

تمهيد :

لقد أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة يوقعه متى دعت إليه الضرورة وبعد استنفاد طرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة في ذلك كونه مالكا للعصمة ، إلا أن الزوج قد يسيء ممارسة هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه .

فإذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، فإن هذا التعسف يسبب ضررا للزوجة ومن ثم كان لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابها و على هذا الأساس سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق و مشروعيته.

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي و معاييرهِ .

المبحث الأول: مفهوم الطلاق.

الأصل في قيام العلاقة الزوجية تكون مبنية على المودة و التآلف بين الزوجين، لكن قد تسوء العلاقة بينهما وتثور الخلافات وتشتد ما لم يجد الزوجان بعد ذلك من حل لمشاكلهم إلا الطلاق، لذا فقد أباح الله لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي هو أبغض الحلال عند الله، و للتعرف على مفهوم الطلاق قسمنا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول: تعريف الطلاق و بيان حكمه.

سنوضح من خلال هذا المطلب التعريف اللغوي والاصطلاحي للطلاق و كذا نتعرض لبيان حكمه وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق اللغوي و الاصطلاحي

أولاً: تعريف الطلاق لغة

جاء في لسان العرب طلقت البلاد : فارقتها ، طلقت القوم : تركهم ، و الطالق من الإبل : التي طلقت في المرعى و قيل : هي التي لا قيد عليها. و طلاق النساء لها معنيين : أحدهما حل عقدة النكاح ، و الآخر بمعنى التخلية و الإرسال. ويقال للإنسان إذا أُعْتِقَ : طليق أي صار حراً. و بغير طلق : بغير قيد . و الطلقاء : الإسرء العتقاء¹.

- هو حل القيد و الإطلاق منه ، و منه ناقة طالق أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق أي حل قيده و خلى سبيله، فالطلاق لغة هو التخلي و الإرسال. لكن العرف خصص الطلاق بحل القيد المعنوي و هو في المرأة والإطلاق في القيد الحسي في غير المرأة².

¹ - محمد بن مكرم بن منظور لسان العرب. الطبعة الأولى، بيروت، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، 2005 . ص 244 -

245 .

² - المكان نفسه.

ثانياً: تعريف الطلاق في الاصطلاح

1- تعريف الطلاق في اصطلاح الفقه الإسلامي

- الطلاق في اصطلاح الفقهاء: عرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات متقاربة منها:

1- تعريف المالكية: " صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته " ¹.

2- تعريف الحنفية: " رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص " ².

3- تعريف الشافعية: " حل عقدة النكاح بلفظ. الطلاق ونحوه " ³.

4- تعريف الحنابلة: " حل قيد النكاح " ⁴.

الترجيح بين التعريفات :

نلاحظ من التعريفات السابقة أنها متفقة على أن الطلاق " رفع قيد النكاح و حله " إلا أن البعض يرجح تعريف الحنفية والقائل بأن الطلاق هو "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص" باعتباره أدق هذه التعريفات ⁵.

تحليل التعريف:

رفع قيد: " يشمل القيد الحسي و المعنوي " .

¹ - محمد عبد الرحمن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات الطبعة الأولى ، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995، ج1، ص 268 .

² - محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر، المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى ، بيروت، دار الكتب العلمية 1994، ج1، ص 424 .

³ - محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج . الطبعة الأولى ، بيروت، 1997 . ج3، ص 368 .

⁴ - علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الأولى ، بيروت: دار الكتب العلمية 1998) ج8، ص 429 .

⁵ - جميل فخري جانم متعة الطلاق و علاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي الطبعة الاولى، عمان: دار الحامد، 2009 ص 19.

قيد النكاح: قيد خرج به القيد الحسي والقيد المعنوي بغير النكاح كرفع قيد الملك بالعتاق".

حالاً: قيد يقصد به الطلاق البائن، لأنه يرفع قيد النكاح في الحال".

