جـــامعة محمد خيضر بسكـــرة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

الطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري

مشروع مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:
صراوي عبدالرحمان

إشراف الأستاذ:
د/ خلف الله ميلود

السنة الجامعية:2016/2015

إهـــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح والدي و صهري الكريمين رحمهما الله تعالى.

و إلى والدتي الغالية و حماتي العزيزة حفظهما الله و أطال في عمرهما.

و إلى زوجتي و رفيقة دربي، الدكتورة بن عزوز نجيبة، أستاذة اللغة الفرنسية، بقسم اللغات، جامعة محمد خيضر بسكرة، على تشجيعها و دعمها لي لإتمام الدراسة، و صبرها على تفريطي في واجباتي، لأن الجمع بين الدراسة و العمل و واجبات الحياة اليومية يعد ضرباً من الخيال.

و كذلك إهداء خاص لإبنتي العزيزة حنين ثراء، التلميذة الصغيرة المجتهدة كما تسميها معلمتها، و من أجلها واصلت الدراسة، لأكون عبرة لها ولكي تعلم أن العلم ليس له حدود.

شكـــر و عـرفان

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على أشرف المرسلين، أشكره تعالى على أن وهب لي الصحة و العافية و ألهمني الصبر لإتمام هذا البحث، والحمد لله على نعمه العظيمة حيث قال سبحانه و تعالى **(و إن تعدوا نعمة الله لا تحصوها)**.

كما أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور كيحل عزالدين مسوؤل تخصص قانون الأسرة، الأستاذ الدكتور دبابش عبدالروؤف نائب عميد الكلية المكلف بالبيداغوجيا، الدكتور يوسفي نورالدين، و كذلك الأستاذ بن شوري صالح، على تشجيعهم و دعمهم لي بكل ما استحق لمواصلة الدراسة، و إلى كل أساتذة قسم الحقوق دون إستثناء.

و شكري الخاص لأستاذي المشرف الدكتور خلف الله ميلود، الذي لم يبخل عليا بوقته الثمين، وكذلك بالنصح و التوجيه، و تزويدي بالمراجع القيمة، فله كل الشكر و التقدير و الإحترام.

و إلى كل من ساهم من بعيد أو من قريب في إنجاح هذا البحث، و الى كل زمالائي الذين تركتهم في العمل بعد تقاعدي، لتشجيعهم لي على إتمام الدراسة الجامعية.

قال الإمام الشافعي

كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي

و إذا ما زدت علما زادني علما بجهلي

المقدمة

الزواج عقد بين الرجل و المرأة على الوجه الشرعي فهو ليس كمثله من العقود لما له من خصوصية، حيث سماه الله "**الميثاق الغليظ**" نظرا لقدسيته و أهميته، و هذا العقد ليس بالتصرفات القانونية التي يقوم بها الشخص في حياته اليومية، و إنما هو شراكة بين الرجل و المرأة تبنى على أساس المودة و الرحمة و السكينة لقوله تعالى:(**و من آياته أن خلق لكم من انفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لأيات لقوم يتفكرون)** الأية 21 سورة الروم، و من اهداف الزواج إحصان الزوجين من الوقوع في الفاحشة و إنجاب الاولاد في الاطار الشرعي و التعاون على تكوين أسرة صالحة.

أما إذا تنافرت النفوس واستحالت العشرة بين الزوجين وأصبحت الحياة لا تطاق بسبب من الأسباب أو لضرر أصاب أحد الأزواج فإن الله أباح الطلاق رغم أنه أبغض الحلال إليه، وذلك لحكم كثيرة منها إراحة الزوج المتضرر من الضرر الذي لحقه بسبب هذا الزواج.

لكن الناس يوقعون الطلاق كل حسب ثقافته ومعتقداته وعاداته فكان الطلاق في النظم القديمة يخضع إلى أهواء البشر كل يطلق حسب رغباته ، ولما جاء الإسلام الحنيف حدد طريقة الزواج الشرعي وكذلك الطلاق في العديد من الآيات التي تدل على الطلاق، لكن البشر لا يتعضون بهذه الأحكام التي جاءت في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، بحيث أباح الله أن يطلق المرء زوجته في أوقات معينة وبشروط محددة .

أما قانون الأسرة الجزائري رقم **84-11** المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق 09 جوان 1984 المعدل و المتمم بالأمر **05-02** المؤرخ في 27 فيفري 2005 فقد تناول موضوع الطلاق في نص المادة **47** حيث جاء فيها (**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة)**، والطلاق حسب تعريف الفقهاء هو انحلال الرابطة الزوجية ويكون ذلك بطرق عديدة نص عليها المشرع الجزائري في المادة **48** من قانون الأسرة حيث يكون الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة التي ترفع أمرها إلى القاضي إن كان هناك سبب شرعي أو ضرر أصابها لتطلب التطليق .

والطلاق بإرادة الزوج المنفردة حق شرعي بيده يستعمله متى اقتضت الضرورة القصوى ذلك و هذا استنادا الى مبدأ "**العصمة بيد الرجل**" . وتقديرا لمخاطر الطلاق جعله الله بيد الزوج لأنه هو الذي دفع المهر وأنفق على الزوجة والبيت، و لهذا فهو يكون عادة اكثر

تقديرا لعواقب الأمور وأبعد عن الطيش في تصرف يلحق به ضررا كبيرا، والمرأة غالبا اشد تأثرا بالعاطفة من الرجل فإذا ملكت التطليق فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة لا تستحق هدم الحياة الزوجية. يستتبع الطلاق أمورا مالية من دفع مؤجل المهر ونفقة العدة والمتعة وهذه التكاليف المالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق، فيكون من الخير والمصلحة. أما إذا أوقع الزوج الطلاق بدون مبرر شرعي فإنه في هذه الحالة يكون قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق، و تترتب عليه العديد من الاثار و يلزم بالتعويض عن الضرر الذي يُلحقه هذا التصرف بزوجته.

و لكي يتم الطلاق قانونا لابد له من إجراءات معينة بدأ برفع الدعوى أمام المحكمة المختصة ويأتي دور قاضي شوؤن الأسرة في إجراءات الصلح وإذا فشل في مسعاه و أصر الزوج على الطلاق فإنه يصدر حكما بالطلاق التعسفي، و يحمل الزوج المسوؤلية ، ويعتبر بهذا قد تعسف في إستعمال حقه في الطلاق، و للقاضي السلطة التقديرية في تقييم التعويض استنادا الى القانون و مسببا حكمه و إلا تعرض للنقض أمام الهيات القضائية العليا .

ومادامت العصمة بيد الزوج و يوقع الطلاق متى شاء، و بدون مبرر شرعي أوسبب معقول، فإنه بذلك يتعرض للمتابعة ويترتب عليه التعويض في حق مطلقته.

و للخوض في هذا الموضوع أطرح الإشكالية التالية:

- إذا كان الطلاق حق مخول للزوج شرعا و قانونا، فكيف يلزم بالتعويض في حالة استعماله لهذا لحق؟

و تتفرع على هذه الاشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- مالطلاق و ماهي أقسامه؟
- في أي الحالات يعتبر الطلاق تعسفيا؟
- لماذا تستحق المطلقة التعويض؟
- ماهي السطة التقديرية لقاضي شوؤن الأسرة في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي؟

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع الطلاق أهمية بالغة لأنه يعالج ظاهرة عرفت منذ العصور القديمة، و وجدت في كل الحضارات، لذا من خلال موضوع البحث نتعرف على هذه الظاهرة، و نحيط بجوانبها سواء من الناحية الشرعية، القانونية و الإجتماعية، و كذلك الأسباب التي تؤدي اليها ،

فالطلاق حق منحه الشارع الحكيم للزوج، فعليه أن لا يستعمله كوسيلة تهديد ضد الزوجة، و يُمكننا موضوع البحث أيضا من معرفة الجانب القانوني للطلاق، بحيث إذا تعسف الزوج في إستعمال هذا الحق المخول له شرعا فإنه يصبح عرضة للمتابعة القضائية و يحكم عليه بالتعويض لمطلقته، و ذلك جبرا للضرر اللاحق بها من جراء هذا التصرف.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب التي دفعت بي لإختيار هذا الموضوع منها:

- الانتشار المخيف لظاهرة الطلاق و ما ينتج عنها من مطلقات و أبناء دون أسرة متماسكة مما يعرضهم للتشرد و الإنحراف، وبهذا تفسد الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية في المجتمع.
- الاستعمال المفرط و التعسفي لحق الطلاق الذي منحه الله للزوج دون الزوجة بحيث جعل العصمة بيده، فعليه أن يحافظ على هذه الأمانة و لا يتسرع في إيقاع الطلاق إلا بعد إستنفاذ جميع طرق الصلح و الإصلاح.
- ونظرا لقدسية عقد الزواج واختلافه عن باقي العقود فإن إنعقاده يكون مبني على أركان و شروط، وكذلك انحلاله يكون وفق شروط و إجراءات معينة شرعا و قانونا.

الدراسات السابقة:

موضوع الطلاق تناوله الباحثون بصفة عامة، فهناك الكثير من الكتب و الدراسات التي تطرقت إلى الطلاق، أنواعه و أحكامه، لكن فيما يخص الطلاق التعسفي و التعويض عنه، فالدراسات قليلة مقارنة بأهمية الموضوع، و قد وجدت في هذا الصدد كتاب للأستاذ بن زيطة عبدالهادي تحت عنوان (**تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة- دراسة مقارنة-**)، و كذلك أطروحتي دكتوراه الأولى للأستاذة بوسطلة شهرزاد بعنوان (**جبر الضرر المعنوي في الفقه اللإسلامي و في القانون الوضعي**)، و الثانية للأستاذة مسعودة نعيمة إلياس من جامعة تلمسان(**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق- دراسة مقارنة-**).

المنهج التبع:

لقد إتبعت في دراسة الموضوع المنهج التحليلي المقارن، و ذلك بتحليل النصوص و المواد القانونية التي تناولت الطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري، ومعرفة محتواها و الأحكام التي تشتملها، و أحيانا أجري مقارنة بين هذه النصوص مع ماورد في الشريعة

الإسلامية، لأن معظم أحكام قانون الأسرة مستمد منها، و هذا مانصت عليه صراحة المادة **222** من ق الأسرة.

الصعوبات:

رغم أن موضوع الطلاق التعسفي له مخاطر كبرى على الأسرة خاصة، و المجتمع بصفة عامة، إلا أنني لم أجد المراجع المتخصصة التي تناولت دراسته بالتفصيل، و خاصة في جانب التعويض حيث يرجع تقديره لقاضي شوؤن الأسرة، وليس له سقف معين، فأصبح التعويض يخضع للعرف القضائي.

وقد إعتمدت في هذا البحث الخطة المختصرة التالية:

الفصل التمهيدي: الطلاق في النظم و الشرائع

المبحث الاول: الطلاق في النظم القديمة

المبحث الثاني: الطلاق في الشرائع السماوية

الفصل الأول:ماهية الطلاق التعسفي

المبحث الأول:مفهوم الطلاق

المبحث الثاني: أقسام الطلاق و أسبابه

المبحث الثالث: الطلاق التعسفي

الفصل الثاني:التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول: الضرر الموجب للتعويض

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل التمهيدي

الطلاق في النظم والشرائع

الطلاق ظاهرة إجتماعية تعود جذورها إلى العصور القديمة، فقد دلت الأبحاث التاريخية أن الطلاق كان مشروعا في الحضارات القديمة بدءا بحضارة ما بين النهرين، ومرورا بالحضارة المصرية، اليونانية و الرومانية ، لكن الطلاق كان يوقع حسب عادات ومعتقدات كل مجتمع، فكان منظما في بعض الحضارات بقوانين وضوابط وكان مطلقا في بعضها الأخر.

وكذلك في الشرائع السماوية كان الطلاق شائعا، فهناك من يبيحه دون قيد وذلك في الديانة اليهودية، أما في المسيحية فهو يختلف حسب الإنتماء للطائفة فهناك من يبيحه وهناك من يحظره نهائيا لأن في إعتقادهم الزواج عقد مقدس لا يجوز فسخه، أما في الشريعة السمحة فإن الطلاق يخضع لضوابط و أحكام فمن الفقهاء من قال أنه مباح مطلقا ومنهم من قال أنه محظور لذا يخضع للأحكام الخمسة.

وقد قسمتهذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطلاق في النظم القديمة

المبحث الثاني: الطلاق في الشرائع السماوية

المبحث الأول: الطلاق في النظم القديمة

كان الطلاق سائدا في النظم القديمة بين أفراد المجتمع، ففي شريعة حمورابي كان للزوج الحق بطلاق زوجته بسبب أو بدونه، وكذلك يحق له أن يطلقها إن كانت عقيما أو خائنة، ويجوز له أن يتزوج عليها إن كانت مريضة، ولها الحق أن تطلب الطلاق في حالات حددها القانون، كما أن الطلاق كان شائعا عند اليونايين فقد إعتبر كوسيلة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكان للزوج الحق المطلق في إنهاء هذه الرابطة، وكذلك عند الرومان فقد أخذوا فكرة الطلاق على وجه مطلق خاصة إذا إقترفت الزوجة خطأ جسيما.

وقسمت هذا المبحث الى أربعة مطالب:

المطلب الأول:الطلاق في شريعة حمورابي

المطلب الثاني: الطلاق عند قدماء اليونان

المطلب الثالث:الطلاق عند الرومان

المطلب الرابع:الطلاق عند العرب في الجاهلية

المطلب الأول:الطلاق في شريعة حمورابي

إن قانون حمورابي يسمح لكل من المرأة و الرجل بالطلاق، وللزوج حق في الطلاق دون التقيد بأي سبب، والمطلق في هذا القانون يتحمل تبعات هذا التصرف بحيث يدفع للمطلقة مبلغا من المال حسب عدد الأولاد، كما يجب أن يرد كل المال و المتاع الذي جلبته المرأة عند زفافها[1].

كما يلزم الزوج بدفع تعويضات مالية في حالة الطلاق الغير مبرر، أما الحالات التي يجوز للزوج فيها التطليق دون التعويض هي وجود سبب مشروع كأن ترتكب الزوجة إثما فاحشا أو خطأ جسيما. أما المرأة في حالة طلبها التطليق فإنها ملزمة بتقديم المبررات التي دفعتها إلى ذلك، وكذلك القضاء له الحق المطلق للتدخل في الطلاق.

ويمنع الطلاق في حالة كون الزوجة مريضة، بل الزوج مطالب برعايتها و التكفل بها في بيته، لكن يجوز له الزواج من إمرأة ثانية لتقوم بشؤون البيت، ويسمح للزوجة الأولى بالمغادرة إن هي رفضت هذا الزواج.

وينقسم الطلاق في قانون حمورابي إلى نوعين:

_الأول طلاق مؤقت: ويكون عندما يؤسر الزوج في الحرب ولا يترك ما تعتاش به الزوجة في هذه الحالة يكون لها الحق في طلب التطليق .

_الثاني الطلاق الدائم:وهو أن يترك الزوج زوجته بإرادته ويصدر منه الطلاق لأنه هو صاحب السيادة في الأسرة، ويشترط في حدوث الطلاق أن يسلم الزوج زوجته رسالة مختومة، هذا إذا كان الزواج قد تم تحريره في عقد، أما إذا لم يكن الزواج محررا فإنه يعتبر غير شرعي ولا تترتب عليه أي أثار قانونية، غير أنه غير معاقب عليه جنائيا [2].

المطلب الثاني: الطلاق عند قدماء اليونان

شاع الطلاق بين قدماء اليونان فإعتبروه وسيلة لإنهاء عقد الزواج، وكان الرجل يوقعه لأي سبب دون أن يتقيد بأي إجراءات معينة. لهذا فإن الفيلسوفان أفلاطون وأرسطو إستنكرا

---

[1]–عبد المنعم درويش، **مقدمة في تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية**، دار النهضة العربية، مصر، 1997،ص 155.

[2]–دليلة فركوس، **الوجيز في تاريخ النظم**، دار الرغائب، الجزائر، 1999 ، ص59.

الطلاق وإعتباره بأنه ظاهرة شاذة وتصرف غير سوي يهدد كيان الأسرة والمجتمع، وطالبا بتغييره وعدم السماح به إلا في أضيق الحدود.

أما المرأة فلم يكن لها الحق في طلب التطليق بل نالته بعد تطور التشريع في العهد الكلاسيكي، حيث إكتسبت هذا الحق ولكن بقيود، إذ كان عليها أن تتقدم بطلب إلى القاضي و تبين الأسباب و المبررات التي دفعتها إلى طلب ذلك، فإذا ثبت للقاضي مجون الزوج أو هجره لبيت الزوجية حكم لها بالطلاق[1]

أما الحقوق التي كان يملكها الزوج على زوجته فهي مجحفة جدا عليها، إذ يجوز له أن يزوج طليقته ممن أراد وهو حي، وكذلك له الحق بأن يوصي بها إلى شخص أخر بعد وفاته، وإذا كانت هذه الزوجة لا تنجب فله الحق أن يعيدها إلى والدها و يسترد ما دفعه لها كمهر، لأن المقصد عندهم من الزواج هو الإنجاب.

لكن في إسبرطة فإن الرجال منحوا بعض الحقوق للمرأة ، كإعطائها بعض من الميراث والبائنة و أهلية التعامل، وذلك نتيجة لإنشغال الرجال بالحروب في معظم الأوقات وتركهم التصرف للنساء في الأشغال التي يقدرن عليها[2]

المطلب الثالث:الطلاق عند الرومان

كان الطلاق منتشرا بين القبائل الرومانية القديمة، حيث كان لرب الأسرة الحق المطلق في إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين اللذان ينتميان إلى أسرته وذلك دون موافقتهما وحتى مشاورتهما، لكن فيما بعد أصبح حل الرابطة الزوجية يتم بإتفاق الزوجين أو إرادة أحدهما، و إذا تمت الفرقة يحق لكل زوج أن يعيد الزواج فورا، إلا أن الزوجة المتوفى عنها زوجها فعليها أن تنتظر مدة مقررة قانونا تتراوح بين عشرة إلى إثنتي عشرة شهر قبل أن تعيد الزواج[3].

أما في التشريعات الرومانية المتأخرة في العصر الإمبراطوري و الجمهوري فقد كان الطلاق مباح بدون شروط أو قيود، وكان حقا يتمتع به الزوج بدون منازع، ويوقعه بإرادته المنفردة دون رضا الزوجة، ولاسيما إذا إرتكبت خطأ جسيما، لكن رغم هذه الإباحة فقد كان الطلاق عند

---

(1)– أحمد المومني و إسماعيل نواهضة، **فقه الأحوال الشخصية في الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دارالمسيرة، الأردن، 2009، ص20.

(2)– العربي بختي، **نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة**، مؤسسة كنوزالحكمة،الجزائر 2013، ص77.

(3)– دليلة فركوس، **مرجع سابق** ، ص175.

الرومان مكروها، وحاولوا بكل الوسائل الحد منه. وبعد صدور قانون الألواح الإثني عشر أصبح الطلاق أكثر إباحة في هذا القانون ولم يجعل له أي قيود فإنتشر بكثرة مفرطة، وأصبح كذلك بيد الزوج يستعمله بنفس الطريقة التي يتم بها الزواج، ولكن بعد ذلك أصبح يوقع وفق رغبة أحد الزوجين دون تقديم المبررات و الأسباب التي أدت إلى الطلاق[1].

في عهد جيستنيان حاول تنظيم الطلاق والتقليل منه وذلك بتقييده بشروط وجعله لا يقع إلا إذا كانت هناك أسباب كزنا الزوجة، أو محاولة أحد الزوجين الإعتداء على الأخر أو وجود سبب معقول مثل العقم أو جنون أحد الأزواج. وماعدا هذه الحالات فإن المطلق يتعرض للعقاب بحيث إذا كان الطلاق من طرف الرجل فإنه يرد إلى المطلقة بائنتها ويفقد نحو ثلث أملاكه، أما إذا كان الطلاق من طرف المرأة فإنها تفقد بائنتها وكل أموالها، لكن نصف هذه الأموال تعود إلى الدير الذي ستعيش فيه و الباقي من أموالها يعود إلى أقاربها، و في عهد ليو الثالث أصدر قانون يمنع فيه الطلاق و ذلك إقتداءا بالديانة المسيحية التي كانت تعتبر أن الزواج أمر إلآهي غير قابل للفسخ [2].

المطلب الرابع:الطلاق عند العرب في الجاهلية

كان الطلاق منتشرا بين القبائل العربية قبل الإسلام، وكان الزوج يملك حق إيقاع الطلاق وقت ماشاء وبإرادته المنفردة، وبدون أي إجراءات يتقيد بها أو سبب ويعتبر الوسيلة الرئيسية لإنهاء الرابطة الزوجية، وكان يعني عندهم الفرقة بين الزوجين، وهوتنازل الزوج عن كل حقوقه التي يملكها على زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية، و تنتهي الرابطة بين الزوجين بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق، ويجوز للمطلقة أن تتزوج من غيره دون أن تنتظر مدة معينة، وهو ما يعرف في الإسلام بمدة العدة، والطلاق في الجاهلية مسموح به، حيث إذا أراد الزوج أن يطلق زوجته قال لها (حبلك على غاربك)، أي خليت سبيلك، أو يقول لها (ألحقي بأهلك) فبهذه الألفاظ تصبح الزوجة طالق [3].

---

[1]– العربي بختي، مرجع سابق، ص89.

[2]– لحسين أث ملويا، **بحوث في القانون، أحكام الطلاق و أسبابه**، دار هومة، الجزائر،2003، ص14.

[3]– العربي بختي، مرجع سابق، ص155.

أما كيفية إيقاع الطلاق فكان بثلاث مرات متفرقات، حيث يحق للزوج أن يطلق زوجته مرة أولى و ثانية و يكون أحق الناس بردها، أما إذا طلقها الثالثة فإنها تصبح بائنا عليه و تنقطع كل سبل الزوجية بينهما، لكن بعض القبائل في الجاهلية أباحوا أن يراجع زوجته ولكن بشرط أن تنكح زوجا غيره، ويتم الدخول بها، وبعد ذلك تطلق، لكن هذا الحل كان غير محبب عند الرجال و إعتبروه فعل مذموم ولم يكن متداولا كثيرا [1].

وعرفت في الجاهلية عدة أنواع من الطلاق منها: طلاق الظهار و الإيلاء و الخلع

1- **الظهار**: وهو أن يقول الرجل لإمرأته أنت عليا كظهر أمي وتكون نيته بذلك الطلاق، أي يقصد تحريم زوجته على نفسه، وقد أعتبر طلاق الظهار أبديا لا رجعة فيه، وبهذا فإن هذه الزوجة لا تحل له أبدا لأنه شبهها بأمه في الحرمة.

2- **الإيلاء**: يعتبر من أنواع الطلاق السائدة في الجاهلية ، بحيث أن الرجل يحلف على أن لا يطأ زوجته مدة معينة، فقد يكون سنة أو سنتين، ويقصد بذلك الإضرار بالزوجة و إيلامها، وقد يتركها معلقة لا هي متزوجة ولا مطلقة، وذلك عقابا لها على أي فعل لا يروق به.

3- **الخلع**: يعتبر كذلك من وسائل إنهاء الرابطة الزوجية في الجاهلية، وكان حق للمرأة تستعمله إذا كرهت سلوكا في زوجها، أو أصبحت العلاقة بينهما يسودها التوتر و سوء المعاملة ولم يرد الزوج إستعمال حقه في الطلاق، فإن الزوجة تلجأ إلى هذا التصرف و ذلك دفعا للضرر الذي لحقها سواء كان ماديا أو معنويا، وذلك بأن تقدم قدر معين من المال لزوجها حتى يطلقها و يتخلى عنها لتعيش حياتها بعيدا عنه [2].

---

[1]- لحسين بن شيخ أثملويا، مرجع سابق، ص16.

[2]- العربي بختي، مرجع سابق،ص-ص 157-158.

المبحث الثاني:الطلاق في الشرائع السماوية

الطلاق معمول به في الشرائع السماوية، لكنه يختلف من حيث الإيقاع من شريعة إلى أخرى، وذلك لأن بعض الديانات تعرضت للتحريف، فأصبح الطلاق عندهم يخضع لعادات و تقاليد تلك الشعوب، فالطلاق في الشريعة اليهودية كان بيد الزوج يوقعه لأتفه الأسباب و يقع بطلقة واحدة ولا يسمح للزوجين بعدها بالعودة إلى بعضهما خاصة إذا تزوجت مطلقته من غيره.

أما في المسيحية فإن الطلاق يخضع لشروط خاصة حسب إنتماء الزوجين للطائفة لأن المسيحية إنقسموا إلى ثلاث طوائف كبرى، منهم من يبيحه على الإطلاق ومنهم من يمنعه نهائيا و مهما كانت الأسباب، ومنهم من يبيحه لكن لأسباب معينة.

كذلك في الشريعة الإسلامية فالطلاق مسموح به لكن في حدود ما أمرنا به الله تعالى، ويعتبر الحل الأخير بعد إستنفاذ كل وسائل الإصلاح و الصلح بين الزوجين و يوقعه الزوج كذلك لأن العصمة بيده، كما يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة وجود ضرر معتبر شرعاً، ومن الفقهاء من قال بإباحته وهناك من قال بحظره وكل فريق له أدلته.

و قد قسمت هذا المبحث الى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: الطلاق في الشريعة اليهودية

المطلب الثاني:الطلاق في المسيحية

المطلب الثالث:الطلاق في الشريعة الإسلامية

المطلب الأول: الطلاق في اليهودية

دلت الأبحاث التاريخية على أن الطلاق كان شائعا عند اليهود، وهو مسموح به في شريعتهم دون قيد أو سبب، لكنه يأخذ حكم الكراهة عندهم، و الطلاق حق مقرر للزوج يوقعه بإرادته المنفردة، ويكون بتحرير الزوج لورقة ويدفعها للزوجة، أما الزوجة فلا يحق لها أن تطلب الطلاق مهما كانت الأسباب و المبررات، ويمنع الزوج من طلاق زوجته في حالات نادرة أهمها إذا تزوج الرجل بإمرأة إغتصبها فإنه لا يحق له أن يطلقها، بل يدفع تعويض إلى والدها، ويحرم عليه تطليقها [1].

وإذا إنحل الزواج بوفاة أحد الزوجين أو طلاق جاز للزوجة أن تعيد الزواج من جديد و يجوز للزوج مراجعة زوجته مالم تكن قد تزوجت بعد طلاقها منه برجل أخر أما إذا إنحل الزواج الثاني سواء بوفاة أو طلاق فإنه لا يجوز لطليقها الأول أن يتزوج بها مطلقا.

أما بعد إستيلاء الرومان على فلسطين تأثرت الديانة اليهودية بالعادات الرومانية فأصبح للمرأة اليهودية الحق في طلب الطلاق، عكس ما كانت عليه في العصر القديم حيث كان لا يسمح لها بطلب الطلاق إلا في حالات إستثنائية.

ومن الأسباب التي يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في العصر الحديث كثيرة منها المعاملة القاسية من طرف الزوج، أو المبالغة في الفسق و الفجور، وكذلك عدم الإنفاق على الزوجة، أو إصابة الزوج بأمراض خطيرة و معدية [2].

وبالرغم من أن الطلاق كان مطلقا، فإن اليهود في القرن الحادي عشر تداركوا الأمر، وتم تقييد حرية الزوج في الطلاق للحد من هذه الظاهرة المشينة فلم يعد يسمح للزوج بتطليق زوجته إلا في حالات كثبوت فعل الفاحشة عليها أو إذا شاع عنها ذلك أو إذا إرتدت عن اليهودية أو إمتنعت عن القيام بواجباتها الزوجية و كذلك إذا أصيبت بمرض خطير يحول دون الإتصال بها [3].

