

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق و العلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: ماستر أحوال شخصية



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

رقم: 1335071845

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبة: نقاز إيمان

تحت عنوان

الطلاق التعسفي والتعويض عنه في

القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

رئيسا

جامعة محمد بوضياف

أ. هلتالي أحمد

مشرفا و مقررا

جامعة محمد بوضياف

أ. شرفة سامية

مناقشا

جامعة محمد بوضياف

أ. بلموهوب محمد الطاهر

السنة الجامعية: 2018/2017

أهداء

أهدي هذا العمل الموضع إلى ...

إلى من تكبدت المشقة والعناء في تعليمي وأرادتني أن أبلغ المعالي في العلم
إلى من كانت مثلي الأعلى في الصبر وطاعة الله ، إلى أعز ما أملك في
الوجود بعد الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم أُمِّي الحبيبة أطال الله في
عمرها وثبت قلبها على الإيمان.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار أرجو من الله أن يمد في عمرك لترك ثمارا
قد حان قطافها بعد طول انتظار " أبي العزيز " .

إلى زوجي الذي أعانني في بحثي هذا من بدايته إلى نهايته ، أمدّه الله
بالصحة والعافية وطول العمر .

وإلى إخوتي وأسرّتي جميعا كبيرا وصغيرا وأخص بالذكر جدتي وجدي إلى
جميع الأهل و الأقارب .

إلى كل زملائي في الدراسة .

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

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و الحمد لله الذي
بفضله تمت هذه الكلمات و بقلم تقدير و احترام
نزف خالص الشكر وعرفان بالفضل الكبير إلى أستاذتي
الفاضلة شرفة سامية التي أشرفت على هذا العمل
كما أتوجه بالشكر للجنة المناقشة لقبولها مناقشة عملي
المتواضع وأشكر كل من تعاون معي و ساهم في إخراج هذا
العمل إلى حيز الوجود ، وكافة الأساتذة في جامعة محمد
بوضياف عامة و خاصة في كلية الحقوق والعلوم
السياسية.

الله ولي التوفيق

إن من اهتمام الشريعة الإسلامية بالأسرة أن جعل عقد الزواج عقداً أبدياً غايته إيجاد أسرة قائمة على المحبة والمودة والرحمة والسكينة والطمأنينة ، لقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " سورة الروم

إذ قد يتعرض هذا الزواج ما يعكر صفوه ويقلبه إلى جحيم لا يطاق لهذا راعى الإسلام كل ظروف الحياة التي قد تعترض حياة الزوجين فقدم هذه الحالات العلاجات المناسبة ، فشرع الله تعالى الطلاق كحل أخير عند تنافر الطباع واستحالة تألفهما .

فالقانون الجزائري بدوره لم يسلب الزوج حق الطلاق وإنما قيده بمبدأ عدم التعسف في استعماله ، فمن أساء حقه في الطلاق وجب عليه التعويض للمطلقة لما أصابها من ضرر من جراء طلاقها لأن كل حق في الإسلام مقيد بعدم الإضرار بالغير عندما يعتبر الزواج متعسفا في إيقاع الطلاق فإنه يتحمل أثارا مترتبة على هذا التعسف ، ومن آثاره التعويض المالي للزوجة عن الضرر الذي أصابها بسبب الطلاق .

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في مدى اعتبار الطلاق من أخطر مواضيع العلاقة الأسرية ، مما ينجم عنه من تفكيك للرابطة الزوجية والتي يصل أثرها إلى الأبناء والأقارب والمجتمع .

كثرة ملفات الطلاق في المحاكم ينذر بالخطر ، مما يدفع إلى المزيد من الاهتمام بهذه الموضوعات وتقديم معالجات لمختلف الجزئيات .

إشكالية الموضوع :

- كيف عالج المشرع الجزائري موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي؟
- ويتفرغ عن الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات فرعية :
- ماهي معايير الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ؟
- وعلى أي أساس يتم تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ؟

أهداف دراسة الموضوع :

- يظهر الهدف من هذا الموضوع هو محاولة إرساء العدالة لإيقاع المسؤولية من الطرف الضار .
- مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بالجانب الإسلامي والاجتماعي في أحكامها باعتبار أن مصطلح الطلاق التعسفي مرتبط ارتباطا وثيقا بمسألة الضرر وعليه لا بد من معرفة طبيعة الضرر الذي يصيب الزوجة .
- التعرف على الأسس التي تراعي في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي كونه مرتبط بفكرة التعويض .
- إلحاق الحق بالتعويض للزوجة المتضررة بجر الضرر عنها .

أسباب اختيار الموضوع :

تكمن أسباب البحث في التعويض عن الطلاق التعسفي في أسباب ذاتية وأسباب موضوعية:

الأسباب الذاتية :

- اهتمام الباحث بقضايا شؤون الأسرة .
- رغبة الباحث في التعرف على ماهية الطلاق التعسفي وكيفية التعويض عنه.

الأسباب الموضوعية :

- ارتباط مشكلة الطلاق بالأسرة وتجر عن هـ من نتائج سلبية تهدد سلامة واستقرار المجتمع وتشتت الأسرة.

- استفحال ظاهرة الطلاق في المجتمع واستهداف لبحث أسبابه وعلاجها .

الدراسات السابقة :

إن موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي قد سبق بحثه من طرف باحثين آخرين ولا ادعي السبق في ذلك ومن بين تلك الدراسات أذكر :

رسالة الدكتوراه في القانون الخاص لمسعودة نعيمة الياس بعنوان التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ، دراسة مقارنة لسنة 2009-2010، جامعة أبي بكر القايد بتلمسان ، وخصصت في هذه المذكرة التكلم عن الضرر والتعويض عنه في مسائل الزواج والطلاق بصفة عامة مقارنة بالتشريع الإسلامي والتشريع الوضعي .

مذكرة ماجستير لذيبح هشام بعنوان المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري ، لسنة 2014-2015، جامعة الوادي ،حيث شملت هذه الرسالة لفك الرابطة الزوجية بصفة عامة أي التكلم عن أنواع الطلاق بما فيها الطلاق التعسفي بعنوان فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوج .