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

بلفظ مخصوص: "قيد أخرج به رفع قيد النكاح بالفسخ، لأنه لا يحتاج إلى لفظ مخصوص، و اللفظ المخصوص الذي يقع به الطلاق يكون صريحاً كلفظ الطلاق، أو كتابة كلفظ الإطلاق و الحرام".¹

2- تعريف الطلاق في الاصطلاح القانوني :

لقد عرف المشرع الجزائري موضوع الطلاق ضمن قانون الأسرة رقم 84 - 11 و القانون المعدل و المتمم 09/05 في المادة 48: (يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون).²

و استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بواسطة الحكم القضائي.³

-المقارنة بين التعريف الإصطلاحي في الطلاق وبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وعلاقته بالتعريف الغوي :

إن قانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق لم يخرج من دائرة الفقه الإسلامي، فقد عرفه بأنه: "حل عقد الزواج" فقد وضح أن الطلاق وسيلة يحل بها عقد الزواج، و هذا التعريف قريب

¹ - جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 19

² - الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن من ق.أ.ج. الجريدة الرسمية العدد 15، ص 21.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ج 1، ص 229، 230.

لتعريف الحنابلة الذين عرفوا الطلاق بأنه حل عقد النكاح .¹

الفرع الثاني : الحكم الشرعي للطلاق .

أولاً : موقف الفقه من أصل الحكم في الطلاق

لقد اختلف الفقهاء في أصل حكم الطلاق إلى مذهبين :

المذهب الأول: قالو بأن الأصل في الطلاق الحظر .

وقد ذهب إلى هذا الرأي جمهور الفقهاء (من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) إلى

القول بان الأصل في الطلاق الحظر و قالوا أنه لا يباح إلا لضرورة و حاجة ملحة.²

وقد استدلو على ذلك بقوله تعالى: {فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا} سورة النساء الآية 34.

المذهب الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في الطلاق الإباحة.

ذهب بعض الفقهاء (كالسرخسي والكاساتي من الحنفية والقرطبي من المالكية) إلى القول

بأن الأصل في الطلاق الإباحة لا الحظر، وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره ، من

الفساد و الوقوع في الحرام .³

وقد استدلو على ذلك لقوله تعالى { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقَرُّضُوا

لَهُنَّ فَرِيضَةً } سورة البقرة الآية 236.

ثانياً: حكم الطلاق

من المعلوم أن كل تصرف يصدر من الشخص له حكمه الشرعي، و بما أن الطلاق

تصرف قولي يصدر ممن يملكه، كان لا بد أن يكون له حكمه الشرعي، وذلك لأن الحكم

¹ - باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، عين مليلة، دار الهدى 2012، ص 11-12.

² - جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 38.

³ - المرجع نفسه، ص 41.

الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التغيير أو الوضع¹ ويتضح الحكم الشرعي للطلاق من خلال ما يلي :

1- يكون حراماً : كالطلاق في الحيض، أو الطلاق الثلاث في طهر واحد.²

2- يكون مكروهاً : إذا طلقها بغير حاجة و قيل يحرم في هذه الحالة لما يلحقه من ضرر في نفسه و زوجته.³

3- يكون واجباً : كما لو كان عاجزاً عن القيام بحقوق الزوجية من نفقة أو طيء و تضررت هي من ذلك و لم ترضى بالبقاء معه.⁴

4- يكون مباحاً : عند الحاجة إليه لسوء خلق الزوجة و سوء عشرتها كطلاق من لا يهواها ولا تسمح نفسه بمئونتها من غير استمتاع بها.⁵

5- يكون مندوباً: كطلاق الزوجة التي يكون حالها غير مستقيم كسيئة الخلق أو كانت غير عفيفة.⁶

¹ - إسماعيل أبو بكر البامري، أحكام الأسرة، الطبعة الأولى، عمان. دار الحامد. 2008. ص 230.

² - أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، الطبعة الأولى، عمان : دار المسيرة 2009، ص 25.

³ - أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - محمد المدني الهاشمي، الطريق السالك في فقه الإمام مالك، الطبعة الأولى، بيروت، دار مكتبة المعارف، 2011، ص 288.

⁵ - أحمد محمد المومني، المرجع السابق، ص 25.

⁶ - جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 37.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة من تشريعه.

الأصل في مشروعية الطلاق القرآن الكريم، والسنة النبوية، ذلك لأنه يحقق غايات وحكم نذكر من أهمها في الفرعين التاليين :

الفرع الأول: مشروعية الطلاق

أولاً: مشروعية الطلاق في الفقه الإسلامي.

لقد ثبتت مشروعية الطلاق في القرآن و السنة من خلال الأدلة التالية:

أولاً: من القرآن الكريم :

قال الله تعالى: { الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ } [سورة البقرة الآية 229].

- وجه الدلالة : هو دلالة على عدد الطلاق الذي يكون للرجل فيه الرجعة على زوجته ، والعدد الذي تبين به زوجته منه .¹

2- قال الله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ... } [سورة الطلاق الآية 01].