---

[1]– صوفي حسن أبو طالب، **تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية**، دار النهضة، مصر،د س ن، ص 487.

[2]– العربي بختي، مرجع سابق،ص 111.

[3]– أحمد محمد المومني و إسماعيل نواهضة، مرجع سابق، ص21.

المطلب الثاني:الطلاق في المسيحية

إن الزواج في الديانة المسيحية يكون على أساس التأبيد، فهو رابطة لا تزول إلا بالموت، وذلك في إعتقادهم أن الزواج سر مقدس يرتبط به الزوج بزوجته، فلا يجوز لهما الإنفصال أبدا ومهما كانت الأسباب، وفي هذا تنص المادة 107 من الإرادة الرسولية على أن (الزواج الصحيح المقرر و المكتمل لا يمكن حله بسلطان بشري أيا كان، ولأي سبب كان ماعدا الموت)، والزواج المكتمل هو المتبوع بالدخول وما يباح هو فقط الإنفصال الجسماني الذي لا يحل الرابطة الزوجية وإنما مجرد إنفصال الزوجين في المعيشة المشتركة [1].

أما التطليق بحكم القاضي الذي يكون على أساس طلب أحد الأزواج فإنه محل إختلاف بين الطوائف المسيحية، وقد إنقسموا في هذا الموضوع إلى ثلاث مذاهب فمنهم من يحرم الطلاق حتى و إذا كان السبب الزنا، ومنهم من يبيحه لسببين و منهم من توسع في إباحة الطلاق وعدد الأسباب .

فالمذهب الكاثوليكي يحرم الطلاق و يمنعه مهما كانت الأسباب، و أعتبروا أن الرابطة الزوجية لا تقبل الإنحلال، حتى إذا كان السبب الخيانة الزوجية التي يعتبروها سببا للتفريق الجسماني دون الطلاق، ويستندون بذلك إلى النصوص الواردة في الإنجيل حسب زعمهم، وتعتبر الكنيسة الكاثوليكية من أكبر الكنائس المتشددة في موضوع الطلاق، بحيث تعتبر أن الزواج سر مقدس لا يمكن لإرادة بشرية أن تحله.

وحتى إذا إستحالت العشرة بين الزوجين فإنه يلجأ إلى التفريق الجسدي، وذلك بإعتبار أن كل من الزوجين منفصل عن الأخر، فلا يجوز لهما الإجتماع على مائدة واحدة ولا على فراش الزوجية، ولكن يظل عقد الزواج قائما، ولا يجوز لهما فسخه إراديا ومعنى ذلك أن الإنفصال الجسماني لا يفك عرى الزوجية، إنما يؤدي فقط إلى إعفاء الزوجين من الواجبات الزوجية [2].

أما المذهب البروستاتي الذي إنشق عن الكاثوليك وإحتج عليهم و إختلف معهم في مسألة الطلاق، فهم يعتبرون أن الرابطة الزوجية تقبل الإنحلال، وهم لا يعتقدون بأن الزواج سر مقدس بل هو في نظرهم إرتباط دنيوي ولا علاقة له بالله وقد أباحوا الطلاق في حالتين

---

[1]– عبدالرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**،دارالفكر،الطبعة الثانية،مصر،1968،ص35.

[2]– العربي بختي، مرجع سابق، ص124.

أساسيتين هما حالة الزنا، وفي حالة تغيير أحد الأزواج للدين ويكون ذلك بطلب الطرف الأخر، وتوسعوا بعد ذلك في الأسباب وأجازوا طلب التطليق عند إصابة أحد الأزواج بمرض خطير لا يرجى شفاءه، وكذلك إذا كان الزوج يعامل زوجته بقسوة وفي حالات الضرر [1].

وكذلك في المذهب الأرثوذكسي فهم يعتقدون أن الطلاق لا يكون إلا بسبب الزنا ولا يجوز الزواج بالمطلقات، ولا ينعقد الزواج إلا أمام الكاهن، فهو إذن زواج ديني، كما يجوز التفريق بين الزوجين إذا خرج أحد الأزواج عن الديانة المسيحية وخاصة المذهب الأرثوذوكسي، ودليلهم في ذلك ما جاء في إنجيل (متى)، (فالذي جمعه الله لا يفرقه إنسان...إن من طلق إمرأته إلا لسبب الزنا وتزوج بأخرى يزني، والذي تزوج بمطلقة يزني) فالكنيسة الأرثوذوكسية تبيح الطلاق، فهي لا تعرف نظام الإنفصال الجسماني عكس الكنائس الأخرى، وسمحت بالطلاق بصفة عامة، وإعتبرت أن الزنا مجرد مثال للأسباب المبررة للطلاق [2].

المطلب الثالث:الطلاق في الشريعة الإسلامية

يعتبر الزواج السبيل الوحيد الذي يجمع بين الرجل و المرأة في الشريعة الإسلامية، ومن أهدافه إحصان الزوجين، وإنجاب الأولاد في الإطار الشرعي، وتكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة، وقد جعل الله في الزواج سكينة للأزواج، ويكون الزواج على أساس الدوام و الإستمرار لا على أساس التأقيت، وعقد الزواج ينشأ حقوق ويرتب إلتزامات على طرفيه.

لكن إذا طرأت ظروف على الرابطة الزوجية، بحيث تظهر عيوب في عقد الزواج، أو تكون قد رافقته أثناء نشؤه، أو تحول الود إلى كره، وتنافرت النفوس و أصبحت الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، في هذه الحالة وبعد إستنفاذ كل طرق النصح، فإنه لا يبقى إلا حلا واحدا وهو إنهاء هذه العلاقة بالطلاق،حتى لا تتفاقم الأمور وتكبر الخلافات و تصير إلى مالا يحمد عقباه.

وبالرغم ما في الطلاق من أضرار وخيمة على الأسرة و المجتمع وخاصة على الأبناء فإنه يكون أخر علاج لحالة عدم التفاهم و تعذر إستمرار الحياة الزوجية.

---

[1]–أحمد محمد المومني و إسماعيل نواهضة، مرجع سابق ص 21.

[2]–العربي بختي، مرجع سابق، ص127.

ومن هذا المنطلق أباح الله تعالى الطلاق في أيات عديدة رغم أنه أبغض الحلال وكذلك كان الطلاق معمول به قبل الإسلام دون قيد أو شرط فلما جاء الإسلام الحنيف جعل له شروط وظوابط بحيث يوقع في أوقات معينة وبألفاظ خاصة وحدده بثلاث طلقات متفرقات، وقد كان الطلاق موجودا في عهد رسول الله (ص) وكذلك في عصر التابعين وإستمر إلى يومنا هذا[1] .

وقد إختار الإسلام نظام الطلاق حين تضطرب الحياة الزوجية ولم يعد ينفع فيها نصح ولا صلح، وحيث تصبح رابطة الزواج صورة من غير روح لأن الإستمرار معناه أن تحكم على أحد الزوجين بالسجن المؤبد، وهذا ظلم تأباه روح العدالة، بل قد يكون وسيلة لإرتكاب ما حرم الله من أمور في سبيل التخلص من هذا الجحيم الذي لا مخرج منه [2].

لكن الإسلام لا يشجع الطلاق، بل يشد على الرابطة الزوجية بقوة وهو يدعو إلى المصالحة بين الزوجين في حالة الخلاف، وذلك بتوجيه حكمين من أهل الزوجة و الزوج للإصلاح و التوفيق بينهما. ولقد أخذ الإسلام بالحل المناسب فلم يقبل ان يبقى الزوجان في خصام دائم و بغض متواصل، أو أن يترك المشاعر و النوازع تعبث بالقيم و الأخلاق فشرع الطلاق وهو حل يحترم الفترة البشرية.

ولما كان المقصود بالطلاق في الشرع رفع أو حل عقدة الزواج في الحال أو في المآل أي الإنفصال الشرعي بين الزوجين، وحرمة المعاشرة الزوجية بينهما فإنه جعله يقوم على أربعة أركان لابد أن تكون وبشروطها وهي الزوج، الزوجة وصيغة الطلاق و القصد [3].

وقد أعطت الشريعة السمحة الحق للرجل في إيقاع الطلاق متى إستلزم الأمر ذلك و هذا إستنادا إلى المبدأ الشرعي (العصمة بيد الرجل) وبما أن الطلاق تصرف ضار ضررا محضا فإن الشارع أوكل هذا التصرف للزوج وحده، ولا يستطيع أي أحد أن يوقع الطلاق مكانه إلا بتفويض أو بتوكيل منه، ولكي ينشأ هذا الطلاق لابد أن يتوفر في المطلق من بلوغ وعقل، وأن يكون حرا في إيقاعه وأن تكون من يقع عليها الطلاق زوجة حقيقية أو حكمية سواء تم الدخول بها أم لا.

---

[1]– العربي بختي، مرجع سابق، ص221.

[2]– عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص82.

[3]– العربي بختي، مرجع سابق، ص223.

الفصل الأول

ماهية الطلاق التعسفي

إن الطلاق إنهاء للرابطة الزوجية، و بألفاظ مخصوصة، قد يكون في حين إيقاعه و هذا في الطلاق البائن، وقد يكون بعد زمن معين في الطلاق الرجعي حيث يصبح الطلاق بائنا ببينونة صغرى بعد إنقضاء فترة العدة، و للطلاق شرعا أنواع منها مايوقع موافقا للشريعة و يسمى الطلاق السني و ما يوقع خلاف ذلك و هو البدعي، و منه ما يقسم حسب الآثار الى رجعي و بائن، و كذلك من الجانب القانوني فقد قسم المشرع الجزائري الطلاق الى عدة أنواع منها الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، أو يكون بتراضي الزوجين، و يكون كذلك من طرف الزوجة حيث تلجأ الى القضاء لطلب التطليق إذا وجد سبب مشروع.

و ينتج الطلاق جراء عدة أسباب منها الإجتماعية، الطبيعية و كذا حالة نشوز الزوجة، أما إذا استعمل الزوج حقه في الطلاق من غير مبرر شرعي، أو سبب معقول فإنه يعتبر في نظر القانون، قد تعسف في إستعمال الحق، مما يجعله متابعا قضائيا، و يلزم بالتعوض لمطلقته.

و قد قسمت هذا الفصل الى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الطلاق.

المبحث الثاني: أقسام الطلاق و أسبابه.

المبحث الثالث: الطلاق التعسفي

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

إن الزواج شركة تتم بين الرجل و المرأة وذلك إذا توافقت طباعهم، لكن قد لا يتم هذا التوافق في جميع الأحوال، لذا فقد يكون فض هذه الشركة أولى من إستئنافها خاصة إذا تفاقمت الخلافات، وأصبحت الحياة جحيم لا يطاق، مع أن الإسلام يحرص كل الحرص على إستمرار الحياة الزوجية، ولم يقرر الطلاق على الإطلاق، بل رسم له منهاج، بعد أن بغضه للنفوس ونفر منه و إعتبره أبغض الحلال ولم يبحه إلا لحكمة أرادها سبحانه وتعالى.

والطلاق هو رفع قيد الزوجية في الحال أو في المآل حيث تنتهي العلاقة الزوجية، وقد جاء من الإطلاق و التخلية، فقد جعله الله مباحا بنصوص وردت في القرآن الكريم وكذلك في السنة النبوية الشريفة.

ولهذا قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تعريف الطلاق

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

المطلب الثلث: حكم الطلاق و الحكمة منه.

المطلب الأول: تعريف الطلاق

يقصد بالطلاق حالة إنهاء عقد الزواج، وقد يكون في الحين أو بعد مدة معينة شرعا، وذلك لوجود سببا من الأسباب التي توجب إنهاءه أو هي ما يترفع به عقد الزواج، وتنحل به الرابطة الزوجية.

والطلاق لفظ كان يستعمل في الجاهلية للفرقة بين الزوجين، فلما جاء الإسلام الحنيف أقر استعماله، مع إدخال بعض التهذيب و الضبط عليه، وأصل معنى الطلاق رفع الوثائق والترك مطلقا سواء كان حسيا، كقيد الفرس أو معنويا كقيد الزواج.

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة

إن كلمة الطلاق في اللغة يراد بها معاني الإرسال، التخلية، رفع القيد والمفارقة ويستعمل في الحرف اللغوي (طلق) في رفع القيد المعنوي وفي رفع القيد الحسي فيقال أطلق الرجل الأسير إذا رفع القيد عنه، كما يقال طلق الرجل زوجته. وأطلق زوجته وهي بالفتح: تطلق طلاقا وطلقت أي تحرير من قيده[1].

طلق: الطلق، طلق المخاض عند الولادة، وقيل وجع الولادة، والطلقة: المرة الواحدة منه طلاق المرأة بينونتها عن زوجها، رجل مطلاق ومطليق و طليق وطلقة: كثير التطليق للنساء. طلق البلاد: تركها. الطالق من الإبل: التي لا قيد عليها، أطلقه، سرحه، الطلقاء، الأسراء العتقاء.الطليق: الذي أطلق عنه إساره وخلي سبيله. [2].

إن المتمعن في كلمة (طلق) يجدها تدور حول معنى المفارقة، الترك ونزع القيد و التخلية و الحرية و الإرسال، وكل هذه الكلمات تصب في مجرى واحد وهو التخلص من أي نوع من الروابط و القيود التي تحد من الحرية، ثم شاع إستعمال كلمة طلق في طلاق الرجل لإمرأته، لما كان من رفع القيود التي كانت عليها الزوجية، كما يقال طلق الرجل زوجته إذا رفع القيد المعنوي عنها، وهو قيد الزواج، وقد إستعمل لفظ الطلاق على حل القيد المعنوي، والإطلاق على حل القيد الحسي[3].

---

[1]– ابن منظور جمال الدين، **لسان العرب**، الجزء العاشر، دار صادر، لبنان، 2003، ص226.

[2]– صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سلمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية**، السعودية،1980،ص379.

[3]– سعيد محمد الجليدي، **أحكام الأسرة في الزواج و الطلاق و أثارهما**، الجزء الثاني،ليبيا، 1989، ص38.

الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا

الطلاق هو الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو في المآل الصادرة من أهله في محله قاصدا لمعناه أمام الشهود [1].

وقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية كما يأتي:

- الحنفية: الطلاق (رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بلفظ مخصوص)
- المالكية: الطلاق (صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته، موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم).
- الشافعية: الطلاق (حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه).
- الحنابلة: الطلاق (حل قيد النكاح أو بعضه).

إن فقهاء الشريعة عرفوا الطلاق بأنه رفع قيد النكاح، وبلفظ يدل على ذلك وهناك من أضاف بأن الطلاق يقع في الحال إذا كان في الطلاق البائن بينونه كبرى، حيث لا يملك الزوج حق مراجعة زوجته، حتى وإذا إنتهت عدتها، إلا إذا نكحت زوجا غيره، وتم الدخول بها، وتوفي عنها الزوج الثاني أو طلقها بإرادته. وبعد ذلك تعتد، وبعدها يجوز لزوجها الأول أن يتزوجها بعقد و مهر جديدين.

أما الطلاق في المآل فيكون في الطلاق الرجعي، وقبل إنتهاء العدة، فالزوج يملك حق مراجعة زوجته ودون رضاها، ولكن تحتسب الطلقة من الطلقات الثلاث التي يملكها الزوج أما إذا إنقضت عدتها فيكون الطلاق بائنا بينونة صغرى فيجوز للزوج إرجاع زوجته و لكن بعقد ومهر جديدين وبرضاها، ويكون مطلقها أحق بالزواج بها من غيره [2].

أما إذا كان لنا الإختيار من بين تعاريف الفقهاء فإننا نختار تعريف إبن عرفة من المالكية لأنه أشمل و أوضح في الدلالة على معنى الطلاق الذي يقع من طرف الزوج، اما الصيغة الحكمية فمعناها: الأمر المعنوي الذي يقوم بالشخص و يتصف به عند إيقاع الطلاق الذي هو أمر معنوي يحتاج إلى لفظ يدل عليه في الظاهر ليترتب عليه حكم شرعي هو رفع حل التمتع بالزوجة قبل مراجعتها في الطلاق الرجعي، أو العقد عليها من جديد في الطلاق البائن بينونه صغرى، حيث لو تكرر منه الطلاق مرتين بعد المرة الأولى حرمت

---

[1]– عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص75.

[2]– محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، مصر،1948، ص279.

عليه ولا تحل له إلا بعد أن تتزوج رجل غيره، ويفارقها بعد ذلك سواء بوفاة أو طلاق وتنتهي عدتها منه [1].

الفرع الثالث:تعريف الطلاق قانونا

إن التشريعات الحديثة لا تهتم كثيرا بتعريف المسائل القانونية، بل تسعى لإيجاد الحلول لها، لذا فالمشرع الجزائري سار على هذا النهج، وترك التعاريف القانونية للفقه حيث أن المشرع لم يعط تعريفا واضحا ودقيقا لمعنى الطلاق وتركه عاما حيث جاء في نص المادة **48** من قانون الأسرة "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53و54 من هذا القانون**"[2].

الملاحظ من هذا النص القانوني أن المشرع أشار إلى أن الزواج يحل بالطلاق ولم يتبنى أي تعريف قانوني للطلاق، وعدد صور إنحلال الرابطة الزوجية التي تكون إما بإيقاع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة لأن العصمة بيده، أو بفك الرابطة بإتفاق الزوجين، أو يكون بطلب من الزوجة التي تلجأ إلى القضاء لطلب التطليق و ذلك إستنادا إلى نص المادة **53**، أو بطلبها للخلع وفقا للمادة **54** من قانون الأسرة.

فالمشرع لم يتطرق حقيقة لتعريف الطلاق، وذلك محاولة منه التملص من أي إلتزام يقع عليه لتبنيه لإحدى التعاريف الواردة في الفقه، وترك ذلك لهذا الأخير على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنتها في نص المادة **222** من قانون الأسرة عندما نص على أنه:" **كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**" [3].

المطلب الثاني: مشروعية الطلاق

حثت الشريعة الإسلامية الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية والمحافظة عليها و الإنتفاع بثمارها، و التمتع بهذه النعمة بصفة مؤبدة، فدعت إلى حسن المعاشرة وإحترام كل طرف

---

[1]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص39.

[2]– **قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر قم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.**

[3]– باديس ذيابي، **صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، الجزائر،2012، ص12.

للأخر، لتحقيق المثل العليا و المقاصد السامية من الزواج، وعدم التأثر بما يعترض هذه الحياة من مشاكل نفسية أو مادية.

ولما كان الإسلام دين توافق، ويأخذ بالحسبان كل الظروف و الإحتمالات التي تعتري الإنسان في حياته، حرص أشد الحرص على وقاية الفرد، الأسرة و المجتمع من كل ما يؤدي إلى الضيق والحرج وكذلك الضرر، فشرع نظام الطلاق مع تقديسه للزواج و الرفع من شأنه على أنه عقد أبدي لا يمكن فصمه، وبما أن الحياة الزوجية المؤبدة قد تصح في بعض الأحيان لكنها مستحيلة التحقق في ظروف أخرى، بسبب ما يطرأ عليها من خلافات و خصومات بين الزوجين، لذا فإن الشريعة الإسلامية أباحت الطلاق رغم كراهته، وجعلته مخرجا من الضيق و فرجا من الشدة و العنت، وذلك بإرتكاب أخف الضررين [1].

الفرع الاول: أدلته من القرأن

قوله تعالى(**لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن)** الأية 234 سورة البقرة.

تعني الأية رفع الجناح عن المطلق قبل الدخول وقبل الفرض من حيث المتعة المالية كنصف المهر و المتعة التي وجدت بمقتضى هذا الزواج، والتي ينبغي أن يتحملها الزوج، فهي إذا ليست مطلقة لتشمل جميع صور الطلاق، وليس المقصود رفع الجناح عن المطلق من حيث إقدامه على الطلاق[2] .

وكذلك قوله تعالى **(يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن وأحصوا العدة)** الأية 01 سورة الطلاق. هذه الأية صريحة في أن الطلاق يجب فيه التأني، وعلى المطلقة أن تعتد في بيت زوجها ولا تخرج منه عسى أن يحدث الله أمرا و يعود الصفاء بينهما و تستمر الحياة الزوجية ، أما إذا إنتهت العدة فإما أن يمسك الرجل مطلقته ويعيدها إلى عصمته بالعقد عليها من جديد وإما أن يفارقها لأنها أصبحت بائنة عنه، وهذه الأية جاءت تخاطب النبي (ص) وذلك تشريفا و تكريما له، ثم خاطب الأمة تبعا بأن يطلقوا النساء لعدتهن، ولا يطلق الزوج زوجته وهي حائض ولا في طهر جامعها فيه. [3].

---

[1]– العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة، الجزائر 2005، ص211.

[2]– مصطفى عبد الغني شيبة،**أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وأثاره**، منشورات جامعة سبها، ليبيا،2006، ص39.

[3]– مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه و القانون**، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر،2003، ص،93.

وقوله تعالى**(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)** الأية 227 سورة البقرة.

معناه الطلاق المباح من حيث العدد وهو أن يطلق الزوج زوجته وهي في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة، فإن طلاقه مباح وصحيح لأنه موافق للشريعة ويقع طلقة واحدة، أما إذا طلقها أكثر من واحدة دفعة واحدة وفي مجلس واحد، فإن طلاقه يكون بدعيا و حراما، ومنه ماروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبر عن رجل طلق زوجته ثلاث تطليقات مرة واحدة فقام غضبان وقال **(أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم)**. [1]

الفرع الثاني: أدلة من السنة

وردت العديد من الأدلة عن الطلاق في السنة النبوية الشريفة.

- عن إبن عمر رضي الله عنهما أنه طلق إمرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب (ر) رسول الله (ص) عن ذلك؟ فقال **(مره فليراجعها، ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)** متفق عليه.

التحريم جاء لأجل الحيض، فإذا زال موجب التحريم جاز طلاقها في هذا الطهر، كما جاز في الذي بعده، وكما يجوز في الطهر الذي لم يتقدمه طلاق في حيضه [2].

- عن إبن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **(أبغض الحلال إلى الله الطلاق)**.

يدل الحديث على أن الطلاق مشروع، ولا إثم فيه، ومع أنه مباح إلا أنه من أبغض الحلال عند الله. [3].

- عن إبن عمر رضي الله عنهما قال كانت تحتي إمرأة أحبها، وكان أبي يكرهها فأمرني أن أطلقها، فأبيت فذكر ذلك للنبي (ص) قال **(يا عبد الله بن عمر طلق إمرأتك)**.

---

[1]- مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص43.

[2]- محمد بن إسماعيل الصنعاني، **سبل السلام، شرح بلوغ المرام**، المجلد الثالث، دار الفكر، لبنان 1988 ص325.

[3]- جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون**، دار الحامد، الأردن، 2009، ص127.

الفرع الثالث: أدلته من الإجماع

قد أجمع علماء الأمة الإسلامية على مشروعية الطلاق منذ عهد الصحابة و التابعين إلى زمننا هذا ، فكان الرجل يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي.

لكن إختلف فقهاء المسلمين حول مسألة الطلاق هل الأصل فيه الإباحة أم الحظر؟ فمنهم من يقول أن الأصل في الطلاق الإباحة و دليلهم في ذلك الأيات الواردة في هذا الموضوع لقوله تعالى **(لا جناح عليكم إن طلقتم النساء)** الأية 234 سورة البقرة و كذلك لما جاء في السنة من أحاديث تدل على مشروعية الطلاق وقد طلق الرسول (ص) حفصة بنت عمر ثم راجعها.

وأما الفريق الذي يقول أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يلجأ إليه إلا للضرورة وعند إستنفاذ كل وسائل الصلح و الإصلاح، ومن هؤلاء الشيخ علاء الدين الكساني حيث قال : "**إن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين و الدنيا، والطلاق إبطال له و إبطال المصلحة مفسدة**" وقال تعالى **(والله لا يحب المفسدين)**.

كما يرى الهمام أن الأصل في الطلاق الحظر ولهذا فإن الرأي الراجح عند الفقهاء هو حظر الطلاق و بالأصح تقييده حتى لا يساء إستعماله من طرف الناس و يفرطوا فيه، و رغم أن الطلاق قد أحله الله، فإنه قد أبغضه [1].

إن قضية إباحة الطلاق أو حظره ، تشغل الرأي العام المهتم في هذا الموضوع، لأنها تتصل بنظام الطلاق، من حيث تقييده و إطلاقه، فهل يحق للرجل أن يوقع الطلاق دون قيد أو حظر طالما أن الشارع أباح له الطلاق؟، أم أنه محظور عليه ذلك إلا لحاجة يدعو إليها سبب يبيح له الطلاق لأجله [2].

المطلب الثالث: حكم الطلاق و الحكمة منه

شرع الله الزواج لمقاصد سامية وغايات نبيلة، وجعله وسيلة للمصاهرة و التعارف بين القبائل و الشعوب، وجعله أساس تكوين الأسرة، وسكينة للزوجين، وعقد الزواج من أقدس العقود

---

[1]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص284.

[2]– عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص84.

وهو الميثاق الغليظ الذي يجمع الرجل بالمرأة، وهو الرباط المقدس [1]. لقوله تعالى**(وكيف تاخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض و أخذن منكم ميثاقا غليظا)** الأية 21 سورة النساء.

أما إذا تنافرت النفوس ولم يبقى سبيل إلى إستمرار الحياة الزوجية فإن الله تعالى أباح الطلاق، وذلك إستنادا إلى الآيات مثل: قوله تعالى**(فطلقهن لعدتهن)** و **(لا جناح عليكم إنطلقتم النساء)**، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة لا لريبة **(أي ظن الفاحشة)** ولا لكبر، ثم راجعها، وكذلك طلق الصحابة وقال كمال بن الهمام "**الأصح حظر الطلاق أي منعه، إلا لحاجة كريبة أو كبر**"، وذكر الجمهور (المالكية، الشافعية والحنابلة) أن الطلاق من حيث هو جائز، والأولى عدم إرتكابه لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض.[2]

و الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة حرمة، كراهة، وجوب، ندب، إباحة.

الفرع الأول: حكم الطلاق

1-**يكون الطلاق حراما:** إذا إعتقد الزوج أنه إذا طلق زوجته وقع في الفاحشة وخاصة إذا كان متعلقا بها، أو لعدم قدرته على الزواج من أخرى غيرها، وفي الطلاق البدعي حيث يوقع الزوج الطلاق في الحيض أو ما شابه ذلك كالنفاس، وإذا طلقها في طهر لا مسها فيه، ويكون كذلك إذا طلق الزوج بلفظ الثلاث. [3].

2-**يكون مكروها:** يكون الطلاق مكروها إذا كان للزوج رغبة في الزواج أو كان يرجو من هذا الزواج نسلا ولم تمنعه بقاء الزوجية عن عبادة واجبة، ولم يخشى الوقوع في الفاحشة إذا طلقها، ويكره الطلاق من غير حاجة إليه وذلك إستنادا إلى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الوارد عن إبن عمر أن رسول الله قال **(أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق)** [4].

3-**يكون واجبا:** إذا وجدت أسباب شرعية تستدعي الطلاق، كما لو رأى الحكمين أن الحل الوحيد لمشاكل الزوجين هو الفرقة، فإنه عند إستنفاذ كل وسائل الصلح والإصلاح بينهما، وكذلك إذا وجد عيب جنسي كامل في الزوج، وكذلك العيوب التي تكون في الزوجة فإن الطلاق يصبح واجبا إلا إذا رضي الطرف الأخر بالعيب، وفي حالة الإيلاء حيث يحلف الزوج أن لا

---

[1]- جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص129.