مذكرة ماستر لثابت حنان بعنوان المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي قانونا وفقها لسنة 2016 ، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية ، حيث ركزت في دراستها من الناحية القانونية مقارنة بالفقه الإسلامي .

- مذكرة ماستر للبوبكر الدين إيمان وبلعزلة خديجة بعنوان التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري لسنة 20152-2016 ، جامعة 8 ماي 1945 ، واقتصرت دراسته على التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري فقط .

والجديد الذي قمت به من خلال البحث توضيح مدى أهمية التعويض عن الطلاق التعسفي ودوره في حماية المرأة من الطلاق التعسفي وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

الصعوبات :

على الرغم من الأهمية التي يكتسبها موضوع الطلاق التعسفي إلا أنني لم أجد في ما اطلعت عليه من مراجع جزائرية شاملة لهذا الموضوع بجميع جوانبه في ما عدا كتاب التعويض عن الضرر في قانون الأسرة للكاتب بن زيطة عبد الهادي وكذا للكاتب جمال فخري محمد جانم.

المنهج المتبع :

وللإجابة عن التساؤلات وللوصول إلى نتائج مقبولة ينبغي إتباع منهج من ش أنه تحقيق هذا الغرض وعلى ذلك اخترت كل من المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن للخروج بدراسة شاملة للموضوع، وعليه للإجابة على الإشكالية المطروحة ومحاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع قسمت موضوع البحث تقسيماً ثنائياً وفق فصلين نستعرض خطواتها العريضة كالآتي:

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي.

- المبحث الأول : مفهوم الطلاق.
- المطلب الأول : تعريف الطلاق وبيان حكمه.
- المطلب الثاني : مشروعية الطلاق والحكمة منه.
- المبحث الثاني : مفهوم الطلاق التعسفي.
- المطلب الأول : تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه.
- المطلب الثاني : معايير التعسف في استعمال الحق وصورها في الطلاق التعسفي.
- الفصل الثاني : تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.
- المبحث الأول : مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة.
- المطلب الأول : التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي.
- المطلب الثاني : متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.
- المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.
- المطلب الأول : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي.
- المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا عن قاضي الموضوع في تقديره للضرر والتعويض عن الطلاق التعسفي.
- خاتمة.

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 استدلوا على ذلك بقوله تعالى: {فَإِنْ أَطَعْتُمْ 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 استدلوا 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 قلبي 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 يحصيانه 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: "مُرهُ 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، و إثباته قانوناً، ذلك أن لجوئه إلى الطلاق دون أن يقدم عذرا شرعيا يجعله متعسفا في استعمال حقه في الطلاق لأنه يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، و بالتالي 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 ثالة ،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 بانته منه زوجته البته، 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 مقترباً 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. ص163.

² - القرطبي ، تفسير القرطبي المسمى "بالجامع لأحكام القرآن" ج18. ص148.

³ - محمد علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، عمان: دار الفكر 2010، ص173.

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.

تمهيد :

إن التعويض عن الطلاق التعسفي، هو مسألة قانونية، أي التزام مصدره القانون وفقاً لنظرية إساءة استعمال الحق، و ليس التزاماً عقدياً ناتجاً عن إخلال الزوج بالتزاماته بعد الزواج.

فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقاً لأحكام قانون الأسرة، هو تعويضاً مادياً يتناسب مع حالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق، و هو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة، و التعويض جاء مطلقاً في قانون الأحوال الشخصية، ليشمل نوعي الضرر المادي والمعنوي، الذي يلحق بالزوجة المطلقة، لأن قاعدة المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقيد بنص، و تسري صفة الطلاق بخصوص المطلقة التي تستحق التعويض سواء مطلقة قبل الدخول أم بعده إذا أصيبت الزوجة بضرر من جراء الطلاق التعسفي، وأن حدوث الطلاق قبل الدخول أم بعده، فيمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

والمتمتع في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر، و جبراً لخاطرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بغير مبرر شرعي.

و في حال إن حصل الطلاق التعسفي، تبين أن المطلقة تستحق التعويض، وتستحق نفقة المتمتع، و للبحث عن الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين :

المبحث الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي و علاقته بالتمتع في القانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة .

انطلاقاً من نص المشرع الجزائري في المادة 52 من ق.أ.ج: " إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"¹ فالمشرع قد أوجب القضاء بالتعويض المالي الذي جاء به القانون كوسيلة لجبر الضرر الواقع على المطلقة وذلك في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه لإيقاع الطلاق، و للحديث عن التعويض المالي للمطلقة تعسفياً لابد من معرفة مفهوم التعويض و الأسس التي يقوم عليها و كيفية تقديره وسنبين ذلك من خلال مطلبين اثنين: المطلب الأول: مفهوم التعويض أما المطلب الثاني: فيتعلق متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي
المطلب الثاني: متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

¹ - عُدلت بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،جريدة رسمية 15 ، ص 21 .

المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

من خلال هذا المطلب تتضح مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، الذي يقدمه الزوج للمطلقة نتيجة للضرر اللاحق بها، وهو الأثر المترتب عن التعسف في الحق الذي قام به الزوج، وتتم معالجة ذلك ببيان معنى التعويض و رأي الفقه و القانون فيه، و ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف التعويض و محله في الطلاق

أولاً: تعريف التعويض لغة و اصطلاحاً .

1- التعويض لغة: مأخوذ من العَوَض، أي البدل، و العَوَض اسم مفرد و الجمع أعواض والمصدر هو: العَوَض.¹

2- اصطلاحاً: لم يكن مصطلح التعويض شائعاً، و لم يكن مستخدماً من قبل الفقهاء، بل كان يستخدمون مصطلح الضمان.²

إلا أن التعويض عرفه بعض العلماء المعاصرين و من هذه التعريفات إن التعويض هو " عقوبة مالية، تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع".³

ثانياً: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه القانوني

هو البديل بسبب الضرر الواقع على المرأة بالطلاق، ويقصد بالضرر أي حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة و فقدانها العائل و معاناتها من الوحدة، وألم الفراق و ما شابه ذلك.⁴

¹ - ابن منظور، المرجع السابق ج 2 ، ص 928 .

² - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى ، عمان: دار قنديل، 2010 . ص 96 .

³ - جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 208 .

⁴ - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 99 .

إذ أن المشرع الجزائري لم يعرف التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة و إنما وضح أن القاضي إذا تبين له وجود تعسف من جانب الزوج يحكم بالتعويض للزوجة للضرر و إن لم يوجد فلا تعويضاً، و السلطة التقديرية للقاضي واسعة في ذلك سواء أكان ذلك في تحديد معيار التعسف أم في قيمة التعويض المقدم من الزوج للزوجة خلال مادة 52 من ق.أ.ج، أما بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، فإنها تتحدث عن التعويض في مجال المسؤولية التقصيرية¹ وهو ما نصت عليه المادة 124 من ق.م.ج: "كل عمل أي كان يرتكبه المرء بخطئه و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".²

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.

أولاً: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي .

اختلف الفقهاء في قضية التعويض عن الطلاق التعسفي إلى رأيين هما :

الرأي الأول : القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب أصحاب هذا القول إلى الأخذ بمذهب التعويض عن الطلاق التعسفي أي إذا طلق الزوج زوجته من غير مبرر شرعي معقول، و كان تصرفه محضاً في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق دون سبب مشروع لأن في الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة.³

ومن الفقهاء المعاصرين الذي اقتدوا بهذا المبدأ: أحمد الغندور، وأحمد الكيسي وإسماعيل الخطيب، و عبد الرحمان الصابوني، و وهبة الزحيلي، عبير القدومي، محمد الزحيلي، و توفيق أبو هاشم.⁴

1- باديس ديابي، المرجع السابق ، ص94 .

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

3- عبير ربحي شاكور القدومي، المرجع السابق، ص 192 .

4- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون ، الطبعة الأولى، مصر: دار المعارف 1976. ص 69.

و استدلووا في رأيهم بما يلي:

- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة و للحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق.
- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، و التي أوجبها بعض الفقهاء و استحبتها البعض الآخر، ورغب فيها القرآن، وجعلها بالمعروف.¹
- إن الطلاق و إن كان حق للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعوا الحاجة و بأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك.²
- إن الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة و تقويت لفرص لها قد لا تعود، و القاضي منوط به إنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله أم في طلاقه، فمنطلق زوجته و أصابها ضرر من جراء ذلك، أو لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه، فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض.³

الرأي الثاني : القائلون بعدم الجواز التعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين: أحمد الخليلي بدران أبو العينين، و محمد أبو زهرة زكي الدين شعبان، سامي صالح، و محمد عقلة و سيد سابق، ومحمود السرطاوي، و نور الدين عتر، و استدلووا في رأيهم ما يلي:

- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحالة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل حقه الشرعي، و لم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق، كما أن الطلاق و إن كان الأصل فيه الحظر و المنع، و لا يباح إيقاعه إلا للحاجة لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الإثبات، و قد تكون مما يجب ستره، بحيث لو عرض على القضاء

¹- جميل فخري جاني، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها .

²- المرجع نفسه ، ص 210.

³- المكان نفسه .

يكون ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي، بالإضافة إلى أن القول بإلزام الزوج بالتعويض، يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته و هو كاره لها، و هذا ما يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج ويبعده عن مقصده ، و يجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين ،كما لا يوجد دليل في القرآن و لا في السنة يقر بالتعويض.¹

ثانيا: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري .

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذ تبين للقاضي من خلال القضية أن الزوج حقيقة تعسف في استعمال الحق المشروع له بموجب المادة 52 ق.أ.ج:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"².

فقد أعطت المادة للقاضي السلطة في الحكم على الزوج بالتعويض المالي، إذ تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها فهنا لا بد من حفظ حقوق المرأة، بالكامل كالصداق و المتاع والأموال الخاصة بها، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي.³

كما يتضح من خلال المادة أن التعويض يكون لكل مطلقة رجعية كانت أم بائنة ثلاثا سواء أكان الطلاق قبل الدخول أم بعده ، إلا أن المادة لم تنص في أي الحالات يكون الزوج متعسفا و في أي الحالات تستحق التعويض، هل بعد ما يصبح الطلاق نهائياً، ولا يمكن الرجوع فيه؟ أو أي طلاق بائنا بينونة صغرى أم كبرى مع انتهاء العدة؟ لأنه من غير المعقول أن يراجع الزوج زوجته و مع ذلك يبقى ملزما بمنح التعويضات لها.⁴

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري بأن حق القضاء مخول في الشريعة الإسلامية للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي في تقديرها حالة مطلقا ماليا غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطلب المتعسف التعويض لما لحق بالزوجة المطلقة من أضرار بشبب

¹ - المرجع نفسه، ص 214 .

² - عدلت بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ص 21.

³ - ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2008. ص 187

⁴ - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق ، ص 62 - 63 .

هذا الطلاق، وعليه فمن حكم القضاء بالقضاء مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضاً لها عن ذلك طبقاً للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"¹

المطلب الثاني: متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

يتضح مما سبق و من خلال قانون الأسرة الجزائري أن تحديد التعسف موكل للقاضي فإن رأى تعسفاً حكم للزوجة بالتعويض، و إن لم يرد ذلك لم يحكم لها بذلك، هذا بالنسبة للجانب القانوني، و الذي أخذ به بعض الفقهاء المعاصرين، أما العلاج الذي قدمه الشرع لهذا التعسف، فهو المتعة التي تقدم للزوجة جبراً لخاطرها مما حل بها من حزن و أسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج عليها، فما العلاقة بين التعويض و المتعة ؟ و ما معنى هذه الأخيرة ؟ وما الغرض الذي شرع من أجله كل منهما ؟ و للإجابة على ذلك نتعرض للفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم متعة الطلاق.

