا يقع إلا ما شرعه الله وهو الواحدة، ومن أوقع على غيره ذلك ألزم بها.[6]

1- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 200.

2- محمد سعيد رمضان البوطي، **محاضرات في الفقه المقارن**، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثانية،، 1981، ص100.

3- سورة البقرة، الآية 229.

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 97.

5- سورة الطلاق، الآية 01.

6- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 215.

ب– من السنة:

ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا، فسأله رسول الله ﷺ كيف طلقتها فقال طلقتها ثلاثا فقال: في مجلس واحد؟ قال: نعم قال: (فإنما تلك واحدة، فراجعها إن شئت) فراجعها، ففي الحديث يعتبر النبي ﷺ الطلاق الثلاث في مجلس واحد على سبيل التتابع أي أن يعقب الطلاق بالطلاق، أو على سبيل وصف الطلاق بالعدد طلقة واحدة.

القول الثالث: أن الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع مطلقا

أ– من القرآن الكريم:

قال تعالى:" **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"[1].

والطلاق الثلاث مخالف لما أمر به الشارع، فالمرتان في لغة العرب وعرفهم إنما تكون للحادث يحدث مرة بعد مرة، ومن ذلك قوله تعالى: "**سَنُعَذِّبُهُم مَّرَّتَيْنِ**"[2] وعلى ذلك يكون المراد أن يحدث الزوج طلاقا يتكرر مرتين ولا يكون إلا إذا حصل بين التطليقتين رجعة فيكون معنى الآية: الطلاق مرتان يجيز للزوج بعد كل واحدة منهما أن يمسك بمعروف أو أن يسرح بإحسان، فإن طلقها: أي المرة الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فهذا هو الطلاق الذي شرعه الله لعباد وما سواه محرم فلا يقع به الطلاق.

ب– من السنة:

أ- عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال ﷺ (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد)[3].

ووجه الدلالة أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة بدعة مردودة لأنه خالف ما كان عليه العمل في عهد النبي ﷺ، والمردود لا يقع، فلا يقع الطلاق بلفظ الثلاث مطلقا.

ج-التعسف في استعمال الحق في واقعه الطلاق بالثلاث:

الطلاق من الحقوق التي منحها الله للرجل، يستخدمه في حالة اضطراره إليه بعد محاولات الصلح وإعادة الوفاق، فإيقاعه بلفظ واحد فيه مناقضة لقصد الشارع من تشريع

1- سورة البقرة، الآية 229.

2- سورة البقرة، الآية 101.

3- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 199.

الطلاق، والمناقضة تعسف وكان الأولى بالزوج وقد عزم الطلاق،لأسباب في نفسه، أن يطلق على فترات العدة في الطهر الذي لا جماع فيه، لا أن يجمع الطلقات.

وبتطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق بالثلاث نجد:[1]

أ- معيار المصلحة غير المشروعة:

لما شرع الله تعالى الطلاق ثلاثا، وفصل في كل مرة بين كل تطليقة وأخرى فترة العدة التي أمر الله تعالى احتسابها، وكان ذلك فرصة للزوج لمراجعة نفسه واختبار قدرته على الابتعاد عن الزوجة، وفي ذلك مصلحة له وللزوجة، وأما إيقاعه للطلاق مرة واحدة بلفظ الثلاث فهو ساع في جلب مصلحة غير مشروعة بتفويت الهدف من تفريق الطلاق ومبرره في ذلك الخلوص مطلقا منها .

ب-معيار احتلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

إن إلزام المطلق بالطلاق الثلاث حسب ما أوقعه، مع ما فيه من ضرر التحريم واحتمال الوقوع في الزنا عند عودته إلى المطلقة لندمه وتقصيره في النظر، به ضرر يفوق الضرر المترتب على القول بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة، وإمكانية تدارك الخطأ بإرجاع الزوجة، والقاعدة الشرعية تنص على دفع أعظم الضررين بتحمل أيسرهما فيكون الضرر المترتب على احتساب الطلاق بلفظ الثلاث واحدة أيسر، واحتمال أقل الضرر واجب، ويدفع بتحمله الضرر الأعظم وهو القول بلزوم الثلاث لمطلقها.

-موقف المشرع الجزائري من الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

لم يتناول المشرع الجزائري الطلاق الثلاث إلا في المادة 51 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)، فالمشرع ذكر أن المطلقة ثلاث مرات متتالية تبين من زوجها بينونة كبرى ولا تحل لزوجها الأول وليس له مراجعتها إلا بعد نكاح زوج أخر وهذه الحالة هي محل اتفاق بين الفقهاء وهي حالة وقوع الطلقات في مرات متتالية غير أنه خالفهم في وجوب الزواج بعد الدخول، فإذا طلقها ثم راجعها ثم

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 223-224.

طلقها ثم راجعها فقد كمل ما للرجل من طلقات عليها، ولهذا لو طلقها مرة أخرى بانت منه بينونة كبرى باتفاق.

ولم يتعرض المشرع للطلاق الواقع ثلاثا بلفظ واحد نصاً أو تلميحا وهل يعد واحدة فقط أو هو في حكم الواقع على ثلاث مرات متتالية، وإن كان ذكر المرات هنا قد يعني أن الواقع مرة واحدة ولو بلفظ الثلاث أي مع اقترانه بالعدد لا يأخذ حكم الثلاث، إذ لو أراد إدخال هذا الأخير لا يكتفي بذكره الثلاث دون مرات ولكانت صياغته في هذا المعنى:من طلقها ثلاثا بدلا من ثلاث مرات متتالية[1].

فقد ورد في حكم لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها .... الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناءا على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 51 من قانون الأسرة وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن[2]".

رابعا-الصورة الرابعة: إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية، وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق، فإنه يعد متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي ألحق بالمرأة[3].

وخلاصة القول أن الطلاق في الحيض أو في النفاس، الطلاق في طهر مسها فيه، الطلاق الثلاث بلفظ واحد، إذا طلقها من غير حاجة عنه الى الطلاق، طلاق المرتد، وإن كان فيه تعسفا من طرف الزوج في حق زوجته لأنه يؤدي إلى ضرر ما خاصة تطويل فترة العدة الا أنه واقع، ولا تنافي بين بدعيته ووقوعه، لما له من نظائر كثيرة في الشرع.

1- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 285.

2- المحكمة العليا، (غرفة الأحوال الشخصية المواريث)، قرار رقم 176551، بتاريخ 17-02-1988، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 171.

3- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 103-104.

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يتناول تقسيمات الطلاق، ولم يتعرض لهذه المسائل وعليه يحيلنا قانون الأسرة إلى العمل بالمادة 222 منه (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية) وكان الأولى به أن يبين ذلك في مادة واحدة على الأقل خاصة في المسائل المتعلقة بحرمة الأزواج .

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي

يعد تطبيق المعايير على الطلاق واقعة وثبوت تعسف الزوج بالطلاق إن كان لغير مبرر شرعي معقول، فإنّ الإسلام ما ترك الرجل يعبث بحقه دون رقيب أو تأديب، فقد قرر من البداية أنّ الطلاق محظور مكروه، وأنّ الإقدام عليه ينبغي أن يكون عند الضرورة، وأنّه ليس أول الحلول بل آخرها، وذلك من خلال التربية الإيمانية التي عمل الإسلام على غرسها في نفوس المسلمين من خلال دعوته المتكررة إلى الزواج ونبذه وبغضه لفكرة الطلاق، وكان المجال مفتوحًا أمام الزوج لإعادة زوجته من خلال تشريع الإسلام حق الرجعة ما دامت في العدة دون تكليفه أعباء جديدة.

أمّا إذا أصر الزوج على عدم استخدام حق الرجعة وقد انتهت عدة المرأة، فرأى المشرع إشعار الزوج بشيء من التكليف للعودة إلى زوجته، من مهر وعقد جديدين عقوبة لإهماله أمر الرجعة.

إن أصر على عدم الإرجاع وثبت تعسفه في استخدام حقه شرع الإسلام للمرأة حق طلب تعويض عادل يقرره القاضي بحسب قدرة الزوج المالية والحالة العامة له، يعينها في المرحلة الجديدة التي ستعيشها، وتهوِّن عليها شيئاً من الخوف والقلق الذين تعيشهما بعد الأمان والاستقرار الذين عانا في كنف الزوج، وهي أجزية شرعية عادلة قررها الله للتقليل من إمكانية وقوع الطلاق.

وقد قسمت هذا الفصل الى مبحثين تناولت في المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي باعتباره أهم آثر يوجب للمطلقة استحقاق التعويض إذا ما ثبت تعسف الزوج تناولت مفهوم الضرر في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فتطرقت الى شروط ضبط الضرر أما في المبحث الثاني: تناولت مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي وقسمته الى مطلبين، المطلب الأول: تعريف التعويض أما في المطلب الثاني فتناولت: أسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: الضرر الناشئ عن الطلاق التعسفي

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي ومعقول مسببا لها ضررًا، ويعد هذا الضرر عنصرًا ضروريًا، يجب توافره حتى يستحق التعويض، ووردت فكرة الضرر ضمن نصوص التقنين المدني الجزائري بمفهوم المسؤولية المدنية المسؤولية المدنية والتقصيرية على حد سواء، لأن الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية، وعليه سأتناول في هذا المبحث الضرر الذّي يتسبب فيه الزوج، والذّي يقع على عاتق هذا الأخير مسؤولية التعويض.

وقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تناولت في المطلب الأول مفهوم الضرر، أما في المطلب الثاني شروط ضبط الضرر.

المطلب الأول: مفهوم الضرر

وسنوضح هذا من خلال فرعين، الفرع الاول يتعلق بتعريف الضرر أما الفرع الثاني شروط ضبط الضرر

الفرع الأول: تعريف الضرر

أولا- تعريف الضرر:

1-**الضرر لغة**: الضُرّ بالضم اسم من الضُرّ، وهو كل نقص يدخل الأعيان والضّر بالقنع ضد النفع،[1] قال الأزهري: كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضُر بالضم، وما كان ضد النفع فهو يفتحها ومن أساء الله الحسنى الضّارُ النافع، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضُرُّه حيث هو خالق الأشياء كلها: خيرها وشرها، ونفعها وضَرَّها.

الضَّرُ والضُّرُ لغتان: ضد النفع، والضَّرُ المصدر، والضُّرُ الاسم، وقيل الضُّرُ: الهزال وسوء الحال والضرر ضد النفع[2].

نلاحظ استخدام كلمة الضرّر ومشتقاتها بعدة معان، وأعمها مضّادة للنفع.

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

1- محمد بن يعقوب الفيروز الآبادي مجد الدين، **القاموس المحيط**، باب الراء، فصل الضاد، الجزء الثاني، ص 73.

2- ابن منظور جمال الدين، **لسان العرب**، م4، دار بيروت، بيروت، [د.ت.ن]، ص 482-483.

أ- من القرآن الكريم:

ما جاء في معنى سوء الحال والشدة **قوله تعالى**: " **وإِذَا مَسَّ الإِنسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا بجنَبه... كَأَن لَّم يَدعُنَا إِلَى ضُرٍّ مَّسَّهُ** "[1]

وقوله تعالى: "... **ويَتعَلَّمُونَ ما يَضُرُّهُمْ ولاَ ينفَعُهُمْ**...."[2] أي يضرهم في دينهم، وليس له نفع يوازي ضرره[3].

ومن النصوص القرآنية التي تمس الضرر الواقع في الطلاق، **قوله تعالى**:" **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ..... ولاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرارًا لِتَعْتَدُوا ومَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ.... بكُلِّ شيء عَلِيمُ** "[4].