[2]- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي و أدلته**، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، سوريا، 1985، ص362.

[3]- مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص19.

[4]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص363.

يقرب زوجته لمدة تزيد عن أربعة أشهر و يرفض الرجوع إليها بعد إنتهاء المدة، في هذه الحالة يجب تطليق الزوجة منعا للإضرار بها. [1]

4-**يكون مندوبا أو مستحبا:** إذا عجز الزوج عن القيام بواجباته الزوجية، وكذلك إذا كانت الزوجة بذيئة اللسان حيث تؤذي أهل الزوج و الجيران، و كذلك لما تكون الزوجة مفرطة في واجباتها نحو الله كترك الصلاة مثلا، ولا يمكن إجبارها على القيام بتلك الواجبات، ويستحب الطلاق أيضا في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين، وذلك لرفع الحرج و الضرر على الطرف المتضرر، وإذا كانت الزوجة غير عفيفة، وخاف الزوج أن تفسد فراشه و تلحق به ولدا من غيره، ففي هذه الحالة لا ينبغي له إمساكها لأن فيه نقصا لدينه. [2]

الفرع الثاني: الحكمة من الطلاق

شُرع الزواج لتحقيق غايات و مقاصد سامية مهمة، أهمها تكوين الأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية في كل مجمتع، وهو السبيل الوحيد المشروع للتكاثر و إنجاب الأولاد وتحقيق السكينة و المودة بين الزوجين، ومن هنا فالزواج نعمة ربانية لابد من المحافظة عليها و الصهر على بقائها و إستمراريتها، لكن قد يطرأ ما يعكر صفو هذه العلاقة، أو يعطل تحقيق هذه المقاصد السامية و تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، بسبب تباين في أخلاق الزوجين، أو بتنافر طبيعي بينهما أو يصاب أحدهم بعلة لا يرجى منها الشفاء، أو يظهر بأحدهما عيب جنسي أو خلقي لم يرض به الطرف الأخر، ففي كل هذه الأحوال وغيرها شرع الطلاق ليخلص الأسرة من بؤس دائم وعذاب مستمر[3].

وتظهر الحكمة من تشريع الطلاق من هذه الأسباب التي تطرأ على الحياة الزوجية او لعيوب قد تكون قد رافقتها منذ نشأتها، فيصبح الطلاق منفذا لازما للخلاص من هذه المفاسد و الشرور الحادثة، فيصبح الطلاق ضرورة لحل مشكلات الأسرة، ويصبح مشروعا عند إقتضاء الحاجة إليه ومكروها دونها، والدليل على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه وسلم **(أيما إمرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة)**، فالشرع رغب الأزواج بالصبر على زوجاتهم وعدم اللجوء إلى الطلاق إلا بعد إستنفاذ كل طرق الإصلاح من وعظ و إرشاد

---

[1]- مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص18.

[2]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص363.

[3]- مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص19.

بالتي هي أحسن، والهجر في المضجع و الضرب الغير المبرح، وإرسال الحكمين من قبل القاضي للإصلاح بين الزوجين و إزالة الشقاق بينهما ما إستطاعا [1].

وقد كان الإسلام واقعيا في تشريع الطلاق في الحالات الأسرية المستعصية، وهذا ما يدل على واقعيته و مرونته، ومواكبته لتطور الحياة البشرية، ومتطلباتها العادلة، فالإسلام لا يبيح الطلاق إن كان ظلما، وخاصة الذي يوقعه بعض الناس بسبب حماقاتهم وجهلهم بأمور دينهم لأنهم إستعملوا هذا العلاج في غير موضعه الذي شرع من أجله فقد ورد أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، يستشيره في طلاق زوجته لأنه ماعاد يحبها، ويميل إليها كما كان من قبل، وصارت نفسه تملها و تسأم منها فقال له عمر **(وأين الرعاية و الوفاء و العشرة في السراء و الضراء)**. إن الإسلام صالح لعلاج كل مشاكل البشرية فهو دين صالح لكل زمان و مكان [2].

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص358.

[2]– ناجي بلقاسم علالي، **الطلاق في المجتمع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2013، ص57.

المبحث الثاني: أقسام الطلاق و أسبابه

الطلاق مشكلة إجتماعية ونفسية وهو ظاهرة عامة، وفي تزايد رهيب خاصة في المجتمعات العربية و الإسلامية، فهو تصرف شائن يثير الإشمئزاز في النفس البشرية ولكن البشر يوقعونه كل حسب معتقداته و إنتمائه للمذهب فهناك من يوقعه حسب ما يوافق الشريعة الإسلامية فيكون طلاقا سنيا، ومن يوقعه مخالف لأحكامها فيكون طلاق بدعيا، وكذلك ينقسم الطلاق من حيث الأثار المترتبة عليه إلى رجعيا أو بائنا، وكذلك في قانون الأسرة الجزائري نص على أنواع من الطلاق فإما يكون بإرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو كذلك بطلب الزوجة التي تلجأ إلى القضاء لطلب التطليق، وينتج الطلاق عادة على عدة أسباب منها ما يكون شخصي أو متعلق بحالة الزوج أو الزوجة أو لعيوب تطرأ على الحياة الزوجية وكذلك لأسباب إجتماعية منها أزمة السكن وعمل المرأة ونشوزها.

لذا سنتناول في هذا المبحث أنواع الطلاق في الشريعة الإسلامية، وكذلك في قانون الأسرة الجزائري و الأسباب الشائعة التي تؤدي إلى الطلاق.

وقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: أقسام الطلاق شرعا

المطلب الثاني: أقسام الطلاق قانونا.

المطلب الثالث: أسباب الطلاق.

المطلب الأول: أقسام الطلاق شرعا

عرف الطلاق بأنه حل للرابطة الزوجية ويكون إما موافقا لما جاء في الشريعة الإسلامية، حيث لا يطلق الزوج زوجته في حيض أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، مثلما حدث لإبن عمر رضي الله عنهما لما طلق زوجته وهي حائض فأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بمراجعتها حتى تطهر، وهناك من الطلاق ما يوقع خلاف للشروط الواردة في الشريعة السمحة وسمي بالطلاق البدعي وكذلك ينقسم الطلاق من حيث الأثر إلى طلاق رجعي حيث يملك الزوج أن يراجع زوجته في خلال العدة ودون صداق ولا عقد جديدين، أما إذا إنقضت عدتها في الطلقة الأولى أو الثانية فيراجعها بمهر وعقد جديدين.

أما في الطلقة الثالثة فيقع بائنا حيث لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعد أن تتزوج من غيره ويتم الدخول بها وعلى أساس الإستمرار ولا ليحللها لزوجها الأول، أو إذا توفي عنها أو طلقها فإنها تعتد ثم إذا شاء زوجها الأول أن يتزوجها كغيره من الناس.

الفرع الأول: الطلاق السني

هو الطلاق الذي يكون موافقا لأمر الله تعالى وسنة النبي المصطفى (ص) و الواقع على الوجه المأذون به شرعا، الذي حدد في ديننا الحنيف، فيطلق الزوج زوجته التي دخل بها طلقة واحدة رجعية في طهر لم يمسسها فيه، أو تكون الزوجة حاملا قد بان حملها لقوله تعالى **(يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن)** الأية 01 سورة الطلاق. ومن حيث عدد الطلقات فتستوي فيها الزوجة المدخول بها وغير المدخول بها وهي إيقاع الطلاق طلقة واحدة، ويكون ذلك موافقا للسنة[1].

أما السنة في الطلاق من حيث التوقيت فهي خاصة بالزوجة المدخول بها لكن يوقع حسب الشروط التالية:

أن تكون المرأة من ذوات الأقراء، أي من النساء التي تحيض حيث لا تكون صغيرة أو يائس، أو يطلقها في طهر لم يمسها فيه، فلا يجوز له أن يطلقها وهي حائض أو طاهر قد جامعها في هذا الطهر، لأنها قد تكون حملت منه، فلا تعلم بأي عدة تعتد بالأقراء أم بوضع الحمل، ويكون الطلاق كذلك مشروعا إذا كان مرة بعد مرة بتطليقة واحدة، حيث يكون الطلاق

[1]– العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص312.

رجعيا يملك الزوج بعد كل مرة أن يمسك زوجته بمعروف وذلك لقوله تعالى **(الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)** الأية 227 سورة البقرة.

أما إذا إنقضت عدة المطلقة تحول الطلاق الرجعي إلى بائن بينونة صغرى بعد الطلقة الأولى و الثانية، ويكون بائن بينونة كبرى بعد الطلقة الثالثة، وأن لا يتبع الزوج الطلقة بعد الطلقة حتى تنتهي عدتها [1] .

الفرع الثاني: الطلاق البدعي

هو الذي يخالف في إيقاعه أحكام الشريعة الإسلامية، حيث يكون الطلاق مخالف لما أمر به الله تعالى في القران الكريم أو مخالف للسنة النبوية الشريفة، ويوقعه الزوج بلفظ واحد (أنت طالق بالثلاث) أو(بثلاث طلقات في مجلس واحد) أو(يطلق الزوج زوجته في الحيض أو في النفاس أو في طهر قد مسها فيه).

فإذا طلق الزوج أثناء الحيض أو النفاس يقع طلاقه بدعيا، وكذلك بألفاظ مختلفة فإن طلقها ثلاث بلفظ واحد، أو بثلاث تطليقات متفرقات في مجلس واحد، والطلاق البدعي منه ما ترجع بدعته إلى عدد الطلقات أو إلى الصفة، ومنه ماهو راجع إلى وقت إيقاع الطلاق مثل الحيض و النفاس، أو في طهر جامعها فيه، أما فيما يخص الطلاق البدعي من حيث عدد الطلقات هوأن يتلفظ بطلقتين أو ثلاثة دفعة واحدة أو متفرقة في طهر واحد، أما البدعي الصفة فهو أن يطلق الزوجة المدخول بها طلقة بائنة في طهر مسها فيه وفي الحيض قبله، وحكم الطلاق البدعي أن الزوج يتحمل أثاره ويحسب عليه لكن بعض العلماء قالوا بعدم وقوعه [2] .

مما سبق نستخلص أن قانون الأسرة الجزائري لم يتناول موضوع الطلاق الشرعي سواء كان سنيا أو بدعيا، إما طلق الزوج زوجته موافقا لكتاب الله و لسنة رسوله (ص) أو مخالفا لها، فنجد أن القانون يحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بنص المادة 222 قانون أسرة **(كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)** [3].

---

[1]– محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية**، دار اليازوري العلمية، الأردن، 2010، ص238.

[2]– بدران أبو العينين بدران،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية، الجعفري و القانون**، دار النهضة، لبنان،1966،ص361.

[3]– **المادة 222، قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 05، 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.**

لكن المشرع أحالنا بصفة عامة إلى أحكام الشريعة ولم يبين لنا المذهب الذي نرجع إليه، لأن الشائع في الجزائر هو إتباع المذهب المالكي.

الفرع الثالث: الطلاق الرجعي

هو الذي يرفع قيد النكاح في المآل لا في حال، ويملك الزوج فرصة مراجعة زوجته مادامت في العدة، ويكون ذلك بمحض إرادته، سواء رضيت بهذه الرجعة أو لم ترض، ودون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين، ولكن إذا انقضت العدة في الطلقة الأولى و الثانية فإن الزوج لا يراجع زوجته إلا بعقد ومهر و بالإضافة الى ذلك برضا المرأة[1] .

إن المتمعن في أيات القران الكريم يجد أن الطلاق ثلاث إنما جعل لفسح المجال أمام الزوجين و إعطائهما الفرصة لعودة الصفاء بين قلوبهما بعد أن وقع الطلاق الأول و الثاني، ويكون الطلاق على المدخول بها فيما دون الثلاث، وأثناء فترة العدة [2].

إن الأصل في الطلاق يكون رجعيا، ولو قصد الزوج عند إيقاعه البينونة فهو في وضع شرعي لا يتأثر بالنية، سواء كان هذا الطلاق باللفظ الصريح أو الكنائي، خلافا للحنفية الذين ذهبوا إلى أن الطلاق إذا وقع بلفظ كنائي مع نية البينونة يكون بائنا [3].

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى الطلاق الرجعي في المادة 50 من قانون الأسرة، حيث يكون الطلاق رجعيا أثناء فترة الصلح، فإذا راجع الزوج زوجته فإنه لا يحتاج إلى عقد جديد أما إذا راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق، فيحتاج إلى عقد جديد، ونعرف أن العقد يكون له أركان وشروط، لكن هذا العقد لا يشفع للمطلق بعدم إحتساب الطلقة بل هي ناقصة من الطلقات الثلاث التي يملكها على زوجته.

---

[1]– محمد خضر قادر، مرجع سابق، ص93.

[2]– مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص93.

[3]– نصر سلمان وسعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص82.

الفرع الرابع: الطلاق البائن

الطلاق البائن هو الذي لا يملك فيه الزوج حق إرجاع زوجته إلا بعقد ومهر جديدين في الطلقة الأولى و الثانية و بعد إنتهاء العدة، ولا يملك حق الرجعة في الطلقة الثالثة إلا بعد أن تتزوج غيره فيطلقها أو يتوفى عنها، وينقسم الطلاق البائن إلى قسمين:

1-الطلاق البائن بينونة صغرى:

هو الذي لا يملك الزوج أن يراجع مطلقته إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين و رضا مطلقته و يكون الطلاق رجعيا إذا كان في الطلقة الأولى و الثانية، وبعد دخول الزوج بزوجته، ولم يكن في مقابل مالي تدفعه الزوجة ليطلقها، ففي كل الحالات الطلاق يكون رجعيا، ولا يخرج عن هذا العموم إلا ما قام الدليل على إستثنائه و خروجه من هذا الأصل و الذي قام الدليل على إستثنائه هو الطلاق قبل الدخول إن لم تكن خلوة حقيقية، والطلاق المكمل للثلاث والطلاق بمقابل مالي (الخلع) أما ماعدا هذه الحالات فيبقى على حكم الأصل وهو إعتباره رجعيا [1].

أما المشرع الجزائري فقد أوجب على الزوج في حالة صدور حكم بالطلاق بأن يراجعها بعقد جديد، وذلك بنص المادة 50 قانون أسرة، ومن هذا النص يتضح أن الطلاق البائن بينونة صغرى يزيل الملك و لا يزيل الحل، لذا يحق للزوج أن يرجع زوجته بعقد جديد في أي وقت[2].

2-الطلاق البائن بينونة كبرى

هو الذي يزيل الملك و الحل معا، ولا يبقى للزوجية أثر سوى العدة وما يتبعها، فيحل به الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين الطلاق أو الوفاة ، ويمنع التوارث بين الزوجين إلا إذا كان طلاق فرار الذي يصدر في مرض الموت، وذلك لحرمان الزوجة من الميراث [3]. وفي هذا الطلاق لا يملك المطلق أي أمل لمراجعة مطلقته أو أن يعيدها إلى عصمته ولو كانت في العدة كالطلاق الرجعي، ولا يمكن لهما إستئناف الحياة الزوجية لا بعقد ولا صداق جديدين كالطلاق البائن بينونة صغرى بل تحرم عليه حرمة مؤقتة لا تنتهي إلا بعد أن تتزوج من غيره زواجا شرعيا صحيحا مبنيا على أساس الديمومة لا على أساس التأقيت، أو كما يسمى زواج

---

[1]- سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص123.

[2]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص328.

[3]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص440.

التحليل، فإن طلقها أو مات عنها،و إنقضت عدتها منه، جاز لمطلقها أن يتزوجها من جديد [1]. والدليل على ذلك من السنة النبوية الشريفة برواية السيدة عائشة (رضي الله عنها): أن رفاعة القرضي طلق زوجته ثلاثا، فتزوجها عبد الرحمان بن الزبير فأتت رسول الله (ص) و قالت: إن رفاعة طلقني وبت طالقة فتزوجني عبد الرحمان بن الزبير و لم يكن معه كهدية الثوب، قال رسول الله (ص)(**أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك**). وقد وافق المشرع الجزائري حكم الطلاق البائن بينونة كبرى بنص المادة 51 قانون أسرة، حيث لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته التي طلقها ثلاث مرات متتاليات إلا بعد أن تتزوج بغيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

أما الحكمة من الطلاق البائن بعد طلقتين متتاليتين فإن طلقها بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ويتم البناء بها، فلو أباح الله أن يراجع الزوج بعد الطلقة الثالثة، ثم يعود و يطلقها حين يختلفان، ثم يعود فيراجعها حين يتفقان لكان ذلك عبثا في الحياة الزوجية، و إستمرارا لتعاسة الأسرة، وشقائها إلى مالا نهاية، إذن لابد من حد يقف عنده الطلاق[2].

المطلب الثاني: أقسام الطلاق قانونا

تنحل الرابطة الزوجية بتدخل حكم القدر فيها، أو تكشف عيوب في عقد الزواج تكون قد رافقته أثناء نشأته أو طرأت عليه بعد إبرامه، أو في كل مرة تسوء فيها العشرة الزوجية أو يشتد الخلاف بين الزوجين، و يتفاقم النزاع بينهما، حيث يتحول الود إلى كره و التعاون إلى مكائد و الرحمة إلى حقد، ويفقد الزواج معانيه السامية، وتتحول الحياة إلى جحيم لا يطاق.

فالمشرع الجزائري عدد صور الطلاق في المادة **48** من قانون الأسرة، وجعلها إما بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي بين الزوجين في حالة التفاهم على إنهاء الرابطة الزوجية، ويكون كذلك بطلب من الزوجة التي تلجأ إلى القضاء لطلب التطليق إذا كان لها مبرر شرعي أو تطلب الخلع طبقا للمادو **54** قانون أسرة.

---

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص331.

[2]–مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص85.

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

لقد كفل الشارع الحكيم العصمة للرجل، وجعل الطلاق بيده يوقعه عند الضرورة رغم أن الزوجة شريكة في العقد، وذلك لكونه الأحرص على إستمرار الحياة الزوجية لما أنفق من مال في سبيل إنشائها و أن حل عقد الزواج أمر خطير تترتب عليه أثار وخيمة على الأسرة و المجتمع، فإذا طلق الزوج بدون سبب شرعي فإنه يعرض نفسه لدفع تعويض عن هذا التصرف، وكذلك نفقة المتعة و العدة، فالزوج لا يسارع إلى الطلاق لأنه يقدر العواقب، التي تتبع هذا الطلاق [1].

فالمشرع الجزائري لم يخرج عن القاعدة التي أجمعت عليها كل الدول العربية و الإسلامية من جعل الطلاق حق إرادي و أصيل للزوج دون الرجوع إلى إرادة الزوجة، وقد جاء نص المادة **48** من قانون الأسرة أن الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وهي الصورة الأولى في إنهاء العلاقة الزوجية، وهي الإرادة النابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج [2].

الفرع الثاني الطلاق بإرادة الزوجين (بالتراضي)

إن الطلاق بإرادة الزوجين تعتبر صورة مثلى لإنحلال الرابطة الزوجية، فكما إلتقيا بالمعروف ينفصلا كذلك، لكن هذا الأمر نادر الحدوث في مجتمعاتنا، لأن الإنفصال لا يتم إلا عند إشتداد الخصام و يصبح كل زوج يكيد للأخر، ويصبح التفكير في حل الرابطة بالتراضي أمر غير مرغوب فيه لأن كل زوج لا يريد أن يتنازل عن حقوقه، وفي الأغلب فإن الزوجين إذا أمكنهما الإتفاق فإنهما لا يتفقان على الطلاق و إنما على الإصلاح و بقاء الزوجية، أو يستمر الخلاف إذا لم يستعمل الزوج حقه في إيقاع الطلاق، أو يترافعا إلى القاضي ليفصل بينهما، ويصدر حكم الطلاق و يعطي لكل ذي حق حقه و ينهي المشكلة [3].

ما يلاحظ في هذه الصورة من الطلاق أنها تختلف عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج إختلاف بسيط وهو توافر إرادة الزوجة وتوافقها مع إرادة الزوج لأنهاء الرابطة الزوجية بطريقة ودية عكس الصورة الأولى التي تخضع لإرادة الزوج المنفردة، إذ عادة ما يلجأ الزوج إلى حل

---

[1]– طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص89.

[2]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص17.

[3]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 142.

الرابطة دون رضا الزوجة، غير أن هذه التفرقة لا تغير شيئا في المسألة لأن الطلاق بيد الزوج يحدثه متى شاء [1].

وقد ورد الطلاق بالتراضي في المادة 48 من قانون الأسرة التي عددت صور الطلاق على سبيل الحصر وفي هذا الشأن صدر قرار من المحكمة العليا في 2005/05/23 مبني على أساس هذه المادة إذ جاء فيه مايلي:(من المقرر قانون أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق ولا يوصف بالإبتدائية أو النهائية ولا يحق للزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير)[2].

نستخلص من هذا القرار أن القاضي يقوم بالإشهاد على رغبة الطرفين في الطلاق، ويوثق ما إتفقا عليه دون أن يتدخل لأن الطلاق ليس بعقد صلح ينهي نزاعا قائما، فالقاضي لا يضع العراقيل أمام إرادة الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، ما لم يكن هذا التصرف مخالفا للنظام و الأداب العامة وفي حدود الشريعة الإسلامية، وأن الطلاق بالتراضي لا يقبل الإستئناف أو أي طريقة أخرى للطعن إلا الدعوى بالتزوير.

الفرع الثالث: الطلاق عن طريق القضاء (التطليق)

الطلاق حق أصيل يملكه الزوج دون الزوجة و لا تملكه إلا بتفويض منه أو توكيل فيه أو عن طريق الطلاق بمقابل مالي تدفعه الزوجة لزوجها أو ما يسمى بالخلع، مع ذلك فإن الشارع لم يهمل حق الزوجة في المطالبة بالطلاق إذا أساء الزوج معاملتها و تضررت من بقاء الزوجية، لذلك فالشارع منح لها حق اللجوء إلى القضاء و طلب التفريق، و أوجب على القاضي أن يجيب لطلبها إذا كان هناك من الأسباب ما يبرر ذلك و إمتنع الزوج عن الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان[3].

فالمشرع الجزائري ساير الرأي الذي يعطي الحق للزوجة أن تطلب التطليق إذا وجد سبب مقنع، حيث تتقدم إلى القضاء بطلب التطليق لوجود ضرر معتبر شرعا و هو ما نصت عليه المادة

---

[1]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 28.

[2]– قرار بتاريخ 2005/05/23، ملف رقم 243943، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص112.

[3]– طاهري حسين، مرجع سابق، ص109.

53 قانون أسرة، وذلك تيسيرا على الزوجة ورفع الحرج و الضرر عنها وتخليصها من هذا الزوج و تماشيا مع مبادئ الإسلام [1].

والمادة سالفة الذكر عددت الأسباب التي يمكن للقاضي أن يستند إليها لفك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، و الأسباب الواردة في المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر لأن الفقرة الأخيرة منها **(كل ضرر معتبر شرعا)** فأي ضرر يكون سببا في طلب الزوجة بإنهاء الرابطة الزوجية، ولكن يبقى ذلك مرهونا بما قد تقدمه الزوجة من أدلة في هذه الحالات التي تطلب فيها التطليق.

المطلب الثالث: أسباب الطلاق

الطلاق من المشكلات الإجتماعية التي تعاني منها المجتمعات بصفة عامة و المجتمع الجزائري خصوصا، وقد أصبح ظاهرة تنخر المجتمع، وتفكك الأسر، ويحدث الطلاق نظرا لتدخل العديد من العوامل منه ماهو إجتماعي كالسكن مع الأهل و تدخلهم في العلاقة الزوجية وكذلك المستوى الإجتماعي بحيث أصبح التمايز واضحا في مجتمعنا، ومن الأسباب التي تؤدي إلى الطلاق أيضا ماهو متعلق بالشخص نفسه ومنها عدم الإنسجام بين الزوجين سواء عاطفيا أو فكريا أو وجود عيوب تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، من تكوين الأسرة التي يكون أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و إنجاب الأولاد و يحدث الطلاق أيضا بتخلي أحد الزوجين عن إلتزاماته إتجاه الطرف الأخر.

الفرع الأول: الأسباب الإجتماعية للطلاق

السكن مع الأهل من المسائل التي تطرح العديد من المشاكل بين الزوجين وذلك بأن تحدث خلافات بين الزوجة و الحماة وكذلك أخوات الزوج، حيث يصبح الزوج بين أمه و زوجته يعيش صراعا دائما و يغيب الإستقرار بسبب نقص الحرية التي يشعر بها الزوجان من خلال سكنهما مع الأهل مما يؤدي إلى توتر العلاقة الزوجية وبدل أن يصبح الزواج نعمة يصبح جحيما لا يطاق، ويتحول الود إلى كراهية وبغض وينتج عن هذا فتور في العلاقة مما يؤدي بالزوجين إلى التفكير في الإنفصال عن بعضهما[2].

---

[1]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص36.

[2]– ثروة محمد شلبي، **الطلاق و التغيير الإجتماعي في المجتمع السعودي**، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ص108.

وكذلك إختلاف المستوى الإجتماعي و المعيشي بين الزوجين له تأثير كبير على الحياة الزوجية خاصة إذا كانت الزوجة من طبقة أعلى من الزوج، من حيث المركز الإجتماعي أو مستوى المعيشة، فإنها بإنتقالها للعيش مع زوجها تشعر بهبوط مستوى المعيشة ، مما يؤثر سلبا على العلاقة الزوجية، وكذلك إختلاف الميول و الأفكار يعد ظاهرة قديمة لها تأثير كبير فالمستوى الثقافي يجب أن يكون من الأولويات لأي أحد مقبل على الزواج رجل أو إمرأة لاسيما المستوى الجامعي وقد قال بعض الباحثين إن إختلاف المستوى الثقافي و الإجتماعي بين الزوجين و البناء الطبقي و الميول و الأفكار يؤدي إلى التصادم فإذا كانت الزوجة أعلى ثقافة من الزوج يكون سببا في إيجاد مشكلة حيث لا تكون مقتنعة بالزوج [1].

ومن الأسباب الرئيسية للطلاق في مجتمعنا فسح المجال للمرأة للعمل خارج البيت حيث يغريها ويشعرها بالحرية و الإستقلالية عن سلطة الرجل سواء ماديا أو معنويا و يفسح لها المجال للإختلاط فتندهش أول الأمر، لكنها مع مرور الزمن تجد نفسها متورطة في أعمال لا تقدر عليها، وبهذا تبدأ العلاقة الأسرية تتلاشى وتهوي الأسرة في خطى الإنحلال و التفكك و يصبح عمل المرأة من أكبر العوامل التي تساهم في إنحلال المجتمع وإنهياره [2].

الفرع الثاني: الأسباب الطبيعية للطلاق

من أهم أسباب الطلاق في المجتمعات العربية و الإسلامية، ظاهرة عدم التوافق الجنسي بين الزوجين وهي من الأسباب الحقيقية، نظر لخصوصية المجتمعات، ولا يكاد يظهر هذا المشكل بسبب حياء الناس وخجلهم من التحدث في هذا الأمر، رغم أنه يسبب العديد من المشاكل بين الزوجين و يؤدي إلى عدم إنسجام و غياب الزوج عن بيته، ربما بحثنا عن البديل الذي يحقق له رغباته و قد يجره الأمر إلى إرتكاب الرذيلة ، و إهمال عائلته و تخليه عن واجباته الأسرية، وقد يتزوج الرجل بإمرأة أخرى دون علم زوجته، وينجب معها أبناء، فإذا ما عملت الزوجة الأولى فإنه يقع بين نارين إما أن يرجع إلى الأولى و يطلق الثانية أو العكس أو تطلب الأولى التطليق، أو يوفق بينهما إذا كان عادلا [3].

