الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف – المسيلة –

كلية الحقوق والعـــلوم السياسية
قسم الحقـــوق
رقم: D71/M091

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: القانون الخاص
تخصص: الأحـــوال الشخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب(ة): بولعواد أمال

تحت عنوان:

التعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائي

لجنة المناقشة:

➢	جامعة	رئيسا
➢ بن سعيد موسى	جامعة	مشرفا ومقررا
➢	جامعة	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

بسم الله الرحمان الرحيم

{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} البقرة: 229.

صدق الله العظيم

الإهداء

الحمد لله و الصلاة والسلام على اشرف المرسلين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين .أما بعد:

بعد الحمد والثناء والشكر على العطاء للذي أمرنا بالعلم في وحي السماء فقال وقوله الحق:"اقرأ باسم ربك الذي خلق."(العلق/01).

اهدي ثمرة جهدي إلى:

منبع الحنان إلى من جعلت الجنة تحت قدميها ومن رافقتني دعواته أينما سرت ،إلى الشمعة التي بنورها اهتديت وبوفائها احتميت وبصبرها اقتديت ولحقها ما وفيت، إليك يا ست الحبايب يا أغلي حبيبة أمي ثم أمي ثم أمي.

إلى قرة عيني الذي رباني وأحسن تربيتي إلى من أعطى ولم يطلب إلى من تمنى لي أكثر ما تمنى لنفسه إلى من تمنى وصولي إلى هنا إليك أنت حبيبي يا أبي.

حفظكم الله وأطال عمركم وأدامكم تاج فوق رؤوسنا .

والى عائلتي الصغيرة إن شاء الله زوجي العزيز وشريك دربي ومستقبلي .

إلى أشقاء الروح إخوتي و أخواتي و إلى أزواج أخواتي إلى زوجة أخي وأطال الله في عمرهم وحفظهم.

إلى كل من ساهم في انجاز هذا البحث من بعيد او من قرب ولو بكلمة تشجيع .

إلى كل طلبة الماستر حقوق وإلى كل عزيز لم يذكر في السطور.إلى كل هؤلاء اهدي ثمرة جهدي المتواضع.الحمد لله الذي أعاننا بالعلم وجملنا بالحلم وأكرمنا بالتقوى وحملنا بالعافية.

شكر وتقـــدير

قال الله تعالى: (لَئِن شَكَرْتُمْ لأَزِيدَنكُمْ).

الآية (07) سورة إبراهيم

إنني أتقدم بآيات العرفان والتقدير لأستاذي الفاضل المشرف على هذه المذكرة
الدكتور " **بن السعيد موسى** " على ما أولتني به من نصح وتوجيه، وعناية في مختلف مراحل إنجازها واستعاده الدائم للمناقشة وإبداء التوجيه والنصح، أسأل الله تعالى أن يجعلها خيرا مما نظن وأن يجازيه كل خير.

كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك إلى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشتنا وسعة صدرهم.

كما أتوجه بأكبر وأعظم شكر لوالديه العزيزين على صبرهم الطويل معي في الحر والقر، في النور والظل أطال الله في عمرهم وكذلك إخوتي وأخواتي.

كما لا أنسى في هذا المقام زوجي الغالي الذي كان معي منذ أن وضعت أناملي على هذه المذكرة.

كما أستوجه بجزيل الشكر إلى كل من تعلمت على يديه قسطا من العلم وأخص المعرفة.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساهم في إعداد هذا البحث المتواضع بشكل مباشر أو غير مباشر ولو بكلمة، من زملائي، وأصدقائي، فللجميع ألف تحية وتقدير.

قائمة المختصرات

- **ج:** الجزء
- **د .ت .ن:** دون تاريخ نشر
- **د .ط:** دون طبعة
- **د .م .ن:** دون مكان نشر
- **ص:** صفحة
- **ط :** طبعة
- **ق.أ.ج** : قانون الأسرة الجزائري
- **ق.ا.م.ا.ج:** قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
- **ق .إ .م .ج** : قانون الإجراءات المدنية الجزائري
- **ق .م. ج** : قانون المدني الجزائري

المقدمة

إن الاعتناء بضبط نظام الأسرة مقصد شرعي اهتمت به جميع الشرائع السماوية، وكانت الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع وأعلاها رتبة وأشرفها مقاما فقد اهتمت بالأسرة رعاية خاصة، وذلك لأنها اللبنة الأساسية في بناء المجتمع، ومن هنا فقد حرصت على أن تقوم على أسس قوية متينة من العقيدة الإسلامية والأخلاق الفاضلة التي امتازت بها عن غيرها، والواقع الديني الذي يردع ويزجر مستعمل الحق.

ولهذا وضعت الشريعة الإسلامية نظاما واضحا يتمثل في علاقة الزواج بين الرجل و المرأة على أساس الاحترام بينهما، وجعل الزواج وسيلة لبقاء الجنس البشري وتوطيد للصلات الاجتماعية، والزواج إذا تحققت فيه الأهداف السالفة الذكر كان منبعا لبناء أسرة قوية متراصة.

ولكن عندما تذهب المحبة والمودة ويحل محلها القسوة والجفاء فيأخذ كل من الزوجين بأتفه الأسباب ذريعة لإحداث المشاكل قد تكون سببا للشقاء مما يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية.

ولما كان الإسلام دينا عاما واقعيا يعمل حسابا لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، شرع الطلاق ليتخلص الزوجان من المفاسد والشرور بالرغم من أنه أبغض الحلال عند الله تعالى كما جاء في الحديث النبوي.

لكن بعض الرجال قد يستعمل هذا الحق دون مسوغ شرعي أو دون الحجة إليه، فهو بذلك لا يحترم طبيعة المرأة ولا يقدر بنائها النفسي الذي فطره الله عليها والتي كانت في المجتمعات العربية عموما تحظى بمعاملة حسنة بسبب ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية التي تأمر بمعاشرتها بالمعروف، حيث عد القانون هذا الطلاق طلاقا تعسفيا والأصل في الطلاق هو الحظر ويكون الزوج متعسفا إن كان طلاقه من غير حاجة تدعو إليه وأنه سرع للحاجة عند تعذر استمرار الحياة الزوجية أو عدم تحقيق الغرض الذي نشأت من أجله. وبالتالي يلحق الضرر بالطرف الآخر، لذالك فالأسباب غير مشروعة تعتبر تعسفا في استعمال حق الطلاق.

1/ أهمية الموضوع

تظهر أهمية الموضوع في جوهره الذي يتناول موضوع حساس، ويمس كل فرد من أفراد المجتمع، فالإسلام وضع نظام للعلاقة الزوجية بين الزوج والزوجة مثلما وضع نظاما وحدودا على المطلق أن يلتزم بها اتجاه مطلقته في حالة الطلاق وذلك لما له من آثار تربوية تمس بالأسرة وتساهم في تهديم بنائها التي هي الخلية الأساسية في المجتمع.

وتتجلى هذه الأهمية فيما يلي:

- الآثار الاجتماعية والنفسية بالغة الضرر على الأسرة عامة وعلى المرأة خاصة، فالمرأة تعد أكثر تأثرا بالطلاق من الرجل وذلك لشدة عاطفتها، لذلك يسبب الطلاق إضرار بالمطلقة.
- خطورة الموضوع وتأثيره على حسن استمرار العلاقات بين الناس، لما له من آثار سلبية خلقية واقتصادية منها تثير النزاع بينهم، ففرض القانون للمطلقة تعويضا عما يلحق بها من ضرر مادي ومعنوي.
- العناية التي أولاها الإسلام لموضوع الطلاق التعسفي، وما يترتب عليه من آثار.

ـ ضرورة معرفة نظرة المشرع الجزائري لهذا الموضوع، ومقارنته بالفقه الإسلامي للتمكن من معرفة النقائص التي تجوب هذا القانون، وتسليط الضوء على بعض القوانين
العربية وغيرها في هذا الموضوع.
ـ معرفة آثار الطلاق التعسفي فيما يخص التعويض والمتعة والعلاقة بينهما.

2/ أسباب اختيار الموضوع

من خلال العرض المقدم يتبين بأن دوافعي لاختيار الموضوع تندرج ضمن النقاط التالية:
ـ خطورة الموضوع وما يؤدي من دور رئيسي في فك الرابطة الزوجية وإيجاد ما يعوض عن الضرر اللاحق بالمرأة بصفة خاصة لأن هذا الموضوع يمس الواقع بشكل مباشر.
- انتشار الجهل في المجتمع في موضوع الطلاق التعسفي شرعا وقانونا والاكتفاء بما هو متعارف عليه في حياة الناس عامة.
- التزايد والارتفاع المستمر لنسبة الطلاق دون مسوغ شرعي أو بدون وجه حق في مجتمعنا.
- تطور الحياة الاجتماعية ونفورها عن الأصول التقليدية وعدم خضوعها للضوابط الشرعية العرفية التي كانت تحكم العلاقات الأسرية في السابق.
- حداثة المصطلح الطلاق التعسفي وإيجاد الحلول المناسبة حتى لا نكون أمام إخفاق أو قصور لكلا الزوجين.

3/ إشكالية البحث

ـ الإشكالية الرئيسية

- هل التعويض هو الحل الأمثل لمعالجة الاضرار الناتجة عن الطلاق التعسفي ؟

ويتفرع عن هذا الإشكال الرئيسي إشكالات فرعية :
- ما المقصود بالطلاق التعسفي ؟
- ما المقصود بالتعويض عن الطلاق التعسفي؟
- هل هو جائز في الشريعة الإسلامية والقانون ؟
- ما علاقة التعويض بالمتعة في الطلاق التعسفي؟

4/ الدراسات السابقة

- دراسة العربي مجيدي، رسالة ماجستير، تحت عنوان"نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الإسلامي" كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، نوقشت سنة 2001م-2002م تطرق فيها (الأستاذ الفاضل) إلى أن الطلاق بدون سبب يدعو إليه لا يجوز شرعا ويعد تعسفا من الزوج وقرينة على قصده إيذاء زوجته وتطرق إلى ما قضى به المشرع الجزائري بما ورد في نص المادة 52 من ق.أ.ج بالتعويض للمطلقة الذي تعسف زوجها في طلاقها من غير مسوغ شرعي.

- دراسة بختة بلبولة، رسالة ماجستير،تحت عنوان أثر فكرة التعسف في استعمال الحق في الزواج وانحلاله، كلية الحقوق -بن عكنون-، فرع عقود والمسؤولية نوقشت سنة 2004م_2005م بالجزائر، تطرقت فيها الباحثة إلى حقيقة التعسف في استعمال الحق وما يهدف إلى تحقيقه من مصالح وكيف قيدته الشريعة الإسلامية بقيود مفادها المحافظة على مقصود الشرع وحقوق الغير والحلول التي تطرق إليها القانون عن طريق الحق في التعويض.

- دراسة ساجدة عفيف، رسالة ماجستير، تحت عنوان الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية بفلسطين نوقشت سنة 2011م، تطرقت فيها الباحثة البدل الناتج عن الضرر الذي لحق بسبب الطلاق التعسفي وهو التعويض وما جاء في القانون الأردني.

- دراسة رحاب الحميدي حميد المطري، رسالة ماجستير، تحت عنوان الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض نوقشت سنة 2013م، وتطرقت فيها إلى أن التعويض يكون نتيجة الضرر اللاحق بالمطلقة وتحدثت فيها في بعض القوانين العربية.

5/ منهجية الدراسة

إن طبيعة الموضوع تقتضي الاعتماد على المناهج التالية:

_ المنهج الوصفي: طبيعة الموضوع تتطلب دراسة الظاهرة كما هي موجودة في الواقع بوصفها وتصنيفها وتحليلها في إطار معرفة ماهية الطلاق التعسفي والتعويض عنه بدراسة كل الجوانب التي تنصب حول هذا الموضوع.

- المنهج المقارن: كما اعتمدت أيضا على المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

- المنهج التحليلي: ولمعرفة حيثيات الموضوع، كذلك تطرقت إلى تحليل المواد والنصوص القانونية التي خدمت هذا الموضوع.

6/ الصعوبات والعراقيل

لا يخلوا أي بحث من الصعوبات والعوائق، وأهم الصعوبات هي:

- صعوبة الوصول إلى بعض المراجع الفقهية.
- نقص المراجع المتعلقة بالموضوع خصوصا في بعض الجزئيات.
- قلة الدراسات السابقة في هذا الموضوع بالنسبة إلى القانون الجزائري.

7/ خطة البحث

اقتضت طبيعة الدراسة تقسيم الموضوع إلى فصلين وقسمت كل فصل إلى ثلاث مباحث.

الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان ماهية الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، تناولت في المبحث الأول مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري والمبحث الثاني صور الطلاق التعسفي أما المبحث الثالث فتناولت فيه مفهوم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

أما الفصل الثاني فعنونته: الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي وإجراءات التقاضي، تطرقت في المبحث الأول مشروعية التعويض عن الضرر بالمطلقة والمبحث الثاني عنونته بعنوان الحقوق المالية وعلاقتها بالتعويض أما المبحث الثالث تحدثت فيه عن إجراءات التقاضي .

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وصوره

تمهيد الفصل الأول

إن أساس العلاقة الزوجية هي الاقتران القائم على المودة والتآلف والاحترام لكن إذا اشتدت الخلافات و لم يجد الزوجان الحل لمشاكلهم، أعطت الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة يوقعه متى دعت إليه الضرورة إلا أن الزوج قد يسيء إلى استعمال هذا الحق بالتعسف في طلاقه، وإلحاق الضرر بمطلقته، فما هو الطلاق التعسفي؟ وما هي طبيعة الأضرار اللاحقة بالمطلقة؟

وللإجابة على هذا التساؤل قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، تناولت في:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: صور الطلاق التعسفي.

المبحث الثالث: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أعطى الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حق الزوج في الطلاق باعتباره صاحب العصمة الزوجية فيملك حق المفارقة الزوجية بإيقاع الطلاق عليها، فيجب أن يستعمل هذا الحق بأسس شرعية وقانونية، وفي الحدود المرسومة له، لكن أحيانا قد يتجاوز هذا الحق وبالتالي يلحق الضرر بالزوجة ويترتب عليه المسؤولية وعليه سنقسم هذا المبحث إلى أربع مطالب وسنتناول في:

المطلب الأول مفهوم الطلاق والمطلب الثاني أنواع الطلاق وحكمه والمطلب الثالث مفهوم التعسف أما المطلب الرابع تحت عنوان مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فوع:

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة

الطلاق لغة يرجع لعدة معان:

– التَرك: ومنه طلق البلاد تركها، وطلقت القوم تركتهم.

– الفُرَاقْ: ومنه طلقت البلاد فارقتها.

– التَخْلِيَةُ: ومنه أطلقت الأسير أي خليته.