-يعني تعالى ذكره يقول :إذا طلقتم نساءكم فطلقوهن لظهرهن الذي يحصينه من عدتهن، طاهرا من غير جماع، ولا تطلقهن بحيضهن الذي يعتدن به من قرئهن .²

3- قال الله تعالى: { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً..... } [سورة البقرة الآية 236] .

¹ - محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، تفسير الطبري المسمى بجامع البيان في تأويل آلي القرآن ، ج 4 ، ص 539.

² - المرجع نفسه ، ج 23 ، ص 429.

-قال أبو جعفر القرطبي :يعني تعالى ذكره بقوله : "لا جناح عليكم" لا حرج عليكم إن طلقتم النساء .

يقول : لا حرج عيكم في طلاقكم نسائكم و أزواجكم، "مالم تموسهن" يعني ذلك :مالم تجامعوهن، و"المماسة" في هذا الموضع ،كناية عن إسم الجماع.¹

من السنة النبوية :

حديث عبد الله بن عمر، أنه طلق امرأته، وهي حائضا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي امر الله أن تطلق بها النساء" ² .

3- من الإجماع:

أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله "صلى الله عليه وسلم" أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته و لم ينكر أحد هذا فكان إجماعاً.³

ثانيا : مشروعية الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري للطلاق بصورة عامة وبيان مشروعيته في ق . أ . ج كصورة من صورة فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال استقراء نص المادة 48 من ق .أ.ج الأمر 02/05

¹ - محمد بن جرير بن يزيد الطبري المرجع السابق ، ج 5، ص 118.

² - مالك ابن أنس الأصبحي (179 هـ) ، موطأ الإمام مالك، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت : دار الإحياء التراث العربي، 1985 ، باب ما جاء في الإقراء وعدة الطلاق رقم الحديث (53) ، ج 2 ، ص 76 .

³ - أحمد محمد المومن، المرجع السابق ، ص 24.

"يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون"¹.

ومنه نلاحظ أن المشرع اكتفى ببيان انحلال الرابطة الزوجية ولم يتطرق إلى مشروعيتها في ق.أ.ج وبهذا فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق كما توسع علماء الفقه، ذلك أن المادة 48 من قانون الأسرة أجملت ما كان مفصلاً.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق

الزواج عقد أبدي غايته إنشاء أسرة مستقرة تنعم بالطمأنينة، وذلك لينشأ منها جيل يحمل مهمة إقامة شرع الله في الأرض، ولهذا لم يجز الشرع الزواج المؤقت، لأن النسل لا بد له أن يتربى تربية سليمة من أسرة تظله فينعم في ظلها بالسكينة والطمأنينة وتمده بالمودة والرحمة، وتنمي به روح التكافل والتعاون، وهو من أسباب مشروعية الزواج، ولكن قد يعرض لهذا الزوج ما يعكر صفوه، فيعدل به عن غايته، والعوارض كثيرة يشهد بها الواقع الماثل للعيان، ومع هذه العوارض تصبح الحياة صعبة لا تطاق، فلا بد والحالة هذه من معالجة الحقيقة الواقعة التي يصطلي بناها كل من الزوج والزوجة، ويجني ثمارها المرة الأبناء، فيتأثرون بهذا ومن أجل هذا حرص الإسلام على سلامة الأسرة فوضع القواعد والأسس والحقوق لكل من طرفي تكوين هذه الأسرة، فإذا تحولت العوارض البشرية بين هذه الأسرة وبين تحقيق غايتها، بعد أن تعذرت كل وسائل الإصلاح كان لابد من تطويق عنق الشر حتى لا يمتد خطره إلى الأبناء ثم إلى المجتمع، ولا بد من محاصرته في نفس كل من الزوجين حتى لا يكونا فريسة له، فيرتمي كل منهما في أحضان الرذيلة و دور الدعارة.

¹ - الأمر رقم 02/ 05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يعدل ويتم القانون 84 - 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005 .

لهذا كله وضع الإسلام العلاج الحاسم لمثل هذه المشكلة، فشرع الطلاق، يلجأ إليه حين تدعو الحاجة، و قد أخذت معظم التشريعات الوضعية ومنها ق.أ.ج، و رأت أنه ضرورة لا بد منها.¹

المبحث الثاني: مفهوم ومعايير التعسف في استعمال حق الطلاق .

