جامعة محمد خيضر – بسكرة –

كلية الحقوق و العلوم السياسية

كلية الحقوق

عنوان المذكرة

الطلاق التعسفي و آثاره في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية.

–من إعداد الطالبة:

– حياة خطاب

– تحت إشراف الأستاذة:

– جميلة مدور

السنة الجامعية:2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

شـــكـــر و تـــقـــديـــر

أشكر الله العلي القدير الذي وفقني لانجاز هذا العمل المتواضع كما اتقدم بشكري الى أستاذتي المشرفة " مدور جميلة" التي أفادتني بنصائحها القيمة و توجيهاتها فلها كل الاحترام و التقدير

إهـــــداء

أهدي هدا العمل المتواضع الى والدي و جميع إخوتي و أخواتي

إلى جميع صديقاتي بالأخص آمنة

كما أهدي هذا العمل المتواضع لكل من ساهم في إنجازه من قريب أو بعيد ولو بنصيحة صغيرة أو إبداء رأي أو تذكير أو سؤال.

مـــقـــدمـــة:

تعتبر علاقة الزواج من أنبل الروابط لأنها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة لقوله تعالى **{{و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون}}** [النساء /128]

فقوام الحياة الزوجية هو التماسك و الرحمة و المودة و التسامح و إحترام الزوجين لبعضهما البعض هذه العوامل لها أثر فعال في سلوك الأولاد بحيث تساعدهم على التوافق النفسي و العقلي و الشعور بالإستقرار في ظل أسرة متماسكة، لذلك فان استقرار الحياة الزوجية من الغايات التي حرص على تحقيقها كل من الشريعة و القانون لأن الأصل في عقد الزواج الأبدية ومن أجل ذلك تعتبر الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات و أوثقها لقوله تعالى **{{ وأخذن منكم ميثاقا غليظا}}** [النساء/21]

إلاأن الزواج قد يتعرضللفشل و يعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه بأي سبب من الأسباب وبذلك تختل العلاقة الزوجية بين الزوجين و تحل الفجوة محل المودة و يصبح التنافر هو المحتكم فيكون الطلاق هو الأولى، فالطلاق إذن ضرورة أجاز اللجوء إليها كل من الشرع و القانون في حال تعذر الحياة الزوجية لقوله تعالى **{{ وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا عليما}} [النساء/130]**

و نظرا لآثار الطلاق الظاهرة على الأسرة إهتم به المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 48 منه، فنظم أحكامه و بين الحقوق و الواجبات المترتبة عليه و إعتبره أحد أهم واعتبر الطلاق احد أسباب فك الرابطة الزوجية وذلك بالإرادة المنفردة للزوج إلا أن القانون بإعطاء هذا الحق للزوج وحده قيده من ناحية أخرى بعدم التعسف في إطلاقه لأن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له يلحق ضررا والضرر ممنوع في الشرع و القانون وعليه إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق ثابت فانه يمكننا طرح إشكالية الموضوع على الطرح التالي: إلى أي مدى يثبت حق الطلاق للزوج؟

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسية عدة إشكاليات فرعية :

متى يعتبر الطلاق تعسفيا؟

وما طبيعة الأضرار التي التي يسببها للمطلقة ؟ وهل من تعويض يجبر تلك الأضرار

والى أي مدى يعتبر التعويض عن الطلاق التعسفي كاف لتعويض الزوجة عن الأضرار اللاحقة به؟

- أهمية إختيار الموضوع

- إن عقد الزواج من أجل العقود و أعظمها وأن إنحلال هذا العقد لابد أن يكون وفق إجراءات معينة ومن هنا يستمد البحث أهميته

- إساءة استعمال الزوج للحق المخول له شرعا باعتبار العصمة الزوجية في يده

- تتجلى أهمية الطلاق التعسفي في أنه موضوع كل أسرة وما ينشأ فيها من خلافات يومية قد تنتهي بالتفريق أو الصلح.

- أسباب اختيار الموضوع

- تكمن أسباب البحث في الطلاق التعسفي في:

- إرتباط مشكلة الطلاق بالأسرة و التي هي كيان مقدس لأنها هي الخلية الأولى للمجتمعات البشرية و تنجر عن هذه المشكلة عدة نتائج سلبية تهدد سلامة و استقرار المجتمع و تشتت الأسرة.

- أن الدراسات كثيرة فيما يتعلق بالطلاق إلا أن مصطلح الطلاق التعسفي جديد غير متداول.

– مدى إهتمام الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني و الإجتماعي في أحكامها بإعتبار أن مصطلح الطلاق التعسفي مرتبط إرتباط وثيقا بمسالة الضرر وعليه لابد من معرفة طبيعة الضرر الذي يصيب الزوجة.

– التعرفالأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي كونه مرتبطا بفكرة التعويض .

دوافع دراسة الموضوع

–لعل من هم الدوافع التي جعلتني أتطرق إلى دراسة الموضوع:

– أن الطلاق مشكلة تمس المس الأسرة و المجتمع.

– التعرف على مكانة المرأة في الطلاق بإعتبارها المحل المقصود في الطلاق ومدى دور القضاء في التشريع الجزائري في معاقبة كل من يسئ إستعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي الواقع بغير سبب معقول.

– الصعوبات

على الرغم من الأهمية لتي يكتسيها موضوع الطلاق التعسفي إلا أنني لم أجد فيما إطلعت عليه مراجع جزائرية متخصصة تتناول هذا الموضوع بجميع جوانبه فيما عدى كتاب التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري للكاتب بن زيطة الهادي وكذا مذكرة التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق لمسعودة نعيمة إلياس.

المنهج المتبع

وللإجابة عن التساؤلات و للوصول إلى نتائج مقبولة ينبغي إتباع منهج من شأنه تحقيق هذا الغرض، وعلى ذلك اخترت كل من المنهج التحليلي مع مقارنة بين قانون الأسرة

الجزائري و الشريعة الإسلامية للخروج بدراسة شاملة للموضوع، وعليه للإجابة على الاشكالية المطروحة و محاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع إرتئيت تقسيم موضوع البحث تقسيما ثنائيا وفق فصلين نستعرض خطواتهما العريضة كالآتي:

الفصل الأول:ماهية الطلاق التعسفي

المبحث الأول:مفهوم الطلاق

المطلب الأول:تعريف الطلاق ومشروعيته.

المطلب الثاني: حكم الطلاق الحكمة من مشروعيته.

المطلب الثالث: القيود الشرعية على إيقاع الطلاق.

المطلب الرابع: الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق.

المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي.

المطلب الثاني: حكم الطلاق التعسفي.

المطلب الثالث: معايير الطلاق التعسفي.

المطلب الرابع: صور الطلاق التعسفي.

الفصل الثاني:آثار الطلاق التعسفي

المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: تعريف الضرر.

المطلب الثاني: أنواع الضرر.

المطلب الثالث: شروط الضرر و إثباته.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول: مفهوم التعويض.

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائر.

المبحث الثالث: المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا

المطلب الأول: متعة المطلقة للمطلقة تعسفا.

المطلب الثاني: نفقة العدة للمطلقة تعسفا.

الخاتمة.

الـفـصـل الأول

مـاهـيـة الـطـلاق الـعـسفـي

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي

إن أساس العلاقة الزوجيّة الصحبة و الاقتران القائمان على الود و التآلف، لكن إذا اشتدّت الخلافات و لم يجد الزوجان الحل لمشاكلهم، و أصبح البقاء تحت السّقف الواحد يسبّب الشقاء و التعب لهما، أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطّلاق الذي هو ابغض الحلال إلى الله.

ولقد أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة يوقعه متى دعت إليه الضرورة وبعد استنفاذ طرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة في ذلك كونه مالكا للعصمة، إلا أن الزوج قد يسئ ممارسة هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه فما هو المقصود بالطلاق التعسفي ؟ وما هي حالاته ؟.

و للإجابة على هذا التساؤل إرتأيت تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين تناولت في الأول مفهوم الطلاق وقسمته إلى أربعة مطالب في المطلب الأول تعريف الطلاق ومشروعيته أما المطلب الثاني حكم الطلاق ،وفي المطلب الثالث القيود الواردة على إيقاعه وفي المطلب الرابع تعرضت للأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق.

أما المبحث الثاني فتناولت فيه مفهوم الطلاق التعسفي قسمته إلى ثلاث مطالب تناولت في المطلب الأول تعريف الطلاق التعسفي حكمه،وفي المطلب الثاني معايير الطلاق التعسفي وفي المطلب الثالث صور الطلاق التعسفي.

المبحثالأول:مفهوم الطلاق

المطلبالأول:تعريف الطلاق و مشروعيته

الفرع الأول:تعريف الطلاق

إن للفظ الطلاق معان كثيرة وذلك حسب المقصود منها، وقد قدمت له تعاريف كثيرة في اللغة و الفقه من طرف فقهاء الشريعة و القانون.

أولا: تعريف الطلاق لغة

الطلاق لغة يرجع لعدة معاني :

الطلاق والإطلاق لغة رفع القيد مطلقا سواءا حسيا أو معنويا، وهو الإرسال والترك نقول أطلقت الأسير إذا حللت قيده و أرسلته[1]

الطلقة المرة الواحدة منه طلق المرأة عن زوجها، رجل مطلاق و مطليق و طليق، كثير التطليق للنساء طلق البلاد أي تركها و الطالق من الإبل التي لا قيد عليها، أطلقه سرحه الطلقاء الإسراء العتقاء و الطليق الذي أ طلق أسره و خلي سبيله [2]

وعليه فكل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من أي نوع من الروابط و القيود التي تحد من الحرية وقد كثر استعمال هذا اللفظ في طلاق الرجل لامرأته لها في ذلك من رفع للقيود التي كانت عليها بيت الزوجية ومن ترك لها وتخل عنها[3]

ثانيا: تعريف الطلاق إصطلاحا:

أ: تعريف الطلاق في الإصطلاح الشرعي

---

[1]– شوقي ضيف،**معجم الوسيط ط4**،مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003،ص563.

[2]– صالح العلي الصالح،أمينة الشيخ سليمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية**، ب د ن، الرياض، د س ن ، ص 379.

[3]– نصر سليمان،سعاد سطحي ، **أحكام لطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة**، دار الهدى، عين مليلة، 2003 ، ص06.

قدمت تعاريف كثيرة و مختلفة للطلاق من قبل الفقهاء من الناحية الشرعية ، لكنها رغم ذلك تتفق على المعنى المقصود منه شرعا منها:

– عرفه الحنفية بأنه: " **رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص**"

يتضح أمن هناك قسم يرفع النكاح في الحال وقسم يرفعه في المآل أما القسم الأول فهو الطلاق البائن فبمجرد صدوره يرفع النكاح في الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته، أما القسم الثاني فهو الطلاق الرجعي فالنكاح لا يرتفع إلا بانتهاء عدة المطلقةولكن تحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته وهي ثلاث

وقد اختار هذا التعريف الإمام أبو الزهراء بعدما هذبه حيث قال:"**الطلاق في إصطلاح الفقهاء رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق نفسها أو ما في معناها**"[1]

فأضاف الألفاظ التي يقع بها الطلاق وهي مات أشتق من كلمة الطلاق نفسها أو فيما معناها وأضاف قيدا آخر على الزواج بأن يكون صحيحا فكان تعريفه للطلاق بأنه :" **رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية،أو بما يقوم مقام اللفظ**"

وعرفه إبن عرفة من المالكية بأنه: " **صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم**""[2].

فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع حلية المتعة الزوجية باعتبار المتعة أهم آثار عقد النكاح لكن هذا التعريف يبقى قاصرا عن استيعاب أنوا الطلاق لأنه ليس كل طلاق يرفع حلية المتعة الزوجية كما هو الحال في الطلاق الرجعي

–[1] محمد أبو الزهرة ،**الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1948،ص 279.

–[2]عبد القادر داودي ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة** ، دار البصائر، ط2007،1ص 238

وعرفه الشافعية: "**حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق و نحوه**"[1]

من التعريفاتيتضح أن الطلاق هو " **رفع قيد النكاح الثابت بالزواج في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كتابة أو بما يقوم مقام ذلك الزواج من الكتابة أو الإشارة**".

ب: تعريف الطلاق في الإصطلاح القانوني

تعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق في المادة 48 قانون أسرة جزائري من قانون بقوله:"**الطلاق حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون**"[2]

ولقد استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي وما الطلاق إلا أحد هذه الطرقومن الملاحظ من المادة أنها لم تعطي تعريفا دقيقا للطلاقولا لبيان أركانه وشروطه وضوابطه،وفي ذلك محاولة منه التملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف

وذلك محاولة من المشرع التملص من أي التزام قد يقع على عاتقه لتبنيه لأحد التعاريف القائل بها الفقه وترك ذلك للفقه الإسلامي بموجب المادة 222 قانون الأسرة التي تنص على أن "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[3].

الفرع الثاني:مشروعية الطلاق

وردت مشروعية الطلاق بالكتاب و السنة و الإجماع

-[1]طاهري حسين ، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه الامر 02/05 المؤرخ في 2005/2/27 مرفق بنماذج قضائية بعرائض الأحوال الشخصية** ، دار الخلدونية ،الجزائر،2008 ، ص 81.

-[2]قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/فبراير 2005.

-[3] المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

أولا: مشروعية الطلاق من الكتاب

قال تعالى: {{**الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**}}[1]

هذه الآية نزلت لتنظيم الطلاق و تغيير النمط الذي كان عليه في الجاهلية حيث لم يكن له حد معين بل كان بيد الزوج مطلقا وكثيرا ما يتعسف فيه ليحرم المرأة من الحقوق الزوجيةو يتركها معلقة لا هي مطلقة، لذلك بينت عدد مرات الطلاق الذي يرتجع منه دون زوج آخر وقيل أنها واردة لبيان عدد الطلاق الذي يجوز إيقاعه وهو طلاق السنة.

– وقوله تعالى:{{**لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا على المحسنين**}}[2]

منالآية يتضح أن الله أباح طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها وفرض لها متعة الطلاق.

وقوله تعالى:{{**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن**}}[3]

ثانيا:من السنة

وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدل على مشروعية الطلاق منها:

– قوله صلى الله عليه وسلم:"**ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق**".

– وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أنه طلق زوجته وهي حائض على عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذالك فقال:" **أمره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء الله امسك بعد وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**"

–[1]سورة البقرة، الآية 236.

– [2]سورة البقرة، الآية 236.

–[3]سورة الطلاق، الآية 01.

وجه الدلالة في الحديث أن تحريم الطلاق كان لأجل الحيض فان زال موجب التحريم جاز طلاقها في هذا الطهر كما جاز في الذي بعده وكما يجوز في الطهر الذي لم يتقدمه طلاق في حيضة[1]

– وقوله صلى الله عليه وسلم: " **أبغض الحلال عند الله الطلاق**"[2]

دل الحديث على أن في الحلال أشياء مبغضة إلى الله تعالى وأن أبغضها الطلاق

ثالثا:من الإجماع

أجمعت الأمة الإسلامية من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم حتى الآن على مشروعية الطلاق ولم ينكر ذلك احد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر[3]

المطلب الثاني:حكم الطلاق و الحكمة من مشروعيته

إن للطلاق أحكاما عديدة تختلف باختلاف أراء الفقهاء وكذا الحالات التي يستعمل فقد يكون واجبا أو مندوبا أو حراما أو مكروها، كما أن الشارع الحكيم شرع الطلاق لحكم كثيرة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: حكم الطلاق

ويقصد به ما يوصف به الطلاق شرعا كونه مطلوب فعله أو مطلوب تركه أو ما يكون في سبيل الحتم أو الإلزام على سبيل الندب والاستحباب.

– فيكون واجبا إذا كان لسبب من قبل الزوج كأن يكون فاقد للطاقة الجنسية ولا أمل في شفائه

–[1] عبد القادر داودي، مرجع سابق،ص243.

–[2] نصر سليمان ،سعاد سطحي، مرجع سابق، ص08.

– [3]رمضانعلي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2002 ، ص220.

فإذا دب الخلاف بين الزوجين و استحكم الشقاق وتعذر الإصلاح بينهما فكان الطلاق دفعا للضرر الذي لحق بكليهما فدفع الضرر هنا واجب.

– ويكون مندوبا إذا كان بسبب من قبل الزوجة في حال كانت سليطة اللسان مؤذية لزوجها

أو لأهلهأو تكون مفرطة في حقوق الله، أو انحرفت عن أخلاقها ولم تستجب لنصح زوجها ففي هذه والحالة يكون الطلاق أرجح من تركه[1]

– ويكون الطلاق مكروها في حق مستقيمة الحال لأن فيه كفرانا لنعمة النكاح لقوله صلى الله عليه و سلم:"أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

– و يكون حراما إذا كان في حيض أو طهر خالط فيه الزوج زوجته فقد اتفق الفقهاء على تحريمه باعتباره طلاق بدعة فقد روي عن ابن عمر أنه طلق زوجته في الحيض فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم " **أمر ابنك فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن تمضي فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**"[2]

– و يكون مباحا عند الحاجة إليه فيباح دفعا للضرر، كسوء خلق الزوجة أو سوء معاشرتها.

