

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف . المسيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق



الطلاق التعسفي في الفقه و القانون

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أسرة

اعداد الطالبين :

- اوعيل عبد الرزاق

- قفي فاتح

لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة المسيلة	لقب واسم الأستاذ
مشرفا ومقررا	جامعة المسيلة	الوافي سعيد
عضوا مناقشا	جامعة المسيلة	لقب واسم الأستاذ

السنة الجامعية : 2020 / 2021 م



27 ديسمبر 2020

* ملحق بالقرار رقم 10821... المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرقي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله:
السيد (د): أوعيل عبد الرزاق الصف: طالب، أساذ، باحث
الحامل (د) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 200434171 والصادرة بتاريخ 16-05-2016 م
المسجل (د) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف (د) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: انطلاق العنصر في الفقه والقانون

أصرح بتسري أي التزام بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021.06.15...

توقيع المعني (د)



27 صفر 2020

* ملحق بالقرار رقم 10824... المؤرخ في
الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

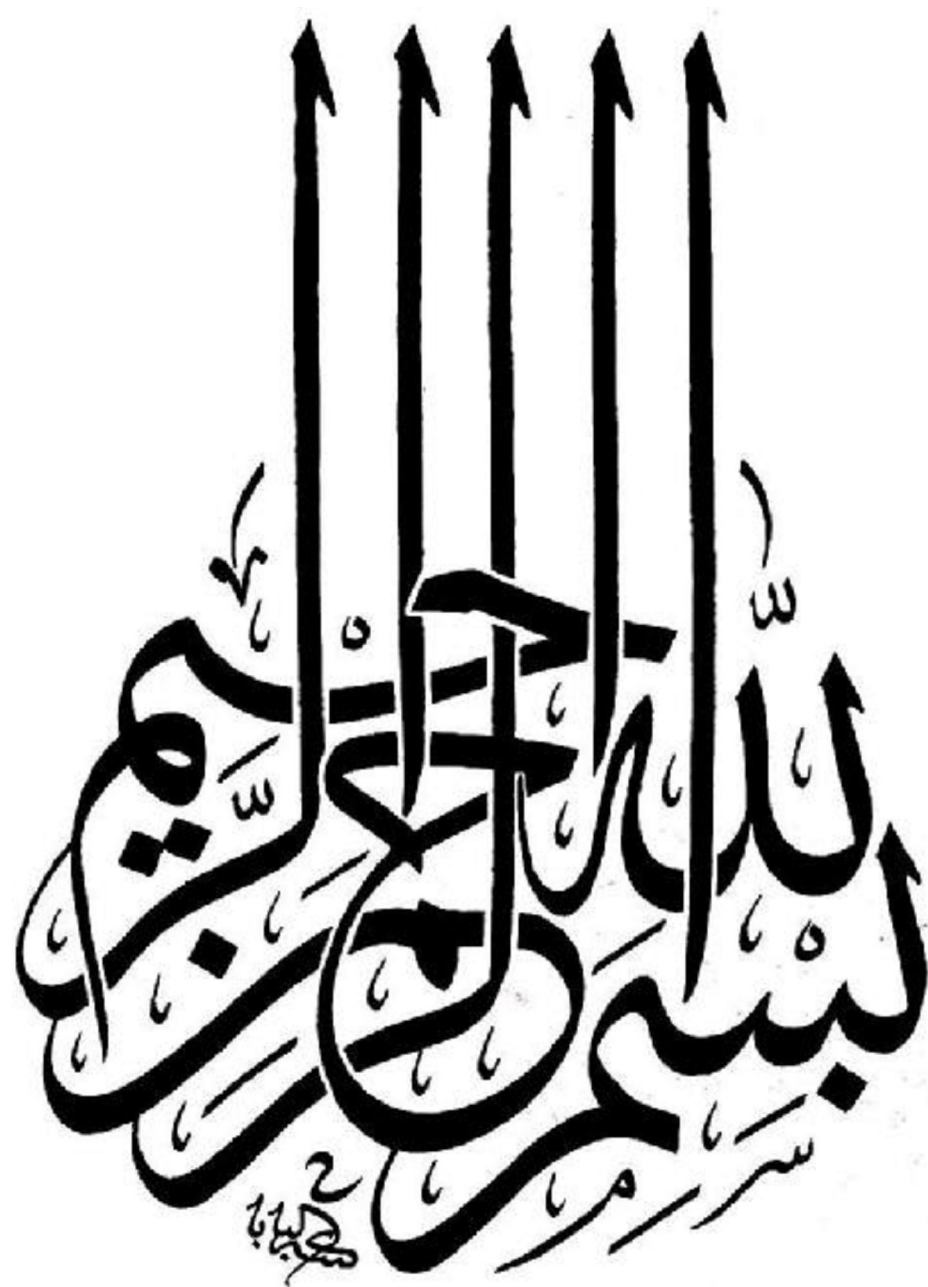
نموذج التصريح الشرفي
الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا المصفي أسفله:
السيد (د): قنّي فاتح الصفة: طالب، أستاذ، باحث سنة ثانية ماستر
الحامل (د) لحقاقة التعريف الوطنية رقم: 299863 والصادرة بتاريخ: 2012-09-11
المسجل (د) بكلية / معهد الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق
والمكلف (د) بإنجاز أعمال بحث (مذكرات التخرج، مذكرات ماستر، مذكرات ماجستير، أطروحة دكتوراه).
عنوانها: الطلاق التعسفي في الفقه والقانون

أصح بشرفي أنني ألزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021-06-16

توقيع المعفي (د)



شكر وتقدير

اتوجه بالشكر الى الله العلي القدير الذي وفقنا لانجاز هذا العمل

المتواضع

كما اتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذ المشرف : سعيد الوافي

الذي افادنا بدعمه وتوجيهاته ونصائحه القيمة

واتوجه بالشكر ايضا للاساتذة الافاضل اعضاء لجنة المناقشة

وكل اساتذة قسم الحقوق بجامعة المسيلة

كما لا ننسى ان اقدم الشكر الى كل الذين درسونا من الطور

الابتدائي حتى الجامعي ادامهم الله في خدمة العلم والمعرفة

واعانهم على مواصلة مشوارهم العلمي والتعليمي



جامعة محمد بوضياف - المسيلة

اوعيل عبد الرزاق

Université Mohamed Boudiaf - M'sila

إهداء

الى روح من أمرنا الله بطاعتها أُمي رحمة الله عليها
و اسكنها فسيح جناته

إلى الأم الثانية جدتي اطل الله في عمرها

إلى عائلتي الصغيرة زوجتي و أولادي إياد و أنس

إلى كل الأصدقاء و الأحباب و الزملاء و كل من ساهم

في انجاز هذا العمل من قريب أو بعيد

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
اوعيل عبد الرزاق

Université Mohamed Boudiaf - M'sila

مقدمة

مقدمة

رابطة الزوجية هي اسمى الروابط لانها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة الرحمة و السكينة لقوله تعالى : (ومن آياته إن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يذكرون) النساء 128 ، فقوام الحياة الزوجية هو التماسك و الرحمة و المودة و التسامح و احترام الزوجين لبعضهما البعض ، هذه العوامل لها بالغ الأثر في سلوك الأولاد حيث أنها تساعد على التوازن و التوافق النفسي و العقلي مما يؤدي الى الشعور بالاستقرار في ظل أسرة متماسكة ، لذلك فان استقرار الحياة الزوجية من الأهداف التي حرصت الشريعة الإسلامية و القانون على صونها وذلك باعتبارها رابطا مقدسا و عقدا أبديا قال تعالى : ((واخذنا منكم ميثاقا غليظا)) النساء 2

كما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الرجال ان يحافظوا على هذه العلاقة المتينة و ان يتقوا الله في النساء فقال عليه الصلاة و السلام : (اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله و استحلتتم فروجهن بكلمة الله)

غير انه يمكن لرابطة الزواج ان تواجه عراقيل و صعوبات تؤدي الى استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين و تكون نهايتها بالانفصال او الطلاق كحل اخير بالرغم من انه ابغض الحلال الى الله عز وجل الا انه وسيلة مشروعة لانهاء العلاقات الزوجية التي لم يكتب لها الاستمرار ، و قد شرع الاسلام الطلاق رفعا للضرر الذي يلحق باحد الطرفين او كلاهما من جراء استمرار علاقة الزواج مصداقا لقوله تعالى : ((وان يشرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما)) .

و للطلاق من حيث الشرع و القانون صور عديدة منها الطلاق بالارادة المنفردة للزوج و الذي

اساسه العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج ، فالاسلام وحرصا منه لما اقر الطلاق كحق مقرر للزوج لم يتركه مطلقا يمارسه متى شاء بل قيده بعدم الاضرار و التعسف في استعمال الحق ، فعلى الزوج ان يتقيد عند ايقاعه للطلاق بما يحقق هذه المصلحة و استعماله لهذا الحق في غير ما شرع له .

و لحماية الزوجين من هذا الطلاق الذي يشكل ظلما ، تناول القانون هذا الطلاق من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني و التي تناولت معايير التعسف ، كما ان قانون الاسرة الجزائري في مادته 52 عطى للقاضي سلطة تحديد مدى تعسف الزوج في استعمال حقه في ايقاع الطلاق ، و لتجسيد هاته الحماية رتب المشرع اثرا على ثبوت الطلاق التعسفي من خلال حق المطلقة تعسفا في التعويض عن الضرر اللاحق بها . و ما سنتناوله في دراستنا هذه يتوضح من خلال عنوان هذا البحث و هو الطلاق التعسفي في الفقه و القانون .

اهمية الموضوع :

تظهر اهمية الموضوع كنتيجة حتمية لضرورة حماية رابطة الزوجية ، و انحلال هذه الرابطة لا بد ان يكون وفق اجراءات معينة ، و من جهة اخرى تظهر هذه الاهمية في تزايد حالات الطلاق في المجتمع الامر الذي يستدعي تفعيلنا لنصوص القانون المتعلقة بالطلاق لحماية الاسرة في اطار الشريعة الاسلامية .

اسباب اختيار الموضوع :

يمكن اجمال اسباب و الدوافع التي ادت اختيار هذا الموضوع الى:

- اللبس و الغموض الذي يكتنف الطلاق التعسفي من حيث التكييف القانوني ، و السلطة التقديرية للقاضي في تحديد التعويض ، و جهل المجتمع بحقوق المطلقة في الفقه الاسلامي .

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

- محاولة طرح مقترحات و حلول للتقليل من مشكلة الطلاق باعتبارها مهددة لكيان الاسرة و سلامة و استقرار المجتمع .

اهداف الموضوع : هدفنا من وراء هذا البحث هو دراسة موضوع الطلاق التعسفي من خلال الفقه الاسلامي و قانون الاسرة و بيان ماهيته و معايير و صوره و الآثار المترتبة عليه ، و ابراز اهم الاشكالات التي يطرحها قانون الاسرة الجزائري اثناء تطبيق النصوص القانونية .
اشكالية الموضوع :

بالنظر الى ما تقدم من اسباب و دوافع ، وللتوصل الى ما ذكر من اهداف فان اساس هذا البحث هو الاشكالية التالية :

ما هو الطلاق التعسفي و ما هي آثاره ؟ و ما مدى مساهمة قانون الاسرة الجزائري في حماية الزوجة من الطلاق التعسفي مقارنة مع الفقه الاسلامي ؟

المنهج المعتمد: نظرا لطبيعة هذا الموضوع فان المنهجين الوصفي و التحليلي يفرضان نفسيهما مما جعلني اسلكهما في اعداد هذا البحث ، اما المنهج المقارن فقد فرض نفسه في بعض اجزاء الموضوع .

الدراسات السابقة: اعتمدنا على مذكرة لرحو مليكة بعنوان " الطلاق بالارادة المنفردة للزوج " مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء ، 2012 - 2015 ، حيث تناولت هذه المذكرة الطلاق بصورة عامة و تطرقت الى ذكر آثاره ، و يظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها و موضوع بحثنا في تناولنا لنفس الموضوع و هو الطلاق بالارادة المنفردة للزوج ، اما الاختلاف فيبرز في التفصيل لآثار الطلاق التعسفي .

الصعوبات و العوائق :

على الرغم من الاهمية التي يكتسبها موضوع الطلاق التعسفي الا اننا واجهنا اثناء قيامنا بهذا البحث مشكلة تمثلت في قلة المراجع التي تتناول اشكالات الطلاق ، اضافة الى عدم توفر الاحصائيات الخاصة بالطلاق .

خطة البحث : تم تقسيم البحث الى فصلين كل فصل يحتوي على مبحثين ، و لاعداد هذا البحث قمنا باعتماد الخطة التالية :

مقدمة

الفصل الاول : ماهية الطلاق التعسفي

المبحث الاول : تعريف الطلاق و مشروعيته

المبحث الثاني : ماهية الطلاق التعسفي

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

المبحث الاول : الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

خاتمة

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي

و يحتوي على بحثين:

المبحث الأول : مفهوم الطلاق و مشروعيته

المبحث الثاني : مفهوم الطلاق التعسفي

الفصل الاول : ماهية الطلاق التعسفي

ان أساس العلاقة الزوجية هو الود و التآلف و الثقة الزوجية المتبادلة ، لكن اذا وقعت الخلافات و اشتدت ، و اصبح البقاء تحت السقف الواحد مستحيلا ، و لم يجد الزوجان حلولا لمشاكلهم ، اباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي هو ابغض الحلال الى الله .

و قد اعطت الشريعة الاسلامية للزوج الحق في الطلاق بارادته المنفردة يوقعه متى دعت اليه الضرورة بعد استنفاد طرق الاصلاح المشروعة دون الحاجة الى ارادة الزوجة في ذلك كونه مالكا للعصمة ، الا ان الزوج قد يسيئ استعمال هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه فما هو المقصود بالطلاق التعسفي ؟ و ما هي معايير و صوره ؟

و للإجابة عن هذا التساؤل ارتأيت تقسيم هذا الفصل الى الى مبحثين تناولت في الاول مفهوم الطلاق و مشروعيته و قسمته الى مطلبين تعرضت في الاول الى تعريف الطلاق اما الثاني فتعرضت فيه الى حكم الطلاق و مشروعيته .

اما المبحث الثاني فتعرضت فيه لمفهوم الطلاق التعسفي حيث تناولت في مطلبه الاول تعريف الطلاق التعسفي اما في المطلب الثاني فتناولت فيه معايير الطلاق التعسفي و صوره .

المبحث الاول : مفهوم الطلاق و مشروعيته

لتحديد مفهوم الطلاق في القانون الجزائري و احكام الشريعة الاسلامية التي سنت الطلاق يتعين علينا ، اعطاء تعريف للطلاق من الناحية اللغوية و الاصطلاح القانوني و الشرعي ، و بيان حكمه و مشروعيته و دلة مشروعيته و هذا ما سيتم من خلال المطلبين التاليين :

- المطلب الاول / تعريف الطلاق

- المطلب الثاني / حكم الطلاق و مشروعيته

المطلب الاول : تعريف الطلاق

لايجاد تعريف جامع مانع للطلاق يتعين تحديد كلمة الطلاق في اللغة العربية و تحديدها اصطلاحا لنتتهي بالتعريف الذي قدمه قانون الاسرة الجزائري .

الفرع الاول : الطلاق لغة :

الطلاق في اللغة يرجع لعدة معاني¹ و منها :

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

- الفراق : و منه طلقت البلاد فارقتها .

- التخلية : و منه اطلقت الاسير اي خليته .

- الارسال : و منه ناقة طالق بلا خطام ، و هي التي ترسل في الحي فترعى من جنابهم حيث شاءت ، لا تعقل اذا راحت و لا تتحى في المسرح .

- من لا قيد عليه : و منه و حبسوه في السجن طلقا ، اي بغير قيد ، و الطالق من الابل التي

لا قيد عليها ، بمعنى حل القيد و الاطلاق ، و منه ناقة طالق اي مرسلة بلا قيد ، و اسير

مطلق ، اي حل قيده و خلي عنه .

1- ابن منظور ، الامام العلامة جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الانصاري الافريقي المصري ، لسان

العرب ، دار لسان العرب ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 2003 ، الجزء العاشر ، ص 271 .

عليه فكل هذه المعاني تصب في مجرى واحد و هو التخلص من اي نوع من الروابط و القيود التي تحد من الحرية و، و قد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الرجل لامراته لما في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها ببيت الزوجية ، و من ترك لها و تخل عنها ¹.

الفرع الثاني : الطلاق اصطلاحا :

اولا : الطلاق في الاصطلاح الشرعي :

عرف الطلاق في الاصطلاح الشرعي بانه ازالة النكاح او نقصان حله بلفظ مخصوص ، و معنى ازالة النكاح رفع العقد بحيث لا تحل له الزوجة بعد ذلك ، و هذا فيما لو طلقها ثلاثا وو قوله او نقصان حله معناه نقص عن الطلاق الذي يترتب عليه نقص حل الزوجة ، و هذا كما اذا طلقها طلقة رجعية فانها تنقص حلها ، فبعد ان كانت تحل له مطلقا ، و يملك ثلاث طلاقات ، اصبحت لا تحل له بعد طلقتين ، و لا يملك الا طلقتان ، و هو معنى قول بعضهم في تعريف الطلاق : انه رفع قيد النكاح او بعضه ².

و قد قدمت تعاريف كثيرة و مختلفة للطلاق من قبل الفقهاء من الناحية الشرعية ، و لكنها رغم ذلك تتفق في المعنى المقصود منه شرعا .

فقد عرفه الحنفية بانه : " رفع قيد النكاح في الحال او المآل بلفظ مخصوص " اما المالكية فالطلاق عندهم صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجه بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه ³ .

1- نصر سليمان ، سعاد سطحي ، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة مع قانون الاسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2003 ، ص 06 .

2- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، دار ابن حزم ، بيروت، 2010 ، ص 964

3- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، المرجع نفسه ، ص 964.

و عرف الشافعية الطلاق بانه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه ¹.

و عند الحنابلة هو : حل قيد النكاح كله او بعضه ².

ثانيا : الطلاق في الاصطلاح القانوني :

تعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق في المادة 48 ق ا بقوله " الطلاق حل عقد الزواج ، و يتم بإرادة الزوج ، او بتراضي الزوجين ، او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " . و

الملاحظ هنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع لم يذكر ما يقع به الطلاق من ألفاظ و كنايات و إشارات ، و لم ينص على أركان الطلاق كما نص على أركان الزواج ، فهو لم يعط تعريفا دقيقا للطلاق و لا لبيان أركانه و شروطه و ضوابطه ، و ترك ذلك للفقهاء الإسلامي بموجب نص المادة 222 ق أ التي تنص على أن " كل ما لم يرد نص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ³.

1- الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1997 ، الجزء الثالث ، ص 368 .

2- البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الاقناع ، دار عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، الجزء الخامس ، ص 232 .

3- الامر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005 ، يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 ، المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، و المتضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، الصادرة بتاريخ : 18 محرم 1426 هـ ، الموافق ل 27 فبراير 2005 .

المطلب الثاني : حكم الطلاق و مشروعيته

إن للطلاق أحكاما عديدة تختلف باختلاف آراء الفقهاء ، و كذا الحالات التي يتم اللجوء اليه فيها فقد يكون واجبا أو مندوبا أو مكروها أو محرما أو مباحا ، كما ان الشارع الحكيم شرع الطلاق لحكم كثيرة و هذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب .

الفرع الاول : حكم الطلاق:

و يقصد به ما يوصف به الطلاق شرعا كونه مطلوب فعلة او مطلوب تركه و قبل التطرق الى الاحكام التي تعتري الطلاق نتكلم عن الاختلاف الفقهي في الحكم الاصلي للطلاق اهو الحضر او الاباحة .

فالذين يقولون بان الاصل في الطلاق الاباحة استندوا لقوله تعالى : ((فطلقتوهن لعدتهن))¹.

و قوله : ((لا جناح عليكم ان تطلقن النساء ما لم يمسوهن أو ترضوا لهن فريضة))

فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق و لا جناح على الزوج الذي بيده العصمة في ايقاع الطلاق و الأدلة من السنة أن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق زوجته حتى نزل الوحي يقول له راجعها فإنها صوامة قوامة و النبي لا يفعل المحذور .

أما الذين يقولون أن الأصل في الطلاق الحظر فاستندوا الى قوله تعالى : ((فان أطعنكم فلا

تبغوا عليهن سبيلا))² ، و هذه الآية تفيد ان الطلاق بدون حاجة بغي و ظلم و هذا محذور في

الإسلام ، و منه فان الأصل في الطلاق الحظر و ان إباحته مقيدة بالحاجة و بعد محاولة

الإصلاح أولا³ .

1- سورة الطلاق ، الآية 01.

2- سورة النساء ، الآية 34

3- محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين- دراسة فقهية وقانونية ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص 1-15

و الاصل في الطلاق ان يوصف بالكراهة فكل طلاق في ذاته مكروه ، فليس للرجل ان يطلق زوجته بدون سبب ، و لذا قال صلى الله عليه وسلم : " ابغض الحلال الى الله الطلاق " ، ولا يراد ان الحلال ليس فيه شيء مبغوضا لله تعالى ، بل جميع افراده ممدوحة في نظر الشرع فهي محبوبة ، لان المراد بالحلال ما قابل الحرام ، فيشمل المباح و المكروه ، و الطلاق من افراد المكروه المبغوض ، و هو اشد المكروهات بغضا ، فالطلاق و ان جعله الشارع سببا صحيحا لفرقة الزوجين ، و لكنه يكرهه و لا يرضى عن استعماله بدون سبب ، ثم ان الاسباب التي تعرض للطلاق تارة تجعله موصوفا بالوجوب ، و تارة تجعله موصوفا بالحرمة ، و تارة تجعله مكروها ، و تارة تجعله مندوبا ، فيكون واجبا يجبر عليه اذا عجز الزوج عن اتيان المرأة او الاتفاق عليها ، فان لها ان تطلب تطليقها و تجاب الى طلبها ، على انه يجب على الرجل ديننا في هذه الحالة ان يطلق زوجته حتى لا يترتب على امساكها فساد اخلاقها ، و هناك عرضها و الاضرار بها ، و يكون حراما اذا ترتب عليه الزنا بها او باجنيبة ، او ترتب عليه اكل حقوق الناس¹

او في حال الطلاق البدعي اذا كان في الحيض ، حيث اتفق الفقهاء على ان هذا الطلاق يقع حراما و ان فاعله اثم ، وذلك لما ورد عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه طلق زوجته و هي حائض على عهد الرسول صلى الله عليه و سلم ، فسأل عمر ابن الخطاب الرسول صلى الله عليه و سلم عن ذلك ، فقال صلى الله عليه وسلم : " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد و ان شاء طلق قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء " ².

1- عبد الرحمن بن محمد عوض ،الجزيري ، المرجع السابق ، ص 974.

2- احمد بن على بن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، ج 9 ، كتاب الطلاق ، باب العدة ، دار المعرفة للطباعة و النشر ، لبنان ، ص 345 .

و يكون الطلاق مكروها اذا طلقها بدون سبب ، لما عرفت ان الاصل فيه عدم الجواز ، و يكون مندوبا اذا كانت فاسدة الاخلاق ، سواء كانت زانية او متهتكة او تاركة للفرائض من صلاة و صيام و غيرهما ¹ .

و يكون مباحا لحاجة لان الطلاق شرع لتيسير الخلاص من الحياة الزوجية اذا اصبحت منارا للفتن ، و محلا للاحقاد و ذلك من رحمة الله ولطفه بنا ، فيكون عند الحاجة اليه لسوء خلق المرأة ، و سوء عشرتها و التضرر بها من غير حصول الغرض منها ² .

الفرع الثاني : مشروعية الطلاق:

اولا : ادلة مشروعية الطلاق : استمد الفقهاء الدليل على مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة و الاجماع و القياس .

01- مشروعية الطلاق من الكتاب : ورد ذكر الطلاق في سورة البقرة و الاحزاب و الطلاق قال تعالى : ((الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان)) ³ .

هذه الاية فيها بيان لعدد الطلقات و تقديره ثلاث طلقات ، و يجوز الرجوع في اثنتين و لا تجوز في الثالثة .

- و قوله تعالى : ((لا جناح عليكم اذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة و منعوهن على الموسع قدره و على المقتر قدره مناعا بالمعروف حقا على المحسنين)) ⁴ ، يتضح من الاية ان الله اباح طلاق المرأة بعد العقد عليها و قبل الدخول بها و فرض لها متعة الطلاق .

1- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، المرجع السابق ، ص 974.

2- نور الدين عتر ، ابغض الحلال ، مؤسسة الرسالة ، سوريا ، 1985 ، ص 44.

3- سورة البقرة ، الاية 229 .

4- سورة البقرة ، الاية 236 .

- و قوله تعالى : ((يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة))¹ .
- و قوله تعالى : ((يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جيلا))² .

02- مشروعية الطلاق من السنة :

تعددت الأحاديث الواردة في مشروعية الطلاق و الأدلة كثيرة في ذلك فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته و هي حائض في عهد رسول الله فسال عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : " مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم ان شاء امسك بعد ذلك و ان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء " ³ .

وجه الدلالة : الحديث نص صريح في بيان العدة التي امر الله عز وجل ان يطلقوها النساء ، و هذه العدة لا تكون الا بعد الطلاق ⁴ .

و عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها نص الحديث صراحة على ان الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها ، و في ذلك دلالة واضحة على مشروعية الطلاق ⁵ .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و الرجعة " ⁶

1-سورة الطلاق ، الاية 01 .

2-سورة الاحزاب ، الاية 49 .

3-احمد بن على بن حجر العسقلاني ، المرجع السابق ، ص 345

4-جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقهة و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى، 2009، 126 .

5-جميل فخري محمد جانم ، المرجع نفسه ، ص 22 .

6-القزويني : الحافظ ابي عبد الله بن محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ج 1 ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، ص 658 .

و يكون الطلاق مكروها اذا طلقها بدون سبب ، لما عرفت ان الاصل فيه عدم الجواز ، و قال عليه الصلاة و السلام : " انما الطلاق لمن اخذ بالساق " ¹ .

03- مشروعية الطلاق من الاجماع :

اجمع علماء الامة الاسلامية من ايام الرسول صلى الله عليه و سلم حتى اليوم ، على ان للرجل ان يطلق زوجته ، و لم ينكر احد هذه الاباحة الا اذا كانت بدون عذر ².

04- مشروعية الطلاق من القياس :

دل القياس على الطلاق ايضا ، لان العشرة اذا فسدت بين الزوجين ، و لم يكن في الاستطاعة دوامها ، يكون بقاء الزواج بامساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تقويت للهدف و للغاية المنشودة من الزواج و تضييع لمصالحه التي شرع لاجلها ، و من هنا شرع الطلاق في الاسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران و المتباغضان من قيد تلك الرابطة ، فيلتمس كلاهما من هو خير له و احسن معاملة و اكرم عشرة ³. لقوله سبحانه و تعالى : ((وان تفرقا يعن الله كلا من سعه، وكان الله واسعا حكيما)) ⁴

ثانيا : الحكمة من مشروعية الطلاق :

الزواج رباط مقدس و علاقة سامية شرعها الاسلام على سبيل الدوام و البقاء اساسها المودة و الرحمة ، و شرع الاحكام التي تضمن قوتها و استقرارها و استمرارها ، و ارشد طرفيها الى

1- الدارقطني : الامام الكبير علي بن عمر الدار قطني ، سنن الدار قطني ، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم

أبادي ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2011 ، ص 885 .

2- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004 ، ص 209 .

3- بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 209 .

4- سورة النساء ، الآية 130 .

حسن المعاشرة بالرفق و اللين و تبادل الصبر و الصفح و التعاون قال تعالى ((و من آياته ان خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يذكرون))¹.

لذلك جعل الإسلام عقد الزواج من العقود الرضائية المبنية على الاختيار المطلق بين الزوجين ، حتى يؤتي ثماره المرجوة ، فاذا انتهت المودة و حل محلها الشقاق ، و النشوز و استنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بارجاع الحياة الزوجية الى صفوها ، فليس هناك من حل احكم و اعدل من ان يفترقا ، اذ لا يعقل ان يعيش اثنان تحت سقف واحدة و هما يكتان لبعضهما كل الكره و العداوة و البغضاء ، و لهذا فان في تشريع الطلاق على صورته الموجودة في شريعتنا السمحاء حكما عظيمة ، في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج الذي كان في الجاهلية يطلق حتى اذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ليطلقها من جديد وفي هذا أضرار لها ، اذ يتركها كالمعلقة لا هي مطلقة ولا هي ذات زوجة، فجاء الإسلام و حد من هذه التلاعبات فأعطى للزوج فرصتين للطلاق و هذا ما يتضح من قوله تعالى : ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان))².

فيكون الطلاق في هذه الحالة رحمة من الله تعالى بعباده ، لان فيه خلاص المرأة من اذى زوجها و سطوته عليها و ظلمه لها .

و عليه فالطلاق هو العلاج الحاسم ، الحل الاخير لما استعصى حله على الزوجين و اهل الخير و الحكمين ، بسبب تباين الأخلاق ، و تنافر الطباع ، و تعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين .

1- سورة البقرة ، الآية 229 .

2- سورة الروم ، الآية 21 .

المبحث الثاني : مفهوم الطلاق التعسفي

لقد اكد المشرع و القانون حق الزوج في الطلاق باعتباره صاحب العصمة الزوجية ، فيملك حق مفارقة الزوجة بإيقاع الطلاق عليها ، لذا قيد هذا الحق بشروط منها مراجعة النفس ، و عدم الانسياق وراء العواطف العارضة و الانفعالات ، و التروي لأخذ القرار المناسب .

فعلى الزوج ان يستعمل هذا الحق باسس شرعية و قانونية و في الحدود المرسومة له ، لكن احيانا قد يتجاوز هذا الحق مما يلحق الضرر بالزوجة و تترتب عليه مسؤولية .

و للإحاطة بهذا الجانب و المتمثل في التعسف في الطلاق ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين :

- المطلب الأول / تعريف الطلاق التعسفي .
- المطلب الثاني / معايير التعسف و صوره .

المطلب الاول : تعريف الطلاق التعسفي

ان الطلاق التعسفي مصطلح يطلق على كل طلاق استبد به الزوج و تأذت منه الزوجة ، و قد اشار اليه قانون الاسرة من في المادة 52 منه ، دون ان يبين ما المقصود منه ، و لكون الطلاق موصوف بكونه تعسفيا وجب معرفة معنى التعسف .

الفرع الاول : التعسف لغة

التعسف مأخوذ من الفعل الثلاثي " عسف " تعسف عسفا و التعسف يأخذ معنى : الجور و الظلم و الانحراف عن الغاية او الوجهة المقصودة ، فعسف عن الطريق يعسف : مال و عدل و عسفه تعسيفا : اتعبه و تعسفه ظلمه و انعسف : انعطف و العسوف الظلوم¹.

1- حمد بن يعقوب الفيروز الآبادي مجد الدين ، القاموس المحيط ، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي ، المجلد الاول ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة ، 2003، ص 837 .

الفرع الثاني : التعسف اصطلاحا :

اولا : التعسف في الفقه الاسلامي : ان الشريعة الاسلامية هي شريعة عادلة ، وصالحة لكل زمان و مكان باعتبارها خاتمة الشرائع ، فقد جاءت بالكثير من النظم الحديثة حماية للحقوق ، و إن الحق أمانة في يد المكلف ، يجب ان يكون وسيلة لتحقيق المصالح لا المفساد ، و التعسف في استعمال هذا الحق قد يرد عليه ضرر للآخرين ، و لم يرد لفظ التعسف في خيارات الفقهاء و اصول الدين و انما ورد بدلا عنه عبارتي " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية¹ ، و كلمة " التعتت " في افادة معنى الظلم الناشئ عن اساءة استعمال الحق و التصرف فيه تصرفا مخالف لمقصد الشارع من تشريعه ، و على الرغم من اقتراب مصطلحي " التعتت " و " التعسف " في الحقوق الا ان مصطلح " التعسف " هذا الاكثر تداولاً² في المغني لابن قدامة و بدائع الصنائع للكسائي ، و يتفق معنى التعتت و التعسف .

و من الادلة في الكتاب و السنة على نظرية التعسف في استعمال الحق قوله تعالى : ((واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن بامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن اضراما لعنوا و ما يفعل ذلك فقد ظلم نفسه و لا تأخذوا آيات الله هزوا و انكروا نعمة الله عليكم و ما انزل عليكم من الكتاب و الحكمة يعصكم به و اتقوا الله و اعلموا ان الله بكل شيء عليم))³.

1- بلحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، منكرة لنيل

شهادة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، 2014 ، ص13 .

2- محمد احمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998 ، ص 24 .

3- سورة البقرة ، الاية 229 .

و من السنة قوله عليه الصلاة و السلام " لا ضرر و لا ضرار " يعتبر هذا الحديث قاعدة عامة قاعدة عامة تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي و فيه نهى صريح على إلحاق الضرر بالآخرين .

ثانيا : التعسف في القانون الجزائري :

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعسف بل اكتفى بذكر معايير من خلال المادة 124 مكرر من القانون المدني و التي تنص على : " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

01- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير .

02- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير

03- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة " ¹.

الواضح من نص المادة ان التعسف يعني الانحراف في استخدام الحق بالشكل الذي يوقع الضرر بالغير عن قصد و تعمد ، او الحصول على منافع ضئيلة قياسا بحجم الضرر الذي ينشأ للغير ، او قصد الحصول على فائدة غير شرعية و لا قانونية .

فالمشرع بين اهم الحالات التي تعتبر تعسفا مستعملا لفظ " لاسيما " التي تعني " خاصة " مما يدل ان المشرع لم يبين كل الحالات التي تدخل في نطاق التعسف .

1- القانون رقم 05-10 مؤرخ في 30 يونيو سنة 2005 ، يعدل و يتم الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 44 ، المؤرخ في 26 يونيو سنة 2005 .

المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي و صورته

الفرع الاول : معايير الطلاق التعسفي

اختلف العلماء في وضع ضابط واحد عام يحكم باثره على الفعل بكونه تعسفا ام لا ، و بين تفصيل و تقسيم الضوابط على حسب توفر نية لدى ذوي الحق في تصرفه للاضرار ام لا و يمكن تقسيم المعايير بوجه عام الى قسمين ¹ :

المعايير الذاتية او الشخصية (المعنوية) ، و المعايير المادية او الموضوعية .

اولا - المعايير الذاتية او الشخصية :

و يقصد بها العوامل النفسية التي حركت ارادة صاحب الحق في التصرف بقصد الاضرار او الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة و تنقسم الى معيارين :

1- معيار قصد الاضرار :

و يتعلق هذا المعيار بالقصد او النية ، اي ان تكون نية الاضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، و هي مسالة نفسية يتعذر التدليل عليها ، و يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في ايقاع الطلاق ، و مع ذلك فان تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي و هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف ، و مسلك الرجل الراشد هو الا يطلق الا لسبب شرعي اقتضته الضرورة ، و بذلك فانعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفيا ².

و من امثلة هذا المعيار توريث المرأة المبتوتة في مرض الموتى ، فاذا طلق الرجل امراته ، فان

1- عبير ربحي شاكرا القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، الطبعة الاولى ، 1428 هـ - 2007 م ، ص 36 .

2- بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الخلدونية للنشر ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، 2007 ، ص 169 - 170 .

طلاقه لها حق ، الا ان استعمال هذا الحق في مرض الموت قرينة على ان القصد هو ابعاد المرأة من الارث ، فيكون متعسفاً في استعمال حق الطلاق لحرمانها من الميراث ، لمحض قصد الاضرار فيعامل المطلق بنقيض قصده ، فتورث المرأة ، من تركة الزوج قبل وفاته ، لان القصد ظهر بقرينة الطلاق في مرض الموت¹.

و لتحقق هذا المعيار شرطان :

* ان يقصد صاحب الحق الزوج الحاق الضرر بالزوجة عمدا .

* ان يتمحض قصده لذلك ، بحيث لا يصحبه قصد لشيء اخر كالقصد الى تحقيق المنفعة و لو كانت بنسبة ضئيلة² .

و تعد النية من الامور الباطنة التي يصعب الكشف عنها ، و الاطلاع عليها ، مما يصعب اثبات نية الاضرار ، و عليه لزم البحث عن قرائن للكشف عن نية صاحب الحق و توفر قصد الاضرار لديه و من هذه القرائن :

- **انتفاء المصلحة المشروعة** : و المقصود هنا خلو الفعل من المصلحة المشروعة التي قصد الشارع تحقيقها من تشريعه للفعل .

- **تفاهة المصلحة و جسامة الضرر** : اي ان يستعمل صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع ما يترتب عليها من اضرار للغير ، فتفاهة المصلحة قرينة لقصد لا الاضرار بالغير

- **اختيار صاحب الحق وسيلة اكثر ضررا من غيرها ازاء استعماله لحقه** : اي ان صاحب الحق يمكنه التصرف في حقه و استعماله بطريقتين يترتب عن احدهما ضرر بالغير بينما الاخرى لا ضرر فيها ، و يصر صاحب الحق على استعمال حقه بالصورة التي يلحق الضرر

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

2- عبيد ربحي شاكرا القدومي ، المرجع السابق ، ص 38 .

بها ، في حين يمكنه ان يحصل مصلحته بصورة لا ضرر فيها ، فاصراره على ذلك قرينة واضحة على قصد الاضرار بالغير .

2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة :

اذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما او مقصدا شرعيا فانه يكون متعسفا فيه ، ذلك لان الشرع وكل امر الطلاق للرجل كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية¹ ، اما ان يستعمله الزوج دون سبب فقد يؤدي الى اختلال في نقص المصلحة التي كان من المفترض الحفاظ عليها فأدى ذلك الى انهدام اسرة و من امثلة هذه الحالة : طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث ، لانه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له ، و انما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الارث و هي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق و سيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا²

ثانيا - المعايير الموضوعية او المادية :

و تعني مدى التناسب بين ما يعود على صاحب الحق من منافع و ما ينجر على استعمال الحق من مفساد و اضرار ، و تتضمن هذه المعايير معيارين فرعيين هما :

1- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة :

قد يقوم الزوج بايقاع الطلاق بناءا على اسباب يعتبرها مبررات و دوافع للطلاق و ذلك لدفع الضرر عن نفسه و بالموازنة بين ما ينتج عن ايقاع الطلاق من مصالح و ما ينتج عنه من مفساد و اضرار تلحق كلا من الزوجة و الاولاد نجد ان المفساد و الاضرار الناتجة عن

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

2- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 198 .