---

[1]– ناجي بلقاسم علال، مرجع سابق، ص162.

[2]– مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص117.

[3]– ناجي بلقاسم علال، مرجع سابق، ص156.

أما الطلاق للعيوب ورد في الفقرة الثانية من المادة **53** ق أسرة، حيث تجيز للزوجة طلب التطليق إذا وجد عيب في الزوج يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لكن قد يكون سببا للزوج ليطلب الطلاق للعيب كذلك ومن العيوب التي تستوجب التفريق بين الزوجين و الخاصة بالزوجة هي : (الرتق، العفل، الإفضاء و البخر).

وكذلك عيوب تكون مشتركة بين الزوجين (كالجنون، البرص، الجدام)، أما العيوب المتعلقة بالزوج (كالخصاء، العنة، والجب)،و يجب أن يكون العيب المتصل بالزواج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف منه، أي تمنع من الدخول أو الإستمتاع الجنسي، وكذلك الأمراض الضارة أو المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على المودة و الألفة، ولقد أحسن المشرع الجزائري لما منح السلطة التقديرية للقاضي على أساس المعيار الموضوعي [1].

الفرع الثالث: نشوز الزوجة

من حقوق الزوج على زوجته أن تطيعه في غير معصية، ومن عظم هذا الحق أن قرن الإسلام طاعة الزوج بإقامة الفرائض الدينية و طاعة الله، فعن عبد الرحمان بن عوف، أن رسول الله (ص) قالك (**إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها وحفظت فرجها و أطاعت زوجها قيل لها أدخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت**) رواه أحمد و الطبراني.

أما إذا فرطت الزوجة في هذه الحقوق و قصرت فيها فإنها تعتبر في نظر الشرع و القانون زوجة ناشز، ونشوز الزوجة عصيان الزوج و عدم طاعته أو إمتناعها عن فراشه، أو خروجها من بيته من غير إذنه[2].

فإذا ظهر نشوز الزوجة فعلى الزوج أن يتبع الإرشادات الواردة في القرآن الكريم قبل أن يلجأ إلى أبغض الحلال، وقد جاء نص الأية الكريمة (**و اللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن، وأهجروهن في المضاجع و أضربوهن فإن أطعناكم فلا تبغوا عليهن سبيلا**) الأية34 سورة النساء.

فيبدأ الزوج بالوعض بالحكمة، فإذا لم تثمر إنتقل إلى الطريقة الثانية ، فالثالثة فإن فاءت الزوجة و رجعت إلى طاعة الزوج، فلا يبغي عليها.

---

[1]–العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص237.

[2]– السيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثاني، دار الفكر،الطبعة الرابعة، لبنان ،1983 ص133.

أما النشوز في قانون الأسرة الجزائري، فإنه يكون من الزوجة كما يكون من الزوج وهذا ما نصت عليه المادة 55 قانون أسرة" **عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر**"، وبالتالي إذا حلت الرابطة الزوجية على هذا السبب فإن القاضي يحدد نشوز أحدهما و يحكم بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر[1].

[1]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص97.

المبحث الثالث: مفهوم الطلاق التعسفي

الطلاق حق يملكه الزوج، لأن العصمة بيده، يستعمله إذا دعت إليه الضرورة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أما إذا إستعمل هذا الحق دون مبرر شرعي، فإنه بذلك يكون قد تجاوز الحق المخول له في إيقاع الطلاق شرعا و قانونا، ويعرض نفسه للمتابعة القضائية، و الحكم عليه بالتعويض، في حالة ثبت أنه تعسف في إستعمال حق الطلاق وخاصة إذا كان يقصد من هذا التصرف الحاق الضرر بالزوجة، سواء كانت هذه الأضرار معنوية أو مادية كالطلاق الذي يوقعه الزوج في مرض الموت ليحرم الزوجة من الميراث، وقد إختلف الفقهاء في حكم الطلاق، فذهب فريق إلى حظره إلا لأسباب مشروعة، وذهب فريق أخر إلى إباحته رغم الكراهة، ولكل فريق أدلة يستند إليها.

وقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: الطلاق التعسفي
- المطلب الثاني: صور الطلاق التعسفي
- المطلب الثالث: التعسف في إستعمال الطلاق

المطلب الأول: الطلاق التعسفي

قد لا يلتزم الزوج في ممارسة حقه في الطلاق بما ورد في الشرع فيستعمل هذا الحق للإضرار بالزوجة، وتتمثل هذه الممارسة المعيبة في الحق في إيقاع الزوج للطلاق دون سبب معقول ومن غير مبرر شرعي، ففي هذه الحالة يصبح الزوج قد تعسف في إستعمال حقه في الطلاق، وخالف مقصود الشارع في هذه الرخصة التي أعطيت له ليستعملها عند الحاجة إليها.

الفرع الأول: تعريف التعسف

لقد أعطيت العديد من التعاريف للتعسف منها اللغوية و الإصطلاحية

أولا: تعريف التعسف لغة

العسف: السير بغير هداية و الأخذ على غير الطريق، عسف المفازة: قطعها. رجل عسوف: لم يقصد الحق. العسف ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية.عسف فلان فلانا عسفا: ظلمه وجار عليه ولم ينصفه. العسيف: الأجير المستهان به.أعسف الرجل:أخذ غلامه بعمل شديد، العسوف: الأقداح الكبار [1].

عسف السلطان بعسف و إعتسف و تعسف: ظلم . وفي الحديث لا تبلغ شفاعتي إماما عسوفا، أي جائرا ظلوما، والعسف في الأصل: أن يأخذ المسافر على غير طريق ولا جادة ولا علم، فنقل إلى الظلم و الجور، وتعسف فلان فلانا: إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ورجل عسوف: إذا كان ظلوما[2].

ثانيا: تعريف التعسف إصطلاحا

إن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا في أبحاثهم لمصطلح التعسف، ولم يدرسوه كنظرية مستقلة بذاتها، بل تعرضوا لجزئياته، أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة ذات الصلة بالتعسف في ثنايا كتبهم، وقد وردت ألفاظا بدلا من التعسف منها: (الإستعمال المذموم) للإمام الشاطبي حيث يقول: **(تناول المباح على غير الجهة المشروعة، وإستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها)** وكذلك **(المضارة في الحقوق)** عند إبن القيم الجوزية في كتابه **(الطرق الحكيمة)**، والتعسف عند ابن قدامة في المغني. ويتفق معنى التعسف و التعنت في إن كليهما

---

[1]– صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سلمان الأحمد، مرجع سابق، ص416.

[2]– ابن منظور جمال الدين، مرجع سابق، ص 149.

يدل على الظلم الذي يترتب عن إستعمال الحق و التصرف فيه، تصرفا مخالفا لمقصود الشارع، وبالرغم من تقارب المصطلحين يبقى التعسف أكثر تداولا [1].

أما الفقهاء المعاصرون فقد إختلفوا في معنى التعسف، فبعضهم إعتبره أنه صورة من صور المجاوزة و التعدي في إستعمال الحق، و أخرون إعتبروا التعسف موضوع مستقل عن المجاوزة له أركانه و أسسه و تطبيقاته الخاصة به، وقد أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة و أخرون لفظ إساءة، وأطلق غيرهم لفظ المجاوزة و التعدي[2].

وقد عرفه وهبة الزحيلي بأنه **(إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير)** [3]. لا يمنع أحد من استعمال حقه، و الأساس في التعسف هو استعمال حق مشروع لذاته، لكن إذا كان بقصد الإضرار بالغير، أو القصد بإستعماله تحقيق مقاصد غير مشروعة، في هذه الحالات يصبح إساءة في إستعمال الحق، ويمنع صاحبه من التصرف فيه.

وكذلك عرفه فتحي الدريني بأنه **(مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل)**[4].

تحليل التعريف:

مناقضة قصد الشارع :أي مخالفة و مضادة قصد الشارع، وتكون هذه المخالفة إما عن قصد أو غير قصد، فالمخالفة المقصودة: أن يقصد المكلف هدم قصد الشارع في العمل المشروع، وذلك بأن يستعمل الحق قصد الإضرار، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة أما المخالفة غير المقصودة تشمل الأفعال التي تكون مآلها و نتيجتها مخالفة للأصل العام، لأن الحقوق شرعت لجلب مصلحة أو درء مفسدة، فإذا ترتب عن إستعمال الحق المشروع ضررا للغير، يصبح الفعل محرما بعد أن كان مباحا.

تصرف مأذون فيه شرعا: إما يكون التصرف بالقول أو الفعل ، فالتصرف القولي يكون في العقود التي تنشأ عليها حقوق و إلتزامات، كالبيع و الوصية، وإما يكون بالفعل كاستعمال

---

(1)– محمد أحمد سراج، **نظرية التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1988، ص24.

(2)– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص41.

(3)– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص530.

(4)– فتحي الدريني، **نظرية التعسف في إستعمال الحق**، مؤسسة الزحالة، لبنان، 1967، ص87.

المالك لملكه قصد الإضرار بالغير وهذا تصرف إيجابي أما السلبي يكون بإمتناع مالك الحائط المائل الأيل للسقوط على الطريق العامة عن هدمه و إصلاحه.

مأذون فيه شرعا بحسب الأصل: أي يخرج من الأفعال غير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر إعتداء لا تعسفا لأن التعسف منحصر في داخل حدود الحق.

وعرفه محمد أبو زهرة **(التعسف هو المضارة في الحق)**[1]. من هذا التعريف يتجلى أن إستعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر للغير يكون الدافع لإستعماله المضارة بالأخرين، بأن يكون مآل الإستعمال المضارة و النتيجة واحدة، وهي ترتيب المضار على إستعمال الحق من هذا أو ذاك [2].

الفرع الثاني: الطلاق التعسفي قانونا

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من أوضح صور فك الرابطة الزوجية، و الأكثر شيوعا من حيث تطبيقها في الواقع المعاش، وأن الزوج يوقعه عند الحاجة إليه، ويعتبر الطلاق حق أصيل للزوج، لأن العصمة بيده، ويستعمله دون إعتبار لإرادة الزوجة في وقوعه.

فإذا إستعمل الزوج حقه في إيقاع الطلاق، فإنه مطالب بتقديم التبرير الشرعي الذي دفعه إلى هذا التصرف، ويجب أن يكون التبرير منصوص عليه شرعا و ثابتا بالشكل الذي يجنبه التعويض عن فعله، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا في الطلاق وعليه أن يثبت عكس ذلك ، أما الزوجة فليست مطالبة بإثبات تعسف زوجها في طلاقها، أما إذا لم يقدم الزوج عذرا شرعيا عد متعسفا في إستعمال حقه في الطلاق، بالشكل الذي يلحق الضرر بالزوجة عن قصد وتعمد، وبالتالي في هذه الحالة تستحق الزوجة التعويض عن الضرر اللاحق بها[3].

أما المشرع الجزائري فقد أشار إلى الطلاق التعسفي في نص المادة **52** قانون أسرة حيث جاء فيها "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**". لكن المشرع لم يعط تعريف معينا و محدد للطلاق التعسفي و ترك ذلك للفقه الشرعي و القانوني للخوض في هذا الأمر.

---

[1]– محمد سراج، مرجع سابق، ص280.

[2]– فتحي الدريني، مرجع سابق، ص91.

[3]– باديس ذيابي، مرجع سابق، ص86.

وكذلك ورد لفظ التعسف في القانون المدني الجزائري حيث جاء في نص المادة **124** مكرر" **يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الأتية:**

- **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].

حتى القانون المدني لم يعط تفسيرا لمصطلح التعسف بل عدد الحالات التي يعتبر فيها التصرف تعسفا، و ذلك بالنظر إلى قصد الشخص، وخاصة إذا كان للإضرار بالغير أو تحقيق فائدة قليلة مقارنة بالضرر الذي يسببه للغير، أو الحصول على فائدة غير مشروعة.

الفرع الثالث: الطلاق بين الحظر و الإباحة

لقد إتفق الفقهاء على أن الطلاق حق للرجل، لا يوقعه إلا لحاجة إليه، لكنهم إختلفوا في الأصل فيه، الحظر أم الإباحة، فذهب فريق إلى أن الأصل في الطلاق الحظر و لهم أدلتهم، وفريق أخر يرى أن الأصل فيه الإباحة و إستندوا إلى أدلة من القران و السنة و الإجماع.

1- **القائلون بالحظر:** يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة كالريبة، وذهب إلى هذا القول (الكساني في البدائع و إبن الهمام في فتح القدير) وكذلك إبن تيمية حيث قال **(الأصل في الطلاق الحظر و إنما أبيح منه قدر الحاجة)**[2]. ومن فقهاء العصر الحديث، محمد أبو زهرة ،عبد الوهاب خلاف، وسيد سابق، و وهبة الزحيلي، وعبد الكريم زيدان، وإستندوا إلى أدلة من القرأن و السنة.

- **من القرأن**

قوله تعالى**(فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خير كثيرا)** الأية 19 سورة النساء. إن الأية الكريمة تحث الرجال على الصبر إن رأوا من زوجاتهم ما يكرهون منهن، ولم يدلهم إلى الطلاق فكيف يكون الأمر إذا لم يروا منهن ما يكرهون.

وكذلك قوله تعالى **(فإن خفتم شقاق بينهما فإبعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما)** الأية 35 سورة النساء.

---

[1]- **القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في13 ماي 2007.**

[2]- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص90.

دلت الأية الكريمة على أنه لو كان الطلاق مباحا لما أمر الله سبحانه و تعالى بإرسال الحكمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، ولم يأمر بالطلاق[1].

من السنة :

الأحاديث التي وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنهي عن الطلاق ومن ذلك: **(أبغض الحلال إلى الله الطلاق)** في سنن إبن ماجة.

الحديث الشريف يدلنا على أن الطلاق وإن كان مشروعا لكنه مبغوض إلى الله سبحانه و تعالى إذ لا تنافي بين المشروعية و الحظر إذ الطلاق مبغوض عند الله فما شرع إلا لحاجة الناس فحده أن لا يأتي الإنسان به إلا عند الحاجة[2].

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم **(لا تطلقوا النساء إلا من ريبة، فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات)**.

إن كان الزواج نعمة و الطلاق قطع لها، وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها وأن عقد الزواج أبدي لازم، والقياس أن لا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة، لكن أجيز للحاجة فقط فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس هو المنع[3].

2-القائلون بالإباحة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الأصل في الطلاق الإباحة ومنهم السرخسي في المبسوط حيث قال **(وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل)** وقال أيضا التمرتاشي في الذر المختار: **(إيقاع الطلاق مباح عند العامة، لإطلاق الأيات)**، وكذلك الزياصي عن نهاية:**(إن إيقاع الطلاق مباح)**[4].

---

[1]- جميل فخري محمد حانم، مرجع سابق، ص184.

[2]- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص94.

[3]- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص284.

[4]- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص87.

أدلتهم من القرآن:

إطلاق الأيات التي جاءت بأحكام الطلاق فمن ذلك قوله تعالى **(لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة....)** الآأية الكريمة تنفى الحرج و الإثم على المطلق وهذا يتنافى مع الحظر لذا يكون مباحا.

وكذلك قوله تعالى **(فطلقهن لعدتهن)** الآأية الكريمة تدل على إباحة الطلاق دون سبب أو حاجة، وهذا دليل أخر في إباحة الطلاق لا في حظره.

من السنة:

أن النبي صلى الله عليه وسلم، طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل الوحي عليه يأمره أن يراجعها، الحديث يدل على أن الطلاق مباح وقد فعله الرسول (ص).

- وقد طلق بعض الصحابة زوجاتهم وهو ما ورد عن إبن عمر أنه طلق زوجته وهي حائض فأمره الرسول بإرجاعها حتى تطهر، ليكون الطلاق للعدة، وطلق عبد الرحمان بن عوف زوجته وفعل كذلك الكثير من الصحابة، وطلق شعيبة بن المغيرة زوجاته الأربعة، فقد أقامهن صفا بين يديه، وقال لهن: أنتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق إذهبن فأنتن طالق[1].

مقارنة الرأيين:

أن كل الفريقين لم يرفض أدلة الفريق الأخر ولم يردها، لكن وجهها حسب ما يدل على الحكم الذي يميل إليه، فالفريق القائل بالإباحة، إستند إلى فعل النبي (ص) وصحابته وأعتبروه دليل إباحة، أما الفريق القائل بالحظر ، أن طلاق النبي (ص) و الصحابة كان لأسباب خفية لا يعلمها الغير و استدل هذا الفريق كذلك بوصف النبي (ص) للطلاق بالحلال البغيض، وحصره القائلون بالإباحة فيما إذا كان لغير علة[2].

الترجيح:

مما سبق من أدلة نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة المعتبرة شرعا، فإذا كان دون سبب شرعي فإن هذا يعتبر نكران للنعمة وحمقا وسفاهة.

---

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص187.

[2]– شهرزاد بوسطة، **جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2014، ص220.

المطلب الثاني: صور الطلاق التعسفي

الطلاق تحكمه ضوابط شرعية، فإذا حاد الزوج عنها وإستعمل الحق المخول له في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون مبرر شرعي، و ذلك بقصد الإضرار بالزوجة أو تطليقها طلاقا بائنا في مرض الموت، لحرمانها من الميراث في هذه الحالات يعتبر الزوج قد تعسف في إستعمال حقه في الطلاق، وعرض نفسه للمتابعة القضائية و الحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي تلحق مطلقته جراء هذا التصرف.

الفرع الأول: طلاق مرض الموت (الفار)

قبل الحديث على طلاق المريض مرض الموت أو طلاق الفار نتطرق إلى تعريف مرض الموت لغة و إصطلاحا و بعد ذلك نتطرق إلى الطلاق في مرض الموت.

أولا: تعريف مرض الموت لغة

1- **المرض لغة:** المرض: السقم، نقيض الصحة، الرجل الممراض: المسقام بدن مريض: ناقص قوة[1].

2- **الموت لغة:** الموت: ضد الحياة، الميت: الذي مات، الموت: السكون، الميت و المائت، الذي لم يمت بعد، ميت: يصلح لما قد مات ولما سيموت الميتة: حال من أحوال الموت، الموت يقع على أنواع بحسب أنواع الحياة: الموات: مالا روح فيه[2].

ثانيا: تعريف مرض الموت إصطلاحا:

هو المرض الذي يتصل به الموت و يغلب فيه الهلاك عادة ولا تزيد المدة فيه غير سنة، أو المرض الذي يجعل الإنسان عاجزا على قيام بمصالحه خارج البيت، ويحول دون قيامه بواجباته [3].

وقد إختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت، وذلك بإختلاف مفهوم كل منهم لهذا المصطلح ومشاربهم الفكرية ومن هذه التعاريف:

---

[1]- صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص621.

[2]- صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد ،نفس المرجع، ص640.

[3]-العربي بلحاج، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية،(الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- و القانون)**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر،2008 ، ص244.

- فقد عرفه الحنفية بأنه **(المرض الذي أضنى الشخص و أعجزه عن القيام بحوائجه فأما من يجئ ويذهب بحوائجه فلا)**.
- وعرفه المالكية بأنه **(المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحو رمد، أو صداع خفيف أما بالنسبة للسناء : فمرض الموت هو: المرض الذي يعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت)**.

وكذلك يلحق بالمريض مرض الموت كل شخص غلب على حاله الهلاك، ويتصل بها موته فعلا، ولوكان الشخص معافي سليما ليس به أي مرض: مثل من خرج لمبارزة شخص أخر، أومن تحطمت به السفينة وبقي عالقا على ألواح بعد غرق السفينة[1].

أما القانون الجزائري سواء قانون الأسرة أو القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة للقانون الخاص فإنه لم يعط تعريفا لمرض الموت، لكنه نص على أن الهبة وجميع التصرفات التي يبرمها الشخص قصد التبرع في مرض الموت تعتبر وصية وذلك بنص المادة **204** قانون أسرة "**الهبة في مرض الموت و الأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية** ". وكذلك نص في المادة **776** قانون مدني"**كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف....**"

ورغم أن المشرع لم يعط تعريفا واضحا و دقيقا لمرض الموت و إقتصر على ذكر هذا المصطلح و التصرفات التي يبرمها الشخص فيه، إلا أن القضاء لم يقف عاجزا على ذلك، وعرف مرض الموت في قرار صدر عن المجلس الأعلى في 1984/004/07 على أن: **(مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير وإن كان خطيرا و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه و يجب على القاضي إثبات ذلك وقت التصرف)**[2].

ثالثا: شروط طلاق المريض مرض الموت

من باشر سببا من أسباب الطلاق البائن في مرض موته أو في أي حالة يغلب في مثلها الهلاك بإرادته، طائعا لا مكرها دون وجود رضا زوجته، ومات في ذلك المرض أوفي تلك

---

(1)– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص200.

(2)– مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق**– دراسة مقارنة– رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2010، ص146.

الحالة، وما زالت المرأة في العدة، فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الطلاق البائن إلى الموت، والسبب في تقرير الإرث رغم الطلاق:هو معاملة الزوج بنقيض مقصوده، فإنه أراد إبطال حق الزوجة في الميراث، فيرد عليه قصده، مادامت العدة باقية لبقاء أثر الزوجة [1].

ولما لطلاق المريض من أثار تختلف عن طلاق الشخص العادي، فإن المريض لا يعتبر قاصدا الفرار من ميراث زوجته، وهو الحياد عن غاية إستعمال الحق الذي يعتبر أساس قيام نظرية التعسف في إستعمال الحق، إلا إذا تحقق في طلاقه شروط هي:

1-أن يصدر عنه الطلاق في مرض الموت ويكون بائنا لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث إذا لم تنتهي العدة.

2-أن يكون الزوج طائعا مختارا، غير مكره على هذا الطلاق، أي يكون التصرف خالي من عيوب الإرادة، فإذا أكره على الطلاق فإنه لا يعتبر فارا من توريث زوجته.

3-أن يكون الطلاق البائن دون رضا الزوجة، فإذا كان الطلاق بطلبها من القضاء أو عن طريق الخلع، فلاترث في عدة الطلاق البائن، وترث في عدة الطلاق الرجعي، فرضاها بالفرقة ينفي مضنة فراره من ميراثها.

4-أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول، فلو صدر الطلاق قبل الدخول الحقيقي لا تستحق الميراث لعدم تحقق الفرار لأن العدة لا تجب في هذا الطلاق[2].

إن الميراث أثر من أثار الزواج، ولا يمكن بقاء شيئ من أثار الزواج إلا في حالة وجود الزواج أو العدة، فإن كانت البينونة بعد الخلوة الصحيحة، فلا تستحق الزوجة الميراث أيضا لأن العدة و إن وجدت فهي للإحتياط محافظة على الأنساب، و الميراث حق مالي لا يثبت للإحتياط[3].

5-أن تكون أهلية الزوجة كاملة و مستمرة من وقت الطلاق البائن إلى وفاة المطلق المريض، فإن لم تكن أهلا للميراث من وقت إيقاع الطلاق و قبل موت الزوج بعد أن كانت أهلا له وقت الطلاق، بأن كانت مسلمة و إرتدت وبقيت مرتدة حتى مات زوجها

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص531.

[2]- مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص149.

[3]- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص382.

فلا يثبت لها الميراث، في هذه الحالة الزوج لم يقصد حرمانها من الميراث بل فقدت أهليتها للميراث بالردة عن دين الإسلام[1].

رابعا: أحكامه

الطلاق الذي يوقعه الزوج في مرض الموت، يقع و ذلك بإتفاق كل الفقهاء على ذلك سواء كان في العدة أو بعدها، وسواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا لكن الفقهاء إختلفوا في حكم توريث المطلقة من زوجها في مرض الموت إذا كان الطلاق بائنا فإنقسموا إلى ثلاثة أراء:

- **الرأي الأول:** ذهب المالكية إلى توريث المطلقة في مرض موت زوجها، لأنه يعتبر فارا ومنعها من الميراث، بقصد الإضرار بها، فإذا مات عن مطلقته في مرضه ورثته وحتى إن مات بعد إنقضاء عدتها و تزوجت غيره، وهو ما ذهب إليه المالكية و إستدلوا بذلك بتوريث عثمان بن عفان رضي الله عنه تماضر بنت الأصبع الكلبية بعد ما طلقها عبد الرحمان بن عوف في مرض موته، وأسسوا حكمهم على أن المطلق في مرض الموت يعتبر فارا من الميراث، فيجب أن يعامل بنقيض قصده، وذلك بإثبات الميراث للمطلقة[2].
- **الرأي الثاني:** أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن زوجة الفار مادامت في العدة فإنها ترث حتى وإن كان طلاقها بائنا، على خلاف الأصل، أنه لا ترث في الطلاق البائن لأن الزوجية تنتهي بمجرد صدور الطلاق البائن، أما إذا إنقضت عدتها فلا ميراث لها و إستدل الحنفية بأن الطلاق في مرض الموت يقصد به إبطال حق المطلقة في الميراث، فيرد عليه بنقيض قصده بتأخير الطلاق إلى زمن إنقضاء العدة و ذلك دفعا للضرر و بشرط أن تكون أهلا لذلك [3].
- **الرأي الثالث:** وقد ذهب الحنابلة إلى أن المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت لزوجها ترث إذا توفي في العدة، وبعد إنقضائها إذا لم تتزوج من أخر، لأن الزواج يعتبر بمثابة التنازل عن حقها في الميراث، في تركة زوجها السابق الذي طلقها فارا من توريثها [4].

---

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص531.

[2]– فتحي الدريني، مرجع سابق، ص173.

[3]– محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص319.

[4]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص204.

الفرع الثاني: الطلاق دون سبب مشروع

إن الشرع أعطى للزوج حق إيقاع الطلاق عند وجود الأسباب الداعية إليه، لكن هذا الحق ليس مطلقا يستعمله كما يشاء، وإنما عليه أن يثبت المبررات التي أدت به إلى هذا التصرف و عليه فقد عرف الطلاق بدون سبب بأنه: **(مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل بتطليق الزوجة لغير سبب مشروع ودون حاجة داعية إليه)**[1].

من خلال هذا التعريف نستخلص أن الطلاق دون سبب شرعي يكون عندما يخالف الزوج قصد الشارع في أن أعطاه العصمة بيده، وجعل الطلاق من حقه ولكن عليه أن لا يسيئ إستعمال هذا الحق، بإيقاع الطلاق الذي يكون في الحال بالطلاق البائن أو في المآل إذا كان الطلاق رجعيا ولا يوقعه لأتفه الأسباب بل لابد أن يكون السبب شرعي.

المشرع الجزائري أعطى حق إيقاع الطلاق للزوج و بإرادته المنفردة وذلك بما ورد في قانون الأسرة ، و بنص المادة **48** ، ولم يهمل حق الزوجة في طلب التطليق لأي سبب شرعي و ذلك بنص المادة **53**، و كذلك أعطاها حق طلب الخلع دون موافقة الزوج ودون أن تثبت أي سبب و ذلك بنص المادة **54**، و لكن تلزم بالتعويض، وقد نص المشرع الجزائري في المادة **52** من نفس القانون على الطلاق التعسفي فإذا أوقعه الزوج دون سبب أو مبرر شرعي فإن القاضي يحكم بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي لحقها من هذا التصرف[2].