الفرعالثاني:الحكمة من مشروعية الطلاق

إن الزواج رابطة مقدسة وعلاقة سامية شرعها الإسلام على سبيل الدوام و البقاء إيناسا للقلوب و تعاونا على إنشاء أسرة أساسها المودة و الرحمة لقوله تعالى {{**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**}}[3]

–[1] سيد سابق،فقه السنة، دار الفكر للطباعة،بيروت،1973ص 208.

–[2] رمضان علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص230.

–[3]سورة الروم، الآية 21.

فإذا إنتهت المودة وحل محلها الشقاق و النشوز و إستنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع الحياة الزوجية إلى صفوها و بقيت الوحشة مستحكمة فليس هناك من حل أحكم وأعدل من أن يفترقا إذ لا يعقل أن يعيش اثنان تحت سقف واحد وهما يكنان لبعضهما كل الكره و العداوة و البغضاء و لهذا فإن في تشريع الطلاق على صورته الموجودة في شريعتنا السمحاء حكما عظيمة في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج الذي كان في الجاهلية يطلق حتى إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ليطلقها من جديد وفي هذا إضرار لها إذ يذرها كالمعلقة لاهي مطلقة ولا هي ذات زوج فجاء الإسلام وحد من هذه التلاعبات فأعطى للزوج فرصتين للطلاق وهذا ما يتضح من قوله تعالى:**{{الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان }}**[1]

فيكون الطلاق في هذه الحالة رحمة من الله تعالى بعباده إذا تخلصت المرأة من أذى زوجها و سطوته عليها و ظلمه لها.

ولقد أخذت معظم التشريعات الوضعية بنظام الطلاق ورأت أنه ضرورة لا بد منها عند إستحالة المعاشرة الزوجية ومتى توافرت الأسباب المشروعة للطلاق كمرض أحد الزوجين أو عقمها أو نشوز الزوجة[2]

المطلب الثالث: القيود الشرعية لإيقاع الطلاق

الأصل في الطلاق أنه لا يصدر إلا من الزوج باعتباره انه يملك العصمة الزوجية وهذا متى استوفى جميع الشروط المعتبرة فيمن يصدر منه الطلاق لذلك اشترط في الزوج أن يكون بالغا عاقلا لأن طلاق الصبي أو وليه لا يقع لأن الطلاق من التصرفات الضارة ولا يدرك المصلحة

– [1]سورة البقرة، الآية 229.

–[2] نصر سليمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 10.

المصلحة إلا من يكون بالغا مختار سليم الإرادة غير مكره[1]، إضافة هذه الشروط فقد قيد الشارع الحكيم الزوج بقيود من شأنها المحافظة على هذا الميثاق الغليظ و التقليل من حالات وقوعه وفيما يلي نبين المقصود بهذه القيود.

الفرع الأول:أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعاً وعرفاً.

يرى الحنفية في أصل المذهب أن الأصل في الطلاق هو الإباحة لإطلاق الآيات القرآنية الواردة فيه مثل قوله تعالى **{{لاجناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة }}**[2]

وفي وقوله **{{ فطلقوهن لعدتهن}}**[3]

ولأن الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وفعله الصحابة ولو كان الطلاق محظوراً لما أقدموا عليه.

فأما الآية الأولى فهي لبيان إباحة الطلاق قبل الدخول وقبل تسمية المهر وأما الآية الثانية فلبيان وقت الطلاق المفضل شرعاً وهو وقت ابتداء أو استقبال العدة، وأما طلاق حفصة وطلاق بعض الصحابة فلم يثبت أنه كان لغير حاجة أو سبب يدعو إليه والظاهر هو أنه لحاجة لأن الطلاق لغير حاجة كفر بنعمة الزواج وإيذاء محض بالزوجة وأهلها وأولاده.

– ويرى الجمهور أن الأصل في الطلاق الحظر والمنع وخلاف الأولى والأولى أن يكون لحاجة كسوء سلوك الزوجة أو إيذائها أحداً لما فيه قطع الألفة وهدم سنة الاجتماع والتعريض للفساد وقوله تعالى**{{ فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً}}**[4]

ولحديثصلى الله عليه وسلم "**أبغض الحلال إلى الله الطلاق**" وحديث" **أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرم عليها راحة الجنة**"

– [1]بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة –الخطبة –الزواج – الطلاق – الميراث الوصية) ج1**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ص209.

–[2] سورة البقرة، الأية 236.

–[3] سورة الطلاق،الأية 01.

–[4] سورة النساء، الأية 34.

ففيه دليل على أن سؤال المرأة الطلاق من زوجها محرم عليها تحريماً شديداً وهذا هو الراجح لاتفاقه مع مقاصد الشريعة ولمخاطر الطلاق المتعددة[1]

فإذا حدث الطلاق من غير حاجة أو سبب يدعو إليه فإنه يقع بالاتفاق ولكن المطلق يأثم لأن الحاجة قد تكون تقديرية أو نفسية لا تخضع للإثبات الظاهر في القضاء وقد تكون مما يجب ستره حفظاً لسمعة المرأة ومنعاً من التشهير بها لهذا كان الأصح ألا يحكم على الرجل بتعويض مادي للمطلقة بسبب كون الطلاق تعسفا ويكتفي بما يقرره الشرع بدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة والمتعة التي هي التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق[2]

الفرع الثاني: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه

إذا سمح الإسلام للزوج باللجوء إلى الطلاق كعلاج أخير، بحيث أصبح مخرجا من الهم و الضيق وفرجاً من شدة في زوجية لم تتحقق ما أراد الله من مقاصد الزواج التي تقوم على المودة والسكن النفسي والتعاون في الحياة فإن الإسلام ألزمه بالتقيد بوقته المحدد له، ووقته المحدد له يتعلق بحالة الزوجة وفيه شرطان:

الشرط الأول: أن تكون طاهرة من الحيض والنفاس.

الشرط الثاني: أن تكون في طهر لم يجامعها فيه.

إن الطلاق في حالة الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه محرم شرعا وهذا متفق عليه عند الفقهاء فإذ أوقع الزوج الطلاق في حال الحيض أو النفاس أو في طهر جامعها فيه كان الطلاق عند الجمهور حراما شرعا، ومكروها عند الحنفية المسمى الطلاق البدعي، وقصر

-[1]وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها** ،ج07 الأحوال الشخصية، دار الفكر ،ط2، دمشق،ص398 ص400.

-[2]عبد القادر بن حرزالله، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، دار الخلدونية، ،الجزائر ،ط1، 2007، ص 226.

المالكية على القول بتحريم الطلاق في الحيض أو النفاس، وكرهوه في طهر جامعها فيه لاحتمال أنتكون قد حملت من ذلك الوطء فكره له أن يدخل عليها اللبس في العدة، وأمر أن لا يطلقها إلا في موضع تعرف عدتها ما هي لتستقبلها قال تعالى**{{فطلقوهن لعدتهن}}**[1]

أي مستقبلات عدتهن فيكون سبب النهي في الأحوال الثلاثة: إطالة العدة على المرأة فالمقرر عند الفقهاء أن علة تحريم الطلاق في الحيض هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض أو النفاس هو تطويل العدة على المطلقة لان المطلق إذا طلق زوجته في الحيض هو تطويل العدة على المرأة فتكون خلال تلك المدة كالملعقة لاهي معتدة ولا ذات زوج،وذلك إضرارا بها وهو منهي عنه[2] فعن ثور بن زيد الديلي أن الرجل كان يطلق امرأته ثم يراجعها ولا حاجة له بها،ولا يريد إمساكها كي يطول بذلك عليها العدة ليضار بها فأنزل الله تعالى **{{ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه}}**[3]

فالطلاق المشروع ما يعقبه عدة وهو منتف في إيقاع الثلاث في العدة ،وفيها دلالة على وقوع الطلاق لغير العدة ومن لم يطلق للعدة بان طلق ثلاثا مثلا فقد ظلم نفسه .

الفرع الثالث: أن يكون الطلاق مفرقاً ليس بأكثر من واحدة

اتفق الفقهاء على أن الطلاق السني المشروع هو الواقع بالترتيب مفرقاً، الواحد بعد الآخر، لا بإيقاع الثلاث دفعة واحدة، لظاهر قوله تعالى: **{{الطلاق مرتان}}**[4]

أي أن الطلاق المباح ما كان مرة بعد مرة، فإذا جمع الرجل الطلقات الثلاث بكلمة واحدة، أو بألفاظ متفرقة في طهر واحد، يكون بدعياً محظوراً في قول الحنفية والمالكية وابن تيمية وابن

---

[1]– سورة الطلاق ،الآية 01.

[2]– عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 227.

[3]– سورة البقرة،الآية 231.

[4]–سورة البقرة، الآية 229.

القيم ولا يحرم ولا يكره عند الشافعية والحنابلة في الراجح من الروايات، وكذا عند أبي ثور وداود الظاهري، وإنما يكون تاركاً للاختيار والفضيلة ويؤيد الرأي الأول ما رواه النسائي عن محمود بن لبيد قال: أخبر رسول الله صلّى الله عليه وسلم عن رجل طلَّق امرأته ثلاث تطليقات جميعاً، فقام غضبان، ثم قال: "أيلعب بكتاب الله، وأنا بين أظهركم، حتى قام رجل، فقال: يا رسول الله، ألا أقتله"[1]

ويؤكده ما سبق معرفته عند جمهور الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، ولكنه أبيح للحاجة الاستثنائية لتنافر الطباع وتباين الأخلاق أو لغيرها من الأسباب، وتتحقق الحاجة بالطلقة الواحدة، ويتمكن بعدها من مراجعة زوجته عند الندم، وهو الغالب، ويترتب على مخالفة هذا القيد إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً بكلمة واحدة أو بكلمات في طهر واحد، يكون آثماً مستحقاً لعقوبة يراها القاضي[2].

االمطلب الرابع :الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق

إن للطلاق أسبابا كثيرة تختلف من مجتمع إلى آخر ومن أسرة إلى أخرى ولكن في معظمها ناتجة عن مشاكل اجتماعية و اقتصادية وثقافية وفي المجملتتمثل الأسباب الطبيعية لإيقاع الطلاق في عدم الكفاءة بين الزوجين وعدم الانسجام بينهما أو بمرض أحدهما وفيما يلي بيان لهذه الأسباب:

الفرع الأول:عدم الكفاءة الجنسية

مما لاشك فيه أن الزواج شرع من أجل التحصين النفسي و الجنسي للمرأة وعلى ذلك اعتبرت العلاقة الجنسية و المعاشرة في إطار الشريعة الإسلامية من أهم المقاصد السامية التي جاء بها

الزواج فلكل من الرجل و المرأة الحق في الاستمتاع بهذه العلاقة التي تشكل عنصر استقرار بين الطرفين سواءا بسواء واختلالها من جانب أي طرف يشكل صدمة نفسية للطرفالآخر ومن هنا نكون أمام احتمالين لا ثالث لهما فالأول أن يصبر الطرف المتضرر و يجعل باقي جوانب الحياة الزوجية مبررا كافيا للإبقاء على العلاقة إذا ما حصل المانع لدى أحدهمابعد

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق ،ص403ص404.
[2]- وهبة الزحيلي، نفس المرجع،ص404.

فترة طويلة من المعاشرة و أفضت هذه الأخيرة إلى وجود أبناء أما الاحتمال الثاني فان الطرف المتضرر يسارع إلى إنهاء العلاقة إذا كانت حديثة العهد لإيجاد بديل عنها[1]

الفرع الثاني: عدم الإنسجام بين الزوجين

إن عدم الانسجام بين الزوجين و انعدام التوافق النفسي وعدم فهم الزوجين لبعضهما البعض قد يؤثر على مواصلة الحياة الزوجية و يجعلها عديمة الاستقرار و بالتالي يكون الطلاق لا مفر منه، فأحيانا قد يتزوج المرء من الشخص الخطأ انطلاقا من رغبة الوالدين أو استعجالا في الزواج و الاندفاع نحوه دون أي تدبير أو تفكير مسبق فلا يسأل الخاطب عن خطبيته بشكل جيد ليتحقق من صفاتها و يعرف أخلاقها و طباعها ثم يكتشف انه أخطأ وقد تتزوج الفتاة بشخص لا تكن له أي مودة فتجد نفسها أنها قد أسأت الاختيار، في ذلك الشخص وبذلك تنتهي الحياة الزوجية بكارثة، فالإختيار الصحيح هو الذي يقوم على أسس صحيحة مع مراعاة الضوابط الشرعية المبينية على أسس دينية عند اختيار الشريك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم" تنكح المرأة لأربع لمالها و لحسبها ولجمالها و لدينها فاظفر بذات الدين تلبت يداك " فضلا عن ذلك فقد يكون سوء الاختيار ناتجا عن إكراه الأهل أو أبنائهم للزواج بأشخاص لا يرغبون فيهم فتقوم الخلافات بعد الزواج حيث يقول أحد العلماء:" أن تتزوج في معظم الأحيان شخص يحمل سمات شبيهة بأحد والدينا ولا يعني بالضرورة أن تكون هذه السمات إيجابية" [2]

كذلك فإن عدم التشابه في نفسيتي الزوجين قد يتسبب في متاعب وعليه فعدم تحقق مقاصد الزواج بشكل متكامل يؤدي إلى خلق مشاكل و عقبات في حياة الزوجين فإما أن يتفهم كل منهما ما عليه من حقوق وواجبات فيواجهان العقبات التي تعترض سبيلهما بحكمة و توافق وإما أن تتزايد المشاكل فلا يجدان طريقا سوى إنهاء هذه العلاقة .

إلى جانب ذلك هناك جانب مهم وهو عدم التوافق الثقافي بين الزوجين كتدني المستوى التعليمي و الثقافي و العلمي لأحدهما وتأثيره على الحياة الزوجية ، حيث أن المستوى الثقافي

---

[1]– باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء**، دارالهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 14ص15.

[2]– لحسين الشيخ آث ملويا ، **بحوث في القانون**، دار هومة ، الجزائر، 2003، ص78ص79.

يعد عاملا هاما على المدى الطويل في فك الرابطة الزوجية وذلك لطبيعة الثقافة التي يكتسبها الفرد التي تؤثر في أفكاره و معتقداته وميوله و اتجاهاته وقيمه و معاييره فالشخص المثقف يختلف عن غيره في نظرته للحياة ونظمها

الفرع الثالث: المرض

إن من أهم العقبات التي قد تعترض الحياة الزوجية وتحول دون استمرارها المرض، و يقصد بالمرض المزمن الذي يصاب به الزوجان أو أحدهما ما يجعله عاجز على القيام بواجباته الزوجية نحو الطرف الآخر فتصعب الحياة الزوجية تبعا لذلك و يصبح استمرارها أمرا مستحيلا مع تواجد هذا المرض ومن ثمة يؤدي إلى الطلاق، فغالبا ما نجد أسباب الطلاق العجز الجنسي فيقوم الطرف المضرور وهو الزوج أو الزوجة برفع دعوى قضائية محلها الطلاق و الذي يؤسسها على عنصر الخطأ الذي يتسبب في ارتكابه الطرف الآخر الذي كتم قصوره الجنسي[1]إلى جانب ذلك قد يصاب احد الزوجين بمرض معد يجعل الآخر ينفر منه وكما يشمل المرض حالة العقم و عدم القدرة على الإنجابفبذلك تنعدم بوجوه أهداف الزواج وهو الإنجاب ولا تستقيم الحياة الزوجية في نظر البعض إلا بوجود أولادوعلى ذلك فقد جاء قرار المجلس الأعلى في 1984/11/19 بأنه " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب اجل سنة كاملة للعلاج وان الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانبه و بعد انتهاء تلك
المدة فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فان القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلاميةفإذا كان الثابتأن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها استطاعة هذا الأخير هذا مباشرتها جنسيا، تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك و الحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ هذا الحكم بها،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من قبل الطاعن"[2]

-[1]تشوار جيلالي، **الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2001، ص149.

-[2] لحسين الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص80.

الفرع الرابع: المشاكل الإجتماعية

يعتبر السكن السبب الرئيسي للطلاق فكثيرا ما يطلب الطرفان أو احدهما الطلاق لعدم امتلاك الزوج لسكن منفرد و بعيد عن والديه فالزوجة كثيرا ما لا ترغب في البقاء مع أسرة الزوج و تطلب سكنا منفرد لها بعيدا عن أهله، ولذلك سار قضاء المجلس الأعلى إذ جاء في قرار له بتاريخ 1985/11/4 على انه" متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة و مستقلة عن أهله ولو لم تكن قد احتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزوج أو سبق وسكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم فان القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ و عليه يستوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة باستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن"[1]

المبحث الثاني:مفهوم الطلاق التعسفي

قد يوقع الزوج الطلاق بدون أسباب مقنعة مما يلحق أضرارا بالمرأة وهذا يناقض الحكمة التي دعت إليه لان استعمال الحق في الطلاق ولو كان مشروعا من حيث الأصل إلا أنه لم يشرع ليكون مصدرا للضرر وإنما شرع لتحقيق المصالح، ولهذا سنتاول في هدا المبحث مفهوم الطلاق التعسفي و قسمته إلىأربعة مطالب تناولت في:

المطلبالأول: تعرف الطلاق التعسفي

المطلبالثاني:حكم الطلاق التعسفي

المطلب الثالث: معايير التعسف في الطلاق

المطلب الرابع: صور الطلاق التعسفي

المطلب الأول تعريف الطلاق التعسفي و حكمه

[1]– لحسين الشيخ آث ملويا، مرجع سابق،ص 73ص74.