يعد الطلاق حق مشروع بيد الزوج يستعمله وقت ما يشاء لإنهاء علاقة زوجية باءت بالفشل، لكن أحيانا قد يسئ الزوج في استعمال هذا الحق المعطى له مما يؤدي إلى مسألة تضرر الزوجة جراء هذا التعسف، ويسمى هذا الفعل بالطلاق التعسفي، إذ هو موضوع هذا المبحث ويتم دراسته وفقا للمطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق .

¹ - أحمد محمد المومن، المرجع السابق ، ص 25-26.

المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي:

يتم في هذا المطلب بيان معنى التعسف وعلاقته بالطلاق وبيان حكم الطلاق التعسفي وسنبين ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف التعسف

أولاً: تعريف التعسف لغة:

العُسْف بفتح العين وسكون السين في اللغة، السير بغير هداية ويقال اعتسف الطريق إعتسافاً إذا قطعه دون صوب توخاه، و العسف ركوب الأمر بلا تدبر و التعسف ظلم، يقال عسف السلطان¹ وعسف فلان : أخذه بالقوة و العنف وظلمه، و عسف السلطان: أي ظلم، وتعسف فلان فلاناً :إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، و رجل عسوف: إذا كان ظلوماً.²

ثانياً: تعريف التعسف اصطلاحاً

1-تعريف التعسف في اصطلاح الفقه الإسلامي :

لم يتعرض علماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف، باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما لم يعرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسماء مختلفة، إلا أن بعض العلماء

1- ابن منظور، المرجع السابق، ج5، ص 245 .

2 - الفيروز آبادي. القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. الطبعة الرابعة، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994، ص181، 182.

المعاصرين عرفوا التعسف بقولهم: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل".¹

2- تعريف التعسف في الاصطلاح القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري التعسف حصرياً، إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور² في المادة 124 مكرر من القانون المدني: "يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة، بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".³

الفرع الثاني: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه.

أولاً: تعريف الطلاق التعسفي.

فقهاء القانون على وجه العموم سموا طلاق التعسف بهذه التسمية لأن الزوج يوقع الطلاق لغير سبب معقول مما رتب عليه القانون تعويضاً مالياً ، فالزوج عند استعماله لحق إيقاع الطلاق، ينبغي عليه أن يبرر ذلك بتبريرات شرعية، وإثباته قانوناً، ذلك أن لجوئه إلى الطلاق دون أن يقدم عذراً شرعياً يجعله متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق لأنه يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي تستحق التعويض في هذه الحالة.⁴

¹ - فتحي الدين، نظرية التعسف في استعمال الحق، الطبعة الثانية، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1977، ص 87.

² - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 94.

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

⁴ - عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء دون طبعة، دار ثالثة، الابيار، الجزائر، 2010، ص 59.

ثانيا :حكم الطلاق التعسفي .

أجمع الفقهاء على وقوع الطلاق من الزوج إذا كان قاصدا للطلاق لفظاً وحكماً لأي سبب كان، و الذي يأخذ من نصوص الشريعة الإسلامية أن من طلق زوجته من غير حاجة أو من دون سبب فطلاقه واقع، و هو آثم شرعاً¹ ، ولا يمكن تغيير هذا الحكم، و لا يؤثر فيه حكم حاكم و لا قضاء قاضٍ، لأنه تصرف قولي صادر من أهله في محله فيترتب عليه حكمه الشرعي كالنذر و اليمين.²

المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق وصوره.

يتم في هذا المطلب توضيح معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق و بيان صورها في الطلاق التعسفي كتطبيق عملي لفعل التعسف في استعمال الحق .

الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

بالنسبة لمعايير التعسف في الطلاق يتم توضيحها ببيان ما جاء به الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري فيما يلي :

أولاً: معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق في الفقه الإسلامي.

-المعايير الذاتية والشخصية:

1- معيار قصد الإضرار:

وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا حرمانها من الميراث، أو طلقها دون أن توجد منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق، كل ذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار

¹ - زياد صبحي علي ذياب ،متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي،دار الينابيع،1992.ص 109.

² - جميل فخري جانم ، المرجع السابق ، ص 203- 204.

بالزوجة و الضرر ممنوع في حق الزوجة.¹ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار"².

