

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية: الحقوق والعلوم السياسية
قسم: الحقوق

الرقم التسلسلي:/.....

1- رقم التسجيل: 20022490046

2- رقم التسجيل: 20034101016

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر: تخصص: قانون أسرة

بعنوان:

التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

تحت إشراف

إعداد الطالبين:

د/ يحيوي حمزة

- طالب سعيد

- جديلي سعيد

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة:

رئيسا	جامعة المسيلة	الرتبة: أستاذ محاضر	د/ مقيرش محمد
مشرفا ومقررا	جامعة المسيلة	الرتبة: أستاذ محاضر	د/ يحيوي حمزة
ممتحنا	جامعة المسيلة	الرتبة: أستاذ محاضر	د/ مقروف محمد

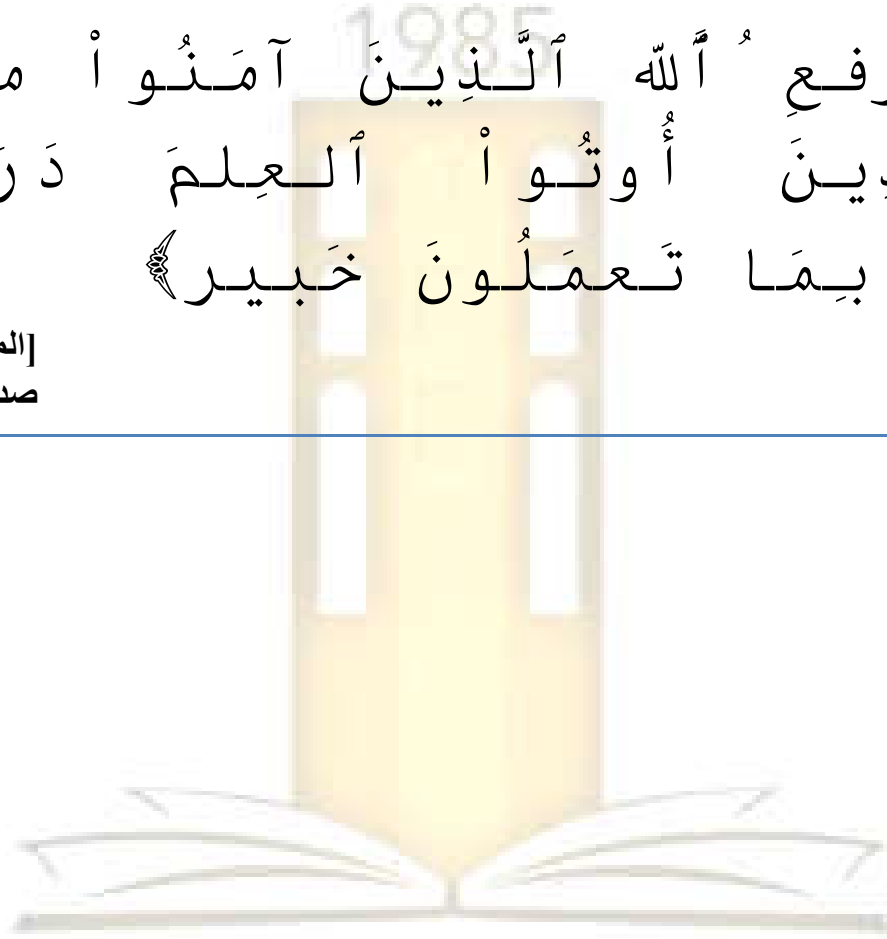
السنة الجامعية: 1442-1443هـ - 2021-2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ
وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

[المجادلة، 11]
صدق الله العظيم



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

شكر و عرفان

اللهم صلي على سيدنا الفاتح لما أغلق والخاتم لما سبق
ناصر الحق بالحق والهادي إلى صراطك
المستقيم وعلى اله حق قدره ومقداره العظيم.
الحمد لله الذي وفقنا على إتمام هذا البحث، ومن كرم
مولانا على قبول السيد الدكتور يحياوي حمزة المشرف
على مذكرتي هذه، له منا جزيل الشكر والتقدير.



إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا

بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ولا تطيب الجنة إلا برويتك

الى من بلغ الرسالة وادى الأمانة ... ونصح الأمة ... الى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا

محمد صلى الله عليه وسلم

الى كل من قال فيها الله تعالى ((وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا))

الى الوالدين الكريمين حفظهم الله ورعاهم واطال في عمرهما



إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى

- روح أبي وأمي اللذان جاد في تعليمي ووقفوا إلى جانبي، إلى أن توفاهما الله وتغمدا

إياهما برحمته الواسعة في فردوسه الأعلى في مقعد صدق عند مليك مقتدر.



مقدمة

مقدمة:

إن الزواج من الواجبات الشرعية وكذا هو ضرورة بيولوجية، شرع لبناء أسرة لتكون اللبنة الأولى في البناء الاجتماعي مصداقا لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ آتَيْهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِيَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ صدق الله العظيم، إن من قوام الحياة الزوجية السكينة والمودة والرحمة القائمة بين الزوجين، ولكن من طبيعة البشر أن يحدث تصادم بين طبائع الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، وتحدث مشاكل منها ما يمكن معالجته وإيجاد حلول له، ولكن بعض المشاكل بالاستحالة بمكان أن تكون لها حلول آنية وموقفة لسيرورة المشكل، حتى يتحول إلى حالة شقاق بين الزوجين ويستعصى معه الاحتواء، وتستحيل مواصلة العشرة الزوجية، فيكون في هذه الحالة أن آخر الدواء الكي، أي بوضع نهاية للحياة الزوجية، وذلك بفكها، ويكون فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بالتراضي بين الزوجين، أو الخلع بطلب من الزوجة، أو بطلب التطليق.

والطلاق كما أشار له المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة أنه حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون و استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي.

ولقد اجمع علماء الشريعة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذه الاباحة إلا إذا كانت بدون عذر. ولقد دل القياس على الطلاق أيضا ،لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويتا لمقاصد الزواج، وتضييعا لمصالحه التي شرع من أجلها، لذلك شرع الطلاق في الاسلام رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين ،فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة و أكرم عشرة، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾، ولذلك فإن جل العلماء يقررون أن الاصل في الطلاق الحظر إلا أن تدعوا إليه حاجة أو يقتضيه سبب.

غير أنه وفي غياب معيار ثابت لقياس الاسباب التي تكون تبريرا للطلاق، فإنه قد يتقدم الزوج بأسباب واهية، وضعيفة، لينتهي إلى طلب عظيم وهو طلب الطلاق، ومن الحكمة التوقف عند التناسب ما بين الحجج المقدمة من الزوج وطلبه في الطلاق.



واذا لم نجد أي تناسب ما بين مبررات الزوج وطلبه بفك الرابطة الزوجية، فإننا لا نستطيع ان نحرمه ما أعطاه الله، وهو حق العصمة، ولكن استعمال هذا الحق، ما يسمى في نظرية الحق بالتعسف في استعمال الحق. ومن هنا نطرح الاشكالية التالية:

الإشكالية: وتتمثل الاشكالية المطروحة في هذا البحث فيما يلي:

• ما هي الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي؟ وما هو الأساس المعتمد في تحديد الضرر وتقدير

التعويض الناجم عنه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟

وانجازا لهذا البحث فإنه تم تقسيم الموضوع إلى فصلين، إعمالا بمقتضى الاشكالية التي فرضت هذا التقسيم الثنائي لهذا البحث.

وقد تعرضت في الفصل الأول إلى الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، وتضمن هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول تحت عنوان مفهوم الطلاق ومشروعيتها، حيث تطرقت في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق في المطلب الاول، أما المطلب الثاني فقد تناولت فيه مشروعية الطلاق.

أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان التعسف في استعمال الحق في الطلاق، حيث تطرقت فيه من خلال مطالبين التعسف في الطلاق كمطلب أول، مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي كمطلب ثاني.

أما الفصل الثاني كان تحت عنوان تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، وفصلت هذا الفصل في مبحثين. المبحث الاول منه تحت عنوان التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وعلاقته بالمتعة، وتناولت في هذا المبحث مفهوم ومشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فتطرق فيه إلى العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

والمبحث الثاني كان تحت عنوان سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي حيث تم تقسيمه إلى مطلبين، ففي المطلب الأول تناولت إجراءات وأسس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، أما في المطلب الثاني فقد تناولت رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر والتعويض عن الطلاق التعسفي.

إن التعسف هو إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي بضرر إلى الغير، وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لمصلحة غير مقصودة شرعا، أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من شرع الحق.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص.



إن لفظ الطلاق التعسفي مصطلح جديد، لم يرد في كتب الفقهاء القدامى، حيث تطرق الفقهاء المعاصرون للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الاحوال الشخصية ولكنهم اختلفوا فيما بينهم، هل هناك تعسف في الطلاق أم لا، بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الاباحة، فمنهم من ذهب إلى أنه ليس هنالك تعسف في الطلاق أصلاً وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الاباحة، ومنهم من ذهب إلى أن هناك تعسف في الطلاق إذا تم الطلاق بغير مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك على أن الأصل في الطلاق الحظر.

ويكون الطلاق تعسفياً عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر شرعي، أي أن الزوجة لم ترتكب أي خطأ من جانبها في حق الزوج، وكذلك عندما لا يكون للزوج مبرر منطقي، أي أن الأسباب التي أسس عليها الزوج طلاقه مبالغ فيها وغير منطقية، وكذلك عندما يفقد الزوج المطلق للمبرر الجدي، أي أن الزوج لم يقدم أسباباً جدية أو موضوعية تبعد عنه مسؤولية الطلاق، أو في حالة عدم تقديم أي سبب على الإطلاق، مما يجعل الطلاق في حد ذاته غير مبرر مع عدم رغبة الزوجة في الطلاق.

وفي حال تمسك الزوجة بمواصلة العشرة الزوجية، وعدم رضاها بالطلاق فإنها وبحكم الأمر الواقع لا تستطيع ثني الزوج عن إيقاع الطلاق، وهذا ما يسمى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أي استعمال حق العصمة بشكل تعسفي، فإنه لا محالة بأن يصيب الزوجة أضراراً من جراء هذا الطلاق التعسفي، سواء من الناحية المادية، أو من الناحية المعنوية.

إنه في كل الاحوال ودون شك، فإن المطلقة يلحقها ضرراً معنوي من الطلاق، نتيجة فراق زوجها لها، وضرراً مادي إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد ذلك تم طلاقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها.

ولطالما أن الزوجة لم ترتكب أي خطأ في حق الزوج، مما يعدم المبررات التي بني عليها الطلاق التعسفي، فإن الزوج المطلق في هذه الحالة يصبح ضامناً ومسؤولاً عن هذا الطلاق التعسفي، مما يستوجب تقديم تعويضاً، يجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويجبر أضرارها، والتعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي بما يتناسب حجم الضرر، وحال الزوج يسراً وعسراً.

ومما سبق، يبدو واضحاً أن المسألة الجوهرية لهذا البحث، تتمثل في ضرورة إيجاد نوع من التوافق بين الطلاق التعسفي والضرر الناجم عنه للزوجة، وبين التعويض الذي يجبر هذا الضرر.

ونظراً لطبيعة هذا الموضوع، فإن المنهج التحليلي والوصفي، يفرضان نفسيهما مما يجعلني أسلكهما في إنجاز هذا البحث، أما المنهج المقارن فقد فرض نفسه في بعض أجزاء الموضوع، مما جعلني



أسلكه في هذه الاجزاء فقط، وهذا ليس من أجل المقارنة وانما جعلته كأداة من أدوات المساعدة للدراسة.

أهمية الموضوع: إن هذا الموضوع وما ينطوي عليه من إشكاليات وتعقيدات علمية وعملية، ونظرية وميدانية، جعل له أهمية موضوعية وأخرى شخصية ذاتية.

الأهمية الموضوعية: وهي ما ينطوي عليه هذا البحث، من طبيعة خاصة، وما صحب ذلك من إشكالات تثير التساؤل، ومدى إسهام القضاء، في هذا المجال لفك أي لبس حول هذا الموضوع، وما يثيره الطلاق التعسفي، من تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه، ومدى تقدير الضرر اللاحق بالزوجة، وكيفية التعويض عنه، ومن هنا بات هذا الموضوع، ذا أهمية موضوعية كبيرة.

الأهمية الشخصية أو الذاتية: أول سبب جعلني أميل لهذا الموضوع، النقص الذي يعانيه، على مستوى الدراسات التي تهتم بهذا المجال، وحتى وان وجدت فإنها لا تواكب الكثرة الرهيبة في انتشار الطلاق التعسفي في المجتمع الجزائري.

وكذا من الاسباب الداعية، لخوض غمار هذا الموضوع، نوعية الطلاق التعسفي ونوعية الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، وكذا ما ينطوي عليه التعويض من دقة، واسهاما مني، ولو بشكل بسيط ومحتشم، في زيادة الوعي الذي بدا ملحوظا، في وقتنا الحاضر لطلبات التعويض عن الطلاق التعسفي في الدعاوى المرفوعة ومحاولة مني إلى تكريس ثقافة الحد من الطلاق التعسفي، واضعف الايمان بمحاولة إيجاد توازن على الاقل بين الطلاق التعسفي والتعويض لخلق نوعا من العدالة.

والمهم هنا أنه عند تقدير التعويض، يجب الالتزام بمبدأ التناسب بين الضرر والتعويض، وتلك مسألة واقع تختص فيها محكمة الموضوع.

الفصل الأول



الطلاق التعسفي في القانون الجزائري



قد يجد الزوج في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها، فلو لم تبح الشريعة الإسلامية الطلاق لعمت الفوضى ولوقع الناس في حرج كبير.

ولذلك أباحت الشريعة الإسلامية للزوج الطلاق بالإرادة المنفردة إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها. وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة والهجر في المضجع، والضرب بغرض التأديب، ومحاولة الصلح، فإذا تعذرت هذه الأمور ولم يفلح الزوج فيها جميعاً أمكن له استعمال حقه في الطلاق.

والشريعة الإسلامية وإن أباحت الطلاق للزوج، فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء على مبررات مشروعة. ولا اعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق.

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

المبحث الأول: مفهوم الطلاق ومشروعيته.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في الطلاق.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق ومشروعيته

لقد سائر قانون الأسرة الجزائري الاحكام الشرعية وأباح الطلاق مع النظر إليه على أنه ضرورة لا بد منها في بعض الحالات، لكنه لم يغفل عما يترتب عليه من الاضرار التي تصيب الأسرة، خصوصا الأولاد، لكن الضرر يكون أكبر إذا أبقى على الحياة الزوجية المضطربة على كره من الزوجين. وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف للطلاق في نص المادة 48 منه مع الإشارة أن الطلاق لا يثبت إلا بصدور حكم من القاضي وبعد عدة محاولات صلح يجريها. والطلاق قبل أن ينظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فقد نظمته الشريعة الإسلامية في أهم مصادرها، الكتاب والسنة، لكن اختلف علماء الشريعة في حكم الطلاق بين الحظر والاباحة. ومن أجل الإحاطة بالطلاق من حيث المفهوم ومن حيث المشروعية توجب علينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين وهما :

- المطلب الاول: مفهوم الطلاق
- المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

المطلب الأول: مفهوم الطلاق :

من أجل تحديد مفهوم الطلاق في القانون الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية التي سنت هذا الطلاق يتعين علينا، إعطاء تعريف للطلاق من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري، والبحث في الشروط الواجب توافرها في الطرفين ليتمكن القول معه بصحة الطلاق، وكذلك لا ننسى أن الطلاق متنوع، فعلى تحديد أنواع هذا الطلاق، وهذا ما سيتم في الفروع التالية:

- الفرع الأول: تعريف الطلاق - الفرع الثاني: شروط الطلاق - الفرع الثالث: أنواع الطلاق

الفرع الأول: تعريف الطلاق:

لإيجاد تعريفا جامعاً مانعاً للطلاق يتعين تحديد كلمة الطلاق في اللغة العربية وتحديد اصطلاحاً لننتهي بالتعريف الذي قدمه قانون الأسرة الجزائري.

أولاً- الطلاق في اللغة :

الطلاق في اللغة يرجع إلى عدة معاني¹ ومنها :

*/ الترك : ومنه طلق البلاد تركها و طلقت القوم تركتهم .

*/ الفراق : ومنه طلقت البلاد فارقتها .

*/ التخلية : ومنه أطلقت الأسير أي خليته .

*/ الإرسال: ومنه ناقة طالق بلا خطام، وهي التي ترسل في الحي فترعى من جنبهم حيث شاءت لا تعقل إذا راحت ولا تنحى في المسرح .

*/ من لا قيد عليه: ومنه وحبسوه في السجن طلقاً، أي بغير قيد، والطلاق من الإبل التي لا قيد عليها، بمعنى حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طالق، أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق، أي حل قيده وخلي عنه .

وطلاق النساء يأتي لمعنيين²: أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى التخلية والإرسال. لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة، فيقال: طلق الرجل زوجته، فهي طالق، وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً، أي: تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته³.

ثانياً- الطلاق في الاصطلاح:

لقد جاءت تعريفات فقهاء المذاهب للطلاق متقاربة فيما بينها منها:

*/ عرفه الحنفية بأنه⁴: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص ."

¹ ابن منظور، الإمام العلامة جمال الدين إبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، حققه وعلق عليه ووضع حواشيه عامراً أحمد حيدر ورجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2003، الجزء العاشر، ص 271-272.

² نفس المرجع، ص 272.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ص 272.

⁴ ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، كلية الدراسات جامعة الأزهر، دار الكتب العلمية،

*/ وعرفه المالكية بأنه¹: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته"

*/ كما عرفه الشافعية² بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".

*/ وعرفه الحنابلة³ بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه".

فمن خلال التعريفات السابقة فإن نجد أنها متفقة على أن الطلاق "رفع قيد النكاح وحله" ولكن منهم من يرى ومن بينهم جميل فخري محمد جانم أن أدق هذه التعريفات، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو "رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص"⁴.

ثالثا- تعريف الطلاق في قانون الأسرة :

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: (الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بت ارضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون). واستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي⁵.

وقانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق لم يخرج من دائرة الفقه الاسلامي، فقد عرفه بأنه (حل عقد الزواج) فهو يوافق تعريف ابن قدامه الذي عرفه بـ (حل قيد النكاح) وغيره أيضا.

الفرع الثاني: شروط الطلاق:

ليس كل الطلاق يوقعه الزوج يكون منتجا لآثاره الشرعية، بل هناك عدة شروط يجب توفرها في المطلق (الزوج) الذي يوقع الطلاق، كما يجب توفر عدة شروط أخرى متعلقة بالمطلقة (الزوجة) التي يقع عليها الطلاق حتى يكون الطلاق صحيحا و تترتب عليه آثاره الشرعية، وندرج هذه الشروط على النحو التالي.

أولا- الشروط المتعلقة بالمطلق (الزوج) :

اتفق الفقهاء في الشريعة الاسلامية على مجموعة من الشروط متعلقة بالمطلق يجب توفرها وهي⁶:

بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث، ص 227. وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير،

دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 447.

¹ الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1995، الجزء الرابع، ص 18.

² الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بعناية محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، الجزء الثالث، ص 368.

³ الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، طبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 232.

⁴ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 19.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999، ص 230-229.

⁶ ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض ووعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2007، المجلد الرابع، ص 371، نقلا عن

1- أن يكون زوجا: أي أنه بينه وبين من يريد تطليقها عقد زواج صحيح، فلو قال قبل أن يتزوجها، إذا تزوجت فلانة فهي طالق فلا عبرة بقوله، ولا يعتد به لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك)¹

2- أن يكون بالغاً: وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزاً كان أو غير مميز، لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير وكذلك لا يملكه وليه، لحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل)².

إلا أن الحنابلة يفرقون بين الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق وبين الصبي الذي يعقل معنى الطلاق، ففي الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق، اتفق الجمهور بعدم طلاقه، أما في الصبي الذي يعقل معنى الطلاق، ويدرك أنه لسبب حرمة زوجته عليه، فذهبوا إلى وقوع طلاقه³، ويستدل قوله صلى الله عليه وسلم (يأبى الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)⁴

3- أن يكون عاقلاً: فلا يقع طلاق المجنون ومن في حكمه⁵ (كالمعتوه، أو مختل العقل بسبب ما..). لفقدان الأهلية وانعدام الإرادة، وإذا أردت زوجة المجنون أو المعتوه التطليق من زوجها، فإنها ترفع أمرها إلى القضاء، وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: (كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله)⁶.

فالمجنون ولو كان جنونه متقطعاً ولا يصح طلاقه، ولا يحتسب إلا بعد الإفاقة، ومثله المغنى عليه، والمعتوه الذي ضعف عقله وادراكه مع تخطيط الكلام، وكل من اختل عقله لكبر، أو مرض، أو لمصيبة فاجأته، أو غضب شديد لحقه، وهو المدهوش الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما

الدكتور محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، داراليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 2010، ص 215.

¹ الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيجا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2002، رقم الحديث 1181، ص 499.

² الترمذي، المرجع السابق، رقم الحديث 1423، ص 597.

³ ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخراقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1997، الجزء العاشر، ص 74-75.

⁴ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيجا، وبحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للإمام البوصيري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة 2006، رقم الحديث 2081، ص 532.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 227.

⁶ الترمذي، نفس المرجع، رقم الحديث 1191، ص 503-504.

يقول، فهؤلاء طلاقهم غير واقع لانتهاء إرادة منهم¹، وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام: (لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)² والمراد بالإغلاق هاهنا، أن يقفل على الشخص باب الإدراك والقصد، فلا يدري ما يقول وما يفعل.

وأما بالنسبة للسفيه، وهو خفيف العقل الذي لا يحسن التصرف في ماله، فطلاقه واقع، لأنه يملك الزواج فيملك إنهاءه، وأن الحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ماله، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو حنيفة .

4- أن يكون لديه قصد واختيار: يشترط بالاتفاق³ القصد في الطلاق وهو إرادة التلفظ به، ولو لم ينو، أي إرادة لفظ الطلاق لمعناه، ألا يقصد الطلاق غير المعنى الذي وضع له، لا يقع الطلاق، إلا ان الحنفية لم يشترطوا في من يقع طلاقه أن يكون مختاراً، بل يقع عندهم طلاق المختار والمكره⁴.