وقال ابن عباس، ومجاهد والحسن وقتادة، والضحاك: كان الرجل يطلق المرأة، فإذا قاربت انقضاء العدة راجعها ضرارًا، لئلا تذهب إلى غيره، ثم يطلقها فتعتد، فإذا شارفت على انقضاء العدّة طلّق لتطول عليها العدة، فنهاهم الله عن ذلك.[5]

ب- من السنة النبوية:

قوله ﷺ:" لا ضررَ ولا ضِرَار" ومعنى الضرر هنا: ما كان ضد النفع.

ولكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر:[6]

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

ولا ضِرَارَ: أي لا يُضَارّ كل واحد منهما صاحبه.

فالضرار منهما معًا، وقيل الضرار أن يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما، وهي قاعدة كبرى أغلق بها رسول الله ﷺ منافذ الضرر والفساد أمام المسلمين.

1- سورة يونس، الآية 12.

2- سورة البقرة، الآية 102.

3- الحافظ ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، المجلد الأول، 1423هـ-2003، ص182.

4- سورة البقرة، الآية 231.

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

6- محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الرابعة 2007، ص91.

2- **الضرر اصطلاحا:**

أ- تعريف الضرر في الفقه الإسلامي:

لم يعرّف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي، وكأنهم تركوه بمعناه اللغّوي وأن هذا المعنى هو المراد من الضرر شرعاً، وربما عرفوه بذكر بعض الأمثلة له وبقولهم:

عرفه الإمام البوطي: هو محاولة الإنسان إلحاق المفسدة بنفسه أو بغيره [1].

هو ما لا يجوز شرعا[2]، فالفقيه الدردير المالكي يعرّف الضر الذّي يبيح للزوجة أن تطالب التعريف بسببه فيقول: ولها –أي الزوجة– التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي وضربها...

وعرفه الدكتور محمد بوساق[3]: الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال مقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون.

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

عرفّه عبد الكريم زيدان: هو كل ما يلحق الأذى أو الألم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك[4].

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

ب- تعريف الضرر عند فقهاء القانون:

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية، ويعد الركن الثاني بها، غير أنه بالرجوع إلى فكرة الضرر الواردة في نصوص القانون المدني الجزائري من المادة 124

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

2- عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الجزء الثامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1413ه - 1993م ص437.

3- محمد بن المدني بوساق، **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي**، دار اشبيليا، الرياض، 1419 ه - 1999م ص28.

4- عبد الكريم زيدان، المرجع نفسه، ص437.

إلى 140، كذلك المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام الناتجة عن فكرة الضرر القابلة للتعويض حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر، إلا أنه لم يرد نص ضمن هاته المواد، وإنما يستنتج من دراستها.

ومن كل ما سبق يمكن تعريف الضرر بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له أو هو إخلال بمصلحة مشروعة له مادية كسلمة جسمه أو ماله أم معنوية كسمعته أو شرفه.[1]

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن للضرر نوعان: مادي ومعنوي بحيث جاء مقسم بحسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها ، والمصلحة لا تخرج عن النطاق المادي أو المعنوي وهذا التقسيم هو المعتمد لدى أغلب الفقه الوضعي[2].

الفرع الثاني: أنواع الضرر

ينقسم الضرر بحسب نوعية المصالح المعتدى عليها إلى ثلاثة أقسام[3]:

الضرر المالي: وهو الذي يتعلق بالمال، سواء بإتلافه كليا أو جزئيا، أو بالاستيلاء عليه والتعدي على حيازة أصاحبه.

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

ويمكن إدراج هذين النوعين ضمن الضرر المادي.

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

1- محمد فتح الله النشار، **حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي والقانون المدني**، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص164.

2- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص19.

3- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1998، المجلد الثاني، ص969.

أولا تعريف الضرر المادي:

عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري: بأنه إخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية، ويجب أن يكون هذا الإخلال محققا، ولا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع[1].

عرفه العربي بلحاج: بأنه الضر الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة[2].

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

الشرط الأول أن يكون الضرر ناشئا عن مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية، فالمصلحة الغير مشروعة حسب نصوص المسؤولية المدنية التقصيرية هي الاعتداء على مصلحة يحميها القانون، إذ أن الاعتداء على مصلحة غير مشروعة لا يفتح باب التعويض[3].

الشرط الثاني أن يكون الإخلال بالمصلحة محققا لوقوع كأن يقع فعلا أو أنه يتوقع حصوله كموت المضرور مثلا، أما الضر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق[4].

وقد ذكر البعض من الفقهاء تقسيمات للضرر المادي كالضرر المستقبل والضرر الاحتمالي[5].

أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فيظهر في حالة ما إذا كانت الزوجة عاملة وتتقاضى أجرًا على عملها، ثم يأتي الزوج ويطلب منها ترك العمل، وهذا على أساس أنه يتولّى النفقة عليها من مجاميعها، أو أنه يهددها بالطلاق إن لم تترك العمل فتتركه ثم بعد فترة من الزمن يخلف بوعده بطلاقه منها، وتبقى الزوجة بدون عمل وبدون

1- عبد الرزاق السنهوري ,المرجع السابق، ص 970.

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

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

4- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص27

5- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص38-39.

من يؤمن حاجياتها، خاصة إذا كان ذلك العمل هو فرصتها التي كانت لحصولها على الوظيفة.

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

ثانيا- تعريف الضرر المعنوي:

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

ويلحق هذا اللفظ على سبيل الاتساع بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، ليكون في العادة مقترنا بأضرار مادية، أو يلحق بالعاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية يكون قد ألحق أمورا أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة[1].

وعرّفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الزوجية من الشتم والتحقير وترك الجماع [2].

وأرجع الدكتور السنهوري الضرر الأدبي (المعنوي) إلى أحوال معينة منها[3].

الحالة الأولى ضرر يصيب الشرف والاعتبار والعرض كالسب والقذف وهتك العرض.

الحالة الثانية ضرر يصيب العاطفة والشعور والحنان.

فالضرر المادي لا إشعال فيه لظهوره، أما المعنوي فقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء فمنهم من أثبته ومنهم من نفاه، وظاهر الأدلة تفيد ثبوت الضرر المعنوي في الشريعة ومنها ما ذهب إليه الفقهاء في تشريع المتعة جبرًا لخاطر المطلقة والأكيد أن ضررها معنوي أكثر منه مادي[4].

1- مقدم سعيد، المرجع السابق، ص38-39.

2- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 29.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص971.

4- طاري سعيد، **التعسف في فرق الزواج وآثاره**، المرجع السابق، ص206.

وبما أن الضرر المعنوي لا تترتب عنه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقييمه بالمال على خلاف الضرر المادي الذي يمكن تقدير تعويضه.

وذهب السنهوري إلى أن الضرر المعنوي في جميع حالاته يجب أن يعوض ، طالما توفرت شروطه: وهي كالضرر المادي: ضرر محقق وغير احتمالي[1].

فالضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية وهذه المصلحة محمية قانونا[2].

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

ومما سبق نستنتج أن ركن الضرر الموجب للتعويض وارد ومحقق عند وقوع الطلاق، غير إن هذا التعويض يستلزم بعض الشروط الواجب توفرها حتى إذا فقد بعضها لم يجد التعويض.

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 982.

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

المطلب الثاني: شروط ضبط الضرر

يعد الضرر الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية، وحتى يكون ذلك الضرر موجبا للتعويض لابد من توفير مجموعة من الشروط والضوابط تضبطه حسب ما جاء في التشريع الإسلامي والقانون وأهم هذه الشروط سأوضحها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط في الضرر المترتب عن الفعل الضار أن يكون محققا، أي أنه ضرر وقع فعلا وقت الحصول على التعدي أو انه سيقع حتما في المستقبل، لا يتضح هذا على جميع حالات الفعل الضار فتوجد من الأفعال الضارة ما لا يمكن معرفة الأضرار الناشئة عنها بدقة وقت وقوعها بل تترتب عليها آثار بسيطة تتفاقم مع مرور الزمن،و بالتالي القضاء لا يستطيع جسامتها في الحال وهي الأضرار المستقبلية، وهي إن تحققت أسبابها إلا أن نتائجها تراخت إلى وقت لاحق وهي تندرج تحت ما يسمى بالأضرار المحققة[1].

فالتعويض عن الضرر الذي تحقق فعله وبصورة نهايتها فلا صعوبة في الحكم بالتعويض عن الضرر الذي يجبره ويكون الضرر في الطلاق التعسفي محققًا إذا وقع فعلاً بإصابة المطلقة طلاقًا تعسفيا بصدمة نفسية جراء ذلك.

أما الضرر الاحتمالي فهو الضرر الذي لم يتحقق بعد فقد يقع وقد لا يقع مستقبلا وبما أن وقوعه مستقبلا غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة الموجب التعويض.[2]

كتفويت فرصت الزواج للمطلقة طلاقا تعسفيا بسبب كبر سنها كأن يطلقها بعد ثلاثين سنة من الزواج.

الفرع الثاني أن يكون الضرر شخصيا:

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له أي أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المدعي شخصيا مما يعطيه حق المطالبة بالتعويض عن الفعل الضار سواء كان هدا الضرر ماديا

1- عزيز كاظم، **ضرر مرتد للتعويض في المسؤولية التقصيرية**، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، د.م.ن، 1998، ص.35.

2- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 288.

أو معنويا وهدا لا ينفي التوكيل للمطالبة بهذا الحق،و إنما المقصود هو أن لا يتبرع شخص ما بالمطالبة بتعويض شخص آخر لم يفوضه تفويضا معتبرا بالمطالبة فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا تتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تقبل دعواه، وينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار[1]، وفقا للقاعدة العامة البينة على من ادعى فيقع إثبات الضرر عليه، ويمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا، وبالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فانه مفترض وبالتالي على الزوجة المدعية تعسف زوجها في طلاقه لها إثبات دلك بكافة طرق الإثبات باعتبار دلك واقعة مادية، وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير التعسف من عدمه.

الفرع الثالث: أن يكون الضرر مباشرا

الضرر المباشر هو الذي ينتج مباشرة عن فعل الفاعل سواء كان ضررا أدبيا أو ضررا معنويا، وبعبارة أخرى يجب أن يكون الفاعل قد أتى عملا ماديا يترتب عنه ضرر، والمباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للفعل الضار أو العمل غير المشروع، وتقيد حالة المباشرة بكون الفعل الضار لا يستطيع المضرور أن يتوقاه ببدل جهد معقول.[2]

أما الضرر الغير مباشر هو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة فيكون الفعل الأصلي عام لازم لحصول الضرر لكنه غير كاف وحده لإحداثه بل تتدخل أسباب أخرى[3]، وهدا ما نصت عليه المادة من القانون المدني الجزائري التي أكدت على أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة عدم الوفاء بالالتزام ومتصلا اتصالا ظاهرا بالفعل الضار والضرر المباشر في الطلاق التعسفي يظهر عند قيام الزوج بتطليق زوجته بعد وقت قصير ومن دون أي مبرر فيكون الزوج قد تعسف في حق زوجته بإيقاعه للطلاق ومسببا لها ضررا ماديا ومعنويا في نفس الوقت فهدا يعد ضررا مباشرا.

1- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 259.

2- خارف محمد، **التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، (رسالة ماجستير)، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2013 – 2014، ص 17.

3- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 260.

الفرع الرابع: أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة

لإمكانية مسائلة المتعدي ومطالبته بجبر الضرر الناشئ عن الفعل الضار يجب ان يمص بمصلحة مشروعة أو حق يحميه القانون سواء كان الحق ماديا أو معنويا.[1] والتعدي على الحياة ضرر، والتعدي على الملك هو إخلال بحق فهو ضرر بل هو ابلغ الضرر وإتلاف عضو أو أحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أدى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يتكبد نفقة في العلاج هو أيضا ضرر مادي[2].