من هذه النصوص القانونية يتبين أن المشرع الجزائري قد أعطى السلطة للقاضي في تقدير الأسباب و الحكم بالتعويض في حالة تعسف الزوج في إستعمال حق الطلاق، وكذلك تعويض المطلقة إذا أثبتت أن هناك أسباب شرعية دعتها إلى طلب التطليق فيحكم لها بذلك مع التعويض أما في حالة طلبها الخلع دون سبب جدي ودون موافقة زوجها فإنها تدفع له مقابل من المال بدلا عن الخلع.

كيفية تفحص القاضي للطلاق غير المبرر

للقاضي السلطة التقديرية في تفحص الأسباب و الدوافع التي أدت بالزوج إلى إيقاع الطلاق من خلال دراسة عرائض الطرفين و دفوعاتهما فخلافا للمسائل المدنية فإن قضايا شؤون الأسرة تخضع لإجراءات خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالطلاق، فإن القاضي ملزم بإجراء

---

[1]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص226.

[2]– مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص155.

جلسات صلح بين الزوجين، وهذا إجراء جوهري نصت عليه المادة **49** قانون أسرة وهذا الإجراء يسمح للقاضي بالإطلاع على الأسباب التي أدت إلى الطلاق فإذا لم يثبت الزوج الأسباب التي أدت به إلى إيقاع الطلاق، ولم يقدم أي مبرر شرعي، فإنه يعتبر في حكم القانون متعسف في إستعمال حقه في الطلاق، دون سبب شرعي في هذه الحالة يحكم القاضي بالطلاق و يحمل الزوج المسؤولية بالإستناد إلى نص المادة **52** قانون أسرة وكذلك نص المادة **124** مكرر قانون مدني[1].

1-رأي الفقهاء في الطلاق دون سبب [2].

لقد إختلف الفقهاء في إعتبار ما إذا كان الطلاق تعسفيا إذا كان دون سبب مشروع و إنقسموا إلى مذهبين:

المذهب الأول:

ذهب عامة الفقهاء المحدثين منهم، أحمد الكبيسي، أحمد الغندور، عبير القدومي و محمد أبو زهرة و آخرون إلى أن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي، فقد تعسف في إستعمال حقه في الطلاق الذي وضعه الله بيده، لأنه يكون بذلك قد أضر بزوجته، و أهلها و أولادها و المجتمع، و الضرر ممنوع، كما أنه قد ناقض قصد الشارع من مشروعية الطلاق، و المناقضة تعسف.

المذهب الثاني: وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسف في إستعمال حق الطلاق، مع أن الطلاق مكروه إذا كان لغير حاجة إليه أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه حق خالص للزوج يستعمله متى أراد ذلك وله حرية التصرف فيه.

المطلب الثالث: التعسف في إستعمال حق الطلاق

إن التعسف في إستعمال الحق، هو تجاوز صاحب الحق لسلطاته المخولة له قانونا بكيفية تلحق ضررا بالغير، أي أن الإستعمال في حد ذاته مشروع ولكن تترتب عليه نتائج غير مقبولة للغير، فالذي يبني جدارا في ملكه ليحجب الضوء و الهواء على جاره يصبح إستعماله

---

[1]- مسعودة نعيمة إليلس، مرجع سابق، ص156.

[2]- جميل محمد حاتم، مرجع سابق، ص227-228.

لحقه تعسفا لما يلحقه من أذى لجاره. وكذلك من إستعمل حقه في الطلاق من غير مبرر شرعي، فإنه يعتبر قد تجاوز حق الرخصة الممنوحة له و يعتبر طلاقه تعسفيا، وخاصة إذا ثبت أنه قصد الإضرار بزوجته أو كان يسعى إلى تحقيق فائدة قليلة بالنسبة للضرر اللاحق بها من جراء هذا الفعل.

الفرع الأول: تعريف الحق

لغة: الحق كلمة لها العديد من المعاني في اللغة العربية منها: الثابت، اللازم والواجب، نقيض الباطل،الموجود الثابت، الذي لا يسوغ أفكاره[1].

إصطلاحا: لم يجمع الفقهاء المعاصرين على تعريف واحد لمصطلح الحق، فكل عرفه حسب مفهومه لهذا اللفظ، فظهرت العديد من التعريفات تعرضت للنقد بحسب شمول أوقصور التعريف في الإحاطة جميع جوانب الحق منها:

- الحق مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا، يقررها الشارع الحكيم [2].
- الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون[3].

هذين التعريفين وجه لهما نقد بأنهما عرف الحق بغايته المقصودة منه لإبذاتيته فالحق ليس مصلحة فقط وإنما هو وسيلة تحقق مصلحة.

_ وعرف الحق أيضا بأنه إختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفا[4].

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته، فإنه سلطة لشخص على شخص، وكحق البائع في إستيفاء الثمن من المشتري، فإنه تكليف على المشتري لمصلحة البائع و كحق الوارث في ملكية أعيان الشركة الموروثة، وحق الشخص في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنهما سلطة شخص على شيئ[5].

([1])- إبن منظور، مرجع سابق، ص680.

([2])– فتحي الدريني مرجع سابق، ص188.

([3])– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، منشورات الحلبي لبنان، 1988، ص5.

([4])– مصطفى أحمد الزرقاء، **المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دار القلم، سوريا،1999، ص19.

([5])– مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص19.

تحليل التعريف:

_إختصاص: تعني الإنفراد و الإستئثار أي إستئثار صاحب الحق و إنفراده بالحق الموضوع له، سواء كان المستأثر لموضوع الحق هو الله و هذه هي حقوق الله أو شخصا حقيقيا كحق البائع في ثمن المبيع يختص به، أما معنويا كالدولة و بيت المال و الشركات، وغيرها من المؤسسات الإعتبارية، فلا وجود لفكرة الحق إلا بوجود الإختصاص، وما يقرره الشرع يخرج من التعريف، ما أستأثر به دون وجه مشروع فإن هذا الإستئثار لا ينشئ لصاحبه حقا فيه، كالغاصب و السارق، فإن إستئشارهما بالشيئ المغصوب لا يقرره الشرع[1].

- **سلطة أو تكليفا:** الحق قد يتضمن السلطة أو تكليفا

والسلطة نوعان: سلطة على شخص، وسلطة على شيئ معين.

فالسلطة على شخص كحق الولاية على النفس، إذ يخول الولي أن يمارس سلطة على القاصر تأديبا و تطبيبا و تعليما و تزويجا وغير ذلك.

والسلطة على الشيئ المعين كحق الملكية ، فإنها سلطة الإنسان على ذات الشيئ، كحق التملك بالشفعة، وحق الإنتفاع بالأعيان وحق الولاية على الحال.

أما التكليف فهو دائما عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأخير بعمله، و أما عهدة مالية كوفاء الدين. [2]

أما الأستاذ عبد المجيد زعلاني فقد إقترح نوعا من التعريف الموسع حيث أدخل فيه جميع العناصر التي تبدو أن لها دور أساسي في تكوين فكرة الحق حتى يكون قاعدة، وجاء تعريفه كمايلي: "**الحق سلطة يعترف بها القانون لشخص تثبت له قيمة أو يكون مستحقا لها بطريق مباشر أو غير مباشر على سبيل الإمتياز في مواجهة الغير، ويتحدد مداها و طبيعتها بحسب نوع العلاقة الإجتماعية المعبر عنها أو نوع الحق**"[3].

---

[1]– فتحي الدريني، مرجع سابق، ص193.

[2]– مصطفى أحمد الزرقاء، مرجع سابق، ص20.

[3]– عبد المجيد زعلاني، **المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق**، دار هومة، الجزائر،2011،ص17.

الفرع الثاني: التعسف في إستعمال الحق

إن فكرة التعسف في إستعمال الحق لها إرتباط وثيق بفكرة الحق وتصوره إذ تعتبر ميزانا لإستعماله على ضوء غايته و المقصد منه، مما يجعل فكرة التعسف ملازمة لفكرة الحق و مكملة له، وقد إستقر الفكر القانوني على نسبية إستعمال الحقوق، إذن التعسف يحدد مدى إستعمال هذه الحقوق و الرقابة عليها [1].

فالتعسف هو إساءة إستعمال الحق من طرف صاحبه، بحيث يكون القصد منه الإضرار بالغير، دون تحقيق فائدة لصاحب الحق، أو تكون الفائدة ضئيلة مقارنة بالضرر الذي يلحق بالغير، أو يكون إستعمال الحق للحصول على فائدة غير مشروعة وهذا ما نصت عليه المادة **124** مكرر قانون مدني حيث جاء فيها:" **يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الأتية:**

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

إن المشرع الجزائري قام بحصر التعسف في المادة 124 مكرر قانون مدني ، وجعله ثلاث معايير فلم يشأ أن يتوسع في المعايير كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية و بعض الفقهاء الغربيين، ولم يضيق في الفكرة كما كانت النظرية التقليدية التي حصرت التعسف في نية الإضرار بالغير فقط، بل إتخذ المشرع موقفا وسطا بين الإتنين، وهو رأي صائب و يتفق مع فلسفة المشرع في هذا الخصوص[2].

وسوف نبحث هذه المعايير كل على حدى:

أولا: معيار قصد الإضرار بالغير:

إن هذا المعيار يعتبر مسألة نفسية يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليها، لذلك فهي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستخلصها من إنعدام الفائدة الكلية لصاحب الحق من إستعماله

---

[1]– العربي مجيدي، **نظرية التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، الجزائر، 2002، ص269.

[2]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص125.

له ، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي وهو نية الإضرار بالغير، يقتضي الإستعانة بالمعيار الموضوعي و هو تصرف الرجل العادي في مثل هذا الموقف[1].

ويتحمل المضرور عبء إثبات قصد الإضرار من طرف صاحب الحق وله أن يثبت هذا القصد بجميع الطرق لأنه ينصب على واقعة مادية، فإذا قام المضرور بإثبات نية الإضرار به إعتبر مستعمل الحق متعسف في إستعماله ومسؤولا عن الأضرار التي وقعت على المضرور وتصبح مسؤولية تقصرية تستحق التعويض[2].

و لقد إعتبر المشرع الجزائري قصد الإضرار بالغير كحالة من حالات التعسف في إستعمال الحق، ونص عليهما صراحة في المادة **124** مكرر قانون مدني، والمثال على ذلك: تعلية الحائط من طرف الجار ليحجب النور و الهواء على الغير و تتحقق هذه الحالة حتى ولو كان هذا الجار له بعض الفائدة من هذا التصرف، فإذا كانت الفائدة كبيرة لدرجة غلبتها على الضرر اللاحق بالغير فيصير إستعمال الحق في هذه الحالة مشروعا[3].

ثانيا: معيار ترجيح الضرر على المصلحة

يقوم هذا المعيار على مبدأ الموازنة بين المصالح الناجمة عن التصرف و إستعمال الحق و الضرر الناشئ للغير من جراء هذا التصرف المشروع، فإن كانت المصلحة التي يجنيها صاحب الحق أقل من الضرر المترتب بدرجة كبيرة، كان إستعمال الحق تعسفيا، يرتب المسؤولية دون النظر إلى قصد صاحب الحق بتصرفه[4].

وإذا كان الضرر بليغا و المنفعة ضئيلة، فإن تصرف مسبب الضرر إما أن ينطوي على نية خفية للإضرار تحت ستار مصلحة غير جدية، أو أن صاحب الحق يرمي إلى تحقيق مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر بالسعي إليها، وفي كلتا الحالتين يكون قد إنحرف عن سلوك الرجل العادي، وإرتكب خطأ يوجب المساءلة [5].

ومن تطبيقات هذا المعيار ما ورد في نص المادة **788** قانون مدني وإذا كان مالك الأرض وهو يقيم البناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص560.

[2]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص127.

[3]– عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص80.

[4]– العربي مجيدي، مرجع سابق، ص329.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص561.

إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل.

ثالثا: معيار مشروعية المصالح التي يسعى صاحب الحق إلى تحقيقها

إن الشخص الذي يستعمل حقه لتحقيق مصلحة غير مشروعة يعتبر متعسفا في إستعمال الحق، وتكون هذه المصلحة غير مشروعة إذا كانت تخالف حكما من أحكام القانون، أو تتعارض مع النظام العام و الأداب العامة، وذلك أن المشرع لا يمكن أن يوفر الحماية القانونية لمصالح غير مشروعة، لأنها تتعارض و مصالح الجماعة و النظام القانوني[1].

تكون المصلحة مشروعة إذا حازت الحماية القانونية، فإذا ما حاد صاحب الحق بتصرفه عن المصلحة المشروعة من الحق، أصبح هذا الحق غير مشمول بالحماية القانونية وتصبح المصلحة غير مشروعة، ويكون إستعمال الحق تعسفيا ومثال ذلك فصل عامل أو موظف لمنعه ممارسة حقوق أو حريات أقرها له القانون (كحرية النشاط النقابي وحرية الإنتماء السياسي) [2].

يعتبر الفعل تعسف إذا جاوز صاحب الحق حدود حسن النية، وكذا حدود الأغراض التي من أجلها منح الحق، أي الأغراض ذات الطابع الإجتماعي و الإقتصادي وعليه فإنه يلزم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية من يحدث ضرر للغير بتجاوزه في أثناء إستعماله حقه مصالح الغير أو مصالح الجماعة أو الأهداف السامية للنظام القانوني بأكمله [3].

الفرع الثالث: التعسف في إستعمال حق الطلاق

إن الطلاق حق شرعي و أصيل للزوج يستعمله متى إستدعت الضرورة ذلك وقد يترتب على إستعمال هذا الحق أضرار للزوجة و الأولاد و المجتمع، لذا فإن المشرع قيده و ذلك للمحافظة على إستقرار الحياة الزوجية، وكان من المناسب في معالجة الطلاق تطبيق معايير التعسف في إستعمال الحق الواردة في نص المادة **124** مكرر قانون مدني، فإذا ثبت بأن الزوج تعسف في إستعمال حق الطلاق فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالزوجة التي طلقها طلاقا تعسفيا ولا يستند إلى أي مبرر شرعي، فيكون أساس التعويض هو التعسف

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص128.

[2]– عبد المجيد زعلاني، مرجع سابق، ص81.

[3]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص129.

في إستعمال الحق، بحيث يخضع للمعايير الواردة في القانون المدني ويكون في حالات ثلاث وهي قصد الإضرار بالمطلقة ورجحان الضرر على المصلحة، و عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق لتحقيقها[1].

أولا: قصد الإضرار بالمطلقة

إذا لم يكن لصاحب الحق قصد سوى الإضرار بالغير فإنه يمنع من إستعمال هذا الحق لقول الإمام الشاطبي(**كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار**).

ولما كان قصد الإضرار أمر نفسي وخفي، ويصعب معرفته، فيكتفوا بمظنة هذا القصد إذا دلت القرائن على التعسف، فإذا طلق الزوج زوجته دون أي مبرر شرعي فإنه بذلك يكون قصد الإضرار بزوجته، فيمنع من التعسف في هذه الحالة، وهناك العديد من القرائن التي يمكن أن يعتمد عليها في الكشف عن قصد الإضرار، كتفاهة المصلحة التي يريد الزوج تحقيقها مقارنة بالضرر الذي يلحقه بزوجته جراء هذا الفعل، فهذه التفاهة في مظنة القصد الإضرار بغيره[2].

ثانيا: رجحان الضرر على المصلحة

إذا قام الزوج بإيقاع الطلاق إستنادا إلى أسباب و مبررات يعتبرها دافعا للطلاق، وذلك لدفع الضرر عن نفسه، وبالموازنة بين ما يترتب عن إيقاع هذا الطلاق من مصالح للزوج وما يترتب عنه من أضرار للزوجة و الأولاد، فإن المفاسد و الأضرار الناتجة عن الطلاق أكبر من المصلحة المراد تحقيقها، وبذلك يكون الزوج متعسفا في إستعمال حق الطلاق وفي ذلك يقول زياد صبحي: إذا كان للزوج مصلحة في إيقاع الطلاق و ألحق ضررا وكان الضرر كبيرا بجانب مصلحة الزوج في إيقاع الطلاق فإن الزوج في هذه الحالة يكون متعسفا، فإذا تساوى جانب المنفعة و المضرة في الطلاق، فإن القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ويرجع كون فعله في هذه الحالة يعتبر تعسفا [3].

---

[1]–عبد الهادي بن زيطة ، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص168–169.

[2]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي**، دار قنديل، الأردن،2010،ص55.

[3]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص197.

ثالثا: معيار عدم مشروعية المصالح

لقد أوكل الشرع أمر الطلاق للزوج عند إستحالة الحياة الزوجية ، لأنه هو الأحرص على إستمرارها، أما إذا إستعمل هذا الحق دون سبب شرعي، فقد يؤدي ذلك إلى إختلال ونقص في المصالح، فيؤدي ذلك إلى الإنهدام الكلي للأسرة، فإذا غلب القصد فيه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإنه يمنع من إستعمال هذا الحق[1].

وإذا كان الهدف من إيقاع الطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا، فإن الزوج قد تعسف في إستعمال حق الطلاق المخول له، ذلك لأن الشريعة لا تصبغ حمايتها على ما يخالف أحكامها، لأن الزوج العاقل الواعي بعواقب الطلاق لا يوقعه، إلا عند الحاجة الماسة إليه، ووفقا لأحكام الشرع، و المثال على ذلك: طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض الموت بغرض حرمانها من الميراث في هذه الحالة الزوج لم يستعمل الطلاق فيما شرع له و إنما إستعمله بقصد منع الزوجة من الإرث، وهي مصلحة غير مشروعة، إستعمل الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان الطلاق تعسفيا[2].

---

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، 57.

[2]– عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص171.

الفصل الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي

إذا ثبت أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق، فإن القانون يلزمه بتعويض مالي يدفعه لمطلقته، وذلك تعويضا لها عن الأضرار الناجمة عن هذا التصرف، وسواء كانت هذه الأضرار مادية، كعدم السماح للزوجة بالعمل في وظيفة قارة أثناء قيام الزوجية، وبذلك تكون قد فاتتها فرصة الكسب، أو معنوية لما يلحق المطلقة من أذى في نفسيتها ومشاعرها جراء هذا الطلاق، وكذلك في سمعتها حيث لا تتمكن من الزواج مرة أخرى لأنها أصبحت مطلقة أو كبيرة في السن، بعدما أمضت ربيع عمرها مع مطلقها، ولا تجد من يعيلها ويقوم بشؤونها بعد فوات أيام شبابها.

وتكون السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقدير التعويض حسب الأضرار التي لحقت بالمطلقة ويحكم لها بنفقة المتعة وعن فترة العدة التي تقضيها دون زواج في انتظار ما ستسفر عنه هذه المدة سواء حمل أو رجوع إذا كان الطلاق رجعيا أو يكون الطلاق نهائي.

وقد قسمت هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

_ المبحث الأول: الضرر الموجب للتعويض.

_ المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي.

_ المبحث الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: الضرر الموجب للتعويض

الضرر هو ما يصيب الشحص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو غير ذلك، فالضرر يقتضي فضلا عن المساس بوضع قائم، الإخلال بحق يحميه القانون، سواء كان حقا بمعناه الضيق "**عينيا أو شخصيا أو يرد على شيء غير مادي**" أو حقا عاما يكفل للإنسان حماية عناصر شخصيته في مظاهرها المختلفة " **كحقه في حماية حياته وسلامة جسمه وشرفه وسمعته**"[1].

ينقسم الضرر إلى مادي حيث يصيب الإنسان في جسمه أو ماله ومعنوي حيث يصيب الإنسان في سمعته وشرفه، ويشترط في وقوع الضرر أن يمس بحق أو مصلحة مشروعة، أو يكون محقق الوقوع.

و قد قسمت هذا المبحث الى ثلاث مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الضرر.
- المطلب الثاني: أقسام الضرر.
- المطلب الثالث: شروط الضرر وإثباته.

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 143.

المطلب الأول: تعريف الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان نتيجة الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، ويدخل في الفعل الضار، وهو كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء كان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وكذلك ما يصيب كيان الإنسان المعنوي، كأن يصاب في شرفه أو عاطفته سواء كان ذلك بالفعل كالضرب أو بالقول كالقذف والسب والشتم، وسمي معنويا لأن محمله العاطفة والشعور[1].

الفرع الأول: تعريف الضرر لغة

الضرر لغة: الضّر ضد النفع، الضُّر، الهزال، سوء الحال، المضرة، خلاف المنفعة، ضره، يضره، ضرًا وضر به وضّر وأضر به والاسم الضر، الضرار الجزاء على الفعل الضَّرَرُ: ما تضر به صاحبك وتنتفع به، الضّرار: أن تضرَّه من غير أن تنتفع، الضّراء، السنة، الضّر، سوء الحال، الضَّراء، نقيض السراء، وقيل: النقص في الأموال والأنفس الضرر: النقصان الذي يدخل في الشيء، الضرر: الضيق.[2]

الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحا

لقد عرف بعض المتأخرين من فقهاء الشريعة الإسلامية، ومنهم الشيخ علي حفيف الضرر بأنه " كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه من نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر ويأخذ الصور التالية:

– أذى يصب الإنسان في بدنه، فالجراح فيما يصاحبها من الألم وما ينتج عنها من تشوهات في الأعضاء، يشكل ضررًا أدبيا في صورة الألم، وماديا نظرا للتكاليف التي تكبدها في العلاج وكذلك نقص في القدرة على الكسب المادي ويعرف بالضرر الجسدي.

– وأذى يصيب الإنسان في شرفه، وعرضه، وذلك من فعل أو قول يعد مهانة له كما في القذف والسب، وبما يصيبه من ألم في جسمه أو عاطفته من ضرب لا يحدث أثرا أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته وسمي الضرر الأدبي.

---

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق،ص 51.

[2]– صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص 359.

_ وتفوت مصلحة مالية ملتزم بها، كما هو الحال بالنسبة للامتناع عن تسليم الوديعة إلى صاحبها وغيرها وسمي الضرر المعنوي.

_ تفويت مال على مالكة سواء بإتلاف كله أو بعضه أو إنقاص قيمته أو تفويت منافعه وسمي الضرر المالي"[1]

وعرفه فقهاء القانون بأنه" **الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه** "وكذلك" **الضرر هو الأذى يلحق بالمضرور نتيجة خطأ الغير، وهذا الأذى قد يلحق الشخص في جسمه أو ماله، وهنا يكون الضرر ماديا، قد يصيبه في سمعته أو شرفه أو عاطفته ويكون هنا الضرر أدبيا**"[2]

للضرر ارتباط قانوني بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه يعتبر الركن الثاني من أركانها وتتجلى أهميته في أن المطالبة بالتعويض عن وجود خطأ دون إنتاجه للضرر يكون مصيره الرفض، وتعد فكرة الضرر شائعة في الفقه القانوني، إلاّ أنه من الصعب إيجاد تعريف محدد له، ولقد أورد المشرع الجزائري هذا المصطلح في المادة **124** ق م، وما يليها بحيث نص على بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذلك في المادة **176** وما يليها حيث خصصها لبيان كيفية تنفيذ الإلتزام بطريق التعويض عن الضرر والناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام حيث جعل مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.[3]

المطلب الثاني: أقسام الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي أعتدي عليها، فإذا أصاب الإنسان في جسمه أو ماله يعتبر ضررا ماديا، وإذا كان في مشاعره وعاطفته أصبح هذا الضرر معنويا،وقد قسم الفقهاء الضرر إلى قسمين ضرر مادي وآخر معنوي وفي هذا المطلب سأطرق إلى هذين التقسيمين كمايلي:

---

[1]– شهرزاد بواسطلة، مرجع سابق،ص 22.

[2]– محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، (العمل غير المشروع – شبه العقود، والقانون)**، الجزء الثاني، دار الهدى الطبعة الثانية، الجزائر،2004،ص 75 .

[3]– العربي بلحاج، مرجع سابق ص، 142.

الفرع الأول: الضرر المادي

وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله ويترتب عليه انتقاص حقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعه له ذات قيمة مالية ومثاله المساس بالحقوق الشخصية، التعدي على الملك وكذلك المساس بحق الانتفاع و الإرتفاق وحقوق المؤلف والمخترع بانتقاص المزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها ويعرف بالضرر الاقتصادي، وكذلك المساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إن كان يترتب عليها خسارة مادية، كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب كليا أو جزئيا وتكلف مصاريف للعلاج ونفقات ويعرف بالضرر الجسدي[1].

ولكي يتوافر ركن الضرر لابد أن يكون قد وقع فعلا، أو يكون محتمل الوقوع في المستقبل، فليس معنى تحقق الضرر أنه وقع فعلا بل يكفي أن يكون وقوعه مؤكدا فالضرر الواقع هو الذي يكون قد وقع فعلا، ولا يثار حوله أي مشكلة ومن أمثلة ذلك إصابة شخص في جسمه نتيجة حادث سيارة، أو هلاك أحد أملاكه نتيجة حريق إو إتلاف[2].

أما الضرر المحتمل الوقوع فيعتبر في حكم الضرر المحقق، وتترتب عليه المسؤولية والتعويض وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض وذلك لما يتوافر لديه من عناصر أما إذا كان لا يستطيع تقدير الضرر المستقبل عند توفر أسبابه فإنه يمكن الحكم بتعويض مؤقت، مع حفظ الحق للمضرور في المطالبة باستيفاء التعويض في حالة تطور الضرر[3].

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

إن فقهاء القانون لا يستعملون مصطلح الضرر المعنوي إلاّ نادرًا، بل يستعملون الضرر الأدبي فيما يقابل الضرر المادي كأحد نوعي الضرر في المسؤولية المدنية وقد اختلفت تعريفاتهم لهذا المصطلح فمن يعرفه بأنه:" **ضرر غير مالي لأنه لا يصيب الدائن في حق مالي، فلا يمس الجانب المالي لذمة المدين إنما يصيب الجانب المعنوي منها فيوصف بأنه ضرر معنوي**". وكذلك كل مساس بالقيم الأدبية للإنسان أو بذمته الأدبية المقابلة للضرر

---

(1) – شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص 23.

(2) – محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ص 77.

(3)– العربي بلحاج، مرجع سابق،ص 161.

المادي الذي يصيب الشخص في ذمته المالية وعلى ذلك فكل مساس بالقيم الأدبية للإنسان كالشرف والإعتبار والسمعة والكرامة والعاطفة والشعور ضرر أدبيا"[1].

وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية، فأعتبر ضررًا أدبيا كل ما يصيب الشخص من جراء السب والشتم أو القذف من إيذاء للسمعة، أو عن آلام النفس إلى نطاق المحافظة مع اسم الشخص وحرمته وعائلته وشرفها، وكذلك يعتبر ضررًا أدبيا كل مساس بالجانب العاطفي للشخص، وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته كما في الضرب والإهانة والخطف ، وبوجه عام كل اعتداء على الحق، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء خسارة مالية أو لم يترتب[2].

ويكون الضرر الأدبي في أحوال عدة منها:

– الضرر الذي يصيب الشخص من جراء الاعتداء عليه، وما ينجم عليه من جروح والام، وما يترتب عليها من نفقات العلاج، ونقص في القدرة على الكسب فيكون هذا ضررًا ماديا وفي نفس الوقت ضررا أدبيا، وذلك نظرا للتشوهات التي تتركها هذه الإصابة.