ثانياً- الشروط المتعلقة بالمطلقة (الزوجة):

اشترط الفقهاء⁵ في المطلقة التي يقع عليها الطلاق عدة شروط هي :

1- قيام الزوجية حقيقة أو حكماً:

الزوجة الحقيقية : هي التي لا يزال رباط زواجها الصحيح باقياً.

أما الزوجة الحكمية: فهي المعتدة من طلاق رجعي، أما إذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فلا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة، لانتهاء حق الزوج في الطلاق لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلاقات، فلا يكون هناك فائدة من الطلاق.

وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن، فلا يكون محل للطلاق. أما عند الحنفية فيلحقها طلاق آخر في أثناء العدة⁶.

وعلى هذا فالمرأة الأجنبية أي التي لا ترتبط برباط الزوجية مع الرجل، لا تصلح لتكون محل لطلاقه، وبالتالي إذا أوقع الطلاق عليها كان طلاقه لغواً.

كذلك المرأة في عقد الزواج الفاسد، لا تصح أن تكون محلاً للطلاق، لأنها ليست بزوجة شرعية للرجل المقترن معها بهذا العقد الفاسد، وليس هو بزواج شرعي لها.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 227

² الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تضمينات (الإمام الذهبي) النيسابوري، تحقيق حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، الجزء الثالث، رقم الحديث 2802، ص 1058.

³ ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 468

⁴ نفس المرجع، الجزء الثالث، ص 469.

⁵ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 336.

⁶ الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003، الجزء الرابع، ص 388-391.

2- تعيين المطلقة بالإشارة أو الصفة أو النية :

أي أن يعين الزوج المطلقة بالإشارة أو الصفة أو النية، فإن عين بأي منهما فقد وقع عليها الطلاق اتفاقاً، كأن يقول لزوجته التي اسمها لطيفة مشيراً إليها قاصداً طلاقها يا لطيفة أنت طالقة، وكذلك لو أشار إلى واحدة من نساءه دون أن يصفها بوصف ولم ينو غيرها، يقع الطلاق اتفاقاً. وكذلك إذا وصفها بوصفها دون الإشارة، ودون قصد غيرها، كأن يقول السمراء طالقة.

الفرع الثالث: أنواع الطلاق:

للطلاق عدة أنواع وتقسيمات والكثير من يخلط بين الأنواع والتقسيمات ولتفادي هذا الخلط، علينا إيجاد المعيار الذي بموجبه التمييز بين أنواع الطلاق، ومن بين هذه المعايير يمكن أن نعتمد، معيار اعتبار الرجعة وعدمها ومعيار البينونة ومعيار اعتبار الصيغة .

أولاً- باعتبار الرجعة وعدمها: ينقسم الطلاق باعتبار الرجعة وعدمها إلى قسمين، طلاق رجعي وطلاق بائن وبيان ذلك كالآتي :

1- الطلاق الرجعي:

أ. الطلاق الرجعي: هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة امرأته إلى الحياة الزوجية، ما دامت في العدة، من غير عقد ولا مهر جديدين، رضيت الزوجة أم أبى.

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ أَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَّمْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ١﴾، وعليه يكون كل طلاق رجعياً، إلا الطلاق قبل الدخول، أو

الطلاق على مال، أو ما كان للثلاث وهذا عند جل جمهور الفقهاء

وذهب الأحناف ومعهم بعض المالكية: إلى أن الطلاق يكون رجعياً في حالتين:

- إذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنين.

- ألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة وهي ثلاثة ألفاظ (اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة)².

ب. آثار الطلاق الرجعي: ينعقد الطلاق الرجعي سبباً لزوال الملك في الحال ويتم عليه عند انقضاء العدة.

فما دامت العدة لم تنقض، فالزوجية قائمة حكماً، فيكون للزوج حق المراجعة إذا شاء.

¹ سورة البقرة، الآية 228.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990، ص 141.

وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ولا يمنع التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة.

لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وبانتهاء العدة تبين منه، فتسقط الحقوق، وله أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين وبرضاها.

2- الطلاق البائن :

وينقسم الطلاق البائن بدوره إلى قسمين، طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى¹:

أ/ الطلاق البائن بينونة صغرى²: هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج م ارجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وبرضاها. ويكون الطلاق بائنا في الحالات التالية:

- الطلاق قبل الدخول: لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا³ فقد نفى سبحانه وتعالى العدة عن المطلقة قبل الدخول وبانتفاءها تنتفي الرجعة.

- إذا كان الطلاق على مال، لأنها لا تدفع له المال إلا وهي تريد أن تفتدي نفسها بما تقدمه من مال، ولا يتحقق الغرض من الافتداء مع ثبوت حق المراجعة.

- ما يوقعه القاضي عند تحقق الضرر.

- إذا انقضت العدة ولم يراجعها.

هذا عند الجمهور أما عند الأحناف فيكون الطلاق بائنا عندهم في الحالات التالية:

- إذا كان الطلاق موصوفا بوصف حقيقي أو سببي أو بأفعال التفضيل التي يدل كل منها على الشدة، مثل أن يقول أنت طالقة طلبة شديدة، أو أنت طالق شديدا حكمها، أو أنت طالق أشد الطلاق أو أكبر الطلاق.

يقول ابن حزم: ولا يكون إذا كان الطلاق مشبها بما يدل على البينونة مثل أنت طالق تطليقة

كالجبل، أو أنت طالق بائن أو البتة.

- إذا كان الطلاق قبل الدخول، أو قبل الخلوة الصحيحة.

- إذا كان الطلاق مقرونا بعوض، كما إذا قال طلقك على مؤخر الصداق.

- إذا كان الطلاق مقرونا بعدد نصا أو إشارة.

- إذا انتهت العدة من الطلاق الرجعي.

- إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات ما عدا ألفاظ الثلاثة التي يقع بها رجعيها وهي

¹ تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 84.

² عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1991، ص 42.

³ سورة الأحزاب، الآية 49.

(اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة) فإن قال أنت خلية أو برية أو حبلك على غاربك أو ألحقني بأهلك تقع طلاقه بآثمة إن نوى الطلاق أو كانت هناك قرينة أو دلالة حالة تدل على ذلك.

أما عند ابن حزم فكل الطلاق ن طلاقاً بائناً أبداً إلا في موضعين لا ثالث لهما¹:

- أحدهما، طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيعاً²﴾

- والثاني: طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة لقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ³﴾

- آثار الطلاق البائن بينونة صغرى :

- بمجرد وقوعه تقع كل الحقوق الزوجية إلا ما كان من نفقة المعتدة وسكنائها.

- لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته، إلا بمهر وعقد جديدين ويشترط رضاها.

- يحتسب من الطلاقات التي يملكها الزوج.

ب/ الطلاق البائن بينونة كبرى: هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج ارجاع مطلقته، لا في عدتها ولا

بعد انتهائها، إلا بعد أن تنكح زوجاً آخر نكاحاً صحيحاً، ويدخل بها دون إرادة تحليل ثم يفارقها بموته أو طلاقه، ثم انتهت عدتها منه، فيعقد عليها الأول بعقد جديد ومهر جديد وإرادة جديدة⁴.

و الحالات التي يقع فيها الطلاق بائناً بينونة كبرى :

- الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق بائناً بينونة كبرى إذا كان مكملًا للطلاقات الثلاث، بان يكون الزوج

قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة بدليل نص الآية السالفة الذكر.

- طلاق الثلاث بلفظ واحد : كأن يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو أنت طالق طالق طالق.

وقد اختلف الفقهاء في وقع الطلاق بالثلاث من عدمه ، فمنهم من قال أنه طلاق مباح لازم وهو

قول الإمام الشافعي ورواية عن الإمام أحمد وأبي ابن حزم الظاهري، أما قولهم طلاق محرم لازم فهو

قول الإمام مالك وأبي حنيفة ورواية عن أحمد ، ويكون الطلاق بالثلاث طلاقاً محرماً ولا يلزم منه إلا

طلقة واحدة نقلاً عن الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف ويروى عن علي وابن مسعود وابن

عباس وروى عن بعض التابعين منهم ، كما أن صيغة الطلاق بالثلاث لا يقع بها شيئاً مطلقاً

وهو قول لبعض المعتزلة والشيعة¹.

¹ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى ، تحقيق أحمد محمد شاكر، لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل، بيروت، لبنان ، دون طبعة وتاريخ طبع ، الجزء العاشر، ص 216.

² سورة الأحزاب، الآية 49.

³ سورة البقرة، الآية 230.

⁴ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق ، ص 177

ثانيا- باعتبار الصيغة: ينقسم إلى طلاق منجز، معلق، مضاف والحلف بالطلاق:

1- الطلاق المنجز: الأصل في صيغة الطلاق، أن تكون بصيغة التنجيز، لأن الطلاق شرع للحاجة، وهي تقضي بالتنجيز، وبناء على هذا الأصل قال بعض الفقهاء: لا يقع الطلاق إلا منجزا.

والصيغة المنجزة هي كل عبارة أ ارد بها الزوج إيقاع الطلاق فور صدورها منه، دون توقف على تحقق شرط، أو مجئ زمن، مثل أن يقول لزوجته أنت طالق، وهو يقع فوار بمجرد التلفظ بعبارته، وتترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعا².

2-الطلاق المضاف: هو ما أضيف وقوعه إلى زمن مستقبل معين، مع إرادة المطلق إيقاع الطلاق، وذلك عند حلول الزمن الذي أضيف إليه الطلاق، مثل قول الزوج لزوجته انت طالق غدا، أو أنت طالق الشهر القادم، وهو يقع عند حلول الأجل الذي أضيف إليه وهذا عند جمهور الفقهاء، أما المالكية فقالوا بوقوعه عند حالا ولا ينتظر له حلول الوقت المضاف إليه لإيقاعه، أما الظاهرية والجعفرية فيقولون بعدم وقوع الطلاق بصيغة الإضافة لا في الحال ولا المستقبل³.

3- الطلاق المعلق: هو الذي ربط وقوعه بحصول أمر في المستقبل بواسطة أداة من أدوات الشرط مثل (إن، إذا، متى، لو)، كأن يقول الرجل لزوجته، إن دخلت بيت فلان فأنت طالق، أو إذا دخلت السوق فأنت طالق.

وقد ذهب جمهور الفقهاء بوقوع الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه أي متى تحقق الشرط في المستقبل، أما الظاهرية والجعفرية فيقولون بعدم وقوع الطلاق المعلق أصلا⁴.

4- الحلف بالطلاق : وهو ما يقصد به الحث على فعل شيء أو تركه دون أن يكون للزوج رغبة في الطلاق أو الوطر كأن يقول بالطلاق لأفعلن كذا أو يقول يلزمني الطلاق إن لم أفعل كذا، أو غير ذلك من التعابير الأخرى المتداولة بين الناس⁵.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقع الطلاق إذا حنث في يمينه، وذهب علي بن أبي طالب و شريح وطاووس وعكرمة، والشيعية الإمامية والظاهرية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية، إلى أن الطلاق بصيغة الحلف (أو الحلف بالطلاق) لا يقع لأن اليمين بغير الله تعالى لا تجوز⁶.

¹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، خرج أحاديثه وعلق عليه خليل مأمون شيحا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، المجلد الخامس، ص 244. وانظر محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، ص 405.

² بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الاسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الأسكندرية، دون طبعة وتاريخ طبع، ص 576.

³ الشوكاني، السيل الجرار، المرجع السابق، ص 408-409 وكذلك الهوتي، المرجع السابق، المجلد الخامس، 296.

⁴ ابن النجار، منتهى الإرادات، مع حاشية المنتهى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1999، المجلد الرابع، ص 298.

⁵ مصطفى إبراهيم الزلي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض، مطبعة العاني، بغداد، العراق، الطبعة الأولى، 1984، ص 291.

⁶ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق، المجلد التاسع، ص 476.

الفرع الرابع: القيود الواردة على الطلاق :

لقد حظي الزواج بحماية بالغة الأهمية من خطر انحلاله وتفككه أو العبث به، كونه ميثاق غليظ شرعه الله لنا وتمثلت هذه الحماية في قيود دينية حالت وتحول دون الإقدام على الطلاق ووجهت الأزواج إلى التفكير والتقدير مليا فيه، وكذا قيود قضائية قانونية استلهمت جل نصوصها من روح الشريعة الإسلامية وما أشكل على القضاء من قضاياها فم رده إلى الشريعة الإسلامية بحسب ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " ومن هاته القيود نجد :

أولا- القيد الديني :

يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تقتيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من ألم فك الرابطة الزوجية¹، فمن ذلك :

أ. شرع الطلاق للحكمة التي اقتضته : يقول سبحانه وتعالى : ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَاذْكُرُوا أَنَّ اللَّهَ نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝٢﴾² فإنه وان كان الطلاق حقا للزوج فيجب ان يكون استعماله بمعروف واحسان، والمعروف ضد المنكر، والإحسان ضد الإساءة، فإذا خالف المعروف في استعماله لحق الطلاق يكون قد أتى منكرا، وإذا خالف الإحسان في استعمال له يكون قد إساء استعماله³ تنص المادة 4 المعدلة من قانون الأسرة 02/05 : "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، وكذلك ما ورد في نص المادة 36 من نفس القانون من واجبات الزوجين إزاء بعضهما البعض لحماية روابط الزوجية، وعدم اللجوء للطلاق إلا للحاجة الملحة ، لأن عقد الزواج عقد أبدي فالقياس أن لا ينهيه أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة إلا لحاجة، فإذا قامت الحاجة فيها، والا بالقياس هو منع الطلاق⁴.

¹ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2010/2009، ص 124 .

² سورة البقرة، الآية 231.

³ الهادي سعيد عرفة، إساء استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، 1989، ص 92.

⁴ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1948، ص 266.

ولكن وان خاف الزوج أن لا يقيم حدود الله مع زوجته تلك، أباح له الشارع إنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق، إلا أن إيقاع الطلاق بغير سبب شرعي حرام ومكروه¹.

ب - قيد العدد والوقت في الطلاق : والقصد من هذا القيد هو تفادي الضرر الذي يزيد على ما ينشأ عن حل الرابطة الزوجية، لأن الطلاق في ذاته مضر للمرأة غالبا، وبعبارة أخرى الضرر المقصود هنا ليس الضرر الذي ينشأ عن وقوع الطلاق مطلقا وإنما هو الذي ينشأ عنهما ضرر بالمطلقة²، ومن ذلك ما ذكره الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة في طهر واحد، أو الطلاق في أثناء الحيض.

ثانيا- القيد القانوني :

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة المعدل بالأمر الرئاسي 02/05 على صور حل عقد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية³.

كما تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، ومعنى ذلك أن محاولات الصلح إلزامية للقاضي، وهي من النظام العام، لأنه لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولات الصلح من عدمها⁴.

بالرغم من أن نصوص قانون الأسرة الجزائري هي نصوص موضوعية ولا تعنى بالشق الإجرائي، إلا أن نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يحمل طابعا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولات الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، ولا فسيكون حكما معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه أنظر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على الطلاق والصلح، ويستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق⁵.

ثالثا- القيد القضائي:

¹ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1968، ص 87.

² خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2012، ص 33.

³ محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 45.

⁴ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 134.

⁵ سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 134.

نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وذلك واضح في المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، ولذلك فإنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق، وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة¹.

ونصت المادة 57 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطبيق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، وينص المشرع في المادة 50 من نفس القانون على أنه: "من أرجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن أرجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وينص كذلك في المادة 51 من نفس القانون: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو يموت عنها بعد البناء". فمن خلال هذه النصوص يمكن القول أن المشرع الجزائري فرق بين فرضين، الأول أن الطلاق الرجعي يثبت بدون حاجة إلى صدور حكم قضائي، أما الفرض الثاني فهو أن الطلاق البائن لا يثبت إلا بحكم قضائي، ويقصد به الطلاق البائن بينونة صغرى، بمعنى أنه لا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة.

فإن كان المشرع ذهب إلى وضع قيود على طريقة إيقاع الطلاق حتى لا يبقى عبثا، إلا أنه بموقفه هذا لو طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا وصدر حكم من المحكمة بإثبات الطلاق قبل انقضاء العدة، فليس للزوج حق المراجعة إلا بعقد جديد وبموافقتها.

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق :

الطلاق في الأصل شرع لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما، وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى للنكاح مصلحة، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد أي مقاصد النكاح، فتغلب المصلحة إلى الطلاق، ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه، فيستوفي مصالح النكاح منه، وهذا المبدأ، أقرته الشريعة الإسلامية في الكتاب و السنة وكذلك ما سار عليه المشرع الجزائري، في أحكام قانون الأسرة، وهذا ما سيتم شرحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: الطلاق في الشريعة الإسلامية - الفرع الثاني: الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول: مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية :

إن مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية هو ما ورد من احكام بخصوص الطلاق، في القرآن الكريم وما جاء في السنة النبوية الشريفة، ما حصل عليه إجماع الفقهاء وما كان من المعقول

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 141.

والمعمول به، ولمشروعية الطلاق حكمة من ذلك، والطلاق تباين آراء الفقهاء في الاصل فيه بين الاباحة والحظر¹، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولاً- مشروعية الطلاق :

وردت أدلة عديدة على مشروعية الطلاق في الإسلام، وفيما يلي عرض لبعض الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

1- من الكتاب:

هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الطلاق ومنها: قوله تعالى ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ²﴾

- قوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا³﴾

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِيَتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُواً وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ⁴﴾

قوله تعالى: ((يَأْيُهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً⁵)

ما أنه في القرآن الكريم سورة كاملة باسم الطلاق، تبين مشروعيته وأحكامه وضوابطه .

2- من السنة المطهرة :

تعددت الأحاديث الواردة في مشروعية الطلاق والأدلة كثيرة في ذلك، فمنها ما وقع منه عليه الصلاة والسلام، ومنها ما قضى فيه بين الناس ومن ذلك :

- الدليل الأول: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال له رسول الله: (مره فلي ارجعها حتى

¹ تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 84.

² سورة البقرة، الآية 227.

³ سورة الطلاق، الآية 1

⁴ سورة البقرة، الآية 231

⁵ سورة الاحزاب، الآية 49.

تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها قبل أن يجامعها، وإن شاء أمسكها، فإنها العدة التي أمر الله¹.

وجه الدلالة: الحديث نص صريح في بيان العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلقوا بها النساء، وهذه العدة لا تكون إلا بعد الطلاق².

- الدليل الثاني: (عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم أرجعها)³. وجه الدلالة: نص الحديث صراحة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم أرجعها، وفي ذلك دلالة واضحة على مشروعية الطلاق⁴.

- الدليل الثالث: عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق)⁵.

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الطلاق مشروع ولا إثم فيه، ومع أنه مباح، إلا أنه من أبغض الحلال عند الله سبحانه وتعالى⁶.

3- من الإجماع :

فقد انعقد الإجماع بين المسلمين من لدن رسول الله إلى يومنا هذا على جواز الطلاق⁷، وطلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم، ولم ينكر أحد عليهم، ولو كان الأمر عكس ذلك لأنكروا عليهم هذا الصنيع، لما عرف عن الصحابة الأبرار من الجرأة في قول الحق، مثال ذلك:

* طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم .

* طلق الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر .

* كان الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كثير الطلاق .

4. من المعقول :

¹ ابن ماجه، المرجع السابق، المجلد الثاني، رقم الحديث 2019، ص 500-501. وانظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، أرجعه قصي الدين محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1947، المجلد التاسع، رقم الحديث 5251، ص 260، قال رسول الله: (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء).

² جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 126.

³ الحاكم، المرجع السابق، الجزء الثالث، رقم الحديث 2797، ص 1056. وانظر الدارمي، الإمام أبي محمد عبد الله بن بهرام الدارمي، سنن الدارمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الأول، حديث 2261، ص 388.

⁴ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 22.

⁵ أبو داود، سنن أبي داود، الإمام الحافظ المصنف المتقن أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، حقق أصوله وخرج أحاديثه أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2001، رقم الحديث 2178، ص 349.

⁶ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 23.

⁷ ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1998، ص 43. وانظر الشريبي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 368.

قد تفسد الحياة الزوجية وتسوء العشرة بين الزوجين ويتعذر الاصلاح بينهما، وفي هذه الحالة لا بد من اختيار أحد الأمور التالية¹:

* بقاء الحياة الزوجية مع البغض والنفور والضعينة .

* بقاء الحياة الزوجية مع التفريق بين الزوجين جسدياً فتصبح المرأة كالمعلقة .

التفريق بين الزوجين بالطلاق، فيغنيهم الله عز وجل من فضله بالزواج من زوج آخر يجد عنده ما افتقده عند صاحبه الأول .

ولا ريب أن الفرقة بالطلاق بينهما هي الأصلح والأنسب، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة و ضرار مجردا بإلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه² .

ثانيا- حكمة مشروعية الطلاق :

لقد اقام الإسلام العلاقة بين الزوجين على أساس المودة والرحمة وشرع الاحكام التي تضمن قوتها واستقرارها واستمرارها فقد ارشدهما الى حسن المعاشرة بالرفق وتبادل الصبر والصبر عن الزلات³، قال تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَجِلُّ لَكُمْ، أَنْ تَرْتُوْا النِّسَاءَ كُرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ))⁴

قال صلى الله عليه وسلم : (لا يفرك مؤمن مؤمنة ان كره منها خلقا رضي منها اخر)⁵

لذلك حرص الإسلام على ان يكون عقد الزواج على سبيل الدوام والتأبيد (لا التأقيت وحرمة نكاح المتعة والنكاح المؤقت) وجعله من العقود الرضائية المبنية على الاختيار المطلق بين الزوجين حتى يؤتي ثماره المرجوة من السكن والطمأنينة والمودة والتعاون ورعاية الأولاد وتنشئتهم تنشئة إسلامية مبنية على الأخلاق الفاضلة⁶ .

لكن بالرغم من أن الشريعة الإسلامية جاءت للحفاظ على الميثاق الغليظ الذي يحمي العلاقة الزوجية من أي تفكك، إلا أنه قد تتباين أخلاق الزوجين، وتطراً البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى فها هنا تظهر الحكمة من تشريع الطلاق كعلاج حاسم، وحل أخير لما استعصى حله على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق، وتنافر الطباع، وتعتقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين⁷ .

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 23.

² ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 234 .

³ تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 31.

⁴ سورة النساء الآية 19.

⁵ مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار صادر، بيروت، لبنان.

دون تاريخ ورقم طبعة. رقم الحديث 3665، ص 538.

⁶ جميل فخري محمد جانم : متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 24.

⁷ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، ص 358.