وهذا الحق سواء كان استئثارا بشيء أو بقيمة استئثار يحميه القانون، أو كان مصلحة يحميها القانون، سواء كان هدا الحق مالي أو غير مالي فان انتهاكه تترتب عليه مسؤولية جبر ما يمكن أن ينشئا عنه من ضرر[3]، فكل ضرر يلحق بالزوجة من جراء تعسف الزوج بتطليقه لها لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مسائلة الزوج. فالضرر قد يكون إخلالا بمصلحة مشروعة مالية أو غير دلك، أما الغير مشروعة فلا يعد الاختلال بها ضررا موجب التعويض، فالإخلال بالمصلحة شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور[4].

1- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام**، المرجع السابق، ص 158.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 971.

3- خارف محمد، المرجع السابق، ص 15.

4- مقدم السعيد، المرجع السابق، ص 38.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

انطلاقا من نص المشرع الجزائري في المادة 52 (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، فالمشرع قد أوجب القضاء بالتعويض المالي الذي جاء به القانون كوسيلة لجبر الضرر الواقع على المطلقة وذلك في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه لإيقاع الطلاق، وللحديث عن التعويض المالي للمطلقة تعسفا لابد من معرفة مفهوم التعويض والأسس التي يقوم عليها وكيفية تقديره وسنبين ذلك من خلال مطلبين اثنين: المطلب الأول مفهوم التعويض، أما المطلب الثاني: فيتعلق بأسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: مفهوم التعويض

وسنبين من خلاله مفهوم التعويض ومشروعيته وشروطه.

الفرع الأول: تعريف التعويض

أولا- تعريف التعويض لغة:

مأخوذ من العوض بمعنى البدل والخلف والجمع: أعواض، وعاضة بكذا عوضا أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائض، واعتاض منه، أخذ العوض واعتاضه فلانا، سأله العوض.[1]

والعوض: مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضة وعوضه وأعاضه والاسم المعوضة وفي حديث أبي هريرة: فلما احل الله ذلك للمسلمين –يعني الجزية- عرفوا أنه قد عاضهم أفضل مما خافوا ولم تستقبل التعويض.[2]

1- شوقي ضيف: **المعجم الوسيط**، إصدار معجم اللغة العربية، الجزء الثاني، القاهرة، الطبعة الثانية، 1392ه/1972م، ص637.

2- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، الجزء 36، دار صادر، بيروت، مج 04، باب العين، ص3170.

ثانيا- تعريف التعويض اصطلاحا:

1- تعريف التعويض في الفقه الإسلامي:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء المتقدمين لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وغنما استعملوا اصطلاح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني[1].

وبذلك للضمان في الفقه معنيان:

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

المعنى العام: من ذلك ما كره الإمام الغزالي: الضمان هو "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"[2]، وذكر الشيء على الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه" وعرفه مصطفى الزرق بأنه: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير" وهو الأقرب إلى تعريف الإمام الغزالي وعرفه محمد سراج بأنه: "شغل الذمة بحق مالي أو جب الشارع أداءه جبر الضرر لحق بالغير في ماله وبدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة القد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك ما حرمه الشارع ذات أو مآلا".[3]

ومن خلال هذا التعريف الأخير يتبين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة ولذا لم يفرق الفقهاء، بين الهازل والجاد والعامد والمخطئ، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفا للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعا في الشرع فإنه لابد من رفعه[4].

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص126.

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

3- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص127.

4- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 128.

وبذلك يعرف التعويض بأنه: "عقوبة مالية، تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول.... بوجه غير مشروع.[1]

أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال"[2].

2-تعريف التعويض عند فقهاء القانون:

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضوح أو بوضع النصوص محددة يبين تعريفه، ربما لان معناه، واضح لا تحتاج إلى زيادة الوضوح، فنصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوث بالتعويض) أي أنها رتبت الالتزام بالتعويض في ذمته كل من يسبب ضرر للغير بأفعاله، كما نصت المادة 132 من القانون المدني الجزائري (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا...، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع).

وانطلاقا من هذا بمكن استخلاص تعريف للتعويض من خلال القانون المدني الجزائري فيقال[3]: "الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به بأداءات مالية أو عينية".

كما عرفه البعض بأنه: "ما يلزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر"[4]، هذا التعريف ربط التعويض بالمسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية.

ثالثا-مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي:

"هو البدل بسبب الضرر اللاحق بالمرأة، ويقصد بالضرر حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة، وفقدانها العائل، ومعاناتها من الوحدة وألم الفراق، وما شابه ذلك".

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

2- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 128.

3- بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص.35

4- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل للنشر - عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 98.

ومن أكثر التعريفات شمولا: هو مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته لمدة زمنية، نظير ضررا لحقه بها ماديا، وذلك بتوفير حياة كريمة لها معنويا، بسبب سلبها دفئ الحياة الزوجية والاستقرار، والأمن، وما شابه"[1].

الفرع الثاني: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي.

أولا – مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي:

التعويض عن الضرر أمر مقدر شرعا وعقلا وقانونا وعرفا جبرا للضرر ورعاية للحقوق، وزجرا للمعتدين، وتوفير للاستقرار، وتحقيق للعدل.

لقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي على مذهبين وهذا بناء على الخلاف السابق بينهم وهو أن الأصل في الطلاق الإباحة، ومن ثم لا يعد الزوج متعسفا، أم أن الأصل في الطلاق المنع، ومن ثم فإن المطلق لغير سببا متعسفا وبذلك انقسم الفقهاء إلى رأيين[2]:

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

ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين: أحمد الخمليشي بدران أبو العينين، محمد أبو زهرة، زكي الدين شعبان، سامي صالح، ومحمد عقلة، وسيد سابق، ومحمود السرطاوي، ونو الدين عتر[3]، واستدلوا في رأيهم بما يلي:

لا يوجد في القرآن أو في سنته دليل يقضي بتعويض الطلاق، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى[4].

أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجته ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.[5]

1- رسمية عبد الفتاح الدوس، المرجع نفسه، ص 99.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص209.

3- جميل فخري، محمد جانم، المرجع السابق، ص214.

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

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

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

2-الرأي الثاني- القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الزوج وإن طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول، وكان تصرفه تعنتا وتعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لان في الطلاق ضيع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرصة الزواج وهي قد لا تعود.[1]

ومن الفقهاء الذين اقتدوا بهذا المبدأ: أحمد الغندور، واحمد الكبيسي، وإسماعيل الخطيب، وعبد الرحمان الصابوني، ووهبة الزحيلي، عبير القدومي، محمد الزحيلي، عبد الوهاب لاف، وتوفيق أبو هاشم، واستدلوا في رأيهم بما يلي:[2]

قياس التعويض على المنعة المعطاة للمطلقة والتي رغب فيها القرين وجعلها بالمعروف والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الآخر، لان الطلاق وأن كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بما تدعوا إليه الحاجة وذلك بان لا لترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار به، فإذا أساء الزوج وجب عليه التعويض لزوجته المتضررة من ذلك.[3]

إن الطلاق التعسفي فيه ضياع لمستقبل الزوجة، وتفويت لفرصة لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من بين التصرف سواء كان ذلك في ماله ام في طلاقه، فمن طلق زوجته وأصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه فالطلاق التعسفي يجب فيه التعويض.

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

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص209.

3- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 141.

العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للحرمان بسبب نعت الزوج وظلمه في الطلاق ويتيح لولي الأمر تقييد المباح وان يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء[1].

ويقول مصطفى السباعي في أن التعويض: «وهذا حكم جديد، لم يكن معمولا به قبل، وهو حكم عادل.

الترجيح:

من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق، التي لها جذور راسخة في الفقه الإسلامي وعمل بها الفقهاء القدامى، حتى ولم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم ومن خلال تطبيقها على حق الطلاق فالشريعة الإسلامية أخذت بمبدأ التعويض وهذا بإقرارها لمتعة الطلاق، وبالرجوع الى كتب الفقهاء القدامى، وأصحاب المذاهب الاجتهادية، لا يوجد من اوجب التعويض على المطلق مع متعة الطلاق، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط، ولم يتطرق أحدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافة على المتعة.[2]

ثانيا- مشروعية التعويض في القانون:

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

فالحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة –متى تبين له التعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق

1- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق،ص532.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص225.

3- طاري سعيد، **التعسف في فرق الزواج وآثاره**، المرجع السابق ص.200

ويزجرهم عنه، تفاديا لدفع ما لا يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة، وهذا المر ايجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للرجل فعلا مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس الأمر سلبا حين يكون للزوج مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس سلبا حين يكون الزوج مبرر شرعي لفراق زوجته وقد لا يستطيع إثباته كحالة انحراف الزوجة وارتكابها فاحشة لا يستطيع إثباته أو لا يريد البوح به لما فيه من مساس بكرامته، ومن ثم يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة مادام غير قادر على دفع التعويض الذي يستلزمه به القضاء.[1]

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري، بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعى في تقديرها حالة المطلق ماليا غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع، يدعو إليه، وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق، وعليه فمن حكم القضاء بالطلاق مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"[2].

الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

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

1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها الى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها

1- عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، المرجع السابق، ص254-255.

2- عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، المرجع السابق، ص 67.

ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا، فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وان ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن تعويض عن طلاق من الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليست من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.[1]

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

"من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسالة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومن 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".[2]

2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة:

العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم، وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وأخرى غير مالية فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة أما الغير مالي فيتلخص أساسا في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجا بأكثر من واحدة، وعدم الإضرار بالزوجة، والأدلة الشرعية عديدة بهذا الخصوص، سواء من القرآن الكريم، أو من السنة النبوية أو بإجماع الفقهاء، وعليه فمقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه تجاه زوجته من هذه الواجبات، أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة لكونه الأحرس على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها المال الكثير خاصة بعد الطلاق من تبعات تجعله أصبر ما يكره من المرأة.[3]

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: «متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته فإن

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص87-88.

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

3- باديس ديابي، المرجع السابق، ص 89،91.

كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من ثابت –في قضية الحال-أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بان الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال"[1].

3- أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق:

يعد هذا الشرط من بين الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر، وتقديره يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، بناء على معايير التعسف، والتي تبين في وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج بسبب شرعي لإيقاعه الطلاق أم لا، حيث يبقى على المحكمة إجراء تحقيقاتها وتسمع البيانات والتفاصيل عن جدية الأسباب التي أدت إلى إيقاع الطلاق إجراء تحقيقاتها وتسمع البيانات والتفاصيل عن جدية الأسباب التي أدت إلى إيقاع الطلاق.

وبناء على ذلك ليست للمحكمة أن تصدر حكمها دون الخوض في أسباب الطلاق وتعتبره تعسفا وتلزم الزوج بالتعويض عنه، وغلا كانت هي الأخرى متعسفة[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا: «من المقرر قانونا الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد مخالفا للقانون ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف، أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[3].

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 53017-8، بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد 01 1991، ص56.

2- خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص123.

3- باديس ديابي، المرجع السابق، ص92.

أما بخصوص التعسف الوارد في نص المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه المشرع تعريفا دقيقا، تاركا المجال للفقه الإسلامي والقانوني للخوض في ذلك، فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في مادته 124 عرفته بتحديد صوره الثلاث:

الصورة الأولى- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.