الإِرْسَالُ: ومنه ناقة طالق بلا خطام، وهي التي ترسل في الحي فترى من جنابهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تنحى في المسرح[1]، ومنه فان الطلاق هو حل القيد والإطلاق ومنه طالق، أي مرسلة بلا قيد وطلقت المرأة من زوجها طلاقا أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.

[1] محمد بن مكرم ابن المنظور، لسان العرب، المجلد 10، دار صادر، بيروت، ص 225.

نلاحظ أن الطلاق والإطلاق واحد، غير أن العرف قصر استعمال لفظ الطلاق على حل معنوي هو الزواج، وخصص لفظ الإطلاق على حل رفع القيد الحسي، فيقال عرفا: طلق الزوج زوجته، ولا يقال أطلقها، ولهذا كان الطلاق من الألفاظ الصريحة التي يقع بها الطلاق على المرأة[1].

الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا

يراد بالوصف الشرعي للطلاق ما يوصف به الطلاق شرعا من حيث كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه، فان كان مطلوب الفعل فإما أن يكون على سبيل الحتم والإلزام فيكون واجبا وأما إن يكون على سبيل الندب والاستحباب فيكون مندوبا مستحبا، وان كان مطلوب الترك فإما أن يكون على سبيل الحتم والإلزام فيكون حراما أو على سبيل الكراهية فيكون مكروها[2].

الطلاق هو حل قيد النكاح أو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو رفع قيد النكاح في المآل بلفظ المخصوص.

فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو الصريح بلفظ الطلاق[3].

أما الغرباني فقد عرفه برفع قيد النكاح المنعقد بين الزوجين بألفاظ مخصوصة[4].

وعرفه عبد الرحمن الصابوني:" الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادر من أهله في محله، قاصدا لمعناه أمام الشهود[5].

من خلال تعاريف السابقة للطلاق نستنتج أن المعنى الشرعي أخص من المعنى اللغوي، لأنه يطلق على رفع قيد المعنى اللغوي فقط.

ومنه يتبين لنا أن تعريف الطلاق: "رفع قيد النكاح الثابت بالزواج في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك الزواج من الكتابة أو الإشارة".

الفرع الثالث: مفهوم الطلاق في القانون الجزائري

تطرق المشرع الجزائري لتعريف الطلاق في المادة 48 قانون الأسرة الجزائري بقوله: "الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من

---

[1] أ/ حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري- مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ط1، 2009، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_ الجزائر، ص 81.

[2] أ/ حسين طاهري، المرجع السابق، ص 82.

[3] د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405ه-1985م، ص365.

[4] د/عبد الرحمان الغرباني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان، بيروت،(ب.ط)،(ب.ت.ن)، ص 663.

[5] د/ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون، ج.2، دار الفكر، (د.ط)، 1998م، ص27.

الزوجة بحدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"[1].

وانطلاقا من ذلك أن الطلاق بيد الزوج يوقعه إذا دعت الحاجة إلى ذلك متى توافرت أسبابه وشروطه الشرعية، وأن إيقاعه يثبت بمجرد التلفظ به إذا كان المطلق غير مكره، وتترتب عليه آثاره الشرعية، والتي تتمثل في بدء حساب العدة الشرعية وغيرها من الآثار[2].

المطلب الثاني: حكم الطلاق وأنواعه

والمطلب الثاني نقسمه إلى ثلاث فروع أيضا :

الفرع الأول: حكم الطلاق

ورد ذكر الطلاق في القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قَالَ تَعَالَى:﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة 229]، قَالَ تَعَالَى:﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[البقرة 236].

فالطلاق من حيث مشروعيته، هو مشروع بمقتضى الأدلة، ومن حيث إيقاع المكلف يختلف حكمه تبعا للسبب الذي يقتضيه، فتارة يكون واجبا، وتارة يكون مندوبا، وتارة يكون مكروها، وتارة محرما، وذلك على التفصيل الآتي:

مباح:عند الحاجة إليه لسوء عشرتها قَالَ تَعَالَى:﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ﴾[البقرة236] إن كونه مبغوض لا ينافي كونه حلالا، فان الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه، وهو مبغوض.

حرام: الطلاق في الحيض ونحوه كالنفاس وطهر أصابها فيه، أو كما لو علم أنه إن طلق زوجته وقع في الزنا لتعلقه بها، أو لعدم قدرته على زواج غيرها.

مكروه: عند غير الحاجة إليه.

واجب: لتفريطها في حقوق الله الواجبة، مثل الصلاة ونحوها ولا يمكن إجبارها[3].

مندوب: ترك الاغتسال من الجنابة أو إذا كانت الزوجة غير عفيفة أو ترتكب المعاصي[4].

الفرع الثاني: أنواع الطلاق

يكون الطلاق على الوجه الصحيح ما كان إلا للحاجة النفسية الحقيقية، وسمي الطلاق في هذه الحدود بطلاق السنة ويقابله ما خرج عن قيوده الشرعية ويسمى بالطلاق البدعة.

---

[1] قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، المادة 48، 53-54.

[2] د/ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، رويبة- الجزائر، (د.ط)، 1434ه-2012م، ص73.

[3] د/ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 362-363.

[4] د/ عبد الرحمان الغرباني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 665.

أولا: الطلاق السني

إن طلاق السني ما توافرت فيه أربعة شروط وهي: أن تكون المرأة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق وأن يكون زوجها لم يمسها في ذلك الطهر، وأن تكون الطلقة واحدة، وألا يتبعها الزوج طلاقا آخر حتى تنقضي عدتها[1].

قال الشافعي: المدخول بها التي تحيض دون من سواها من المطلقات أن تطلق لعدتها، وذلك أن حكم الله تعالى أن العدة على المدخول بها، وأن الرسول الله -صلى الله عليه وسلم- إنما يأمر بطلاق طاهر من حيضها، التي يكون لها طهر وحيض، وبين أن الطلاق يقع[2].

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق1] والمعنى أي حين تدعوا الحاجة إلى الطلاق فطلقوا النساء مستقبلات العدة وتستقبل المرأة العدة إذا طلقت بعد الطهر من حيض أو نفاس بدون أن يمسها لأن المرأة بين الحالتين: حيض وحين تكون في إحداهما تستقبل الأخرى، فإذا طلقها في طهر فان الحالة التالية هي الحيض وهو أول العدة.

ثانيا: الطلاق البدعي:

هو ما كان مخالفا لكتاب الله وسنة رسوله_صلى الله عليه وسلم_ وصورته أن يطلق الرجل امرأته في الحيض أو في طهر مسها فيه، أو أن يطلقها ثلاثا بلفظ واحد في طهر واحد.والطلاق البدعي إما حرام وإما مكروه، فيحرم الطلاق في الحيض أو النفاس، ويكره وقوعه بغير حيض ونفاس، ولو أوقع ثلاثا ويقع في الحيض ونحوه ، ويمنع إن طلبته المرأة من زوجها في حيضها أو نفاسها[3].

- **علة تحريم الطلاق البدعي:**

- علة تحريم الطلاق في الحيض أو النفاس: لأنه يبطل العدة فتضر المرأة وتكون في تلك المدة كالمعلقة ولا ذات زوج ولا فارغة من زوج، فضلا عن ذلك فان الحيض أو النفاس منفران للزوج فالطلاق في هذا الحال لا يدل على تمكن الكراهية.

الطلاق في طهر مسها فيه والحكمة من تحريمه أنه يعرض الزوج للندم إذا تبين له أنها حامل وان الطلاق في هذا الحال يكون بعد إشباع الحاجة وفتور الرغبة، فضلا عن ذلك لتكون المرأة مستبرأة فيكون الزوج على يقين من نفي الحمل إذا أتت بولد أراد نفيه.

- علة تحريم طلاق المرأة ثلاثا بلفظ واحد: سواء كانت حاملا أم لا، تحيض أو لا تحيض، والحكمة في تحريم هذا النوع من الطلاق أنه يفوت فرصة الرجوع مما يلحق الضرر بالزوجين وهذا منهى عنه[4].

---

[1] د/ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه ،الجزء السابع، ص 428.

[2] د/ محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء السادس،دار الوفاء، (د.م.ن)، ط1، 1414ه-2001م،ص461.

[3] د/ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج 7، ص428.

[4] أ/ حسين طاهري، المرجع السابق، ص 84-85.

واستدل الشافعي رضي الله عنه من منع الطلاق الثلاث بأن الله تعالى فرق طلاق الثلاث قَالَ تَعَالَى:﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[البقرة 229] فلم يجز أن يجمع ما أمر يتقريقه، لأن ارتكاب ما نهى عنه وما حرم من الطلاق لا يقع كالمراجعة[1].

وبظهر التعسف في مثل هذا الطلاق إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك، فإنها شرعت لتدارك المفرط

المطلب الثالث: مفهوم التعسف

وسنقسم هذا المطلب أيضا إلى ثلاث فروع :

الفرع الأول:تعريف التعسف لغة

التَعَسُفْ في اللغة هو السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، وكذلك التعسف، الإِعْسَافُ والعَسْفُ: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك. يقال: إِعْتَسَفَ الطريق إِعْتِسَافًا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه. والتَعْسِيفُ :السير على غير علم ولا أثر. ومنه قيل: رجل عَسُوفٌ إذا لم يقصد قصد الحق. وعَسَفَ فلان عَسْفًا ظلمه، عَسْفُ السلطان، يَعْسِفُ وإِعْتَسَفَ وتَعَسَفَ ظلم.

والتعسف في الأصل أن يأخذ المسافر على غير الطريق ولا جادة ولا علم، وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم و لم ينصفه ورجل عسوفا إذا كان ظلوما[2].

والتعسف هو من تعسف في الكلام، أي حمل الكلام على المعنى، لا تكون دلالته ظاهرة، ولكن لوجود غرض ودافع مستبطن في نفس الحامل غالبا[3].

الفرع الثاني: تعريف التعسف في الفقه الإسلامي

استعمل الفقهاء المتقدمون لفظ التعسف بمعناه اللغوي الذي هو التعدي والخروج عن جادة الطريق وقد استوي لفظ التعسف على أصول التشريع الإسلامي منذ القدم، وفي فقهه أيضا –تفسيرا وتطبيقا– في شتى مذاهبه الجماعية والفردية على السواء، فتمت بذلك معاييرها ومؤيداتها، تأصيلا، وتفريعا وضبطا، نظريا وعملا.[4]

وعليه فالفقه الإسلامي في تصوره لحقيقة التعسف في استعمال الحق ينطلق من نظرته الاجتماعية للحق حين قيده من حيث استعماله، أو ما يهدف إلى تحقيقه من مصالح، بالنسبة لصاحبه، أو بالنسبة للغير، فردا كان أو جماعة

---

[1] الموردي ، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1414ه–1994، ص 118.

[2] محمد بن مكرم ابن منظور، المرجع السابق، المجلد 4، ص 245 .

[3] قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه،–عربي انجليزي–، دار الفكر، دمشق،(ب.ط)، 2000، ص135.

[4] أ/ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري_دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،ط1، 1428ه_2007م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_الجزائر، ص 162

بقيود مفادها المحافظة على مقصود الشرع وحقوق الغير، فالحق يأخذ صفة مزدوجة فردية واجتماعية وازن بينهما بمنع التعسف[1].

ففي القرآن الكريم ورد نهي الأب عن استعمال ولايته على ابنه بانتزاعه من الأم إذا لم ترضعه، قَالَ تَعَالَى:﴿ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[البقرة 233]، والتعسف في هذه الحالة يفضي إلى ضرر معنوي، والآية في الشق الثاني من المعنى تمنع الأم من التعسف في استعمال حق الرضاع.

والخلاصة أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر أحدهما بالآخر بسبب الولد، باستعمال ما منح من حقوق وبذلك تعتبر هذه الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.[2]

الفرع الثالث: تعريف التعسف في القانون الجزائري

أدرج المشرع الجزائري فكرة التعسف في استعمال الحق ضمن نصوص القانون المدني، من خلال نص المادة 41 منه تحت الباب الثاني الخاص بالأشخاص الاعتبارية والطبيعية، وتحت الفصل الأول المتعلق بأحكام الأشخاص الطبيعيين.

وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري خالف التشريعات العربية الأخرى بما فيها التشريع المصري من حيث موضع النص، أين وضعته القوانين العربية ضمن الباب التمهيدي للقانون المدني[3].

إذ أقر المشرع الجزائري على إيراد الاستثناءات والمنطق يقضي أن الاستثناء يرد على الأصل، فقد جاءت صياغة المادة 41 ق.م.ج كالآتي :"يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية:

أ: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

ب: إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

ج: إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

ومما لا شك فيه أن هذه الصياغة عامة مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون من أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض.

ويجدر الإشارة إلى أن هناك القوانين الخاصة مثل قانون العمل رقم 29/91 المؤرخ في 1991/09/21، أقرت مبدأ التعسف في استعمال حق تسريح العامل حيث قضت في المادة 73 منه على أنه يقع باطلا التسريح التعسفي

---

[1] بختة بلبولة، أثر فكرة التعسف في استعمال الحق في الزواج وانحلاله، (رسالة ماجستير)، فرع عقود والمسؤولية، 2005/2004، كلية الحقوق –بن عكنون– الجزائر، ص 23.

[2] د/فتحي الدريني،نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،ط 2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1988م، ص 08.

[3] د/ العربي بلحاج، مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4،(د.م.ن)، 1992 م، ص690.

للعامل دون مراعاة ميعاد الأخطار، ويكون الجزاء على ذلك هو أن يأمر القاضي بإعادة العامل إلى عمله والحق في التعويض على ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخا تعسفيا[1].

المطلب الرابع: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

وسنقسم هذا الطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي، لكن جاء بمعنى هو الذي يوقعه الرجل عند الغير الحاجة إليه، خال من الشروط التي بينها الله عز وجل فيه، خال من المنفعة ومفيدا للمضرة[2]، وكونه مصطلح جديد، تطرق فقهاء المحدثين للحديث عنه في كتب الأحوال الشخصية.

والطلاق التعسفي هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في واقع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص[3].

الفرع الثاني: تعريف الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

إن هذا النوع من الطلاق يقع حتى ولو لم يسبب الزوج دعواه ففي هذه الحالة نكون أمام الطلاق التعسفي وكذا الشأن إذا أوقعه الزوج على أساس سبب تافه، وفي هذه الحالة سلطة القاضي مقيدة إذ يتحتم عليه الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/06/15 بقولها: "الطلاق بالإرادة المنفردة دون ذكر الأسباب يعد طلاقا صحيحا"، وما على الزوجة أمام هذه الحالة إلا المطالبة بالتعويض حيث نصت المادة 52 ق.أ.ج، على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[4]

من خلال هذا النص قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق. أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها[5]، وكذلك عدم إفصاح الزوج عن الأسباب التي دفعته للطلاق رفعا للحرج وتجنبا لما يسيء زوجته بالرغم من ذالك تحمله المسؤولية خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، القرار الصادر في

---

[1] بختة بلبولة، الرسالة السابقة، ص 21.