ولولا الطلاق لعاش الزوجان في حياة ملؤها البغض و الكراهية ولأصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح ، وقيدا من غير رحمة ، لا تثمر ثمراتها ولا تحقق ما أريد منها من إعفاف وشرف وتعاون ومودة¹.

فمن هنا نتبين أن تشريع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له، وأحسن معاملة، وأكرم عشرة²، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾³.

ثالثا- حكم الطلاق :

اختلف الفقهاء في طبيعة الطلاق وهل الأصل فيه الإباحة أم الحظر، لاختلافهم في تفسير الآيات الكريمة التي نصت على كيفية إيقاع الطلاق وهيئته الشرعية، فيرى قسم من الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة، ويرى البعض الآخر أن الأصل فيه الحظر، ولا يباح إلا لعذر مشروع ووجود مصلحة تستوجب إيقاعه، وهو ما سيتم تبينه كالآتي:

1. الأصل في الطلاق الإباحة :

ذهب بعض الفقهاء من الحنفية⁴ والمالكية⁵ والحنابلة⁶ إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة الإباحة لا الحظر، وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره، من الفساد والوقوع في المحرم، وقد استدلوا على ذلك بما يلي⁷:

قوله سبحانه وتعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁸ حيث تدل الآية الكريمة على نفي الاثم والحرَج على المطلق وهذا ينافي الحظر فكان مباحا .

لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁹ حيث تدل هاته الآية كذلك على اباحة إيقاع الطلاق من غير حاجة او سبب و ان الأصل فيه الإباحة لا الحظر .

¹ أحمد فراج حسين، أحكام الاسرة في الاسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998، ص 25.

² أحمد فراج حسين، المرجع السابق 1998، ص 25

³ سورة النساء، الآية 130.

⁴ الكاساني، المرجع السابق، الطبعة الثالثة، ص 121 .

⁵ القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرآن (الجامع لأحكام القرآن) تحقيق سالم مصطفى البدر، دار

الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، المجلد الثالث، ص 110 وما يليها.

⁶ ابن قدامة ، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 234.

⁷ جميل فخر الدين جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، المرجع السابق، ص 42 .

⁸ سورة البقرة، الآية 236.

⁹ سورة الطلاق، الآية 1.

- وقد طلق النبي حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره بأن يراجعها فإنه صوامة قوامة ولم يكن هناك كبر سن ولا ريبة .

كما طلق بعض الصحابة زوجاتهم فقد طلق عمر بن الخطاب ام عاصم وطلق عبد الرحمان بن عوف زوجته تماضر وطلق المغيرة بن شعبة رضي الله عنه نساءه الأربع فقد أقامهن بين يديه صفا وقال: "أنتن حسان الأخلاق ناعمات الأرداف طويلات الأعناق اذهبن فأنتن الطلاق" وروي أيضا أن الحسن بن علي استكثر من النكاح والطلاق بالكوفة حتى قال علي بن أبي طالب على المنبر: "أن ابني هذا مطلق، فلا تزوجه" فقالوا: "إنا نزوجه ثم نزوجه ثم نزوجه" ¹، فلو كان الطلاق محظورا ما أقدم أقدم عليه صحابة رسول الله على تطليق زوجاتهم

لأن الطلاق إزالة الملك بطريق الإسقاط، فيكون مباحا في الأصل كالإعتاق ²، فلو كان الطلاق محظورا ما أقدم عليه صحابة رسول الله على تطليق زوجاتهم .

2. الأصل في الطلاق الحظر:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية ³ والمالكية ⁴ والشافعية ⁵ والحنابلة ⁶ إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، وأنه لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة ⁷ ودليلهم في ذلك ما يلي: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾ ⁸. ان الله عز وجل عد الطلاق من غير مبرر بغيا وعدوانا وفيه ظلم للزوجة .

وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ ⁹. حيث تحت الآية الكريمة الرجال على الصبر وعدم تطليق أزواجهن ان كرهن منهن خلقا او خلقا فإن استقمتم كان اجدر للأزواج بإمساكنهم وعدم تطليقهم.

وقوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾. يتبين من الآية أنه لو كان الطلاق مباحا لما أمر الله ببعث الحكمين مع وجود النزاع، وانما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق،

¹ الدارقطني، الإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 0062.

الجزء ال اربع، ص 10 .

² الكساني، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 95.

³ ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 327. وانظر الكاساني، المرجع السابق، الجزء الثالث ص 95.

⁴ الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون طبعة وسنة طبع، الجزء الثاني، ص 361

⁵ الشربيني، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 307.

⁶ ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد وساعده

وساعده ابنه محمد، طبع بأمر الملك فهد بن العزيز، إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين، ص 225.

⁷ جميل فخر الدين جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 38.

⁸ سورة النساء، الآية 34.

⁹ سورة النساء، الآية 19.

فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة، ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق¹.

- وعن أبي موسى الأشعري قال: قال رسول الله (لا تطلقوا النساء إلا من رغبة فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)²، فالحديث يدل بمفهومه على كراهة التطليق، وتبدل الأزواج، والكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها، فلا يباح الطلاق إلا لضرورة، والضرورات تقدر بقدرها³.

- عن ابن عمر قال: قال رسول الله (أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق)⁴، وفي رواية أن رسول الله الله قال (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق)⁵، أي بمعنى أبغض المكروهات إلى الله تعالى هو الطلاق⁶.

- عن ثوبان قال: قال رسول الله (أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة)⁷.

غير أنه ومن خلال الأدلة السابقة لا يباح إلا للضرورة الملحة له وذلك نظرا للأضرار والمفاسد المترتبة عليه لقول الإمام الشاطبي: فإن المباح ضربان، أحدهما أن يكون خادما لأصل ضروري أو حاجي أو تكميلي، والثاني أن لا يكون كذلك، فالأول قد يراعي من جهة ما هو خادم فيكون مطلوباً محبوباً ومحبوفاً فعله ...، والثاني إما أن يكون خادماً لما ينقض أصلاً من الأصول الثلاثة المعتبرة أو لا يكون خادماً لشيء كالطلاق، فإنه ترك للحلال الذي هو خادم لكل إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري، ولإقامة مطلق الألفة والمعاشرة، واشتباك العشائر بين الخلق وهو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر خرماً لذلك المطلوب ونقضاً عليه، كان مبغضاً، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لمعارض أقوى كالشقاق وعدم إقامة حدود الله⁸.

الفرع الثاني: الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تنحل الرابطة الزوجية في القانون الجزائري بالطلاق أو الوفاة (المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري)، والطلاق هو حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج المنفردة (المادة 48 من ق.أ)، أو بطلب من الزوجة بواسطة القضاء (المادة 48 من ق.أ)، أو بسبب نشوز أحد الزوجين (المادة 55 من ق.أ)، أو

¹ السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، انحلال عقد الزواج، منشورات الجامعة الأردنية، 1415هـ، ص 37.

² الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، العراق، باب قطعة من المفقود، 1404 هـ، حديث رقم 1571، ص 167.

³ عبيد شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، 1428 هـ، ص 155.

⁴ أبو داود، المرجع السابق رقم الحديث 2178، ص 349.

⁵ نفس المرجع، رقم الحديث 2177، ص 349. والحاكم، المستدرک، المرجع السابق، رقم الحديث 2794، ص 1055.

⁶ السرطاوي، محمود علي، نفس المرجع، ص 38.

⁷ أبو داود، نفس المرجع، رقم الحديث 2226، ص 367 - 368.

⁸ الشاطبي، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، طبعة دون تاريخ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص 128.

بالمخالعة وهي الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء ما قدمه لها في الزواج وخسارته بالطلاق (المادة 54 من ق.أ).

على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ويعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين (المادة 56 من ق.أ). ولا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر (المادة 49 من ق.أ).

هذا ويمكن مراجعة الزوجة أثناء محاولة الصلح بدون عقد جديد، غير أنه إذا ارجعها الزوج بعد صدور الحكم بالطلاق، وجب عليهما إبرام عقد جديد (المادة 50 من ق.أ)، كما أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء (المادة 30 و 51 من ق.أ).

على أن المشرع الجزائري لم يهمل جانب المرأة وحققها في حالة تعسف الزوج في الطلاق، فقرر للمطلقة التعويض على الضرر اللاحق بها.

ولقد جعل القانون الجزائري الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن هنا، فإن القانون الجزائري قد أعطى للزوج حق الطلاق و لم يحرم الزوجة منه، وذلك أنها تستطيع أن تطلب التطليق من القاضي، إذا ما أساء الزوج عشرتها أو قصر في واجباته نحوها، وذلك حق لها في الشرع الاسلامي، كما أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما، فيجوز ذلك في نظر المشرع الجزائري¹.

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في الطلاق

¹ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 216-218.

التعسف في استعمال الحق مصطلح حديث وجديد إذ يعتبر وافدا جديدا من الفقه الغربي، وهذا لا يعني إغفاله نهائيا، لذا فقد حاول الفقهاء المتأخرين تعريف التعسف تعريفا جامعاً، فبعضهم يرى أنه تطبيق لفكرة المجاوزة بينما يرى آخرون أنه صورة مستقلة عن فكرة المجاوزة.

كما حرصت الشريعة الإسلامية على تنظيم شؤون الحياة وفق غايتين أساسيتين وهما مصالح الافراد والجماعات، فجعلت للحق وظيفة مزدوجة فردية وجماعية، واعتبرت أي خلل يلحق التوازن بين حق الفرد وحق الجماعة هو من قبيل التعسف، ورغم أصالة نظرية التعسف في الشريعة الإسلامية، فإن الفقهاء قد اختلفوا في إيجاد حدود لها، فبينما يراها بعضهم أنها تجاوز للحدود الموضوعية للحق، يراها البعض الآخر أنها التعدي بطريق التسبب، وآخرون يجعلونها صورة مستقلة عنهما.

والطلاق الذي يترتب عليه ضرر أو بالأحرى الطلاق التعسفي، فهو نوع من الطلاق تدخل تحته صور كثيرة لا يمكن حصرها، فأي نوع من أنواع الطلاق ترتب ضرر للطرف الآخر سواء كان رجلاً أو امرأة وجب التعويض، والقانون لم يحدد نوعاً معيناً من الطلاق الموجب للتعويض، فالقانون وضع الأساس والمبدأ العام، وترك للقاضي تقدير هل هذا الطلاق ترتب عليه ضرر أو لا. فمسألة وقوع الضرر الناتج عن الطلاق هي مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع.

وللإحاطة بمفهوم التعسف في استعمال الحق في الطلاق، وكذا تقييم الضرر الناتج عن ذلك تعين تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: التعسف في الطلاق

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي

المطلب الأول: التعسف في الطلاق :

لقد جعل المشرع الجزائري الطلاق يخضع لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي وإدراك وإرادة واختيار، بعيدا عن التعسف أو سوء استغلال حق الطلاق، وللإحاطة بالمفهوم العام للطلاق التعسفي لابد من إدراج تعريفا له، وكذا توضيح معايير لقياس درجة التعسف في الطلاق مع تقديم صور وحالات للطلاق التعسفي، وهذا ما سوف يكون في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي - الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي

الفرع الثالث: صور وحالات الطلاق التعسفي

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي :

من المقرر شرعا وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، في الاصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعاً من غير تعسف فيه وأحدث ضرراً للغير فلا تترتب عليه المسؤولية¹. والطلاق حق للزوج، وعلى كل زوجة أن تعي أن لزوجها حق طلاقها متى كان ذلك لازماً، فإذا استعمل الزوج حقه فيه فلا يكون ضامناً مبدئياً، أي لا يلتزم بتعويض زوجته إلا إذا تجاوز حدود حقه، فعندئذ يكون ضامناً ويلتزم بتعويض زوجته، لأنه يكون بذلك قد تعسف في استعمال حقه، وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 52 من قانون الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المذكور أعلاه لم يبين متى يكون الطلاق تعسفياً مما يستوجب الرجوع فيه إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق. ويعد الزوج متعسفاً في طلاقه في ثلاث حالات:

- إذا أوقع الطلاق بقصد الإضرار بزوجه، وهذا يتطلب توفر نية الإضرار لدى الزوج وثبت نية الإضرار بكافة وسائل الإثبات²، كأن يتبين مثلاً أن الزوج طلق زوجته في مرض الموت ولم تكن في الطلاق فائدة أو مصلحة تعود عليه بالنفع فهو يطلق زوجته لحرمانها من الميراث، فهنا يكون متعسفاً لقصد الإضرار بزوجه، وبالتالي يجب عليه تعويضها، أما إذا طلقها بسبب مرضه هو مثلاً مرضاً معدياً وهؤلاء يريد معاناتها بسببه فينتفي قصد الإضرار، فلا يكون متعسفاً في طلاقه ولا يدفع بالتالي تعويضاً.

- ويكون الزوج متعسفاً في طلاقه في حالة ما إذا كان من طلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ لزوجه، فلو تبين أن مصلحة الأسرة أهم وأولى من مصلحة الزوج في الطلاق، اعتبر الطلاق تعسفياً، فلو طلق الزوج زوجته مثلاً لكونها لا تنجب إلا الإناث وهو يريد الزواج ثانياً من امرأة أخرى لعلها تنجب الذكور، ففي هذه الحالة يجب على الزوج تعويض زوجته. أما إذا طلقها لأنها عقيم لا تنجب أبداً وهو يريد الذرية، فإن فائدة الحصول على الذرية كبيرة بالنسبة للضرر

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 222.

² علي فيلاي وحמיד بن شنيقي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 99/98، بن عكنون، الجزائر، ص 50.

الناشئ للمطلقة، فطلاقه غير تعسفي ولا يلتزم بالتعويض والعبرة هنا لا تكون بنية الزوج وإنما بسلوكه الذي يقدر بالرجوع إلى السلوك المألوف للرجل العادي¹.

- ويعد الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان الغرض من طلاقه الحصول على فائدة غير مشروعة، كأن يطلقها لغير عذر إلا لكي ينتقم من أخيها إذا فاز عليه في مقابلة ملاكمة مثلا، فهنا يجب عليه التعويض لزوجته، أما إذا طلقها لواجب الجهاد وهو يعلم أنه سيبطئ ولا يريد أن يذرهما كالمعلقة، فلا تعسف في طلاقه، وبالتالي لا تستحق الزوجة تعويضا ويعتمد هنا أيضا على معيار سلوك الرجل العادي (الذي لا يسعى على الحصول على فائدة غير مشروعة تحت ستار استعمال حق من حقوقه)².

أما بالرجوع للتطبيقات القضائية، فالمتعارف عليه قضاء أن الطلاق يكون تعسفيا متى طلق الزوج زوجته دون رضاها ودون سبب أو ذنب منها، أو كما يقول الدكتور تقيّة عبد الفتاح إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع إليه³.

فالزوجة بعد زواجها من زوجها وعيشها معه مدة وعشرتها له وربما إنجابها معه أولادا، إن طلقها الزوج دون أن يصدر أي خطأ منها يكون الزوج في نظر القضاء قد تعسف في طلاقه، لأنه أفسد على الزوجة حياتها الزوجية وهدم بطلاقه ما بنته من عش زوج، ونقص عليها فرصة الاستمتاع بحياة زوجية مستقرة ودائمة، فيكون بهذا ملزما بتعويضها طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة.

ولهذا ذهب رأي بعض الفقه، حيث يقول الدكتور محمود محمد علي: (أن الذي ينبغي اختياره والعمل به على ما نرى أن الزوج إذا طلق زوجته بغير سبب يقتضي الطلاق بأن لم تكون هنالك ضرورة تلجئه إلى هذا الطلاق، فإنه يكون مسيئا في استعماله لحق الطلاق متجنبا على زوجته من حيث أنه قد فوت عليها الطمأنينة على نظام حياتها في كنف زوج يراها ويحافظ عليه. فالقضاء لها بالتعويض حينئذ واجب لجبر الصدع الذي أصابها من الطلاق بلا جريمة ارتكبتها تمشيا مع القول بأن الاصل في الطلاق الحظر⁴.

ويبرر الدكتور قوله هذا بأن التعويض وسيلة رادعة لهذه الفئة من الأزواج الذين يتعسفون في الطلاق سعيا وراء تغيير الزوجات، واستبدالهن بزوجة تلو الأخرى بدافع الأنانية ودون مراعاة لمشاعر المرأة. ويعتبر القضاء طلاقا تعسفيا كلما وقع بدون سبب، أو كلما توفرت فيه حال من الأحوال الثلاثة المذكورة بموجب نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، فإنه يحكم للمطلقة بالتعويض.

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي :

يمكن تطبيق المعيارين، المعيار الشخصي الذاتي والمعيار الموضوعي للتعسف في الطلاق على النحو الآتي :

¹ علي فيلاي وحديد بن شنيقي، المرجع السابق، ص 51.

² نفس المرجع، ص 52.

³ تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص

57

⁴ ابن الهمام، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 22.

أولا- المعيار الذاتي للتعسف في الطلاق: وذلك

- 1- بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد الإضرار بغيره¹.
- 2- وثانياً بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد ترتيب أثر لم يشرع له الطلاق، كأن يطلق زوجته حين احتضاره، بقصد منعها من مي أرثه بعد موته².

ثانيا- المعيار الموضوعي للتعسف في الطلاق وذلك³:

- 1- أولاً بتفاهة المصلحة الحاصلة من الطلاق نسبة إلى الضرر المترتب عليه، ومثاله أن يكون المطلق ممن يهوى تزوج النساء والانتقال بينهن، ولا يتم ذلك إلا بتطليق زوجته والزواج بأخرى.
- 2- وثانياً بأن يكون للمطلق مصلحة معتبرة ومسوغ لطلاقه، مثل استحالة الحياة الزوجية، ولكنه يختار طريقاً لإنهاء الحياة الزوجية أكبر ضرراً من غيره، ومثاله: أن يطلقها حتى إذا اعتدت و قاربت عدتها على الانتهاء أرجعها ثم طلقها أخرى، ليطيل أمد عدتها .
- 3- وثالثاً بتعارض مصلحة المطلق في طلاقه مع المصلحة العامة، مثل أن يكون الزواج الذي يراد حله قد أثمر عدداً من الأولاد، يؤدي الطلاق إلى إفقادهم المحضن الطبيعي والأساسي للتربية السليمة وهو الأسرة، ويجعلهم أكثر قابلية للانحراف والجريمة في المستقبل، وهو ما يلحق أشد الضرر بالمجتمع. ومما سبق يمكن استخلاص معايير خاصة بالطلاق التعسفي على النحو التالي :

أ- انتفاء سبب مشروع: وهذا المعيار يشمل حالة قصد المطلق الإضرار بغيره، وهو سبب محرم غير مشروع، كأن تكون الحياة الزوجية مستتبة لا نزاع فيها ولا كراهية ثم يوقع الزوج الطلاق إضراراً بالزوجة بدافع الانتقام من أهلها مثلاً.

ويشمل أيضاً الطلاق الذي تتعارض فيه المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، لأنه يمكن القول بشكل عام: إن الطلاق يتعارض مع المصلحة العامة، لأنه يهدم لبنة من لبناته إلا إذا كان هناك سبب مشروع له، كأن استحالت الحياة الزوجية وتعين الطلاق حلاً بعد فشل كل طرق الإصلاح، إذ الأفضل في مثل هذه الحالة أن يتفرقا، ويبني كل منهما حياة جديدة، ويأمن المجتمع الفساد الكبير الذي كان سيلحق به نتيجة نشوء الأولاد في مثل تلك الأسرة لو بقيت، وبالتالي فمتى كان الطلاق دون مسوغ مشروع تعارض مع المصلحة العامة .

ب- وجود سبب تافه وهذه تشمل حالة تفاهة المصلحة الحاصلة من الطلاق نسبة إلى الضرر المترتب عليه، كأن تكون للرجل شهوة الانتقال بين النساء بالإكثار من النكاح والطلاق، وهو مسوغ تافه غير مشروع، ولا يتناسب مع الضرر الناتج عن الطلاق، وكأن يطلق المطلق زوجته استجابة لرغبة زوجة أخرى له.

¹ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 203.

² بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 35.

³ المرجع نفسه .

والفرق بين هذا المعيار وسابقه : أن السبب السابق هو غرض محرم في ذاته، أما في هذا المعيار فهو غير محرم في ذاته لكنه تافه.

ج- التحايل على مقصد الشارع من شرع الطلاق: وذلك بأن يقصد أثرا من الآثار التي رتبها الشارع على الطلاق، وليس هو الغرض الأساسي من شرعه، وفي الغالب أن يكون قصده من ذلك إلحاق الضرر بغيره، مثل بت الزوجة في مرض الموت لحرمانها من ميراثها¹.

ثالثا- ضابط السبب المشروع

بعد أن خالصنا إلى تحديد معايير خاصة بالطلاق التعسفي، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن بخصوص هذه المعايير: ما ضابط السبب المشروع الذي يجيز حل الرابطة الزوجية؟ بحيث لا يعد الطلاق تعسفيا؟

يرى الزحيلي أنه لا يمكن وضع ضابط للمسوغ المشروع في الطلاق، لأن أسباب الطلاق إما موضوعية عامة مثل عدم الإنجاب، أو شخصية ذاتية مثل البغض وعدم كفاءة الزوجة أو عدم التوافق في الطباع، والأسباب الشخصية الذاتية هي الغالبة، وهي أسباب لا يمكن ضبطها ولا إخضاعها إلى مقاييس واضحة يمكن القضاء فيها، ويخلص القول أن التعسف في الطلاق ينحصر في نطاق محدود جدا، لا يستحق التضخيم في البحث وفي القوانين².

وتقول ساجدة عفيف عتيلى، لا نوافق على ما خلص إليه الزحيلي³، ونرى أنه وإن كانت كثيرة من أسباب الطلاق شخصية ذاتية، إلا أنه يمكن وضع ضوابط ظاهرة وواضحة للمسوغات المشروعة والمسوغات غير المشروعة، مثل أن يقال : كل طلاق لا يستند طرق الإصلاح يعد طلاقا تعسفيا، لأنه حتى ولو كانت أسباب الطلاق شخصية ذاتية، فلا تمنع من استنفاد طرق الإصلاح، فإذا تجاهل الرجل هذه الطرق أو تجاوزها، كان ذلك قرينة على تعسفه، ومثل الأخذ بتوصية لجنة الإصلاح من خلال ما عاينته من وقائع، وهل يعد الطلاق تعسفيا أم لا، وقد يظهر سبب غير معقول للطلاق تثبته الوقائع فيعد قرينة على التعسف، مثل أن يعلق الزوج الطلاق على فعل الزوجة لشيء أو امتناعها عنه.