الصورة الثانية- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

الصورة الثالثة- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الأولى الأوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، إذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق عند ذلك دليل على نيته في إلحاق الضرر بزوجته، وتبرير الطلاق مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

والشائع لدى المحاكم الجزائرية هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، أو ارتكابها لفعل يستحيل نعها مواصلة الحياة الزوجية غير أن الزوج مطالب بتبرير طلاقة وينبغي عليه أن يؤسسه بدليل قاطع وإلا عد متعسفا في إيقاعه الطلاق.[1]

4- أن يترتب على الطلاق ضرر:

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

وعند تحليلنا لهذا النص نجده قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي، إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب، تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها، أو لحقها ضرر جراء

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص187.

هذا التعسف، فلابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل من صداق ومتاع، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي[1] وبهذا يجب توفر شرطين أساسين وهما:
التعسف، والضرر الناتج عنه.

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

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

وقد جاء في الفصل 31 من القانون التونسي للأحوال الشخصية ما يلي (يقضي لمن تضرر من الزوجين بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي).

أما القوانين التي أخذت بالرأي القائل بأن متعة المطلقة من التعويض الوحيد لها فقد اشترطت اغتصاب الزوجة بضرر من جراء هذا الطلاق، والضرورة بنوعيه المادي والمعنوي فغالبا ما تفقد الزوجة المطلقة معيلها أو تترك الوظيفة لإدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغير ذلك وبهذا يثبت الضرر المادي، أو معنويا كتدهور الحالة النفسية للمطلقة تعسفا، خصوصا وان نظرة المجتمع لها نظرة بغض وتشكيك والإطلاق في الضرر يشمل كل ما تتأذى به المطلقة كالكلام فيها.[3]

1- بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص187.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 216865، بتاريخ: 1999/03/16، اجتهاد قضائي لسنة 2001، عدد خاص، ص256.

3- خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص162-163.

5- أن يكون الطلاق بائنا.[1]

6- يستحق التعويض بناءا على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا، وفق إجراءات الدعوى [2].

وبتحقق هاته الشروط تكون المطلقة محققة في طلبها الرامي للتعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساسا عن عصمته الزوجية المملوكة شرعا للزوج.

المطلب الثاني: أسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

وسأتناول هذا المطلب من خلال فرعين سنبين فيهما الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي ومقدار التعويض

الفرع الأول: أسس التعويض عن الطلاق التعسفي

إن فرض التعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستند إلى أساس فقهي وقانوني يبرر إيجابه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وهذا الأساس قد يكون نتيجة لنظرية فقهية أو اتجاه تشريعي معين وهذا يقتضي تقسيم هذا الفرع الى عنصرين:

أولا- الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:

جبر الضرر بالتعويض المالي أمر شائع في الشريعة الإسلامية، وقد دلت على ذلك مشروعيته من القرآن والسنة، والبحث في الأساس الفقهي لفكرة التعويض بصفة عامة، يأخذنا الحديث عن موجبات التعويض في الفقه الإسلامي، والمتمثلة في أركان التعويض.

فالتعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا وقانونا، وعرفا، لجبر الضرر الواقع لكل شخص معتدى عليه، سواء بهضم حقه، أو إلحاق ضرر به كل ذلك زجرا للمعتدين، وراعية للحقوق، وتوفير للعدل، والتعويض عن الشيء لا يفرض إلا بتوافر معناه، حيث لا يفرض جزافا، ولا يطلب عشوائيا، ولا يؤخذ ظلما، ولا غصبا، ويتحقق

1- طارق سعيد، **التعسف في فرق الزواج وآثاره دراسة مقارنة**، المرجع السابق، ص204

2- طارق سعيد، المرجع نفسه، ص 206.

التعويض بتوفر ركناه: الاعتداء والضرر، وأضاف فقهاء القانون ركن ثالث هو العلاقة السببية بين الاعتداء والضرر[1].

1-الركن الأول- الاعتداء:

ورد في اصطلاح الفقهاء بأنه الظلم والعدوان ومجاوزة الحق، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد [2].

أما معياره في الفقه الإسلامي هو إتباع الأوامر واجتناب النواهي، أي مرجعه الى الحكام الشرعية والعرف، فالاعتداء ظلم منهي عنه، ولا يعد من قبيل استعمال الحق، بل خارجا عنه الحق، وتجاوز له، واعتداءا يلزم فاعله بالتعويض.[3]

وعليه فإن مخالفته أحكام الشرع، والعرف، وما اعتاده الناس، ينسب للفاعل فعل الخطأ، أو التقصير والتصدي والإهمال، وكل ذلك يوجب التعويض.

فالشرع إذا أعطى للزوج حق الطلاق، كان في الحدود المرسومة له شرعا فإذا تجاوزهما، كان ذلك خروجا عنه، واعتداءا على أمره، فكل طلاق يرتب ضررا بالمطلقة، سواء كان مادي أو معنوي يوجب الحق في المطالبة بالتعويض.

2-الركن الثاني- الضرر:

هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو هو إخلال بمصلحته مشروعة له [4]،مادية كسلامة جسمه أو ماله، أو معنوية كسمعته، أو شرفه.

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن الضرر نوعان: مادي ومعنوي، وهو تقسيم المعتمد لدى أغلب الفقه الوضعي.[5]

1- وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1998، ص18.

2- المرجع نفسه، ص18.

3- خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص203-204.

4- بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص147.

5- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص25.

وبما أن الطلاق يرتب أضرار كثيرة، مادية ومعنوية، ومما سبق ذكره نستنتج أن ركن الضرر الموجب للتعويض وارد ومحقق عند وقوع الطلاق، غير أن هذا التعويض يستلزم بعض الشروط يجب توافرها.

المتعسف في استعمال حق الطلاق مسيء وإساءته هذه يترتب عليها لحاق الضرر بالمطلقة، لأنه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعو إليه وهذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضررا ماديا يتمثل في إطالة أمد العدة مما يضيع عليها فرصة سانحة للزواج، أو يكون ضررا نفسيا معنويا يتمثل في الفرقة وهذا تشترك فيه جميع المطلقات، من أجل ذلك رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بما تعرضه على الزوج من المتعة لمطلقته كأثر من آثار الطلاق [1].

ولم ينازع أحد من الفقهاء في ان المتعة إنما تجب جبرا لما وقع على المرأة من ايحاش وضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج وتعتبر متعة المطلقة من الوسائل العلاجية التي أقرها البعض من التشريعات العربية في قوانين الأحوال الشخصية، وتعد من جماليات التشريع الإسلامي في جبر الخواطر ومعالجة آثار الطلاق التي تمس بالمرأة المطلقة، فأوجب على الرجل أن يقدمها لطلقته، لكي يخفف عنها مشقة الفرقة، وفيما يلي بيان مقتضى المتعة بالنظر إلى الفقه الإسلامي:

1- مفهوم المتعة:

أ- المتعة لغة: مأخوذة من (متع): هو كل ما جاد والماتع: البالغ في الجودة والغاية، قال الأزهري «فأما المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به، ويتبلغ به ويتزود به...".

وقال ابن منظور: "ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متعها والمتاع في اللغة: ما ينتفع به"[2].

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص114-115.

2- ابن منظور، **لسان العرب**، طبعة جديدة مصححة اعتنى بتصحيحها، أمين محمد عبد الوهاب ومحمد الصادق العبيدي، الجزء الثالث عشر، دار احياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1419هـ/1999م، ص14-15.

وجاء في القاموس: "المتعة بالضم والكسر: اسم للتمتيع كالمتاع، وهما يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو المتمتع"[1]. ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق.

الاسم من التمتع والاستمتاع، والمتاع: السلعة والمنفعة، وكل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود ويأتي العناء عليه في الدنيا، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق مما ينتفع به.

ب- المتعة اصطلاحا:

هي مبلغ من المال يؤديه الرجل لمطلقته، عند انحلال الزواج بدون رضائها ولسبب ليس من جهتها، بحد معين تعويضا لها عن آلام الطلاق التي لحقت بها بسبب الفرقة.

ولا يشترط أن تكون المتعة نقودا بل قد تكون عقارا أو منقولا تعادل قيمته القيمة النقدية التي يرى القاضي استحقاق المطلقة لها، فقد ترضى المطلقة بعدد من الأسهم أو بسيارة أو بمحصول مزرعته طالما أن ذلك مقوم بالمال في حدود النصوص القانونية المنظمة لنفقة المتعة.[2]

عند المالكية: الإحسان إلى المطلقات مما يقدر عليه المطلق بحسب ما له في القلة أو الكثرة [3].

عرفها الخرشي بقوله هي ما يعطيه الزوج لمطلقته، ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق.[4]

عند الشافعية: هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها.[5]

1- الفيروز أبادي محمد الدين محمد بن يعقوب (ت1414/817)، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة إشراف، محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة السادسة، 1419هـ/1998 م، ص762.

2- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 152.

3- عبير شاكر القدومي، المرجع السابق، ص194.

4- الخرشي محمد بن عبد الله بن علي المالكي، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه**، زكريا، عميرات، الجزء الرابع، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م، ص563.

5- الشيرازي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق عادل أحمد بن الموجد وعلي محمد عوض، الجزء الخامس، دار عالم المملكة العربية السعودية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1423هـ/2003 م، ص636.

المتعة: هي اسم لما يقدمه المطلق إلى مطلقته من المتاع، على حسب قدرته جبرا لألم فراقه.[1]

2- مشروعية المتعة والحكمة منها:

أ-مشروعية المتعة:

مشروعية المتعة ثابتة في الكتاب والسنة وآثار الصحابة.

-من القرآن الكريم: وهو الأصل في مشروعيتها:

قال الله تعالى: "لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"[2].

ووجه الدلالة من الآية أنها نضمت الأمر في قوله تعالى: "**وَمَتِّعُوهُنَّ**" وأن الأمر عند الأصوليين يحمل على الوجوب ما لم تقم دلالة تصرفه إلى الندب[3] وتكون واجبة على الزوج إذا حصل التعريف بين الزوجين بسبب من الزوج.

-من السنة النبوية:

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

ووجه الدلالة من الحديث دال على مشروعية المتعة.

ب-الحكمة من مشروعية المتعة:

من حكمة الله في تشريعه أنه جعل على رجل التزاما (المتعة) نحو مطلقته مقابل أن جعل الطلاق بيد الرجل حتى يكون رادعا له للتفكير مليا في استعمال حقه في الطلاق بعد استنفاذ جميع الوسائل للإصلاح والتفاف، وهذه المتعة مزيد تأكيد على المهر والنفقة لان

1- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص195.

2- سورة البقرة، الآية 236.

3- ابن ماجد أبى عبد الله محمد بن بزيد القروينى (373 ه/983 م)، **السنن**، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه، الارناووط وأحمد برهوم، باب متعة الطلاق، الجزء الثالث، حديث رقم 2037، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1430 ه/2009 م، ص 432.

4- قراعة علي، **فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في السلام**، دار مصر للطباعة، 1375هـ/1956 م، ص86.

النفقة مقابل الاحتباس للزوجة عن العمل[1] لذلك فإن المتعة تدبيرا شرعيا للحد من الطلاق، خاصة إذا أضيفت الى التبعات المالية الأخرى من مهر ونفقة، فإنها تكون ادعى إلى التروي والتفكير وبالتالي عدم إيقاع الطلاق.[2]

ولما كان للأسرة أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيما تنتشر المودة بين القبائل والشعوب أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين القبائل والشعوب، لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان قال تعالى: "**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**"،[3] ولتحقيق ذلك جعل على الزوج إعطاء متعة للزوجة، وبين أنها علاقة التفوق وأنها من صفات المحسنين ترغيبا لهم على الامتثال بها.