2- معيار المصلحة المشروعة:

إن الله عز وجل شرع الطلاق، وجعله بيد الرجل ليكون حلاً نهائياً لحياة زوجية أصبحت مستحيلة، ويجعل من بقائها مفسدة كبرى و ضرراً عظيماً، لذا شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، و لم يشرع إلا لهذا القصد، و في إيقاع الطلاق لغيرها هذا القصد يكون مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الطلاق، كما أن في إيقاعه دون سبب يعد سعيّاً في نقض مصلحة حفظ النسل و العرض.³

(ب) المعايير الموضوعية أو المادية: تتضمن هذه المعايير معيارين فرعيين هما:

1- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءً على أسباب يعتبرها مبررات و دوافع للطلاق، و ذلك لدفع الضرر عن نفسه، و بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح، و ما ينتج عنه من مفسد و أضرار تلحق كلاً من الزوجة و الأبناء و المجتمع، نجد أن المفسد و الأضرار الناتجة عن الطلاق، أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، و يكون الطلاق جلباً لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه.⁴

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

² - محمد بن يزيد بن ماجة، (ت 273 هـ)، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عيد الباقي، بيروت: دار إحياء الكتب العربية، د.ت باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2340، ج2. ص784.

³ - جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 202.

⁴ - المكان نفسه ، ص 202 .

2- معيار الضرر الفاحش

إن إيقاع الزوج طلاق زوجته قد يضر بها ضرراً فاحشاً خاصة إذ أمضت فترة طويلة من عيشهما معاً، و اعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر و حدث الطلاق، وهي في هذه الحالة التي يكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها، و من يخفف عنها مشاق الحياة، فإن الزوج بذلك يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً.¹

ثانياً: معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق في القانون الجزائري .

أشار القانون المدني الجزائري في المادة 124 مكرر منه إلى المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ، و هذه الحالات الثلاث هي حالات عامة مصاغة بشكل يجعلها تتسع لكل الحقوق، بما أننا أمام حالة فك الرابطة الزوجية فيمكنني تكيف هذه المعايير على النحو الآتي:²

1- المعيار الذاتي

المشرع اتفق مع الفقه فأشار في الحالة الأولى إلى قصد الإضرار بالمطلقة و هو معيار ذاتي ينظر إلى المبادئ و المقصود أي قصد الإضرار بالغير هو الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله، و هو في الغالب يكون حقاً لأنه أمر نفسي يتعذر التدليل عليه، و يمكن للقاضي استخلاصه من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق، و قد تدل عليه قرائن ، أشار لها المشروع في الحالة الثانية و الثالثة، كقرينة تدل على الباعث غير الصحيح.³

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

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

³ - طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، 2012، ص 19.

2- المعيار الموضوعي

اكفى المشرع بالتنصيص على المعيار الذاتي و لم يذكر المعيار المادي لوضوحه بسبب العلاقة السببية بين قصد الإضرار و وقوع الضرر، لزوما و اطراداً ، فلا يتخلف المسبب بتقديم سببه¹ ، إلا أنه نص على هذا المعيار في المادة 124 من القانون المدني الجزائري²: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض" فنصت المادة على محورية وقوع الضرر في التعويض عن أي فعل مطلقاً سواء كان يحق كما هو في التعسف أو كان بغير حق كما هو في الخطأ.³

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي.

أولاً: الطلاق دون سبب مشروع

1- مفهوم الطلاق دون سبب مشروع

لم يضع الفقهاء تعريفا اصطلاحيا للطلاق من غير سبب، إلا أنه يمكن تعريفه بأنه مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل، بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع، و دون حاجة داعية إليه.⁴

فالطلاق و إن كان حقا للزوج يوقعه و يستعمله بإرادته المنفردة إلا أن استعماله ليس مطلقاً، وإنما هو حق مقيد له إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول، يكون قد أساء استعمال حقه و يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه سواء كان هذا الضرر

¹ - طاري سعيد ، مرجع السابق ، ص 21.

² - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 89 - 01 المؤرخ في 7 فبراير 1989 ، و المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 44 ، الصادرة بتاريخ : 26-05-2005 .

³ - طاري سعيد ، المرجع السابق ، ص 21

⁴ - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائرية المعدل بالأمر 02-05. الطبعة الأولى، الجزائر: دار الوعي. 2012. ص 103 .