[2] أ نظر مالك بن أنس، موسوعة شروح الموطأ، ج 14، ط1، القاهرة، 1426_2005، ص 477.

[3] د/ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2009، ص 123.

[4] الجيلالي تشاور، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، ص 61.

[5] د/الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1،1429ه_2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_الجزائر، ص 187.

1999/06/15[1]، فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي[2].

سبقت الإشارة إلى طبيعة الإرادة المنفردة في إيقاع الطلاق، أي أن الشخص إذا منح له حق أصيل في إحداث أثر قانوني، فلا يمكن أن تسأله عن استعماله لحقه ولا نؤنبه بتسليط تعويض عما بدر أنه لم يكن متعسفا في استعماله لهذا الحق طبقا مفهوم المادة 41 من ق.م، والتي تقول بثلاث حالات وهي:

ـ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

ـ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

ـ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومسألة إثبات التعسف ملقاة على عاتق من ادعاه، ومن ذلك خلصنا إلى أن مسألة إثبات التعسف في استعمال الحق يكون وفقا لنظرية الحق وعلى عاتق من ادعاه ولا يمكن تحميل صاحب الحق مسؤولية استعماله[3].

نخلص إلى: بالرغم من أن العصمة بيد الرجل وله الحق في توقيع الطلاق، أوجب المشرع أن يكون الطلاق مبررا لأنه يهدم الحياة الزوجية، فان لم يكن مبررا فإننا بصدد تعسف في استعمال الحق ويشكل ذلك خطأ من جانب الزوج، وان لحق ضرر بالزوجة من جراء ذلك، فان الضرر لا بد من جبره، وهذا بإلزام من تسبب فيه وهو الزوج بالتعويض، وقد يكون الضرر ماديا أو معنويا أو يشمل العنصرين معا[4].

المبحث الثاني: صور الطلاق التعسفي

وانطلاقا من الواقع العملي في مجال شؤون الأسرة يظهر جليا مبدأ التعسف في استعمال الحق الطلاق والضرر الذي يصيب الزوجة والزوج على طرفي سواء، وذلك مثل الطلاق في الحيض وطلاق الثلاث بلفظ واحد، وسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول طلاق مريض مرض الموت المطلب الثاني طلاق دون سبب أو مبرر معقول.

المطلب الأول: طلاق المريض مرض الموت

ويقتضي منا هذا المطلب أن نقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف المريض مرض الموت

---

[1] أنظر، أ/فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد_ مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا" ملحق قانون الأسرة باللغتين" طبعة جديدة 2008/2007، مطبعة طالب، ص47. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 223019، بتاريخ 15-06-1999، قضية (ع.ف) ضد (م.ع.ح)، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص104.

[2] د/ الرشيد بن شويخ، المرجع نفسه، ص 187.

[3] باديس دياني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة_الجزائر، ص 85.

[4] أ/ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة(مدعما باجتهاد المجس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982الى سنة2014) ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص 142_143.

مرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان في مراحل حياته، فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعا تغيير في بعض الأحكام حماية للغير. أي أن من تعرض لهذا العارض فانه قد يتصرف تصرفا يقصد به الإضرار بغيره، ومن ذلك الفرار من أحد الورثة.

والمقصود بمرض الموت في الفقه الإسلامي هو المرض الذي يعجز من أصيب به عن القيام بمصالحه خارج المنزل، ويمنعه من أداء واجباته. ولا يعتبر المرء مريضا مرض الموت إلا إذا اجتمع له ثلاثة أمور:

1- أن يغلب على هذا المرض عند أهل الخبرة من الأطباء أنه يؤدي إلى الموت.

2- أن تتبع الوفاة مرض الموت مباشرة.

3- أن يكون المرض قد أعجزه عن القيام بواجباته[1].

الفرع الثاني: حكم تصرف المريض مرض الموت

1- في الفقه الإسلامي قد يتصرف المريض مرض الموت في ماله تصرفا يؤدي إلى الإضرار بالغير، فمن طلق زوجته وهو في مرض الموت فانه يعتبر في نظر الفقهاء فارا من ارث زوجته بقصد حرمانها من حقها والإضرار بها، إلا أن المريض مرض الموت إذا لم يؤثر المرض في قواه العقلية فان طلاقه يقع[2].

2- في القانون الجزائري فإن موقف المشرع من طلاق المريض مرض قد سكت عنه وأوجب رجوعه إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر التفسيري والقانوني الواجب التطبيق لأحكام الطلاق وعليه فحكم طلاق المريض مرض الموت يكون من حيث مدى تأثير مرض الموت في الطلاق، وعليه فإن جمهور الفقهاء لاحظوا أن من يطلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت، إنما يقصد بذلك التهرب من ميراثها لذلك سموه: "طلاق الفار" وهم بذلك قد ردوا عليه قصده، ومنه أيضا أن مسألة طلاق المرض من حيث التصرف تخضع للنتائج التالية:

أ- أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبره الشارع قرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصده. وهذا التصرف من حيث طبيعته القانونية يعتبر صورة من صور التعسف في الطلاق.

ب- إن تشريع الأسرة قد اكتفى بنص صريح المادة 132 ق.أ.ج فقط ما تعلق بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين بقوله ما يلي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور حكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة استحق الحي منها الإرث"[3].

---

[1] د/ وهبة الزحيلي ، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 453.

[2] د/ العربي بخيتي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري-، ط1، 2013، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار-الجزائر، ص 76_77.

[3] د/ عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة -من منظور الفقه والتشريع والقضاء-،2011، منشورات ثالة، الأبيار-الجزائر، ص 201.

قرار المحكمة العليا الصادر في 1998/03/17 أن طلاق الزوج في مرض الموت يقع ولكن لا يحرم الزوجة من حقها في الميراث. والذي سمي بالطلاق الفاض[1].

وقد عاملت الشريعة الإسلامية من طلق زوجته في مرض الموت على نقيض مقصوده:تورث الزوجة كانت في العدة أم لم تكن وسواء تزوجت أم لم تتزوج[2].

تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق لا يعد المريض قاصد الفرار من ميراث زوجته إلا إذا إلا تحقق في طلاقه الشروط التالية:

- أن يطلقها في مرض الموت طلاقا بائنا، لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما، سواء برضاها أو بغير يغير رضاها مادامت في العدة.

قال المرودي: "وقسم لا يقطع التوارث بينهما وهو الطلاق الرجعي، سواء كان في الصحة أو المرض، يتوارثان فيه ما لم تنقطع العدة فان مات ورثته، وان ماتت ورثها، فان انقطعت فلا توارث بينهما"[3].

- أن يكون طائعا مختارا، غير مكره على هذا الطلاق،لأن مع الإكراه لا يتحقق رضاه به، فلا يكون فارا.

- أن يكون الطلاق البائن بدون رضا الزوجة، فلو تحقق رضاها بأن كانت هي التي سألته الطلاق، فرضاها بالفرقة ينفي مظنة فراره من ميراثها،كما لو أنها طلبت منه الطلاق مختارة فأوقعه فلا ترث، لأنها رضيت بإسقاط حقها.

- أن يكون الطلاق بائنا بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق بائنا قبل الدخول الحقيقي لا تستحق ميراثا لعدو تحقيق الفرار منه، لأن العدة لا تجب بهذا الطلاق، ولها نصف الصداق[4]، وذلك قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾ [سورة الأحزاب49].

- أن تستمر أهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى غاية الوفاة.

قال ابن رشد:" وأما الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه، فان مالكا وجماعة يقول ترث زوجته، والشافعي وجماعة لا يورثها، والذين قالوا بتوريثها انقسموا إلى ثلاثة فرق: فرقة قالت: لها الميراث ما دامت في العدة ولا ترث بعد العدة، واستدلوا على ذلك بأنه بطلاقها في مرض موته قصد إبطال حقها في الميراث، وممن قال بذالك أبو حنفية وأصحابه والثوري، وقال قوم: لها الميراث ما لم تتزوج،لأن الزواج بمثابة التنازل عن الميراث في

---

[1] الجيلالي تشاور، المرجع السابق، ص 125.المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 179696، بتاريخ 17-03-1998، قضية (ح.م) ضد (س.ب)، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص 98.

[2] أ/ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص152.

[3] الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه المذهب الشافعي، المرجع السابق، ص263.

[4] رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون،1435ه-2014م، ص 35.

تركة الزوج السابق الذي طلقها في مرض موته فارا من ارثه، وممن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى، وقال قوم: بل ترث كانت في العدة أم لم تكن، تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث"[1].

حكم طلاق المرض مرض الموت :

– إن تطليق الزوجة بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث، فيعاقب بنقيض قصده، كما يرد قصد القاتل إذا قتل مورثه بحرمانه من الإرث، فترث المرأة حينئذ بسبب الزوجية دفعا للضرر عنها[2].

وخلاصة القول أن الزوج إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فرارا من ميراث زوجته فرد عليه قصده بتوريثها منه.

وقد ألحق الفقهاء المرتد بحكم مريض مرض الموت في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لأن من الميراث يجب اتحاد الدين بين الوارث والمورث، وهذا بموجب المادة 138 ق.أ.ج،" يمنع من الإرث اللعان والردة"[3].

المطلب الثاني: الطلاق دون سبب أو مبرر معقول

قضى المشرع الجزائري فيما ورد في المادة 52 ق.أ.ج، بالتعويض للمطلقة الذي تعسف زوجها في طلاقها من غير حاجة أو سبب يدعوا إليه فان الطلاق يقع مع لحوق الزوج الإثم على اعتبار القائلين أن الطلاق بدون سبب يدعوا إليه لا يجوز شرعا.

وعليه فان وقوع الطلاق من الزوج من غير سبب ولا حاجة يعد تعسفا من الزوج و قرينة على قصده إيذاء زوجته[4]، وتستحق حينئذ الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا تعويضا عن هذا الطلاق، وذلك حتى لا يغالي باستخدام هذا الحق. فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق، جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته، لأن تكييف الطلاق متروك للسلطة التقديرية للقاضي[5].

وبناءا على ما سبق يمكن إجمال معايير التعسف في الطلاق دون سبب معقول فيما يلي:

1_ المعايير الذاتية أو الشخصية:

أ_ معيار قصد الإضرار: إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ولغير حاجة تدعوا إليه و لم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها والقرينة على ذلك عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق يكون متعسفا في استعمال حقه المشروع.

---

[1] ابن رشدال قرط بي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني،(د. ط)، (د. ت.ن)،(د.م.ن) ، ص590.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 453.

3 قانون الأسرة الجزائري، المادة 138.

[4] العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الإسلامي–دراسة مقارنة بين الفقه والقانون–،(رسالة ماجستير)، 2002/2001، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، الجزائر، ص 143.

[5] د/ محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق، ص 103.

ب_ معيار المصلحة غير المشروعة: شرع الطلاق ليكون حلا للخلافات الزوجية التي يتعذر منها استمرار الحياة الزوجية، و لم يكن مشرعا إلا لهذا المقصد فان كان لغير سبب فانه يكون متعسفا.

المعايير الموضوعية أو المادية:

- معيار اختلاف المصالح المتعارضة:

إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة، تتناسب مع الضرر المترتب على الطلاق فانه يكون متعسفا لأن الضرر الناجم عن الطلاق لأشد وأعظم من الحياة الزوجية.

معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته دون مسوغ شرعي ودون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة وبالتالي ستعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى النظرة المجحفة من قبل أفراد المجتمع[1].

وهذا ما أكدته المادة 124 مكرر من ق.م.ج، "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

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

المبحث الثالث: مفهوم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ما كان التعويض مجاله ونطاقه المسؤولية التقصيرية في هذا الصدد فان المسؤولية عن الفعل الضار يلتزم بتعويض المضرور، ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب: المطلب الأول مفهوم التعويض والمطلب الثاني مفهوم الضرر أما المطلب الأخير أنواع الضرر

المطلب الأول: مفهوم التعويض

وسنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع :

الفرع الأول: تعريف التعويض

التَعْوِيضْ: العِوَضْ، والعِوَضْ هو البَدَلْ، وجمعه أَعْوَاضْ، تقول، عَضْتُ فلانا، وعَوَضْتُه.

وأَعْضَتُهُ: إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وتَعْوِيضْ أخد عِوَضْ[3].

وعليه فالتعويض هو البدل والخلف.

الفرع الثاني: تعريف التعويض في الفقه الإسلامي

---

[1] د/ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 229.

[2]. القانون رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1435ه الموافق 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007م .

[3] محمد بن مكرم ابن منضور، لسان العرب، المجلد 4، 1988، دار الجيل، بيروت، ص 928-929.

لم يكن لفظ التعويض شائعا ومعروفا، و لم يكن مستخدما من قبل الفقهاء، بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان وكانوا ينظرون على أنه أعم من التعويض لان الضمان مطلق الالتزام.

ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي من أن الضمان هو: "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة"

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض، أي الواقعة التي كانت سببا لنشوء الحق في التعويض.

يمكن تعريف التعويض بأنه: هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في النفس والمال.

وهذا التعريف يتلاءم مع عموم نظرية الضمان الشاملة للمسؤوليتين المدنية والجزائية[1].

- **مشروعية التعويض:**

لقد أرست الشريعة الإسلامية قواعد الضمان والتعويض كوسيلة لحفظ الحقوق. والأدلة على ذلك كثيرة وتضافرت عليها النصوص الشرعية.

- **أدلة مشروعية التعويض:**

تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار، وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن.[2]

وأول ما يذكر من هذه الأدلة هو مبدأ الضمان المقرر في القرآن الكريم فيما يتعلق بحق الله في قَالَ تَعَالَىٰ:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدٗا فَجَزَآءٞ مِّثۡلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة 95]، وفيما يتعلق بحق العبد في قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾ [النساء 92]؛ والمسؤولية الشخصية في قَالَ تَعَالَىٰ:﴿كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ ٣٨﴾[المدثر 38].

أما في السنة النبوية فأدلة التعويض كثيرة ومنها:

أـ ما روى أن بعض أزواج النبي ـصلى الله عليه وسلمـ أهدت إليه طعاما في قصعة، فضربت الزوجة التي كان النبي ـصلى الله عليه وسلمـ عندها قصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبي ـصلى الله عليه وسلمـ: **(طعام بطعام وإناء بإناء)**[3].

يتبين من الحديث النبوي أن النبي ـصلى الله عليه وسلمـ قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والإناء التالف بمثليهما، وهذا دليل صحيح في مشروعية التعويض عن الضرر.

---

[1] د/ محفوظ بن صغير،المرجع السابق، ص 126 -127.

*الإمام الغزالي: هو أبو حامد الغزالي ولد(450هـ_505ه)(1197م_1258م)، فيلسوف ومصلح ديني مسلم، يعتبر أعظم المفكرين في تاريخ الإسلام، أشهر كتبه " المنقذ من الضلال".