وفي تمتيع الزوجة إزالة الإبهام لدى الكثير من النفوس بان الزوج ما طلقها إلا وقد رابه شيء منها، فإذا هو متعها حسنا زالت الريبة وكانت المتعة بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان قبله لغدر يختص به، لا من قبلها، لأن الله سبحانه أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر المستطاع فجعل هذا التمتيع كالدواء للجرح.[4]

ولما كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها، مسيئا لسمعتها في بعض الظروف وليس من الميسور غالبا أن تعيش في كنف حياة زوجته جديدة بخلاف الزوج فنرى الشريعة الإسلامية رتبت على الطلاق أثرا يرمي الى تحقيق هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته، ويسمى المتعة[5].

وبالتالي شرع الله سبحانه وتعالى المتعة جبر لخاطرها المنكسر بالطلاق وتخفيف عنها لما أصابها من ألم نتيجة الطلاق، وتعويضا لها عن ألم ووحشه الفراق.

1- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضه، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، المرجع السابق، ص63.

2- جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009 م، ص305.

3- سورة البقرة، الآية 229.

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

5- أحمد الغندور، **الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون**، المرجع السابق، ص 69.

ج-حكم المتعة:

-حكم المتعة في الفقه الإسلامي:

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

القول الأول: ذهب الشافعية وهو قول الشافعية الجديد واحمد في لرواية عنه إلى أن المتعة واجب لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها المهر[1] ودليلهم **قوله تعالى**:" **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِين** "[2]

أما المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها المهر فلا متعة لها لقوله تعالى:"**إِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ" مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**"[3].

القول الثاني: إن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك المدخول بها أو غير المدخول بها سمي لها المهر أم لا، وبه قال: ابن جرير الطبري[4]، والزهري[5]، وابن حزم على أصل مذهبه في استعمال المطلق في إطلاقه والمقيد في موضعه فالمقيد داخل في المطلق عنده، ولا يؤثر عليه.[6]

قال الله تعالى: "**لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ** ".[7]

ووجه الدلالة: أن الآية الكريمة عامة في وجوب المتعة لكل مطلقة عملا بإطلاق الآية، وتقرير حق المتعة للمطلقة قبل الدخول والفرض، فالأمر في الآيات يشمل المطلقات بجميع حالاتهن.

1- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص181.

2- سورة البقرة، الآية 241.

3- سورة البقرة، الآية 237.

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

5- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 197.

6- أحمد محمد شاكر، **نظام الطلاق في الإسلام**، مكتبة السنة القاهرة، الطبعة الثانية، 1998، ص85.

7- سورة البقرة، الآية 236.

القول الثالث: وهو ما ذهب إليه المالكية: في أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال لأن الله تبارك وتعالى خص المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل والإحسان ليس بالواجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم وقال ابن جزي المالكي: "متعة المطلقات وهي الإحسان إليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله من القلة والكثرة، وهي مستحبة، وأوجبها الشافعي.[1]

والمطلقات ثلاثة أقسام حسب ما ذهب إليه المالكية[2]:

مطلقة قبل الدخول وقبل التسمية، فلها المتعة وليس لها شيء من الصداق ومطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل التسمية او بعدها فلها متعة وليس لها شيء من الصداق، ومطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل التسمية أو بعدها فلما المتعة اتفاقا، ولا متعة في كل فراق تختاره المرأة، كامرأة المجذوم والعنين والأمة تعتق تحت العبد ولا المختلعة، والمطلقات قبل الدخول وبعد التسمية فأوجب لهن نصف المهر ولا متعة لهن.

القول الرابع: ذهب الحنفية والشافعية في القديم واحمد في رواية ثانية عنه الى وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول ولم يسم لها مهر في العقد، وما عداها من النساء المطلقات يندب تمتيعهن ، ولا يجب حيث حملوا في الآيات التي استدل بها الشافعية ومن معهم على الاستحباب لا الوجوب، والذي ذهب إليه الجمهور وهو ما ذهب اليه الشافعية من وجوب المتعة، للمطلقة إذا التي طلقت قبل الدخول وسمي لها المهر في العقد فلها نصف المهر[3]، هو الرأي الراجح وهذا القوة أدلتهم وعلى فرض الندب هو قول الجمهور فإن للحاكم ان يأمر به فيكون واجبا.

وفي الأخذ بهذا الرأي تخفيف عن فرض عقوبة على الزوج جزاء تعسفه في الطلاق ووضع حد للأزواج الذين يتعسفون في الطلاق، وجبرا لخاطر المرأة ودفع للضرر عنها، وفيه امتثال لأمر الله بأن يكون التعريف بإحسان وأرى وجوبه أيضا على من يكن متعسفا في تطليقه لزوجته لان الله جعلها على المحسنين المتقين لقوله تعالى: "

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

2- ابن رشد أبو الوليد، **المقدمات الممهدات**، تحقيق محمد حجي، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988، ص548.

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

مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ "ومن يتصف بهذه الصفات لا يتعسف في طلاقه فلا يهدم عقدا سماه الله ميثاقا غليظا بغير مبرر شرعي، ولا يتعد حدود الله، ومع هذا فالخطاب عام يشمل كل مطلق.

- حكم المتعة في القانون:

اختلفت آراء الفقهاء حول حكم المتعة، وذلك في عدة جزيئات بل حتى في فقهاء المذهب الواحد، وبناءا على ذلك اختلفت قوانين الأحوال الشخصية في حكمها وفيما يلي سنتناول موقف المشرع الجزائري منها، ثم سأتعرض لبعض ما أخذت به البعض من التشريعات العربية في نصوصها هل سبيل الاستحباب أو الوجوب وفيما يلي بين ذلك:

ج- موقف المشرع الجزائري والبعض من التشريعات العربية من المتعة:

- موقف المشرع الجزائري من المتعة:

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما مذهب الجمهور وإنما أكدتها الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضات الطلاق التعسفي [1]فقط بمفهومه الحديث، وليست أثرا من آثار الطلاق، غير أن القضاء كان يعمل بالمتعة قبل صدور قانون الأسرة،[2] واستمر العمل بالمتعة وتطبيقها على مستوى الأحكام والقرارات حتى بعد صدور قانون الأسرة، وهذا ما يبينه قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فغن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولذلك يستوجب تقص القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ المالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[3].

والملاحظ أن هذا القرار جعل متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي: المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري وهذا ما اخذ به الرأي الأول من القضاء حيث اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة،

1- محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص120.

2- قضت المحكمة العليا في قرار لها: لأن نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي، ولو لم تطلب المطلقة"، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1971/12/10، ص66.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 39731، بتاريخ: 1985/04/08،المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص89.

غير ان هناك جانب من القضاء الجزائري سلك مسلكا آخر باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي فكل مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به، وهذا ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض قد يحكم بها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصاع المطلقة وفي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي "[1]

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

فالقرار جاء متبنيا لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وان ذلك يعكس ما جاء في القرار السابق.[2]

فمن خلال هذه القرارات نجد أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، وإنما يفهم إنه أحال إلى أحكام الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

لكن كان من الأفضل على المشرع الجزائري أن يبقى على مصطلح المتعة باعتبارها الأصل والأصلح لجبر الضرر الواقع على المرأة من جراء الطلاق فيطبق أحكام الفقه الإسلامي بتقريره لحق المطلقة فبالتعويض الإسلامي المسمى بالمتعة، بغض النظر عن كون الزوج متعسفا أم لا.

إضافة أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن حكم المتعة وجوبا أو ندبا، بل حكم بالتعويض عن الضرر ففاته يقصد أن متعة الطلاق لا تكون إلا في مقابل ضرر، فهي ليست واجبة في كل الحالات وهو رأي المالكية.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم: 41560 بتاريخ:1986/04/07، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص69.

2- باديس ديابي، المرجع السابق، ص103.

-موقف التشريعات العربية من المتعة:

- موقف القانون المصري:

نصت المادة 15 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري على أنه الزوجة المدخول بها في زواج صحيح، إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها تستحق قوة نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأكثر وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق، ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص في مداد هذه المتعة على أقساط[1]، وقد ابتعد الدكتور فراج أحمد، ما جاء به النص من تقدير النفقة بنفقة سنتين على الأقل، لان ذلك غير منصوص عليه في قول أحد من الفقهاء، وإنما المنصوص عليه هو تعويض أمرها الى القاضي وكان ينبغي لواضعي القانون أن يترك للقاضي حرية تقديرها[2]،وكذلك تعرض فقط للمطلقة بعد الدخول، أما من طلقت قبل الدخول، سواء كان مهرها مسمى أو لم يكن، فلم ستعرض لها، ومن ثمة يبقى الحكم فيها لما ذهب اليه الحنفية في مصر.

- موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى القول بوجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر، وهو ما جاء في نص المادة 55 منه (إذا وقع الطلاق قبل تسمية المهر وقبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة) فهو يقر باستحقاق المتعة للمطلقة قبل الدخول، وقبل تسمية المهر، وهو ما ذهب اليه المذهب الحنفي.

- موقف قانون الأحوال الشخصية السوري:

نص قانون الأحوال الشخصية السوري في الفقرة 2 من المادة 61 على انه إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة صحيحة فعندئذ تجب المتعة، فهذا يدل على وجوب المتعة لمن طلقت قبل الدخول بالخلوة الصحيحة وقبل تسمية المهر.[3]

1- **قانون الأحوال الشخصية المصري**، المطابع الأميرية، الطبعة الثانية، ص9.

2- محمد كمال الدين إمام، **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/1996م، ص294-295.

3- جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق ، ص244-245.

- **موقف مدونة الأسرة المغربية:**

جاء في نص المادة 84 منها: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة والمتعة التي تراعى فيها تقديرها، فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه" وبذلك حددت معايير لتقدير المتعة وأوجبتها لكل مطلقة.[1]

ثانيا- الأساس القانوني لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:

بعدما تناولت موجبات التعويض في الفقه الإسلامي، سأتعرض في هذا الفرع الى موجبات التعويض في القانون المدني والمتمثلة في النظريات العامة في القانون وهما: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وسأحاول التعرف على إمكانية تحقق أركان المسؤولية المدنية في مسألة التعويضات عن الطلاق.

1- نظرية المسؤولية العقدية:

تقوم على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وأهم ركن في هذه المسؤولية هو الخطأ فلا تقوم مسؤولية عقدية بدون خطأ ولهذا يعد هذا الركن شرطا ضروريا لهذه المسؤولية، بل هو الأساس الذي تبين عليه بمعنى إذا انتفى الخطأ امتنع الحكم بالتعويض.[2]

وهذه المسؤولية لا يمكن اعتبارها أساس للحكم بالتعويض عن الطلاق وهذا لغياب أحد أهم أركانها، وهو الخطأ، أو الإخلال بالتزام تعاقدي.

وبالتالي الزوج إذا استعمل حقه في الطلاق لا يعني أنه أخطأ أو أخل بالتزام عقدي يوجب عليه التعويض وبهذا فإن المسؤولية العقدية لا تعتبر أساسا للحكم بالتعويض عن الطلاق.

2- نظرية المسؤولية التقصيرية:

أورد المشروع الجزائري القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وهي المسؤولية عن العمل الشخصي في المادة 124 من القانون المدني، والتي تنص بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوث التعويض

1- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص159.

2- محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص104-105.