مادياً أو معنوياً ، مادياً كما لو كانت المطلقة تمارس عملاً كمدرسة مثلاً تكتسب منه قبل زواجها و تركته بسبب الزواج، أم أدبياً، كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها.¹

2- حكم التعسف في استعمال الطلاق بدون مبرر شرعي

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق و يرجع ذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت، و لعدم وقوعه في عصرهم، و إيقاع الطلاق دون مسوغ مشروع مثل إيقاعه بقصد الانتقام مثلاً فوجه التعسف في هذه الحالة هو قصد الإضرار، أو إيقاعه لسبب تافه كأن يطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له و وجه التعسف هنا تفاهة مصلحة المطلق مقارنة بالضرر الفاحش عن الطلاق²، و لقد اختلف الفقهاء المتقدمين في مسألة أصل الطلاق على قولين³.

ثانياً: طلاق المريض مرض الموت .

1- مفهوم طلاق المريض مرض الموت:

خلاصة تعريفات الفقهاء لمرض مرض الموت، أنه لا بد من تحقيق أمرين لاعتباره مرض موت ينظر في تصرفات صاحبه : أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت

¹ - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، بحث مقارن، الطبعة الأولى، مصر: دار المعارف، 1967. ص 78.

² - أيمن الدباغ التعسف في الطلاق: حقيقة، حالاته، الجزاء المترتب عليه. العدد الأول، مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 2014/18. ص 74 .

³ - ينظر :ص 10 من البحث.

في أكثر الأحيان كأمراض القلب و السرطان مثلاً، وأن يعقب المرض الموت فعله، ولا بد من تحقق العجز و غلبة الهلاك و اتصال الموت به¹.

و قد عرفه أبو زهرة: أنه المرض الذي يخشى فيه من الموت و يحدث منه الموت غالباً أو يتصل الموت به، و قد اختلف في إمارته، فقليل أن أمارته أن يلازم المريض الفراش و قيل إن أمارته ألا يخرج من الدار إن كان رجلاً، وألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة وهكذا يختلفون في علامته و لكن المعنى الأصلي لا اختلاف فيه، و على القاضي أن يقدر مقدار انطباقه على حال المريض الذي تعرض تصرفاته عليه.²

2- حكم تصرفات المريض مرض الموت

الأصل في تصرفات المريض أنها نافذة كالصحيح ما دام واعياً مدركاً لما يدور حوله و يقدر الآثار و ترتيب النتائج على تصرفاته، و حتى إذا صدرت منه تصرفات مجحفة بالغير مضرة بهم عن قصد أو بدون قصد، كتبرعه بماله كله أو تطليقه لزوجته، أو غير ذلك من التصرفات التي ما كان ليقوم بها في غير مرضه، فإن تصرفه موقوف.³

و يقول الزحيلي: "مرض الموت لا يناف أهلية وجوب الأحكام الشرعية في حقه، سواء حقوق العباد أو أهلية العباد لأنها لا تأثير له على الخدمة و العقل و النطق و لا يناف أيضاً أهلية الأداء، لأنه لا يخل بالعقل، فتجب للمصاب به حقوق غيره، كما تجب على الصحيح و تظل عباراته و أقواله معتبرة كالبيع و الهبة و الزواج و الطلاق و سائر التصرفات."⁴

¹ - عبير ربحي شاكر القدومي التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية عمان دار الفكر 1428 هـ ، 2007م ، ص 227 ، 228 .

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية ، القاهرة، دار الفكر العربي 1950، ص 319 .

³ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وقف مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية ، الكويت: دار القلم 1410 هـ - 1910م . ص 147 .

⁴ - وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته - الأحوال الشخصية - أحكام الأسرة ، الطبعة الرابعة، دمشق دار الفكر، 1997 ج:4 ص 134 .

ثالثاً: الطلاق الثلاث بلفظ واحد

1- مفهوم الطلاق الثلاث بلفظ واحد

لما شرع الإسلام الطلاق قرر أنه من الحلول التي يكره اقترابها بداية وأن على الزوجين البحث عن بدائل أخرى أفضل حال نشوب أي نزاع بينهما، حتى إذا استنفذ الزوجان كافة طرق الإصلاح الشرعية، كان الطلاق هو الحل الوحيد حتى لا يقصر أحدهما في واجباته تجاه الآخر، و حتى لا تتحول الحياة إلى جحيم، شرع الإسلام الطلاق و كان تشريعاً رانياً ظاهر الحكمة عندما، شرع ثلاثاً حيث يفصل بين كل مرحلة و أخرى فترة اختبار و استبراء، حتى إذا مضت فترة العدة الأولى، و أوقع الثانية - ثم فترة العدة - و هي تختلف من فئة إلى أخرى، ثم الطلقة الثالثة و بعدها تحرم عليه و لا تحل إلا بزواجها من آخر، فحق الطلاق الذي منحه الشريعة للزوج محصور في عدد معين من الطلقات، و ليس مطلقاً فهو مقيد بكونه ثلاث تطليقات، و الأصل في الطلاق عند وقوعه أن يكون مفزاً، فيكون طلقة واحدة بعد الأخرى فيجب على الرجل أن يتروى و يتأنى عند استعمال كل طلقة منها، بحيث لا يقدم عليها إلا إذا كان الدافع إليها قوياً يتناسب مع الآثار المترتبة عليها.¹