الطلاق اكبر من المصلحة المراد تحقيقها و بذلك يكون الزوج متعسفا في حقه و في ذلك يقول زياد صبحي : " اذا كان للزوج مصلحة في ايقاع الطلاق و الحق بالمرأة ضررا و كان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في ايقاع الطلاق فان الزوج في هذه الحالة يكون متعسف" ¹ و يؤيد هذا المعيار عديد من القواعد الشرعية مثل : الضرر الاشد يزال بالاخف ، و القاعدة الشرعية : درء المفسد اولى من جلب المنافع ، فاذا تعارضت مفسدة مع مصلحة قدم درء المفسدة غالبا لان اعتناء الشرع بالمنهيات اشد من اعتناؤه بالمأمورات و هذا ان كانت المفسدة راجحة ، اما اذا كانت المفسدة التي تلحق الغير من جراء استعمال الحق تافهة بحيث لا تتناسب مع المصلحة التي يراد جلبها قدم جلب المصلحة ².

و يقوم هذا المعيار على ضابطين و هما :

الضابط الاول : اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين .

الضابط الثاني : اختلال التوازن بين مصلحة عامة و مصلحة فردية .

فالمطلق يعد متعسفا اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، و المعيار هنا موضوعي بحث لانه يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة و الضرر الذي يصيب الغير ، فاذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية ³ .

2. معيار الضرر الفاحش :

ان قيام الزوج بتطليق زوجته قد يلحق بها ضررا فاحشا خاصة اذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا و اعتمدت الزوجة عليه في النفقة و تقدم بها العمر و حدث الطلاق و هي في هذه

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 198 .

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

3- بن زيطة الهادي ، المرجع السابق ، ص 170

الحالة التي تكون فيها بأمس الحاجة الى من ينفق عليها و من يخفف عنها الام الوحدة و

الفراق م مشاق الحياة فان الزوج بذلك قد يكون اضر بها ضررا فاحشا ¹ .

فالمعيار الموضوعي ينظر الى النتائج المترتبة على تصرف الانسان في خالص حقه ، فان

اضر بغيره ضررا فاحشا قصد ذلك او لم يقصده منع لان في تصرفه مناقضة لقصد الشارع من

اعطائه الحق ، و المناقضة تعسف ² .

ضابط السبب المشروع :

بعد ان خلصنا الى تحديد معايير الطلاق التعسفي ، فان السؤال الذي يتبادر الى الذهن

بخصوص هذه المعايير : ما ضابط السبب المشروع الذي يجيز حل الرابطة الزوجية بحيث لا

يعد طلاق تعسفيا ؟

يرى الزحيلي انه لا يمكن وضع ضابط للمسوغ المشروع في الطلاق ، لان اسباب الطلاق

اما موضوعية عامة مثل عدم الانجاب ، او شخصية ذاتية مثل البغض و عدم كفاءة الزوجة و

عدم التفاهو او عدم التوافق في الطباع ، و الأسباب الشخصية الذاتية هي الغالبة ، و هي

اسباب لا يمكن ضبطها و لا اخضاعها الى مقاييس واضحة يمكن القضاء فيها ، و يخلص

الى القول : ان التعسف في الطلاق ينحصر في نطاق محدود جدا ، لا يستحق التضخيم في

البحث و في القوانين ³ .

و تقول ساجدة عفيف عتيلى ⁴ ، لا نوافق على ما خلص اليه الزحيلي ، و نرى انه و ان كانت

كثيرة من اسباب الطلاق شخصية ذاتية ، الا انه يمكن وضع ضوابط ظاهرة و واضحة

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 198

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

3- محمد الزحيلي ، التعويض المالي عن الطلاق ، دار المكتبي ، دمشق ، سوريا ، 1418 هـ ، ص 60 .

4- ساجدة عفيف عتيلى ، المرجع السابق ، ص 98 - 99 .

للمسوغات المشروعة و المسوغات غير المشروعة ، مثل ان يقال : كل طلاق لا يستتفد طرق
الاصلاح يعد طلاقا تعسفيا ، لانه حتى و لو كانت اسباب الطلاق شخصية ذاتية ، فلا تمنع
من استتفاد طرق الاصلاح ، فاذا تجاهل الرجل هذه الطرق او تجاوزها ، كان ذلك قرينة على
تعسفه

و ليس صحيحا انه لا يمكن الوقوف على المسوغات و تحديد مدى مشروعيتها و معقوليتها ،
لان هذه الاسباب و ان كانت ذاتية لا يمكن الحكم فيها بذاتها ، الا انه يمكن الحكم على
الوقائع الناتجة عنها و انطباعات لجنة الاصلاح حين تتدخل ، اذ قد يظهر بوضوح وجود
سبب معقول لحل الرابطة الزوجية او عدم وجود مثل هذا السبب و هو ما يشير اليه قوله تعالى
: ((و ان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افدت به تلك حدود الله فلا تعنوها و من
ينعد حدود الله فاولئك هم الظالمون))¹ ، حيث ربط جواز حل الرابطة الزوجية من خلال
المخالعة بظهور ما يخيف الجماعة او الحاكم من عدم اقامة حدود الله .

الفرع الثاني : صور الطلاق التعسفي

للطلاق التعسفي صور متعددة و هي :

الصورة الاولى : طلاق مرض الموت :

تعريف طلاق مرض الموت :

مرض الموت مركب اضافي يفهم معناه اللغوي من تحليل الفاظه و هي " مرض " و " الموت
" المرض : و هو ضد الصحة اي السقم . الموت : و هو ضد الحياة و يطلق عند العرب
على السكون ، و مات الحي اي فارقتة الحياة ويفهم من هذا ان مرض الموت هي حالة يصاب
بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا يعقبها الموت.

1- سورة البقرة ، الاية 229 .

و قد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت ، فذهب الحنفية الى ان (مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز منه المريض عن رؤية مصالحه ...) . و قال الشافعية (كل ما يستعد بسببه للموت من بالاقبال على العمل الصالح) . و قال المالكية (هو كل مرض يحكم اهله بانه يكثر الموت من مثله)¹ .

و المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف مرض الموت لا في قانون الاسرة و لا القانون المدني لكنه اعتبر الهبة و جميع التصرفات التي يقصد منها التبرع التي تجري اثناء ذلك و وصية . الهبة في مرض الموت و الامراض الحالات المخفية تعتبر وصية) المادة 204 ق ا ج (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت و تسري عليه احكام الوصية ايا كانت التسمية التي تعطى الى هذا التصرف ، .. المادة 776 ق م ج .

حكم طلاق مرض الموت :

ان مرض الرجل مرض الموت لايؤثر على طلاقه اثناءه ، فطلاقه واقع بلا خلاف سواء في العدة او بعدها . اكان الطلاق بائنا ام رجعي ، كما انه لا خلاف على التوارث اثناء عدة الطلاق ، الا ان الاختلاف وقع في مدة و زمان و امكانية التوارث اثناء عدة الطلاق البائن² . و هناك ثلاثة اقوال :

القول الاول : انها ترث في عدتها و لا ترث بعد العدة : و بهذا القول اخذ ابو حنيفة حيث راي ان من طلق زوجته في مرض الموت ، و مات قبل ان تنتهي عدتها يعتبر فارا من ميراثها و ترثه في هذه الحالة ، اما اذا توفيت هي في العدة فلا يرث منها لانه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق .

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 200 .

2- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1982 ، ص 277 .

القول الثاني : ذهب الحنابلة الى ان المطلقة طلاقا بائنا من المريض مرض الموت انها ترثه اذا توفي و هي في العدة و بعدها ما لم تتزوج بآخر لان الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في مرض الموت فارا من ارثه¹.

القول الثالث : ذهب المالكية الى القول بان مطلقة المريض مرض الموت ترث منه لانه فارا من ميراثها مضار بها ، فاذا مات عن امراته في مرضه ورثته و ان ممات بعد انقضاء عدتها و تزوجت غيره ، و استدلووا في ذلك بتوريت عثمان ابن عفان رضي الله عنه لتماضر بنت الاصبع الكلبية مطلقة عبد الرحمان ابن عوف في مرض موته ، و لقد بنوا حكمهم على ان المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب ان يعاقب بنقيض قصده ، و ذلك باثبات الميراث للمطلقة².

تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في واقعة طلاق المريض مرض الموت :

اذا طلق الزوج زوجته و هو مريض مرضا انتهى به الى الموت ، او كان في حالة يغلب فيها غ الهلاك ، و كان طلاقه مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق ، للتخلص من حياة زوجية لا توائمه لان المريض في هذه الحالة يحتاج الى من سيساعده في مرضه ، و يظهر تطبيق معايير التعسف على طلاق المريض مرض الموت كالاتي³:

- **معيار قصد الاضرار :** طلاق المريض مرض الموت و يظهر قصده في حالة تطبيقه في المرض ، حيث تظهر قرينة قصده الاضرار بربطه الطلاق بفعل ضروري لها ، و ذلك قصد حرمانها من حقها في ميراثه .

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 204 .

2- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1988 ، ص 172- 173

3- ساجدة عفيف عتيلى ، الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة الاسلامية و القانون الاردني ، اطروحة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، 2011 ، ص 76.

- معيار المصلحة غير المشروعة :

فالمريض بتطبيقه زوجته بائنا في وقت تعلق حقها في ماله بأن بات مشارفا على الموت ، ليس هناك مصلحة شرعية ترجى من فعله ، بل الذي يحركه هو هو مصلحة غير مشروعة و هي اسقاط حق زوجته ، فالمطلقة بائنا تترث منه ما دامت في عدتها .

و يعتبر مرض الموت في حد ذاته قرينة على سوء النية ، و حتى تثبت الزوجة حقها في الميراث ، يكفيها اثبات ان طلاقها وقع في مرض الموت ، دون الحاجة الى بيان التعسف من عدمه .

موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت

لم يتعرض المشرع الجزائري الى طلاق المريض مرض الموت او ما يسمى ، بطلاق الفار ، لا من حيث احكامه و لا من حيث اثاره لا في قانون الاسرة الجزائري ، و لا في القانون المدني ، و هذا خلافا للتشريعات العربية التي تعرضت اليه حيث جاء في مجلة الاحكام العدلية التعريف الاشمل لمرض الموت في المادة 1595 (المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره ، ان كان من الذكور ، و يعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره ان كان من الاناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش ، ام لم يكن و ان امتد مرضه و مضت عليه سنة ، و هو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح و تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه و يتغير حاله) و عرفه القضاء المصري بما يلي : " ان طلاق المريض مرض الموت و هو من كان ملازما للفراش طوال مدة مرضه ، اذ ينقطع انقطاعا تاما عن الخروج من منزله مباشرة اي عمل من اعماله العادية " ¹.

1- عبد الفتاح تقيّة ، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2006-2007 ، ص 36.

و بما ان المشرع الجزائري يحيلنا بموجب المادة 222 من قانون الاسرة في حالة عدم ورود نصوص فيما يخص بعض المسائل في قانون الاسرة الى احكام الشريعة الاسلامية باعتبارها المصدر التفسيري لتشريع الاسرة خاصة المسائل المتعلقة بحالة الاشخاص الطبيعية ، فإنه يؤصلها بالمذهب السائد و الجاري العمل به ، الا و هو المذهب المالكي ، كذلك عند ضرورة الاجتهاد القضائي يرجع فيها الى المذهب الاكثر ضرورة للمصلحة ، وحسب مذهب الامام مالك الزوجة ترث زوجها و لو طلقها في مرض الموت ، و لو انقضت العدة و تزوجت بغيره ، و لو كان الطلاق برضاها و اختيارها ، و لا يرثها هو اذا ماتت لانه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث¹ .

غير ان نص المادة 132 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص على انه (اذا توفي احد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق او كانت الوفاة في عدة الطلاق ، استحق الحي منهما الميراث) اكتفى بالتوريث في حالة وفاة احد الزوجين كما يفهم كذلك من نص المادة تقييد المشرع لميراث المطلقة من زوجها المتوفي بأ، تكون الوفاة قبل انقضاء العدة و باعتبار النص عام في الطلاق ، و لم يخصصه بكونه في مرض الموت او في غيره فانه يمكن سحبه على الطلاق في مرض الموت ، اي بتقييد ميراث الزوجة من مطلقها في مرض الموت ان مات خلال العدة فقط² .

1- العربي بلحاج ، ابحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 ، ص 636.

2- مجيدي العربي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و آثارها في احكام فقه الاسرة ، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية اصول الدين ، جامعة الجزائر ، 1422هـ-2002 م ، ص 151.

الفصل الاول : ماهية الطلاق التعسفي

و يكون الزوج متعسفا في طلاق زوجته اذا طلقها في مرض موته لانه يعد فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده بتوريثها منه ، و هذا الاخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق حسب ما جاء في الاجتهاد القضائي في القرار المؤرخ في 17/03/1998 و الذي جاء فيه : (ان المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق ما عدا اذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ، و من ثم فان بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون ، و من كان ذلك استوجب رفض الطعن)¹.

و قد ورد في الاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز السورية في احدى قراراتها " اذا كان الزوج الذي طلق زوجته طلاقا بائنا صحيح حين ايقاعه الطلاق فان امراته لا تترث و لو مات و هي في العدة ، بخلاف ما لو كان مريضا مرض الموت فانه يعتبر بهذا الطلاق فارا و ترثه زوجته ان مات و هي في العدة " ².

و قد نص عليه القانون السوري في المادة 116 : (من باشر سببا من اسباب البينونة في مرض موته او في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته و مات في ذلك المرض او في تلك الحالة ، و المرأة في العدة ، فانها تترث منه بشرط ان تستمر اهليتها للارث من وقت الابانة الى الموت)³.

و جاء في حكم لمحكمة استئناف المنصورة بمصر : " ان المنصوص عليه شرعا ان مرض الموت هو المرض الذي اتصل به الموت و كان من الامراض التي يغلب فيها الهلاك و ان

1-محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 02-05، دار الوعي ،

الجزائر ، الطبعة الاولى ، 2012 ، ص 103 .

2- عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، الجزء الاول ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1968 ، ص 114.

3-ساجدة عفيف عتيلي ، المرجع السابق ، ص 81.

من اiban امراته طائعا مختارا بلا رضاها و مات و المرأة في عدتها فانها تراث منه لانه يعتبر فارا من ارثها فيعامل بنقيض قصده " ¹.

الصورة الثانية : الطلاق دون سبب مشروع :

تعريف الطلاق دون سبب مشروع :

الطلاق ان كان حق للزوج يستعمله بارادته المنفردة فانه ليس مطلقا ، و انما هو حق مقيد ليس له ان يستعمله الا اذا تحققت الحاجة اليه ، فاذا اوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول يكون قد استعمل حقه ، و يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه ، سواء كان هذا الضرر ماديا او ادبيا ².

ففكرة التعسف تقوم على اساس عدم وجود مبرر شرعي ، او سبب معقول لهذا الطلاق ، حتى و لو كان الطلاق حقا للزوج ، الا انه يجب عليه تبرير استعمال هذا الحق . و عليه فالطلاق لسبب غير مشروع هو " مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال او المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع او دون حاجة داعية اليه " ³.

و من صور تطليق المرأة انتقاما منها لمطالبتها بحق لها ، او لعدم تعاونها معه على الاثم ، او بقصد ابتزاز اهلها لتحقيق اغراض شخصية ...

و قد قضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الاسباب التي دفعته للطلاق بقرارها الصادر في 15/06/1999 و الذي جاء فيه : " من المقرر قانونا ان يحق للزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ، و من ثم فان النهي عن القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله ، و متى تبين في قضية الحال ان الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون

1- عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 115.

2- احمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الاسلامية و القانون ، دار المعارف ، مصر ، الطبعة الاولى ، 1967 ، ص 78

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 226 .

الفصل الاول : ماهية الطلاق التعسفي

ان يفصح للقاضي عن الاسباب التي دفعته الى الطلاق ، وذلك تجنباً للحرص او تخطيا لقواعد الاثبات ، خلافاً للزواج الذين يقدمون تبريرات لابعاد المسؤولية عنهم ، و عليه فان قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بارادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون ¹. فسكوت المطلق عن ذكر الاسباب اعتبر كاصل متعسفا في طلاقه ، و يتحمل التعويض ، لانه من غير المعقول وجود طلاق دون سبب معقول مع النظر و التدقيق فيه من جانب القضاء ، هل هو سبب مبرر و معقول لانتهاء الحياة الزوجية ، ام انه لا يعقل مع ذلك ذهب الزوج المطلق الى انتهاء العلاقة الزوجية .

حكم الطلاق دون سبب مشروع :

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق و لعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم ، و ذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت و لترفعهم عن ايقاع الطلاقا من غير سبب ، و لقد قرر عامة الفقهاء ان الاصل في الطلاق الحضر لا الاباحة لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق و تنهى عن وقوعه لسبب غير مشروع لان فيه انكارا لنعمة النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله تعالى : ((و من آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة)) ².

و انما ابيح عند الحاجة و الخلاص من الضرر و مخافة عدم اقامة حدود الله ، فان لم تكن الحاجة المبيحة له شرعا بقي على اصله من الحظر لما فيه من اضرار على الزوجة و الاولاد اما الفقهاء في المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين :

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

2- سورة الروم ، الآية 21 .

- **المذهب الاول :** و يرى اصحابه ان من طلق زوجته من غير حاجة او مسوغ شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى لانه يكون بذلك قد اضر بالزوجة و اهلها و اولادها و المجتمع و الضرر ممنوع ، كما انه ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق ، و استدلوا بقوله تعالى : ((فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا))¹.

- و وجه الدلالة انه نهي عنه لغير حاجة و بحديث ، و حرم طلب الطلاق لغير حاجة لان فيه قطع لمصالح النكاح و ايداء للزوجة و لاولاده منها من غير سبب ، فيحرم لتحريم الاضرار ، لقوله عليه الصلاة و السلام (لا ضرر و لا ضرار) .

المذهب الثاني : و ذهب انصاره الى القول لابان من طلق رزوجه من غير حاجة او سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول بانه يكره الطلاق اذا كان من غير حاجة او سبب مشروع بناء على ان الاصل في الطلاق الاباحة و انه حق للزوج له حرية التصرف فيه ، و استدل اصحاب هذا المذهب بعموم النصوص المبيحة للطلاق نحو قوله تعالى : ((فلا جناح عليكم ان تطلقن النساء))².

و وجه الدلالة ان الاية الكريمة اباحت الطلاق دون ان تقيد الاباحة بكونه لحاجة ، مما يدل انه مباح ايضا و لو كان لغير حاجة ، و في قوله عليه الصلاة و السلام (ابغض الحلال الى الله الطلاق)

و صفه بالحلال دون ان يقيد بوجود حاجة ، مما يقتضي اباحته مطلقا ، و لو كان لغير حاجة .

1- سورة النساء ، الاية 34 .

2- سورة البقرة ، الاية 236.

تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق دون سبب مشروع :

يعد ايقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول طلاقا محظورا باعتبار ان الاصل في الطلاق الحظر ، و لا يباح الا للضرورة ، فان الزوج بايقاعه الطلاق قد اضر بنفسه و بزوجه و بابنائهم و بالمجتمع ككل ، و الضرر ممنوع ، و درءه مطلوب ، و رفعه ان وقع من الواجبات¹.

و يمكن اجمال معايير التعسف في الطلاق دون سبب مشروع فيما يلي :

- معيار قصد الاضرار :

ان الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب مشروع و لغير حاجة تدعو اليه و لم يصدر منها ما يدفعه لايقاع الطلاق . فانما يقصد بتصرفه الاضرار بها و باهلها ، للقريئة الدالة على ذلك ، و هي عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق فاذا تمحص قصد الاضرار منه يكون متعسفا في استعمال حقه المشروع².

- معيار المصلحة غير المشروعة :

شرع الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية و لم يشرع الطلاق الا لهذا المقصد ، فان كان لغير سبب فانه يكون متعسفا³.

- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

الزوج بايقاعه للطلاق قد

تكون له الاسباب و المبررات التي يراها دواعي للطلاق ، و دفع ضرر عن نفسه في معايشة لا يريدتها ، و بالمقارنة ما بين الضرر المترتب عن الطلاق و

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

2- مسعودة نعيمة الياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق (مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص) ، جامعة تلمسان ، 2009-2000 ، ص 167 ص 168 .

3- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 229 .

- الذي يمس الزوجة و الابناء و المجتمع كما يمس الزوج شىء منه ، و الضرر المترتب على استمرار الزوج في حياته و البحث عن وسائل جديدة تجدد حياتهما ، يكون للزوج مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق فانه يكون متعسفا لان الضرر الناجم عن الطلاق اشد و اعظم من الضرر الناجم عن استمرار الحياة الزوجية .

- معيار الضرر الفاحش :

ان طلاق الزوج لزوجته بعد فترة من الحياة معا دون مسوغ مشروع و دون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة ، من فقدان المعيل بعد ان كانت نفقتها على عاتق زوجها ، و اصبحت فرص الزواج مرة اخرى ضئيلة و بالتالي تتعطل حياتها و مستقبلها ، اضافة الى النظرة الظالمة من طرف المجتمع .

موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية من الطلاق لسبب غير مشروع :

بما ان المشرع الجزائري لم يعدد حالات طلاق التعسف ، فالامر متروك لتقدير القاضي يقول في هذا الشأن الاستاذ عبد العزيز سعد : (و لكن ما يهمنى هنا هو ما ورد في المادة 52 من قانون الاسرة من انه يجوز للقاضي عندما يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر اذا تبين له مما يعتمد عليه الزوج في مبررات الطلاق ، ان هذا الزوج قد تعسف في طلبه الطلاق تعسفا الحق ضررا بالزوجة)¹ .

و معنى هذا الكلام ان الحكم على الزوج المطلق بالتعويض في اطار تطبيق الفقرة الاولى من المادة 52 من قانون الاسرة يتطلب شرطين² :

1- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 305.

2- بلبولة بختة ، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2004-2005 ، ص 100 .

اولهما: ان يثبت للقاضي ان الزوج طالب الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة ، و لا دفعا لضرر من الزوجة ، و انما لنزوة شخصية ، او بقصد الاضرار بالزوجة و دون ان تكون هناك مصلحة او فائدة شرعية او عقلانية او منطقية ، كان يطلقها للتفرغ للزواج من غيرها مرة ثانية او ثالثة ، او يطلقها لانها رفضت ان تهيء الطعام لاصدقائه في منزل الزوجية و هم سكارى **ثانيهما :** ان يلحق ضرر حقيقي بسبب طلاقها . و قد جاء في قضاء المحكمة العليا ضمن مبادئ الاجتهاد القضائي التي قررتها ما يلي : " من المقرر شرعا و قانونا اذا كان طلاق الزوج غير مبرر ، فانه للمطلقة الحق في النفقة و التعويض سائر توابع العصمة " ¹.

لقد صرح منطوق القرار بان للزوجة الحق في النفقة و التعويض و سائر فك العصمة اذا كان طلاق الزوج غير مبرر ، و عليه دل هذا القرار على ان الطلاق غير المبرر هو صورة من صور الطلاق التعسفي الذي تبينه المادة 52 من ق أ و اكتفت بكر عبارة تعسف الزوج ، و تركت تكييف حالة الطلاق كونه تعسف ام لا للقاضي ، فعلى الزوج ان يثبت ان لطلاقه سبب معقول او مبرر مقبول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسف فيه .

و ترك تكييف حالة التعسف من عدمها و المعيار المعتمد فيها، و مقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة الى السلطة التقديرية للقاضي ، و فقا لطبيعة الطلاق التعسفي ، و لحالة الزوج المالية و للقاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار) ².

و نخلص الى ان القانون الجزائري يبين حالات طلاق التعسف و لكن القضاء تولى تكييفها ، و حسب ما ورد في الاجتهاد القضائي الجزائري فانه اعتبر الطلاق دون مبرر معقول صورة من

1- ملف رقم : 28784 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، 1982/11/12 ، م. ق 1986 ، عدد 2 ، ص 36 .

2- اخرجه ابن ماجة في سننه ، رقم الحديث 2341 ، سنن ابن ماجة ، شرح الامام ابي الحسن الحنفي المعروف بالسندي ، حقق اصوله و خرج احاديثه عن الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الاشراف الشيخ مأمون خليل شيحا ، و بحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجة للامام البوصيري ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، المجلد الثاني ، الطبعة الرابعة ، 2006 ، ص 532 .

صور التعسف في الطلاق الذي الحق ضررا بالزوجة ، و بالتالي يجوز للقاضي ان يحكم بتعويض عادل للزوجة عما تتكبده من أضرار حسب وسع الزوج و سلطة القاضي التقديرية ، ولا يدخل في تقدير التعويض كون الزوجة غنية او فقيرة ، و انما يقدر التعويض حسب ما لحق الزوجة من ضرر من جراء الطلاق التعسفي .

و قد جاء في قضاء محكمة النقض السورية قرارات عدة في هذا الشأن نذكر منها " يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا ان يقع بلا سبب و يؤدي بالمطلقة الى الفاقة و الاحتياج " و في قرار اخر صرحت فيه انه على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف و بيان سبب الطلاق و نصت فيه " لما كان على الزوج المطلق اثبات عدم التعسف و بيان سبب صحيح للطلاق و كان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا ، و لا تكلف المطلقة باثبات التعسف لانه نفي مطلق لا يمكن اقامة البينة عليه " . فالمبرر المعقول هو السبب المعقول شرعا الذي يبرر طلاق الزوج ، اما طلاق التعسف فيكون لسبب غير معقول كقصد الانتقام من الزوجة و تعريضها للفاقة و البؤس اي بهدف الاضرار بالزوجة ¹ .

وقد جاء في احفي احدى القرارات الاستئنافية لدولة الاردن : (ان طلاق الزوج لزوجته في اصله مكروه شرعا ، و يعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع ، و لا تكلف المطلقة لاثبات التعسف في الطلاق ، و انما الذي يكلف بالاثبات هو المطلق ، اذا ادعى لطلاقه سببا مشروعا ، و انكرت الزوجة ذلك) ² .

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي و ادلته - الاحوال الشخصية - (احكام الاسرة) ، الجزء التاسع ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997 ، ص 7065 - 7066 .

2- احمد محمد على داود ، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، 1999 ، الجزء الاول ، ص 210 - 211 .

و المقصود بهذا الحكم انه اذا كان سبب الطلاق مشروعاً و مقبولاً ، فلا مجال للقول بطلاق التعسف ، و اذا ثبت ان للطلاق سبب غير مشروع ، فعلى الزوج المطلق ان يثبت ان لطلاقه سبب مشروع و الا ثبت تعسفه .

الصورة الثالثة : الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

تعريف الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

ان حق الطلاق الذي منحتة الشريعة الاسلامية للزوج محصور في عدد معين من الطلقات ، و ليس مطلقاً فهو مقيد بكونه ثلاث تطليقات ، و الاصل في الطلاق عند وقوعه ان يكون مفرقاً ، طلاقاً واحدة بعد الاخرى ، فيجب على الرجل ان يتروى و يتأنى عند استعمال كل طلاقاً منهن ، فاذا استنفذ المرات الثلاث بانته منه زوجته .

و المراد بقولنا الطلاق الثلاث ، ان يقول الرجل لزوجته : (انت طالق انت طالق انت طالق) ، او يقول انت طالق ثلاثاً¹.

حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد:

اختلف الفقهاء في الطلاق بلفظ الثلاث ان صدر من المطلق هل يحسب واحدة ؟ ام ثلاثاً كما يوقع ؟ و في هذه المسألة يوجد قولين :

القول الاول : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة الى ان طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً ، و حرمت عليه امراته و لا تحل لزوجها المطلق الا بعد ان تتكح زوجاً غيره و لا فرق بين قبل الدخول و بعده².

1- مصطفى بن العدوي ، الطلاق في الشريعة الاسلامية ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، الطبعة الاولى ، 1988 ، ص 43 .

2- حسن ايوب ، فقه الاسرة المسلمة ، دار السلام ، القاهرة ، الطبعة الثانية 1422 هـ - 2002 م ، ص 163 .

و استدل اصحاب هذا الراي بقوله تعالى : ((الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان))
اذ ان ظاهر الاية يقتضي جواز ارسال الثلاث او الاثنتين دفعة او مفرقة .

و من السنة ما اخرجہ النسائي من طريق مخرمة بن بكير عن ابيه قال سمعت محمود بن
لبيد قال : اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امراته ثلاث تطليقات جميعا
فقام غضبان ثم قال : " ايلعب بكتاب الله و انا بين اضهركم " حتى قام رجل و قال يا رسول
الا اقتله ¹.

القول الثاني: اعتبر اصحاب هذا القول ان الطلاق بلفظ واحد يقع طلاق واحدة رجعية و لا
تأثير للفظ في ذلك .

و استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى: ((الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان))²
المطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة و ليس ثلاثا ، أي أن الطلاق كما شرعه الله تعالى لا يكون
الا مرة واحدة كما ورد في الآية ، فان طلق مرتان بلفظ واحد كانت واحدة و ليست مرتين فتقع
بها طلاق واحدة ³.

و من السنة ما أخرجه الإمام احمد في مسنده من طريق داود ابن الحصين عن عكرمة عن ابن
عباس قال طلق ركانة ابن عبد العزيز اخو بني مطلب امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن
عليها حزنا شديدا قال فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم " كيف طلقته ؟ " قال طلقته
ثلاثا قال فقال " في مجلس واحد " قال نعم قال " فانما تلك واحدة فارجعها ان شئت " ⁴.

1- مصطفى بن العدوي ، المرجع السابق ، ص 40 .

2- سورة البقرة ، الاية 229.

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

4- مصطفى بن العدوي ، المرجع السابق ، ص 40 .

تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

ان ايقاع الطلاق بلفظ واحد فيه مناقضة لقصد الشارع من تشريع الطلاق ، و المناقضة تعسف و كان الاولى بالزوج و قد قرر الطلاق الا يجمع الطلقات ، و بتطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على الطلاق الثلاث نجد ¹:

معيار المصلحة غير المشروعة :

لما شرع الله تعالى الطلاق ثلاثا ، و فصل في كل مرة بين كل تطليقة و اخرى فترة العدة التي امر الله تعالى احتسابها ، و كان ذلك فرصة للزوج لمراجعة نفسه و اختبار قدرته على الابتعاد عن الزوجة ، و في ذلك مصلحة له و للزوجة ، و اما ايقاعه للطلاق مرة واحدة بلفظ الثلاث فهو ساع في جلب مصلحة غير مشروعة بتقويت الهدف من تشريع الطلاق ، و مبرره في ذلك الخلوص مطلقا منها .

- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة :

إن إلزام المطلق بالطلاق الثلاث حسب ما اوقعه ، مع ما فيه من ضرر التحريم و احتمال الوقوع في الزنا عند عودته الى المطلقة لندمه و تقصيره في النظر ، به ضرر يفوق الضرر المترتب على القول بوقوع الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة ، و إمكانية تدارك الخطأ بإرجاع الزوجة .

و القاعدة الشرعية التي تنص على دفع اعظم الضررين بتحمل ايسرهما ، فيكون الضرر المترتب على احتساب الطلاق بلفظ الثلاث واحدة ايسر ، و احتمال اقل الضرر واجب ، و يدفع بتحملة الضرر الأعظم و هو القول بلزوم الثلاث لمطلقها

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

موقف المشرع الجزائري من الطلاق الثلاث بلفظ واحد :

اشار المشرع الجزائري الى الطلاق الثلاث في المادة 51 من قانون الاسرة التي جاء فيها انه (لا يمكن ان يراجع الرجل من طلقها لا ثلاث مرات متتالية الا بعد تتزوج غيره و تطلق منه ، او يموت عنها بعد البناء) ، فالمشرع ذكر ان المطلقة ثلاث مرات متتالية تبين من زوجها بينونة كبرى و لا تحل لزوجها الاول و ليس له مراجعتها الا بعد نكاح زوج آخر ، و هذه الحالة هي محل اتفاق بين الفقهاء ، فاذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها فقد كمل ما للرجل من طلاقات عليها ، و لهذا لو طلقها مرة اخرى بانتهى منه بينونة كبرى باتفاق .

و لم يتعرض المشرع للطلاق الواقع ثلاثا بلفظ واحد نصا او تلميحا ، و هل يعد واحدة فقط او يعد في حكم الواقع على ثلاث مرات متتالية ، و ان كان ذكر المرات هنا قد يعني ان الواقع مرة واحدة و لو بلفظ الثلاث اي مع اقترانه بالعدد لا يأخذ حكم الثلاث ، اذ لو اراد ادخال هذا الاخير لا يكتفي بذكره الثلاث دون مرات و لكانت صياغته في هذا المعنى : من طلقها ثلاثا لابد من ثلاث مرات متتالية¹.

فقد ورد في حكم لغرفة الاحوال الشخصية و المواريث للمحكمة العليا : من المقرر شرعا انه لا يمكن ان يراجع من طلقها ... الثابت من القرار المطعون فيه انه قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج امامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا فانهم لم يخرقوا احكام المادة 51 من قانون الاسرة و طبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن².

1- عبد القادر داودي ، احكام الاسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، الطبعة الثانية 2009 ، ص 285.

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

الصورة الرابعة : طلاق المرتد

اتفق الفقهاء على ان المرتد ترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل على رده ، و هي في العدة لانه يصير فارا و ان كان صحيحا وقت رده ، و جعلوا حكمه كم المريض مرض الموت اذا طلق زوجته بقصد الفرار من ارثها له و مات و هي في عدته ¹.

الصورة الخامسة : الطلاق في الحيض

تعريف الطلاق في الحيض :

وهو ما خالف فيه المطلق الطريقة التي امر الله و رسوله صلى الله عليه و سلم باتباعها في ايقاع الطلاق ، كان يطلق الرجل كان يطلق الرجل زوجته اكثر من طلقة واحدة في دفعة واحدة، او يطلقها في حالة الحيض ، او في حالة الطهر و لكن يكون قد باشرها في هذا الطهر الذي طلقها فيه ².

و اذا طلق الزوج امراته بدعيا فانه تسن له رجعتها اذا كان لها رجعة ثم يمسكها الى ان تطهر من الحيض الذي طلقها فيه ثم تحيض ثانيا و تطهر بدون ان يقربها ثم يطلقها في الطهر الثاني الذي لم يقربها فيه و لا في الحيض الذي قبله ، و يحسب عليه الطلاق البدعي سواء كان واحدا او اكثر باتفاق الائمة الاربعة و خالفهم بعض الشواذ ³.

حكم الطلاق في الحيض :

الطلاق في الحيض او في طهر جامعها فيه اجمع العلماء في جميع الامصار و كل الاعصار على تحريمه و يسمى طلاق البدعة لان المطلق خالف السنة و ترك امر الله تعالى

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 245 .

2- بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 314 .

3- وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 980-981 .

و رسوله ، قال تعالى : ((فطلقتوهن لعدتهن)) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (مرة
فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد و ان شاء طلق
قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء)
معنى هذا الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الطلاق في حالتين احدهما : ان
تكون المرأة حائضة ، و ثانيتهما : ان تكون طاهرة من الحيض و لكن زوجها اتاها في هذا
الطهر لانه عليه الصلاة و السلام خيره بين امساكها و بين طلاقها في الطهر قبل ان يمسها¹

1- مصطفى بن العدوي ، المرجع السابق ، ص 16 .



الفصل الثاني

آثار الطلاق التعسفي

و يحتوي على مبحثين:

المبحث الاول : الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

عندما يقع الطلاق تترتب عليه جملة من الآثار منها النفقة و الحضانة و يختص الطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض المالي لما سبب لها من اضرار ، اضافة الى حقوقها الثابتة بالطلاق ، و عليه سنحاول في هذا الفصل التطرق الى اهم آثار الطلاق التعسفي ، و ذلك من خلال التعرف على طبيعة الاضرار اللاحقة بالمطلقة ، و التعويض الذي تستحقه لجبر تلك الاضرار لذلك قسمت هذا الفصل الى مبحثين تناولت في المبحث الاول الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي باعتباره اهم اثر يوجب للمطلقة استحقاق التعويض اذا ما ثبت تعسف الزوج ، فقامت بتعريف الضرر و بيان انواعه في المطلب الاول ، اما في المطلب الثاني فتطرقت الى شروطه و كيفية اثباته .

اما المبحث الثاني فتطرقت فيه الى التعويض عن الطلاق التعسفي و قسمته ايضا الى مطلبين تناولت في المطلب الاول مفهوم التعويض اما المطلب الثاني فخصصته لبيان اسس و كفيات التعويض عن الطلاق التعسفي .

المبحث الأول : الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

قد لا يلتزم الزوج بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته دون سبب معقول مسببا لها ضررا كبيرا يستوجب التعويض ، و عليه سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذا التصرف و ذلك من خلال المطالبين التاليين :

- المطلب الأول / مفهوم الضرر .

- المطلب الثاني / شروط ضبطه

المطلب الأول : تعريف الضرر و انواعه

و سنوضح هذا من خلال فرعين : الفرع الأول يتعلق بتعريف الضرر اما الفرع الثاني نتاولنا فيه انواع الضرر .

الفرع الاول : تعريف الضرر

اولا : تعريف الضرر لغة : الضر و الضرر دلالتان عن الهزال و سوء الحال و الضرر ضد النفع¹، و ضره يضره و ضر به و اضر و الاسم الضرر و الضرار الجزاء عن الفعل و الضرر ما تضر صاحبك به و تنتفع به ، و الضرار ان تضره من غير ان تنتفع و الضر سوء الحال و الضراء نقيض السراء و قيل النقص في الاموال و الانفس و الضرر النقصان الذي يدخل في الشيء² و يلاحظ استخدام كلمة الضرر و مشتقاتها بعدة معان و اعمها مضادة للنفع ، و قد ورد لفظ الضرر في عدة مواضع من الكتاب و السنة حيث جاء بمعنى سوء الحال و

1- ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 482 .