فالمسؤولية عن العمل الشخصي هي التي تترتب على عمل يصدر من المسؤول نفسه، وأن المسؤولية التقصيرية كالمسؤولية العقدية أركانها ثلاثة وهي: الخطأ والضرر، والعلاقة السببّية بينهما، وأساس هذه المسؤولية هو الخطأ الواجب الإثبات من طرف المضرور، فإذا ثبت الخطأ وترتب عليه ضرر للغير فإن مرتكبه يلتزم بالتعويض عن هذا الضرر، وللقاضي الأساس حق تقدير قيام الخطأ، أو انتقائه، مع خضوعه لرقابة المحكمة العليا أثناء تكييفه القانوني[1].

وإذا أردنا تطبيق أساس هذه النظرية على الطلاق، فلا نراه موجبا للتعويض عن الطلاق، لأنه لا يتحمل تعويض الزوجة عن الأضرار التي لحقتها من الطلاق، بحجة أن الزوج قصّر بما وجب عليه من المودة والسكن، وحسن العشرة، أو أنه لم يقم بما يجب عليه من رفع جميع العراقيل، والحواجز التي تعكر المزاج، وتحقق الصفاء، وتضمن السلامة والنجاح للحياة الزوجية.

وخلاصة القول أن موجبات التعويض في القانون المدني، لا يمكن اعتبارها أساسًا للحكم بالتعويض عن الطلاق، غير أنّ بعض الدِّراسات أخذت بها، وذلك أن المسؤولية العقدية يمكن أن تكون أساسًا للحكم بالتعويض عن الطلاق، في حالة اشترط المرأة التعويض في عقد النكاح.

وأن المسؤولية التقصيرية كذلك تعد أساس للتعويض عن الطلاق، فهنا نصّ القانون على التزام معين تجاه مسألة الطلاق، وقام الزوج بمخالفة هذا الالتزام يترتب التعويض على الطلاق على أساس المسؤولية التقصيرية[2].

ثالثا- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري:

حق الزوج في إحداث أثر الطلاق حق أصيل وله أن يستعمله دون النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه، فهل حق الزوج في إحداث الطلاق شبيه بالحق القانوني المقرر في القانون المدني أم هو من طبيعة خاصة؟

وأما نظرية الحق المقررة في القانون المدني فإنّها تبنى على سلطة الاستئثار بالشيء أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني، فلا يمكن أن نسأله

1- طاري سعيد، المرجع السابق، ص211.

2- خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 231.

عن استعماله لحقه ولا نؤنبه بتسليط تعويض عما بدر منه طالما أنه لم يكن متعسفًا في استعماله لهذا الحق طبقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني والتي يفهم منها أن الشخص الذي يمارس حق مخوّل بحسب القانون، في حدود ما ذكر في المادة السابقة، يكون قد تعسف في استعمال ذلك الحق، ومن تمّ يحاسب على مسؤولية تعسفه، ويطالب ويلزم بالتعويض.

ومسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه، وبذلك مسألة إثبات التعسف في استعمال الحق يكون وفقا لنظرية الحق وعلى عاتق من ادعاه ولا يمكن تحميل صاحب الحق مسؤولية استعماله له، ولا يمكن اعتباره متعسفًا لأنه لم يقدم تبريرًا لاستعمال حقه فنظرية الحق في إيقاع الطلاق تختلف عن نظرية الحق طبقا للقانون المدني، ذلك لأن الزوج إذا عبّر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي المنوه عنه شرعا والثابت بالشكل الذي يجنبه التعويض عما بدر منه، ذلك أن الزوج حتى وإن كانت له الأحقية في إيقاع الطلاق، فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تتبعه إرادته والأصل أن يكون متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك أي مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه، وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق، فالتعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة إيقاع الطلاق لا يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني[1].

وعليه نستنتج أن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وأن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطبق من المادتين 41 قبل العديل و124 من القانون المدني وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي[2]:" إنّ الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا للمسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق".

1- باديس ديابي، المرجع السابق، ص85-86.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 235367، بتاريخ 2000/02/22، المحلية القضائية، العدد1، 2001، ص 275.

وجاء في تأكيده أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية، وبالتالي فمبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا يدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من القانون المدني، فإنّ قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليمًا، غير أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك، وعليه فإن الزوجة المذكورة تكون غير مؤسسة، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[1].

وقال الدكتور وهبة الزحيلي: وربما يستند هذا الحكم –يعني التعويض المالي للمطلّقة في قانون الأسرة السوري– إلى المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها بعضهم، ورغّب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف، ويترك تقديرها للقاضي بحسب العرف[2].

فالتعويض يقوم على وجود حق، وأداة استعمال هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير سواء كان يقصد، أو دون قصد، فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلّق، كان ذلك تعسفا من جانبه، وثبت بها التعويض، فاستعمال الطلاق ولو أدى إلى إلحاق ضرر بالزوجة لا يمكن أن يكون خطأ يرتب المسؤولية التقصيرية، هو حق مخوّل شرعا وقانونًا وبالتالي أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الجزاء التعويضي الناتج عن نظرية التعسف في استعمال الحق.

الفرع الثاني: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.

يعد التعويض نتيجة حتمية لقيام مسؤولية الشخص، حيث أن المضرور عند قيام هذه المسؤولية يكون قد سعى إلى الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، فيجب أن يكون هذا التعويض جابرا للضرر خاصة التعويض المعنوي الذي يعد من إطلاقات قاضي الموضوع.

1- باديس ذيابي، المرجع السابق، ص 86.

2- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق، ص 532.

والقاضي عند تقديره لعنصر التعويض في الطلاق لابد أن يراعي للحكم بذلك لعدة عناصر واعتبارات يأخذها بعين الاعتبار ولهذا سأتناول مقدار المتعة على أساس أن المتعة تعد بمثابة التعويض الشرعي ثم مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي قانونا.

أولا- مقدار المتعة في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تقدير متعة الطلاق، وبأي الاعتبارات تحدد: بحسب حال الزوج، أم الزوجة أم بحالهما معا؟

فذهب بعض الفقهاء: المالكية والحنابلة وبعض الشافعية وأبو يوسف إلى أن المتعة معتبرة بحال الزوج لقوله تعالى: «**لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَالَمْ تَمسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لهُنَ فَرِيضَةً ومَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسعِ قَدَرُهُ وعَلَى المُقْتر قَدَرُهُ متَاعًا بالمَعْرُوفِ**»[1].

وذهب البعض الآخر من الشافعية والحنفية إلى أنها معتبرة بحال الزوجة لقوله تعالى: «**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ**»[2]، فالمعروف أن تعطي كل امرأة ما يليق بها، ثم إن المتعة مقدرة في بعض صورها بنصف مهر المثل عند الفقهاء وهي صورة غير المدخول بها ولم يسم لها مهر في العقد، والمهر يعد بحسب حال الزوجة لا الزوج[3].

وقال البعض الآخر أن المعتبر هو حالهما معا لأنه تعالى جمع بين الحالتين فقال: «**عَلَى الْمُوسعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ**» وقال « **بِالْمَعْرُوفِ** » فبملاحظة الأمرين تراعى حالهما[4].

أما مقدار المتعة: فقد اختلف الفقهاء في تحديد مقدار للمتعة يجب لكل مطلقة، يترك أمر التحديد إلى ظروف وملابسات كل حالة، وفيما يلي بيان آرائهم[5].

فذهب الحنفية في مقدار المتعة إلى وجودها إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج والمتعة عندهم كسوة تتكون من ثلاثة أثواب قميص وخمار وإزار تلتحف به

1- سورة البقرة، الآية 236.

2- سورة البقرة، الآية 241.

3- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص183.

4- بدران أبو العينين بدران، **أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة**، دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، 1961، ص157-.158

5-عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص201.

الزوجة عند الخروج، تجب للزوجة علا الزوج إذا فارقها بدون سبب من جهتها، كتعويض لها عن هذه الفرقة، وحدها الأعلى ألّا تزيد على نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف المهر، ومهر من لم يسم لها هو مهر المثل، فلا تزيد على نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم فلا تقل عندهم عن نصفه وللمطلق أن يزيد على نفسه ما شاء وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن أعلاها قادم على الموسى وأدناها كسوة، وهذا رأي ولم يتبين لها حدا أعلى وحدا أدنى، يمكن أن نسترشد به في اعتبار مقدارها.

أما الشافعية والحنابلة في وجه فذهبوا إلى الرجوع في تقديرها إلى الحاكم، لأنه أمر لم يرد الشارع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية.

وذهب بعض الشافعية إلى القول بأنها تصح بما يصدق عليه اسم المال، وهذا رأي مرجوح لأن الله تبارك وتعالى جعلها على الموسر بقدر طاقته فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال كما أنه سبحانه قال: «**مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ**»[1] وليس من المعروف أن يعطي الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال[2].

وقال المالكية في ذلك: "ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا في كثيرها"[3] وذهب جمهور الفقهاء إلى أن المتعة غير محددة وإنما هي علا قدر الموسع والطاقة أولى من أن نضع لها حدا أعلى وآخر أدنى، هذا لأن المتعة عطية المطلق لجبر إيحاش الطلاق وتضرر المرأة منه، وهو بحسب ما تجوده به يداه، وحسب حال الزوجين معا ولأن الآية أوجبت المتعة قدرتها بأمرين، فلا يسوغ لنا قصرها على أحدهما لأن في ذلك إهمالا لبعض الآية وإهمالا لبعضها الآخر وهذا لا يجوز.[4]

ومن هذا نستخلص أن المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة نصًا، إنما هي أمر يلجأ في تقديره إلى الاجتهاد الشرعي والعرف الزماني والمكاني المحقق للمصلحة والملائم لمقاصد الشريعة.

1- سورة البقرة، الآية 236.

2- محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص183.

3- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 158.

4- عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص204.

ثانيا- مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة، بل اكتفى بذكر التعويض الناتج عن تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق الوارد ضمن نص المادة 52، دون أن يقيد قيمة هذا التعويض، وكيفية تقديره ودون أن يحدد له الحد الأدنى أو الحد الأقصى مثلما ذهب إليه الفقهاء في تقدير المتعة.

كما أنه لم يبين الاعتبارات والمقاييس التي قد يراها القاضي ضرورية أو أنسب تمكنه من تحديد قيمة هذا التعويض، كاعتبار حال الزوجين وظروفهما المادية، كما هو المعتاد في تقدير النفقة.

كذلك لم يبين المشرع كيفية دفع هذا التعويض، هل يجب دفعه جملة واحدة، أم يجوز دفعه على أقساط، مثلما سارت عليه البعض من التشريعات العربية.

فالمشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، تاركا له تحديد مقدار التعويض والذي قد يختلف من قاضي إلى آخر حسب وجهة نظره للموضوع، وبالتالي قد يؤدي إلى هضم حقوق الغير، وبذلك للقضاء تطبيقات عديدة نذكر منها ما يلي:

ما جاء في قرار المحكمة العليا[1]: 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 وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ،فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى إحداهما أو فقر الآخر دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف وإعطاء شيء غير مألوف دون

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار مؤرخ في 1984/04/02 ملف رقم 32779، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1989 ذكره نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 2006، ص162-163.

الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة.

كذلك جاء في قرار للمحكمة العليا:" من المستقر عليه قضاءا أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل".

وعليه فالمشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الناجم عن الضرر اللاحق بالمطلقة، لم يكن مطلقا، بل قيده بتسبيب حكمه من خلال تحديد الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم القاضي بقيمة التعويض وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبب وبهذا نستخلص أن القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي يراعي العناصر والاعتبارات التالية:[1]

أولا- مراعاة ظروف الملابسة: هي الظروف الشخصية الخاصة بالمضرور فالتعويض يقاس على الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فتقدر على أساس ذاتي لا موضوعي على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المضرور العائلية، وحالة الزوج المالية وبغض النظر عن غنى وفقر الزوجة.