إن الطلاق التعسفي مصطلح يطلق على كل طلاق إستبد به الزوج و تأذت منه الزوجة وقد أشار إليه قانون الأسرة في المادة 52 منه دون أن يبين ما المقصود منه ولكون الطلاق موصوفا بكونه تعسفيا وجبمعرفة معنى التعسف.

الفرع الأول: تعرف التعسف

أولا : تعريف التعسف لغة

التعسف أخوذ من عسف يعسف و العسف السير بغير هدى وكذلك تعسف تعسفا عن الطريق أي عدل عنه بغير هدى ويقال عسف عنه أي عدل وحاد ويقال عسف المرأة غضبها نفسها و اعتدى عليها عسف فلان أي استخدمه فهو عاسف وعسوف [1].

عسف فلان فلانا عسف ظلمه وجار عليه ولم ينصفه فهو عاسف و عسوف و العسيف الأجير المستهان به[2]

ثانيا :تعريف التعسف اصطلاحا

أ: التعريف التعسف في الإصطلاح الشرعي

لم يرد لفظ التعسف في عبارات الفقهاء و الأصوليين وإنما ورد بدلا منه كلمة التعنت في المغني لابن قدامة وبدائع الصنائع للكساني و المضارة في الحقوق في كتب الطرق الحكمية لابن القيم الجوزية و يتفق معنى التعنت و التعسف في إفادة معنى الظلم الناشئ عن إساءةاستعمال الحق و التصرف فيه تصرفا مخالف لمقصود الشارع من تشريعه و على الرغم

[1]– شوقي ضيف، معجم الوسيط ط4، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003،ص600.

[2]– صالح العلي صالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص416.

من اقتراب مصطلحي التعنت و التعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هو الأكثر تداولا[1]

ولعد عرفه فتحي الدريني " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[2]

يتضح من التعريف أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه شرعا هدم قصد الشارع بأن يستعمل حقه قصد الإضرار لأن هذه الحقوق و إن شرعت فقد شرعت لغايات و تحقيق مصالح واستعمال هذه الحقوق مقيد بمصالح فإن استعملت في غير ما شرعت له كان ذلك الاستعمال تعسفيا و مناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من حقوق

و قوله"في تصرف " فالتصرف يكون إما بالقول كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات كالبيع، و الوصية، وإما بالفعل كاستعمال المالك لعقاره على وجه يضر غيره وهذا تصرف إيجابي، أما السلبي كامتناع مالك الحائط المائل الآيل للسقوط على طريق عامة هدمه.

و قوله"مأذون فيه شرعا بحسب الأصل" يخرج من الأفعال غير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر إعتداء لا تعسفا فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق.

وعرفه محمد أبو الزهراء بقوله: " التعسف هو المضارة في استعمال الحق"[3]

يتضح من التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين بأن يكون مآل الاستعمال المضارة و النتيجة واحدة وهي ترتيب المضار غلى استعمال الحق من هذا أو ذاك[4]

---

[1]– محمد أحمد سراج، **نظرية التعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص24.

[2]– فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، مؤسسة الرسالة بيروت، 1967،ص87.

[3]– محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص 280.

[4]–فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 90ص91.

ولقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه:" **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:**

- **إذا وقع بقصد الإضرار بالغير**

- **إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير**

- **إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة** "[1]

ثالثا: تعريف الطلاق التعسفي

عرفنا الطلاق سابقا بأنه "حل عقدة النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص"، وبما أن الطلاق حق للرجل يملك حرية إيقاعه بإرادته المنفردة فيمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه: " مناقضة الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص ".

أو أنه "إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل له شرعا "[2]

من التعريفات يتضح أن المقصود بالطلاق التعسفي أن يطلق الرجل زوجته بدون سبب أو لغير حاجة فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو دفع الضرر،فيكون كل طلاق لا يحقق هذا المقصد طلاقا لاتعسفيا.

- [1] الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26سبتمبر 1975و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/ ماي/ 2007.

- [2]جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه و القانون**، دارحامد، الأردن 2009، 123

ولقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي دون أن يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها وبذلك فالمطلق بتطليقه لزوجته تعسفا يعد بمثابة المريض الذي زاد في جرعة الدواء فاضر بنفسه فيتحمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفا في إيقاعه

الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي

ينبني حكم الطلاق التعسفي على حكم الطلاق عموما و الأصل فيها إنقسم الفقهاء في ذلك إلى قسمين بين القائل بان الأصل فيه الإباحة و بين القائل أن الأصل فيه الحظر فمن قال أن الأصل فيه الإباحة أجاز الطلاق التعسفي،أما من قال أن الأصل فيه الحظر لم يجز الطلاق لا التعسفي وفيما يلي بيان بذلك.

أولا: الأصل في الطلاق الحظر

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إن الأصل في الطلاق الحظر،ولا يباح إلا للضرورة القصوى كالريبة،وذهب إلى هذا القول الجمهور من الحنفية و المالكية و الحنابلة ولقد استدل أصحاب هذا الاتجاه على جملة من الأدلة:

قوله تعالى: **{{فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل فيه الله خيرا كثيرا }}**[1]

هذه الآية تحث على الصبر أن رأوا منهن ما يكرهون ولم يرشدهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون

وفي نفس السياق نجد قوله تعالى **{{فان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلهاأن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما}}**[2]

---

[1]– سورة النساء، الآية 19.

[2]– سورة النساء، الأية35.

وجه الدلالة في الآيةأن الله تعالى أمر ببعث الحكمين في حال وجود نزاع بين الزوجين وذلك للتضييق من دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التئام الأسرة و يكون ضر

البقاء فيها أكبر من ضرر الناتج عن التفريق، كما استدل الجمهور من السنة النبوية ما روي عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**إن الله لا يحب الذواقين و الذواقات** " ووجه الدلالة في الحديث انه يدل على كراهة التطليق و تبدل الأزواج و الكراهة قد تؤدي إلى التحريم إن أصر عليها فلا يباح إلا للضرورة و الضرورات تقدر بقدرها .

وعن ثوبان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عيه وسلم:" **أيما امرأة سألت زوجها طلاق من دون حاجة فحرام عليها رائحة الجنة** " [1]

وجه الدلالة في الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن من يوقع طلاق دون حاجة و بأس موجب له فإنه آثم ولن يدخل الجنة سواء أكان الطلاق بطلب المرأة أم كان من الرجل ،فالطلاق بدون سبب مشروع ومن غير حاجة تدعو له فيه إيذاء للغير وإلحاق الضرر بالآخرين محظور شرعا لقوله صلى الله غليه وسلم "**لا ضرر و لا ضرار** "

ثانيا:الأصل في الطلاق الإباحة

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة كالكاساني و السرخسي و الموصلي من الحنفية و القرطبي من المالكية واستدلوا في ذلك بما يلي :

قال تعالى :**{{لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة }}**[2]

تدل الآية الكريمة على نفي الإثم و الحرج عن المطلق وهذا ينافي الحظر فكان مباحا

---

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 185ص186.

[2]–سورة البقرة، الآية 236.

وفي نفس السياق نجد قولهتعالى **{{فطلقوهن لعدتهن}}**[1]

حيثتدل الآية الكريمة على إباحة الطلاق من غير سبب أو حاجة وهذا دليل على أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر

-كما إستدلوا من السنة النبوية:" **أن النبي صلى الله عليه و سلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل الوحي عليه تأمره أن يراجعها** "

دل الحديث على أن الطلاق يجوز للزوج دون كراهة لان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ما كان جائزا من غير كراهة

وقد طلق بعض الصحابة زوجاتهم فقد طلق عمر بن الخطاب أم عاصم وطلق عبد الرحمن إبن عوف رضي الله عنه زوجته تماضر و طلق المغيرة ب شعبة رضي الله عنه نسائه الأربعة فقد أقامهن بين يديه صفا وقال انتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق إذهبن فانتن طالق" [2]

يتضح من الحديث الطلاق لو كان محظورا لما أقدم هؤلاء الصحابة على تطليق زوجاتهم

ثالثا: مناقشة الأدلة

بعد عرض الآراء الفقهية لحكم الطلاق التعسفي وجب أن نقوم بمناقشتها للأخذ بالرأي الأرجح

أ: مناقشة أدلة القائلين بأن الأصل في الطلاق الإباحة

إن الاستدلال بعموم الكتاب و الحديث الشريف وفعل الصحابة في جملتها عامة و مطلقة بينت إيقاع الطلاق و ضرورة التطليق و إعطاء المطلقة حقوقها وهذا ما يتعارض مع الأدلة الخاصة و المقيدة للطلاق

-[1]سورة الطلاق، الآية 01.

-[2] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق،ص 187.

أما الاستدلال بقوله تعالى:**{{لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة }}**[1]

الآية ليس فيها دليل على إباحة الطلاق و إنما تدل على نفي الجناح و الإثم في حالة الطلاق قبل الدخول لا في كل طلاق، أما قوله تعالى**{{ فطلقوهن لعدتهن }}**[2]

فهي لبيان وقت الطلاق وليس لبيان حكمه ،وأما ما ورد ذكره من أحاديث كحديث تطليق النبي لحفصة فهو حديث ضعيف

أما ما ورود الطلاق من أفعال الصحابة فانه يدل على وجود حاجة دفعتهم لإيقاع الطلاق فلا يكون دليلا على أن الأصل في الطلاق هو الإباحة.

ب: مناقشة أدلة القائلين بان الأصل في الطلاق الحظر

إن الاستدلال بالآية الكريمة في غير موضعه حيث أنالآية جاءت لبيان خطوات نشوز المرأة و عصيانها الزوج إتباعها فلايجوز للزوج فلا يجوز أن يتجاوز مرحلة قبل غيرها فعليه أنيبدأ بالوعظ ثم الهجران ثم الضرب ضربا غير مبرح وإلا فقد بغى و ظلم، والآية فيها تهديد للأزواج الذين بغوا على النساءمن غير سبب و ليس هناك أعظم بغي و أشد ظلم م طلاق الزوج لزوجته من غير سبب[3]

وأما حديث " ابغض الحلال إلى الله " المقصود بالحلال المشروع وهو الطلاق و مشروعيته، بمعنى عدم حرمته أي ما ليس بحرام و الحلال بهذا المعنى يشمل المكروه وهو المبغوض فلا

-[1]سورة البقرة، الآية236.

-[2]سورة الطلاق، الآية 01.

-[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل،عمان 2010، ص33.

تنافي بين كون الطلق مبغوضا و كونه حلالا، وأما لفظ المباح فيحمل عل ما أبيح في بعض الأوقات أي في الأوقات المبيحة للطلاق فمتى وجدت الحاجة جاز الطلاق [1]

ج: الترجيح

من الأدلة السابقة و مناقشتها نرجح الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق الحظر و لا يباح إلا للضرورة المعتبرة شرعا وهي للحاجة إلى الخلاص فإذا كان بلا سبب أصلا لم يكن فيه حاجة إلى الخلاص بل يكون حمقا و سفاهة و مجرد كفران للنعمة .

المطلب الثاني: معايير الطلاق التعسفي

بما أن الطلاق حق شرعيا للزوج ونظرا لما قد يترتب على سوء استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق إستقرار الأسرة و حتى لا يضر الرجل بالزوجة و الأولاد فكان المناسب في معالجة آثاره هو تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق ،ولقد بينت المادة 124 مكرر من ق م ج المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ وبما أن محور دراستي يرتكز على الطلاق التعسفي فلا بد أن نقوم بتطبيق معايير التعسف على الطلاق وتتنوع هذه المعايير إلى معايير ذاتية و أخرى موضوعية

الفرع الأول : المعايير الذاتية أو الشخصية

تتضمن هذا المعيار على معيارين وهما:

- معيار قصد الإضرار

- معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة

أولا: معيار قصد الإضرار

[1]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، نفس المرجع السابق ، 43.

ويتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة وبذلك فان انعدام المبرر يجعل الطلاق تعسفيا ومن أمثلة هذا المعيار أن يوقع الزوج الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها[1] كأن يطلقها بدافع الانتقام و الكراهة أو في مرض الموت قاصد حرمانها من الميراث ، وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية منفعة أو مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق أو قد تكون تافهة لا تعتبر سبب له ولا تناسب أبدا ما يترتب عليها من أضرار كذلك يعتبر قرينة على قصد الإضرار بالزوجة و الضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم "**لا ضرر ولا ضرار**".

ومثال ذلك كأن يقوم الرجل بتطليق زوجته لأنها خرجت لزيارة والدها دون إذنه لاضطرارها لذلك و بطلاقه لها يكون قد تعسف في ذلك[2]

ثانيا: معيار تحقيق مصلحة غير مشروعة

إذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا

فإنه يكون متعسفا فيه ذلك لأن الشرع وإن وكل أمر الطلاق للرجل كان ذلك عند استحالة الحياة الزوجية[3]، أما أن يستعمله الزوج دون سبب فقد يؤدي إلى اختلال في نقص المصلحة التي كان من المفترض الحفاظ عليها فأدى ذلك إلى انهدام أسرة ومن أمثلة هذه الحالة : طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث،لأنه لم يستعمل الطلاق

---

[1]– بن زيطة الهادي، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية للنشر، الجزائر،2007،ص169.

[2]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، نفس المرجع السابق ، ص 55.

[3]– بن زيطة الهادي، مرجع سابق، ص 170.

فيما شرع له و إنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الإرث وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا[1].

الفرعالثاني:المعايير الموضوعية أو المادية

يتضمن هذا النوع أيضامعيارين:

- اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

- معيار الضرر الفاحش

أولا:اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءا على أسباب يعتبرها مبرارت و دوافع للطلاق وذلك لدفع الضرر عن نفسه و بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد و أضرار تلحق كلا من الزوجة و الأولاد نجد أن المفاسد و الأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها وذلك يكون الزوج متعسفا في حقه وفي ذلك يقول زياد صبحي " إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق و ألحق بالمرأة ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسف"[2]

ثانيا: معيار الضرر الفاحش

إن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضررا فاحشا خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا و اعتمدت الزوجة عليه في النفقة و تقدم بها العمر وحدث الطلاق و هي في هذه

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 56.

[2] – جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص 198.

الحالة التي يكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يخفف عنها الأم الوحدة والفراق و مشتاق الحياة فان الزوج بذلك قد يكون اضر بها ضرر فاحشا[1]

و معيار هذا المعيار أن يطلق الرجل زوجته التي قد أقنعها بترك عملها لأنه سيوفر لها العيش الكريم فلم يمض على زواجهما ألا سنة و طلقها بعد أن فقدت وظيفتها

المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي

الفرع الأول: طلاق المريض مرض الموت

أولا : تعريف المريض مرض الموت

مرض الموت مركب إضافي يفهم معناه اللغوي من خلال تحليل ألفاظه و تعريفها و هي المرض و الموت

أ: تعريف المرض

المرض: ضد الصحة و هو السقم[2]

ب: تعريف الموت:

الموت ضد الحياة و يطلق في لغة العرب على السكون و مات الحي أي فارقته الحياة و مات و يمات فهو ميت و الميت الذي فارق الحياة

يفهم من كل ما سبق ان مرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان لصحته تدريجيا ويعقبها الموت وهو الفناء [3]

ثانيا: تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا

-[1] جميل فخري محمد جانم، نفس المرجع سابق، ص 198.

[2] محمد عطاش عليوي، **مقال حكم طلاق المريض مرض الموت**، مجلة الفتح، العدد22، ب د ن، ب م ن ،2000،ص167.

-[3] جميل فخري محمد جانم، نفس المرجع السابق، ص199.

إختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت بإختلاف مفهومه لديهم و الحالات المشابهة التي تندرج تحت هذا المفهوم، فعرفه الحنفية بأنه :" المرض الذي اضنيالشخص و أعجزه من القيام بحوائجه..."