[2] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 36 .

[3] صحيح البخاري، سنن ابن ماجة ، دار الكتب العلمية ، (د .ن) (د . ط) .

ب_ قضى رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ **أن: (على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها)**[1].

الفرع الثالث: تعريف التعويض في القانون الجزائري

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض إلا أنه نص عليه في المادة 124 ق.م.ج.واعتبره جزءا من الفعل الضار فذكر: "أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه
ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[2].

يتضح من نص المادة أن التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر لطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا لضرر.

كما أوردت المادة 132ق.م.ج بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مسقطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاته الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا وبناءا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع "[3].

من كل ما سبق يمكن تعريف التعويض بأنه: "البدل بسبب الضرر الذي سببه حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة وفقدانها من العائلة ومعاناتها بالوحدة وألم الفراق وما شابه ذلك"[4]. ومن باب المشابهة عرف القانون الأردني التعويض بأنه: "البدل الناتج بسبب الضرر محقق وواقع فعلا، ولاستحق التعويض ما فات من كسب، وما أصاب من خسارة، إلا أن إذا نشأت الخسارة عن هلاك شيء، والتعويض حينئذ بأداء مثل ما فات إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيمات[5].

المطلب الثاني: مفهوم الضرر

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: تعريف الضرر لغة

تستعمل مادة (ضرر) ومشتقاته في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة، إذ جاء في لسان العرب أن الضُرَّ والضَرْ لغتان: فالضُرُ هو الهازل وسوء الحال، والضَرَّر ضد النفع.

---

[1] أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تمهيد لما في الموطأ من معاني والاسانيد، مكتبة بن تيمية، (د.ط) (د. ن) .

[2] قانون المدني، المادة 124.

[3] القانون المدني الجزائري، المادة 132.

[4] د/ العربي بالحاج، نظرية الالتزام في القانون المدني ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 260.

[5] ساجدة عفيف "محمد رشيد" عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، (رسالة ماجستير)، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011، ص 110

ومن أسماء الله الحسنى الضَارُ النَافِعُ، وهو من ينفع من يشاء من خلقه ويضره حيث هو خالق الأشياء كلها، خيرها وشرها، ونفعها وضرها[1].

الفرع الثاني: تعريف الضرر في الفقه الإسلامي

تضمنت بعض النصوص من القرآن و السنة لفظ الضرر بمعان متعددة :

_ **القرآن الكريم:**استعمل القرآن الكريم الضرر على ثمانية أوجه وهي: البلاء والشدة، الفقر، القحط، جوف الغرق، نقص القدر، الإيذاء وأخيرا الجوع والعرى[2].

_ **السنة النبوية:** ورد لفظ الضرر بمعان تتوافق مع ما ورد في القرآن الكريم ومن ذلك ما جاء عن عبادة بن الصامت(**أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم– قضى أن لا ضرر ولا ضرار**)[3].

عرف الفقهاء الضرر بتعاريف متعددة مثل:

عرف الضرر بأنه: "الألم الذي لا نفع يوازيه أو يرى عليه، وهو نقيض النفع"

وجاء في: "الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة".

استعمال الفقهاء للضرر بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير:

"الضرر إلحاق مفسدة بالغير" في قصد الشارع من تحريم الربا:"و كذلك يعلم قطعا أنه إنما حرم الربا لما فيه من الضرر بالمحاويج، وأن مقصوده إزالة هذه المفسدة"، فالربا والمفسدة

هنا عنصران متلازمان، والضرر يدور بينهما إذ يمثل المفسدة الناتجة عن الربا[4].

الفرع الثالث: تعريف الضرر في القانون الجزائري

لم يعرف القانون الجزائري الضرر لكن ربطه في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها، وتتجلى أهمية في أن أي مطالبة بالتعويض عند مجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض.

وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع الجزائري، إلا أنه يبدو من الصعب استنتاج تعريف منضبط للضرر، وهو ما جعل بعض الفقهاء الغربيين يتوسعون في تعريف الضرر، ومن محاولاتهم ما استقر عليها قضاء في فرنسا ومصر وتبناها الفقه اثر ذلك .

ووفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية[5].

---

[1] ابن المنظور، لسان العرب، 484/4

[2] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 18 .

[3] ابن ماجة أبو عبد الله، سنن ابن ماجة، تحقيق فؤاد عبد الرزاق، دار الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي،(د.ط)، ص464.

[4] أ/ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 19-20.

[5] د/ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 22.

ولقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 124 وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذلك المادة 176 وما يليها والتي خصصها لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريقة التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر[1].

المطلب الثالث: أنواع الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية، وبالتالي فينقسم إلى قسمين: ضرر مادي و آخر معنوي، و يظهر أن غالب الفقه الوضعي قد اعتمد هذا التقسيم، ولتبيان ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: الضرر المعنوي

اجتهد بعض الفقهاء المسلمين والغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي، ويذكر من ذلك:

أ_ الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية

ب_ الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي.

ويرد هذا النوع من الضرر على الجانب المتعلق بالمشاعر وعلى هذا الأساس يسمى هذا الضرر بالضرر المعنوي أو الأدبي.

وهذا التعريف نستنتجه من السياق الذي أورده الفقيهان الفرنسيان "بلانيول" و "ربارت"

حول قابلية الضرر لتعويض إذ يقولان: "كل نوع من الضرر يمس بمصلحة محمية من طرف القانون يبرر دعوى قضائية بشأنه، وهذا سواء تعلق بالأشخاص أو الأموال، ماديا كان أو معنويا قابلا للتقدير الدقيق بالمال أم لا"

ومنه نعرف الضرر المعنوي بأنه: ما يصيب الشخص من أذى في جسمه والآلام التي لا تصل إلى حد التأثر أو ما يصيبه في عرضه، أو في عاطفته، أو من جراء الاعتداء على حقوقه ومصلحته المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها[2].

_ صور الضرر المعنوي:

1_الأذى فيها يصيب الإنسان في شرفه وعرضه، وفيها من ألم في جسده، أو في عاطفته.

2_ هي المصيبة أو الكربة التي تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الروحية: من الشتم والتحقير وترك الجماع والكلام المبيت.

وهذا ينطبق على الطلاق التعسفي فقد يوقع الزوج الطلاق متعسفا دون أي سبب مشروع ويسبب ضرر للزوجة بأن يلقي عليها تهما زائفة تمس بشرفها وبشعورها تجنبا للتهرب من التعويض المقرر عليه جراء طلاقه[3].

---

[1] القانون المدني، المادة 124-176

[2] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 28-29-30 .

[3] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع نفسه، ص 29 .

فيما يخص موقف القانون الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي اذ تنص المادة 182مكرر من ق.م.ج على"يشمل التعويض الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". وهذا يعني بأن المشرع لم يستبد التعويض عن الضرر المعنوي[1].

الفرع الثاني: الضرر المادي

يتفق فقهاء القانون على أن المقصود بالضرر المادي كل أذى يمس الإنسان في جسمه، أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة، ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب[2].

الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة.

ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل أو يتوقع حصوله حتما وبالتالي فالضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق. ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أيا كان نوعه سواء كان حقا عينيا ، أو حقا شخصيا.

ومنه يتضح أن الضرر له وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده وحياته ويعرف بالضرر الجسدي والآخر يمس بحقوق والمصالح المالية لشخص مما ينعكس سلبا على الذمة المالية فيكون التعويض ماليا[3]،كالأشياء التي يملكها الشخص وفي حالة خسارة الشيء يمكن التعويض بالمال، أو التعويض العيني شرط أن تكون العين المعطاة مماثلة للمفقود، وان كانت قديمة لا يمكن أن ينشأ منها إثراء للمتضرر من فقدها أي تقديم عين جديدة، وان تفاقم الضرر اللاحق يشكل ضررا مستقلا عن الضرر المعوض عنه[4]، لقول الله تعالى :(**من عمل سيئة فلا يجزى إلا بمثلها**) [سورة غاقر40].

---

[1] أ/ فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(دط)، 2009،ص 211.

[2] أ/ عبد الهادي بن زيطة،المرجع السابق، ص 26-27.

[3] د/ العربي بلحاج، النظرية العامة.....، ص 285.

[4] د/ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني(دراسة مقارنة)،الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،(د.ط)، 2007، ص 75-76.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي وإجراءات التقاضي

تمهيد الفصل الثاني:

عندما يقع الطلاق تترتب عليه جملة من الآثار ويختص بالطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض المالي لما سببه لها من أضرار، إضافة إلى حقوقها الثابتة وعليه سنحاول في هذا الفصل التعرف إلى أهم الآثار المتعلقة بالطلاق التعسفي وذلك من خلال طبيعة استحقاق المطلقة التعويض لجبر تلك الأضرار، وفي الأخير اللجوء إلى كيفية الخضوع إلى الإجراءات لفك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي، لذلك قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث حيث تناولت في:

المبحث الأول: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الثاني: الحقوق المالية وعلاقتها بالتعويض.

المبحث الثالث: إجراءات التقاضي.

المبحث الأول: مشروعية التعويض عن الضرر بالمطلقة

أشار المشرع الجزائري في النصوص الواردة في قانون الأسرة إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق، وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم لها بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في استعمال حقه بالطلاق، ويكون تعسف الزوج إذا بنى طلبه على سبب تافه أو منعدم ففي هذه الحالة يقدر القاضي التعويض على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين : المطلب الأول التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، أما المطلب الثاني التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وبعض الدول العربية .

المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

أثار موضوع التعويض جدلا بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فمن الفقهاء من يرى أن التعويض جائز عندما يطلق الزوج زوجته دون سبب مشروع، ومنهم من يرى عدم جوازه، لأن الرجل استعمل حقا مشروعا له، ولذالك اختلف الفقهاء في حكم التعويض على قولين:

الفرع الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وقد أقروا بالعمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان، بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق يدعو إليه، فالطلاق تعسفي، يجب فيه التعويض[1]*، والطلاق دون مسوغ شرعي عندهم هو خروج عن المألوف لمسلك الشخص العادي، وبذلك استعمال الحق الموكل إليه، يؤدي إلى تشكيل خطأ تقصيري يستوجب التعويض،

[1] د/ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية.....، المرجع السابق، ص 273.

* أهم العلماء القائلين بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي هم :عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين، ووهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته .....وغيرهم.

فقد مر آنفا، إن المشرع ألزمه بتبعات مالية من شأنها أن تحد من تعسف الرجل لاستعمال حقه. وهذه التبعات المالية التي فرضها الشارع الكريم على من طلق هي نفقة العدة والمتعة من تجب لها من المطلقات، ومؤخر الصداق، وقد اعتبر هذه التبعات المالية مثل الطرق الوقائية للطلاق التعسفي، ولتحقيق مصلحة ردع الأزواج عن الطلاق بغير سبب، حفاظا على تماسك الأسرة وعدم انحلالها[1].

الفرع الثاني: المانعون من التعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء إلى عدم التعويض عن الطلاق التعسفي واستدلوا بجملة من الأدلة أبرزها:

التعويض لديهم مرفوض لأنه يتناول المدخول بها وغيرها، وطلاق غير المخول بها وقائي (منعا لفساد متوقع فلا مبرر للتعويض عنه)، كما إن الزوجة لم تخسر شيئا تستحق التعويض عنه بل الزوج هو الذي خسر نصف المهر، ولا يوجد دليل يقر بمبدأ التعويض والقول به يمنع الطلاق الذي لا ظلم فيه فقد يكون الدافع للطلاق ريبة أحاطت بالزوجة، فطلقها الزوج خشية العار، وسترا عليها وليس من العدل أن تعوض الزوجة في هذه الحالة[2].

إن الأخذ بمبدأ التعويض سيجعل كلا من الزوجين يقذف الآخر بالتهم فالزوجة تريد إثبات التعسف، والزوج ينفيه، ولن يتورع أكثر المطلقين من الاستعانة بشهود الزور، مما يلحق الضرر بالزوجة أكثر من الزوج ويؤدي إلى كشف أسرار الحياة الزوجية، علاوة على العداوة التي تنشأ بين العائلات[3].

والشريعة الإسلامية حرمت أخذ مال المسلم بغير حق، واشترطت لإباحته أن يكون بطيب نفس من صاحبه، ورضا تام في التنازل عنه لغيره، قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء 29].

وبناء على ما تقدم ذكره من أدلة مانعي التعويض، وأدلة مجيزي التعويض، فان البحث يميل إلى فرض التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن دون تحديد المقدار للتعويض، وتكون القاعدة في تقدير الضرر، اعتبار وقت صدور الحكم في دعوى التعويض، فيجب أن يكون التعويض كافيا لجبر الضرر وقت صدور الحكم، وذلك حتى يكون التعويض متناسبا مع الضرر الذي لحق بالمضرور[4].

فعن النبي_صلى الله عليه وسلم_: فيما روى عن الله تبارك وتعالى أنه قال(**يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا...**)[5].

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 144_145 .

[2] د/ أحمد محمد المومني، د/ إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط143،1-2009م، دار المسيرة للنشر التوزيع والطباعة،عمان-الأردن، ص 61 .

[3] د/ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 279.

[4] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 158 .

[5] صحيح المسلم ، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحرير الظلم ، (د .ط) (د.ن).ص 1995.

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

أخذ القانون الجزائري بالتعويض عن الضرر الحاصل بالطلاق لغير حاجة مشروعة، وذلك بناءا على أن الأصل في الطلاق الحظر، فإذا طلق الزوج زوجته لغير سبب مشروع كان متعسفا باستعمال حقه، لذلك فقد ألزمه هذا القانون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

نص القانون الجزائري عليه في المادة 52 ق أ ج: (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها)، وكذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا11-04-2007[1].

ومن باب التشبيه فالقانون الأحوال الشخصية الأردني نص في المادة 134 على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول. وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا، بشرط أن لا يتجاوز مقدار نفقتها عن سنة، وبدفع هذا التعويض جملة أو قسطا حسب مقتضى الحال، ويراعي في ذلك حال الزوج يسرا وعسرا، ولا يؤثر دلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة"[2].

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

من النصوص سابقة الذكر لم تحدد قوانين الأحوال الشخصية مبلغا معينا للتعويض، وإنما جعلت أمر تقديره بيد القاضي يقدر الحالات المعروضة عليه بما يناسبها، لكنها اختلفت في بيان الحد الأعلى للتعويض، فالبعض منها كيف مقدار التعويض على أساس النفقة، لكن الأصل أن يحكم بالتعويض بناء على الضرر الذي لحق المطلقة[3].

حكم القضاء بأن حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة للمؤخر صداقها، ونفقة عدتها، والتي يراعي القاضي تقديره حالة المطلق المالية[4]، وهذا يعد من المسائل التقديرية التي يعود اختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم[5].