ثانيا- مراعاة سوء نية الزوج: وهي مسألة موضوعية، ويستكشفها القاضي من خلال ما استند عليه الزوج في طلب فك الرابطة الزوجية من مبررات وأسباب غير مشروعة، ومن ثم يظهر مدى قصد الزوج الأضرار بزوجته.

كذلك يأخذ القاضي بعدة اعتبارات [2]:

الاعتبار الأول-يتعلق بمدخول الزوج وظروف معيشته: التعويض يقدر بحسب حال الزوج يسرا وعسرا فهي مسألة موضوعية.

الاعتبار الثاني- يتعلق بدرجة تعسف الزوج وبعدد سنوات العشرة الزوجية: فالقاضي يجب عليه مراعاة جسامة الخطأ في الطلاق التعسفي أي استخلاصه لمدى اعتبار صاحب

1- كباب سميرة ومومن الحاج، **الطلاق التعسفي في القانون الجزائري** (مذكرة ماجستير)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2014-2015، ص61.

2- كباب سميرة ومومن الحاج ، المرجع السابق ، ص 62-63.

الحق متعسفا في استعمال حقه، وكذلك مراعاته لعدد سنوات العشرة الزوجية لما فيه من ضياع ومضرة لمستقبل الزوجة ومن تفويت فرصة الزواج لها التي قد لا تعود.

هذا فيما يتعلق بمقدار التعويض وكيفية تحديده، أما بخصوص كيفية دفع هذا التعويض فقد سكت عنها المشرع، وترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بأن يدفعه جملة واحدة، أو يدفعه على أقساط ، بحسب ما يظهر له، على عكس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 18 مكرر من القانون المصري رقم 100 لسنة 1985، حيث نصت 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 (2) على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط[1]. بينت هذه المادة أن العبرة في تقدير المتعة هو يسار الزوجة المطلقة كما أنها ربطت بين الحد الأدنى للمتعة وبين نفقة المطلقة فجعلت الحد الأدنى للمتعة مساويا لنفقة المطلقة لمدة سنتين على الأقل، وجواز الدفع على أقساط.

أما المشرع المغربي فقد تناول في المادة 60 المتعة ونص على أنه "يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول" غير أن هاته المدونة ألغيت بموجب مدونة الأسرة الجديدة والتي أبقت على الإلزام بالمتعة في المادة 84 غير أنها ربطتها بفترة الزواج ووضعية الزوج وأسباب الطلاق ومدى التعسف فيه، مما يوجب بأن المشرع أراد الجمع بين المتعة كعرض إلهي للمطلقة وبين التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي.[2]

وما نلخص إليه أن النظر في موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، يعود إلى القاضي الذي يراعي ويقدر الظروف والأحوال، ويحدد ما يراه كفيلا بدفع الضرر عن طلاق الزوجة بحسب درجة التعسف سواء كان الضرر مادي أو معنوي، ثم يحكم ويقضي بما يراه مناسبا للطرفين.

1- بن شويخ رشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، المرجع السابق، ص 188.

2- بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 160.

الخاتمة

الخاتمة:

بعدما استعرضت لموضوع الطلاق التعسفي بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي كدراسة مقارنة و الذِّي حاولت من خلاله دراسة و تحليل اشكاليته التي انطلقت منها عبر فصلين اثنين يرتبطان و يكملان بعضهما البعض ، حيث تناولت في الفصل الأول ماهية الطلاق التعسفي سواء من حيث تحديد مفهوم الطلاق و أساس مشروعيته و قيوده التِّي يختص بها، من شأنها الحد من الطلاق و التقليل من حالاته، و من حيث تعريف الطلاق التعسفي و ذكر صوره و معاييره خلصت إلى أنّ كل من الشريعة الإسلامية و القانون رغم إقرارهما للطلاق و جعله بالإرادة المنفردة للزوج إلا أنّ هذا الحق مقيّد فالزوج عند استعماله كحق إيقاع الطلاق ينبغي عليه أن يبرر ذلك التبرير الشرعي و يثبته قانوناً و أن لجوؤه إلى الطلاق دون أن يقدم عذراً شرعيا عد متعسفاً في استعمال حقه بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عند القصد و التعمد و بالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.

ومن استحقاق المطلقة للتعويض الذي انتهى به الفصل الأول انطلقت منه في الفصل الثاني و الذي يتضمن الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي من ضرر ناتج عن الطلاق التعسفي و التعويض عن ما أصاب المطلقة من أضرار و هذا من خلال تحليل المفاهيم المتعلقة بكل من حق في التعويض الذي نصت عليه القوانين الوضعية وحق المتعة التي كرستها الشريعة الإسلامية كحق من حقوقها بعد الطلاق.

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

1-المقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام ممارسة حق من الحقوق وإتيان فعل مباح على وجه يخالف مقصد التشريع منه وغايته، وهو المعيار الأصلي والعام المعتمد في تحديد التعسف وبالتالي حق الزوج في إيقاع الطلاق مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله لذا كان الأصل فيه الحظر وإذا لم يكن هناك ما يدعو إليه عد المطلق آثم.

2-سبق التشريع الإسلامي القانون الوضعي في فكرة التعسف في استعمال الحق والأخذ بها في بناء أحكامه على التصرفات وإن لم يسمِّها باسمها، وكذا الأخذ بقاعدة دفع الضرر والفساد ما أمكن. الأمر الذي جعل من معاييرها تتعدد من خلال تطبيقاتها فيه سواء المعيار الموضوعي أو الذاتي، لأنه تشريع شمل في تصوره كلا من الحقوق الفردية

والحقوق الجماعية، وأرسى قواعد التوازن بينهما التي تؤسس بمجموعها لنظرية التعسف في استعمال الحق.

3-أن المتعة شرعت من أجل حكمة بليغة وهي جبر الضرر والألم الذي يلحق المرأة جراء الطلاق لما أصابها من إيحاج وألم بسبب فراق زوجها.

4-دقة الشريعة الإسلامية في مسألة المتعة وحرصها على هذا الحق الذي يراعي مشاعر المرأة في حال طلاقها وتطييب خاطرها جراء ذلك، فمراعاة هذه الحالة النفسية بالمتعة له أثر كبير على المطلقة.

5-يعد جانب المتعة الذي طرحته الشريعة الإسلامية، وتناولته آراء الفقهاء مغيبة تماما في ق.أ.ج، ولعله اكتفى بمسألة التعويض المالي عن التعسف في طلاقها، وهو ما جعل القضاء يدخل في متاهات، فمنهم من اعترف للمطلقة بالمتعة، وفرقها عن التعويض عن الطلاق التعسفي والعدة، ومنهم من أكد أن حكم المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي هو نفس الشيء.

6-أن متعة الطلاق لا تعد تعويضا عن الطلاق التعسفي فحسب، وذلك لكونها واجبة لكل مطلقة سواء كانت هي سبب في الطلاق أو ليس لها دخل فيه، وذلك على اعتبار أن أغلب قوانين الأحوال الشخصية لم تعتبرها تعويضا بل نصت على أنها حق كرمها به الإسلام.

7-الأمر الرابط بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي هو جبر الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالمرأة الذي يصيبها جراء الطلاق سواء على وجه التعسف أو دونه، فهما يشتركان في علة واحدة وهي رفع الضرر وأنجح طريقة لرفع ذلك الضرر هو أن يكون بدفع مبلغ من المال تحت اسم تعويض المتعة كما قررته الشريعة الإسلامية، وتحت اسم التعويض عن الطلاق التعسفي كما أقره القانون (ق.أ).

8-إن لكل من المتعة والتعويض أثر كبير، ودور مهم في الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي، التي باتت منتشرة بكثرة في أوساط مجتمعاتنا المسلمة.

وعلى ضوء هاته النتائج نقترح ونوصي بما يلي:

1-دعوة فقهاء القانون والباحثين فيه خاصة المتخصصين منهم في قانون الأسرة إلى المزيد إلى العناية به وشرح أحكامه وليس مجرد ربط الأحكام القضائية مع المواد القانونية.

2-تكثيف الندوات العلمية والمحاضرات المعرفية لترسيخ ثقافة المحافظة على الأسرة والمجتمع.

3-أقترح تعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء عاما و ذلك ببيان كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتحديد المعايير و الأسس التي يعتمد عليها في ذلك.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: القرآن الكريم.

ثانيا: النصوص القانونية والتنظيمية.

1. الأمر رقم 05-02، المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في: 18 محرم 1426ه الموافق ل 27 فبراير 2005.
2. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 28 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة بتاريخ: 30 سبتمبر1975.
3. قانون رقم 05- 10، مؤرخ في: 13 جمادى الأولى 1426هـ الموافق لـ 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44، المؤرخة في: 19 جمادى الأولى 1426ه الموافق 26 يونيو 2005، معدل ومتمم.
4. ظهير شريف رقم 22-4-10 الصادر في 12 ذي الحجة 1424ه الموافق لـ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية المادة 78، العدد 5184، الصادرة بتاريخ 5-2-2004.

ثالثا: المقالات والدراسات.

1. أيمن الدباغ، "التعسف في الطلاق : حقيقته، حالاته، الجزاء المترتب عليه "، **مجلة جامعة الأقصى سلسلة العلوم الإنسانية**، المجلد الثامن عشر، العدد الأول،2014 .
2. كمال لدرع، "**الطلاق في قانون الأسرة مقارنة بالفقه الاسلامي**"،مجلة جامعة الأميرعبد القادر للعلوم الاسلامية، العدد 12، دار البحث، قسنطينة.

رابعا: الرسائل والبحوث الأكاديمية.

- رسائل الدكتوراه.

1.عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والإجتهاد القضائي**، (رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006-2007.

2.مسعودة الياس نعيمة، **التعويض عن الضرر في بعض امسائل الزواج والطلاق** (أطروحة دكتوراه)، فرع القانون الخاص جامعة بلقايد،تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009.

- رسائل ومذكرات الما جستير.

1.خارف محمد، **التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، (رسالة ماجستير)، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2013–2014.

2.ساجدة عفيف "محمد رشيد" عتيلي، **الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية و القانون الأردني**، (أطروحة ماجستير)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس –فلسطين، 2011.

3.طاري سعيد، **التعسف في فرق الزواج و آثاره -دراسة مقارنة-**، (رسالة ماجستير) جامعة وهران السانية، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية 2012،-2013 .

4.كباب سميرة ومومن الحاج، **الطلاق التعسفي في القانون الجزائري**، (رسالة ماجستير)، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014-2015.

5.مجيدي العربي، **نظرية التعسف في استعمال الحق و آثارها في أحكام فقه الأسرة**، (رسالة ماجستير في الشريعة والقانون)، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين،سنة 1422هـ/ 2002م.

خامسا: الكتب المتخصصة.

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

2-جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحدِّ من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

3- جميل فخري محمد جانم، **متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، دار حامد للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

4-**عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 1428هـ/ 2007م.

5-فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988.

سادسا: الكتب العامة.