2- صالح العلي الصالح ، امينة الشيخ سليمان الاحمد ، المعجم الصافي في اللغة العربية ، د د ن ، الرياض ، د س ن ، ص 959 .

الشدة في قوله تعالى : ((و اذا مس الانسان الضر دعانا بجنبه او قاعدا او قائما فلما كشفنا عنه ضره مس كان لم يدعنا الى ضره منه كذلك زين للمسفين ما كانوا يعلمون))¹.

و قوله تعالى : ((... و يعلمون ما يضرهم و لا ينفعهم ...))² ، اي يضرهم في دينهم ، و ليس

له نفع يوازي ضرره³ ، و من النصوص القرآنية التي تحدثت عن الضرر الواقع في الطلاق

قوله تعالى : (و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا

تمسكوهن ضارا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه و لا تأخذوا آيات الله هزوا و اذكروا نعمة الله

عليكم و ما انزل عليكم من الكتاب و الحكمة يعضكم به و اتقوا الله و اعلموا ان الله بكل

شيء عليم)⁴ ، قال ابن عباس و مجاهد و الحسن و قتادة و الضحاك : " كان الرجل يطلق

المرأة ، فاذا قاربت انقضاء العدة راجعها ضرارا ، لئلا تذهب الى غيره ، ثم يطلقها فتعتد ، فاذا

شارفت على انقضاء العدة طلق لتطول عليها العدة ، فنهاهم الله عن ذلك "⁵

و من السنة قوله صلى الله عليه و سلم : " لا ضرر و لا ضرار "

و معنى الضرر هنا ما كان ضد النفع . و لكل واحد من اللفظين معنى غير الآخر⁶ :

- لا ضرر : اي لا يضير الرجل اخاه ، و هو ضد النفع .

- و لا ضرار : اي لا يضر كل واحد منهما صاحبه

1- سورة يونس ، ، الاية 12.

2- سورة البقرة ، الاية 102 .

3- الحافظ ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الاول ، دار الحديث ، القاهرة ، المجلد الاول ، 1423 هـ - 2003 م ، ص 182.

4- سورة البقرة ، الاية 231 .

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

6- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 2007 ، ص 91 .

فالضرر منهما معا ، و قيل الضرر ان يتراشق اثنان بما فيه مفسدة لهما ، و هي قاعدة كبرى اغلق بها رسول الله صلى الله عليه و سلم منافذ الضرر و الفساد امام المسلمين .

ثانيا : تعريف الضرر اصطلاحا :

1 - تعريف الضرر في الفقه الاسلامي : عرف الفقهاء الضرر بتعريفات عديدة فقد عرفه

ابن العربي بأنه : " الالم الذي لا نفع يوازيه او يربى عليه و هو نقيض النفع " ، و جاء في المنتقى " الضرر هو ما لك فيه منفعة و على جارك فيه مضره " ¹ .

و قد استعمله الفقهاء بمعنى الحاق الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة ، و يعرف الضرر في الفقه الاسلامي بأنه الحاق مفسدة بالآخرين و كل اذى يلحق الشخص سواء في ماله او جسمه او عاطفته او عرضه فيسبب له خسارة . و هناك من عرفه بمعنى الاتلاف ،

و المقصود بالاتلاف ان يفقد الشيء منفعته كلا او بعضا ايا يكون الاتلاف كلياً او جزئياً . و على العموم فان الضرر يتمثل في الخسارة المادية او المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه ² .

و قد عرفه الدكتور محمد بوساق ³ : الضرر هو كل اذى يلحق الشخص سواء اكان في

مال مقوم محترم او جسم معصوم او عرض مصون .

يؤخذ على هذا التعريف انه اخرج الضرر الذي يقع على العاطفة و الشعور مع كونه يعتبره موجوداً و قائماً .

1- بن زينة الهادي ، المرجع السابق ، ص 19 - ص 20 .

2- علي فيلاي ، الالتزامات العمل المستحق للتعويض ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2002 ، ص 244

3- محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي ، دار اشبيليا ، الرياض ، 1419 هـ - 1999 م

ص 28 .

اما عبد الكريم زيدان فقد عرفه بأنه " كل ما يلحق الاذى او الالم ببدن الزوجة او نفسها او يعرضها للهلاك " ¹ .

2 - تعريف الضرر عند فقهاء القانون :

الضرر هو الركن الثاني من اركان المسؤولية المدنية سواء كانت تقصيرية ام كانت عقدية ، فلا يكفي لقيام المسؤولية توافر ركن الخطأ ، بل يجب ان ينجم عن هذا الخطأ ضرر ، فاذا انتفى الضرر فلا تقبل دعوى المسؤولية لانه لا دعوى بغير مصلحة ، و على من يدعي الضرر ان يثبته بكافة طرق الاثبات ² .

و بالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفكر القانوني الا انه من الصعب وضع تعريف محدد له ، غير انه بالرجوع الى فكرة الضرر الواردة في نصوص القانون المدني الجزائري من المادة 124 الى المادة 140 منه ، و كذلك المادة 176 و ما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام الناتجة عن فكرة الضرر القابلة للتعويض حيث ان مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر ، الا انه لم يرد نص ضمن هاته المواد ، و انما يستنتج من دراستها.

و من كل ماسبق يمكن تعريف الضرر بأنه : الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، او بمصلحة مشروعة له ، او هو اخلال بمصلحة مشروعة له مادية مادية كسلامة جسمه او ماله ام معنوية كسمعته او شرفه ³ .

1- عبد الكريم زيدان ، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثامن ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 1413 هـ - 1993 م ، ص 437 .

2- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الفعل غير المشروع ، الاثراء بلا سبب ، و القانون) ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1999 ، ص 141 .

3- محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2002 ، ص 164 .

الفرع الثاني : انواع الضرر

الضرر نوعين : الضرر المادي و الضرر المعنوي ويضيف اليهما الفقه و القضاء الضرر المرتد

اولا - الضرر المادي : عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه : اخلال بمصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية ، و يجب ان يكون هذا الاخلال محققا ، و لا يكفي ان يكون محتملا يقع او لا يقع ¹.

اما الدكتور بلحاج العربي فقد عرفه بقوله : (هو ما يصيب الشخص في جسمه او في ماله) ². من خلال هذين التعريفين يتبين ان للضرر المادي اوجه متعددة :

- فقد يكون يمس بسلامة الجسم اذا نتج عنه خسارة مالية كالعجز عن الكسب او نفقات العلاج مثلا ،

- و قد يكون فيه مساس بالحقوق المالية عينية او شخصية او ملكية فكرية او صناعية و نتج عن هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد من هذه الحقوق ، كما ان كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الانسان كألحرية الشخصية ، و حرية العمل كحبس شخص دون حق او منعه من السفر للعمل يترتب عليه ضرر .

و يشترط في التعويض عن الضرر المادي شرطين :

الشرط الاول : ان تكون المصلحة مشروعة فاذا كانت غير مشروعة لا يكون الاخلال بها ضرر يستوجب الحكم بالتعويض ، فمن تسبب بخطئه في وفاة غيره ، فانه يسبب ضررا ماديا للأشخاص الذين كان يعولهم المصاب ، غير ان الخلية لا يجوز لها ان تطالب بتعويض عن

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1998 ، المجلد الثاني ، ص 970 .

2- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 145 .

ضرر اصابها بقتل خليلها ، لأن مصلحتها في بقاء هذا الاخير غير مشروعة ، و المصلحة المشروعة في القانون الجزائري هي التي لا تتعارض مع النظام العام او الآداب ، و التي تستعمل بقصد الاضرار¹.

الشرط الثاني : ان يكون الاخلال بالمصلحة محقق الوقوع كأن يقع فعلا او ان يتوقع حصوله كموت المضرور مثلا اما الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه الا اذا تحقق².

اما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فيقول الدكتور عبد العزيز سعد : (يوجد الضرر المادي في الطلاق اذا كانت الزوجة موظفة او عاملة و تزوجها على ان تترك وظيفتها او عملها ، ثم بعد ات تركته طلقها دون ان ترتكب اي خطأ من جانبها)³. و لكن الرد على هذا القول بأنه و ان كان فعلا لحق المطلقة ضرر مادي بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها الا ان هذا الضرر لا يمكن ارجاع سببه الى الطلاق في حد ذاته ، لان قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشتراطها على زوجها عدم طلاقها ، و لا علاقة لهذا القبول بالطلاق ، و انما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته ، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بايجاب و قبول ، و اذا اقترن ايجاب الرجل بشرط و قبلته المرأة انعقد العقد و لم يكن لها حق الرجوع عليه به بعد ان رضيته ، و من باب اولى لا يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج و هو الطلاق ، و من ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته .

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 147 .

2- بن زيطة الهادي ، المرجع السابق ، ص 27 .

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 306 .

فشرط التخلي عن الوظيفة لا يحرم حلالا لأنه من مقتضيات النكاح كشرطه عليها الا تخرج الا باذنه، فهذا شرط لازم يتعلق بحق الزوج ، فكيف تعود عليه بالتعويض بعد ان رضيت بشرط لازم¹ .

الضرر المادي في الشريعة الاسلامية

الضرر المادي الذي قد يلحق المطلقة في نظر الشريعة الاسلامية عندما يطلقها زوجها طلاقا تعسفيا على النحو الذي سبق بيانه

* فالطلاق في الحيض مثلا يضر المطلقة ضررا ماديا يتمثل في اطالة العدة عليها .

* و الطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس امر حساب العدة عليها

* و الطلاق بقصد الحرمان من الميراث ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث . فكل هذه اضرار مادية تلحق بالمطلقة بسبب الطلاق التعسفي ، و لكن سبقت الاشارة الى ان النبي صلى الله عليه و سلم لم يقض للمطلقة بضمان تعويض على هذه الاضرار المادية بل عمل على ازالة هذه الاضرار و ذلك بمعالجة حالات التعسف في الطلاق بما يناسب كل حالة على حدى

* فالمطلق زوجته و هي حائض او في طهر مسها فيه امره بمراجعتها مع احتساب الطلقة و الرجعة .

* و المطلق لحرمان زوجته من الميراث يعامل بنقيض مقصوده فترثه زوجته و ان كانت مطلقة .

1- محمد علوشيش الورتلاني ، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الاسلامي ، دار الامة ، الجزائر ، 1979 ، الطبعة الاولى ، ص 175 .

* و المطلق و هو هازل او سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء و تحسب تطليقة¹.

اما الجزاء الذي يناله الزوج بسبب تعسفه في استعماله حقه في الطلاق و اضراره بالمطلقة ، فقد اقرت الشريعة الاسلامية اربعة انواع من الجزاء و هي : جزاء مالي ، جزاء عيني ، جزاء ديني ، تعزير².

- **الجزاء مالي** : و هو عبارة عن تعويض يلزم المسيء في استعمال حقه بدفعه الى من تسببت الاساءة في استعمال الحق الى الاضرار به ماديا ، ذلك ان الضرر المادي في الشريعة الاسلامية يعوض وفقا للقاعدة الشرعية : " من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا التلف " ، فالشريعة الاسلامية تأخذ بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الغير بسبب التعسف في استعمال الحق .

- **الجزاء العيني** : فيكون بازالة الاساءة لوقف الضرر الناجم عنها ، او ابطال التعسف كليا ، وهذا يعني اصلاح الضرر اللاحق بالغير .

- **الجزاء الديني** : و يقتضي تخميل المتعسف في استعمال حقه وزرا يحاسب عليه آخرا بينه و بين ربه عز و جل³.

التعزير : و يقصد به تأديب المتعسف في استعمال حقه اما بالغرامة المالية ، او بالحبس ، او بغيرها .

1- الهادي السعيد عرفة ، اساءة استعمال حق الطلاق ، مطبعة الامانة ، القاهرة ، مصر ، 1989 ، ص 139.

2- السعيد مصطفى السعيد ، مدى استعمال حقوق الزوجية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، مصر ، 1936 ، ص 256 .

3- شذى مظفر حسين ، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية و القانون ، مجلة رسالة الحقوق العلمية ، المجلد الاول ، العدد الاول ، 2009 ، ص 4 .

ثانيا - الضرر المعنوي (الأدبي) : هو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية او في مصلحة غير مالية ، فهو ما يصيب الشخص في كرامته ، او في شعوره ، او في شرفه ، او في معتقداته الدينية ، او في عاطفته ، و هو ايضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة لفقدان شخص عزيز ، و قد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الادبية ، فأعتبر ضررا ادبيا ما يصيب الشخص من جراء السب او القذف من ايداء للسمعة او عن آلام النفس ، الى نطاق المحافظة على اسم الشخص و حرمة عائلته و شرفها ، و حقه المعنوي على مؤلفه او عقائده¹ و ارجع الدكتور السنهاوي الضرر الادبي الضرر المعنوي الى احوال معينة منها² :

الحالة الاولى: ضرر يصيب الشرف و الاعتبار و العرض كألسب و القذف و هتك العرض .

الحالة الثانية: ضرر يصيب الشعور و العاطفة و الحنان .

و يرى الاستاذ عبد العزيز سعد ان (التعويض المراد به من المادة 52 من قانون الاسرة يكون على الضرر المعنوي و الضرر المادي ايضا الذي يلحق المطلقة ، بشرط ان تثبت الزوجة الضرر المادي ، لأن الضرر المعنوي يعتبر ثابتا بمجرد الحكم بالطلاق)³ .

غير ان التساؤل الذي يطرح على هذا القول بأنه مادام التعويض المقصود من المادة 52 يكون على التعويض المعنوي المفترض وقوعه في كل الاحوال ، فما الفائدة من اشتراط اثبات الضرر المادي ؟ و هل هذا يعني انها ستحصل على تعويضين اثنين ؟ ان هذا الغموض يطرح اشكالا فيما يخص التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الاسرة هل هو لجبر الضررين معا ام الضرر المعنوي فقط ؟ و هل يحكم القاضي بتعويض آخر عن الضرر المادي ؟ و على اي اساس ؟ ان تغيير المشرع لمصطلح " متعة " الى مصطلح " تعويض "

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 148 - 149 .

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

3- عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص 306 .

هو الذي احدث هذا الاشكال ، فقبل صدور قانون الاسرة ، كان القضاة يحكمون للمطلة بمبلغ مالي تحت اسم متعة و لم يكن هذا المبلغ المالي الا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة ، و بصور قانون الاسرة استبدل المشرع مصطلح " متعة " بمصطلح " تعويض " مما جعل القضاة يختلفون فيه ، فمنهم من يحكم به للمطلة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة ، و منهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المادي و المعنوي معا . و كمثال عن الفريق الاول ما جاء في قرار المحكمة العليا : (حيث ان الشريعة الاسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا لها عما حصل لها من الم فراق زوجها لها ، و هي في حد ذاتها تعويض ، و كان على القاضي ان يحكم للمطلة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي و هو المتعة او يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة ، لا ان يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة و يجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الاخير لأنه غير واجب و اجحف في حقها بالنسبة للمتعة ، و المجلس اذا وافق على ذلك و هو كما ذكره فانه حاد عن الشرع و عرض قراره للنقض الجزئي)¹ .

و كمثال عن الفريق الثاني ما جاء في قرار المحكمة العليا : (من الاحكام الشرعية ان للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة اهمال ، نفقة متعة ، و كذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ...)² .

يتضح جليا من هذا القرار ان القضاة اعتبروا ان المتعة تعويض لجبر ضرر معنوي ، و اعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناجم عن التعسف و هذا يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين بموجب نص المادة 52 من قانون الاسرة .

1- قرار رقم : 35912 ، المحكمة العليا ، بتاريخ 1985/04/08 ، المجلة القضائية ، العدد 1 ، 1989 ، ص 91 .

2- قرار رقم : 41560 ، المحكمة العليا ، بتاريخ 1985/04/07 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، 1989 ، ص 69 .

الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية

اتخذ فقهاء الشريعة الإسلامية موقفا صريحا من الضرر المعنوي أو الادبي قبل اقراره من طرف القضاء الغربي و التشريعات الحديثة ، ذلك ان الضرر في الفقه الإسلامي هو ما يلحق الشخص في ماله أو في عرضه أو في جسمه أو في شرفه كما في السب أو القذف أو الإهانة أو الآلام التي تصيب عاطفته ، و يرى صاحبان أبو يوسف و محمد الشيباني (من الأحناف) وجوب الضمان عن الضرر المعنوي الذي يخضع لتقدير القاضي¹.

ج - الضرر المرتد : و يقصد به الضرر الذي لا يقتصر على المضرور وحده ، بل قد يرتد أو ينعكس على اشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوعه اضرارا أخرى ، و يسمى أيضا بالضرر المنعكس ، لأنه يقع بطريق الارتداد لضرر آخر و يكون نتيجة له ، و يعتبر ضررا مباشرا يتعين التعويض عنه ، و من الأمثلة على الضرر المرتد الضرر الذي يلحق افراد الأسرة نتيجة موت عائلهم في حادثة ، و الضرر الذي يلحق الزوجة نتيجة فقد زوجها قدراته الجنسية ، و للزوج نتيجة اصابة زوجته بعجز كلي².

المطلب الثاني : شروط ضبط الضرر و اثباته

قمنا بتقسيم هذا المطلب الى فرعين : الفرع الاول يتعلق بشروط ضبط الضرر اما الفرع الثاني تناولنا فيه اثبات الضرر .

الفرع الاول : شروط ضبط الضرر

حتى يكون بالضرر موجبا للتعويض موجبا للتعويض لا بد من توفر مجموعة من الشروط و الضوابط التي تضبطه وفق ما جاء في الشريعة الإسلامية و القانون و هذه الشروط هي :

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 154.

2- بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص 155 - 156 .

اولا- المساس بحق او بمصلحة مالية للمضرور : لمساءلة المعتدي يجب ان يمس اعتداءه حقا ثابتا يحميه القانون ، و يستوي في هذا ان يكون الحق ماليا او مدنيا او سياسيا ، فالقانون الجزائري يتولى حماية هذه الحقوق جميعا و ما لايتفرع عنها ¹.

و قد يكون الضرر اخلايا بمجرد مصلحة مالية للمضرور ، و في هذا ايضا يشترط ان تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عن الاضرار بها ، فاذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عندما يقع مساس بها .

ففي الطلاق التعسفي ضرر يلحق بالزوجة من جراء تعسف الزوج بتطبيقه لها لتحقيق مصلحة مالية او نفسية وجب مساءلة الزوج ، فالضرر قد يكون اخلايا بمصلحة مشروعة مالية او غير ذلك ، اما غير المشروعة فلا يعد الاخلال بها ضررا موجبا للتعويض ، فالاخلال بالمصلحة شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور ².

ثانيا- ان يكون الضرر محققا : يشترط في الضرر المترتب عن الفعل الضار ان يكون محققا ، اي انه ضرر وقع فعلا وقت حصول التعدي ، او انه سيقع حتما في المستقبل ، لا يتضح هذا على جميع حالات الفعل الضار فتوجد من الافعال الضارة ما لا يمكن معرفة الاضرار الناشئة عنها بدقة وقت وقوعها بل تترتب عليها آثار بسيطة تتفاقم مع مرور الزمن ، و بالتالي القضاء لا يستطيع تحديد جسامتها في الحال و هي الاضرار المستقبلية ، و هي ان تحققت اسبابها الا ان نتائجها تراخت الى وقت لاحق و هي تدرج تحت ما يسمى بالأضرار المحققة³

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 158.