وليس صحيحا أنه لا يمكن الوقوف على المسوغات وتحديد مدى مشروعيتها ومعقوليتها، لأن هذه الأسباب وإن كانت ذاتية لا يمكن الحكم فيها بذاتها، إلا أنه يمكن الحكم على الوقائع الناتجة عنها وانطباعات لجنة الإصلاح حين تتدخل، إذ قد يظهر بوضوح وجود سبب معقول لحل الرابطة الزوجية أو عدم وجود مثل هذا السبب، وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقِيَمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁴

¹ أبو هاشم توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، بدون تاريخ،

الجامعة الأردنية، عمان، ص 105.

² محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1418 هـ، ص 60.

³ ساجدة عفيف عتيلى، المرجع سابق، ص 98-99.

⁴ سورة البقرة، الآية 229.

حيث ربط جواز حل الرابطة الزوجية من خلال المخالعة بظهور ما يخيف الجماعة أو الحاكم من عدم إقامة حدود الله.

الفرع الثالث: صور وحالات الطلاق التعسفي :

- إذا أردنا معرفة متى يكون الطلاق تعسفيا في نظر القضاء، كون المشرع الجزائري لم يحدد صوار له¹، فلقد ذكرت الدكتوراة حنيفة لويضة خمس حالات للطلاق التعسفي في نظر القضاء وهي²:
1. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر شرعي: فلو ادعى الزوج مثلا أن الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها والمكوث بالبيت، فالقاضي لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج اشترطه عليها في عقد الزواج، فيحكم القاضي هنا بتعسف الزوج.
 2. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر منطقي: وهذا يعني أن السبب الذي أسس عليه الزوج طلاقه مبالغ فيه وبالتالي غير منطقي.
 3. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر جدي: إذا لم يقدم الزوج أسبابا جدية أو موضوعية تبعد عنه مسؤولية الطلاق، كأن يعتبر مثلا أن زوجته لم تعد تحترمه أو أنها تفعل ما يمس كرامته، وهنا يتوقف الأمر على الاقتناع الشخصي للقاضي عند الحكم بقبول أو رفض المبرر.
 4. عندما يكون الطلاق غير مبرر: أي أن الزوج لم يقدم أي سبب على الإطلاق، ونرى هنا أن الزوج يعتبر متعسفا حتى وإن كان له سبب لم يشأ إظهاره للمحكمة.
 5. عندما يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: أي أن الزوجة لا ترغب في الطلاق فيعتبر الطلاق تعسفيا بشرط أن لا تكون الزوجة قد ارتكبت خطأ من جانبها.
- فمن خلال هذه الصور المذكورة للطلاق التعسفي، فقد يتخذ صوار عديدة غير التي ذكرت، إلا أنه يمكن حصرهاته الصور في صورتين أساسيتين طاغيتين في الطلاق التعسفي، وهما الطلاق من غير سبب مشروع والطلاق المريض مرض الموت كتحايل على مقصد الإسلام من شرعه³.
- وسواء أحطنا بجميع صور الطلاق التعسفي أو لم نحط بها، وعدا ما علمنا من حالات فإن الأمر بالدرجة الأولى يرجع إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي كلما ثبتت لديه حالة تعسف الزوج في الطلاق، وهاته الصورتين هما كالآتي⁴:
- الطلاق لسبب غير مشروع
 - الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار

¹ غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011، ص 27.

² Hanifi louiza, la dissolution du lien conjugal du vivant des époux, thèse doctorat, université d'alger, 2008, p78

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 146.

⁴ بلبلولة بختة، أثر فكرة التعسف على استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص 100.

أولا- الطلاق لسبب غير مشروع :

الطلاق إن كان حقا للزوج يستعمله بإرادته المنفردة فإنه ليس مطلقا، وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول يكون قد استعمل حقه، ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء أكان هذا الضرر ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها، وتركته بسبب الزوج، أم أدبيا كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها¹.

وقد نص القانون السوري على هذه الصورة في المادة 1/117 المعدلة عام 1985 : "إذا طلق الرجل زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول"

وقد تضمن هذا التعديل عام 1985 أمرين : الأول عدم تقييد الزوجة بكونها فقيرة، والثاني جعل التعويض مقدار ثلاث سنوات، بدلا من سنة، ومستند هذا الحكم الجديد، هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج².

والذي أراه أن المبرر المعقول يراد به السبب المقبول شرعا الذي يبرر الطلاق الزوج، وإنما طلاق التعسف يكون لسبب غير مقبول، كمجرد الخلاص من الزوجة أو الانتقام منها أو تعريضها للفاقة أو البؤس، أي لمجرد قصد الإضرار بالزوجة، وبما أن المشرع الجزائري لم يعدد حالات طلاق التعسف، فيبدو أنه أراد ترك ذلك لتقدير القاضي.

يقول في هذا الشأن، الأستاذ عبد العزيز سعد: "ولكن ما يهمنا هنا هو ما ورد في المادة 52 من قانون الأسرة من أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر إذا تبين له مما يعتمد عليه الزوج في مبررات الطلاق، أن هذا الزوج قد تعسف في طلبه الطلاق تعسفا ألحق ضرارا بالزوجة"³.

ومعنى هذا الكلام هو أن الحكم على الزوج المطلق بالتعويض لزوجته في إطار تطبيق الفقرة 1 من المادة 52 من قانون الأسرة حيث يتطلب شرطين⁴ :

أولهما: أن يثبت القاضي أن الزوج طالب الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة ولا دفعا لضرر من الزوجة وإنما لنزوة شخصية أو بقصد الإضرار بالزوجة ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها للتفرغ للزواج من غيرها مرة ثانية أو ثالثة، أو يطلقها لأنها رفضت أن تهئ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى، وثانيهما: أن يلحق ضرر حقيقي بسبب طلاقها⁵.

¹ أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967، ص 78.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الأحوال الشخصية، أحكام الأسرة، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص 7065-7066.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 305.

⁴ بلبولة بختة، المرجع السابق، ص 101.

⁵ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12/11/1982، ملف رقم 28784، م.ق. 1986، عدد 2، ص 36.

وقد جاء في قضاء المحكمة العليا ضمن مبادئ الاجتهاد القضائي التي قررتها بما يلي: "من المقرر شرعا وقانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض سائر توابع العصمة"¹.

لقد صرح منطوق القرار بان للزوجة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع فك العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، وعليه دل هذا القرار على أن الطلاق غير المبرر هو صورة من صور الطلاق التعسفي الذي تبينه المادة 52 من قانون الأسرة واكتفت بذكر عبارة تعسف الزوج، وتركت تكييف حالة الطلاق كونه تعسف أم لا للقاضي، فعلى الزوج أن يثبت أن لطلاقه سبب معقول او مبرر مقبول حتى يكون طلاقه صحيح غير متعسف فيه.

هذا وان تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث قضت بان حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية، وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي، ولحالة الزوج المالية، وللقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار"². ونخلص إلى أن القانون الجزائري لم يبين حالات طلاق التعسف، ولكن القضاء تولى تكييفها، وحسب ما ورد في الاجتهاد القضائي الجزائري فإنه اعتبر الطلاق دون مبرر معقول صورة من صور التعسف في الطلاق الذي ألحق ضرار بالزوجة، وبالتالي يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عادل للزوجة عما تتكبده من أضرار حسب وسع الزوج وسلطة القاضي التقديرية، ولا يدخل في تقدير التعويض كون الزوجة غنية أو فقيرة ، وانما يقدر التعويض حسب ما لحق الزوجة من ضرر من جراء الطلاق التعسفي.

وقد جاء في قضاء محكمة النقض السورية قرارات عدة في هذا الشأن، نذكر منها: "يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج"، وفي قرار آخر صرحت فيه أنه على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق ونصت فيه: "لما كان على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف وبيان سبب صحيح للطلاق وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف لأنه نفي مطلق لا يمكن إقامة البينة عليه"³. كما اعتبرت محكمة النقض السورية عقم الزوجة سببا مبررا للطلاق ينفي عن الزوج قصد التعسف.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق ، ص 75.

² ابن ماجه، المرجع السابق، رقم الحديث 2341، ص 741.

³ قرار الغرفة الشرعية 195 رقم 294، ب 28/05/1960، عن طريق عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، ص ...

وقد جاء في إحدى القرارات الاستئنافية لدولة الأردن: "إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا، ويعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع، ولا تكلف المطلقة لإثبات التعسف في الطلاق، وإنما الذي يكلف للإثبات هو المطلق، إذا ادعى لطلاقه سببا مشروعاً، وأنكرت الزوجة ذلك"¹. والمقصود بهذا الحكم أنه إذا كان سبب الطلاق مشروعاً ومقبولاً، فلا مجال للقول بطلاق التعسف وإذا ثبت أن للطلاق سبب غير مشروع، فعلى الزوج المطلق أن يثبت أن لطلاقه سبب مشروع ولا ثبت تعسفه وقد جاء قرار لمحكمة النقض السورية مؤكداً نفس المعنى جاء فيه ما يلي: "إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً".

ثانياً- الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار:

مرض الموت عارض سماوي يصيب الإنسان فيؤثر في قواه البدنية، ويترتب عليه شرعاً تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته، لأنه قد يتصرف وهو مريض تصرفاً يقصد به إضراراً بدائناً أو هروباً وفراراً من وارث، فاقتضت المصلحة إعطاء كل ذي حق حقه، حيث لا ضرر ولا ضرار، حيث يعيننا من تصرفات المريض هنا طلاقه²، فسأعرض أولاً لمفهوم مرض الموت ثم لأحكام الطلاق في مرض الموت وهي كالاتي :

1- تعريف مرض الموت :

فسأستطرق أولاً لتعريف الفقهاء لمرض الموت ثم ابحت في تعريفه قانوناً وقضاء

أ- تعريف الفقهاء لمرض الموت

لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت كما يلي :

- فقد قال الحنفية في مرض الموت أنه: "المرض الذي أضى المرء وأعجزه عن القيام بحوائجه فأما من يجيء ويذهب بحوائجه فلا"³.
- وعرفه المالكية بأنه: "المرض المخوف الذي يتصل بالموت"⁴.
- وعند الشافعية مرض الموت هو: "كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل كل ما اتصل به الموت"⁵.
- أما عند الحنابلة فهو: "ما كان سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده"⁶.

¹ أحمد محمد علي داوود، "القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999، الجزء الأول، ص 210-211.

² أحمد فراج حسين، المرجع سابق، ص 120.

³ ابن مود، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ، ص 519.

⁴ أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 هـ، الجزء الأول، ص 258.

⁵ شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1404 هـ، الجزء السادس ص 61.

⁶ الهوتي، منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402 هـ، الجزء الرابع، ص 323.

- فيتين من خلال هذه التعريفات أنه لابد من تحقق أمرين لاعتبار المرض مرض موت¹ :
- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت غالبا.
 - أن يعقبها الموت فعلا، أما من صح بعدما انتكس فلا يعد مرضه الأول مرض موت.

ب/ تعريف مرض الموت قانونا وقضاء :

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له².

فقد ورد في قانون المواريث المصري رقم 77-1943 في المادة 11 منه ما نصه: "تعتبر المطلقة بائنا في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات في ذلك المرض وهي في عدته". وجاء في القانون المدني الأردني في المادة 543 منه فيما يتعلق بمرض الموت من أنه: "المرض الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".

وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت، إلا أن القضاء من خلال المجلس الأعلى اجتهد في الإحاطة بمفهوم مرض الموت من خلال قراره الصادر بتاريخ 1984/04/09، حيث استقر اجتهاده على أن: "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف"³.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/06/15 إلى إبطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء في قرارها "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير والمخيف والذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية"⁴.

فعلى الرغم من أن الموت والحياة بيد الله سبحانه وتعالى إلا أنه في حدود معرفة العقل البشري، فإن الرمد والرشح وغيرهما من الأمراض العادية لا يغلب فيها الموت، بخلاف أمراض سرطان الدم أو الدماغ، فهذه أمراض ينذر الشفاء منها، إن لم يكن متعذركلية، وتعتبر هذه المسألة من الأمور الفنية التي يرجع الفصل فيها لأهل الاختصاص من الأطباء، وقد اجمعوا على أن مرض الإيدز لا يبقى على وتيرة

¹ ساجدة عفيف عتيلى ، المرجع سابق، ص 69 .

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 149 .

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/08/09، ملف رقم 33719، قرار غير منشور، منقول عن بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 244 .

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2005/06/15، ملف رقم 014813، نشرة القضاة عدد 59، ص 231 .

واحدة، بل هو في تزايد مستمر وحالة المريض تتطور إلى أسوأ فإن مرور السنة على الإصابة به لا ينفي كونه مرض موت¹.

ومع ما وصل إليه العلم الحديث فإن أري الطبيب هو الذي يميز بين الأمراض، وأياها يقبل الشفاء، وأياها أدى إلى الموت، وتحديد ما إذا كان سببا للوفاة أم لا².

ويلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه من كان صحيحا وفي حالة يتغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل في براءته، وأودع السجن لتنفيذ العقوبة بالفعل، ومن كان أسيرا في دولة أجنبية عرف عنها قتل الأسرى، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج وتغلب فيها اليأس على الرجاء، فكل هذه الصور يعامل صاحبها معاملة المريض مرض الموت ويحكم على تصرفاته بحكمه³.

ج. أحكام طلاق المريض مرض الموت :

إن تصرفات المريض مرض الموت لها أحكامها الخاصة بها، غير أنه ما يهم في هذا البحث هو الطلاق في مرض الموت والذي سيتضح من خلال شروط طلاق المريض مرض الموت وكذا الآثار المترتبة على هذا الطلاق :

1- شروط اعتبار المريض مرض الموت فارا من ارث مطلقته :

الطلاق حق للزوج يوقعه في أي وقت إذا وجد ما يقتضيه، صحيحا كان أو مريضا ما دامت أهليته للتصرف موجودة .

وعليه وبناء على مراجعة شرعية لأراء وأفكار الفقهاء المسلمين، يمكن القول بأنهم أجمعوا على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت وعلى التوارث أثناء عدة الطلاق وأنهم قد اختلفوا على مدة وزمان وإمكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن⁴ ففي حين يرى الحنفية⁵، أن من طلق زوجته في مرض الموت، ومات قبل أن تنتهي عدتها يعتبر فارا من مي ارثها وترثه في هذه الحالة، وألحقوا به كل من كان صحيحا في حالة يغلب فيها الهلاك عادة، كالمحكوم عليه بالإعدام ولا أمل له في البراءة، أو حجز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائنا وتوفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف الأول أو في موضع الخطر، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب، أو كان في بلد ضربته الوباء، أو إذا توفي في هذه الحالة، أما إذا توفيت هي في العدة فلا يرث منها لأنه فوت على نفسه الي ارث بهذا الطلاق.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لطلاق المريض مرض الموت، وإنما ذكر في المادة 130 من قانون الأسرة على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة

¹ محمد احمد البديرات، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقہ الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، سنة 2006، ص 68.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع سابق، ص 152.

³ الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 219.

⁴ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982، ص 277.

⁵ محمد سويد، المذاهب الإسلامية الخمسة والمذهب الموحد، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان، 1995، الطبعة الأولى، ص 205.

الطلاق الرجعي استحق الحي منها الإرث" والملاحظ أن هذه المادة لم تذكر حالة طلاق المريض مرض الموت، وعليه يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص".

ويشترط العلماء لاعتبار المريض فاراً من إرث زوجته خمسة شروط :

- أن يطلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً أن الطلاق الرجعي يثبت فيه الحي إرث دائماً سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة.
- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة، لا يستحق مي إرثاً لعدم تحقق الفرار منه.
- أن تستمر اهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة.
- أن يموت والمطلقة في العدة، فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية وأثارها.
- أن يكون طائعاً مختاراً غير مكره.

وبما أن القانون الجزائري لم يورد نصاً بشأن طلاق المريض مرض الموت، وعليه نطبق أحكام الفقه المالكي الذي يرى بان الزوجة ترث زوجها لو طلقها في مرض الموت، ولو انقضت العدة وتزوجت بغيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها، ولا يرثها هو إذا ماتت، لأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث¹.

وقد ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية العدد الخاص أن الطلاق في مرض الموت جائز ما عدا حالة الحرمان من الميراث، وقد جاء فيه: "إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث". وخلاصة القول ان المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً، ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته، لأنه يقصد حرمانها من حقها في الميراث، وهذا ما يسميه الفقهاء بطلاق الفار من الميراث الذي يجب أن يعامل بنقيض مقصوده، كالقاتل لورثته الذي حرمه الشرع من ميراثه، ولكن بشرط ان تستمر اهليتها من وقت الإبانة من الطلاق إلى موت الفار من الميراث بمعنى انها تكون مستحقة للميراث.

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق دون سبب، ولعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم أو ندرته، وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت أو لترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب وعن ظلم المرأة.

ولكننا نجد أن عامة الفقهاء، قرروا بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة²، لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق، وتنهى عن وقوعه لغير سبب مشروع، ولأن فيه كفران لنعمة النكاح الذي

¹ أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 319.

² مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، 2009، المجلد الأول، ص 19.

تعلقت به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله عز وجل ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾¹.

البغضاء واستفحال الخلافات وعدم إقامة حدود الله، ونحوها من الأسباب، فإن لم تكن الحاجة المبيحة له شرعا بقي على أصله من الحظر، كما فيه من إضرار للمطلق وزوجته وأولاده، واعدام للمصلحة الزوجية، لقوله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْنَ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾² أي لا تطلبوا الفراق، مما يدل على أن من طلق زوجته لغير حاجة ودون سبب مشروع، فقد أضر بزوجه وأهلها والمجتمع، وهذا النوع من الفساد لقوله عز وجل والله لا يحب الفساد، ولقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)³، كما أنه قد ناقض قصد الشارع من مشروعية الطلاق، وبذلك يكون متعسفا في استعمال حق الطلاق.

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي، فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي شرعه الله عز وجل، لأنه بذلك يكون قد أضر بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع، والضرر ممنوع، كما أنه قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق والمناقضة تعسف.

فقد قيل في هذا الصدد: "يؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة، أو مسوغ شرعي، أثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده". وما جاء على لسان عبد الفتاح عايش عمرو قوله: "إذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي ولغير حاجة يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه".

المذهب الثاني: ذهب بعض الفقهاء المحدثين، إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع، لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول إنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه حق الزوج له حرية الإرادة في التصرف فيه.

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي

من أجل إعطاء مفهوم كامل وشامل للضرر عن الطلاق التعسفي يتعين إيجاد تعريف للضرر الناتج عن التعسف في استعمال الحق، وفقا لنظرية الحق وتبيين الضرر الشخصي وطبيعته من ضرر مادي ماس بالحقوق المالية، ومن ضرر معنوي ماس بحق الاستقرار النفسي، وربط واسقاط هذا الضرر الواقع للزوجة المطلقة عن حالة التعسف في استعمال الحق في ممارسة حق الطلاق. وهذا ما سوف يتم تبينه في الفروع التالية:

¹ سورة الروم، الآية 21.

² سورة النساء، الآية 34.

³ ابن ماجه، المرجع السابق، رقم الحديث 2341، ص 741.

- الفرع الأول: تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق - الفرع الثاني: الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي

الفرع الأول: تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق

يجب أن يكون الضرر شخصيا للادعاء به وطلب التعويض عنه، والضرر الشخصي هو الذي ينال من المدعي ذاتيا، أي الذي يمس بحقوقه، أو مصالحه، أو يؤثر في نفسه، فيكون الادعاء واردا باسمه، إذ أن الحق في التعويض عنه يدخل في ذمته. والضرر الذي يصيب الانسان في كيانه المالي (الضرر المادي)، كما يصيبه بألم واساءة شخصية (الضرر المعنوي).

وحق يمكن الالم بالضرر الناتج عن سوء استعمال الحق بشكل كامل، يتعين إعطاء تعريف للضرر المادي، وكذلك تحديد الضرر المعنوي، وهذا ما سيكون فيما يلي:

أولا- الضرر المادي: الضرر المادي هو ذلك الضرر الذي يصيب الانسان في كيانه المالي، فيطال حقوقا أو مصالحا له ذات صفة مالية أو اقتصادية، من جراء التعسف في استعمال الحق، فيتجلى في الأصل، بخسارة تحصل، أو بمصاريف تبذل، أو بخلل في الذمة المالية يطرأ، أو بتفويت فرصة، أو بفقدان الدخل كله أو بعضه، أو بضياح كسب، أو بتلف شيء، أو تعيب فيه يخفض من قيمته، وكذلك يمكن أن يتجلى الضرر بالحد من مورد المتضرر نتيجة المنافسة المشروعة من قبل المتعسف في استعمال الحق، أو بالانتقاص من المزايا المالية¹.

ثانيا- الضرر المعنوي: لقد أثار الضرر المعنوي جدلا بين الفقه والقضاء حول صوره ومبدأ التعويض عنه، فهو لا يصيب الذمة المالية للانتقاص من محتواها، فكان الرأي أنه من العسير تقييمه ماليا. ولعل هذا التقييم يثير التساؤل عما إذا كان المال يزيل الألم ويمحو أثر الاساءة إلى شخصية الانسان الذي تضرر معنويا.

وإذا كان الضرر المعنوي قد طرح للبحث الكثير من المسائل، حول خصائصه وشروط التعويض عنه، وإذا كان هذا البحث قد تشعب وكانت بعض الحلول المعروضة فيه، قد عرفت التنوع والتحول، فإن أمر إصلاحه، أمسى في الأصل أمرا مسلما به. فالقضاء الفرنسي أقر مبدأ التعويض عنه، وكذلك بعض التشريعات العربية صراحة من بينها المشرع اللبناني، غير أن الفقه الاسلامي، لم يقرضمانه. ومفهوم الضرر قد تطور وتفرع فتعددت صوره مظهرا ونوعا، وإذا كان المشرع اللبناني، قد استعمل عبارة الضرر الادبي، تعريبا للاصطلاح الفرنسي Dommage moral فإنه قصد بها الضرر المعنوي بمفهومه الشامل، إذ أن هذا الضرر لا ينحصر في إطار يضيق به، فهو يصيب الانسان في مكانته واعتباره وشرفه، أو يصيب النفس مخلقا فيها الألم والحسرة والانفعال.

¹ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1983، ص 266.