وطبقا لنص المادة 52 ق.أ.ج، حيث يتضح من خلالها أن تعسف الزوج في الطلاق سبب الحكم بالتعويض إذ يتعين على القاضي وهو يبحث عن وجه التعسف في الطلاق ألا يجعل من هذا التعسف الذي ورد بالنص قيدا على الطلاق الذي شرعه الله تعالى إذا قامت مبرراته[6].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم391655،بتاريخ 11-04-2007،قضية (ح.ز) ضد (ب.ح)،مجلة المحكمة العليا،العدد1، 2008،ص 249.

[2] د/ جميل فخري محمد ناجم، متعة الطلاق وعلاقتها التعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2009.، ص226.

[3] د/ جميل فخري محمد ناجم،المرجع نفسه، ص 230، 233.

[4] د/ عبد الفتاح تقية، قضايا شؤون الأسرة من منظور والتشريع والقضاء،(د.ط)، الأبيار_الجزائر، 2011، ص 67 .

[5] أ/ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة للنشر والتوزيع، 2014م، الجزائر، ص 146 .

[6] قانون الأسرة الجزائري، المادة 52

ومنه ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع فان تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية[1].

ويراعي القاضي في تقدير التعويض وأن لا يكون مبالغا فيه بالقدر الذي يعجز عنه الرجل. وبهذا يكون المشرع قد أضاف قيدا جديد على الطلاق، يدفع على التريث، والتأكد من أنه لم يظلم زوجته في ذلك، وهو بهذا أعطى للقاضي تقدير التعسف، وبهذا ترك له حرية التقدير، فيه سواء كان التعسف موجودا أو منعدما[2].

يفهم مما سبق أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، بالإضافة إلى الوقت الذي يقر فيه الضرر الواجب التعويض عنه فلقد استقر الفقه والقضاء بأن تقدير الضرر يكون يوم صدور الحكم، ليتحقق التعادل على قدر الإمكان بين التعويض والضرر، ومن هنا يجب على القاضي أن يراعي في تقدير التعويض ما وصلت إليه حالة المضرور من التحسن والإساءة وقت الدعوى، وبالتالي العبرة في تقدير قيمة الضرر بقيمة وقت الحكم،وليس بقيمة وقوعه[3] .

كما يراعي القاضي في تقدير التعويض النقدي، قيمة الضرر يوم إصدار الحكم، ومدى تغير قيمة النقد وقوته الشرائية، حتى يكون جابرا للضرر بصفة حقيقية، وقد يكون الضرر قابلا للتغير، زيادة أو نقصان، ويجب على القاضي أن يراعيه في حكمه[4].

الفرع الثاني: حالات استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي

تسحق الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا التعويض في الحالات التالية:

أولا: التعويض لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر، انطلاقا من صلب المادة 124 ق.م.ج: "إن كل من أحدث ضرر للغير يلزم التعويض" وعليه يجب إثبات الضرر بمقتضى المادة أعلاه[5]

ثانيا: وجود خطأ تقصيري يستوجب التعويض فعلى القاضي أن ينصف الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، جراء ما أصابها من ضرر بسبب طلاها دون سبب شرعي يدعو إليه[6]، فيشكل بذلك خطأ تقصيريا يستوجب التعويض،وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا[7].

---

[1] نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، (د.ت.ن)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة–الجزائر، ص74.

[2] د/ عبد الفتاح تقية، المرجع نفسه، ص 67 .

[3] د/ بلحاج العربي، النظرية العامة لالتزام.....، المرجع السابق، ص 273_274.

[4] المرجع السابق، ص 274_275.

[5] د/ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 60.

[6] أنظر، د/ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية.....، المرجع السابق، ص273.

[7] د/أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 65 .

* المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 210451، بتاريخ17-11-1998، الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001، ص 252.

ثالثا: إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية، وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق، فانه يعد متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاة، ومن ثم فانه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمرأة[1].

رابعا:المطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر المثل تستحق في هذه الحالة التعويض والذي هو بمثابة نصف المهر المثل، والمحكمة العليا اعتبرته ضرر معنوي تستحق المطلقة التعويض[2]،واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم قَالَ تَعَالَى:﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[البقرة 237].

خامسا: وكذلك مسألة طلاق المريض مرض الموت، الذي يعتبر صورة من صور الطلاق التعسفي، حيث أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبره الشارع فارا من ميراث زوجته، نصت عليه المادة 132 ق.أ.ج ما تعلق بالتوريث في حالة وفاة أحد الزوجين: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في العدة استحق الحي منها الإرث "[3]

المبحث الثاني: الحقوق المالية وعلاقتها بالتعويض

الإسلام دين العدالة والمساواة أنصف المرأة في كافة النواحي والمجالات، وقد صانها أما وأختا وزوجة ومطلقة، ومن الأحكام الخاصة بالمطلقة تشريع المتعة وهي من الحقوق المالية التي ينبغي أن وتطالب بها كل مطلقة، وخاصة التي طلقها زوجها دون مبرر، وتشريع المتعة مظهر من مظاهر إنصاف الإسلام للمرأة وتكريم لها، لما يترتب على طلاقها غير المبرر من إضرار يضر بها، وهذا ما تناولته الشريعة الإسلامية وحرصت عليه أكثر من القوانين الوضعية، وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول مفهوم المتعة والمطلب الثاني مبررات الأخذ بالمتعة أما المطلب الثالث العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض.

المطلب الأول: مفهوم متعة الطلاق

وهو كذلك نقسمه إلى ثلاث فروع :

الفرع الأول: تعريف المتعة لغة

مشتقة من مَتَّعَ، والمَتَاعُ: المنفعة والسلعة، والأداة، قَالَ تَعَالَى:﴿وَلَمَّا فَتَحُوا مَتَاعَهُمْ﴾ [يوسف65] ، وما تَمَتَّعْتُ به من حوائج، وما يَنْتَفِعُ به، كالطعام وأثاث البيت...، وأصل المَتَاعِ: ما يتبلغ به من الزاد.

يقال: لئن اشتريت هذا الغلام لتمتعن منه بغلام صالح، أي لتذهبن به.

---

[1] د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 148.

[2] د/ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق.....، المرجع السابق، ص 246، 242.المحكمة العليا،نفس المصدر،قرار رقم216865، بتاريخ16-03-1999،القضية(ب.ك)ضد(ح.ص.س)،ص 256.

[3] د/ عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 71

وتمتعت بكذا أي استمتعت به.

والاسم المُتْعَةِ، ومنه متعة النكاح، ومتعة الطلاق، ومتعة الحج،لأنه انتفاع.

ومَتَّعَ الرَجُلُ مُطَلَقَتَهُ: أعطاها المتعة بعد الطلاق، ومُتْعَةُ المُطَلَقَةُ: ما وصلت به بعد الطلاق، لتنتفع به من مال ونحوه، وجمع المتعة هو متع[1].

الفرع الثاني: تعريف المتعة في الفقه الإسلامي

عرفها الباجي: هي ما تجب للمرأة المطلقة من مال أو نحوه والمتعة لمن لم يسم لها الصداق إذا دخل بها كالتي سمى لها ودخل بها، لأنه لا يترع منها شيء، ولا فارقت عن نهاية مقابحة، فكان لها المتعة كالتي سمى لها ودخل بها، لأن المتعة هي تسلية عن الفراق والتسلية بالارتجاع أعظم[2].

والمتعة أيضا هي البدل عن نصف الصداق في غير المفروض لها والصداق واجب فتجب،لأن الواجب يعم المحسن وغيره، فلما خصصها دل على أنها من باب الإحسان[3].

ومن التعاريف المتعة هي تعويض من الزوج لزوجته المطلقة عن الضرر الأدبي الذي يصيبها بسبب الطلاق، لأن الطلاق إضافة إلى أنه يؤذي الزوجة المطلقة إيذاء نفسيا فانه يقلل من شأنها وتفويتها لفرص الزواج كونها امرأة مطلقة[4].

وتستحق المطلقة المتعة في الحالات التالية:

أولا: إذا كان الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة في نكاح لا تسمية فيه للمهر، ولا فرض بعده، أو كانت التسمية فاسدة، ففي هذه تجب المتعة للمطلقة عند جمهور الفقهاء، وقال "مالك" لا تجب المتعة ولكن تستحب.

ثانيا: أن يكون النكاح قبل الدخول والخلوة الصحيحة في نكاح لم تسم فيه المهر، وإنما فرض بعده: يجب نصف المفروض، كما إذا كان المفروض في العقد، وهو قول "مالك" و "القرافي".

ثالثا: تجب المتعة لكل مطلقة، سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده، فان كانت المطلقة قبل الدخول وسمى لها المهر، فانه يكتفي لها بنصف المهر، فتجب للمطلقة قبل الدخول إن لم يجب شرط المهر، وتجب أيضا في الأظهر للمدخول بها، ولكل فرقة لا بسبب الزوجة، بأن كانت الفرقة بسبب الزوج، كردته، ولعانه[5].

---

[1] إسماعيل بن حماد الجوهري، تاج اللغة صحاح العربية، الجزء الثالث،بيروت، ط2، 1399-1979، ص1282

[2] سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح الموطأ مالك، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية،بيروت، ط1، 1340ه-1999م،ص 353-354

[3] أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، الجزء الرابع، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994، ص 448.

[4] مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون) ، نشر إحسان ، (د.م.ن) ، ط1، 1435ه-2014م ، ص

[5] د/ أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية فقه الأحوال الشخصية المقارن-شرح قانون الأحوال الشخصية -لوائح دعاوي الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة- وإجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتى فصلها بالحكم والقرارات القضائية الاستئنافية- والقوانين، الجزء الأول والثاني، دار الثقافة، ط1، 1430-2009، ص 351.

ومن التعريفات والحالات السابقة يتضح أن الأصل في المتعة أنها جبر المطلقة ومواساتها على ما لحقها من إيحاش، ولاسيما إذا لم يكن لها مورد رزق متأتي من عملها، ولا يوجد من ينفق عليه[1].

الفرع الثالث: تعريف المتعة في القانون الجزائري

لم بنص قانون الأسرة الجزائري على المتعة، وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما دفع بعض الشراح، إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي[2].

فان المشرع الجزائري لم يتبن موقفا واحدا، ولعل اجتهاده تطبيقا للمادة 222 من ق.أ.ج جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد.

أما القضاء فقد اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملتين لوجه واحد ومعنى واحد مثلما جاء في قرار المحكمة العليا 17-11-1998 اشتمل على ما يلي:

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

- "تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة.
- للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق".[3]

والمقابل فان المتتبع لاجتهاد المحكمة العليا قرار 1991/06/18[4] يطلع بوضوح على سير القضاة على خطى منح المتعة للمطلقة، وان اختلفوا في المقدار إلا أنهم اتفقوا في النوع وهو مبلغ من المال يعطى للزوجة حسب السلطة التقديرية للقاضي[5]،

الفرع الرابع: مشروعية المتعة ومقدارها

أولا: مشروعية المتعة: المتعة مشروعة من القرآن والسنة النبوية

1- من القرآن الكريم:

قَالَ تَعَالَى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾[البقرة 236].

---

[1] إ/ م.بن زيوش، محاضرات في قانون الأسرة، موجهة لطلبة السنة الرابعة لسانس، مكتبة الرازي، كلية الحقوق، جامعة فرحات عباس، سطيف، ص 74.

[2] د/ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،(مقدمة، خطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصيةج1، الزواج والطلاق)، ط1، ديوان مطبوعات الجامعة، الجزائر، 2004، ص 233.

[3] باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 100_102.

[4] أ/ يوسف دلاندة، قانون الأسرة ، قرار رقم 75029، بتاريخ 1991/06/18، قضية (ع.ح) ضد(ع.ف)، دار هومة، ط2، 2007، ص 134.

[5] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 159 .

الطلاق بعد الدخول تكون المتعة فيه واجبة وأما الطلاق قبل الدخول تكون المتعة فيه مستحبة لأن الاستحباب فضيلة.

بناء عليه فإذا عقد رجل على امرأة عقدا صحيحا، وسمى المهر في العقد تسمية صحيحة، ثم طلقها فإنها تستحق بذلك المتعة[1]، ولا خلاف في ذلك عملا بما ورد في القرآن الكريم وقوله قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾﴾[الأحزاب 49]، حيث تدل الآية صراحة على وجوب المتعة للمطلقة التي فارقها زوجها قبل الدخول سواء سمي المهر أو لم يسمّ لها، وذلك بالأمر الوارد بقوله تعالى: **"متعوهن"** الذي يقضي الوجوب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك[2].

2- من السنة النبوية الشريفة:

عن عائشة رضي الله عنها: (**أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله_صلى الله عليه وسلم_ حيث دخلت عليه فقال: لَقَدْ عَذَبَ بِمُعَاذْ فَطَلَقَهَا، وَأَمَرَ أُسَامَةَ أَوْ أَنَسا فَمَتَعَهَا بِثَلاَثَة أَثْوَابْ زَارَقِيَةُ***).

يدل الحديث على مشروعية المتعة، فالمتعة مقررة للمرأة المطلقة لتطييب خاطرها وتهدئة نفسها وتعويضا عن ألم الفراق الذي لحقها من جراء طلاق زوجها[3].

وقسم "مالك" متعة المطلقة إلى ما يلي:

أ- مطلقة قبل الدخول وقبل تسمية المهر: فلها المتعة وليس لها شيء من المهر الصداق.

ب- مطلقة بعد الدخول سواء كانت قبل تسمية المهر أو بعده فلها المتعة اتفاقا.

ج- كل فراق تختاره المرأة كالمرأة المجذوم، والعنين والأمة تعتق تحت العبد، والفراق بالفسخ و المخالعة والملاعنة فليس للمرأة في هذه الحالات متعة[4].

ثانيا: مقدار المتعة:

ترجع المتعة في تقديرها إلى الحكام،لذلك يجب النظر في تقديرها إلى ظروف الطلاق، والى إساءة استعمال هذا الحق الاستثنائي أو وضعه في موضعه، لذلك نرى أن الفرقة إذا كانت بسبب من وجهة الزوجة كالخلع والردة والمبارأة وطلب التطليق للإعسار وغير ذلك أنها لا متعة لها[5].

---

[1] أ/ م. بن زيوش، المرجع السابق، ص 74.

[2] مصطفى إبراهيم الزلمي ، المرجع السابق ، ص 79.

*زارقية : هي ثوب من الكتان الطويل يكون بداخل بياضه زرقة.

[3] أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 64.

*الجَذُومُ: من كلمة الجُذَامُ وهو مرض معد لا يطاق المقام معه.

*العَنِينُ: من كلمة العِنَّةُ وهي تقال للمرأة التي لا تشتهي الرجال وتقال للرجل أيضا الذي لا يشتهي النساء.