أولاً : تعريف متعة الطلاق:

1- المتعة في اللغة: مأخوذة من (متع) هو كل ما جاد و الممتع : البالغ في الجودة و الغاية، قال الأزهري "فأما المتاع في الأصل كل شيء ينتفع به، و يتبلغ به و يتزود به.....".

و عرفت بأنها : " ما وصلت به بعد الطلاق، و قد متعها و المتاع في اللغة: و ما ينتفع به"²

2- تعريف متعة الطلاق في الاصطلاح .

أ) متعة الطلاق في الاصطلاح الفقه الإسلامي :

– عرف المالكية المتعة بأنها: " ما يعطيه الزوج للمطلقة، تخفيفاً للألم الذي حصل لها من

¹ – عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق ، ص 67 .

² – ابن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة مصححة اعتنى بتصحيحها، أمين محمد عبد الوهاب و محمد الصادق العبيدي، ج:13، الطبعة الثالثة ، بيروت : دار إحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي. 1419هـ - 1999م ، ص14-15.

طلاقه إياه، و يعطيه المطلق قدر حاله حسب يسره و عسره.¹

– و عرف الشافعية المتعة بأنها: " مال يجب على الزوج دفعه لامراته. المفارقة في الحياة بطلاق و ما في معناه بشروط."²

(ب) متعة الطلاق في الاصطلاح القانوني :

لم يتحدث قانون الأسرة الجزائري على متعة الطلاق مطلقاً، أما قضاء هناك من الأحكام القضائية من تكلمت عن متعة الطلاق، و من تلك الأحكام: "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها، و ليس للمرأة التي تختار فراق زوجها و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية، لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بالمتعة، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية".³

ثانياً: مشروعية المتعة:

(أ) أدلة مشروعية المتعة .

لقد وردت أدلة مشروعية المتعة من القرآن و السنة و هي كما يلي:

أولاً: من القرآن الكريم: و هو الأصل في مشروعيتها

1- قال الله تعالى: { لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ } [سورة البقرة الآية 236].

فقد أوجب الله تعالى. المتعة للمطلقة قبل الفرض أو الميسيس بقوله سبحانه و تعالى: "و

مَتَّعُوهُنَّ" و الأمر بالوجوب، وبحرف "على" بقوله عز و جل: " على الموسع قَدَرُهُ و على المقتَرِ قدره" حيث أنها من أحرف الإلزام و الإثبات التي تقيد الوجوب.⁴

2- قال الله تعالى: { وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } [سورة البقرة الآية 241].

1- العلامة شيخ عبد العزيز حمد آل مبارك الإحساني ، تبين المسالك لتدريب السالك إلى أقرب المسالك ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ج 3، ص 160. نقلا عن جميل فخري جانم ، ص 64.

2- الشرييني ، مغني محتاج ، المرجع السابق، ج3، ص 241.

3- قرار رقم 516114، بتاريخ 1988/11/21، ص عن المحكمة العليا غ .أ.ش ، م، المجلة القضائية، عدد4، لسنة 1990، ص 67.

4- تفسير القرطبي ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 203.

فأوجب الله تعالى في الآية الكريمة المتعة لجميع المطلقات، المدخول بهن و غير المدخول بهن المسمى لهن المهر، لأن كلمة المطلقات تدل على العموم و "ال" تفيد الاستغراق وإضافة المتعة للمطلقات بلام الملك دليل على وجوب و كذلك جعلها حقا على المتقين، و كل إنسان مأمور أن يكون من المتقين.¹

ثانيا: من السنة:

حديث عباس بن سهيل عن أبيه و أبي أسيد قالاً: " تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمه بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه تبسط يده إليها، فكأنها ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها و يكسوها ثوبين وازقين"² وهذا الحديث يدل دلالة واضحة على مشروعية المتعة.

(ب) الحكمة من مشروعية المتعة:

من حكمة الله في تشريعه أنه جعل على الرجل التزاماً (المتعة) نحو مطلقة مقابل أن جعل الطلاق بيد الرجل، حتى يكون ردعا له للتفكير ملياً في استعمال حقه في الطلاق بعد استنفاد جميع الوسائل للإصلاح و الاتفاق و هذه المتعة تزيد تأكيداً على المهر و النفقة لأن النفقة مقابل الاحتباس للزوجة عن العمل، ولا يؤدي المهر وحده الغرض المراد بالتزويج في الطلاق، و جرت العادة بالتساهل فيه.³

كما أن المتعة تعويضاً للمرأة عما لحقها من ضرر مادي كتترك الوظيفة أو معنوي كفقدانها للطمأنينة على نظام حياتها في كنف زوجها، وقد تمر المرأة في حالة صعبة بعد الطلاق، حيث كانت تعتمد في النفقة قبل الطلاق على الزوج، و قد أصبحت في حالة تحتاج فيها إلى المال لسد حوائجها خاصة عند عدم وجود المعيل، و هذا بجبر خاطرها المنكسر بالطلاق، و تطيب نفسها و تعويضاً لها عن ألم الفراق، وتسلياً لها عن وحشية الفراق، و إزالة للحزن و الكآبة الذي تعيش فيه.⁴

¹ - جميل فخري محمد جاثم، المرجع نفسه، ص 65 .

² - أخرجه أبي عبد الله محمد البخاري ، 194 . 256 هـ ، صحيح البخاري، باب من طلق و هل يواجه الرجل امرأته بالطلاق، ، رقم الحديث 5256 ، طبعة جديدة مضبوطة و مصححة و مفهرسة، دمشق - بيروت: دار ابن كثير، ص41.

³ - أحمد محمد المومن، المرجع السابق ، ص 63 .

⁴ - جميل فخري جاثم، المرجع السابق، ص73 - 74 .

ج) حكم متعة الطلاق:

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق للمطلقات بطلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة على المذاهب التالية:

المذهب الأول: المتعة واجبه لكل مطلقة.

ذهب الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد، و المالكية في قول و الظاهرية و الإباضية في قول ، إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة، و لم يخصص سمي لها مهرا أم لم يسم لها، و سواء أطلقت قبل الدخول أم بعده¹ وقد استدلو على ذلك من القرآن الكريم لقوله الله تعالى : { وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } [سورة البقرة الآية 241] .