– ويكون أيضا عند الاعتداء على السمعة والشرف، بالسب أو القذف أو هتك العرض فهذه، الأفعال كلها تلحق ضررًا أدبيا لأنها تؤذي الإنسان في شرفه وتحط من كرامته.

– ويكون الضرر أدبيا كذلك إذا أصاب العاطفة والشعور والحنان، كانتزاع الطفل من أمه، وحرمانها منه، أو الإعتداء على الأم، أو الأب أو الأطفال أو الزوجة فهذه أعمال تصيب الإنسان في عاطفته وتملأ قلبه بالحزن والأسى.

–ويكون الضرر أدبي إذا كان نتيجة الاعتداء على حق ثابت للشخص، كإنتهاك حرمة المسكن أو محل تجاري مملوك للغير رغم معارضة مالكه، ويصيبه بضرر أدبي حتى لو لم يترتب على هذا الإنتهاك ضرر مادي[3].

---

[1]– شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق،ص 27.

[2]– العربي بلحاج، مرجع سابق،ص 149.

[3]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص.ص 81، 82.

المطلب الثالث: شروط الضرر وإثباته

إن الضرر هو ذلك الأذى الذي يصيب الإنسان في ماله أو جسمه وكذلك في إحساسه ومشاعره ويشترط لتعويض الضرر أن تتوفر فيه شروط منها أن يكون الضرر قد وقع فعلا، أو محقق الوقوع في المستقبل نظرا لتوفر أسبابه ويكون كذلك إذا كان الضرر مباشرا أي يكون متصلا بالعمل الأصلي لا بالفعل التبعي، وأن يكون الضرر شخصيا حيث يمس بحق من الحقوق أو مصلحة مشروعة، ويجب إثبات الضرر على الذي وقع عليه أي (المضرور) وذلك بكل طرق الإثبات المقررة قانونا.

الفرع الأول: شروط الضرر

يشترط في تعويض الضرر عدة شروط:

أولا: أن يكون الضرر قد مس بحق أو مصلحة مشروعة

لوقوع الضرر يجب أن يكون هناك إخلال بحق للمضرور أو بمصلحة مالية له، فيجب لمساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء حقا ثابتا يحمية القانون، ويستوي في هذا أن يكون الحق ماليا أو مدنيا أو سياسيا، فالقانون الجزائري يتولى حماية هذه الحقوق جميعا وما يتفرع عنها، وقد يكون الضرر إخلالا بمصلحة مالية للمضرور وفي هذه الحالة أيضا يشترط أن تكون المصلحة مشروعة لوجوب التعويض عن الإضرار بها، فإذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا محل للتعويض عندما يقع المساس بها[1].

فإذا أسقطنا هذا الشرط على الطلاق التعسفي فإن الزوجة تستحق التعويض عن الضرر اللاحق بها، من جراء تعسف الزوج في تطليقها، وذلك لتحقيق مصلحة سواء كانت مالية أو نفسية لذلك وجب مساءلة الزوج.

ثانيا: أن يكون الضرر محققا

ويعني أن الضرر قد وقع فعلا، والمقصود بهذا أن لا يكون الضرر افتراضيا، ولا احتماليا، فالضرر الإحتمالي لم يتحقق بعد فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع فلا طالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت فرصة فهو يوجب التعويض.

[1]–العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 158.

ومثال ذلك تفويت الفرصة على المطلقة تعسفا لإعادة الزواج بسبب كبر سنها، كأن يطلقها زوجها بعد مدة طويلة من الزواج. وهذا يعتبر نكران للعشرة الزوجة وتملص الزوج من مسؤولياته إتجاه هذه الزوجة، وعلى كل فإن الحكم بتعويض الضرر في هذه الحالات يخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة [1].

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا

يكون الضرر إما مباشرا أوغير مباشر، فالضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار، بحيث يؤدي هذا الفعل إلى ترتيب الضرر، ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر الغير مباشر، فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل به مباشرة فيكون الفعل الأصلي عاما لازما لحصول الضرر. ولكن لا يكون وحده كافيا لإحداث الضرر و إنما تدخل أسباب أخرى وفقا لما جاء في المادة **182** ق م التي أكدت أن التعويض لا يكون إلاّ عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة عدم الوفاء بالالتزام وأن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار [2].

رابعا: أن يكون الضرر شخصيا

ومعناه أن يصيب الضرر الشخص نفسه الذي يطالب بالتعويض عن الفعل الضار، ولكي تكون دعواه مقبولة لابد أن تتوفر فيه المصلحة الشخصية، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المرتد ضررا شخصيا لمن إرتد عليه، كأن يصاب شخص في حادث عمل ويتسبب له في عجز عن القيام بعمله وبالتالي يحول دون الإنفاق على من يعولهم، فهؤلاء لهم الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم عن ضرر شخصي، وهذا التعويض سينتقل تماما عما يطالب به الشخص العائل بحيث يسعى لأجل إصلاح ما أصيب به هو من ضرر فيكون للضرر المرتد كيان مستقل عن الضرر الأصلي [3].

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 158.

[2]– مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق،ص 260.

[3]–مسعود نعيمة الياس، نفس المرجع، ص 259.

الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض

إن القاعدة العامة في الإثبات أن "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**" لذا يقع إثبات الضرر على المضرور، ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات وغالبا ما يثبت الضرر بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء، وإثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية للقاضي.

فالضرر الموجب للتعويض هو الذي من أجله يطلب الطرف المضرور التعويض، ويمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع الوسائل المنصوص عليها قانونا، أما الضرر الذي ينتج عن الطلاق فهو مفترض، ولذلك فإن المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت تعسف زوجها في طلاقها، وباعتبار ذلك واقعة مادية فإنه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ولقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في ذلك [1].

[1]– العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 289.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد أوجبت الشريعة الإسلامية على المعتدي ضمان فعله، بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المضرور، سواء كان ذلك الضرر في ماله أو جسمه أو عاطفته أو عرضه، وذلك رعاية للحقوق و حماية للأموال من الاعتداء ودلت مصادر التشريع مشروعية حق الضمان أو المطالبة بالتعويض عن الضرر أو التضمين، جبرًا للضرر، وقمعا للعدوان زجرًا للمعتدين، والهدف من الضمان في الفقه الإسلامي هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ سواء حدث عمدًا أو نسيانا، ويكون التعويض عينا، فإذا كان الشيء الذي أتلف أو أعدم مثليا وجب تعويضه بمثله أما وقت تقدير التعويض، فيكون وقت حدوث سبب الضمان فيجب ضمان المغصوب يوم الغصب والمتلف يوم الإتلاف[1] .

و قد قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب:

_ المطلب الأول: التعويض وأنواعه

_ المطلب الثاني: نفقة المتعة للمطلقة تعسفيا

_ المطلب الثالث: نفقة العدة في الطلاق التعسفي

[1]– العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 264.

المطلب الأول: التعويض وأنواعه

إن مصطلح التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة ولأجل الخروج بالتعريف الملائم لهذا المصطلح اقتضى علينا استقصاء تلك المعاني وذلك من الجانبين اللغوي والاصطلاحي على حد سواء، ويكون التعويض إما عينيا إذا لم يتلف الشيء أو يكون نقدًا إذا أتلف الشيء المطلوب تعويضه.

الفرع الأول: تعريف التعويض

أولا: تعريف التعويض لغة

التعويض البدَلُ إعتاضني فلان، جاء طالبا للعوض والصلة، عائض: من عاض يعوض: أعطى، عُضْتُ: أصبت عوضا، إستعاضة: سأله العوض[1] .

التعويض مأخوذ العوض: أي البدل، والعوض: إسم مفرد والجمع أعواض والعوض: مصدر[2] .

ثانيا: تعريف التعويض إصطلاحا

لم يكن مصطلح التعويض شائعا عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فكانوا سيتعملون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب أداؤه كتعويض، مثل المال الذي تدفعه الزوجة لزوجها، مقابل طلبها التطليق، يمثل هذا المال قيمة الصداق الذي دفعه لها، وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان بأنه أعم من لفظ التعويض، لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض، سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا، أما التعويض فلا يكون مستحقا إلاّ إذا حدث الضرر فعلا ومن التعريفات التي وردت على الضمان:

تعريف الشيخ محمد شلتوت الذي جاء فيه " **العوض هو المال الذي يحكم به على من أوقع الضرر على غيره في نفس أو مال أو التقدير في الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم يقره بالنظر إلى قيمة الضرر**"[3] .

---

[1]– صالح العلي الصالح وأمنية الشيخ سليمان الأحمد، ص 447.

[2]– ابن منظور، مرجع سابق،ص 928.

[3]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 96، 97.

وقد عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه " **المال الذي يحكم به على من أوقع ضررًا على غيره فالأصل في التعويض أنه جبر للضرر والنقصان والتلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الذي وقع عليه**"[1] .

من التعريفات السابقة يتضح لنا أن التعويض يرتكز على فكرتين أساسيتين هما:

- التعويض قيمة من المال تعطى للمتضرر
- التعويض أنواع يكون على النفس وعلى المال والشرف وتقدير التعويض يعود إلى قيمة الضرر.

أما المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتعويض بل نص عليه في المادة **124** ق م حيث جاءت كما يلي:

" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض** "

فالمشرع اعتبر التعويض بأنه جزاء عن الفعل الضار، وهو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر وذلك بسبب خطئه جبرًا للضرر الذي لحق بالمتضرر. كما ورد في المادة **132** ق م بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على أنه " **يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.**

و يقدر التعويض بالنقد،على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف 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 المشروع".

وقد جاء تعريف للتعويض عن الطلاق التعسفي بأنه مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته لمدة زمنية، نظير ضرر ألحقه بها ماديا وذلك بتوفير حياة كريمة لها لأنها تكون قد فقدت من يعيلها، ومعنويا بسبب سلبها دفء الحياة الزوجية من السكن والإستقرار والأنس والأمن وما شابه ذلك [2] .

---

[1]– وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 48.

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

الفرع الثاني: أنواع التعويض

من نص المادة **132** قانون مدني يتضح أنه يجوز للقاضي تعيين طريقة التعويض والأصل في التعويض أن يكون نقدًا، والتعويض بالمعنى الواسع إما يكون تعويضا عينيا، وهو التنفيذ العيني، وإما أن يكون تعويض بمقابل، وهذا التعويض يكون تعويضا غير نقدي أو تعويضا نقديا وسنطرق إلى أنواع التعويض كما يلي:

أولا: التعويض العيني

التعويض العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه، كأن يقضي القاضي مثلا، بهدم الحائط الذي بناه الشخص فيسبب ضرر للجار، أو يحكم بإغلاق المحل التجاري المنافس منافسة غير مشروعة أو يلزم المتسبب في حادث المرور بإصلاح سيارة المتضرر وإعادتها إلى حالتها الأولى.

والقاضي ليس ملزما بالحكم بالتعويض العيني، إلا إذا رأى بأن ذلك ممكنا، أو طالب به الدائن فله أن يبدأ بالمطالبة بالتعويض حسب ما يشاء وعلى ما يراه أنفع له، ويجوز للمسؤول عن الضرر أن يعرض التعويض العيني، غير أنه في أكثر الأحوال ولاسيما في الضرر الأدبي يتعذر التعويض العيني فيتعين اللجوء إلى التعويض النقدي[1] .

ويعتبر التعويض العيني من أفضل طرق التعويض، إذا يؤدي الى إصلاح الضرر إصلاحا تاما، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، ويقع هذا كثيرا في الالتزامات العقدية، والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا وطلبه الدائن وتقدم به المدين[2] .

ثانيا: التعويض النقدي

يعتبر الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور، فكل ضرر يمكن تقويمه بالنقد والأصل أن يكون التعويض نقديا، أي مبلغا معينا يعطى للمضرور دفعة واحدة أو على أقساط، أو يكون إرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة[3] .

---

[1]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 265، 266.

[2]– محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 156.

[3]– العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 266.

إن التعويض بمقابل غالبا ما يكون نقديا، لكن يجوز أن يكون غير نقدي في دعاوى السب والشتم والقذف أن يحكم القاضي على سبيل التعويض نشر الحكم الذي قضى بإدانة المدعي عليه في الصحف، وهذا النشر يكون تعويضا غير نقدي على الضرر الأدبي، وهذا ما عنته الفقرة الثانية من المادة **132** ق م بقولها " أو أن يحكم (القاضي) وذلك على سبيل التعويض بأداء (بعض الإعانات) أمر معين تتصل بالفعل غير المشروع"

غير أن التعويض النقدي هو الحكم الغالب في المسؤولية التقصرية، إذ أن كل أنواع الضرر حتي الضرر الأدبي يمكن تقويمة بالنقد وهذا النوع من التعويض أكثر ملائمة لإصلاح الضرر الناتج عن العمل غير المشروع[1] .

الفرع الثالث: التعويض في حالة الطلاق التعسفي

لم يتطرق الفقهاء القدامى لمسألة الطلاق التعسفي ولا للتعويض عنه، وذلك بإقرارهم لاستحقاق المطلقة للمتعة عموما كتعويض لها عن الطلاق وهو ما جعل الفقهاء المعاصرين مختلفين في استحقاق المطلقة تعسفا للتعويض من عدمه في ما عدا العدة وانقسموا إلى رأيين الأول يقول هذا التعويض عن الطلاق التعسفي والثاني يمنع هذا التعويض وسأتطرق إلى كل رأي على حدى.

أولا: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي ومنهم أحمد الغندور، أحمد الكبيسي، عبد الرحمان الصابوني، عبد الوهاب خلاف، وهبة الزحيلي مصطفى السباعي حيث قال" **وهذا حكم جديد لم يكن معمولا به من قبل، وهو حكم عادل**"[2] .

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

– قياس التعويض على المتعة التي رغب القرآن في إعطائها للمطلقة، وهي واجبة عند بعض العلماء، ومستحبة عند البعض الآخر، لأن الطلاق وإن كان حقا للزوج إلاّ أن هذا الحق ليس مطلقا بل مقيد حتى تدعو الحاجة إليه، وأن لا يرتب على استعماله إساءة للغير أو الإضرار به، فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق، وجب عليه التعويض للزوجة المتضررة من ذلك[3] .

---

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

[2]– جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 272.

[3]–رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع السابق، ص 141.

-إن الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت للفرص لها قد لا تعود والقاضي منوط بإنصاف المظلومين، فعليه أن يعاقب من يسئ التصرف، فمن طلق زوجته ألحق بها ضرر، ولم يكن من سبب شرعي يدعوا لهذا الطلاق وجب عليه التعويض[1].

ثانيا: المانعين للتعويض في الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاقها التعسفي ومنهم محمد أبو زهرة، وبدران أبو العينين بدران، سيد سابق، نور الدين عتر و عبد الكريم زيدان، ويقول أبو زهرة، في منع التعويض" **وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون الشرط فاسدًا فيلغى**" [2] .

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد باستعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم تكن منه إساءة تستوجب المسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق [3] .

_ أن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا للحاجة إليه، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته، وقد يكون مما يسبب الحرج و يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشيهر بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه إي اعتبار مادي.

_ إن الحكم بالتعويض يجعل كل واحد من الزوجين يقذف الآخر بالتهم الصحيحة أو الباطلة ليثبت هذا الضرر وسيتحق التعويض، وهذا زيادة على ما شرعه الله وذلك ليثبت التعسف وسيعود حتما بالضرر على المرأة، لأن أي كلام من الرجل في حقها يجرحها جرحا بليغا ويسئ إلى سمعتها ويقضي عليها[4] .

المطلب الثاني: نفقة المتعة للمطلقة تعسفيا

المتعة في اللغة ما يتوسع به ويستمتع به، ولها عدة اطلاقات، منها متعة الحج المذكورة في قوله تعالى« **فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى** » الاية 196 سورة

---

(1)- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق،ص 120.

(2)- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 333.

(3)- جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص، 277.

(4)- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص.ص 147، 148.

البقرة ، ومنه النكاح ونكاح المتعة ومتعة المطلقة، ويطلق الفقهاء هذا المعنى على "**المال الذي يدفعه الزوج لزوجته إذا فارقها زيادة على صداقها أو بدلا عنه تطييبا لنفسها، وتعويضا لها عن ألم الفراق ووحشته**"[1] .

الفرع الأول: تعريف المتعة

أولا: تعريفها لغة:

المتعة: التمتع بالمرأة لا تريد إدامتها لنفسك، متعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، أمتع بالشيء وتمتع به واستمتع، دام له ما سيتمده منه، متعة الله وأمتعه بكذا: أبقاه ليستمتع به[2] .

ومن معاني المتعة المجازية [3] .

1-متعة النكاح: أي أن تتزوج إمرأة تتمتع بها أياما، ثم تخلي سبيلها.

2- متعة الحج: أي أن تضم عمرة إلى الحج.

3- متعة المرأة: وهو ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به، ومن نحو مال أو خادم. والمتعة بالضم والكسرة: اسم للتمتع كالمتاع، وهما يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتيع[4] .

ثانيا: تعريف المتعة اصطلاحا

لم يعط الحنفية والحنابلة تعريف لمصطلح المتعة مع أنهم قد فردوا لها بابا خاصا في الفقه، أما فقهاء، المالكية والشافعية فقد عرفوا متعة الطلاق في كتبهم ومنها: [5] .

1- تعريف المالكية:

عرف المالكية المتعة بأنها " **ما يعطيه الزوج للمطلقة، تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه أياها ويعطيه المطلق على قدر حاله، حسب يسره وعسره**".

---

[1]- سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 225.

[2]- صالح العلي الصالح وأمنية الشيخ سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص 611.

[3]- الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، لبنان 1994، ص 286.

[4]- الفيروز أبادي، نفس المرجع، ص 985.

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

2- تعريف الشافعية:

عرف الشافعية المتعة بأنها" **مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط**"

وقد عرفها بعض الفقهاء المعاصرين[1] .

فقد عرفها أبو زهرة بقوله هي " **مال يدفعه الزوج للمرأة عند مغادرة بيت الزوجية لطلاق أو تفريق**"

وعرفها محمد محي الدين عبد الحميد أنها " **اسم للمال الذي يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها وسبب إيجابها على الزوج إيحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيها**".

شرح مفردات التعارف.

- **المال:** ذلك حتى يدل على وجه العموم دون تخصيص مال دون آخر، وبذلك يكون جنس المتعة كل ما يصح أن يسمى مالا.

- **يدفعه الزوج لزوجته التي فارقها:** أي المكلف بدفع المتعة هو الزوج، وعليه فلو توفى الزوج فإن الزوجة تأخذ المتعة من تركته لتستوفي حقها.

سبب إيجابها على الزوج ايحاشه: أخذ حكم الغائب للنساء بعد الطلاق، وما يحصل لهن من إيحاش، والأذى النفسي، والمعنوي والمادي بعد الطلاق، فوجبت المتعة جبرا لما يلحقها من أذى متوقع الحصول.

- **بفرقة لا يد لها فيها:** فهذا احتراز عن الفرقة من جهة الزوجة، فإذا كانت الفرقة من قبلها،كما لو إرتدت فلا متعة لها، وهذا باتفاق الفقهاء[2] .

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتطرق إلى تعريف المتعة وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي، مما دفع ببعض شراح القانون إلى اعتبار التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الغرض الشرعي، وكذلك المتتبع لاجتهاد المحكمة العليا لا يطلع بوضوح على سير القضاة على خطى منح المتعة للمطلقة، وإن اختلفوا في مقدراها، إلاّ أنهم اتفقوا على النوع بحيث يكون "**مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته، ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي**"، وبما أن التعويض يخضع لعنصر الخطأ كما أنه يقدر وفق القواعد العامة بحسب الضرر

---

[1]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص 165.

[2]- رسمية عبد الفتاح موسي الدوس، نفس المرجع، ص 166.

الناجم عن الخطأ أو التجاوز في حين أن تقدير المتعة يكون حسب يسر المطلق وحال المطلقة[1] .

وقد جاء قي قرار للمحكمة العليا ما يلي:(من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن الزوجة أقامت دعوى التطليق- واستجابت المحكمة لطلبها و وافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية)[2] .

هذا القرار يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه ما دام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتطليق، فإن ذلك يعد عقابا للزوج و لا يزاد عليه ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة.

الفرع الثاني: مشروعية المتعة

المتعة ما يدفعه المطلق من مال أو ما ينتفع به فإذا كانت بسبب إستعمال الزوج حقه في الطلاق، كان عليه أن يدفع لها متعة تطيب خاطرها وتخفف عنها ما يصيبها من وحشة الفراق، والمتعة مشروعة بالكتاب والسنة.

ـ من القرآن الكريم: دلت العديد من الآيات على حق المطلقة في المتعة ومنها:

قوله تعالى« **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**» الآية 241 سورة البقرة، و قوله تعالى« **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين** » لآية 236 سورة البقرة ،وقوله تعالى« **يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا** » لآية 49 سورة الأحزاب.

---

[1]- عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص 158.

[2]- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 438600 مؤرخ في 12/1986/29، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02 ص 41.

من السنة: جاءت الأحاديث النبوية لتؤكد أن للمطلقة المتعة، وذلك في حديث أخرجه البخاري في صحيحه: **(تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمة بنت شراحيل فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك، فأمر أبا اسيد أن يجهزها ويكسوها بثوبين رازقين)**[1] .

وعن أبي أسيد رضي الله عنه قال:(خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط، حتى انتهينا إلى حائطين جلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **(اجلسوا ها هنا)**، ودخل وقد أُوتي بالجونية، فأنزلت في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دانيها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: **(هبي نفسك لي)** قالت: وهل تهب الملكة نفسها للسوقة؟ قال:(**فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن)**، فقالت: أعوذ بالله منك، فقال: **(فقد عذت بمعاذ)**، ثم خرج علينا فقال: **(يا أبا أُسيد أكسها رازقين والحقها بأهلها)**[2] .

من الآثار: جاء في موطأ مالك:"...أنه بلغة أن عبد الرحمان بن عوف طلق امرأة له فمتعها بوليدة... وحدثني عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فُرض لها صداق ولم تمس فحسبها نصف ما فُرض لها.

وجاء في سنن البيهقي " أن الحسن بن علي رضى الله عنهما متع امرأة عشرين ألفا وزقين من عسل فقالت المرأة متاع قليل من حبيب مفارق.

فنصوص القرآن الكريم، وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم. وما نقل عن الصحابة كلها تدل على أن المتعة مشروعة للمطلقة[3] .

الفرع الثالث: الحكمة من المتعة وحكمها

أولا الحكمة منها: شرعت المتعة للمطلقة تعويض لها عما لحقها من ضرر، وتطييبا لنفسها وجبرا لخاطرها من ألم الطلاق، وإيناسا لها من وحشة الفراق، حيث أن هذه العلة توضح مقصود الشارع من المتعة وهو جبر الضرر والتخفيف من وقعه على المطلقة، وذلك لإيجاب

---

[1]– صحيح البخاري، نقلا عن شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص 235.

[2]– صحيح البخاري، نقلا عن جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص 299.

[3]– شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص 235.

التعويض على المتسبب بهذا الضرر وهو الزوج المطلق، فكانت المتعة هي التعويض المناسب للمطلقة عما لحقها من ضرر[1].

وقد شرع الله سبحانه وتعالى المتعة للمطلقة تطيبا لقلبها وما يلحقه من ألم إنكسار عند مفارقتها لبيت زوجها، وتخفيف لها لما قد يصيبها من وحشة، وهو أن الزوج يدفع لها المتعة ليسكت ألسنة السوء من أن تطالها بكلام جارح، وبين بذلك أن طلاقه إياها ليس لعيب فيها ولا لسبب منها[2] .

ثانيا: حكمها

لقد إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم المتعة، فمنهم من يرى أن حكمها الوجوب مهما كان الطلاق قبل الدخول أو بعده، ومنهم من يرى أنها واجبة بشروط وآخرون يرون أن حكمها الاستحباب لا الوجوب.

أولا: رأي الظاهرية

ذهب الظاهرية إلى أن المتعة فرض على كل مطلق، قبل الدخول وبعده، فرض لها صداقا أو لم يفرض، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أو كره. ولا متعة على من انفسخ نكاحه منها بغير طلاق. ولا يسقط المتعة عن المطلق مراجعته لها في العدة. ولا موته ولا موتها، والدليل على ذلك **قوله تعالى**« **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**» الآية 241 سورة البقرة.الآية جاءت عامة وأوجبت المتعة لكل مطلقة، وأصبحت واجبا على المتقين[3]

ثانيا: رأي الشافعية

يرى الشافعية أن المتعة واجبة لكل مطلقة، سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده، إلا المطلقة قبل الدخول وسمي لها مهر، فإنه يكتفي لها بنصف المهر، وسيتدلون بقوله تعالى« **ومتعوهن**» الآية 236 سورة البقرة وقوله « **وللمطلقات متاع بالمعروف**» الآية 241 سورة البقرة. فإنه تعالى أوجب المتعة لكل مطلقة سواء كانت، مدخولا بها أم لا، سمي لها مهر أم لا، ولا متعة للمتوفي عنها زوجها لأن النص لم يتناولها، إنما تناول المطلقات فقط[4] .

ثالثا:رأي المالكية

---

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

[2]– شهرزاد بوسطلة، مرجع سابق، ص 234.

[3]– سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 226.

[4]– وهبة الزجيلي، الوجيزي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، 2005 ، ص 108.

الرأي المشهور عندهم أن المتعة مستحبة لكل مطلقة وأنها ليست واجبة واستدلوا بقوله تعالى« **فمتعوهن**»على أنه للندب والإستجاب، وعبارة « **حقا على المحسنين**» وفي آخر الآية تدل على ذلك، لأن معنى الإحسان والتفضل والإكرام، كما قالوا أن الله تعالى قيد المتعة بالتقوى والإحسان في وقوله تعالى «**حقا على المتقين**» وقوله تعالى« **حقا على المحسنين**» ومعلوم أن الواجبات لا تتقيد بشيء من هذا، بل يتساوي المتقون والمحسنون وغيرهم فيكون هذا دليلا على أنها غير واجبة[1] .

رابعا: رأي الحنفية والحنابلة

تكون المتعة واجبة أومستحبة، وتجب المتعة عندهم في نوعين من الطلاق:

1- طلاق المفوضة قبل الدخول، أو المسمى لها مهر تسميه فاسدة واستدلوا بقوله تعالى«**لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن** » الآية 236 سورة البقرة، فهو أمر بالمتعة، والأمر يقتضى الوجوب، وتأكيد في آخر الآية قوله تعالى «**حقا على المحسنين**» .

2- الطلاق الذي يكون قبل الدخول في زواج لم يسمى فيه المهر، وإنما فرض بعده ويلاحظ أن المتعة واجبة لكل المطلقات قبل الدخول، ثم خص منها من سمي لها مهر، فبقيت المطلقة التي لم يسم لها مهر، ولكن في آية أخرى أوجبت المتعة لمن يفرض لها فريضة قبل العقد.

وتستحب المتعة عند الحنفية والحنابلة للمطلقة بعد الدخول، والمطلقة قبل الدخول في زواج سمي فيه المهر، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى« **وللمطلقات متاع بالمعروف**» ولم تجب، وإنما الواجبة لغير المفروض لها مهر، ونصف المهر للمفروض لها، وهذه المتعة للمطلقة بعد الدخول عند الشافعية، للآية نفسها.