فتعريف الضرر المعنوي هو الذي يصيب الانسان في كيانه الاجتماعي أو النفسي، فيعرض بالطابع الشخصي متناول الانسان في شخصيته أو في نفسه، فيتمثل عادة في ألم أو حسرة أو شعور بالنقص، أو في انقباض، أو إحساس بالمذلة، أو في الانفعال الداخلي، أو في الهواجس المقلقة، فيأتي هذا الضرر ماسا بحق الانسان في استقراره النفسي¹.

وهذه الآلام والأحاسيس المذكورة آنفا، وحالة اللااستقرار النفسي، هي من الاضرار التي من المؤكد أن تصيب المرأة من جراء مفاجأتها بالطلاق التعسفي، والذي سن اراه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي

لم يبين نص المادة 52 من قانون الأسرة الضرر الذي يلحق المطلقة، مما يستوجب الرجوع فيه الى القواعد العامة المتعلقة بالضرر كركن ثاني في المسؤولية.

فمن المقرر قانونا أنه لا مسؤولية بدون ضرر²، فلا بد من ثبوت ضرر الى جانب خطأ المسؤول حتى يستحق المضرور التعويض. والضرر هو (الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق المضرور نتيجة التعدي الذي يقع عليه)³.

وطبقا لهذا التعريف ينقسم الضرر الى نوعين: ضرر مادي وضرر معنوي.

- أما الضرر المادي فهو الذي يلحق الشخص في جسمه أو ماله أو في مصلحة مادية مشروعة.
- أما الضرر المعنوي فهو الذي يلحق الشخص في مشاعره أو عواطفه أو شرفه أو عقيدته⁴. وبالرجوع الى موضوع الطلاق، فإن المطلقة يلحقها دون شك وفي كل الأحوال ضرر معنوي من الطلاق نتيجة فراق زوجها لها، لكن هل يتصور أن يلحقها ضرر مادي من الطلاق؟

يقول عبد العزيز سعد في مثال له أنه (يوجد الضرر المادي في الطلاق إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن تركته طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها)⁵. ولكن الرد على هذا القول بأنه وإن كان فعلا قد لحق المطلقة ضرر مادي يمس بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها إلا أن هذا الضرر لا يمكن إرجاع سببه الى الطلاق في حد ذاته، لأن قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشت ارتطها على زوجها عدم طلاقها، ولا علاقة لهذا القبول بالطلاق، وإنما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بإيجاب وقبول، وإذا اقترن إيجاب الرجل بشرط وقبلته المرأة انعقد العقد، ولم يكن لها حق الرجوع عليه به

¹ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 267-268.

² المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

³ مجيد علي العبيدي، المرجع السابق، ص 32.

⁴ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

⁵ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

بعد أن رضيته، ومن باب أولى لا يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج وهو الطلاق، ومن ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته.

فشرط تخلي المرأة عن وظيفتها هو شرط مقترن بعقد الزواج¹، وشرط التخلي عن الوظيفة لا يحرم حلالاً لأنه من مقتضيات النكاح كشرطه عليها أن لا تخرج إلا بإذنه، فهذا شرط لازم يتعلق بحق الزوج، فكيف تعود عليه بالتعويض بعد أن رضيت بشرط لازم².

وشرط التخلي عن الوظيفة هو شرط أوجبه المرأة على نفسها بالتعاقد ولم يثبت إلا بناء على رضاها، والضرر الذي يلحقها من فقدان الوظيفة سببه قبولها للشرط لا الطلاق في حد ذاته، فهو ضرر لا يلحق كل المطلقات في حين أن الضرر الموجب للمطلقة حق التعويض يجب أن يكون عاما في جميع المطلقات لتعلقه بالطلاق في حد ذاته لا بالمرأة المطلقة.

ولا يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن التخلي عن الوظيفة هو ضرر مادي يلحق المطلقة، مما يعني أن تكييف الضرر المادي اللاحق بالمطلقة أمر يستعصي على القاضي، مما يستوجب على المشرع نفسه أن يبينه في قانون الأسرة ولا فإن القانون مشوب بالنقص وجب إثرائه.

وفرضا أن القاضي كيف هذا الضرر بأنه مادي وقد نجم عن الطلاق، فهل سيحكم للمطلقة بتعويض آخر مستقل عن التعويض الذي تستحقه جب ار لضررها المعنوي؟

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن (التعويض المراد به من المادة 52 من قانون الأسرة يكون على الضرر المعنوي والضرر المادي أيضا الذي يلحق المطلقة، بشرط أن تثبت الزوجة الضرر المادي، لأن الضرر المعنوي يعتبر ثابتا بمجرد الحكم بالطلاق)³. والتساؤل الذي يطرح على هذا القول بأنه مادام أن التعويض المقصود من المادة 52 يكون على الضرر المادي والمعنوي معا، والمطلقة ستحصل لا محالة على تعويض عن الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل الأحوال، فما الفائدة من اشتراط إثبات الضرر المادي، فهل هذا يعني أنها ستحصل على تعويضين اثنين؟ إن هذا الغموض يطرح إشكالا فيما يخص التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة هل هو لجبر الضررين معا أم الضرر المعنوي وحده فقط؟ وإن كان لجبر الضرر المعنوي فقط، فهل يحكم القاضي بتعويض آخر عن الضرر المادي وعلى أي أساس؟

إن تغيير المشرع لمصطلح متعة الى تعويض هو الذي أحدث هذا الإشكال. فقبل صدور قانون الأسرة، كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ مالي تحت اسم متعة ولم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة. وبصدور قانون الأسرة غير المشرع مصطلح متعة بمصطلح تعويض مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلقة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، ومنهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المعنوي والمادي معا.

¹ محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، دار الأمة، الجزائر، 1979، الطبعة الأولى، ص 38.

² محمد علوشيش الورتلاني، نفس المرجع، ص 175.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

- وكمثال عن الفريق الأول ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرّمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي"¹. ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا التعويض المنصوص عليه في المادة 52 متعة ومنعت

منح تعويضين للمطلقة مما يعني أنها لا تقتضي بتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة 52.

- وكمثال عن الفريق الثاني ما جاء في قرار المحكمة العليا: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي"²، ومن هذا الكلام يتضح جليا أن القضاة اعتبروا أن المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي، واعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناجم عن التعسف، وهذا يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين بموجب نص المادة 52.

وهكذا يبقى اختلاف القضاة في مسألة الضرر اللاحق بالمطلقة طالما بقي الغموض يطغى على نص المادة 52 من قانون الأسرة مما يستوجب البحث عن مسألة ضرر المطلقة في الشريعة الإسلامية. والضرر المادي الذي قد يلحق المطلقة في نظر الشريعة الإسلامية عندما يطلقها زوجها طلاقا تعسفيا على النحو الذي سبق بيانه.

* فالطلاق في الحيز مثلا يضر المطلقة ضررا ماديا يتمثل في إطالة العدة عليها.

* والطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها.

* والطلاق بقصد الحرمان من الميراث ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث.

فكل هذه أضرار مادية تلحق المطلقة بسبب الطلاق التعسفي، ولكن سبقت الإشارة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض للمطلقة بضمّان (تعويض) على هذه الأضرار المادية بل عمل على إزالة هذه الأضرار بمعالجة حالات التعسف في الطلاق بما يناسب كل حالة على حدى

- فالمطلق زوجته وهي حائض أو في طهر مسها فيه أمره بمراجعتها مع احتساب الطلقة والرجعة.

- والمطلق لحرمان زوجته من الميراث يعامل بنقيض مقصوده فترثه زوجته وإن كانت مطلقة.

- والمطلق وهو هازل أو سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء وتحسب تطليقة³.

وليس هناك تعويض عن الضرر المادي ما دام أنه سيصلح ويزال، كما أن المتعة لم تفرض لجبر الضرر المادي. أما عن الجزاء الذي يناله الزوج بسبب التعسف في استعمال حق طلاقه وإضراره

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

² قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية، 1989، العدد 2، ص 69.

³ الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 139 وما يليها.

بالمطلقة، فلو بحثنا عن جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية نجد هذه الأخيرة قد أقرت جزاء بأربعة أنواع وهي: جزاء مالي، وجزاء عيني، وجزاء ديني وتعزيز¹.

- أما الجزاء المالي فهو عبارة عن تعويض يلزم المسيء في استعمال حقه بدفعه الى من تسببت الإساءة في استعمال الحق الى الإضرار به ماديا، ذلك أن الضرر المادي في الشريعة الإسلامية يعوض وفقا للقاعدة الشرعية: "من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا التلف"، فالشريعة الإسلامية تأخذ بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الغير بسبب التعسف في استعمال الحق.

- وأما الجزاء العيني فيكون بإزالة الإساءة لوقف الضرر الناجم عنها، أو إبطال التعسف كليا، وهذا يعني إصلاح الضرر اللاحق بالغير، ولعل هذا ما يطابق معالجة حالات التعسف في الطلاق التي سبق بيانها.

- وأما الجزاء الديني فيقتضي تحميل المتعسف في استعمال حقه وزرا يحاسب عليه آخره بينه وبين ربه عز وجل².

- وأما التعزيز فالمقصود به تأديب المتعسف في استعمال حقه إما بالغرامة المالية أو بالحبس أو بغيرها من العقوبات التي أقرتها الشريعة الإسلامية. فالتعزير يعطي للقاضي سلطة تقديرية لمعاقبة كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقرر في الشرع.

والقانون طبعاً لا يأخذ إلا بالجزاء المالي والجزاء العيني والتعزير. وبالرجوع الى مسألة التعسف في استعمال حق الطلاق، فإن حدث ضرر مادي للمطلقة، فإن كان هذا الضرر المادي من الأضرار التي بينها الشريعة، فكما تبين يكون جزاء المطلق عينيا و ذلك بإزالة طلاقه بدعيا أو بتوريث الزوجة إذ أوقع الطلاق في مرض الموت لقصد الإضرار بها.

أما إن كان هذا الضرر من غير الأضرار التي ذكرتها الشريعة الإسلامية، فهذا وإن كنا لا نتصور وقوعه إلا أنه لو افترضنا أنه موجود، فهذا يكون جزاءه جزاءا ماليا، بحيث يدفع المطلق تعويضا للمطلقة عن الضرر المادي اللاحق بها، غير أن هذا التعويض لا يمكن أن يكون المتعة لكون هذه الأخيرة لم تفرض لجبر الأضرار المادية وإنما فرضت في الشريعة الإسلامية لجبر الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة بسبب الطلاق فحسب.

والواقع أنه لا يمكن تصور أضرارا مادية تلحق بالمطلقة غير تلك الأضرار التي أرتها الشريعة الإسلامية، فإن حدث وأن لحق المطلقة ضرر مادي آخر غيرها، فنلاحظ أنه لن يكون الطلاق هو السبب المباشر لحدوث هذا الضرر. ففقدان المطلقة وظيفتها مثلا هو ضرر مادي

لكننا نرى أنه غير ناجم عن الطلاق في حد ذاته، وإنما عن قبولها شرط التنازل عن الوظيفة في عقد الزواج. أما لو أصررنا على احتمال وقوع ضرر مادي للمطلقة بسبب الطلاق، فهو يعوض

¹ السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1936، ص 256 وما يليها.

² شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الاول، العدد الاول، 2009، ص4.

بتعويض آخر غير المتعة طبقا للقاعدة الشرعية العامة: "من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا التلف"، وفي هذه الحالة تحصل المطلقة على تعويضين.

الفصل الثاني



تقديم التعويض عن الطلاق التعسفي



إن التعويض عن الطلاق التعسفي، هو مسألة قانونية، أي التزام مصدره القانون وفقا لنظرية إساءة استعمال الحق، وليس التزاما عقديا ناتجا عن اخلال الزوج بعقد الزواج. فالتعويض الذي تستحقه الزوجة، وفقا لأحكام قانون الاسرة، هو تعويضا ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق، وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الاخرى للمطلقة ، والتعويض جاء مطلقا في قانون الاحوال الشخصية، ليشمل نوعي الضرر، المادي والمعنوي، الذين يلحقا بالزوجة المطلقة، لأن قاعدة المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص، وتسري 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 الاسلام ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما لحق الزوجة من ضرر، وجبر لخاطرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بدون مبرر شرعي. وفي حال ما إذا حصل الطلاق وبالشكل التعسفي، وأضحت المطلقة مستحقة للتعويض عن الطلاق التعسفي، ومستحقة لنفقة المتعة، فيجب هنا احترام كيفية تقدير التعويض والمتعة، وهل يمكن الجمع بين التعويض والمتعة، والبحث عن الاساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض، وعلى هذا الاساس سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الاول: التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة في القانون الجزائري
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الاول: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وعلاقته بالمتعة.

إن التعويض المستحق للزوجة المطلقة تعسفيا، وما استقر عليه القضاء الجزائري، يحتسب على أساس المبلغ النقدية، وليس على أساس التعويض العيني، رغم أن الشريعة الإسلامية الغراء، لم تمنع أن يكون التعويض عيني.

إن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، تصاب بضرر من جراء هذا الطلاق، والضرر بنوعيه المادي والمعنوي، غالبا ما تفقد الزوجة المطلقة معيلها، خاصة إذا كانت ربة بيت، أو تركت وظيفتها لغرض إدارة شؤون الأسرة، وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها، وأما جانب الضرر المعنوي فيتمثل في تدهور الحالة النفسية للمطلقة من جراء نظرة المجتمع لها.

وخيرا فعل المشرع الجزائري عند إطلاقه التعويض، ليغطي نوعي الضرر، وخصوصا إذا ما علمنا من قضايا الطلاق المعروضة أمام القضاء الجزائري أن غالبية الأزواج يطلقون زوجاتهم وهم متعسفين في إيقاعه، لأن الطلاق يقع لأتفه الأسباب دون مراعاة لحرمة وقدسية الرابطة الزوجية التي شرعها الله لعباده.

إن العلماء المعاصرين القائلين بالتعويض، استندوا إلى مشروعية المتعة في الاسلام، فقاسوا عليها وسائرهم في ذلك القضاء الجزائري في بعض من قراراته، أين جمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، ولإيضاح هذه المسألة يتعين علينا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية: المطالب الاول: مفهوم ومشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: العلاقة بين المتعة التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: مفهوم ومشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

يستهدف التعويض إصلاح الضرر النازل بالمتضرر وإعادة التوازن الذي اختل بفعله. فالأصل أن يكون التعويض بشكل مبلغ من النقود يعادل قيمة الضرر، وهذا النوع من التعويض هو الأكثر شيوعاً في التعامل القضائي، والأدق تكيفاً مع تنوع الأضرار، والأسهل تنفيذاً بعد القضاء به، غير أنه هناك نوعاً آخر من التعويض وهو التعويض العيني، أي أن يحصل بإعادة الشيء إلى الوضع ذاته الذي كان عليه قبل حدوث الضرر به، أو باستبداله بما يمثله، وهذا النوع من التعويض لا نتطرق له في بحثنا هذا كون استحالة تنفيذه.

وعلياً في هذه الحالة إعطاء تعريفاً للتعويض ومن أين يستمد هذا التعويض مشروعيته، سواء من جهة أحكام الشريعة الإسلامية أو من جهة أحكام قانون الأسرة الجزائري. وهذا ما سيتم بيانه في الفروع التالية

الفرع الأول: تعريف التعويض

الفرع الثاني: مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول: تعريف التعويض :

التعويض من حيث التعريف هو التطرق إليه في اللغة وفي الاصطلاح، وكذلك ومن أجل الإلمام به، يجب التطرق إلى تعريف التعويض في القانون الجزائري، كما سيتم توضيحه فيما يلي:

أولاً- التعويض لغة: هو العوض بمعنى البذل والخلف، والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائص، واعتاض منه: أخذ العوض واعتاض فلاناً: سأله العوض¹.

وجاء في تاج العروس: العوض كعب الخلف، وفي اللباب كل ما أعطيته من شيء فكان خلفاً وعوضي الله منه تعويضاً².

ثانياً- التعويض اصطلاحاً: فاصطلاحاً لم يتطرق الفقهاء القدامى للفظ التعويض وإنما استعمل عوضاً عنه لفظ الضمان، وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كال كفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض.

وأما العلماء المعاصرون فقد عرفوه تعريفات كثيرة من أهمها تعريف الزحيلي في كتابه نظرية الضمان، حيث قال: (هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ)³.

وقيل هو: (المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره، والضرر إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته وقد يسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف)¹.

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

² ابن منظور، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 637.

³ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1398 هـ، ص 87.

وقد اعترض بوساق على التعريفات التي تتضمن الإضرار بالعرض أو العاطفة أي الأضرار المعنوية، حيث إنه يرى أنه لا تعويض عن الأضرار المعنوية وبالتالي فهي لا تدخل في التعريف. وبذلك يكون تعريفه للتعويض بأنه: (المال الذي يحكم به على من أوقع ضراراً على غيره في نفس أو مال)².

ثالثاً- التعويض في القانون: لم يتطرق فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة وإيضاح، فهو يعني عندهم: (ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصاب بضرر فهو جزاء المسؤولية)³. وقد نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على أن: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، كما تضمنت المواد من 163 إلى 178 نفس المعنى في نفس القانون، وهي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية.

والمادة 163 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص: (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض)، ويقصد من هذه المادة هو الفعل المستحق للتعويض أو ما يسمى تقليدياً بالمسؤولية التقصيرية أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب إخلاله بالتزام قانوني نتيجة خطأ أو إهمال أو تقصير منه، غير أنه في الوقت الحالي لم تبق هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ أي سلوك المسؤول، بل أصبح يعتد كذلك بفكرة تحمل التبعية، حيث أصبحت العبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي بخطأ أو تقصير المسؤول المتسبب بالضرر⁴.

بمعنى أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه⁵. بمعنى آخر مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه.

الفرع الثاني: مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي:

إن التعويض عن الضرر أمراً مقرراً شرعاً وعقلاً وقانوناً وعرفاً جبراً للضرر ورعاية للحقوق وزجراً للمعتدين وتوفي ار للاستقرار وتحقيقاً للعدل. وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض على الأضرار وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة.

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 48.

² بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 155.

³ السنبوري عبد الرازق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، الجزء الأول، فقرة 640، ص 1090.

⁴ علي فيلاي وحמיד بن شني، المرجع السابق، ص 3.

⁵ الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، فقرة 479، ص 518.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾¹ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾² وهذه الآيات تدخل فيها معاني عديدة كالقصاص ويدخل فيها أيضا التعويض المالي، حيث ذكر ذلك المفسرون، ومن هذه التفسيرات:

قول الرازي: (وكل من أوجب تفويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب أداءه إلى المغضوب منه)³. ومنها أيضا عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد عن ابن سيرين قال (وإن عاقبتم فعاقبوا) يقول إن أخذ منك الرجل شيئا فخذ منه مثله⁴.

ومنها أيضا عن عبد الرزاق عن الثوري: ويقول إن أخذ منك دينارا فلا تأخذ منه إلا دينارا وإن أخذ منك شيئا فلا تأخذ منه إلا مثل ذلك.

وأوضح ما دل في القرآن عن التعويض المالي عن الضرر الحادثة التي حكم فيها أنبياء الله داوود وسليمان عليهما السلام والمقصودة في قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ﴾⁵، فقد ورد في التفاسير أن صاحب زرع كرم أثمرت عناقيد عنب، اشتكى صاحب الغنم أفسدت الغنم عناقيده فحكم له داوود عليه السلام بالغنم تعويضا له عن تلف محصوله، بينما أرى سليمان عليه السلام أن يدفع الغنم إلى صاحب الكرم يستفيد من حليهما وصوفها وأولادها، ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم يصلحه، حتى إذا رجع الكرم صالحا أخذ كل منهما ما له أصلا، فكان الحكم الأخير أصلح وأحكم وأرحم وأثنى الله على سليمان ولم يذم داوود⁶.

وهذه القصة صريحة على جواز التعويض بالمال ولا يعتد بالقول من قال بالخلاف في شرع من قبلنا في هذه المسألة، حيث أن هذا كما ذكرنا أمرا مقرر فقها وشرعا لا يختلف فيه عاقلان.

ومن السنة أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض، ومنها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (ما أريت صانعة طعام مثل صفية أهدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه الطعام فما

¹ سورة البقرة، الآية 179

² سورة النحل، الآية 126.

³ فخر الدين الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، جزء 27، دار الكتب العلمية، بيروت

لبنان، 1421، ص 155

⁴ الصنعاني عبد الرزاق بن همام، تفسير القرآن، تحقيق د مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية،

الجزء الثاني، ص 361.

⁵ سورة الأنبياء، الآيتين 77-78

⁶ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الثالث، ص 187.

ملك نفسي حتى كسرتة، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كفارته فقال إناء كإناء وطعام كطعام¹.

وهذا الحديث صريح في مشروعية التعويض عن الضرر ويتضح أن المعتدي يلزم برد الشيء ذاته أن أمكن، فإن لم يمكن فقيمته أو مثله كما في الطعام والآناء.

ومما يرشد إلى ذلك القاعدة الفقهية والتي أصلها حديث نبوي شريف: (لا ضرر ولا ضرار)²، ففي هذا الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض، صيانة لأموال الناس من كل اعتداء وجبر ما فات منها بالتعويض.

وقد عمل العلماء على استخراج قواعد أخرى من هذا المبدأ العظيم: (الضرر يزال)³ و (الضرر لا يزال بالضرر)⁴.

ويدخل في القواعد أحكام كثيرة، لا حصر لها ولا مجال لذكرها هنا. وقد قرر الفقهاء ذلك بمؤلفاتهم ومنها ما ذكره الكاساني: (إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المثل، فينتفي الضرر بالقدر الممكن)⁵. ومما لا شك فيه أن مشروعية التعويض هذه لم تأت عبثاً، بل لحكمة عظيمة، تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وتجسيد روحها التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس.

فمشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة هذا التشريع الرباني ورحمته بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعاً لكل خير، دافعاً لكل شر، فهو يصون الأموال من الضياع والنقص، ويحفظ الملكية حتى لا تستباح وتهدر ويعم الفساد. فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة النفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس، لذلك اقتضت الحكمة أن صيانة الأموال، بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو القيمة، جبراً للضرر والنقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله لأن أخذه نظير ما أتلّف له يجعله كمن لم يفت عليه شيء، فينتفع بما يأخذه. وفي نفس الوقت يكون ذلك قمعا للعدوان، وجزرا للمعتدين، ورعاية للحقوق، وسدا للثغرات، وهذه أصلح طريقة لحماية الأموال وجبر الضرر معاً⁶.