و عرفه الشافعية:" كل ما يستعد بسببه للموت من الأمراض "[1]

ويرى المالكية بأن مرض الموت " هو كل مرض يحكم أهل بأنه يكثر الموت من مثله كالسل حيث يحجر على المريض"

يتضح من التعريفات السابقة لمرض الموت أنه لا بد من توفر شرطين لإعتبار الإنسان مريض مرض الموت وهما :

أن يكون المرض مخوفا: و المرض المخوف هو الذي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به

أن يتصل الموت بالمرض فعلا و هذا الشرط محل إجماع الفقهاء لذلك نجدهم يصرحون بان المريض مرض الموت إذا شفي من مرضه ثم مات فانه يلحق بالأصحاء إذ بشفائه تبين أن مرضه لم يكن مرض الموت فيمتنع على الورثة الطعن في تصرفاته [2]

ثالثا: تعريف المريض مرض الموت في القانون

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في قانون المدني لتعريف مرض الموت و لكنه عتبر الهبة و جميع التصرفات التي يقصد منها التبرع والتي تجرى أثناء ذلك وصية فنص

---

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص200.

[2] – محمد أحمد البديرات، **مدى إعتبار الابدز مرض موت و تأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني و الفقه الإسلامي دراسةمقارنة**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانوننية، العدد الأول، الأردن، 2006، ص17.

عليه المادة 204 من ق أج :" **الهبة في مرض الموت ظن والأمراض و الحالات المخيفةتعتبر وصية** "[1] ونص في المادة 776 من ق م ج "**كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ،و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف و على الورثة المتصرف ان يثبتوا ان التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن التاريخ ثابتا ...**"[2]

وهو ولقد عرفت بعض التشريعات مرض الموت منها القانون المدني الأردني حيث عرف مرض الموت في المادة 543 من القانون المدني " المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة إعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاكو يموت على تلك الحال بعد مرور سنة،فإن امتد مرضه وهو على حاله دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح"[3]

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريفالمريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري عاجزا عن ذلك فقد استقر مجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984/4/7 على أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير و أن كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه و يجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف[4]

رابعا: حكم طلاق المريض مرض الموت

إن مرض الرجل مرض الموت لا يؤثر على طلاقهأثناءه فطلاقه واقع بلا خلاف سواءا في العدة أو بعدها

---

[1]– المادة 204 قانون الأسرة الجزائري

[2]– المادة 776 قانون مدني جزائري

[3] – مسعودة إلياس نعيمة، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق(مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص)**، جامعة بلقايد، تلمسان، 2009–2000،ص145.

[4]– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع نفسه، ص146.

سواء كان الطلاق بائنا أم رجعيا إلاأن الفقهاء اختلفوا في ميراث المطلقة المريض مرض الموت إذا طلقها فيه طلاقا بائنا إلى ثلاث أقوال :

– القول الأول :أنها ترث في عدتها ولا ترث بعد العدة : وبهذا القول أخذ أبو حنفية وأصحابه وسفيان و الأوزاعي و الليث، فإذا انقضت عدتها فلا ميراث لها وقد استدلوا على ذلك بأنه بطلاقها في مرض موته قصد إبطال حقها في الميراث فيرد عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعا للضرر بشرط أن تكون أهلا[1]

– القول الثاني: ذهب الحنابلة في الرواية المشهورة إلىأن المطلقة طلاقا بائنا من المريض مرض الموت أنها ترثه إذا توفي و هي في العدة و بعدها مالم تتزوج بآخر لأن الزواج بمثابة التنازل عن حقها في الميراث في تركة الزوج السابق الذي طلقها في رض الموت فارا من إرثه[2]

– القول الثالث: ذهب المالكية و الحنابلة إلى القول بأن مطلقة المريض مرض الموت ترث منه لأنه فارا من طلاقها مضار بها ، فإذا مات عن إمرأته في مرضه ورثته وإن مات بعد إنقضاء عدتها وتزوجت غيره وهو ما ذهب إليه المالكية وإستدلوا في ذلك بتوريث عثمان إبن عفان رضي الله عنه لتماضر بنت الأصبع الكلبية مطلقة عبد الرحمان ابن عوف في مرض موته ولقد بنوا حكمهم على أن المطلق في مرض الموت قصد الفرار من الميراث فيجب أن يعاقب بنقيض قصده و ذلك بإثبات الميراث للمطلقة[3].

---

[1]– محمد عطاش عليوي، مرجع سابق، 168.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 204.

[3]– فتحي الدريني، مرجع سابق، ص 172ص173.

فالطلاق و إن شرع لإزالة الضرر و رفع الحرج عند استحكام الشقاق بين الزوجين و انعدام أي حل آخر إلاالفرقة لقوله تعالى **{{ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}}**[1]

فالطلاق حق مشروع بالكتاب و السنة و لكن لم يمنح للرجل ليتخذه وسيلة للإضرار بالزوجة و حرمانها من حقها في الميراث فان كان استعماله لهذا الحق قصد الفرار من الميراث عومل بنقيض قصده ذلك دفعا للظلم و مرض الموت يعتبر في حد ذاته قرينة على سوء نيته وعن قصده الإضرار بالزوجة فحتى تثبت الزوجة حقها في الميراث يكفيها أن تثبت ان طلاقها وقع في مرض الموت دون حاجة إلى بنيان التعسف من عدمه

وعليه لابد من القول بتوريث المبتوتة من زوجها الذي طلقها باتا في مرض موته معاملة بنقيض قصده ودرء لتعسفه في إستعمال ما وضع الشارع في يده من حقه ووجه التعسف أن الطلاق لم يشرع للزوج كوسيلة للإضرار بزوجته و حرمانها من حقها في الميراث فإذا كان الباعث على الطلاق هو حرمان زوجته من ميراثها عومل بنقيض قصده محافظة على حقها و دفعا للظلم.

– ولقد اتفق الفقهاء على أن الزوج المريض مرض الموت إذا طلق زوجته فطلاقه يقع و تترتب عليه جميع آثاره التي تترتب على الطلاق الصحيح فإن طلقها طلاقا رجعيا ثم توفي وهي في عدتها ورثته لبقاء الزوجية الموجبة للميراث، ولأنه ملك حق إرجاعها مادامت في العدة بغير رضاها و بدون عقد جديد، أما إذا توفي بعد إنقضاء عدتها فلا ميراث لها لانتهاء أثارعقد الزواج و لأنه بتطليقها رجعيا لا يعتبر فارا من الميراث.

إنطلاق المريض مرض الموت واقع وإن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع هذا الطلاق وقد سار القضاء الجزائري في هذا الاتجاه إذ قضت المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17" من المقرر شرعا وقانونا أن مريض الموت مهما كان القصد من الطلاق

[1]– سورة البقرة، الآية 229.

حرمان الزوجة من الميراث ومن ثم فان قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة طبقوا صحيح القانون"[1]

وخلاصة القول أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته بطلاقها في مرض موته اعتبر هذا فرارا من ميراثزوجته فرد عليه قصد بتوريثها منه

* ولقد ألحق الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت واعتبروه في حالة ارتداده فارا من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لان من الميراث اتحاد الدين بين الوارث و الموروث، وهذا بموجب المادة 138 ق أ ج " **يمنع من الإرث اللعان و الردة** "[2]

خامسا: شروط توريث المطلقة ثلاثا فيمرض الموت

يشترط الفقهاء لتوريث المطلقة ثلاثا في مرض الموت عدة شروط نذكر منها

– أن يطلق الزوج زوجته وهو في مرض الموت أو ما في حكمه و أن يموت الزوج بسبب هذا المرضدون أن يشفى منه حتى مات فان طلقها في مرض موته ثم صح ثم مات لم ترث منه لان المرض إذا عقبه شفاء لم يكن مرض موت فتبين أنه حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ، وقد روي عن النخعي و الشعبي و الثوري وزوفر " أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث [3]

– أن تكون الزوجة وارثة أو أهلا للميراث من وقت طلاقها إلى وقت وفاته، بأن يكونا مسلمين فلو كانت كتابية وقت الطلاق لا ترث عند الجمهور لان الكتابية لا ترث زوجها أصلا و ترث عند المالكية إن طلقها في مرض موته، ثم أسلمت وهي في عدتها ومن كانت أهلا للميراث عند

---

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1998/03/17، ملف رقم ،179696، ص98.

[2]– المادة132 قانون الأسرة الجزائري

[3]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ،ص129

الطلاق ثم إرتدت فقد سقط حقها في الميراث، ومن كانت أهلا للميراث عندالطلاق ثم ارتدت في العدة ثم رجعت عن ردتها قبل وفاة الزوج وهي في العدة فإنها لا ترث منه.

–أن يكون الطلاق بغير رضا الزوجة أي منه لا منها بسببه لا بسببها فلو كان برضاها لا يثبت لها الميراث [1]

الفرع الثاني: الطلاق بدون سبب مشروع

عن الطلاق التعسفي قائم على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول لإنهاء الربطة الزوجية و فيما يلي بيان بذلك

أولا: تعريف التعسف في الطلاق بدون سبب

التعسف في الطلاق هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع أو دون حاجة داعية إليه"[2]

ومن صور تطليق المرأة انتقاما منها لمطالبتها بحق لها أو لعدم تعاونها معه على الإثمأو بقصد ابتزاز أهلها لتحقيق إغراض شخصية أو مضارة لأهلها بسبب أولآخر.

ثانيا: حكم التعسف في الطلاق بدون سبب

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق ولعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم، وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت و لترفعهم عن إيقاع الطلاق من غير سبب وعن ظلم المرأة ولقد قرر عامة الفقهاء أنالأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق و تنهى من وقوعه لغير سبب مشروع و لأن فيه

[1]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق،ص 445.

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 226.

كفرانا لنعمة النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله تعالى **{{ ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة }}**[1]

وإنماأبيح عند الحاجة و الخلاص من الضرر و مخافة عدم إقامة حدود الله فان لم تكن الحاجة المبيحة له شرعا بقي على أصله من الحظر لما فيه من إضرار على الزوجة و الأولاد لقوله تعالى **{{ فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا }}**[2]

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

-المذهب الأول: ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى القول بان من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى لأنه يكون بذلك قد أضر بالزوجة و أهلها و أولادها و المجتمع و الضرر ممنوع، كما انه ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق .

- المذهب الثاني: ذهب الفقهاء المحدثون إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أنالأصل في الطلاق الإباحة و انه حق للزوج له حرية التصرف فيه

ثالثا: معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر مشروع في القانون

التعسف هو إسأة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب

الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق أو لان صاحب قصد عند استعماله الإضرار

-[1]سورة الروم، الآية 21.

-[2]سورة النساء، الآية 34.

بالغير وفقا لنص المادة 124 مكرر من ق م ج " **يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:**

- أذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ بالغير

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "[1]

وجاء في نص المادة 52 ق ا ج أنه " **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "[2]**

من المادة يتضح أن للقاضي السلطة التقديرية في فحص الأمور و تبين دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفوعاتهما ولكن خلافا للإجراءات المتبعة أصلا في المسائل المدنية فانه في دعاوى شؤون الأسرة لاسيما دعاوى الطلاق فان القاضي ملزم بإجراء جلسات صلح سرية لا يحضرها سوى طرفا الخصام " الزوجين " و يعتبر هذا إجرءا جوهريا بموجب المادة 49 ق ا ج التي تنص على أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "[3]**

ومن خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق و بين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال وقد قضت محكمة السعيدة من خلال حكمها الصادر في 2009/7/1 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا و ذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالهما المحكمة إلىإصلاح ذات البين إلاأن محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي و

---

[1]- المادة 124قانون مدني جزائري.

[2]- المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

[3]- المادة 49 قانون الاسرة الجزائري.

معارضة الزوجة له في ذلك بالمطالبة بالرجوع إلى بيت الزوجيةمما يجعل طلبها للتعويض مؤسسا بتعيين الاستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها[1]

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

أ: المعايير الذاتية أو الشخصية

1- معيار قصد الإضرار : إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي و لغير حاجة تدعو إليه ولم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها و بأهلها للقرينة الدالة على ذلك وهي عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق فإذا تمحص قصد الإضرار منه يكون متعسفا في استعمال حقه المشروع

2- معيار المصلحة الغير مشروعة:شرع الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية و لم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد فان كان لغير سبب فانه يكون متعسفا[2]

ب: المعايير الموضوعية أو المادية:

1- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تتناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق فانه يكون متعسفا لان الضرر الناجم عن الطلاق اشد و أعظم من الحياة الزوجية

2- معيار الضرر الفاحش : إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مسوغ شرعي و دون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها و أصبحت فرصة

[1]- مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق، ص167ص168.

[2]- جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 229.

الزواج مرة أخرى ضئيلة و بالتالي ستعاني من آلام الوحدة بالإضافةإلىالنظرة المجحفة في حقها من أفراد المجتمع

الفصل الثاني
آثار الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: آثار الطلاق التعسفي

عندما يقع الطلاق تترتب عليه جملة من الآثار منها النفقة و الحضانة ويختص الطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض المالي لما سبب لها من أضرار إضافة إلى حقوقها الثابتة بالطلاق وعليه سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى أهم آثار الطلاق التعسفي وذلك من خلال التعرف على طبيعة الأضرار اللاحقة بالمطلقة و التعويض الذي تستحقه لجبر تلك الأضرار لذلك قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث تناولت في المبحث الأول الضرر الناشئ عن الطلاق التعسفي باعتباره أهم أثر يوجب للمطلقة استحقاق التعويض إذا ما ثبت تعسف الزوج وبينت المقصود بالضرر في المطلب الأول و أنواعه في المطلب الثاني، أما في المطلب الثالث فتطرقت إلى شروط الضرر الموجبة للتعويض و كيفية إثبات الضرر.

أما المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى التعويض عن الطلاق التعسفي و قسمته أيضا إلى ثلاث مطالب تناولت في المطلب الأول مفهوم الطلاق التعويض، أما في المطلب الثاني فتعرضت إلى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي،وفي المطلب الثالث تناولت التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة،وبإقرار المشرع للمطلقة المتعة في آن واحد وكذا نفقة العدة إرتأيت تناولهما في المبحث الثالث وذلك ضمن مطلبين في المطلب الأول قمت بدراسة المتعة للمطلقة تعسفا وذلك من خلال تعريفها وتبيان مشروعيتها،كما تطرقت إلى العلاقة بين المتعة و التعويض أما في المطلب الثاني تناولت نفقة العدة للمطلقة.

المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

قد لا يلتزم الزوج بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته بغير حق ودون سبب معقول مسببا لها ضرر كبيرا و عليه سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذه الممارسة المعيبة.

المطلب الأول : تعريف الضرر

الفرع الأول: تعريف الضرر لغة

الضُر و الضَرر دلالتان عن الهزال وسوء الحال و الضرر ضد النفع[1]

وضره يضره وضر به و أضر و الاسم الضرر و الضرار الجزاء عن الفعل و الضرر ما تضر صاحبك به وتنتفع به، والضرار أن تضره من غير أن ينتفع و الضر سوء الحال و الضراء نقيض السراء و قيل النقص في الأموال و الأنفس و الضرر النقصان الذي يدخل في الشيء[2]

الفرع الثاني: تعريف الضرر إصطلاحا

عرف الفقهاء الضرر بتعريفات عديدة فقد عرفه ابن العربي بأنه:"الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه وهو نقيض النفع "[3]

وجاء في المنتقى" الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة "[4]

وقد إستعمله الفقهاء بمعنى إلحاق الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، ويعرف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه إلحاق مفسدة بالآخرين وكل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله أو جسمه أو عاطفته أو عرضه فيسبب له خسارة.

---

[1]– ابن منظور جمال الدين ،**لسان العرب م4**، دار بيروت للطباعة ، بيروت، د سن، ص 482 ص483.

[2]– صالح العلي الصالح ،أمينة الشيخ سليمان الأحمد ، مرجع سابق ، د د ن ، الرياض ، د س ن ، ص 959.

[3]–بن زيطة الهادي ، مرجع سابق، 19.

[4]– بن زيطة الهادي، مرجع نفسه، ص 20.

وهناك من عرفه بمعنى الإتلاف،و المقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا" أيأن يكون الإتلاف كليا أو جزئيا.

وعلى العموم قان الضرر يتمثلفي الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[1]

ويرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه هو الركن الثاني من أركانها و تتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عن وجود خطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيره الرفض، وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني إلا أنه من الصعب تعريف محدد له، ولقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 124منه وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذا المادة 176 وما يليها و التي خصصها لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.

من كل ما سبق يمكن تعريف الضرر بأنه" الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو مصلحة يستوي أن تكون مالية أو أدبية[2]

المطلب الثاني : أنواع الضرر

الضرر نوعان مادي أو أدبي "معنوي " و كلاهما يوجب التعويض عنه و لا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض

الفرع الأول: الضرر المادي

الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه و ماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة[3]

---

[1]– علي فيلالي ، **الإلتزامات العمل المستحق للتعويض**، موفم للنشر ، الجزائر ،2002، ص 244.