[4] سعد بن أيوب الباجي، المرجع السابق، ص 353-354-355.

[5] أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام ، مكتبة السنة ، القاهرة ، ط2 ، 1998م ، ص 86.

قال مالك :ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا كثيرها أي أنه لا حد في جنسها ولا قدرها، وهي على قدر المرأة والرجل قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ ﴾ [البقرة 236]، أعلاها الخادم، ودون ذلك الورق، وأدناها كسوة[1]، وذهب البعض إلى مثل هذا فقالوا في المتعة الواجبة هي درع وخمار وملحفة وحدها الأعلى أن لا تزيد عن نصف مهر المثل، وحدها الأدنى أن لا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف المهر، ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل، فلا تزيد على نصفه، وأقل المهر عند الحنفية عشرة دراهم فلا تقل عندهم عن نصفه، وللمطلق أن يزيد على نفسه ما شاء وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة.

والمتعة تصح بما يصدق عليه اسم المال لقوله: (**متاع بالمعروف**)، وليس من المعروف أن يعطي الغني امرأته ما لا يصدق عليه اسم المال[2].

وهذا أيضا ما قضت به المحاكم بكون تحديد مبالغ المتعة من اختصاص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، وهو ذاته ما استقر عليه القضاء في الجزائر[3]، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصور في التعليل، ويعد أيضا خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[4].

يستنتج مما سبق أن المتعة التي تفرض للزوجة هي من حقوقها على زوجها الذي أوقع عليها الطلاق يجب أن تخضع لتقدير قاضي الموضوع وبيان حالة كلا الزوجين من غنى وفقر حتى لا يكون هناك ظلم أو قصور أو إجحاف لكلا الزوجين.

المطلب الثاني: مبررات الأخذ بالمتعة

هناك مبررات للمتعة وهي كالأتي:

1- المتعة جبر لخاطر المرأة لما يحصل لها من ضرر نتيجة الطلاق.

2- تجب المتعة لكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، فمن باب أولى إقرار المتعة للمطلقات التي تعرضت للضرر.

3- تعد المتعة إحسانا وتفضيلا من الرجل للمرأة، وإكراما لها ما قضته معه من أعوام.

4- المتعة ثابتة بنصوص واضحة وصريحة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وبعض الآثار من الصحابة والتابعين.

5- مساعدة المرأة من الناحية المادية، حيث أن المرأة التي أصبحت في حياة جديدة، تحتاج إلى المال لسد حوائجها بعد أن كان زوجها ينفق عليها.

---

[1] سعد بن أيوب الباجي، المرجع نفسه، ص 355.

[2] د/ أحمد محمد المومني، د/ إسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 65 .

[3] أ/ عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 159

[4] أ/ يوسف دلا ندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم:02/05، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث،(د.ت.ن)،(د.م.ن)، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، ص 134.

6- قد تكون المتعة بمثابة اعتراف وشهادة للمرأة بأن الطلاق كان من قبله وليس من قبلها، لأن الناس يظنون الظنون بالمرأة عند الطلاق[1].

7- قد تكون المتعة من التدابير الشرعية للحد من الطلاق، لأن من الناس من لا يردعه إيمانه والخوف من عقاب الله، إذا عرف أن هناك تبعات منها المتعة، قد يكون ذلك ردعا له بعدم إيقاع الطلاق دون سبب.

8- قد تكون المتعة من قبيل التعويض عما لحق بها من ضرر، سواء كان الضرر ماديا، كأن تترك عملها مثلا ثم يطلقها، أم كان الضرر معنويا ويتمثل ذلك في الألم والحزن[2].

المطلب الثالث: العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاء به بعض الاجتهادات القضائية التي لم تفرق في ذلك، ولذلك لا بد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض

هناك نقاط تتفق فيها المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولا: إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، يجبان بعد الطلاق البائن، الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

ثانيا: إن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها الزوجان، فان اختلفا قدرها القاضي على حسب الظروف الموجودة أمامه.

ثالثا: اختلف الفقهاء وكذلك التشريعات الوضعية في بيان الحد الأعلى والحد الأدنى لكل من المتعة والتعويض.

رابعا: إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة[3].

خامسا: إن كلا من المتعة والتعويض واجبا وجبرا لخاطر المرأة، وتخفيفا لها عن آلامها، وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عيها.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

تختلف المتعة عن التعويض في عدة أمور، وبها تمتاز المتعة على التعويض في:

أولا: إن المتعة ثابتة بنصوص صريحة واضحة الدالة من القرآن الكريم والسنة النبوية، والأثر عن الصحابة التابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنت مشروعيتها على أدلة من القرآن الكريم.

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 184 .

[2] المرجع نفسه، ص 184 .

[3] د/جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق.....، المرجع السابق، ص 234

ثانيا: إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فانه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه، فيذكر الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، فان كانت أسبابا معتبرة لم يحكم بالتعويض.

ثالثا: إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء أكانت طلاقا أم فسخا، سواء أكان الطلاق من الزوج أم من القاضي، أما التعويض فانه يجب في حالة واحدة، وهي إيقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي[1].

بالرجوع إلى نظرية التعسف في استعمال الحق نجد أن الفقهاء قد أخذوا بها، وطبقوها في أحكامهم، مع أنها لم تكن معروفة عندهم بهذا الاسم وبتطبيق نظرية التعسف على حق الطلاق، نجد أن في إيجاب المتعة على المطلق تطبيقا عمليا لها[2].

العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي:

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن نفقة المطلقة في الشريعة الإسلامية تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي، ولعل ما يؤيدهم في ذلك هو الاتجاه التشريعي لقوانين الأحوال الشخصية العربية واجتهادات محاكم النقض في مجال الطلاق التعسفي.

أما القانون الأسرة الجزائري فانه لم ينص على المتعة واكتفى بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي كبديل عنها، هذا ما يظهر من خلال اتجاه قضاة المحكمة العليا بالرغم من التناقض الصارخ في قراراته.

وكان القضاء الجزائري قبل الاستقلال يفرض للمطلقة تعويضا تحت اسم المتعة، كما بذلك قرار من مجلس قضاء الجزائر سنة 1924، وأسس هذا المجلس قراره على ما ورد من أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية، وانتهى إلى أن المتعة إنما وجبت لتعويض ما ينجم عن الطلاق[3].

و المتعة في الحقيقة هي إلا تعويض للمرأة، لما لحقها من أيحاش وضرر بالطلاق".

أما القول بوجوب متعة الطلاق فهو ردا على الجمعيات النسائية، التي ملأت الدنيا صراخا وعويلا، مطالبة ولاة بسن بتشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها بسبب الطلاق[4].

المبحث الثالث: إجراءات التقاضي

لما كان الطلاق بالإرادة المنفردة هو تصرف يترتب عليه آثار شرعية، فانه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات الشرعية تطبيقا لقواعد العامة إلا أن المشرع الجزائري أوجب شرطا أساسيا حتى يمكن الاعتراف بهذا

---

[1] د/محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله،2009، جامعة باتنة ، ص 588 .

[2] د/جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق..... ، المرجع السابق، ص 236.

[3] أ/ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص 158_159_ 160

[4] باديس ديابي، المرجع السابق، 99_100

التصرف أمام القضاء حتى يخضع هذا الحق إلى الشكل القانوني له طبقا للمادة 49 من ق.أ.ج والتي أورد في صلبها ما يلي:

"لن يثبت الطلاق، إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح من طرف القاضي، دون أن يتجاوز هذه المدة 3 أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.....بسعي من النيابة العامة "

وتبعا لذلك فان إرادة الزوج تصبح عاجزة على ترتيب الأثر القانوني لها، ما لم تستوفي الشكل القانوني لها أمام الجهة القضائية المختصة. وليتم الطلاق لابد من إجراءات معينة سنتناولها في المطالب الثلاث: المطلب الأول رفع الدعوى والمطلب الثاني إجراءات الصلح والتحكيم أما المطلب الثالث والأخير ثبوت الطلاق وتسجيله.

المطلب الأول: رفع الدعوى

إن إرادة الزوج في الطلاق مستمدة من الشريعة الإسلامية تبعا لذلك فان القضاء يجد نفسه مضطر إلى الحكم بحل الرابطة الزوجية وفق الإجراءات القانونية،ولن يستطيع القاضي أن يمنعه، أو يعترض على استعمال هذا الحق (حق في الطلاق)، أو يطلب منه تقديم الأسباب حتى يستجيب إلى طلبه، وأنه يقتصر طلبه على تلقي الإعلان عن الإرادة وتوثيقها وتحديدها، وذلك تبعا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: شروط رفع الدعوى

تنص المادة 48 ق.أ.ج: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..." ومن ثم فانه يجوز للزوج أن يطلق زوجته على أساس رفع دعوى قضائية ولسبب من الأسباب التي يدعيها ويكون ذلك وفقا للشروط التالية:

- أن يتم رفع الدعوى أمام محكمة المسكن الزوجي، المادة 40 الفقرة الثانية من ق.ا.م.ا على أن: "كل دعاوي الطلاق ترفع أمام الجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاص مقر الزوجية"[1].

وفي حالة عدم استقرار الزوجان في مسكن واحد فالرأي الأرجح هو المسكن الأخير لرفع الدعوى.

- يشترط في المرأة التي يقع عليها الطلاق أن تكون مرتبطة بصاحب الدعوى بعقد زواج صحيح، فالطلاق العرفي لا يكون في الزواج الرسمي أما الزواج العرفي فيصح فيه الطلاق العرفي.

- يشترط في الزوج أن يكون راشدا وأهلا لإيقاع الطلاق ومن ثم يشترط فيه أن يكون بالغا 19 سنة كاملة ومتمتعا بكل قواه العقلية وغير محجور عليه، وفقا للمادة 40 ق.م[2].

[1] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخ في 2008/04/23

[2] القانون المدني الجزائري، المادة 40 .

ملاحظة:

والملفت للانتباه في هذه الحالة هو أن الترخيص بالزواج طبقا للمادة 7/2 ق أ لا يرشد الزوج من أجل رفع الدعوى الطلاق[1].

الفرع الثاني: طرق رفع الدعوى

ترفع الدعوى أمام محكمة قسم الأحوال الشخصية، وهذا ما تصت عليه المادة 14 من ق.ا.م.ا: 2008/02: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد النسخ بعدد الأطراف".

أو بحضور المدعي أمام المحكمة وفي هذه الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح يوقع عليه أو يذكر فيه أنه لا يمكنه التوقيع[2].

أولا: طريقة تقديم عريضة مكتوبة إلى مكتب الضبط:

الشخص الذي يريد أن يطلب من المحكمة أن تحكم له بالطلاق أن يقدم طلبا مكتوبا على نسختين يذكر بوضوح وباختصار ما يطلب الحكم به له وأسباب طلبه ويشير إلى الحجج والأدلة والوثائق التي تؤيد وتؤكد طلبه. إضافة إلى اسمه، لقبه، عنوانه ومهنته، وكذلك اسم، لقب، عنوان ومهنة خصمه (الزوج الآخر). ثم يضع التاريخ الذي حرره فيه وقدمه إلى مكتب الضبط، ويوقعه ويسلمه مباشرة إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة المختصة ليسلم له وصل الرسوم القضائية بعد دفع الرسوم من طرف المدعي[3].

ثانيا: طريقة التصريح الشفهي:

عندما لا يستطيع الزوج تحرير عريضة مكتوبة لسبب من الأسباب يتوجه إلى رئيس مكتب الضبط بالمحكمة، يصرح له شفاهة بأنه يرغب في رفع دعوى ضد الزوج الآخر ويطلب الحكم له بكذا و... ويقدم اسمه، لقبه، مهنته، وعنوانه، ويتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان مكتب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه[4]،و يصبح هذا المحضر وثيقة رسمية تقوم مقام العريضة المكتوبة[5].

– سير الدعوى:

وأخيرا يسجل الكاتب القضية في السجل العام المخصص للقضايا المدنية ويمنح لها رقما خاص ويسلم وصلا للمدعي أو وكيله يحمل رقم القضية وتاريخ تسجيل الدعوى وتاريخ الجلسة التي يجب أن يحضرها أمام المحكمة.

---

[1] الجيلالي تشاور، المرجع السابق ، ص 60-61 .

[2] د/ العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون_الجزائر، ط3، 2004، ص 341 .

[3] أ/ فضيل العيش، شرح لقانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 41 .

[4] أ/ضيل العيش، المرجع السابق، ص 41 .

[5] د/عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة ، ط3، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، الجزائر، 1996، ص 283 .

يوم الجلسة يحضر الزوجان بنفسيهما أو بواسطة وكيلهما يشرح كل واحد منهما طلباته بالأدلة والحجج والدفوع الموضوعية مكتوبة.

وفي حالة عدم حضور المدعي أو وكيله في اليوم المحدد للجلسة، رغم صحة التبليغ بتاريخ الجلسة، فان القانون يخول للقاضي سلطة الحكم بشطب الدعوى طبقا لق.ا.م.ا، أما إذا غاب المدعي عليه فانه يجوز للقاضي الفصل في الدعوى في غيابه بعد منحه أجلا[1].

المطلب الثاني: إجراءات الصلح والتحكيم

إجراءات الصلح والتحكيم في قضايا الأحوال الشخصية هي من الإجراءات الهامة والأولية التي يجب على القاضي القيام بها بصفة إجبارية قبل النطق بالطلاق، وقد عرف الفقه الإسلامي هذه الإجراءات قبل ظهور هذه القوانين الوضعية الحديثة[2]. وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في:

الفرع الأول: إجراء الصلح

أوجب المشرع على القاضي إجراء الصلح بين الطرفين وهو ما نصت عليه المادة 49 ق.أ.ج : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..." وكان القضاء الجزائري بشأن هذه المحاولة متضاربا بشأن أحكامه وقراراته، بحيث أن المحكمة العليا كانت تعتبر الصلح ليس بإجراء جوهري بمعنى أنه يمكن أن يقع الطلاق بدون صلح بينهما، ذهبت قرارات أخرى إلى اعتبار الصلح أمر جوهري، وأمام هذا التضارب في القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا جاء المشرع في المادة 439 ق.ا.م.ا، على أنه: "محاولات الصلح وجوبيه ويتم في جلسة سرية"، وفي هذه الحالة فانه ينبغي على القاضي القيام بتلك المحاولات في مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، ولا يمكن للمحامي حضور محاولة الصلح، و يمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح، وإذا تعذر على أحد الزوجين الحضور فهنا يمكن للقاضي أن يحدد ميعاد آخر للصلح أو يعين قاضي آخر لسماع الزوج المتغيب، وفي حالة غياب الزوجين بدون مانع يحرر القاضي محضرا بذلك[3].