1. ابن حزم الأندلسي القرطبي، **رسائل ابن حزم الأندلسي**، تحقيق: إحسان عباس، الجزء الثاني، المؤسسة العربية، بيروت، الطبعة الثانية، 1987.
2. ابن رشد أبو الوليد، **المقدمات الممهدات**، تحقيق: محمد حجي، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988.
3. ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر، بيروت، 1992.
4. ابن ماجه، أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، **السنن**، حققه وضبط نصّه و خرّج أحاديثه وعلّق عليه: الأرناؤوط و أحمد برهوم، الجزء الثالث، دار الرسالة العلمية، دمشق – سوريا، الطبعة الأولى، 1430ه -2009م.
5. أحمد الغندور، **الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون-بحث مقارن-**، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967.
6. أحمد محمد المومني، **وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الطبعة الأولى، 2009.
7. **أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام**، مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الثانية، 1998.
8. **أحمد محمد علي داوود، القرارات الإستئنافية في الأحوال الشخصية**، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان،1999.
9. **أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق وآثارهما**، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
10. إسماعيل أبا بكر علي البامرني، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، دار الحامد، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

11.باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء**، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
12.باديس ذيابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
13.البخاري: المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم، **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار ابن حزم، القاهرة، الطبعة الأولى، 1422هـ.
14.بدران أبو العينين، **أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام (بحث تحليلي ودراسة مقارنة)**، دار التأليف، مصر، الطبعة الثانية، 1961.
15.بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
16.بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج والطلاق**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005.
17.بلحاج العربي، **أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
18.بن شويخ الرشيد، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل**، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
19.البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق: مصطفى هلال، 6 أجزاء، دار الفكر، بيروت، 1982 .
20.الحافظ ابن كثير، **تفسير القرآن العظيم**، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، المجلد1، 2003.
21.حسن أيوب، **فقه الأسرة المسلمة**، دار السلام، القاهرة، الطبعة الثانية، 1422-2002.
22.الخرشي: محمد بن عبد الله بن علي المالكي، **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل**، ضبطه وخرج آياته و أحاديثه : زكرياء عميرات، الجزء الرابع، دار الكتاب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الأولى،1417هـ/ 1997م.

23.خطاب خالد خطّاب، **التعويض عن الطلاق –دراسة فقهية مقارنة**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.
24.رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2010.
25.الشافعي أبو عبد الله محمد، **الرسالة**، تحقيق: أحمد شاكر، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الأولى، 1358هـ/ 1940.
26.الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى 1997،.
27.الشيرازي، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: عادل أحمد بن الموحد وعلي محمد عوض، الجزء الخامس، دار عالم، المملكة العربية السعودية، 1423ه/2003م.
28.عبد الحكيم فوده ومنذر عبد العزيز الشمالي، **أحكام الزواج و الطلاق في المذهبين السني والجعفري في ضوء الفقه وأحكام القضاء**، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
29.عبد القادر داودي، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة**، دار البصائر، الطبعة الأولى، 2007.
30.عبد القادر داودي، **أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، دار البصائر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
31.عبد الكريم زيدان، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، الجزء الثامن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 1413ه/ 1993.
32.عبد الوهاب خلاف،**أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما جرى العمل به في المحاكم**، دار القلم، الكويت، الطبعة الثانية، 1410ه/1990.
33.عزيز كاضم، جبر الضرر والتعويض في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، د.م.ن 1998.
34.**فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقية**، جامعة السليمانية، إقليم كردستان، العراق، 2004.

35.قراعة علي، **فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام**، دار مصر للطباعة 1956.
36.لحسن الشيخ اث ملويا، **بحوث في القانون**، دار هومة، الجزائر، 2003.
37.محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر** 02-05، دار الوعي، الجزائر، الطبعة الاولى، 2012.
38.محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1950.
39.محمد بن عبد الرحمن الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر الخليل**، ضبطه: زكرياء عميرات، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، 1999.
40.محمد سعيد رمضان البوطي، **محاضرات في الفقه المقارن**، دار الفكر المعاصر، بيروت، الطبعة الثانية، 1981.
41.محمد سعيد رمضان البوطي، **ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر، بيروت، الطبعة الرابعة، 2007.
42.محمد فتح الله النشار، **حق التعويض المدنيين الفقه الإسلامي والقانون المدني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، إسكندرية، الطبعة الثانية، 2002.
43.محمد كمال الدِّين إمام، **الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي**، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م.
44.محمد مصطفى شلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام والمذهب الجعفري والقانون**، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الرابعة 1983.
45.محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط3، 2010.
46.مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
47.وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، 2009.
48.وهبة الزحيلي، **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، 1998.

49.**وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته -الأحوال الشخصية- (أحكام الأسرة)**، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة، 1997.
50.يوسف محمد خليفة أبو قرين، **الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام**، دار الكتب الوطنية، بنغازي، الطبعة الأولى، 2007،.

سابعا: المعاجم والقواميس.

1. ابن منظور: أبي الفضل جمال الدين ابن مكرم (ت630هـ/1232م)، **لسان العرب**، طبعة جديدة مصحّحة اعتنى بتصحيحها: أمين محمّد عبد الوهاب ومحمد الصّادق العبيدي، الجزء الثالث عشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، الطبعة الثالثة، 1419هـ/ 1999م.
2. شوقي ضيف: المعجم الوسيط، إصدار معجم اللغة العربية، الجزء الثاني، القاهرة، الطبعة الثانية، 1392هـ/ 1972.
3. عبد القادر بن عبد الرحمان بن محمد الجرماني أبو بكر: **واضح أصول البلاغة من أئمة اللغة**، مؤسسة الرسالة، إشراف محمد نعيم العرقوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة 6، 1419هـ/ 1998.
4. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدّين (ت 817/ 1414م)، **القاموس المحيط**، مكتب تحقيق محمّد نعيم العرقوسي، المجلد 1، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، الطبعة السابعة، 1419هـ/ 1998م.

فهرس المحتويات

قائمة المحتويات	
الموضوع	**الصفحة**
شكر	
إهداء	
مقدمة	1
الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي.	
المبحث الأول: مفهوم الطلاق وأسباب إيقاعه.	8
المطلب الأول: مفهوم الطلاق.	8
الفرع الأول: تعريف الطلاق وأدلة مشروعيته	8
أولا- تعريف الطلاق	8
1- الطلاق لغة	8
2- الطلاق اصطلاحا	9
أ-تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي	9
ب-تعريف الطلاق في القانون	10
ثانيا: أدلة مشروعية الطلاق	11
1-من القرآن الكريم	11
2-من السنة	12
3-من الإجماع	12
الفرع الثاني: حكم الطلاق والحكمة من مشروعيته	12
أولا- حكم الطلاق	12
1-الوجوب	13
2-الندب	13
3-الحرمة	13
4-الكراهة	13
5-الإباحة	13
ثانيا- الحكمة من مشروعية الطلاق	14
المطلب الثاني: أسباب الطلاق والقيود الواردة عليه.	16
الفرع الأول: أسباب الطلاق	16

أولا- عدم الكفاءة الجنسية	16
ثانيا- قلة الوعي بحقيقة الحياة الزوجية	17
ثالثا- عدم الانسجام بين الزوجين	17
رابعا- عوامل اقتصادية وثقافية	18
خامسا- مشاكل نفسية وصحية	18
الفرع الثاني: القيود الواردة عن الطلاق	19
أولا- أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا وعرفا	19
ثانيا- أن يكون الطلاق مفرقا ليس بأكثر من واحدة	20
ثالثا- الطلاق في حالة الطهر دون مخالطة	21
المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي ومعاييره.	23
المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي وشروطه.	24
الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي	24
أولا- تعريف العسف	24
1- التعسف لغة	24
2- التعسف اصطلاحا	25
أ-تعريف التعسف في الفقه الإسلامي	25
ب-تعريف التعسف في القانون	29
ج- تعريف التعسف في القانون الجزائري	30
ثانيا- تعريف الطلاق التعسفي	31
الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي	32
المذهب الأول- الأصل في الطلاق الإباحة	33
المذهب الثاني- الأصل في الطلاق الحظر	35
الفرع الثالث: شروط الطلاق التعسفي	39
أولا- أن يكون الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته	39
ثانيا- أن لا يكون الطلاق بناءً على طلب الزوجة أو برضاها	40
المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق وصورها في الطلاق التعسفي.	41
الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق	42
أولا- معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي	42

1-المعايير الذاتية أو الشخصية	43
2-المعايير الموضوعية أو المادية	45
ثانيا- معايير التعسف في استعمال الحق في القانون	48
1-المعيار الذاتي	48
2-المعيار الموضوعي	48
الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي	49
أولا- الصورة الأولى الطلاق دون سبب مشروع	50
1-مفهوم الطلاق دون سبب مشروع	50
2-حكم التعسف في استعمال الطلاق بدون مبرر شرعي	52
3-تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق من غير مبرر شرعي	53
ثانيا- الصورة الثانية طلاق المريض مرض الموت	57
1-التعريف بمرض الموت	57
2-حكم تصرفات المريض مرض الموت	58
3-حكم ميراث المطلقة في مرض الموت	59
4-تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في واقعة طلاق مريض الموت	61
ثالثا- الصورة الثالثة الطلاق الثلاث بلفظ واحد	65
1-مفهوم الطلاق الثلاث بلفظ واحد	65
2-حكم إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد	66
3-التعسف في استعمال الحق في واقعة الطلاق بالثلاث	68
رابعا- الصورة الرابعة	70
الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي.	
المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي.	74
المطلب الأول: مفهوم الضرر.	74
الفرع الأول: تعريف الضرر	74
أولا: تعريف الضرر	74
1- الضرر لغة	74
2- الضرر اصطلاحا	76
أ-تعريف الضرر في الفقه الإسلامي	76

ب- تعريف الضرر عند فقهاء القانون	76
الفرع الثاني: أنواع الضرر	77
أولا: تعريف الضرر المادي	78
ثانيا: تعريف الضرر المعنوي	79
المطلب الثاني: شروط ضبط الضرر.	81
الفرع الأول: أن يكون الضرر محقق الوقوع	81
الفرع الثاني: أن يكون الضرر شخصيا	81
الفرع الثالث: أن يكون الضرر مباشرا	82
الفرع الرابع: أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة	83
المبحث الثاني: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي.	84
المطلب الأول: مفهوم التعويض.	84
الفرع الأول: تعريف التعويض	84
أولا- تعريف التعويض لغة	84
ثانيا- تعريف التعويض اصطلاحا	85
1-تعريف التعويض في الفقه الإسلامي	85
2- تعريف التعويض عند فقهاء القانون	86
ثالثا: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	86
الفرع الثاني: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي	87
أولا- مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي	87
ثانيا- مشروعية التعويض في القانون	89
الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	90
1- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين	90
2- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة	91
3- أن يكون الزوج متعسف في إيقاع الطلاق	92
4- أن يترتب على الطلاق ضرر	93
5- أن يكون الطلاق بائنا	95
6- يستحق التعويض بناءا على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا وفق إجراءات الدعوى	95

المطلب الثاني: أسس ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.	95
الفرع الأول: أسس التعويض عن الطلاق التعسفي	95
أولا- الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي	95
1- مفهوم المتعة	97
أ- المتعة لغة	97
ب- المتعة اصطلاحا	98
2- مشروعية المتعة والحكمة منها	99
أ-مشروعية المتعة	99
ب- الحكمة من مشروعية المتعة	99
ج- حكم المتعة	101
- حكم المتعة في الفقه الإسلامي	101
- حكم المتعة في القانون	103
- موقف المشرع الجزائري والبعض من التشريعات العربية من المتعة	103
ثانيا- الأساس القانوني لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي	106
ثالثا- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري	107
الفرع الثاني: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي	109
أولا- مقدار المتعة في الفقه الإسلامي	110
ثانيا- مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون	112
خاتمة.	116
قائمة المصادر والمراجع	120
فهرس المحتويات	128