فإذا استنفذ المرات الثلاث بانء منه زوجته البءة، و تظهر صور التعسف في هذه الحالة بإيقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة بألفاظ متتالية في مجلس واحد فالطلاق الثلاث له صورتان:

الصورة الأولى: أن يصدر الطلاق مقتزناً بلفظ الثلاث: كقول الزوج أنت طالق بالثلاث.

الصورة الثانية: أن يطلق المرأة بثلاث طلقات متتالية في محل واحد: كقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قوله أنت طالق طالق طالق .²

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

² - المكان نفسه .

2- حكم إيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد

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

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة إلى أن طلاق الثلاث بلفظ واحد يقع ثلاثاً و حرمت عليه امرأته و لا تحل لزوجها المطلق إلا إذا تزوجت زوجاً آخر و لا فرق بين قبل الدخول و بعده.¹

و استدل أصحاب هذا الرأي من القرآن الكريم منها :

قال الله تعالى: "الطلاق مرتان فأمسك بمعروف أو تسريح بإحسان" سورة البقرة الآية 229 .

و قال الله تعالى : " و من يتق الله يجعل له مخرجاً" سورة الطلاق الآية 02 .

ووجه الدلالة هنا أن أي من طلق كما أمره الله يكن له مخرجاً في الرجعة في العدة ،وأن يكون كأحد الخطاب بعد العدة وعن عباس أيضاً ينجيه من كل كرب في الدنيا والآخرة.²

القول الثاني: ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يقع طلاقاً واحدة رجعية، ولا تأثير للفظ في ذلك.³

و احتج أصحاب هذا الرأي بما يأتي من القرآن الكريم.

قال الله تعالى: { لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا } سورة الطلاق الآية رقم 01

ووجه الدلالة أن كل طلاق شرعه الله في كتابه العزيز في المدخول بها إنما هو طلاقاً واحدة و لم يشرع لأحد أن يطلق الثلاث جميعاً و لا أن يطلق المدخول بها بائناً، فلا يقع إلا ما شرع الله

¹ - حسن أيوب ، فقه الأسرة المسلمة، الطبعة الثانية، القاهرة: دار السلام 1422هـ - 2002م. ص 163.

² - القرطبي ، تفسير القرطبي المسمى "بالجامع لأحكام القرآن" ج 18. ص 148.

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

و هو الواحدة، و من أوقع على غيره ذلك ألزم بها.¹

رابعاً: إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية

أي إن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض و تشبثت بالعودة إلى الحياة الزوجية و تمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق فإنه يعد متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج إيقاع الطلاق مع إلزامه بالتعويضات عن الضرر الذي ألحق بالمرأة.²

و خلاصة القول أن الطلاق في الحيض أو في النفاس، الطلاق في طهر مسها فيه، الطلاق الثلاث بلفظ واحد، إذا طلقها من غير حاجة عنه إلى الطلاق، طلاق المرتد، و إن كان فيه تعسفا من طرف الزوج في حق زوجته لأنه يؤدي إلى ضرر ما خاصة تطويل فترة العدة إلا أنه واقع، و لا تنافي بين بدعيته و وقوعه لما له من نظائر كثيرة في الشرع.³

أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري لم يتناول تقسيمات الطلاق، و لم يتعرض لهذه المسائل و عليها يحيلنا قانون الأسرة إلى عمل بالمادة 222 منه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" و كان الأولى به أن يبين ذلك في مادة واحدة على الأقل خاصة في المسائل المتعلقة بحرمة الأزواج.⁴

¹ - عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 215 .

² - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 103 - 104 .

³ - مسعود بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و ق .أ.ج ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال شخصية 2015/2016 . ص 70 .

⁴ - المرجع نفسه، ص 71.