[2]– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير إرادية دراسة فقهية و قضائية**،د د ن ، د ب ن ،2002،ص 254

[3]– بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد ،الإرادة المنفردة** ، ديوان المطبوعات الجامعية ط4 ،الجزائر،2005، ص 285

ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل أو يتوقع حصوله حتما و بالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلاإذا تحقق[1]

ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أيا كان نوعه سواءا كان حقا عينيا تبعيا أو حقا شخصيا

وبهذا يتضح أن للضرر وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده و حياته و يعرف بالضرر الجسدي و الآخر يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص مما ينعكس سلبا على ذمة المالية فيكون الضرر ماليا

أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فقد يتمثل في ترك الزوجة لوظيفتها من أجل الاهتمام بزوجها وأولادها ثم يطلقها زوجها بدون سبب مما يسبب لها ضرر ماديا

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

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

فالضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية وهذه المصلحة محمية قانونا[2]

ولقد عرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام و الأوجاع الزوجية من الشتم والتحقير و ترك الجماع [3]

عليه فالضرر المعنوي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته

---

[1]– بن زيطة الهادي، مرجع سابق، ص 27.

[2]– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 258.

[3]– بن زيطة الهادي، مرجع سابق، ص 29.

وهذا ينطبق على الطلاق التعسفي فقد يوقع الزوج الطلاق متعسفا دون أن سبب مشروع ويسبب ضرر للزوجة بأن يلقي عليها تهما زائفة تمس بشعورها و شرفها تجنبا للتهرب من التعويض المقرر عليه من جراء طلاقه.

ولقد أشار قانون الأسرة الجزائري لمسألة الضرر فيما يتعلق بالخطبة في المادة 5 منه و أوجب التعويض عن العدول عن الخطبة للطرف المتضرر، كما نص على مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك بموجب المادة 52 قانون الأسرة منه"**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها** "[1]

ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عاما دون أن يبين أي ضرر يحق بمقتضاه للزوجة المطالبة بالتعويض عنه، والحال أن الضرر المعنوي مفترض بل هو فهو ثابت في حقها فهو يصيبها في نفسها وفي سمعتها وقد لا تتمكن من إعادة الزواج لتمضي بقية حياتها بغير زوج يعيلها و يعينها على جوانب الدهر و غير ذلك من جوانب الضرر المعنوي ذات الأثر الشديد على المرأة.

لكن ما يؤخذ على المشرع أنه أغفل النص عن الضرر المعنوي في القانون المدني بنص مستقل بحيث أن المادة 124 منه جاءت عامة إلا انه نص عليه في قوانين خاصة[2]

المطلب الثالث : شروط الضرر و إثباته

الفرع الأول:شروط الضرر

لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط

أولا : أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة

سواء كان هذا الحق ماديا أو معنويا فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون[3]

---

[1]– المادة 52 قانون الأسرة الجزائري

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني ج1**، منشورات الحلبي ، لبنان 1998،ص 864.

[3]– بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام ج1**، مرجع سابق ، ص 15ص158.

فكل ضرر يلحق بالزوجة من جراء تعسف الزوج بتطليقه لها لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوج

ثانيا: أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط في الضرر أن يكون محققا ، ولا يعني ذلك بالضرورة تحقق الضرر فعلا وقت حصول التعدي بل يكفي أن يكون وقوعه محتما ولو تراخى إلى وقت لاحق فيعتد إذن بالضرر المستقبل دون الضرر المحتمل حيث لا صعوبة في التعويض عن الضرر الذي تحقق فعلا بأن اتضحت معالمه حدوده بصورة نهائية مما يسهل تحديده و الحكم بالتعويض الذي يجبره[1]

ويكون الضرر في الطلاق التعسفي محققا إذا وقع فعلا ومثال ذلك أن تصاب المطلقة تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقها الذي هو بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الإنفصال وما سينجر عن ذلك من تبعات،أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق بعد فقد يقع في المستقبل و قد لايقع وطالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض[2]

ومثال ذلك تفويت الفرصة على المطلقة تعسفا الزواج بسبب كبر سنها كأن يطلقها زوجها بعد عشرين سنة من الزواج فضلا عن ذلك من نكران للعشرة الزوجية الطويلة وعلى كل فإن في تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات و الحكم باستحقاق التعويض و عدمه أمر نسبي و ينبغي أن تعالج كل حالة على حداإلا أن هذا لا يمنع من وضع ضوابط عامة لذلك لتكون مرجعا و أساسا يبنى عليها ويحتج بها

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا

الضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشرا فالضرر، المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر و يكون كافيا

---

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 260ص261.

[2]- بلحاج العربي ، **النضرية العامة للالتزام ج1** ، مرجع سابق ، ص 288.

لحدوثه، أما الضرر الغير مباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل مباشرة فيكون الفعل الأصلي عاما لازما لحصول الضرر ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تدخل أسباب أخرى وفقا لنص المادة 182 ق م ج التي أكدت أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام و أن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار[1]

في المادة 182 ق م ج إشارة إلى أن الضرر الذي يوجب التعويض هو ذلك الذي يمكن توقعه عادة و رغم أنها تحدثت عن الخطأ العقدي إلا انه يمكن تعميم الحكم و الحكم بالتعويض عن أي ضرر أيا كان سببه.

و الضرر المباشر في الطلاق التعسفي هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الطلاق كأن يطلق الزوج زوجته بعد وقت قصير من الزواج دون سبب فيسبب لها ضرر ماديا و معنويا من جراء الطلاق فهذا يعد ضررا مباشرا

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا

الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر سواءا كان معنويا أو ماديا فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة و ينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار[2]

الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض

وفقا للقاعدة العامة فإن البينة على من ادعى فيقع إثبات الضرر على المضرور و يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات وغالبا ما يثبت الضرر بالمعانية المادية أو شهادة طبية أو تقدير الخبراء وإثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة

[1]– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 260.

[2]– مسعودة نعيمة إلياس، نفس المرجع السابق، ص 259.

الموضوع ولا رقابة المحكمة العليا فيها كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا[1]

فالضرر الموجب للتعويض هو الذي بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض ويمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا و بالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فإنه مفترض ولذلك فإن المطلوب من المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها، و بإعتبار ذلك واقعة مادية فانه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك.

المبحث الثاني:التعويض عن الطلاق التعسفي

إن فرض التعويض عن الطلاق التعسفي يستند إلى أساس فقهي يبرز إيجابية في الفقه الإسلامي والقانون وهذا الأساس يكون نتيجة لنظرية فقهية أو اتجاه تشريعي معين وهو ما أسعى لبيانه في المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التعويض

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون

[1]– بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ج1، مرجع سابق ، ص 289.

المطلب الأول: مفهوم التعويض

إن للفظ التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية و اصطلاحية متعددة وهذا ما يقتضي من معرفتها من أجل الخروج بتعريف ملائم وذلك من الجانبين اللغوي و الاصطلاحي على حد سواء

الفرع الأول: تعريف التعويض

أولا: تعريف التعويض لغة

العوض وهو البدل إعتاضني فلان أي جاء طالبا للعوض والصلة عائض من عاض يعوض أعطى عوض[1]

عاضه بكذا وعنه ومنه عوضا أي أعطاه إياه بدل ما ذهب منه فهو عائض عاوضه إعاضة ويقال فلان عاوض فلان تعويض في البيع والأخذ و الإعطاء.

إعتاض منه أخذ العوض وفلان سأله العوض[2]

ثانيا : تعريف التعويض اصطلاحا

أ: تعريف التعويض في الإصطلاح الفقهي

لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي شائعا ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أداؤه كتعويض مثل البدل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها وبدل الشيء الواجب

وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا ومن تعريفات الضمان ما يلي

-الضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته

---

[1]- صالح العلي الصالح ،أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص 447.

[2]-شوقي ضيف، مرجع سابق، ص 667.

– الضمان هو إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات أو قيمته إذا كان من القيمات[1]

من تعريفات السابقة للضمان نجد أنها تضمنت معنى التعويض وذكرت سببه تلميحا وهو حدوث الضرر والهلاك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإتلاف و الغصب، وعليه فالتعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور جبر الضرر والضمان هو الالتزام بالتعويض فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض سواء كان مالا أو فعلا جابرا للضرر، أما لفظ الضمان فينطبق على فعل التعويض وهو الالتزام بالشيء المعوض به، ولقد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض منهم الشيخ محمد شلتوت حيث قال "التعويض هو المال الذي يحكم به من أوقع الضرر على غيره في نفس أو مال أو التقدير في الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر"[2]

يتضح من التعريف أن مفهوم التعويض يرتكز على نقطتين :

– أن التعويض مال يعطى للمتضرر عن طريق القاضي

– ذكر أنواع الضرر الواجب فيها التعويض وان تقدير التعويض يستند الى تحديد قيمة الضرر

وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه: "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره

فالأصل في التعويض انه جبر للضرر و النقصان والتلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الذي الواقع عليه[3]

ب: تعريف التعويض في القانون

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض إلا أنه نص في المادة 124ق م ج وإعتبره

–[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، مرجع سابق ، ص 96.

–[2] رسمية عبد الفتح موسى الدوس ، نفس المرجع ، 97.

–[3] وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 48.

جزاءا من الفعل الضار فذكر "أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "[1]

يتضح من المادة أن التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر

كما أوردت المادة 132 بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على انه :"يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع "[2]

من كل ما سبق يمكن تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي بأنه: " البدل بسبب الضرر أي حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة و فقدانها العائل و معاناتها من الوحدة و ألم الفراق وما شابه ذلك "

أو أنه " مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته نظير ضرر ألحقه بها لتبدأ حياته من جديد لتوفير حياة كريمة لها بسبب سلب دفء الحياة الزوجية و الإستقرار و الأمن..."[3]

يتضح من التعريفات السابقة أن التعويض عن الطلاق التعسفي هو"ما يقدمه الزوج لزوجته تعويضا عن طلاقها بدون سبب بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره لأن الزوج بطلاقه لزوجته قد أضر بها ماديا و معنويا.

الفرع الثاني : طرق التعويض و كيفية تقديره

أولا : طرق التعويض

---

[1]– المادة 124 قانون المدني الجزائري

[2]– المادة 132 قانون مدني جزائري

[3]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، مرجع سابق ، ص 99.

طبقا لنص المادة 132 ق م ج " **يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويضح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.**

و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل لا بالفعل المشروع "[1]

أ: التعويض العيني

وهو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه [2]

و يمكن تصور التعويض في المسؤولية التقصيرية في مجال الطلاق التعسفي إذا كان الزوج قد إستولى على أموال الزوجة بسبب رابطة الزوجية مثل سلبها لأموالها فإن التعويض العيني يكون بإرجاع هذه الأموال إلى الزوجة وقد يكون الضرر متمثل في إشاعة كذبة عنها اتخذت طريق النشر مما يشوه سمعتها فيمكن للقاضي بناءا على طلب المضرور أم يلزمه بتكذيب ما قاله و يكون بمثابة تعويض عيني، والقاضي ليس ملزما أن يحكم بالتنفيذ العيني ولكن يستعين به إذا كان ممكنا و طالب به الدائن كما لا يتقيد المضرور بتقدير أي نوع من نوعي التعويض قبل الآخر فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما و حسبما يشاء وعلى ما يراه أنفع له و كذلك يجوز للمسؤول أن يعرض التعويض العيني فيقضي به عليه غير أنه في كثير من الأحوال ولاسيما الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء إلى لتعويض النقدي كتعويض بدلي[3]

ب : التقدير النقدي

---

[1]– المادة 132 قانون المدني الجزائري .

[2]– محمد صبري السعدي، **شرح قانون المدني الجزائري** ، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر ،2004،ص 156.

[3]– بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005، ص 260.

غالبا ما يكون التعويض بمقابل نقدي و قد يكون بمقابل غير مالي وذلك في الأحوال التي يتعذرعلى القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي كما في حالات السب و القذف حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم إدانة المدعي عليه في الصحف وهو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي[1]

أما التعويض النقدي فهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية و يتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور فكل ضرر يمكن تقويمه بالنقد و الأصل أن يكون التعويض نقديا أي مبلغا معينا يعطى للمضرور أو على أقساط،وأما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة[2]

ولقد نصت المادة 132ق م ج بأن القاضي يتولى تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي أتاه المدعي عليه لان قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر بأقصى ما يمكن من الضرر الذي لحق بالمصاب وهو ما نصت عليه المادة 131 ق م " **يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين182و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**"[3]

ثانيا: تقدير التعويض

يتحدد التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور و بحسب المادة 182 ق م ج فإنه: " **إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره و يشمل التعويض ما لحق من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول**

---

[1]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 158.

[2]– بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ج2**، نفس مرجع سابق، ص 267.

[3]– المادة 132 قانون المدني الجزائري.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"[1]

من خلال المادة182 يتضح أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب يشمل التعويض عن المسؤولية التقصيرية لكل ضرر مباشر سواءا كان ماديا أو معنويا متوقعا أم لا ، في حين أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع [2]

ولكن التعويض إذا كان يشمل كل ضرر مباشر فانه يقتصر عليه وحده و لا يمتد في أي حال الى الضرر غير المباشر و يملك القاضي سلطة اختيار التعويض التي يراها أكفل من غيرها بجبر الضرر و يسترشد في ذلك بطلبات المصاب و الظروف و الأحوال وهو نصت عليه المادة 132 ق م ج فقرة 2 التي نصت على " **و يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ،أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير مشروع**"[3]

من المادة يتضح أن القاضي يراعي في تقدير التعويض الظروف الملابسة لوقوع الضرر أي الظروف الملابسة لوقوع الضرر أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الأصلية و العائلية و التي تدخل في تحديد الضرر الذي أصابه ، ولاسيما ظروفه المالية فالضرر يقدر ذاتيا أو شخصيا بالنظر إلى المضرور بالذات لا على أساس مجرد ،غير أنه يجب ألا يتجاوز التعويض مقدار الضرر بمعنى أن يكون هناك تناسب بين الضرر و التعويض[4]

---

[1]– المادة 182 قانون مدني جزائري .

[2]– بلحاج العربي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية ج2**، ص 269.

[3]– المادة 132 قانون مدني جزائري .

[4]– بلحاج العربي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية ج2** ،مرجع سابق ، ص 269.

ولقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1970/10/21 "إن منح قضاة الموضوع تعويضا للمتضرر من أي إجراء هو مسألة وقائع متروك تقديرها للقضاة وحدهم دون رقابة عليهم "[1]

وعليه فان في تقدير التعويض أنه يقدر التعويض يكون بحسب ما لحق من خسارة وما ضاع من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار وهو ما نصت عليه المادة 182 ق م ج السالفة الذكر.

وقد قررت المحكمة العليا بأنه يمكن الإستعانة بخبير لحساب التعويض و هذا أمر جوازي غير أن تحديد التعويض يجب ألا يعارض الخبرة في حال وجودها كما أن تقدير التعويض من المسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع غير أنه يتعين على هذا الأخير أن يبرز جميع التعويضات المدنية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر هي من التكييف القانوني للواقع[2]

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

ذكرنا فيما يبق أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لمسألة الطلاق التعسفي و لا لمسألة التعويض عنه وذلك بإقرارهم لإستحقاق المطلقة المتعة عموما كتعويض لها عن الطلاق التعسفي وهو ما جعل الفقهاء المعاصرين اختلفوا في حكم التعويض عدا المتعة في حال الطلاق التعسفي على مذهبين .

الفرع الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي يقول مصطفى السباعي:" و هذا حكم جديد لم يكن معمولا به قبل وهو حكم عادل "[3]

---

[1]- محكمة العليا ،غرفة القانون الخاص ،الصادرة 1970/10/21، النشرة القضائية ، الجزائر ،عدد 01،ص 58.

[2] - بلحاج العربي ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الواقعة القانونية ج2** ،مرجع سابق ص270ص271.

[3]- جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص 272.

وإستدلوا على ذلك بما يلي:

– قياس التعويض على المتعة التي رغب القرآن في إعطائها لكل مطلقة وهي واجبة عند بعض العلماء ومستحبة عند البعض الآخر ، لان الطلاق و إن كان حقا للرجل إلاأن هذا الحق مقيد بان تدعو الحاجة إليه وبأن لا يرتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار به فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق وجب عليه تعويض زوجته المتضررة من ذلك [1]

– قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت و هو صورة من صور التعسف في الطلاق حيث أن مريض مرض الموت إذا طلق زوجته لحرمانها من الميراث فانه يعامل بنقيض قصده و ترث منه زوجته وكذلك المطلق بغير سبب فانه يعامل بنقيض قصده و يلزم بالتعويض.