و الخلاصة أن المتعة مستحبة لكل مطلقة غير مفوضة في رأى الحنفية والحنابلة[2].

خامسا: من المأثور

الدليل على أن المتعة مستحبة للمطلقة، ولو بعد الدخول أنه لما توفي علي بن أبي طالب- رضي الله عنه- جاءت عائشة الخثعمية إلى الحسن وقد بويع بالخلافة فقالت: لتهنك

---

[1]- سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 228.

[2]- وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، ص 188.

الخلافة يأمير المؤمنين، فقال: يقتل علي وتظهرين الشماتة، أذهبي فأنت طالق ثلاثا، فبعث إليها بعشرة آلاف متعة، وبقية ما لها من الصداق، فقالت قولة مشهورة:" **متاع قليل من حبيب مفارقا**"، فلما بلغ الحسن قولها، بكى وقال: "لولا أني سمعت جدي رسول الله صلى الله عليه وسلم أو حدثني أبي أنه سمع جدي صلي الله عليه وسلم يقول: " **أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمة، أو ثلاثا عند الاقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره**"[1] .

المطلب الثالث: نفقة العدة في الطلاق التعسفي

لقد كرّم الله تعالى المرأة أعظم تكريم ، سواء كانت أما أو أختا أو زوجة و كفل لها ضمان الحقوق ، ومن بين تلك الحقوق الواجبة لها حق النفقة عليها من زوجها ، ولكن لم يوجبها للزوجة فقط بل حتى للمطلقة في فترة العدة ، لأنها تمنع عن الزواج وذلك بأمر من الشارع الحكيم حتى تنقضي هذه الفترة ، ولم يتركها بدون أن يضمن ويكفل لها مؤنة طعامها و شرابها و سكنها وملبسها ، فأوجب الانفاق عليها على الذي بيده عقدة النكاح وهو المتسبب في الطلاق ، ولأن العدة لحقه فهي ممنوعة من الزواج حتى تنقضي عدتها صيانة لمائه[2] .

الفرع الأول : تعريف العدة

لغة :عدة المرأة : أيام قروئها ، وأيضا: أيام حدادها على زوجها وإمساكها عن الزينة [3] .
ومعنى العدة : العِدَّة بكسر العين جمع عِدَد ، وهي لغة الإحصاء مأخوذة من العَدَد لاشتمالها على عدد الإقراء أو الأشهر غالبا ، يقال عددت الشيء عِدَّة : أحصيته إحصاء .وتطلق أيضا على المعدود ، يقال : عدة المرأة : أيام أقرائها [4] .
وفي القرآن الكريم قوله تعالى (**إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا**) الآية 36 سورة التوبة .

---

[1]– نصر سليمان وسعاد سطحي، مرجع سابق، ص 201.
[2]– وفاء معتوق حمزة فيلاش، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**، دار القاهرة للكتاب، مصر،2000،ص 330.
[3]– صالح العلي الصالح ، أمنية الشيخ سليمان الأحمد ، مرجع سابق ،ص 403.
[4]– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ، ص 624 .

اصطلاحا: العدة اسم للمدة التي تنتظر فيها المرأة و تمتنع عن التزويج بعد وفاة زوجها ، أو فراقه لها ، ويبدأ حساب العدة من حين وجود سببها ، وهو الطلاق أو الوفاة وقد كانت العدة معروفة في الجاهلية ، فلما جاء الإسلام الحنيف اقرها لما فيها من مصالح [1] .

وأجمع العلماء على وجوبها ، لقوله تعالى (**والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**) الأية 228 سورة البقرة.

والعدة في اصطلاح الفقهاء أجل ضُرِب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح ، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل و أهله لا تنفصم عُرا الزوجية من كل الوجوه بمجرد وقوع الفرقة بل تتربص المرأة ولا تتزوج غيره ، حتى تنتهي تلك المدة التي قدرها الشارع الحكم[2].

وقد عرفها الحنفية بأنها (**مدة محددة شرعا لانقضاء ما بقي من آثار الزواج**) وتتداخل عندهم العدتان من زوج واحد وطئها في العدة ، ثم تفرقا حتى وجبت عليها عدة أخرى أو من رجلين كأن يطأها غير زوجها بشبهة .

و العدة عند الجمهور هي: (**مدة تتربص** " **تنتظر**" **فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد، أو لتفجعها على زوجها، وتتداخل عندهم العدتان من شخص واحد ولا تتداخل من شخصين**" ولاعدة على المزني بها في رأي الحنفية و الشافعية، وعليها العدة في رأي المالكية و الحنابلة[3].

الفرع الثاني : أنواع العدة

إن العدة التي أوجبها الله على النساء لها عدة أنواع، وذلك بعد مفارقة الأزواج لهن سواء كان ذلك بالطلاق أو بالفسخ أو بالموت بحسب سبب الفرقة والحالة التي تكون عليها المرأة التي ثلاثة أنواع :

أولا: العدة بالإقراء

تعتد المرأة إذا كانت ممن تحيض ولم تكن حاملا، وكانت الفرقة لغير موت الزوج بأن كانت من زواج صحيح بعد الدخول حقيقة أو حكما، أو من زواج مختلف في فساده بعد الدخول حقيقة، وذلك لقوله تعالى (**والمطلقات يتربص بأنفسهن ثلاثة قروء**)، فقد أفادت الآية

---

(5)- السيد سابق ، مرجع سابق ، ص 277.

(1)- محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ،ص 372.

(2)- وهبة الزحيلي ، الوجيز في الفقه الإسلامي ، ص 194.

الكريمة بعبارة نصها أن المطلقة تعتد ثلاثة قروء، وهذا إذا لم تكن حاملا وقت الفرقة وكانت من ذوات الحيض [1].

وقد اختلف الفقهاء في معنى القرء فمنهم من قال بأنه الحيض ومنهم قال بأنه الطهر لأن القرء لغة لفظ مشترك بين الطهر و الحيض و للفقهاء رأيان في تفسير القرء :

1_ **يرى الحنفية و الحنابلة** : أن المراد بالقرء الحيض ، لأن الحيض مُعرف لبراءة الرحم ، وهو المقصود من العدة ، فالذي يدل على براءة الرحم إنما هو الحيض لا الطهر و دليلهم على ذلك قوله تعالى (**و اللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن إرتبتم، فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن...**)، فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر فدل أن الأصل الحيض و لأن المعهود في الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض ، قال النبي (ص) للمستحاضة (**دعي الصلاة أيام أقرائك**)، وهو المعبر عن الله و بلغة قومه نزل القرآن[2].

2_ و يرى المالكية و الشافعية و جمهور أهل المدينة أن لفظ القرء يراد به الطهر و دليلهم في ذلك قوله تعالى (**و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**) الآية 228 سورة البقرة. ووجه الاستدلال : أنهم استدلوا بهذه الآية من عدة وجوه :

أ_ أن كلمة القرء تطلق على الأطهار و ذلك لأن الجمع خاص بالقرء المراد به الطهر أما القرء المراد به الحيض فيجمع على أقراء .

ب_ أن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء ثلاثة لأن الهاء لا تثبت في الجمع المؤنث دون العشرة .

جـ_ أن الإشتقاق بدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض ، أي جمعته ، و لاشك أن زمن اجتماع الدم هو زمن الطهر[3] .

ثانيا : العدة بالأشهر

وهي قسمان أشهر قائمة مقام القروء ، و أشهر ثبت بالأصل ، و ليست بدلا عن القروء :

أ_ أما العدة بالأشهر القائمة مقام القروء فتكون للائي لا يرين الحيض ، و تكون الفرقة بينهن و بين أزواجهن بغير الوفاة ، و هؤلاء هن اللواتي لم يرين الحيض قط ، و اللواتي يئسن من المحيض أي بلغن سن اليأس ، و لا يرين الدم ، و ذلك لقوله تعالى (**و اللائي يئسن من**

---

[3]- السيد سابق، مرجع سابق، ص 277.

[1]- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي ، ص 631.

[2]- نصر سلمان و سعاد سطحي ، مرجع سابق ، ص 186.

المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر،و اللائي لم يحضن) و كانت ثلاثة الأشهر بمقتضى النص قائمة مقام ثلاث حيضات لأن الغالب بين النساء و السليمات في أجسامهن أن يحضن كل شهر مرة [1].

ب_ أما عدة الأشهر الأصلية بنفسها فهي عدة الوفاة ، و سبب وجودها الوفاة ، إظهاراً للحزن بفوات نعمة الزواج ، و شروط وجوبها ، الزواج الصحيح فقط ، فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها ، سواء كانت مدخولا بها أم غير مدخول بها ، و سواء كانت ممن تحيض أم ممن لا تحيض [2].

ثالثا_ عدة بوضع الحمل

تعتد المرأة بوضع الحمل إذا حصلت الفرقة بينها و بين زوجها بعد زواج صحيح أو مختلف في فساده أو وطء شبهة ، و كانت حاملا أو إذا مات عنها زوجها وهي حامل ، وذلك لعموم قوله تعالى **(وأولات الأحمال اجلهن أن يضعن حملهن)**، فهذه الآية تتناول كل حامل تقع الفرقة بينها وبين زوجها حال الحياة بالطلاق أو فسخ ، أو بموت الزوج عنها وهي حامل ، وقد روي عن أُبي بن كعب قال يا رسول الله – و أولاة الأحمال أجهلن أن يضعن حملهن – هي المطلقة ثلاثا أم المتوفى عنها ؟ قال : **(هي المطلقة ثلاثا و المتوفى عنها)** [3].

أنواع العدة في التشريع الجزائري :

ما دام قانون الأسرة الجزائري مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، فإن المشرع تبنى الرأي السائد عند الفقهاء و القائل بألا عدة للزوجة غير المدخول بها ، و ذلك ما يستشف من المادة **58** ق أسرة و التي تنص على مايلي : " **تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل ثلاث قروء ، و اليائس من المحيض ثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق**" فالمشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة عدد على سبيل الحصر الزوجات المطلقات اللواتي تجب عليهن العدة و ذكر المدخول بها غير الحامل و المدخول بها اليائس من المحيض ، ولم يذكر المطلقة غير المدخول بها ، و يعني ذلك بمفهوم المخالفة أن المطلقة غير المدخول بها مستثناة من هذه المادة ، وفي ذلك تبنى لما أجمع عليه الفقهاء[4].

---

[3]– محمد أبو زهرة ، مرجع سابق ، ص 376.
[1]– وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ص 633
[2]– سعيد محمد الجليدي ، مرجع سابق ، ص 213.
[3]– باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 108.

وقد نصت المادة **59** ق أسرة على أنه" **تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام ، و كذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقدانه**" .

وكذلك المادة **60** ق أسرة نص المشروع على أن " **عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة** " .

لقد عدّد المشرع الجزائري الحالات التي تعتد فيها المطلقة من خلال المواد السابقة و المدد التي تجب على كل حالة ، لكن الإشكال المطروح أن المشرع الجزائري لم ينص على الطلاق الرجعي ، فقانون الأسرة لم يتحدث عن الطلاق الرجعي ، و لم يتبناه من حيث مفهومه و آثاره و اكتفى بالطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، حيث أنه في الطلاق الرجعي لا تجب العدة على المطلقة لأن الزوجية مازالت مستمرة ، عكس الطلاق البائن[1].

الفرع الثالث : حكم العدة و الحكمة منها

أولا : حكمها

العدة واجبة و الأصل في وجوبها الكتاب ، والسنة و الإجماع .

1_ من الكتاب :

– قوله تعالى (**و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء**) الآية 228 سورة البقرة

قال ابن كثير في تفسير هذه الآية أن " هذا أمر من الله سبحانه و تعالى للمطلقات المدخول بهن من ذوات الأقراء بأن يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، أي تمكث إحداهن بعد طلاق زوجها لها ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت " .

وقال القرطبي :" هذا خبر و المراد به الأمر " والأمر للوجوب ما لم يصرفه عن ذلك ولم يوجد هنا ما يصرفه"[2].

وكذلك وردت العديد من الآيات التي تدل على وجوب العدة كقوله تعالى (**يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقهن لعدتهن و أحصوا العدة**) الآية 1 سورة الطلاق.

فقوله (**طلقهن لعدتهن**) أمر يقتضي الوجوب .

---

[1]– باديس ذيابي ، نفس المرجع ، ص 120.

[2]– وفاء معتوق حمزة فيلاش ، مرجع سابق ،ص 164.

2_ من السنة :

قوله صلى الله عليه وسلم : **(لا يحل لإمرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر و عشرًا)** وكذلك (أمر النبي (ص) فاطمة بنت قيس أن تعتد عند ابن مكتوم) [1].

3ـ من الإجماع :

قد أجمع العلماء على وجوب العدة في الجملة و إن اختلفوا في أنواعها[2].

–و بناءا على الأدلة السابقة ، فإذا حصلت الفرقة بين الزوجين ، بأن طلق الرجل زوجته بعد الدخول بينهما ، أو بموت الزوج عنها ، فإنه لا يحل لها شرعا أن تتزوج رجلا آخر حتى تنقضي عدتها[3].

ثانيا:الحكمة من العدة

شرعت العدة تحقيقا لعدة مصالح منها

– معرفة براءة رحم المرأة من الحمل ، وأن لا يطأها زوج آخر غير المفارق لها فيجتمع ماء لواطئين فأكثر في رحم واحد ، و بذلك يحصل الإشتباه في الأنساب فتضيع ، وفي ذلك من الفساد ما تمنعه الشريعة السمحة والعقل السليم ، فمن المعروف أن العدة من الأمور التي كانت موجودة عند العرب في الجاهلية فقد كانوا حريصين على معرفة أنسابهم و الاعتزاز بها ، وجاء الإسلام و أقرها و نظمها و ذلك لما فيها من مصالح[4].

_ إعطاء فرصة للزوج لإرجاع زوجته في الطلاق الرجعي، بعد زوال عاصفة الغضب،وهدوء النفس، والتفكير بمتاعب ومخاطر الفراق ، وذلك حرصا من الإسلام على إبقاء الرابطة الزوجية و تنويه بتعظيم شأن الزواج ، فكما أنه لا ينعقد إلا بالشهود ، لا ينحل إلا بانتظار طويل الأمد[5].

ومن الفقهاء من يقول بأن العدة حكمها تعبدي ،أمر به الشارع الحكيم دون أن تكون له علة ظاهرة ، ومن هؤلاء ابن حزم الذي يقول :"**لو كانت العدة لاستبراء الرحم لما وجبت على الصغيرة التي لا تحمل ,و العجوز الكبيرة التي لا تحمل ,ولما وجبت على زوجة المجبوب**

---

(1)– وهبة الزحيلي ، الوجيز في الفقه الإسلامي ، ص 195

(2) – وفاء معتوق حمزة ، مرجع سابق ، ص 154.

(3)– سعيد محمد الجليدي،مرجع سابق، ص 206.

(4)– وفاء معتوق حمزة فيلاش، مرجع سابق ، ص 154.

(5)– وهبة الزجيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ص 627.

الذي لا يولد أبدا , ولا على زوجة واطئ امرأته مرة واحدة ثم غاب عنها سنين ,مع القطع بعدم الحمل في كل منهن ,ولو كانت العدة خوف الحمل لأجزاء فيها قرء واحد فقط" . لكن الحكمة من تشريع العدة وإن كان فيها جانب تعبدي ,لايستقل العقل بإدراكه ففيها جوانب مدركة بالعقل تتمثل فيما نلحظه في تشريعها من مصالح تتمثل في حماية حق الزوجين وحق النسب[1].

الفرع الرابع : نفقة العدة

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب النفقة للمرأة في عدة الطلاق لأنها أمر مقرر بالنص، والقاضي هو الذي يحدد مقدار النفقة بحسب حال الزوجين أو بحسب حال أحدهما وبما يسد حاجاتها , ومواجهتها لظروف المستقبل الجديد وقد ذكر الفقهاء أن العلة الموجبة لهذه النفقة غالبا هي نفس علة النفقة الزوجية , لأن العدة استمرار للحياة الزوجية أحيانا كالعدة في الطلاق الرجعي، أو هي من أجل الزواج السابق قطعا، كوجود الحمل أو الحزن على فراق الزوج أو الاحتياط لمنع اختلاط الأنساب .

تجب النفقة للمعتدة من طلاق رجعي وذلك باتفاق العلماء , والنفقة هي الطعام والشراب و الكسوة و السكن , سواء كانت حاملا أو حائلا , والدليل على ذلك قوله تعالى " **وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها** " الآية 23 سورة البقرة.

يرى بعض المفسرين أن هذه الآية وردت في شأن المطلقات وفيها بيان بأنه يجب على والد الطفل نفقة الوالدات وكسوتهن بالمعروف أي بما جرت عليه العادة في بلدهم من غير إسراف ولا تقتير بحسب قدرته في يساره وتوسطه وإقتاره[2].

وإن كانت المطلقة حائلا وجبت لها النفقة بأنواعها المختلفة من طعام وكسوة وسكن عند الحنفية , بسبب احتباسها في حق العدة لحق الزوج .

ولا تجب لها النفقة في رأي الحنابلة ، لان فاطمة بنت قيس طلقها زوجها البتة، فلم يجعل لها رسول الله (ص) نفقة ولا سكن , وإنما قال " **إنما النفقة والسكن للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة** ".

وتجب لها السكنى فقط في رأي المالكية والشافعية، لقوله تعالى " **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** " الية 06 سورة الطلاق ، فإنه أوجب السكن مطلقا ، سواء كانت حاملا أم

(1) – سعيد محمد الجليدي، مرجع سابق، ص 202.
(2) – وفاء معتوق حمزة، مرجع سابق، ص 332.

غير حامل ، ولا تجب لها نفقة الطعام والكسوة لمفهوم قوله تعالى "**و إن كن أولاة حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن**" فدل بمفهومه على عدم وجوب النفقة لغير الحامل[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص على النفقة في نص المادة **78** ق أسرة حيث جاء فيها "**تشمل النفقة : الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته , وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة** ".

وقد تبنى المشرع الجزائري رأي الحنفية بوجوب الحق في السكن والنفقة للمطلقة وذلك ما تجلى في المادة **61** ق أسرة والتي تنص " **لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق** ". نص هذه المادة أوجب للمطلقة السكن والنفقة إلا إذا ثبت أنها قامت بفاحشة مبينة [2].

وقد سار قضاء المحكمة العليا في هذا الاتجاه وهو ما أكده في قرار جاء فيه :

(متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف أيدوا الحكم المستأنف فيه، قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فإن وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة الزنا وأنه من المقرر شرعا إسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب إليه حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة , ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن) [3].

---

[1] ـ وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ص 659.

[2] - باديس ذيابي، مرجع سابق،ص 122.

[3] - قرار رقم : 34327 المؤرخ 1984/10/22 صادر عن المحكمة العليا ، نقلا عن باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص 122.

المبحث الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

إن تقدير التعويض يخضع إما لنص قانوني أو لإتفاق الأطراف وان لم يكن كذلك فان المسألة تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي ينظر في الدعوى ويحدد التعويض مع التزامه بظوابط معينة، ولكن لا يوجد في هذا السياق ما يحدد الحد الأدنى للتعويض أو الحد الأقصى له، وتعتبر تلك المسألة المتعلقة بالوقائع لا رقابة للمحكمة العليا عليه فيها، وإنما تكون الرقابة على مدى التطبيق السليم للقانون من طرف القاضي الذي نظر في النزاع وفصل فيه لان المحكمة العليا محكمة قانون وليست محكمة وقائع .

وقد قسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:

_المطالب الأول: سلطة القاضي في تقرير إستحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي

_المطلب الثاني: سلطة القاضي في تحديد مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

_المطلب الثالث: رقابة المحكمة العليا على القاضي في تقديره للتعويض

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقرير استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي

إذا أصر الزوج على استعمال حقه في الطلاق وتبين للقاضي بأن الزوج تعسف في استعمال هذا الحق المخول له شرعا، وسبب هذا التصرف ضررا للزوجة فإن القاضي لا يجبر الزوج على التراجع عن تصرفه، بل له في هذه الحالة جبر الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي، وتبرز سلطة القاضي في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر، ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حالة وقوع الضرر جراء الطلاق [1].

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاب التعسفي

إذا ثبت أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق، فإن الزوجة بموجب هذا التصرف تستحق التعويض، وقد أثير جدل كبير حول الأساس القانوني الذي يستسند إليه القاضي للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، لأن الطلاق وضع أصلا لرفع الضرر وليس لإلحاقة بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة، بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق، فأصابها من جراء ذلك ضرر،و قد نهى عنه الرسول (ص) في قوله " **لا ضرر ولا ضرار**" ، وفي إطار تطبيق المادة **52** ق أسرة، فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما:

أولا: أن يثبت للقاضي أن الزوج قد استعمل حقه في الطلاق، لا لتفادي معضلة معينة أو دفع ضرر، وإنما لغرض شخصي أو بقصد إلحاق الضرر بزوجته، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية، كأن يطلقها ليتزوج بامرأة غيرها [2].

ثانيا: أن يسبب هذا الطلاق ضررا للمطلقة سواء كان الضرر معنوي وهو ثابت بمجرد إيقاع الطلاق والحكم به، أما الضرر المادي فإن وجد وجب على المطلقة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة مرسمة واشترط عليها الزوج أن تترك وظيفتها، وبعد ذلك يطلقها دون أي سبب شرعي ودون خطأ صدر منها [3] .

من خلال الشرطين السابقين، يتضح أن مسؤولية الزوج عن إيقاع الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض، وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، وذلك في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة

---

[1]- مسعودة نعيمة الباس، مرجع سابق، ص 283.

[2]- مسعودة نعيمة الباس،نفس المرجع ، ص 284.

[3]- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الطبعة الثالثة ، الجزائر، 1996 ،ص 306.

للزوج ، ومن ثم فإن انعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها تجعلها تفقد الحق في التعويض[1].

وقد جاء في هذا الشأن قرار صادر عن المحكمة العليا والذي يقول (متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون، إن تأسيس هذا القرار جاء بالاستناد إلى نص المادة **52** ق أسرة، حيث حددت التعويض وجوبا على الزوج الذي طلق وتعسف في طلاقه ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته وليس الحال هنا كذلك فالزوجة التي تطلب التطليق دون مبرر شرعي أو قانوني، وترفض الرجوع، فإن القضاة لما حكموا لها بالتعويض فإنهم قد أخطأوا في فهم المادة **52**، ووجب عليهم أن يُعدلوا القرار لصالح الزوج ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقه العدة ونفقه الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بإن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة **52** من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقه الإهمال) [2].

الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي

إن الطلاق التعسفي هو الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون مبرر شرعي وقد خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تعويض المطلقة متى تبين قيام حالة التعسف، وكذلك تقدير شروط استحقاق التعويض الناجم عن الطلاق التعسفي وتتمثل هذه الشروط في مايلي:

أولا: قيام زوجية صحيحة

إن معالجة القاضي لمسألة الطلاق، وما إذا كان تعسفيا، تقتضي بداية تأكده من قيام علاقة زوجيه صحيحة بين الطرفين، وعليه توجب على أطراف النزاع إثبات قيام الزواج، وذلك

---

[1]- مسعودة نعيمة الياس، مرجع سابق، ص 285

[2]- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 53017 مؤرخ في 1989/03/27 المجلة القضائية 1991، العدد 01، ص 56،نقلا عن باديس ذيابي، مرجع سابق ص،98 .

من خلال تقديم عقد الزوج الذي تم إبرامه أمام موظف مؤهل أو أمام جهة إدارية، وتم تسجيله بشكل رسمي لدى مصالح الحالة المدنية وهذا طبقا لأحكام المادة **18** و**22** من قانون الأسرة، وكذا (أحكام المادة **71**و**72** من قانون الحالة المدنية)[1].

وتكون سلطة القاضي مقيدة فيما يتعلق بوسيلة الإثبات هذه، لأنها قرينة قانونية قاطعة وعليه يتوجب على القاضي التوجه مباشرة لمناقشة طلبات الأطراف وكذا دفاعهم بعد استدعائهم لإصلاح ذات البين، وقد يختلف الأمر في حالة الزواج العرفي المكتمل الأركان والشروط فإنه عند الطلاق فإن القاضي ينظر في طلب التعويض، ولكن يبدأ أولا بإثبات واقعة الزواج، وهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية فيما يتعلق بإثبات هذه الواقعة، فيجوز إثباتها بشهادة الشهود[2].

ثانيا: أن يكون الطلاق دون مبرر شرعي

إن الطلاق التعسفي من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق عُد ذلك دليلا على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة، وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية يعود تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه، والواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه لا سيما ما يتعلق بالطاعة وحسن التدبير، ونظر للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق، فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه للإفلات من المسؤولية، فإنه يجب عليه أن يؤسس بالدليل والإثبات القاطع وإلا اعتبر متعسف في طلبه للطلاق[3].

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في الطلاق دون مبرر شرعي، نجدها تركز جميعها على الأسباب التي أدت بالزوج إلى الطلاق، وتغفل البحث في طريقة إيقاع الطلاق والتي تساهم بشكل كبير في تحديد تعسف الزوج في ذلك من عدمه، وتقدير وجود السبب المعقول لإيقاع الطلاق، و يخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي حيث يستند القاضي في تحري ذلك إلى المعيار الشخصي لأن الأسباب تختلف من شخص إلى أخر، فالقاضي ملزم قبل الحكم بالطلاق الخوض في أسباب الطلاق والتأكد من جديتها، ويقدر حالة وجود التعسف من عدمه.

---

[1]- **أمر رقم 70- 20 مؤرخ في 19 فيفيري 1970، المتعلق بالحالة المدنية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 21 سنة 1970 ص 275.**

[2]- إسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجستير ، تخص قانون أسرة جامعة قالمة،2011، ص 151.

[3]- باديس ذيابي،مرجع سابق، ص 92.

ثالثا : أن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

العصمة بيد الرجل هي مملوكة له شرعا ، فله أن يطلق زوجته لأنه هو الذي أخذ بالساق وفكرة أحقيته في الطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاها والتي صنفها الفقهاء بأنها وجبات مالية تتمثل في المهر و النفقة عليها حال قيام الزوجية ،و واجبات معنوية أو غير مالية وذلك بمعاملتها معاملة حسنة وعدم الإضرار بها ، فبالنسبة للمهر جعله الله حقا خالصا على الرجل للزوجة، وقد فرضه الله تطييبا لنفس المرأة، وكذلك النفقة فهي تتمثل في توفير كل ما تحتاجه هذه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وخدمة ودواء وإن كانت هذه الزوجة ميسورة الحال[1].

وتستحق الزوجة التعويض إذا تعسف الزوج في إيقاع الطلاق ، ولا يكون هناك تراضي بين الطرفين على الطلاق ، ولا تكون الزوجة هي السبب في لجوء الزوج إلى تطليقها بسبب تقصيرها في واجباتها الزوجية، كإهمالها لبيتها أو خروجها من المنزل دون علمه أو عدم الرجوع إلى مسكن الزوجية بعد صدور حكم يقضي بذلك، في هذه الحالة يكون طلاق الزوج مبررا ويكون على مسؤوليتها ، أما إذا لم تطلب الزوجة التطليق وتمسكت بحق الرجوع ،أو كانت غائبة عن جلسة الطلاق، فإن كل ذلك يُعد تعسف يقتضي إستحقاقها للتعويض عن الضرر اللاحق بها[2].