¹ النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحقيق د عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن، صححه الخطيب البغدادي وابن منده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، كتاب عشرة النساء، باب الغيرة، رقم الحديث 8905، الجزء الخامس، ص 286.

² ابن ماجه، المرجع السابق، رقم حديث 2341، المجلد الثاني، ص 741.

³ المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان الحنبلي، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق عبد الرحمن الجبرين، عوض القرن، أحمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ، الجزء 8، ص 3846.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ الكاساني، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 165.

⁶ بوساق محمد بن المدني، المرجع السابق، ص 161.

فلو شرع القصاص في الأموال لأدى ذلك إلى اتساع دائرة الأضرار وكثر ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل، وهو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة. ومع ذلك يبقى جانب المجني عليه موتور غير مجبور وهذا يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق التملك، وحماية ثروة المجتمع¹.

المطلب الثاني: العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي :

بعد أن بحثنا موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، وبحثنا متعة الطلاق باختصار شديد ببيان معناها وحكمها ولمن تعطى وآراء الفقهاء فيها وما ذهب إليه (القانون الجزائي في شأنها...فهيما نظرا)، فإنه يبدو لنا أن هناك علاقة بين هذين الأمرين، وتتضح العلاقة بعد دراسة لأوجه الشبه بينهما، وميزة إحداها على الأخرى، وفيما يلي تفصيل ذلك :

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض²:

1- إن كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، إنما يكونان بعد الطلاق الذي لا رجعة فيه، أما في الطلاق الرجعي فلا متعة ولا تعويض.

2- إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود بل إن أمرهما متروك للقاضي، (يقدرهما حسب الظروف وحسب حال الزوج، مع أن الحد الأعلى والأدنى لهما محدد مع ملاحظة الخلاف بين أقوال الفقهاء في مقدار المتعة وخلاف قوانين الأحوال الشخصية في الحد الأعلى للتعويض).

3- إن كلا من المتعة والتعويض لا تجبان إذا كانت الفرقة من قبل المرأة، أما إذا كانت من قبل الرجل فتجب المتعة لكل مطلقة إذا أخذنا بالرأي القائل بوجوب المتعة لكل مطلقة، ويجب التعويض إذا كانت الفرقة من قبل الرجل إذا كان طلاقا تعسفيا.

4- إن كل من المتعة والتعويض يجبان على الزوج لزوجته المطلقة جبرا لخاطرها وتعويضا لها عما لحقها من ضرر معنوي ومادي.

5- إن كلا من المتعة والتعويض يجبان على الزوج ولا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى كالمهر والنفقة وغيرهما من الحقوق.

الفرع الثاني: مميزات المتعة عن التعويض :

وبالرغم من أن المتعة تشبه التعويض في بعض الأوجه إلا أنها تتميز عنه بوجوه منها:

1- إن وجوب المتعة جاء بنص خاص ظاهر الدلالة على وجوبها، أما التعويض فهو جزاء في نظرية التعسف، دل على مشروعيتها جزئيات متعددة، ولهذا فإن المتعة أكد في الوجوب من التعويض عن الطلاق في الفقه الاسلامي³.

¹ نفس المرجع، ص 162.

² أبوهاشم، المرجع السابق، ص 121.

³ ذياب زياد صبيحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دارالينابيع، الأردن، 1992، ص 113

2- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض، حيث إن التعويض لا يجب إلا إذا أوقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول بينما تجب المتعة بمجرد الطلاق سواء كان بسبب أو غير سبب وسواء حصل ضرر أم لا¹.

كما أن التعويض عن الطلاق قيد بحالات الطلاق التي يوقعها الزوج بإرادته المنفردة، فلا تدل المادة على وجوب التعويض في حالات فسخ النكاح إذا كان هو المتسبب بالفسخ ولا في حالات إيقاع الطلاق من قبل القاضي. أما المتعة فنطاقها عند جمهور الفقهاء في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أو فسخاً، وسواء كان الطلاق قد وقع من الزوج أو وقع من القاضي، مع اختلاف بين الفقهاء في حالات الفسخ التي توجب المتعة وهذا كله يدل على أن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض².
عندما تجب المتعة للمطلقة في الفقه الإسلامي، لا يسمح للمطلق أن يثير الأسباب التي دفعته للطلاق، أما في التعويض عن الطلاق فقد سمح له القانون حتى يدفع عن نفسه التعويض أن يثير الأسباب التي دعت له للطلاق، فإن كانت أسباباً معقولة كلف لإثباتها في حالة الإنكار، فإن أثبتها فلا يحكم للمطلقة بالتعويض³.

وكما ذكرنا فإن القول بالتعويض بهذه الطريقة يعمل على تقاذف التهم ليدفع كل عن نفسه ويثبت أنه على حق، فالزوج إما أن يكون صادقاً فيما يدعيه من أسباب للطلاق، ولكن يمكن أن تنشأ أضرار تفوق المصلحة المتحققة له بدفع التعويض، لأنه قد يكون في إفساح المجال له للدفاع كشف لأسرار زوجية ينبغي أن تبقى مكتومة، وأمور ينبغي أن تبقى مستورة.

وأما أن يكون كاذباً، فيلحق لمطلقته من التهم ما يجرحك ارمته، ويخدش حياءها، ويطعن في شرفها، ويحط من منزلتها، ويلحق العار بها وبأهلها، وما ينشأ عن ذلك من إثارة العداوة والبغضاء والكرهية في المجتمع وما يترتب على ذلك من آثار سلبية⁴. وغيره مما ذكرناه من الآثار المترتبة على القول بالتعويض.

الفرع الثالث: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين⁵:

1- القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض⁶.

¹ إبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن، 2009، ص 128

² ذياب زياد صبيحي علي، نفس المرجع، ص 114

³ المرجع نفسه.

⁴ ذياب زياد صبيحي علي، المرجع السابق، ص 114.

⁵ ساجدة عفيف عتيبي وريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012، ص 26

⁶ ذياب زياد صبيحي علي، المرجع السابق، ص 180

ومن هؤلاء الفقهاء نجد محمد الزحيلي الذي قال: "إن الاعراض عن متعة الطلاق وعدم معرفة النساء لها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل ذلك وغيره سوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشر قرناً، ثم حذر منه الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الإعراض والإغفال عن هذا الحق"¹، ووافق هذا رأي فقهاء آخرون مثل محمد أحمد الصالح²، ومحمود السرطاوي³، وسامي صالح⁴ وغيرهم.

2- القول الثاني: نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لسنة 1948 المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي 02/05 ومن خلال المادة 52 منه استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه وجدت بعض القرارات القضائية حكمت للمطلقة بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى مصطلح الطلاق التعسفي أو حكم بهما معا في قرار واحد⁵.

لقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 1986/04/07 حيث قضت بمقتضاه بأن: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁶.

نجد أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويضاً في آن واحد، على أساس وجود الحقين في آن واحد.

بالرجوع إلى ما سبق من أقوال الفقهاء، وما كان من تعريف للمتعة، فإنها تمنح للزوجة عند الطلاق لجبر خاطرها، وبمفهوم المخالفة فإن الزوجة التي تختار فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة طلاقاً تعسفياً للتعويض. فمعنى ذلك لو جمعت المتعة والتعويض في آن واحد، تكون المطلقة قد أخذت تعويضاً عن نفس الضرر مرتين.

وذهبت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1989/03/27 إلى أنه: "من المقرر قانوناً أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفاً زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقتها، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطبيقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهماً خاطئاً للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطبيق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاً له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 87-89.

² الصالح محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص 56.

³ السرطاوي، المرجع السابق، ص 48.

⁴ صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير م، الجامعة الأردنية، 1986، ص 31.

⁵ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 320.

⁶ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 2، ص 69.

فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال¹.

فمن خلال استقراء هذا القرار يتضح ان أساس الحكم بالتعويض هو نفسه أساس استحقاق المتعة، فكيف يمكن أن يحكم بهما القضاء في آن واحد؟

إن المتعة مستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها. وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد. وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق التعسفي².

وهذا ما يعني اختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقاته، تعويضا عما أصابها من ضرر، كل ما كان الطلاق تعسفيا. مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه³.

وهنا نجد أنفسنا أمام تساؤل هام وهو هل بالإمكان الجمع بين المتعة و التعويض في آن واحد؟ أي أن تحصل المطلقة على المتعة لتضررها من طلاق زوجها لها، والتعويض لتضررها من أضرار معنوية أخرى غير التي ناجمة من الطلاق.

نلاحظ ان موفق المحكمة العليا بشأن هذا الجمع بين التعويض والمتعة قد ساده نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في 86/04/07 بأنه: (من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة كذلك التعويض على الطلاق التعسفي)⁴.

وخلاف لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى في 1985/04/08 بأنه: (إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيف عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف لهذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض)⁵.

¹ أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 50317، المجلة القضائية 1991، عدد 1، ص 56.

² بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2006/2005، ص 31.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309-310.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية 1986، عدد 2، ص 69.

⁵ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1985/04/08، ملف رقم 35912، المجلة القضائية 1989، عدد 1، ص 89.

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة والتعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضا واحدا هو نفسه المتعة، وما يدعم ذلك هو قوله تعالى ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾¹، فالله سبحانه وتعالى لم يحدد للمتعة مقدارا معينا ما يجعلها تتسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22: بأن (الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق)².

فاستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة، نتيجة تعسف الزوج في استعمال الزوج للطلاق، وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري ترك السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحديد التعويض الملائم للطلاق التعسفي، ولكن مع تقييدها بضوابط معينة تتمثل هذه الضوابط في فترة الزواج، أي المدة التي استغرقتها الحياة الزوجية بين الطرفين، وكلما كانت هذه المدة طويلة، كلما كان احتمال الزيادة في مبلغ التعويض قائما. والضابط الثاني هو الوضعية المالية للزوج، وهذا يعني أنه كلما كان الزوج ميسوار كان التعويض مرتفعا.

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 335456، المجلة القضائية 2000، عدد 1، ص 282.

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

عند إصرار الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ولوتبين للقاضي أنه تعسف في استعمال هذا الطلاق، وكان هذا التعسف واضحا وجليا ولا يمكن للقاضي في هذه الحالة سلطة رقابة فك الرابطة الزوجية.

وفي هذه الحالة لا يملك القاضي سوى جبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية، وتبرز سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للزوجة المتضررة، ويعتبر التعويض الاثر الثابت في حال وقوع الضرر من جراء الطلاق التعسفي.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هي الاجراءات الواجب اتباعها من قبل الزوجة المطلقة حتى تتمكن من الحصول على تعويض يجبر الضرر الواقع لها، وما هو الاساس والكيفية التي يعتمدهما القاضي في تقديره لهذا التعويض، وما مدى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقديره للتعويض.

ولحل هذه الاشكالات يتوجب تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الاول: إجراءات وأسس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: إجراءات وأسس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

دعاوى التعويض المطروحة أمام المحاكم كثيرة خصوصاً في وقتنا الحالي، والتعويض في حقيقته دين يطالب به المدعي في ذمة المدين الذي هو المدعى عليه، والدين في أصله مطلوب وليس محمول، وبالرجوع إلى القواعد العامة فإنه على المدعي في هذه الحالة إقامة دعواه في موطن المدعى عليه. ولكن هل ينطبق ذلك على دعاوى التعويض المرتبطة بمسائل الزواج والطلاق؟ وهل أعطى لها المشرع إجراءات خاصة بها واختصاصات خاصة بها. وما هو الجزاء في حالة مخالفة هذه الإجراءات؟

للإجابة عن هذه التساؤلات نتناول في الفروع التالية القواعد الاجرائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الطلاق، وكذلك الاجراءات الشكلية المفروضة بهذه الدعاوى دون غيرها في القانون الجزائري، ثم نتعرض لهذه الشروط والاجراءات في القانونين المصري والسوري

الفرع الأول/ الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض في الطلاق التعسفي

الفرع الثاني/ الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون المصري والسوري.

الفرع الأول: الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض في الطلاق التعسفي

يعتبر الاختصاص شرطاً لممارسة الدعوى القضائية¹. ويعني اسناد النظر في النزاع إلى قاضي معين وهذا هو الاختصاص النوعي، أو أن تختص محكمة دون غيرها من سائر المحاكم بنظر نزاع لعنصر خاص فيه، وهذا هو الاختصاص المحلي². واقتصر على معالجة هذا الشرط فيما يتعلق بدعوى التعويض في مسائل الطلاق، فننتعرض إلى الاختصاص النوعي، ثم المحلي لهذه الدعوى.

أولاً- الاختصاص الإقليمي والنوعي في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:

1- الاختصاص النوعي في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي:

إذا كان قانون الأسرة لم يشر إلى مسألة الاختصاص وكان ذلك يطرح إشكالا في هذا المجال، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الاجراءات المدنية والادارية الصادر بموجب قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، فإنه جاء بإجراءات خاصة لكل جهة قضائية على خلاف ما كان عليه قانون الاجراءات المدنية السابق، إذ ينص في المادة 423 منه على أنه: (ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة).

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري من خلال المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سألقة الذكر قد أسند لقاضي شؤون الأسرة اختصاص النظر في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية³، لقول المشرع في نفس النص انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها. فيعتبر التعويض أحد توابع أو آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أو التطليق أو الخلع، وهي جميعا من موجبات التعويض.

وقد يكون طلب التعويض كطلب مقابل، تتقدم به الزوجة أثناء تقديم الزوج لدعوى الطلاق أمام قاضي شؤون الأسرة. كما قد تكون دعوى مستقلة لذاتها إذ أن طلب التعويض قد يأتي بعد صدور حكم الطلاق الذي يعتبر حكماً نهائياً في شأن فك الرابطة الزوجية مع حفظ حقوق المطلقة، وعلى هذه الأخيرة أن تدرج فيما بعد دعوى أخرى لقصد المطالبة بحقوقها المتعلقة بالطلاق، والتي من بينها إذا تم الطلاق بصورة تعسفية.

ويعتبر الاختصاص النوعي هنا من النظام العام وفقاً للمادة 36 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: (عدم الاختصاص النوعي من النظام العام وتقضي به الجهة القضائية تلقائياً في أي مرحلة كانت عليها الدعوى).

غير أن المشرع قد نص في المادة 32 من نفس القانون في الفقرة الخامسة على أنه: (في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً). وذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام ما هو إلا تنظيم إداري.

¹ قواعد الاختصاص المحلي، تتضمنها المواد من 37 إلى 40 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، أما الاختصاص النوعي فجاء في المواد من 32 إلى 36 من نفس القانون.

² بوبشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص33.

³ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى 2009، ص 328

ورفع دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية أمام أي قسم آخر من أقسام المحكمة يستوجب من كتابة الضبط اعلام رئيس المحكمة مسبقا إحالته إلى قسم شؤون الاسرة المختص نوعيا بنظرها وفقا لنص المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

2- الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض في مسائل الطلاق:

أما الاختصاص المحلي أو الاقليمي فالأصل أن الدعاوى القضائية ترفع وفقا لنص المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وان لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له. وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، لأن الأصل هو براءة الذمة ومن ثم على من يطالب خصمه بشيء أن يسعى إليه¹.

أما في شأن دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج أو من الزوجة، وسواء كان طلب التعويض طلبا مستقلا لذاته أو مرتبطا بالدعوى الأصلية الخاصة بالطلاق، فإن الاختصاص الإقليمي فيه يعود الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وذلك وفقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي جاءت بمجموعة من الاستثناءات عن المبدأ العام الذي هو موطن المدعى عليه، ومن بين هذه الاستثناءات ما يهم موضوع هذه الدراسة، ما هو مقرر في الفقرة 2 بشأن مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود السكن.

وأكد على هذا الاختصاص في المادة 423 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثالثة "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما". ولا يمكن الخوض في مسألة التعويض في حالة الطلاق بالتراضي لأنها تتم بموافقة كل من الطرفين كمبدأ عام، ولا يمكن تصور تضرر أحدهما لأجل رفع دعوى مستقلة خاصة بالتعويض.

ومن خلال استقراء هذه النصوص، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوى الطلاق، أو ترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية. والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة الزوج وذلك أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها. وفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكاني يحل محلها مكان الإقامة العادي. فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج وهو مسكن الزوجية،

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84.

وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها¹.

وعليه فلو فرضنا مثلا أن رجلا تزوج بامرأة من الجزائر العاصمة بعقد شرعي ودخل بها في مسكن يملكه في مدينة الوادي وبعد فترة من الزمن حصل بين الزوجين نزاع حاد، أين تركت الزوجة على إثره مدينة الوادي وذهبت إلى بيت أهلها بالجزائر العاصمة، وهناك حيث مقر أهلها أرادت أن تتقدم إلى محكمة الجزائر لتحكم لها بالتطليق وفق لأحد الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، وكذا التعويض عن الضرر اللاحق بها من الزوج، فإن المحكمة من حيث الاجراء غير مختصة بالفصل في هذا الطلب، لكون أنها ليست محكمة مقر الزوجية الذي تبنى عليه سلطة الاختصاص، ذلك أن المحكمة المختصة بهذا الشأن، هي محكمة الوادي ليس إلا وعليه إذا كانت الاجراءات تلتزم أن تكون سلطة الاختصاص هي المحكمة المختصة في الموضوع، فما هي إذا قواعد الاختصاص في هذا المجال؟ وما ذا يترتب عن مخالفتها؟

إن مسألة الاختصاص من حيث الاجراءات قد تبدو بسيطة لكنها في الواقع العملي تثير اشكالات متنوعة، ومن بينها مثلا أن يتقدم للمحكمة زوجان ولم يستقر زواجهما في مستقر معين، حيث يقومان بتغيير سكنهما مرات متعددة، وفي هذه الحالة ما هو السكن الذي يؤخذ بعين الاعتبار؟ إن الرأي الأقرب إلى الصواب في هذه الحالة هو السكن الاخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى².

على أنه في حالات أخرى يكون الاختصاص المحلي مرهقا للمتقاضين، ولذلك أجاز المشرع للمتقاضين إذا لم يرغبوا في عرض نزاعهما على تلك الجهة القضائية، فلهما اختيار جهة قضائية أخرى، وذلك من خلال نص المادة 46 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا. يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".

وعليه، فإنه بإمكان أطراف الدعوى الخاصة بالتعويض عن فك الرابطة الزوجية الاتفاق على عرض النزاع على جهة قضائية غير مختصة محليا. فالمادة 46 ليست من النظام العام، ويترتب على ذلك النتائج التالية:

يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على عرض نزاعهما أمام أي جهة قضائية أخرى غير تلك المختصة محليا. إلا أنه يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الاختصاص المحلي أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع. فإذا سبق له تقديم دفوع في موضوع الدعوى سقط حقه في الدفع بعدم

¹ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007، ص 152.

² كان هذا هو موقف المشرع في المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية قبل التعديل، ولم يظهر المشرع موقفه في حالة تعدد مسكن الزوجية بعد التعديل.

الاختصاص المحلي، وهذا ما جاء في نص المادة 47 من قانون الاجراءات والادارية بقولها: "يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".
وعليه فإن المشرع الجزائري حسنا فعل حينما لم يجعل الاختصاص المحلي من النظام العام، لأنه عند الزواج في أغلب الاحيان، نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه من أجل ذلك بالمحكمة التابعة لها مسكن الزوجية، ورغم هذا نجد أن المشرع الجزائري سهل الامر في هذه المسألة، إلا أنه هناك من الأزواج من يتمسك بمبدأ الاختصاص المحلي ويدفع به، ومما يجد القاضي نفسه ملزما بالاستجابة إلى دفعهم لكونها تستند إلى نصوص القانون¹.

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن أن المشرع الجزائري حدد اختصاص المحلي في هذا النوع من القضايا لاعتبار منه أن الأسرة لها كيان قانوني خاص بها، يفترض أن يكون لها موطن خاص، لا هو موطن الزوج ولا هو موطن الزوجة، وكأن المشرع بذلك قد اعترف للأسرة بالشخصية المعنوية إذ اعتبرها كيانا قانونيا عنوانه مسكن الزوجية.

وتبعاً لذلك فإن مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد اعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق هي محكمة مقر الزوجية، إذ جاءها في قرارها الصادر في 1989/11/27 بأنه: "من المقرر قانوناً أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"².

ثانياً- الاجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة بالتعويض في الطلاق:

تفترض القواعد الاجرائية العامة لمباشرة الدعوى القضائية توافر الصفة والمصلحة، وفقاً لنص المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تنص على أنه: "لا يجوز لأي شخص ما لم تكن له الصفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون". وبهذا فقد اعتبر المشرع الصفة شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى، فهي من النظام العام ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفقاً لنص الفقرة 2 من نفس المادة.

وفي شأن التعويض عن فك الرابطة الزوجية، فإن له إجراءات خاصة به، ذلك أن الطلاق وإن كان يعتبر تصرفاً إرادياً تترتب عليه آثار شرعية، فإنه يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات تطبيقاً للقواعد العامة.

إلا أن المشرع الجزائري أوجب شرطاً أساسياً حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء، هو أنه ولا بد أن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني وهذا طبقاً للمادة 49 من

¹ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 154.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/11/27، رقم 56249، المجلة القضائية 1992، عدد 1، ص 50.

قانون الاسرة التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"¹.

وتعتبر المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية المرجعية الاجرائية في شروط قبول الدعوى القضائية، حيث أن هذه الشروط ضرورية ويجب توفرها لقبول إقامة الدعوى أمام المحكمة، فإذا انعدمت هذه الشروط رفضت الدعوى شكلاً.

كما أن المادة 5 من القانون رقم 63224 الصادر بتاريخ 1963/06/29 تقضي بأنه: "لا يجوز لأحد أن يدعي أنه زوج، وأن يطالب بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يقدم نسخة من عقد زواج مسجل أو مقيم في سجلات الحالة المدنية".

ومنه فإنه يشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج. فالصفة في دعوى التعويض عن الطلاق هي أولاً إثبات أن المتضرر والمطالب بالتعويض هو زوج أو زوجة، وبموجب عقود زواج رسمية، أما إذا كان الزواج عرفياً وتبعه طلاق، ورأت الزوجة أنها قد تضررت من هذا الطلاق، وأنه وقع تعسفياً بغير أسباب معقولة، جاز لها المطالبة بالتعويض ولكن بعد إثبات ذلك الزواج العرفي، أي حتى تكتسب الصفة لإقامة دعوى التعويض.