فأوجب الله تعالى في الآية المتعة لكل مطلقة، و لم يخصص منهن بعضا دون بعض وأوجبه حقا لهن على كل متق يخاف الله تعالى.²

المذهب الثاني: المتعة مستحبة لكل مطلقة.

ذهب المالكية في المشهور، والشافعية في القديم، إلى أن المتعة مستحبة لكل مطلقة، على اعتبار أن الآية الأولى لم تقدر المتعة بقدر معين، وإنما و كلها إلى اجتهاد مقدر، ولو كانت واجبه لقدرها.³

وقد استدلو على ذلك من القرآن الكريم لقول الله تعالى: { وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَعِّ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ } [سورة البقرة الآية 236].

المذهب الثالث: المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل دخول و بعد تسمية المهر .

ذهب الشافعية في الجديد، و الحنابلة في رواية إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة ما عدا المطلقة قبل الدخول و بعد تسمية المهر.⁴

¹ جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 76.

² الطبري ، جامع البيان ، المرجع السابق ، ج 5، ص 136.

³ محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، مصر ، دار إحياء الكتب العربية ، ج 3 ، ص 241.

⁴ جميل فخري جانم ، المرجع السابق ، ص 80.

و قد استدلو على ذلك من القرآن الكريم لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجَكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا } [سورة الأحزاب الآية 28].

أمر الله تعالى رسوله بأن يتمتع زوجاته إذ رغب في الطلاق، و كنّ مدخولاً بهن مفروضاً لهن المهر، مما يدل على وجوب المتعة للمدخل بهن.¹

المذهب الرابع : المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول فقط

و هو ما ذهب إليه الحنابلة في قول، إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول فقط و لا تجب لغيرها.

و قد استدلو على ذلك من القرآن الكريم لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا } [سورة الأحزاب الآية 49].

فأوجب الله تعالى للمطبعة قبل الدخول من غير فصل بين ما إذا كان قد سمي لها في النكاح مهر أو لم يسم.²

المذهب الخامس: المتعة واجبة للمطلقة التي لم يسم لها المهر.

ذهب البخاري إلى أن المتعة تجب للمطلقة التي لم يسم لها المهر.³

الفرع الثاني : علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي

أولاً: التمييز بين المتعة بالتعويض في الطلاق التعسفي

يمكننا التمييز بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي من خلال أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بينهما فيما يلي :

¹ جميل فخري جانم ، المرجع السابق ، ص 81.

² المرجع نفسه، ص 90 ، 91 .

³ - المرجع نفسه ، ص 92 .

أ - أوجه الشبه :

(1) إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يلزمان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

(2) إن كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارهما الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.

(3) اختلف الفقهاء وكذا القوانين في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.

(4) إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرًا لخاطر المرأة، وتخفيفًا لها عن آلامها.

(5) إن كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.¹

ب - أوجه الاختلاف :

(1) إن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم والسنة النبوية، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه، وقد استند القائلون على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة.

(2) تجب المتعة بمجرد الطلاق لكل مطلقة، إذا أخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيًا.

(3) إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقًا أم فسخًا، وسواء أكان الطلاق من الزوج أو القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة، وهو إيقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مسوغ شرعي.

(4) إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة، أما التعويض عن الفرقة إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء والقوانين التعويض عليها لزوجها.²

(5) إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي للمطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق.³

¹ جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 234.

² المكان نفسه.

³ المرجع نفسه، ص 235.

مما سبق يتبين أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، خاصة إذا أخذ بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء على كل مطلق ويلزمه القاضي به.

ثانيا : هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي

1. ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين¹، إلى أن المتعة تغني عن الطلاق التعسفي، بل إن من العلماء ما يرى بأن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصورة أقوى.²
2. ذهب بعض الفقهاء المعاصرين³، إلى أن المتعة لا تقي عن التعويض عن الطلاق التعسفي، لأن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهر وتستحب لغيرها، والتعويض يجب لكل مطلقة مادام ثبت أن لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق وبذلك فالتعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض.⁴

استنتاج :

إن العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض أن كليها يوصلان إلى نفس النتيجة وهي جبر الضرر الذي يصيب المرأة، وتسلية لها عن الفراق، إلا أن المتعة تحدث عنها الفقهاء القدامى من حيث جنسها ونوع المال الذي يعطيه الرجل لمطلقاته ولا علاقة لها بالضرر فذكر الحنفية مثلاً بأن المتعة تقدر والعروض، في حين أن التعويض هو فكرة معاصرة اقتضتها ظروف

¹ منهم : أحمد الغندور، أحمد الخليلي، وزياد صبحي، عبد الرحمن الصابوني، محمد السرطاوي. بنظر جميل فخري جانم المرجع السابق، ص 237.

² جميل فخري جانم، المرجع السابق، ص 238.

³ منهم : توفيق أبو هاشم، عبد الفتاح عايش، عبير القدومي، مصطفى السباعي. بنظر ذبيح هشام، رسالة ماجستير، المرجع السابق، ص 76.

⁴ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 172.

الزمن وتغير أحوال الناس وحاجتهم للمال دون تعيين المقدار الذي يعطيه الزوج لزوجته، ويكون نتيجة للتعسف في الطلاق.¹

¹ رسمية عبد الفتاح الدوس، المرجع السابق، ص 184.

المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

استقر القضاء الجزائري بأن حق الطلاق بالإرادة المنفردة مخول للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها أي تعويضها للضرر الذي أصابها الذي يراعي ذلك القاضي في تقديرها، غير أنه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه وجب على المطلق تعويض الزوجة المطلقة عن الأضرار التي أصابتها ويتبين ذلك من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي

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

المطلب الأول : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي

لقد قضى المشرع الجزائري في المادة 52 من ق.أ.ج بأنه : "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".¹
وبالتالي فعلى القاضي عند حكمه بالتعويض للمطالبة تعسفا لابد أن تتوفر شرطين نتناولهما في الفرعين التاليين

الفرع الأول : أن يتبين القاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته.