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

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

اما الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع بعد ، و لا يوجد ما يؤكد انه سيقع في المستقبل ، بل هو قد يقع و قد لا يقع ، و هذا النوع من الضرر لا يمكن ان يكون محلا لتعويضه اذ انه ضرر افتراضي و لا تبني الاحكام على الافتراض ، كما انه لا يكفي لقيام المسؤولية طالما لم يتحقق فعلا¹ .

اما تفويت الفرصة هي حرمان الشخص فرصة كما يحتمل ان تعود عليه بالكسب ، كتفويت فرصة الزواج للمطلقة طلاقا تعسفيا بسبب كبرسها ، كأن يطلقها بعد ثلاثين سنة من الزواج .
ثالثا- ان يكون الضرر شخصا : الضرر كما سبق تعريفه هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة متعلقة به شخصا ، و هذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر سواء كان معنويا او ماديا ، فيجب ان يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة ، و ينصرف القصد في الضرر الشخصي اذا كان طالب التعويض هو المضرور اصلا فيجب عليه ان يثبت ما اصابه من اضرار² .

رابعا - ان يكون الضرر مباشرا : الضرر اما ان يكون مباشرا او غير مباشر ، فالضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث ان وقوع هذا الفعل يؤدي حتما الى ترتيب هذا الضرر و يكون كافيا لحدوثه ، اما الضرر غير المباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الاصيلي دون ان يتصل به مباشرة ، فيكون الفعل الاصيلي عاما لازما لحصول الضرر و لكن لا يكون وحده كافيا لحدوثه و انما تدخل اسباب اخرى³ .

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 162 .

2- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص 259 .

3- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع نفسه ، ص 166 .

و هذا ما نصت عليه المادة 182 ق م ج التي اكدت على ان التعويض لا يكون الا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام و ان يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار .

و يكون الضرر مباشرا في الطلاق التعسفي عندما يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق كأن يطلق زوجته بعد وقت قصير من الزواج دون سبب فيسبب لها ضرر مادي و معنوي في نفس الوقت فهذا يعد ضررا مباشرا .

خامسا- ان لا يكون قد سبق تعويضه : اذ انه لا يجوز ان يحصل المضرور على اكثر من تعويض لاصلاح ضرر بعينه فاذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويضه اختيارا ، فيعتبر انه قد اوفى بالتزامه في هذا الصدد ، و لا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن ذات الضرر ، و هذا لا يعفي اماكن الرجوع عليه بما لم يكن قد تناوله ذلك التعويض الذي قام به ¹.

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 166 .

الفرع الثاني : اثبات الضرر

الضرر امر مادي و من ثم فيجوز اثبات وقوعه بكافة الطرق ، و غالبا ما يثبت الضرر بالمعاينة المادية ، او بشهادة طبية ، او تقدير الخبراء ، و يقع عبء الاثبات على من يدعيه ، وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة من ان المدعي هو المكلف باثبات ما يدعيه " البينة على من ادعى " ، و اثبات حصول الضرر او نفيه من الامور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، و لا رقابة فيها للمحكمة العليا ، اما تحديد الضرر و بيان عناصره و موجباته و تكييف نوعه ، كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لانها كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة ، و من هنا فان كون الضرر مساسا بحق او بمصلحة مشروعة ، او تكييفه بأنه ضرر محقق حال او مستقبلي او احتمالي ، و تكييفه بأنه ضرر مادي او ضرر أدبي ، و في هذه الاخيرة القول بانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبي الى الورثة او عدم انتقاله الا اذا اتفق عليه او تمت المطالبة به قضائيا قبل وفاة المضرور ، كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا .

و لا يكتفى من المدعي باثبات الضرر الذي اصابه و خطأ المدعى عليه ، بل عليه ان يثبت الضرر الذي يدعيه ، اهو ناشئ عن خطأ المدعى عليه مباشرة ، و بعبارة اخرى ان كان ثمة علاقة مباشرة بينهما ، و تلك هي علاقة السببية .

و قد حكمت المحكمة العليا بأن القاضي يمكن ان يحكم بالتعويض لكل من طلبه شرط ان يثبت هذا الضرر لدى قضاة الموضوع الذين لهم الحق في قبوله او رفضه ¹ .

و بالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فانه مفترض و لذلك فان المطلوب من المرأة التي تدعي انها طلقت تعسفا ان تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها ، و باعتبار ذلك واقعة مادية فانه يمكن اثباتها بكل طرق الاثبات ، و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك .

1- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 169 .

المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي

ان فرض التعويض عن الطلاق التعسفي يستند الى اساس فقهي يبرز ايجابية في الفقه الاسلامي و القانون و هذا ما سنحاول ابرازه من خلال هذا المبحث الذي قمنا بتقسيمه الى مطلبين :

- المطلب الاول / مفهوم التعويض.
- المطلب الثاني / اسس التعويض و مقداره في الطلاق التعسفي .

المطلب الاول : مفهوم التعويض

و سنوضح مفهوم التعويض من خلال فرعين : الفرع الاول يتعلق بتعريف التعويض اما الفرع الثاني تناولنا فيه مشروعية التعويض و شروطه .

الفرع الاول : تعريف التعويض

اولا : تعريف التعويض لغة : هو العوض بمعنى البذل و الخلف ، و الجمع اعواض ، و عاضه بكذا عوضا : اعطاه اياه بدل ما ذهب منه ، فهو عائن ، و اعتاض منه : اخذ العوض و اعتاض فلانا : سأله العوض ¹.

و جاء في تاج العروس : العوض كعب الخلف ، و في اللباب كل ما اعطيته من شيء فكان خلفا و عوضني الله منه تعويضا ² .

و كان الفقهاء ينظرون الى الضمان على انه أعم من التعويض لان الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا ام كان متوقعا ، اما التعويض فلا يجب الا اذا حدث الضرر فعلا .

1- المعجم الوسيط ، اصدار مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، 1972 ، الطبعة الثانية ، ص 637 .

2- ابن منظور ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 667 .

ثانيا : تعريف التعويض اصطلاحا :

1 - تعريف التعويض في الفقه الاسلامي : لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الاسلامي شائعا و لم يكن مستخدما من قبل الفقهاء ، بل كانوا يستخدمون لفظ " الضمان " للدلالة على المال المطلوب آداءه كتعويض مثل البذل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه اياها و بدل الشيء الواجب .

و قد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض ، فقد عرفه الشيخ محمد شلتوت بقوله : (التعويض هو المال الذي يحكم به على من اوقع الضرر على غيره في نفس او مال او التقدير في الشرف من باب التعزير الذي اوكلت الشريعة الاسلامية امره الى الحاكم يقدره بالنظر الى قيمة الضرر)¹ و عرفه محمد الزحيلي بقوله (هو المال الذي يحكم به على من اوقع ضررا على غيره ، و الضرر الحاق مفسدة بالآخرين ، او هو اذي يلحق بالشخص سواء كان في ماله ام جسمه ام عرضه ام عاطفته و قد يسبب خسارة مالية ، سواءا بالنقص او التلف المادي او بنقص المنافع او زوال بعض الاوصاف)² .

و من جملة ما سبق يمكن تعريف التعويض ببيان يمكن تعريف التعويض بأنه " عقوبة مالية تجب على الطرف الذي اوقع الضرر بالطرف المتضرر لما اصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الاول لحقه بوجه غير مشروع " . فموجب التعويض في الفقه الاسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض ، اي كانت سببا لنشوء الحق في التعويض ، و يكون ذلك اما بالتعدي الذي يقع من الفاعل او باساءة استعمال الحق بوجه عام .

1- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ، دار قنديل ، عمان ، 2010 ، ص 97 .

2- محمد الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 48 .

2 - تعريف التعويض في القانون : لم يتطرق فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه ، و انما تم التعرض مباشرة لبيان طريقته و تقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية ، و ذلك ربما يرجع الى ان التعويض معناه واضح لا يحتاج الى زيادة و ايضاح ، فهو يعني عندهم : (ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من اصاب بضرر فهو جزاء المسؤولية)¹ . و قد نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على ان : (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) ، كما تضمنت المواد من 163 الى 178 نفس المعنى في نفس القانون ، و هي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية .

و المشرع الجزائري لم يعط للتعويض تعريفا ايضا الا انه في المادة 124 من القانون المدني و التي نصها (كل عمل ايا كان يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض) ن و في المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على (يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

- اذا وقع بقصد الاضرار بالغير
- اذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير .
- اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة . اي ان صاحب الحق المخول له قانونا اذا ما استعمله في حدود ما ذكر في هذه المادة يكون متعسفا في استعمال الحق ، و بالتالي يتحمل المتعسف مسؤولية تعسفه و يلزم بالتعويض ، و منه ان التعويض في القانون الجزائري هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر .

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1964 ، ص 1090 .

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

و جاء في المادة 132 من القانون المدني بعض الاحكام المتعلقة بالتعويض فقضت على انه (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، و يصح ان يكون التعويض مقسما ، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا ، و يجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدر تأمينا و بناء على طلب المضرور ان يأمر باعادة الحالة الى ما كانت عليه او ان يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع)

و منه يمكن تعريف التعويض بما يرتبط بالطلاق بأنه مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته نظير ضرر الحقة بها ، و لتوفير حياة كريمة لها بسبب سلب دفء الحياة الزوجية منها .

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

الفرع الثاني : مشروعية و شروط التعويض

اولا : مشروعية التعويض: ان التعويض عن الضرر امر مقرر شرعا و عقلا و قانونا و عرفا جبرا للضرر و رعاية للحقوق و زجرا للمعتدين و توفيرا للاستقرار و تحقيقا للعدل ، و قد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض على الاضرار و تؤكد على ذلك الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة .

فمن القرآن الكريم قوله تعالى : ((و لكم في القصص حياة يا اولي الالباب لعلكم تتقون))¹ و قوله تعالى : ((و ان عاقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به و لن صبرتم لهو خير للصابرين))² و قوله تعالى : ((و جزاء السيئة سيئة مثلها فمن عفا و اصلح فاجر على الله انه لا يحب الظالمين))³ و هذه الايات تدخل فيها معاني كثيرة كالقصاص و يدخل فيها ايضا التعويض المالي ، حيث ذكر ذلك العديد من المفسرين و من هذه التفسيرات : قول الرازي : (و كل من اوجب تقويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب آدائه الى المغضوب منه) ، و منها ايضا عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد ابن سيرين قال : (و ان عاقبتهم فعاقبوا) يقول ان اخذ منك شيئا فلا تاخذ منه الا مثل ذلك . و اوضح ما يدل في القرآن على التعويض المالي عن الضرر الحادثة التي حكم فيها انبياء الله داوود و سليمان عليهما السلام و التي وردت في قوله تعالى : ((و داوود و سليمان اذ تخكمان في الحرت اذ نفثت فيه غم القوم و كنا لحكمهم شاهدين فهمناها سليمان و كلا اتينا حكما و علما و سخرنا مع داوود الجبال يسبحن و الطير و كنا فاعلين))⁴ .

1- سورة البقرة ، الآية 179 .

2- سورة النحل ، الآية 126 .

3- سورة الشورى ، الآية 40 .

4- سورة الانبياء ، الآيتين 77 - 78 .

فقد ورد في التفاسير ان صاحب زرع كرم اثمرت عناقيد عنب ، اشتكى صاحب الغنم افسدت الغنم عناقيده فحكم له داوود عليه السلام بالغنم تعويضا له عن تلف محصوله ، بينما رأى سليمان عليه السلام ان يدفع صاحب الغنم الى صاحب الكرم يستفيد من حليبها و صوفها و اولادها ، و يدفع الكرم الى صاحب الغنم يصلحه ، حتى اذا رجع الكرم صالحا اخذ كل منهما ما له اصلا ، فكان الحكم الاخير اصلح و احكم و ارحم و اثنى الله على سليمان و لم يذم داوود عليهما السلام¹.

و هذه القصة صريحة على جواز التعويض بالمال و لا يعتد بالقول من قال بالخلاف في شرع من قبلنا في هذه المسألة ، حيث ان هذا كما ذكرنا امرا مقررا فقها و شرعا و لا يختلف فيه عاقلان . و قد ورد في السنة النبوية الشريفة احاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض ، و منها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : (ما رأيت صانعة طعام مثل صفية اهدت الى النبي صلى الله عليه و سلم اناء فيه الطعام فما ملكت نفسي حتى كسرتة ، فسألت النبي صلى الله عليه و سلم عن كفارته فقال اناء كائنا و طعام كطعام)².

و هذا الحديث صريح في مشروعية التعويض عن الضرر و يتضح ان المعتدي يلزم برد الشيء ذاته ان امكن ، فان لم يمكن فقيمته او مثله كما في الطعام و الاناء . و مما يرشد الى ذلك القاعدة الفقهية و التي اصلها حديث نبوي شريف : (لا ضرر ولا ضرار) .

1- ابن كثير ، المرجع السابق ، ص 187.

2- النسائي ، احمد بن شعيب ابو عبد الرحمن ، السنن الكبرى ، تحقيق د عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن ، صححه الخطيب البغدادي و ابن منده ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، كتاب عشرة النساء ، باب الغيرة ، رقم الحديث 8905 ، الجزء الخامس ، ص 286 .

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

ففي هذا الحديث و ما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض ، صيانة لاموال الناس من كل اعتداء و جبر ما فات منها بالتعويض .

و قد انقسم الفقهاء في حكم التعويض عن الطلاق التعسفي الى رأيين :

- **الرأي الاول : عدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي :** و هو قول مجموعة من العلماء المعاصرين احمد الخليلي بدران ابو العينين ، محمد ابو زهرة ، زكي الدين شعبان ، سامي صالح ، محمد عقلة ، سيد سابق ، و محمود السرطاوي ، و نور الدين عتر ، و استدلوا في رأيهم هذا على انه لا يوجد في القرآن او السنة النبوية دليل يقضي بتعويض الطلاق ، بخلاف حقوق المطلقة الاخرى .

ان الاصل في الطلاق الحظر و لا يباح الا لحاجته و لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته ، و قد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه اي اعتبار مادي ¹ .

- **الرأي الثاني : جواز التعويض عن الطلاق التعسفي :** ان طلق الزوج زوجته من غير مبرر شرعي معقول ، و كان تصرفه تعنتا و تعسفا محضا في استعمال حق مقيد منحه اياه الشارع الحكيم كانت المطلقة احق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل ايقاع الطلاق لان في الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة و تفويت لفرصة الزواج وهي قد لا تعود ² .

و من الفقهاء الذين اقتدوا بهذا المبدأ : احمد الغندور ، احمد الكبيسي ، اسماعيل الخطيب ،

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

2-عبير رحي شاكرا القدومي ، المرجع السابق ، ص 192 .

عبد الرحمن الصابوني ، وهبة الزحيلي ، عبير القدومي ، محمد الزحيلي ، عبد الوهاب لاف ،
توفيق ابو هاشم¹.

و استدلووا في رأيهم بقياس المتعة المعطاة للمطلقة و التي رغب فيها القرين و جعلها بالمعروف
و التي اوجبها بعض الفقهاء و استحبتها البعض الآخر ، لأن الطلاق و ان كان حقا للرجل الا
ان هذا الحق مقيد بما تدعو اليه الحاجة ، و ذلك بأن لا يترتب على استعماله الاساءة للغير او
الاضرار به ، فاذا اساء الزوج وجب عليه التعويض لزوجته المتضررة من ذلك .

الحكمة من مشروعية التعويض: دلالة قطعية على مشروعية مما لا شك فيه ان مشروعية
التعويض هذه لم تات عبثا ، بل لحكمة عظيمة ، تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الاسلامية
و تجسيد روحها التي تهدف الى اصلاح دنيا الناس ، فمشروعية التعويض عن الضرر من
اسرار عظمة هذا التشريع الرباني و رحمته عز و جل بهذه الامة ، حيث جعل هذا المبدأ
جامعا لكل خير ، دافعا لكل شر ، فهو يصون الاموال من الضياع و النقص ، و يحفظ
الملكية حتى لا تستباح و تهدر و يعم الفساد ، فان حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة النفس
بل هي من لوازم المحافظة على الانفس ، لذلك اقتضت الحكمة من صيانة الاموال ، بتقرير
مبدأ التعويض بالمثل

او القيمة جبرا للضرر و النقص الذي يلحق المضرور باتلاف ماله لان اخذه نظير ما اتلف له
يجعله كمن لم يفت عليه شيء ، فينتفع بما يأخذه ، و في نفس الوقت يكون ذلك قمعا للعدوان ،
و جزرا للمعتدين ، و رعاية للحقوق ، و سدا للثغرات ، و هذه اصلح طريقة لحماية الاموال و
جبر الضرر معا² .

1- جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، ص 209 .

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

ثانيا : شروط التعويض: ليكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا

لا بد من توافر شروط و هي :

- ان تكون الزوجية قائمة .
- ان يكون الطلاق بالارادة المنفردة للزوج .
- ان يكون الزوج متعسفا في الطلاق .
- ان يترتب عن الطلاق ضرر .

1- ان تكون الزوجية قائمة : لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي الا اذا

كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين ، فلا يمكن ان يكون عقدا بدون دخول ، بل يجب ان يتم الدخول و المعاشرة الزوجية ، و معنى ان تكون الزوجية قائمة لا بد ان تسلم الزوجة نفسها الى زوجها و ان تمكنه من الاستمتاع بها ، فاذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها او لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا ، فلا تعويض عن طلاق تعسفي الا بتمام الدخول ، و ان ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول انما هو تعويض عن ضرر معنوي و ليس من طبيعة التعويض التعويض عن طلاق تعسفي¹.

وهذا ما اكدته المحكمة العليا في احد قراراتها و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا ان تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع ، و ما تبين من قضية الحال ان الاسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة و ان عدم

1- باديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ، الجزء الاول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص 87 - 88 .

اتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة ، و عليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن " 1 .

2- ان يكون الطلاق بالارادة المنفردة للزوج : العصمة الزوجية ترجع للزوج فله ان يطلق زوجته لانه هو من اخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه و سلم ، و هذا انطلاقا من واجباته الشرعية تجاهها ، و التي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية و غير مالية ، و عليه فله احقية الطلاق بالارادة المنفردة ، فالواجب المالي يتمثل اساسا في المهر و النفقة اما الواجب غير المالي يتلخص في العدل بين الزوجات اذا كان متزوجا بأكثر من واحدة ، و عدم الاضرار بالزوجة ، و واجبه في الحفاظ على الاسرة و صيانتها . فالنسبة للمهر جعله الاسلام حقا للزوجة قال تعالى : ((وآتوا النساء صدقاتهن خلته فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)) النساء الاية 4 و النفقة تتمثل في توفير ما تحتاج اليه الزوجة من طعام و مسكن و التعويض و نفقة العدة و نفقة الاهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فانهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الاسرة فهما خاطئا ، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض و السكن و نفقة الاهمال " 2 .

03- ان يكون الزوج متعسفا في الطلاق: ان الشرع و القانون استوجبا سببا معقولا و حاجة شرعية تدعو الى الطلاق ، و لما كان هذا الاخير تصرف ارادي و الزوج فيه صاحب الحق ، فكان عليه ان يستعمله في غرضه و متى خرج عن ذلك عد متعسفا في استعمال حقه ، فايقاع

1-قرار رقم: 216865 ، المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 16/03/1999 ، اجتهاد قضائي ، ص 256 .