الفرع الثالث : طبيعة الطلاق التعسفي

إذا لم يحدد المشرع أحكاما لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره كان المجال مفتوحا أمام القاضي ليقدره ، وتعطي المسؤولية التقصيرية وفقا للمادة **124** من القانون المدني، وكذا التعسف في استعمال الحق وفقا للمادة **124** مكرر من نفس القانون سلطة واسعة للقاضي في تقدير التعويض، وينصب تقدير التعويض على الضرر اللاحق بالمتضرر، فالمعيار في ذلك موضوعي.

أما الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من

[1]- باديس ذيابي , مرجع سابق ص 90.
[2]- إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 155.

الشريعة الإسلامية، و أن التعويض في حال الطلاق لا ينطلق من المادة **124** و **124** مكرر ق مدني وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة [1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه مايلي : (إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق)[2].

إن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير ، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين **124** و**124** مكرر من ق المدني ، وبالتالي فلما كان مبلغ التعويض والنفقة المحكوم بهما لا يدخل تحت الأضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين ، فإن قضاة الإستئناف لم يخالفوا القانون وأن قرارهم يكون سليما غير أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك[3].

المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تقرير التعويض عن الطلاق التعسفي

إن تقدير القاضي لمبلغ التعويض لجبر الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي يستلزم إجراء نشاط ذهني يهدف القاضي من خلاله إلى منح تعويض عادل للطرف المتضرر ، فعند ممارسة نشاطه التقديري في هذه المسألة ، لابد عليه أن يأخذ بعين الإعتبار عناصر الضرر التي من خلالها يستطيع حساب التعويض ، كما يتوجب عليه بيان عناصر التقدير وكذا تحديد الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض.

---

[1]- باديس ذيابي ,مرجع سابق ص 86 .

[2]- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 235367 ، بتاريخ 2002/02/22، المجلة القضائية ص 275 .

[3] - باديس ذيابي , مرجع سابق ص 87

الفرع الأول : سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض

تعد عناصر الضرر التي بموجبها يمنح القاضي التعويض للطرف المتضرر من مسائل القانون التي لا يجوز لقاضي الموضوع إغفالها وتجاهلها، إذ يتوجب عليه بيانها عند الحكم لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع .

فقاضي شؤون الأسرة له الاستقلالية التامة في بحث واستخلاص ما هو منتج منها وطرح ما دونه، فهو مقيد في ذلك بما تم تقديمه من طرف الزوجين من طلبات و دفوع دون تجاوز ذلك ضمانا لحياده وعدم القضاء بعلمه الشخصي أو قضائه بغير ما طُلب منه ، أما فيما يتعلق بما تم استخلاصه من وقائع منتجة فيتوجب عليه سردها جميعا مع الأدلة التي تساندها لأنها هي التي يتم عن طريقها تقدير التعويض، وهنا نجد أن القاضي غير ملزم بتقدير التعويض عن كل عنصر عن حدى وإنما يقوم بدمجها جميعا وتقديرها إجمالا [1].

وبالرجوع إلى الأحكام والقرارات القضائية نجد أن حيثياتها تقوم بتحديد الوقائع التي بموجبها تقرر استحقاق التعويض في حين تكتفي ببيان النص القانوني الذي يقضي بمنح التعويض في حال ثبوت فرضه ، وعليه نجد أن القاضي في مجال الطلاق التعسفي يقوم بالتركيز على بيان أن الطلاق وقع تعسفا مع بيان كيف ثبت لديه ذلك ، ثم يقرر استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر اللاحق بها ويقضي بمنحها مقدار من التعويض عن هذا الضرر دون أن يبين ما تم تقديره من تعويض عن الضرر المادي وما تم تقديره عن الضرر المعنوي ، وإنما يقوم بدمجهما معا ويمنح لها تعويضا إجماليا عن ذلك[2].

الفرع الثاني : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد نص المشرع الجزائري في المادة **52** من ق الأسرة على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق المخول له شرعا، إلا أنه لم يبين كيف يقدر هذا التعويض، يكون ذلك بالاعتماد على القاعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر، أم يراعى في تقديره مسائل أخرى تتعلق باعتبارات شخصية لما لهذا النوع من الدعوى من خصوصية ، وهل يخضع التعويض لحسابات معينة مثلما هو الحال أمام المحاكم المدنية؟

---

[1]- طه عبدالمولى طه، **التعويض عن الأضرار الجسدية في الفقه و قضاء النقض الحديث**، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 159.

[2]- إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص190.

أم القاضي هو الذي يقدر التعويض بالنظر إلى حال كل من الزوج والزوجة ، ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة.

إن تقدير التعويض من صلاحيات قاضي الموضوع ، حيث أجاز له المشرع بموجب ما له من سلطة تقديرية أن يحدد مقدار التعويض دون أن يبين الحد الأقصى ولا الأدنى، وقد كان للقضاة في بلادنا تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قرار جاء فيه ما يلي: (من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تبيينه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ

التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما من غناهما وفقرهما، أو أغنى أحدهما أو فقر الآخر ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة "[1].

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة [2].

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب، وقد نصت المادة 277 الفقرة الأولى من قانون إلاجراءات المدنية و الإدارية في هذا الصدد بأنه " **لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة**".

التعويض المستحق للمطلقة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، وعليه أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات، وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة، وحتى عدد سنوات العشرة

[1]- قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، لسنة 1989، عدد 2، ص61.
[2]- عبدالعزيز سعد، مرجع سابق، ص282 .

الزوجية التي قضياها معا. كما يجب أن يراعي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغيرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شأنه أن يعزز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة، والحقيقة أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الموضوع الحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر، ذلك أن الأوضاع والآثار قد تختلف من حالة طلاق إلى أخرى، كما أن القانون إذا حدد قيمة التعويض فإن مراجعته تحتاج إلى إجراءات وتعديلات قانونية، عكس الأحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش[1].

نستنتج مما سبق أن القاضي يستند في تقديره للتعويض إلى ما توفر له من عناصر التقدير الموضوعية والتي تتعلق بظروف الطرفين وما عليه في العرف والعادة، ويتم تقديره نقدا ويدفع جملة، ويرجع القاضي في تقديره ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية نظرا لانعدام نص قانوني يوضح ذلك، وقد أفرزت التطبيقات القضائية أن القاضي مقيد بسقف للتعويض وهو يتبع داخل المحاكم كعرف قضائي رغم أنه لا يتمتع بأي قوة إلزامية من الناحية القانونية ما دام لا يوجد إقرار له بموجب اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا بغرفها مجتمعة[2].

الفرع الثالث : وقت استحقاق التعويض

نص المشرع الجزائري على أن الطلاق قبل الحكم به لا يعتبر موجودا، وذلك ما يتضح من المادة **49** من ق الأسرة التي تنص على أنه " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين . تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة** ". أن حكم الطلاق يبدأ سريانه من يوم النطق به وقبل الحكم به فلا وجود له، وبعد تسجيله يسري حكمه في مواجهة الكافة.

إن تاريخ استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي، يبدأ من وقت حصول الضرر أي يوم إيقاع الطلاق دون مبرر شرعي، غير أن هذا الحق لا يتمتع بالحماية

[1]- مسعودة نعيمة إلياس،ص 304.
[2]- إسمهان عفيف، مرجع سابق،ص 203.

القانونية إلا عند رفع الدعوى وصدور حكم قضائي يقضي بوجود الطلاق التعسفي، ومتى ثبت ذلك تقرر للمطلقة التعويض، فيلزم المطلق بدفع هذا التعويض لوجود حكم قضائي يعززه ، وعليه نجد أن وقت الحكم بالتعويض هو الذي يجب أن يعتد به في تقدير التعويض وتحديد مقداره وليس من يوم حصول الضرر وهذا هو التقدير الذي حمل عليه الفقه الإسلامي وكذا القانون [1].

وقد ورد في هذا الموضوع قرار صادر عن المجلس الأعلى جاء فيه" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال و نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي .

وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ سيتوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[2] .

من هذا القرار نستخلص أن وقت بدء التعويض يكون من يوم الحكم بالطلاق التعسفي، ويجب على القاضي أن يحدد طبيعة المبالغ التي حكم بها لصالح المطلقة.

المطلب الثالث:رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقرير التعويض

إن سلطة القاضي مطلقة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي دون معقب عليه من المحكمة العليا، إلا أنه و إن كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن القاضي لا تخضع أحكامه لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي عند الحكم في القضية أن يبين في حكمه عناصر و شروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض.

الفرع الأول: رقابة المحكمة العليا على النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض

المحكمة العليا محكمة قانون، ومهمتها مراقبة مدى تطبيق القضاة للقانون وتعتبر أيضا محكمة إجتهاد لأنها تعمل على توحيد الإجتهاد القضائي الذي يتوصل إليه القضاة من خلال ممارستهم النشاط التقديري بصدد إعمال القانون و تطبيقه على النزاع المطروح أمامهم.

---

[1]- إسمهان عفيف، مرجع سابق،ص 204.

[2]- قرار المجلس الأعلى،رقم الملف 41560، بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية،عدد 2، ص 69.

إن تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري في مجال التعويض عن الضرر، يتمثل في الرقابة عند تقدير القاضي لإستحقاق التعويض عن الضرر و تقديره للتعويض [1].

أولا: رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي لإستحقاق التعويض

من الثابت قضاءا أن فهم الوقائع و التأكد من قيامها يخضع للسلطة التقديرية المطلقة لقاضي الموضوع، فهو الذي يقدر مدى قيام الضرر من عدمه إنطلاقا من أوراق الدعوى و ما تقدم به الخصوم، وهو ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر هو مسألة موضوعية من إختصاص و تقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين في قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة و أن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن" [2] .

فالمحكمة العليا لا تراقب السلطة التي مارسها القاضي على الوقائع وكيف استنتج العناصر الفعالة فيها، ولا تراقب ما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر و لا تعقب على صحتها في حد ذاتها، ولكن تراقب التكييف القانوني لهذه الوقائع من خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر و طبيعة الضرر الواقع، و نوع الضرر الذي إعتمد عليه القاضي في التكييف و ترتيب الحق في العتويض [3] .

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقرير التعويض

لقاضي الموضوع الحرية في تقدير مدى إستحقاق التعويض المحكوم به طالما كان تقديره مبنيا على قواعد لها أصل ثابت بالأوراق، ومن ثم لا يجوز التعقيب على قضائه في هذا الشأن، وثم التأكيد أن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر، فالتعويض يقدر بمقدار الضرر وقد جاء في قرار المحكمة العليا " أن تقدير التعويض المستحق لجبر الضرر المتحقق إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين

---

[1]– إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص235.

[2]– المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم (216865)، القرار بتاريخ 199.03.16،إجتهاد قضائي عدد خاص2001، ص256.

[3]– إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص236.

حقيقة الأضرار المادية و الأدبية التي قد لحقت بالمضرور و كل ذلك على نحو ما تتبينه هي من ظروف الدعوى، ولا تقبل المنازعة في سلامة هذا التقدير ما دامت العناصر القانونية للحكم بالتعويض قد اكتملت و كان بذلك جابرا لكافة الأضرار المادية و الأدبية" [1] .

القاضي و إن كان من الناحية القانونية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض إلا أنه من الناحية العملية و التطبيقية يكون محل رقابة قضائية و لذلك فإنه ليس حُرا تماما في تقدير مبلغ التعويض، و إنما هو مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه من تعويض إنطلاقا من بيان القاعدة القانونية أو الشرعية التي استند إليها في تقدير التعويض، وكذا التي إعتمدها في ذلك [2] .

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر و شروطه

التعويض يكون نتيجة الضرر، فلابد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

ولئن كان التثبت من وقوع الضرر و مداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع [3] .

وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في هذا الموضوع إذ قضى المجلس الأعلى في قرار له بأنه "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين، بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين و طبقتهما

---

[1]– المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم (39689) قرار بتاريخ 1986.02.24 ، غير منشور نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ص246.

[2]– إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص238.

[3]–مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص342.

الإجتماعية، دون إعتبار لحالة و طبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما أو فقر الأخر، ودون إعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ماحكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ماهو مألوف، ودون الإستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"[1]

إن الحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين فيه القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ماهو مألوف، كأن تكون الحياة الزوجية مثلا قد طالت لسنين عديدة، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية إلا أنه يكون مجبرا على تسبيب الحكم، وإلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبب. أما في الواقع العملي فإن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا. [2]

الفرع الثالث: أهمية رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقرير التعويض

إن الهدف من عملية الرقابة القضائية للمحكمة العليا على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة، هو توحيد تفسير القانون وتطبيقه على كل المحاكم على مستوى القطر الوطني وعلى جميع الخاضعين لقضائها، مما يضمن وحدة القضاء، فالمحكمة العليا تقوم بدور الرقابة على أحكام قضاة الموضوع فتبطل الأحكام الخاطئة، و بذلك تكفل سلامة العمل القضائي، فالقاضي يعلم أن أحكامه تكون مراقبة و يمكن أن تبطلها المحكمة العليا، لهذا فهو يتحرى الدقة في عمله و الإلتزام الدقيق بحكم القانون فيما يصدره من أحكام[3] .

أما الأحكام التي يصدرها قضاة الموضوع و تكون خالية من التسبيب فإنها معرضة للنقض وفي هذا الشأن صدر قرار عن المحكمة العليا جاء فيه "من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة و أن يتفق مع الأسباب الواردة فيه و مصادقة جهة الإستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية

---

[1]– المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 32779، قرار بتاريخ1984.04.02، المجلة القضائية، عدد2، 1989، ص61.

[2]ـ مسعودة نعيمة إلياس، مرجع سابق، ص344.

[3]–إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص241.

المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبيب ومخالفة للقانون استنادا للقانون الإجرائي [1] .

إن أهمية رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية بشكل عام وعلى نشاط القاضي الذي يمارسه بشأن منح التعويض عن الضرر تكمن في منع القاضي من إتخاذ هذه السلطة كوسيلة تحكيمية تخضع لميوله الشخصي مما يؤدي به إلى الإنحراف بهذه السلطة مما يؤدي به إلى الإنحراف بهذه السلطة وبالتالي عدم تحقيق الغاية الموضوعية التي يصبوا إليها القانون.[2]

[1]- المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 54271 ، المجلة القضائية،القرار بتاريخ:1988.12.22، العدد 3، 1990، ص296.

[2]- إسمهان عفيف، مرجع سابق، ص242.

الخاتمة:

من خلال دراستي لموضوع الطلاق التعسفي إستخلصت أن:

. الطلاق حق أصيل للزوج، و مخول له شرعا و قانونا، إلا أنه لا يجوز له أن يتعسف في إستعمال هذا الحق،و إلا توبع قضائيا و يحكم عليه بالتعويض .

. المشرع الجزائري لم يعط تعريفات للعديد من المصطلحات، منها الطلاق التعسفي، التعويض، المتعة، العدة، و حبذا لو تطرق إليها، لكن نص عليها بإختصار، و ترك الباب مفتوح للفقه و الإجتهاد القضائي لتفسير ذلك، و أحالنا الى احكام الشريعة الاسلامية في ما لم يرد فيه نص قانوني، و لكنه لم يحدد لنا المذهب الذي نرجع اليه.

. الشريعة الاسلامية حددت أنواع الطلاق منها الرجعي و البائن وكذلك أحكامه، لكن المشرع لم ينص صراحة على أقسام الطلاق، بل نص عليها ضمنيا، و ربطها بصدور الحكم، حيث يعتبر الطلاق رجعيا قبل صدوره، و بائنا بعد الحكم بالطلاق.

. لقد إختلف الفقهاء في الحكم الاصلي للطلاق، فمنهم من يقول بأن الاصل فيه الحظر و لهم ادلتهم من القرآن و السنة، وآخرون يقولون بأنه الإباحة و لهم كذلك ادلتهم.

. الطلاق يترتب عيله ضرر، و يكون بالدرجة الأولى معنوي و قد يكون معنويا و ماديا، والضرر في الطلاق التعسفي ثابت، بمجرد ثبوت أن الزوج تعسف في إستعمال حقه في الطلاق، ولا يخضع لقواعد الإثبات كما في الاضرار الأخرى.

. أن التعويض في الطلاق التعسفي لا يخضع لقاعدة المسؤلية التقصيرية ولا لقاعدة التعسف في إستعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني، بل يخضع لقواعد خاصة منصوص عليها في قانون الاسرة، و مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

. التعويض عن الطلاق التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي شوؤن الأسرة، حيث لا توجد قاعدة قانونية تحدد الحد الأدنى أو الأقصى لقيمة التعويض، بل يخضع للعرف القضائي في تحديد التعويض.

. المشرع الجزائري حسنا فعل عندما لم يحدد قيمة التعويض، و ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي ينظر في وقائع و ملابسات القضية، و على أساس هذا يحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم
-السنة النبوية الشريفة

القوانين:

- القانون رقم **84-11 المؤرخ في 9 رمضان الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر قم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.**
- **القانون المدني الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في13 ماي 2007.**
- **الأمر رقم 70- 20 مؤرخ في 19 فيفيري 1970، المتعلق بالحالة المدنية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 21 سنة 1970 ص 275.**

القواميس:

- ابن منظور جمال الدين، **لسان العرب**، الجزء العاشر، دار صادر، لبنان، 2003.
- صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سلمان الأحمد، **المعجم الصافي في اللغة العربية**، السعودية، 1980.
- الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، مؤسسة الرسالة، الطبعة الرابعة، لبنان ،1994.

القرارت القضائية:

- قرار بتاريخ 2005/05/23، ملف رقم 243943، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 112.
- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 438600 مؤرخ في 12/1986/29، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02 ص 41.
- قرار المحكمة العليا ملف رقم: 53017 مؤرخ في 1989/03/27 المجلة القضائية 1991، العدد01.

- قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 235367 ، بتاريخ 2002/02/22، المجلة القضائية،ص 275،

- قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، لسنة 1989، عدد 2، ص 61.

- قرار المجلس الأعلى،رقم الملف 41560، بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية،عدد 2، ص 69.

- قرار المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم (216865)، بتاريخ 1999/03/16، إجتهاد قضائي ، عدد خاص2001، ص256.

- قرار المحكمة العليا،غ أ ش، ملف رقم 54271 ، بتاريخ1988.12.22 ، المجلة القضائية، العدد 3، 1990، ص296.

المراجع:

1. العربي بختي، **نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة**، مؤسسة كنوز الحكمة،الجزائر،2013.

2. أحمد المومني و إسماعيل نواهضة، **فقه الأحوال الشخصية في الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دارالمسيرة، الأردن، 2009.

3. السيد سابق، **فقه السنة**، الجزء الثاني، دار الفكر،الطبعة الرابعة، لبنان ،1983

4. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،الطبعة الرابعة، الجزائر 2005.

5. العربي بلحاج،**النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية،(الفعل غير المشروع- الإثراء بلا سبب- و القانون)**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر،2008.

6. باديس ذيابي، **صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، الجزائر،2012.

7. بدران أبو العينين بدران،**الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة السنية، الجعفري و القانون**، دار النهضة، لبنان،1966.

8. ثروة محمد شلبي، **الطلاق و التغيير الإجتماعي في المجتمع السعودي**، المكتب الجامعي الحديث، مصر.

9. جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون**، دار الحامد، الأردن، 2009.

10. دليلة فركوس، **الوجيز في تاريخ النظم**، دار الرغائب، الجزائر، 1999.

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

12. سعيد محمد الجليدي، **أحكام الأسرة في الزواج و الطلاق و أثارهما**، الجزء الثاني،ليبيا 1989.

13. فتحي الدريني، **نظرية التعسف في إستعمال الحق**، مؤسسة الزحالة، لبنان، 1967.

14. لحسين أث ملويا، **بحوث في القانون، أحكام الطلاق و أسبابه**، دار هومة، الجزائر،2003.

15. محمد بن إسماعيل الصنعاني، **سبيل السلام، شرح بلوغ المرام**، المجلد الثالث، دار الفكر، لبنان 1988 .

16. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، مصر،1948.

17. محمد أحمد سراج، **نظرية التعسف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي**، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1988.

18. محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، (العمل غير المشروع – شبه العقود، والقانون)**، الجزء الثاني، دار الهدى، الطبعة الثانية، الجزائر،2004.

19. محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية**، دار اليازوري العلمية، الأردن 2010 .

20. مصطفى أحمد الزرقاء، **المدخل إلى نظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي**، دار القلم، سوريا،1999.

21. مصطفى السباعي، **المرأة بين الفقه و القانون**، دار السلام، الطبعة الثانية، مصر،2003.

22. مصطفى عبد الغني شيبة،**أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية الطلاق وأثاره**، منشورات جامعة سبها، ليبيا،2006.

23. ناجي بلقاسم علالي، **الطلاق في المجتمع الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2013.

24. نصر سلمان وسعاد سطحي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الهدى، الجزائر، 2003 .

25. صوفي حسن أبو طالب، **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**،دار النهضة، مصر،د س ن

26. طاهري حسين، **الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

27. طه عبدالمولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في الفقه و قضاء النقض الحديث، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.

28. عبدالرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة**،دارالفكر،الطبعة الثانية،مصر،1968 .

29. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، منشورات الحلبي لبنان، 1988.

30. عبد المجيد زعلاني، **المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق**، دار هومة، الجزائر،2011.

31. عبد المنعم درويش، **مقدمة في تاريخ النظم القانونية و الإجتماعية**، دار النهضة العربية، مصر، 1997.

32. عبد الهادي بن زيطة ، **تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الخلدونية، الجزائر،2007.

33. عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، الطبعة الثالثة ، الجزائر، 1996.

34. وفاء معتوق حمزة فيلاش، **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي**، دار القاهرة للكتاب، مصر،2000.

35. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي و أدلته**، الجزء السابع، دار الفكر، الطبعة الثانية، سوريا، 1985.

36. وهبة الزجيلي، الوجيزي في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، 2005.

الرسائل و المذكرات:

- شهرزاد بوسطة، **جبر الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي**، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2014.

- مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق- دراسة مقارنة-** رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2010.

- العربي مجيدي، **نظرية التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام فقه الأسرة**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، الجزائر، 2002.

- إسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون أسرة جامعة قالمة،2011 .

الفهرس

المقدمة..... أ
الفصل التمهيدي:الطلاق في النظم و الشرائع..... 05
المبحث الأول: الطلاق في النظم القديمة..... 07
المطلب الأول:الطلاق في شريعة حمورابي..... 08
المطلب الثاني: الطلاق عند قدماء اليونان..... 08
المطلب الثالث:الطلاق عند الرومان..... 09
المطلب الرابع:الطلاق عند العرب في الجاهلية..... 10
المبحث الثاني:الطلاق في الشرائع السماوية..... 12
المطلب الأول: الطلاق في اليهودية..... 13
المطلب الثاني:الطلاق في المسيحية 14
المطلب الثالث:الطلاق في الشريعة الإسلامية..... 15
الفصل الأول:ماهية الطلاق التعسفي..... 17
المبحث الأول: مفهوم الطلاق..... 19
المطلب الأول: تعريف الطلاق..... 20
الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة..... 20
الفرع الثاني: تعريف الطلاق شرعا..... 21
الفرع الثالث:تعريف الطلاق قانونا..... 22
المطلب الثاني: مشروعية الطلاق..... 22
الفرع الاول: أدلته من القرآن..... 23
الفرع الثاني: أدلة من السنة..... 24
الفرع الثالث: أدلته من الإجماع..... 25
المطلب الثالث: حكم الطلاق و الحكمة منه..... 25
الفرع الأول: حكم الطلاق..... 26
الفرع الثاني: الحكمة من الطلاق..... 27
المبحث الثاني: أقسام الطلاق و أسبابه..... 29

المطلب الأول: أقسام الطلاق شرعا..... 30
الفرع الأول: الطلاق السني..... 30
الفرع الثاني: الطلاق البدعي..... 31
الفرع الثالث: الطلاق الرجعي..... 32
الفرع الرابع: الطلاق البائن..... 33
المطلب الثاني: أقسام الطلاق قانونا..... 34
الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 35
الفرع الثاني الطلاق بإرادة الزوجين (بالتراضي)..... 35
الفرع الثالث: الطلاق عن طريق القضاء (التطليق)..... 36
المطلب الثالث: أسباب الطلاق..... 37
الفرع الأول: الأسباب الإجتماعية للطلاق..... 37
الفرع الثاني: الأسباب الطبيعية للطلاق..... 38
الفرع الثالث: نشوز الزوجة..... 39
المبحث الثالث: مفهوم الطلاق التعسفي..... 41
المطلب الأول: الطلاق التعسفي..... 42
الفرع الأول: تعريف التعسف..... 42
الفرع الثاني: الطلاق التعسفي قانونا..... 44
الفرع الثالث: الطلاق بين الحظر و الإباحة..... 45
المطلب الثاني: صور الطلاق التعسفي..... 48
الفرع الأول: طلاق مرض الموت (الفار)..... 48
الفرع الثاني: الطلاق دون سبب مشروع..... 52
المطلب الثالث: التعسف في إستعمال حق الطلاق..... 53
الفرع الأول: تعريف الحق..... 54
الفرع الثاني: التعسف في إستعمال الحق..... 56
الفرع الثالث: التعسف في إستعمال حق الطلاق..... 58
الفصل الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي..... 61

المبحث الأول: الضرر الموجب للتعويض..... 63
المطلب الأول: تعريف الضرر..... 64
الفرع الأول: تعريف الضرر لغة..... 64
الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحا..... 64
المطلب الثاني: أقسام الضرر..... 65
الفرع الأول: الضرر المادي..... 66
الفرع الثاني: الضرر المعنوي..... 66
المطلب الثالث: شروط الضرر وإثباته..... 68
الفرع الأول: شروط الضرر..... 68
الفرع الثاني: إثبات الضرر الموجب للتعويض..... 70
المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي..... 71
المطلب الأول: التعويض وأنواعه..... 72
الفرع الأول: تعريف التعويض..... 72
الفرع الثاني: أنواع التعويض..... 74
الفرع الثالث: التعويض في حالة الطلاق التعسفي..... 75
المطلب الثاني: نفقة المتعة للمطلقة تعسفيا..... 76
الفرع الأول: تعريف المتعة..... 77
الفرع الثاني: مشروعية المتعة..... 79
الفرع الثالث: الحكمة من المتعة وحكمها..... 80
المطلب الثالث: نفقة العدة في الطلاق التعسفي..... 83
الفرع الأول : تعريف العدة..... 83
الفرع الثاني : أنواع العدة..... 84
الفرع الثالث : حكم العدة و الحكمة منها..... 87
الفرع الرابع : نفقة العدة..... 89
المبحث الثالث:سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي 91
المطلب الأول: سلطة القاضي في تقرير استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي..... 92

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الطلاب التعسفي..... 92
الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي..... 93
الفرع الثالث : طبيعة الطلاق التعسفي..... 95
المطلب الثاني : مدى سلطة القاضي في تقرير التعويض عن الطلاق التعسفي..... 96
الفرع الأول : سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض..... 97
الفرع الثاني : مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي..... 97
الفرع الثالث : وقت استحقاق التعويض..... 99
المطلب الثالث:رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقرير التعويض.... 100
الفرع الأول: رقابة المحكمة العليا على النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض... 100
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر و شروطه..... 102
الفرع الثالث: أهمية رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقرير التعويض 103
الخاتمة..... 105
قائمة المصادر و المراجع..... 106
الفهرس..... 110