وقد عرف الفقهاء الصلح: بأنه "عقد وضع لرفع المنازعة" وهو مشروع لقوله تعالى: **"إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم"** [سورة الحجرات 10]

و يتم الصلح القضائي يتم بمكتب القاضي المصالح أو بقاعة المداولات، يشرف عليه القاضي وبحضور مساعد كاتب الضبط يسمع في بداية الأمر إلى المدعي ثم يحيل الكلمة إلى المدعي عليه، وقبل ذلك يتأكد من حضور الأطراف بعد المناداة عليهما من الكاتب.

---

[1] العربي بالحاج، المرجع السابق. ص 353 .

[2] نفس المرجع السابق، ص 356 .

[3] تشاور الجيلالي، المرجع السابق، ص 61

ويبدأ القاضي في الاستماع إلى وجهة نظر الطرفين ويحاول التقريب بينهما ويحلل الأقوال التي صرح بها كل طرف ويعطي التعقيب للطرف الخصم المصالح أو حق الرد.

والملاحظ أن المشرع في إحداثه لجلسات الصلح لم يعين طريقة معينة بل ترك للقاضي اختيار الطريقة المناسبة.

غير أنه هناك مبادئ يجب احترامها:

1- حضور الطرفين في جلسة سرية.

2- بعد الانتهاء في كل جلسة من جلسات الصلح يحرر محضر إجراء محاولة الصلح في شكل معين فيها الأطراف، التصريحات والتوقيعات الطرفين، القاضي والكاتب.

3- ينوه عن جميع المسائل المتعلقة بالصلح.

ومنه نجد أن الصلح إجراء وجوبي جوهري إلا في حالة واحدة هي إقامة أحد الطرفين بالخارج أين يصبح اختياري[1].

قال الله تعالى:(**إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا**) [النساء 144].

وعليه فان الصلح يعتبر مبدأ أساسيا وجوهريا في قضايا الطلاق لغرض معالجة النزاع بطريقة ودية لأنه في الأصل من المبادئ الشريعة الإسلامية.

- الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح يعد خطأ في تطبيق القانون ومن ثم القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

شكل حكم بإلحاق محضر الصلح:

محكمة: .....

قسم: الأحوال الشخصية شؤون الأسرة

قضية رقم: .....

حضر طرفي النزاع المدعي ..... بواسطة محاميه الأستاذ .....

المدعي عليه ..... بواسطة أستاذه.....

وقدما محضر صلح مؤرخ في ..... وطلبا إلحاقه بمحضر الجلسة .....

وعليه حكمت المحكمة بالإشهاد على إلحاق واتفاق الخصوم على تصالحها تبعا للمحضر رقم.....

بـــــــــ: ..... المحرر في .....

[1]أ/ فضيل العيش، المرجع السابق، ص 44.43 .

الفرع الثاني: إجراء التحكيم

أولا:تعريف التحكيم

التحكيم: في الاصطلاح الفقهاء هو تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهما للإصلاح بينهما والفصل في خصومتهما.

خص المشرع الجزائري ندب الحكمين للإصلاح بين الزوجين في حال تفاقم الخصام بينهما ما لم يثبت الضرر، طبقا للمادة 56 ق.أ.ج، والتي نصت: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا في أجل شهرين"،أما في حالة الاشتداد وثبوت الضرر القاضي غير ملزم بتعيين حكمين[1].

وهذا ما تصت عليه المادة 446 ق.ا.م: "إذا لم يثبت ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

حيث يفهم من النصوص أن المشرع الجزائري لا يلجأ إلى ندب الحكمين إلا في حالة تفاقم الخصام وعدم تبين الضرر.

والتحكيم مشروع في الكتاب الله تعالى قوله تعالى: "﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾﴾" [سورة النساء35]، وهذا دليل على مشروعية التحكيم بين الزوجين عند وقوع التنازع بينهما

قوله تعالى:" ﴿فَإِن جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴿٤٢﴾﴾" [سورة المائدة42].

والتحكيم هنا يعتبر وسيلة ناجحة لمنع الشقاق واستمراره وتفاقمه، لإعادة الأمر إلى ما كان عليه، ولمعرفة الطرف المسيء من المتضرر، ومن ثمة تكون مهمة الحكمين الأساسية هي الإصلاح لا مجرد معرفة الطرف المتضرر للحكم له بالتعويض[2].

---

[1] المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، بتاريخ 14-04-2011، قضية (ف.م) ضد (ش.س)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012، ص 199.

[2] د/ محفوظ بن الصغير، المرجع قضايا الطلاق.....، ص 261 .

-ثانيا: شروط التحكيم

يشترط في التحكيم ما يلي:

1- اشتداد الخصام وتفاقم النزاع بين الزوجين وعدم ثبوت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء دلك، وهنا يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على الإصلاح بينهما عن طريق التحكيم، مع الإشارة إلى أن شرط وجود الضرر يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي[1].

2- إن تعيين الحكمين من بين أهالي الزوجين هو من النظام العام شرعا وقانونا، ولا يجوز للقاضي أن يعين حكما من غير أهالي الزوجين إلا في حالات خاصة كتعذر الحصول على من له قرابة أو مصاهرة معهما.

3- مهمة الحكمين مهمة محددة من طرف القاضي وتنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين و حديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع.

وتقرير الحكمين مثله مثل أي وسيلة أو وثيقة من وسائل الإثبات، التي يمكن أن تساعد القاضي دون أن يكون ملزما بما يضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم[2].

في حالة فشل الحكمين لأن سلطتهما لا تعدو أن تكون مجرد تكليف بمهمة، فان للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا ويعيد القضية إلى الجلسة واستمرار الخصومة، بعد أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقا للمادة 447 ق.ا.م.ا[3،4].

غير أن المشرع الجزائري لم ينص على إجراءات تعيين الحكمين بالقانون المعدل رقم09_02المتضمن قانون الأسرة وهذا ما تعلق بالمادة 56 التي جاء فيها غموض، ولذلك يكون تعيين الحكمين بموجب سند قضائي مكتوب صادر من قاضي الموضوع.

- أداء اليمين من طرف الحكمين أمام قاضي الموضوع مع كتابة محضر أداء اليمين وجعله ضمن أوراق الدعوى.
- تبليغ النيابة العامة، بملف الدعوى وإجراءاتها.
- انجاز التقرير من طرف الحكمين بعد إخطارهما بسند التعيين، من طرف المحكمة وتبليغها للأطراف حضور لجلس التحكيم أو الانتقال إليهما وعلى الحكمين تسبيب تقريرهما.
- على الحكمين الاجتهاد في الإصلاح بين الزوجين فان تحقق الصلح تم تدوينه في محضر ويوقع من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويعتبر محضر الصلح سندا تنفيذيا.
- إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، فإنهما ينجزان تقريرهما حسب طبيعة الحال.

---

[1] د/ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 153.

[2] أ/ فضيل العيش، المرجع السابق، ص 43 .

[3] د/ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 275.

[4] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 447.

المطلب الثالث: ثبوت الطلاق وتسجيله

نص المادة 49 من ق.أ.ج، "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى" من خلال هذه المادة أخضع المشرع الجزائري إثبات الطلاق بيد القضاء رغم أن حق الطلاق مقرر للزوج هو حق إرادي يعرف بأنه سلطة إحداث أثر قانوني، فهذا الحق قيده المشرع باللجوء إلى القضاء وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستقاء الشكل المقرر قانونا.و قد قسمت هذا المطلب إلى فرعين تناولت في:

الفرع الأول: ثبوت الطلاق

نصت المادة 57 ق.أ.ج، "الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية" رغم أن المشرع لم ينص صراحة على أن أحكام الطلاق تصدر بصفة نهائية إلا أنه من المعروف فقها وقانونا أن الأحكام غير النهائية هي وحدها التي تقبل الطعن فيها بالاستئناف أمام الجهة القضائية بالدرجة الثانية.

ويقصد بجوانبها المادية كل من النفقة، الحضانة، متاع بيت الزوجية... كما نصت المادة 49 من ق.أ.ج، "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" يفهم من هذه العبارة أن ضرورة صدور الحكم بإثبات الطلاق وأن مسألة إثبات الطلاق تبقى خاضعة للقضاء، في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من حيث الطبيعة الخاصة والآثار القانونية التي تميزه وعليه فان الطلاق (الطلاق التعسفي) حكمه كاشف لأن القاضي عندما ينطق بالحكم يعبر عن إرادة الزوج في الطلاق، الذي قد تلفظه قبل اللجوء إلى القضاء[1].

وعليه نستنتج ما يلي:

1- يعترف لكن يحتاج لأن يثبت بحكم فالقاضي يثبت الطلاق و لا ينشئه.

2- إن المادة 50 ق.أ، نصت على أن من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، وهذه الحالة مستغربة لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق ولا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن الطلاق القاضي بائن ولا يقبل الطعن بالاستئناف.

3- نصت المادة 50 ق.أ.ج، "..ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"[2].

الفرع الثاني: تسجيل الطلاق

فيما يتعلق مضمون الحكم بالطلاق يتضمن شقين اثنين:

الشق الأول يتعلق بالطلاق ويصدر ابتدائيا نهائيا، والشق الثاني يتعلق بالآثار المترتبة على الطلاق وبصدر ابتدائيا قابل للاستأناف.

---

[1] أ/ فضيل العيش، المرجع السابق، ص 56 .

[2] قانون الأسرة الجزائري، المادة 50.

وتسجل أحكام الطلاق في الحالة المدنية وجوبا، وتسعى النيابة العامة في ذلك لكون الأمر يتعلق بالنظام العام، وإذا كان الطلاق مطلوبا من الزوج، وجب على القاضي التأكد من إرادة هذا الأخير. والطلاق الذي ينطق به القاضي يعتبر بائنا، سواء كان على طلب الزوج أو الزوجة أو خلعا[1].

عادة تكون صيغة المنطوق كما يلي:

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة حكما علنا حضوريا ابتدائيا نهائيا بالنسبة للطلاق وابتدائيا فيما عداه:

في الشكل: قبول الدعوى شكلا.

الموضوع:

فك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين المدعي..... بن..... وبن.....المولود بتاريخ..... وبين المدعي عليها.....بنت..... وبنت.....المولودة بتاريخ..... وإلزام ضابط الحالة المدنية لبلدية..... بتسجيله في سجلات الحالة المدنية لبلدية..... وبالتأشيرة به على الهامش عقد زواج الطرفين وشهادة ميلادهما.

القضاء ابتدائيا:

بتحميل الزوج مسؤولية الطلاق وإلزامه بأن يدفع مبلغ..... تعويضا عن الطلاق التعسفي، .....كنفقة العدة، وإسناد حضانة الأبناء.....لأمهم على نفقة أبيهم بواقع..... شهريا لكل واحد منهم تسري من تاريخ النطق بالحكم تستمر إلى غاية سقوطها شرعا أو قانونا، مع منح الأب حق الزيارة يومي الخميس والجمعة والمناسبات والأعياد الدينية والعطل، وإلزام الزوج بأن يخصص للحضانة مسكنا لممارسة الحضانة فيه أو بدل الإيجار بواقع..... شهريا.

- إلزام المطلق بأدائه للمطلقة أغراض متمثلة..... و..... و.....
- مع تحميل المدعي المصاريف القضائية المقدرة ب200 دج.
- لهذا صدر الحكم وأفصح به جهرا بتاريخ مذكورا أعلاه ( ).

الرئيس — أمين الضبط

الإمضاء والختم — الإمضاء

[1] أ/ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، المعدل والمتم بموجب الأمر 02/25 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (تفسير نموذجي)، 2013، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة–الجزائر، ص59.

الخاتمة

وينتهي بنا المطاف عبر دروب هذا البحث من فصلين وكل فصل مقسم إلى مباحث من خلال تحليل ودراسة أغلب الجوانب المتعلقة بالموضوع لأصل إلى جملة من النتائج تتمثل فيما يلي:

1_ إن مصطلح الطلاق التعسفي مصطلح حديث، ولفظ التعسف استخدم في الطلاق وغيره، والهدف منه إلحاق الضرر بالغير دون مبرر شرعي لذلك.

2_ جعل الإسلام الطلاق بعصمة الرجل لحكم عظيمة، ومنها أن المرأة سريعة الاغترار ولا روية لها في أمورها، فلو جعل إليها لبادرت إلى التطليق عند كل صغيرة أو كبيرة.

3_ عرف التعسف بأنه مناقضة قصد الشارع، في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل.

4_ إن حق الزوج في إيقاع الطلاق مقيد بمبدأ عدم جواز التعسف في استعماله، ويتحقق من خلال صورتين_الطلاق دون مبرر معقول أو مشروع، والطلاق في مرض الموت والذي يعرف أيضا بطلاق الفار.

5_ في حالة الطلاق الفار من الميراث تورث مطلقته مناقضة لمقصوده السيئ من حرمانها من الميراث.

6_ الطلاق في الأصل بالإرادة المنفردة وأنه يقع، وذلك باتفاق الفقهاء بمجرد صدوره من الزوج سواء علمت المرأة (الزوجة) بذلك أو لم تعلم وسواء كانت حاضرة أم غائبة.

7_ استند القانون في تشريعه للتعويض إلى ما لجأ إليه الفقهاء القائلون بالتعويض من أن الأصل في الطلاق الحظر، فإذا استعمل حقه بدون حاجة أو مصلحة أو سبب مشروع، كان استعماله مناقضا لما شرع الحق من أجله فكان متعسفا.

8_ لا يستحق التعويض إلا بناءا على طلب من المطلقة.

9_ المتعة ثابتة بنصوص واضحة وصريحة من القرآن الكريم والسنة النبوية وبعض الآثار من الصحابة والتابعين.

10_ المتعة الحل الأمثل للحد من الطلاق الذي يضر بالمرأة.

11_ هناك أوجه شبه بين المتعة والتعويض في الطلاق التعسفي، وأن الهدف من كليهما التعويض عن المطلقة ومواساتها بالرغم من أن التعويض مستند إلى أصول شرعية كمشروعية المتعة ومبدأ التعويض في الفقه الإسلامي إلا أنه يكون في بعض الأحيان إجحاف الزوج بعدم بيان أسباب الطلاق، وذلك تجنبا للحرج لقواعد الإثبات.

وبعد دراسة هذا الموضوع تمكنت من الخروج بتوصيات ومقترحات التالية:

1_ توعية الناس بخطورة الطلاق بجميع أنواعه, وآثاره المدمرة للمجتمع.

2_ النظر في العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي وإعطاء نص صريح يدل على ذلك.

3_ التقدير العادل للقاضي فيما يخص التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة المطلقة مستعينا بذلك بخبرة الخبراء ومراعاة في فرضها على حال الزوج عسرا ويسرا.

قائمة المصادر والمراجع

– القرآن الكريم

– السنة النبوية

– الكتب الفقه الإسلامي

1_ وهية الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع**، دار الفكر، دمشق، ط2، 1405ه-1985م.

2_عبد الرحمان الغرباني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان، بيروت،(ب.ط)،(ب.ت.ن).