2-قرار رقم: 53017 ، المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 1989/03/27 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1991 ، ص 56 .

الزوج الطلاق من غير باعث و دون حاجة يعد اساءة بالغة للحق الذي ملكه الله عز و جل اياه و ضرر واضح بالمرأة ، و هذا الرأي منطقي اذا نحن رجعنا الى المبادئ العامة التي تحكم الطلاق ، و التي تتطلب التضييق فيه قصد المحافظة على الاسرة ، لا سيما و ان الاصل في الطلاق يتعلق بالمساس بشرف و كرامة الزوجة و الاعتداء على عواطفها .

غير ان هذا لا يعني ان كل طلاق يوقعه الزوج بارادته المنفردة يعد طلاقا تعسفيا ، فاذا اصر الزوج على الطلاق رغم محاولة الصلح فما على القاضي في هذه الحالة الا الاستجابة لطلبه ، لانه لا يستطيع ان يمنعه من ممارسة حق منحه له الشرع و القانون ، و لكن على الزوج في هذه الحالة ان يقدم الاسباب و المبررات التي دفعته الى المطالبة بالطلاق ، و ان كان الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية او اخلالها بواجباتها لا سيما الطاعة و حسن التدبير ، غير انه اذا كان الطلاق لسبب غير مشروع يدعو اليه ، وجب على المطلق المتعسف التعويض لما لحق بالزوجة المطلقة من اضرار بسبب هذا الطلاق .

لكن القول بأن السلطة التقديرية للقاضي في تقرير ما اذا كان السبب مشروع او لا من شأنه ان يحدث اضطرابا في الاحكام القضائية ، ذلك ان ما يعد مبرر مقبول في نظر بعض القضاة لا يعتبر كذلك عند البعض الآخر¹.

4- ان يترتب عن الطلاق ضرر: يعرف الضرر طبقا للقواعد العامة في القانون المدني بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة سواء تعلق ذلك الحق او تلك المصلحة بسلامة جسده او ماله او غير ذلك ، و قد جاءت المادة 52 ق ا ج لتوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة تعسفيا بصفة عامة حيث لم يعين نوعه

1- باديس ديايي ، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض- نفقة- العدة- حضانة - متاع ، ط 1 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 12.

، فهل يشمل الضرر المعنوي ام يقتصر على المادي فقط .
و للطلاق اثر كبير في نفس المطلقة خاصة اذا كان من غير سبب او مبرر معقول و لم يكن بينها و بين زوجها من المشاكل ما يمكن ان يتوقع معه حدوث الطلاق ، و اهم هذه الآثار حالة حالة الاكتئاب ، و القلق و الحزن نتيجة نظرة المجتمع الى المطلقة على انها ما طلقت الا لريبة او تهمة و قد يكون هو زواجها الاول و الاخير ¹ .

و المعمول به في الغالب ان عنصر الضرر مفترض في جميع قضايا الطلاق ، من دون حاجة الى اثباته متى كان الاساس الذي اعتمد عليه الزوج غير جدي ، او منعدم تماما لأن انعدام التبرير او كونه غير كافي يفهم منه ان الزوج تعسف في استعمال حق الطلاق ، و بالتالي ينتج عنه ضرر واقع و محقق ، و تقدير هذا الضرر مسؤولية مسؤولية قضاة الموضوع .

المطلب الثاني : اسس و كيفيات تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

و سنوضح مفهوم التعويض من خلال فرعين : الفرع الاول يتعلق بتعريف التعويض اما الفرع الثاني تناولنا فيه مشروعية التعويض و شروطه .

الفرع الاول - أسس التعويض عن الطلاق التعسفي :

ان فرض التعويض عن الضرر المترتب عن طلاق الزوج لزوجته تعسفا يستند الى اساس فقهي يكون ناتجا لنظرية فقهية كما يستند الى اساس قانوني مصدره اتجاه تشريعي معين و هذا يجعلنا نقسم هذا الفرع الى قسمين :

1-رسمية عبد الفتاح الدوس ، المرجع السابق ، ص 105 .

اولا - الاساس الفقهي لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي :

مبدأ التعويض في الفقه الاسلامي امر مشروع و ثبتت مشروعيته بالكتاب و السنة ، فالتعويض عن الضرر امر مقرر شرعا و عقلا و قانونا و عرفا ، لجبرالضرر الواقع لكل شخص تم الاعتداء عليه ، و يتحقق التعويض بتوفر ركناه : الاعتداء و الضرر ، و اضاف فقهاء القانون ركن ثالث هو العلاقة السببية بين الاعتداء و الضرر¹.

1- الركن الاول - الاعتداء :

و هو عند الفقهاء الظلم و العدوان و مجاوزة الحق ، وضابطه هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد².

و معياره في الفقه الاسلامي هو اتباع الاوامر ، و اجتناب النواهي ، اي مرجعه الى الأحكام الشرعية و العرف ، فالاعتداء ظلم منهي عنه و لا يعد من قبيل استعمال الحق بل خارج عن الحق و تجاوزا له ، و اعتداء يلزم فاعله بالتعويض³.

2- الركن الثاني - الضرر : هو الاذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من

حقوقه او بمصلحة مشروعة ، او هو اخلال بمصلحة مشروعة له ، مادية كسلامة جسمه او ماله ، او معنوية كسمعته و شرفه ، و من خلال تعريفه يتبين ان للضرر نوعان مادي ومعنوي و تعتبر متعة المطلقة من الوسائل العلاجية التي اقترتها بعض التشريعات العربية في قوانين الأحوال الشخصية ، و تعد من جماليات التشريع الاسلامي في جبر الخواطر و معالجة آثار

1- وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1989 ، ص 18

2- وهبة الزحيلي ، المرجع نفسه ، ص 18 .

3- خطاب خالد خطاب ، التعويض عن الطلاق - دراسة فقهية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2012 ،

الطلاق التي تمس بالمرأة المطلقة ، فأوجب على الرجل ان يقدمها لمطلقاته ، لكي يخفف عنها مشقة الفرقة و فيما يلي بيان للمتعة من وجهة نظر الفقه الاسلامي

تعريف المتعة : المتعة في اللغة من متع و هو كل ما جاد ، و الماتع البالغ في الجودة و الغاية ، و المتاع هو ما ينتفع به و يبتلع به و يتزود ¹ .

اما في الاصطلاح فهي ما يجب للمطلقة جرا و ترفيها و تخفيفا لما يصيبها من اسف و حسرة و وحشة بسبب استعمال حق الطلاق الذي منحه الله للزوج على سبيل الاستثناء ² .

مشروعية المتعة : مشروعية المتعة ثابتة بالكتاب و السنة ، فمن القرآن قوله تعالى : ((و

للمطلقات مناع بالمعروف حقا على المقينين)) ³ ، و قوله تعالى : ((لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او اقربوا لهن فريضة و منعوهن على الموسع قدره ...)) ⁴ .

و من السنة عن عائشة رضي الله عنها ان " عمرة بنت الجوي تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين ادخلت عليه ، فقال : لقد عذب معاذ ، فطلقها ، و امر و امر اسامة او انسا ، فمتعها بثلاثة اثواب " ⁵ .

الحكمة من مشروعية المتعة : تكمن الحكمة من مشروعيتهما في جبر خاطر المطلقة و التخفيف عنها مما الم بها من صدمة الطلاق ، و تكون عبارة عن شهادة بنزاهة المرأة

1- عبير رحي شاكرا القدومي ، المرجع السابق ، ص 194 .

2- مبروك المصري ، الطلاق و آثاره في قانون الاسرة الجزائري - دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر ، ط 1 ، الجزائر ، 2010 ، ص 225 .

3- سورة البقرة ، الآية 241 .

4- سورة البقرة ، الآية 236 .

5- قراة علي ، فقه القرآن و السنة في موضوع الطلاق في السلام ، دار مصر للطباعة ، 1956 م ، ص 86 .

و اعتراف بأن الطلاق كان من قبل الزوج ، و هذا ما يجنب من النيل بسمعة المرأة¹.

الفرق بين المتعة و التعويض :

قد يتشابه الحق المادي للمطلقة بين المتعة و التعويض ، و هو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات الصادرة عن المحكمة العليا ، و عليه لا بد من بيان اوجه الاختلاف بينهما ، حيث تتميز المتعة عن التعويض في :

- المتعة تثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن و السنة ، اما التعويض فهو امر اجتهادي مختلف فيه استند فيه على نظرية التعسف .
- تجب المتعة بمجرد الطلاق ، بينما التعويض لا يجب الا اذا كان الطلاق تعسفيا .
- المتعة تجب في جميع حالات فك الرابطة الزوجية سواء كانت طلاقا ام فسخا او كان من الزوج او من القاضي ، اما التعويض يكون في حالة التعسف فقط .
- المتعة لا تجب اذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (الخلع) ، اما اذا كانت الفرقة من قبل الزوجة و الحقت الضرر بالزوج فقد وجب عليها التعويض لزوجها .
- المتعة تجب لمجرد الطلاق من غير ان يبدي الزوج الاسباب التي دفعته للطلاق .

ثانيا - الاساس القانوني لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي :

لا تستحق المطلقة التعويض الا اذا ثبت مسؤولية الزوج عن الطلاق ، و قد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 انه : (من المقرر شرعا و قضاء ان المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ، و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، و لما

1- احمد علي الجردات ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد - الزواج و الطلاق ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و

التوزيع ، عمان ، الاردن ، د س ن ، ص 320

كان الثابت في قضية الحال ان القرار المطعون فيه قضى باسناد الظلم الى الزوجين معا ، فلا سبيل الى تعويض احدهما و منح المتعة للزوجة ، و متى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة)¹.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم تحمل الزوج كل المسؤولية ، اي ان دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه ، فاذا كان جانبا من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض .

فالطلاق قد وضع شرعا لرفع الضرر و ليس للاحاقه بالزوجة ، و التعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق فاصابها من جراء ذلك الضرر و في اطار تطبيق الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون الاسرة فان الحكم بالتعويض يتطلب شرطان اساسيان هما :

1- ان يثبت للقاضي ان الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة او لدفع ضرر ، و انما لنزوة شخصية او لقصد الاضرار بها ، و دون ان تكون هناك مصلحة او فائدة شرعية او عقلانية او منطقية ، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها ، او يطلقها لانها رفضت تحضير الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية و هم سكارى ، و هو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق² .

و قد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأنه : " من المقرر قانونا ان الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج او تعسفه في الطلاق ، و من ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ فيه

1- قرار رقم: 39731 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 27/01/1986 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، 1993 ، ص 61 .

2- مسعودة نعيمة الياس ، المرجع السابق ، ص 141 .

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

يعد مخالف للقانون ، و متى تبين من قضية الحال ان قضاة الموضوع قضاوا للمطعون ضدها بالتعويض دون ان يحصل من الطاعن أي تعسف او نشوز ، فانهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا " ¹ .

1- ان يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها ، و ان كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق ، فان الضرر المادي اذا وجد فيجب على الزوجة اثباته ، و المعلوم ان العصمة بيد الزوج و له الحق في ايقاع الطلاق و دور القاضي هو مجرد مسجل لارادة الزوج و قد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا حيث قضت بموجبه بأنه : " من المقرر قانونا انه يحق للزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ، و من ثم فان النعي على القرار المطعون بالقصور في التسبب ليس في محله ، و متى تبين في قضية الحال ان للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون ان يفصح للقاضي عن الاسباب التي دفعته للطلاق ، و ذلك تجنبا للحرص ، او تخطيا لقواعد الاثبات ، خلافا للازواج الذين يقدمون تبريرات لابعاد المسؤولية عنهم و عليه فان قضاة الموضوع، لما قضاوا بالطلاق بالارادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون ² . ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار ان القواعد العامة في الاثبات تقتضي ان البيئة على من ادعى ، و ان من يعجز عن اقامة البيئة على صحة دفعاته يخسر دعواه، الا انه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة ، ذلك ان القاضي يقضي بالطلاق بناء على ارادة الزوج حتى و لو لم يقم هذا الاخير البيئة ، او لم يفصح عن الاسباب التي دفعته الى ايقاع

1- قرار رقم : 210451 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 1998/11/17 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 252 .

2- قرار رقم : 223019 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 15/06/1999 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 104 .

الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي

الطلاق ، سواء لعدم القدرة على اثباته او لتجنب الحرج لانها تدخل في صميم الامور الشخصية بين الزوج و الزوجة ، و لا يمكن في هذه الحالة ان يعاب على القرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبيب لأنه مجرد مسجل لارادة الزوج .

اما اذا اعتمد الزوج في ايقاع الطلاق على اخلال او تقصير من طرف الزوجة فعليه اثبات ما يدعيه ، و للقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسب بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر الى مواقف الاطراف و دفوعاتهم. و قد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا حيث قضت بموجبه " ان القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ، و متى تبين في قضية الحال ان المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج ، فان البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية ، و عليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق ، وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب"¹ يتضح هنا ان الاساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال حق الطلاق ، و ليس على اساس المسؤولية التقصيرية ، و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها بقولها : " ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان يشمل التعويض عن الطلاق "²

ذلك ان المسؤولية التقصيرية تقوم على اساس الخطأ الذي يلحق الضرر ، وهذا ما لا يمكن ان يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق .

1- قرار رقم : 2043417 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 2000/05/23 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 109 .

2- قرار رقم : 235456 المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 2000/02/22 ، المجلة القضائية ، عدد 1 ، 2000 ، ص 282 .

الفرع الثاني - تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

اولا : عناصر تقدير التعويض : جاء في قرار المحكمة العليا : " من المستقر عليه قضاء ان تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير انهم ملزمين بذكر اسباب تحديدها و من ثم فان القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل " ، و عليه فالمشرع لما اعطى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الناجم عن الضرر اللاحق بالمطلقة ، لم يكن مطلقا ، بل ثيده بتسبيب حكمه ، من خلال تحديد الاسباب التي دفعته الى اصدار الحكم القاضي بقيمة التعويض و الا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب ، نستخلص هنا ان القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي يراعي العناصر التالية :

- 1- **مراعاة ظروف الملاسة :** و يقصد بها الظروف الشخصية للمضرور التي تأخذ في الحسبان عند تقدير التعويض ، فهذا الاخير يقاس على الضرر الذي اصاب المضرور بالذات فتقدر على اساس ذاتي لا موضوعي ، فيأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المضرور العائلية مثلا الزوجة التي تعول اطفالا يكون ضررها اشد من الزوجة التي لا تعول
- 2- **مراعاة سوء نية الزوج :** ان مسألة حسن النية هي مسألة موضوعية و التي يستأثر القاضي بتقديرها حيث يستخلص عنصر النية من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه و من الوقائع المعروضة في دعوى الطلاق ، و لذا تتجلى سوء نية الزوج من خلال استناده في طلب فك الرابطة الزوجية بمبررات و اسباب غير مشروعة و مؤسسة ، فهنا يظهر مدى قصد الزوج الاضرار بزوجه .

و يأخذ القاضي كذلك بعدة اعتبارات ¹.

1- الاعتبار الاول : يتعلق بمدخول الزوج و ظروف معيشتة : التعويض يقدر بحسب حال الزوج يسرا و عسرا فهي مسألة موضوعية.

2- الاعتبار الاول : يتعلق بدرجة تعسف الزوج و بعدد سنوات العشرة الزوجية : فالقاضي يجب عليه مراعاة جسامة الخطأ في الطلاق التعسفي ، اي استخلاصه لمدى اعتبار صاحب الحق متعسفا في استعمال حقه ، و كذلك مراعاته لعدد سنوات العشرة الزوجية لما فيه من ضياع و مضرة لمستقبل الزوجة و من تقويت فرصة الزواج لها التي قد لا تعود .

ثانيا : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي : لا نجد في قانون الاسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي ، اذ استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي و لكن لم يحدد قيمة هذا التعويض ، و لم يحدد حتى قيمته الدنيا او القصوى ، و ذلك خلافا لما ذهب اليه المشرع السوري حيث جاء في المادة 117 من قانون الاحوال الشخصية على انه " ... جاز للقاضي ان يحكم على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، و للقاضي ان يجعل دفع هذا التعويض جملة او شهريا بحسب مقتضى الحال " ، و هذا ماذهب اليه القانون المصري ايضا حيث تنص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 على انه " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح اذا طلقها زوجها دون رضاها و لا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة متعة تقدر بنفقة سنتين على الاقل و بمراعاة حال المطلق يسرا و عسرا و ظروف الطلاق و مدة الزوجية ، و يجوز ان يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على اقساط ".

اما المشرع الجزائري فقد كان له موقف مغاير اذ امه أجاز ذلك لقاضي الموضوع بموجب ما له

1- كباب سميرة و مؤمن الحاج ، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري (مذكرة ماجستير) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجليلي بو نعام ، خميس مليانة ، 2014 - 2015 ، ص 61 .

من سلطة تقديرية و لم يحدد له لا حد ادنى و لا حد اقصى ، و كان للقضاء الجزائري تطبيقات قضائية في ذلك ، فقد جاء في قرار المحكمة العليا بأنه : " من المستقر عليه قضاء ان تحديد المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير انهم ملزمين بذكر اسباب تحديدها و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل " ¹ .

اي انه اذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره او زاد فانه و رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و الا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب ² . و في قرار آخر للمحكمة العليا قضت بأن : " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم " ³ . اما بشأن طريقة دفع هذا التعويض ، هل يكون جملة واحدة او يدفع على اقساط ، فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الاسرة عن ذلك ، و اذا كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في قانون الاسرة الا اننا نجد ذلك في المادة 132 من القانون المدني و التي تنص على انه : " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف و يصح ان يكون التعويض مقسما ، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا " و جواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على اقساط هو امر جائز و ليس فيه اسقاط

1- قرار رقم : 75029 ، المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 18/06/1991 ، ، المجلة القضائية ، عدد 01 ، ص 65 ،

2- المادة 277 فقرة 1 من قانون الاجراءات المدنية : " لا يجوز النطق بالحكم الا بعد تسببيه ، و يجب ان يسبب الحكم من حيث الوقائع و القانون ، و ان يشار الى النصوص المطبقة " . و المادة 358 من نفس القانون : " لا يبنى الطعن بالنقض الا على وجه واحد او اكثر من الالوجه الآتية ... 9- انعدام التسبيب 10- قصور التسبيب "

3- قرار رقم 368660 ، المحكمة العليا (غرفة الاحوال الشخصية) ، بتاريخ 12/07/2007 ، ، المجلة القضائية ، عدد 02 ، ص 483 .

لالحق الواجب للمطلقة ، انما فيه مصلحة للمطلقة بالتيسير عليه ، و هذا ما يتماشى مع قوله

تعالى : ((ولا تفسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير))¹

و هذا حتى لا ينسى المسلمون الفضل بينهم و المودة حتى بعد ظروف الطلاق ، كما انه قد

يكون في التقسيط مصلحة للمطلقة ايضا ، لأنه قد يضمن لها دخلا متتابعاً قد يستمر الى ما

بعد انتهاء نفقتها ، و قد يكون افضل لها من ان تأخذه دفعة واحدة فتسرف في انفاقه فلا يكفيها

مدة طويلة .