– قياس التعويض على المخالعة في الإسلام ، حيث أباحت الشريعة للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه أو يقسط جزءا من مهرها إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها كتعويض عن فراقها لذلك فان للزوجة أن تأخذ من زوجها التعويض اللازم إن أساء الزوج طلاقه إياها [2]

– أن الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة و تفويت لفرص لها قد لا تعود و القاضي منوط بإنصاف المظلومين فعليه معاقبة من يسيء التصرف ،فمن طلق زوجته و ألحق بها ضرر من جراء ذلك و لم يكن هناك سبب شرعي يدعو له وجب عليه التعويض[3]

– أن الزوجة إذا كانت تملك حق الطلاق بناء على تفويض الزوج و طلقت نفسها طلاقا تعسفيا ، أصاب الزوج من جرائه ضرر فيجب عليها التعويض لزوجها أي كل حالة طلقت فيها الزوجة نفسها فيها وأساءت إستعمال هذا الحق بحيث لو طلقها زوجها بمثل

---

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 141.

[2]– جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ، ص 273.

[3] – عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة والقانون ج1**،دار الفكر، د ب ن،1968، ص 120.

هذه الحالة وجب عليه التعويض، لذلك فلا مبرر للتفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة إذ في كل الحالتين ضرر يصيب الطرف الآخر[1]

الفرع الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي منهم أبو زهرة و وهبة الزحيلي و عبد الكريم زيدان .

يقول أبو زهرة في منع التعويض عن الطلاق التعسفي: " وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرط فاسد فيلغى "[2]

وقد إستدل أصحاب هذا الموقف بما يلي:

– إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم يكن منه إساءة يستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق بسبب الطلاق[3]

– إن التعويض عن الطلاق التعسفي لم يرد فيه النص في القرآن الكريم ولا في السنة ليقر بهذا المبدأ

– إن الأصل في الطلاق الحظر و لا يباح إلا للحاجة ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي [4]

– أن الحكم بالتعويض يجعل كل واحد من الزوجين يقذف الآخر بالتهم الصحيحة أو الباطلة بسبب هذا التعويض الزائد على ما شرعه الله وذلك لتثبيت التعسف و سيعود حتما

-[1] عبد الرحمن الصابوني، نفس مرجع سابق ، 108.

-[2] أبو الزهراء، مرجع سابق، ص333.

-[3] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص 277.

-[4] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 147ص 148.

بالضرر الأكبر على المرأة لأن أي كلام من الرجل في حقها يجرحها جرحا بليغا و يسيء إليها و يقضي على مستقبلها[1]

– إن القول بالتعويض عن الطلاق التعسفي يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي لا ظلم فيه فقد يكون الدافع للطلاق ريبة أحاطت بالزوجة فطلقها خشية العار وسترا عليها وليس من العدل أن تعوض في هذه الحالة

– التعويض عن الطلاق التعسفي يشمل المدخول بها فان طلاق غير المدخول بها هو طلاق وقائي في حد ذاته منعا لفساد متوقع فلا مبرر للتعويض عنه كما أن الزوجة لم تخسر شيئا تستحق به التعويض بل إن الزوج هو الذي خسر شيئا تستحق به التعويض بل إن الزوج هو الذي خسر بإعطائها نصف المهر فلا مبرر حينئذ للتعويض عن هذا الطلاق[2]

الفرع الثالث: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي و مانعيه

أولا :مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي

– إن القول بقياس التعويض عن المتعة هو قياس مع الفارق لأن المتعة جاءت بنص خاص ظاهر الدلالة على وجوبها، أما التعويض فهو جزاء في نظرية التعسف قررتها الشريعة الإسلامية للمرأة فاخذ المطلقة للتعويض دون إثارة أسباب الطلاق و دوافعه كما في التعويض الذي يسمح له القانون بذلك حتى يدفع عن نفسه التعويض فإن كانت الأسباب معقولة كلف بإثباتها وإذا فعل يعفى من التعويض [3]

– إن القول بان الطلاق بلا سبب إساءة إستعمال الحق يوجب التعويض فيرد عليه بان الطلاق مشروع وهو حق للزوج و إستعمال الإنسان لحقه لا يوجب التعويض[4]

–[1] رسمية عبد الفتاح، نفس المرجع، ص148.

– [2] ساجدة عفيف محمد رشيد العتيلي، **الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة و القانون الأردني**(أطروحة لنيل درجة الماجستير بكلية الفقه و التشريع)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ،2001، ص 109.

–[3]رسميةعبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص149 .

–[4] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص 280.

إن استعمال الإنسان لحقه دون إساءة و ضرر لغيره مباح لا يوجب التعويض ولكن اذا أدى إلى إلحاق الضرر بالغير فيجب التعويض.

أما قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت فيرد عليه بأنه قياس مع الفارق أيضا إذ أن الميراث للزوجة حق ثابت من جهة الشرع ولما أراد الزوج حرمانها منه عوقب بنقيض قصده فتوريثها ليس من باب التعويض و لكنه حق لها فلا يقاس ما ليس بحق "التعويض " بما هو هو حق " الميراث"[1]

– إن القول بقياس التعويض على الخلع هو قياس مع الفارق لأن البدل في الخلع كان سببا في تعويض الزوج بما أنفقه عليها،أما التعويض للزوجة الذي كان بسبب إساءة الزوج في استعمال حقه في الطلاق دون سبب معقول فلا مقابل له من جهتها ،والخلع يكون بمثابة ثمن للحرية حصلت عليها المرأة مقابل انفصالها عن رجل لا ترغب به، بينما التعويض كان للرجل تقييدا للحرية [2]

– أما القول بأن بقاء الزوجة بعد الطلاق من غير زوج إضرار بها و لؤم في معاملتها فيرد عليه بأن المرأة قد تتزوج بعد إنتهاء العدة و تدخل في كفالة الزوج الجديد فلا ضرر عليها و إن لم تتزوج فقد جعل الإسلام نفقتها على وليها وان لم تستطع الإنفاق عليها فنفقتها على بيت مال المسلمين [3]

يجاب على هذا الرد أن فيه إجحاف في حق المرأة كونه لا يقدم حلولا عملية ولا يصلح أضرار واقعة بالفعل وفيه عدم مراعاة لما أصاب المرأة وما سيلحقها من أضرار و خاصة أنها أصبحت ثيبا و مطلقة.

ثانيا : مناقشة أدلة المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 144.

[2]– سيد سابق، مرجع سابق، ص 238.

[3]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 283.

– إن القول بأن التعويض حق مباح للزوج و أنه لا يتقيد في استعماله يوجب الحاجة التي تدعو إليه فيرد عليه بان الطلاق ليس حقا مطلقا للزوج لان الأصل فيه الحظر فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته أي بحكمة تشريعه وما لأجله شرع ، فإذا أساء

الزوج إستعمال هذا الحق وطلق من غير سبب كان على القضاء أن يحكم بالتعويض و إلا لم يكن للحظر معنى[1]

– أما أن الطلاق التعسفي لم يرد فيه نص من القرآن ولا في السنة فهذا صحيح ولكن ليس بالضرورة أن يكون كل شيء منصوص عليه و إلا لأغفلنا باب الإجتهاد فالقائلون بالتعويض قالوا أنه بناء على قاعدة سد الذرائع و بناءا على قاعدة لا ضرر ولا ضرار " لهذا يصلح الاحتجاج بعدم التعويض[2]

كما أن القول بأن التعويض فيه كشف لأسرار البيوت أمام المحاكم صحيح ولكن على العموم يتدخل القضاء في شؤون الأسرة لم يعد هناك من سر يجب ستره فان أهم شيء يحاول الإنسان إخفاؤه هو العيوب الجنسية مثلا فإنها تعرض على القضاء كما أن هناك أمور كثيرة يطلع عليها القاضي كالإعسار وعدم الإنفاق و الفصل في خصومها كما أن الزوج قد يتهم زوجته بمختلف أنواع الاتهامات ليقنع القاضي بعذره المقبول في طلاقه و ينفي عن نفسه تهمة التعسف[3]

كما أن الزوج الحريص على كشف الأسرار الزوجية أن يتوقى ذلك بان يعطي زوجته حقها في التعويض دون أن يدفعها إلى اللجوء إلى القضاء فالقضاء يظل ملجأ المضرور العاجز عن إستيفاء حقه بالتراضي

إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق ليس صحيحا لان الطلاق حق منحه الشارع للزوج بكل وضوح لكن إذا أساء الزوج التصرف في طلاقه فرض عليه تعويضا يتناسب مع حالته المالية وحالة الزوجة و ما تركها عليها من بؤس [4]

---

[1]– عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، 93.

[2]– ساجدة عفيف محمد رشيد العتيلي، مرجع سابق، ص 109.

[3]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 153.

[4]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع نفسه ، ص 153.

– إن طلاق الزوجة الغي مدخول بها لا مبرر له لان الزوجة قد حبست نفسها لهذا الزوج وربما بطلاقه هذا يكون قد تسبب في إضاعة مستقبلها الذي كان ينتظرها وفوت عليها فرصا كثيرة لذا فلا مانع أن تأخذ تعويضا إن طلقت تعسفا ، إضافة إلى ذلك أنها بذلك الطلاق قد أوقع عليها آثارا سيئة قد تفوق الزوجة المدخول بها فقد لا تتزوج أبدا وتبقى طول حياتها دون معيل أو يتقدم بها السن فتصبح غير مرغوب بها من قبل أقاربها[1]

المطلب الثالث : التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

الطلاق وفقا لنص المادة 49 ق أ ج وان كان وفقا لإرادة الزوج فانه يخضع لرقابة المحكمة العليا ويتم تحت إشراف القاضي فبالرغم من اعتبار الطلاق حقا للزوج لا يحرم من ممارسته من حيث المبدأ ولكن إن تعسف فيه يترتب عليه اتجاه زوجته حقا أخر يقابله وهو مبلغ مالي ينشأ في ذمته[2]

ولذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و إلى طبيعة التعويض.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد قضى المشرع الجزائري في المادة52من ق أ بأنه((**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**))[3]

يتضح من المادة أن تكييف طلاق الزوج بكونه متعسفا أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي وهذا ما قضت به الحكمة العليا بموجب القرار الصادر 1969/05/29 "بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي و المعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية"

وعليه بموجب المادة 52ق أج فالقاضي عند حكمه بالتعويض للمطلقة تعسفا لا بد أن تتوفر فيه شرطان:

---

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 153.

[2]– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص 300.

[3]– المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

– أن يتبن للقاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته

– أن يتقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة

وفيما يلي نبين المقصود بهذين الشرطين:

أولا: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته

تقدير التعسف من عدمه يخضع لسلطة المحكمة التقديرية ويتبين ذلك من خلال وقائع الدعوى فإذا تبين للقاضي أن الزوج لم يطلق زوجته بسبب ضرر أصابه منها و إنما لنزوة أو فائدة شخصية أو لقصد الإضرار بها دون أن يكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو منطقية كأن يطلق زوجته ليتفرغ للزواج من غيرها أو يطلقها لأنها رفضت أن تهئ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما تفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق[1]

وعليه فان الأصل وان كان الطلاق حق للرجل فإنه إن تعسف في هذا الحق فإن إثبات التعسف يقع على الزوجة و على الزوج دفع ذلك بإثبات العكس ووفقا لقرارات المحكمة العليا لا إذا تعذر الإثبات من الجانبين فهنا القاضي يقتص عن ظروف حدوث الطلاق ليعرف منها أيهما كان يسعى ويدفع الطرف الآخر للطلاق وقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر 1986/11/06 بأنه " إذا لم يأتي الزوجان بالبينة على مزاعمها المختلفة وجب مبدئيا إلقاء الظلم على الساعي منهما وراء الطلاق"[2]

ثانيا: أن يتحقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة

إذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر سبب هذا الطلاق جاز أن يحكم على مطلقها بالتعويض والضرر هنا بنوعيه المادي و الأدبي فغالبا ما تفقد الزوجة معيلها خصوصا إذا كانت ربة بيت أو تركت وظيفتها بغرض إدارة شؤون الأسرة و تربية الأطفال، أما الضرر المعنوي الذي قد يصيب الزوجة المطلقة تعسفيا فيتمثل في تدهور الحالة النفسية

[1]– شذى مظفر حسين، **التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة و القانون** ، مجلة رسالة حقوق العلمية مجلد1، عدد1، د م ن ، د د ن ، 2009، ص 13.

[2]– م ع، الغرفة المدنية،1986/3/27، النشرة السنوية ،الجزائر ص 127.

للمطلقة و نظرة المجتمع لها كونها مطلقة ، فإذا تحقق القاضي من لحوق الضرر للمطلقة بسبب هذا الطلاق جاز له أن يحكم على مطلقها بالتعويض وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارهاالصادر 1999/6/15 حيث قضت بموجبه انه من القرار 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 عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق طبقوا صحيح الفانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1]

وعليه بفرض الزوج تقديم الأسباب الحقيقية الموجبة للطلاق و تحمله كافة المسؤولية في الطلاق فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالطلاق و تحميل الزوج المطلق تبعات الطلاق

فالتعويض جبرا لخاطر المطلقة و إعانة مادية لها لا إذا ثبت تعسف المطلق بحسب ما يراه القاضي من أحوال الزوجين و ظروف التي جرى فيها الطلاق فإذا ثبت تعسف الزوج حكم للزوجة بالتعويض وكذا بسائر تبعات انحلال الرابطة من نفقة حصانة ...

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها " أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا لها من جراء الطلاق التعسفي و ينبغي تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل القضاء بما يخالف الأحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغ من المال "[2]

ولقد أحسن المشرع عملا عندما لم يقيد التعويض وترك ذلك للقاضي وترك ذلك للقاضي يعينه و يحدده حسب ما يراه كفيلا بدفع الضرر الناجم عن طلاق الزوجة وذلك بحسب التعسف و درجته سواءا كان الضرر المادي و المعنوي الذي أصاب المطلقة على أن يراعي في تقديره الحالة المالية للزوج و مؤخر الصداق وزواجها من زوج آخر كما أن تعويض الطلاق التعسفي لا يستحق إلا عند البينونة و انتهاء العدة، وعليه لا يستحق إذا

---

[1]– م ع ،غ أ ش ،1999/6/15،ملف رقم 223019، غ أ ش، ص 103.

[2]– م ع ، غ أ ش ،غرفة القانون الخاص ،1969/5/29، ن س ،وزارة العدل ، الجزائر ص 306.

كان الطلاق رجعيا و العدة قائمة ولقد قررت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1982/11/22 بأنه " للمطلقة الحق في النفقة و التعويض وسائر توابع العصمة إذا كان طلاق الزوج غير مبرر ولو كان الزوج غير مسجل بالحالة المدنية"[1]

الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض المقرر عن الطلاق التعسفي لصالح الزوجة لا يخضع للقواعد العامة في المادة 124 مكرر ق م ج السالفة الذكر وعليه فالحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري إذ أنه ذو طبيعة خاصة متمثل في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية ، وان التعويض الزوجة لا ينطلق من المادة 124 ق م و 124 مكرر السالفة الذكر و إنما مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"[2]

المبحث الثالث:متعة المطلقة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا

المطلب الأول:متعة المطلقة للمطلقة تعسفا

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه الأحوال الشخصية العربية مصدره المتعة التي شرعت كأثر للطلاق لذلك فلا بد التعرض لمفهوم متعة ومشروعيتها وحكمها وعلاقة المتعة بالتعويض القانوني عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: تعريف متعة المطلقة تعسفا

[1]- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق، ص 244.

[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 187ص188.

لمعرفة معنى المتعة وجب معرفة معناها اللغوي والاصطلاحي

أ: تعريف المتعة لغة

المتعة بضم الميم و كسرها هي إسم للتمتيع و جمعها متع، و المتعة و المتاع اسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتيع ومن معاني المتعة [1]

وللمتعة والمتاع معان منها السلعة أو الأداة ومنه قوله تعالى " ولما فتحوا متاعهم "[2]

والمتعة ما يتمتع به من الصيد و الطعام والمتعة ما تضم حجة إلى عمرة [3]

ب: تعريف المتعة اصطلاحا

1 التعريف الفقهي للمتعة

لم ينص الفقهاء صراحة على تعريف المتعة مع أنهم افردوا لها بابا خاصا في الفقه

فقد عرفها ابن القيم: ما يؤمر الزوج بإعطائه الزوجة لطلاقه إياها[4]

وعرفها الدسوقي بقوله : "ما يعطيه الزوج لزوجته المطلقة زيادة على الصداق لجبر خاطرها"

وعرفها بعض فقهاء الشافعية بأنها:"اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها"[5]

عرفها أبو الزهراء بأنها:"مال يدفعه الزوج للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق"[6]

---

[1]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 163.

[2]-سورة يوسف، الأية، 63.

[3]- شوقي ضيف، مرجع سابق، ص 883.

[4]- جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 297.

[5]- رسمية ع الفتاح موسى الدوس ، مرجع سابق،164.

[6]- أبو زهراء ، مرجع سابق ، ص 244.

من التعريفات يتضح أن المتعة هي ما يدفعه الزوج لمطلقته بعد الطلاق لجبر خاطرها جراء ما لحقها من أذى نفسي ومادي فوجبت المتعة جبرا لما يلحقها من أذى متوقع الحصول لأن الفرقة حصلت دون موافقتها فلو حصلت الفرقة بسببها فلا متعة ل أو هذا باتفاق الفقهاء .