إن ثبت للقاضي أن الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر ما ، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الأضرار بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت ان تفرغ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهو سكارى وهو ما تفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق.²

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1998/11/17 بأنه "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون ومتى تبين مناقضيه الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحضر من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا".³

فيتضح إذن من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي تترتب للمطالبة الحق في التعويض وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومن ثم انعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق أو يوقعه كليا على

¹ عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،جريدة رسمية 15 ص 21.

² مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالفايد، تلمسان 2009-2010، ص 284.

³ قرار رقم 210451 مؤرخ في 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001 ،
نقلا عن: ثابت حنان، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي قانونا وفقها، مذكرة لنيل تخرج شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016، ص 32.

مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.¹

الفرع الثاني : أن يتحقق القاضي من إلحاق الضرر للمطلقة :

أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما تجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال. العصمة بيد الزوج وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق ودور القاضي هنا مجرد شاهد لإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم.²

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعقول به في الغالب أن عنصر الضرر تفترضه دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي ، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق.³

وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 قضت بموجبه أنه: "من المقرر قانوناً أن يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور بالتسبب ليس في محله متى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً

¹ ثابت حنان، المرجع السابق، ص 32.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 258.

³ المرجع نفسه ، ص 286.

للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون".¹ ولهذا فإنه مما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفعاته يخسر دعواه، إلا أنه في مسائل الطلاق خروجاً عن القواعد العامة، فإن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم هذا الأخير البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة ولا يمكن في هذا الحال أن يعاب على أن قرار القاضي بالطلاق في التسبب لأنه مجرد شاهد لإرادة الزوج.²

أما إذا اعتمد في إيقاع الطلاق على إخلال أو تقصير من طرف الزوجة، فعليه إثبات ما يدعيه وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسباً بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفعاتهم.³

وقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في 2000/05/23 أين قضت بموجبه أن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج فإن البناء بما يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض وإقرارهم بالقصور في التسبب.⁴

لذلك إن أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في الحال، ولعل كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع القرار على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عبء إثبات أنها غير عذراء إلا أن البناء بها يسقط

¹ قرار رقم 223019، مؤرخ في 1999/06/15، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001، نقلاً عن: ثابت حنان، المرجع السابق، ص 33.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 286.

³ ثابت حنان، المرجع نفسه، ص 33.

⁴ قرار رقم 243417، مؤرخ في 2000/05/23، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001 نقلاً عن: ثابت حنان، المرجع السابق، ص 33.

هذا الدفع ومادامت دعوى تعتبر مبررة ومعللة، يتحمل وحده مسؤولية الطلاق ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.¹

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بقولها : "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق".²

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

إن للمحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع على عناصر تقدير التعويض. وهذا ما سنبينه في هذا المطلب من خلال توضيح رقابة المحكمة العليا عن قاضي الموضوع في تقديره للضرر والتعويض عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على قاضي بشؤون الأسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه.

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ولأن مدى التثبت من وقوع الضرر مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع.³

¹ ثابت حنان، المرجع السابق، ص 33، 34.

² قرار رقم 235456، مؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 1، الجزائر، 2000، ص181.

³ يومبي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014، 2015، ص 113.

ويعتبر استقاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسالة قانونية يخضع فيها الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماس بحق أو مصلحة مشروعة وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.¹

وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02 بأنه : "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان ثابت ان قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكموا بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لها حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناها أو فقرهما، أو غنى احدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غيرها هو مألوف، ودون الاستناد إلى أي قضية شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة".²

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين للقاضي عن الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة.

أما إذا حكم للقاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإن رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.³

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه : "من المستقر عليه قضاء، إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في

¹ يومبي عبد اللطيف، المرجع السابق ص 113.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 241984، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد 2، ص 61 .

³ يومبي عبد اللطيف ، المرجع السابق ، ص 114.

التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس يرفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب".¹

-إلا أن من الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطهم في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع.²

-وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 بأنه : "وحيث يتبين من قرار المطعون فيه انه لم يحدد نوعية التعويض المقضى به، هل هو عن الضرر المادي أو المعنوي ومعلوم انه لا يجوز دمجها معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقض".³

-وقياسا على ذلك فان الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة يمنح تعويضا في الطلاق، وجب ان يكون مسببا تسببا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.⁴

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقديم التعويض.

إن هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت، أو نصاب معين، أو قيمة ثابتة، وبين عناصر تقديم التعويض. فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامه أو يسر الضرر دون رقابة من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامه أو اليسر بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا. وتتصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.⁵

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 65.

² يومبيعي عيبد اللطيف، المرجع السابق، ص 115.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2000/03/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003، ص 62.

⁴ يومبيعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 116.

⁵ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 345، 346.

فإذا كان القاضي يسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت أو تفويت الفرصة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب، وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملائمة، ومن وجوب اعتذار بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك، وإلا كان قراره معيباً بالقصور في التسبب.¹ وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه : "من المستقر عليه قضاء إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل".²

وقد اتجه قضاء المحكمة العليا، إلى أن تقدير التعويض، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني للحكم.³

¹ يومبجي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 114.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 65.

³ المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 2001/02/14، ملف رقم 214574، المجلة القضائية، 1992، عدد 1، ص 65.