1- سورة البقرة ، الآية 237

الخاتمة

الخاتمة

ان الزواج عقد مقدس بين الزوجين من اهدافه تكوين اسرة اساسها المودة و الرحمة و التعاون و المحافظة على الانساب ، و الاصل في هذه الرابطة ان لا يتضرر منها احد الزوجين من ممارسة الطرف الآخر لحقوقه بل على العكس من ذلك كل منهما يكمل الآخر ، غير ان ما يشهده المجتمع حاليا من دعوة لتحرير المرأة من قيود لا وجود لها في الاصل في مجتمعنا الاسلامي جعل المرأة تحس ان اي تصرف من الزوج يحد من حريتها يستوجب تدخل القاضي لمنع من هذا التصرف و الزامه بالتعويض ، و بالمقابل نجد ان الرجل يعتبر كل ما خوله الله تعالى من قوامة على الاسرة هو تسلط يجعله يعتقد ان اي تقييد او منع للزوجة هو حق من حقوقه و ليس عليها الا الامتثال .

و بتداخل هذه المفاهيم اصبح الطلاق هو الحل الامثل لشقاق الزوجين و الأسهل و اصبحت محاكمنا وجهة للازواج لعرض مشاكلهم على القضاء للفصل فيها ، و من جملة النتائج التي تم التوصل اليها :

- ان المقصود بالتعسف في استعمال الحق بشكل عام ممارسة حق من الحقوق و اتيان فعل مباح على وجه يخالف مقصد التشريع منه .

- لقد سبق التشريع الاسلامي القوانين الوضعية في فكرة التعسف في استعمال الحق و الأخذ بها في بناء احكامه على التصرفات و ان لم يسمها بأسمها ، و كذلك الاخذ بقاعدة دفع الضرر و الفساد ما امكن .

- المتعة شرعت من اجل حكمة بليغة و هي جبر الضرر و الالم الذي يلحق المرأة جراء الطلاق لما اصابها بسبب فراق زوجها ، و المتعة لا تعد تعويضا عن الطلاق التعسفي و ذلك لكونها واجبة لكل مطلقة سواء كانت هي سبب الطلاق او ليس لها دخل فيه ، و ذلك على

اعتبار ان اغلب قوانين الاحوال الشخصية لم تعتبرها تعويضا بل نصت على انها حق من حقوقها كرمها به الاسلام .

- ان لمعايير التعسف في جميع حالاته اصلا عاما واحدا و هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل ، و تعتبر هذه المعايير ضوابط ضرورية لتحديد ماهية التصرف و الحكم عليه بالجزاء العادل المناسب على اساس ثابت محدد . - لكل من المتعة و التعويض اثر كبير و دور مهم في الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي التي اصبحت منتشرة بكثرة في اوساط المجتمعات المسلمة .

و على ضوء هذه النتائج نوصي بما يلي :

* دعوة فقهاء القانون و الباحثين المتخصصين منهم في قانون الاسرة الى المزيد من العناية و الشرح و اعادة النظر و التعديل لموضوع الطلاق التعسفي من جميع الجوانب .

* ضرورة تبني خطة على المستوى الوطني تشارك فيها جميع الاجهزة و المؤسسات المعنية ذات الصلة للتصدي لهذه الظاهرة و الحد منها لانها تحتاج الى عمل و جهد متكاملين على جميع الاصعدة التشريعية ، التربوية ، الاعلامية ، الاجتماعية ، النفسية .

* رفع مبالغ التعويض عن الطلاق التعسفي و المحكوم بها للمطلقات و في الظروف الحالية لا

تساوي شيئا امام المتطلبات المعيشية الحالية ، كما ان رفع مقدار التعويض سيردع الازواج المستهترين بميثاق الرابطة الزوجية . ذلك اهم ما تم التوصل اليه من خلال بحثنا هذا آملين ان تجود الايام المقبلة بدراسات حقوقية جديدة و اجتهادات فقهية تؤكد على ضرورة التشدد مع كل من يتعسف في استعمال الحق او يسيئ في استعمال الحقوق التي وضعت اساسا للصالح العام

A decorative border with floral and scrollwork patterns surrounds the text.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

اولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب

- 01- ابن منظور ، الامام العلامة جمال الدين ابي الفضل محمد بن مكرم بن منظور
الانصاري الافريقي المصري ، لسان العرب ، دار لسان العرب ، بيروت ، الطبعة
الاولى ، 2003 .
- 02- ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، بشرح الامام ابي الحسن الحنفي المعروف بالسندي ، حقق
اصوله و خرج احاديثه عن الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة
لاشراف الشيخ مأمون خليل شيحا ، و بحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن
ماجة للامام البوصيري ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، المجلد الثاني ، الطبعة الرابعة
، 2006 .
- 03- احمد بن على بن حجر العسقلاني ، فتح الباري في شرح صحيح البخاري ، ج 9
كتاب الطلاق ، باب العدة ، دار المعرفة للطباعة و النشر ، لبنان ،
- 04- احمد محمد على داوود، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية ، مكتبة دار الثقافة
للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، الطبعة الاولى ، 1999 .
- 05- احمد الغندور ، الطلاق في الشريعة الاسلامية و القانون ، دار المعارف ، مصر ،
الطبعة الاولى ، 1967 ،
- 06- ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الاول ، دار الحديث ، القاهرة ، المجلد الاول ،
1423 هـ - 2003 م .
- 07- احمد علي الجردات ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد - الزواج و
الطلاق ، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، د س ن

- 08- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004 .
- 09- بلحاج العربي ، ابحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي ، الجزء الثاني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1996 .
- 10- بن زيطة الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الخلدونية للنشر ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، 2007 .
- 11- باديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة ، الجزء الاول ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 .
- 12- باديس ديابي ، آثار فك الرابطة الزوجية تعويض - نفقة - العدة - حضانة - متاع ، ط 1 ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، د س ن .
- 13- البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الاقناع ، دار عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، الجزء الخامس د س ن .
- 14- جميل فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى ، 2009 .
- 15- حمد بن يعقوب الفيروز الآبادي مجد الدين ، القاموس المحيط ، تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي ، المجلد الاول ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة السابعة ، 2003 .
- 16- خطاب خالد خطاب ، التعويض عن الطلاق - دراسة فقهية مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2012 .
- 17- الدارقطني : الامام الكبير علي بن عمر الدارقطني ، سنن الدارقطني ، تعليق ابي الطيب محمد شمس الحق العظيم ابادي ، ط 1 ، دار ابن حزم ، بيروت ، 2011 .

- 18- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي ، دار قنديل ، عمان ، 2010.
- 19- الشربيني ، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1997.
- 20- صالح العلي الصالح ، امينة الشيخ سليمان الاحمد ، المعجم الصافي في اللغة العربية ، د ن ، الرياض ، د س ن .
- 21- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ، دار ابن حزم ، بيروت، 2010
- 22- عبير ربحي شاكرك القدومي ، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية ، دار الفكر ، عمان ، الطبعة الاولى ، 1428 هـ - 2007 م
- 23- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 1982.
- 24- عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، الجزء الاول ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1968
- 25- عبد القادر داودي ، احكام الاسرة بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري ، دار البصائر ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2009
- 26- علي فيلاي ، الالتزامات العمل المستحق للتعويض ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2002
- 27- عبد الكريم زيدان ، المفصل في احكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، الجزء الثامن ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 1413 هـ - 1993 م
- 28- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1964.

- 29- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثالثة ، 1998 .
- 30- عزيز كاظم ، ضرر مرتد للتعويض في المسؤولية التقصيرية ، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة ، د.م.ن ، 1998
- 31- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 1988.
- 32- القزويني : الحافظ ابي عبد الله بن محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، ج 1 ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، د س ن .
- 33- قراة علي ، فقه القرآن و السنة في موضوع الطلاق في السلام ، دار مصر للطباعة ، 1956 م .
- 34- محمد كمال امام، الطلاق عند المسلمين- دراسة فقهية وقانونية ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- 35- محمد احمد سراج ، نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 1998.
- 36- محمد الزحيلي ، التعويض المالي عن الطلاق ، دار المكتبي ، دمشق ، سوريا ، 1418.
- 37- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر 05-02، دار الوعي ، الجزائر ، الطبعة الاولى، 2012.
- 38- مصطفى بن العدوي ، الطلاق في الشريعة الاسلامية ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، الطبعة الاولى، 1988 .
- 39- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الرابعة ، 2007.

- 40- محمد بن المدني بوساق ، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي ، دار اشبيليا ، الرياض ، 1419 هـ - 1999 م.
- 41- محمد فتح الله النشار ، حق التعويض المدني بين الفقه الاسلامي و القانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2002.
- 42- محمد علوشيش الورتلاني ، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الاسلامي ، دار الامة ، الجزائر ، 1979 ، الطبعة الاولى .
- 43- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
- 44- المعجم الوسيط ، اصدار مجمع اللغة العربية ، القاهرة ، 1972 ، الطبعة الثانية
- 45- مبروك المصري ،الطلاق و آثاره في قانون الاسرة الجزائري - دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر ، ط1 ، الجزائر ، 2010.
- 46- نصر سليمان ، سعاد سطحي ، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة مع قانون الاسرة ، دار الهدى ، عين مليلة ، 2003 .
- 47- نور الدين عتر ، ابغض الحلال ، مؤسسة الرسالة ، سوريا ، 1985.
- 48- الهادي السعيد عرفة ،اساءة استعمال حق الطلاق ، مطبعة الامانة ، القاهرة ، مصر ، 1989.
- 49- وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثانية ، 1989.
- 50- وهبة الزحيلي ،الفقه الاسلامي و ادلته - الاحوال الشخصية - (احكام الاسرة) ، الجزء التاسع ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الرابعة ، 1997.

ثالثا: المقالات

- 1- شذى مظفر حسين ، " التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية و القانون " ، مجلة رسالة الحقوق العلمية ، المجلد الأول ، العدد الأول ، 2009 .

رابعا: الرسائل العلمية الجامعية

- 1- بلحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، منكرة لنيل شهادة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر
- 2- بلبولة بختة ، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج و انحلاله ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2004-2005
- 3- ساجدة عفيف عتيلي ، الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة الاسلامية و القانون الاردني ، اطروحة ماجستير ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، 2011
- 4- عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين احكام تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2006-2007 م
- 5- كباب سميرة و مؤمن الحاج ، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري (مذكرة ماجستير) ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي بو نعامة ، خميس مليانة ، 2014 - 2015 م
- 6- مجيدي العربي ، نظرية التعسف في استعمال الحق و آثارها في احكام فقه الاسرة ، رسالة ماجستير في الشريعة و القانون ، كلية اصول الدين ، جامعة الجزائر ، 1422هـ - 2002

خامسا:النصوص القانونية

- 1- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم الامر رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، المؤرخ في 27 فيفري 2005 .
- 2- القانون رقم 10-05 مؤرخ في 30 يونيو سنة 2005 ، يعدل و يتم الامر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 44 ، المؤرخ في 26 يونيو سنة 2005 .
- 3- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجريدة الرسمية عدد 21 ، المؤرخ في 23 افريل سنة 2008 .

A decorative rectangular border with ornate floral and scrollwork patterns in each corner, framing the central text.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
	شكر
	اهداء
أ - ب - ت - ث	مقدمة
06	الفصل الأول : ماهية الطلاق التعسفي
07	المبحث الاول : مفهوم الطلاق و مشروعيته
07	المطلب الاول : تعريف الطلاق
07	الفرع الاول : الطلاق لغة
08	الفرع الثاني : الطلاق اصطلاحا
08	اولا : الطلاق في الاصطلاح الشرعي
09	ثانيا : الطلاق في الاصطلاح القانوني
10	المطلب الثاني : حكم الطلاق و مشروعيته
10	الفرع الاول : حكم الطلاق
12	الفرع الثاني : مشروعية الطلاق

12	اولا : ادلة مشروعية الطلاق
12	1- مشروعية الطلاق من الكتاب
13	2- مشروعية الطلاق من السنة
14	3- مشروعية الطلاق من الاجماع
14	4- مشروعية الطلاق من القياس
14	ثانيا : الحكمة من مشروعية الطلاق
16	المبحث الثاني : مفهوم الطلاق التعسفي
16	المطلب الاول : تعريف الطلاق التعسفي
16	الفرع الاول : التعسف لغة
17	الفرع الثاني : التعسف اصطلاحا
17	اولا : التعسف في الفقه الاسلامي
18	ثانيا : التعسف في القانون الجزائري
19	المطلب الثاني : معايير الطلاق التعسفي وصوره
19	الفرع الاول : معايير الطلاق التعسفي
19	اولا : المعايير الذاتية او الشخصية
19	1- معيار قصد الاضرار

21	2- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة
21	اولا : المعايير الموضوعية او المادية
21	1- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة
22	2- معيار الضرر الفاحش
23	ضابط السبب المشروع
24	الفرع الثاني : صور الطلاق التعسفي
24	الصورة الاولى : طلاق مرض الموت
24	تعريف طلاق مرض الموت
25	حكم طلاق مرض الموت
26	تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في واقعة طلاق المريض مرض الموت
27	موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية من طلاق المريض مرض الموت
30	الصورة الثانية : الطلاق دون سبب مشروع
30	تعريف الطلاق دون سبب مشروع
31	حكم الطلاق دون سبب مشروع

33	تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق دون سبب مشروع
34	موقف المشرع الجزائري و بعض التشريعات العربية من الطلاق لسبب غير مشروع
37	الصورة الثالثة : الطلاق الثلاث بلفظ واحد
37	تعريف الطلاق الثلاث بلفظ واحد
37	حكم الطلاق الثلاث بلفظ واحد
39	تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق الثلاث بلفظ واحد
40	موقف المشرع الجزائري من الطلاق الثلاث بلفظ واحد
41	الصورة الرابعة : طلاق المرتد
41	الصورة الخامسة : الطلاق في الحيض
41	تعريف الطلاق في الحيض
41	حكم الطلاق في الحيض
44	الفصل الثاني : آثار الطلاق التعسفي
45	المبحث الاول : الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي
45	المطلب الاول : تعريف الضرر و انواعه

45	الفرع الاول : تعريف الضرر
45	اولا : تعريف الضرر لغة
47	ثانيا : تعريف الضرر اصطلاحا
47	1- تعريف الضرر في الفقه الاسلامي
48	2- تعريف الضرر عند فقهاء القانون
49	الفرع الثاني : انواع الضرر
49	اولا - الضرر المادي
51	الضرر المادي في الشريعة الاسلامية
53	ثانيا - الضرر المعنوي
55	الضرر المعنوي في الشريعة الاسلامية
55	المطلب الثاني : شروط ضبط الضرر و اثباته
55	الفرع الاول : شروط ضبط الضرر
56	اولا- المساس بحق او بمصلحة مالية للمضرور
56	ثانيا- ان يكون الضرر محققا
57	ثالثا- ان يكون الضرر شخصا
57	رابعا - ان يكون الضرر مباشرا

58	خامسا - ان لا يكون قد سبق تعويضه
59	الفرع الثاني : اثبات الضرر
60	المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي
60	المطلب الاول : مفهوم التعويض
60	الفرع الاول : تعريف التعويض
60	اولا : تعريف التعويض لغة
61	ثانيا : تعريف التعويض اصطلاحا
61	1 - تعريف التعويض في الفقه الاسلامي
62	2 - تعريف التعويض في القانون
64	الفرع الثاني : مشروعية و شروط التعويض
64	اولا : مشروعية التعويض
67	الحكمة من مشروعية التعويض
68	ثانيا : شروط التعويض
68	1- ان تكون الزوجية قائمة
69	2- ان يكون الطلاق بالارادة المنفردة للزوج
69	3- ان يكون الزوج متعسفا في الطلاق

70	4- ان يترتب عن الطلاق ضرر
71	المطلب الثاني : اسس و كفيات تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
71	الفرع الاول - أسس التعويض عن الطلاق التعسفي
72	اولا - الاساس الفقهي لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي
73	تعريف المتعة
73	مشروعية المتعة
73	الحكمة من مشروعية المتعة
74	الفرق بين المتعة و التعويض
74	ثانيا - الاساس القانوني لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي
78	الفرع الثاني - تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
78	اولا : عناصر تقدير التعويض
78	1- مراعاة ظروف الملابس
78	2- مراعاة سوء نية الزوج
79	ثانيا : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي
83	الخاتمة
86	قائمة المصادر و المراجع
94	فهرس المحتويات
	ملخص الدراسة

ملخص

ملخص:

الطلاق صورة من صور فك الرابطة الزوجية ، و هو حق اصيل للرجل يمارسه في اي وقت يشاء و ذلك بموجب العصمة المقررة له شرعا ، الا ان هذا الحق ليس على اطلاقه و انما قد يكون مقيدا ، و بالرغم من وجود هذه القيود قد يوقعه الزوج بدون حاجة تدعو اليه و هذا ما يعرف بالطلاق التعسفي ، الا ان الشرع و القانون باقرارهما هذا الحق للزوج لم يقفا عاجزين عن المحافظة عنة حقوق المرأة و ذلك باقرار التعويض عن كل ضرر يلحق بالزوجة عند اساءة استعمال هذا الحق من طرف الزوج .

فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالزوجة من شأنه ان يحد من اقدام كثير من الازواج على ايقاع الطلاق ، الا اذا دعت الضرورة اليه و بوجود مبرر شرعي ، وذلك بغرض الحفاظ على الحياة الزوجية و استمرارها.

و عليه فان مسألة التعويض تبقى متعلقة بالضرر الناتج من جراء ايقاع الطلاق ، و المشرع الجزائري لم يوضح او يفرق بين المدخول بها و غير المدخول بها ، و قد اصاب المشرع الجزائري في عدم تقدير قيمة التعويض و ذلك لأن صور التعسف و معاييرها تختلف و يختلف معها الضرر و من المنطقي و الطبيعي ان يختلف مقدار التعويض .

و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر و جسامته و مدى كونه موجبا للتعويض .

الكلمات المفتاحية: الطلاق التعسفي، الضرر، التعويض.

Abstect:

and it is an inherent right for the man to exercise it at any time he wants, according to the infallibility established for him by law , but this right is not based on divorce, but rather it may be restricted , and despite the presence of these restrictions, the husband may sign it without need calls for him and this is known as arbitrary divorce , but that al - Shara and the law Bagherarhma this right to the husband was not unable to maintain the curse Aagafa for women 's rights and that passage of compensation for any damage caused to the wife when the abuse of this right by the husband.

The ruling for compensation for the damage inflicted on the wife would limit many husbands from initiating divorce , unless it was necessary and there was a legitimate justification , with the aim of preserving and continuity of married life

And therefore the question of compensation remains related to the resulting damage caused by the rhythm of divorce , and the legislator Algerian did not explain or differentiate between intake by and non - intake by , and has hit the Algerian legislature in the lack of appreciation of the value of compensation , and because images of arbitrariness and standards are different and varies with It is logical and natural that the amount of compensation varies.

The judge has the discretionary power to assess the damage, its severity, and the extent to which it requires compensation.

Mots clé: arbitrary divorce ; compensation ;the damage;