2: التعريف القانوني للمتعة في قانون الأسرة الجزائري

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة و إنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة و انه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي و بالمقابل فان المتتبع لاجتهاد المحكمة العليا لايطلع بوضوح على سير القضاة على خطى منح المتعة للمطلقة ، وان اختلفوا في المقدار إلا أنهم اتفقوا في النوع "وهو مبلغ من المال يعطى للزوجة حسب السلطة التقديرية للقاضي ،وهو ما قضت به المحكمة بكون تحديد مبالغ المتعة من اختصاص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وهو ذاته ما استقر عليه القضاء في الجزائروفي الواقع إن القول بأن الأمر يتعلق بتعويض يحتاج إلى وقفة، ذلك أن التعويض يلزمه عنصر الخطأ كما أنه يقدر وفقا للقواعد العامة بحسب الضرر الناجم عن الخطأ أو التجاوز في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلقة[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه نص في بعض القرارات القضائية أن القاضي يحكم بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى استخدم مصطلح التعويض عن الطلاق التعسفي، فهل يمكن للمطلقة من جراء الطلاق التعسفي أن تأخذ نفقة المتعة والتعويض في آن واحد؟ على اعتبار أن المتعة كانت لكل مطلقة دون تحديد نوع طلاقها في القرآن الكريم، أما التعويض فقد حصره القانون للمطلقة تعسفيا فقط فهل هذا مبرر أو غير مبرر؟

لقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر 1986/04/07 حيث جاء بمقتضاه " الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند

[1]– بن زيطة الهادي ، مرجع سابق ، 158.

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 مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة الطلاق و التعويض في آن واحد على أساس أنها طلقت طلاقا تعسفيا فهي تستحق المتعة بالنظر إلى أنها مطلقة وتستحق فضلا عن ذلك التعويض بسبب أن طلاقها كان تعسفيا فهي تستحق التعويض من وجهين.

ثانيا: مشروعية المتعة و حكمها

أ: مشروعية المتعة

متعة الطلاق مشروعة بالكتاب و السنة و الآثار المروية عن الصحابة

1: مشروعية المتعة من القرآن الكريم

قال تعالى: " **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة و متعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين**"[2]

ووجه الدلالة في الآية أن الله أوجب المتعة للمطلقة قبل الفرض لقوله تعالى "ومتعوهن"، والأمر للوجوب، و بحرف على قوله "**وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره** " حيث أنها من أحرف الإلزام و الإثبات التي تفيد الوجوب وقوله "**حقا على المحسنين**" وليس من ألفاظ الإيجاب أكد ذلك من قوله" **حقا عليه**" .

وقوله تعالى:"**يا أيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا** "[3]

-[1] م ع ، غ أ ش ، 1968/4/7، ملف رقم 41560، م ق، 1989، عدد2ص69.

-[2] سورة البقرة ، الأية 236.

-[3] سورة الأحزاب، الآية، 49.

حيث تدل الآية صراحة على وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول سواء سمي لها مهر أو لم يسم لها وذلك بالأمر الوارد في قوله تعالى "فمتعوهن "الذي يقتضي الوجوب ما لم يقم دليل على خلاف لك.

وقوله تعالى : " **للمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين على المتقين** "[1]

وجه الدلالة في الآية الكريمة أن الله أوجب المتعة لجميع المطلقات المد خول بهن المسمى لهن مهر وغير المسمى لهن.

2: من السنة النبوية

وردت مشروعية المتعة في السنة النبوية ومنها ما روى البخاري في صحيحة عن عباس بن سهل عن أبيه و أبي أسيد قال : **((تزوج أميمه بنت شرا حيل فلما أدخلت عليه بسط يده إليها فكأنها كرهت ذلك ، فأمر أبا أسيد أن يجهزها و يكسوها ثوبين رزاقيين))**[2]

دل الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم متع زوجته فدل ذلك على مشروعية المتعة

– عن عائشة رضي الله عنها **((أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث دخلت عليه فقال :لقد عذت بمعاذ فطلقها ، وأمر أسامة أو أنسا فمتعها بثلاثة أثواب زارقية))**[3]

تدل هذه الأحاديث على مشروعية المتعة، فالمتعة المقررة للمرأة المطلقة لتطييب خاطرها و تهدئة نفسها و تعويضا عن الم الفراق الذي لحقها من جراء طلاق زوجها.

ثالثا: حكم المتعة و الحكمة من مشروعيتها

–[1]سورة البقرة، الآية 241.

–[2] زراقين : الزراقية و هي ثوب من الكتان الطويل يكون في داخل بياضه زرقة .

–[3] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص299.

أ: حكم المتعة

اختلف الفقهاء المسلمون في حكم المتعة إلى أربعة أراء كما يأتي:

– الرأي الأول: وهو للحنفية و المشهور عند الحنابلة و الظاهر من مذهب الشافعية ، ويرون بان المتعة المشار إليها في القرآن الكريم على نوعين: متعة يقضى بها و أخرى لا يقضى بها ، فتجب للمطلقة قبل الدخول و التسمية و تستحب لغيرها قال تعالى:" **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** "[1]

وجه الدلالة في الآية أن قول الله متعوهن أمر و الأمر للوجوب مالم تصرفه قرينة إلى الندب أو الإباحة.

واستدلوا بقوله تعالى:" **وللمطلقات متاع بالمعروف متاعا بالمعروف حقا على المتقين** "[2]

وجه الدلالة في الآية أن المتعة واجبة لكل مطلقة ولم يخصص بعضا دون بعض وواجبة حقا على كل متق يخاف الله، وتستثنى المطلقة قبل الدخول مع التسمية من المتعة حيث أن لها نصف الصداق لقوله تعالى:{**لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فنصف ما فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح** }[3]

–الرأي الثاني وهو للشافعية و الإمامية ورواية عن أحمد و اختاره ابن تيمية بان المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها وقالوا حسبها نصف المهر و يستدلون بقوله ومتعوهن وبقوله تعالى "و للمطلقات متاع بالمعروف ".

اذ انه فرض المتعة لكل مطلقة بمعزل عن البناء و التسمية ويؤكده تمتيع زوجات النبي صلى الله عليه وسلم وكن مدخولا بهن في قوله تعالى :{**يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن و أسرحكن سراحا جميلا** }[4]

---

[1]– سورة البقرة ، الاية 236.

[2]– سورة البقرة، الأية 241.

[3]– سورة البقرة، الآية 236–237.

[4]– سورة الأحزاب، الآية 20.

– الرأي الثالث وهو مذهب المالكية الذين يرون أن المتعة مندوبة ولا يجبر عليها المطلق بحال وقد قسم المالكية المطلقات إلى ثلاث أقسام:

*القسم الأول: المطلقات قبل الدخول و قبل التسمية فلهن المتعة ولاشيء لهن من الصداق ودليلهم في ذلك قوله تعالى:"ومتعوهن "واختصاصه بالمحسنين يصرفه من الوجوب إلى الندب

و الإحسان و التقوى ليسا بلازمين بل من التقوى ما هو واجب وما هو ليس بواجب[1]

*القسم الثاني: المطلقات قبل الدخول وبعد تسمية المهر: فاوجب لها نصف المهر ولا متعة لهن ويستدلون في ذلك إلى قوله تعالى**{وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم }**[2]

حيث أن الله تعالى ذكر المطلقة قبل البناء فأمر بالمتعة في الحالة الأخيرة وأما المطلقة قبل البناء و بعد التسمية فاوجب لها نصف الصداق فقط ولم يأمر يتمتيعها فدل هذا على أنه لا متعة لها

*القسم الثالث:المطلقات بعد الدخول فرض لهن مهر أم لم يفرض و فيهن قولان أن المتعة واجبة يجبر الزوج عليها في الأول و يندب إليها القول الثاني فالمطلقة المدخول بها و المسمى لها مهر تجب لها المتعة في قول مالك إذا طلقت، لكن زوجها لا يجبر على ذلك ، ما يعني أن مالكا أوجبها على الزوج ديانة لا قضاء فيكون آثما إذا لم يؤذها ولا يجبر قضاء على أدائها

– الرأي الرابع : وهو مذهب الظاهرية ورواية عن أحمد ويرون بوجوب المتعة لكل مطلقة مهما كان محلها من البناء و التسمية و الرجعة ، وقد قال ابن حزم بإيجاب المتعة للمختلعة أيضا

ولعل رأي من قال بوجوب المتعة لكل مطلقة إلا التي سمي لها يكون راجحا وهذا لقوة الأدلة التي استندوا إليها و توفيه لمقاصد المتعة و التي تهدف إلى بعث أمل لاستعادة

---

[1]– بن زيطة الهادي ، مرجع سابق ، ص156.

[2]– سورة البقرة الأية 241.

الحياة الزوجية إن لم تكن البينونة كبرى[1]

ب: الحكمة من مشروعية المتعة

لا شك أن في تشريع المولى عز وجل للمتعة حكما ومقاصد فالطلاق يترك أثرا بالغا

ووحشة لدى المرأة خاصة إذا كان بدعيا و المتعة كما يقول المالكية شرعت لجبر قلب المرأة من فجيعة الطلاق، فهي تعويض للمرآة عما لحقها،فالمتعة تعويض للمرأة عما لحقها من ضرر مادي كترك الوظيفة أو معنوي كفقدانها للطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج ، وفي ذلك يقول:احمد الغندور" لما كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها نرى أن الشريعة رتبت على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته و يسمى بالمتعة ،وفي تشريع الإسلام للمتعة يندرج ضمن مقاصده للمحافظة على الأعراض وصون كرامة الناس أمر حتى في الطلاق بان لا ننسى المودة و الإحسان قال تعالى: " **ولا تنسوا الفضل بينكم**"[2]

– أن المرأة قد تمر في حالة صعبة بعد الطلاق حيث أنها كانت تعتمد في النفقة على زوجها وقد أصبحت بعد الطلاق في حالة تحتاج إلى المال لسد حوائجها خاصة عند عدم وجود المعيل بذلك كانت المتعة مساعدة من الناحية المالية وقد بين محمد الزحيلي أن حكمة المتعة أنها تساعد المرأة من الناحية المالية خاصة في هذه الفترة بعد الطلاق[3]

ثالثا: العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي و المتعة

قبل التطرق للعلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي و المتعة لا بد أولا من التطرق إلى أوجه الشبه و الاختلاف بينهما

أ: أوجه الاختلاف بين التعويض و المتعة

تختلف المتعة عن التعويض في عدة أمور منها:

–[1] بن زيطة الهادي، مرجع سابق، ص 157.

–[2]سورة البقرة، الأية 237.

–[3] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، 305.

أن المتعة ثبتت بنصوص واضحة الدلالة من القرآن و السنة النبوية و الآثار المروية من الصحابة و التابعين،أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف و التي بنيت مشروعيتها على أدلة من القران و السنة تجب المتعة بمجرد الطلاق و لكل مطلقة إذا أخذنا بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة بينما التعويض لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا

المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فانه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق و لذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته إلى الطلاق فان كانت أسبابا معتبرة فلا يحكم بالتعويض[1]

ب: أوجه الشبه بين المتعة و التعويض

إن كلا من أمتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الحل بين الزوجين لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق متعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة ، كما أن كلا من المتعة و الطلاق التعسفي يتفق على مقدارها الزوجان فان اختلفا قدرها القاضي لخاطر تخفيفا عن ألامها و تعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها[2].

إن كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا عن ألامها و تعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها

ج : العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض

لم يحسم المشرع الجزائري مسألة المتعة في القانون الجزائري حيث اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عن الطلاق التعسفي شيء واحد وعنى واحد مثلما ما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه اشتمل على "من المقرر شرعا و قضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها عن طلاق غير مبرر و يسقط بتحميلها جزء من

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 254 ص255.

[2]– جميل فخري محمد جانم ، نفس المرجع ، ص 354.

المسؤولية ولما كان ثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم الى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة "[1]

يتضح من القرار أن قضاة اعتبروا المتعة تعويضا عن الطلاق الغير مبرر و هو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بسبب ظلم المطلق وذلك مؤكد بتأسيس القرار الذي خلص إلى أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق

المطلب الثاني: نفقة العدة للمطلقة تعسفا

الفرع الأول : تعريف نفقة العدة

لمعرفة المقصود بنفقة العدة وجب معرفة بيان المقصود بالعدة أولا ومعرفة أحكامها و أنواعها.

أ: تعريف العدة

1 : تعريف العدة لغة

العدة لغة بكسر العين وتشديد الدال في اللغة الإحصاء و العدد مقدار ما يعد و مبلغه ،يقال عددت الشيء عدة أي أحصيته إحصاء ومنه قوله تعالى((**إن عدة الشهور اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات و الأرض منها أربعة حرم**)) [2]

و يقال انقضت عدة الرجال إذا انقضى أجله كما يقال اعتدت المرأة من وفاة زوجها أو طلاقه إياها[3]

2: تعريف العدة اصطلاحا

---

[1]– قرار محكمة العليا رقم 39731 المؤرخ في 1986/1/27 نقلا عن نبيل صقر، قانون الأسرة الجزائري نصا وفقها و تطبيقا ،دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2006، ص 53ص 54.

[2]– سورة التوبة، الآية 02.

[3]– عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ الإجتهاد القضائية و أحكام الفقه الإسلامي**، دار ثالة، الجزائر، 1999، 246.

هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من اثار الزواج بعد الفرقة

ولقد عرفه الحنفية بقولهم :تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته[1]

وعليه فالعدة هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب انقضائها، ولقد نص القانون

الجزائري في المادة 30 ق ا ج " يحرم من النساء مؤقتا المعتمدة من طلاق أو وفاة.."[2]

ولقد أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الافتراق بينها وبين زوجها بشرط أن يكون قد تم الدخول لقوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها "[3]

أما الحكمة من مشروعية العدة فهي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأسباب و إعطاء الزوج المطلق فرصة لمراجعة زوجته ما دامت معتدة من طلاق رجعي، فالعدة فرصة يجرب فيها كل من الزوجين نفسه بالبعد عن صاحبه و بالإضافة إلى هذا فان زواج المطلقة على اثر طلاقها دون انتظار فترة معينة يثير كثير من الأقاويل و الشبهات [4]

ثانيا: أنواع العدة و أحكامها

نص المشرع الجزائري على الأحكام المتعلقة بالعدة من المواد 85 إلى المادة 61 منه وما يلاحظ على هذه المواد أن العدة في القانون الجزائري أربعة أنواع و هي عدة المطلقة عدة المتوفي عنها زوجها عدة زوجة المفقود وعدة الحامل وها بهمنا في دراستنا هذه عدة المطلقة وذلك باختلاف أحوالها

أ: عدة الحامل

---

[1]- وفاء معتوق حمزة فيلاش، **الطلاق و أثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**، مكتبة الكتاب، القاهرة، 2000، ص325.

[2]- المادة 30 قانون الأسرة الجزائري

[3]- سورة الأحزاب،الآية 01.

[4]- بلحاج العربي ،**الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، مرجع سابق ، ص 370.

إذا كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع حملها و ودليل ذلك قوله تعالى :" وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن "[1]

فالحامل تعتد بوضع الحمل سواءا كانت من طلاق أو غيره وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 60 منه " عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة [2]

لذلك فإذا صدر حكم بالطلاق بين الزوجين وكان ذلك أثناء فترة الحمل فانه لا يجوز لها ان تتزوج تكون مح ل خطبة إلا بعد إنقضاء عدتها ولا عبرة لها إذا كان الوضع قد جاء بعد شهر أو عدة أشهر و إنما العبرة بالولادة ووضع الحمل ولكن لا بد أن تتجاوز هذه المدة 10 أشهر وهي أقصى مدة الحمل

ب: عدة المطلقة

إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق و كانت غير حامل وممن يخض فعدتها بمضي ثلاث حيضات ودليل ذلك قوله تعالى " و المطلقات يتربصن بأنفسهن أربعة قروء"[3]

وذلك سواء كانت صغيرة دون البلوغ أو بلغت سن اليأس من المحيض فعدتها ثلاث أشهر لقوله تعالى و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاث أشهر و اللائي لم يحضن "[4]

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 58التي تنص "تعتد اليأس من المحيض بثلاث أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق "[5]

أما بالنسبة لعدة المرأة المطلقة طلاق فرار فهي تعتد بأبعد الأجلين الاقرء أو الأشهر لأنها قد تكون من ذوات الأقراء الممتدة فتطول أقراءؤها أكثر من أربعة أشهر و عشر أيام[6]

-[1] سورة الطلاق الآية 04.

-[2] المادة 60 قانون الأسرة الجزائري

-[3] سورة البقرة ، الآية 227.

-[4] سورة الطلاق ، الآية 03.

-[5] المادة 58 قانون الأسرة الجزائري .

-[6] بلحاج العربي ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ص 372.