بعد استعراض لموضوع الطلاق التعسفي والتعويض عنه ومن خلال المفاهيم المتعلقة بكل من الطلاق التعسفي والحق في التعويض الذي قننته القوانين الوضعية، من أجل جبر الضرر بنوعه المادي المعنوي، الواقع نتيجة تعسف الطلاق وكذا الحق في المتعة، الذي كرسته الشريعة الإسلامية كحق من حقوقها بعد الطلاق واستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينهما والتي توضح من خلالها العلاقة الرابطة بينهما، ومن خلال هذه الدراسة نستخلص النتائج التالية :

- إن الشريعة الإسلامية والقانون رغم إقرارهما للطلاق وجعله بالإرادة المنفردة للزوج إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه.
- إن كل من الشريعة والقانون لم يضعوا تعريفا حددا للطلاق التعسفي.
- إن الطلاق حق ثابت شرعا عند قيام الأسباب المشروعة فيه ويشترط لاعتباره تعسفيا أن يكون متناقضا لحكمة مشروعيته بحيث أن إيقاعه على الزوجة يثبت به التعويض لما عما لحقها من أضرار بسببه.
- وضعت الشريعة الإسلامية قيود على الزوج عند إيقاعه على الطلاق من شأنها الحد من الطلاق والتقليل من حالاته.
- إن حق الطلاق مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله لذلك كان الأصل فيه الحظر وهذا للمحافظة على شمل الأسرة وحماية المجتمع .
- تعد معرفة معايير التعسف في الطلاق ضرورة ملحة لمعرفة إذا ما كان تعسفيا أم لا .
- إن المشرع الجزائري لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي .
- هناك شروط في تعويض الزوجة لابد من توافرها وفلا يعوض الزوج زوجته إلا إذا انطبقت هذه الشروط على الزوجة وتحققت وذلك لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.
- إن الفقه الإسلامي هو الآخر أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي وهذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار " فالتعويض في هذه الحالة هو من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة.
- إن التعويض عن الطلاق التعسفي لا ينبغي حق المطلقة في الحصول على المتعة المقرر لها بموجب الشريعة الإسلامية وهذا لاختلافهما رغم التشابه الكبير بينهما وكذا مختلف توابع العصمة الزوجية.

قائمة المصادر:

القرآن الكريم

كتب التفسير:

1 - القرطبي، تفسير القرطبي المسمى بالجامع لأحكام القرآن، ج4، 18.

2- محمد بن جرير بن يزيد الطبري، تفسير القرطبي المسمى بجامع البيان في تأويل القرآن، ج4.

كتب السنة :

1 - أبي عبد الله محمد البخاري ، 194. 256 هـ ، صحيح البخاري، باب من طلق و هل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، رقم الحديث 5256 ، طبعة جديدة مضبوطة و مصححة و مفهومة، دمشق - بيروت: دار ابن كثير .

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

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

المقالات والدراسات :

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

الكتب القانونية والفقهية المعاصرة :

1 - ابن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، القبة الجزائر: دار الخلدونية، 2008 .

2 - أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون ، الطبعة الأولى، مصر: دار المعارف 1976.

3 - أحمد محمد المومني ، اسماعيل أمين نواهضة ، الأحوال الشخصية ، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع ، الطبعة الأولى ، عمان : دار المسيرة 2009.

- 4 - إسماعيل أبو بكر البامري ، أحكام الأسرة، الطبعة الأولى، عمان ، دار الحامد 2008.
- 5 - جاديس ديابي ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة. عين مليلة، دار الهدى 2012.
- 6 - بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1999. ج1،
- 7 - بن زينة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري. الطبعة الأولى. الجزائر: دار الخلدونية. 2007.
- 8 - جميل فخري جانم متعة الطلاق و علاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، الطبعة الأولى ، عمان: دار الحامد، 2009 .
- 9 - حسن أيوب ، فقه الأسرة المسلمة، الطبعة الثانية، القاهرة: دار السلام 1422هـ - 2002م.
- 10 - رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي . الطبعة الأولى ، عمان: دار قنديل، 2010 .
- 11 - زياد صبحي علي ذياب ، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع. 1992.
- 12 - عبد الفتاح تقيّة ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء دون طبعة ، دار ثالة ، الابيار، الجزائر، 2010.
- 13 - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الطلاق و الزواج. الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، 2007 .
- 14 - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وقف مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية ، الكويت: دار القلم 1410هـ - 1910م.
- 15 - عبير ربحي شاكرك القدومي التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية عمان دار الفكر 1428 هـ ، 2007م .
- 16 - علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجع من الخلاف، الطبعة الأولى ، بيروت: دار الكتب العلمية 1998) ، ج8 .

- 17 - فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق. الطبعة الثانية، بيروت: مؤسسة الرسالة 1977.
 - 18 - محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائرية المعدل بالأمر 02-05. الطبعة الأولى، الجزائر: دار الوعي. 2012 .
 - 19 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية ، القاهرة، دار الفكر العربي 1950.
 - 20 - محمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المناهج . الطبعة الأولى ، بيروت، 1997 . ج3.
 - 21 - محمد المدني الهاشمي ، الطريق السالك في فقه الإمام مالك ، الطبعة الأولى ، بيروت ، دار مكتبة المعارف ، 2011.
 - 22 - محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر، المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الأولى ، بيروت، دار الكتب العلمية 1994 ، ج1.
 - 23 - محمد عبد الرحمن الخطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل، تحقيق زكريا عميرات الطبعة الأولى ، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995، ج1. 18-
 - 24 - محمد علي السرطاوي ،شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، عمان: دار الفكر 2010.
 - 25 - وهبه الزحيلي: الفقه الإسلامي و أدلته ، الأحوال الشخصية ، أحكام الأسرة ، الطبعة الرابعة، دمشق دار الفكر، 1997 . ج:4 .
- النصوص القانونية :**
- 1 + الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن من ق.أ.ج. الجريدة الرسمية العدد 15.
 - 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 + الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005.