3_ محمد بن إدريس الشافعي، **الأم، الجزء السادس**، دار الوفاء، (د.م.ن)، ط1، 1414ه-2001م.

4_ ابن رشد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني**، (د. ط)، (د. ت.ن)،(د.م.ن) .

5_ سعد بن أيوب الباجي، المنتقى شرح الموطأ مالك، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1340ه-1999م.

6_ أحمد بن إدريس القرافي، **الذخيرة، الجزء الرابع**، دار العرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994.

7_ الموردي ، **الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، الجزء العاشر**، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1، 1414ه-1994م .

كتب الفقه الحديث

1_ عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون، ج.2**، دار الفكر، (د.ط)، 1998م.

2_ محفوظ بن صغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي، رويبة- الجزائر، (د.ط)، 1434ه-2012م .

3_ فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 2، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1988م.

4_مصطفى إبراهيم الزلمي ، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)** ، نشر إحسان ، (د.م.ن) ، ط1، 1435ه-2014م .

5_ العربي بختي، **أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري**_، ط1، الأبيار-الجزائر،مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، 2013م.

6_ جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون**، 2008، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان .

7_ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، ط 1 ، 2012 م، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان_الأردن .

8_ أحمد محمد شاكر، **نظام الطلاق في الإسلام** ، مكتبة السنة ، القاهرة ، ط2 ، 1998م .

المعاجم

1_ محمد بن مكرم ابن المنظور، **لسان العرب، المجلد 10**، دار صادر، بيروت .

2_ قطب مصطفى سانو، **معجم مصطلحات أصول الفقه**،–عربي انجليزي–، دار الفكر، دمشق،(ب.ط)، 2000 .

3_ إسماعيل بن حماد الجوهري، **تاج اللغة صحاح العربية**، الجزء الثالث،بيروت، ط2، 1399-1979.

الكتب القانونية

1_ حسين طاهري، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**– مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ط1، 2009، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_ الجزائر.

2_ بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**_دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،ط1، 1428ه_2007م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_الجزائر.

3_ العربي بلحاج، **مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4،(د.م.ن)، 1992 م.

4_ الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط1429،1ه_2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة_الجزائر.

5_ فضيل العيش، **شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد**_ مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا" ملحق قانون الأسرة باللغتين" طبعة جديدة 2008/2007،مطبعة طالب.

6_ باديس ديابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة،ج1**، 2012، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة_الجزائر.

7_ لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**(مدعما باجتهاد المجس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982الى سنة2014) ملحقات: المواثيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014م.

8_ العربي بالحاج، **نظرية الالتزام في القانون المدني، ج2**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

9_ موريس نخلة، **الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)**، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،(د.ط)، 2007م.

10_ أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، ط1430،1ه_2009م، دار المسيرة للنشر التوزيع والطباعة،عمان–الأردن.

11_ أنظر، الرشيد بن شويخ، **شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل**، ط1، 1429ه/2008م، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة-الجزائر.

12_ عبد الفتاح تقية، **قضايا شؤون الأسرة من منظور والتشريع والقضاء**، 2011/228 ، الأبيار _ الجزائر.

13_ جميل فخري محمد ناجم، **متعة الطلاق وعلاقتها التعويض عن الطلاق التعسفي**، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2009.، ص 230، 233.

14_ لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة**، دار هومة للنشر والتوزيع، 2014م، الجزائر.

15_ نبيل صقر وقمراوي عز الدين، **قانون الأسرة نصا وتطبيقا**، (د.ت.ن)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر.

16_ أحمد محمد علي داود، **الأحوال الشخصية فقه الأحوال الشخصية المقارن**-شرح قانون الأحوال الشخصية –لوائح دعاوي الأحوال الشخصية في مواضيعها المتنوعة- وإجراءات سير المحاكم الشرعية والمرافعات والدفوع فيها حتى فصلها بالحكم والقرارات القضائية الاستئنافية- والقوانين، الجزء الأول والثاني، دار الثقافة، ط1، 1430ه-2009م.

17_ العربي بالحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،(**مقدمة، خطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية ج1، الزواج والطلاق**)، ط1، ديوان مطبوعات الجامعة، الجزائر، 2004م.

18_ يوسف دلا ندة، **قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم:02/05**، مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي شؤون الأسرة والمواريث،(د.ت.ن)،(د.م.ن)، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر.

19_ عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة** ، ط3، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، الجزائر، 1996م.

20_ لحسين بن شيخ آث ملويا، **قانون الأسرة دراسة تفسيرية**، المعدل والمتم بموجب الأمر 02/25 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (تفسير نموذجي)، 2013، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر.

21_فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،(د.ط)، 2009م.

المذكرات والأطروحات الجامعة

1_ العربي مجيدي، **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الإسلامي**-دراسة مقارنة بين الفقه والقانون-،(رسالة ماجستير)، 2002/2001، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، الجزائر

2_ بختة بلبولة، **أثر فكرة التعسف في استعمال الحق في الزواج وانحلاله**، (رسالة ماجستير)، فرع عقود والمسؤولية، 2005/2004، كلية الحقوق -بن عكنون- الجزائر.

3_ساجدة عفيف "محمد رشيد" عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، (رسالة ماجستير)، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2011.

4_ محفوظ بن الصغير، **الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري**، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص فقه وأصوله، 2009، جامعة باتنة.

5_ رحاب الحميدي حميد المطيري، **الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه (دراسة تأصيلية، مقارنة)**، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون،جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون،1435ه_2014م.

النصوص القانونية

1_ قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م.

2_ القانون رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1435ه الموافق 26 سبتمبر 1975 متضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 مؤرخ في 13 ماي 2007م .

3_ قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، الجريدة الرسمية: العدد 21 المؤرخ في2008/04/23. 2008/04/23

القرارت القضائية

1_ المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 223019، بتاريخ 15-06-1999، قضية (ع.ف) ضد (م.ع.ح)، اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001م.

2_ العليا العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم179696، بتاريخ 17-03-1998، قضية (ح.م) ضد (س.ب)، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص.

3_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 210451، بتاريخ 17-11-1998، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001م.

4_ المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 620084، بتاريخ 14-04-2011، قضية (ف.م) ضد (ش.س)، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2012م.

وثائق علمية أخرى

1_ الجيلالي تشاور، محاضرات في القانون الأسرة الجزائري جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان، 2009م.

2_ م. بن زيوش، قانون الأسرة ، محاضرات موجهة لطلبة السنة الرابعة لسانس، كلية الحقوق، جامعة سطيف.

الفهرس

مقدمة .....ص أ.
الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري..... ص 14.
المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري .....ص 14 .
المطلب الأول: مفهوم الطلاق.....ص 14 .
الفرع الأول:تعريف الطلاق لغة..... ص 14.
الفرع الثاني :تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي.....ص 15.
الفرع الثالث :تعريف الطلاق في القانون الجزائري..... ص 15.
المطلب الثاني:حكم الطلاق وأنواعه ..... ص 16.
الفرع الأول: حكم الطلاق..... ص 16.
الفرع الثاني:أنواع الطلاق..... ص 16.
المطلب الثالث : مفهوم التعسف.....ص 18 .
الفرع الأول : تعريف التعسف لغة.....ص 18.
الفرع الثاني : تعريف التعسف في الفقه الإسلامي.....ص 18.
الفرع الثالث : تعريف التعسف في القانون الجزائري.....ص 19.
المطلب الرابع : مفهوم الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....ص 20.
الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.....ص 20 .
الفرع الثاني : تعريف الطلاق التعسفي في القانون الجزائري.....ص 20.
المبحث الثاني:صور الطلاق التعسفي..... ص 21.

المطلب الأول :طلاق المريض مرض الموت..... ص 21.
الفرع الأول: تعريف المريض مرض الموت.....ص 21.
الفرع الثاني:حكم تصرف المريض مرض الموت.....ص 22.
المطلب الثاني :الطلاق دون سبب معقول.....ص 24.
المبحث الثالث :مفهوم التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.....ص 25.
المطلب الأول:مفهوم التعويض.....ص 25.
الفرع الأول:تعريف التعويض لغة.....ص 25.
الفرع الثاني :تعريف التعويض في الفقه الإسلامي.....ص 25
.
الفرع الثالث : تعريف التعويض في القانون الجزائري..... ص 26.
المطلب الثاني : مفهوم الضرر.....ص 27 .
الفرع الأول : تعريف الضرر لغة.....ص 27 .
الفرع الثاني : تعريف الضرر في الفقه الإسلامي.....ص 27
الفرع الثالث : تعريف الضرر في القانون الجزائري.....ص 28
المطلب الثالث :أنواع الضرر.....ص 28
الفرع الأول : الضرر المعنوي.....ص 29.
الفرع الثاني : الضرر المادي.....ص 29
الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي وإجراءات التقاضي... .....ص 32.
المبحث الأول:مشروعية التعويض عن الضرر بالمطلقة.....ص 32.
المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.....ص 32
الفرع الأول :القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....ص 32
الفرع الثاني :المانعون من التعويض عن الطلاق التعسفي.....ص 33.
المطلب الثاني:التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري .....ص 34.
الفرع الأول:سلطة التقدير في التعويض عن الطلاق التعسفي.....ص 34.
الفرع الثاني:حالات استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي.....ص 35
المبحث الثاني:الحقوق المالية وعلاقتها بالتعويض.....ص 36 .

المطلبالأول:مفهوم المتعة.....ص 36 .
الفرع الأول:تعريف المتعة لغة.....ص 36 .
الفرع الثاني:تعريف المتعة في الفقه الإسلامي.....ص 37
الفرع الثالث : تعريف المتعة في القانون القانون الجزائري.....ص 38
الفرع الرابع : مشروعية المتعة ومقدارها.....ص 38
المطلب الثاني :مبررات الأخذ بالمتعة..... ص 40
المطلب الثالث:العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض..... ص 41 .
الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض..... ص 41
الفرع الثاني :أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض..... ص 41
المبحث الثالث : إجراءات التقاضي.....ص 42 .
المطلب الأول : رفع الدعوى.....ص 42 .
الفرع الأول : شروط رفع الدعوى.....ص 42
الفرع الثاني : أطراف الدعوى.....ص 44
المطلب الثاني : إجراءات الصلح والتحكيم.....ص 45
الفرع الأول : إجراءات الصلح.....ص 45
الفرع الثاني : إجراءات التحكيم.....ص 47
المطلب الثالث : ثبوت الطلاق وتسجيله.....ص 49
الفرع الأول : ثبوت الطلاق.....ص 49
الفرع الثاني : تسجيل الطلاق.....ص 49
الخاتمة.....ص 52.
قائمة المراجع.....ص 54.
الفهرس
فهرس الآيات القرآنية
فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآيات القرآنية

الآيـــــــــة	السورة	الصفحة
قال الله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)	سورة البقرة الآية :229	16
قال الله تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن)	سورة البقرة الآية :236	16
قال الله تعالى : (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطاقوهن لعدتهن)	سورة الطلاق الآية 01	17
قال الله تعالى : (لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده)	سورة البقرة الآية:23	19
قال الله تعالى :(يا أيها اللذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا)	سورة الأحزاب: 49	23 39
قال الله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم)	سورة المائدة :95	26
قال الله تعالى : (ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله)	سورة النساء الآية : 92	26
قال الله تعالى : (كل نفس بما كسبت رهينة)	سورة المدثر الآية :38	26
قال الله تعالى : (من عمل سيئة فلا يجزى إلا بمثلها)	سورة غافر 40	30
لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)	النساء 29	33
قال الله تعالى :(وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)	سورة البقرة :237	36
قال الله تعالى :(ولما فتحوا متاعهم)	سورة يوسف الآية 36	36
قال الله تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتدر قدره،	سورة البقرة الآية : 236	38

متاعا بالمعروف حقا على المحسنين)		
قال الله تعالى :(إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم)	سورة الحجرات الآية: 10	45
قال الله تعالى :(إن يريد إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)	سورة النساء الآية : 144	46
قال الله تعالى :(وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا)	سورة النساء الآية:35	47
قال الله تعالى : (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين)	سورة المائدة الآية:42	47

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

الحديث النبوي	الصفحة
قول الرسول الله_صلى الله عليه وسلم_:(طعام بطعام وإناء بإناء)	26
قول الرسول الله_صلى الله عليه وسلم_:(على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها)	26
قول الرسول الله_صلى الله عليه وسلم_:(لا ضرر ولا ضرار)	28
قول الرسول الله_صلى الله عليه وسلم_:(يا عبادي إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا...)	33
عن عائشة رضي الله عنها :(أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله _صلى الله عليه وسلم_ حيث دخلت عليه فقال : لقد عذت بمعاذ فطلقها، وأمر أسامة أو أنسا فمتعها بثلاثة أثواب زارقية)	39

ملخص المذكرة

عنوان المذكرة : التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

إعداد الطالبة : بولعواد آمال.

المشرف العلمي: بن سعيد

الإشكال الرئيسي: إلى مدى يمكن اعتبار التعويض عن الطلاق التعسفي الحل الأمثل لمعالجة الأضرار اللاحقة بالمطلقة؟

الموضوع :

أن الطلاق وان كان حقا للرجل يمارسه وقتما يشاء وذلك بموجب العصمة المقررة له شرعا إلا أن هذا الحق مقيد بقيود من شأنها أن تقلل منه، وبالرغم من ذلك قد يوقعه الزوج بدون سببا متعسفا فيه كان يوقعه في مرض موته أو أن يوقعه بدون حاجة تدعو إليه، لذلك انتهجت في هذه المذكرة دراسة المنهج الوصفي لاستقراء النصوص الشرعية والقانونية التي تخدم موضوعي.

إلا أن الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بإقرارهما هذا الحق للزوج لم يقفا عاجزين عن المحافظة عن حقوق المرأة، وذلك بإقرار التعويض وكذا نفقة المتعة عن كل ضرر يلحق بالزوجة عند إساءة استعمال هذا الحق، وعليه فان مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تبقى متعلقة بالضرر الذي تصاب به الزوجة من جراء إيقاع هذا الطلاق وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر وجسامته ومدى كونه موجبا للتعويض.

لذلك قسمت هذا البحث إلى مقدمة وفصلين وخاتمة، فجعلت الفصل الأول تبيان ماهية الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري أما الفصل الثاني بيان الآثار المترتبة عن الطلاق التعسفي ومناقشة مشروعية التعويض عنه وفي الأخير الإجراءات التقاضي.

وفي الأخير ختمت البحث بخاتمة بينت فيها أهم النتائج التي توصلت إليها والتي يمكن إجمالها في أن الطلاق التعسفي له آثار جد سلبية والهدف منه إلحاق الضرر بالغير دون مبرر مشروع.