وأما المصلحة فهي شرط لقبول الدعوى وسماعها وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة². فإذا أرادت الزوجة مثلاً أن ترفع دعوى ضد زوجها أن تطلب التعويض عن الطلاق، فإنه يتوجب عليها أنها تهدف من الاتجاه إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة³.

فالمصلحة شرط لقبول الدعوى وسماعها، وأن لا دعوى حيث لا مصلحة، ولم يشر المشرع الجزائري في المادة 113 من قانون الاجراءات المدنية السالف الذكر إلى أن المصلحة من النظام العام، لأنه أعطى للقاضي أن يثير تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، ما يفيد أن المصلحة ليست من النظام العام ولكن إذا أثارها المدعى عليه استجاب له القاضي.

كما أضاف المشرع الجزائري شرطاً ثالثاً وهو شرطاً موضوعياً لصحة الاجراءات وشرط الاهلية، إذ ينص في المادة 64 من قانون الاجراءات المدنية على أنه: "حالات بطلان العقود غير القضائية والاجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يأتي :

1- انعدام الاهلية للخصوم.

2- انعدام الاهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

وعليه فإذا كان المدعي هو الزوج أو الزوجة أو كان لهما من يمثلهما في مباشرة هذه الدعوى، يجب أن يكون متمتعاً بسن الرشد القانوني 19 سنة، ومتمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه⁴.

¹ عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص 141.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 286.

³ بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الاجراءات المدنية، سلسلة من المحاضرات أُلقيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1989.

⁴ المواد 40-42-44 من القانون المدني الجزائري.

ولكن قد يكون سن الزوجة أو الزوج دون ذلك لاسيما إذا حصل على إذن بالزواج من القاضي وهو دون 19 سنة، فهل تكون له الاهلية لمباشرة الدعاوى القضائية المترتبة على عقد الزواج لاسيما منها دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية؟

لم يكن المشرع الجزائري سابقا يأخذ ذلك بعين الاعتبار في قانون الاسرة، وكنا نقف في فراغ قانوني بين قانون الاسرة الذي سكت عن هذه النقطة القانونية، وبين قانون الاجراءات المدنية الذي يجعلها شرطا جوهريا لقبول الدعوى القضائية¹.

وقد حاول المشرع تدارك ذلك بعد صدور الامر 02/05 المعدل والمتمم لقانون الاسرة، حيث جاء في المادة 7 من هذا القانون التي تنص على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

الشخص المأذون له بالزواج رجلا كان أو امرأة، وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة لم يرشد في الزواج فيما عد اكتسابه اهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، وفيما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز، كونه لم يبلغ سن الرشد المحدد قانونا بـ 19 سنة كاملة، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة 7 من قانون الأسرة بين سن الزواج وسن الرشد².

كان المشرع الجزائري صريحا بقوله: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"، وبالتالي فإن القاضي يقبل الدعوى من الزوج غير مكتمل الأهلية فيما يتعلق بما يرتبه عقد الزواج من آثار، إذ لا تعتبر دعاوى الطلاق بما فيها دعاوى طلب التعويض إن رفعت بصفة مستقلة، مما يرتبه عقد الزواج من آثار، ولذلك فوجوب اكتمال الأهلية شرط لمباشرة الدعاوى، وفي حالة عدم اكتمالها يتدخل الولي.

كان ذلك قبل تعديل قانون الاجراءات المدنية، لأن المادة 64 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ترتب البطلان عن انعدام الاهلية، وليس عن نقصها، وبالتالي فبإمكان القاصر ناقص الاهلية أن يباشر دعوى التعويض عن الاضرار الناجمة عن الطلاق.

كما أضافت المادة 3 مكرر من قانون الاسرة شرطا آخر لقبول الدعوى القضائية، وهي ضرورة أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا التي يسري عليها قانون الاسرة. وذلك بقولها: "تعدل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون".

ثالثا- ماهي الاجراءات التي تحكم سير الدعوى في قضايا التعويض عن الطلاق؟

¹ محمد تقيّة، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الاحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، العدد 11، نوفمبر 1986.

² تشوار الجليلي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، 2007، عدد 1، ص 45.

عندما تقام الدعوى من الزوجة ضد الزوج لتعويض الاضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، لابد من احترام طريقة واسلوب طرح النزاع أمام الجهات القضائية، ويستوجب ذلك حتما اجراءات خاصة بهذا النزاع أمام تلك الجهات القضائية.

فباعتبار أن طرح النزاعات أمام القضاء لا يتم بواسطة عرائض افتتاحية تتوفر فيها الشروط السالفة، ولذلك فإنه يجب أن ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ تساوي عدد الاطراف¹. ومشملة على جملة من البيانات تحت طائلة عدم قبولها شكلا².

ثم تقيد هذه العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء وألقاب الخصوم ورقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصم الآخر ويجب احترام 20 يوما على الاقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول الجلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³. ولا تقيد هذه العريضة إلا بعد دفع الرسوم القضائية والمحددة في مسائل الاحوال الشخصية بـ 300 دج أيا كانت الدعوى المرفوعة أمام قاضي شؤون الاسرة.

ولكن الامر لا يقتصر على رفع النزاع للقضاء من دفع المدعي فقط، ولكن لابد من مناقشة طلباته وحجته من طرف المدعى عليه، ولذلك يقوم هذا الاخير بتقديم الاجابة الكتابية وهو ما يسمى بالملزمة الجوابية. والملزمات الجوابية التي تقدم امام الهيئات القضائية ذات الدرجة الاولى والتي تنظر في النزاعات القائمة بين الافراد سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الاسرة، أو بغيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية، ووجود عريضة افتتاحية، وهو ما استلزم الرد على تلك العريضة كتابيا، وأن الاسلوب المعتمد أمام المجالس القضائية لا يختلف عن الاسلوب المتبع أمام محاكم الدرجة الاولى، وذلك لأن أي نزاع لابد وأن ينقل أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية للتقاضي يتم بواسطة عريضة، والتي تتضمن أوجه التبرير لعدم قناعة الخصم بالحكم الابتدائي وكذا أوجه الطعن فيه، وكذا لزاما حينئذ أن يتولى هذا المجلس المعوض عليه النزاع تمكين الطرف الآخر من الاضطلاع على تلك العريضة حتى يتمكن من إبداء دفوعه⁴.

وتختلف القضايا المتعلقة بمسائل الطلاق وما ينجر عليها من طلبات التعويض للطرف المتضرر، أنها تستلزم إجراء خاصا وهو ضرورة إجراء القاضي لجلسات صلح بين الطرفين قبل النطق بالطلاق،

¹ المادة 14 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص: ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الاطراف.

² المادة 15 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص على أنه: "يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا البيانات الآتية: - الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى - إسم ولقب المدعي وموطنه - اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له - عرضا موجزا للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى - الاشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى".

³ المادة 16 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 144-145.

وهذا ما جاء في نص المادة 49 من قانون الاسرة التي تنص على انه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". ومن ذلك أيضا يظهر أن المشرع الجزائري قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد محاولة الصلح ومرور فترة زمنية عليها¹.

وان كان قانون الاسرة حتى بعد صدور الامر 02/05 المعدل والمتمم لم يحدد للقاضي الاجراءات الواجب اتباعها في قيامه بإجراء الصلح بين الطرفين، إلا أن قانون الاجراءات المدنية والادارية الصادر بموجب القانون 09/08 قد تدارك ذلك النقص، وذلك من خلال وضعه لإجراءات خاصة بدعوى الطلاق، حيث اعتبر المشرع أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسات سرية². حيث تناوله محاولة الصلح بشيء من التفصيل ليغطي بذلك الفراغ التشريعي الموجود في قانون الاسرة.

وفي هذا السياق فإن المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية السالف الذكر تنص على أن محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، أي أنها تتم بعيدا عن الجلسة العلنية التي يتم فيها نظردعوى الطلاق، وعادة ما يتم ذلك في مكتب القاضي بحضور الزوجين دون محاميهما، وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح³. وإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد لاحق للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعهم بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرم القاضي محضرا بذلك⁴.

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة التفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما انه يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وفي جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق⁵.

فإذا وقع صلح بين الطرفين أثناء الجلسة السرية التي يجريها القاضي بينهما، فإن ذلك يثبت بموجب محضر محرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويوقع على هذا المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط، ويعد محضر الصلح هذا سندا تنفيذيا. وفي

¹ عمرزودة، طرق الطعن في الاحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.

² المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

³ المادة 440 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

⁴ المادة 441 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

⁵ المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

حالة عدم الوصول الى الصلح بين الطرفين ،رغم المساعي التي قام بها القاضي، أو أحد الطرفين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة لهما، يشرع القاضي في مناقشة الموضوع¹.

فبعد القيام بإجراءات الصلح في الجلسة السرية، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، كما يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق في حالة تقديمه من طرف الزوجة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها. كما يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بإجراء خبرة، وعليه أن يسبب الإجراء المأمور به في هذه الحالة.

ومما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، من حيث الادلاء بأسباب الطلاق الشخصية، فإن القانون لا يلزم الزوج بإدلاء الاسباب الشخصية التي تدفعه لطلب الطلاق، فهو ليس مجبرا على ذكر كل الدوافع والامور، فالزوج باعتباره يملك العصمة الزوجية ليس ملزما بتبرير الطلاق، حتى وإن كان ذلك في مصلحته، حتى لا يعد متعسفا في استعمال حقه، بينما الزوجة على خلاف ذلك، فإذا هي طلبت التطليق وجب عليها تبرير طلبها حتى يستجاب لها نظرا لأن حقها مقيد بحدود المواد 53-54 من قانون الأسرة².

وتعتبر محاولات الصلح إجراء جوهريا ومن النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، وإذا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون. وهذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18/06/1991 حيث قررت بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضية الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"³.

فعلى القاضي الابتدائي أن يراعي المادة 49 من قانون الأسرة، والتي تتطلب اتخاذ اجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، أي كانت الوسيلة التي انفصل بها الزوجين سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع. فإذا تغيب أحد الزوجين عن جلسة الصلح هذه، نطق القاضي بحكم الطلاق، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا لصادر في 23/10/1997 حيث قضت بأنه: "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات، يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 39 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"⁴. وما ينبغي ملاحظته في شأن إجراء الصلح أنه ليس بالأمر المستحدث في قضايا

¹ المادة 443 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

² عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 148.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 18/06/1991، ملف رقم 75141، المجلة القضائية 1993، عدد 1، ص 65.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23/10/1997، ملف رقم 174132، المجلة القضائية 1997، عدد 33، ص 179.

الطلاق، وهو مبدأ أساسي وجوهري لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي، لأنه متأصل في مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹.

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايتها من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين، يأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة لينطق بالحكم فيها.

تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية، فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى به الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها.

أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو التطليق أو الخلع فلا يمكن الطعن فيه إلا بالنقض، أمام المحكمة العليا، والتي لا يعاد طرح الوقائع أمامها وإنما تراقب مدى احترام القاضي للقانون أثناء نظره الدعوى فقط دون التدخل في الوقائع من جديد.

وإذا كان يمكن استئناف جوانب الطلاق المادية من بينها التعويض، فإنه في مرحلة الاستئناف خص المشرع قضايا الأحوال الشخصية بعناية خاصة إذ استثنائها من ضرورة التمثيل الوجوبي بواسطة محامي في مرحلة الاستئناف².

الفرع الثاني: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1946/01/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"³.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا، يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كاملا من جانبه، فإذا كان جانبا من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض. فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت، إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملها الزوج، وجانب آخر تتحمله الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيضا في حكمها

¹ سورة النساء، الآية 35

² المادة 538 من قانون الاجراءات المدنية والادارية والتي تنص على أنه: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك. لا يكون تمثيل الاطراف بمحامي وجوبيا في مادة شؤون الأسرة والمادة العمالية بالنسبة للعمال، تعفى الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية من التمثيل الوجوبي بمحامي"

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، 1993، عدد 1، ص 61.

الصادر في 2001/05/05، إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما، وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة. ففي هذه الحالة انعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض¹. واختلف الموقف لدى محاكم أخرى، إذ ذهبت إلى القضاء أنه إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطلاق، وجب لإفادة المطلقة بالمتعة بحسب مسؤوليتها عن هذا الطلاق، فقد صدر عن محكمة عين الصفراء حكماً في 2004/02/15 جاء في حيثياته: "حيث إن القاعدة الشرعية تقرر بأن العصمة بيد الزوج ولهذا وجب الاستجابة لطلب المدعي الخاص بالطلاق، لكن وجب تحميل مسؤولية هذا الطلاق للزوجين معاً، فالزوج تسرع في طلب الطلاق، والزوجة لرفضها بجلسة الصلح الرجوع لعصمة زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت الزوجي، حيث بالنظر إلى المسؤول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول المدعى عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها عن هذا الطلاق، وذلك قضت لها المحكمة بـ20000 دج مقابل المتعة للمطلقة".

فالطلاق قد وضع شرعاً لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق فأصابها من جراء ذلك الضرر الذي نهى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله: "لا ضرر ولا ضرار"²، وفي إطار تطبيق الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون الأسرة فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما:

1- أن يثبت للقاضي أن الزوج، طالب الطلاق، لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار 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 أن تربي الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى، وهو ما نفسه بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق³.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1998/11/17 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضية الموضوع قضا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"⁴.

فيتضح إذاً من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة 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 بانعدام التعسف الذي

¹ محكمة البيضا، قسم الأحوال الشخصية، 2001/05/05، قضية رقم 01/99.

² ابن ماجه، المرجع السابق، رقم الحديث 2341، ص 741.

³ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 141.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1998/11/17، ملف رقم 210451، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 252.

يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها بجعلها تفقد هذا الحق ولولم يتم الطلاق بالتراضي.

2- 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 طلقها بعد ذلك دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها¹. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال².

فالعصمة بيد الزوج، وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق، ودور القاضي هنا هو مجرد مسجل 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 لمطلقة بالتعويض الملائم.

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق³.

وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15/06/1999، حيث قضت بموجبه بأنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للرجح، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبرير ارت لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضية الموضوع، لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون"⁴.

ولهذا فإنه ما 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 خروج عن القواعد العامة، وذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم هذا الأخير بالبيئة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم القدرة على إثباته أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

² فضيل سعد، المرجع السابق ص 366.

³ عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008/2005، ص 37.

⁴ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 15/06/1999، ملف رقم 223019، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 104.

يمكن في هذه الحالة أن يعاب على القرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد مسجل لإرادة الزوج.

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

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 2000/05/23 حيث قضت بموجبه "إن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق، وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبب"¹.

ولذلك فإن أقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحالة، ولما كان ثابتا من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس انه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها، مع أنه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عبء الإثبات أنها غير عذراء، إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع، وما دامت دفعاته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق، ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح 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. وذلك أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

فالتعويض هنا إنما يقوم على وجود حق، وأدى استعمال هذا الحق إلى إلحاق الضرر بالغير، سواء بقصد أو عن غير قصد. فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وثبت لها التعويض. فاستعمال الطلاق حتى ولو أدى إلى الإضرار بالزوجة، لا يمكن أن يكون خطأ يربط المسؤولية التقصيرية، لأنه حق مخول شرعا وقانونا للزوج.

المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر

والتعويض عن الطلاق التعسفي:

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/05/23، ملف رقم 2043417، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص 109.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/02/22، ملف رقم 235456، المجلة القضائية، 2000، عدد 1، ص 282.

إن للمحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع، من الاعتداد بعناصر الضرر وشروطه، وكذا بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع، من حيث المبدأ لأن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، لكن السؤال المطروح في ماذا تتمثل عناصر الضرر الواقع للمرأة المطلقة طلاقاً تعسفياً، وما هي الشروط الواجب توافرها في هذا الضرر حتى يمكن الاعتداد به، وكذلك ما هي العناصر التي من خلالها يمكن لقاضي شؤون الأسرة تقدير التعويض الذي يجب أن يكون متناسباً مع حجم الضرر وجابراً له، وهذا ما سوف يتم بيانه في الفروع التالية:

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

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

الفرع الأول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون 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 مستحقاً للتعويض.

ولأن كان الثابت من قوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانوناً، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا. لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع¹.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة 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.

وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/08/02 بأنه: "من المقرر شرعاً أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه، وبيان حالة الزوجين بياناً مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكاً لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما 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 غير ما هو

¹ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، ص 184.

مألف، ودون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي عن الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض. لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة².

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك، والا كان قراره معيبا للقصور في التسبب.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/14 بأنه: "من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبب"³.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2010/01/14 بعد الاستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000 دج، وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ، بل اكتفى بذكر سبب واحد "حيث أن المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده"⁴.

والأمثلة في هذا الصدد كثيرة، وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريبا. فقضت بتاريخ 2008/03/22 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج⁵ وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27⁶. وكلها اعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

وكأن القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة وهذا وإن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 241984، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد 2، ص 61.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75029، المجلة القضائية 1992، عدد 1، ص 65.

⁴ مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 2010/01/14، قضية رقم 09/00528، ملحق رقم 10.

⁵ مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 2008/03/22، قضية رقم 09/1541، ملحق رقم 11.

⁶ مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/06/27، قضية رقم 09/0533، ملحق رقم 12.

الطرفين وظروف المعاش¹، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الاضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها، والا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/07/08 حكما صادرا عن حكم الجنايات بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقته، وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما ماديا أو معنويا. حيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط. وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقصا"².

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 بأنه: "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب، ينجر عنه النقض"³. وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويضا في الطلاق، وجب أن يكون مسببا تسببا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

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

إن للمحكمة العليا سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع على عناصر تقدير التعويض وليست لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من هذه العناصر وهذا هو المبدأ.

إلا أنه 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 تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفق لما توضح له من جساماة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجساماة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا. وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر.

¹ المادة 79 من قانون الأسرة تنص على أنه: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديرها قبل مضي سنة من الحكم".

² المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، 1986/01/08، ملف رقم 42308، المجلة القضائية، 1990، عدد 1، ص 254.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2000/03/28، المجلة القضائية، عدد خاص، 2003، ص 627.

فإذا كان القاضي بسبب 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 اعتداد بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية. فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيلهم، 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، والا كان قراره معيباً بالقصور في التسبب.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد قصوراً في التعليل".¹

وقد اتجه قضاء المحكمة العليا، إلى أن تقدير التعويض، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، وكيفية أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي وهذا كافٍ لإعطائه الأساس القانوني للحكم.²

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور آنفاً وتوجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض، حيث جاء في قرارها الصادر في 2002/07/25 أنه: "إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضاً بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال، واعتمدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة وعلى محظر المعاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17، وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا".³

وجاء أيضاً في قرار لها صادر بتاريخ 1994/05/24 بأنه: "حيث أنه من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف. وحيث تكريساً لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض".⁴ لأنه بالرجوع إلى ملابسات القضية نجد أن

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

² المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 2001/02/14، ملف رقم 214574، المجلة القضائية، 2002، عدد 1، ص 195. "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، وكيفية أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كافٍ لإعطائه الأساس القانوني".

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2002/07/25، ملف رقم 215762، المجلة القضائية، 2002، عدد 1، ص 279.

⁴ المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، 1994/05/24، ملف رقم 10956، المجلة القضائية، 1997، عدد 1، ص 123.

القرار المطعون فيه منح تعويضاً هامة بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات) التي توصل القاضي إلى تقدير التعويض على أساسها، وحيث أنه تأسيساً على ما تقدم يكون الموجه مؤسسا ويترتب عنه النقص.

كما اشترطت نفس المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملابة، عند تقدير التعويض، واناظمتها بتلك التي تخص المضرور فقط. مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تأخذ بالرأي القائل بوجوب الاعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول، فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور.

وفي هذا السياق فقد ذهبت من خلال قرار لها صادر بتاريخ 1993/01/06 إلى أنه: "ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الاضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض، وهي على وجه الخصوص سن الضحية، ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"¹. كما ذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ: 1983/06/07، قضت من خلاله بأنه: "بالرجوع إلى القرار المنتقد والحكم الذي أيده، فيتبين أن قضاة الموضوع لم يبينوا فيهما، عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتمديد مبلغ التعويض الممنوح للضحية. حيث أنهم أغفلوا فيها الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية، مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للإضرار التي أصابت تلك الضحية بالذات، ووصف تلك الاضرار، وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضاً ذكر سن الضحية، الذي هو عنصر من عناصر التقدير، ومدة انقطاعها عن العمل، ومبلغ أرباحها اليومي أو الشهري، وغير ذلك من عناصر التقدير، ليتأتى للمجلس الأعلى أن يمارس رقابته على القضاء الذي أتى به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد أغفل إبراز كل هذه العناصر، فإنه لم يبرر قضاءه بتسبيب سليم، ولم يركز في تحديد مبلغ التعويض عن أي تبرير قانوني، مما يجعل هذا الوجه في محله أيضاً"².

وجاء في قرار آخر لها بتاريخ 1999/07/14 قضت من خلاله بأنه: "كان يجب على قضاة الموضوع، في حالة إثبات المسؤولية، أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة وتفصيل، مثل سن الضحية، ومهنتها، ودخلها، ونوع الضرر أو الاضرار اللاحقة بالمستحقين، وأن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين"³.

هذا فيما يخص الاضرار المادية، أما بخصوص الضرر المعنوي الذي قد يكون مرتبطاً بالطلاق، ولما له من طبيعة خاصة، فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير والعناصر التي أوجهاها المشرع،

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1993/01/06، ملف رقم 87411، المجلة القضائية، عدد 50 ص 55.

² المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، 1983/06/07، ملف رقم 25878، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص 59.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1999/07/14، ملف رقم 183066، قرار غير منشور أورده الاستاذ مختار رحمان في مقال له بعنوان المسؤولية المدنية عن نقل الأشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 2000، ص 71-72.

والمستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية، وإنما هو ضرر شخصي محض.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1981/12/10 قضى من خلاله بأنه: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الأمر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي. حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي، الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل. علما بأن رقابة المجلس الأعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعروض عنه"¹.

وكذلك ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18 حيث قضت بأنه "بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"².

وجاء أيضا في قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2000/03/28 بأنه: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"³.

¹ المحكمة العليا، غرفة الجنج والمخالفات، 1981/12/10، ملف رقم 24500، المجلة القضائية، عدد 42، ص 87.

² المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1992/02/18، ملف رقم 78410، المجلة القضائية، عدد 48، ص 145.

³ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2003/03/28، ملف رقم 231419، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص 593.



الخاتمة



الخاتمة :

وفي الأخير أختتم بحثي هذا بجملة من النتائج التي تم التوصل إليها من خلال هذه الدراسة وهي أن المشرع الجزائري أولى اهتماما واسعا بقضايا شؤون الأسرة وذلك منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، كما يتجسد هذا من خلال التعديلات المتتالية لقانون الأسرة، وكذلك من خلال برامج الحكومات المتعاقبة وآخرها برنامج صندوق النفقة.

ولكن ما يمكن ملاحظته أن الحجم الهائل من القضايا المرفوعة لدى المحاكم في أقسام شؤون الأسرة، والرامية إلى طلب الطلاق، أصبح رقما يثير الدهشة ويبعث على القلق، ويستدعي التفكير في حلول شاملة وشفافية لهذه المعضلة الاجتماعية، التي تهدد اللبنة الأولى في المجتمع.

كذلك من خلال المؤشرات من حالات الاستئناف، والطعون بالنقض في مسائل التعويض عن الطلاق التعسفي يشير إلى حالة عدم التناسب من بين المبلغ التي تحكم بها المحاكم، وما بين المستوى المعيشي وتكاليف الحياة، مما يجعلنا نعيد التفكير في إيجاد منظومة قانونية من شأنها أن تخلق نوعا من التوازن بين التعويض والضرر في هذه المسألة، كتحديد سقف أقصى أو سقف أدنى للتعويض مع عدم تقييد القاضي فيما يخص عناصر الضرر والتعويض.

والخلاصة التي يمكن الخروج بها هي أن المنظومة القانونية الجزائرية مدعوة لإعادة النظر فيما يخص توابع الطلاق المادية، وبالأخص التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، وجعل هذه المنظومة تستعمل في شقين، الشق الأول وهو الحد ولو بشكل نسبي من ظاهرة الطلاق والطلاق التعسفي بشكل خاص، أما الشق الثاني وهو شعور المطلقات طلاقا تعسفيا بالعدالة، وذلك عندما تحكم لها المحاكم بمبالغ تعينها على مكابدة الحياة الصعبة التي ستواجهها بعد الطلاق، وتضمن لها العيش الكريم.

كما أنه يمكن أن نعد أهم النقاط المتوصل إليها من هاته النتائج كما يلي:

- ينحل عقد الزواج بالطلاق و يتم بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة بحسب ما جاء في المادة 48 من قانون الأسرة.

- إن الطلاق لا يكون إلا بحكم قضائي تماشيا مع ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة

إن كثرة الآراء التي تأخذ على الشريعة الإسلامية إقرارها مبدأ الطلاق لم تكن تعي الحكمة من مشروعية الطلاق، فالإسلام أباح الطلاق ضمن ضوابط شرعية للضرورة القاهرة و الظروف الاستثنائية الملحة التي تجعله دواء وعلاجاً للتخلص من شقاء محتّم يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها، فالحق في الإسلام نعمة ومنة من الله عز وجل، هيأ له أسبابا تؤول إلى تفرد صاحبه به، غير أن استعمال الحق الذي هو من الله مقيد بما قيد الشارع به الحقوق لتحقيق المصالح والغايات التي شرع من أجلها.

لا يعتد بالمصالح الفردية في نظر الشارع، إذا ناقضت مقصد الشارع من تشريع الحق، أو أدت إلى مآل ممنوع شرعا.

- التعسف هو مناقضة مقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.



- إن نظرية التعسف في استعمال الحق، وإن لم تكن بهذا المسمى، نظرية لها جذورها في الفقه الإسلامي، وإن استعراض الأدلة من الكتاب و السنة و الأثر، يثبت لنا سبق الشريعة الإسلامية في تأصيلها و بحثها.
- إن التعسف يختلف عن المجاوزة وإن خلف الكثيرون بينهما، لأن التعسف استناد إلى الحق، والمجاوزة خروج عن حدود الحق.
- إن معايير التعسف ضوابط ضرورية لتحديد ماهية التصرف والحكم عليه بالجزاء العادل المناسب على أساس ثابت محدد وهو يخدم القاضي بالدرجة الأولى.
- إن لمعايير التعسف في جميع حالاته أصلا عاما واحدا وهو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.
- إن المتفق عليه أن المطلق طلاقا تعسفيا آثم، وهو مؤاخذ من الله تعالى المطلع على السرائر، لأن نقله إلى الجزاء القضائي يحتاج إلى دليل شرعي ولأن المطلق بإيقاعه الطلاق كانت له دواعيه الخاصة التي تعود إلى أمر نفسي و باطني به، ويصعب فيها الإثبات والكشف عنها وضبطها والوقوف عليها، فيبقى الأمر بينه وبين ربه، فلا يمكن إخراجها من نطاق إلى نطاق آخر، إذ لا يمكن قياسه بالقدر المادي إلا بالدليل، وربما يجب ستره حيث أن الإعلان عنه يكون فيه مضرة للمرأة بالذات.
- بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييرها على واقعة الطلاق، يتبين لنا أن هناك تعسفا في الطلاق، إذا كان من غير مبرر شرعي أو تحايلا على الشرع ابتداء.
- يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته، أو مؤديا إلى مآل ممنوع شرعا، وأن لا يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها.
- من صور التعسف في الطلاق، الطلاق بدون سبب مشروع طلاق المريض مرض الموت.
- إن المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري لم تذكر لا معايير الطلاق التعسفي ولا صوره، وإنما تعرض القانون المدني الجزائري للمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في المادة 24 مكرر.
- نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على التعويض جراء الطلاق التعسفي لكل مطلقة أصابها ضرر لاحق من هذا الطلاق.
- ليس من السهل إثبات الضرر اللاحق بالزوجة الناتج من الطلاق التعسفي إلا أنه يقع عبء كشفه على القضاء استجابة لادعاء المطلقة.
- لم تنص المادة 52 السالفة الذكر على مقدار التعويض، وبذلك ندرك أنها فسحة تركت للقضاء لتقدير التعويض من خلال جميع الظروف المتعلقة بالمتفارقين وكذا جسامة الضرر.
- إن المتعة شرعت لتكون تعويضا عن الألم و الضرر، الذي يلحق بالمرأة من جراء طلاق زوجها لها.
- إن المتعة تجب لكل مطلقة، بينما التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا يكون إلا في حالة إثبات تعسف المطلق.
- إن المتعة تغني في أحكامها عن التعويض في الطلاق التعسفي ولا يقضى بهما معا للمطلقة، إلا نجد أن القضاء الجزائري قد حكم بهما معا في آن واحد في عدة أحكام.



ومن التوصيات المتوصل إليها نجد:

- إن الموضوع برمته يحتاج إلى نظر وتعديل والمسؤولية تقع على المختصين في هذا الشأن.
- إن الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي يحتاج إلى عمل وجهد متكاملين على جميع الأصعدة التشريعية، التربوية، الإعلامية، الاجتماعية والنفسية، وضرورة تبني خطة على المستوى الوطني تشارك فيها جميع الأجهزة والمؤسسات المعنية ذات الصلة للتصدي لهذه الظاهرة وكبح جماحها.
- ندعو المشرع الجزائري إلى تنظيم حالات الطلاق التعسفي وأحكامه، ووضع القواعد والضوابط المحددة له، باعتباره أمرا حاصلًا في الواقع فضلا على كونه محتمل الوقوع، وفي ذلك رعاية وإنصافا للمرأة ودعمًا لموقفها القانوني وحققها في العيش الآمن.
- على المشرع الجزائري أن ينص على معايير للطلاق التعسفي يتبين لنا من خلالها تعسف المطلق من عدمه.
- إن مبالغ التعويض عن الطلاق التعسفي والمحكوم بها للمطلقات وفي الظروف المعيشية الحالية لا تعد شيئا أمام المتطلبات المعيشية الحالية.
- كما أن رفع مقدار التعويض عن هذا الطلاق، سيردع الأزواج المستهترين بميثاق الرابطة الزوجية، وسيحد بشكل كبير من ظاهرة الطلاق المتفشية في مجتمعنا والتي تزداد يوما بعد يوم بشكل يبعث على القلق.
- وبما أن الإسلام دين الدولة فإنه لا يمنع من ترقية القوانين و الأفكار المستجدة الخاصة بالمرأة وخلاف ذلك فإن القانون لا يستجيب لمتطلبات حماية الأسرة، مما يؤدي ذلك بعدها عن المقاصد الحضارية التي تتطلع إليها الأمة.
- ذلك ما توصلنا إليه من خلال بحثنا هذا في ضوء المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، تاركين للأيام المقبلة أن تمن علينا بعلوم حقوقية جديدة و اجتهادات فقهية تؤكد على ضرورة التشدد مع كل من يتعسف في استعمال الحق أو يسيء الارتكاز إلى الحقوق التي وضعت أساسا للصالح العام وخير البشرية جميعا.

... والصلاة والسلام على رسول الله ...



قائمة

المصادر والمراجع



أولا : القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

المراجع :

ثانيا: الكتب العامة

1. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم: الإجماع، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة 2، 1994.
2. ابن النجار: منتهى الإرادات، مع حاشية المنتهى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1999.
3. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد: شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
4. ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحلیم بن تيمية: مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد وساعده ابنه محمد، طبع بأمر الملك فهد بن العزيز، إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين.
5. ابن جزي، أبو عبد الله محمد ابن أحمد ابن محمد: القوانين الفقهية، دار الكتاب العربي، لبنان، الطبعة الثانية، 1409 هـ.
6. ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ارجعه قصي الدين محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، مصر، الطبعة الأولى، 1987.
7. ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الرابعة، 2007.
8. ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، كلية الدراسات جامعة الأزهر، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
9. ابن عطية الأندلسي أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحرز الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، لبنان، 1413 هـ.
10. ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
11. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار الندي للطباعة، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.



12. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيخا، وبحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للإمام البوصيري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة، 2006. ابن مود، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ.
13. ابن منظور، الإمام العلامة جمال الدين إبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، حققه وعلق عليه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر وراجعته عبد المنعم خليل إبراهيم، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
14. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1995.
15. أبو داود، الإمام الحافظ المصنف المتقن أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيخا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001.
16. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل، بيروت، لبنان، دون طبعة وتاريخ طبع.
17. أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض المصرية، الطبعة الخامسة، 1828 هـ.
18. أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1413 هـ.
19. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1994.
20. أحمد محمد علي داود، القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.
21. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، طبعة 1949.
22. ازيد، محمد طلبية، ديوان الطلاق، مطبعة الحلبي، مصر.
23. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الإسكندرية، دون طبعة وتاريخ طبع.



24. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداددي، الطبعة الأولى، 2009.
25. البلتاجي محمد، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، مصر، 1975.
26. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
27. بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية، سلسلة من المحاضرات أُلقيت على طلبية الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1949.
28. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان.
29. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، 1802 هـ.
30. بوبشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
31. بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
32. الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس وتحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
33. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الاسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007.
34. تقية عبد الفتاح، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007.
35. الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1403 هـ.
36. الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تضمينات (الإمام الذهبي) النيسابوري، تحقيق حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
37. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه زكرياء عميرات، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 1993.



38. الدار قطني، الإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
39. الدارمي، الإمام أبي محمد عبد الله بن به ارم الدارمي، سنن الدارمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.
40. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون طبعة وسنة طبع.
41. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1413 هـ.
42. زكريا الأنصاري، أبو يحيى بن محمد بن احمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1413 هـ.
43. السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، الطبعة السابعة، 1443 هـ.
44. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 2003.
45. السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، انحلال عقد الزواج، منشورات الجامعة الأردنية، 1413 هـ.
46. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1946 هـ.
47. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية.
48. الشاطبي، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، طبعة دون تاريخ، دار الكتب العلمية، لبنان.
49. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بعناية محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
50. شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1808 هـ.
51. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
52. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، خرج أحاديثه وعلق عليه خليل مأمون شيجا، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.



53. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ، الجزء الثاني.
54. الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1946.
55. الصنعاني عبد الرازق بن همام، تفسير القرآن، تحقيق د، مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية.
56. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، العراق، باب قطعة من المفقود، 1808 هـ.
57. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1945.
58. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1964.
59. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1942.
60. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1948.
61. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990.
62. عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، لبنان، الطبعة الأولى، 1991.
63. العززالدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
64. عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الأحوال الشخصية، سلسلة الاجتهاد الشرعي، المطبعة الجديدة، سوريا، 1947.
65. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1944.
66. علي فيلاي وحמיד بن شنيقي، نظرية الالتزامات، محاضرات ألفت على طلبه سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، السنة 99/94، بن عكنون.
67. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، جامعة سوريا، سوريا، 1817 هـ، الطبعة الرابعة.
68. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، دار البشير، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1994.
69. فخر الدين الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، لبنان، 1821 هـ.



70. الفيروز أبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، لبنان.
71. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرآن (الجامع لأحكام القرآن)، تحقيق سالم مصطفى البدر، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
72. القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، علق عليه ووضع حواشيه سالم محمد عطا و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2002.
73. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون للنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، 2005.
74. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة، الطبعة الثانية، 1972.
75. مجيد محمود سعيد، نظرية التعسف في الحق ونظرية الظروف الطارئة، دار الثقافة عمان، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
76. محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
77. محمد أبوزهرة، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، سوريا، 1540هـ 1965 م.
78. محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
79. محمد سويد، المذاهب الإسلامية الخمسة و المذهب الموحد، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان الطبعة الأولى، 1993.
80. محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1979.
81. محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1994.
82. محمود غنيم وفتح نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002.



83. المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان الحنبلي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق عبد الرحمن الجبرين، عوض القرن، أحمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1821 هـ.

84. مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار صادر، بيروت، لبنان، دون تاريخ ورقم طبعة.

85. النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن، صححه الخطيب البغدادي وابن منده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

86. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا.

87. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1549 هـ.

ثالثا : الكتب الخاصة

1. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967.

2. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009.

3. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.

4. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

5. خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق، دار المطبوعات الجامعية، جامعة الإسكندرية، مصر، 2012.

6. ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، عمان، الأردن، 1992.

7. عبير شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، 1824 هـ.

8. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1814 هـ.

9. الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، 1949.



رابعاً : الرسائل والمذكرات

1. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1956.
2. غناي زكية، حقوق المطلقة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2011.
3. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
4. إبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.
5. أبو هاشم توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، بدون تاريخ، الجامعة الأردنية، عمان.
6. بلبولة بخته، أثر فكرة التعسف على استعمال الحق على الزواج وانحلاله، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2008.
7. بلحواري سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية المحقق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
8. ساجدة عفيف عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011.
9. صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1946.
10. مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2006/2007.
11. بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة والطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2003/2006.
12. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2003/2004.



خامسا: المقالات

1. أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، الجزء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى، فلسطين، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، 2018.
2. تشوار الجليلي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، العدد الأول، 2007.
3. تقيّة محمد، تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، العدد 11، نوفمبر 1946.
4. ساجدة عفيف عتيبي وريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012.
5. شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009.
6. الصالح محمد بن أحمد، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1594 هـ.
7. عمر زودة، طرق الطعن في الأحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد الخامس، 1946.
8. مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، المجلد الأول، 2009.
9. محمد احمد البديرات، مدى اعتبار مرض الإيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 1، 2006.
10. مختار رحمان، المسؤولية المدنية عن نقل الاشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 2000.



فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكرو عرفان

إهداء

مقدمة: 5-1

الفصل الأول: الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الطلاق ومشروعيته 7

المطلب الأول: مفهوم الطلاق : 8

الفرع الأول: تعريف الطلاق: 8

الفرع الثاني: شروط الطلاق: 9

الفرع الثالث: أنواع الطلاق: 12

الفرع الرابع: القيود الواردة على الطلاق : 15

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق : 18

الفرع الأول: مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية : 18

الفرع الثاني: الطلاق في قانون الأسرة الجزائري 24

المبحث الثاني: التعسف في استعمال الحق في الطلاق 25

المطلب الأول: التعسف في الطلاق : 26

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي : 26

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي : 27

الفرع الثالث: صور وحالات الطلاق التعسفي : 30

المطلب الثاني: مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي 37

الفرع الأول: تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق 37

الفرع الثاني: الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي 39

الفصل الثاني : تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري وعلاقته بالمتعة. ... 45

المطلب الأول: مفهوم ومشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي 46

الفرع الأول: تعريف التعويض : 46

الفرع الثاني: مشروعية التعويض في الفقه الاسلامي :	47
المطلب الثاني: العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي :	49
الفرع الاول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض:	50
الفرع الثاني: مميزات المتعة عن التعويض :	50
الفرع الثالث: هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟	51
المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	55
المطلب الأول: إجراءات وأسس تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:	56
الفرع الأول: الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض في الطلاق التعسفي	56
الفرع الثاني: الاساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:	65
المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر والتعويض عن الطلاق التعسفي:	68
الفرع الاول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه:	69
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقدير التعويض: ..	71
الخاتمة :	76
المصادر والمراجع	79
فهرس المحتويات	90

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) طالب سعيد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 852374906

الصادرة بتاريخ 2018 / 06 / 20 عن دائرة/ بلدية مسيسي عامر

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر ، مذكرة ماجستير ، أطروحة دكتوراه) الموسومة ب :

التقويض عن الضرر في الطلاق التصفي

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

التاريخ 2022/06/20

إمضاء المعني

سعيد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم : الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة) جديد ياي سعيد

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: رخصة السياقة رقم 08176791

الصادرة بتاريخ 21/12/2009 عن دائرة/ بلدية بكرة

المسجل(ة) بكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم : الحقوق

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

أصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية

المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ 22/06/20

إمضاء المعني

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: السيد اللقب: طالب
 اسم الأب: السيد اسم ولقب الأم: السيدة الفاني
 تاريخ الازدياد: 1485/01/25 مكان الازدياد: سيد عامر
 رقم الهاتف: 077917285
 البريد الالكتروني: /
 العنوان الشخصي: د. ب. ب. سيد عامر
 البكالوريا:

المعدل: 17.7 الشعبة/التخصص: علوم اسلامية سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2002
 الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدرجة/سنة التخرج: 2006
 الماستر: حقوق
 تخصص الماستر: قانون اساسي الدرجة/سنة التخرج: 2002
 المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام):

الوضعية المهنية: موظف: ☒ عاطل عن العمل: ☐
 في حالة موظف: موظف عمومي: ☒ قطاع خاص: ☐
 المصلحة المستخدمة: مديرية التربية اسم المؤسسة / الشركة: مديرية التربية
 الرتبة في العمل: استاذ محاضرة ابدئية
 الصيغة:

موظف دائم: / موظف في إطار عقود: / نوع العقد:
 إمضاء الطالب(ة):

سعيد

استمارة معلومات

الصورة

المعلومات الشخصية:

الاسم: بوعبيد اللقب: محمد
اسم الأب: عيسى اسم ولقب الأم: كنداد حدة
تاريخ الازدياد: 1972/04/28 مكان الازدياد: مسيرة عامر
رقم الهاتف: 0647 54 23 32
البريد الالكتروني: /
العنوان الشخصي: باب سيدة ابراهيم
الباكالوريا:

المعدل: 10 الشعبة/التخصص: تقنيات معاصرة سنة الحصول على شهادة البكالوريا: 2003
الليسانس:

تخصص الليسانس: حقوق الدرجة/سنة التخرج: 2010

الماستر: حقوق

تخصص الماستر: قانون أسرة الدرجة/سنة التخرج: 2012

المعدل الترتيبي للماستر: (المعدل العام):

الوضعية المهنية: موظف: ☒ عاطل عن العمل: ☐

في حالة موظف: وظيف عمومي: ☒ قطاع خاص: ☐

المصلحة المستخدمة: مديرية الأمن الوطني اسم المؤسسة / الشركة: مديرية الأمن الوطني

الرتبة في العمل: /

الصيغة:

موظف دائم: ☒ موظف في إطار عقود: ☒ نوع العقد: /

إمضاء الطالب(ة)

[Signature]

الملخص :

قد اعتبر الزواج رابطة مقدسة بين الرجل والمرأة ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين. فإذا كان الشارع قد أعطى الزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة إلا أن ذلك مقيد بضميره الحي لأن عقد الزواج جعله الله أوثق العقود ، ومستقبل الأسر والأولاد لا يجوز أن يكون بيد رجل عابث ، ولذلك عند استعمال الزوج حقه في الطلاق دون سبب مشروع كان متعسفا لذلك كان لزاما عليه التعويض عن الضرر الذي لحق بزوجه ماديا ومعنويا. فكما رأينا في هذا البحث أن كل من الشريعة والقانون لم يضعوا تعريفا محددا للطلاق التعسفي ، فالشريعة الإسلامية وضعت قيود على الزوج عند ايقاعه الطلاق التي من شأنها الحد من الطلاق. وأيضا المشرع الجزائري لم يبين الضرر الموجب للتعويض في الطلاق التعسفي، فلا بد من توافر شروط لتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي حسب نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري. أيضا الفقه الإسلامي أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي استنادا لقوله (صلى الله عليه وسلم): "لا ضرر ولا ضرار". فالتعويض من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة. أيضا التعويض عن الطلاق التعسفي لا ينفي حصول المطلقة على المتعة المقرر لها في الشريعة الإسلامية .

الكلمات المفتاحية : التعويض، الأضرار، الطلاق، التعسف

Summary :

Marriage was considered a sacred bond between a man and a woman, and one of its goals was the formation of a family based on affection, mercy and cooperation between the spouses. If the legislator has given the husband the right to divorce by his own will, but that is restricted by his living conscience because the marriage contract has been made by God the most reliable of contracts, and the future of families and children may not be in the hands of a frivolous man. He has to compensate for the damage he inflicted on his wife, materially and morally. As we have seen in this research that both Sharia and law did not put a specific definition of arbitrary divorce. Both Sharia and the law did not put a specific definition of arbitrary divorce. Also, the Algerian legislator did not indicate the harm necessitating compensation in arbitrary divorce. Conditions must be met to compensate the wife for arbitrary divorce according to the text of Article 52 of the Algerian Family Code. Also, Islamic jurisprudence took compensation for arbitrary divorce based on his (peace and blessings of God be upon him) saying: "There is no harm or recidivism." Compensation is part of raising embarrassment and hardship on the wife. Also, compensation for arbitrary divorce does not negate the divorced woman's enjoyment of the pleasure that is prescribed for her in Islamic Sharia.

Keywords: compensation, damages, divorce, abuse