ثانيا : أحكام العدة

توجب العدة التوارث بين الزوجين وهو ما نصت عليه المادة 132 ق أ ج فترث المعتدة من طلاق رجعي من زوجها أن توفي أثناء العدة و لا ترثه المعتدة من طلاق بائنا لا إذا عتبر فارا من الإرث فيعتبر بذلك الزوج متعسفا في استعماله حق للطلاق فيعامل بنقيض ما قصد ، وعلى المعتدة أن تعتد في البيت الذي تسكنه إلى وقت الفرقة و يلتزم بيت الزوجية و لا تخرج منه إلا للضرورة لقوله تعالى **{{لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }}**[1]

وهو ما نص عليه المشرع في المادة 61 قأ ج " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق "[2]

الفرع الثاني: نفقة المطلقة تعسفا

أولا: مفهوم نفقة المطلقة

أ: تعريف نفقة المطلقة

1: تعريف النفقة لغة

النفقة مأخوذة من النفق و الفاء و القاف أصلان صحيحان يدل أحدهما على انقطاع الشيء و ذهابه و الآخر على إخفاء الشيء و إغماضه، فالأصل الأول نقول نفق البيع نفاقا أي راج، ونفقت السلعة علت ورغب فيها النفاق ضد الكساد نفق ماله و دهمه وطعامه نقص و قل ، انفق المال صرفه النفقة ما أنفق الرجل إنفاقا وجد نفاقا لمتاعه [3]

2: تعريف النفقة اصطلاحا

عرف الحنفية النفقة بأنها " إدرار الشيء بما يفي وفاؤه "

---

[1]– سورة الطلاق ، الآية 01.

[2]– المادة 61 قانون الأسرة الجزائري .

[3]– صالح العلي صالح، أمينة الشيخ الأحمد، مرجع سابق، ص 283.

و عرفها المالكية بأنها: قوام معتاد حال الآدمي دون سرف "

ولقد عرفها الحنابلة " كفاية من يمونه خبزا أو دما أو كسوة أو مسكنا "[1]

يتضح من التعاريف أن تعريف الأحناف جاء عاما يشمل الإنفاق على الإنسان و الحيوان و النبات و غيرهم، أما بالنسبة لتعريف المالكية و الحنابلة فإنهما يختصان بنفقة الإنسان فقط سواء كان هذا الإنسان زوجة أو قريبا .

و عليه يمكن تعريف النفقة بأنها " هي كل ما يحتاجه الإنسان لإقامة حياته من طعام أو كسوة أو علاج أو السكن أو أجرته "[2]

وقد نص المشرع الجزائري على النفقة في المادة 78 ق ا ج " تشمل النفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة [3]

ثانيا: الحكمة من مشروعية النفقة لعدة

كرم الله تعالى المرأة أعظم تكريم سواء كانت أما أو أختا أو زوجة و كفل لها ضمان حقوقها ومن ضمن تلك الحقوق الي كفلها لها النفقة فقد أوجبها حتي للمطلقة، فقد فرض على الشارع الحكيم العدة على المطلقة ومنعها من الزواج في هذه الفترة حتى تنقضي ولكنه لم يتركها بدون أن يضمن لها و يكفل مؤنة طعامها و شرابها و سكنها و ملبسها فأوجب على المطلق الإنفاق عليها لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح وهو المتسبب في الطلاق و لان العدة لحقه فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي العدة صيانة لنسله، وقد تكون المطلقة لا عائل لها فإذا ألزمناها بالعدة و منعناها من الزواج مع عدم إنفاق الزوج

---

[1]– وفاء معتوق فيلاش، مرجع سابق ، ص 327.

[2]– أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام**، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 261.

[3]– المادة 78 قانون الأسرة الجزائري .

يؤدي ذلك إلى هلاكها أو انحرافها لتضمن لقمة عيشها وهذا ما لا يرضاه الإسلام لذلك ألزم المطلق بالنفقة عليها حتى تنتهي العدة و التي هي حق من حقوقه [1]

ثالثا: وجوب النفقة

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للمرأة في عدة طلاقها لأنها أمر مقرر بالنص و القاضي هو الذي يحدد مقدار النفقة بحسب حال الزوجين أو بحسب حال أحدهما و بما يسد حاجاتها و مواجهتها لظروف المستقبل الجديد و قد ذكر الفقهاء أن العلة في هذه النفقة غالبا هي نفس علة النفقة الزوجية لأن العدة إستمرار للحياة الزوجية أحيانا كالعدة في الطلاق الرجعي أو هي من اجل الزواج السابق قطعا كوجود الحمل أو الحزن على فراق الزوج أو الإحتياط لمنع اختلاط الأنساب[2]

و لقد اختلف الفقهاء في بعض حالات العدة لاستحقاق النفقة فتوسع الحنفية وقالوا تستحق المطلقة نفقة العدة سواءا كانت العدة من طلاق رجعي أو بائن سواءا كانت حاملا أو لا أما الحنابلة فقد ذهبوا إلى منع النفقة و السكن في عدة الطلاق البائن لزوال الزوجية و وذهب المالكية و الحنابلة إلى أن المعتدة من طلاق بائن تستحق السكنى فقط لقوله تعالى **{{أسكنوهن من حيث سكنتم ن وجدكم و لا تضاروهن لتضيقوا عليهن}}**[3]

وقوله تعالى **{{لا تخرجوهن من بيوتهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة}}**[4]

ولا تستحق النفقة لحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها أن زوجها طلقها ثلاث فلم يجعل رسول الله لها سكنى ولا نفقة بحديث عمر رضي الله عنه أنه قال في حديث فاطمة لا تترك كتاب ربنا و سنة نبينا لقوله صلى الله عليه وسلم " امرأة لا ندري حفظت أم نسيت لها السكنى و النفقة .

---

[1]– وفاء معتوق فيلاش ، مرجع سابق ، ص 330.

[2]- وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 75ص76.

[3]- سورة الطلاق، الآية 06.

[4]– سورة الطلاق، الآية 01.

فالمطلقة المعتدة من طلاق بائن تستحق النفقة و السكنى عند الحنفية ،و أن المطلقة الحامل تستحق النفقة باتفاق الفقهاء سواءا عدة وفاة أو طلاق رجعي أو بائن[1]، فالمعتدة من وفاة لا تستحق النفقة لأنها تستحق فرضها من الميراث و التركة مع بقية الورثة

[1] – وهبة الزحيلي، مرجع سابق ، ص 77ص78.

الـــخـــاتـــمـــة

خـاتـمـة

وفي الأخير نتوصل إلى أن الشريعة الإسلامية و القانون رغم إقرارهما للطلاق وجعله بالإرادة المنفردة للزوج إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه

-ان كل من الشريعة و القانون لم يضعا تعريفا محدد للطلاق التعسفي

- إن الطلاق حق ثابت شرعا عند قيام الأسباب المشروعة فيه ويشترط لاعتباره تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته بحيث أن إيقاعه على الزوجة يثبت به التعويض لها عما لحقها من أضرارا بسببه.

- وضعت الشريعة الإسلامية قيود على الزوج عند إيقاعه للطلاق من شأنها الحد من الطلاق و التقليل من حالاته

- إن حق الطلاق مثله مثل بقية الحقوق مقيد بعدم التعسف في استعماله لذلك كان الأصل فيه الحظر وهذا للمحافظة على شمل الأسرة وحماية المجتمع.

- تعد معرفة معايير التعسف في الطلاق ضرورة ملحة لمعرفة إذا ما كان تعسفيا أم لا.

- إن المشرع الجزائري لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي .

- هناك شروط في تعويض الزوجة لا بد من توافرها و فلا يعوض الزوج زوجته إلا إذا إنطبقت هذه الشروط على الزوجة و تحققت وذلك طبقا لنص المادة 52 قانون الأسرة الجزائري.

-إن الفقه الإسلامي هو الأخر اخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي و هذا استنادا لقوله صلى الله عليه وسلم "" لا ضرر ولا ضرار"" فالتعويض في هذه الحالة هو من باب رفع الحرج و المشقة على الزوجة.

- تجب المطلق لكل مطلقة يطلقها زوجها بإرادته لمنفردة.

إن التعويض عن الطلاق التعسفي لا ينفي حق المطلقة في الحصول على المتعة المقرر لها بموجب الشريعة الإسلامية وهذا لاختلافهما رغم التشابه لكبير بينهما وكذا مختلف توابع العصمة الزوجية.

-الاقتراحات

- على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 25 من قانون الأسرة و التي جاءت بشكل عام حتى يتبين منها كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، كما عليه أيضا أن يبين المعايير و الأسس المعتمدة في ذلك وهذا حفاظا على حقوق المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

- وجوب النص صراحة على المتعة في قانون الأسرة الجزائري وهذا لتمييز بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي.

قـــائـــمـــة المـــصادر و المـــراجع

أولا: المصادر

– القرآن الكريم

– السنة النبوية

القوانين

– قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/فبراير2005.

– الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1935 الموافق 26سبتمبر 1975و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/ ماي/ 2007.

– قرار محكمة العليا ،غرفة القانون الخاص ،الصادرة 1970/10/21، النشرة القضائية الجزائر ،عدد 01،ص 58.

– قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية،1986/3/27، النشرة السنوية ،الجزائر ص 127.

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحول الشخصية،غرفة القانون الخاص،1969/5/29، النشرة السنوية وزارة العدل ، الجزائر ص 306

– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،1998/03/17، ملف رقم ،179696 ص98.

– قرارالمحكمة العليا، غرفة الأحول الشخصية، 1999/6/15،ملف رقم 223019 غرفة الأحوال الشخصية ،ص 103.

***المعاجم**

–ابن منظور جمال الدين،**لسان العرب م4**، دار بيروت للطباعة ، بيروت، دون سنة نشر.

– شوقي ضيف،**معجم الوسيط ط4**،مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2003.

– صالح العلي الصالح،أمينة الشيخ سليمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية**، ب د ن، الرياض، د س ن.

***المراجع**

– أحمد فراج حسين، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، دار الجامعة الجديدة ،القاهرة ، 2004.

– أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و الغير إرادية دراسة فقهية و قضائية**، د دار نشر ، د ون بلد نشر ،2002.

– بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(مقدمة –الخطبة –الزواج – الطلاق – الميراث الوصية) ج1**، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.

– بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة** ، ديوان المطبوعات الجامعية ط4 ،الجزائر،2005.

– بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2005.

– باديس ذيابي، **صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء**، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

– تشوار جيلالي، **الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية** ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

– جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي الفقه والقانون** دار حامد، الأردن 2009.

– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل،عمان 2010.

– رمضان علي السيد الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2002.

– سيد سابق، **فقه السنة**، دار الفكر للطباعة،بيروت، ،1943.

– طاهري حسين ، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا والمذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه الامر 02/05 المؤرخ في 2005/2/27 مرفق بنماذج قضائية بعرائض الأحوال الشخصية** ، دار الخلدونية ،الجزائر،2008 ، ص 81.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني ج1**، منشورات الحلبي لبنان ،1998.

- عبد القادر بن حرزالله، **الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له**، دار الخلدونية، ،الجزائر،ط1، 2007.

- عبد القادر داودي ، **الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دراسة شرعية قانونية مقارنة**، دار البصائر، ط،2000.

- علي فيلالي ، **الإلتزامات العمل المستحق للتعويض**، موفم للنشر ، الجزائر ،2002.

- عبد الرحمن الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة والقانون ج1**،دار الفكر، د ب ن،1968.

- عبد الفتاح تقية ، **مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ الإجتهاد القضائية و أحكام الفقه الإسلامي**، دار ثالة، الجزائر، 1999.

- فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق**، مؤسسة الرسالة بيروت

- لحسين الشيخ آث ملويا ، **بحوث في القانون**، دار هومة ، الجزائر، 2003.

- محمد أبو الزهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، القاهرة، 1948.

- محمد أحمد سراج، **نظرية التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

- محمد صبري السعدي، **شرح قانون المدني الجزائري** ، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر ،2004.

- نصر سليمان،سعاد سطحي ، **أحكام لطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة**، دار الهدى، عين مليلة، 2003 ،

- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها**، ج07 الأحوال الشخصية، دار الفكر،ط2، دمشق.

- وفاء معتوق حمزة فيلاش ، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي** ، دار الكتاب، القاهرة ، 2000.

***المجالات**

– شذى مظفر حسين، **التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة و القانون** ، مجلة رسالة حقوق العلمية مجلد1، عدد1، دون بلد نشر ، دون دار نشر ، 2009.

– محمد أحمد البديرات، **مدى إعتبار الايدز مرض موت و تأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة**، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، العدد الأول، الأردن، 2006.

– محمد عطاش عليوي، **مقال حكم طلاق المريض مرض الموت**، مجلة الفتح، العدد22 د ون دار نشر، دون بلد نشر،2000.

***المذكرات**

– ساجدة عفيف محمد رشيد العتيلي، **الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني**(أطروحة لنيل درجة الماجستير بكلية الفقه و التشريع)، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ،2001.

(– مسعودة إلياس نعيمة، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق** مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص)،جامعة بلقايد، تلمسان، 2009.

الموضوع	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول :ماهية الطلاق	07
المبحث الأول: مفهوم الطلاق	08
المطلب الأول: تعريف الطلاق و مشروعيته	08
الفرع الأول: تعريف الطلاق	08
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق	10
المطلب الثاني: حكم الطلاق و الحكمة من مشروعيته	12
الفرع الأول: حكم الطلاق	12
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الطلاق	13
المطلب الثالث:القيود الشرعية لإيقاع الطلاق	14
الفرع الأول: أن يكون الطلاق لحاجة مقبولة شرعا أو عرفا	15
الفرع الثاني: أن يكون الطلاق في طهر لم يجامعها فيه	16
الفرع الثالث: أن يكون الطلاق مفرقا ليس بأكثر ن واحدة	17
المطلب الرابع: الأسباب المشروعة لإيقاع الطلاق	18
الفرع الأول: عدم الكفاءة بين الزوجين	18
الفرع الثاني:عدم الإنسجام بين الزوجين	19
الفرع الثالث: المرض	20
الفرع الرابع : المشاكل الإجتماعية	21
المبحث الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي	21
المطلب الأول: تعريف الطلاق التعسفي و حكمه	22
الفرع الأول: تعريف التعسف	22
الفرع الثاني :حكم الطلاق التعسفي	25
المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي	32
الفرع الأول: طلاق المريض مرض الموت	32
الفرع الثاني: الطلاق بدون سبب مشروع	38

الفصل الثاني: آثار الطلاق التعسفي	44
المبحث الأول: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي	45
المطلب الأول: تعريف الضرر	45
الفرع الأول تعريف الضرر لغة	45
الفرع الثاني تعريف الضرر اصطلاحا	45
المطلب الثاني: أنواع الضرر	46
الفرع الأول الضرر المادي	46
الفرع الثاني الضرر المعنوي	47
المطلب الثالث: شروط الضرر و إثباته	48
الفرع الأول شروط الضرر	48
الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض	50
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي	51
الفرع الأول تعريف التعويض	52
المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي	58
الفرع الأول:القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي	58
الفرع الثاني : المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي	60
الفرع الثالث: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي و مانعيه	61
المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري	64
الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	64
الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي	67

المبحث الثالث: متعة المطلقة و نفقة العدة للمطلقة تعسفا	67
المطلب الأول: متعة المطلقة طلاقا تعسفيا	67
الفرع الأول تعريف المتعة المطلقة تعسفا	45
الفرع الثاني: مشروعية المتعة وحكمها	70
المطلب الثاني: نفقة العدة للمطلقة تعسفا	76
الفرع الأول: تعريف العدة	76
الفرع الثاني: النفقة للمطلقة تعسفا	76
خاتمة	83
قائمة المصادر و المراجع	86
الفهرس	90

ملـــخـص

أن الطلاق وان كان حقا للرجل يمارسه وقتما يشاء وذلك بموجب العصمة المقررة له شرعا إلا أن هذا الحق مقيد بقيود من شأنها أن تقلل منه، وبالرغم من ذلك قد يوقعه الزوج بدون سببا متعسفا فيه كان يوقعه في مرض موته أو أن يوقعه بدون حاجة تدعو إليه، إلا أن الشرع والقانون بإقرارهما هذا الحق للزوج لم يقفا عاجزين عن المحافظة عن حقوق المرأة و ذلك بإقرار التعويض و كذا نفقة المتعة عن كل ضرر يلحق بالزوجة عند إساءة استعمال هذا الحق، فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق من شأنه أن يحد من إقدام كثير الأزواج من على الطلاق و يزجرهم عن إيقاعه إلا إذا دعت الضرورة إليه و بوجود مبرر شرعي،وذلك بغرض الحفاظ على الحياة الزوجية و إستمرارها، وعليه فان مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي تبقى متعلقة بالضرر الذي تصاب به الزوجة من جراء إيقاع هذا الطلاق و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر وجسامته ومدى كونه موجبا للتعويض.