القرارات القضائية :

- 1 -المحكمة العليا, غرفة الأحوال الشخصية, 241984, ملف رقم 32779,مجلة قضائية ,عدد2, 1989.
- 2 -قرار رقم 516114 , بتاريخ 21-11-1988, صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية , مجلة قضائية عدد 04, لسنة 1990 .
- 3 -المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, 18-06-1991,ملف رقم 75029 ,مجلة قضائية,عدد2, 1992.
- 4 -المحكمة العليا,غرفة الأحوال الشخصية, 18-06-1991, ملف رقم 75029 ,مجلة قضائية,عدد1, 1991.
- 5 -المحكمة العليا,الغرفة الاجتماعية, 14-02-2001,ملف رقم 214574 ,مجلة قضائية,عدد1, 1992.
- 6 -قرار رقم 235456, مؤرخ في 22-02-2000, غرفة الأحوال الشخصية ,مجلة قضائية ,عدد1,الجزائر, 2000.
- 7 -قرار رقم 210451 مؤرخ في 17/11/1998, غرفة الأحوال الشخصية, مجلة قضائية, عدد خاص, الجزائر, 2001 .
- 8 -قرار رقم 223019 ,مؤرخ في 05-06-1999, غرفة الأحوال الشخصية, مجلة قضائية , عدد خاص, الجزائر, 2001.
- 9 -قرار رقم 243417, مؤرخ في 23-05-2000, غرفة الأحوال الشخصية, مجلة قضائية, عدد خاص, الجزائر, 2001.
- 10 - المحكمة العليا,الغرفة المدنية, 28-03-2000,مجلة قضائية, عدد خاص, 2003 .

الرسائل والبحوث الأكاديمية :

- 1 -مسعودة نعيمة إلياس, التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق, رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص, جامعة أبي بكر بالقايد, تلمسان 2009-2010.

- 2 خبيح هشام، المركز القانون للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق تخصص أحوال شخصية. الوادي 2014 - 2015 .
 - 3 طاري سعيد، التعسف في فرق الزواج وآثاره. دراسة مقارنة. رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية. 2012، 2013.
 - 4 يومبي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014، 2015.
 - 5 مسعود بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون أج ، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر ، تخصص أحوال شخصية 2015/2016 .
 - 6 ثابت حنان، المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي قانونا وفقها، مذكرة لنيل تخرج شهادة ماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016.
- المعاجم والقواميس اللغوية :**
- 1 ابن منظور، لسان العرب، طبعة جديدة مصححة اعتنى بتصحيحها، أمين محمد عبد الوهاب و محمد الصادق العبيدي، ج: 13، الطبعة الثالثة ، بيروت : دار إحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي. 1419هـ - 1999م .
 - 2- الفيروز آبادي. القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي. الطبعة الرابعة، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1994 .

الصفحة	العنوان
	شكر وتقدير
	إهداء
أ-د	مقدمة
	الفصل الأول : ماهية الطلاق التعسفي
6	تمهيد
7	المبحث الأول: مفهوم الطلاق.
7	المطلب الأول: تعريف الطلاق و بيان حكمه.
7	الفرع الأول: تعريف الطلاق اللغوي و الاصطلاحي
10	الفرع الثاني : الحكم الشرعي للطلاق.
12	المطلب الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة من تشريعها.
12	الفرع الأول: مشروعية الطلاق
14	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق
15	المبحث الثاني: مفهوم ومعايير التعسف في استعمال حق الطلاق
16	المطلب الأول: مفهوم الطلاق التعسفي
16	الفرع الأول: تعريف التعسف
17	الفرع الثاني: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه
18	المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق في الطلاق
18	الفرع الأول: معايير التعسف في استعمال الحق
21	الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي
	الفصل الثاني : تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
28	تمهيد
29	المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الضرر الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة
30	المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي
30	الفرع الأول: تعريف التعويض و محله في الطلاق

31	الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري.
34	المطلب الثاني: متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي
34	الفرع الأول: مفهوم متعة الطلاق.
38	الفرع الثاني : علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي
42	المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.
43	المطلب الأول : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي
43	الفرع الأول : أن يتبين القاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته.
44	الفرع الثاني : أن يتحقق القاضي من إلحاق الضرر للمطلقة
51	خاتمة
54	قائمة المصادر والمراجع
60	الفهرس
	ملخص

قائمة المختصرات

- قانون الأسرة الجزائري : ق . أ . ج
- قانون الأسرة : ق . أ
- القانون المدني : ق.م
- مجلد : م
- جزء : ج
- غرفة الأحوال الشخصية : غ .أ.ش
- المحكمة العليا : م.ع
- دون تدوين : د.ت
- تاريخ : ت
- صفحة : ص

ملخص :

لقد تطرقت في هذا البحث إلى موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي وهو موضوع حديث في قوانين الأحوال الشخصية إذا الطلاق وإن كان حقا للرجل يمارسه وقت ما يشاء وذلك بموجب العصمة المقررة لـه شرعا إلا أن هذا الحق مقيد بقيود من شأنها أن تقلل منه، وبالرغم من ذلك يوقعه الزوج بدون سبب متعسفا فيه كان يوقعه في مرض موته وإن يوقعه دون حاجة تدعو إليه، إلا أن الشرع والقانون بإقرارها 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، فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق من شأنه أن يجد من إقدام كثير من الأزواج من على الطلاق ويدفعهم عن إيقاعه إلا إذا ادعت الضرورة إليه وبوجود مبرر شرعي، وذلك بغرض الحفاظ على الحياة الزوجية واستمرارها، وعليه فإن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تبقى متعلقة بالضرر الذي تصاب به الزوجة جراء إيقاع الطلاق وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر وجسامته ومدى كونه موجبا للتعويض.

Résumé:

J'ai parlé de cette recherche au sujet de la compensation pour le divorce arbitraire, un sujet moderne dans les lois sur le statut personnel si le divorce et qui était vraiment l'homme pratiqué ce qu'il veut temps sous infaillibilité produits prescrits légalement, mais ce droit a été limité des restrictions qui réduiraient, et néanmoins signé Le mari et la femme ne sont pas en mesure de maintenir les droits des femmes en fournissant une compensation et le coût du plaisir pour tout préjudice à la femme quand ce droit est abusé, Le jugement d'indemnisation des dommages causés par un Trouve les pieds de nombreux couples de divorce et les pousse du rythme que si nécessaire, selon elle l'existence d'un motif légitime, afin de maintenir la vie conjugale et la continuité, et donc la question de l'indemnisation pour le divorce arbitraire reste lié au préjudice infecté par la femme par le rythme du divorce, le pouvoir discrétionnaire du juge L'évaluation des dommages et de leur gravité et l'étendue de leur indemnisation.